

編號：第 411/2018 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2018 年 10 月 25 日

主要法律問題：

- 發現真相之調查證據
- 刑罰合法性原則及無罪推定原則
- 毒品檢測
- 法律定性
- 量刑過重

摘 要

1. 原審法庭在批示中已清楚解釋，上訴人本人及其妻子均在庭審中表示知道其行為是違法的，且有關證人亦提及在台灣吸食大麻亦會被處罰。因此，向有關證人詢問台灣法律的問題確實對本案發現事實沒有幫助。

2. 經第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律，不論在第 8 條或第 14 條中，都分別提及“持有”毒品的客觀行為已經足夠構成兩罪狀相同的客觀構成要件。但是，為著更有效打擊廣義上的販毒行為，立法者這次的法律修改中採納了一個純客觀的標準來區分兩種行為的性質，即僅以每日參考用量五倍數量的標準。

修法背後的目的，正正是為著更有效打擊廣義上的販毒行為(包括僅持有大量毒品的情況)。因為透過“大量”持有毒品的行為，可能給社會及公

共健康造成的潛在危險已經遠遠超越了對行為人“個人身體健康”所造成的影響，即一個大量持有毒品的行為同樣會為“公共衛生”法益帶來莫大的不良影響。

有關的規定並沒有違反基本法及刑法的相關原則。

3. 根據司法警察局刑事技術廳的說明(卷宗第 959 頁)由於大麻是天然植物，沒有摻雜其他成分，故其重量為其稱得之淨重。

從檢測報告中確認的扣押毒品大麻的淨重量 88.26 克，盡管不包括其他 19 支大麻煙當中所包含的大麻成份(因基於技術原因無法把大麻與其他成份分離)，上述數量都已經大幅地超過法定每日服用量(1 克)的五倍了。

4. 由於證實了上訴人持有毒品用於吸食，並且超出法律規定的每日用量標準的 5 日份量，其行為已觸犯一項經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 8 條結合第 14 條第 3 款所規定及處罰的販毒罪。

5. 經分析有關事實及所有對上訴人有利及不利的情節，其中包括上訴人曾受槍傷，而持有毒品僅作個人吸食之用。本案中，原審法院對上訴人所觸犯的一項販毒罪判處八年徒刑，量刑略重。本院認為判處上訴人六年六個月實際徒刑已能符合犯罪的一般及特別預防要求。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 411/2018 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2018 年 10 月 25 日

一、 案情敘述

於 2018 年 2 月 7 日，原審法院法官在審判聽證中作出批示，因為不適合本案而禁止有關證人回答律師(第一嫌犯 A 辯護人)所要求解釋有關台灣法律的意義的問題。

於 2018 年 2 月 27 日，第一嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR2-17-0478-PCC 號卷宗內以直接正犯、故意及既遂方式觸犯：

- 一項 8 月 10 日第 17/2009 號法律(經第 10/2016 號法律所修改)第 8 條第 1 款配合第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰的「不法販賣(持有)麻醉藥品及精神藥物罪」，被判處八年的徒刑；
- 一項 8 月 10 日第 17/2009 號法律(經第 10/2016 號法律所修改)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」，被判處六個月的徒刑。
- 兩罪並罰，第一嫌犯合共被判處八年三個月實際徒刑的單一刑罰。

第一嫌犯 A 對原審法院作出不批准詢問證人的批示不服，向本院提

起上訴，並提出了有關的上訴理由。¹

¹其葡文結論內容如下：

1. Vem o presente recurso interposto da decisão do Colectivo do Tribunal a quo que, e conforme resulta da leitura da acta da audiência, a fls. 2/4 e 3/4 da sessão da tarde da audiência, a fls. 804 e 805 dos autos, a instâncias da mandatária forense do arguido, esta perguntou à 6.ª testemunha do arguido, Sr. B (B), casado, advogado e residente em Taiwan, à matéria do ponto 1.7 da contestação do arguido, correspondente aos artigos -97.º a -105.º da sua contestação, que aqui se dão por reproduzidos, indeferiu a colocação das referidas questões à referida testemunha, fundamentando a sua decisão nos termos constantes das já referidas fls. dos autos: em suma, proibiu a testemunha de responder a essa matéria por considerar ser a lei aplicável ao caso a de Macau, e não relevar nada conhecer a legislação de Taiwan, e o arguido já ter declarado em audiência que sabia ser ilegal o consumo de droga em Macau, e que a sua esposa também depusera nesse sentido, sabendo que o consumo de droga é punível em Macau.
2. As questões que foram e seriam colocadas pela Defesa do arguido eram todas relativas à prova, quer do regime legal vigente em Taiwan (conhecido do arguido, aí residente, mero turista em Macau) quer à matéria do desconhecimento dessa especial proibição (consistente na equiparação para efeitos de moldura penal a um traficante, de um mero detentor de drogas, ainda que para seu consumo, e apesar de deter quantidade superior a cinco vezes o limite legal por parte do arguido, devido às suas dores físicas e sofrimento psicológico há cerca de vinte anos à data da prática dos factos pelos quais vem acusado) conforme oportunamente articulado.
3. A matéria em causa é um dos pontos mais importantes da defesa do arguido, porquanto, em Taiwan não vigora, para o caso de drogas leves como a canábica (marijuana) uma presunção legal que importe o risco da imposição de pena de uma muito pesada pena de prisão a um mero O detentor de drogas para seu uso exclusivo (como é o caso do arguido, que tomava drogas - Canábica e MDMA - com fins medicinais para alívio das suas dores) com a mesma moldura penal que cabe a um traficante de droga, conforme se conclui da leitura dos arts. 14.º/2, 11.º/2 e 8.º/1 da Lei n.º 1712009 na redacção da Lei n.º 10/2016 quanto à lei de Macau, e da leitura do parecer jurídico constante do Documento n.º 13, elaborado por essa testemunha (advogado em Taiwan) bem como resulta da leitura do ponto 11. da lei penal de Taiwan aplicável, a fls. dos autos, cominando com pena de prisão de 3 meses a 5 anos, mais multa de NT700,000.00.
4. O conhecimento dessa questão por parte do Tribunal, e do mais que se provasse a respeito do desconhecimento do arguido da lei de Macau relativamente àquela proibição, teria suma importância para a prova da contestação e defesa do arguido, nessa parte, erigida em torno do artigo 15.º do Código Penal, que oportunamente invocou, e teria invocado em alegações os arts. 65.º a 67.º do mesmo diploma legal, que sempre mereceria ao arguido, pelo menos em abstracto, sujeito à livre apreciação e convicção do Tribunal, mas em face de toda a prova relevante relativa à sua Defesa, em abstracto, uma possível exclusão da culpa, ou ainda, atenuação especial da sua pena pelo reduzido grau de censurabilidade, situando-se a pena concreta o mais próximo possível do limite inferior da moldura penal.
5. Sublinhe-se que o arguido desconhecia que existia tal consequência legal em Macau: ser punido criminalmente pela mesma moldura penal que cabe a um traficante de droga (arts. 14.º e 8.º/1 da Lei n.º 17/2009 na redacção da Lei n.º 10/2016) por apenas deter, ou apenas por consumir, para alívio das suas sequelas físicas e psicológicas, para debelar as suas dores, resultantes dos tiros que levou, quando era agente da polícia em Taiwan.

第一嫌犯 A 亦對原審判決不服，向本院提起上訴，並提出了有關的上訴理由。²

-
6. Tal desconhecimento, sendo juridicamente relevante em Macau, fazendo parte da legalmente devida apreciação da culpa do agente, outrossim faz parte dos seus argumentos de facto e de direito na sua contestação onde impugnou a matéria da acusação.
 7. Sendo o desconhecimento da referida proibição sob a forma de presunção deveras relevante, em face da moldura penal em causa na acusação (mínimo de 5 e máximo de 15 anos de prisão, muito diferente da punição em Taiwan pela mera detenção de marijuana - vd. Documento n.º 13 da contestação do arguido e lei de Taiwan aplicável, cominando com pena de prisão de três meses a cinco anos e multa de NT700,000.00) é direito elementar de qualquer pessoa constituída arguida, como o é direito do arguido, que se encontra nas concretas circunstâncias de facto que lhe permite invocar o direito previsto no art. 15.º do Código Penal, a prova de qualquer circunstância conducente à prova da sua inocência ou menor medida da pena.
 8. A decisão recorrida viola, para além do art. 321.º/1/4 do CPP, as mais normas jus-penais e processuais penais aqui alegadas, pois, constando da contestação do arguido nos arts. -97.º a -105.º tal matéria de facto e de direito, e do Documento n.º 13 da Contestação do arguido, e o Tribunal, podendo ordenar, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigura necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, deveria ter sido admitida a prova respectiva, quanto à matéria e testemunha em causa, sem prejuízo da sua livre convicção, para bem decidir da causa.
 9. Com a sua aludida omissão, o Tribunal a quo violou os artigos 15.º, 65.º a 67.º do Código Penal, o art. n.º 2 do art. 115.º e o n.º 5 do art. 329.º, bem como, o art. 308.º, estes do CPP, pois auto-limitou não só o Colectivo, como ainda impediu a contraditoriedade de quaisquer aspectos a que depusesse a testemunha ou testemunhas, por parte do Ministério Público, que assim se viu impedido de conhecer e contradizer, eventualmente, nessa matéria, devidamente, o grau de culpa do agente, ora arguido.
 10. Com a aludida omissão, foi ainda violada a al. a) do n.º 2 do art. 400.º do CPP, que se traduzirá em insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quanto ao aspecto de facto e direito em referência, sendo necessário o reenvio do processo para novo julgamento, nos termos do n.º 1 do art. 418.º do CPP.

Pelo que se pede a este Venerando Tribunal de Segunda Instância, nos termos conjugados dos arts. 15.º, 65.º a 67.º do Código Penal, n.º 2 do art. 115.º, n.º 5 do art. 329.º, art. 308.º, 321.º/1/2 e al. a) do n.º 2 do art. 400.º do CPP, que considere que a decisão recorrida viola os referidos artigos, anulando o julgamento e determinando o seu reenvio, assim se fazendo a costumada JUSTIÇA!

²其葡文結論內容如下：

1. Arguido vinha acusado de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de um crime de consumo ilícito de estupefacientes, havendo confessado ter consumido estupefacientes e ter adquirido estupefacientes exclusivamente para consumo próprio, negando perentoriamente ter traficado drogas.
2. O douto Tribunal a quo deu como não provado que o 1.º Arguido traficasse estupefacientes ou que detivesse drogas para entregar a terceiros, ficando unicamente provado que ele detinha drogas para consumo pessoal.
3. Fundando-se na nova formulação do 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/009, o Tribunal decidiu punir

-
- o Recorrente ao abrigo do artigo 8.º dessa lei, acabando por condená-lo por um crime de detenção ilícita de estupefacientes e por um crime de consumo ilícito de estupefacientes e, em cúmulo, a uma pena de 8 anos e 3 meses de prisão.
4. O Recorrente não se conforma com o facto de ter sido punido de forma tão severa, apesar ter ficado demonstrado ser um mero consumidor de estupefacientes e, ademais, ter demonstrado diversas razões mitigantes para a sua culpa:
 5. A Lei n.º 10/2016 provocou alterações de grande relevo à Lei n.º 17/2009, nomeadamente ao seu artigo 14.º, que pune o consumo ilícito de estupefacientes, bem como a sua detenção ilícita para efeitos de consumo próprio.
 6. A formulação anterior do artigo não fazia qualquer distinção relativa , à quantidade de droga encontrada na posse do consumidor/detentor, sendo esse dado irrelevante para que o agente fosse punido enquanto consumidor, ao invés de traficante, desde que se demonstrasse que a droga era destinada exclusivamente para consumo próprio.
 7. O produtor ou traficante de droga poderiam ainda ver a sua punição diminuir de forma significativa quando a ilicitude da sua conduta se mostrasse consideravelmente diminuída, nomeadamente quando os estupefacientes encontrados na sua posse não excedessem cinco vezes a quantidade de referência de uso diário constante do mapa anexo à Lei da Droga, sendo que essa norma era apenas aplicável a produtores e traficantes de estupefacientes, não a consumidores.
 8. Fruto da dificuldade, em certos casos, de se fazer a prova do tráfico, independentemente da quantidade encontrada na posse do agente, acabando este por ser punido como consumidor, decidiu-se propor a alteração do artigo 14.º dessa lei.
 9. Fruto das alterações instituídas a esse artigo pela Lei n.º 10/2016, não só se agravou a pena aplicável ao consumidor para pena de prisão entre 3 meses a 1 ano, como o consumidor de estupefacientes passou a ser punido, nesses casos, pelo mero efeito de deter uma certa quantidade de droga, com a mesma pena aplicável aos traficantes de estupefacientes.
 10. A lei é escassa em esclarecer a que casos é que se aplicará aos consumidores de droga o artigo 8.º (tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas) e em que casos se aplicará o artigo 11.º (produção e tráfico de menor gravidade),
 11. Se o agente consumidor/detentor tiver na sua posse uma quantidade de droga superior a cinco vezes a quantidade de referência de uso diário, não será punido ao abrigo do artigo 14.º, mas também dificilmente será punido ao abrigo do artigo 11.º, porquanto este só se aplica, normalmente, aos casos em que a droga encontrada na sua disponibilidade for inferior a cinco vezes a quantidade de uso diário.
 12. Para todos os efeitos, seguindo a letra da lei, o consumidor de droga será, a mais das vezes, e quando forem encontrados na sua posse estupefacientes 'em quantidade superior a cinco vezes a quantidade de uso diário, punido com a pena prevista no artigo 8.º da Lei n.º 17/2009.
 13. Parece-nos evidente que esta nova incriminação do consumo de drogas, bem como a própria formulação dos artigos alterados, é violadora tanto da ordem constitucional da RAEM como dos princípios enformadores do direito penal que nos regem.
 14. A Lei Básica, enquanto lei fundamental da RAEM, estabelece os direitos e deveres fundamentais dos residentes do Território, fixando princípios que não podem ser violados por qualquer lei ordinária, conforme o disposto no seu artigo 11.º.
 15. No artigo 29.º da Lei Básica, estabelecem-se dois desses princípios, por um lado o princípio da legalidade da punição penal e por outro o princípio da presunção da inocência, sendo que a nova formulação do artigo 14.º da Lei n.º 17/2009 viola ambos estes princípios.
 16. A nova incriminação feita no n.º 2 do artigo 14.0 da lei da proibição do tráfico e consumo

de estupefacientes ilícitos é claramente violadora do princípio da tipicidade/determinabilidade das normas penais incriminadoras, e, consequentemente, violadora do princípio da legalidade das penas fixado na Lei Básica da RAEM.

17. Uma vez que não se compreende, pelo menos de modo satisfatório, em que casos deverá ser o agente punido ao abrigo do artigo 8.º e em que casos deverá ser ele punido ao abrigo do artigo 11.º, sendo que a diferença de molduras penais previstas em ambas as normas é colossal.
18. Também o princípio da presunção da inocência previsto na Lei Básica surge ferido por esta mesma incriminação, uma vez que artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009, mais não faz do que estabelecer a presunção de que alguém que detenha drogas (acima da quantidade ali referida) é traficante de estupefacientes, aniquilando a hipótese (ou, pelo menos, a utilidade) de se demonstrar o contrário.
19. Isso é, aliás, plenamente demonstrado pelas considerações feitas na nota justificativa das alterações propostas à Lei n.º 17/2009, de onde se depreende que uma das pretensões atribuídas à nova incriminação do n.º 2 do artigo 14.º da Lei n.º 17/2009, foi não mais do que inverter o ónus da prova da prática do crime de tráfico de estupefacientes, passando-se agora a punir o agente como traficante, independentemente de ele ser mero consumidor ou não.
20. Essa norma coloca em causa toda a construção axiológica em matéria penal fixada na Lei Básica, sendo violadora de direitos fundamentais nela estabelecidos.
21. Nos termos permitidos pelo artigo 143.º da Lei Básica, os Tribunais da RAEM podem interpretar, por si próprios, as violações de disposições da Lei Básica que se encontrem dentro dos limites da autonomia da RAEM, o que é o caso.
22. A norma incriminadora do artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009, é ainda violadora dos princípios gerais que regem o nosso ordenamento jurídico-penal, nomeadamente os fixados no artigo 40.º do CP, onde se estabelecem as finalidades das penas e o princípio da culpa.
23. As penas têm como objectivo a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, sendo que aqueles assentam no conjunto de valores comunitários fundamentais que merecem tutela jurídico-penal.
24. É de ciência comum a noção de que, quanto mais importante e fundamental for o bem jurídico violado, maior a punição aplicável, daí que seja técnica jurídico-penal comum escalonar as penas proporcionalmente à importância do bem jurídico protegido.
25. A jurisprudência e a doutrina são unânimes em considerar que o bem jurídico violado pelo crime de consumo ilícito de drogas é a saúde individual do próprio agente, enquanto os bens jurídicos violados pelo tráfico ilícito de drogas são a segurança e saúde comunitárias.
26. É inconcebível que se puna na mesma medida alguém que coloca em causa a segurança de toda uma comunidade e alguém que, tão-só, decide colocar em risco a sua própria saúde e bem-estar, sem dolosamente colocar em risco terceiros.
27. A actual punição de consumidores de estupefacientes ilícitos é nitidamente violadora do princípio da finalidade das penas, bem como do princípio da proporcionalidade que a esse aparece inerente.
28. Não se negando que uma punição variável em função da quantidade de droga que o consumidor detenha possa fazer parte de uma prudente política criminal, isso teria de ser feito de forma escalonada e proporcional.
29. A própria Comissão da Assembleia Legislativa manifestou preocupação com as alterações propostas no seu parecer n.º 4/V/2016, mas apesar das vigorosas críticas feitas à proposta de Lei apresentada pelo Governo, as alterações foram aprovadas na Assembleia Legislativa.

-
30. Mas terem passado pelo crivo legislativo, não pode significar necessariamente que passem pelo crivo judicial, que é o bastião máximo do controlo da legalidade das normas.
 31. Tal como pertinentemente apontara a Comissão da AL, a nova configuração do artigo 14.º da Lei n.º 17/2009 é violadora dos princípios da proporcionalidade e da finalidade das penas, previstos no Código Penal de Macau.
 32. Caso não se acompanhem os entendimentos supra expressos, então necessariamente terá de ser feita uma interpretação bastante cuidada da conjugação dos artigos 7.º, 8.º, 11.º e 14.º da actual Lei n.º 17/2009.
 33. A sentença recorrida deu como não provado que o Recorrente fosse traficante de estupefacientes e deu como provado que as drogas encontradas na sua posse destinavam-se a consumo próprio, mas ainda assim puniu-o ao abrigo do art.º 8.º da Lei da Droga, por virtude da quantidade das drogas que ele detinha.
 34. Tal fundamentação é escassa face à nova punição aplicável aos detentores/consumidores de estupefacientes.
 35. Uma vez que actualmente a detenção de estupefacientes em quantidade superior a 5 vezes a referência de uso diário já é uma agravante fixada no artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009, nenhum sentido faz usar o facto contrário, previsto no n.º 2 do artigo 11.º, como a atenuante exclusiva para os detentores de droga em quantidade superior a essa para consumo próprio.
 36. Deve então ser feita uma interpretação ab-rogatória do artigo 11.º da Lei n.º 17/2009, no sentido de se dar por inútil e inaplicável o número 2 dessa norma aos casos de detenção de droga exclusivamente para consumo próprio.
 37. Não podia a quantidade de canábis detida pelo Recorrente ser usada exclusivamente como argumento para afastar a aplicabilidade do artigo 11.º, nem tampouco o Tribunal à quo pareceu equacionar essa hipótese nem fundamentou de forma convincente o porquê de não o ter feito.
 38. Em casos de detenção de estupefacientes para consumo próprio, devem então somente ser ponderadas as conjunturas previstas no n.º 1 do artigo 11.º, para se decidir sobre a sua aplicabilidade ao caso.
 39. Provou-se amplamente em audiência que o Recorrente padece de dores físicas e psicológicas derivadas de uma lesão provocada por um tiro de que foi vítima no ano 2000, e que recorre a estupefacientes para minorar o seu sofrimento, facto também ele dado por provado.
 40. Tal facto deve constituir uma atenuante da culpabilidade da conduta, nomeadamente através do recurso ao artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009, enquanto modalidade da acção favorável ao Arguido.
 41. Ademais se provaram os benefícios que o consumo de canábis podem ter para alguém que padeça de condições como as de que sofre o 1.º Arguido, tendo-lhe inclusivamente sido receitado o consumo de canábis para efeitos medicinais nos EUA.
 42. Também a qualidade das substâncias é outro factor a ser usado a favor do Arguido, no sentido de dever ser punido ao abrigo do artigo 11.º, uma vez que tanto o MDMA como a canábis (principalmente esta), não fazem parte do núcleo que se costuma denominar de “drogas duras”.
 43. Estando em causa o bem jurídico da saúde individual (e não o da saúde comunitária), ainda mais relevo deve ser atribuído à qualidade das substâncias detidas pelo Recorrente.
 44. Apesar da quantidade bruta de estupefacientes que foram encontrados na detenção do Arguido, tendo em conta tanto a qualidade das substâncias por ele detidas como a modalidade da sua acção (na vertente a das razões pelas quais as drogas eram detidas para o

-
- consumo), mal andou o Tribunal ao não ter punido o Arguido ao abrigo do artigo 11.º.
45. Artigo esse que prevê uma moldura penal manifestamente mais proporcional à gravidade da conduta por ele levada a cabo.
 46. Se o fim da pena é a protecção do bem jurídico violado, e se a pena não pode ultrapassar a medida da culpa e se o bem jurídico aqui em causa é a saúde individual do Arguido, então jamais se poderá concluir que uma pena de 8 anos e 3 meses é necessária para satisfazer a finalidade da pena e restabelecer a paz jurídica.
 47. As mais das vezes, o consumidor de droga, é toxicodependente, é alguém que pelas mais variadas razões, tem uma compulsão irresistível (sem o tratamento certo) de recorrer ao uso da droga para debelar problemas físicos ou psicológicos de que padece.
 48. O consumidor, como é o caso do ora Recorrente, é ele próprio uma vítima da conduta levada a cabo pelos traficantes da droga.
 49. Ficaram amplamente provadas as razões pelas quais o 1.º Arguido recorria às drogas e independentemente de ter sido feita a perícia médico-legal para averiguar da sua toxicodependência, afigura-se ser evidente que a culpa do arguido se encontra mitigada por ser alguém que precisa de tratamento médico para deixar de consumir drogas.
 50. Concluindo-se que o Arguido deveria ter sido punido ao abrigo do artigo 11.º da Lei n.º 7/2009 (ao invés de ao abrigo do seu artigo 8.º), devido à ilicitude diminuta da sua conduta, urge determinar a nova pena a ser-lhe aplicada.
 51. O artigo 11.º prevê uma moldura penal de 1 a 5 anos de prisão.
 52. Tendo em conta os factores legais a ter em conta na determinação da medida da pena, nomeadamente o facto de ser primário, de ter confessado os factos, de ter demonstrado arrependimento e ainda pelas razões que o levaram a consumir estupefacientes (demonstradas em audiência e dadas por assentes na sentença recorrida), afigura-se justa uma pena de 2 anos de prisão.
 53. Em cúmulo jurídico com a pena de 6 meses de prisão que lhe foi aplicada em virtude do consumo ilícito de estupefacientes, deve-lhe ser aplicada uma pena nunca superior a 2 anos e 2 meses de prisão.
 54. Por virtude do artigo 48.º do Código Penal, e pela preferência que deve ser dada a penas não privativas da liberdade, deve essa pena ser suspensa na sua execução, ainda que condicionando-se a suspensão a um regime de prova previsto no artigo 50.º do Código Penal.
 55. O 1.º Arguido tem já 63 anos de idade, demonstrou arrependimento, colaborou com a justiça e anseia por regressar para junto da sua família, sendo de prever que a simples censura e a ameaça da prisão e~ realizem de forma adequada as finalidades da punição.
 56. Finalidades essas que, tratando-se de um mero consumidor de estupefacientes, que não tentou nem obteve qualquer proveito à custa de colocar a comunidade em risco, são de menores exigências, não saindo, portanto, defraudadas as expectativas comunitárias pela suspensão da pena.
 57. Por outro lado, enquanto os traficantes têm usualmente como objectivo o proveito económico da sua acção, sendo para esse efeito essencial conhecerem detalhadamente a quantidade de droga que detém, os consumidores não se movem pelos mesmos objectivos; estes, ao contrário O daqueles, têm apenas no espírito ou os efeitos recreativos das drogas, ou o objectivo de satisfazerem a necessidade irresistível de a elas recorrerem, por serem toxicodependentes.
 58. O 1.º Arguido, que não é residente na RAEM, e não tem o mínimo conhecimento do valor económico das drogas no Território, e por isso não tinha noção da quantidade concreta de canábis que estava a adquirir.

-
59. Os artigos 8.º e 14.º da Lei da Droga preveem ambos crimes dolosos, exigindo-se portanto que haja dolo também quanto à quantidade que é detida pelo agente.
 60. Conforme o facto n.º 1. da sentença, o Tribunal não conseguiu apurar as circunstâncias em que o 1.º Arguido adquiriu os estupefacientes que na sua detenção foram encontrados.
 61. Por virtude do princípio do in dubio pro reo, não podia o Tribunal ter concluído, como o fez na parte da fundamentação da sentença, que o Arguido agiu dolosamente com o objectivo de adquirir a droga naquelas específicas quantidades.
 62. Na posse do Arguido foram encontrados 10 cigarros contendo uma mistura de canábis e nicotina, e já no quarto do hotel onde ele estava alojado foram depois encontrados 26 comprimidos e um saco contendo uma planta que se veio a confirmar ser canábis e ainda mais 9 cigarros contendo também uma mistura de canábis e nicotina.
 63. Feito o relatório pericial ao material apreendido, veio-se a concluir que os 19 “cigarros” detidos pelo 1.º Arguido continham uma mistura de canábis e nicotina, com o peso líquido de 10.497g, que os 26 comprimidos encontrados no quarto de hotel onde estava alojado continham a substância “MDMA” e que as plantas consistiam em canábis, com o peso total de 88.26g.
 64. Segundo esse relatório, relativamente às substâncias encontradas dentro dos “cigarros”, não foi possível apurar, do peso global, quanto era relativo a canábis e quanto era a nicotina .
 65. Relativamente à MDMA, não foram indicados quantos miligramas dessa substância continham efectivamente os 26 comprimidos, sendo que a quantidade diária de referência da substância MDMA é de 0.15g, e esta quantia está sujeita à avaliação das doses médias habituais referidas na literatura, que variam entre 80 e 160 miligramas de substância pura.
 66. Não tendo o relatório pericial em que se fundou a sentença logrado demonstrar tanto a pureza dos comprimidos contendo MDMA, como os concretos gramas de canábis descobertos nos 19 “cigarros” encontrados na detenção do 1.º Arguido, não podia a sentença ter declarado, como o fez, que o 1.º Arguido tinha na sua posse “mais do que 100g de canábis”.
 67. E tratando-se de relatório pericial, o juízo aí feito presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.
 68. A sentença recorrida violou o artigo 29.º da Lei Básica, bem como o artigo 40.º, números 1 e 2, do Código Penal, e ainda os artigos 11.º e 14.º da Lei n.º 17/2009, havendo ainda incorrido no vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto, previsto no artigo 400.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal.

TERMOS EM QUE, pelos fundamentos expostos e nos demais de Direito que Vossas Excelências doutamente suprirão, deve ser concedido provimento a este recurso, revogando-se a sentença recorrida e substituindo- a por outra na qual:

1. Se declare o artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009 (Lei da proibição da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas) ilegal por violar o artigo 29.º da Lei Básica, bem como por violar o artigo 40.º, números 1 e 2 do Código Penal de Macau, e consequentemente punir-se o 1.º Arguido apenas ao abrigo do artigo 14.º, n.º 1, dessa lei.
Ou, por mera cautela de patrocínio, subsidiariamente,
 2. Se declare que a sentença recorrida violou os actuais artigos 11.º e 14.º da Lei n.º 17/2009, devendo o 1.º Arguido ser punido ao abrigo desse O artigo 11.º, ao invés do artigo 8.º pelo qual foi punido, devendo-lhe ser aplicada uma pena, em cúmulo jurídico, nunca superior a 2 anos e 2 meses de prisão, suspensa na sua execução, ainda que sujeitando esta a um regime de prova.
- E,

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據(結論部分)：

1. 上訴人取得、持有、吸食在其身上及房間內所搜獲的毒品，其中受第 17/2009 號法律附表 I-C 所管制的“大麻”淨重逾 100 克，遠遠超出法定的 5 日用量。
2. 上訴人自 1975 年起在台灣擔任警員，至 2001 年轉為擔任偵查隊長的工作，按常理，作為刑事範疇的警務人員，應清楚知道持有大量毒品，即使僅供個人吸食，仍屬違法，加上在本案庭審中，上訴人已承認吸食大麻在台灣屬違法，儘管其為了舒緩槍傷的不適。故不能據澳門《刑法典》第 15 條，因對禁止有認識上錯誤而阻卻故意。
3. 基於上述情況，據《刑事訴訟法典》第 321 條第 4 款，由於有關聲請的證據沒有必要性，故原審法庭可駁回聽取有關證人的申請。亦因此，原審法庭的決定沒有違反《刑事訴訟法典》第 115 條第 2 款、第 329 條第 5 款及第 308 條的規定。
4. 另外，根據澳門終審法院裁決，要出現“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵，“必須在調查為做出適當的法律決定必不可少的實時出現漏洞，或者因為該等事實阻礙作出法律決定，或者因為沒有該等事實就不可能得出已得出的法律方面的結論，從而對已得出的裁判來說，獲證明之事實事宜顯得不充分、不完整。”(參閱終審法院第 17/2000 號、第 14/2000 號、第 16/2000 號合議庭裁判，以及其他更多的裁判)。

-
3. Mais se declare que a sentença recorrida incorreu em vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto, devendo, também por virtude disso, ser ° 1.º Arguido punido ao abrigo do artigo 11.º da Lei n.º 7/2009, devendo-lhe ser aplicada uma pena, em cúmulo jurídico, nunca superior a 2 anos e 2 meses de prisão, suspensa na sua execução, ainda que sujeitando esta a um regime de prova.

5. 在本案審判聽證中，原審法庭已查明做出正確裁判所必不可少的事實。事實上，被上訴判決已將“嫌犯(上訴人)在澳門販毒、轉售毒品予他人、與他人交易毒品訊息”列在“未能證明的事實”中。
6. 然而，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 I-C 所管制的“大麻”淨重逾 100 克，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，藉此舒緩過往因槍傷而造成的身體不適及止痛，否認販賣毒品，但知悉吸食毒品屬違法行為。
7. 因此，正由於上訴人取得、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 I-C 所管制的“大麻”淨重逾 100 克，遠遠超出法定的 5 日用量，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。
8. 我們認為，8 月 10 日第 17/2009 號法律(經第 10/2016 號法律所修改)第 8 條的題目：“不法販賣麻醉藥品及精神藥物”中的“販賣”是廣義的概念，也包括“不法持有”，正如於上述的第 8 條第 1 款中已提及“不法持有”：“一、在不屬第十四條第一款所指情況下，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，處五年至十五年徒刑。”
9. 因此，原審法庭並沒有對上訴人推定販毒，而是遵守了罪刑法定原則，即被上訴判決並無違反《基本法》第 29 條以及《刑法

典》第 40 條第 1 和 2 款的規定，亦無違反第 17/2009 號法令第 11 和 14 條的規定，同時，沒沾有《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。

因此，檢察院建議判處上訴人上訴理由不成立，應予駁回，並維持原審法庭判決。

敬請尊敬的法官閣下，一如既往作出公正審判！

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均不成立，應駁回上訴及維持原判。

隨後，本院邀請上訴雙方對根據原審所認定的事實作法律定性發表意見，助理檢察長及辯護人分別在第 992 頁和第 994 頁作出了相關意見。

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

於 2018 年 2 月 7 日，原審法院法官在審判聽證中作出批示，內容如下：

“鑑於本案所適用的為澳門法律，台灣法律如何處理毒品的問題對本案沒有重要性。更重要的是，第一嫌犯在今早的審判聽證中表示已經知道其行為不法，其妻子亦在聽證中表示第一嫌犯知道吸食大麻的行為是犯法。

證人 B 也提到在台灣吸食大麻會處以勒戒，故此，法庭認為證人如何解釋台灣地區的法律對本案而言沒有重要性；因此，不批准第一嫌犯辯護人就該問題作出提問。”

另外，原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 案發前（2017 年 5 月 13 日前），第一嫌犯 A 以未能查明的途徑購入“二甲（甲烯二氧）苯乙胺”及“大麻”，然後將毒品收藏在其租住的 XX 酒店 1945 號房間內。
2. 第一嫌犯 A 購入毒品供其個人吸食。
3. 2017 年 5 月 11 日，第二嫌犯 C 在本澳從一名叫“真真”的女子處取得“二甲（甲烯二氧）苯乙胺”及“大麻”供其個人吸食，並將剩下的毒品收藏在其租住的 XX 酒店 1935 號房間內。
4. 2017 年 5 月 13 日，司法警察局前往 XX 酒店由第一嫌犯 A 及第二嫌犯 C 各自租住的 1945 號及 1935 房間進行調查。
5. 當時，司警人員在第一嫌犯 A 的外套內袋搜獲一個印有「MEVIUS」字樣的藍色香煙盒、盒內藏有十支連煙紙共重約 8.6 克的「香煙狀物」（參閱卷宗第 7 頁的搜查及扣押筆錄、及第 8 頁的相片）。
6. 在取得嫌犯的同意下，司警人員在第一嫌犯 A 租住的 XX 酒店 1945 號房間進行搜查，並在保險箱內搜獲以下物品：
 1. 二十六粒均印有“ck”字樣、連透明拉密式膠袋共重約 7.9 克的淺藍色藥丸；
 2. 一包、連透明拉密式膠袋共重約 99.9 克的植物；
 3. 一個印有「MEVIUS」字樣的藍色香煙盒、盒內藏有九支連煙紙共重約 7.8 克的「香煙狀物」（參閱卷宗第 10 及 11 頁

的搜查及扣押筆錄、及第 12 至 14 頁的相片)。

7. 在取得嫌犯的同意下，司警人員在第二嫌犯 C 租住的 XX 酒店 1935 號房間進行搜查，並在保險箱內搜獲：
 1. 一個印有「草晶华」字樣的紅黑色鐵盒、盒內藏有三支連煙紙共重約 2.7 克的「香煙狀物」；
 2. 一粒印有“ck”字樣、重約 0.3 克的淺藍色藥丸（參閱卷宗第 34 頁的搜查及扣押筆錄、及第 35 至 37 頁的相片）。
8. 經鑑定證實，在第一嫌犯 A 的外套袋搜獲的十枝「香煙狀物」內的植物碎片均含有“菸鹼”及第 17/2009 號法律附表 I-C 所管制的“大麻”成份，共淨重 5.497 克（參閱卷宗第 136 至 143 頁），該等毒品屬第一嫌犯所有，以作為其個人吸食之用。
9. 經鑑定證實，在第一嫌犯 A 租住的 XX 酒店 1945 號房間保險箱內搜獲的 26 粒淺藍色藥丸均為第 17/2009 號法律附表 II-A 所管制的“二甲（甲烯二氧）苯乙胺”，共淨重 7.334 克；該包植物為第 17/2009 號法律附表 I-C 所管制的“大麻”，共淨重 88.26 克，為法定每日參考用量的 88.26 倍；而該九枝「香煙狀物」內的植物碎片均含有“菸鹼”及第 17/2009 號法律附表 I-C 所管制的“大麻”成份，共淨重 5.007 克（參閱卷宗第 136 至 143 頁），該等毒品屬第一嫌犯所有，以作為其個人吸食之用。
10. 經鑑定證實，在第二嫌犯 C 租住的 XX 酒店 1935 號房間保險箱內搜獲的三枝「香煙狀物」內的植物碎片均含有“菸鹼”及第 17/2009 號法律附表 I-C 所管制的“大麻”成份，共淨重 1.675 克；而該粒淺藍色藥丸為第 17/2009 號法律附表 II-A 所管制的“二甲（甲烯二氧）苯乙胺”，淨重 0.274 克（參閱卷宗第 127 至 134 頁）。

11. 第一嫌犯 A 及第二嫌犯 C 在自由、自願及有意識的情況下，在未經許可下取得及持有毒品，故意吸食受法律管制之毒品。
12. 第 17/2009 號法律所規定的“大麻”(植物的葉，或其開花或結果的頂部)每日用量為 1 克，5 日的用量即為 5 克。
13. 兩名嫌犯清楚知道上述毒品的性質及特徵，且明知其行為是法律所不容，會受法律制裁。
14. 第一嫌犯自 1975 年起在台灣地區擔任警員，直至 2001 年轉為擔任偵查隊長的工作。
15. 2000 年第一嫌犯受到槍傷，並承受了身體與精神方面的傷害。
16. 直至今日，有關傷患仍令第一嫌犯有疼痛及不適的感覺。
17. 第一嫌犯聲稱藉著吸食案中所指的毒品來減輕有關楚痛及不適。
18. 之後，第一嫌犯擔任私人的保安工作，每月收入為港幣 6 萬元。此外，還查明：
19. 第一嫌犯 A 表示具有大學畢業的學歷，特別助理員，每月收入為港幣 6 萬元至 8 萬元，與沒有工作的妻子育有五名子女，其中三名子女在職，兩名仍然在學。
20. 第二嫌犯 C 表示具有小學二年級的學歷，商人，每月收入約為新台幣 100,000 元，需要照顧一名未成年人。
21. 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，兩名嫌犯均屬於初犯：

未能證明的事實：

1. 第一嫌犯 A 在本澳販賣毒品，以賺取不法利益。
2. 第一嫌犯 A 購入的毒品用作轉售他人。
3. 在第一嫌犯 A 手機內的資料當中，發現第一嫌犯的手機通訊軟

件「微信」內有第一嫌犯與他人交易毒品的訊息。

4. 第一嫌犯 A 為取得不法的利益，向他人出售受法律管制的毒品。
5. 控訴書及答辯狀中與上述已證事實不符的其他事實。

司法警察局刑事技術廳對扣押毒品作出新的檢測，報告載於卷宗第 937 頁至 975 頁，其內容在此視為轉錄。

三、 法律方面

上訴人提起的中間上訴涉及下列問題：

- 發現真相之調查證據

上訴人提起的主上訴涉及下列問題：

- 刑罰合法性原則及無罪推定原則
- 毒品檢測
- 法律定性
- 量刑過重

1. 上訴人指出當其辯護人詢問上訴人證人 B 關於答辯狀第 97-105 項之事宜時，原審法院不批准有關的問題，即禁止證人解釋關於台灣的法律。上訴人認為原審法院之決定違反了《刑法典》第 15、65 至 67 條和《刑事訴訟法典》第 321 條第 1 及第 2 款的規定。

《刑事訴訟法典》第 115 條：

“一、須向證人詢問其直接知悉且為證明對象之事實。

二、在法官確定可科處之刑罰或保安處分前，就關於嫌犯人格、性

格、個人狀況、以往行為等事實作出詢問，僅在對證明犯罪之構成要素，尤其是行為人之罪過，屬確實必要之範圍內，或在對採用強制措施或財產擔保措施屬確實必要之範圍內，方得為之，但法律另有規定者除外。”

《刑事訴訟法典》第 308 條：

“一、就聽證過程中出現之附隨問題，由法院在聽取就該等問題有利害關係之訴訟主體陳述後作出裁判。

二、在聽證過程中提出證據必須遵從辯論原則。”

《刑事訴訟法典》第 321 條：

“一、法院依職權或應聲請，命令調查所有其認為為發現事實真相及為使案件能有良好裁判而必須審查之證據。

二、如法院認為有需要調查未載於控訴書、起訴書或答辯狀之證據方法，則儘早預先將此事告知各訴訟主體及載於紀錄內。

三、如證據或有關之方法為法律不容許者，則以批示駁回有關證據之聲請，但不影響第二百零九條第三款之規定之適用。

四、如下列情況屬明顯者，則亦駁回證據之聲請：

- a) 所聲請之證據屬不重要或不必要；
- b) 證據方法屬不適當、不可能獲得或非常懷疑其能否獲得；或
- c) 聲請之目的純為拖延時間。”

《刑事訴訟法典》第 329 條：

“一、關於人證之一般規定，凡與本章之規定不相抵觸之部分，均相應適用於在聽證中之人證調查。

二、詢問證人須依其被指定之次序逐一進行，但主持審判之法官基

於有依據之理由以其他方式進行者，不在此限。

三、主持審判之法官須詢問證人之身分資料、其與各訴訟參與人間之私人、親屬及職業關係，以及其在案件中之利害關係，一切內容均須載於紀錄。

四、繼而，由指定證人之向證人詢問，其後證人接受反對訊問；如在反對訊問時出現直接訊問中未有提出之問題，指定該證人之向證人得就該等問題再詢問證人，隨後得對屬同一範圍之問題再作反對訊問。

五、各法官得隨時向證人發問其認為對解釋已作出之證言及對案件作出良好裁判屬必需之問題。

六、經主持審判之法官許可，共同嫌犯中其中一人所指定之證人得由其他共同嫌犯之辯護人詢問。”

根據上述條文規定，證人的證言內容必須為其直接知悉且為證明對象的事實。

本案上訴人辯護人在庭審中要求上訴人的證人解釋台灣關於毒品方面的法律，以便證明上訴人不認識其行為的違法性。

然而，正如原審法庭在批示中已清楚解釋，上訴人本人及其妻子均在庭審中表示知道其行為是違法的，且有關證人亦提及在台灣吸食大麻亦會被處罰。因此，向有關證人詢問台灣法律的問題確實對本案發現事實沒有幫助。

基於上述情況，由於有關證言沒有必要性，故原審法庭駁回聽取有關證人該部分的證言的申請，沒有違反相關條文的規定。

故此，上訴人提出的上述上訴理由並不成立。

2. 在主上訴方面，上訴人提出經第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 3 款，違反了《基本法》第 29 條確立的刑罰合法性原則及無罪推定原則，亦違反了《刑法典》第 40 條的規定。

《基本法》第 29 條規定：

“澳門居民除其行為依照當時法律明文規定為犯罪和應受懲處外，不受刑罰處罰。

澳門居民在被指控犯罪時，享有盡早接受法院審判的權利，在法院判罪之前均假定無罪。”

《刑法典》第 40 條規定：

“一、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。

二、在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。

三、保安處分僅在其與事實之嚴重性及行為人之危險性相適應時，方得科處之。”

對於上述問題，本院同意助理檢察長在意見書中的精闢見解，轉錄內容如下：

“第 10/2016 號法律對第 17/2009 號法律所作出之修改，立法者的確對於原有的“不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪”作出了很大的調整。當中最重要的，莫過於在同法律中的第 14 條加入了第 2 款及第 3 款的規定：

“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。

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。”

在考慮第 17/2009 號法律第 8 條及第 14 條之間的關係時，不應以一般人的看法和理解來看待“吸食罪”和“販毒罪”之間的區別，即不應以持有毒品背後的最終目的(吸食或出售)來作為兩罪區分的標準。

事實上，不論在第 8 條或第 14 條中，都分別提及“持有”毒品的客觀行為已經足夠構成兩罪狀相同的客觀構成要件。但是，為著更有效打擊廣義上的販毒行為，立法者在最後一次的法律修改中採納了一個純客觀的標準來區分兩種行為的性質，即僅以每日參考用量五倍數量的標準。

不難發現，從現行生效及適用的法律當中，第 8 條所規範的“不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪”的適用必須配合同法律第 14 條第 2 款及第 3 款的規定，並以每日參考用量的五倍數量作為“販毒罪”的適用前提。進一步而言，即代表著當行為人持有毒品的數量超越每日參考用量的五倍時，法律已把該行為的性質改變，再不可能像以往般出現適用第 14 條第 1 款之可能。

對於以上新的立法取向，可以說會對一直沿用舊法的法律工作者帶來“不習慣”，但是，不要忘記修法背後的目的，正正是為著更有效打擊廣義上的販毒行為(包括僅持有大量毒品的情況)。

因為透過“大量”持有毒品的行為，可能給社會及公共健康造成的潛在危險已經遠遠超越了對行為人“個人身體健康”所造成的影響，即一個大量持有毒品的行為同樣會為“公共衛生”法益帶來莫大的不良影響。所以，不應如上訴人般僅僅把第 17/2009 號法律第 14 條的規定完全視為僅與行為

人“個人健康”的法益有關。的確，透過同條文第 2 款及第 3 款之新規定，立法者刻意把持有超越每日用量五倍的情況視為該行為在“質”方面改變的一個標準，並基於毒品數量已超越一般正常服用的情況，直接改變了行為的定性，從單單涉及個人健康問題，改變為一個與“公共衛生”法益扯上關係的新法益。

其實，上訴人在其上訴狀中所反映出來的“不適應”是可以理解的。但是，必須明白在法律上對行為作出“質”方面的改變是經過嚴謹的立法程序，最後更獲得立法機關的通過。而對於每個刑事立法政策而言，亦絕不可能馬上得到整個社會全部人的認同，但是，作為司法機關而言，亦負有必須嚴格履行執行法律的責任，更不可能因應個人喜好或出於個人的不認同而不執行法律。

至於上訴人指出有關規定(第 17/2009 號法律第 14 條第 2 及第 3 款)與《基本法》第 29 條有所抵觸，理由是在第 14 條第 2 款中提及“則視乎情況，適用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定”，認為這種表述不夠具體及確定，違反了合法性原則。

很明顯，這種說法實為著指責而指責，但毫無合理理據可言。其實只要細心分析第 7 條、第 8 條及第 11 條，不難發現在每個罪狀當中都有對各自規範的行為有著具體的描述及構成要件方面的不同要求，實在不會發生半點混淆的可能。

正如前述，當毒品數量超過參考每日用量的五倍時，法律實際上所規定的是不再適用第 14 條第 1 款，並因此實際情況(即依據具體事實)考慮適用第 7 條、第 8 條或者第 11 條。我們實在看不透這種立法技巧與《基本法》第 29 條有何關連，更莫論對《基本法》的規定有任何的違反，這是因為不論在第 7 條、第 8 條及第 11 條當中，每個罪狀的法定構成要件都不相同，而且也相當清晰。

至於另一個上訴人提出的，即第 14 條第 2 及第 3 款有否與《刑法典》第 40 條有所抵觸的問題，我們認為，上訴人的質疑同樣是無根據的。最明顯的是《刑法典》第 40 條所規範的，是包括在《刑法典》第三編之“事實之法律後果”之中，內容是涉及到量刑時所需要注意的法定目標及基本的量刑準則。

然而，上訴人實際上所不滿的，是在經第 14 條第 2 款及第 3 款並配合第 8 條適用後所設定的行為定性及相關的抽象刑幅。嚴格來說，法律如何看待某罪狀的嚴重性及應如何設定相應的抽象刑幅，並非司法機關在執行法律的過程上最需要考慮的。相反，全屬立法機關因應社會大多數的立法取向及刑事政策而決定，實不能如上訴人般因不滿某罪狀的設定及其對抽象刑幅的不認同而要求司法機關不執行法律！因此，我們實看不到任何理由可以驅使原審法院不執行經修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 3 款之規定。”

因此，新修改的規定並沒有違反基本法及刑法的相關原則，而上訴人提出的上述上訴理由並不成立。

3. 上訴人又指出基於在卷宗第 136 頁至 142 頁的毒品檢驗報告中沒有對每種物質，包括大麻及二甲苯乙胺作出定量分析，因此，不能確定上訴人所持有的受管制毒品的總數，從而妨礙了作出正確的法律定性及量刑決定，而原審判決患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項“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。”

同樣理解可見於 Germano Marques da Silva 教授所著的“刑事訴訟課程 III”^[1]。

根據已證事實，上訴人持有十支「香煙狀物」內含“大麻”成份，共淨重 5.497 克；二十六粒藥丸，內含“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”，共淨重 7.334 克；一包膠袋裝植物，內含“大麻”共淨重 88.26 克；九支「香煙狀物」內含“大麻”成分共淨重 5.007 克。上訴人持有上述毒品作個人吸食之用。

在首次檢驗報告中，確實沒有對大麻及二甲(甲烯二氧)苯乙胺作定量分析。然而，在第二次檢驗中，刑事技術廳對有關藥丸作定量分析，鑑定具 38% 的含量，即二甲(甲烯二氧)苯乙胺含量為 2.79 克。

至於大麻方面，根據司法警察局刑事技術廳的說明(卷宗第 959 頁)由於大麻是天然植物，沒有摻雜其他成分，故其重量為其稱得之淨重。

從檢測報告中確認的扣押毒品大麻的淨重量 88.26 克，盡管不包括其

[1] “A contradição insanável da fundamentação respeita antes de mais à fundamentação da matéria de facto, mas pode respeitar também à contradição na própria matéria de facto (fundamento da decisão de direito). Assim, tanto constitui fundamento de recurso ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do art. 410.º a contradição entre a matéria de facto dada como provada ou como provada e não provada, pois pode existir contradição insanável não só entre os factos dados como provados, mas também entre os dados como provados e os não provados, como entre a fundamentação probatória da matéria de facto. A contradição pode existir também entre a fundamentação e a decisão, pois a fundamentação pode apontar para uma dada decisão e a decisão recorrida nada ter com a fundamentação apresentada.” – Prof. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, III, ed. VERBO, pág.340 a 341

他 19 支大麻煙當中所包含的大麻成份(因基於技術原因無法把大麻與其他成份分離)，上述數量都已經大幅地超過法定每日服用量(1 克)的五倍了。

而至於在另一扣押毒品二甲(甲烯二氧)苯乙胺，檢出當中的毒品淨量為 2.79 克(詳見第 959 頁及 974 頁)，同樣地，已經遠遠超過法定每日用量(0.15 克)的五倍了。

所以，可以肯定上訴人所持有的毒品總量，已完全排除於第 17/2009 號法律第 11 條(較輕的生產和販毒罪)及第 14 條第 1 款(不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪)的適用範圍以外。

因此，原審判決不存在獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵，而上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

4. 現在讓我們分析經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 14 條及第 8 條之間的關係，即是上訴人的行為是觸犯一項第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰的不法販賣(持有)麻醉藥品及精神藥物罪還是一項第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰的不法販賣(持有)麻醉藥品及精神藥物罪以及一項第 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。

第 17/2009 號法律第 8 條規定：

“一、在不屬第十四條第一款所指情況下，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，處五年至十五年徒刑。

二、已獲許可但違反有關許可的規定而實施上款所指行為者，處六

年至十六年徒刑。

三、如屬表四所列植物、物質或製劑，則行為人處下列徒刑：

（一）屬第一款的情況，處一年至五年徒刑；

（二）屬第二款的情況，處二年至八年徒刑。”

第 17/2009 號法律第 14 條規定：

“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。”

第 10/2016 號法律對第 8 條及第 14 條的修改，改變了一直以來「吸毒罪」沒有規範行為人所持有的毒品數量，並因而新增及引入吸食毒品數量的限制。即使行為人“純粹為供個人吸食(第 14 條第 1 款)”，只要“持有超過 5 天法定參考用量(第 14 條第 2 款)”，則以販毒罪(視乎情況，適用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定)論處。也就是說，行為人為吸食而持有超出一定數量毒品，不問其除吸食外有否其他目的，尤其無需證明行為人是否

有將毒品讓與第三人等販毒行為，就足以構成「販毒罪」。³

適用第 14 條第 2、3 款的規定的前提條件就是僅僅證實嫌犯的單純持有毒品的行為，因為如果證實了販賣的行為，就按照情況直接適用第 8 或者第 11 條的規定，無需通過第 14 條第 2、3 款才適用。

另外，第 14 條第 3 款規定，為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，而這一計算在內，僅僅也是為了計算上的考慮，並非在證實嫌犯的販毒行為的前提下，將吸毒罪予以吸收的考慮。

³ 參閱立法會針對修改第 17/2009 號法律的第 10/2016 號法律的法案所作之理由陳述，以及第三常設委員會針對該法案作出的第 4/V/2016 號意見書可以確定，立法者制訂此法律是基於：

“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》（下稱“禁毒法”）生效至今已超過 6 年。自該法律生效以來，跨境毒品犯罪愈趨猖獗，成為國際社會安全的重大憂患，世界各國均致力加強預防及懲治毒品犯罪的力度。

.....

修訂‘禁毒法’的具體方向主要有四個：...（三）為避免販毒者以「吸毒罪」規避較重的刑責，加強規管吸毒行為；.....”

此外，立法者更一再強調，且重申立法目的是為了打擊以「吸毒罪」的空隙逃避「販毒罪」刑責：

“（三）吸毒罪中引入毒品數量的限制（法案第 1 條修改‘禁毒法’第 14 條按照現行‘禁毒法’的規定，「吸毒罪」並無規範行為人所持有毒品數量，因此，縱使行為人持有大量毒品而實際是用作販毒，除非能取得充分證據證明其販毒，否則行為人通常會聲稱毒品是供其個人吸食之用而規避以「販毒罪」被起訴。

.....

為了堵塞有關販毒者逃避較重刑責的漏洞.....，法案建議在「吸毒罪」中引入毒品數量的限制，就是即使符合以「吸毒罪」的前提，但只要行為人所種植，生產，製造，提煉，調製，取得或持有‘禁毒法’表一至表四所列植物，物質或製劑的數量超過法律所附的“每日用量參考表”內所載數量的五倍（即 5 日量），則不再適用「吸毒罪」，而會以不法生產或販賣麻醉藥品及精神藥物的犯罪論處。.....”

本文中，由於證實了上訴人持有毒品用於吸食，並且超出法律規定的每日用量標準的 5 日份量，其行為已觸犯一項經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 8 條結合第 14 條第 3 款所規定及處罰的販毒罪。

正如助理檢察長在意見中所：

“透過第 14 條第 3 款之新規定，法律要求在考慮毒品數量時需要把供個人吸食部分及作其他非法用途部分(販賣)一併計算，並以最後的總量作為界定犯罪行為性質的標準，意即代表在“吸食”與“販賣”之間並不會“共存”或同時適用。相反，應屬一種“擇一”的關係，又即代表著當涉案毒品總量(包括吸食及販賣部分)超過每日平均用量的五倍時，已經不可能符合吸食罪之罪狀，因為在此時能完全滿足罪狀的已經是販毒罪了。(透過第 14 條第 2 款的規定，因應不同的毒品總量再作細分)

嚴格來說，我們認為兩罪之間存在的關係應屬於一個“擇一”的關係。

本文中，正正出現上述情況，因涉案的毒品總量(即管以較寬鬆的計算標準作考慮)仍然超過每日平均用量的五倍。因此，從適用法律的角度考慮，應開釋上訴人被判處的其中一項“不法吸食麻醉藥品罪”，因僅能在此情況下適用經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款之規定。”

因此，上訴人的行為觸犯了一項第 17/2009 號法律第 14 條第 2 及第 3 款結合第 8 條所規定及處罰的販毒罪，而非以實質競合方式觸犯一項第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰的不法販賣(持有)麻醉藥品及精神藥物罪以及一項第 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。

故此，應開釋上訴人被判處的一項第 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。

5. 最後，上訴人認為原審法院就其觸犯一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」，判處八年實際徒刑，原審法院量刑過重，違反了《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定。

《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。

上訴人觸犯的一項經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 8 條結合第 14 條第 3 款所規定及處罰的販毒罪，可被判處五年至十五年徒刑。

經分析有關事實及上述所有對上訴人有利及不利的情節，其中包括上訴人曾受槍傷，而持有毒品僅作個人吸食之用。本案中，原審法院對上訴人所觸犯的一項販毒罪判處八年徒刑，量刑略重。本院認為判處上訴人六年六個月實際徒刑已能符合犯罪的一般及特別預防要求。

故此，上訴人提出的上述上訴理由部分成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 提出的中間上訴不成立，主上訴的上訴理由部分成立。

合議庭裁定開釋上訴人被判處的一項第 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。

合議庭裁定上訴人觸犯一項經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 8 條結合第 14 條第 3 款所規定及處罰的販毒罪，改判六年六個月實際徒刑。

判處上訴人繳付 9 個計算單位之司法費，三分之二以及上訴的訴訟費用。

著令通知。

2018 年 10 月 25 日

譚曉華 (裁判書製作人)

蔡武彬 (第一助審法官)

Processo nº 411/2018

(Autos de recurso penal)

Declaração de voto

Não subscrevemos o douto Acórdão que antecede pelos motivos que – em síntese – se passa a expor:

— No que toca ao “recurso interlocutório”, e em causa estando “matéria pelo recorrente alegada na sua contestação”, não nos parece que devesse o Colectivo a quo impedir que a testemunha pelo mesmo apresentada fosse sobre tal matéria inquirida em audiência de julgamento.

— Quanto ao “recurso do Acórdão do T.J.B.”, e considerando a “matéria de facto” que do julgamento resultou “provada” e “não provada”, afigura-se-nos que adequada não é a condenação do recorrente como autor material de 1 crime de

“tráfico de estupefacientes”, p. e p. pelo art. 8º, n.º 1 da Lei n.º 17/2009, (com a redacção introduzida pela Lei n.º 10/2016).

Com efeito, tendo resultado “não provado” – o que da acusação constava – que o “estupefaciente pelo arguido detido se destinava à venda ou cedência a terceiros”, e provando-se, apenas, que se destinava ao seu (próprio) “consumo”, apresenta-se-nos, pois, inviável a dita condenação.

Respeita-se o entendimento no sentido de que a decisão recorrida se apresenta em conformidade com a intenção legislativa acolhida pela nova redacção do art. 14º da referida Lei n.º 17/2009, (introduzida pela Lei n.º 10/2016).

Porém, da reflexão que nos foi possível efectuar, e em causa não estando a mera aplicação de uma “pena”, (mais grave), mas a (própria) condenação por 1 “tipo de crime”, (no caso, o de “tráfico de estupefacientes”), somos de opinião que a decisão recorrida colide com o “princípio da legalidade” e da “tipicidade”.

Por fim, e seja como for, atenta a referida “factualidade provada”,
afigura-se-nos excessiva a pena ao recorrente aplicada

Macau, aos 25 de Outubro de 2018

司徒民正 (第二助審法官)