

上訴案第 374/2019 號

日期：2019 年 6 月 6 日

- 主題：
- 事實不足以作出法律適用的瑕疵
 - 證據不足
 - 同案嫌犯的陳述
 - DNA 檢驗
 - 量刑
 - 審查證據的明顯錯誤的瑕疵
 - 法律適用的問題
 - 第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款
 - 較輕販毒罪的定罪
 - 非法持有吸毒工具罪
 - 量刑
 - 作為犯罪工具的手機

摘 要

1. 《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的“事實不足”的瑕疵是指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，是指對一恰當的法律決定而言，獲認定的事實顯得不充份，當法院沒有查明為案件做出正確裁判必不可少的事實事宜，而該等事實事宜本應由法院在控訴書和辯護狀界定的訴訟標的範圍內進行調查時，即出現此一瑕疵，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定。
2. 這種瑕疵並不是指法院所認定的事實缺乏任何可以歸罪的要件，也相同於認定事實所基於的證據不足。
3. 《澳門刑事訴訟法典》第 120 條第 1 款 a) 項的禁止作證是指同一案件或有牽連案件中的任一被告，以證人身份提供證言，但並不妨礙

眾被告以被告身份提供陳述，亦不妨礙法院在自由心證原則範圍內，利用該等陳述去形成其心證，即使針對其他共同被告亦然。

4. 關於 DNA 的檢驗，其以可能性的量化表述方式是這門科學本來的特點，法院必須予以尊重，而正是這種科學的可能性給法院在審理這個紛繁複雜的世界中所發生的事實的時候，提供了可靠的認定事實的客觀依據，而非主觀理由。甚至，這種科學的檢驗結果屬於排除法院自由心證的鑒定證據（《刑事訴訟法典》第 149 條）。
5. 有關量刑的決定時法院在認定事實以及在定罪之後，根據已證事實所顯示的犯罪情節以及在庭審中查明的嫌犯的個人人格特徵以及社會經濟狀況之後，依照《刑法典》第 65 條規定的量刑規則以及犯罪預防的要求的自由選擇法定刑幅之間的合適的刑罰的衡量過程，是一個純粹的法律適用的決定，並不存在事實的認定過程的明顯錯誤的前提，也就沒有審理這個上訴理由的可能，除非上訴人質疑原審法院所認定可以供量刑時候考慮的情節的部分的事實，如果這樣，也就還沒有進入量刑階段，而之時事實的認定過程存在的瑕疵的問題，與量刑的這個真正法律適用過程沒有關係。
6. “審查證據中的明顯錯誤”是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現（《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c）項）。
7. 第 10/2016 號法律修改了原來第 17/2009 號法律第 14 條「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」的條文規定及調整了第 8 條「販毒罪」規定的行文，不難發現這樣修改及調整，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。也就是說，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 1 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。
8. 嫌犯是否將其所持有的毒品讓予第三人的事實非屬構成第 14 條第 2 款所懲罰的「販毒罪」的法定罪狀中必不可少的重要事實，事實

上,即使該等事實未能被認定,並不妨礙原審法院根據經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定,以同一法律第 8 條等 1 款規定的「販毒罪」對嫌犯予以定罪。

9. 第 14 條第 2 款只是一個補充性的規定,第 14 條第 1 款和第 8 條的規定在已經明確證實符合罪狀的事實的情況下,應該予以首先適用,因為被侵犯的法益決定使然。
10. 只有在像本案那樣沒有實際證實前三名嫌犯的販毒行為的,才訴諸適用第 14 條第 2 款的規定。而在此之前,因已經明確證實嫌犯的吸毒行為(而非單純的持有為了個人吸食的目的,因為根據醫院的檢驗報告,其等身體的血液均對毒品呈陽性反應),應該首先予以懲罰。
11. 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。
12. 在一般的量刑中,法律賦予法院在法定的刑幅之內選擇一合適的刑罰的自由,上級法院只有在刑罰明顯違反罪刑不適應或者不合適的情況下才有介入的空間。
13. 從第五嫌犯手機內的通訊記錄,結合第四嫌犯手機內的通訊記錄,的確反映出第五嫌犯曾使用被扣押的手機與其他同案來進行與販毒活動有關的必要聯繫,該手機應該被視為犯罪工具並予以充公。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 374/2019 號

上訴人：檢察院

A

B

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告以下嫌犯，並提請初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理：

- 第一嫌犯 C、第二嫌犯 D、第三嫌犯 A 和第五嫌犯 B 是直接共犯，其既遂之故意行為均已觸犯了第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款之規定，分別構成一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」；
- 第一嫌犯 C、第二嫌犯 D、第三嫌犯 A 是直接共犯，其既遂之故意行為均已觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條及第 15 條之規定，分別構成一項「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」；
- 第四嫌犯 E 是直接共犯，其既遂之故意行為已觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款之規定，構成一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR2-18-0429-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

- 1) 指控第二嫌犯 D 以直接正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 17/2009 號法律(經第 10/2016 號法律所修改)第 15 條所規定及

處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」，判處罪名不成立。

- 2) 指控第一嫌犯 C 以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 17/2009 號法律(經第 10/2016 號法律所修改)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」(共犯)，改判為第一嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的一項「較輕的販賣罪」(共犯)(具有第 17/2009 號法律第 18 條的特別減輕情節)，判處 1 年 9 個月的徒刑。
- 3) 第一嫌犯 C 是直接正犯、其故意及既遂的行為，已觸犯了：
 - 第 17/2009 號法律(第 10/2016 號法律所修改)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」，判處 5 個月的徒刑；
 - 第 17/2009 號法律(第 10/2016 號法律所修改)第 15 條所規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」，判處 5 個月的徒刑。
4. 數罪並罰，合共判處第一嫌犯 C2 年 3 個月實際徒刑的單一刑罰。
5. 指控第二嫌犯 D 以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 17/2009 號法律(第 10/2016 號法律所修改)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」(共犯)，改判為第二嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂的方式觸犯了第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的一項「較輕的販賣罪」(共犯)，(具有第 17/2009 號法律第 18 條的特別減輕情節)，判處 1 年 9 個月的徒刑。
6. 第二嫌犯 D 是直接正犯、其故意及既遂的行為，已觸犯了：
 - 第 17/2009 號法律(第 10/2016 號法律所修改)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」，判處 5 個月的徒刑。
7. 數罪並罰，合共判處第二嫌犯 D2 年實際徒刑的單一刑罰。
8. 指控第三嫌犯 A 以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 17/2009 號法律(第 10/2016 號法律所修改)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」(共犯)，

改判為第三嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂的方式觸犯了第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的一項「較輕的販賣罪」(共犯)，判處 3 年的徒刑。

9. 第三嫌犯 A 是直接正犯、其故意及既遂的行為，已觸犯了：
 - 第 17/2009 號法律(第 10/2016 號法律所修改)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」，判處 6 個月的徒刑。
 - 第 17/2009 號法律(第 10/2016 號法律所修改)第 15 條所規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」，判處 6 個月的徒刑。
10. 數罪並罰，合共判處第三嫌犯 A 3 年 3 個月實際徒刑的單一刑罰。
11. 指控第四嫌犯 E 以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 17/2009 號法律(第 10/2016 號法律所修改)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」(共犯)，改判為第四嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂的方式觸犯了第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的一項「較輕的販賣罪」(共犯)，判處 2 年 6 個月的實際徒刑。
12. 第五嫌犯 B 是直接正犯、其故意及既遂的行為，已觸犯了：
 - 第 17/2009 號法律(第 10/2016 號法律所修改)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」(共犯)，判處 9 年 6 個月的實際徒刑。

檢察院、第三嫌犯以及第五嫌犯均不服判決，向本院提起了上訴，並分別提出了上訴理由。

檢察院的葡文上訴理由載於卷宗第 610-616 頁。¹

¹ 其葡文內容如下：

1. Neste caso, o 1º arguido C, o 2º arguido D e a 3ª arguida A foram acusados pela prática, em co-autoria e na forma consumada, dum crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, dum crime de consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas e dum crime de detenção indevida de utensílio ou equipamento

-
- p. e p., respectivamente, pelos artigos 8º, nº 1, artigo 14º e artigo 15º, todos da Lei nº 17/2009, alterada por Lei nº 10/2016.
2. O 4º arguido E foi acuado pela prática, em co-autoria e na forma consumada, dum crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas p. e p. pelo artigo 8º, nº 1, da Lei nº 17/2009, alterada por Lei nº 10/2016 (doravante designada simplesmente por Lei nº 17/2009).
 3. Realizada a audiência de julgamento, a maioria dos factos constantes da acusação foi julgada procedente. Contudo, o Tribunal, em vez de condenar os 1º, 2º, 3º e 4º arguidos pela prática, em co-autoria material e na forma consumada, dum crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas p. e p. pelo artigo 8º, nº 1, da Lei nº 17/2009, condena os 1º, 2º, 3º e 4º arguidos pela prática dum crime de “produção e tráfico de menor gravidade” p. e p. pelo artigo 11º, nº 1, al. 1), da Lei nº 17/2009, respectivamente, na pena de 1 ano e 9 meses de prisão, na pena de 1 ano e 9 meses de prisão, na pena de 3 anos de prisão e na pena de 2 anos e 6 meses de prisão.
 4. Salvo o devido respeito, não podemos concordar com a decisão de, em vez de condenar os 1º, 2º, 3º e 4º arguidos pela prática de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, condenar os 1º, 2º, 3º e 4º arguidos pela prática dum crime de “produção e tráfico de menor gravidade”.
 5. Entendemos, assim, que o acórdão recorrido padece de erro na aplicação de direito previsto no nº 1 do artigo 400º do CPPM pela violação do disposto nos artigos 14º, 8º e 11º da Lei nº 17/2009.
 6. Relativamente ao crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas p. e p. pelo artigo 8º, nº 1, da Lei nº 17/2009 ora acusado aos 1º, 2º, 3º, e 4º arguidos, após a realização de julgamento, o Tribunal dá por provados os factos constantes da acusação, tanto quanto os elementos objectivos como subjectivos exigidos para a incriminação no crime ora imputado, contudo, o Tribunal entende que os 1º, 2º, 3º, e 4º arguidos praticaram meramente, em co-autoria material e na forma consumada, de um crime de “produção e tráfico de menor gravidade” p. e p. pelo artigo 11º, nº 1, al. 1) da Lei nº 17/2009 e não do crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas ora acusado.
 7. Segundo os factos provados constantes do acórdão recorrido, foram encontrados no quarto nº 1501 do Hotel XXX, sucessivamente nos dias 31/07/2018 e 29/08/2017, na posse dos 1º, 2º, 3º arguidos cerca de 0,175g (gramas) e de 4,353g de Cocaína, após o exame laboratorial levado a cabo pela Polícia Judiciária, provou-se que o quantitativo da Cocaína acima referida com peso líquido de 0,0868g e de 2,38g (cfr. fls. 380 a 387, bem como fls. 439 a 445 dos autos). E o 4º arguido veio a RAEM para recolher o dinheiro adquirido através da actividade de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas explorada pelos 1º, 2º e 3º arguidos.
 8. E de acordo com o mapa da quantidade de referência de uso diário da Lei nº 17/2009, a quantidade de referência do uso diária da Cocaína (éster metílico de benzoilecgo-nina) é de 0.03g, mesmo que o Tribunal entenda que se trata de Cocaína (cloridrato), a quantidade de referência do uso diária é de 0,2g, ou seja, a quantidade total de Cocaína existente no produto encontrado no quarto nº 1501 na posse dos 1º, 2º e 3º arguidos com peso líquido de 0,0868g e de 2,38g, no seu total (2,4668g) é superior a cinco vezes da quantidade de referência de uso diário (entendemos que, neste caso, o peso líquido de Cocaína não se deve dividir por três).
 9. Conforme o nº 3 do artigo 14º da Lei nº 17/2009, para determinar se a quantidade de plantas, substâncias ou preparados que o agente cultiva, produz, fabrica, extrai, prepara, adquire ou detém excede ou não cinco vezes a quantidade a que se refere o número

第五嫌犯 B 的上訴理由：

1. 上訴人對原審法院判處其觸犯一項第 17/2009 號法律 (第 10/2016 號法律所修改)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」(共犯)，判處 9 年 6 個月的實際徒刑的決定不服，並同時針對原審裁判的量刑部分及宣告扣押物充公之部分提出上訴。
2. 上訴人由始至終都抱著對控訴事實作出認罪的態度，承認自己對事件存有過錯，願意承擔相關法律責任，反之其只是希望澄

anterior, são contabilizadas as plantas, substancias ou preparados que se destinem a consumo pessoal na sua totalidade, ou aquelas que, em pare, sejam para consumo pessoal e, em parte, se destinem a outros fins ilegais. E prevê o seu nº 2 que caso as plantas, substâncias ou preparados que o agente referido no número anterior cultiva, produz, fabrica, extrai, prepara, adquire ou detém constem do mapa da quantidade de referência de uso diária anexo à presente lei, da qual faz parte integrante, e a sua quantidade exceder cinco vezes a quantidade deste mapa, aplicam-se, consoante os casos, as disposições dos artigos 7º, 8º ou 11º.

10. O presente caso não tem nada a ver com o artigo 7º da Lei nº 17/2009.
11. Ora, importa saber se, tendo em conta as circunstâncias apuradas no presente caso, a ilicitude dos factos ilícitos se mostra consideravelmente diminuída ou não, entendemos que, face ao caso, não se mostra.
12. Daí que, consideramos que deve ser afastada a aplicação do artigo 11º da Lei nº 17/2009 e os 1º, 2º, 3º e 4º arguidos devem ser condenados pela prática, em co-autoria material e na forma consumada, de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas p. e p. pelo artigo 8º, nº 1, da Lei nº 17/2009, tal como constante da acusação (neste sentido, pode servir de referência o acórdão proferido pelo Tribunal de Última Instância nº 74/2018).
13. No que respeita à medida concreta da pena, uma vez que seja julgado procedente o recorrido acima exposto, entendemos que os 1º, 2º, 3º e 4º arguidos devem ser condenados pela prática, em co-autoria e na forma consumada, dum crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas p. e p. pelo artigo 8º, nº 1, da Lei nº 17/2009, cada um, numa pena de prisão não inferior a 5 anos e que se mantêm as demais penas condenadas pela prática de crime de consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas e de crime de detenção indevida de utensílio ou equipamento.
14. Ao proferirem o acórdão recorrido, os Mmos Juízes violaram, por errada aplicação, o disposto nos artigos 14º, 8º e 11º da Lei nº 17/2009.

Termos em que deve ser concedido provimento ao recurso e, em consequência, revogar-se o acórdão recorrido na parte enquanto objecto do presente recurso, condenando, finalmente, o 1º arguido C, o 2º arguido D, a 3ª arguida A e o 4º arguido E, pela prática, em co-autoria material e na forma consumada, de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas p. e p. pelo artigo 8º, nº 1 da Lei nº 17/2009, alterada por Lei nº 10/2016, cada um, n uma pena de prisão não inferior a 5 anos, mantendo as demais penas condenadas pela prática de crime de consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas e de crime de detenção indevida de utensílio ou equipamento.

清其從“F”手上取過有關物品時並不能夠確定其為毒品，而且其在最後述陳述部分表明其曾經懷疑有關物品為毒品，結合其仍然將有關帶到物品的行為，可得知上訴人的意思為即使知悉有關物品為毒品，其亦會將有關物品帶來本澳再交予他人。可見上訴人並不欲否認控罪和狡辯，更不等於表示其指出自己主觀上沒有作出持有以及交予他人“可卡因”的行為。

3. 然而，除應有尊重外，上訴人認為原審裁判在理由說明部分卻對上訴人的聲明內容作出了對其作出了相對不利的判斷和認定，繼而沒有在裁判之“判案理由”部分當中認定上訴人承認自己存在過錯責任等對上訴人有利的因素和情節，因此沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定有關審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。
4. 另外，上訴人現年 34 歲，在本澳屬僅屬於初犯，具有中五畢業的學歷，裝修工人，需要照顧父親及祖母，而在庭上承認有關之責任。
5. 再者，上訴人僅第一次作出攜帶毒品進行澳門的行為，而且在到達澳門後隨即被司警人員截獲，有關毒品仍然未能成功轉交予他人，更沒有成功出售有關毒品，因此上訴人之行為對未有對他人之健康造成損害，亦未嚴重影響澳門社會之安寧。
6. 此外，上訴人在被捕後亦積極配合刑事警察機關以及司法機關之偵查工作，並已多次表示對自己所做之事情而感到後悔，凡此種種均顯示上訴人在作出事實之前及前後均有保持良好行為。
7. 而且，上訴人基於其出現經濟問題，因此希望多賺金錢以支付房貸款項及親人醫療費用因而犯下本案，可見上訴人實施犯罪的可譴責程度不高，犯罪動機是由於父親及自幼照顧其之祖母均患上重病因而需要籌集大量資金的情況下產生，這些都是量刑時應予考慮的重要因素。
8. 我們明白到犯罪需予以譴責和打擊，但只要行為人真誠悔過，且犯罪事實、情節和後果不致於過於嚴重、惡性和卑劣，社會大眾也會寬恕和接受有關行為人。
9. 本案中，我們認為只要作出有罪判決並作出譴責和科處適當的刑罰，應可達到刑罰的特別預防目的，以預防上訴人將來再犯

罪。

10. 至於一般預防，上訴人實施犯罪行為的事實及情節不致於卑劣，而且有關行為亦未導致被害人處於困厄狀態，因而不致造成嚴重後果，相信社會大眾是接受以適當的刑罰處罰的行為人，而不會存在反對的迴響。
11. 同時，只要對上訴人施加的刑罰處罰屬適當，我們相信社會大眾不會質疑法律秩序的有效性；相反，可產生信任法律秩序或害怕法律秩序的後果、阻嚇，從而不敢去以身試法，以起到警戒社會上的潛在犯罪者。
12. 基於上述理由以及學說以及過往之司法見解，上訴人認為原審法院對本案作出量刑時欠缺考慮一切已載於卷宗且對上訴人屬有利的情節，尤其是上訴人的罪過程度以及其具體個人狀況，因此導致被上訴裁判違反了《刑法典》第 40 條第 1 款及第 2 款、第 64 條以及第 65 條第 1 款及第 2 款之規定。
13. 除應有尊重外，根據以上法律規定並結合本案的獲證明的事實，上訴人認為原審裁判就其觸犯第 17/2009 號法律（第 10/2016 號法律所修改）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」（共犯）並判處 9 年 6 個月實際徒刑的量刑實屬過重，而上訴人認為應被科處的徒刑應不超逾七年六個月最為適當。
14. 最後，原審裁判認為上訴人之電話載有與本案有關的內容，故足以認定為有關嫌犯實施本案犯罪活動的工具，故於判決確定後，將卷宗所扣押的電話及其配件充公。
15. 透過卷宗內之電話通訊紀錄截圖，可得知屬上訴人所有之手提電話內並沒有載有任何涉及毒品之通話內容，而司法警察局刑事偵查員向上訴人作出之“瞭解”後記載之事實，由於該等事實並非上訴人直接作出之聲明，而上訴人在審判聽證亦沒有直接就有關扣押物是否用於犯罪用途作出任何聲明，因此上訴人亦認為該等筆錄內所有向上訴人作出之“瞭解”的部分亦未能用作形成心證的依據。
16. 另外，而上訴人認為卷宗第 144 頁之筆錄中指出“由於上述物品為嫌犯販賣毒品之通訊設備，故予以扣押”屬於妨礙就法律事宜提出上訴的結論性表述，因此亦應根據《刑事訴訟法典》

第 4 條結合《民事訴訟法典》第 549 條第 4 款的規定，該等事實也被視為未經載錄。

17. 除應有尊重外，上訴人謙卑地認為屬其所有扣押於本案之手提電話並未能夠認定為上訴人用於以及預備販賣麻醉藥品及精神藥物之物件，因而上訴人認為原審裁決違反《刑事訴訟法典》第 114 條、第 400 條第 2 款 c) 項以及《刑法典》第 101 條之規定，並請求將有關電話返還予上訴人。

綜上所述，按照以上依據及倘適用的補充法律規定，懇請尊敬的中級法院各位法官 閣下裁定本上訴理由成立，廢止或撤銷被上訴裁判，並改判對上訴人科處不超逾七年六個月徒刑的刑罰及給予暫緩執行。

此外，亦懇請尊敬的中級法院各位法官 閣下裁定將案中扣押屬上訴人所有之電話及其配件充公之部份廢止，並改判將涉案屬於上訴人之電話及其配件返還予上訴人。

第三嫌犯 A 的葡文上訴理由載於卷宗第 636-662 頁。²

² 其葡文內容如下：

1. O presente recurso vem interposto do Acórdão proferido nos presentes autos, que condenou a 3º Arguida da prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de produção e tráfico de menor gravidade, p. p. pelo artigo 11º, nº 1 da Lei nº 17/2009, na pena de 3 anos de prisão, e de um crime de consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, p. p. pelo artigo 14º, nº 1 da Lei nº 17/2009, na pena de 6 meses de prisão, de um crime de detenção indevida de utensílios ou equipamento, p. p. pelo artigo 15º da Lei nº 17/2009 numa pena 6 meses de prisão, num cúmulo de 3 anos e 3 meses de prisão. O presente recurso vem interposto do Acórdão proferido nos vertentes autos, que condenou o Arguido pela prática, em co-autoria material e na forma consumada, de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, p. p. pelo artigo 8º, nº 1 da Lei nº 17/2009, na pena de 8 anos de prisão e o absolveu da prática de um crime de consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, p. p. pelo artigo 14º da Lei nº 17/2009.
2. Salvo o devido respeito, não pode o Recorrente conformar-se com a decisão recorrida por entender que a mesma incorre nos vícios de erro de direito, previsto no nº 1 do 400º do CPP, insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, previsto na alínea a) do nº 2 do 400º do CPP, e na medida de pena.
3. No que diz respeito ao vício de erro de direito, no âmbito dos presentes autos foi a Recorrente condenada pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de produção e tráfico de menor gravidade, p. p. pelo artigo 11º, nº 1 da Lei nº 17/2009, na pena de 3 anos de prisão, e de um crime de consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, p. p. pelo artigo 14º, nº 1 da Lei nº 17/2009, na pena de 6

meses de prisão, de um crime de detenção indevida de utensílios ou equipamentos, p. p. pelo artigo 15º da Lei nº 17/2009, numa pena 6 meses de prisão, num cúmulo de 3 anos e 3 meses de prisão.

4. Relativamente crime de produção e tráfico de menor gravidade, p. p. pelo artigo 11º, nº 1 da Lei nº 17/2009, da qual a Recorrente foi condenada pela pena de 3 anos de prisão, o Tribunal recorrido não conseguiu identificar concretamente a quantidade da droga destinada fornecer a outras pessoas e ao consumo próprio, no sentido de poder ser feito o devido enquadramento dos factos praticados pela Arguida como susceptíveis ou não de serem tipificados como crime de tráfico, pois o Tribunal Recorrido em virtude da inexistência de qualquer prova nesse sentido declarou que parte das drogas eram para consumo e que parte era para tráfico e uma vez, que não se conseguiu quantificar as drogas para venda, por isso, condenou no crime de produção e tráfico de menor gravidade.
5. Relativamente aos 1º e 2º Arguido compreende-se esta solução, uma vez que confessaram que praticavam o crime de tráfico para o seu patrão, mas em relação à 3º Arguido em que se manteve em silêncio não existe qualquer prova nos autos, que tenha praticado o crime de tráfico, muito menos conseguir-se quantificar a quantia que traficou, ou seja, o Tribunal somente enquadrou a Recorrente na prática do crime de Tráfico juntamente com os 1º e 2º Arguidos, somente pelas declarações prestadas pelo 2º Arguido (co-arguido) em Audiência e julgamento, ao contrário do que tinha dito em declarações na Polícia Judiciária de fls. 175 dos autos, sem se encontrar quaisquer outras provas em concreto relativamente à Recorrente, pois, além de ter que complementar em provar que a recorrente participava no tráfico juntamente com os 1º e 2º Arguidos, além das declarações do 2º Arguido, competia ainda ao Tribunal a quo determinar quais as quantidades de produto estupefaciente a Recorrente destinaria ao seu próprio consumo e quais as quantidades de produto estupefaciente o Recorrente destinaria à cedência a terceiros.
6. Na ausência de tais elementos probatórios a decisão a proferir pelo Tribunal a quo, necessariamente, teria que passar por uma decisão de absolvição do Recorrente do crime de tráfico.
7. Relativamente à prática do crime de detenção indevida de utensílios ou equipamentos, a Recorrente também foi condenado no crime de detenção indevida de utensílio ou equipamento numa pena de 6 meses de prisão, que no entender da Recorrente, e salvo o respeito que é muito ao Tribunal Recorrido, condenou mal.
8. Pois conforme pode-se constatar nos autos do presente processo, nomeadamente nas fls. 22 e 23, os utensílios que foram apreendidos foi uma garrafa de plástico com uma palhinha inserida nela e um tubo de pastilhas para a garganta, ou seja, são utensílios de uso comum na vida quotidiana, não podem ser considerados como utensílios especificamente destinados ao consumo de droga, e como tal, não se pode suportar a condenação da Recorrente em sede do tipo legal de detenção indevida de utensílio.
9. Verificando-se esse mesmo entendimento no Tribunal de Segunda Instância no Acórdão nº 1068/2017 de 18 de Janeiro de 2018, como também no Acórdão nº 461/2015 de 26 Julho de 2018, entre outros.
10. Em relação ao vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada referente ao crime de tráfico de menor gravidade, Durante a audiência e Julgamento o 1º Arguido confessou que foi a Macau, instruído por “patrão”, para traficar droga com o 2º Arguido, também indicou que a 3º Arguida era a sua namorada e que sabia que ele praticava essa actividade, e numa forma genérica e com o intuito de confessar os factos da acusação também afirmou que a 3º Arguida também participava, confessou ainda que usou a garrafa modificada para consumir a droga, o 2º e 3º também consumirem droga no quarto, mas

não viu eles usarem essa garrafa, nem admitiu que possui as drogas escondidas no abajur da luz de parede, o 2º Arguido confessou que foi a Macau, instruído por “patrão”, para traficar droga com o 2º Arguido, também indicou que a 3ª Arguida sabia e que por vezes fazia entregas dessa droga, e confessou ainda que consumiu droga no quarto, mas não admitiu que usou a garrafa modificada. Indicou que o 1º e 3º consumiram droga no quarto, mas não viu a 3ª usou essa garrafa. Também não admitiu que possui as drogas escondidas no abajur da luz de parede e a 3ª Arguida ficou em silêncio.

11. Os 2 primeiros arguidos implicaram a 3ª Arguida somente no sentido de confirmarem os factos da acusação para receberem a respectiva atenuação por esse facto, o que acabou por não acontecer, no entanto afirmaram que utilizaram o telemóvel da 3ª Arguida para entrar em contacto com o referido “patrão”, e que a ora Recorrente não conhecia nem tinha qualquer contacto com o mesmo, não se fazendo mais nenhuma prova referente à participação da Recorrente referente ao tráfico, pois as declarações prestadas na P.J. de fls. 173 e 175, afirmam peremptoriamente de que a 3ª Arguida não participava no tráfico, em contradição daquilo que afirmaram em audiência.
12. Nos termos do artº 120º do Código de Processo Penal (doravante C.P.P.), o arguido e o co-arguido no mesmo processo estão impedidos de depor como testemunhas, com toda a implicação que daí advém.
13. As declarações de co-arguido, apesar de serem consideradas como meio de prova legal, em que a sua admissibilidade cabe na legalidade da prova prevista no art.º 112 do C.P.P., podem e devem ser valoradas no processo, no entanto, a sua credibilidade deve ser acompanhada por outros meios de prova, o que não se verificou nos presentes autos, pois os arguidos não procedem ao juramento de dizer a verdade.
14. A Recorrente também não se pode conformar com a prova que existe nos autos, de que a droga encontrado no dia 29/08/2018, pela testemunha G no quarto nº 1501, seja considerada pelo Tribunal a quo como sendo dos Arguidos do presente processo, tendo sido esse quarto onde os 3 primeiros Arguidos detidos no dia 26/07/2018.
15. Conforme os agentes da Polícia Judiciária que foram testemunhas no presente processo, não foi verificado, quantas pessoas, nem quais as pessoas que ficaram no referido quarto no período entre 26/07/2018 e 29/08/2018, ou seja, 1 mês e 3 dias depois, tendo sido considerada essa droga como sendo dos primeiros 3 Arguidos, porque numa perícia efectuada pela Polícia Judiciária encontrou vestígios DNA em 3 Sacos pequenos (BIO-R1340; BIO-R1342 e BIO-R1364) que provavelmente pertencia à Recorrente e 1 Saco pequeno (BIO-R1349; BIO-R1342 e BIO-R1364) que provavelmente pertencia ao 2º Arguido.
16. Convém ainda mencionar que ao proceder ao Exame de DNA sobre as amostras, não foi encontrado nenhum vestígio dos Arguidos (relação ao PONTO 1 do exame pericial), somente foi identificado, em termos de comparação com o outro exame já efectuado nos autos, em que concluiu-se que o DNA têm provavelmente a origem da 3ª Arguida e 2º Arguido.
17. Como se pode verificar no Exame Pericial de fls. 306 a 317 (que se dá por integralmente reproduzido) o grau de certeza de que esta droga encontrada 1 mês depois da detenção dos Arguidos, é muito dúbio.
18. Como todos sabemos no direito penal tem que se ter um elevado grau de certeza para se poder condenar os Arguidos, pois em caso de dúvida, pende para o lado dos Arguidos, Que no entender da Recorrente o Tribunal não poderia atribuir a droga encontrada num quarto de hotel passado 1 mês e 3 dias, tendo somente em conta um exame pericial que em termos de comparação com outro exame de DNA chega à conclusão de ser o DNA

detectado tem provavelmente a origem da Recorrenete, sem ter sido efectuada outra qualquer prova de que aquela droga pertence aos 3 primeiros Arguidos.

19. Sendo uma manifesta violação do princípio do in dubio pro reo! Isto porque, a prova destina-se à demonstração da realidade, isto é, à certeza, e traduz-se numa “imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa”.- V. Moreia e G. Canotilho, CRP Anotada, 3ª Edição, págs. 203-4.
20. De todo o exposto, salvo o devido respeito, outra não poderia ser a conclusão senão a de absolvição da Recorrente de qualquer tipo de crime de tráfico, que no nosso caso concreto, foi do crime de tráfico de menor gravidade, p. p. pelo artigo 11º da Lei nº 17/2009, nem deveria sido considerada como culpada na pratica do crime de tráfico, tendo por base somente as declarações dos 2 primeiros arguidos, sem qualquer prova adicional, nem a droga encontrada passado um mês e 3 dias ser considerada como dos 3 primeiros arguidos tendo somente por base um Exame Pericial do DNA, que chega à conclusão que o DNA encontrado em 4 sacos transparente pequenos tem provavelmente a origem da 3ª Arguida e 2º Arguido, devendo ser revogada a decisão e ser a Recorrente absolvida do crime de tráfico de menor gravidade.
21. Sem conceder, uma vez por mera cautela de patrocínio, caso seja outro o entendimento de V.Exas, em relação à desproporcionalidade da medida de pena, sempre se dirá que, salvo devido respeito, a pena de 3 anos e 3 meses de prisão efectiva aplicada à Recorrente é manifestamente excessiva, sendo que o douto Tribunal a quo, no momento em que aplicou à Recorrente tal pena, não tomou em consideração os princípios da proporcionalidade e da adequação discriminados nos artigos 40º, nº 1 e nº 2 e artigo 65º do Código Penal, doravante CP.
22. Conforme já foi atrás mencionado o Recorrente somente foi condenada pelo crime de tráfico de menor gravidade, devido às declarações dos co-arguidos, não existindo mais nenhum facto nos autos, que prove que a Recorrente participou no tráfico de estupefaciente, praticado e confessado pelos 2 primeiros arguidos, somente tinha procedido a entrega de droga que era traficada pelos 2 primeiros Arguidos (tal como foi confessado por eles em audiência e julgamento), como também ficou provado que os 2 primeiros arguidos tinham vindo para Macau para traficarem droga para o referido “patrão” em troca de uma determinada remuneração e que a Recorrente não tinha qualquer contacto, nem tão pouco o conhecia.
23. No entanto na aplicação da pena o Tribunal a quo entendeu que a ilicitude na prática do crime de tráfico era igual para os 3 Arguidos, não havendo qualquer diferença entre a ilicitude e a intervenção na prática do crime de cada um dos arguidos, o que a ora Recorrente discorda.
24. Salvo o devido respeito, falha na decisão recorrida a ponderação pelo Tribunal a quo de todas as circunstâncias em que foram praticados os factos imputados à Recorrente, designadamente as circunstâncias atenuantes que ao caso cabiam, tais como as circunstâncias pessoais da Recorrente, o grau de ilicitude e de dolo do factos alegadamente praticados e a existência de perigo para a ordem e segurança públicas da RAEM.
25. Mas antes de mais imporá ter presente o princípio da culpa, consagrado no artigo 12º do CP, e segundo o qual não há pena sem culpa e a culpa decide da medida da pena, como também os artigos 40º, nº 2 e 65º, nº 1 do Código Penal, em obediência ao princípio da adequação, sustentam que a pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa,

sendo que a medida da pena é determinada em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal.

26. De acordo com o artigo 40º, nº 1 do Código Penal, a finalmente de punição consiste não apenas na qualificação do crime e na determinação da pena, mas também na salvaguarda dos bens jurídicos da sociedade e do agente, incluindo os interesses públicos, a segurança social e a paz social, ou seja, não só determinar a pena concreta em função do grau e gravidade do crime, mas também, e o mais importante, educar o próprio criminoso para o mesmo não voltar a cometer crimes e no futuro poer reinserir-se na sociedade.
27. Pelo que uma pena de prisão de 3 anos e 3 meses será desfavorável à reintegração da Recorrente, e por consequente, não poderá realizar a finalidade de punição, violando assim o disposto no nº 1 e 2 do artigo 40º do CP, isto é, o objectivo de reinserção do Recorrente e o princípio de que em qualquer das situações a pena não pode ultrapassar o grau de culpa.
28. A determinação da medida de pena prevista no artigo 65º do CP é a reflexão do princípio de que a pena não pode ultrapassar a culpa, conjugado com o espírito do artigo 40º, nº 2 do CP, ou seja, quando houver circunstâncias concretas que sejam mais favoráveis ao Recorrente, devem as mesmas ser atendidas, e só assim é que se ode reflectir e garantir os bens jurídicos do agente.
29. Mesmo que o Tribunal a quo entenda que a Recorrente deve ser condenada pela prática do crime de tráfico de menor gravidade, nunca poderá ser na mesma dimensão que os dois primeiros Arguidos, pois basicamente somente teria ajudado os seus amigos, que tinham vindo praticar o crime de tráfico, não tendo qualquer contacto com o real dono da droga, nem tendo qualquer proveito na prática da entrega dos respectivos produtos estupefacientes.
30. Na aplicação da medida da pena o Tribunal a quo entendeu que deveria penalizar os 3 Arguidos na mesma forma, da qual os 2 primeiros arguidos beneficiaram da atenuação especial por terem ajudado a polícia judiciária a deter o 4º e 5º Arguidos, O que por mais uma vez, a pena aplicada à 3ª Arguida foi penalizadora, pois mesmo que quisesse não tinha qualquer hipótese de vir a beneficiar dessa atenuação, pois não tinha qualquer conhecimento de quem praticava o real tráfico de drogas, salvo o devido respeito, não compreende a Recorrente como pode o Tribunal a quo qualificar no mesmo grau de ilicitude os 3 Arguidos.
31. Aplicando correctamente o quadro legal de circunstancialismo favorável ao Recorrente, salvo o devido respeito, NUNCA lhe poderia ser aplicada uma pena superior a dois anos de prisão, é certo que a ponderação da ilicitude é feita pelo Tribunal, contudo, no artigo 65º do CP o legislador fornece um padrão ou critério de avaliação que deve ser relevado e respeitado, o que manifestamente não aconteceu com o Recorrente, cuja prática dos factos consubstancia dores do crime de tráfico de menor gravidade É NENHUMA!
32. O Tribunal a quo ao decidir como decidiu fez uma errada interpretação dos princípios da proporcionalidade e da adequação que nitidamente se patenteiam em todo o texto legal dos artigos 40º e nºs 1 e 2 do artigo 65º do CP.
33. Esta errada interpretação do Tribunal a quo deverá ser ponderada por essa Venerando Tribunal de Segunda Instância e, consequentemente, determinar uma redução da pena de três anos e três meses de prisão aplicada à Recorrente, e aplicar uma pena não superior a 2 anos, podendo vir a ser suspensa por 3 anos.
34. Importando para esse efeito ainda salientar que, a Recorrente é primária, é residente da RAEHK onde se encontra toda a sua família e o tempo que se encontra presas preventiva

第二嫌犯非上訴人 D 就檢察院所提出的上訴作出答覆，其內容如下（經對筆誤作出更正後的版本）：

1. 檢察院僅認為原審法院的裁決僅沾有適用法律錯誤的瑕疵，即其並沒有指出該裁決存有其他有關事實事宜之瑕疵。
2. 然而，於已證事實中並不存有任何事實證明於 2018 年 7 月 31 日所搜獲的可卡因純量為 0.0868 克³。
3. 因此，檢察院所指的於 2018 年 7 月 31 日所搜出的毒品含 0.0868 克⁴克可卡因的事實屬不存在的。
4. 即使第 3 條的事實獲得證實，但被上訴人認為有關毒品數量增加亦不會令被上訴人改判觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪。
5. 因為上述的可卡因份量相對較少，所以即使加上於 2018 年 8 月 29 日所搜獲的可卡因（純量為 2.38 克），兩日所搜獲的可卡因總純量亦為 2.467 克⁵。
6. 原審法院認為在上述酒店房內所發現的可卡因分開三份計算吸食毒品數量亦屬合理。
7. 反之，檢察院認為不應分開計算的方法才不屬合理，因為若不將相關的分量分成三等份，就會出現各嫌犯吸食毒品的數量有

já deu para cumprir a prevenção especial da culpa, apreendendo de uma forma bastante dura, uma grande lição.

Termos em que, contendo com o douto suprimento de Vossas Excelências, deverá ser dado provimento ao presente recurso e, em consequência, ser:

- a) serem declarados procedentes os vícios de erro de direito previsto no n° 1 do art. 400° do CPP (doravante CPP) e insuficiência para a decisão da matéria de facto provada previsto na alínea a) do n° 2 do 400° do CPP e, consequentemente, ser o Recorrente absolvido da prática do crime de tráfico de menor gravidade de que foi condenado, com todas as consequências legais daí resultantes.
- b) Sem conceder, uma vez por mera cautela de patrocínio, caso seja outro o entendimento de V. Exas. devido à desproporcionalidade da pena aplicada, deverá determinar a uma redução da pena de três anos e três meses de prisão aplicada à Recorrente, e aplicar uma pena não superior a 2 anos, podendo vir a ser suspensa por 3 anos.

³ 原文誤寫為 0.868 克。

⁴ 原文誤寫為 0.868 克。

⁵ 原文誤寫為 3.248 克。

重疊的情況，因為實際上各嫌犯根本不可能均吸食 2.467 克⁶之可卡因。

8. 故似，在未能查明各嫌犯的具體吸食毒品的前提下，似乎將涉案所搜獲的毒品份量分為三份的做法是最為合理的。
9. 那麼，面前所搜獲的可卡因數量根本不超過三名嫌犯五日所吸食的份量，而且根據第 1 及 2 條已證事實證明第一至三名嫌犯除吸食部分所收取回來的可卡因外，而另一部分則用於轉售他人。
10. 似乎第一及第三名嫌犯所作的行為更為符合上指第 11 條第 1 款所規定的犯罪構成要件，因確實所涉及的可卡因數量比較少，故行為人的不法性相比上指法律第 8 條為輕。
11. 至於量刑方面，由於考慮到檢察院的上訴是不應裁定為成立，那麼罪名方面沒有變更的情況下，似乎不應變更刑罰的份量。
12. 綜上所述，被上訴人認為應裁定檢察院的上訴理由不成立，因而維持原審法院的合議庭裁判。

基於上述所事實及法律理由，懇求各位尊敬的法官 閣下裁定檢察院的上訴理由不成立，因而維持原審法院的合議庭裁判。

第三嫌犯上訴人 A 就檢察院提出的上訴而作出答覆。⁷

⁶ 原文誤寫為 3.248 克。

⁷ 其葡文內容如下：

1. Vêm o Ministério Público, ora Recorrente, insurgir-se contra a decisão proferida pelo Tribunal Judicial de Base, "... não podemos concordar com o decisão de, em vez de condenar os 1º, 2º, 3ª e 4º arguidos pela prática de uma crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, condenar os 1º, 2º, 3ª e 4º arguidos pela prática dum crime de "produção e tráfico de menor gravidade".
2. É consabido que é pelas conclusões que se afere a pretensão dos Recorrentes e se delimita o objecto dos seus recursos.
3. Assim sendo, na sua opinião, o Recorrente não se conforma com a pena que foi aplicada aos 1º, 2º, 3ª e 4º arguidos por entender que o crime a aplicar devia ser do crime de tráfico ilícito de estupefacientes em vez, do crime de produção e tráfico de menor gravidade.
4. Salvo devido respeito por opinião diversa, o aludido Recurso não deverá merecer provimento, devendo antes ser julgado improcedente, e a ser aplicada qualquer pena de tráfico à ora Recorrida, que se mantenha na íntegra a decisão proferida pelo douto Tribunal

de Primeira Instância, uma vez que a ora Recorrida também interpôs recurso e não concorda na imputação a si, do crime de tráfico a que foi condenada.

5. Senão vejamos, no caso sub judice, não existem quaisquer factos, muito menos, factos suficientes, para que o Tribunal recorrido pudesse vir a concluir pela prática por parte da ora Recorrida de qualquer crime de tráfico, muito menos no crime de tráfico p.p. pelo artigo 8º, nº 1 da Lei nº 17/2009, tal como o Ministério Público pretende na interposição do recurso, que ora se responde, aliás não resulta dos autos qualquer meio de prova de onde se pudesse retirar que a 3ª Arguida proporcionava e cedia droga a terceiros.
6. Compulsada a prova produzida em audiência, pode constatar-se que não existem elementos para suportar quer factual quer legalmente a decisão de condenação da ora Recorrida relativamente ao crime de tráfico ilícito de estupefacientes p. p. pelo art. 8º, nº 1 da Lei nº 17/2009, tal como é pretendido pelo recurso que ora se responde, nomeadamente, dos depoimentos prestados por todas as testemunhas em audiência de discussão e julgamento e dos documentos juntos aos autos, salvo o devido respeito, não tinha o douto Tribunal a quo como condenar a ora Recorrida pela prática de qualquer crime de tráfico de estupefacientes, porquanto não tinha o Tribunal quaisquer provas relacionadas com quaisquer uns dos elementos constitutivos do crime de tráfico.
7. Tem sido jurisprudência maioritária aquela que tem vindo a ser proferida pelos nossas Tribunais superiores (nomeadamente nos Acórdãos do processos nº 10/2002, 11/2002, 41/2002, 34/2004, 68/2014, 630/2016, entre outros) e na qual se estabelece que a quantificação da droga é essencial para a incriminação dos actos elencados no art. 8º da Lei nº 17/2009, pois sem este elementos fáctico o Tribunal a quo não pode determinar o quantum para o consumo individual em cinco dias, o que leva à impossibilidade de fazer o enquadramento jurídico correcto, seja tráfico, seja tráfico de menor gravidade, nem pode liquidamente efectuar a graduação do grau de ilicitude, nem a densidade da culpa, na medida de pena.
8. Competia ao Tribunal a quo determinar quais as quantidades de produto estupefaciente a 3ª Arguida destinaria ao seu próprio consumo e quais as quantidades de produto estupefaciente se destinaria à cedência de terceiros, caso tenha sido identificado qualquer produto estupefaciente na sua posse, o que não foi o caso, falamos pois da inexistência da quantificação do produto estupefaciente quer para efeitos de consumo quer para efeito de cedência a terceiros, para se poder encaixar no crime de tráfico.
9. Ao se verificar ao caso no seu todo, não existem nos autos quaisquer factos, muito menos factos suficientes, para que o Tribunal a quo pudesse ter concluído pela existência de qualquer acto de tráfico por parte da Recorrida.
10. Termos pois que em caso de dúvida o Tribunal deve sempre favorecer a 3ª Arguida por força da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Trata-se de uma imposição dirigida ao Juiz no sentido de este se pronunciar de forma mais favorável ao Réu quando não tiver a certeza sobre os factos decisivos para a resolução da causa, donde que, de acordo com o princípio *in dubio pro reo*, a absolvição da 3ª Arguida pela prática de qualquer crime de tráfico (que foi no presente caso no crime de produção e tráfico de menor gravidade), deveria, salvo o devido respeito, ter sido a solução adoptada pelo Tribunal a quo, muito menos deveria ser condenada na prática do crime de tráfico ilícito de estupefacientes p. p. pelo art. 8º, nº 1 da Lei nº 17/2009, tal como o Ministério Público pretende no recurso interposto.
11. E relativamente crime de produção e tráfico de menor gravidade, p. p. pelo artigo 11º, nº 1 da Lei nº 17/2009, da qual a Recorrente foi condenada pela pena de 3 anos de prisão, o Tribunal recorrido não conseguiu identificar concretamente a quantidade da droga

第一嫌犯 C 就檢察院提出的上訴而作出答覆。⁸

第四嫌犯 E 就檢察院提出的上訴而作出答覆。⁹

destinada fornecer a outras pessoas e ao consumo próprio, no sentido de poder ser feito o devido enquadramento dos factos praticados pela 3ª Arguida como susceptíveis ou não de serem tipificados como crime de tráfico.

12. Pois assim, o Tribunal recorrido em virtude da inexistência de qualquer prova nesse sentido declarou que parte das drogas eram para consumo e que parte era para tráfico e uma vez, que não se conseguiu quantificar as drogas para venda, por isso, condenou no crime de produção e tráfico de menor gravidade (correctamente na sua opinião).
13. Relativamente ao 1º e 2º Arguido compreende-se esta solução, uma vez que confessaram que praticavam o crime de tráfico para o seu patrão, mas em relação à 3ª Arguida em que se manteve em silêncio não existe qualquer prova nos autos, que tenha praticado o crime de tráfico, muito menos conseguir-se quantificar a quantia que traficou, no entanto, o Tribunal somente enquadrou a 3ª Arguida na prática do crime de tráfico juntamente com os 1º e 2º Arguidos, somente pelas declarações prestadas pelo 2º Arguido (co-arguido) em audiência e julgamento, ao contrário do que tinha dito em declarações na Polícia Judiciária de fls. 175 dos autos, sem se encontrar quaisquer outras provas em concreto relativamente à Recorrida.
14. O Tribunal a quo na ausência de tais elementos probatórios a decisão, necessariamente, teria que passar por uma decisão de absolvição da Recorrida de qualquer crime de tráfico, muito menos no crime de tráfico ilícito de estupefacientes p. p. pelo art. 8º, nº 1 da Lei nº 17/2009, tal como o Ministério Público pretende na interposição do recurso, que ora se responde.
15. Devendo assim ser julgado improcedente, e a ser aplicada qualquer pena de tráfico à ora Recorrida, que se mantenha na íntegra a decisão proferida pelo douto Tribunal de Primeira Instância.

⁸ 其葡文內容如下：

1. Esteve bem e decidiu correctamente o Tribunal recorrido ao considerar que a quantidade de referência diária é de 0,2g e não 0,03g visto que é o próprio relatório da polícia judiciária que alerta para o facto de não ser possível apurar nem fazer análises em relação à verificação do produto da cocaína em relação ao produto químico “éster metílico de benzoilecgo-nina”.
2. Provado estando que “o Recorrido era consumidor; que a droga escondida no candeeiro era para consumo e venda e que não é possível provar e apurar qual a quantidade de droga que seria para vender” este bem o Tribunal recorrido ao decidir aplicar a pena ao Recorrido de 1 ano e 9 meses.
3. Salvo devido respeito por opinião diversa, o aludido Recurso não deverá merecer provimento, devendo antes ser julgado improcedente mantendo-se na íntegra a decisão proferida pelo douto Tribunal de Primeira Instâncias.

⁹ 其葡文內容如下：

1. O Ministério Público e ora Recorrente não concorda com o acórdão recorrido por ter condenado (em convolação), entre outros, o aqui 4º arguido e ora Recorrido no acórdão sub judice, a uma pena de 2 anos e 6 meses de prisão pela prática, em co-autoria material e na forma consumada, de um crime de produção e tráfico de menor gravidade, p. e p. pelo

-
- artigo 11º, no 1, da Lei nº 17/2009, entendendo que o mesmo padece do vício de erro na aplicação do direito por violação do disposto nos artigos 14º, 8º e 11º da Lei nº 17/2009.
2. Para o Recorrente o Tribunal a quo deveria antes ter condenado o 4º Arguido – assim como os 1º 2º e 3º Arguidos – pela prática, em co-autoria material e na forma consumada, de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas p. e p. pelo artigo 8º, no. 1, da Lei nº17/2009 (conforme alterada pela Lei 10/2016), pugnando assim, a final, pela revogação da sentença ora em crise e consequente alteração da condenação do 4º Arguido na prática do crime supra referido numa pena de prisão não inferior a 5 anos de prisão.
 3. Salvo sempre o devido e enorme respeito por opinião diversa, entendemos que não assiste qualquer razão ao Ministério Público no seu recurso, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer vício de erro de direito devendo o mesmo acórdão manter-se, integralmente, pelo menos quanto ao crime do qual o 4º Arguido foi condenado.
 4. Do douto Acórdão ora recorridos os 1º, 2º e 3º arguidos foram condenados pela prática de um crime de consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, p. e p. pelo nº 1 do artigo 14º da Lei nº 17/2009, alterada por Lei nº 4/2014 e pela Lei nº 10/2016 e foram também, com o 4º Arguido, condenados ainda (em convolação) pelo prático de um crime de produção e tráfico de menor gravidade p. e p. pelo nº 1 do artigo 11º da mesma Lei.
 5. O Tribunal a quo deu como provado, entre outros factos com interesse para o presente recurso, apenas que (i) o peso líquido total de cocaína apreendida se tratava de cocaína (cloridrato), (ii) no montante total de 2,4668g, tendo-se ainda provado que (iii) a referida droga se destinava, quer a consumo próprio dos 1º, 2º e 3º Arguidos (pois resultou assente que estes eram consumidores), quer para a venda a terceiros.
 6. Porém não ficou provado nos autos qual a exacta quantidade apreendida aos 1º, 2º e 3º arguidos que estes destinaram a seu consumo, nem qual quantidade da mesma substância que aqueles destinaram a tráfico, conjuntamente, neste caso, com o 4º Arguido.
 7. Pelo que o Tribunal a quo não conseguiu apurar se quantidade de cocaína (cloridrato) destinada a tráfico excedia ou não cinco vezes a quantidade de referência de uso diário para efeitos do disposto no artigo 11º, no. 2 da Lei 17/2009.
 8. Estamos, na disposição legal da alínea 1), do no. 1 e do no. 2 do artigo 11º da Lei 17/2009, no âmbito exclusivo da apreciação da detenção de droga exclusivamente para tráfico (e não para consumo), variando o tipo legal do crime de tráfico em função, entre outros, da quantidade que se prove esse agente deter exclusivamente para esse fim.
 9. Já quanto ao crime de consumo ilícito de estupefacientes, atento o disposto no artigo 14º, nos. 2 e 3 da Lei nº 17/2009, necessário será apurar-se e provar-se para a sua punição, e apenas deste crime, e não de outros, que exacta parte (quantidade) o agente detenha e destinava a consumo e que exacta parte (quantidade) o mesmo (ou mesmos) destinava(m) a outros fins ilegais, nomeadamente tráfico.
 10. Tal assim sucede pois não foi provado nos autos que a quantidade de cocaína apreendida se destinava exclusivamente a consumo dos arguidos.
 11. É certo que, com a nova redacção introduzida pela Lei 10/2016 ao artigo 14º da Lei 17/2006, designadamente no que respeita seu no. 2, impõe-se para a qualificação desse crime de consumo que a quantidade apreendida para essa finalidade não exceda cinco vezes a quantidade máxima diária.
 12. Porém, é igualmente a nova redacção introduzida no no. 3 do mesmo artigo 14º pela Lei 10/2016 que especifica que a determinação dessa quantidade (referida no no. 2 da mesma disposição legal) deverá efectuar-se pela prova das quantidades exactas que o agente

detinha em parte para consumo e em parte para outros fins ilícitos, o que implica, necessariamente, uma destrinça e prova de quais as quantidades destinadas a um fim e a outro.

13. Porém, não foi possível ao Tribunal a quo apurar, por um lado, qual a exacta parte (quantidade) apreendida de cocaína que os 1º, 2º e 3ª Arguidos destinavam a consumo e que parte os mesmos, conjuntamente com o 4º Arguido, destinaram a tráfico.
14. Por outro lado, e pela lógica das coisas, pese embora provada a detenção para tráfico, tornou-se assim, por conseguinte, impossível a esse Tribunal apurar se a quantidade destinada a tráfico excedia ou não cinco vezes a quantidade máxima diária.
15. Por essa razão, e bem, o Tribunal a quo acabou por condenar (em convolação) os 1º, 2º e 3ª arguidos pela prática do crime de produção e tráfico de menor gravidade p. e p. pelo nº 1 do artigo 11º da mesma Lei, e também pela prática do crime de consumo ilícito p. e p. no artigo 14º, atento, também o princípio *in dubio pro reo*.
16. Note-se que são crimes diferentes, com punições diferentes, mas cuja prova é necessária com vista a determinar-se que parte se destinava a consumo e que parte se destinava a tráfico e, nesse caso, se a quantidade apreendida para esse fim se deverá qualificar e integrar à luz dos artigos 8º, 9º ou 11º da Lei 17/2009 (com as alterações introduzidas pela Lei 10/2016).
17. O Recorrente nas suas alegações confunde a disposição legal e âmbito de aplicação do artigo 11º (tráfico) com a do artigo 14º (consumo) da Lei 17/2009, misturando ambas as disposições criminais com o apoio da nova redacção introduzida pela Lei 10/2016 aos nos. 2 e 3 desse artigo 14º, mas deles, porém, extraindo conclusões que não têm qualquer apoio nas mesmas.
18. Em primeiro lugar o artigo 14º da referida Lei exige, para a punição por esse crime de consumo, a destrinça, e, portanto, a prova das exactas quantidades que o agente detém para consumo e para tráfico quando as quantidades apreendidas de droga não são para exclusivo consumo do agente, como sucede *in casu*.
19. Ora nos autos ficou claramente provado que a cocaína apreendida era simultaneamente para consumo dos 1º, 2º e 3ª Arguidos mas também para tráfico dos 1º, 2º e 3ª e 4º Arguidos.
20. Ou seja, a droga apreendida não era exclusivamente para consumo, contrariamente ao caso que foi decidido no acórdão proferido pelo TUI no. 112/2018.
21. Pelo que, não tendo sido provado que a cocaína apreendida nos autos se destinava exclusivamente a consumo pessoal dos 1º, 2º e 3ª Arguidos, como é evidente, o Tribunal a quo só teria de ter em conta, por um lado, o disposto na 2ª parte, do no. 3, do artigo 14º da Lei 17/2009, quando refere que “(...) ou aquelas que, em parte, sejam para consumo pessoal e, em parte, se destinem a outros fins ilegais.”, para determinar se a parte da quantidade apreendida destinada a consumo excedia ou não cinco vezes a quantidade máxima diária.
22. E, por outro lado, no que respeita à parte destinada a tráfico, à luz do artigo 11º, nos. 1 (conjugado com a 2ª parte do artigo 14, no. 3), se essa excedida ou não, também, cinco vezes a quantidade máxima diária, aqui já no que concerne à possibilidade de punição dor tráfico de menor gravidade.
23. Porém, não se tendo provado a exacta quantidade de cocaína que os 1º, 2º e 3ª e 4º arguidos destinavam a tráfico, como é evidente e resulta da natureza das coisas, o Tribunal a quo não conseguiu apurar se a quantidade apreendida excedida ou não cinco vezes a quantidade e máxima diária.

而檢察院也分別對嫌犯 B、A 的上訴提出了答覆。^{10 11}

24. Por conseguinte, outra solução de direito não poderia vislumbrar o Tribunal a quo que não fosse a de condenar, em convolação, o 4º Arguido apenas pela prática de um crime de tráfico de menor gravidade p. e p. pelo artigo 11º, no. 1, alínea 1) da Lei 17/2009.
25. De resto a entender-se como o Ministério Público defende no seu recurso, tal implicaria que mesmo quando fosse provado que determinada quantidade de estupefacientes se destinava quer a tráfico quer a consumo pessoal, o agente apenas poderia ser condenado pela prática de um crime de tráfico de droga p. e p. pelo artigo 8º da Lei 17/2009 (ou pela prática do crime de tráfico de menor gravidade p. e p. pelo artigo 11º da mesma lei), pois o crime de tráfico consumiria sempre o crime de consumo, mesmo que estivesse provado que as substâncias ilícitas apreendidas tivessem como propósito quer uma quer outra finalidade, o que jamais se poderá aceitar.
26. Porém, não é esse o entendimento que resulta da lei, nem foi essa a intenção do legislador com a Lei 17/2009 nem com as alterações subsequentes introduzida pela Lei 10/2016.
27. Termos em que no presente caso andou bem o Tribunal a quo na sentença ora recorrida, atento também o princípio in dubio pro reo, ao condenar (por convolação) o 4º Arguido pela prática, em co-autoria material e na forma consumada, de um crime de produção e tráfico de menor gravidade p. e p. pelo artigo 11º, nº 1, da Lei nº 17/2009, alterada por Lei nº 4/2014 e Lei nº 10/2016.
28. Não existe, por conseguinte, qualquer vício de erro na aplicação de direito que possa ser assacada à sentença recorrida a qual se deverá manter quanto ao 4º Arguido.
29. Subsidiariamente, caso assim não se entenda, o que apenas por mera cautela de patrocínio se admite, sempre se dirá que o facto de a droga detida pelo agente exceder cinco vezes a quantidade indicada naquele mapa não implica necessariamente a sua condenação pelo crime de tráfico ilícito de estupefacientes p. p. pelo artº 8º, não sendo de afastar necessariamente a punição pelo crime de produção e tráfico de menor gravidade p. p. pelo art.º 11º.
30. Tal punição dependerá sempre da consideração sobre a ilicitude dos factos ilícitos se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta as circunstâncias apuradas no caso concreto.
31. Ora, contrariamente ao que verteu o Recorrente no seu recurso onde não fundamentou minimamente o seu entendimento quanto a esta questão bastando-se por uma lacónia discordância.
32. Crê-se que no caso dos autos, os factos provados e em especial relativos ao 4º Arguido sempre revelam uma ilicitude consideravelmente diminuída.
33. Assim, sempre será de manter, mesmo nesta hipótese subsidiária, a condenação deste pela prática, em co-autoria, de um crime de tráfico de menor gravidade, p. e p. pelo artigo 11º, no. 1, da Lei nº 17/2009, nos termos que constam da sentença recorrida.

Nestes termos e nos mais de Direito, que V. Exas. doutamente suprirão, deverá ser negado provimento ao presente recurso do Ministério Público e em consequência deverá manter-se a sentença recorrida nos exactos termos em que condenou o 4º Arguido, com as legais consequências.

¹⁰ 檢察院就上訴人樊添新提出的上訴作出的答覆的葡文內容如下：

1. Neste caso, entendemos que o acórdão recorrido não padece do vício de erro notório na apreciação da prova previsto na alínea c) do nº 2 do artigo 400º do Código de Processo

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

經分析由檢察院和兩名嫌犯 A 及 B 提出的上訴理由後，我們認為檢察院上訴理由成立，而前述兩嫌犯提出的上訴理由則不成立，原因如下：

我們先從檢察院的上訴部分開始分析。

綜觀整個上訴邏輯，所針對的純粹屬於一個在法律適用上是否存在錯誤的法律問題而非事實問題，主要是針對原審法院就第一、第二及第三嫌犯改判一項較輕販毒罪的理據是否成立。

的確，在被上訴裁判中，把原來對三人行為所作出的“販毒罪”（第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款）的指控改變，僅以同法律第 11 條第 1 款所規定及處罰的“較輕販毒罪”論處。

經分析本案所有已證事實及對經第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律的分析後，我們也認為原審法院的確存在適用法律方面的錯誤。

首先，必須說明，在已證事實第 5 點中，雖然沒有明確指出在案發於 2018 年 7 月 30 日當天所檢獲的可卡因（0.175 克）當中關於定量的分析結果，但是，根據卷宗第 382 頁及第 391 頁，在司警刑事技術廳所製作的檢驗報告中，就清楚地指出編號為 Tox-R0615 即對應上述被扣押的可卡因，其定量結果為 0.0868 克，所以，此部分亦應當計算在檢獲的可卡因總量當中，因為也不屬於任何事實變更。

在作出上述說明後，我們再回到問題的核心部分。

Penal de Macau, não violou o disposto no artigo 40º, nºs 1 e 2, artigo 64º, artigo 65º, nºs 1 e 2, e artigo 101º, todos do Código Penal de Macau nem o disposto no artigo 114º do Código de Processo Penal de Macau.

Nestes termos, e nos demais de direito devem V. Exas. Venerandos Juízes julgar o recurso improcedente, com que o 5º arguido B deve cumprir a pena imposta pelo Tribunal recorrido.

¹¹檢察院就上訴人陳樂儀提出的上訴作出的答覆的葡文內容如下：

1. Neste caso, entendemos que o acórdão recorrido não padece dos vícios de erro de direito e de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada previstos, respectivamente, no nº 1 e nº 2, al. a) do artigo 400º do Código de Processo Penal de Macau, não violou o disposto no artigo 40º, nºs 1 e 2, artigo 65º, ambos do Código Penal de Macau.

Nestes termos, e nos demais de direito devem V. Exas. Venerandos Juízes julgar o recurso improcedente, com que o 3ª arguida A deve cumprir as penas impostas pelo Tribunal recorrido.

根據原審法院載於卷宗第 583 頁的理由說明部分，指出：由於未能認定三名嫌犯（所指的是第一，第二及第三嫌犯）因作出售的毒品份量（經定量分析後的純量）超出“可卡因”毒品（以鹽酸可卡因作計算）法定的五日用量；因此，指控第一嫌犯、第二嫌犯、第三嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 17/2009 號法律（第 16/2016 號法律所修改）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（共犯），改判為第一嫌犯、第二嫌犯、第三嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂的方式觸犯了第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的一項較輕的販賣罪（共犯），判處罪名成立。

可見，原審法院在此問題的思路上仍沿用在法律修改前的方式。

然而，在經過第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律，尤其是當中的第 14 條第 2 款及第 3 款之規定，立法者明顯改變了以往的邏輯並創設了一個新的解決辦法。

第十四條

不法吸食麻醉藥品及精神藥物

一、……

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，適手第七條、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。

透過上述條文的規定，可以明確發現立法者在最後的修法上已放棄了沿用的方法和理解，取而代之的是在毒品數量方面採用了“累加法”，即在考慮對販毒行為與個人吸食行為作出區分時，再不是根據為著以上各種不同用途的具體毒品數量來作為區分標準，而是根據包括所有用途在內的毒品“總量”來作為區分行為性質的準則。

當然，我們也不排除，採用以上的計算標準可能潛在一個在適用上產生的不公平情況，即在同一時間相同的毒品數量因素會“兩度”被考慮，最終出現販毒罪與吸食罪之間產生衝突。

然而，從一個適當處理“條文競合”的角度來說，是可以從兩條文之

間選擇一個對法益保護更大，範圍更廣的條文，繼而視另外的條文已處於被吸收的關係當中，這亦正正是終審法院第 74/2018 及 112/2018 號合議庭裁判所主張的意思。

因此，我們可以得到的結論是，原審法院的確在適用法律方面存在錯誤，應廢止改判三名嫌犯觸犯一項輕微販毒罪的部分決定，改判三人以共同正犯及既遂的方式觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的不法販賣麻醉品及精神藥物罪。

接下來，我們開始分析上訴人 A 提出的上訴理由。

第三嫌犯 A (上訴人) 提出了三大問題，包括：法律適用錯誤、獲證明之事實不足以支持作出該裁判及量刑問題。

我們先從“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的事實瑕疵開始。

經我們對上訴狀中的主張進行了解後，不難發現，上訴人根本連這事實瑕疵的真正內涵都沒有掌握。例如，在終審法院第 52/2010 號卷宗判決中就指出：“獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵，是指對一恰當的法律決定而言，獲認定的事實顯得不充份，當法院沒有查明為案件做出正確裁判必不可少的事實事宜，而該等事實事宜本應由法院在控訴書和辯護狀界定的訴訟標的範圍內進行調查時，即出現此一瑕疵，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定。”

明顯地，即管抱著不認同原審法院所認定的事實，但也不能提出原審法院在審查證據上有何不足或缺乏。事實上，所有的訴訟標的都得到完整的審理。

其實，說到底上訴人所質疑的，是針對原審法院對證據審查後所形成的心證，指出不能單憑其他同案的聲明內容來作出不利第三嫌犯 (上訴人) 的判斷。

然而，事實是，原審法院亦指出支持其心證形成的證據來源不單是其他共犯的聲明，還包括多名警方證人的證言及一切載於卷宗內的文件書證。

的確，上訴人所作出的質疑是明顯與自由心證原則有抵觸的，並且是受到法律所禁止的，所以，以此作為上訴理由也同樣不能成立。

就適用法律方面存在錯誤的問題。

上訴人主張，基於未能具體證明毒品用作販賣部分與吸食部分各佔的比重，原審法院不應對第三嫌犯作出關於輕量販毒罪的處罰。

這問題上，我們在本意見書的第一部分，就針對相同的問題表達了我們認為最正確的法律適用方法，所以，在此不必重新展述在這問題上我們的立場。

至於具體量刑問題，我們接下來作統一回應。

接下來，我們就本案當中五名嫌犯的量刑部分作出分析。

首先，我們先從第一嫌犯、第二嫌犯及第三嫌犯方面開始。

基於我們認同駐原審檢察院司法官的主張，即三名嫌犯的行為已經構成一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款，配合第 14 條第 2 款及第 3 款規定的不法販賣麻醉品及精神藥物罪，其刑幅為 5 至 15 年徒刑。

考慮本案中的具體情節，尤其是涉及毒品可卡因的數量，各嫌犯的認罪態度（當中第一及第二嫌犯承認指控事實而第三嫌犯保持沉默）及相應的罪過程度等等。我們認為，一個不低於 6 年至 6 年 6 個月的處罰為一個適當和平衡的處罰。

至於就第五嫌犯（上訴人 B）方面，基於其本人沒有主動承認控訴事實，未能真正體驗出其本人有強烈的悔意。另外，涉及第五嫌犯的毒品可卡因數量相對高，含量達 22.3 克之多，起碼相等於 111.5 天的用量（以每日 0.2 克計算），可見其行為之不法性亦自然增加。

於此，我們認為原審法院的處罰，即 9 年 6 個月徒刑的決定亦屬恰當，並無過重之嫌。

另外，第五嫌犯（上訴人）亦提出原審法院在作出充公其被扣押的手機的決定上存有錯誤，認為沒有證據證明該手機與犯罪活動（販毒）有關。

就這問題，駐原審檢察院司法官其實已經作了詳細的說明（見卷宗第 682 背頁及第 683 頁）。

事實上，從第五嫌犯手機內的通訊記錄，併合第四嫌犯手機內的通訊記錄，的確反映出第五嫌犯曾使用被扣押的手機與其他同案來進行與販毒活動有關的必要聯繫，我們實在看不到任何強而有力的理由能夠推

翻原審法院的判斷。

基於此，這部分的上訴理由同樣不成立。

綜上所述，我們認為檢察院上訴理由成立，應改判第一、第二及第三嫌犯觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款，配合第 14 條第 2 及第 3 款所規定及處罰的不法販賣麻醉品及精神藥物罪，並處以不低於 6 年至 6 年 6 個月的實質徒刑。並裁定由第三及第五嫌犯所提起的上訴理由均不成立，並予以駁回。

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

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- 從 2018 年 7 月 26 日開始第一嫌犯 C 按一名為“老闆”的男子的指示聯同第二嫌犯 D 從香港到澳門指定地點收取包裝好的毒品之後再將之出售給他人。每出售一小包毒品第一嫌犯可獲取 70 元港幣的報酬，而第二嫌犯 D 的酬勞為每日港幣 2,000 元。
- 同月 28 日第三嫌犯 A 由香港來到澳門後，知悉第一嫌犯 C 及第二嫌犯 D 來澳從事販毒活動，第三嫌犯 A 也參與到第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 的上述販毒活動中，並將其使用的手提電話提供給第一嫌犯 C 及第二嫌犯 D 與其上線聯絡。是次來澳後，第三嫌犯 A 曾陪伴第二嫌犯 D 外出將毒品交予他人。
- 第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 及第三嫌犯 A 從 2018 年 7 月 28 日起在其三人入住的「XX 酒店」1501 號房間內分別及一起吸食部分在本澳所收取的毒品。
- 第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 及第三嫌犯 A 曾將在本案所收取的毒品當中的一部分放於該房間的睡床左上方壁燈燈罩裡，即同年 8 月 29 日所發現的毒品。
- 司警人員根據預先收集到的情報，確認第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 及第三嫌犯 A 於 2018 年 7 月 30 日正入住於「XX 酒店」1501 號房。次日凌晨 2 時 50 分司警人員將一起外出的該三名嫌犯截停，並在隨後依法對 1501 號房進行的搜索中，從房間床頭

櫃中發現載於卷宗 22 頁扣押筆錄中的物品，其中一個水樽已被改裝，樽身上插着一枝吸管，另一個用來裝“得果定喉片”的樽口被燒焦，第一嫌犯 C 及第三嫌犯 A 用此兩個樽來吸食可卡因。一只白色碟上所放有的白色粉末（重 2.47 克）和一個小透明膠袋內的白色粉末（重 0.175 克）均被司法警察局刑事技術廳鑑定出含可卡因成份（參見卷宗第 380 至 387 頁之鑑定報告，此處視為全文轉載）。

- 司警人員經第一嫌犯 C 同意，在其隨身物品內搜獲現金及一張「XX 酒店」房卡。
- 同日凌晨 5 時第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 及第三嫌犯 A 被送至「仁伯爵綜合醫院」接受尿液檢測時均被驗出對可卡因呈陽性反應（參見卷宗第 18、35 和 45 頁的診斷報告，此處視為全文轉載）。
- 可卡因是受第 17/2009 號法律第 4 條所規定附表一 B 所管制的物質。
- 同年 8 月 29 日「XX 酒店」職員 G、H 在檢查 1501 號房時，發現在睡床左上方壁燈燈罩裡藏有一個裝有 28 包白色透明晶體的大透明膠袋，每小包重量由 0.21 克至 0.33 克不等，總重達 8.12 克，經司法警察局刑技術廳鑑定，確認該等物質總淨重為 4.353 克，全部含有可卡因成分，其純度為 56.2%，含量為 2.38 克（參見卷宗第 439 至 445 頁之鑑定報告，此處視為全文轉載）28 個小袋中的 3 個袋上驗出第三嫌犯 A 的 DNA 痕跡，另 1 個透明小袋上則驗出第二嫌犯 D 的 DNA 痕跡（參見卷宗第 305 至 318 頁之鑑定報告，此處視為全文轉載）。
- 2018 年 7 月 31 日晚 11 時左右第四嫌犯 E 受一名為“F”男子指派由香港前來澳門，並在「XX 賭場」門外等待與第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 相見，以收取該兩嫌犯前兩日在澳門販毒之所得，第四嫌犯 E 於此時被司警人員截獲。
- 2018 年 8 月 1 日凌晨零時 30 分第五嫌犯 B 乘船到達「澳門外港碼頭」後在入境大堂內被司警人員截獲。
- 司警人員隨後在第五嫌犯 B 身穿的西裝外套內袋搜出載於 144 頁扣押筆錄內的 150 個裝有白色晶體的透明小膠袋，其總重量為 51.24 克，經刑事技術廳鑑定，該等晶體淨重為 27.883 克，

均含有可卡因成份，其純度為 80.0%，含量為 22.3 克（參見卷宗第 360 至 336 頁之鑑定報告，此處視為全文轉載）。

- 第五嫌犯 B 按“F”指示攜帶上述毒品進入澳門，以轉交予他人。
- 第一嫌犯 C、第二嫌犯 D、第三嫌犯 A、第四嫌犯 E 和五嫌犯 B 清楚知悉上述物質的性質和特徵，仍然在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為。
- 第一嫌犯 C、第二嫌犯 D、第三嫌犯 A 自願接受他人指示，取得、持有受法律所管制的麻醉藥品及精神藥物，並將該等物質當中的一部分出售予他人。
- 第五嫌犯 B 在明知的情況下，自願接受他人指示，取得、持有大量（超過法定五日用量）受法律所管制的麻醉藥品及精神藥物，並將該等物質全部交予他人。
- 第一嫌犯 C、第三嫌犯 A 在明知的情況下，自願持有可用於吸食受法律所管制的物質（可卡因）的器具，以用作吸食毒品。
- 第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 和第三嫌犯 A 在明知的情況下，自願持有及吸食受法律所管制的物質（可卡因）。
- 第四嫌犯 E 在明知的情況下，自願接受他人指示，由本特區境外進入本特區，目的是向第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 收取販毒之後的違法所得，再將之轉交給提供毒品之人。
- 以上五名嫌犯均清楚知悉其上述行為被法律所禁止，會受法律之相應制裁。

此外，還查明：

- 第一嫌犯 C 表示具有中學三年級的學歷，散工，每月收入為港幣 10,000 多元，與沒有工作的妻子育有兩名子女。
- 第一嫌犯表示其於 2012 年底在香港曾因吸毒而被判處戒毒，於 2015 年中在香港曾因黑社會成員而被判處 2 個月監禁。
- 第二嫌犯 D 表示具有初中畢業的學歷，跟車工人，每月收入為港幣 10,000 多元，需要照顧父母，與沒有工作的未婚妻有一名即將出生的子女。
- 第二嫌犯表示其於 2015 年在香港曾因三合會成員而被判刑。
- 第三嫌犯 A 表示具有中學二年級的學歷，公關，每月收入為港

幣 10,000 多元，育有一名子女，並跟隨嫌犯生活。

- 第四嫌犯 E 表示具有中學五年級的學歷，裝修工人，每月收入為港幣 20,000 元至 30,000 元，與沒有工作的未婚妻育有一名子女。
 - 第四嫌犯表示其於 2009 年起，在香港先後因兩次販毒、一次管有毒品而被判刑。
 - 第五嫌犯 B 表示具有中五畢業的學歷，裝修工人，每月收入約為港幣 15,000 多元，需要照顧父親及祖母。
 - 第五嫌犯表示其在香港曾先後因三次吸毒而被判處進入戒毒所。
 - 根據嫌犯的最新刑事紀錄顯示，五名嫌犯在本澳均屬於初犯。
- 未能證明的事實：
- 第二嫌犯 D 使用案中所扣押的改裝水樽來吸食可卡因。
 - 控訴書中與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律部份

本程序的上訴為檢察院以及第 3 女嫌犯 A、第 5 嫌犯 B 對原審法院的判決提起的上訴。

檢察院在上訴中對原審法院所作出的“販毒罪”（第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款）的指控改變，僅以同法律第 11 條第 1 款所規定及處罰的“較輕販毒罪”論處的改判決定提起上訴，認為此該判已經不符合經第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律的規定了。

第 5 嫌犯 B 在其上訴中也僅就量刑方面提出上訴理由，一方面認為原審法院在認定上訴人的認罪態度的情節方面存在審查證據明顯的錯誤，另一方面認為原審法院的量刑過重。

而第 3 嫌犯的上訴提出了以下幾個問題：

- 原審法院在沒有認定嫌犯們將多少數量的毒品販賣與他人的情況下就判處上訴人販毒罪（雖然是較輕的販毒罪），存在法律使用的錯誤；
- 原審法院判處上訴人觸犯第 17/2009 號法律第 15 條規定和處罰的非法持有吸毒工具罪也存在法律適用的錯誤，因為本案中被扣押的物品

乃人們日常生活的用品，根據中級法院一貫的司法見解，不應該被認為屬於吸毒工具；

- 原審法院的事實審理陷入了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定的事實不足以作出法律適用的瑕疵，因為，一方面，在沒有其他佐證的情況下，僅憑第一和第二嫌犯的口供牽強地認為上訴人也參與了販毒活動，而同案嫌犯是被《刑事訴訟法典》第 120 條禁止作為證人的；另一方面，有關在「XX 酒店」1501 號房間的睡床左上方壁燈燈罩裡發現的毒品，原審法院僅依據警察所對該毒品包裝的 DNA“有可能”來自第三嫌犯的化驗結果認定毒品屬於包括上訴人的前三名嫌犯；

- 量刑過重。

我們逐一看看。

一、事實不足以作出法律適用的瑕疵

我們知道，關於事實不足以作出法律適用的瑕疵，正如我們一直認為的，原審法院審理事實問題時，倘沒有調查全部載於訴訟標的(控訴書、起訴書、自訴書、答辯狀等)中的待證事實，由此而產生的獲證事實不足，導致一審法院作出的有罪或無罪判決欠缺足夠的事實基礎，就是沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的“事實不足”的瑕疵。終審法院經常在不同的判決中認定：“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”¹²，“獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵是指對一恰當的法律決定而言，獲認定的事實顯得不充份，當法院沒有查明為案件做出正確裁判必不可少的事實事宜，而該等事實事宜本應由法院在控訴書和辯護狀界定的訴訟標的範圍內進行調查時，即出現此一瑕疵，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定”。¹³

我們也一直強調，這種瑕疵並不是指法院所認定的事實缺乏任何可以歸罪的要件，也不同於認定事實所基於的證據不足。¹⁴

上訴人主張的原審法院僅憑同犯的口供就認定上訴人參與販毒以及單憑對警察的 DNA 的可能性的檢驗結果作出毒品屬於嫌犯上訴人的認定

¹² 參見終審法院於 2009 年 7 月 15 日在第 18/2009 號刑事上訴案判決。

¹³ 參見第 52/2010 號卷宗的判決。

¹⁴ 參見中級法院於 2017 年 3 月 30 日在第 853/2016 號刑事上訴案的司法見解。

上訴理由，正是在提出原審法院對事實的認定所依據的證據不足，而這種主張證據不足的上訴理由，不但在質疑法院的自由心證，也僅僅對原審法院的事實審理表示不同意見而已，並不能說明原審法院所認定的事實不足。

而實際上，上訴人所指出的證據不足的問題也是不存在的。

一方面，關於同犯的口供，終審法院在 2001 年 2 月 21 日在第 1/2001 號統一司法見解（載於 2001 年 3 月 12 日第 11 期《澳門特別行政區公報》第一組）認定：“《澳門刑事訴訟法典》第 120 條第 1 款 a) 項的禁止作證是指同一案件或有牽連案件中的任一被告，以證人身份提供證言，但並不妨礙眾被告以被告身份提供陳述，亦不妨礙法院在自由心證原則範圍內，利用該等陳述去形成其心證，即使針對其他共同被告亦然。”那麼，既然原審法院依照合法的證據而形成的自由心證，不能成為上訴的標的。

另一方面，關於 DNA 的檢驗，其以可能性的量化表述方式是這門科學本來的特點，法院必須予以尊重，而正是這種科學的可能性給法院在審理這個紛繁複雜的世界中所發生的事實的時候，提供了可靠的認定事實的客觀依據，而非主觀理由。甚至，這種科學的檢驗結果屬於排除法院自由心證的鑒定證據（《刑事訴訟法典》第 149 條）。

事實上，原審法院亦指出支持其心證形成的證據來源不單是其他共犯的聲明，還包括多名警方證人的證言及一切載於卷宗內的文件書證，在沒有確認存在審理證據的明顯錯誤的前提下，上訴人所質疑的原審法院對證據審查後所形成的心證則是受到法律所禁止的，所以，以此作為上訴理由明顯不能成立。

二、審查證據方面存在明顯的錯誤的瑕疵

上訴人以這個上訴理由針對原審法院的量刑部分的理由說明提出質疑，認為原審裁判在理由說明部分對上訴人的認罪的聲明內容作出了對其作出了相對不利的判斷和認定，繼而沒有在裁判之“判案理由”部分當中認定上訴人承認自己存在過錯責任等對上訴人有利的因素和情節，因此沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定有關審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。

我們知道，有關量刑的決定時法院在認定事實以及在定罪之後，根據已證事實所顯示的犯罪情節以及在庭審中查明的嫌犯的個人人格特徵以及社會經濟狀況之後，依照《刑法典》第 65 條規定的量刑規則以及犯

罪預防的要求的自由選擇法定刑幅之間的合適的刑罰的衡量過程，是一個純粹的法律適用的決定，並不存在事實的認定過程的明顯錯誤的前提，也就沒有審理這個上訴理由的可能，除非上訴人質疑原審法院所認定可以供量刑時候考慮的情節的部分的事實，如果這樣，也就還沒有進入量刑階段，而之時事實的認定過程存在的瑕疵的問題，與量刑的這個真正法律適用過程沒有關係。

因為，所謂的“審查證據中的明顯錯誤”是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現（《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c）項）。¹⁵

那麼，從上訴人所提出的上訴理由的意圖來看，其所指責的是原審法院沒有對其承認犯罪事實的情節在量刑時作出對其比較有利衡量。這明顯不是審理證據方面的問題，而是對事實或者對犯罪情節的解釋和作出法律適用的問題，是純粹的一個法律問題。而對這個上訴問題的審理留待最後對量刑的上訴理由的審理時再行審理。

三、較輕販毒罪的定罪

檢察院的上訴所針對的純粹屬於一個在法律適用上是否存在錯誤的法律問題，即就第一、第二及第三嫌犯的販毒行為，在經第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律環境下，是應該維持被控告的罪名還是改判一項較輕販毒罪的問題。

在被上訴裁判中，把原來對三人行為所作出的“販毒罪”（第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款）的指控作出了定性的變更，而僅以同法律第 11 條第 1 款所規定及處罰的“較輕販毒罪”論處。

在已證事實可見：

- 一只白色碟上所放有的白色粉末（重 2.47 克）和一個小透明膠袋內的白色粉末（重 0.175 克）均被司法警察局刑事技術廳鑑定出含可卡因成份（參見卷宗第 380 至 387 頁之鑑定報告¹⁶，此處視為全文轉載）。

¹⁵ 終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決。

¹⁶ 雖然沒有明確指出在案發於 2018 年 7 月 30 日當天所檢獲的可卡因（0.175 克）當中關

- 司警人員經第一嫌犯 C 同意，在其隨身物品內搜獲現金及一張「XX 酒店」房卡。
- 同日凌晨 5 時第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 及第三嫌犯 A 被送至「仁伯爵綜合醫院」接受尿液檢測時均被驗出對可卡因呈陽性反應（參見卷宗第 18、35 和 45 頁的診斷報告，此處視為全文轉載）。
- 可卡因是受第 17/2009 號法律第 4 條所規定附表一 B 所管制的物質。
- 同年 8 月 29 日「XX 酒店」職員 G、H 在檢查 1501 號房時，發現在睡床左上方壁燈燈罩裡藏有一個裝有 28 包白色透明晶體的大透明膠袋，每小包重量由 0.21 克至 0.33 克不等，總重達 8.12 克，經司法警察局刑技術廳鑑定，確認該等物質總淨重為 4.353 克，全部含有可卡因成分，其純度為 56.2%，含量為 2.38 克（參見卷宗第 439 至 445 頁之鑑定報告，此處視為全文轉載）；28 個小袋中的 3 個袋上驗出第三嫌犯 A 的 DNA 痕跡，另 1 個透明小袋上則驗出第二嫌犯 D 的 DNA 痕跡（參見卷宗第 305 至 318 頁之鑑定報告，此處視為全文轉載）。
- 第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 及第三嫌犯 A 從 2018 年 7 月 28 日起在其三人入住的「XX 酒店」1501 號房間內分別及一起吸食部分在本澳所收取的毒品。
- 第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 及第三嫌犯 A 曾將在本案所收取的毒品當中的一部分放於該房間的睡床左上方壁燈燈罩裡，即同年 8 月 29 日所發現的毒品。
- 2018 年 7 月 31 日晚 11 時左右第四嫌犯 E 受一名為“F”男子指派由香港前來澳門，並在「XX 賭場」門外等待與第一嫌犯 C、第二嫌犯 D 相見，以收取該兩嫌犯前兩日在澳門販毒之所得，第四嫌犯 E 於此時被司警人員截獲。

根據原審法院載於卷宗第 583 頁的理由說明部分，指出：由於未能

於定量的分析結果，但是，根據卷宗第 382 頁及第 391 頁，在司警刑事技術廳所製作的檢驗報告中，就清楚地指出編號為 Tox-R0615 即對應上述被扣押的可卡因，其定量結果為 0.0868 克，所以，此部分亦應當計算在檢獲的可卡因總量當中，因為也不屬於任何事實變更。

認定三名嫌犯（所指的是第一，第二及第三嫌犯）因作出售的毒品份量（經定量分析後的純量）超出“可卡因”毒品（以鹽酸可卡因作計算）法定的五日用量；因此，指控第一嫌犯、第二嫌犯、第三嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 17/2009 號法律（第 16/2016 號法律所修改）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（共犯），改判為第一嫌犯、第二嫌犯、第三嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂的方式觸犯了第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的一項較輕的販賣罪（共犯），判處罪名成立。

我們認為，必須先分析經第 10/2016 號法律修改之第 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》第 14 條規定的新文本：

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。（底線是我們劃上的）

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。”

第八條

不法販賣麻醉藥品及精神藥物

一、在不屬第十四條第一款所指情況下（底線是我們劃上的），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。

第十一條

較輕的生產和販賣

一、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，顯示第七條至第九條所敘述的事實的不法性相當輕，則行為人處下列刑罰：

(一) 如屬表一至表三、表五或表六所列植物、物質或製劑，處一年至五年徒刑；

(二) 如屬表四所列植物、物質或製劑，處最高三年徒刑，或科罰金。

二、按上款規定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附於本法律且屬其組成部分的每日用量參考表內所載數量的五倍。

首先，按照條文字面上的意思來看，第 10/2016 號法律修改了原來第 17/2009 號法律第 14 條「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」(下稱「吸毒罪」)的條文規定及調整了第 8 條「販毒罪」規定的行文，不難發現這樣修改及調整，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。也就是說，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 1 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。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」。¹⁷

¹⁷ 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

如此一來，如果在具體案件中，雖然未顯示嫌犯持有毒品除吸食外還有其他目的，尤其沒有證實其將所持有的毒品讓予第三人的事實，只要其持有的毒品數量已經超過每日用量的 5 倍的用量，正就是立法者為著打擊行為人因超量持有毒品而主張供個人吸食罪之用以逃避以「販毒罪」被起訴的情況。那麼，嫌犯是否將其所持有的毒品讓予第三人的事實非屬構成第 14 條第 2 款所懲罰的「販毒罪」的法定罪狀中必不可少的重要事實，事實上，即使該等事實未能被認定，並不妨礙原審法院根據經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定，以同一法律第 8 條等 1 款規定的「販毒罪」對嫌犯予以定罪。

其次，第 14 條第 2 款的重要性在於沒有證實嫌犯持有的毒品用於販賣的事實的情況下就可以販毒罪予以懲罰。對此，我們毫無疑問。問題出現在於在證實了嫌犯的吸食行為，並且證實了其持有超過法定的五日限量的事實，根據上文的分析，似乎理所當然應該判處嫌犯販毒罪，而對吸毒罪予以吸收，不再予以懲罰。問題在於如何在此等前提下對嫌犯的行為以較輕的販毒罪予以懲處。

終審法院在 2018 年 11 月 21 日在第 74/2018 號上訴案中作出了以下司法見解：

“一、根據經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定，如行為人為供個人吸食而種植、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、而根據修改後的第 14 條第 3 款的規定，在確定植物、物質或

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。……”

製劑的數量是否超過上表所指數量的五倍時，法律要求將有關植物、物質或製劑的全部數量都計算在內，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。

三、以較輕的生產和販賣罪論處的前提，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，來衡量生產或販賣毒品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。

四、行為人所持有的毒品數量超過上表所指數量的五倍不代表行為人一定會被判處第 17/2009 號法律第 8 條所規定及處罰的不法販賣麻醉藥品罪，不能必然排除以同一法律第 11 條所規定及處罰的較輕的生產和販賣罪論處的可能性。一切都取決於在考慮具體案件中所查明的情節後，就有關事實的不法性是否相當輕所作的判斷。”

然而，原審法院在單純認為不能認定嫌犯所持有的用於供他人食用的數量超過法定個人吸食兩得五倍，而改判嫌犯觸犯較輕的販毒罪，明顯是忽視了判處嫌犯此項罪名取決於在考慮具體案件中所查明的情節後，就有關事實的不法性是否相當輕所作的判斷。

我們曾經在 2018 年 6 月 14 日於第 1120/2017 號上訴案中作出了這樣的見解：“第 14 條第 3 款的計算在內，僅僅也是為了計算上的考慮，絕對沒有在同時證實嫌犯的販毒和吸毒行為的前提下，將吸毒罪予以吸收的考慮”。

我們當然不要忘記第 14 條第 2 款只是一個補充性的規定，第 14 條第 1 款和第 8 條的規定在已經明確證實符合罪狀的事實的情況下，應該予以首先適用，因為被侵犯的法益決定使然。

在已經證實嫌犯有吸毒行為的，按照法定罪名的原則，應該以吸毒罪首先予以懲罰。而對超過法定每日吸食的量的五倍部分，按照情況分別適用第 11、第 7 和第 8 條的規定。而適用第 11 條的規定的前提，除了第 1 款規定的情節外，就是要考慮第 2 款規定的數量。

只有在像本案那樣沒有實際證實前三名嫌犯的販毒行為的，才訴諸適用第 14 條第 2 款的規定。而在此之前，因已經明確證實嫌犯的吸毒行為（而非單純的持有為了個人吸食的目的，因為根據醫院的檢驗報告，其等身體的血液均對毒品呈陽性反應），應該首先予以懲罰。

從已證事實可知，對於前三名嫌犯的個人吸食的法定每日限量計，本案所查獲的前三名嫌犯所涉及的毒品有，： $2.38 \text{ 克} + 0.0868 \text{ 克} = 2.4668$

克，而在沒有證實嫌犯上述所提到的可以作出實施了較輕的販毒行為的情節的判斷的前提下，對嫌犯的行為應該以第 8 條的販毒行為予以懲處。

由於原審法院對前三名嫌犯的改判直接影響了第四嫌犯所實施的共同犯罪的定罪，並亦得到錯誤的改判，應該予以糾正，並改判與前三名嫌犯相同的販毒罪名。

因此，檢察院的上訴理由成立，廢止原審法院的判刑，改判前四名嫌犯被控告的罪名成立。

考慮本案中的具體情節，尤其是涉及毒品可卡因的數量，各嫌犯的認罪態度（當中第一及第二嫌犯承認指控事實而第三嫌犯保持沉默）及相應的罪過程度等等。我們認為，判處第一、二嫌犯 5 年徒刑，第三、四嫌犯 6 年徒刑的處罰比較合適。

審理了這個問題，也就沒有必要再審理第三嫌犯 A 的上訴所提出的關於主張基於未能具體證明毒品用作販賣部分與吸食部分各佔的比重，原審法院不應對第三嫌犯作出關於輕量販毒罪的處罰的上訴理由了。

四、非法持有吸毒工具罪

第三嫌犯上訴人在上訴中也質疑原審法院判處其觸犯第 17/2009 號法律第 15 條規定和處罰的非法持有吸毒工具罪也存在法律適用的錯誤。

我們承認，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上，一直以來都存在著分歧。

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。

在本案中證實“司警人員所搜到的一個水樽已被改裝，樽身上插着一枝吸管，另一個用來裝“得果定喉片”的樽口被燒焦，第一嫌犯 C 及第三嫌犯 A 用此兩個樽來吸食可卡因”，這些工具明顯具有專用性和耐用特點，應該予以獨立懲罰。

因此，在本案中，原審法院所判處上訴人嫌犯罪名成立的第 17/2009 號法律第 14 條（「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」）及第 15 條（「不適當持有器具或設備行為罪」）之間存在的關係是實質的競合的關係，上訴人持有該器具用於吸毒同時也觸犯第 15 條不適當持有器具或設備行為罪。

鑒於此，裁定上訴人的有關法律適用方面的上訴理由不成立。

五、量刑

法院在依《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定進行具體量刑時，遵從“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”的宗旨，考量“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。且在確定刑罰之份量時，法院須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節”的標準。

在一般預防方面，上訴人所偷運的“可卡因”的毒品份量多，對社會公共安寧帶來極大的負面影響。再者，在國際層面，上訴人以旅客身份來澳門販賣毒品，澳門特區實有必要加強打擊，以防止有關犯罪的蔓延，破壞澳門國際形象，因此，一般預防的要求較高。

在特別預防方面，根據卷宗客觀資料顯示，上訴人非本澳居民，來澳的參與本案的販毒罪，可見其罪過程度相當高，特別預防的要求也較高。

我們知道，在一般的量刑中，法律賦予法院在法定的刑幅之內選擇一合適的刑罰的自由，上級法院只有在刑罰明顯違反罪刑不適應或者不合適的情況下才有介入的空間。

就第五嫌犯（上訴人 B）方面，上訴人認為原審裁判在理由說明部分卻對上訴人的聲明內容作出了對其作出了相對不利的判斷和認定，繼而沒有在裁判之“判案理由”部分當中認定上訴人承認自己存在過錯責任等對上訴人有利的因素和情節。

首先，原審法院除了沒有證實上訴人承認犯罪的事實，也並沒有在理由說明中認定對上訴人明顯不利的情節，而僅僅認定上訴人承認替他人將案中用紙巾包裹的東西交予他人，但表示不知悉為毒品，被司警截獲後方知悉為毒品而已，在沒有繼而像上訴人猜測的那樣對其作出不利的量刑衡量。

其次，即使考慮上訴人自己宣稱的承認犯罪事實以及願意承擔犯罪

的後果的情節，考慮到涉及第五嫌犯的毒品可卡因數量相對高，含量達 22.3 克之多，起碼相等於 111.5 天的用量（以每日 0.2 克計算），可見其行為的不法性亦自然增加，我們認為原審法院作出的 9 年 6 個月徒刑的處罰的決定，並無明顯過重之衷。

關於第三嫌犯 A 在上訴中認為的三年三個月的徒刑明顯過高，不符合罪刑相適應原則，我們認為，基於上述對檢察院的上訴的決定，已經沒有必要再審理其上訴問題了。

五、扣押品作為犯罪工具的認定

第五嫌犯上訴人提出了原審法院在作出充公其被扣押的手機的決定上存有錯誤，認為沒有證據證明該手機與犯罪活動（販毒）有關。

事實上，正如尊敬的助理檢察長在對法律意見書中指出的，從第五嫌犯手機內的通訊記錄，結合第四嫌犯手機內的通訊記錄，的確反映出第五嫌犯曾使用被扣押的手機與其他同案來進行與販毒活動有關的必要聯繫，我們實在看不到任何強而有力的理由能夠推翻原審法院的判斷。基於此，這部分的上訴理由同樣不成立。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定：

- － 檢察院的上訴理由成立，作出符合上述決定的改判；
- － 第 5 嫌犯的上訴理由不成立；
- － 第 3 嫌犯的上訴理由不成立；

本程序的訴訟費用由嫌犯上訴人共同支付以及各自支付司法費為：第五嫌犯上訴人 6 個，第三嫌犯 8 個計算單位。

確定第 5 嫌犯的辯護人的報酬為 2500 澳門元，由上訴人本人支付。

澳門特別行政區，2019 年 6 月 6 日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝