

上訴案第 742/2023 號

上訴人：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等進行審理：

- 第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 為共同正犯，以既遂方式觸犯了：
經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」[尤其針對第一、三、四、五及十一點控訴事實]。
- 第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 為直接正犯，各自以既遂方式觸犯了：
經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款所規定及處罰的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」[尤其針對第二、十二及十三點控訴事實]；
經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR1-23-0036-PCC 號案件中，經過庭審最後判決：

- 第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B：
 - 以直接共犯身分及在犯罪既遂的情況下，觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款結合

第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」(吸收了被控的「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」)，各判處五年六個月徒刑；及

- 以直接正犯身分及在犯罪既遂的情況下，各自觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」，各判處四個月徒刑。

上述兩罪並罰，各判處五年八個月實際徒刑的單一刑罰。

嫌犯不服判決，向本院提起上訴，並提出了上訴理由：

1. 原審法院在判決書內判處上訴人以直接共犯身分及在犯罪既遂的情況下，觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款結合第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」(吸收了被控的「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」)，判處五年六個月徒刑；及以直接正犯身分及在犯罪既遂的情況下，觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」，判處四個月徒刑。兩罪競合，合共判處五年八個月實際徒刑。
2. 在尊重原審法院的決定的前提下，上訴人認為被訴決定有以下瑕疵，因此提出本上訴。
 - I. 「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」部份
 - i. 審查證據方面有明顯錯誤
3. 根據主流學說以及司法見解，只有原審法院明顯違反經驗法則時，才有審查證據明顯錯誤之瑕疵。
4. 係本案中，上訴人認為，原審法院對於已證事實第一條、第二條、第三條、第五條、第八條、第十四條以及第十六條之認定，均有審查證據有明顯錯誤之瑕疵。
5. 於庭審期間，第二嫌犯否認上述指控，係庭上已作出解釋其本人

並未租住 XX 樓，於上述單位的物品並未屬於其本人。

6. 從第一嫌犯於卷宗第 111 頁背頁聲明可以得出“澳門...街...號 XX 樓...室”並非由上訴人與第一嫌犯一同租住，與上訴人在庭上之聲明相一致。
7. 卷宗內也沒有其它客觀證明上訴人係與第一嫌犯租住 XX 樓。
8. 因此，原審法院在事實判斷部份所考慮之第一嫌犯聲明“在案發前 10 天，二人一同租住了本案案發單位（澳門...街...號 XX 樓...室）”一部份有審查證據之明顯錯誤，因為第一嫌犯已在第 111 頁背頁檢察院聲明中補充單位係由其自己租住，上訴人只係暫住該單位。
9. 已證事實中第一條“將之收藏在彼等位於澳門...街...號 XX 樓...室的住所中”、第八條“共同住所...共同居住房間...”一部份應視為不獲證實。
10. 倘有關單位非為上訴人所租住，上訴人只是暫住於該單位，按照經驗法則，上訴人根本不能知悉上述單位藏有搖頭丸。
11. 除此之外，根據第一嫌犯之聲明，搖頭丸是“C”離澳後遺留下來，第二嫌犯亦表示該搖頭丸與自己無關。
12. 再者，根據卷宗內第 82 頁之化驗報告顯示上訴人僅對“苯丙胺”及“甲基苯丙胺”呈陽性，而非對“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”呈陽性。
13. 而根據卷宗內第 168 頁結合第 177 頁報告中，係驗出有上訴人 DNA 之吸毒工具（檢材 Tox-V0346）中僅分析到該液體內含有“甲基苯丙胺”，也沒有“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”。
14. 倘上訴人係有多次吸食搖頭丸，上述客觀的檢驗報告中必然不能避免驗出“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”一成份。
15. 基於此，原審法院單因為手機記錄（但有關記錄並不知道上訴人談及何種毒品、更不知道上訴人是否完成交易）以及於單位內搜出上述“搖頭丸”，而同樣判定上訴人有吸食“搖頭丸”的事實部份同樣有審查證據的明顯錯誤。

16. 根據經驗法則，上訴人作為一個暫住於 XX 樓之人士，上訴人不可能知道有關單位內有“搖頭丸”及“電子磅”等毒品及販毒工具。
17. 所以已證事實第一條中指上訴人出售“搖頭丸”之部份應同樣視為不獲證實。
18. 至於已證事實第三條中所指上訴人將份量不詳的毒品“冰”予一名稱作“D”的人士，根據卷宗第 100 頁至第 102 頁之對話記錄，只有一些價格上的詢問，但並未達成任何交易，也沒有任何轉賬記錄。
19. 原審法院基於上述問價記錄而將有已證事實第三條視為已證，同樣患有審查證據明顯錯誤之瑕疵。
20. 就已證事實第四條所指上訴人以澳門幣 2000 元的價格出售份量不詳的毒品“冰”予一名“E”的人士吸食，有關證據同樣主要基於卷宗第 94 頁至第 97 頁之手機對話記錄。
21. 雖然第一嫌犯於卷宗第 31 頁之聲明與上訴人之間的聲明係有相沖之處，但可以見到上訴人確實尚有“冰”係第一嫌犯手中，在沒有其它證據的情況下，應基於疑罪從無原則，將已證事實第四條視為不獲證實。
22. 綜上所述，基於卷宗內的事實以及證據並未能完全證實已證事實第一條、第二條、第三條、第五條、第八條，同樣已證事實第十四條及第十六條應視為不獲證實。
23. 由於未能證明上訴人 XX 樓係上訴人之住所、吸毒工具係由上訴人持有以及上訴人曾出售毒品予一名稱作“D”的人士吸食以及“E”的人士吸食之事實，應開釋上訴人被指控的一項“不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪”，並改控上訴人僅觸犯一項“不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪”。
24. 倘上述見解未蒙採納，根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項以及第 418 條規定，至少應該將本案發回初級法院，由另一合議庭重新審理。

ii.較輕的生產和販賣

25. 倘上述見解未蒙法官 閣下所採納，根據已證事實第三及第五條可見，上訴人所出售之毒品份量為不明。
26. 而係本案中，在 XX 樓搜出之“二甲(甲烯二氧)”苯乙胺”之份量為 0.821 克 (見第 175 至 183 頁之鑑定報告)，該份量為法定每日參考用量的 5.47 倍。
27. 基於上述份量，原審法院對上訴人適用了一項經第 10/2016 號法律所修改後的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰之「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」。
28. 根據已證事實第一條，有關搖頭丸係屬第一嫌犯與上訴人共同擁有。
29. 但已證事實中，並不能清楚分出哪一些搖頭丸係屬於第一嫌犯，哪一些搖頭丸係屬於上訴人。
30. 參考第 10/2016 號法律制定時第三常設委員會 - 第 4/V/2016 號所作出之意見書第 10 頁中¹，第 14 條第 2 款中五倍數量之引入，係用作區分是否作為不法性情節輕重之標準。
31. 在本案中，行為人有兩名，但所持之“二甲(甲烯二氧)”苯乙胺”只係僅超過個人每日用量之 5.47 倍。
32. 倘行為人多於一名，但上述第 14 條第 2 款所指的五倍數量亦不作出相應調整，那麼對於多人犯罪，有關不法性之標準便會相對提高，即每人持有的份量少於五日份量，即使共同持有該等毒品僅用作自用用途，亦會基於第 14 條第 2 款，而按照情況對其適用同一法律第 8 條、第 9 條以及第 11 條。
33. 在尊重不同見解之前提下，上訴人認為以上解釋會對多人持有毒品之情況產生不公，因此，第 14 條第 2 款之規定，應按人數作出解釋。同樣解釋亦應適用於上述法律第 11 條第 2 款之規定。
34. 因此，上訴人認為原審法院對上訴人適用經第 10/2016 號法律修

¹ <https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2016-12/73285585df0b084469.pdf>

改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款結合第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰的一項「不法販賣麻醉藥品罪」有錯誤適用法律以及《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定之獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判之瑕疵。

35. 而考慮到已證事實中第三條及第五條關於上訴人所出售之毒品份量均為不詳的情況下，在有疑問的情況下應從輕論處，改判上訴人觸犯上述法律第 11 條第 1 款 1 項所規定之一項「較輕的生產和販賣罪」以及第 14 條第 1 款所指的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」。
36. 倘上述見解未蒙採納，根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項以及第 418 條規定，至少應該將本案發回初級法院，由另一合議庭重新審理，特別是第一嫌犯與上訴人分別持有之“搖頭丸”數量以及上訴人所出售之毒品之數量部份。

II. 「不適當持有器具或設備罪」部份

37. 參考中級法院於第 80/2014 號案之見解不適當持有器具或設備罪與不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪之間為想像競合關係，適用上述理論，本案被搜獲之吸毒工具，明顯係用於吸食毒品。
38. 因此，上訴人被指控的一項「不適當持有器具或設備罪」應被不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪所吸收。

III. 緩刑

39. 倘上訴人獲改判 3 年以下的徒刑，則亦請求上訴法院暫緩有關徒刑的執行。
40. 上訴人所觸犯的犯罪並無暴力性質，所帶來的後果不至嚴重，對社會秩序和安寧沒有造成過於負面的影響。
41. 所以，上訴人認為純以徒刑作威嚇及加強緩刑條件，已足夠令社會大眾感受到法律規範的效力，亦撫平了被破壞的法益。
42. 基於此，上訴人經已符合了《刑法典》第 48 條第 1 款規定的緩刑要件，故敬請中級法院作出改判，給予上訴人緩刑的機會。

綜上所述，和依賴 閣下之高見，應裁定上訴理由成立：

- i) 開釋上訴人所被指控的上訴人被指控的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」，並改控上訴人僅觸犯一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，因為被上訴的判決患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的瑕疵；倘上述見解未蒙採納，至少應該將本案發回初級法院，由另一合議庭重新審理。
- ii) 倘上述見解未蒙採納，改判上訴人觸犯上述法律第 11 條第 1 款 1 項所規定之一項「較輕的生產和販賣罪」以及第 14 條第 1 款所指的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」；倘上述見解未蒙採納，至少應該將本案發回初級法院，由另一合議庭重新審理；及
- iii) 開釋上訴人被指控的一項「不適當持有器具或設備罪」；及
- iv) 如獲改判 3 年以下的徒刑，請求 閣下判處緩刑以取代徒刑的實際執行。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆：

- 1. 上訴人認為已證事實第一條、第二條、第三條、第五條、第八條、第十四條以及第十六條之認定均有審查證據上明顯錯誤的瑕疵。
[見其結論第 1 至 24 點]
- 2. 但我們並不認同，理由如下：
- 3. 根據「事實之判斷」，第一嫌犯與第二嫌犯/上訴人對案發單位[XX 樓 525 室]「由誰租住」之事實互有分歧；然而，已證事實第一條中指出有關位由兩名嫌犯居住，且將有關毒品收藏於其中，這與案中證據相符，正如第二嫌犯/上訴人在庭審中亦承認「案發當時由於不再住 XX 樓，因正在尋找新居所而暫住在 XX 樓三天」；故此，兩名嫌犯對案發單位由誰出錢租住的分歧並不妨礙原審法院對已證事實第一條之認定，而且，最重要的是，兩名嫌犯均承認曾居於該單位，故此，原審法院才會對單位內發現的毒品之歸屬作出「共同屬於兩個嫌犯」的認定。

4. 第二嫌犯/上訴人指出自己的尿檢不對“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”[俗稱“搖頭丸”]有陽性反應，加上自己對屋內的“搖頭丸”之存在並不知情，故此，原審法院單憑手機記錄及屋內搜出“搖頭丸”便判定上訴人吸食“搖頭丸”之事實沾有審查證據的明顯錯誤。[見其結論第 10 至 16 點]
5. 然而，這僅僅是上訴人的版本，眾所周知，單次尿檢不對“搖頭丸”呈陽性反應並不絕對代表第二嫌犯/上訴人沒有吸食有關毒品。
6. 根據第 25 頁的搜索及扣押筆錄，當中“搖頭丸”即 1 個小透明膠袋內有 6 粒藍色藥丸 [已證事實第八條第 2 點、已證事實第十條第五段]，而第 28 頁之現場照片可以見到該 6 粒“搖頭丸”及電子磅是與其他毒品“冰毒”放在一起；第 2 頁實況筆錄中顯示當警方進入單位時正發現第二嫌犯/上訴人在該房間內吸食冰毒；那麼，第二嫌犯/上訴人又怎會如其所言「自己不知道“搖頭丸”和電子磅的存在」？！
7. 卷宗對第一嫌犯的翻閱電話筆錄 [第 37 頁] 已有第一嫌犯向他人(F)出售毒品的對話記錄，第一嫌犯的照片庫中有多張懷疑毒品交易的匯款單，毫無疑問可以證實第一嫌犯販毒之事實，[尤其已證事實第四條]；而對第二嫌犯的翻閱電話筆錄 [第 84 頁] 中亦有記載第一嫌犯與第二嫌犯的販毒細節 [見第 91 頁，即圖七]，可見兩人共同販毒的事實²，尤其第二嫌犯/上訴人負責運送毒品；除此之外，第二嫌犯/上訴人與不知名人士 IN [見第 92 至 94、96 至 97 頁，即圖八至十一] 也有毒品交易的對話³，故此，已證事實第五條之認定無可質疑。
8. 至於已證事實第三條的證據：正是第二嫌犯/上訴人與不知名人

² 在庭審亦有將第 91 頁之圖七短訊內容問及第二嫌犯/上訴人，其也承認是「3 個」是指 3 袋毒品進行交易，但其表示最終沒有進行交易。

³ 在庭審亦有將第 97 頁之圖十一短訊內容問及第二嫌犯/上訴人，其也承認 IN 已支付毒款，但自己未交付毒品。

士 D 的對話 [見第 99 至 102 頁，即圖十三至十六]，對話中已能證明第二嫌犯與 D 不是首次交易 [「前幾日你玩果啲貨，你覺得點？」，見圖十四]，也就是說，第二嫌犯現在聲稱最終沒有成功販賣只是其事實版本，不能以此質疑原審法院的心證。

9. 即使面對眾多的客觀證據，第二嫌犯連單位內的毒品共同屬於自己和第一嫌犯都拒不承認，即使面對手機短訊中，亦表示「是毒品交易，但自己未交付毒品」，由此可見，第二嫌犯/上訴人庭審中的聲明是不盡不實，自然其庭審聲明中表示「不知悉“搖頭丸”及電子磅的存在」不能予以相信。
10. 上訴人認為，被上訴裁判中不能分出哪一些搖頭丸屬第一嫌犯或第二嫌犯所有，故此，搖頭丸的每人持有份量應按人數均分，則上訴人應獲改判同一法律第 11 條之較輕販賣罪。[結論第 25 至 36 點]。
11. 根據已證事實第八、十、十一及十四條，當中 6 粒藍色“搖頭丸”淨量為 0.821 克，為法定每日參考用量 5.47 倍，兩名嫌犯持有相關毒品是為向他人出售之目的，故此，該等 0.821 克“搖頭丸”就是由兩名嫌犯共同持有，也就是說，並不是如同上訴人所指「分不出該 6 粒“搖頭丸”由誰持有」，已證事實亦未有證明上訴人只持有其中個別粒數的“搖頭丸”，則上訴人以按人數均分持有毒品的分量是毫無道理，亦欠缺法律支持及事實支持！
12. 事實上，倘如上訴人般理解法律-所有毒品份量除以販毒總人數作為計算每名毒販的持有毒品數量下，就會出現「越多人共同販毒反而量刑越輕」的不合理結果！
13. 至此，已充份說原審法院適用經第 10/2016 號法律修改第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款結合第 14 條第 2、3 款的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」是正確的法律適用，不能改判同一法律第 11 條之較輕販賣罪。
14. 上訴人認為「不適當持有器具或設備罪」應被不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪吸收。[結論第 37 至 38 點]

15. 根據已證事實第八、十及十六條，該透明水樽是用作吸食“冰毒”的工具，具有耐用性，符合吸毒工具之性質。「不適當持有器具或設備罪」的法益與「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」的法益不同，兩者不存在吸收關係，故此，上訴人的法律理解不成立。
16. 上訴人為應適用《刑法典》第 48 條之緩刑制度。[結論第 39 至 42 點]
17. 第二嫌犯/上訴人就「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」被判處 5 年 6 個月，就「不適當持有器具或設備罪」被判處 4 個月，兩罪競合下判處 5 年 8 個月徒刑。
18. 如前所述，原審法院的定罪是正確的，有關的量刑亦屬適度，則無任何法律依據可將刑罰下調至 3 年以下，亦因此無適用緩刑之空間。

綜上所述，本檢察院認為有關上訴理由明顯不成立，應予之駁回。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為上訴人全部上訴理由皆不成立，應駁回上訴及維持原判。

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：

1. 2022 年 8 月或之前，第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 以未能查明的方式取得了份量不詳的毒品“冰”、“搖頭丸”及吸毒工具（包括樽蓋上接有組裝吸管的膠樽），並將之收藏在彼等位於澳門...街...號 XX 樓...室的住所中，以向他人出售有關毒品賺取不法利益及供彼等個人吸食。

2. 2022 年 8 月，第一嫌犯及第二嫌犯多次在澳門吸食收藏於上址的毒品“冰”及“搖頭丸”。
3. 2022 年 8 月 13 日至 8 月 14 日期間，第二嫌犯以金額不詳的價格出售分量不詳的毒品“冰”予一名稱作“D”的人士吸食（見卷宗第 100 至 102 頁）。
4. 2022 年 8 月 18 日至 8 月 19 日期間，第一嫌犯以金額不詳的價格出售分量不詳的毒品“冰”予一名稱作“F”的人士吸食（見卷宗第 41 至 44 頁）。
5. 2022 年 8 月 22 日，第二嫌犯以澳門幣兩千元（MOP\$2,000.00）的價格出售份量不詳的毒品“冰”予一名稱作“E”的人士吸食（見卷宗第 94 至 97 頁）。
6. 2022 年 8 月 22 日晚上約 7 時，司警人員根據情報到澳門...街 4 號 XX 樓進行調查時截獲第一嫌犯。
7. 調查期間，警方在第一嫌犯身上搜獲並扣押了以下物品（見卷宗第 21 頁的搜查及扣押筆錄）：
 - 1) 一部銀色手提電話（牌子：APPLE，內有一張印有“CTM”字樣的 SIM 卡，編號：...）；
 - 2) 一張中國銀行銀行卡，卡號：...，持卡人：G；
 - 3) 四條銀色鑰匙；
 - 4) 現金澳門幣五百元（MOP\$500.00）。

警方在該手提電話發現第一嫌犯與吸毒人士的“微信”對話記錄及轉賬記錄，內容涉及第一嫌犯向該些吸毒人士出售毒品及收取彼等購買毒品款項（見卷宗第 41 至 64 頁），該手提電話是第一嫌犯的通訊及作案工具；上述銀行卡對應的銀行賬戶是第一嫌犯用作收取吸毒人士購買毒品的款項，為第一嫌犯的作案工具；上述現金為第一嫌犯與他人進行毒品交易所得。

8. 隨即，司警人員帶同第一嫌犯返回其與第二嫌犯位於澳門...街...號 XX 樓...室的共同住所進行搜查，在第一嫌犯與第二嫌犯共同

居住房間的梳妝台上搜獲並扣押了以下物品（見卷宗第 25 頁的搜查及扣押筆錄）：

- 1) 2 個小透明膠袋，袋內裝有白色晶狀體，連膠袋分別約重為 0.59 克及 0.5 克，共約重 1.09 克；
- 2) 1 個小透明膠袋，袋內裝有 6 粒藍色藥丸；
- 3) 9 個小透明膠袋；
- 4) 6 支吸管；
- 5) 1 個粉紅色打火機，蓋上插有一小段銀色紙；
- 6) 1 個印有“維他”字樣的透明水樽，樽內盛有透明液體，樽蓋上插有兩組吸管（綁有一小段黑色膠紙），一組為兩支吸管組成（綁有一段黑色膠紙），另一組為一支吸管及一個透明玻璃器皿組成（綁有兩小段黑色膠紙）。

上述電子磅是第一嫌犯及第二嫌犯將上述毒品提供予他人時所使用的工具；上述吸管及打火機是第一嫌犯及第二嫌犯吸食或準備吸食毒品的工具。

第一嫌犯及第二嫌犯取得及持有上述第 1、2 及 7 點之毒品（分別為白色晶狀體、藍色藥丸及透明液體），目的為供個人吸食，及向他人出售及提供之用。（毒品性質詳見已證事實第十項）

9. 警方在上述單位截獲第二嫌犯並在其身上搜獲並扣押以下物品（見卷宗第 77 頁的搜查及扣押筆錄）：
 - 1) 一部綠色手提電話（牌子：APPLE，內有一張印有“CTM4G+”字樣的 SIM 卡，編號：...）；
 - 2) 現金港幣一千元（HKD\$1,000.00）；
 - 3) 現金澳門幣五百元（MOP\$500.00）。

警方在該手提電話發現第二嫌犯與第一嫌犯及其他吸毒人士的對話記錄及轉賬記錄，內容涉及第二嫌犯向該些吸毒人士出售毒品及收取彼等購買毒品款項（見卷宗第 88 至 102 頁），該手

提電話是第二嫌犯的通訊及作案工具；上述現金為第二嫌犯與他人進行毒品交易所得。

10. 經化驗證實，上述在第一嫌犯及第二嫌犯的住所搜獲的其中兩支吸管上的痕跡，檢出的 DNA 均有可能是來自第一嫌犯（見卷宗第 163 至 172 頁的鑑定報告）；

上述其中一支吸管上的痕跡，檢出的 DNA 均有可能是來自第二嫌犯（見卷宗第 163 至 172 頁的鑑定報告）；

上述一個盛有透明液體的透明水樽，於樽蓋上的一支組裝吸管的吸食端上痕跡，檢出的 DNA 有可能是來自第一嫌犯及第二嫌犯（見卷宗第 163 至 172 頁的鑑定報告）；

上述兩包以透明膠袋包裝的白色晶體，淨量為 0.789 克，含有第 17/2009 號法律（經第 10/2016 號法律修改）第四條內表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”成份。經定量分析，“甲基苯丙胺”的百分含量為 79.5%，含量為 0.627 克（見卷宗第 175 至 183 頁的鑑定報告）；

上述六粒以透明膠袋包裝的藍色藥丸，淨量為 2.728 克，含有第 17/2009 號法律（經第 10/2016 號法律修改）第四條內表二 A 所管制之“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”成份。經定量分析，“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”的百分含量為 30.1%，含量為 0.821 克（見卷宗第 175 至 183 頁的鑑定報告）。

上述一個盛有透明液體的透明水樽上（樽蓋上插有一組末端接有玻璃器皿的組裝吸管及一組組裝吸管）含有第 17/2009 號法律（經第 10/2016 號法律修改）第四條內表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”成份（見卷宗第 175 至 183 頁的鑑定報告）。

11. 上述六粒以透明膠袋包裝的藍色藥丸中“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”的含量合共為 0.821 克，為法定每日參考用量的 5.47 倍。
12. 2022 年 8 月 22 日，警方對第一嫌犯進行尿液檢驗，結果顯示其對毒品“Amphetamines（即“苯丙胺”）”及“Methamphetamine（即“甲基苯丙胺”）”呈陽性反應（見卷宗第 34 頁）。

13. 2022 年 8 月 22 日，警方對第二嫌犯進行尿液檢驗，結果顯示其對毒品“Amphetamines (即“苯丙胺”)”及“Methamphetamine (即“甲基苯丙胺”)”呈陽性反應 (見卷宗第 82 頁)。
14. 第一嫌犯及第二嫌犯清楚知悉上述毒品的性質及特徵、仍在自由、自願及有意識且未經許可的情況下，聯同他人共同決意，分工合作，故意取得、持有、並向他人出售及提供上述受法律管制的麻醉藥品及精神藥物，以獲取不法利益。
15. 第一嫌犯及第二嫌犯清楚知悉上述毒品的性質及特徵、仍在自由、自願及有意識且未經許可的情況下，故意在澳門吸食上述受法律管制的麻藥品及精神藥物。
16. 第一嫌犯及第二嫌犯清楚知悉上述毒品的性質及特徵、仍在自由、自願及有意識且未經許可的情況下，故意不適當地持有上述工具，目的是以該工具供其個人作吸食毒品之用。
17. 兩名嫌犯清楚知道其行為違法，會受法律處罰。

同時，亦證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，嫌犯 A 為初犯。
- 嫌犯 B 曾因觸犯違令罪而被判刑及因三度觸犯非法再入境罪而被判入獄。
- 嫌犯 B 的個人及家庭狀況如下：
- 嫌犯現為無業，在本澳靠做“黑工”賺錢維生。
- 需供養父親。
- 學歷為中學畢業。

未獲證明之事實：沒有。

三、法律部份

嫌犯 B 在上訴理由中，認為：

- 原審法院對於已證事實第一條、第二條、第三條、第五條、第八

條、第十四條以及第十六條之認定，均有審查證據有明顯錯誤之瑕疵，因為：第一，庭審期間，第二嫌犯解釋其本人並未租住 XX 樓，於上述單位的物品並未屬於其本人，卷宗內也沒有其它客觀證明上訴人係與第一嫌犯租住 XX 樓。從第一嫌犯於卷宗第 111 頁背頁聲明可以得出“澳門...街...號 XX 樓...室”並非由上訴人與第一嫌犯一同租住，與上訴人在庭上之聲明相一致。第二，根據第一嫌犯之聲明，搖頭丸是“C”離澳後遺留下來，第二嫌犯亦表示該搖頭丸與自己無關。根據卷宗內第 82 頁之化驗報告顯示上訴人僅對“苯丙胺”及“甲基苯丙胺”呈陽性，而非對“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”呈陽性，而根據卷宗內第 168 頁結合第 177 頁報告中，係驗出有上訴人 DNA 之吸毒工具 (檢材 Tox-V0346) 中僅分析到該液體內含有“甲基苯丙胺”，也沒有“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”。原審法院單因為手機記錄 (但有關記錄並不知道上訴人談及何種毒品、更不知道上訴人是否完成交易) 以及於單位內搜出上述“搖頭丸”，而同樣判定上訴人有吸食“搖頭丸”。第三，根據卷宗第 100 頁至第 102 頁之對話記錄，只有一些價格上的詢問，但並未達成任何交易，也沒有任何轉賬記錄。原審法院不能僅基於上述問價記錄而將有已證事實第三條、第四條視為已證。

- 根據已證事實第三及第五條可見，上訴人所出售之毒品份量為不明。因此，上訴人認為原審法院對上訴人適用經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款結合第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰的一項「不法販賣麻醉藥品罪」有錯誤適用法律以及《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定之獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判之瑕疵。而考慮到已證事實中第三條及第五條關於上訴人所出售之毒品份量均為不詳的情況下，在有疑問的情況下應從輕論處，改判上訴人觸犯上述法律第 11 條第 1 款 1 項所規定之一項「較輕的生產和販賣罪」以及第 14 條第 1 款所指的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」。
- 上訴人被指控的一項「不適當持有器具或設備罪」應被不法吸食

麻醉藥品及精神藥物罪所吸收。

- 倘上訴人獲改判 3 年以下的徒刑，則亦請求上訴法院暫緩有關徒刑的執行。因為上訴人所觸犯的犯罪並無暴力性質，所帶來的後果不至嚴重，對社會秩序和安寧沒有造成過於負面的影響，純以徒刑作威嚇及加強緩刑條件，已足夠令社會大眾感受到法律規範的效力，亦撫平了被破壞的法益。

我們看看。

（一） 審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵

眾所周知，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵是指，對於原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實，任何一個能閱讀原審合議庭判決書內容的人士在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為原審法庭對案中爭議事實的審判結果屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤。⁴

司法見解同樣一直強調，上訴人不得利用上訴對被上訴的法院衡量已產生的證據之方式表示不同意，以此質疑審判者的自由心證。⁵原審法院接納或不接納哪些證據並賴以形成其心證並認定事實是由法律所賦予的自由，一般情況下，這種心證是不能受到質疑。⁶

對於上訴法院來說，對此瑕疵是否存在的審查乃通過審查原審法院的事實認定的理由說明，尤其是從對構成心證所基於形成的證據的列舉以及衡量的過程的審查，確認是否存在違反證據規則以及一般經驗法則的情況。此外的事實認定，包括原審法院接納或不接納哪些證據並賴以

⁴ 參見中級法院於 2014 年 4 月 3 日在第 602/2011 號上訴案件、於 2014 年 5 月 29 日在第 115/2014 號上訴案件等。

⁵ 參見終審法院在第 13/2001 號程序中的裁判。

⁶ 參見中級法院在第 992/2018 號程序中的裁判。

形成其心證並認定事實是由法律所賦予的自由，一般情況下，這種心證是不能受到質疑。

我們看到，從原審法院在判決書的事實的判斷部份所指定的構成心證的形成的依據所顯示的，我們可以看到原審法院的心證的邏輯關係，尤其是在事實的判斷部分對證據的衡量：

第一嫌犯與第二嫌犯/上訴人對案發單位 [XX 樓 525 室] 「由誰租住」之事實互有分歧；然而，已證事實第一條中指出有關單位由兩名嫌犯居住，且將有關毒品收藏於其中，這與案中證據相符，正如第二嫌犯/上訴人在庭審中亦承認「案發當時由於不再住 XX 樓，因正在尋找新居所而暫住在 XX 樓三天；故此，兩名嫌犯對案發單位由誰出錢租住的分歧並不妨礙原審法院對已證事實第一條之認定，而且，最重要的是，兩名嫌犯均承認曾居於該單位，故此，原審法院才會對單位內發現的毒品之歸屬作出「共同屬於兩個嫌犯」的認定。第二嫌犯/上訴人指出自己的尿檢不對“二甲(甲烯二氧)苯乙胺” [俗稱“搖頭丸”] 有陽性反應，加上自己對屋內的“搖頭丸”之存在並不知情，故此，原審法院單憑手機記錄及屋內搜出“搖頭丸”便判定第二嫌犯吸食“搖頭丸”之事實沾有審查證據的明顯錯誤。然而，這僅僅是第二嫌犯的版本，眾所周知，單次尿檢不對“搖頭丸”呈陽性反應並不絕對代表第二嫌犯/上訴人沒有吸食有關毒品。根據第 25 頁的搜索及扣押筆錄，當中“搖頭丸”即 1 個小透明膠袋內有 6 粒藍色藥丸 [已證事實第八條第 2 點、已證事實第十條第五段]，而第 28 頁之現場照片可以見到該 6 粒“搖頭丸”及電子磅是與其他毒品“冰毒”放在一起；第 2 頁實況筆錄中顯示當警方進入單位時正發現第二嫌犯/上訴人在該房間內吸食冰毒。卷宗對第一嫌犯的翻閱電話筆錄 [第 37 頁] 已有第一嫌犯向他人 (F) 出售毒品的對話記錄，第一嫌犯的照片庫中有多張懷疑毒品交易的匯款單，毫無疑問可以證實第一嫌犯販毒之事實 [尤其已證事實第四條]；而對第二嫌犯的翻閱電話筆錄 [第 84 頁] 中亦有記載第一嫌犯與第二嫌犯的販毒細節 [見第 91 頁，即圖七]，可見兩人共同販毒的事實，尤其第二嫌犯/上訴人負責運送毒品；除此之外，第二嫌犯/上訴人與不知名人士 IN [見第 92 至 94、96 至 97 頁，即圖八至十一] 也有毒品交易的對話。

基於此，原審法院認定了已證事實第五條。

至於已證事實第三條的認定也明顯與原審法院所指定的形成心證的基礎所能證明的事實不存在明顯的不相容之處：正是第二嫌犯/上訴人與不知名人士 D 的對話 [見第 99 至 102 頁，即圖十三至十六]，對話中已能證明第二嫌犯與 D 不是首次交易 [「前幾日你玩果啲貨，你覺得點？」，見圖十四]，也就是說，第二嫌犯現在聲稱最終沒有成功販賣只是其事實版本，不能以此質疑原審法院的心證。即使面對眾多的客觀證據，第二嫌犯連單位內的毒品共同屬於自己和第一嫌犯都拒不承認，即使面對手機短訊中，亦表示「是毒品交易，但自己未交付毒品」，由此可見，第二嫌犯/上訴人庭審中的聲明是不盡不實，自然其庭審聲明中表示「不知悉“搖頭丸”及電子磅的存在」不能予以相信。

顯然，原審法院的判斷沒有不符合邏輯、一般生活常識和經驗規則之處，也沒有違反任何證據規則之處，不能確認被上訴判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定的審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。

上訴人這部分的上訴理由不能成立。

（二）“較輕販賣罪”的判處

上訴人這部分的上訴理主要在於：在 XX 樓搜出之“甲基苯丙臍”份量為 0.627 克，而“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”(即“搖頭丸”)之份量為 0.821 克，僅後者的份量為法定每日參考用量的 5.47 倍，根據已證事實，並不能清楚分出哪一些搖頭丸係屬於第一嫌犯，哪一些搖頭丸係屬於第二嫌犯，本案中，行為人有兩名，但所持之“搖頭丸”只係僅超過個人日用量 5.47 倍，倘行為人多於一名，應以人數均分持有毒品的分量為標準。

首先，雖然，上訴人質疑原審法院的事實認定陷入《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項規定的事實不足的瑕疵，但是，上訴人所提出的上訴問題明顯不是事實層面的問題，而是法律適用的問題，因為上述的事實瑕疵並不是不存在構成犯罪要件這個明顯屬於法律層面的問題，而上訴人所主張的確實都為原審法院所認定的事實進行解釋並作出法律適

用的純粹的法律的問題。

那麼，就上訴人所主張的上訴問題來說，已證事實證實第一嫌疑人與第二嫌犯他們共同管有之毒品數量，尤其是“搖頭丸”之份量，不容置疑地超過“五日正常用量”之參考值的 5.47 倍。故此，根據已證事實第八、十、十一及十四條，當中 6 粒藍色“搖頭丸”淨量為 0.821 克，為法定每日參考用量 5.47 倍，兩名嫌犯持有相關毒品是為向他人出售之目的，故此，該等 0.821 克“搖頭丸”就是由兩名嫌犯共同持有，也就是說，並不是如同第二嫌犯所指「分不出該 6 粒“搖頭丸”由誰持有」，已證事實亦未有證明第二嫌犯只持有其中個別粒數的“搖頭丸”，則第二嫌犯以按人數均分持有毒品的分量是毫無道理，亦欠缺法律支持及事實支持。

很明顯，原審法院適用經第 10/2016 號法律修改第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款結合第 14 條第 2、3 款的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」對上訴人等作出定罪的決定沒有任何可以質疑的地方。

(三)「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」與「不適當持有器具或設備罪」的競合關係

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，被扣押的 1 個印有“維他”字樣的透明水樽，樽內盛有透明液體，樽蓋上插有兩組吸管（綁有一小段黑色膠紙），一組為兩支吸管組成（綁有一段黑色膠紙），另一組為一支吸管及一個透明玻璃器皿組成（綁有兩小段黑色膠紙）。上述一個盛有透明液體的透明水樽上（樽蓋上插有一組末端接有玻璃器皿的組裝吸管及一組組裝吸管）含有第 17/2009 號法律（經第 10/2016 號法律修改）第四條內表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”成

份（見卷宗第 175 至 183 頁的鑑定報告）。

這種基於人們平日常用的生活用品進行作為特殊目的的用途的改裝之後進行吸食毒品的工具，很明顯具有專門性以及耐用性的特點，存在可以再被用於吸食毒品之用的危險，侵犯了本條文所保護的法益，應該獨立予以懲罰。

上訴人這部分的上訴理由不能成立。

（四）量刑

我們知道，《刑法典》第 65 條規定了一般的量刑規則：具體刑罰是因應行為人罪過而定的最高限度和最低限度之間確定，並在該等限度內考慮刑罰的其他目的。法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只有當原審法院明顯違反法律或罪刑相適應原則時，上級法院才有介入原審法院的空間。

本案中，原審法院已根據《刑法典》第 40 條和第 65 條，全面和公允地考量了所有的相關情節，被上訴判對上訴人所觸犯的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」在五至十五年的刑幅內選判五年六個月徒刑，一項「不適當持有器具或設備罪」在最高可判處三個月至一年的刑幅內選判四個月徒刑，以及兩罪並罰，合共五年八個月實際徒刑的單一刑罰並沒有明顯的過重。

而就此刑罰，明顯不符合《刑法典》第 48 條所規定的給予緩刑的形式前提。

駁回上訴及維持原判。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

本程序的訴訟費用由上訴人支付，並支付 8 個計算單位的司法費。

確定上訴人的委任辯護人的費用為 2500 澳門元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2023 年 11 月 16 日

蔡武彬 (裁判書製作人)

陳廣勝 (第一助審法官)

譚曉華 (第二助審法官)