

案件編號：第 395/2022 號（刑事上訴案）

日期：2022 年 12 月 15 日

重要法律問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤
- 第 17/2009 號法律第 14 條第 2、3 款之犯罪的刑罰
- 緩刑

摘 要

1. 審查證據方面明顯有錯誤，是指法院在審查證據並認定事實的過程中，明顯有違經驗法則和常理，或明顯違反法定證據價值法則，或明顯違反職業準則。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。

2. 上訴人的尿檢報告顯示僅對“可卡因”呈陽性反應，僅證明其於人體對“可卡因”的代謝期內吸食過含有“可卡因”的物質。上訴人的尿檢結果並不能必然說明其不吸食其他種類的毒品，因為人體對每種毒品的代謝期不同，因應毒品種類、吸食份量、吸食時間、個人身體狀況差異等因素不同而化驗結果有所不同。

3. 上訴人所取得的相當於 5.1 倍參考用量的毒品用作其個人與另外兩名人士共同吸食，符合一項第 17/2009 號法律第 14 條第 2、3 款的規定的犯罪，然而，根據卷宗獲證事實，特別是，在將全部毒

品數量計算在內，並考慮到上訴人取得毒品用作其個人與其他兩人共同吸食之事實，得認定其事實不法性輕，並以第 17/2009 號法律第 11 條規定的刑幅量刑。

裁判書製作人

周艷平

澳門特別行政區中級法院

合議庭裁判書

編號：第 395/2022 號（刑事上訴案）

上訴人：檢察院

上訴人/第五嫌犯：A

日期：2022 年 12 月 15 日

一、案情敘述

在初級法院刑事法庭第 CR3-20-0023-PCC 號合議庭普通刑事案件中，合議庭針對第五嫌犯 A 所作事實進行重審，於 2022 年 3 月 11 日作出重審裁判，裁定如下：

合議庭宣告檢察院的控訴理由部份成立，以及重審理由成立，並對第五嫌犯 A 判決如下：

檢察院指控第五嫌犯以直接正犯(共犯)及既遂方式觸犯（經第 10/2016 號法律條改的）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，以及同一法律第 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，應予改變法律定性，改為指控第五嫌犯的行為以直接正犯及既遂行為觸犯（經第 10/2016 號法律條改的）第 17/2009 號法律第 14 條第 2、

3 款所規定及處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪（當中已吸收同一法律第 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），並以同一法律第 11 條所規定及處罰的較輕的生產和販賣罪的刑罰作處罰，判處二年九個月實際徒刑。

＊

檢察院及第五嫌犯 A 均不服重審裁判，並提起上訴。

＊

檢察院之上訴

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表不服重審裁判，向本院提起上訴（上訴理由闡述載於卷宗第 2965 頁至第 2975 頁）。

檢察院的上訴理由如下（上訴理由闡述之結論部分）：

1. 嫌犯出席庭審聽證，否認犯罪事實，沒有任何悔悟之心。
2. 上訴人檢察院在尊重原審法院前題下，就本案對嫌犯改判第 17/2009 號法律第 14 條第 2、3 款所規定及處罰的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，並以同一法律第 11 條所規定及處罰的「較輕的生產和販賣罪」，持有不同意見。
3. 上訴人檢察院認為，原審法院忽略了一項重要書證，這項書證載於卷宗第 505 頁（已證事實第 34 點），這導致原審法院違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項規定。
4. 第 5 嫌犯身上被扣押毒品性質，根據已證事實，在第 5 嫌犯所持手提袋內發現一個透明的白色晶體含有第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的“氯胺酮”成份，淨重量為 3.631 克，經定量分析後，

當中“氯胺酮”的百分含量為 84.3%，含量為 3.06 克(見卷宗第 721 至 727 頁)。

5. 卷宗第 505 頁為警方拘捕第 5 嫌犯 24 小時內所作醫療尿檢報告，針對第 5 嫌犯診斷報告的尿檢結果為陽性，物質為可卡因(cocaine)。這樣，事實就十分清楚，第 5 嫌犯所吸食為“可卡因”，身上持有毒品為“氯胺酮”。

6. 那麼，可以確定“氯胺酮”並非供第 5 嫌犯吸食之用，事實為供販賣之用，販賣對象為第 12 嫌犯。

7. 根據 2021 年 10 月 28 日庭審聽證錄音紀錄，第 5 嫌犯陳述中表示日常吸食毒品為“氯胺酮”(又稱 K 仔或 K 粉)，這些毒品“氯胺酮”是第 3 嫌犯提供。陳述中從來無表示有吸食其他毒品種類，但卷宗第 505 頁的尿檢報告第 5 嫌犯對毒品“可卡因”呈陽性反應。換言之，第 5 嫌犯並非吸食“氯胺酮”，故庭審聽證中陳述並非事實，第 5 嫌犯身上被扣押“可卡因”，是供販賣之用。

8. 根據毒品性質，“可卡因(cocaine)”和“氯胺酮”是兩種截然不同毒品，法定每日吸食份量也不同。“氯胺酮”每日參考用量為 0.6 克，“可卡因”每日參考用量為 0.03 克(苯甲酰芽子鹼甲酯)或 0.2 克(鹽酸可卡因)，即“可卡因”毒性以及對人體健康傷害性更大。

9. 此外，根據卷宗第 463 至 469 頁第 6 嫌犯與第 3 嫌犯的手機微信和銀行轉帳紀錄；第 488 至 503 頁第 5 嫌犯與第 3 嫌犯(外號公主)的手機微信通話紀錄；第 1044 至 1088 頁第 5 嫌犯與涉嫌人 B(微

信名稱 Alone)的微信通話記錄，再結合庭審聽證中第 12 嫌犯陳述，可以印證出：第 12 嫌犯有吸毒習性但沒有門路購買遂請求 B 協助，B 應第 12 嫌犯要求多次要求第 5 嫌犯提供毒品，第 5 嫌犯則多次為 B 向第 3 和第 4 嫌犯購買毒品。

10. 隨後第 5 嫌犯將毒品交與 B 轉交其朋友即第 12 嫌犯(又稱傑哥)，有時則直接由第 5 嫌犯交予第 12 嫌犯。關於交付毒資情況，由第 5 嫌犯要求 B 轉告第 12 嫌犯，將購買毒品款項轉帳至第 6 嫌犯和第 3 嫌犯的銀行帳戶。第 5 嫌犯曾將其中兩張截圖傳給第 4 嫌犯，並曾把一張以現金轉入第 3 嫌犯帳戶的櫃員機收據發送予第 4 嫌犯。

11. 參閱眾多司法裁判，當行為人以現行犯方式在其身上搜獲毒品，這些毒品經毒品鑑定和定量分析後，毒品份量超逾法定每日用量 5 倍，而該行為人同時經進行尿檢驗毒後沒有吸食毒品或所吸食毒品與被搜獲毒品不相同(即吸食種類和被搜獲種類為不同毒品)，應構成第 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」。

12. 在本案，我們認為得以獲證事實是第 5 嫌犯指示 B 通知第 12 嫌犯透過第 6 嫌犯銀行戶口入帳第 3 嫌犯帳戶，隨後在第 3 嫌犯或第 4 嫌犯處取得毒品便直接或間接交給第 12 嫌犯。故原審法院在審查證據方面明顯有錯誤，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項之違反。

13. 對於原審法院在法律適用上指出：確實認定了於 2019 年 5 月 9 日第五嫌犯被拘捕時所取得的毒品，是三人夾錢並提供予其本人、

第十二嫌犯、B 彼等吸食，亦即是說，能予分清不是完全販賣，至少 1/3 是第五嫌犯的個人吸食，而 2/3 比例是供朋友吸食。上訴人檢察院對於原審法院以扣減後的推定方式認為第 5 嫌犯僅持有不超逾法定 5 倍份量予以改判和量刑，除保持應有尊重外，認為違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之規定。

14. 原審法院將被扣押毒品拆解為第 5 嫌犯僅持有 1/3 之份量形成不足 5 日份量之數。我們認為，原審法院在法律適用上沒有將第 5 嫌犯持有超過 5 日法定參考用量以販毒罪論處，同時忽略卷宗第 505 頁的尿檢報告，違反經驗法則、《刑事訴訟法典》第 114 條、第 149 條及第 154 條關於卷於第 505 頁獲審查的技術鑑定報告，這導致違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定。

15. 就第 5 嫌犯身上被扣押毒品“氯胺酮”，已證事實為含量為 3.06 克，超逾 5 日法定參考用量。

16. 從立法會第三常設委員會第 4/V/2016 號意見書和終審法院一系列裁判可見，持有毒品超逾法定 5 日份量是構成販毒罪的法定准則，當行為人持有這些毒品非供本人吸食又或事實中行為人並非吸食被扣押的毒品種類。那麼，行為人毫無疑問觸犯第 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」。

17. 案中，第 5 嫌犯持有超逾法定 5 日份量的毒品為“氯胺酮”，嫌犯醫療診斷報告的尿檢結果為陽性，物質為可卡因(cocaine)，顯示第 5 嫌犯所吸食毒品為“可卡因”，由此可確認第 5 嫌犯身上被

扣押毒品“氯胺酮”非供本人吸食之用，而全屬供販賣用途。

18. 此外，根據卷宗內微信通話紀錄，第 5 嫌犯有多次向第 3 嫌犯取得毒品後轉而向第 12 嫌犯販賣毒品的事實。至少在第 5 嫌犯身上被扣押毒品“氯胺酮”，超逾法定 5 倍份量；而超逾法定 5 倍份量的毒品是觸犯了第 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」。故原審法院缺乏理據的扣減方法，是錯誤適用法律，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之違反。

19. 上訴人檢察院認為原審法院合議庭的判決違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及第 2 款 c) 項，請求上級法院審視本案倘存之足夠證據，就第 5 嫌犯 A 以直接共同正犯及既遂方式觸犯（經第 10/2016 號法律條修改的）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」以及同一法律第 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」，判處 5 年 9 個月實際徒刑。又或根據《刑事訴訟法典》第 418 條將本案發回重新審判。

*

被上訴人 A 對檢察院之上訴作出了答覆（見卷宗第 3008 頁至 3018 頁），並陳述了其理據。¹

¹ 第五嫌犯 A 對檢察院的上訴提出以下答覆理據（結論部分）：

1.^a Foi na douda Sentença recorrida operada a alteração da qualificação jurídica do crime por que vinha ele acusado, acabando por ser condenado por 1 crime de consumo de estupefacientes, p. e p. pelo art.º 14.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 17/2009, em conjugação com o art.º 11.º da mesma Lei, à pena de

prisão efectiva de 2 anos e 9 meses.

2.^a O Ministério Público não concorda com a qualificação jurídica operada, vindo nesta fase recorrer apontando à decisão recorrida o erro notório na apreciação da prova e a violação de lei na qualificação jurídica do crime, pedindo, a final, que seja o arguido condenado pelo art.º 8.º da Lei da Droga, em pena de 5 anos de 9 meses de prisão.

3.^a Salvo o devido respeito por opinião em sentido diverso, não assiste razão ao Ministério Público, uma vez que a douda Sentença recorrida é plenamente legal face à prova colhida nos autos e às disposições da Lei n.º 17/2009.

4.^a A entidade recorrente sustenta a existência deste vício por ter saído comprovado que ele, aquando da detenção, testou positivo pelo consumo de cocaína, enquanto que a droga apreendida na sua posse era "ketamina", devendo, a seu ver, daí retirar-se que o 5.º Arguido "consumia cocaína, mas vendia ketamina".

5.^a É de salientar que esta causa foi afectada a um novo julgamento por força do Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 23 de Julho de 2021, reenviou o processo para novo julgamento para se determinar "qual a origem do estupefaciente encontrado na posse do recorrente, e qual o seu destino".

6.^a O exame de urina atestando o consumo de cocaína não fazia parte do objecto do novo julgamento, sendo que na primeira Sentença já o douto Colectivo de julgamento havia operado a consumação do crime de consumo de estupefacientes por que vinha o 5.º Arguido acusado, tendo sido condenado por um só crime tráfico ilícito de estupefacientes pela conjugação dos artigos 8.º, n.º, 1 e 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009, consumação essa com a qual o Ministério Público se conformou, não tendo recorrido da Sentença nessa ocasião.

7.^a Tanto a ketamina como a cocaína são vulgarmente consumidas em forma de pó branco, sendo indistinguíveis a olho nu, pelo que não seria uma situação incomum o 5.º Arguido ter consumido

cocaína pensando que era ketamina, havendo mesmo casos em que ambos os produtos estão agarrados no mesmo saco (vide tal situação ocorrida por virtude dos factos julgados no Tribunal de Última Instância, no processo n.º 5/2014), também se sabendo que diferentes drogas têm diferentes sensibilidades de deteção nos exames de urina.

8.^a O 12.º Arguido, ouvido enquanto testemunha no novo julgamento, chegou a referir que consumiu ketamina com o 5.º Arguido, pelo que não se vê em que medida se possam valorar as suas declarações num sentido, mas não no outro, pelo que não corresponde à verdade que tenha saído provado que o 5.º Arguido não consumia ketamina.

9.^a O que saiu provado foi que o 5.º Arguido comprou estupefaciente para consumir em conjunto com o 12.º Arguido, sem quaisquer fins lucrativos, por isso bem teve o douto Tribunal recorrido ao julgar a origem bem como o destino da droga encontrada na sua posse, não devendo merecer qualquer reparo.

10.^a O facto de o 5.º Arguido ter testado positivo a consumo de cocaína em nada belisca as conclusões ínsitas na decisão recorrida, pelo que não estão verificados os pressupostos do vício de erro notório na apreciação da prova suscitado no douto recurso do Ministério Público, devendo ser declarado improcedente.

11.^a A fundamentação do douto Acórdão recorrido na escolha da pena aplicável está lógica, coerente e conforme com a prova produzida em audiência. Ademais, está em consonância com a douta jurisprudência na Sentença citada, nomeadamente com os Acórdão dos Tribunal de Última Instância nos processos número 87/2019, 112/2018 e 74/2018, e ainda com o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância no processo n.º 970/2021.

12.^a Mesmo que se entendesse que o 5.º Arguido "traficou" estupefacientes, por virtude de todos os elementos referidos na douta Sentença, o crime em causa seria sempre o previsto no art.º 11.º da Lei da Droga, e com a moldura penal até 5 anos de prisão nele prevista.

**

第五嫌犯 A 之上訴

第五嫌犯 A 不服重審裁判，向本院提起上訴上訴理由闡述載於

13.^a A tese de que o art.º 11.º dessa lei é *sempre* aplicável quando a quantidade de droga detida seja superior a 5 dias da referência diária de consumo não tem qualquer correspondência literal nem teleológica com a norma incriminatória, como bem tem a nossa douta jurisprudência, mormente nas instâncias superiores, julgado.

14.^a No máximo o que estaria em causa seria uma mera alteração da qualificação jurídica para o crime de "tráfico de ilicitude diminuída", e não a convolação para o crime p. e p. pelo art.º 8.º da Lei n.º 17/2009.

15.^a Sempre se diga que nunca poderia ser o Arguido condenado a uma pena de 5 anos e 9 meses, por força do princípio da proibição da reformatio in pejus (art.º 399.º do Código de Processo Penal), uma vez que antes do novo julgamento havia sido condenado a pena de 5 anos e 6 meses de prisão, decisão essa contra a qual o Ministério Público não recorreu.

16.^a A douta decisão recorrida não incorreu em qualquer erro notório na apreciação da prova ou em violação de lei na escolha do tipo de crime, razão pela qual deve ser, nessa parte, mantida na íntegra, devendo ser declarado integralmente improcedente o duto recurso interposto pelo Ministério Público.

TERMOS EM QUE, pelos fundamentos expostos e nos demais de Direito que Vossas Excelências doutamente suprirão, deve o recurso interposto pelo Ministério Público ser declarado improcedente, por não provado, mantendo-se a douta decisão recorrida inalterada quanto à qualificação jurídica do crime e pena aplicada.

卷宗第 2976 頁至第 2993 頁），並闡述了其上訴理由。²

² 第五嫌犯 A 提出的上訴理由如下（上訴理由闡述之結論部分）：

1.^a Veio nestes autos o ora Recorrente acusado da prática de 1 crime de tráfico de estupefacientes e 1 crime de consumo de estupefacientes, previstos e punidos, respectivamente, pelos artigos 8.º e 14.º da Lei n.º 17/2009.

2.^a Por douta Sentença do TJB, de 9/10/2020, foi ele condenado a uma pena de 5 anos e 6 meses de prisão, pena essa confirmada, após recurso, por douto Acórdão do TSI, de 25/22021.

3.^a Dessa decisão recorreu ainda o 5.º Arguido para o TUI, que por douto Acórdão de 23/7/2021 ordenou a repetição do julgamento.

4.^a Concluído o novo julgamento, foi operada a alteração da qualificação jurídica do crime por que vinha ele acusado, acabando por ser condenado por 1 crime de consumo de estupefacientes, p. e p. pelo art.º 14.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 17/2009, em conjugação com o art.º 11.º da mesma Lei, à pena de prisão efectiva de 2 anos e 9 meses.

5.^a O presente recurso coloca apenas em causa a justeza da decisão de não suspender a pena de 2 anos e 9 meses de prisão aplicada, por se afigurar que face à prova colhida nos autos, era o 5.º Arguido merecedor da suspensão da pena, tendo em conta que a pena a que foi condenado podia ter sido suspensa na sua execução, por ser inferior a 3 anos.

6.^a A não suspensão foi fundamentada com as exigências de prevenção geral, nomeadamente no facto de "especialmente o transporte fronteiriço da actividade da droga afectará gravemente a segurança social e a ordem pública, a saúde dos jovens, sendo necessário combater os actos ilícitos da droga", e que por isso "considera-se que os actos do arguido afectam negativamente a segurança social e a ordem pública em Macau" e finalmente referindo-se que "o consumo da droga, tráfico e crimes relacionados com a droga estão a acontecer mais com o patamar mais jovem".

7.^a Urge frisar que da prova produzida contra o 5.º Arguido nada resultou de que a sua actividade

tivesse qualquer relação com tráfico de droga transfronteiriço, pelo menos de forma directa.

8.^a Quanto à gravidade da conduta, apesar de obviamente não se negar a gravidade inerente a quaisquer crimes relacionados com a droga, refira-se que saiu provado que o 5.º arguido se limitava a partilhar estupefacientes para consumo comum com o 12.º Arguido, de quem era amigo, e como tal não lhe deve ser imputado o consumo generalizado de estupefacientes, muito menos a jovens, pois não resultou qualquer prova de que ele se dedicasse a venda de estupefacientes a terceiros.

9.^a Segundo dados lançados pela Comissão de Luta Contra a Droga da RAEM, felizmente tem-se vindo a denotar uma descida acentuada no número de toxicodependentes e de casos de consumo de droga, mormente entre os mais jovens.

10.^a Não se negando que, naturalmente, as exigências de prevenção geral servem como limite ao instituto de suspensão da pena de prisão, a realidade é que na escolha entre a suspensão ou não da pena os factores mais importantes são os ligados às possibilidades de ressocialização do agente, sendo isto relativamente pacífico na doutrina (cfr. Manuel L. Henriques) e na jurisprudência comparada (cfr. Acórdão do STJ, de 13.01.2010, no Proc. n.º 6040/02.8TDPRT.S 1-3).

11.^a Inegável se nos afigura que a possibilidade de ressocialização e as exigências de prevenção especial devem, na dicotomia entre a escolha pela pena efectiva ou pela pena suspensa, ganhar maior preponderância do que as exigências de prevenção geral.

12.^a Conforme é referido na própria decisão recorrida, o 5.º Arguido é primário, confessou parte dos factos, e intensidade do dolo e da culpa são apenas médios, e não altos.

13.^a Acresce que saiu ademais provado que o 5.º arguido, logo aquando da sua detenção, colaborou inteira e imediatamente com a Polícia Judiciária, conforme confirmou em audiência o agente D

14.^a Saiu também provado que o 5.º Arguido tem o apoio da mãe, E, com vista à sua ressocialização, e que tem de momento emprego estável e com perspectivas de promoção, o que

também pende a favor das boas perspectivas de ressocialização, tendo isso sido confirmado pela testemunha F, sua colega de trabalho.

15.^a O cumprimento efectivo da pena de prisão de 2 anos e 9 meses de prisão colocará em causa a ressocialização do 5.º Arguido, frustrando-se assim os fins das penas.

16. ^a Afigura-se que se devia ter julgado ser o 5.º Arguido merecedor de uma segunda oportunidade, sendo digno de um juízo de prognose amplamente favorável, mormente por ser arguido primário, ter colaborado com a investigação, ter confessado grande parte dos factos, ter emprego estável e apoio familiar.

17.^a E tendo em conta a primazia da prevenção especial de ressocialização em relação à prevenção geral, e ainda a preferência do legislador por penas não privativas da liberdade (cfr. art.º 64.º do Código Penal), devia a pena de 2 anos e 9 meses a que foi condenado ter sido suspensa na sua execução, ainda que sujeita a regime de prova para comprovação cabal de que deixou ele de consumir de estupefacientes.

18.^a Concluindo, e salvo o muito tido e devido respeito pela douta opinião do Tribunal Colectivo recorrido, afigura-se ter a Sentença recorrida incorrido em violação dos artigos 48.º e 64.º do Código Penal, devendo ser consequentemente revogada e substituída por outra na qual se suspenda a execução da pena de 2 anos e 9 meses a que foi o Recorrente condenado.

TERMOS EM QUE, pelos fundamentos expostos e nos demais de Direito que Vossas Excelências doutamente suprirão, deve o presente recurso obter provimento, por provado, sendo consequentemente revogada parcialmente a douta Sentença recorrida, na parte em que se decidiu não suspender a pena de 2 anos e 9 meses de prisão a que foi o Recorrente condenado, sendo substituída por outra na qual se condene o 5.º Arguido a pena de 2 anos e 9 meses suspensa na sua execução, ainda que sujeita a regime de prova, assim se fazendo a tão costumada,

JUSTIÇA!

*

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表就第五嫌犯 A 的上訴作出答覆，認為應裁定上訴人之上訴理由不成立，並維持原審法院的判決（詳見卷宗第 3003 頁至第 3006 頁背頁）。

檢察院在答覆狀中提出下列理據（結論部分）：

1. 本案中，上訴人被判處 2 年 9 個月實際徒刑，並不超逾 3 年。然而，這只是法律規定給予緩刑的形式要件。
2. 對上訴人給予緩刑，尚需考慮是否符合法律所規定的實質要件，即是否“能適當足以實現處罰之目的”。
3. 本案唯一對上訴人有利因素是初犯，但嫌犯否認犯罪事實且無表現悔悟。
4. 我們知道，澳門存在的毒品全部來自外地販運進入，毒品能流入吸食者手上，全因販賣者之作崇，案中上訴人即屬毒品販賣者。
5. 根據已證事實：第 3、第 4 嫌犯將毒品供應上訴人（第 5 嫌犯）。再由上訴人向吸毒者提供銀行帳戶以收取毒資；案中上訴人（第 5 嫌犯）曾將第 12 嫌犯以上述方式轉帳毒資的記錄，轉發予第 3、4 嫌犯。
6. 2019 年 5 月 9 日第 3 嫌犯應上訴人（第 5 嫌犯）要求見面和交收毒品，同日晚上 9 時 20 分，上訴人駕車來到騎士馬路江南大廈外接收第 3 嫌犯交付的毒品“氯胺酮”。現場司警人員將上訴人截停，在上訴人所持的手提袋內發現數個內藏有白色晶體的透明膠袋，經定量分析，當中“氯胺酮”的百分含量為 84.3%，含量為 3.06 克。
7. 又原審法院已獲證事實為：2019 年 4 月 24 日、27 日、29 日、

5月4日、5月7日及9日，第12嫌犯多次向B購買“氯胺酮”，雙方一直透過網上銀行轉帳進行交易，該銀行帳戶是B根據上訴人指示而提供予第12嫌犯。

8. 另結合庭審聽證已審查書證：卷宗第463至469頁、第488至503頁、第1044至1088頁存有上訴人、涉嫌人B和第3嫌犯等人涉及毒品交易和毒資存入銀行的微信通話記錄；再結合庭審聽證中第12嫌犯陳述，可以印證出：第12嫌犯有吸毒習性但沒有途徑購買毒品遂請求涉嫌人B協助，B應第12嫌犯要求多次要求第5嫌犯提供毒品，第5嫌犯則多次為B向第3和第4嫌犯購買毒品。

9. 從原審法院已證事實和已審查卷宗書證，足以證明上訴人(第5嫌犯)毒品來源於第3和第4嫌犯，上訴人取得的毒品目的是販賣予第12嫌犯。毒資流轉過程是上訴人(第5嫌犯)將第6嫌犯銀行帳戶通知涉嫌人B轉告第12嫌犯，將購買毒品資金入帳第6嫌犯銀行帳戶，經由第6嫌犯帳戶轉給第3嫌犯。

10. 案中存有一項重要書證，這項書證載於卷宗第505頁(已證事實第34點)。卷宗第505頁為警方拘捕上訴人(第5嫌犯)24小時內所作的醫學尿檢報告，針對上訴的診斷報告的尿檢結果為陽性，物質為可卡因(cocaine)。這樣，事實就十分清楚，上訴人所吸食為“可卡因”，身上持有毒品為“氯胺酮”。那麼，可以確定“氯胺酮”並非供上訴人吸食之用，事實為供販賣之用，販賣對象為第12嫌犯。

11. 參閱眾多司法裁判，當行為人以現行犯方式在其身上搜獲毒品，這些毒品經毒品鑑定和定量分析後，毒品份量超逾法定每日用

量 5 倍，而該行為人同時經進行尿檢驗毒後沒有吸食毒品或所吸食毒品與被搜獲毒品不相同(即吸食種類和被搜獲種類為不同毒品)，應構成第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款或第 11 條所規定及處罰的「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」。

12. 至此可以獲得確認者，當日警方在上訴人身上扣押毒品“氯胺酮”，全部供販賣之用。

13. 我們不能認同上訴人將販毒行為禍害輕描淡寫化。販毒是潛藏社會的一個巨大禍害，毒品腐蝕人們的身體健康，靡爛人們的精神意志和智力，影響家庭和諧關係，破壞社會秩序和經濟，形成無數由毒品衍生出來的刑事犯罪。經驗告訴我們，販毒者為追求個人和組織的經濟利益，以有組織方式破壞社會秩序，故此我們的刑法典對販賣毒品才制定較重的刑罰。

14. 上訴人聲稱並非從外地輸入毒品以及僅供他人吸食。上訴人主張實屬歪理，案中第 12 嫌犯能獲得毒品進行吸食，正係基於上訴人的提供。

15. 案中，上訴人實乃罪魁禍首，其提供毒品行為正好印證了社會中充斥著不少吸毒者，皆因存有像上訴人一類毫無社會道德良心，將毒品任意散播荼毒社會，致釀成社會上多起吸毒案件和無數吸毒者，上訴人對提供毒品行為在淡化禍害和嚴重性，可反映上訴人尤未反醒毒品禍害，毫無悔悟表現。

16. 基於未能顯示上訴人不會再犯類似行為，故無法認定僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰目的之結論。上訴

人應為自己所作出的違法行為承擔相應的代價，判處上訴人實際徒刑是法院適當的裁決。

17. 綜上所述，本院認為上訴人的上訴理據不成立，應予駁回。

**

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱並提交了法律意見，認為應裁定檢察院的上訴理由不成立；上訴人第五嫌犯 A 的上訴理由成立並給予其緩刑。（詳見卷宗第 3034 頁至第 3037 頁）。

*

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

A. 原審法院針對第五嫌犯 A 被控告的事實及與之相關的事實為訴訟標的，作重新審判。

B. 按照尊敬的終審法院第 67/2021 號合議庭裁決，當中已列出第五嫌犯或與其有密切關係的待證事實（見該裁決的第 21-25 頁）。

C. 重審之庭審中，對控訴書第五十二點和五十四點事實作出非事實變更之增加。

D. 經過重審審判聽證，結合第五嫌犯及與其有密切關係的事實，尤其涉及第三、四、六及十二嫌犯之事實，

得以證實以下事實（按被上訴重審裁判之序號）：

1.

G（第三嫌犯）、H（第四嫌犯）在澳門從事（跨境）販毒活動。

3.

第三、四嫌犯親自或透過他人從中國內地將所需的毒品帶來澳門，並將毒品進行分銷。

4.

第三、第四嫌犯亦會按照客戶要求將有關毒品進行交收及派送。

此外，第三嫌犯會要求訂購毒品的客人以網上銀行轉帳或銀行櫃員機現金存鈔方式將毒資存入第六嫌犯以其個人名義開設的銀行帳戶（持有人：I，編號：XXXXXXXXXXXXXXXXXX）內，之後，第六嫌犯曾協助將部份毒資提出交回第三嫌犯。

第五嫌犯曾將第十二嫌犯以上述方式轉帳毒資的紀錄，轉發予第三、四嫌犯。

16.

2019 年 5 月 8 日，第三、四嫌犯一起登記入住路氹金沙城中心喜來登酒店浩天樓第 XXX 號房間。

17.

2019 年 5 月 9 日下午約 6 時 30 分，第三、四嫌犯一起前往惠愛街附近“XXX”遊戲機中心與第六嫌犯會合。

18.

同日晚上約 9 時，三名嫌犯再一起前往位於關閘馬路江南大廈第一座地下的“XXX”店內聊天。

19.

同日晚上約 9 時 20 分，第三嫌犯獨自外出步行至騎士馬路靠近江南大廈一側的行人路處與剛駕車駛至該處的第五嫌犯會合。其時，第三、五嫌犯隨即進行毒品交收，第三嫌犯把毒品交予第五嫌犯，第三嫌犯立刻離去。第五嫌犯亦啟動車輛離去。司警人員上前將第五嫌犯截停。

本次毒品是由第五嫌犯、B 及第十二嫌犯夾錢購買及供彼等吸食。

20.

司警人員在第五嫌犯所持的手提袋內發現一個中型透明膠袋，在該膠袋內另裝有 4 個內藏有白色晶體的透明膠袋，連膠袋分別約重 1.19 克、1.2 克、1.23 克及 1.27 克，合共約重 4.89 克（扣押筆錄載於卷宗第 480 頁）。

21.

經化驗證實（見卷宗第 723 頁），在第五嫌犯所持的手提袋內發現的一個透明膠袋內的白色晶體含有第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的“氯胺酮”成份，淨重為 3.631 克，經定量分析，當中“氯胺酮”的百分含量為 84.3%，含量為 3.06 克。

22.

司警人員在第五嫌犯身上檢獲一部紫色手提電話（牌子：HUAWEI，型號：EML-AL00，內有兩張編號分別為：8985301917101687809 及 8986011707620001535E 的 SIM 卡以及港幣 2000 元，該部手提電話是第五嫌犯進行購買毒品時的聯絡工具。

35.

隨後，警員帶第五嫌犯到仁伯爵綜合醫院接受藥物檢驗，結果顯示只有第五嫌犯對毒品測試呈陽性反應（見卷宗第 505 及 471 頁醫生檢驗筆錄）。

52.

2014 年，C(第十二嫌犯)，又稱傑哥，因入住青年戒毒中心接受戒毒服務時認識一名叫“B”的男子，又稱威哥，又稱 ALONE。

53.

2019 年 3 月，第十二嫌犯獲悉“B”從事毒品“氯胺酮”的售賣。

54.

2019 年 4 月 24 日、27 日、29 日、5 月 4 日、7 日及 9 日，第十二嫌犯多次向“B”購買“氯胺酮”供其本人、B，或後來之第五嫌犯等作個人吸食。雙方一直透過網上銀行轉帳進行交易。第十二嫌犯使用其個人銀行帳戶(編號:XXXXXXXXXXXXXX)將毒資轉帳至“B”所提供的第六嫌犯 I 銀行帳戶(編號:XXXXXXXXXXXXXX)內，該銀行帳戶是 B 根據第五嫌犯指示而提供予第十二嫌犯。

於上述期間內，第五嫌犯曾應“B”的要求，將有關份額的毒品交予第十二嫌犯，或第五嫌犯將有關份額的毒品交予“B”，再轉交第十二嫌犯，有關毒品是第五嫌犯向第三嫌犯或第四嫌犯購買，有關毒品是用作提供予第十二嫌犯、B，或後來之第五嫌犯作彼等個人吸食。

55.

第五嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為。

59.

第五嫌犯知悉其行為是澳門法律所禁止和處罰的。

*

此外，審判聽證亦證實以下事實：

刑事紀錄證明顯示，第五嫌犯為初犯。

第五嫌犯聲稱為外賣員及水療店職員，月入約澳門幣 19,000 元需供養繼父及母親，具中三學歷。

*

未證事實：

經審判聽證，本案存在與控訴書上述已證事實不符之其他未證事實：

- A（第五嫌犯）在澳門從事販毒活動。（第 1 條，部份）
- 第五嫌犯亦會按照客戶要求將有關毒品進行交收及派送。
（第 4 條，部份）
- 在第五嫌犯身上檢獲的港幣 2,000 元是第五嫌犯的犯罪所得。
（第 22 條）
- 於 2019 年 5 月 9 日第五嫌犯所取得的毒品是僅供第十二嫌犯個人吸食。（第 54 條，部份）
- 第五嫌犯故意與他人共同意願及分工合作下在澳門實施出售毒品行為，目的是為自己或他人賺取金錢利益。（第 56 條）
- 第五嫌犯明知“氯胺酮”屬毒品，仍故意在澳門售予需要毒品人士，又或為出售毒品而參與計劃。（第 57 條）

三、法律方面

上訴法院只解決上訴人具體提出的並且由其上訴理由闡述結論所界定的問題，結論中未包含的問題轉為確定。（參見中級法院第 18/2001 號上訴案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判，中級法院第 103/2003 號上訴案 2003 年 6 月 5 日合議庭裁判。）

本上訴涉及以下問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤
- 適用法律錯誤
- 緩刑

*

檢察院之上訴

檢察院認為，原審法院遺漏了第五嫌犯尿檢報告這一重要文件，第五嫌犯的尿檢顯示“可卡因”呈陽性，無顯示“氯胺酮”呈陽性，且第五嫌犯在庭審時僅表示吸食“氯胺酮”，並無表示亦吸食其他種類毒品，這說明第五嫌犯並非吸食“氯胺酮”，而是吸食“可卡因”，其所持有的“氯胺酮”非供其吸食，而是作販賣之用。因此，原審法院存在“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵。

檢察院還認為，持有的毒品超逾五日份量是構成販毒罪的法定準則，當行為人持有這些毒品非供本人吸食又或事實中行為人並非吸食被扣押的毒品種類，那麼，行為人毫無疑問觸犯了觸犯第 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”。原審法院改判第五嫌犯以直接正犯及既遂行為觸犯（經第 10/2016 號法律條修改的）第 17/2009 號法律第 14 條第 2、3 款所規定及處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪（當中已吸收同一法律第 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），並以同一法律第 11 條所規定及處罰的較輕的生產和販賣罪的刑罰作處罰，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定的適用法律錯誤的瑕疵。

*

1. 關於“審查證據方面明顯有錯誤”

終審法院於 2001 年 3 月 16 日在第 16/2000 號刑事上訴案的判決中指出：“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。”

簡言之，審查證據方面明顯有錯誤，是指法院認定事實時，明顯有違經驗法則和常理，或明顯違反法定證據價值法則，或明顯違反職業準則。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。

根據《刑事訴訟法典》第 114 條規定，法官根據自由心證原則，按一般經驗法則和常理來評價被審查的證據之證明力，並認定獲證明或不獲證明的事實，除非法律另有規定。

誠然，訴訟當事人出於不同的立場、經驗，對於涉案事實會作出各自不同的價值判斷。但是，法院符合客觀的判斷不應被質疑。

*

被上訴的重審裁判於“事實之分析判斷”中指出：

庭審聽證時，第五嫌犯 A 在審判聽證中作出聲明，講述案件發生的具體經過，簡述如下：

第五嫌犯只承認不法吸食毒品，否認不法販賣毒品。其承認向第三嫌犯購買毒品，但從沒有將之轉賣予第三人，其只是為朋友一起夾錢購買，並共同分享。

第五嫌犯稱吸毒了約二年，吸食“氯胺酮”一周約吸食四至五次。

其辯稱表示認識第三、第四、第六及第十二嫌犯，不認識其餘嫌犯，其在夜場認識第三嫌犯，過往向第三嫌犯購買毒品，在被捕的四或五天前也曾買過一次，該次購買了 3000 元的毒品。

至於案發當日，其以微信約好第三嫌犯以 6000 元購買“氯胺酮”以供其個人吸食，今次雖有四包，但應只是三包份量。其是透過微信或電話聯絡第三嫌犯，所以有與第三嫌犯的微信紀錄，過往都是按第三嫌犯要求先把毒資存入或轉帳到她指定的兩個銀行帳戶(當中一個後被查明為第六嫌犯的戶口)，再由第三嫌犯與自己交收毒品。另外，關於一張相片(有人將毒品放在消防喉底部)，第五嫌犯表示這是第三嫌犯放下毒品於該處並讓其隨後提走。

第五嫌犯知悉第四嫌犯為第三嫌犯的男友，其本人很少接觸第四嫌犯。第五嫌犯表示，第四嫌犯手機上出現了與其和第三嫌犯相關的一些微信信息和入數紙截圖紀錄，也同樣出現在第四嫌犯的手機上，不排除因第三及第四嫌犯為

情侶關係而互發消息。

面對為何於被捕當天，其有與第四嫌犯聯繫，也曾問過第四嫌犯：“DA 姐是否到來之原因…”，第五嫌犯解釋道，當天他們任一人過來交易也可以，但當天未有支付金錢，故也未有成功取得毒品。

此外，第五嫌犯稱認識 B (Alone)，本次是其與 B 一同夾錢購買毒品。第五嫌犯也知悉第十二嫌犯(不太熟稔)，也聽第十二嫌犯說他也找 B 購買毒品，三人之間，B 是其本人和第十二嫌犯之間的朋友。有一次，其也曾因一次 B 有事忙而由其向第十二嫌犯轉交毒品，此外，也曾試過其本人、B、第十二嫌犯三人夾錢購買毒品，再由 B 把毒品轉交第十二嫌犯。

關於入數紙的情況，是因為他們二人或三人夾錢購買毒品吸食的支付狀況。另外，一般是由 B 向第三嫌犯付錢購毒品，或其本人曾轉發自己份額之金額到第三嫌犯所指定的帳戶資料予“Whisky”，據其所知，這是 B 等人夾份買毒品所使用的戶口，其本人沒有參與販毒活動。

關於檢察院指控其在 2019 年 5 月 2 日、3 日及 4 日有向第三嫌犯購買毒品一事，第五嫌犯表示忘記，不肯定是否在上述日期購毒品或其他。關於金錢方面，其曾欠下第三嫌犯一些毒資未付，所以她發來一串數字(700+3600+4800)。同時，該嫌犯指出了其個人、經濟、家庭及學歷狀況。

審判聽證時，聽取了 G(第三嫌犯)之證言，其就對本案所知悉的情節作出陳述，簡述如下：

證人稱第五嫌犯主要找第四嫌犯聯繫以購買毒品，若他找不到第四嫌犯便會找她去購毒品。關於手機內的相片(入數紙)，有時由第五嫌犯傳來一些截圖，她便將之轉發予第四嫌犯，第四嫌犯也會轉發一些截圖予她，所以圖片是會重

覆的。證人(第三嫌犯)曾向第五嫌犯販售最多五小包毒品。關於金錢方面，一些微信信息顯示(700+3600+4800)(第 495 頁)，是第五嫌犯曾欠下證人(第三嫌犯)一些毒資未付。關於卷宗(第 495 頁)內一張攝有在消防喉管旁放置毒品的相片，是她放下毒品、拍照、發予第五嫌犯，讓他隨後自行提取。

於案發當天，第四嫌犯陪同其前往電訊公司辦事，第五嫌犯表示稍後才來。由於第四嫌犯去了打機，所以第五嫌犯找不到他，故稱來找證人。該次是第四嫌犯與第五嫌犯之間約出來交易，據知，第五嫌犯要求取貨。

據其所知，被捕前之半年間，她與第五嫌犯之間曾交易八次。另外，曾有一次，她目賭在第五嫌犯買完毒品以後便隨即口頭表述要交貨予朋友。又稱第五嫌犯向她購買毒品時，會表述這是給朋友買，而且第五嫌犯也常常找第四嫌犯分食毒品。

庭審聽證時，被判刑人 C(第十二嫌犯)之證言，其就對本案所知悉的情節作出陳述：

證人講述在 2019 年起吸食毒品，透過其在院舍戒毒認識 B(又名 ALONE)，後來知悉 B 有途徑取得毒品的，故於案發期間多次跟他夾錢一起購買“氯胺酮”供其個人吸食，通常每次合共購買三包，金額合共約澳門幣 4,000 元，自己先轉數付款，拿到的毒品其會再與 B 分回自己相應的份額；每周一會購買一至二次。//第十二嫌犯另稱，於被捕前不久，B 表示尚有一名朋友也吸食，且有門路可購買，即第五嫌犯。B 把對方介紹予第十二嫌犯，二人曾有一次在巴黎人洗手間內交貨時，其有與第五嫌犯一同吸食，另一次第五嫌犯駕駛車輛來給他送貨。//另外，在 2019 年 5 月 2 日、3 日其有存錢入上指戶口(是由 B 提供的帳戶)，目的是支付過往毒資，是其本人、B 及第五嫌犯夾份購買的，三人以 4000 元合

購 3 包，由其先墊支，稍後 B 或第五嫌犯取得毒品後就會將毒品之一份給其本人，而他們也會將金錢付上。//第十二嫌犯稱其一直與 B 聯絡，記得有一次 B 沒有空與其進行毒品交收，故由第五嫌犯把毒品送交其手上，也曾試過第五嫌犯駕駛車輛接載 B 過來跟自己交收毒品，第五嫌犯試過替 B 把第五嫌犯也佔一起食的毒品份量的相應款項交回自己，但未曾試過三人在同一場合下吸食。

審判聽證時，聽取了被判刑人 H(第四嫌犯)之證言，其就對本案所知悉的情節作出陳述：

第四嫌犯稱其只認識第三、第五及第六嫌犯，與第三嫌犯為情侶關係，第六嫌犯是其表哥。其稱在酒吧認識第五嫌犯，二人曾在內地一間酒吧內吸毒。證人表示自己沒有向第五嫌犯提供毒品，是第三嫌犯向第五嫌犯提供毒品的。

第 1070 頁是其本人微信；1071-1072 頁是其與第五嫌犯之間的微信對話；第 1073-1074 頁是轉帳記錄(但表示第 1074 頁之戶口屬第三嫌犯所管有，而第五嫌犯將記錄轉予其本人，是為了轉發第三嫌犯)。第 1075 頁是其與第五嫌犯之間的微信對話，談及“3”、“4”，其不肯定是指毒品數量抑或金錢單位。第 1076 頁所提及的金錢，其表示不屬其本人，因為常常與第三嫌犯在一起，第三嫌犯有他的手機密碼，在一起時他的手機也會讓第三嫌犯使用，所以他不肯定是否第三嫌犯使用他的手機傳發予第五嫌犯。第 1079 頁是第五嫌犯轉發過來，可能是與第三嫌犯有關係。是第三嫌犯相約第五嫌犯以準備向他提供毒品。

另稱於案發當天，是第三嫌犯先離開酒店房間，但其有與她約定 6 時許在“XXX”會合。其本人沒有叫第三嫌犯拿毒品跟第五嫌犯交收，不知單獨外出要做甚麼。

於 1080 頁，警方拘捕他們之前，DA 姐較早前已向他表示，她要找第五嫌

犯。由於第五嫌犯可能找不到她，所以才轉來找其本人，所以證人才會問第五嫌犯：“(要不要 DA 姐出來)？”他估計，可能第五嫌犯是打算約埋大家一齊出來玩、食嘢。證人表示，他是在被捕以後，才知悉第三、第五嫌犯之間出來是為了交收毒品。

於案發當天在第三嫌犯身上的毒品屬於她本人。第三嫌犯的毒品應是她自行從“阿叔”處拿取，是她從外面取了貨以後才放在涉案酒店房間內的一件浴袍內，只有她本人才知道毒品的貨源。其本人沒有毒品，其本人身上的錢也不是犯罪所得，其欲吸毒時也只是向第三嫌犯處索取。

庭審聽證時，被判刑人 I(第六嫌犯)之證言，其就對本案所知悉的情節作出陳述：

稱其是第四嫌犯的表哥，也認識第三嫌犯，因對方是表弟的女友。其曾於被警方拘捕前一個月應第三嫌犯的要求向她借出其中國銀行提款卡（第四嫌犯也在場），當時第三嫌犯解釋因其銀行提款卡被櫃員機沒收，故向其借用上述銀行戶口及提款卡使用數日，當時自己尚有其他銀行帳戶及提款卡，故答應她的要求；其在借出有關帳戶及提款卡時，完全不知悉第三嫌犯會以其銀行帳戶收取毒資，其於被拘捕前約一週多問第三嫌犯取回有關提款卡；在借出提款卡予第三嫌犯期間，其從沒有意會或猜到或後期知悉第三嫌犯會以其銀行帳戶收取毒資或接收不法行為的金錢；其曾應第三嫌犯要求替她從帳戶內提取朋友存入的數千元，以交回她，於 4 月尾至 5 月初其已取回該提款卡。//證人表示曾與第三嫌犯一同夾錢購買毒品作吸食，但不知道第三嫌犯的毒品購自何人。//證人是在警局內報到時重見第五嫌犯。在此之前在內地酒吧有見過第五嫌犯，但無親眼見過第五嫌犯有吸毒，也不知道第五嫌犯有否販毒或向第三及第四嫌犯

拿取毒品。

審判聽證時，聽取了四名司法警察局偵查員 J、K、L、M 之證言，其講述案件發生經過及所參與調查措施：

首名偵查員 J，稱主要指出警方收到情報，指出嫌犯 G 及嫌犯 H 到金沙城中心的酒店，於是對他們進行跟監。至同日約下午 3 時 30 分，發現嫌犯 G 獨自一人外出，隨即對 G 展開跟蹤監視，至稍後約 4 時，亦發現嫌犯 H 出現，並與嫌犯 G 會合，隨後二人便一同乘坐巴士前往新橋渡船街下車，至約下午 6 時 30 分，再有一名男子(嫌犯 I)於惠愛街附近的一間遊戲機中心與二人會合，及後三人便一同在區內閒逛。直至晚上 9 時，三人到達一間位於關閘馬路之電訊公司(舖名:XXX)外的一張長椅坐下聊天；之後，嫌犯 G 獨自離開，故分開對目標人士進行跟監，並跟隨嫌犯 G 到達靠近江南大廈一側之行人路處，與此同時，偵查員亦發現一輛白色私家車駕車到上址停下，隨後在車上一名身穿白色恤衫之男子(嫌犯 A)下車，並與嫌犯 G 交談及有進行交易之動作，稍後二人便分頭離開上址。警方於是上前截停嫌犯 A，結果，在 A 所持有的一個手提袋當中搜獲 4 個小型透明膠袋，內裡懷疑裝有為毒品“氯胺酮”之晶體。嫌犯 A 在現場承認以上毒品是其剛從嫌犯 G 購買所得。另外，偵查員表示有分析嫌犯 H 及嫌犯 A 之間的微信信息內容。

第二名偵查員 K 稱，尤其指出其負責對第五嫌犯的電話資料進行分析及製作報告，第三嫌犯與第五嫌犯之間有對話，第五嫌犯向第三嫌犯購買毒品；第五嫌犯也有與 ALONE(B)的信息對話。據其分析，第五嫌犯似是中間人，有多次協助 ALONE 取得毒品、且交收予 ALONE，也曾一次第五嫌犯直接交予第十二嫌犯。除了 B 及第十二嫌犯，未見第五嫌犯再有向他們以外的其他人轉交毒品。

為交付毒資，第十二嫌犯有轉帳一些金錢予第六嫌犯(有截圖予第五嫌犯)。//此外，第六嫌犯曾提供中銀的提款卡予第三嫌犯使用，期間，二人有電話對話紀錄，第三嫌犯要求第六嫌犯入回款項給自己，二人之間的對話有提及“貨”的數量，而第六嫌犯在提款後用同一部櫃員機存款予第三嫌犯。

第三名偵查員 L 稱，尤其指出在 XXX 截獲第三嫌犯後進行搜查，當時她反抗，想丟掉手上的一些東西；警員立即喝令其拾回上述物件及查問上述紙巾包裹著何物，在現場對該物進行檢查，發現白色紙巾內包裹著兩個小型透明膠袋，內藏有懷疑為毒品“氯胺酮”之白色晶體。另稱有查閱第十二嫌犯的手機內容，當中載有 B 與第十二嫌犯之間的微信聯繫，但沒有信息內容。

第四名偵查員 M 稱於實況時，另一隊人員是向坐在 XXX 門外長椅之嫌犯 H、嫌犯 I 及嫌犯 G 上前截查。過程中，警員目睹嫌犯 G 之左手在其所穿著之深藍色牛仔長褲之前方褲袋有摸索之動作，及迅速用左手向長椅邊投放低一張包裹著之白色紙巾，警員立即喝令其拾回上述物件及查問上述紙巾包裹著何物，在現場對該物進行檢查，發現白色紙巾內包裹著兩個小型透明膠袋，內藏有懷疑為毒品“氯胺酮”之白色晶體。//再於後來，警方其後在嫌犯 G 及嫌犯 H 所入住的酒店房間內的一件浴袍內找出了毒品。

庭審聽證時，聽取了辯方證人 N(第五嫌犯之母親)就嫌犯的生活狀況及人格特徵作出了聲明。表示不知悉第五嫌犯過往吸毒，但又稱現時兒子已戒毒，請求改過機會。

庭審聽證時，聽取了辯方證人 O(第五嫌犯之同事)就嫌犯的生活狀況及人格特徵作出了聲明。證人講述了第五嫌犯作為同事的情況，表示對方工作勤力，待人接物態度不錯。

書證：

載於卷第 485 頁（第五嫌犯）的扣押手提電話連智能卡。

載於卷宗第 485 頁（第五嫌犯）的扣押現金。

載於卷宗第 721 至 728 頁的鑑定報告（關於第五嫌犯）。

載於卷宗第 505 頁的醫生檢查筆錄（關於第五嫌犯的尿檢對毒品呈陽性反應）。

載於卷宗的觀看錄像筆錄、報告及所截取的圖片。

載於卷宗內從「全澳城市電子監察系統」所拍攝到的所有影像資料。

載於卷宗第 488 至 503 頁及第 1044 至 1082 頁的查閱電話通訊筆錄及附圖和分析報告（關於第五嫌犯）。

載於卷宗第 1310 至 1311 頁背頁的查閱電話通訊筆錄及附圖（關於第十二嫌犯）。

載於附卷的所有電話監聽資料，以及卷宗內的所有電話監聽分析報告。

載於卷宗內的所有流動電話資料法理鑑證檢驗及分析報告。載於卷宗的社會報告。

＊

為此，庭審認定事實，由本庭依照經驗法則，對第五嫌犯之庭審聲明，多名被判刑人及警員之證言、二名辯方證人的聲明，結合在審判聽證中所審查的扣押物、觀看錄影光碟報告及所截取的圖片、有關錄影片段、照片、截圖、通話紀錄資料、書證等證據方式，進行邏輯分析、配合經驗法則並加以認定，獲證事實證據充分，足以認定。

本案中，經考慮檢察院之陳述意見（第五嫌犯販賣毒品並賺取金

錢利益)，亦考慮了辯方律師之陳述意見(第五嫌犯沒有販賣毒品，而是與朋友夾錢購買及共同分享吸食)，本合議庭認為，根據卷宗內的證據資料，結合第五嫌犯本人之聲明，以及被判刑人(原審中之第三、第四嫌犯、第六嫌犯及第十二嫌犯)和多名警員的證言，針對第五嫌犯之重審部份，主要是分析第五嫌犯的毒品來源於何處、又作何用途，這亦是終審法院要求發還重審的標的範圍內容之一。

首先、根據第五嫌犯之陳述，其表示是吸食者，亦有曾與 B、或與第十二嫌犯共同吸食毒品，其亦承認曾向第三嫌犯購買多次毒品(每次 4000 元約 3 包)，目的是供自己和朋友吸食，且他們之間是夾錢購買，但第五嫌犯否認購買毒品是用於販賣他人，並以此獲得利益。

第二、根據書證中關於第十二嫌犯透過銀行轉帳方式存入第三嫌犯及第六嫌犯的銀行帳戶的資料，明確顯示了第十二嫌犯支付毒資之方式是以網上轉帳進行，且第五嫌犯與“B”的微信對話顯示了，是前者要求後者支付購買毒品的款項到第六嫌犯的帳戶，隨後便出現了“B”向第五嫌犯轉發他的朋友(包括第十二嫌犯)已完成支付毒品的網上轉帳截圖，這等足以佐證上述毒資支付情況。此外，結合第十二嫌犯之過數日期(自 2019 年 4 月中下旬開始直至 5 月初)將有關購買毒品的款項存入第六嫌犯的銀行帳戶的次數來看，的確，包含了相當次數，而這些次數，根據經驗來看，是多於正常情況下第十二嫌犯取得毒品供個人吸食用途之次數。換句話說，從第十二嫌犯支付毒資而獲取的毒品次數和數量，是可能用於多於一人或多於二

人的服食量。

第三、第十二嫌犯多次在庭上強調，由最初第十二嫌犯只與 B 夾份購買，再於後來第十二嫌犯聯同 B 及第五嫌犯一同夾份購買的情況，據第十二嫌犯之證言中表述，這是因為他本人有途徑，而對方有途徑。再者，該些毒品價格昂貴，不是每次都有太多金錢可買，所以夾錢購買是符合三人的需要，這可佐證是夾份購買之說法。再者，第五嫌犯承認吸毒。可見，第五嫌犯之說法具一定可信性，可從第十二嫌犯之證言找到支持。

第四、經仔細分析有關對話內容，包括轉帳及存款紀錄的截圖，第五嫌犯向第三嫌犯或第四嫌犯要求取得毒品，信息表述中顯示第五嫌犯有發回“他人”已轉帳或存款的截圖紀錄，甚至被警方截獲那日的相約時間，也有“B”向第五嫌犯發送已轉帳予第六嫌犯銀行帳戶的截圖，第五嫌犯隨即將之發送予第四嫌犯，第四嫌犯之後叫第五嫌犯到關閘電話街進行疑似毒品交收。這情況是對應司警局人員在現場所發現的情況。

因此，按照常理及經驗法則，本合議庭認為本案有充份證據足以認定第五嫌犯作出吸毒，以及與他人夾錢購買毒品以供彼等吸食之事實。然而，無論是中級法院之見解，僅因以往多次替向他人出售或提供的毒品份量未能具體確定，不能視為裁定其刑責之事實依據。

至於本次，從已獲得的證據足以認定，第五嫌犯於被捕當天所持有的毒品也超出“少量”或每日參與用量的五倍，但該等毒品用途是用於其、B 及第十二嫌犯所夾錢購買及彼等吸食(摘自第 19 點)。

而該事實屬於辯方提出的、且經雙方在庭上辯論，繼而獲得證明。這亦是終審法院要求發還重審的標的範圍內容之一(第五嫌犯的毒品來源於何處、又作何用途，見判決書第 32 頁)。綜上所述，卷宗證據足以認定第五嫌犯作出吸毒，以及與他人夾錢購買毒品及供彼等吸食之事實。

*

細讀被上訴裁判，我們認為原審法院在審查證據方面並無檢察院所指的瑕疵。

首先，第五嫌犯的尿檢報告顯示僅對“可卡因”呈陽性反應，僅證明其於人體對“可卡因”的代謝期內吸食過含有“可卡因”的物質。第五嫌犯的尿檢結果並不能必然說明其不吸食其他種類的毒品，因為人體對每種毒品的代謝期不同，因應毒品種類、吸食份量、吸食時間、個人身體狀況差異等因素不同而化驗結果有所不同。

其次，重審所討論的是涉案“氯胺酮”的用途，第五嫌犯並沒有交代其被拘留之前曾經吸食了“可卡因”，並不必然說明第五嫌犯不吸食“氯胺酮”的事實。

再者，卷宗證據令人懷疑第五嫌犯曾經參與第三、第四嫌犯的販賣毒品活動，然而，卷宗的證據無法確定上訴人之前購買毒品的具體時間、具體份量和具體的事實經過；根據其他嫌犯，特別是第三、第四嫌犯的聲明，並不能說明上訴人為其團伙中的一員；有關轉帳毒資情況不足以毫無疑問地顯示其是共同販賣活動中負責收款之人；警方證人表示：除了 B 和第十二嫌犯，未見第五嫌犯再有向他

們以外的人士其他人士轉交毒品，卷宗證據並不能毫無疑問地顯示其是共同販賣互動中負責送貨之人。從第五嫌犯之前的行為來看，也不能認定其於案發當日取得的全部毒品是幫助第十二嫌犯購買的。

細讀被上訴裁判，原審法院綜合在審判聽證中各嫌犯所作之聲明、證人之聲明、所審查的扣押物、書證以及其他證據，依照常理及一般經驗法則進行綜合邏輯分析之後而形成心證，對第五嫌犯的犯罪事實作出認定，其間，不存在違反一般經驗法則、常理和邏輯的情況。

綜上，在被上訴裁判中，未見已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，亦未發現從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受之結論，同時，也不存在任何違反一般經驗法則、限定證據價值的規則以及職業準則之情形。原審法院不存在審查證據方面的錯誤，且適用法律正確，不存在上訴人指稱的《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項規定之瑕疵。

*

2. 關於“法律適用錯誤”

檢察院認為，持有的毒品超逾五日份量是構成販毒罪的法定準則，當行為人持有這些毒品非供本人吸食又或事實中行為人並非吸食被扣押的毒品種類，那麼，行為人毫無疑問觸犯了第 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”。原審法院的改判存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定的適用法律錯誤的瑕疵。

*

被上訴裁判在法律適用的定罪部分寫道：

第一，關於不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，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 8 條第 1 款規定如下：

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。

第二，關於不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，經第 10/2016 號法律修改之第 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。

第三，關於較輕的生產和販毒罪，第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款規定：

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。

＊

根據終審法院第 87/2019 號合議庭裁決中提到，第 10/2016 號法律的修改，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」。亦即是說，新法所擔心的正是要適用第14條第2、3款的規定的前提條件。此前提條件是僅僅證實嫌犯的單純持有毒品的行為，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。

經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。……”

*

另外，根據終審法院第 112/2018 號案合議庭裁決中提到，一、根據經由第 10/2016 號法律所引入之第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款、第 2 款和第 3 款的規定，當行為人（為個人吸食而）種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有的植物、物質或製劑載於該法律所附的每日參考用量表，且數量超過附表中數量的五倍時，行為人吸食麻醉藥品或單純為個人吸食而持有麻醉藥品的行為受第 7 條、第 8 條或第 11 條所規定之刑罰的處罰。

二、行為人為個人吸食而持有的數量超過法律附表中參考用量的五倍的情節並不妨礙適用第 11 條第 1 款的規定，只要滿足該項所規定的條件即可。

第 17/2009 號法律第 7 條處罰不法生產麻醉藥品和精神藥物的行為。

同一法律第 8 條處罰不法販賣麻醉藥品和精神藥物的行為。

同一法律第 11 條處罰較輕的不法生產和販賣麻醉藥品和精神藥物的行為，而在使用這條較輕罪狀進行定罪時要考慮的其中一項指標就是所生產或為販賣而持有的不法物品的數量，它不應超過該法附表中所列之每日參考用量的五倍。

同一法律第 14 條處罰不法吸食麻醉藥品和精神藥物的行為。

但在第 14 條的第 2 款和第 3 款中，第 17/2009 號法律，在經由第 10/2016 號法律所引入的行文中，創新性地要求當行為人（為個人吸食而）種植、生產、

製造、提煉、調製、取得或持有的植物、物質或製劑載於該法律所附的每日參考用量表，且數量超過附中數量的五倍時，按情況適用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定。

*

終審法院第 74/2018 號合議庭裁決中提及：“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。”

*

第一，根據庭審獲證事實，2019 年 4 月 24 日、27 日、29 日、5 月 4 日、7 日及 9 日，第十二嫌犯與第六嫌犯之間一直透過網上銀行進行轉帳。第十二嫌犯使用其個人銀行帳戶(編號:XXXXXXXXXXXXXXXXXX)將毒資轉帳至“B”所提供的第六嫌犯 I 銀行帳戶(編號:XXXXXXXXXXXXXXXXXX)內，該銀行帳戶是 B 根據第五嫌犯指示提供予第十二嫌犯。此外，第五嫌犯曾應“B”的要求，將有關份額的毒品交予第十二嫌犯，或第五嫌犯將有關份額的毒品交予“B”，再轉交第十二嫌犯。第十二嫌犯多次向“B”購買“氯胺酮”供其本人、B，或後來之第五嫌犯彼等個人吸食。

第二，根據庭審獲證事實，於 2019 年 5 月 9 日晚上約 9 時 20 分，第三嫌犯獨自外出步行至騎士馬路靠近江南大廈一側的行人路處與剛駕車駛至該處的第五嫌犯會合。其時，第三、五嫌犯隨即進行毒品交收，第三嫌犯把毒品交予第五嫌犯，第三嫌犯立刻離去。第五嫌犯亦啟動車輛離去。司警人員上前將第五嫌犯截停。本次毒品是由第五嫌犯、B 及第十二嫌犯夾錢購買及供彼等吸食。

第三，根據庭審獲證事實，第五嫌犯知悉上述毒品的性質，仍取得和持有該等物質，目的為供彼等吸食。

*

中級法院第970/2021號、第862/2021號合議庭裁決中提及：“正如中級法院第862/2021號上訴案合議庭裁判之見解，是否構成「較輕的生產和販賣罪」，須考慮的基本要素之一是行為人作出有關行為時所掌控的違禁物質的種類和份量，根據懲罰有關犯罪旨在保護

的法益，“販賣”行為應該是在一具體的時段作出的，而不是某一不確定的、開放的時段；在沒有發現任何具體毒品的情況下，不能以「較輕的生產和販賣罪」論處，即使上訴人毫無保留地自認”。

基於此，很明顯，本案中，針對第一部份已獲證明之事實，並仔細分析該“事實”，可以說該“事實”所載的時間、地點、實施方式、毒品的種類和份量等情節因素，都是不完整甚至是概括的，是跨越多個日期的籠統經過，不能清楚呈現出一件事實的客觀過程，所給出的只是第十二嫌犯自該時段起向第六嫌犯轉帳，而第五嫌犯有曾將一些份額毒品交給B或交予第十二嫌犯的結論。結論和判斷，因不能展現客觀一項事實的必要的過程，不應成為判罪的依據。

第二部份，確實認定了於2019年5月9日第五嫌犯被拘捕時所取得的毒品，是三人夾錢並提供予其本人、第十二嫌犯、B 彼等吸食，亦即是說，能予分清不是完全販賣，至少 1/3 是第五嫌犯的個人吸食，而 2/3 比例是供朋友吸食。

既然如此，就應該適用（經第10/2016號法律條改的）第17/2009號法律第14條第2、3款所規定及處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪。

考慮到該法律及相關附表之規定，該毒品“氯胺酮”的五日用量參考值為0.6克/天*5=3克。因此，在第五嫌犯手上的3.06克淨量“氯胺酮”，僅超過五日用量參考值之0.06克。

經綜合分析本案所有情節，尤其考慮犯罪的手段，行為時的方式或情節，植物、物質或製劑的質量或數量等情節，第五嫌犯年紀尚

輕，案發時僅為 23 歲，過往沒有刑事紀錄，從犯罪的手段、行為的方式或情節上可供本案所作量刑考慮的，就只有 5 月 9 日那天他被拘捕時的毒品量(3.06 克淨量“氯胺酮”)，在第五嫌犯手上所搜獲的“氯胺酮”毒品，僅超過五日用量參考值之 0.06 克。

再者，根據已審理查明之事實，第五嫌犯是與朋友夾錢購買並作彼等吸食之用(可查明的總是其本人、第十二嫌犯及 B 三人合份購買及分享，沒有其他第三人，也沒有涉及報酬或營利)，可見，第五嫌犯的相關事實顯示，尤其所提檢獲毒品的份量僅超過五日用量參考值之 0.06 克，該事實的不法性具有相當之輕的判斷。

值得強調的是，根據上文引述的第 14 條第 2、3 款的規定，在確定毒品數量是否超過相關參考表內所指數量的五倍時，應將全部毒品數量計算在內，包括供個人吸食之用的數量以及作其他非法用途的數量。

依據新毒品法的修改規定，第 8 條所處罰的除了販賣毒品，還包括持有超過法定每日參考用量五倍的毒品之情況，亦即是說，即使屬於第 14 條之吸食範圍，但凡毒品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。

為此，在尊重其他不同意見下，本合議庭認為，第五嫌犯被指控的第 8 條之不法販賣毒品罪，應作出改變法律之變更，而該法律定性討論也在庭審中經雙方討論過。

經參考尊敬的上級法院之司法見解及本案事實，檢察院指控第五嫌犯以直接正犯(共犯)及既遂方式觸犯(經第 10/2016 號法律條改

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，以及同一法律第 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，應予改變法律定性，改為指控第五嫌犯的行為以直接正犯及既遂行為觸犯(經第 10/2016 號法律條修改的)第 17/2009 號法律第 14 條第 2、3 款所規定及處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，(當中已吸收同一法律第 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)，以及，於量刑時，應以同一法律第 11 條所規定及處罰的較輕的生產和販賣罪之刑罰作處罰。

*

我們認為，原審法院重審之後，重新對第五嫌犯被控告的原有及新增加的事實作出認定。被上訴裁判引經據典，對事實作出精確和縝密的分析，並作出定罪，並不存在適用法律錯誤的情況。

被上訴裁判根據重審所認定的事實，針對第一部份已獲證明之事實，認為：經仔細分析該“事實”，可以說該“事實”所載的時間、地點、實施方式、毒品的種類和份量等情節因素，都是不完整甚至是概括的，是跨越多個日期的籠統經過，不能清楚呈現出一件事實的客觀過程，所給出的只是第十二嫌犯自該時段起向第六嫌犯轉帳，而第五嫌犯有曾將一些份額毒品交給B或交予第十二嫌犯的結論。結論和判斷，因不能展現客觀一項事實的必要的基本過程，不應成為判罪的依據。原審法院這一判斷並無錯誤。

而就第二部份，原審法院認為，獲證事實確實認定了於 2019 年

5 月 9 日第五嫌犯被拘捕時所取得的毒品，是三人夾錢並提供予其本人、第十二嫌犯、B 彼等吸食，亦即是說，能予分清不是完全販賣，至少 1/3 是第五嫌犯的個人吸食，而 2/3 比例是供朋友吸食。這個大致的劃分並無可指責之處。

原審法院在判決中還進一步闡述，根據已審理查明之事實，第五嫌犯是與朋友夾錢購買並作彼等吸食之用（可查明的總是其本人、第十二嫌犯及 B 三人合份購買及分享，沒有其他第三人，也沒有涉及報酬或營利），可見，第五嫌犯的相關事實顯示，尤其所提檢獲毒品的份量僅超過五日用量參考值之 0.06 克，該事實的不法性具有相當之輕的判斷。

可見，原審法院基於上訴人於 2019 年 5 月 9 日所取得之毒品用作其個人與證人 B 及第十二嫌犯共同吸食，根據第 17/2009 號法律第 14 條第 2、3 款的規定，將全部毒品數量計算在內，但認為上訴人取得毒品與其他兩人共同吸食而屬事實不法性相當輕，故以第 17/2009 號法律第 11 條規定的刑幅量刑，我們認為原審法院並不存在適用法律錯誤的瑕疵。

*

（二）第五嫌犯 A 之上訴

緩刑

上訴人認為原審法院沒有給予其所判徒刑暫緩執行違反了《刑法典》第 64 條及及 48 條規定。

《刑法典》第 40 條、第 64 條和第 65 條規定了刑罰的目的、刑

罰的選擇及確定具體刑罰份量之準則。

根據《刑法典》第 40 條第 1 款規定，刑罰之目的旨在保護法益及使行為人重新納入社會，即：從一般預防和特別預防兩個方面作考量。前者，主要從一般預防的積極方面考慮，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，同時遏止其他人犯罪；後者，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。

《刑法典》第 40 條第 2 款規定了刑罰之限度，確定了罪刑相當原則。根據該原則，刑罰的程度應該與罪過相對應，法官在適用刑罰時不得超出事實當中的罪過程度。

《刑法典》第 64 條規定，如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選非剝奪自由之刑罰。

《刑法典》第 65 條規定了確定具體刑罰份量的準則，在確定刑罰的份量時，須按照行為人之罪過及預防犯罪的要求為之，同時，亦須考慮犯罪行為的不法程度、實行之方式、後果之嚴重性、行為人對被要求須負義務之違反程度、故意之嚴重程度、所表露之情感、行為人之動機、行為人之個人狀況及經濟狀況、事發前後之行為及其他已確定之情節。

按照《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院應在法定的最低刑及最高刑刑幅之間，根據行為人罪過及預防犯罪的要求，同時一併考慮所有對行為人有利或不利而不屬犯罪罪狀的情節，作出選擇具體刑罰之決定。

*

根據《刑法典》第 48 條之規定，經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節後，認定僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的，法院得將所科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

緩刑的前提要件包括形式要件（針對不超逾三年的徒刑）及實質要件（存在正面的社會期盼）。所謂“正面的社會期盼”，或稱為“社會的良好預測”，是指透過分析行為人的人格、生活條件、實施犯罪前後的行為表現、犯罪情節，判斷暫緩執行徒刑是否足以讓行為人遠離犯罪，及藉此維護社會所希望保障的法益。對行為人將來行為的預測，需要考慮可預測的風險，且有具體的資料予以支持，令人有理由相信會出現正面的、而非負面的情況。只有當法院考慮到行為人的責任、其生活狀況以及案件顯示的其他情節，認為緩刑能適當令行為人遠離犯罪、且法益得以獲得維護時，方可適用緩刑。

簡言之，在符合緩刑的形式要件的前提下，仍須仔細考量相關的實質要件是否得到確認，包括特別預防及一般預防兩個層面。

*

本案，上訴人所持毒品不屬於第 17/2009 號法律附表 IV 的禁止

物質，因此，須根據該法律第 11 條第 1 款第（一）項進行處罰，刑幅為 1 年至 5 年徒刑。因此，《刑法典》第 64 條不適用本案。

原審法院在決定中就是否給予上訴人緩刑，有如下闡述：

根據《刑法典》第 48 條之規定，考慮第五嫌犯之人格、生活狀況、犯罪前後之行為，本合議庭認為，雖然第五嫌犯為初犯，尤其考慮第五嫌犯於本案的犯罪情節，具一定嚴重性，再者，毒品犯罪屬本澳常見的犯罪類型，情節嚴重，以及有關罪行對社會安寧及法律秩序造成十分嚴重的負面影響，吸毒、販毒或與毒品有關連之犯罪行為在本澳正呈年輕化趨勢，由此產生的社會問題亦十分嚴重，有必要大力打擊。若然，在面對此類犯罪給予緩刑，可能損害公眾對被觸犯的法律條文的效力所持有的期望。經考慮多方面的因素，僅對事實作譴責並以徒刑作威嚇不適當及不能實現處罰之目的，因此，合議庭不批准有關徒刑緩刑執行，第五嫌犯需服二年九個月之實際徒刑。

我們認為原審法院作出了正確及精闢的分析和決定。

在特別預防方面，上訴人為初犯，但是，其所持超過 5 日參考用量的毒品並非純粹用於個人吸食，而是與證人 B 和第十二嫌犯三人合資購買吸食，將購買的大部分毒品用作提供給他人，犯罪情節嚴重；上訴人在與第三嫌犯交易時被當場截獲，其配合警員調查並不能彰顯其具真心悔改之意。結合上訴人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，可見其守法意識十分薄弱，難以令法院作出有利的給予其暫緩執行刑罰的預測結論，因此，本案對上訴人處以緩刑並不能適當及充分實現刑罰的目的，尤其不能滿足特別預防

的需要。

在一般預防方面，關於毒品犯罪的危害，被上訴裁判已經作出精闢陳述，無需進一步闡述。上訴人本案的犯罪行為對社會安寧造成負面影響大，亦損害了人們對法律制度的期盼，其刑罰必須足夠反映事實的嚴重性，方能顯示法律對其行為的回應及修補由該不法行為所造成的損害，從而重建人們的信心並警惕可能的行為人打消犯罪的念頭。因此，為著一般預防犯罪的需要，上訴人仍然不符合給予暫緩執行徒刑的實質要件。

據此，原審法院並無違反《刑法典》第 48 條及第 64 條的規定，上訴人提出的上訴理由不成立，維持原判。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定：

1. 檢察院的上訴理由不成立。
2. 上訴人/第五嫌犯 A 的上訴理由不成立。

*

檢察院無訴訟費用負擔。

上訴人/第五嫌犯 A 須負擔其上訴之訴訟費用，其中，司法費定為 4 個計算單位。

著令通知。

—*—

澳門，2022 年 12 月 15 日

周艷平(裁判書製作人)

蔡武彬(第一助審法官)

陳廣勝(第二助審法官)