

上訴案第 840/2019 號

日期：2020 年 3 月 5 日

- 主題：
- 販毒罪
 - 吸毒罪
 - 第 10/2019 號法律第 14 條
 - 持有超量毒品的處罰
 - 法定罪名原則
 - 較輕販毒罪的處罰前提
 - 量刑

摘 要

1. 法律決定以販毒罪懲罰持有超過 5 日服食量的毒品的行為，也僅僅是在繼續懲罰服毒罪的前提下，加重了過量持有毒品的行為的懲罰力度，力求達到更有效遏止毒品犯罪的效果。
2. 法律並沒有對持有超過 5 日服用量毒品的行為作出其為販賣目的的推定，因為，一方面，第 8 條所懲罰的販毒罪也是一個廣義的概念，其所懲罰的行為包括持有在內的所有行為，也不需要其具有販賣的行為，另一方面，第 8 條所規定的也證實不屬於第 14 條第一款的情況的所有行為，而第 14 條第 2 款也僅僅是限定第 14 條第 1 款的懲罰範圍，即使所持有的不屬於第 14 條的數量範圍的毒品用於個人服食目的亦然。
3. 第 14 條的規定“只是在所持有的相關物品的數量較高時嚴厲地處罰吸毒行為。這是立法者的選擇，並不被《基本法》所禁止，也輪不到法院去討論。
4. 第 14 條第 2 款所規定的，如行為人吸食或純粹為供個人吸食而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有的毒品超過每日參考用量的五倍，“則視乎情況，適用第七條、第八條或第十一條的規定”，並非是以第七條、第八條或第十一條所規定的罪名處罰行為人，而是根據具體情況採用該等條款所規定的刑罰對行為人作出處罰。

5. 在本案的已證事實顯示，上訴人持有的毒品僅用於其個人吸食，故此實施了不法吸食麻醉藥品罪，但應受第 8 條第 1 款所規定的處罰。
6. 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，來衡量生產或販賣行為的不法性是否相當輕微，即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微所作的判斷，法院應特別考慮毒品的數量。
7. 法律給予法院在刑法規定的刑幅間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量刑空間。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 840/2019 號

上訴人：A(A)

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三名嫌犯：

- 嫌犯 B 及 C 為共同正犯，其既遂行為觸犯了一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰之『不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪』，同時適用第 17/2009 號法律第 21 條第 1 款第 1 項第 7 目所規定的被驅逐出境或禁止進入澳門特別行政區的附加刑規定。
- 嫌犯 A 為直接正犯，其既遂行為觸犯了：
 - 一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰之『不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪』及
 - 一項第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款規定及處罰之『不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪』。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR3-18-0264-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

1. 第一嫌犯 A 被控告為直接正犯，其既遂行為觸犯了：

- 第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰之一項『不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪』；及
- 第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款規定及處罰之一項『不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪』，

改判：

第一嫌犯 A 為直接正犯，以既遂行為觸犯一項經第 10/2016 號法律修改第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款和第 3 款配合第 8 條第 1 款所規定及處罰之『不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪』，判處五年六個月實際徒刑。

2. 第二嫌犯 B 為共同正犯，其既遂行為觸犯了經第 10/2016 號法律修改第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰之一項『不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪』，判處七年實際徒刑，並判處禁止進入澳門為期七年之附加刑。

3. 第三嫌犯 C 被控告為共同正犯，其既遂行為觸犯了經第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰之一項『不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪』，罪名不成立。

第一嫌犯 A 不服，向本院提起上訴，並提出有關的上訴理由。¹

¹其葡文結論內容如下：

1. Veio Recorrente acusado da prática de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de um crime de consumo ilícito de estupefacientes, p. e p., respectivamente, pelos artigos 8.º e 14.º da Lei n.º 17/2009.
2. O Recorrente confessou que adquirira os referidos estupefacientes para consumo próprio, mas negou peremptoriamente que alguma vez se tivesse dedicado ao tráfico de estupefacientes.
3. Da prova produzida nos autos resultou que o 1.º Arguido não traficou quaisquer

estupefacientes, e que a droga que fora apreendida na sua pessoa -2 gramas metanfetamina - destinavam-se exclusivamente para consumo próprio.

4. Resultando provado na Sentença somente que o 1.º Arguido “consumiu dolosamente, de forma livre, voluntária e consciente, a droga controlada por lei” e não provado que ele se tivesse dedicado ao tráfico de droga
5. Dos autos resultou ainda provado que o Recorrente é toxicodependente, através de prova pericial produzida nos e que devido a isso se encontra actualmente (e desde 24 de Outubro de 2018) a fazer tratamento, no Centro da Associação de Reabilitação de Toxicodependentes de Macau.
6. Ainda assim, e apoiando-se na nova incriminação da detenção de estupefacientes para consumo próprio, constante do art.º 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009, o Tribunal a quo condenou o arguido na pena de 5 anos e 6 meses de prisão pela prática de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes, p. e p. pelo art.º 14.º, n.º 2, em conjugação com o art.º, 8.º, n.º 1. da Lei n.º 17/2009.
7. Aponta-se à douda decisão recorrida vários vícios, maioritariamente relativos à violação de lei.
8. Vícios como a errada qualificação jurídica do crime efectuada, que devia ser de consumo de droga e não de tráfico de droga, colocando-se também em causa a questão da ilegalidade da norma incriminadora à luz da Lei Básica e dos princípios gerais do Direito Penal da RAEM.
9. Subsidiariamente, também se entende o Recorrente nunca poderia ter sido punido ao abrigo do art.º do art.º 8.º da Lei n.º 17/2009, mas sim ao abrigo 14.º, n.º 1, ou, quanto muito, ao abrigo do art.º 11.º dessa mesma Lei.
10. A Lei n.º 10/2016, provocou alterações de grande relevo à Lei n.º 17/2009 nomeadamente ao seu artigo 14.º, que pune o consumo ilícito de estupefacientes, fruto da dificuldade, em certos casos, de se fazer a prova do tráfico, independentemente da quantidade encontrada na posse do agente, acabando este por ser punido como consumidor.
11. Fruto destas alterações, não só se agravou a pena aplicável ao consumidor para pena de prisão entre 3 meses a 1 ano, como o agente que tiver na sua posse estupefacientes em quantidade superior a cinco vezes o uso diário de referência constante do mapa constante da tabela anexa à lei, passa a ser punido, “consoante os casos” pelas “disposições dos artigos 7.º, 8.º ou 11.º”.
12. Ou seja, o consumidor de estupefacientes passa a ser punido, nesses casos, pelo mero efeito de deter uma certa quantidade de droga, com a mesma pena aplicável aos traficantes de estupefacientes.
13. Sendo a lei é porca em explicar em que casos é que se aplicarão (aos consumidores de droga que detenham essas quantidades) o artigo 8.º (tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas) ou o artigo 11.º (produção e tráfico de menor gravidade), uma vez que este não foi alterado.
14. Sendo que se fazendo uma interpretação leviana da lei, para todos os efeitos, o consumidor de droga será, a mais das vezes, e quando for encontrada na sua posse estupefacientes em quantidade superior a cinco vezes a quantidade de uso diário, punido com uma pena de prisão variável entre 5 a 15 anos de prisão, como aliás sucedeu com o ora Recorrente.
15. Esta nova incriminação do consumo de drogas, bem como a própria formulação dos artigos alterados, é violadora tanto da ordem constitucional da RAEM como dos princípios enformadores do direito penal que nos regem, no sentido de a pena dever ser proporcional à gravidade da conduta punida.
16. A Lei Básica, enquanto lei fundamental da Região Administrativa Especial de Macau, estabelece os direitos e deveres fundamentais dos residentes do Território, fixando princípios que não podem ser violados por qualquer lei ordinária, conforme o disposto no

seu artigo 11.º.

17. No artigo 29.º da Lei Básica, estabelecem-se dois desses princípios, por um lado o princípio da legalidade da punição penal e por outro o princípio da presunção da inocência, afigurando-se que a nova formulação do artigo 14.º da Lei n.º 17/2009 viola ambos estes princípios.
18. Relativamente à legalidade da punição criminal, este princípio deve ser desdobrado em vários, sendo um deles o princípio da tipicidade, que obriga a que *“a descrição da matéria proíbe e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto a punição seja levada até um ponto em que se tomem objectivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, consequentemente, se tome objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos”*.
19. A nova incriminação feita no n.º 2 do art.º 14.º da Lei n.º 17/2009, limita-se a estabelecer que a detenção de drogas em quantidade superior a cinco vezes a quantidade diária estabelecida será punida *“consoante os casos, as disposições dos artigos 7.º, 8.º ou 11.º”*.
20. A expressão *“consoante os casos”* é claramente violadora do princípio da tipicidade/determinabilidade das normas penais incriminadoras, e, consequentemente, violadora do princípio da legalidade das penas fixado na Lei Básica da RAEM.
21. Sendo que a diferença de molduras entre as penas aplicáveis é colossal, e sendo ademais certo que se fixou jurisprudência firme na RAEM no sentido de que a detenção de drogas (fora dos casos do artigo 14.º) em quantidade superior a cinco vezes a referência de uso diário deve ser punida ao abrigo do artigo 8.º da Lei n.º 17/2009.
22. Também o princípio da presunção da inocência surge ferido por esta mesma incriminação, uma vez que o artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009, mais não faz do que estabelecer a presunção de que alguém que detenha drogas (acima da quantidade lá referida) é traficante de estupefacientes, aniquilando a hipótese (ou, pelo menos, a utilidade) de se demonstrar o contrário.
23. Corrói-se completamente o princípio da presunção da inocência, deixando de se exigir aos órgãos judiciais competentes que façam a prova da finalidade da detenção dos estupefacientes, facilmente se depreendendo que uma das pretensões atribuídas à nova incriminação do n.º 2 do artigo 14.º foi não mais do que inverter o ónus da prova da prática do crime de tráfico de estupefacientes, passando-se agora a punir o agente enquanto traficante, independentemente de ele ser mero consumidor ou não.
24. Sendo ademais inaceitável que a RAEM seja neste momento o ordenamento jurídico que mais gravemente pune a detenção de droga exclusivamente para consumo (com uma pena entre 5 a 15 anos de prisão) de todos os Territórios na região vizinha, e quiçá mesmo no mundo inteiro.
25. Nos termos permitidos pelo artigo 143.º da Lei Básica, e apesar de o poder interpretação dessa Lei fundamental pertencer ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China, os Tribunais do Território podem interpretar, por si próprios, as violações de disposições da Lei Básica que se encontrem dentro dos limites da autonomia da RAEM, o que é o caso.
26. A norma incriminadora do artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009, é ainda violadora dos princípios-gerais que regem o nosso ordenamento jurídico-penal, em especial dos princípios inerentes aos fins das penas e do princípio da culpa estabelecidos no Código Penal de Macau, mormente previstos no art.º 40.º do CP.
27. A figura do bem jurídico assenta no conjunto de valores comunitários fundamentais que merecem tutela jurídico-penal, sendo de ciência comum a noção de que, quão mais importante e fundamental for o bem jurídico violado, maior a punição aplicável.
28. E dúvidas inexistem de que o bem jurídico violado pelo crime de consumo ilícito de drogas é a saúde individual do próprio agente, enquanto os bens jurídicos violados pelo tráfico ilícito de drogas são a segurança e saúde comunitárias, sendo inconcebível, à Luz dos

-
- princípios do nosso Direito Penal, que se puna na mesma medida ambas as condutas.
29. A actual punição de consumidores de estupefacientes ilícitos, que pode ir até aos 15 anos de prisão, é nitidamente violadora do princípio da finalidade das penas bem como do princípio da proporcionalidade que a esse aparece inerente.
 30. Não se nega que uma punição variável em função da quantidade de droga que o consumidor detenha possa fazer parte de uma prudente política criminal, mas isso teria sempre de ser feito de forma escalonada e proporcional.
 31. Tanto assim é que a própria Comissão da Assembleia Legislativa manifestou preocupação com as alterações propostas, no seu parecer n.º 4/V/2016, apesar de a Lei ter acabado por ser aprovada nesses termos.
 32. Mas ter passado pelo crivo legislativo, não pode significar necessariamente que passe pelo crivo judicial, que é o bastião máximo do controlo da legalidade das normas.
 33. Sendo certo que o art.º 40.º do CP é uma norma destinada ao julgador, não deixa de ser um artigo que transporta para o Código Penal princípios primordiais de todo o edifício jurídico-penal do sistema jurídico da RAEM, princípios esses que nem mesmo o legislador ordinário pode extravasar.
 34. Ainda que se considere que a norma ínsita do art.º 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009 seja legal à luz da Lei Básica e dos princípios basilares do nosso Direito jurídico-penal, nunca a mesma se pode considerar aplicável a toxicodependentes, sendo que se deu por provado que o Recorrente é toxicodependente, através de prova pericial.
 35. Isto uma vez que o art.º 19.º da Lei n.º 17/2009 manteve-se inalterado, e que estipula que caso o agente comprovadamente toxicodependente seja condenado pela prática dos crimes 14.º ou 15.º da Lei n.º 17/2009, a pena deve ser suspensa na sua execução.
 36. O legislador manteve este artigo 19.º inalterado, quando podia até inclusivamente ter feito a ressalva de que apenas se manteria aplicável quando o agente fosse condenado pela prática do art.º 14.º, n.º 1, mas não o fez.
 37. Urge então fazer-se uma interpretação restritiva da norma contida no art.º 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009, no sentido de que é inaplicável quando o agente seja comprovadamente - por perícia - toxicodependente.
 38. E de facto a solução do legislador era a única solução que tinha qualquer sentido lógico, uma vez que o agente toxicodependente é a maior vítima do tráfico de droga, essa sim, uma conduta que deve ser fortemente punida e reprimida.
 39. Não faria qualquer sentido punir-se o traficante, que lucra com o tráfico de estupefacientes, sobretudo à custa dos toxicodependentes, da mesma forma que se pune a maior vítima da sua conduta.
 40. Outrossim, é preciso não esquecer que um toxicodependente tem necessidades de consumo muito maiores do que o mero consumidor recreativo, sendo que possui uma tolerância para o consumo de estupefacientes amplamente alargada, daí que não faça sentido esse agravamento da sanção aplicável ao consumo próprio devido à quantidade de droga detida.
 41. Para um toxicodependente a quantidade de consumo diário não pode, naturalmente, ser ajuizada de forma tão leviana, porquanto a sua tolerância é bastante superior à da pessoa média.
 42. Ao passo que de acordo como mapa em anexo à Lei da Droga a quantidade detida pelo Recorrente equivale a consumo próprio para 10 dias, na verdade, para o Recorrente, e como o próprio declarou em audiência, a quantidade na sua posse correspondia somente a 1 ou 2 dias de consumo.
 43. A norma do art.º 19.º tem também subjacente o objectivo de sujeitar o agente do crime ao tratamento, ou seja, a prioridade do legislador é tratar o toxicodependente, e não remetê-lo à prisão, bem se sabendo que a reclusão social colocará em causa o seu tratamento e a

respectiva evolução.

44. No caso dos autos, este objectivo é ainda mais premente, uma vez que o Recorrente se encontra já em fase de tratamento, desde Outubro de 2018, e a sua ida para a prisão, a meio do tratamento, e por um período tão longo, colocará obviamente em perigo todo o progresso que o Arguido tem realizado durante o último ano, facto comprovado tanto por testemunhas como pelo relatório da ARTM constante dos autos.
45. O Recorrente tem denotado uma excelente evolução na cura da sua toxicodependência, e condená-lo à prisão seria, neste momento, o mesmo que o condenar ao retrocesso na doença de que padece, sendo que por isso andou bem o legislador ao não alterar o art.º 19.º da Lei da Droga, e andou muito douto Tribunal a quo ao desconsiderar esse artigo na escolha da pena.
46. Ainda que, por hipótese, se considere que a intenção do legislador não foi realmente a de excluir do âmbito de aplicação do art.º 14.º, n.º 2, os agentes que padecem de comprovada toxicodependência, e que se trata somente de uma lacuna por parte do legislador, então ainda assim também só a interpretação a favor da tese aqui avançada pode obter colhimento.
47. Porquanto, e como ensina Figueiredo Dias, *“esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redacção funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido a intenção daquele (...) abranger na punibilidade certos (outros) comportamentos”*.
48. Ainda que não se acompanhem os entendimentos supra manifestados então necessariamente terá de se concluir que, ainda assim, andou mal o Tribunal a quo ao punir o Recorrente ao abrigo do art.º 8.º da Lei n.º 17/2009, ao invés do seu art.º 11.º, cuja aplicação se impunha in casu.
49. Com efeito, tem de ser feita uma interpretação bastante cuidada da conjugação dos artigos 7.º, 8.º, 11.º e 14.º da Lei n.º 17/2009, na sua actual configuração instituída pela Lei n.º 10/2016.
50. A douta sentença recorrida deu como não provado que o Recorrente fosse traficante de estupefacientes, facto de que era acusado pelo Ministério Público, e deu como provado que as drogas encontradas na sua posse se destinavam para consumo próprio, e decidiu aplicar ao Recorrente a pena prevista no artigo 8.º, ex vi o artigo 14.º da lei.
51. Havendo-se concluído na Sentença que, uma vez que a quantidade para uso diário detida pelo Recorrente para consumo próprio excedeu a quantidade de cinco dias de referência de uso diário do mapa anexo à Lei, então ele só podia ser condenado ao abrigo do art.º 8.º.
52. No entanto, manifestamente, e ressalvando sempre o muito tido e devido respeito pelo douto Tribunal Colectivo a quo, tal conclusão decorre de uma errónea interpretação da conjugação dos artigos 14.º, 11.º e 8.º da Lei n.º 17/2009.
53. Uma vez que o facto de a quantidade de droga detida para consumo próprio exceder os 5 dias de quantidade de referência de uso diário já é a causa de agravação da pena ao abrigo do art.º 14.º, n.º 2, nenhum sentido faz usar esse mesmo facto para excluir a aplicabilidade do art.º 11.º, até porque esse artigo prevê outras causas de verificação de ilicitude diminuída, não só a quantidade detida pelo agente.
54. E esta interpretação desses normativos já foi confirmada como sendo acertada pelo Venerando Tribunal de Última Instância, no douto Ac. de 18/11/19, no proc. n.º 112/2018, onde se deixou doutamente consignado que *“A circunstância de a quantidade para consumo pessoal detida pelo agente ser mais de 5 vezes a quantidade de referência do mapa anexo à lei, não obsta à aplicação do disposto no n.º 1 do artigo 11.º, desde que se verifique o condicionalismo previsto nesta norma”*.
55. Por outro lado, a detenção para consumo próprio de estupefacientes em quantidade superior a 5 vezes a quantidade de referência do mapa anexo à Lei não faz com que o

-
- arguido passe a ser condenado como traficante de droga, como fez o Tribunal recorrido, sendo de manter-se a qualificação do crime de consumo ilícito de estupefacientes.
56. Não só o douto Tribunal a quo qualificou mal juridicamente a conduta do Arguido, condenando-o por um crime de tráfico ilícito de estupefacientes, quando o devia ter condenado como consumidor, como escolheu erradamente o artigo punitivo, que se impunha ser o 11.º, em vez do aplicado art.º 8.º.
57. Da conjugação dos artigos 14.º, 11.º e 8.º da Lei da Droga, quando esteja em causa a detenção de droga para consumo próprio, o julgador deve aquilatar sobre a existência de ilicitude diminuída na conduta do agente que pratica o crime previsto no art.º 14º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009.
58. Sendo por demais evidente que se o legislador quisesse excluir aplicabilidade do art.º 11.º aos casos de consumo de droga, então naturalmente que nunca teria feito referência a este artigo no n.º 2 do art.º 14º da Lei.
59. E comprovando-se que o art.º 11.º é aplicável à conduta do Recorrente, andou mala douto Tribunal a quo ao puni-lo ao abrigo do art.º 8.º da Lei.
60. Decorrendo dos autos que o Recorrente que o 1.º Arguido (1) é comprovadamente toxicodependente (2) se encontra a obter tratamento e está disponível a estendê-lo (3) confessou em audiência os factos.
61. E ademais que (4) colaborou com a Polícia Judiciária com vista a , deter quem lhe vendeu os estupefacientes (5) tem parecer positivo tanto da ARTM como Instituto de Acção Social e (6) a quantidade de estupefacientes não era tão superior quanto isso à quantidade de referência de uso diário constantes do mapa anexo à Lei da Droga (principalmente tendo em conta que se trata de agente toxicodependente.
62. Então a solução só pode ser a de que in casu está verificada a ilicitude diminuída da sua conduta, mormente no que diz respeito aos elementos previstos na norma referentes aos *“meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade” das plantas, das substâncias ou dos preparados*.
63. Tendo ademais que ser levados em conta os princípios dos fins das penas e o princípio da culpa, previstos no art.º 40.º do Código, não se podendo olvidar que o Arguido é ele próprio uma vítima do crime de tráfico de estupefacientes, e sendo toxicodependente, a sua culpa encontra-se sobejamente diminuída.
64. E concluindo que o Arguido deve ser punido ao abrigo do art.º 11.º da Lei n.º 17/2009, tendo em conta a personalidade do arguido, que confessou os factos em audiência, que tem seguido à risca o plano de tratamento elaborado pela ARTM e que colaborou com a polícia, e ainda o que vem consignado no relatório do IAS afigura-se condizente com os fins das penas uma pena nunca superior a 2 anos de prisão.
65. Resultando ademais provado que se trata ele de um agente toxicodependente, ao abrigo do art.º 19.º da Lei n.º 17/2009, deve ainda ser a pena suspensa na sua execução, ainda que se sujeite a suspensão à condição de o arguido continuar o seu tratamento na ARTM durante o período da suspensão e ao acompanhamento por parte do IAS.
66. A Sentença recorrida violou o artigo 29.º da Lei Básica (nomeadamente os princípios da legalidade e tipicidade das penas, e ainda os princípios primordiais do Direito Penal da RAEM (nomeadamente o princípio da culpa e dos fins das penas), por se ter fundado numa norma que é em si violadora desses mesmos princípios (o art.º 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009).
67. A Sentença recorrida violou ainda os artigos 14.º e 19.º da Lei n.º 17/2009, ao aplicar uma pena - art.º 8.º da Lei da Droga - que não podia ser aplicada in casu, por o Recorrente se tratar de um agente comprovadamente toxicodependente.
68. Finalmente, violou ainda a douta Sentença recorrida os artigos 14.º e 11.º da Lei n.º 17/2009 e ainda o art.º 40.º do Código Penal, ao ter punido o Recorrente ao abrigo do art.º 8.º dessa

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據：

1. 上訴人認為，經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條規定，違反《基本法》第 29 條規定、合法性原則及無罪推定原則。
2. 對於上訴人之觀點，不能予以認同。
3. 第 10/2016 號法律對第 17/2009 號法律引入修改(經修改後的第 17/2009 號法律以下稱“新法”及原第 17/2009 號法律稱“舊法”)。
4. 在舊法下，不法持有麻醉藥品及精神藥物(毒品)非供自己吸食，倘不符合適用第 11 條規定，則按第 8 條處罰。只有當所持毒品是供自己吸食時，才可以適用第 14 條規定處罰。
5. 在新法中，立法者維持不法持有麻醉藥品及精神藥物(毒品)非供

Lei ao invés do seu art.º 11.º, cuja aplicação se impunha.

TERMOS EM QUE, e contando com o douto suprimento de Vossas Excelências, deve o presente recurso ser declarado procedente, por provado, e ser consequentemente revogada a douta Sentença recorrida e substituída por outra na qual:

1. Se declare o artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º 17/2009 (Lei da proibição da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas) ilegal por violar o artigo 29.º da Lei Básica (na vertente dos princípios da legalidade e tipicidade das penas), bem como por violar o artigo 40.º do Código Penal de Macau e os princípios basilares de Direito Penal daí decorrentes, sendo consequentemente o Recorrente punido apenas ao abrigo do artigo 14.º, n.º 1, dessa lei, em pena suspensa na sua execução, ainda que sujeita ao regime de prova.
Ou, por mera cautela de patrocínio, subsidiariamente,
2. Se declare que a Sentença recorrida violou os artigos 14.º e 19.º da Lei n.º 17/2009, sendo consequentemente o Recorrente punido apenas ao abrigo do artigo 14.º, n.º 1, dessa lei, em pena suspensa na sua execução, ainda que sujeita ao regime de prova.
Ou, ainda subsidiariamente,
3. Se declare que a sentença recorrida violou os actuais artigos 8.º, 11.º e 14.º da Lei n.º 17/2009, devendo o Recorrente ser punido ao abrigo do artigo 11.º dessa Lei, em pena nunca superior a 2 anos de prisão, suspensa na sua execução, ainda que sujeitando esta a um regime de prova.

自己吸食，倘不符合適用第 11 條規定，則按第 8 條處罰。另外，立法者對持有自己吸食用的毒品，引入數量限制，設定為五日量。立法者引入數量限制，並無不妥。當吸食者所持吸食用途的毒品在五日量或以下時，對於該種行為立法者仍然維持舊法的處理方法，只是刑幅有所提高，新法下適用第 14 條第 1 款規定。當吸食者所持吸食用途的毒品超過五日量時，該行為已經不符合適用第 14 條第 1 款規定。對於超額的情況，立法者在第 14 條第 2 款明示“視乎情況，適用第七條、第八條或第十一條的規定”，是完全適用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定，而不是適用第 7 條、第 8 條或第 11 條規定的刑罰。換言之，對於吸食者超額持有吸食用毒品的行為，立法者已將之脫離第 14 條而視情況適用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定。

6. 新法跟舊法相比較，其根本依據並沒有改變，唯一只是對持有自己吸食用的毒品，設定數量限制。
7. 不論舊法或新法，對於持有毒品的行為，均以第 8 條處罰，這是一般規定。舊法下，對於持有自己吸食用毒品的行為，以第 14 條處罰，這是特別規定。新法下，對於持有自己吸食用毒品且數量不超額的行為，以第 14 條第 1 款處罰，這是特別規定。當持有毒品的行為不符合特別規定時，就不能適用特別規定處罰，而因為符合一般規定，所以應以一般規定處罰。
8. 在新法中，立法者對持有自己吸食用毒品的行為，引入數量限制，設定為五日量。這是立法者所採用的刑事政策，用以應對以自己吸食為名而持有過多數量毒品的情況。該選擇並無違反《基本法》第 29 條規定、合法性原則及無罪推定原則。
9. 上訴人又認為，經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款規定，將吸毒者與販毒者處相同刑幅，違反刑罰

處罰的目的及罪過原則。

10. 新法設立的規定，遵循罪刑法定原則，用以定罪。而刑罰處罰的目的及罪過原則，則是定罪後量刑的原則。兩者不能相題並論。
11. 上訴人又認為，對其適用的徒刑，根據第 17/2009 號法律第 19 條規定，應給予暫緩執行。
12. 正如前面所述，在新法下，對於持有自己吸食毒品的行為，當毒品數量或以下時，對該行為適用第 14 條第 1 款規定。相反，當毒品數量超過五日量時，對該行為視乎情況，適用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定。而在本案，對上訴人的行為是適用第 8 條規定。因此，第 19 條規定的適用前提，並無出現。
13. 上訴人又認為，其行為符合適用經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 11 條規定。
14. 根據「獲證明之事實」，上訴人所持物質“甲基苯丙胺”含量為 2 克，相當於 10 日參考用量。上訴人所持毒品數量，並非少量，難以符合不法性相當輕的要求。因此，對於上訴人的行為，不符合適用經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 11 條規定。

基此，上訴人應理由不成立，原審法庭之判決應予維持，請求法官閣下作出公正判決。

檢察院駐本院的尊敬的助理檢察長提出了以下的法律意見：

經分析由上訴人 A 提出的上訴理由後，我們認為所有上訴理由均不成立，原因如下：

在本上訴中，上訴人提出了包括應如何理解及適用經第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 3 款之規定，主張原審判決存在適用法律錯誤的問題。另外，還指出該法律規定違反《基本法》第 29 條的規定及《刑法典》第 40 條的規定。最後，更指出在具體量刑問題上存在過重的情況。

現在，讓我們開始進行分析。

就第一個問題而言，透過第 10/2016 號法律對第 17/2009 號法律所作出之修改，立法者的確對於原有的“不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪”作出了很大的調整。當中最重要的，莫過於在同法律中的第 14 條加入了第 2 款及第 3 款的規定：

“二、如上款所指的行為人所種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有的植物、物質或製劑為附於本法律且屬其組成部分的每日用量參考表內所載者，且數量超過該參考表內所載數量的五倍，則視乎情況，適用第七條、第八條或第十一條的規定。

三、在確定是否超過上款所指數量的五倍時，不論行為人所種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有的植物、物質或製劑屬全部供個人吸食之用，抑或部分供個人吸食、部分作其他非法用途，均須計算在內。”

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

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

不難發現，從現行生效及適用的法律當中，第 8 條所規範的“不法販

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

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

因為透過“大量”持有毒品的行為，可能給社會及公共健康造成的潛在危險已經遠遠超越了對行為人“個人身體健康”所造成的影響，即一個大量持有毒品的行為同樣會為“公共衛生”法益帶來莫大的不良影響。所以，不應如上訴人般僅僅把第 17/2009 號法律第 14 條的規定完全視為僅與行為人“個人健康”的法益有關。的確，透過同條文第 2 款及第 3 款之新規定，立法者刻意把持有超越每日用量五倍的情況視為該行為在“質”方面改變的一個標準，並基於毒品數量已超越一般正常服用的情況，直接改變了行為的定性，從單單涉及個人健康問題，改變為一個與“公共衛生”法益扯上關係的新法益。

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

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

確定，違反了合法性原則。

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

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

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

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

另外，上訴人亦質疑原審法院的具體量刑決定，認為處罰過重及應適

用第 17/2009 號法律第 19 條的規定，把刑罰給予暫緩執行。

首先，必須指出上訴人乃基於其個人意見，認為本案所涉及的行為僅為一個“少量販毒行為”，因此，應適用第 17/2009 號法律第 11 條之規定，並考慮上訴人持有毒品的目的僅為著“個人吸食”之用，導致其罪過程度大幅下降，應對上訴人實施一個低於 2 年的監禁刑，並給予刑罰暫緩執行。

可以說，因上訴人在行為法律定性方面與原審法院之間的看法所出現了重大分歧，造成在最後確定行為定性之前，具體量刑的爭議變得毫無意義。所以，一切還需回歸到先解決本案的核心，即究竟原審法院有否在法律適用上存在錯誤的問題之上。

但無論如何，基於我們的觀點與原審法院一致，認為本案中應根據第 14 條第 2 款及第 3 款之規定，同時適用第 8 條第 1 款之規定。因此，基本上上訴人的主張，即適用第 11 條的罪狀及相應的刑幅已可同時被否定了。

而真正意義上的具體量刑方面，在一個刑幅為 5 年至 15 年徒刑的處罰中，原審法院選擇了 5 年 6 個月徒刑的處罰。在考慮本案當中的具體情節後，尤其是上訴人已非為初犯，曾有四次被判刑的紀錄，當中兩次的犯罪性質與本案基本相同。可見，行為之不法程度及個人罪過程度都相對嚴重。

在綜合案中所有因素後，可見上訴人被判處的 5 年 6 個月徒刑，僅佔抽象刑幅不足五分之一而已，我們實未能看到這具體量刑到底如何過重？

基於此，此部分的上訴理由同樣不成立。

綜上所述，我們認為所有上訴理由均不成立，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

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 2011 年，第一嫌犯 A 開始有吸食毒品“冰”的習慣。
2. 2014 年某天，第一嫌犯開始向第二嫌犯 B 購買毒品“冰”。
3. 2017 年 3 月 27 日晚上，第一嫌犯詢問第二嫌犯有否毒品“冰”出售，當時第二嫌犯表示每包毒品“冰”的價格為澳門幣肆佰元(MOP\$400.00)，並相約在司打口 XX 酒店見面。期間，第一嫌犯表示購買兩小包毒品“冰”，並將澳門幣捌佰元(MOP\$800.00)給予第二嫌犯。
4. 其後，第二嫌犯離開。稍後，第二嫌犯返回 XX 酒店附近，將兩小包毒品“冰”交予第一嫌犯。
5. 第一嫌犯向第二嫌犯購買毒品多於 10 次。
6. 司警人員接獲情報有一名非洲籍男子和一名印尼籍女子在司打口區一帶進行販毒活動，以及有一名葡籍男子經常向上述人士購買毒品，於是展開調查。
7. 2017 年 3 月 28 日，司警人員在 YY 花園大廈門外進行監視。
8. 2017 年 3 月 29 日凌晨約 1 時，司警人員發現第一嫌犯從 YY 花園大廈步出，便截查第一嫌犯。
9. 司警人員在第一嫌犯褲袋內搜獲以下物品：
 - 1) 一張紙巾，紙巾內有兩個小透明膠袋，兩個膠袋分別藏有透明

晶體，連膠袋分別約重 1.82 克及 1.37 克，共重約 3.19 克；

2) 澳門幣玖佰元(MOP\$900.00)；

3) 一部手提電話（牌子：Philips，IMEI：86920102*****）；

4) 一部手提電話（牌子：Samsung，IMEI：3532220*****）；

5) 兩條鎖匙。（參閱卷宗第 7 頁的搜查及扣押筆錄）

11. 司警人員進一步調查期間，先後在司打口附近一帶截獲第二嫌犯及第三嫌犯。

12. 司警人員在第二嫌犯身上搜獲一部橙黑色手提電話（牌子：Microsoft，型號：RM-1096）（參閱卷宗第 26 頁的扣押筆錄）。

13. 司警人員在第三嫌犯身上搜獲一部黑色手提電話（牌子：Samsung，IMEI：358554/03/*****/3）、一部手提電話（牌子：Nokia，IMEI：355167/06/*****/2）、一部黑色手提電話（牌子：Samsung，IMEI：355446/06/*****/9）、澳門幣捌佰伍拾元（MOP\$850.00）、美金貳元（USD 2.00）（參閱卷宗第 50 頁的扣押筆錄）。

14. 經化驗證實，上述在第一嫌犯褲袋內搜獲的兩個透明膠袋內的透明膠袋內的透明晶體含有第 17/2009 號法律附表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”成份，淨量 2.780 克，經定量分析，“甲基苯丙胺”百分含量為 71.8%，重 2.00 克（參閱卷宗第 152 至 158 頁的鑑定報告）

15. 上述搜獲的毒品“甲基苯丙胺”是第一嫌犯於 2017 年 3 月 27 日晚上向第二嫌犯購買的。

16. 第二嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，故意向他人出售受法律管制之毒品。

17. 第一嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，故意持有受法律管制之毒品，而持有的毒品數量超過每日用量參考表內所載數量的五倍。
18. 第一嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，故意吸食受法律管制之毒品。
19. 第二嫌犯和第一嫌犯的上述行為未得到任何法律許可。
20. 第二嫌犯和第一嫌犯明知上述毒品之性質。
21. 第二嫌犯和第一嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

另外，證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，第一嫌犯 A 具犯罪記錄：
 - 1) 在 CR4-17-0155-PCC 案中，2017 年 10 月 27 日初級法院裁定第一嫌犯觸犯第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，判處二個月徒刑；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，判處二個月徒刑；兩罪競合，合共判處第一嫌犯三個月徒刑，緩刑二年執行，第一嫌犯在緩刑期間內需遵守戒毒治療的附隨考驗制度，倘其前往葡萄牙生活，亦需依時將在葡萄牙戒毒狀況及資料送交澳門權限當局。該案判決於 2017 年 11 月 16 日確定，所判刑罰尚未消滅；該案所判刑罰被競合至 CR3-17-0003-PCC 號卷宗，之後，再一併被競合至 CR2-18-0277-PCS 號卷宗；
 - 2) 在 CR3-17-0003-PCC 案中，2018 年 7 月 27 日初級法院裁定第一嫌犯被控告觸犯第 17/2009 號法律（經第 4/2014 號法律修改）第 14 條所規定及處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，判處二個月徒刑，緩期二年執行，在緩刑期間附隨考驗制度，第一嫌犯須

接受社工輔導以及參加入院舍戒毒治療。第一嫌犯該案與 CR4-17-0155-PCC 案之刑罰競合，合共判處第一嫌犯四個月徒刑之單一刑罰，緩期兩年執行，在緩刑期間附隨考驗制度，第一嫌犯須接受社工輔導以及參加入院舍戒毒治療。該案所判刑罰被競合至 CR2-18-0277-PCS 案中；

- 3) 在 CR1-18-0210-PCS 案中，2018 年 9 月 28 日初級法院裁定第一嫌犯觸犯《刑法典》第 137 條第 1 款所規定及處罰的一項普通傷害身體完整性罪，科處 90 日罰金，日罰金額澳門幣 100 元，合共罰金澳門幣 9,000 元，若不繳付罰金或不以工作代替，須監禁 60 日。嫌犯已經繳付了罰金，該案刑罰已經消滅；
 - 4) 在 CR2-18-0277-PCS 案中，2018 年 10 月 23 日初級法院裁定第一嫌犯觸犯《刑法典》第 147 條第 2 款所規定及處罰的一項恐嚇罪，判處七個月徒刑，緩期兩年執行。第一嫌犯該案犯罪與 CR4-17-0155-PCC 案及 CR3-17-0003-PCC 號案之犯罪競合，合共判處十個月徒刑，緩期兩年執行，在緩刑期間須接受社工輔導以及參加入院舍戒毒治療。判決於 2018 年 11 月 12 日確定，所判刑罰尚未消滅。
- 根據刑事紀錄證明，第二、第三嫌犯無犯罪記錄。
 - 第一嫌犯聲稱其受教育程度為十二年級，在戒毒所接受戒毒治療，無收入，靠家庭支援，無家庭及經濟負擔。
 - 第二嫌犯在檢察院被訊問時聲稱其學歷程度為大學畢業，為家佣，月收入為澳門幣 3,800 元，需供養父親、胞妹及兩名未成年子女。
 - 第三嫌犯在檢察院被訊問時聲稱其學歷程度為小學畢業，為商人，月收入為尼日尼亞幣 250,000 元，需供養父親及一名未成年妹妹。

未獲證明之事實：控訴書中其他與上述獲證事實不符之事實未獲證

明屬實，特別是：

- 未獲證明：2017 年 3 月某天，第二嫌犯在司打口公園流連時，認識了第三嫌犯 C。
- 未獲證明：接到訂單後，第二嫌犯將要求的毒品數量告知第三嫌犯。
- 未獲證明：其後，第三嫌犯在司打口公園將兩小包毒品“冰”交予第二嫌犯，而第二嫌犯將澳門幣陸佰元(MOP\$600.00)交予第三嫌犯。
- 未獲證明：上述現金是第一嫌犯、第二嫌犯從事販毒活動的犯罪所得。
- 未獲證明：第三嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，共同決意、分工合作，故意向他人出售受法律管制之毒品。
- 未獲證明：第三嫌犯在未得到任何法律許可，且明知上述毒品之性質的情況下作出有關事實。
- 未獲證明：第三嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

三、法律方面

嫌犯在其上訴理由中，認為根據已證事實，原審法院在僅證實嫌犯所持有的毒品為其個人自己服用，並沒有任何事實顯示其有轉讓的行為，就判處其觸犯販毒罪，陷入了適用法律的錯誤。然後上訴人對經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條的法律規定本身提出上訴意見，認為該條文一方面違反《基本法》第 29 條規定、違反合法性原則及無罪推定原則，另一方面該條第 2 款規定，將吸毒者與販毒者處相同刑幅，違反刑罰處罰的目的及罪過原則。認為應該判處嫌犯吸毒罪，極其量也是第 11

條所規定和處罰的較輕販毒罪。

最後作為補充上訴理由，上訴人認為，對其適用的徒刑，根據第 17/2009 號法律第 19 條規定，應給予暫緩執行。

我們看看。

(一) 第 17/2009 號法律第 14 條的修改

經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條和第 14 條規定：

第 8 條：

“ 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 14 條：

“ 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。”

正如我們在不少的判決書所持有的觀點一樣²，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 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。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」。

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

² 參見本院於 2018 年 4 月 19 日在第 178/2018 號的判決

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。.....”

酷法也是法（*dura lex ser lex*）。

本次修法的目的，正是為著更有效打擊廣義上的販毒行為（包括僅持有大量毒品的情況）。因為透過“大量”持有毒品的行為，可能給社會及公共健康造成的潛在危險已經遠遠超越了對行為人“個人身體健康”所造成的影響，即一個大量持有毒品的行為同樣會為“公共衛生”法益帶來莫大的不良影響。所以，不應僅把第 17/2009 號法律第 14 條的規定完全視為僅與行為人“個人健康”的法益有關。的確，透過同條文第 2 款及第 3 款之新規定，立法者刻意把持有超越每日用量五倍的情況視為該行為在“質”方面改變的一個標準，並基於毒品數量已超越一般正常服用的情況，直接改變了行為的定性，從單單涉及個人健康問題，改變為一個與“公

共衛生”法益扯上關係的新法益。

法律決定以販毒罪懲罰持有超過 5 日服食量的毒品的行為，也僅僅是在繼續懲罰服毒罪的前提下，加重了過量持有毒品的行為的懲罰力度，力求達到更有效遏止毒品犯罪的效果。

在此，我們應該明白，法律並沒有運用罪過推定的立法方式（如在第 6/2004 條第 16 條第 2 款的推定規定——凡在建築工地上被發現實際從事建築工作的人士，推定存在勞務關係），也就是說法律並沒有對持有超過 5 日服用量毒品的行為作出其為販賣目的的推定，因為，一方面，第 8 條所懲罰的販毒罪也是一個廣義的概念，其所懲罰的行為包括持有在內的所有行為，也不需要其具有販賣的行為，另一方面，第 8 條所規定的也證實不屬於第 14 條第一款的情況的所有行為，而第 14 條第 2 款也僅僅是限定第 14 條第 1 款的懲罰範圍，即使所持有的不屬於第 14 條的數量範圍的毒品用於個人服食目的亦然。

當毒品數量超過參考每日用量的五倍時，法律實際上所規定的是不再適用第 14 條第 1 款，並因此實際情況(即依據具體事實)考慮適用第 7 條、第 8 條或者第 11 條。我們實在無法認同這種立法技巧違反《基本法》第 29 條以及刑法的任何基本原則，這是因為不論在第 7 條、第 8 條及第 11 條當中，每個罪狀的法定構成要件都不相同，而且也相當清晰，沒有對合法性原則造成任何負面影響。

關於現行的第 17/2009 號法律第 14 條是否違反《基本法》第 29 條的問題，終審法院曾於 2019 年 1 月 16 日在第 112/2018 號上訴案件中的判決認為，“第 14 條的規定”只是在所持有的相關物品的數量較高時嚴厲地處罰吸毒行為。這是立法者的選擇，並不被《基本法》所禁止，也輪不到法院去討論。行政當局某一自由裁量行為的不適度可以成為它被法院撤銷的法律依據。但對立法行為則不可”。換言之，第 17/2009 號法律第 14 條並未違反《基本法》第 29 條的規定。

而至於在加重對持有超過 5 天的吸食量毒品並且純粹用於個人吸食的行為應該判處哪一罪名，則是另外一回事，乃視已證事實並根據法定罪名構成的原則予以確定。

對此，終審法院也於最近（2020 年 2 月 26 日）的 11/2020 號上訴案的判決中，作出了這樣的理解：

“正如第 14 條的標題所示，該條文處罰的是不法吸食麻醉藥品的行為。按照第 14 條第 2 款的規定，如行為人吸食或純粹為供個人吸食而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有的毒品超過每日參考用量的五倍，”則視乎情況，適用第七條、第八條或第十一條的規定”。

在此，法律明確要求“適用第七條、第八條或第十一條的規定”。我們認為，對該表述的正確理解並非是以第七條、第八條或第十一條所規定的罪名處罰行為人，而是根據具體情況採用該等條款所規定的刑罰對行為人作出處罰。

第 14 條第 2 款所規定的是不法吸食麻醉藥品罪，而非不法販賣麻醉藥品罪。³

在本案中，上訴人持有的毒品僅用於其個人吸食，故此實施了不法吸食麻醉藥品罪，但應受第 8 條第 1 款所規定的處罰。”

因此，上訴人這部分的認為原審法院判處其觸犯第 8 條的販毒罪的罪名違反了法定罪名原則的上訴理由成立，應該改判為第 14 條第 2 款規定的不法吸食毒品罪。

至於按照第 8 條還是第 11 條所規定的刑罰予以處罰，我們繼續。

（二）較輕販毒罪

³ 參見終審法院於 2019 年 1 月 16 日在第 112/2018 號上訴案件中作出的合議庭裁判。

經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 11 條規定：

“ 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「獲證明之事實」，上訴人所持物質“ 甲基苯丙胺” 含量為 2 克，相當於 10 日參考用量。

上訴人認為應該以此第 11 條的罪名予以懲罰。

我們知道，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，來衡量生產或販賣行為的不法性是否相當輕微，其中，法院應特別考慮毒品的數量。⁴

毒品的數量雖然不是衡量事實的不法性是否相當輕微時要考慮的唯一因素，但毫無疑問，是值得法院特別考慮的重要因素。

事實上，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

⁴ 參見終審法院於 2020 年 1 月 22 日在第 126/2019 以及 133/2019 號上訴案的判決。

販賣罪論處的可能性。

以第 11 條的規定論處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微所作的判斷。

在本案中，已認定的事實顯示，上訴人所持有的毒品含有甲基苯丙胺成分，淨重為 2 克，超過第 17/2009 號法律所附的每日用量參考表中所載數量(0.2 克)的 10 倍，上訴人持有毒品是為了供個人吸食。

終審法院曾於 2019 年 10 月 4 日在第 87/2019 號上訴案件中作出裁判，就行為人持有的毒品數量略高於每日參考用量五倍的情況發表如下見解：

“ 吸食的數量或為吸食而持有的數量，不論是否連同‘ 作其他非法用途’ 的數量一併計算在內(第 14 條第 3 款)，只要超過每日用量參考表內所載數量的五倍，那麼該數量就只能在量刑時產生法律效果，不能僅憑該情節便認定行為人所作行為的不法性相當輕微，因為對此而言，具有法律意義的數量限度是每日用量參考表內所載數量的五倍。

亦即，如僅證明行為人為供個人吸食而持有相當於每日用量參考表內所載數量六倍或七倍的不法物品，即略高於五倍的數量，則無法在未證明存在其它減輕情節的情況下，認定所實施行為的不法性相當輕微，進而根據該法第 14 條和第 11 條的規定予以處罰，而是應根據第 14 條和第 8 條的規定進行處罰。若非如此，即是對立法意圖的歪曲，因為立法者訂立的數量限度是每日用量參考表內所載數量的五倍，而不是六倍或七倍。

上訴人為個人吸食以及向第三人讓與之目的，持有淨重 1.17 克的甲基苯丙胺，該數量已超過附於上述第 17/2009 號法律的每日用量參考表內所載數量的五倍(5.85 倍)。

這樣，鑒於同一法律第 8 條和第 14 條的規定，應按照第 8 條的規定，而不是第 11 條和第 14 條的規定予以處罰。”

我們贊同上述見解，認為單憑毒品數量略高於每日參考用量五倍這一情節並不足以支持以較輕販毒罪處罰行為人，必須存在其他顯示相關罪行的不法性相當之輕的減輕情節，例如犯罪的手段，行為時的方式或情節，又或是其他情節。而在本案中看不到這些可以令人認為上訴人行為的不法性相當之輕的情節。

因此，根據第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定，上訴人的行為應接受該法第 8 條，而不是第 11 條規定的刑罰予以處罰。

（三）量刑過重

我們一直認為，原審法院在量刑時在法定刑幅內具有自由裁量的空間，上級法院只有在原審法院的量刑罪刑不符或者刑罰明顯不當的情況才有介入的空間。

上訴人觸犯的罪名和刑罰可被判處五年至十五年徒刑。

上訴人已非為初犯，曾有四次被判刑的紀錄，當中兩次的犯罪性質與本案基本相同。

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

因此，經分析有關事實及所有對上訴人有利及不利的情節，本案中，原審法院對上訴人判處五年六個月實際徒刑。上述量刑符合犯罪的一般及特別預防最基本要求，不存在減刑空間，更沒有上訴人所要求的緩刑的條件。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由部分成立，改判第一嫌犯 A 為直接正犯，以既遂行為觸犯一項經第 10/2016 號法律修改第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款和第 3 款規定的以及第 8 條第 1 款所規定的刑罰而處罰不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，維持原審法院所判處的五年六個月實際徒刑的刑罰。

判處上訴人繳付 10 個計算單位的司法費，以及上訴的訴訟費用。

澳門特別行政區，2020 年 3 月 5 日

(裁判書製作人)

蔡武彬

(第一助審法官)

陳廣勝

(第二助審法官)

譚曉華