

第 128/2021 號案

刑事上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

會議日期：2021 年 10 月 15 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、司徒民正和岑浩輝

主題：— 第 17/2009 號法律第 14 條

- 較輕的生產和販賣罪
- 法院認定的事實
- 藥物依賴

摘 要

1. 根據第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定，如行為人所種植、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。

2. 以第 11 條規定的較輕的生產和販賣罪進行處罰的前提，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，其中，法院應特別考慮毒品的數量。

3. 如果法院認定被告對毒品有“心理依賴”，那麼應該將該事實列於“已認定事實”之列，而非在判決的理由說明部分(“事實之判斷”)指出。如未認定該事實，則不應在“事實之判斷”中肯定地指出被告的吸毒習慣屬於心理依賴的範疇。

4. 如果判斷吸毒者對毒品有心理依賴，則應該認定其有“毒癮”，為藥物依賴者，因為無論是心理上的依賴，還是生理上的依賴，或兩者兼而有之，均為藥物依賴的表現。

5. 藥物依賴可以是第 11 條第 1 款所規定的顯示事實的不法性相當輕微的情節。

裁判書制作法官

宋敏莉

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

透過初級法院合議庭於 2020 年 5 月 21 日在第 CR5-19-0406-PCC 號案件中作出的合議庭裁判，甲(本案第三被告)因以直接正犯及既遂方式觸犯一項經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款結合第 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”而被判處 5 年 6 個月徒刑。

甲不服裁判，向中級法院提起上訴，主張變更初級法院所作的法律定性，改判其觸犯第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 11 條所規定及處罰的“較輕的生產和販賣罪”，並相應減輕所科處的刑罰。中級法院透過 2020 年 9 月 10 日在第 686/2020 號案件中作出的合議庭裁判裁定上訴敗訴。

甲仍不服，向終審法院提起上訴(第 193/2020 號案件)。經審理，終審法院於 2020 年 11 月 27 日作出裁判，認定被上訴裁判存有“已認定事實不足以支持裁判”的瑕疵，根據《刑事訴訟法典》第

418 條的規定將案件發回重審，並在重審後作出裁決。

初級法院對案件進行了重審，並於 2021 年 4 月 9 日作出裁判，在維持“原一審判決書載於第 873 頁至第 877 頁的全部已證事實”，“尤其是第十一點事實(嫌犯甲有吸食毒品可卡因的習慣)的基礎上，以甲觸犯一項經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款結合第 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”判處其 5 年 6 個月徒刑。

甲再向中級法院提起上訴，該院裁定上訴理由不成立，維持原審判決。

甲(以下稱為上訴人)現向終審法院提起上訴，提出了如下問題及主張：

- 審查證據方面的明顯錯誤及違反“疑罪從無”原則：在本案偵查階段，刑事警察機關及有權限的司法機關沒有命令進行第 17/2009 號法律第 25 條所規定的法醫學鑒定，以查明上訴人對藥物依賴的狀況、所吸食毒品的種類及在進行鑒定時上訴人的身體及心理狀況，而該鑒定對發現事實真相尤為重要，故在對構成上訴人被歸責的犯罪的事實情況存有疑問的情況下，原審法院應該在案中所載證據材料的基礎上認定有關事實的不法性較輕，並以第

17/2009 號法律第 11 條所規定的犯罪對其作出處罰，或遵循“疑罪從無”原則而作出無罪判決。但被上訴裁判卻完全確認了原審法院的有罪裁判，因此在審查證據方面存在明顯錯誤，故應根據《刑事訴訟法典》第 418 條的規定將案件發回重審；

- 法律適用方面的錯誤：被上訴裁判所作的法律定性有誤，應以第 17/2009 號法律第 11 條所規定及處罰的“較輕的生產和販賣罪”判處上訴人 1 年徒刑；

- 量刑過重：應根據《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項的規定特別減輕上訴人的刑罰，改判其 3 年徒刑。

檢察院提交了對上訴理由陳述的答覆，認為“本案不排除基於上訴人可能存在藥物依賴的狀況，對上訴人的定罪存在更改為觸犯第 17/2009 號法律第十一條，結合第十四條和第八條規定和處罰的(加重)不法持有麻醉藥品供吸食罪的可能性”，倘不如此認為，則應裁定上訴人對量刑一事提出的上訴理由不成立，予以駁回。

在本審級，檢察院助理檢察長發表了意見，認為應裁定上訴理由不成立。

已作出檢閱。

現予以裁決。

二、事實

經過重審，初級法院對原一審判決書的全部已證事實(載於第 873 背頁至第 877 頁)－尤其第十一點事實(被告甲有吸食毒品“可卡因”的習慣)－維持不變。

- 原一審判決書中認定的事實如下：

1. 2017年，被告乙在香港的夜場消遣期間認識了涉嫌人丙。
2. 2019年4月，被告丁透過微信群組的人的介紹認識了涉嫌人丙，涉嫌人丙表示可安排被告丁到澳門從事販毒活動，每日底薪為港幣伍佰元(HK\$500.00)。
3. 同月，涉嫌人丙與被告乙達成協議，被告乙負責安排及監察被告丁在澳門的販毒活動，並向被告丁收取毒資，涉嫌人丙每月會向被告乙給予港幣捌仟元(HK\$8,000.00)作為報酬。
4. 其後，涉嫌人丙安排被告丁與被告乙認識，並向被告丁表示

被告乙會安排其在澳門的販毒活動。

5. 每當涉嫌人丙收到買家要求購買毒品時，涉嫌人丙會將買家的聯絡電話發送給被告乙，以便被告乙安排被告丁(或他人)與買家進行毒品交易。

6. 2019年4月下旬，涉嫌人丙帶被告丁來澳熟習環境。

7. 2019年5月，被告丁在涉嫌人丙及被告乙的指示下，開始在本澳從事販毒活動。

8. 被告戊有吸食毒品“可卡因”的習慣。

9. 被告戊透過朋友得悉被告乙有毒品“可卡因”出售。

10. 同月，被告戊透過“WHATSAPP”聯絡被告乙，要求購買5小包毒品“可卡因”(每小包重約0.2克)，雙方約定在澳門[娛樂場]附近進行交易。其後，被告戊以澳門幣叁仟元(MOP\$3,000.00)的價格向被告乙購買了5小包毒品“可卡因”。

11. 被告甲有吸食毒品“可卡因”的習慣。

12. 被告甲於兩年前夜場消遣期間認識了涉嫌人丙，被告甲在

香港向涉嫌人丙購買了多次毒品。

13. 近半年，被告甲在本澳多次透過“WHATSAPP”向涉嫌人丙購買毒品“可卡因”，平均每星期會購買兩次，每次購買港幣捌仟元(HK\$8,000.00)元(每小包為港幣800元，合共十小包)，涉嫌人丙會安排被告乙與被告甲聯絡。

14. 被告乙再安排被告丁(或他人)與被告甲進行毒品交易，並要求被告甲直接將購買毒品的金錢轉帳予涉嫌人丙的[貴賓會]戶口(帳戶:XXXXXXX)內。

15. 2019年6月22日至2019年6月25日，被告丁在本澳聽從涉嫌人丙及被告乙的指示，並按照被告乙提供的電話號碼與多名買家(包括被告甲)進行毒品交易。

16. 2019年6月某天，被告乙按涉嫌人丙的指示前往[酒店(1)]某房間向被告丁收取壹萬多元(包括港幣及澳門幣)毒資，並按涉嫌人丙的指示將毒資存入[貴賓會]的兌碼戶口(帳戶:XXXXXXX)內。其後，於同月某天，被告乙按涉嫌人丙的指示前往[酒店(2)]某房間向被告丁收取貳萬多元(包括港幣及澳門幣)毒資，並將毒資存入上述兌碼戶口內。

17. 2019年7月12日，被告乙指示被告丁入住澳門[酒店(2)]，隨後，有一名不知名男子將約三十多克毒品“可卡因”及數十包毒品“開心粉”交予被告丁。

18. 2019年7月12日至2019年7月25日期間，被告丁在涉嫌人丙及被告乙的指示下，在本澳與多名買家(包括被告甲)進行毒品交易。

19. 2019年7月23日，被告乙在澳門[酒店(3)]大堂向被告丁收取毒資。

20. 2019年7月25日，被告丁將剩餘的數克毒品“可卡因”放置在行李內，並寄存在[酒店(2)]，然後，經關閘口岸離開本澳。

21. 2019年7月28日凌晨1時16分，被告丁經關閘口岸進入本澳，然後前往[酒店(2)]取回之前寄存的行李，按被告乙的指示入住澳門[酒店(4)]11樓1108號房，並繼續在本澳販毒。

22. 2019年7月29日上午6時13分，被告乙安排了涉嫌人已將毒品交予被告丁，涉嫌人已相約被告丁在澳門[酒店(3)]見面，涉嫌人已[酒店(3)]附近將毒品交予被告丁，被告丁將有關毒品帶返[酒店(4)]1108號房的保險箱內收藏。

23. 每當被告乙收取被告丁的毒資後，按涉嫌人丙的指示存入上述兌碼戶口內。

24. 2019年7月29日晚上約7時，被告丁接到被告乙的指示，要求稍後攜帶3克毒品“可卡因”與被告甲進行交易。

25. 同日晚上約8時，被告丁接到被告甲的來電，並相約在氹仔大連街附近進行毒品交易。

26. 在2019年7月下旬，被告甲在珠海吸食了其於2019年7月下旬從澳門購買及持有的毒品“可卡因”。

27. 司警人員接獲情報，消息指有一名香港男子在本澳向活躍夜場人士販賣毒品，於是進行監視及調查。

28. 2019年7月29日晚上8時45分，司警人員在氹仔大連街近至尊花城第三座附近見到被告丁與被告甲接觸後迅速分開，形跡可疑，於是進行截查。

29. 2019年7月12日至2019年7月29日期間，被告甲至少10次與被告丁進行毒品交易。

30. 2019年5月至2019年7月期間，被告戊多次向被告乙購買毒

品“可卡因”，其中三次是與被告丁進行毒品交易。

31. 被告丁在本澳從事販毒活動期間，至少出售了約30克毒品“可卡因”。

32. 調查期間，司警人員在被告甲身穿的短褲左邊褲袋內搜出一張白色紙巾，該紙巾包裹著3個透明膠袋，每個透明膠袋內均裝有白色顆粒，連包裝分別約重1.30克、1.31克、1.33克，共重約3.94克；以及在被告甲的手提袋內搜出兩部黑色手提電話、一部白金色手提電話、澳門幣陸佰元(MOP\$600.00)及港幣壹萬叁仟肆佰元(HK\$13,400.00)現金。

33. 司警人員在被告丁身上搜出一部銀黑色手提電話、一部玫瑰金色手提電話、一張房卡([酒店(4)]1108號房)、壹佰肆拾美元(USD 140.00)及港幣壹仟陸佰元(HK\$1,600.00)現金。

34. 司警人員在被告丁入住的[酒店(4)]1108號房的保險箱內搜出以下物品：

三個紅色利是封；

一把黑色膠柄剪刀；

一把白色膠匙羹；

一個黑色皮套，內有一個銀黑色電子磅；

一個白色紙盒，盒內藏有三十包棗紅色密封膠袋包裝的物品，每個透明膠袋內均裝有白色顆粒，共重約38.51克；

一個黑色手提袋；

一個透明膠袋，袋內裝有白色顆粒，連膠袋約重24.62克；

一個中型透明膠袋，內裝有二十個小透明膠袋，每個小透明膠袋內裝有白色顆粒，共重約24.03克；

兩個透明膠袋；

三個大透明膠袋(每個膠袋內裝有數十個小透明膠袋)；

人民幣壹仟元(RMB\$1,000.00)現金；

港幣叁萬元(HK\$30,000.00)現金。

35. 上述手提電話是被告丁從事販毒活動時所使用的通訊工具，以及上述其中一部手提電話(電話號碼為XXXXXXXX)是被告甲

從事販毒活動時所使用的通訊工具；上述港幣叁萬元(HK\$30,000.00)現金(司警人員在[酒店(4)]1108號房搜獲)現金是被告丁的犯罪所得。

36. 經仁伯爵綜合醫院對被告甲進行尿液檢驗，證實被告甲對可卡因(Cocaine)呈陽性反應。

37. 經化驗證實，在被告甲的左邊褲袋內搜獲的一張白色紙巾包裹的三包以透明膠袋包裝的結塊狀乳酪色粉末，含有第17/2009號法律附表一B所管制之“可卡因”成份，淨量3.294克，經定量分析，“可卡因”百分含量為63.0%，重2.08克。在被告丁所租住的[酒店(4)]1108號房的保險箱內搜獲的三十包以紅色封裝包裝的棕色粉末，含有第17/2009號法律附表二A所管制之“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”成份，淨量19.915克，經定量分析，“二甲(甲烯二氧)苯乙胺”百分含量為80.8%，重16.1克；一包以透明膠袋包裝的結塊狀乳酪色粉末，含有第17/2009號法律附表一B所管制之“可卡因”成份，淨量23.888克，經定量分析，“可卡因”百分含量為67.9%，重16.2克；一個大透明膠袋內裝有二十包以透明膠袋包裝的結塊狀乳酪色粉末，含有第17/2009號法律附表一B所管制之“可卡因”成份，淨量19.686克，經定量分析，“可卡因”百分含量為58.3%，重11.5克。

38. 被告乙及被告丁在自由、自願及有意識的情況下，與他人共同決意，分工合作，故意向他人出售受法律管制之毒品。

39. 被告甲在自由、自願及有意識的情況下，故意購買及不法持有受法律管制之毒品，而持有的毒品超過每日用量參考表內所載數量的五倍。

40. 被告甲在自由、自願及有意識的情況下，故意在澳門購買及不法持有受法律管制之毒品，以供個人吸食。

41. 被告戊在自由、自願及有意識的情況下，故意取得受法律管制之毒品，目的是供個人吸食。

42. 四名被告的上述行為未得到任何法律許可。

43. 四名被告明知上述毒品之性質及特徵。

44. 四名被告清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

- 同時，亦證明下列事實：

根據刑事紀錄證明，被告甲為初犯。

被告甲的個人及家庭狀況如下：

被告甲被羈押前為[集團]股東，月入平均港幣 15 萬元。

需供養父親、妻子及二名未成年子女。

學歷為高中畢業。

三、法律

如前所述，上訴人提出的問題主要有 3 個，分別是：審查證據方面的明顯錯誤及違反“疑罪從無”原則、法律適用錯誤及量刑過重。

1. 我們首先分析第一個問題。

上訴人辯稱，第 17/2009 號法律第 25 條所規定的法醫學鑒定對發現事實真相至關重要，但在本案偵查階段卻沒有進行該鑒定，以查明上訴人對藥物依賴的狀況、所吸食毒品的種類及在進行鑒定

時上訴人的身體及心理狀況；並以此為基礎批評被上訴裁判在審查證據方面存在明顯錯誤，並且違反了“疑罪從無”原則。

根據第 17/2009 號法律第 25 條的規定，在因該法第 14 條或第 15 條所指犯罪而提起的訴訟程序中，有權限司法當局在偵查或預審期間一旦獲悉嫌犯在對其歸責的事實發生之日為藥物依賴者，並且案卷中沒有任何文件證明其藥物依賴狀況，則須命令進行緊急的法醫學鑒定；進行該鑒定的診斷及鑒定檢查程序旨在訂定嫌犯對藥物依賴的狀況、所吸食物品的性質及在進行法醫學鑒定時嫌犯的身體及心理狀況。

換言之，上述法醫學鑒定應在案件的偵查或預審階段進行，以反映嫌犯在犯案時對藥物的依賴狀況及身體和心理狀況。

在本案中，確實沒有對上訴人進行法醫學鑒定。姑且不論其原由，是否由於當時沒有跡象顯示上訴人為藥物依賴者而未進行鑒定，事實上，上訴人從未在偵查階段(或在其後的任何訴訟階段)提出有關要求。

首先應該指出，法醫學鑒定並非查明上訴人所聲稱的藥物依賴狀況的唯一且必需的方式，根據第 17/2009 號法律第 25 條第 1 款的規定，僅在案卷中沒有任何文件證明藥物依賴狀況的情況下才進

行有關鑒定。

即使遺漏進行鑒定構成《刑事訴訟法典》第 107 條第 2 款 d 項所指偵查不足的無效，該無效亦因無人於第 107 條第 3 款 c 項所規定的期限內提出爭議而已獲得補正。

眾所周知，“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。”¹

在本案中，有關上訴人是否有“毒癮”的事實，本終審法院在將案件發回重審的 2020 年 11 月 27 日合議庭裁判中指出：

「被上訴的兩級法院均“認定”了控訴書內所載的內容，即該上訴人有“吸食毒品的習慣”……。

但是，正如本院以前在審理相同問題時所指出的，“(單純)‘吸食毒品的習慣’，也可以稱為‘慣性吸食’(或者‘有一定規律性’的吸

¹ 參閱終審法院於 2001 年 3 月 16 日、2003 年 1 月 30 日、2003 年 10 月 15 日及 2004 年 2 月 16 日分別在第 16/2000 號、第 18/2002 號、第 16/2003 號及第 3/2004 號案件中作出的合議庭裁判。

食)，與‘偶然吸食’(或偶而吸食)相反，它並不同於‘持續及長期吸食’的情況，後者會令吸食者產生‘依賴症候群’(俗稱‘毒癮’)或者‘生物化學上的成癮’，其特徵是一種造成‘毒品依賴關係’的行為”(見本院 2020 年 7 月 31 日第 51/2020 號案的合議庭裁判)。

這樣的話，我們就無法理解是基於何種理由“認定”了相關“事實”(它原封不動地抄錄了控訴書中的內容)，並在之後說明形成心證的理由時指出，上訴人在審判聽證中作出聲明表示“其從 2016 年起開始吸食毒品”，並且“有‘毒癮’”(見 878 頁)，但除此之外卻沒有作出任何其他說明，尤其是該等事實—是否確實經過調查及衡量，以及是否—應當被“認定”(或者“不予認定”)，因為正如我們同樣曾指出的，“被告(被證實)有‘毒癮’的狀況可能會令法院得出‘相關事實的不法性’符合經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 11 條所規定的‘相當減輕’這一情形的判斷”……。

因此，我們認為理應而且必須得出的結論是：在相關部分及事宜上，被上訴裁判存有“已認定事實不足以支持裁判”的瑕疵(見澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項)，它屬於“依職權審理”的瑕疵……，所以必須根據澳門《刑事訴訟法典》第 418 條的規定發回重審，並在重審後作出(新的)裁決。」

簡言之，本院將案件發回重審的目的是要查明上訴人是否如其所言“有毒癮”，而非僅有“吸食毒品的習慣”。

初級法院在經過重審後仍然認定上訴人“有吸食毒品可卡因的習慣”(第 11 點事實)。

就上述事實，初級法院在合議庭裁判的“事實之判斷”中指出：

「經過庭審，根據嫌犯甲的供述、乙及丁的證言及對甲進行的尿液檢驗，可以肯定嫌犯甲有吸食毒品“可卡因”的習慣。

嫌犯甲指其有“毒癮”，而“毒癮”表現為吸毒者對毒品的依賴，包括心理依賴和生理依賴，……。

嫌犯甲的吸毒習慣應屬於心理依賴的範疇。

然而，就生理依賴方面，除嫌犯甲表示其身體有戒斷症狀外，目前卷宗內沒有這方面的客觀證據，不論嫌犯甲的醫生檢查報告(見第45頁)或是路環監獄的社會報告(見第714至717頁)均沒有提及該嫌犯曾出現毒品依賴的戒斷症狀，同時，在本案訴訟程序中亦沒有進行相關的法醫學鑑定(見第17/2009號法律第25條)。

基於此，本院未能認定嫌犯甲存有“毒癮”。」

從初級法院的判決得知，除了認定上訴人“有吸食毒品可卡因的習慣”之外，該院還在合議庭裁判的“事實之判斷”中指出“嫌犯甲的吸毒習慣應屬於心理依賴的範疇”。

中級法院確認了初級法院認定的事實，並且在對上訴人提出的問題（“在審查證據方面明顯有錯誤/違反疑罪從無原則”）作出審議時指出：「原審法院對於案中的各方面證據，包括上訴人的聲明、證人的證言、卷宗內所載的書證，進行綜合及客觀分析之後形成心證，認定上訴人吸毒習慣僅屬於心理依賴的範疇，案中沒有客觀證據顯示上訴人對毒品“可卡因”存在生理依賴之情形，其中，並沒有出現違反證據價值法則，也沒有違反職業準則，即，不存在違反存疑從無原則」。

從初級法院的判決及現被上訴的中級法院裁判的上述內容可以看到，該兩級法院認定上訴人的吸毒習慣屬於心理依賴的範疇，由此可推知，該兩級法院認定上訴人對毒品有“心理依賴”。

必須重申的是，本終審法院決定將案件發回重審，目的在於查明上訴人是否“有毒癮”。

法院認定的事實顯示，上訴人有吸食毒品的習慣，在香港及澳門多次向他人購買毒品“可卡因”，在被羈押的前半年平均每星期購

買兩次，每次購買8000港元(合共十小包，每包800港元)；在2019年7月12日至7月29日期間，上訴人至少10次購買毒品。

必須強調的是，如果法院認定上訴人對毒品有“心理依賴”，那麼應該將該事實列於“已認定事實”之列，而非在判決的理由說明部分(“事實之判斷”)指出。如未認定該事實，則更不應在“事實之判斷”中肯定地指出上訴人的吸毒習慣屬於心理依賴的範疇。

另一方面，初級法院及中級法院皆認為案中沒有證據顯示上訴人對毒品存有生理依賴，故作出上訴人並非藥物依賴者的判斷。

檢察院在對上訴理由作出回應時引用了內地和香港有關藥物依賴方面的資料及葡萄牙的司法判例，從中可以看到，普遍認為藥物依賴(藥物成癮)有心理依賴及生理依賴之分。

在香港特別行政區保安局禁毒處的宣傳資料中，將藥物依賴/成癮定義為“持續地使用藥物，會對藥物產生生理或心理上依賴”，而且“心理上的依賴可能比生理上的依賴出現得更快”。

河北省戒毒管理局及四川省廣元市精神衛生中心的宣傳資料也分別對藥物/毒品的心理依賴及生理依賴作出定義和說明(有關資料在此視為完全轉錄，不予贅述)。

簡言之，藥物依賴包括心理依賴和生理依賴，這是初級法院及中級法院皆認同的。

在高度尊重不同見解的前提下，我們認為，如果判斷吸毒者對毒品有心理依賴，則應該認定其有“毒癮”，為藥物依賴者，因為無論是心理上的依賴，還是生理上的依賴，或兩者兼而有之，均為藥物依賴的表現。

在此有必要重申我們在第 51/2020 號及第 193/2020 號裁判中已發表的如下看法：「“吸食毒品的習慣”，也可以稱為“慣性吸食”(或者“有一定規律性”的吸食)，與“偶然吸食”(或偶爾吸食)相反，它並不同於“持續及長期吸食”的情況，後者會令吸食者產生“依賴症候群”(俗稱“毒癮”)或者“生物化學上的成癮”，其特徵是一種造成“毒品依賴關係”的行為。這種關係被(世界衛生組織)視為人體對於一種毒品在生理上及/或心理上有需求的狀態，而這種狀態會引發由持續長期吸食所帶來的一連串反應，使相關人員體驗到“無法控制的吸食慾望”，若戒斷則可能會造成“混亂”和“喪失能力”的情況。」

考慮到本案的具體情況，包括上訴人開始吸食毒品的時間、購買毒品供個人吸食的頻率和數量以及初級和中級法院就上訴人對毒

品有心理依賴所作的判斷，應該認為該兩級法院在未能認定上訴人有“毒癮”方面存有錯誤，違反了有關藥物依賴方面的一般常識，因為從上訴人對毒品有心理依賴的事實出發，明顯應該得出上訴人為藥物依賴者的結論。

上訴人提出的上訴理由成立。

2. 根據《刑事訴訟法典》第418條第1款的規定，如果出現第400條第2款各項所指的瑕疵，而上訴法院不可能對案件作出裁判，則應該將案件發回重審。

考慮到本案的具體情況，以及初級法院已根據本院於2020年11月27日作出的裁判對案件進行了重審的事實，再次將案件發回重審並無實際意義。

另一方面，是否將案件發回重審的其中一個前提是上訴法院“不可能對案件作出裁判”。

在本案中，雖然本院認為存在第400條第2款c項所指的瑕疵，但基於初級及中級法院已作出上訴人對毒品有心理依賴的認定，故

本院現已具備條件對案件作出裁判。

上訴人提出以第 17/2009 號法律第 11 條所規定及處罰的“較輕的生產和販賣罪”對其作出處罰的主張。

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。

第 11 條則規定，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 7 條至第 9 條所敘述的事實的不法性相當輕，則行為人按較輕的生產和販賣罪論處。在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所附每日用量參考表內所載數量的五倍。

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，其中，法院應特別考慮毒品的數量。

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。²

簡言之，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所作的判斷。

在 2020 年 7 月 31 日於第 51/2020 號案件中作出的合議庭裁判中，本院曾認為，毒品依賴可以是第 11 條第 1 款所規定的顯示事實的不法性相當輕微的情節。

因此，基於上訴人對毒品有心理依賴的認定，應該認為上訴人的行為符合第 11 條所規定的情況，應適用該條第 1 款第 1 項的規定對上訴人作出處罰。

3. 在量刑方面，上訴人提出了特別減輕刑罰的主張，認為存在《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項所述的特別減輕情節。

² 終審法院於 2018 年 10 月 31 日、2018 年 11 月 21 日及 2020 年 1 月 22 日分別在第 71/2018 號、第 74/2018 號及第 126/2019 號案件中作出的合議庭裁判。

關於特別減輕刑罰，《刑法典》第 66 條第 1 款規定了一般前提要件，在第 2 款 a 項至 f 項則列舉了為此效力而尤其應該考慮的情節，包括行為人是否“作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害盡其所能作出彌補”—c 項。

必須強調的是，第 66 條第 2 款所指的任何一項情節的成立並不必然引致刑罰的特別減輕，因為適用該制度的實質前提是在犯罪前後或犯罪時存在明顯減輕犯罪事實的不法性、行為人的罪過或刑罰的必要性的情節，一如第 66 條第 1 款所明確規定的那樣。

根據 Figueiredo Dias 教授的觀點，“只有在下列情況下，才可認為過錯和預防需要的減輕屬於明顯：即來源於減輕情節的事實總體印象表現出一種如此嚴重的減輕，以致可合理地推斷出立法者在為某類行為確定其一般的量刑幅度時，沒有預料到這種情況。因此，我們的司法見解—以及跟隨這些見解的理論學說—所堅持的以下觀點是完全有道理的：刑罰的特別減輕只有在特別或例外情況下才能發生；在多數情況下，對於‘正常’的案例，應該適用正常的刑幅，在其本身的上下限範圍內選擇刑罰”。³

司法見解也一直認為，對於特別減輕刑罰而言，重要的是證明

³ Figueiredo Dias 著：《Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime》，第 306 頁。

事實的不法性、行為人的過錯或刑罰的必要性明顯減輕。也就是說，只有從事實的總體印象能夠得出事實的不法性、行為人的過錯或刑罰的必要性明顯減輕的結論的情況下，才應該對刑罰予以特別減輕。

在本案中，上訴人認為，法院應考慮其為初犯、在訴訟期間表現出悔意、本案具體案情及其個人條件和經濟狀況等因素而根據《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項的規定特別減輕刑罰，判處其 3 年徒刑，但被上訴裁判卻作出了不同的決定，違反了《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款 a 項、b 項、c 項和 d 項以及第 66 條第 2 款 c 項的規定。

上訴人在現行犯情況下被拘留，警方在其身上搜獲毒品，故其承認吸毒的行為不能被視為“顯示真誠悔悟之行為”，無法達到上訴人所期望的特別減輕刑罰的效果。

事實上，上訴人沒有作出任何確實反映其真實悔悟的行為，而僅僅是表示悔意。

即使考慮上訴人指出的其他因素，本院也不認為他的結論是正確的。

考慮到本案的具體情況，實不能得出涉案犯罪事實的不法性、上訴人的過錯或刑罰的必要性明顯減輕的結論，我們所面對的並非是應該特別減輕刑罰的特別或例外的情況。

上訴人關於特別減輕刑罰的請求明顯不成立。

另一方面，根據澳門《刑法典》第 40 條第 1 款的規定，科處刑罰的目的不單只是為了要使行為人重新納入社會，還要保護法益。

按照澳門《刑法典》第 65 條的規定，刑罰的確定須“在法律所定之限度內”及“按照行為人之罪過及預防犯罪之要求”(無論是一般預防還是特別預防之要求)來作出，並要考慮所有在卷宗內查明的相關因素，尤其是那些於該條第 2 款 a 項至 f 項所列明的因素。

在本案中，上訴人非為本澳居民，卻在自由、自願及有意識的情況下在澳從事犯罪活動，至少在被羈押的前半年內多次向他人購買毒品，包括在本案中被扣押的毒品。

上訴人為初犯，亦承認購買毒品供個人吸食。但上訴人在現行犯情況下被拘留，警方當場在其身上搜獲毒品，故自認的減刑效果不大。

就刑罰的目的而言，考慮到上訴人開始吸食毒品的時間以及在被羈押前購買毒品的數量和頻率，本院相信特別預防犯罪的要求較高。

另一方面，考慮到澳門社會一直以來都存在著與吸毒有關的嚴重問題這一現實情況，一般預防犯罪的要求亦十分緊迫。

對上訴人被判處的罪行可處以 1 年至 5 年徒刑。

考慮到本具體個案的所有情節，以及《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定，我們認為在相關犯罪的刑幅範圍之內判處上訴人 2 年 6 個月徒刑是適當的。

基於犯罪的特別預防及一般預防的要求，本院決定不暫緩執行上述刑罰，因為僅對上訴人的犯罪行為作出譴責並以監禁作為威嚇並不足以適當實現處罰的目的(《刑法典》第 48 條第 1 款)。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴部分勝訴，改判上訴人觸犯第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款結合第 11 條第 1 款所規定及處罰的

犯罪，判處 2 年 6 個月徒刑。

因其上訴部分敗訴，上訴人應繳納訴訟費用，司法費訂為 4 個計算單位。

裁判書制作法官 宋敏莉

第一助審法官 司徒民正

第二助審法官 岑浩輝

2021 年 10 月 15 日