

上訴案第 1120/2017 號

日期：2018 年 6 月 14 日

主題：

- 第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及 3 款的適用
- 證實了吸毒和販毒行為
- 刑罰的特別減輕
- 量刑
- 緩刑

摘 要

1. 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」。
2. 然而，如此適用的前提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。
3. 第 14 條第 3 款中所謂的“計算在內”，僅僅也是為了計算上的考慮，絕對沒有在同時證實嫌犯的販毒和吸毒行為的前提下，將吸毒罪予以吸收的考慮。
4. 為獲得特別減輕刑罰，必須因為存在構成該效力的情節而顯示出事實之不法性、行為人之罪過或者減輕刑罰之必要性明顯減輕的狀況。
5. 如果行為人一直保持良好行為並在犯罪之後作出顯示其真誠悔悟的行為，根據刑法典第 66 第 2 款 c、d 項的規定，可以特別減輕刑罰，但不是必然的。

6. 單純證明上訴人在偵查期間所表現出的與警方合作的態度，不可能具有《刑法典》第 66 條第 1、2 款所規定的明顯減輕其犯罪的不法性以及懲罰的必要性的特別減輕情節，充其量其自認及合作態度只能以《刑法典》第 65 條的量刑情節作一般性考慮。
7. 法律給予法院在刑法規定的刑幅間依此原則及標準選一合適刑罰的自由，只要沒有明顯“罪刑不符”及“刑罰明顯”過重的情況，上訴法院是儘量不介入審查的。
8. 《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的緩刑制度，是在一定的形式及實質前提之下，法官得暫緩執行具體量刑不超過 3 年的徒刑。這個決定乃建基於對行為人有利的社會評價以及考慮到犯罪預防（特別預防和一般預防）的需要，即指法院經過整體考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節時候，而得出僅對事實作譴責並以監禁作威嚇足以適當及足以實現處罰的目的，可預見行為人受到刑罰的威嚇和譴責後，即會約束自己日後行為舉止，從而不再實施犯罪，以及即使徒刑被暫緩執行，亦不致動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，無削弱法律的權威和尊嚴的結論的前提下，對判處的徒刑決定予以緩期執行。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 1120/2017 號

上訴人：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兩名嫌犯：

- 嫌犯 B 為直接正犯，以既遂行為觸犯：
第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的十項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪；
- 嫌犯 A 為直接正犯，以既遂行為觸犯：
第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款及第 14 條第 2 及 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，以及同一法律第 15 條所規定及處罰的一項不適當持有器具或設備罪。

並請求初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR1-17-0216-PCC(現為 CR5-17-0169-PCC)號案件中，經過庭審，最後判決：

第一，本案對第一嫌犯 B 的判處：

1. 檢察院指控第一嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的八項不法販賣麻醉藥品及精神

藥物罪，判處罪名不成立；

2. 檢察院指控第一嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定和處罰的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，予以改變法律定性，改為判處嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款所規定和處罰的一項輕量生產及販賣麻醉藥品及精神藥物罪(舊法)，判處一年九個月的徒刑；
3. 對第一嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯第 10/2016 號修改之第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定和處罰的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，判處六年三個月徒刑；
4. 二罪競合處罰，合共判處七年實際徒刑。

第二，本案對第二嫌犯 A 的判處：

1. 檢察院指控第二嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款及第 14 條第 2 及 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，應予改變法律定性，改為判處第二嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及 3 款、結合第 11 條所規定及處罰的一項輕量的生產和販賣 (含吸毒要件)，判處二年七個月徒刑；
2. 對第二嫌犯以正犯及既遂方式觸犯經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 15 條規定和處罰的一項不適當持有器具或設備罪，判處五個月徒刑；
3. 二罪競合處罰，合共判處二年九個月實際徒刑。

上訴人不服判決，向本院提起了上訴，在其上訴理由中作了陳述：

1. 就原審法院在確定刑罰份量方面，在此保持充分的尊重，上訴人被判處兩年七個月之實際徒刑，原審法院在確定刑罰份量方面是略高的。

2. 根據被上訴判決已證事實第 15 點所述，上訴人所持有之毒品為“甲基苯丙胺”淨含量共 1.72 克及“氯胺酮”淨含量共 0.120 克，當中“甲基苯丙胺”為法定每日參考用量的 8.6 倍，相較其他同類型販毒案件，上訴人所持有的份量較少。
3. 由上訴人被警方查獲時起，上訴人便願意與警方合作，這便是上訴人後悔的表現，而根據上訴人所提供的資料，警方亦成功捕獲本案中的第一嫌犯 B，上訴人所提供的資料對於警方逮捕第一嫌犯起了決定性作用。
4. 另外，根據上訴人之刑事紀錄顯示，上訴人屬於初犯。
5. 更甚者，上訴人除了需供養一名未成年兒子外，其更患上癌症三期並需定期前往香港接受治療。
6. 根據中級法之合議庭裁決（參閱中級法院合議庭裁決 638/2010 及 856/2010），其認為在《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準中指出：犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者是指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的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者則指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且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。為此，賦予審判者刑罰之確定之自由並不是隨心所欲的，而是受到法律約束之司法活動，對法律的真正適用。
7. 由此可知，審判者在量刑時，亦須根據《刑法典》第 40 條之規定，科處刑罰旨在保護法益及使行為人重新納入社會。
8. 根據《刑法典》第 65 條第 1 款之規定，原審法院合議庭在量刑時，為預防犯罪之要求，故亦需考慮上訴人能重返社會的要件。
9. 換言之，但原審法院須根據《刑法典》第 65 條之規定，按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之，同時

也須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，例如：

- a) 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；
- b) 故意或過失之嚴重程度；
- c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；
- d) 行為人之個人狀況及經濟狀況；
- e) 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；
- f) 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。

10. 正如中級法院 788/2010 號裁判第 6 頁寫道：「我們不是生活在真空下，法律本身也容許對一些較輕情節的行為作出比較寬容的處罰，正如我們的刑罰的目的一樣，徒刑只有在最後的情況下在予以運用」。

11. 換言之，法院在確定刑罰之份量時，須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，對上訴人作出輕判的處罰。

12. 再者，根據《刑法典》第 66 條的規定，「一、除法律明文規定須特別減輕刑罰之情況外，如在犯罪之前或之後或在犯罪時存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節，法院亦須特別減輕刑罰。二、為著上款之規定之效力，尤須考慮下列情節：...c) 行為人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；d) 行為人在實施犯罪後長期保持良好行為；...」。

13. 根據上述法律規定，由於上訴人在案發日起至今一直保持良好行為，而且願意與警方合作並逮捕如第一嫌犯 B，符合上述法律 c 項及 d 項的規定，法院須特別減輕刑罰。

14. 根據《刑法典》第 67 條的規定，「一、如有特別減輕刑罰之情況，在可科處之刑罰之限度方面，須遵守下列規定：a) 徒刑之最高限

度減三分之一；b)徒刑之最低限度為三年或超逾三年者，減為五分之一；少於三年者，減為法定之最低限度；...」。

15. 根據上述法律規定，上訴人的一項較輕的生產和販賣罪的刑幅應由一年至五年降低為一個月至三年四個月。
16. 因此，應對上訴人重新量刑，並處以較輕之刑罰，並判處其一項較輕的生產和販賣罪一年六個月之徒刑更為適合，競合上訴人一項不適當持有器具或設備罪，合共判處一年九個月之徒刑為適合，並暫緩執行之。

請求：綜上所述，請求尊敬的中級法院法官 閣下作出如下裁判：
接納本上訴；重新對科處上訴人的刑期作出量刑。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 根據原審法院裁判，合議庭對第二嫌犯 A 觸犯的罪行判刑如下；對第二嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款及第 14 條第 2 及 3 款所規定及處罰的一項不法販賣罪更改法律定性，改為判處第二嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 14 條第 2 及 3 款、結合第 11 條所規定及處罰的一項較輕的生產和販賣罪（含吸毒要件），判處兩年七個月徒刑；對第二嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 15 條規定及處罰的一項不當持有器具罪，判處五個月徒刑；二罪競合處罰，合共應判處兩年九個月實際徒刑。
2. 上訴人認為量刑過重：其自案發日起至今一直保持良好行為，而且願意與警方合作並逮捕本案的第一嫌犯 B，符合《刑法典》第 66 條 c)及 d)項的規定，應判處一年六個月之徒刑更為適合，競合另一項不適當持有器具或設備罪，合共判處一年九個月之徒刑，並暫緩執行之。
3. 然而，本檢察院未能完全認同上訴人的見解；

4. 根據被上訴裁判中「(三)事實之分析判斷」第三段內容，上訴人於2017年2月28日上午被警方截查及發現身上藏有冰毒，及後表示願意與警方合作，除供出第一嫌犯B外，更願意向第一嫌犯購毒及送貨；隨後於約定時間上訴人與第一嫌犯進行毒品交收時警方將第一嫌犯拘捕。由此可見，上訴人的行為對警方逮捕第一嫌犯起著一定的作用。
5. 然而，亦同時需要考量本案的證據，尤其是上訴人與第一嫌犯的短訊記錄（見卷宗第42頁及44頁），根據上述短訊證據，亦可見上訴人（電話號碼62XXXXXX）與第一嫌犯（電話號碼65XXXXXX）有毒品交易的訊息，而且結合第20至26頁的短訊記錄，亦有上訴人向不同電話號碼的持有人販毒及交收毒品的內容，由此亦可證實上訴人不止吸食毒品，亦會參與販賣毒品。
6. 上訴人雖然在偵查之初配合警方，但是，其在庭上保持沉默而非坦白交待犯罪事實，故此，不能認定上訴人已是真誠悔悟，以及長期保持良好行為，故此，原審法院在量刑上，僅能作出上訴人不會因沉默而受不利後果之判斷，而不會因此按《刑法典》第66條而減輕上訴人的刑罰。
7. 為此，考慮到經第10/2016號法律修改之第17/2009號法律第14條第2及3款、結合第11條所規定的刑幅為一至五年徒刑，以及上訴人持有作販賣的毒品份量，原審法院判處二年七個月的徒刑是合適的，而另一項不當持有器具罪判處五個月徒刑亦是合理，不存在量刑過重的情況。
8. 上訴人是初犯，且身患有癌症第三期，需定時前往香港醫院就診（見卷宗第200頁及其他罪多的醫療報告）。
9. 最後，當考慮到一般預防及特別預防的需要，以及本案的所有情節，尤其是未能證實第二嫌犯至少10次向第一嫌犯購買毒品（見卷宗第388頁背頁的「未證事實」），僅能證實第二嫌犯兩次從第一嫌犯手上取得毒品以作販賣及自行吸食，本檢察院認為，僅對事實作譴責並以監禁作威嚇足以實現處罰之目的。

10. 因此，針對二年九個月徒刑的判刑，本檢察院不反對給予緩刑。

綜上所述，本檢察院認為應裁定上訴理由部分成立，並適用《刑法典》第 48 條緩刑的規定。

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

2017 年 9 月 29 日，初級法院判處嫌犯 A 以直接正犯及既遂方式觸犯 1 項經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 3 款結合第 11 條規定及處罰之「較輕的生產和販賣罪」，判處 2 年 7 個月徒刑，及 1 項同一法律第 15 條規定及處罰之「不當持有器具罪」，判處 5 個月徒刑，兩罪競合，共處以 2 個 9 個月實際徒刑。

嫌犯 A 不服上述合議庭裁判，現向中級法院提起上訴。

在其上訴理由陳述中，上訴人 A 指出其應符合特別減輕之情節，指責被上訴的合議庭裁判量刑過重，違反了《刑法典》第 66 條第 2 款 c、d 項、第 67 條、第 40 條、第 65 條，從而應給予緩刑。

對於上訴人 A 的上訴理由，我們認為部分成立。

1.關於《刑法典》第 66 條第 2 款 c、d 項、第 67 條、第 40 條、第 65 條之違反

在其上訴理由中，上訴人 A 認為其自案發日起至今一直保持良好行為，且在偵查時願意與警方合作並逮捕了同案第一嫌犯 B，足以構成《刑法典》第 66 條第 2 款 c、d 項之特別減輕情節。

在充份尊重其他意見的前提下，我們認為上訴人 A 在庭上保持沉默，沒有認罪，亦未見有真誠悔悟，而自案發日至今長期保持良好行為更不知從何談起，因而未能符合《刑法典》第 66 條第 2 款 d 項所規定的特別減輕情節。

正如終審法院於 2001 年 9 月 26 日在第 14/2001 號上訴案件中所指出：

“澳門《刑法典》第 66 條規定的刑罰之特別減輕的前提是，在犯罪之前或之後或在犯罪時存在明顯減輕事實之不法性或行為人的罪過的情

節，或明顯減少刑罰之必要性的情節，也就是說，不僅要有明顯減輕事實的不法性或行為人罪過的情節，而且還要有明顯減少刑罰之必要性的情節，即明顯減少預防的要求之情節。……司法見解一向認為，減輕情節的多寡絕對不能必然導致特別減刑，而是必須表明事實的不法性、行為人的罪過或刑罰的必要性明顯減。也就是說，只有在評價具體案件中出現的所有情節之後，如果事實的整體形象產生了事實不法性、行為人罪過和刑罰的必要性明顯減輕的結果，才應使用刑罰的特別減輕。”

該案亦引用了 Jorge de Figueiredo Dias 教授的理論：

“只有當事實的整體形象由於(各)減輕情節的作用其嚴重性大大減輕，以至於理所當然地推定，立法者在設定符合相關事實的罪狀之量刑幅度的正常限度時沒有想到該等情況，只有在這時才可以認為罪過或預防要求的減輕是明顯的。因此，我們的司法見解—法學理論亦然—堅持認為，只有在非常和例外情況下才使用特別減輕刑罰，這是完全有道理的：對於一般情況，對於“正常”情況，一概使用正常的量刑幅度，即本身的最高限度和最低限度。”（見《葡萄牙刑法，犯罪的法律後果》，第 306 頁）。

而在本具體個案中，我們認為，在逮捕同案第一嫌犯方面，卷宗存有決定性證據，而上訴人 A 沒能提供起到決定性作用之證據，尤其未能對揭示「販毒罪」的所有實質真相作出貢獻。因此，上訴人 A 在偵查期間所表現出的與警方合作的態度，也不可適用《刑法典》第 66 條第 2 款 C 項之特別減輕之規定，因此，就其自認及合作態度只能以《刑法典》第 65 條之量刑情節作一般性考慮。

因此，我們認為，被上訴之合議庭裁判此部份量刑上沒有違反《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項、d 項之規定。

事實上，在量刑的問題上，我們看見被上訴法院在「較輕的生產和販賣罪」可處 1 年至 5 年徒刑的抽象刑幅間，判處上訴人 A 該犯罪以 2 年 7 個月徒刑，而與「不當持有器具罪」5 個月徒刑競合後，僅共處以 2 年 9 個月徒刑，可見在量刑的問題上，被上訴的合議庭實質上已考慮了上訴人 A 的具體情況，可以確定被上訴的合議庭已充分考慮了《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定了（見卷宗第 393 頁背面至第 395 頁）。

因此，我們認為，被上訴的合議庭對上訴人 A 所科處的刑罰是符合罪刑相適應原則的，並未違反《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定。

事實上，我們始終認同原審法院在量刑時在決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。

2.關於緩刑之適用

在適用《刑法典》第 48 條第 1 款之規定時，必須考慮是否滿足了緩刑的形或前提及實質前提。

刑式前提是指不超逾 3 年的徒刑，而不可以係其他非剝奪自由刑。

實質前提是指法院必須整體考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節、僅對事實作譴責並以監禁作威嚇是否可適當及足以實現處罰的目的，即以特別預防及一般預防作為給予緩刑的界限，具體地說，尚可預見行為人受到刑罰的威嚇和譴責後，即會約束自己日後行為舉止，從而不再實施犯罪，以及即使徒刑被暫緩執行，亦不致動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，無削弱法律的權威和尊嚴。

必須強調的是，緩刑的性質是一個真真正正的替代刑，而不僅僅是執行徒刑的特殊方式，不是暫時不執行的決定而已，且往往考慮到犯罪預防（尤其特別預防）的需要，被判刑人同時需要遵守某些行為規則等，這些都是需要在具體個案中具體考慮的。

在本案中，原審法院判處上訴人 A 以 2 年 9 個月徒刑，在形式上已符合了《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的要件。

而在實質要件方面，上訴人 A 為初犯，澳門居民，需供養父母及一名未成年人，且身患癌症第三期，需定期前往香港醫院就診（見卷宗第 200 頁及第 421 頁），結合其人格狀況，我們未能預見給予其緩刑，在一般預防上必然會動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，不利對法律的權威和尊嚴的維護，而在特別預防上，亦未見僅以監禁作威嚇和譴責不足以令上訴人 A 約束自己日後行為舉止，從而不再實施犯罪。

因此，在考慮緩刑時，不妨再給與其一次機會，以徒刑作威脅，使

上訴人 A 日後能約束其個人行為舉止，從而不再實施犯罪。

基於上訴人 A 被判處的徒刑未超逾 3 年，以及上述犯罪預防（尤其是特別預防方面）未見未獲滿足，我們認為，應根據《刑法典》第 48 條第 1 款之規定，給予上訴人 A 以暫緩執行所判處的 2 年 9 個月徒刑。

而考慮到上訴人 A 所實施行為後果的嚴重程度以及預防的目的，我們認為判處其暫緩執行徒刑的期限應不低於 4 年最為適宜。

綜上所述，我們認為，上訴人 A 指責被上訴的合議庭裁判違反《刑法典》第 66 條第 2 款 c、d 之規定是無道理的，其上訴理由卻仍然部份成立，應在維持判處上訴人 A 以 2 年 9 個月徒刑的情況下，根據《刑法典》第 48 條之規定，給予不低於 4 年的緩刑優惠。

二、事實方面

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- 於未能查明的日期開始，嫌犯 B 在本澳販賣毒品來賺取不法利益。
- 嫌犯 B 曾在珠海市夏灣向一名叫 C、別名“阿#”的毒品拆家購買“甲基苯丙胺”，然後駕駛其掛有中澳兩地車牌的輕型汽車 MM-XX-XX 把毒品運回澳門，再轉售予嫌犯 A，完成交易後嫌犯 B 會立即駕車返回珠海。
- 2016 年 2 月，嫌犯 A 曾向嫌犯 B 購買份量未查明之毒品“甲基苯丙胺”。
- 嫌犯 A 購買“甲基苯丙胺”時均致電 65XXXXXX 聯絡嫌犯 B，然後嫌犯 B 駕駛上述的白色輕型汽車 MM-XX-XX 到嫌犯 A 位於……街…號……大廈…樓…室居所的樓下進行交易（參閱卷宗第 40 及 41 頁的圖片）。
- 嫌犯 A 購買“甲基苯丙胺”後，會利用電子磅將毒品進行分拆、包裝，然後以每克澳門幣 800 元的價格將大約一半的毒品轉售予他人圖利，餘下的一半則留下供其個人吸食。

- 2017 年 2 月，司法警察局接獲線報指嫌犯 A 與毒品活動有關，遂於 2017 年 2 月 28 日早上派員前往筷子基一帶進行監視工作，直至同日中午約 11 時，司警偵查員在筷子基區近海擎天附近發現嫌犯 A 行蹤，於是將其截停並帶返警局調查。
- 司警偵查員在嫌犯 A 隨身的白色手袋內搜獲以下物品：
 1. 一個半透明藍色器皿，內有重約 2.28 克的白色晶體；
 2. 一包、連透明膠袋共重約 0.37 克的透明晶狀體；
 3. 一個半透明粉紅色小瓶，瓶內盛有透明液體，瓶上連有一支接有一塊黃色海綿的組裝膠管；
 4. 三條膠管；
 5. 一個煙斗型玻璃器皿；
 6. 一個連有兩個粉紅色球狀組件的玻璃器皿；
 7. 一個黑色電子磅；
 8. 數十個未使用過的透明膠袋（參閱卷宗第 13 及 14 頁的搜查及扣押筆錄）。
- 上述小瓶、膠管及玻璃器皿等物品均屬嫌犯 A 所有，為用作吸食毒品的工具，而上述的電子磅及透過膠袋是嫌犯 A 用作分拆及包裝毒品的工具。
- 司警檢察嫌犯 A 的手機後，發現內有多名人士曾向嫌犯 A 購買毒品的短訊（參閱卷宗第 22 至 26 頁的圖片）
- 在自願配合司警的情況下，A 致電 65XXXXXX 向嫌犯 B 購買毒品，並與嫌犯 B 約定在.....街...號.....大廈附近進行交易。
- 2017 年 2 月 28 日晚上約 8 時 50 分，司警偵查員在關閘口岸發現嫌犯 B 駕駛一輛掛有中澳兩地車牌的輕型汽車 MM-XX-XX 從內地進入澳門，於是對其進行跟蹤監視，當嫌犯 B 駛至.....街...號.....大廈附近時立即上前將其截停調查，並在嫌犯 B 穿著的外套的左邊袋內搜獲一包連透明膠袋共重約 10.53 克的白色晶體

(參閱卷宗第 34 頁的搜查及扣押筆錄)。

- 司警檢查嫌犯 B 的手機後，發現內分別有與毒品拆家“阿#”及嫌犯 A 交易毒品的短訊 (參閱卷宗第 43 頁及 44 頁的圖片)。
- 經鑑定證實，上述在嫌犯 A 手袋內搜獲的一支連接在半透明粉紅色小瓶上的膠管管口、其中兩條膠管及一個煙斗型玻璃器皿均有屬於嫌犯 A 的 DNA (參閱卷宗第 145 至 152 頁)。
- 經鑑定證實，上述在嫌犯 A 手袋內搜獲的一個由瓶蓋、組裝膠管、黃色海綿組成的粉紅色小瓶上、一個煙斗型玻璃器皿及一個連有兩個粉紅色球狀組件的玻璃器皿內均含有第 17/2009 號法律第四條附表 II-B 所管制的“甲基苯丙胺”、“苯丙胺”及“N,N-二甲基安非他命”的痕跡；其中兩條膠管內及黑色電子磅上均含有同一法律第四條附表 II-B 所管制的“甲基苯丙胺”的痕跡；而粉紅色小瓶內的透明液體含有同一法律第四條附表 II-B 所管制的“甲基苯丙胺”、“苯丙胺”及“N,N-二甲基安非他命”成份，共淨重 18 毫升 (參閱卷宗第 119 至 127 頁)。
- 經鑑定證實，在嫌犯 A 手袋內搜獲的一包藏在藍色膠盒內的白色晶體，淨重 2.455 克，經定量分析，“甲基苯丙胺”的百分含量為 70.1%，含量為 1.72 克；而該包白色粉末，淨重 0.171 克，經定量分析，“氯胺酮”的百分含量為 70.0%，含量為 0.120 克 (參閱卷宗第 136 至 142 頁)，當中，“甲基苯丙胺”為法定每日參考用量的 8.6 倍。
- 經鑑定證實，在嫌犯 B 身上搜獲的一包白色晶體，淨重 9.638 克，經定量分析，“甲基苯丙胺”的百分含量為 75.8%，含量為 7.31 克 (參閱卷宗第 136 至 142 頁)，為法定每日參考用量的 36.55 倍。
- 嫌犯 B 在自由、自願及有意識的情況下，為取得不法的利益，在未經許可下先後二次取得及不法持有上述毒品 (第 3 點及第 16 點)，目的是向第二嫌犯提供，並已向第二嫌犯出售了上述第 3 點的毒品甲基苯丙胺。

- 嫌犯 A 在自由、自願及有意識的情況下，在未經許可下購買及不法持有，以供個人吸食一半及向他人出售一半上述受法律管制之毒品甲基苯丙胺。
- 嫌犯 A 在自由、自願及有意識的情況下，使用且不適當持有上述器皿及膠管作吸食毒品的用途。
- 兩名嫌犯清楚知道上述毒品的性質及特徵，且明知其行為是法律所不容，會受法律制裁。
- 此外，審判聽證亦證實以下事實：
- 第一嫌犯聲稱為無業，須供養一名未成年人，具初中程度學歷。
- 第二嫌犯聲稱為無業，需供養父母及一名未成年人，具初中三年程度學歷。第二嫌犯稱患上癌症並需定期前往香港接受治療。
- 刑事紀錄證明顯示，第一嫌犯非為初犯，其刑事紀錄如下：
- 於 2011 年 6 月 17 日因觸犯一項作虛假之當事人陳述或聲明罪及一項偽造具特別價值之文件罪(案發日為 2007 年 10 月 16 日)，被初級法院第 CR2-08-0269-PCC 號卷宗合共判處壹年九個月徒刑的單一刑罰，緩刑二年，緩刑條件為須於 90 日內向澳門特別行政區支付澳門幣壹萬圓(MOP\$10,000)作為捐獻，相關判決已轉為確定。緩刑期屆滿，為此該案已作歸檔處理。
- 刑事紀錄證明顯示，第二嫌犯為初犯。

未證事實：

- 經庭審聽證，本案存在與控訴書已證事實不符之其他事實：
- 第一嫌犯向第二嫌犯提供至少十次含甲基苯丙胺之毒品；
- 第二嫌犯至少 10 次向第一嫌犯購買含甲基苯丙胺之毒品，每次澳門幣 6000 元約 10 克。

三、法律部份

上訴人的上訴理由集中在原審法院的量刑部分的決定。一方面認為原

審法院沒有考慮上訴人對警方逮捕了同案第一嫌犯 B 起到決定性的作用，應該在量刑上得到充分的考量，尤其是應該依照《刑法典》第 66 條第 2 款 c、d 項的特別減輕情節考量予以特別的減輕，以致作出緩刑的處罰。

在分析上訴理由之前，我們覺得有必要先看看原審法院的定罪的不適當之處，並且本院可以依職權作出審理。

(一) 經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及 3 款的適用

第二嫌犯 A 被控以直接正犯，以既遂行為觸犯第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款及第 14 條第 2 及 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，以及同一法律第 15 條所規定及處罰的一項不適當持有器具或設備罪。經過審理，原審法院改為判處第二嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及 3 款、結合第 11 條所規定及處罰的一項輕量的生產和販賣（含吸毒要件），判處二年七個月徒刑；以正犯及既遂方式觸犯經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 15 條規定和處罰的一項不適當持有器具或設備罪，判處五個月徒刑。

原審法院認定的事實顯示：

“經鑑定證實，在嫌犯 A 手袋內搜獲的一包藏在藍色膠盒內的白色晶體，淨重 2.455 克，經定量分析，“甲基苯丙胺”的百分含量為 70.1%，含量為 1.72 克；而該包白色粉末，淨重 0.171 克，經定量分析，“氯胺酮”的百分含量為 70.0%，含量為 0.120 克（參閱卷宗第 136 至 142 頁），當中，“甲基苯丙胺”為法定每日參考用量的 8.6 倍。”

我們知道，第 10/2016 號法律尤其對第 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 條及第 14 條的條文作出了新的規定：

“第十四條（不法吸食麻醉藥品及精神藥物）

一、不法吸食表一至表四所列植物、物質或製劑者，或純粹為供個

人吸食而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有表一至表四所列植物、物質或製劑者，處三個月至一年徒刑，或科六十日至二百四十日罰金；但下款的規定除外。

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

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

“第八條 (不法販賣麻醉藥品及精神藥物)

一、在不屬第十四條第一款所指情況下，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。”

正如原審法院說正確適用的那樣，嫌犯的行為發生在 2017 年 2 月 28 日，上述新的法律已經生效，自然應該適用第 10/2016 號法律。

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」。¹

然而，本案並不存在新法所擔心的問題。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。

我們需要指出的是，第 14 條第 3 款的計算在內，僅僅也是為了計算上的考慮，絕對沒有在同時證實嫌犯的販毒和吸毒行為的前提下，將吸毒罪予以吸收的考慮。

因此，原審法院證實，“嫌犯 A 在自由、自願及有意識的情況下，在未經許可下購買及不法持有，以供個人吸食一半及向他人出售一半上述受法律管制之毒品甲基苯丙胺”，以及“嫌犯 A 購買甲基苯丙胺後，會利用電

¹ 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。.....”

子磅將毒品進行分拆、包裝，然後以每克澳門幣 800 元的價格將大約一半的毒品轉售予他人圖利，餘下的一半則留下供其個人吸食”。

由於上訴人吸食日參照量的 4.3 倍，同時也販賣 4.3 倍，那麼，首先直接適用第 11 條（較輕販毒罪），然後適用第 14 條第 1 款的吸毒罪。

所以，原審法院沒有判處上訴人觸犯第 14 條第 1 款的吸毒罪的法律適用錯誤，應該予以糾正。

由於原審法院因為證實了嫌犯的吸毒行為才改判較輕的販毒罪，那麼，我們加判吸毒罪，並沒有違反控審檢分立原則。基於此，加判上訴人觸犯第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款的吸毒罪，並根據已證事實以及所顯示的犯罪情節，處以 5 個月的徒刑。

此刑罰將在審理完上訴所提出的刑罰的問題之後，在上訴不加刑的原則下，予以並罰。

我們接著看上訴的問題。

（一） 刑法的特別減輕

上訴人認為其自案發日起至今一直保持良好行為，且在偵查時願意與警方合作並逮捕了同案第一嫌犯 B，足以構成《刑法典》第 66 條第 2 款 c、d 項之特別減輕情節。

《刑法典》第 66 條第 1 款規定：“除法律明文規定須特別減輕刑罰之情況外，如在犯罪之前或之後或在犯罪時存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節，法院亦須特別減輕刑罰”。第 2 款列舉了根據第 1 款規定必須在審定減輕刑罰時考慮的各類情節。其中包括行為人做出顯示真誠悔過的行為(c 項)，或者一直保持良好行為(d 項)。

“第 2 款各項所指情況就其本身客觀存在而言，並不具備特別減輕刑罰的作用，它們必須同某一個將產生的作用相關：事實的不法性或者行為人(第

1 嫌犯) 罪過的明顯減輕。”²

Jorge de Figueiredo Dias 教授在論述這個問題時候指出：『只有當事實的整體形象由於(各)減輕情節的作用其嚴重性大大減輕，以至於理所當然地推定，立法者在設定符合相關事實的罪狀之量刑幅度的正常限度時沒有想到該等情況，只有在這時才可以認為罪過或預防要求的減輕是明顯的。因此，我們的司法見解—法學理論亦然—堅持認為，只有在非常和例外情況下才使用特別減輕刑罰，這是完全有道理的：對於一般情況，對於“正常”情況，一概使用正常的量刑幅度，即本身的最高限度和最低限度。』³

事實上，司法見解一直認為，為獲得特別減輕刑罰，必須因為存在構成該效力的情節而顯示出事實之不法性、行為人之罪過或者減輕刑罰之必要性明顯減輕的狀況。⁴

並非《刑法典》第 66 條第 2 款規定的任何情節或類似情節都可以起用刑罰的特別減輕機制，而是必須對犯罪行為人的總體行為表現進行判斷，以便對特別減輕進行衡量並找到具體刑罰的幅度。

如果行為人一直保持良好行為並在犯罪之後作出顯示其真誠悔悟的行為，根據刑法典第 66 條第 2 款 c、d 項的規定，可以特別減輕刑罰，但不是必然的。⁵

在本案中，原審法院在判決書中所認定的事實顯示，上訴人於 2017 年 2 月 28 日上午被警方截查及發現身上藏有冰毒，及後表示願意與警方合作，除供出第一嫌犯 B 外，更願意向第一嫌犯購毒及送貨；隨後於約定時間上訴人與第一嫌犯進行毒品交收時警方將第一嫌犯拘捕。由此可見，上訴人的行為對警方逮捕第一嫌犯起著一定的作用。但是，其在庭上保持沉默而非坦白交待犯罪事實，雖然法院不能作出對上訴人因沉默而承擔不利後果的決定，但是，法院至少不能就此認定上訴人已是真誠悔悟，以及長期保持良好行為的結論，以致在量刑上按《刑法典》第 66 條而減輕上訴人的刑罰。

² 見 Leal-Henriques 和 Simas Santos 的著作：“澳門刑法典”，澳門，1996 年，第 179 頁。

³ 參見其著作《葡萄牙刑法，犯罪的法律後果》，第 306 頁。

⁴ 參見終審法院於 2001 年 9 月 26 日在第 14/2001 號上訴案件中所作的判決。

⁵ 參見終審法院於 2008 年 7 月 30 日在第 24/2008 號上訴案件中所作的判決。

那麼,單純證明上訴人 A 在偵查期間所表現出的與警方合作的態度,不可能具有《刑法典》第 66 條第 1、2 款所規定的明顯減輕其犯罪的不法性以及懲罰的必要性的特別減輕情節,充其量其自認及合作態度只能以《刑法典》第 65 條的量刑情節作一般性考慮。

事實上,在量刑的問題上,我們看見被上訴法院在「較輕的生產和販賣罪」可處 1 年至 5 年徒刑的抽象刑幅間,判處上訴人 A 該犯罪以 2 年 7 個月徒刑,而與「不當持有器具罪」5 個月徒刑競合後,僅共處以 2 年 9 個月徒刑,明顯沒有過重之衷。

事實上,我們始終認為,原審法院在量刑時在決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。

上訴人這部分的上訴理由不能成立。

決定了這個問題,就要考慮上述加判處的吸毒罪之後的並罰問題。加判上訴人觸犯第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款的吸毒罪,並根據已證事實以及所顯示的犯罪情節,處以 5 個月的徒刑。根據《刑法典》第 71 條規定的數罪並罰的規則,以及考慮上訴不加刑的原則,三罪並罰,維持原審法院的 2 年 9 個月實際徒刑的刑罰。

(二) 關於緩刑的適用

眾所周知,《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的緩刑制度,是在一定的形式及實質前提之下,法官得暫緩執行具體量刑不超逾 3 年的徒刑。這個決定乃建基於對行為人有利的社會評價以及考慮到犯罪預防(特別預防和一般預防)的需要,即指法院經過整體考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節時候,而得出僅對事實作譴責並以監禁作威嚇足以適當及足以實現處罰的目的,可預見行為人受到刑罰的威嚇和譴責後,即會約束自己日後行為舉止,從而不再實施犯罪,以及即使徒刑被暫緩執行,亦不致動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心,無削弱法律的權威和尊嚴的結論的前提下,對判處的徒刑決定予以緩期執行。

首先，原審法院判處上訴人 A 以 2 年 9 個月徒刑，在形式上已符合了《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的要件。

而在實質要件方面，上訴人 A 為初犯，澳門居民，需供養父母及一名未成年人，且身患癌症第三期，需定期前往香港醫院就診（見卷宗第 200 頁及第 421 頁），這些情節不能給我們作處緩刑的決定提供決定性作用的因素，關鍵是，販毒罪一直被認為是對人類的健康最大威脅的範圍，對其的懲罰需要以及保護社會法律秩序的需要佔據極端重要的地位。因此，結合其人格狀況，給予緩刑，在一般預防上必然會動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，不利對法律的權威和尊嚴的維護。

更重要的是，原審法院經過在口頭以及直接原則下進行的審判活動之後所得出的對上訴人的人格總體印象之後作出了不予以喚醒的決定，作為上訴法院，沒有任何的理由改變這種對嫌犯的人格總體印象的結論，因此，原審法院的決定就應該維持。

上訴人這部分的上訴理由也是不能成立的。

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，但依職權加判上訴人觸犯第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款的吸毒罪，處以 5 個月的徒刑。三罪並罰，維持原審法院的 2 年 9 個月實際徒刑的刑罰。

判處上訴人繳付 4 個計算單位的司法費以及訴訟費用。

確定委任辯護人的報酬為 1,500 澳門元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2018 年 6 月 14 日

(裁判書製作法官)

蔡武彬

(第二助審法官)

陳廣勝

(第一助審法官)

司徒民正 (Notando que com a “condenação” pelo crime do art. 14º da Lei n.º 17/2009 se devia afastar a condenação pelo crime do art. 15º da mesma Lei, isto, nos termos do que venho entendendo, cfr., v.g., a declaração do de voto anexa ao Ac. de 31.03.2011, proc. n.º 81/2011).