

澳門大學  
中文法學士（夜間）課程

刑法 II

教學大綱  
2015/2016 年度上學期

序

一. 犯罪的法律後果

1. 犯罪法律後果的學說及其學術與實務上的重要性
2. 犯罪法律後果屬刑事政策範圍的問題
3. 犯罪法律後果學說的標的：
  - a) 刑罰
  - b) 保安處分
  - c) 處罰前提
  - d) 損害賠償
  - e) 犯罪紀錄及恢復權利

二. 刑法改革運動

1. 二次大戰後出現的刑法改革運動在犯罪法律後果方面的表現：
  - a) 限制剝奪自由刑罰的適用範圍及頻度；
  - b) 反對短期徒刑，並主張盡可能以非剝奪自由刑罰代替之；
  - c) 增加科處非剝奪自由刑罰，以及增加其種類並擴大其適用範圍；
  - d) 在避免因受刑事處分令受刑人蒙上污點或印記以及隨之而來產生犯罪的負面效果之餘，還須重新建立社群成員因犯罪的實施而對被犯罪所違反的法律被動搖的信心。
  - e) 規定保安處分的結構和科處必須符合法治國家的精神。
2. 主導澳門《刑法典》的刑事政策上的精神及當中所載的刑事法律後果的制度。
  - a) 反對死刑及無期徒刑（C.P.M.-39°）
  - b) 徒刑的必要性、適度及補足性原則（C.P.M.-64°）單一及簡單刑罰——刑罰，特別是徒刑，不應必然附帶喪失民事權利、職業權利或政治權利（C.P.M.-60°）

### 三. 澳門刑法體制中刑事政策的指導性原則：

- a) 合法性原則 (C.P.M.-1°)
- b) 罪過原則 (C.P.M.-65°)
- c) 優先選科非剝奪自由性質的刑罰原則 (C.P.M.-64°)
- d) 社會化原則——科處刑罰，法官在回應預防犯罪要求之餘，應向被判刑人提供其服刑後重新投入社會，遠離犯罪的條件。
- e) 刑罰不可轉稼原則。

## 第一章 刑罰

### 一. 主刑

### 二. 替代刑

- a) 替代刑的出現是刑法改革運動中倡議的反對短期徒刑的一個體現 (C.P.M.-44°)
- b) 澳門《刑法典》規定的替代刑 (C.P.M.-44°~55°)

### 三. 附加刑

- a) 附加刑及刑罰效果定性的爭論。
- b) 刑罰效果非必然性原則 (C.P.M.-60°)
- c) 個別附加刑 (C.P.M.-60°~63°)

### 四. 選科刑

### 五. 徒刑 (主刑)

1. 刑期的一般限制 (C.P.M.-41°/1)，特別或例外的限制 (C.P.M.-41°/2, 71°/2)
2. 刑期的計算 (C.P.M.-461°)
3. 按刑期對徒刑分等級：
  - a) 實體法方面
  - b) 程序法方面
4. 徒刑執行的目的
5. 服刑人的法律地位
6. 徒刑的利弊

### 六. 罰金 (主刑)

1. 一般限制 (C.P.M.-45°)

2. 日計罰金制度
3. 可分期繳付罰金制度 (C.P.M.-45°/3)
4. 以勞動代替罰金 (C.P.M.-46°)
5. 罰金的利弊

## 七. 罰金的適用方式

1. 作為主刑
2. 作為選科刑 (C.P.M.-64° Ex.197°/1——“或罰金”)
3. 附加刑——罰金作為附加刑已經不存在於澳門一九九五年公佈的《刑法典》，然而仍有不少仍生效的單行法律有規定，例如徒刑及罰金 (Ex: 一月廿八日 5/91/M 法令——11°/1)
4. 作為替代刑 (C.P.M.-44°)
5. 不自願繳付的罰金轉為監禁的制度 (C.P.M.-47°)

## 八. 罰金的過渡性規定 (見通過《刑法典》的序言法——D.L. N°.78/95/M-6°, 7°)

## 第二章 刑罰的裁量

### 刑罰裁量的三個階段：

1. 查究及確定抽象刑罰／刑幅
  - a) 確定罪狀
  - b) 查究是否存在一般的加重或減輕情節，例如：未遂 (C.P.M.-21°, 22°)、從犯 (26°)、累犯 (69°, 70°)。
  - c) 確定適用的抽象刑幅
2. 具體刑罰的確定 (以刑幅為限)
3. 選擇刑罰的種類 (選科-64°)
4. 刑罰裁量的準則 (C.P.M. 40°-65°)
5. 如形式前提成立，考慮科替代刑 (44°)。

## 第三章 刑罰裁量的特別情況

### 1. 累犯

- a) 歷史沿革
- b) 累犯的前提 (C.P.M.-69°)
  - 形式前提
  - 實質前提 (法官須作具體判斷)
- c) 累犯加重論的處罰制度 (C.P.M.-70°)
- d) 加重處分累犯在刑事政策上的考慮——行為人再次實施犯罪體現出其對先前判刑中所包含的嚴肅警戒不尊重的態度，因此顯示出行為人再次實施犯罪中有更高程度的罪過。

## 2. 犯罪競合及連續犯 (C.P.M.-29°)

- a) 犯罪單數及複數的問題
  - i 自然主義理論
  - ii 法律理論
- b) 真實競合：
  - 實質：
    - i 同種；
    - ii 異種。
  - 想像：
    - i 同種；
    - ii 異種。
- c) 表面競合：特別關係  
吸收關係
- d) 連續犯 (C.P.M.-29°)
  - 前提：
    - 被侵犯的法益相同或基本上一致
    - 各次行為方式相同
    - 各行為間時間及空間上有一定關連 (但並不表示必然要相近)
    - 存在一外在且能誘發行為人再反復實施行為的因素
    - 該因素的存在導致行為人的罪過明顯減輕
- e) 犯罪競合及連續犯的處罰制度 (C.P.M.-71°~73°)
  - i 刑事政策上的考慮
  - ii 前提 (C.P.M.-74°, 76°)
  - iii 準則 (C.P.M.-74°/2)

## 3. 刑罰的特別減輕

- a) 刑事政策上的考慮
- b) 前提
  - 一般的特別減輕 (C.P.M.-66°)

特別規定的情況 (Ex: C.P.M.-130°, 131°, 132°, 156°.....)

c) 減輕程序 (C.P.M.-67°)

4. 刑罰的免除 (C.P.M.-68°)

5. 刑罰的扣除 (C.P.M.-74°)

#### 第四章

#### 徒刑的暫緩執行

(C.P.M.-48°~55°)

1. 歷史沿革及其刑事政策的理念

a) 純大陸制度的模式

b) 英美制度的模式

c) 澳門現行制度——結合上述兩種模式

2. 前提 (C.P.M.-48°)

a) 形式前提

b) 實體前提

3. 制度

a) 簡單暫緩執行制度 (C.P.M.-48°/1)

b) 附帶義務及／或行為規則的制度 (C.P.M.-48°/2, 3, 49°, 50°)

c) 暫緩期間 (C.P.M.-48°)

d) 違反義務／行為規則或不遵守重新適應社會的個人計劃的後果

e) 廢止 (C.P.M.-54°)

f) 刑罰消滅 (C.P.M.-55°)

#### 第五章

#### 假釋

(C.P.M.-56°~59°)

1. 前提 (C.P.M.-56°)

a) 形式前提 (C.P.M.-56°/1)

b) 實質前提 (C.P.M.-56°/1-a), b))

2. 制度 (C.P.M.-56°, 57°, 58°, 59°)

**第六章**  
**刑罰的延長**  
(C.P.M.-77°~79°)

**1. 刑罰的延長的法定前提**

- a) 形式前提
- b) 實質前提

**2. 制度**

說明：

C.P.M. – 澳門《刑法典》

C.P.P.M. – 澳門《刑事訴訟法典》

修改日期: 12/06/2015

# 刑法 II

## 授課摘要 I

### 序

## 一. 犯罪的法律後果

### 1. 犯罪法律後果的學說及其學術與實務上的重要性

過去曾有主流的意見認為犯罪通說為刑法學說的全部，而犯罪法律後果的理論則是刑事政策範圍的問題。此外亦有學者認為犯罪法律後果理論相對犯罪通說而言，僅是後者的衍生物、補足物和工具，因此犯罪通說的重要性凌駕犯罪法律後果理論。

然而，這些看法今天不能再被接受。

犯罪法律後果理論不能被視作犯罪通說的工具。兩者之間存在着相互依賴的關係，功能上一致性的關係。

此外，犯罪法律後果理論所引發的問題今天已不能再視之為法官量刑的技巧問題。

雖然在刑法理論上，犯罪通說和犯罪法律後果理論具同等的重要性，但在實務層面而言，後者的重要性高於前者這一點是可以肯定的。事實上，在具體個案中，通過正確科處刑罰，國家實現了刑法的目的，亦執行了刑事政策的意旨。因此，犯罪法律後果既是刑法的課題，亦是刑事政策範圍的問題。

### 2. 犯罪法律後果屬刑事政策範圍的問題

根據懲罰權國家專屬原則，國家是唯一有權利和正當性對犯罪行為人進行刑事追訴及刑事制裁的實體。

在特定的歷史時期內，國家因應其社會關係的狀況和發展趨勢，須要通過其決策機關決定以何種手段擔當國家的科處刑罰任務以回應打擊及預防犯罪方面的需要。

在不同的歷史年代和不同的國家裏，對刑罰的功能和意義亦可

能不同，因此，刑事法律的制裁和後果的構思，適用前提和目的等均取決於一特定國的刑事政策的取向。(另參考 Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996—徐久生中譯本第 901 至 905 頁)。

### 3. 犯罪法律後果學說的標的

犯罪法律後果學說的標的顧名思義僅指法律後果。這一狹義的後果不包括文化、社會、經濟、道德方面的後果，此外，此一狹義的法律後果範圍僅是刑法規定的後果，而非民法、行政法等其他法律部門的後果。申言之，犯罪法律後果學說的研究標的主要是刑罰及保安處分。

#### a) 刑罰

包括主刑（剝奪自由刑，財產刑）及附加刑（其科處前提為先有主刑），此外亦包括替代刑。在犯罪法律後果的學說，除了探討刑罰的種類外，還包括研究廣義的刑罰裁量，當中包括刑罰的選科，及抽象及具體刑罰的裁量(狹義)。

#### b) 保安處分

原則上，刑罰的依據是行為人的罪過，易言之刑罰僅可適用於可歸責者。

然而，考慮到刑法的功能是保護法益，而法益除了受可歸責者的有意識支配的行為所危害或實害外，也有可能遭受不可歸責者的無意識行為所危害或侵害。在對不可歸責者不得科處以行為人罪過為依據的刑罰時，法律秩序因應不可歸責者的危險而規定可在一定的前提成立時，對彼等採用保安處分以達致預防法益遭到危害或實害的目的。

縱觀不同國家的刑法學說，如果說原則上刑罰僅能適用於可歸責者身上，那麼我們並非可以這般肯定地說保安處分僅可適用於不可歸責者。

事實上，包括澳門在內的不少法制中，可對可歸責者適用非剝奪人身自由的保安處分(就這一問題，在隨後課文會詳加探討)。更甚者，有些國家的刑法體制採用雙軌制，對

可歸責者同時適用刑罰及保安處分。

### c) 處罰前提

長時間以來，就告訴、自訴、追訴時效，刑罰時效、大赦及特赦等這些積極和消極追訴前提的法律性質，一直是學說的研究和爭議對象。

由原先主流意見認為這類處罰前提僅具有刑事實體法性質逐步轉為同時具備實體法性質和訴訟法性質。

傳統上，這些處罰前提往往被放置在刑事訴訟的學習內容。雖然這並不表示這些處罰前提因此而肯定地具有訴訟法的性質，但無論如何，不應是犯罪法律後果學說的標的。

### d) 損害賠償

在現行的澳門《刑法典》於一九九六年一月一日開始生效前，根據當時沿用的一八八六年《刑法典》的規定，基於犯罪而產生的損害的彌補屬刑事判罪的效果，因此，在此期間，犯罪所引致的損害賠償屬犯罪法律後果的研究對象。(見一八八六年《刑法典》第七十五條第三款)

根據當時生效的法律及學說，損害賠償被視為刑事判罪的後果，是刑事法院在裁定被告人有罪後依職權作出裁量的賠償，裁量的目的和依據有別於根據民事法律的民事責任損害賠償，因此，其實際裁量的金額或經濟價值亦有別於根據民法而裁量的結果。

這種情況一直維持至一九九六年一月一日，當一八八六年《刑法典》被一九九五年公佈的《刑法典》所廢止為止。

根據現行的《刑法典》第一百二十一條的規定，犯罪所生之損失及損害之賠償，由民法規範之。

因此，自一九九六年一月一日起，凡適用澳門《刑法典》的刑事訴訟中的損失及損害賠償，均改為以民法規定辦理。

此外，根據《刑事訴訟法典》第七十四條規定，即使在刑事訴訟中刑事法院作出無罪開釋判決，法官亦可裁定行為人或責任人作出金額的給付，這一規定正正反映出民事損失及損害責任裁定不再具有刑事判決的性質。實際上民事責任和刑事責任的成立前提不盡相同，各自有不同的依據和目的。

根據《刑事訴訟法典》第六十條規定的依附原則，凡以一犯罪之實施為依據的民事損害賠償請求，須在有關刑事訴訟程序提出。

這一規定其一主要理由是為便利犯罪被害人或其他民事受害人，除了根據當事人主義自行提出事實和舉證外，還基於民事請求在刑事訴訟中提出可受惠於主導刑事訴訟的職權主義和法官主動調查證據的原則，從而大大減少了在民事訴訟中常見的因提出訴因事實不足或不清，或舉證不力而未能勝訴的可能性。

其二是藉著盡可能在同一訴訟，即附帶民事請求的刑事訴訟中，一併審理刑事及民事責任的問題，從而避免倘分別進行刑事及民事訴訟時，因不同的訴訟制度而導致不同，甚至互不相容的結果。例如在刑事訴訟中被告人被判罪及判刑，而民事訴訟則駁回起訴，或起訴理由不成立從而開釋被告。

然而，有趣的是在《刑事訴訟法典》第七十四條卻又規定即使被害人或利害關係人沒有在刑事訴訟中提起民事賠償請求，但法官均可在一定的前提成立時，依職權裁定由責任人給付被害人或利害關係人一定金額以彌補犯罪事實所造成的損害。

那麼，我們應如何理解立法者的意思：一方面沿用當事人主義規範民事損害賠償請求的提起，另一方面却規定法院可依職權裁量賠償？

正確的解讀是原則上作為一般的規定是必須在刑事訴訟程序中由被害人或利害關係人提出民事請求，以便由刑事法院在刑事程序中一併審理，只是例外地接受第七十四條的依職權裁量。

立法者有這樣的依職權裁量規定的考慮主要是基於澳門社會的現實情況。

我們知道在過去一段長時間，及即使近年亦然，澳門居民一般來說均不會或不懂以民事訴訟方式維護自身的權利和解決民事法律關係上的衝突。同樣地，在犯罪發生後，作為被害人或利害關係人身份的人會被調查機關或法院傳召錄取陳述或證言及出席庭審後，可能理解法院會自動會為其主持公道，因而不知道或未有被告知有權在刑事訴訟

程序中提起民事損害賠償請求，因此，可能根據《刑事訴訟法典》第六十條規定而失去追討行為人的民事責任的機會和失去利用司法機關查明犯罪事實真相的便利追討民事責任的機會，因此，作為例外規定《刑事訴訟法》第七十四條則定出法官在一定的前提成立時，可依職權裁量責任人需向被害人或利害關係人支付賠償，以減少基於依附原則及澳門現實而可能產生令應有權獲賠償的受害人失去追訴權的問題。

此外，這種便民或幫助被推定為弱勢被害人的作法亦可見於沿用當事人主義的民事部份的規定。

例如《刑事訴訟法典》第六十五條規定，原則上在刑事訴訟中的民事當事人必須由律師代理。但在第二款規定，在刑事訴訟程序中，作為民事受害人的被害人或利害關係人得要求檢察院為其在刑事程序中提出民事損害賠償請求，而檢察院有權及有義務應被害人/受害人聲請代表彼等提起民事請求。事實上，主導刑事訴訟偵查階段的檢察院在認識案件情節方面比任何其他訴訟主體均優勝，理由是檢察院根據刑事訴訟的職權原則及合法性原則，在獲知犯罪消息後必須開啟刑事程序，查究犯罪是否存在，誰是行為人和蒐集對判罪及判刑有用的材料。在偵查階段結束時因應偵查結果作出控訴或歸檔決定。因此，負責這部份工作的檢察院由於是最了解訴訟標的的內容，因此最具有利條件應受害人的請求為其在刑事訴訟中提出民事損害賠償請求。

事實上，刑事訴訟控罪事實往往是民事損害賠償請求的訴因的大部份主要內容。

此外第六十四條亦規定了一定職權主義元素，被害人有权被告知如何在刑事訴訟程序提起民事請求。

儘管如此，在現行《刑法典》的框架內，犯罪事實所產生的損失和損害賠償只具備民事性質而不再有刑事性質，因此亦自然地不屬犯罪法律後果的研究範圍。

#### e) 犯罪記錄及恢復權利

行為人的刑事紀錄及其恢復權利的內容應屬於犯罪法律後果的包含範圍。

儘管刑事紀錄資料庫有着多種用途和目的，但肯定地是犯罪法律後果的標的範圍。

事實上，法院在判罪及判刑前往往往要考慮被告人的過去的犯罪紀錄，在一般量刑是這樣，在特別情況如累犯，決定是否採用暫緩執行徒刑或替代刑時更屬必須審查的資料。

此外，行為人的犯罪紀錄除了在非常特別的用途外，原則上不應是永久保留的，而應該在一定年期後在一定前提成立後予以刪除。

藉此讓行為人有機會恢復「無前科」之身，以有利於行為人完全恢復權利融入社會，重新做人，以達到預防犯罪的目的。(見六月三日第 27/96/M 號法令。)

## 二. 刑法改革運動

二次大戰後，特別是自二十世紀六十年代起，世界不少國家興起了刑法改革運動，過程中引入了新的刑事政策理念和新的思維。這些新思維和理念中的涉及範圍自然地也包括在犯罪法律後果方面的問題和有着以下的共同表現。不少國家及地區的現行的刑法，包括澳門一九九五年的《刑法典》均不同程度地採納了一定的新思維和理念。

刑法改革運動所倡議和被澳門《刑法典》採納的理念有下列幾個具體的表現：

### 1. 限制剝奪自由刑罰的適用範圍及頻度：

自法國大革命以後，人的自由被視為除生命以外最寶貴的利益，因此，徒刑很快便成為處分犯罪者的有效手段。然而基於徒刑本身為剝奪被判刑人的人身自由，長期的失去自由無可避免地導致受刑人與社會隔離，受朋友，甚至家人的離棄及歧視，服刑期滿難重新適應已陌生的社會。此外，服刑期間身處的監獄中的次文化亦可能感染受刑人向壞方面發展其人格等種種弊端使學者們意識到有必要縮少徒刑的適用範圍，立法規定徒刑僅適用於一些較嚴重的犯罪，對於一些嚴重程度較輕或中度的犯罪規定其相應刑罰為非剝奪自由刑，或除了剝奪自由刑

外，設定一些非剝奪自由刑，例如罰金、徒刑暫緩執行等可作具體判刑的選擇。此外，亦規定法官在具體個案的審理中，在預防犯罪的目的不受影響的情況下，應優先考慮非剝奪自由刑。

## 2. 反對短期徒刑，並主張盡可能以非剝奪自由刑罰代替之：

既然是短期徒刑，有關犯罪的嚴重程度不可能高，故沒有科處徒刑的必要。此外基於徒刑的固有弊端，如用於嚴重程度低或中等的犯罪最終對預防犯罪而言弊大於利。

## 3. 兼顧維護法律秩序及設定條件讓受刑人重新融入社會：

在避免因受刑事處分令受刑人蒙上污點或印記以及隨之而來產生犯罪的負面效果之餘，還須使社群成員因犯罪的實施而對犯罪所違反的法律被動搖的信心重新建立。申言之，不能完全偏重考慮提供有利條件予被判刑人服刑罰後易於重新融入社會，還須顧及社會成員對法律有效性的正當期望。

## 4. 增加科處非剝奪自由刑罰，以及增加其種類並擴大其適用範圍：

鑑於徒刑的弊處，立法者在抽象立法層面和法律適用者依法在具體個案層面應多考慮科處非剝奪自由刑。為達這一目的，立法者應設定更多種類的非剝奪自由刑以供選科。

## 5. 規定保安處分的結構和科處必須符合法治國家的精神：

一如刑罰般，法律應預先規定保安處分的種類和內容及其科處前提，以及須明確規定具權限科處的實體。

主導澳門《刑法典》的刑事政策上的精神及當中所載的刑事法律後果的制度：

### 1. 反對死刑及無期徒刑：

### 澳門《刑法典》第三十九條第一款規定：

「不得設死刑，亦不得設永久性、無限期或期間不確定之剝奪自由之刑罰或保安處分。」

基於人道原則，澳門刑法明確規定不設死刑及無期徒刑。此外由於澳門刑法在特別預防方面着重積極的預防理念：刑罰的目的是一方面在質和量上足以使行為人承受合理的懲戒，另一方面須顧及行為人受刑後有否機會及條件重新融入社會，故死刑或無期徒刑兩者與重新融入社會的理念不相合，故澳門刑法沒有接納。

## 2. 徒刑的必要性、適度及補足性原則

### 《刑法典》第六十四條規定：

「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。」

徒刑應被視為最後手段，只有在其他種類的刑罰（非剝奪自由刑）不足以達到預防犯罪的目的，方應科處徒刑。這一理解是基於我們上文所指出者，即徒刑雖然仍被視為針對嚴重犯罪最上乘和仍未有其他更好的刑罰可取代的刑種，但其「生成犯罪」的效果亦令學者們反對其普遍適用於一般嚴重程度輕微或中等的犯罪，並主張應僅適用於必要的情況下，和補足其他刑罰不足的情況才科處。

## 3. 單一及簡單刑罰

### 《刑法典》第六十條的規定：

「任何刑罰均不具有喪失民事權利、職業權利或政治權利之必然效力。」

「對於某些犯罪，法律得規定禁止行使某些權利或從事某些職業。」

立法者/刑事政策主導者在滿足一般預防的考慮時，應盡可

能減少甚至避免刑罰自動附帶使受刑人負蒙上污點的後果。如刑罰（特別是徒刑）必然附帶這些負面的後果，例如喪失職業資格等，其結果可能使被判刑人在受刑後更難重新融入社會，不利於特別預防，最終亦不利於刑法的功能——保護法益。

### 三. 澳門刑法體制中刑事政策的指導性原則：

#### 1. 合法性原則

傳統上，合法性原則在犯罪法律後果方面的體現以下的理念：

刑罰及保安處分的種類、內容及其科處前提均必須由法律預先定出，任何不利於刑罰或保安處分的科處對象的追溯力及類推適用均予以禁止。

然而，隨着法治國家的概念的深化，有學者認為合法性原則（即罪刑法定原則中的「刑」）的傳統的內容範圍應予以擴張，主張刑罰及保安處分的科處權誰屬以及科處及裁量等的程序亦必由法律（刑事訴訟法）預先定出。

澳門現行的制度所體現了這個更廣義的合法性原則。

#### 2. 罪過原則

罪過原則在犯罪法律後果的課題上有着極其重要的理論和實務的價值。然而，為更好地掌握罪過原則的真正意義，我們必須瞭解何謂「罪過」。

事實上，在任何一個有組織性的社群中均有着或多或少的行為規範，而這些規範是社群中每一成員均須遵守的。通常情況下，大部份成員均自覺地約束其行為舉止以符合這些行為規範所要求的「應然」。

一如我們所認知者，在一個國家或地區（如澳門特別行政區）的公民時刻地在遵守着一系列的行為規範，當中包括道德規範、法律規範。而法律規範中亦包括不同法律部門的規範，例如民事

法律的規範、行政法律的規範、親屬法律的規範、刑事法律規範等。我們現在談及的罪過原則，就正是與刑事法律規範相關連的內容。

事實上，我們生活的社群中，各成員每天均受着刑事法律中所規定的抽象命令約束我們的行為舉止。刑法規定殺人者處以十至二十年徒刑、傷害他人身體或健康者，處以...徒刑或科罰金、存有將他人財產的據為己有的意圖而取去他人之物者，處以...徒刑或科罰金。通過如上述般刑法規定，人們清楚知道刑法時刻向人們發出不得殺人、不得傷害他人、不得盜竊他人財物的抽象命令（抽象者是指非針對特定人或具體事件）。一般而言，主流的價值觀促使人自覺地遵從這些抽象的命令，約束自身的行為，從而不犯罪違反法律的「應然」。

然而，社群中總有些人在面對法律對其發出的抽象命令和法律秩序要求的「應然」時採取不同程度的不遵從的態度。有些人不重視抽象命令以放任態度面對之，但無決意違反這些命令。持這樣態度的人未有約束其個人行為舉止或作出積極行為以避免違反抽象命令或使自己的舉止符合「應然」的要求，最終違反刑法。而其行為構成犯罪（過失犯罪）。此外有另一些人面對法律秩序發出的抽象命令和強制的「應然」時的取態是反抗、叛逆，態度鮮明地決意違反之，跟法律要求者「對着幹」。持這些態度的人明知法律不容許，在自由和決意下支配一構成犯罪的事實（故意犯罪）。

針對上述第一類的行為人（過失）法律僅在特別情況下規定予以處罰（見《刑法典》第十二條）。

因此根據刑法的標準（「應然」及抽象命令的要求），上述二種情況（刑法處罰的過失和故意）行為人在具體事實實施時所持的態度應受譴責的，嚴重程度高低視乎行為人面對法律規定的「應然」和抽象命令不遵守的程度及其決意行為時的自由度。

如在具體事實中，針對特定行為人的具體行為可作出一個譴責性的判斷，則我們可結論這一行為人在實施該事實時有罪過。罪過程度即應受譴責的程度，與之成正比。

根據罪過原則，無罪過則無犯罪。例如一些無意識的行為，雖然在具體情況中侵犯了刑法保護的法益，但行為人的無意識行

為並非在行為人面對法律秩序所發出的抽象命令和強制的「應然」時採取放任或反抗態度的產物，故行為人的行為不應受譴責，行為人亦因此沒有罪過，亦無犯罪。但不妨礙依據民法負上民事法律責任，以彌補對他人造成的損害。

罪過是科處刑罰的必要但非充分的條件，非充分意謂還須成立其他條件，方可科處刑罰，但無罪過則肯定不得科刑罰(必要)。

罪過除了作為刑罰的前提外，還是刑罰的限制：由於澳門現行的刑法制度採納了積極的一般預防，刑罰的具體種類和量必須與行為人的罪過程度相適度，刑罰的量不能誇張以達阻嚇廣大群眾的目的，而應是適量合理和具說服力使人們信服法律和對法律秩序信任從而自覺地不犯罪，而非害怕誇張，不合比例的刑罰而不犯罪。

### 3. 優先選科非剝奪自由性質的刑罰原則

基於徒刑（剝奪自由性質的刑罰）固有的弊端（生成犯罪，使受刑人蒙上污點，從而難於重新融入社會等）只要法律容許法官在具體個案中可選科剝奪自由刑或非剝奪自由刑，則在回應社會大眾期望而達到一般預防目的的前提下，應優先選科非剝奪自由刑（見《刑法典》第六十四條）。

### 4. 社會化原則

擁有專屬懲罰權的國家通過刑罰的科處除了懲戒行為人以阻嚇其再犯罪和藉合理的刑罰使廣大群眾恢復因犯罪而被動搖對法律秩序的信心，還有義務設定有利條件以幫助行為人服刑後有能力以負責任的態度在社會生活，不再犯罪。

### 5. 刑罰不可轉稼原則

刑事責任屬非常個人的責任，因此刑罰亦必然地僅可施加於犯罪行為人，在任何情況均不得牽連其他人，例如家人等。

原則上，徒刑本身的性質是剝奪被判刑人的人身自由，而其執行方式不容許刑罰有轉稼的可能性，故一般情況下，實質上不

能由他人代為服刑。

然而，罰金的情況則有所不同。學說認為作為犯罪法律後果的罰金僅可針對犯罪行為人而科處。因此如犯罪行為人在被判刑後但繳付罰金前死亡，則其刑事責任消滅，故不能執行其遺產以支付罰金，理由是被繼承人死亡時通過繼承方式轉移的財產的效力是自被繼承人死亡起產生（見《民法典》第一千八百七十一條），故已不屬已去世的犯罪行為人的財產，因此不能用作支付罰金。此外，亦不能存在保險合同，用作一旦行為人實施犯罪，確保支付罰金的責任。

此外，任何無償形式的贈與或法律行為，只要其目的為提供金錢予被判刑人支付罰金均視為違法，甚至有學者指出這樣以無償方式提供金錢予被判刑人支付罰金可構成《刑法典》第三百三十一條規定的袒護他人罪。

作為刑罰、罰金不能轉稼他人，但實質上可能由於被判刑人須支付罰金而導致其家庭生活水平下降，亦間接地產生與牽連相近的後果。

# 第一章

## 刑罰

### 一、主刑

主刑者是法律明確規定為特定犯罪的相應刑罰，而其科處不取決其他刑罰的科處。

### 二、替代刑

澳門的刑法採納了刑法改革運動中倡議的反對短期徒刑的理念，因此在《刑法典》及部份單行刑法中對一些嚴厲程度低或中度的犯罪事實，容許法官在符合一定的前提下，以非剝奪自由刑代替徒刑。這些非剝奪自由刑稱之為替代刑，當中包括罰金、徒刑的暫緩執行等（見《刑法典》第四十四條至第五十五條）

### 三、附加刑

附加刑者為其科處必須取決於主刑的科處，故不能被單獨科處，例如第 3/2007 號法律(道路交通法)第 94 條及第 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 21 條規範的為附加刑。此外，雖然根據現行《刑法典》中所體現的立法精神和刑事政策，不主張針對同一犯罪對其行為人同時科處徒刑及罰金，但事實上仍存在一些單行刑法有着這樣的規定，例如第 10/78/M 號法律第四條的規定。

#### 1. 附加刑及刑罰效果定性的爭論

雖然形式上附加刑必須由法院判決明示載明且其嚴厲程度必須與犯罪的嚴重程度，事實的不法程度及行為人的罪過程相適度，而刑罰效果或判罪/判刑後果則無須具備上述的條件，但有學者對某些具體情況就其法律定性有不同見解，例如，基於行為人因行使須具備專業資格時實施的犯罪被判刑，而法律規定因此行為人不能再從事（有期或無期）該有關專業；犯罪紀錄等。

然而，這些爭論在實務上不是那麼重要，似乎現階段我們應依從法律對其直接規定的定性，例如《刑法典》第六十一條。

## 2. 刑罰效果非必然性原則

傳統上的附加刑或刑罰效果/判罪效果在歷史上與歐洲中世紀法律中，須對被判刑人留下一些印記，剝奪其某些權利及限制其某些行為能力的規定有關的。這些附帶後果的主要目的是補足刑罰的不足，和藉此產生威嚇社會廣大群眾令彼等因害怕被標籤而不敢犯罪。

然而，今天澳門刑法體制奉行的理念是積極的特別預防和一般預防，主張滿足處罰目的的同時，盡可能減少或避免令受刑人留下污點或使其名聲受損的效果以便利於重新融入社會。因此，法律不應抽象地為某一定種類或程度的判刑設定必然的附加刑，而應交由法官在具體個案中考慮一切犯罪的情節，犯罪的不法性及行為人的罪過去決定是否科處附加刑。

## 四、選科刑

上文我們介紹替代刑時指出，法官必須首先依法定出徒刑，隨後以一非剝奪自由刑代替之，則此後者為替代刑。然而，選科刑則有所不同，法官無須先科處徒刑，僅須在法律直接規定的徒刑及另一非剝奪自由刑中二摘其一，此二者均為選科刑。

## 五、徒刑（作為主刑）

現行《刑法典》所規定作為主刑的徒刑具備兩大特點：其一是單一性，其二是簡單性。單一性是指在一八八六年《刑法典》中的不同形式的徒刑今天已不復存在。簡單者是指徒刑的科處不會基於判決的刑罰為徒刑而必然或自動地附帶某些法律後果，例如喪失某些公民權利等。

### 1. 徒刑刑期的一般限制

徒刑除了是單一和簡單外，還是有期的。澳門現行刑法吸納了刑法改革運動中所倡議的再社會化特別預防的理念，因此，不採納無期徒刑或終身監禁。

根據《刑法典》第四十一條的一般規定，單一判決中的單一判罪的徒刑刑期上限為二十五年，而下限為一個月。

一九九五年底公佈生效的現行《刑法典》把原來最低下限三天（見一八八六年《刑法典》第五十六條第一款）提升至一個月完全

是基於刑法改革運動中主張的反對短期徒刑的理念。雖然一個月的徒刑亦屬短期，但通盤考慮現行《刑法典》的規定，便可見立法者同時通過罰金代替徒刑（第四十四條）以及徒刑的暫緩執行（第四十八條）等手段以達到減少短期徒刑的適用的目的。

《刑法典》第四十一條第二款規定在例外的情況下，法律為徒刑所規定的最高限度為三十年。

這些例外情況包括《刑法典》第七十一條及第七十二條規定的因犯罪競合數罪併罰而裁量一結合刑或組合刑時，其上限最高可達三十年徒刑的情況和因本已屬嚴重的犯罪再經特別加重後出現的情況，例如《刑法典》第一百五十四條第四款規定的導致被害人死亡的加重綁架罪。

然而《刑法典》第四十一條第二款所指的三十年上限並不能被解釋為任何人均有權在其一生中不能被監禁超逾三十年。法律設定三十年上限是指在一判決中，即使是基於犯罪競合的數罪併罰，其單一結合刑/組合刑不能超逾三十年徒刑。如行為人一生中先後實施數罪，但不屬《刑法典》第七十一條及第七十二條所指的犯罪競合情況，則其須服的刑罰為數次判罪中的刑罰的總和，這些複數的刑罰的刑期總和不受任何限制。

## 2. 刑期的計算

見《刑法典》第四十二條，《刑事訴訟法典》第四百六十一條。

## 3. 按刑期對徒刑分等級

### a) 實體法（刑法）方面：

- 《刑法典》第四十四條：如徒刑具體量刑刑期不超逾六個月，則法官須以罰金代替之。如不以罰金代替，則法官須指出依據支持為着達致預防犯罪目的，徒刑是必要的。
- 《刑法典》第五十六條第一款規定，假釋的其中一項形式前提是服刑人最少已服刑六個月。
- 《刑法典》第六十八條規定如屬抽象刑幅上限不超逾六個月的犯罪，則法官在法律規定的前提成立時得免除行為人刑罰，只作判罪，不作判刑。

《刑法典》第四十八款規定，具體量刑刑期不超逾三年的徒刑得被法官暫緩執行。

## b) 程序法（刑事訴訟法）方面：

見《刑事訴訟法典》第十二條第一款 c 項（合議庭的管轄），第一百八十六條第一款 a 項（羈押嫌犯的前提），第二百六十三條（訴訟程序的暫時中止的前提），第三百二十五條第三款 c 項（嫌犯自認的證明力），第三百六十二條（簡易訴訟程序的適用前提）。

## 4. 執行徒刑的目的

執行徒刑的目的並非為改造及改正服刑人的人格，亦非強行使服刑人接受法律秩序所維護的價值的標準，而是設定客觀條件使服刑人在受適量刑罰的制裁後能以對社會負責任的方式重新融入社會，此外，一如其他種類的刑罰，執行徒刑亦須滿足社群對法律秩序的有效性的期望，從而達到正面的一般預防效果。

## 5. 服刑人的法律地位

除判決直接所裁定的後果及基於監獄場所秩序和保安方面所須的限制外，服刑人僅被剝奪人身自由，但維持享有一切公民的基本權利。

## 6. 徒刑的利弊

一如我們在先前課堂中所述，徒刑的固有剝奪自由的性質有着不利於被判刑人服刑後重新融入社會的效果，甚至在某些情況下，基於監獄次文化的作用，會產生生成犯罪的作用。儘管如此，針對一些較嚴重的犯罪，目前的刑事政策主導者和刑法學者皆未能找到另類刑罰如徒刑般有效地達致一般預防的目的。事實上，澳門現行的刑法制度不容許以人的身體（肉刑），人的內心自由（思想改造），人的生命（死刑）作為刑事制裁的施加對象，因此，剝奪人身自由刑一直被視為最有效安定人心和維護人們對法律秩序的信心的制裁手段，特別是恢復因嚴重犯罪發生後，社群成員被動搖的信心的作用而言。

另一方面，除了我們在介紹刑法改革運動的課題曾指出徒刑的種種弊端外，徒刑可能因應被判刑人的不同生活背景，和不同人格而有着不同程度嚴厲程度，而往往不能以具體量刑的調整彌補因被判刑人的生活背景和人格的不同而對自由被剝奪有不同的敏感度的差異。

此外，執行徒刑對公共財政亦構成沉重負擔，這些負擔來自包括監獄場所的設置、設施的建造、保養、監獄的管理、保安、服刑人的膳食、日常生活所需、醫療等龐大開支。

## 六、罰金（主刑）

具備刑事制裁性質，由被判刑人向國家作出的金錢性質的給付。一如全部的刑事制裁，屬於非常個人性質的一種犯罪法律後果。基於其非常個人性質或不可轉稼性質，被判刑人死亡前若仍未支付已確定判決對其所科處的罰金，則其遺產不得被用作支付罰金。罰金更不能由第三人支付，或通過保險的形式保障支付，否則即屬違法，甚至有學者及部份司法見解認為幫助被判刑人支付罰金可構成《刑法典》第三百三十一條規定的袒護他人罪。然而，通過向第三人以有償方式借貸獲得金錢作支付罰金則不屬違法。

雖然罰金嚴厲程度對被判刑人而言遠比徒刑為輕，但不失為一真正的刑罰。

法官對犯罪行為人科處罰金並不表示對其作出無罪開釋的判決，反之罰金的科處在具體個案中有着如徒刑般的譴責作用和預防犯罪的作用。

### 1. 罰金的一般限制

除一九九六年前公佈現在仍生效的單行刑法中所規定的罰金，現行《刑法典》規定者為日計罰金制度，意謂罰金的量根據《刑法典》第六十五條以日數定出（詳見下文）。

日計罰金制度的一般下限為十日，而一般上限為三百六十日。（見《刑法典》第四十五條）。然而，《刑法典》本身在其分則部份針對個別犯罪，亦有設定上限較一般規定為高的刑幅，例如第一百九十八條第一款，第一百九十九條第一款及第三款，第二百一十一條第一款及第三款等。

### 2. 日計罰金制度

如法律因應某種罪狀而定出一固定金額的罰金，則這種固定刑罰不可能符合罪過原則和公正原則的要求。理由很簡單：儘管是符合同一罪狀的行為，不同的犯罪行為人的罪過程度、犯罪動機、犯罪情節、包括犯罪手段、行為人犯罪前後的態度均可能是不同，而固定刑的制度實際上是將不同的

個案一概而論，統一科處同樣的刑罰，故有違罪過原則和公平原則。

一九九六年前，澳門的刑法體制一直沿用的制度是刑法立法者以上限金額和下限金額定出刑幅，讓法官在具體個案中根據犯罪行為人的罪過程度和其他犯罪情節以及行為人的經濟能力定出一具體刑罰。然而，由於法官把行為人的罪過，犯罪情節和與犯罪無關的行為人經濟能力作一併考慮以便作出具體量刑，我們只能說這種罰金制度在落實罪過原則和公平原則方面仍然不足和仍未令人滿意。

有見及此，現行的《刑法典》引入來自北歐斯堪的納維亞半島（即挪威、芬蘭、瑞典三國）的日計罰金制度。根據這一制度，法律以日數上、下限定出罰金的幅度和以金額的上、下限定出日額的幅度。罰金的裁量過程分為兩個獨立的步驟。在法官確定犯罪行為人所犯何罪後，找出以日數定出的相應刑幅。繼而根據一般的量刑準則（第六十五條）定出具體罰金日數，根據第六十五條第一款的規定，是行為人的罪過程度和預防犯罪的要求決定具體罰金的日數。定出日計罰金的日數後，法官根據《刑法典》第四十五條第二款的規定，按被判刑人的經濟能力及財力狀況以及其個人負擔能力定出罰金的日額。

比較上文述及的兩種罰金制度，日計罰金制度在落實罪過原則和體現公平原則方面已有了長足的進步。然而我們不得不承認一點是，《刑法典》第四十五條第二款所定出由澳門幣五十圓至壹萬圓的日額幅度仍未能反映以澳門社會最貧窮與最富有者的實際差距，而只能在一定平均值的考慮較接近大部份人的現實情況。

### 3. 分期繳付罰金制度（見《刑法典》第四十五條第三款）

### 4. 以勞動代替罰金

根據《刑法典》第四十七條的規定，如被判刑人不自願繳納罰金或在強制下仍不繳納罰金，則須服禁監以代替罰金。

然而，如基於經濟能力或其他合理的理由，法官得應被判刑人的聲請，根據《刑法典》第四十六條的規定以勞動代替罰金。

### 5. 罰金的利弊

事實上，罰金屬非剝奪自由性質的刑罰，不會引致被判刑人與其家庭關係及職業上的關係的中斷，藉此有效地避免出現徒刑幾乎固有的隔離社會及家庭，生成犯罪等負面的後果，以及不利於再社會化和因犯罪服刑而留下難於磨滅的印記等不利的結果。

此外，毫無疑問，執行罰金刑罰不會引起像執行徒刑般引致的龐大開支，相反更可為國家庫房帶來一定的收入。

儘管澳門現行的《刑法典》採用了日計罰金制度，但從其日額的幅度和富人與窮人對罰金的敏感程度不一樣的現實，罰金仍然可能在具體個案出現不太公平的情況。

此外，雖然罰金屬非常個人性質和不可轉稼，但間接地可能隨着被判刑人支付罰金而導致其家庭成員的生活水平下降。雖是弊端，但較之徒刑對被判刑人家屬而言，這種生活水平下降的副作用可謂微不足道。

罰金最大的弊端是一般預防效力低，在恢復社群成員因犯罪發生而被動搖的信心遠不及徒刑般有效。

儘管如此，罰金在輕微犯罪中確能比徒刑有着更佳的預防犯罪的作用。

## 第二章

### 刑罰的裁量

廣義的刑罰裁量共分為以下的階段：

#### 1. 查究及確定抽象刑幅

根據犯罪理論/犯罪通說，我們已具備條件判斷我們面對的事實是否構成犯罪，如構成犯罪，應符合哪一罪狀。在一般情況或大部份情況下，判斷出有犯罪存在和確定罪狀後，我們馬上知道有關犯罪的相應刑幅。

然而，實際情況中，我們要處理的事實可能有着一些特別的情節，根據刑法的規定，這些特別的情節具有加重或減輕法定抽象刑幅的上限及下限，或上限或下限的作用。這些具有改變抽象刑幅的情節包括未遂（《刑法典》第二十一條、第二十二條）、從犯（第二十六條）、防衛過當（第三十二條第一款）、累犯（第六十九條、第七十條），以及其他單行刑法中規定的特別加重或減輕情節（例如：第 17/2009 號法律第十條）。

如確定具體事實出現上述或法律規定的其他特別加重或減輕的情節時，則須按法律規定的方式加重或減輕原刑幅的上下限，或只加重或減輕上限或下限任一。

一旦以上述方式確定抽象刑幅後，法官隨即要着手處理廣義的量刑中最複雜的一步——在刑幅的上、下限之間，具體定出一適量的刑罰作為判罪的相應刑罰。

確定適用的刑幅後，往往法官可能面對選擇刑罰的問題。《刑法典》或單行刑法中規定的不少罪狀的相應刑罰並非單一刑種，而是一選科刑。最常見的情況是徒刑或罰金（見《刑法典》分則中的輕微犯罪或部份中度犯罪）。

《刑法典》第六十四條的規定：如對犯罪可選科剝奪自由刑或非剝奪自由刑，則只要後者能適當及足以實現處罰目的，法院須優先選科非剝奪自由刑。

由此可見，立法者在《刑法典》總則部份定出選科的準則，以便法官有準則可依正確適用《刑法典》分則部份及單行刑法中規定的選科刑。

#### 2. 具體刑罰的確定

確定抽象刑幅後，法官須根據《刑法典》第六十五條的規定進行具體

量刑。

從第六十五條規定的文字表述，似乎法律並沒有向法官指出怎樣解決如何確定刑罰目的，如何評價各種影響量刑的要素和如何量化這些要素將之決定刑罰具體的量等問題。然而，基於日常社會關係的多種多樣性，促使立法者不適宜或不可能把量刑考慮的因素太具體化。無論如何，《刑法典》第六十五條的存在是法官在具體量刑程序上一個不可或缺的依據的準則。

根據《刑法典》第四十條的規定，科處刑罰的首要目的是保護法益，同時盡可能提供條件予行為人重新融入社會。此外，在滿足這些目的的同時，具體的刑罰的量不能逾越罪過程度。法官在具體量刑時如能嚴格遵守這些規定，則可在刑法的功能、刑罰的意義和目的以及具體個案中的量刑之間取得協調，藉此達到一般預防和特別預防的最佳效果。

學說及司法見解對具體量刑的步驟沒有統一和共識的看法。就這一問題，澳門現行《刑法典》草案的起草人 Prof. F. DIAS 在其刑法著作<sup>\*</sup>中提出一個可行的步驟以達到符合《刑法典》第四十條第一款及第二款的刑罰目的的方法：

#### a) 保護法益的考慮

首先法官應在抽象刑幅範圍內確定出保護被侵害的法益所需刑罰的量。保護已被侵害/危害的法益這句話表面上看來似乎不合邏輯，既然已被侵害/危害，那麼何以保護一樣已被侵害的東西。然而，這僅是表面的結論，實質不然。事實上，當我們提及刑法的功能是保護法益時，一方面是指通過刑法抽象地將某些行為列為犯罪，繼而定出抽象刑幅並以此抽象刑罰作威嚇以警戒社群的所有成員切勿以身試法，侵害/危害法益，藉此在抽象層面達到預防犯罪，保護法益的目的。另一方面，當社群中有犯罪發生，某一或某些法益已受侵害或危害，藉着法官在判決中對行為人科處刑罰，亦能一方面使被判刑人受到警戒，阻嚇其將來再犯罪，而另一方面，適當和合理的刑罰在具體個案被科處會在社群中亦產生安定人心的效果，重建人們因犯罪發生而對法律秩序被動搖的信心，當人們信任法律秩序的有效性時，則人們自會尊重秩序，不會隨便挑戰法律，從而達到預防犯罪，保護法益的前瞻性效果。

根據 Prof. F. DIAS 所言，根據具體個案的量刑情節，保護法

---

<sup>\*</sup> 見 F. DIAS, DIREITO PENAL PORTUGUÊS AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME, 第 227 頁

益所需的刑罰並非一固定的量，而是由一在抽象刑幅範圍內的最佳點和最基本點所劃定的一般預防保護法益刑幅。這個最佳點是為滿足社群成員對法律秩序有效性的正當期望的最佳的刑量。由這最佳點向下調，並不表示下調後的各點所表示的刑量不能達一般預防和保護法益的要求，而是仍能達到一般預防和保護法益的要求，只不過不是最佳，可能是次佳。繼續往下調，至一特定點時，如法官整體考慮《刑法典》第六十五條的量刑因素結論如再往下調，則刑量再不能滿足一般預防和保護法益的要求。故把該點定為基本點。由此可見，法官可在法定抽象刑幅內再確定出一個符合具體個案所有量刑考慮的小刑幅，即最佳點和最基本點之間的幅度。幅度內任何一點所代表的量均能滿足一般預防和保護法益的要求。

### b) 罪過程度的考慮

根據《刑法典》第四十條第二款的規定，在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過的程度。

法官應在一般預防的小刑幅範圍內定出與行為人犯罪時所顯示出的罪過程度相適度的刑量。代表這刑量的點幾乎必然地處於小刑幅的最佳點與最基本點之間，而不會超逾或低於這一小刑幅，理由是一般預防的要求高與低是與罪過程度成正比的。

### c) 行為人再社會化的考慮

經此兩個步驟，法官可在罪過程度的一點為上限，一般預防最基本點為下限，找出一點最能達警戒行為人不再犯罪和有利於行為人重返社會最適合的一點，盡可能在罪過為上限的前提下，平衡一般預防（滿足社群對預防犯罪保護法益的要求）特別預防（阻嚇行為人不要再犯罪和設定有利條件讓他容易重返社會）兩互為相對的利益。這樣確定的一點就代表具體量刑中，法官應科處的具體刑罰的量。

如屬徒刑時，則餘下來或有的問題是查究是否符合《刑法典》第四十四條和第四十八條規定以罰金代替徒刑或暫緩執行徒刑方面的前提。

## 第三章

### 刑罰裁量的特別情況

#### 1. 累犯的歷史沿革

早於古羅馬及中世紀年代的法律已有着對有前科的犯罪行為人施以較無前科行為人為重的刑罰，然而當時的概念把今天學說定為犯罪競合和累犯的兩種情況混為一談。直至較後期的年代，學者們開始主張作為累犯的前提行為人須曾因前罪被判刑，藉此從犯罪競合區別出來。

就累犯的前提，歐洲大陸法系的國家的刑法有不同的前提要求，例如涉及的犯罪須具有一定嚴重程度，即如屬輕微犯罪不構成累犯；要求行為人曾因前罪全部或部份服刑；前罪判刑時和後罪實施時之間不能超逾一定年期，否則不可能構成累犯；任何種類的犯罪或僅由法律明確規定的犯罪方可構成累犯；要求前罪和後罪具備相同性質或前罪判刑與後罪判刑須屬相同種類的刑罰方可構成累犯等。

這情況說明了累犯這一課題在不同的國家的法律可能有着不同的前提要求和處理方法。然而各國法律均對符合本國法律規定累犯前提的行為人施以加重的刑罰。

綜觀不同國家法律就累犯的考慮，均離不開藉以下兩個理由其中之一作為加重刑罰的依據：(1) 基於曾被判刑行為人再次犯罪，在實施後罪時表露出對前罪判決中所包含的嚴肅警戒的不尊重，故顯示出較高的罪過程度，因此須加重處罰。(2) 行為人再次犯罪說明了該行為人具有較大的危險性，針對這一危險性法律須加強預防犯罪的要求，從而須加重處罰再犯罪的行為人。

#### 2. 澳門現行刑法中累犯的前提

##### a) 形式前提（《刑法典》第六十九條）

- i) 前罪和後罪必須是故意犯罪。
- ii) 前罪和後罪（不考慮累犯的加重情節）的具體刑罰均為超逾六個月的實際徒刑（不包括緩刑）。
- iii) 前罪的判刑在後罪實施前已確定。

iv) 後罪的實施時間在前罪實施後的五年內，但其間如行為人因法院裁判而被剝奪自由的時間不計算在內。

此外，《刑法典》第六十九條沒有規定要求行為人曾全部或最低限度部份服前罪的刑罰。這一刻意的「遺漏」的其中一個考慮因素是避免出現可能的相對不公平情況：曾服刑者須面對加重的刑罰，相反，逃獄者或以任何方式逃避刑罰的行為人卻不受累犯加重的處罰！

## b) 實質前提

根據《刑法典》第六十九條第一款的規定，累犯的（實質）前提是「按照案件的情節，基於以往一次或數次的判刑並不足以警戒行為人，使其不再犯罪」。

第六十九條的這一段文字表述清楚顯示出澳門現行刑法典規定並非單純基於涉及犯罪的嚴重程度、性質、刑罰的種類和相隔的時間便自動地構成累犯的加重情節，而是要求法官在具體個案中審查行為人在實施後罪時，有否不尊重前罪判刑的判決中所包含的嚴肅警戒。如屬此情況，則表示行為人實施後罪時顯露出較無前科的行為人為高的罪過程度，故處罰亦相應加重之。

## 3. 犯罪競合及連續犯

### a) 犯罪單數及複數問題

習慣上我們一般所謂的犯罪競合是指同一行為人實施數罪，且該等犯罪係於其中任一犯罪的判刑確定前實施者。

但最大的難題是我們面對一具體事件時，如何去判斷一行為人同時或先後實施數罪及正確地指出罪數？

#### i) 犯罪競合的自然主義理論

根據自然主義理論，行為的單位便是犯罪數目的單位，易言之，行為人實施行為的數目便是罪數。

如行為人以單一動作違反了一項刑法的規定而符合了一罪狀，則清楚地是實施了一項犯罪。同樣地，如行為人以 N 次獨立的和時間先後作出的動作 分別符合 N 個不同的罪狀，則毫無疑問同一行為人實施了 N 項犯罪。

然而，若同一行為人以單一的動作卻符合數個相同或不同

的罪狀，申言之，即單數行為符合了複數的罪狀。以行為/動作為單位的自然主義理論可能無法解釋為何單數行為可被視為犯罪競合（想像競合）。

此外，對自然主義理論而言界定行為/動作的數目是最大難題。例如：甲以斧頭向乙頭一劈導致乙受傷，是一傷人罪；丙以斧頭向丁身體劈下十次，導致丁受傷，是否構成十項傷人罪？甲向乙槍擊，一槍致命，構成一項殺人罪，但開槍行為可根據自然主義理論細分為提起槍枝，瞄準被害人，拉下板機等一連串的動作，那麼是否構成複數犯罪？連續數槍，僅一槍命中，又構成多少犯罪？

就這一系列的問題，支持自然主義理論的學者主張藉着經驗法則一些表面看來像複數動作因而構成複數犯罪的情況（刀劈同一被害人十次，一連串動作槍擊一次）可以整合為一體，故即使是一般人的角度而言，亦只是單數動作。但我們須知道，這種判斷欠缺科學的嚴謹性，判斷可能因人而異。

綜上所述，自然主義理論不能準確地和科學地解釋行為數目的問題和想像競合的問題等，故逐漸被另一理論——法律理論所取代。

## ii) 犯罪競合的法律理論

基於自然主義理論在界定犯罪單數及犯罪複數的問題上無法提供正確的準則，似乎只能通過法律角度尋求一個有效的準則以確定犯罪的單數或犯罪複數。

根據法律理論，作為刑法的效力而言，行為應具價值性結構、而非具自然性或物理性結構的單位，申言之，犯罪是行為人通過實害或危害的方式否定受刑法保護的利益或價值的行為。按這一思維，犯罪的數目是以受刑法保護的同一價值（法益）被否定的次數或被否定不同種類的價值的總和數目而定出。

因此，如複數（同種或異種）的價值被否定，則屬複數犯罪，不論在自然或物理角度存在單一行為或複數行為。

如果複數的價值被否定表示複數的犯罪被實施，那麼，我們應通過甚麼途徑獲知單一或是複數的價值被否定。

學習犯罪理論時，我們知道刑法的功能是保護法益。立法

者制定刑法，設立罪狀並以相應的刑罰禁止某類型的行為的實施，藉此對能被這一類型的行為侵害的法益加以保護。

那麼，在尋找界定犯罪單數或犯罪複數的準則，似乎應把刑法規定的罪狀所保護的價值(單一法益或多數法益)擬定為一單位的價值，以確定被否定價值的數目。按這一想法，被實施的不同罪狀的個數或同一罪狀被實施的次數分別等於被否定不同價值的數目或同一種價值的被否定的次數(複合罪狀雖保護多於一個法益，但在此，我們把它擬定為一個價值，例如搶劫罪，當中包含了人身法益及財產法益)。

易言之，如行為人的行為符合 N 個不同的罪狀時則否定了 N 個的價值。同樣地，如行為人 N 次實施符合同一罪狀的行為，亦 N 次否定同一價值。

但如何知道同一罪狀被符合的次數，我們唯有經主觀要素方面入手。

根據犯罪理論，行為是否構成犯罪非單純取決於其客觀符合罪狀與否，還須要求行為人實施行為時有罪過(故意或過失)。

因為除了判斷行為符合罪狀外，還得對行為人就其所作的行為作出另一價值性的判斷——譴責，則有關的行為方能構成犯罪。

在確定行為人通過其行為實施多個不同的罪狀或針對不同被害人實施同一罪狀後，原則上可因應涉及有關犯罪的特有的主觀構成要素以確定行為人因該行為的總和應受多少次的譴責(多一罪狀或每一被害人相應一譴責)。

然而，如行為人的行為的總和所侵害者是同一種的法益，且行為針對者為同一被害人或犯罪對象時，亦即符合同一罪狀時，則有需要分析該行為的總和是否應分割成複數的獨立部份，而每一部份應成為獨立譴責對象的單位。

分析結果是肯定的，則每一(符合罪狀且應受譴責的)單位相應一項犯罪。申言之，如行為的總和應分為 N 個受獨立譴責單位，則我們面對者是 N 個犯罪。

但問題仍未解決：如何知道有關行為的總和應分割成多少獨立部份和應受多少次的譴責仍是一大難題。

首先，我們應指出，凡涉及不同罪狀的情況，或雖然涉及同一罪狀，但分散在不同時間先後多次侵害該同一罪狀的情況，似乎沒有太大難度界定譴責單數或複數。

但如涉及同一罪狀，侵害行為同時或在一特定時間內無間斷地實施，那麼問題似乎變得複雜。

刑法保護法益的手段之一是通過一系列的強制命令，阻止人在意願上形成實施犯罪的決意，促使人能自行引導其內在的思想以符合法律秩序要求的應然方式來調控其外在行為。

正因如此，每當行為人實施一罪狀，則表示法律阻止犯罪決意形式的機制效力被行為人的主觀犯罪意圖戰勝，因此機制失效。

如行為人形成一次犯罪決意，則表示法律阻止犯罪意圖的機制被戰勝一次。

那麼在那些同一時間、連續或短時間內作出單一、一連串或多次作為或不作為的情況時，我們得查究行為人有否繼形成第一次犯罪決意後，再形成另一犯罪決意，或在同一時間形成多次的犯罪決意，和這些一連串或多次的作為或不作為是否就是被這些犯罪決意所支配。

查究犯罪決意數目是可以根據案件中查明的事實，並按經驗法則和事物常理推斷出來。

因此，如法律阻止犯罪意圖形成的機制 N 次被戰勝，即行為人形式了 N 個犯罪決意以支配其作為或不作為，則法律秩序應對行為人作出 N 次的譴責，亦藉此可確定行為人的行為總和符合了 N 次罪狀，或 N 次有罪過地侵害同一罪狀。

最後，如行為人的行為總和並非同時或在不間斷的時間內實施，或最低限度在短時間內實施，而是分散在不同甚至相距甚遠的時段內，那麼心理學的規律或實驗告訴我們，這是行為人實施一行為後，再次或連續多次形成新的行為意圖並付諸實

行，亦即是應受多數的譴責，因此構成多數的犯罪。

各行為之間的時間相距長短僅是一指標，如能證明行為人內心僅形成一次行為決意，但在一段長時間分段實施單一犯罪計劃，則單一犯罪的結論亦可接受。

若非如此，犯罪競合的法律理論可能被指為過重於推定而不重於實證。

參考文獻： EDUARDO CORREIA, DIREITO CRIMINAL II, 197 頁至 211 頁  
EDUARDO CORREIA, A TEORIA DO CONCURSO EM DIREITO CRIMINAL, 91 頁至 100 頁

## b) 真實競合

真實競合分實質競合和想像競合，實質競合是指複數行為構成複數犯罪。(例：行為人盜竊他人財物及販賣毒品)，想像競合指單數行為構成複數犯罪。想像者是指實質上行為人僅作出一行為，但其結果導致複數的法益被否定或複數的罪狀被符合，故法律把單數行為於想像層面把它擬定為複數行為。(例：行為人在其高層住所的露台向街上擲物，傷及一途人及毀損一車輛，單數的擲物行為構成傷害他人完整性罪及毀損罪兩罪競合)

不論是實質競合或想像競合，根據犯罪行為所否定法益的種類可分為同種競合(例如行為傷害兩人身體)及異種競合(盜竊他人財物及毀損他人之物)。

## c) 表面競合(法規競合)

從上文介紹犯罪競合的法律理論我們得知行為人行為符合的罪狀的單數或複數對判斷犯罪的數目而言是一個決定性的準則。然而，如具體行為僅符合一罪狀或僅違反一道刑法條文並不表示行為人僅實施單一犯罪，理由是行為人可多次實施同一犯罪，只不過僅否定單一種法益或實施單一性質的犯罪而矣。

同樣地，如具體行為同時符合一個以上的罪狀，也有可能只是表面構成犯罪競合，而實際僅構成單一犯罪。

在《刑法典》分則或單行刑法中，為數不少的規範之間存在着錯綜複雜的關係，致行為人由同一決意支配的行為可獨立符合數條法規所定出的不同罪狀。但若仔細研究這些法規及其設定的罪狀

時，可能發現它們之間存在着從屬，吸收、互相排斥或非純正的從屬、非純正吸收等關係。因此，若整體考慮具體行為和涉及的複數法規及其設定的複數罪狀，則可結論僅適用其中一法規及其設定的罪狀。學說稱這種不真實的競合為表面競合或法規競合（指有複數的法規競合適用，而非複數的犯罪競合，因此與犯罪數目無關）。

犯罪通說上認為可資判斷表面競合或法規競合的關係主要有特別關係、吸收關係、擇一關係。

### i) 特別關係

特別關係是指一規範及其設定的罪狀除具備另一規範及其設定的罪狀的構成要件外，還具有其他的構成要件。特別關係通常存在於基本犯與加重犯或減輕犯之間。根據特別法優於一般法（*lex specialis derogat legi generali*）的法律基本原則，應適用設定特別犯罪狀的規範。例：《刑法典》第一百二十八條的殺人罪（基本犯）及第一百二十九條罪的加重殺人罪犯（加重犯）或第一百三十條的減輕殺人罪（減輕犯）。

### ii) 吸收關係

刑法的功能是保護法益。藉着《刑法典》分則和單行刑法的規定，立法者設定罪狀以保護特定的法益。由於同樣受刑法保護的法益之間往往存在着「多」與「少」，或「大」與「小」的關係，即一受保護的法益的內涵可以被另一法益的內涵完全包括，因此，保護具有「大」內涵法益的規範提供的保護範圍足以完全包含和吸收了保護「小」內涵法益的規範。根據刑事訴訟法的一事不兩理（*ne bis in idem*）原則，如具體事實同時符合兩條規範所設定的罪狀，則僅適用提供大保護範圍的規範（*lex consumens derogat legi consumptae*）。例：行為人傷人致死，則僅以殺人罪論處，見《刑法典》第一百二十八條及第一百三十七條；行為人放火燒毀他人車輛可符合《刑法典》第二百六十四條的造成火警罪及第二百零六條的毀損罪，但因造成火警罪完全吸收了毀損罪，故僅構成一項造成火警罪。

### iii) 擇一關係

指因為保護同一法益的二條不同的規範，兩者含有相同的犯罪構成要素和但亦含有彼此對立排斥之犯罪構成要素，這兩條規範彼此排斥而不能並存，只可適用一條。例如《刑法典》第一百九十七條的盜竊罪和第一百九十九條的信任濫用罪。

#### d) 連續犯

連續犯的問題是最先由意大利法務工作者提出，但在意大利及法國的法律卻沒有對連續犯這一問題多加處理。德國刑法的文獻自很久以前已從犯罪競合理論中突顯出連續犯的問題。然而德國刑法理論就連續犯的構成沒有一致看法。

根據我們學習的犯罪競合理論，某些具體的情況原則上應以犯罪競合論處，然而，基於種種原因，尤其是基於公義和訴訟經濟原則，似乎應將之擬定為單一犯罪處罰。

事實上，在具體情況中，某些連續多次實施同一種類犯罪的個案，人們總直覺地認同不應以犯罪競合多罪論處。例如超市收銀員乘工作之便在一段期間內多次實施盜竊行為；曾以虛假資料獲得身份證明文件的人，自獲得載有其虛報資料的證件後，一直在與公共部門交往中連續多次申報該等不實資料。就如這樣連續多次犯罪的情況，如以多罪論處，似乎對行為人有不公平之處，相反如將之擬定為單一犯罪處罰，再在具體量刑中考慮實際犯罪次數以決定較單一犯罪為重的刑量，則來得更容易被接受。

單憑直覺認為公平不應是法律學者解決問題時應持的態度，因此學者們一直尋求在刑法的理論上解釋如何能將連續數罪擬定為單一犯罪處罰。

解決這一問題，較為被學者們追隨的看法主要有以下兩種：其一是從犯罪通說中尋找出連續犯的犯罪構成為單數犯罪的性質；其二是從連續犯中突出其隨後犯罪的罪過程度明顯下降，藉較低罪過程度這一點從犯罪競合中獨立出來。

根據《刑法典》第二十九條第二款的規定「數次實現同一罪狀或基本上保護同一法益之不同罪狀，而實行之方式本質上相同，且係在可相當減輕行為人罪過之同一外在情況誘發下實行者，僅構成一連續犯。」

這清楚表示澳門刑法採納了以罪過程度降低為依據，把實施數罪的情況擬定為單一犯罪論處。

確定我們面對的情況是否連續犯的最大困難是如何界定是否存在一個外在情況，而該外在情況可相當減輕行為人的罪過。

連續犯的前提是在一連串的連續犯罪中，存在着一外在的情況因素，便利或促使行為人第二次至第 N 次的犯罪行為，由於第二次

及隨後次數的犯罪行為是在行為人被誘發或促使的情況下作出，行為人選擇不犯罪的自由變得越來越小，因此，隨後每次犯罪的邊際罪過一次比一次低。反之在一般的犯罪競合情況，即使屬同種競合，由於不存在可相當減輕行為人罪過的外在的情況，行為人自第一次犯罪後的每次犯罪的罪過沒有降低，故須作數罪論處。

就邊際罪過遞減這一說法，德國刑法學者 KRAUSHAAR 指出，符合連續犯條件的相當減輕罪過程度的情況必須是由一外在情況所誘發、便利、促使或驅使而導致行為再次、甚至乎一而再，再而三地連續犯罪。對行為人而言，外在情況對其產生的誘發、便利、促使或驅使連續犯罪的作用實質上令行為人決定不犯罪的自由度減少。我們知道，當行為人選擇不犯罪的自由減少，則其罪過程度亦相應減低。

基於以上的理由，《刑法典》第二十九條第二款最後部份規定連續犯僅作單一犯罪論處。這樣的規定表示根據犯罪通說，連續犯在其實質構成方面是真正的犯罪競合，但基於行為人隨後的各次犯罪的罪過程度逐次明顯減輕，故為着處罰的目的，把它擬定為單數犯罪。

就符合《刑法典》第二十九條第二款規定的要件，有學者列出一些典型構成可相當減輕行為人連續犯罪的罪過的情況：

- a) 行為人在實施第一次犯罪後，導致其首次犯罪的機會再次出現且再次導致行為人連續犯罪。  
(例：行為人由於發現一無上鎖的貨倉倉門，入內偷竊後，其後該倉門仍未上鎖，因而誘發行為人再次入內盜竊)。
- b) 行為人為首次犯罪而製造或取得的工具仍留置在行為人可處分的範圍內，因而便利行為人再利用該犯罪工具再而犯罪。  
(例：行為人為偽造貨幣而製成的模具，在首次使用後，仍保留下來，而行為人受誘發下再次利用該模具偽造貨幣)。
- c) 行為人剛完成實施一既定的犯罪計劃，察覺外在環境誘發/便利甚至促成其擴大犯罪計劃，因而連續實施犯罪。  
(例：行為人原計劃打開保險庫以盜取一件保存其中的珠寶。成功盜取珠寶後發現保險庫中還存在現金，因受到引誘而再萌生再盜取現金的決意。)
- d) 行為人與被害人之間建立了某種關係，而行為人乘此關係之便多次實施犯罪。

(例：行為人結識被害人和取得被害人的信任後，經常造訪被害人家，並乘便多次在被害人家中盜竊。)

在判斷是否屬連續犯時，行為實施的時間和空間僅可作為連續犯存在的跡象，實質上最重要的是每次實施犯罪行為的動機必須與前次犯罪的動機有着一特殊的相連關係。雖然實施行為的時間和空間不是連續犯存在的決定性指標，但在排除連續犯存在時則有着重要的作用，這是基於實施行為的時間和空間若相距太遠，則上述所指的相連關係的結論便難以成立。

雖然法律無明示規定，但如有關的犯罪罪狀為保護人身法益，且被害人不是單一人而是多人，則連續犯不能成立。具權威和一致地被接受的學說和司法見解均認為，人身法益至為重要，侵犯不同人的法益根本容納不了罪過減輕的情況，因此，如複數的行為侵犯了同樣數目被害人的法益，則必然地構成該數目的犯罪競合和以競合論處，否則，刑法對人身法益的保護力度則受到不能接受的削弱。

#### 4. 犯罪競合的處罰制度

通過掌握犯罪競合的法律理論，我們已具備條件判斷面前的事件是否屬犯罪複數的情況。確定為犯罪複數後，緊接的問題便是如何論處。

- a) 就單一犯罪時的刑罰裁量，我們先前課堂已經學習。那麼，數罪併罰是否把數罪相應的具體判刑加在一起，便是數罪併罰的相應處罰？易言之，如屬同種類的刑罰，例如徒刑，把各罪的具體刑期加在一起，總和就等於被判刑人為其實施數罪而須承受的刑期；如屬罰金，即把數罪的具體罰金金額加起來，總和的金額亦即是被判刑人須承擔的罰金，如屬不同刑種時，例如徒刑及罰金；則既要服徒刑，同時亦承擔支付罰金的責任？問題是否如此簡單呢？當然這種純數學累計制度（Tot poena quod delicta）過去和現代均不屬大多數主流的刑事政策的方向。

這一制度成不了大部份國家主流刑事政策主要理由是基於以下幾類：

- 在某些情況，若犯罪數目大且徒刑刑期較長，則累計的總和可能超逾被判刑人的有生之年，故難於執行；
- 基於上述的理由，有期的徒刑的性質被變更，實質上

變成無期徒刑；

- 犯罪競合是同一行為人實施數罪，量刑其中一因素是行為人實施事實時所顯露的罪過程度。由於是同一行為人的人格支配多數犯罪，若把數罪分別量刑的刑罰以純數學累計方式加在一起，則無可避免地多次評價同一行為人的人格，以致重複評價同一量刑要素，以致可能（且大部份情況必然地），不公平地負面評價同一行為人在整體事件（多次犯罪）的單一人格，最終可能導致對行為人施加了超越其整體罪過的刑罰；
- 數學累計的結果往往導致在多數輕微犯罪中，行為人被判長刑期刑罰，有違再社會化的理念。

b) 基於以上所述的種種弊端，這種最簡單直接的處罰制度不能成為主流氣候。

數罪併罰的主流刑事政策理念是行為人應被判以單一刑罰，其刑量應不高於數罪獨立量刑的總和。

然而，如何裁量這單一刑罰，也基於不同的處罰理念有着不同的計算方法。

#### **i) 單一刑罰制（狹義）**

行為人實施的罪數和各罪的獨立量刑並不具決定性的重要作用，僅作為量刑的因素之一。根據這種單一刑罰制的理念，量刑考慮是以行為人為考慮對象，是針對行為人而非針對事實的考慮。法律把犯罪競合擬定為某一特定行為人實施了一大犯罪，並以一犯罪單位量刑。

這一制度有違刑法應對事而不是對人的基本原則。此外，在訴訟程序上亦因沒有區分各罪的獨立量刑可能帶來不便，例如在上訴時，上級法院不能個別審查某一犯罪量刑的合理性。如有量刑不當，則須全部判刑廢止，故不符訴訟經濟原則。

#### **ii) 結合刑罰制**

與狹義的單一刑罰有着共同之處，皆對行為人科處單一刑罰。

然而，與之不同之處是結合刑罰制中的單一刑罰

是基於數罪的獨立刑罰（刑幅或具體刑）通過一特定結合方式而產生出來，易言之，各罪對單一刑罰均有着決定性的作用。

### 1) 純吸收原則

根據純吸收原則，數罪併罰的單一刑罰是各罪的具體刑最重者，即由最重的刑罰吸收其餘同樣嚴厲及較次的刑罰。

純吸收原則的不善之處是只要行為人實施了一較嚴重犯罪，便可獲豁免因實施其他較輕的犯罪的刑責，變相獲不受處分的保護，導致姑息和不公的情況。

### 2) 加重原則

以各罪中最重的抽象刑幅為競合刑幅，其餘的犯罪被用作為在此刑幅範圍內的加重情節。當然，根據這一原則，當行為人實施犯罪數目逾多，各罪在刑幅範圍內的加重作用逾少，甚至乎導致低於預防犯罪所需最基本的刑量。但無論如何，較純吸收原則相對地更公平，因若行為人每多實施一項犯罪，其須承擔的刑罰也必然較重。

## c) 現行刑法的論處制度

### i) 《刑法典》第七十一條規定犯罪競合的處罰制度。

《刑法典》第七十一條第二款規定，

「可科處之刑罰之最高限度為具體科處於各罪之刑罰之總和。如為徒刑，不得超逾三十年；如為罰金，不得超逾六百日。可科處之刑罰之最低限度則為具體科處於各罪之刑罰中最重者。」

由此可見，澳門現行制度不屬數學累計處罰制，亦非純吸收的單一刑罰制，而是奉行加重原則的結合刑罰制。

根據上述條文的規定，法官在確定屬犯罪競合後，首先對各競合的犯罪根據一般量刑原則逐一作獨立量刑，隨後以各具體刑罰中最重者作為競合犯刑幅的下限，而各具體刑的總和為刑幅的上限。易言之，是以純

吸收作為刑幅下限，純數學累計作為上限。

定出競合犯的刑幅後，再根據七十一條第一款的規定，考慮同一行為人的單一人格和整體考慮各犯罪事實，尤其是各事實之間的關連及關連的種類，根據《刑法典》第六十五條的量刑情節定出一合適的刑罰，這一單一刑罰為實施數罪的行為應受的刑罰。

如各罪的具體刑罰的種類不同，則應以第七十一條第三款辦理。

基於再社會化原則，競合犯刑幅上限不能逾越三十年徒刑，而罰金則不得超逾六百日。

## ii) 嗣後知悉的犯罪競合

《刑法典》第七十一條第一款規定行為人實施數罪，且該等犯罪係於各罪之判刑確定前實施。意謂行為人在實施最後一次犯罪時，對其前各罪仍沒有確定的判刑。

第七十一條第一款所指的情況是若今天對某一特定行為人就其已實施但仍未有確定判刑的多數犯罪進行判刑，意謂今天已知悉且屬先前已實施，但仍未判刑的犯罪。

但實際情況中，法院在審判某一特定行為人時，卷宗所載構成訴訟標的的犯罪可能僅是行為人實施數罪其中之一或其中部份，而並非全部，因此，可能出現的情況是行為人只因其曾實施的犯罪其中一項或其中部份已有確定判刑，嗣後才發現行為人在該次判刑前有實施其他犯罪。若在該次判刑的卷宗有調查和審判這些（當時仍未被司法機關獲知的）犯罪，則早已根據《刑法典》第七十一條對行為人實施的全部犯罪處以單一的結合刑，沒有這樣做單純基於司法機關不知道行為人還有實施其他後來才知悉的犯罪。

同樣地，若行為人在實施最後一罪時，仍未基於其先前曾施的一罪或數罪被確定判刑，但後來被法院（同一或不同的）在不同訴訟程序中確定判刑。

如司法機關嗣後才知悉此情況，按同樣道理，只要

各刑罰仍未消滅，則仍可重新和應該對同一行為人重新論處，科以一單一結合刑。

因此，《刑法典》第七十二條規定，只要已確定判決所定的刑罰仍未消滅，則亦適用第七十一條的數罪併罰制度。

當然，行為人基於某一或某些確定判刑而已服的刑期當然會在新的單一結合刑中扣除，視為已部份服刑且僅須服餘下刑期。

## 5. 連續犯的處罰制度

《刑法典》第七十三條規定連續犯是以連續實施的各罪中最嚴重者的抽象刑幅為連續犯的量刑刑幅，但不妨礙法官考慮連續實施犯罪的次數作為量刑的一般情節以定出具體刑罰。

表面上是奉行純吸收原則，但實質上是沿用加重原則。

雖然《刑法典》第二十九條把連續犯擬定為單一犯罪，但畢竟是一個建基於多數犯罪之上的單位，故在犯罪競合章節處理之。

## 6. 刑罰的特別減輕

### a) 刑事政策上的考慮

立法者在刑法典分則或單行刑法就某一罪狀設定適用刑幅時，必應盡可能預見實施該罪狀的各種正常可能的方式及法益被侵犯的正常可能程度，並在這些可能的實施方式及侵犯程度中根據最嚴重者定出抽象刑幅的上限和根據嚴重程度最低者定出刑幅的下限。

一般情況而言，根據這一標準定出的各罪刑幅應能回應該種特定犯罪在正常情況下的不同實施方式中行為人的罪過程度和預防犯罪的要求。

然而，在事實上，我們須承認人的預見能力是很有限的，很難預見生活中多種多樣行為形態和行為動機的各種異常可能情況，因此實有需要在立法上設定特別機制，容許在特殊情況可特別減輕有關犯罪的相應刑幅，以便能在具體個案中回應公平和合理的要求。

就這些可能出現且促使法官在具體個案中應特別減輕具體刑罰的

情節，澳門現行的立法先採用以下兩種方式處理。

- (一) 在《刑法典》總則就一些廣為學說研究對象和在犯罪通說基本上有共識的減輕行為人罪責的情節加以規定，並定出其具有特別減輕刑罰的作用。

由於這些特別減輕的情節基本上適用一般犯罪或最低限度大部份的犯罪，因此，立法者在《刑法典》的總則規定之。(見《刑法典》第九條〔作為犯及不作為犯〕第三款、第十六條〔對不法性之錯誤〕第二款、第二十二條〔犯罪未遂之可處罰性〕第二款、第二十六條〔從犯〕第二款、第三十二條〔防衛過當〕第一款、第三十四條〔阻卻罪過之緊急避險〕第二款、第三十七條〔同意〕第四款等)。

- (二) 除了這些在《刑法典》總則規定對一般犯罪或大部份犯罪均適用的特別減輕情節外，法律就特定種類的犯罪，因應其性質和實施方法，加以考慮該種類犯罪特有的特別減輕情節，並在《刑法典》分則中加以明確規定其特有的減輕前提和減輕的刑幅。

這種立法技術是基於這些特別減輕情節的特有性質僅可適用於某一或某些特定罪狀，這點使立法者在技術上無法將之規定於《刑法典》的總則。(見《刑法典》第一百三十條〔減輕殺人罪〕、第一百三十一條〔殺嬰〕、第一百三十二條〔應被害人請求而殺人〕、第一百三十四條〔過失殺人〕、第一百四十一條〔減輕傷害身體完整性罪〕、第一百四十二條〔過失傷害身體完整性〕、第一百四十五條〔參與毆鬥〕第一款、第二百零一條〔返還或彌補〕、第二百零二十一條〔返還或彌補〕、第二百七十四條〔減輕〕、第二百八十一條〔加重及減輕〕、第二百八十八條〔犯罪集團〕第四款、第二百八十九條〔恐怖組織〕第六款)

此外，基於同一理由，在單行刑法亦有因應特別種類的犯罪設定僅適用於該犯罪的特別減輕情節和減輕的刑幅，(例如：第 17/2009 號法律第十八條)。

- (三) 雖然立法者以上述兩種方式盡可能規範應予特別減輕的情節，但不得不承認仍不足以完全避免在具體情況中科處高於犯罪行為人罪過及預防犯罪要求的刑罰的可能。

基此，立法者在《刑法典》第六十六條定出一補足性的一般規定和在第六十七條規定刑罰如何作特別減輕。

根據《刑法典》第六十六條〔刑罰之特別減輕〕的規定，除本文上述在《刑法典》總則規定的一般特別減輕情節，和分則及單行刑法針對某種犯罪性質而規定的特定特別減輕情節外，凡基於犯罪前、犯罪時或犯罪後存在可相當減輕行為人罪過或減低事實的不法性程度的情節，或縱觀事實的整體判斷出存在減少刑罰必要性的情節，則法院須根據第六十七條作特別減輕處理。

第六十六條第一款以概括和抽象方式定出可作特別減輕的情況，當中的文字表述用上了法律概念和判斷性的用語，由法律適用者面對具體個案時加以分析具體情節以決定是否存在能相當減輕行為人的罪過的情節、或能相當減低犯罪的不法程度、或能相當降低刑罰的必要性的情節。

原則上，刑法不應以這些不確定和結論性概念的文字表述來作出法律適用前提的規定，但有關的減輕機制的適用結果是對行為人有利，故無損罪刑法定原則的真正內涵。

第六十六條第二款就第一款規定的三種分別與行為人罪過(見 a、b 及 f 項)、行為的不法性(見 c 項)及刑罰的必要性(見 d 及 e 項)以舉例方式列出較第一款更為具體的表述，然而，第二款所列舉的情節並不等於第六十六條第一款所規定者的全部，而僅是某些較常見的典型情況而已。

雖然第一款規定法院須特別減輕刑罰，但不可忘記這裏規定者屬實質前提而非單純形式前提。例如即使具備第二款各項任一情況並不表示必然產生第一款所指的相當減輕罪過、不法性或刑罰必要性的作用，法律適用者還須審查和判斷該形式上符合的情節在實質上是否能真正產生可相當減輕罪過、不法性或降低刑罰必要性的作用(例：原則上，根據第二款 f 項的規定，凡行為人作出事實時未滿十八歲，形式上應被視為因年紀小而未具成熟分辨是非的能力，這一情節應可相當減輕行為人的罪過程度。然而實際上可能發生的是行為人雖然未年滿十八歲，但其心智成熟程度絕不低於一般成年人。如屬此情況，則法官不應作特別減輕。)

第六十六條第三款規定，如情節本身或連同其他情節，

同時構成法律明文規定須特別減輕刑罰之情況，以及本條規定須特別減輕刑罰之情況，則就特別減輕刑罰，該情節僅得考慮一次。

事實上，在不少的具體個案中行為人的行為情節既屬上述的《刑法典》總則的一般適用的特別減輕情節或分則或單行刑法特別適用的減輕情節，又符合第六十六條第一款，甚至第二款中的某一項，但由於事實僅存在一個情節，而非多個情節，是單一情節，僅是法條競合，因此不屬情節競合，故該單一情節只能產生一次特別減輕作用(例如《刑法典》第一百三十二條所指的典型情節亦同時符合第六十六條第二款 b 項的規定的特別減輕情節，但應被害人強烈請求下而殺人僅是單一情節而並非情節實質競合，故僅以特別法第一百三十二條論處已足夠，不能再以第六十六條和六十七條再特別減輕第一百三十二條所規定已作特別減輕的刑幅。同樣屬單純法條競合而非情節競合的情況可見於第 17/2009 號法律第十八條所指的某些情況與《刑法典》第六十六條第二款 c 項等。)

事實上，這僅是邏輯上的必然解釋，單一情節當然僅可被考慮一次作為減輕論處。

然而，在同一事實中共存兩個或更多各自具備產生特別減輕刑罰作用的情況亦不少。試想像一個十七歲少年被其父母威脅下殺人未遂。

就這種個案，我們認為應理解為基於相對公平的考慮，法律的正確解釋應是三個減輕情節可以分別各自根據第六十七條連續減輕犯罪的相應刑幅。(即從十年至二十年的刑幅減為二年至十三年四月，再減為一月至八年十月二十天，繼而再減為一月至五年十一月三天)

此外，一如以上例子中見到的第六十六條第二款作列舉的情節之間是可共存的關係，而非互相排斥的關係，因此，我們看不出有任何理由排除第二個第三個及第 N 個情節的特別減輕作用。

## 第四章

### 徒刑的暫緩執行

#### 1. 歷史沿革及其刑事政策的理念

暫緩執行的徒刑最早可見於一八八四年在法國由 Bérenger 提出的刑法草案中，其後分別於一八八八年及一八九一年為比利時及法國的立法採納。葡萄牙亦於一八九三年成為歐洲大陸法系中最先引入源自法國及比利時的徒刑暫緩執行制度的國家之一。

這些最先被立法引入的徒刑暫緩執行制度的立法理由是為用於一些輕微犯罪行為，而犯罪行為人沒有前科，往往基於犯罪屬輕微性質，且行為人無前科的情節而在具體個案中被視為單純藉着以徒刑作威嚇已足以使犯罪行為人將來不再犯罪，從而達致預防犯罪的目的。

在這些國家的立法中，規定法官在決定予以暫緩執行徒刑時，必須在判決中依法定出暫緩執行的期間，如被判刑人在緩刑期間沒有再實施犯罪，則緩刑期間屆滿後刑罰被宣告消滅。但如在此期間再犯罪，則被暫緩執行的徒刑會馬上被執行，並連同新犯罪的相應刑罰先後執行。

這一早見於十九世紀末的理念，已預見到在某些情況，即使沒有把犯罪行為人關進監獄亦可達到預防犯罪的目的，其可取之處尤見於二十世紀的刑法改革運動中倡議的非剝奪自由刑的好處。

基於在理論研究及司法實踐過程中，人們發現徒刑暫緩執行制度的適用不應僅限於沒有前科的犯罪行為人，而應略為擴大其適用對象的範圍，包括那些雖然有前科，但結合整體犯罪情節可結論以徒刑作威嚇已足以使行為人不再犯罪。

隨後，這一源自歐洲大陸不設附加條件的純暫緩執行徒刑制度被加入來自英美法系的新元素。

事實上，對於那些面對單純以徒刑作威嚇的處罰手段仍不滿意的人們，似乎見到結合適用來自英美制度的 PROBATION 後，變得更信任其預防犯罪的功能。

隨着引入概念源自英美 PROBATION 制度的附加義務和行為規則後，徒刑暫緩執行制度變得更有活力和更能回應一些嚴重程度中等的犯罪的預防需要和更能有利於被判刑人重新融入社會。

這種我們今天在歐洲大陸法系國家及地區所見到的傳統徒刑暫緩執行制度就是這樣的演變過來。由於其內涵豐富，法官有必要在每一適用暫緩執行的徒刑的判決中裁量暫緩執行的期間，是否對被判刑人設定義務及決定設定何種行為規則等，因此，暫緩執行的徒刑已不再被視為具有特殊執行方式的徒刑，而是一個獨立於傳統徒刑且具本身制度及精神的替代刑。

## 2. 現行《刑法典》規定的徒刑暫緩執行的法律制度

### a) 適用前提

《刑法典》第四十八條第一款規定，在一定的形式及實質前提成立的情況下，法院得將具體量刑不超逾三年的徒刑暫緩執行。

雖然立法者以「得」的文字表述，但我們切勿誤解為法官有自由裁量權決定是否予以暫緩執行徒刑，反之立法者的意思是一旦法律規定的各前提均成立時，法官別無他選地暫緩執行徒刑。

根據第四十八條第一款規定的緩刑的前提，我們可將之分為形式前提及實質前提。

#### i) 形式前提

第四十八條第一款規定可予以暫緩執行的刑罰為具體裁量為不超逾三年的徒刑。申言之，只有徒刑，不包括其他種類例如罰金或根據《刑法典》第四十七條第三款可暫緩執行的徒刑（這情況下的暫緩在立法理由和刑事政策上的考慮均有別於第四十八條作為替代刑的徒刑暫緩執行）。\*

事實上，根據我們曾學習的刑法改革運動中所倡議的盡可能以非剝奪自由刑代替徒刑的概念，我們更容易地瞭解為何受該刑法改革運動影響的現行《刑法典》只容許可暫緩執行徒刑，而不可暫緩執行其他非剝奪自由刑，例如罰金等。

#### ii) 實質前提

與簡單的形式前提相比較，實質前提就變得較複雜得多。

根據第一款的規定，法官在確定具體量刑為不超逾三年徒刑後，就以下一系列的因素作出價值性的判斷以便能作出應否

---

\* 根據道路交通法的規定，中止駕駛執照的附加刑得予以暫緩執行（見第 3/2007 號法律第一百零九條）。

暫緩執行徒刑的結論。

根據第一款的規定，經考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰的目的，則應予以緩刑。申言之，法律要求法官在作出裁判時，整體衡量上述的因素以前瞻的方式預見倘僅判罪(作出嚴肅的譴責)並以徒刑作威嚇已能達致特別預防(行為人受到阻嚇和譴責後會約束其日後行為舉止不再犯罪)及一般預防(社會成員認為即使徒刑被暫緩執行，但亦不削弱人們相信法律的有效性想法及人們對法律秩序的信心)的刑罰目的時，則必須暫緩執行徒刑。

值得在這裏強調的是，法律規定處罰目的必須成立的要求是指須確保法律秩序的威嚴必須得到最基本的維護，申言之，暫緩執行徒刑後不致令刑罰在一般預防中所產生的作用處於一般預防的基本要求以下。

## b) 適用模式

一如我們在徒刑暫緩執行的歷史沿革中提及，在具體適用可以是純暫緩執行或附帶義務，及/或行為規則及/或考驗制度。

### i) 暫緩執行的期間

第四十八條第五款規定暫緩執行徒刑的期間在一至五年之間定出，且是自裁判確定時起計，即就有罪裁判已開始生效且已不能再提起平常上訴時起計。

原則上，如無出現第五十四條規定可導致徒刑暫緩執行被廢止的原因，則法官在一至五年間定出的具體暫緩期間屆滿時，負責執行刑罰的法院便依職權宣告刑罰消滅——見第五十五條。

然而，如法官在科處暫緩執行的徒刑時附帶有義務、行為規則，或重新適應社會計劃且該等義務、行為規則或計劃並未在緩刑期間屆滿前履行或完全履行，則根據第五十三條 d 項延長暫緩徒刑期間，以便有充足的時間決定是否廢止緩刑或宣告刑罰消滅。

倘判刑時法院定出的暫緩執行期間低於法定上限的五年時，則可根據上述 d 項延長之以確定應否廢止緩刑或宣告刑罰消滅。

然而，倘緩刑期定為五年，則不存在延長的空間。

立法者定出最短一年是基於作為考驗被判刑人的最基本的時間，而上限為五年則基於五年是最充分時間以考驗判刑人是否受到判罪的譴責和刑罰的威嚇效力不再犯罪。

## ii) 強制義務

如法官認為有利於彌補因犯罪而產生的惡害，則可為此目的而強制被判刑人履行某一些義務。

第四十九條第一款 a 至 e 項所規定者並非等於法官可採用的強制義務的全部，而僅是以例列的方式規定的義務。申言之，只要法官認為有利於彌補犯罪帶來的惡害時，則可因應具體所造成的惡害性質及程度定出第四十九條第一款以外的義務。

然而，第二款規定的但書說明了該等義務不應是強被判刑人所難的義務。

倘被判刑者不履行應付的義務，法官得基於暫緩執行徒刑的目的不能實現而廢止徒刑暫緩執行或延長緩刑期再容後判斷。

## iii) 強制行為規則

法官認為有利於被判刑人重新納入社會時，則可強制被判刑人遵守一定的行為規則或強制被判刑人接受一個包含重新適應社會的個人計劃的考驗制度，由法官指定的依法有權限公共實體的專業人員跟進。

一如強制義務般，第五十條第二款規定屬例列性質。

## iv) 以上各種的緩刑條件之間存在共容關係，因此可單獨、部份或全部適用於同一被判刑人身上。

## c) 不履行緩刑附帶條件的法律結果

上文所見，法官在決定暫緩執行徒刑時可定出強制的義務、行為規則及考驗制度。這些緩刑條件均有着共通特點，是要求被判刑人有義務去履行一些給付或作出行為或服從行為準則的指令，因此，被判刑人是有可能不履行或未能使其滿足法官在這方面的要求。

這些可能出現的不履行緩刑條件的情況可不盡相同，因此亦可產生不同的法律後果。

根據《刑法典》第五十三條的規定，如被判刑人不履行緩刑條件是基於可對其歸責且屬應受譴責的行為所導致者，則法官可因應其不履行的嚴重程度及其過錯程度而定出第一款 a 至 d 項的其中一種後果——見《刑法典》第五十三條第一款。<sup>\*</sup>

此外，如在緩刑期間實施犯罪且被判刑或因明顯或重複違反應履行的義務或行為規則，或不遵守重新適應社會的個人計劃時，倘法官認為緩刑未能達到預防犯罪的目的，則法官應廢止緩刑，着令被判刑者實際服刑。

第五十四條第一款規定只有在顯示作為暫緩執行徒刑的依據之目的未能通過緩刑達到時，方可廢止緩刑，意謂並非單純考慮被判刑人再次犯罪而被判刑或重複不履行條件而必然地廢止緩刑，而是要考慮當被法官暫緩執行徒刑時所希望達到的目的是否證實已不可能達致。

#### **d) 完全履行緩刑附帶條件的法律後果**

若被判刑人完全履行一切緩刑條件，或即使在沒有設定條件的緩刑期間也沒有再犯罪而被判刑，則負責執行刑罰的法院依職權宣告刑罰消滅。

---

#### **\* 第五十三條**

##### **(不遵守暫緩執行徒刑之條件)**

在暫緩執行徒刑期間，被判刑者因其過錯而放棄履行任何被命令履行之義務，或放棄遵守任何被命令遵守之行為規則，或不依從重新適應社會之計劃者，法院得：

- a) 作出嚴正警告；
- b) 要求就履行作為暫緩執行徒刑條件之義務作出保證；
- c) 命令履行新義務或遵守新行為規則，或在重新適應社會之計劃內加入新要求；或
- d) 將暫緩執行徒刑之期間延長，以原定期間之二分之一為限，但不得少於一年，亦不得延長至超逾第四十八條第五款所規定之暫緩執行徒刑之最高期間。

## 第五章

### 假釋

#### 1. 歷史沿革

在學習刑法改革運動及刑罰種類時，我們已就徒刑的利弊作分析，一方面不得不承認徒刑對於嚴重犯罪而言是最上乘的刑罰(尤其在不設肉刑、死刑及無期徒刑的制度，更是唯一最有效的刑罰)，另一方面却不能否認隨着徒刑在被判刑人身上科處及執行，幾乎無可避免地不利於被判刑人在服刑期滿後重新融入社會。

在一些如澳門般採用積極的特別預防的制度中，尤其感到有需要考慮被判刑人履行中期或長期徒刑後重新融入社會的問題。

事實上，並非如不少人想像般，中長期徒刑服刑人在履行徒刑後不能在社會重新正常地生活，純粹是被判刑人的個人問題。當這些人在服刑期滿後沒有條件或不獲提供有利條件重新融入社會是造成重新犯罪的主要原因。

有見及此，歐洲大陸法系的一些國家早於十九世紀中葉前，為了回應釋囚再犯罪率高的問題，引入新思維，幫助釋囚較容易在獲釋後重新以守法的態度在社會生活。這一新思維主張在被判刑人已履行全部徒刑期相當部份後，能提前實質上重獲人身自由但在法律上仍為正在服刑人身份重新返回社會，易言之，是讓服刑人在自由空間履行徒刑刑期的最後一個階段。其目的顯而易見，希望服刑人能利用這段最後階段的刑期能自由地在社會為自己日後刑期屆滿和法律上重獲真正自由作好準備。即使悲觀而言，服刑人沒有或基於種種原因而沒有利用這段提前獲釋的時間好好地準備重投社會，亦不會導致比繼續留在監獄服刑更差的狀況。

由這些思維而落實的有條件的釋放，在刑法上稱為假釋。

所謂有條件的釋放是指即使服刑人可提前重獲自由，但批准其重獲自由是取決於一定前提的成立和提前獲釋後須符合一定條件和履行一定的義務。

假釋背後的刑事政策目的是落實刑罰的積極的特別預防效用，申言之，以積極的方法預防特定的犯罪行為人將來再次犯罪。

與澳門現行刑法中規定的假釋制度相近的制度最早見於法國學者 Boneville de Marsangy 於一八四六年的學說主張。

隨後法國於一八八五年首次通過立法落實假釋制度，當中吸納了法國於一八三二年就青年罪犯而制定的 *liberté provisoire* 和英國於一八五三年開始施行的 Tickets of leave 的兩種制度的某些理念。

## 2. 假釋的前提及其制度

### a) 形式前提

#### i) 服刑已達全部刑期三分之二或最少已滿六個月

法律規定被判刑人服刑最少六個月是基於六個月是作為判斷服刑人在監獄中人格演變的最基本所需的時間。

如法院的具體判刑為少於九個月的徒刑，則作為假釋前提的要求是必須服刑滿最少六個月，倘具體判刑超逾九個月的徒刑，則最少服刑時間為全部刑期的三分之二。

澳門現行《刑法典》第五十六條所要求的服刑三分之二的規定並不是最先草案所建議者。

在《刑法典》第一版草案中所要求者是像一八八六年《刑法典》般要求被判刑人須服滿最少二分之一的刑期，方有條件獲得假釋。

其後在立法會就《刑法典》立法許可草案的討論期間，有議員提出把原草案規定的二分之一提高至三分之二，而最終公佈生效的現行《刑法典》第五十六條規定者為三分之二刑期。

無論是最原先所要求的二分之一或最終通過的三分之二刑期，其立法理由是要求服刑人最少曾服滿法院判刑的相當部份，藉此維護法律秩序的最基本要求和達致法院在量刑時考慮的預防犯罪的要求。

事實上，如被判刑人僅須服滿法院判刑中的一小部份，除了是對嚴肅的法院裁判的粗暴的不尊重，還會影響人們對法律秩序的信心和尊重。

#### ii) 複數獨立判刑的情況

如被判刑人被判處者不僅是單一刑罰，而是兩個或以上的先後連續地執行的徒刑，則應根據《刑法典》第五十七條規定，作為假釋前提的最少服刑時間應為各徒刑總和的三分之二。

事實上，基於假釋在刑事政策上的理念，即使法律沒有上述第五十七條的規定，亦不可能分別考慮每一判刑的三分之二多次審理假釋的可能，更不可能使服刑人在第一次假釋後回到監獄再開始服另一判刑。此舉明顯地違反假釋為了有利服刑人重返社會的精神。

## b) 實質前提

### i) 有利的預測

《刑法典》第五十六條第一款 a 項要求「經考慮案件之情節、行為人以往之生活及其人格，以及於執行徒刑期間在人格方面之演變情況，期待被判刑者一旦獲釋，將能以對社會負責之方式生活而不再犯罪屬有依據者」。

這一法定實質前提要求法官基於上述條文所列舉的各種考慮因素，對服刑人即時獲釋後在社會上自由生活時的行為舉止作出前瞻的預測，倘預見行為人獲得提前釋放後，能守法地在社會生活，則可結論對服判刑人的假釋具有利的預測，反之則為不利的預測。

從上述的 a 項的文字表述，我們可以清楚看見立法者所着重者不僅是服刑人在監獄中必須保持良好行為，而是要求服刑人在服刑過程中在其人格上有着積極的演變。

事實上，在不少的司法見解中強調行為人在獄中遵守獄方的管理規範和保持良好行為是每一服刑人應有的行為要求，就如如在自由社會中守法是每一位公民應履行的最基本義務。因此，作為假釋實質前提的有利預測必須基於一些法律沒有明示列舉，但可經具體案件中判斷是否存在的顯示服刑人人格有着積極演變的事實，例如服刑人積極地參與有利於其日後重返社會的學習活動和職業技能培訓，參與獄中自願性質工作或其內心對尊重法律保護的價值的態度有着正面的演變等。

然而值得在這裏強調的是這一理解不應被解讀為由於服刑人沒參加學習活動，沒有參予獄方安排的工作或沒有積極地改變其價值觀而延長其刑罰，畢竟批准假釋是讓服刑人在其所被判處的徒刑刑期屆滿前一段時提前重獲自由，因此儘管服刑人不獲假釋，也僅是承受法院原來的判刑，且並不表示增加或延長其刑罰。

## ii) 法律秩序及社會安寧的維護

除了 a 項規定的特別預防的考慮外，當法官在決定是否批准假釋時，亦必須像量刑般就一般預防方面的要求加以考慮。

第五十六條第一款 b 項規定釋放被判刑者顯示不影響維護法律程序及社會安寧。

第五十六條第一款的 a 項及 b 項兩者規定為必須一併成立的前提。因此即使 a 項規定的前提成立，但如服刑人在正式刑期屆滿前提早重返社會可能使社會其他成員對法律秩序的信心產生嚴重的影響及嚴重影響社會的安寧時，則法官不得批准假釋。

在人人守法的情況下，法律秩序當然受到維護，然而當社會上有人不守法時，只有當不守法的人通過法定程序受到適當的制裁時，曾被違反的法律及整個法律秩序在有效性被重新肯定，從而使法律秩序得以維護。

適量的刑罰及行為人實際服刑是重新肯定法律秩序的重要因素，因此法官在審查假釋前提時，應考慮導致判刑的犯罪性質，犯罪情節等以便推測社會成員對這一具體性質和情節的犯罪個案，能否接受被判刑人在已確定的刑期屆滿前提前出獄。

在假釋程序中審查導致判刑的犯罪的性質及情節並不表示某些犯罪可能基於行為人實施事實的情節或單純基於其事實的性質，可能成為「不可能假釋的犯罪」。事實上，第五十六條第一款 a 項屬積極性質的前提，尤其是當服刑人在服刑期間的人格演變是判斷有利預測的提早獲釋的積極因素，反之 b 項規定的前提是倘法律秩序和社會安寧可能受到嚴重衝擊時則不可能批准假釋。因此，倘服刑人的人格演變的積極程度，在社會成員心目中能抵消 b 項前提的消極作用，則自然地法官有理由推測倘社會成員認知該特定服刑人的非常積極的人格演變時，應可接受服刑人提早釋放是不會動搖彼等對法律秩序的信心和不會嚴重影響社會安寧。

## 3. 假釋期間

《刑法典》第五十六條第二款規定假釋的期間相等於徒刑的剩餘未服時間，但絕對不得超逾五年。

澳門現行《刑法典》中規定的假釋制度信守了假釋早於十九世紀中

葉前已確定的理念，即假釋僅是執行徒刑過程中的特殊及或有的階段，讓服刑人在服刑相當一部份時間後能在人身自由情況下渡過餘下刑期，以便能具條件提前準備適應自由社會的正常生活。

因此假釋不能導致法院判刑的實質變更。

第五十六條第二款規定假釋期間原則上相等於剩下的刑期。立法者規定假釋期間不能超逾餘下刑期是明示地確保服刑人不會基於假釋期過短而不足以考驗其能否以負責任方式重新做人為藉口，把假釋期間延長至超逾剩餘的刑期，如是者，則明顯地是對原來刑期作出變更和加入了保安處分的元素。

此外第二款的最後部份的但書規定「但絕對不得超逾五年。」。

立法者定出五年為假釋期間的上限的立法精神是因為五年是足夠和合理時間，對一個獲得提前出獄的服刑人，就其行為及重新融入社會的情況作觀察，以判斷在批准假釋時的有利預測是否正確，而並非像某些國家法律般(例如德國刑法第五十七條第三款)規定假釋期間不得低於刑罰的剩餘刑期。(見 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, DIREITO PENAL PORTUGUÊS — AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME, 第 547 頁第 53 號註記)。

#### 4. 服刑人的同意

澳門現行的刑法是一部典型的「事實刑法」，而不是一部「人的刑法」。刑法介入所針對者為犯罪行為人作出的事實而非作出某些特定事實的人。

我們知道，在社會上生活着各種各樣的人，各有不同的意識形態，思想和生活方式，正反映出各人有着與別人不同的權利。然而，即使這些與別人不同之處是一些若付諸實行時為刑法所不容的理念時，則只要行為人只懷有這些歪念但沒有實行者，刑法是不得及不應介入的。反過來說，只有當這些歪念被人從思想中通過具體行為實現時，對刑法保護的利益造成危害或實害時，刑法方可介入處罰之。

因此，雖然刑罰的目的是預防犯罪，但刑法不應規定其刑罰或其執行方式具有強制改造行為人人格，改造其意識形態的功能，否則便違反人思想自由的基本權利。事實上，澳門刑法規定的自由刑——徒刑是單純剝奪人身行動自由的刑罰，和無可避免地導致一些取決於人身行動自由的其他自由權利亦遭到限制或剝奪(例如服刑人不能自由就業，上學

等)，但不應剝奪其餘一切不取決於人身行動自由的權利，例如思想自由等。因此，倘展開假釋程序時無須得到服刑人的同意，則實質上等同強制服刑人接收提前重新適應社會的假釋計劃，即接受一特定安排改變其人格接受自由社會的生活。

因此，如人能有自由決定其思想及意識形態，則亦同樣地有自由決定是否接受假釋這一特定安排提前返回自由社會。

此外，更有學者指出，對被判刑人而言，完全服刑不僅是其義務，亦是其權利，只有獲其同意的情況下方可剝奪其完全服刑的權利。

## 5. 假釋的條件

《刑法典》第五十八條規定，準用《刑法典》就徒刑暫緩執行制度的行為規則，附隨考驗制度，重新適應社會的個人計劃等均相應適用於假釋。

法官在批准假釋時，因應具體服刑人的情況決定是否適用這些有利於行為人重新融入社會的制度的全部或部份。

## 6. 不履行假釋條件的結果及刑罰消滅

同樣地《刑法典》第五十九條規定就徒刑暫緩執行制度規定的廢止制度相應適用於假釋。

如行為人不履行法官設定的條件，則法官可變更這些條件或最嚴重情況時廢止假釋，着令行為人須返回監獄服餘下的刑期。

反之法官在假釋期屆滿後宣告刑罰消滅。

## 第六章

### 刑罰的延長

作為犯罪的法律後果，澳門現行的刑法規定有刑罰及保安處分。

根據《刑法典》第四十條第一款的規定，科處刑罰及保安處分的目的皆為保護法益及使行為人重返社會。

雖然保安處分及刑罰均有着相同的目的，但其科處依據則不相同。

《刑法典》第四十條第二款規定刑罰的科處依據和前提是行為人在實施事實時的罪過，而第三款則規定科處保安處分的前提和依據是行為人通過具體實施一客觀符合罪狀的事實時，所顯露出對刑法保護的法益存在侵害的危險性。

現行刑法規定收容性質的保安處分僅適用於不可歸責的行為人（見《刑法典》第八十三條至第九十一條）。

然而，除上述的收容性質的保安處分外，刑法亦規定一些具針對特定危險性而設的非收容性質的保安處分（見《刑法典》第九十二條至第九十五條）。

因此，原則上，對可歸責的行為人不得同時科處刑罰及收容性質的保安處分。

在這一傾向單元主義的制度（單元主義指收容性質的保安處分僅適用於不可歸責者，而刑罰則僅適用於可歸責者）中，可能出現如下極端的情況：可歸責的行為人實施了一犯罪事實，而根據其犯罪時所顯示的罪過程度，根據《刑法典》第四十條第二款的規定，刑罰的量不能逾越罪過的程度，故法院不能對之科處同時足以回應其特別的犯罪傾向的刑罰/保安處分。這類行為人是可歸責者，但基於其過往的犯罪前科及其實施犯罪行為的嚴重性，再結合其犯罪後的人格演變，使人可推論出其在是次服刑後仍有高度可能再次犯罪。

對這一類可歸責的行為人而言，受其是次犯罪罪過程度所限制的刑罰不足以適當維護法益，且可預見按一般規定可對其科處的非收容性質的保安處分亦不足以補足受罪過程度限制的刑罰所顯示出的不足。

正是在這些考慮的因素的條件下，澳門現行的《刑法典》第七十七條例外地規定得對可歸責者科處收容性質的保安處分。

雖然第七十七條的文字表述對這一保安處分冠以「刑罰延長」的稱謂，但究其立法精神，其適用前提及科處依據，我們便知悉此乃一真正的收容性質的保安處分。

事實上，第七十七條所規定者是由一肯定的刑罰部份及另一或有部份，即所謂延長的「刑罰」部份，兩者所組成，前者在法院量刑時已根據一般的量刑標準作具體裁量，而後者則在被判刑人服刑屆滿前方定出，其定出的程序必須考慮行為人的過往各次的犯罪的嚴重程度，是次案件情節，行為人以往的生活情況及其人格，以及其服刑期間人格的演變情況，且必須結論行為人一旦服刑期滿獲釋，也不能以對社會負責任方式重返社會，尤其是不能守法不再犯罪。

現行《刑法典》在刑罰延長的適用前提方面，規定有兩種基於行為人過往犯罪的嚴重程度的不同而定出的情況。第一種是要求行為人過往非處於監禁的五年期間，曾有實施兩次或以上應處以高於兩年徒刑的故意犯罪，而第二種則包括那些曾在相同期間內，曾有實施四次或以上應科以實際徒刑的故意犯罪。

前者涉及較嚴重的故意犯罪，而後者則要求行為人有實施嚴重程度稍次但次數較多的故意犯罪。

以下讓我們逐一分析第七十七條及第七十八條規定的形式和實質前提的立法考慮因素和立法目的。

## 1. 形式前提

### a) 故意犯罪

一如上文所述，刑罰延長的依據是基於行為人的犯罪傾向，其人在社會存在即等同對刑法保護的法益有侵害的危險存在。立法者希望針對者是由故意支配的侵害法益行為，而非由不可歸責者無意識行為或可歸責者過失而實施的侵害法益行為。

### b) 實際徒刑

根據第七十七條及第七十八條規定，兩種情況下的刑罰延長均取決於涉及犯罪的一定嚴重程度，而犯罪嚴重程度往往可通過具體量刑的刑罰種類和刑罰量顯示出來。事實上，根據第七十七條及隨後各條延長的「刑罰」，實質上是披着刑罰外衣的保安處分，是一種立法者通過特別立法手段例外地容許對可歸責者施以收容性質的保安處分。因此，只有當存在強而有力的依據支持行為人確有嚴重的

犯罪傾向時，我們方可有說服力地決定對之施以如此嚴厲的法律後果。事實上，數次實施應科以實際徒刑的故意犯罪的事實是立法者選取用以檢測行為人犯罪傾向的有效指標。

### c) 以往「犯罪」或「判罪」的問題？

《刑法典》第七十七條第一款 a)項及第七十八條第一款 a)項分別規定：

「行為人以往曾故意實施兩個或兩個以上之犯罪，且就每一犯罪亦被科處超逾二年之實際徒刑。」

「行為人以往曾故意實施四個或四個以上之犯罪，且就每一犯罪亦被科處實際徒刑。」

如果我們從字面表述來理解上述兩道條文，可能不肯定立法者要求行為人必須因以往數次犯罪已被判刑或僅要求行為人曾經實施應處以一定嚴厲的徒刑便成立這一前提。

面對這一源自文字表述的表面疑問，作為法律解釋者應持一貫探究立法精神的態度來找出真正的立法原意。

先讓我們稍作回顧屬刑罰特別裁量課題的累犯的加重理由。

在累犯的前提中，我們可清楚得知立法者之所以加重累犯的處罰，是基於有前科的行為人再犯罪時，並沒有尊重法院就其先前犯罪作出判刑的裁判中所包含的嚴肅警戒，從而顯露出行為人較之無犯罪前科的行為人而言，有着較高程度的罪過。基於罪過較高，故應予按比例加重刑罰。因此，毫無疑問地，在累犯的制度，曾因先前犯罪被判罪及判刑是累犯的必要前提。

然而，在刑罰延長的制度中，延長刑罰的依據並非像累犯所要求般，即要求行為人曾被判罪及判刑仍不尊重先前的判決的警戒而以更強的違反法律決意再次犯罪，而是基於行為人在過去一段特定時間內，行為人曾重覆多次實施了一定嚴重程度的犯罪，從而顯露出行為人的犯罪慣常性和犯罪傾向，而這一犯罪慣性和傾向被視為存在侵害法益危險的有效指標。由此可見，在刑罰延長的制度中，行為人曾否受判罪警戒並不重要，重要者是行為人確有多次實施嚴重的犯罪。

雖然第七十七條第一款 a 項及第七十八條第一款 a 項皆同樣規定基於以往的故意犯罪亦被科處實際徒刑的前提要求，但這一文字表述的論據並不足以排除我們以上的無須有先前判罪的主張，事實

上，只要回顧我們就犯罪競合的量刑步驟的內容，我們便可知悉即使行為人沒有就以往的犯罪被確定判罪及判刑，亦無礙刑罰延長的適用。

根據《刑法典》第七十一條的規定，法官在事實審認定行為人有實施數罪後，先必須對競合的各罪獨立量刑，方可根據同一條文的規定，以各獨立量刑的最重的刑罰作為數罪併罰刑幅的下限，而各獨立量刑的刑罰的總和為競合處罰刑幅的上限，最後從中定出單一的結合刑罰作為數罪的最終具體刑。

因此，當法官在數罪各自獨立量刑後，便具備客觀條件判斷行為人「以往的犯罪」是否亦被科處超逾兩年的實際徒刑或亦被科處實際徒刑。

因此，作為刑罰延長的形式前提，法律只要求以往有實施犯罪、而非同時要求行為人曾必須就這些犯罪被判罪及判刑。

#### d) 外地判罪的作用

如行為人以往實施的犯案在澳門以外發生，則祇要分別符合第七十七條第三款及第七十八條第三款的規定，亦可構成刑罰延長的形式前提。

#### e) 以往犯罪之時效

我們在上文已清楚指出，刑罰的延長的依據是基於行為人在過去一定的期間內，多次實施一定嚴重程度的犯罪和基於在這段期間內實施犯罪的一定頻密次數，以致可結論行為人顯露出犯罪的傾向。但如以往的犯罪或多次犯罪的實施時與現次犯罪在時間上已相隔較長，則表示行為人在過去相當時間內沒有再犯罪，故雖然再次犯罪，但亦難以認定其具有持續的犯罪傾向。

因此，立法者定出五年期間，作為刑罰延長的形式前提的以往犯罪事實的有效期間，申言之，如以往實施各罪或部份犯罪的實施時間距最後一次犯罪已超逾五年，則這些前罪不予考慮，即不能被視作為犯罪傾向的形式指標。

然而，一如我們曾經在學習累犯的制度時就相同的時效問題時指出，若在這些以往犯罪和最後一次犯罪期間，行為人基於法院裁判的判刑或羈押而處於被剝奪自由的時間則不計算在內，即五年期間中止計算，而在行為人履行這些監禁性質的刑罰或保安處分後方繼續計算。但如行為人在被監禁期仍有實施犯罪，則表示行為人在

這樣難以實施犯罪的環境下仍能犯罪，也表示了其犯罪傾向程度更高，故理所當然地這些犯罪更應被視為犯罪傾向有效的形式指標。

## 2. 實質前提

就實質前提方面，第七十七條第一款 b 項規定：「當刑滿或首次延長期屆滿時，經考慮案件之情節、行為人以往之生活及其人格，以及於執行徒刑期間在人格方面之演變情況，使人相信被判刑者一旦獲釋，仍不能以對社會負責之方式生活而不再犯罪屬有依據者。」

同一實質前提，根據第七十八條第二款 b 項亦相應適用於嚴重程度較低的傾向性不法分子。

在審查在具體個案中是否成立這一實質前提，法官必須整體考慮行為人過往的生活情況，家庭背景及狀況，職業背景及狀況，作息方式等社會生活概況外，還須一併考慮行為人以往的前科（若先前曾因犯罪而被判罪）及構成是次訴訟標的的全部犯罪。經考慮這些就行為人在融入社會方面的因素及其各次犯罪的歷史後，再結合行為人在監獄中服刑期間的人格演變報告內容，法官必須就行為人會否在是次判罪的刑罰履行完結後，仍高度可能會繼續犯罪。若結論是正面的，則表示行為人確有犯罪傾向，必須依法在其服刑期滿時，基於其犯罪傾向對刑法保護的法益有構成侵害的危險而將刑罰延長，使行為人繼續以服刑人身份繼續被監禁。

值得強調指出一點是，雖然根據上文就刑罰延長形式前提時指出，行為人以往各次犯罪須符合一定嚴重程度，有一定要求實施時間和地域，致使行為人可能有實施的一些不符合形式前提的犯罪，但作為審查實質前提時，法官必須考慮行為人以往全部的犯罪而非只考慮那部份構成形式前提的犯罪，這樣方能正確全面地評價行為人的人格和整體的犯罪歷史。

## 3. 延長刑罰的程序

一如制度本身的法律表述——刑罰延長，就刑罰是否予以延長作出裁判的時間是行為人就其在最後一次的判罪中的徒刑臨近履行完結之時。事實上，作為實質前提重要一環的行為人在服徒刑期間人格上的演變是不可能在法院判刑時可預知，而是必須在刑罰臨近執行完結時方有條件對行為人的人格演變作出判斷。

相反，刑罰延長的**形式前提**則於最後一次判罪確定時，根據行為人的犯罪記錄及最後一份的判決可早預見其成立與否。

倘**形式前提**成立，則表示刑罰延長的**可能性**存在。在此情況下，我們理解應類推適用《刑事訴訟法典》第四百五十九條第二款的規定，由檢察院依職權向監獄部門指出，若服刑人日後不獲假釋提前出獄時，應何時根據同一法典第四百六十五條第一款規定，編製及提交包括行為人服刑期間的人格演變的報告，以便檢察院根據第二款規定，決定是否向負責執行刑罰的法院提出延長刑罰的建議。

法官在接收到檢察院就延長刑罰的建議後，根據上述第四百六十五條第三及四款的規定辦理，隨後就是否延長刑罰作出裁判。

根據《刑法典》第七十七條第一款及第七十八條第一款的規定，法官得在原判刑履行完結後延長三年，在這延長期三年完結時，可以首次延長時相同程序和依據，在法定前提繼續成立時再延長三年。在最多延長共六年刑期後，即使行為人繼續犯罪的危險性仍然存在，亦不得再延長有關刑罰。

#### 4. 未滿二十五歲的行為人

《刑法典》第七十九條規定，如行為人實施的各次犯罪均在其年滿二十五歲前作出者，則只有在行為人曾因犯罪被判罪及因此而曾服徒刑最少一年，方可在第七十七條第一款或第七十八條第一款的前提成立時將其刑罰延長。

這一特別規定的立法理由是鑑於在犯罪學的研究中，有理由支持凡未年滿二十五歲的行為人的人格仍未達至完全成熟，故應以較積極的特別預防方式處理之，和盡可能不加以延長其首次服刑的刑期，從而藉此不增加其日後重返社會的難度。

#### 5. 假釋

《刑法典》第八十條規定總則就假釋的一般規定均適用於延長刑罰情況。

根據《刑法典》第五十六條規定，服刑人履行其被科處刑罰三分之二時，則在其餘的法定前提成立可獲得假釋。

在我們現在正探討的延長刑罰的情況，三分之二的最基本服刑時間

要求是指延長部份的三分之二而非原刑罰加上延長部份總和的三分之二。

事實上，如服刑人在原刑期中服刑時間已達三分之二，如符合《刑法典》第五十六條的其餘法定前提要求者，即使刑罰延長的形式前提全部成立，亦早已受惠於一般制度而獲得假釋。

反之，如未能符合第五十六條的一般假釋前提，行為人須繼續服刑至刑期屆滿時。在刑罰被延長的情況下，行為人除了在原刑期執行屆滿前因不符條件不獲得假釋外，更因符合延長刑罰前提而須繼續處於監禁狀態三年。就這樣，如原刑期為六年或以上者，而法定延長刑罰的期間為三年一期，豈不是一俟基於行為人仍有高度犯罪傾向而須延長其刑罰一刻，便馬上須根據《刑法典》第五十六條啟動假釋程序？如是者則法律豈非違反了禁止作出無用行為原則！而事實上亦非如此。因此，八十條準用的第五十六條所指的三分之二應是延長部份的三分之二，而非原刑期和延長部份兩者總和的三分之二。

## 6. 酗酒及濫藥引致的刑罰延長

此外，除一般犯罪的傾向情況外，法律同時對酗酒及濫藥而導致有犯罪傾向者規定適用刑罰延長的制度。

如第七十七條及第七十八條延長刑罰的依據是行為人的人格本身出現問題（不能以守法負責任的態度在社會生活）而導致有犯罪傾向，那麼第八十一條及八十二條是針對酗酒及濫用藥物固有的生成犯罪的性質而導致沾這些不良習慣的行為人有高度犯罪的危險，故法律亦須基於保護法益的需要，藉冠以「刑罰」外衣的保安處分來排除這些犯罪的危險。

與第七十七條及第七十八的規定，涉及一般犯罪的刑罰延長的制度相比較，我們見到第八十一條及八十二條是加入了特別元素的刑罰延長情況。

立法者認為除了人格問題可引發行為人的犯罪傾向外，還有另一類有一定程度犯罪傾向的行為人，其犯罪傾向是基於生活方式中的不良習慣，像酗酒及濫用精神科藥物。如行為人以往多次犯罪人的成因是基於酗酒及濫藥所致者，則延長刑罰是適當的手段以應對這類因行為人酗酒及濫藥而對刑法保護的法益構成的危險的情況，並相應適用第七十七條至第八十條就一般犯罪的延長刑罰制度，即根據第八十一條及八十二條規定可以三年為一期，最多共兩期延長這類行為人的刑罰。