

澳門新刑法典基本原則之探討

趙秉志

中國人民大學法學院教授、法學博士

引言

作為澳門過渡期第一部本地化的法典《澳門刑法典》（以下稱澳門新刑法典），已於一九九五年十一月十四日由澳門政府第 58/95/M 號法令公布，並於一九九六年一月一日起正式實施。澳門新刑法典的頒布實施，結束了澳門地區長期以來適用一八八六年葡國刑法典（以下簡稱澳門舊刑法典）的歷史，彌補了澳門舊刑法典因其中某些制度和規定十分陳舊且脫離澳門實際情況而造成的刑事立法滯後之不足。更為重要的是，而且著眼於未來澳門特別行政區的要求，因而澳門特別法典在指導思想和內容上，均為未來澳門特別行政區的刑事法律奠定了充分和良好的基礎。

如同世界上所有成文化的刑法一樣，澳門新刑法典在立法內容中明示或包含了一系列的基本原則，藉以體現其基本價值觀念。眾所周知，刑法的基本原則直接指引著刑事立法與刑事司法的整個過程，具有全局性的功效。因此，結合澳門新刑法典的規定，正確闡明澳門刑法的基本原則，會有助於澳門新刑法典在司法實踐中的具體運用，以及對其具體制度和內在精神的把握。而且，展望未來，一九九九年澳門主權將回歸中國，在目前探討澳門刑法的基本原則，不僅有利於現階段過渡時期中國內地與澳門地區在刑事立法領域的相互促進和共同繁榮發展，有益於雙方刑事司法協助的良好合作與順利開展；並且對一九九九年後澳門特別行政區的刑事法制建設及其與中國內地刑事法制的交往出會有所裨益。



一、罪刑法定原則

罪刑法定原則是資產階級在刑法領域裏針對封建社會的罪刑擅斷原則所取得的一項劃時代的進步成果，它充分地體現法治的精神實質，也體現了近現代社會關於刑法保障個人權利、自由的基本要求。直到今天，世界性的刑法理論均與罪刑法定這一刑法基本原則密切關聯。

罪刑法定原則的基本內涵是：法無明文規定不為罪（*nullum crimen*）；法無明文規定不處罰（*nulla poena, sine lege*）。作為一種立法思想，罪刑法定在十七、十八世紀啟蒙思想家的著作中得到系統與全面的闡述。此後，在歐洲大陸，資產階級取得政權後，罪刑法定實現了由學說到立法的轉變。一七八九年法國《人權宣言》第八條規定：“法律只應規定確實需要和顯然不可少的刑罰，而且除非根據在犯罪前已制定和公布的且系依法施行的法律以外，不得處罰任何人。”在《人權宣言》這一內容的指導下，一八一零年法國刑法典第四條首次以刑事立法的形式明確規定了罪刑法定原則。該刑法典頒行後，成為世界大多數國家普遍適用的原則。加之罪刑法定原則本身符合近現代社會民主與法治的發展趨勢，罪刑法定原則遂成為大陸法系國家刑法中實行的刑法基本原則之一，並在各國刑法中普遍得以立法明確化，甚至在一些國家的憲法條文中也得到體現。如日本、意大利、葡萄牙等國的憲法均明確規定了罪刑法定原則。

澳門新刑法典受當今世界各國刑法尤其是葡萄牙憲法及一八八六年葡國刑法典的影響，在第一條即明確地規定了罪刑法定原則的刑法基本原則，從而反映了現代社會健全法治和刑法科學進步的要求，也迎合了刑法發展的世界性潮流。

引人注目的是，澳門新刑法典第一條對罪刑法定原則所作的開宗明義性的確定，其闡釋是相當具體和全面的。該條第一款規定：“事實可受刑事處罰，以作出事實之時，其之前之法律已敘述該事實且表明其為可科刑者為限。”從而徹底體現了“無法無罪，無法不罰”的罪刑法定原則之基本內涵，同時也包容了罪刑法定原則禁止事後法的邏輯要求；在同條第二款，新刑法典進一步將保安處分的適用也納入“法律訂明者”之限制範圍；並在同條第三款，明文規定禁止類推適用刑罰或保安處分。從大陸法系各國刑法典著，罪刑法定原則的立法化是通例，但在規定罪刑法定原則實質內涵的基礎上，特別注重保安處分適用的“法有明文規定”之前提、並同時明文規定禁止類推適用的立法例，在各國刑法典中並不多見。例如，法國一九九四年新刑法典第一百一十條第一款對罪刑法定原則僅規定“只有在其發生之日構成犯罪的行為，始得懲處之。”一九七五年德國刑法典第一條、瑞士刑法典第四條，以及西班牙、意大利等國刑法典關於罪刑法定原則的規定，均是簡單載明“法無明文規定不罰”或行為之定罪科刑



“以法有明文規定者為限”，而一般未直接將保安處分及作為可科處保安處分的“危險性狀態”規制於罪刑法定原則之下。至於類推適用，在世界各國刑法中大多被視為罪刑法定原則的派生原則或應有之義，但禁止類推適用原則多由刑事司法及刑法理論加以闡釋和運用，而在刑法典條文中並不明確化。也正是由於禁止類推適用原則在當今世界各國刑法中往往沒有明確體現而只由法官或法學家掌握，作為刑法的解釋論方法的類推適用是否妥當、是否被容許，才成為一個長期議論紛訟的問題。在類推適用存置論占上風的國家，儘管他們明文規定了罪刑法定的刑法基本原則，但在刑事司法中又在刑法典中設立類推適用的規定，如一九三零年丹麥刑法第一條、一九四五年格陵蘭刑法第一條均有類推適用的規定。顯然，類推適用是一種不按正常程序的“司法立法”，與罪刑法定原則的本質和基本要求背道而馳。無論是立法明文規定類推制度，還是僅僅在司法中適用類推解釋，都是對罪刑法定原則的破壞。澳門新刑法典明確禁止類推適用刑罰及保安處分之原則，為徹底貫徹和捍衛罪刑法定原則提供了有力的保障，這也是立法者本著罪刑法定原則的精神對禁止類推適用持有堅決、嚴肅態度的表現。

不可否認，澳門新刑法典與舊刑法典之間存在著某些法律規定方面的一貫性，罪刑法定原則便是其中之一。澳門新刑法典對罪刑法定原則和禁止類推適用原則方面的規定，的確在很大程度上繼承了澳門舊刑法典有關規定的精神，其明顯的痕跡是對禁止類推適用的突出強調。作為澳門舊刑法典的一八八六年葡國刑法典受規範法典派影響較大，而規範法學派承認類推是定罪的一種方法，該法典為了表示在這個問題上與規範法學派有所不同或作立場觀點的修正，遂用明確的規定禁止類推。新刑法典對禁止類推適用的規定予以保留，顯然已遠遠超出與規範法學派在類推適用問題上劃清界限的意義，而是如前所述，是為了避免司法或多或少利用類推解釋破壞罪刑法定原則的可能性或風險。

與澳門舊刑法典相比較，澳門新刑典對罪刑法定原則的規定還有著明顯的進步與特殊意義：其一，澳門新刑法典作為本地化的刑法典，其所確立的罪刑法定原則存有體現《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》（以下簡稱《基本法》）精神的內涵。澳門新刑法典雖屬過渡時期由澳葡當局制定的刑事法律，因而並不當然就是未來澳門特別行政區的刑法典，但鑒於澳門已進入其過渡期之晚期、未來澳門特別行政區之成立指日可待的現實，澳門新刑法典應最大限度地使其制度和具體內容能夠在特別行政區成立後得以在澳門繼續適用（最終應由澳門特別行政區立法機關自行決定），以利於未來澳門特別行政區刑事法律延續性原則的良好實現。這就要求澳門新刑法典的立法內容盡可能地不與《基本法》相抵觸，甚至積極地體現其精神和要求



(當然，這種目標的實現又不能脫離過渡期澳門仍屬葡國管治的客觀實際)。應當肯定，以過渡期澳門所處政治地位而論，澳門新刑法典的立法指導思想和立法內容都較為充分地考慮了澳門地區未來的需要並貫徹了《基本法》的精神。在罪刑法定原則的立法化方面，亦是如此。《基本法》第二十九條第一款規定，“澳門居民除其行為依照當時法律明文規定為犯罪和應受懲處外，不受刑罰處罰。”雖然《基本法》在此僅僅提到罪刑法定原則所包含的“依照行為時明文法律定罪判刑”之基本要求，但罪刑法定原則的內容在澳門新刑法典中則得到了全面的規定。其二，澳門新刑法典對罪刑法定原則的規定，在立法技術上較之於澳門舊刑法典更為科學。一是澳門新刑法典突出了罪刑法定原則在整個刑法典中的綱領性和統率性，將之規定於第一條；而澳門舊刑法典在第其第十五條才規定了罪刑法定原則，在法條順序上甚至置於犯罪的概念、刑事責任年齡之後。二是澳門舊刑法典將罪刑法定、禁止類推適用分別規定於第十五條和十八條，影響了二者的連貫和聯系的緊密性；而澳門新刑法典則以同條分款的方式對二者作了密切相聯的規定。三是澳門舊刑法典第十五條在規定“不具有本法典規定的罪行性質的行為不屬犯罪”的同時，還規定了兩種“例外”：由特別法律規定的犯罪和軍事罪行。誠然，這種規定實際上是指《刑法典》以外其他法律也可規定犯罪及刑罰，並不否定罪刑法定原則。但作“例外”的規定，在一定程度上容易導致人們對刑法典產生其罪刑法定原則貫徹不甚徹底的誤解。而澳門新刑法典對“罪刑法定”中“法”的界定，並不限於“本法典”，而以行為“之前之法律”取而代之，亦將澳門新刑法典以外的特別刑法納入其範疇。這既避免了澳門舊刑法典“原則”中“例外”的規定方式之累贅及其誤導性，又不影響罪刑法定原則貫徹的完整性。

二、刑法效力不溯及既往原則

刑法效力不溯及既往，是罪刑法定原則派生或引伸出來的結論性原則，它是在立法和司法（實體法和訴訟法）方面對公民權利保障的重要措施之一。

所謂刑法效力不溯及既往，是刑法規定不適用其生效以前發生的行為，亦即某一行為是否構成犯罪，構成犯罪的行為應否處罰及如何處罰，均應以行為時的刑事法律規範為準，禁止“事後法”追溯以前的行為為犯罪並給予處罰。刑法效力不溯及既往原則與罪刑法定原則一樣，也已成爲世界各國刑法通行的原則。但是，從世界各國刑法的有關規定來看，絕對排斥刑法溯及力即新法溯及其前行爲的立法例幾乎已不存在；趨向性的作法是，在原則上規定刑法無溯及力的同時，又例外地允許有利於行為人



的刑法溯及既往，這就是所謂的刑法時間效力的從舊兼從輕原則；行為原則上適用行為時法律；但如果行為時法認為行為有罪而行為後法認為行為無罪，或者行為時法、行為後法均認為行為有罪、但行為後法所規定之刑罰或保安處分等法律後果更有利於行為人時，新法則溯及既往，對行為人適用行為後法。澳門新刑法典也採取了這一原則。而且，澳門新刑法典第二條第二款還特別強調：當依行為時法行為可處罰而依行為後法行為非可處罰時，行為不予處罰，即使判決已經確定，判決的執行及其刑事效果也必須終止。對於依行為時法和行為後法行為均具可罰性、但行為後法的適用對行為人較有利時的情形，澳門新刑典第二條第四款則規定，僅當判決未確定時，行為才適用行為時法所作判決的穩定性與權威性。

需要指出，在具體適用新刑法典關於刑法效力不溯及既往原則時，面臨的一個實際問題，是如何處理跨舊新兩法間的犯罪（跨法犯）之法律適用。對此，澳門新刑法典並未作明確規定。根據跨法犯的種類，在實踐中可分以下幾個場合作不同的處理：在結合犯的場合，一部分可為在新法實施前，一部分在新法實施後，其全部行為不得適用新法予以處罰；同理，某一行為與新法時構成的犯罪有牽連，這一牽連行為不能適用新法予以處罰，但這一牽連犯的行為如一部分在新法實施後完成，則應以新法論罪；對於新法亦認為是犯罪的持續犯、連續犯，都適用新法，但可以有利被告論的方法，準用從輕原則；對於獨立罪的數罪，舊法時依舊法，新法時依新法，按照犯罪競合情形下有關數罪並罰的規定論處。

三、罪刑相適應原則

罪刑相適應成為刑法的基本原則，是十七、十八世紀西方啟蒙思想家倡導的結果。這一刑法基本原則要求，刑罰的輕重要與犯罪相協調，亦即輕罪輕判，重罪重判，罰當其罪。一七九三年法國憲法所附的《人權宣言》第十五條規定：“刑罰應與犯法行為相適應，並應有益於社會。”從而使罪刑相適的思想在西方刑事立法中得到充分體現。一八一零年《法國刑法典》頒布後，其對罪刑相適應原則的規定，也理所當然地為後世刑事立法所仿效。

值得注意的是，儘管當今世界各國刑法或刑法學說普遍將罪刑相適應作為刑法基本原則之一，但對罪刑相適應原則的理解卻是有所差別的。這種差別的根據，乃在於罪刑關係的觀念之對立；西方刑法學中的舊派報應刑論將刑罰作為對犯罪的一種回報，重視刑罰與已然之罪的均衡，因而只從犯罪的客觀行為中去尋找刑罰的概念和尺度；西方刑法學中的新派目的刑論或教育刑論則視刑罰的目的在於改造、矯正罪犯和防衛社會，注重從犯罪的人身危險性中去尋求罪刑相適應。由於報應刑論與目的刑論對罪刑相適應的理解



都有偏頗，現今世界許多國家的刑事立法和刑法理論，事實上已趨向於將報應刑論與目的刑的上述觀點予以調和來確立罪刑相適應的內涵。即注重刑罰與已然之罪的相適應，又同時考慮刑罰與未然之罪的相適應；在罪刑相適應的範疇中，添加刑罰個別化的合理成份。澳門新刑法典採取的就是這種立場。根據其第四十條的規定，科處刑罰及保安處分的目的在於使行為人重新納入社會；在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過程度；同樣，保安處分僅在其與事實之嚴重性及行為人之危險性相適應時，方得科處。可見，澳門新刑法典對罪刑相適應，不只作狹隘的、字面的理解，即不限於刑罰處罰與犯罪的相適應，而是除此之外也包括保安處分與犯罪或不法行為的相適應；第二，罪刑相適應的標準，並不只是刑罰或保安處分與客觀不法事實相適應，同時也包括刑罰與犯罪人的人身危險性相適應。亦即罪刑相適應同時考慮報應與功利兩個方面的因素，包括刑罰個別化的內容。

澳門新刑法典總則卷第三編“事實之法律後果”構築了澳門刑法的刑事制裁體系以及刑罰、保安處分具體制度的基本框架。該編有關刑罰裁量與執行的立法內容，可謂刑法典對罪刑相適應原則予以科學全面把握之充分體現。例如關於量刑的基本依據，澳門新刑法典規定，刑罰份量之確定必須在法律規定的限度內，按照行為人的罪過及預防犯罪的要求作出；量刑時法院應考慮所有對行為人有利或不利而不屬於罪狀的情節，如事實之不法程度、實行事實的方式、事實所造成的後果之嚴重性，犯罪時所表露的情感及犯罪的目的或動機，行為人個人狀況及經濟狀況，作出事實之前或之後的行為，等等（第六十五條）。對於刑罰特別減輕的適用條件，澳門新刑法典也規定，除法律明文規定須特別減輕刑罰的情況下，如在犯罪之前、之後或在犯罪時存在明顯減輕事實不法性或行為人罪過的情節，或明顯減少刑罰必要性的情節，法院亦須特別減輕刑罰。為此，法院尤其應考慮下列情節：行為人在嚴重威脅下，或在其所從屬、應服從之人的權勢影響下作出行為；行為人基於名譽方面的原因，或因被害人本身的強烈要求或引誘，又或因非正義之挑釁或不應遭受之侵犯而作出行為；等等（第六十六條）。上述規定無不體現出刑法的罪刑相適應原則的精神，而且突出地提到了刑罰個別化的實現要求。此外，澳門新刑法典在對各種形式的犯罪規定相適應處罰原則，以及徒刑、罰金的刑罰執行制度等內容中，也遵從並體現了包括刑罰個別化在內的罪刑相適應原則。例如對於不作為犯，澳門新刑法典規定“得特別減輕處罰”（第九條）；預備行為除另有規定者外，不予處罰（第二十條）；未遂犯應特別減輕處罰（第二十二條）；而犯罪中止則一律不予處罰（第二十三條）。對於共同犯罪的處罰原則，澳門新刑法典規定，從犯比照正犯特別減輕處罰（第二十六條）；對於累犯的量刑，根據澳門新刑法典第七十條的規定，應將犯罪本可科處之刑罰



的最低限度提高三分之一，最高限度維持不變，但上述刑罰的加重部分又不得超過累犯者以往任何被判刑中所科處的最重刑罰。在刑罰執行制度上，從短期自由刑的替代、罰金刑的繳納標準與方法，到徒刑的暫緩執行與假釋的適用前提及其保護觀察，也都滲透著報應與功利相統一的罪刑相適應原則之實質。以徒刑的暫緩執行的適用前提為例，澳門新刑法典的規定除考慮了“行為人被判應不滿三年徒刑”這一因素之外，更多地側重於行為人的人身危險性，即“考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情況，認為僅對其行為作譴責並以監禁作威嚇即可適當及足以實現刑罰目的”的，即可予以徒刑的暫緩執行（第四十八條）。凡此種種，都是罪刑相適應原則在刑事立法中的具體表現。

四、人道主義原則

正如澳門政府第58/95/M號法令所闡述的那樣，澳門新刑法典“深深地體現出一種人道及革新與包容之價值之尊重”。澳門新刑法典人道化與寬容的刑法觀念可謂貫穿始終，具體體現主要在於：

第一，澳門新刑法典在刑種上廢除了死刑與無期徒刑，是教育刑思想的突出體現。教育刑理論認為，刑罰的目的是為了教育罪犯，如果將其處死，則失去了教育的對象，有悖於刑罰的目的。在教育刑理論的指導下，許多國家廢除了死刑。一八八六年頒布實施而延伸至澳門長期適用的葡國刑法典也沒有設立死刑。澳門新刑法典第三十九條第一款專門起“不得設死刑……”，這不僅僅是對澳門舊刑法典有關內容的繼承，而且是進一步強調了禁止死刑的刑罰人道精神，因為澳門舊刑法典中是在刑罰種類的條款中排除死刑刑種而已，而不像澳門新刑法典那樣以專條作出宣言式的規定。對此，頒布澳門新刑法典的法令認為：“《刑法典》明文規定禁止死刑……這是維護基本權利的重要因素，亦為對於構成本地區現在及將來刑事法律制度支柱之價值具有信心之重要因素。”¹無疑，這一論述闡明了立法者試圖通過明文禁止死刑的規定達到強化尊重人權的宗旨。

值得指出的是，現代各國和地區的刑法典廢除死刑的立法例並不罕見，但同時將無期徒刑一並廢止的確屬少有。刑法史上雖然曾有過無期徒

¹ 需要說明，澳門新刑法典明文規定禁止死刑及無期徒刑，固然具有新派刑法思想的進步精神，但未來澳門特別行政區是否設死刑及無期徒刑，並不受澳門新刑法典規定之約束，而應由澳門特別行政區立法機關，自行決定。這主要是因為死刑的存廢仍然是各國刑法理論及立法中，爭論不休的一個問題。因而儘管現代許多國家廢除了死刑，但未來澳門，特別行政區要否設立死刑，應視具體情況即懲治犯罪的需要而定。



刑存廢之爭，但隨著無期徒刑自身的不斷完善和發展，這種爭論也已以無期徒刑存置論占上風而告終。澳門新刑法典明文禁止無期徒刑及永久性的保安處分，不能不說是刑事立法上一個標新立異的舉措。

第二，澳門新刑法典實行自由刑的單一化並限制短期自由刑的適用，亦是人道觀念的體現。自由刑應否單一化，是現代許多國家刑法修改的重要課題。澳門舊刑法典對自由刑的規定，存在徒刑與監禁刑的區別，儘管這種區別在一九五四年葡國刑法修改後已變得甚為微小，但立法上仍擺脫不了強調徒刑須強制勞役而監禁不服勞役的消極觀念之影響。澳門新刑法典廢除了徒刑與監禁刑的區分，這種做法適應了現代刑事立法的思潮，有假使罪犯通過勞動達到改過從善、復歸社會的目的。因為就服徒刑而言，受刑人除被剝奪自由外，一律服勞役，這不但有益於罪改造思想，增強體質，進行必要的心理治療，而且能促使犯人養成勞動習慣，學得適當的技能，在刑滿後獲取適當的工作。

短期自由刑的存廢，是現代刑法改革爭議最大的問題之一。儘管對於甚麼是短期自由刑，世界各國刑法學者從未有一致的看法。但是短期自由刑弊多利少乃是多數學者的觀點，也是主張廢止短期自由刑者的主要論據。澳門新刑法典並不因為短期自由刑存在弊端而採取了廢止論的觀點，而是對其作了完善：一方面，澳門新刑法典大大限制了短期自由刑的科處，使罰金刑替代徒刑、徒刑緩刑廣泛採用；另一方面，澳門新刑法典又在保留了短期自由刑的基礎上，把自由刑的下限由舊刑法典的三日提高到一個月，並以例外的方式規定“為預防將來犯罪而有必要執行徒刑”時，可以判處不滿六個月的短期自由刑。如果說澳門新刑法典保留短期自由刑是為了對那些輕微犯罪科處類刑罰以實現刑罰應有之目的的話，那麼限制短期自由刑的立法旨趣便在於避免實際科處短期自由刑可能給實施輕微犯罪者所帶來的不必要的心理不良烙印。

第三，澳門新刑法典健全和簡化了保安處分制度，體現了保安處分的寬容。澳門舊刑法典第七十條將保安處分分為五類，包括收容於刑事精神病所、收容於勞作場所或農村場地、監視自由、良好行為之擔保及禁止從事某項職業；並在第七十一條規定了保安處分適用的對象，其中包括“被懷疑通常是贓物的獲得者或在贓物獲得或出售中作為中間人，但還未被定為窩贓犯具不遵守關於檢查贓物的規定的人。”澳門新刑法典將保安處分類型化為不可歸責者的收容、可歸責者的收容和業務禁止三種，規定保安處分僅在其與事實之嚴重性及行為人之危險性相適應時才能適用。亦即只有行為人在客觀上有相當嚴重的不法事實時，才能科處保安處分。澳門新刑法典對保安處分所作的這種規定，避免了片面著重人身危險性而忽視客觀事實來適用保安處分而破壞法制、踐踏人權的危險傾向。



澳門新刑法典所體現的人道化與寬容除體現在上述幾個重要方面外，實際上在徒刑及罰金的執行、緩刑及假釋制度、量刑制度等各種刑罰制度的具體內容方面，也都有所反映。此外，在分別具體犯罪的法定刑設置方面，澳門新刑法典也非常重視刑法的謙抑和人道。例如澳門新刑法典將侵犯人身罪作為分別首編，肯定了保障人權乃刑法根本價值；對於具體犯罪的處刑，澳門新刑法典帶有明顯的輕刑化思想，法定刑都比較輕緩，等等。

五、中國內地刑法與澳門新刑法典在基本原則方面之比較

根據《基本法》第八條的規定，未來澳門特別行政區成立後，“澳門原有法律”除與《基本法》相抵觸者外，基本不變。不容置疑，澳門新刑法典的基本原則在澳門特別行政區的刑事法律中將基本得到保留並貫徹。一九九九年澳門主權回歸中國後，中國內地與澳門地區屆時將呈現“一國兩制、兩法域”的局勢。從有利於兩地刑事立法彼此借鑒與相互促進、兩地刑事司法協作之順利開展等方面考慮，比較中國內地與澳門新刑法典所規定或體現的基本原則，有著重要的意義。

中國內地現行刑法典對於刑法基本原則未有明確規定。但是在刑事司法實務中，事實上都體現了一定的刑法基本原則；尤其是作為刑法理論研究的範疇，刑法基本原則在中國內地受到高度重視。自一九七九年《中華人民共和國刑法》頒布以後，中國內地刑法論著提出的所謂刑法基本原則共達十餘條之多，例如：國家主權原則、法制原則、民主原則、懲罰與教育改造相結合原則，等等。儘管上述有的原則並不符合“基本原則”應有的確立標準，但這些原則的內容均無一例外地在中國內地現行刑法中有所反映。

本文不打算專門分析上述原則究竟哪些屬於或不屬於“刑法基本原則”，而打算僅就中國內地刑法理論通說主張的兩條刑法基本原則—罪刑法定與罪刑相適應，²以及人道主義原則與澳門新刑法典的基本原則作一扼要比較，並表達筆者的見解。

（一）關於罪刑法定原則

澳門新刑法典第一條明文規定了罪刑法定原則，如前所述，這是世界上大多數國家的立法通例。然而，中國現行刑法典對於罪刑法定原則沒有明確規定；相反卻在第七十九條規定了類推制度。那麼，能否以此為由認

² 參見高銘暄主編：《刑法學原理·第一卷》，北京中國人民大學出版社一九九三年版，第164頁。



為中國內地刑法不實行罪刑法定呢？客觀公正地回答這一問題，是正確評價中國內地刑法的科步進步性程度，以及中國內地與澳門地區刑法是否存在罪刑法定原則之共性基礎的前提。

以類推制度的立法現實為根據來否定中國內地刑法實行罪刑法定的觀點，主要出自中國內地刑法學界的少數學者。這部分學者在中國內地現行刑法典的修訂研討中，也充當了反對罪刑法定、保留類推制度觀點的堅決主張派。我們認為，從刑法人權保障機能和法治的進步要求著眼，中國內地在其未來新刑法典中應當堅決果斷地立即廢止類推，徹底貫徹罪刑法定原則；那種在完全否定中國現行刑法存在罪刑法定的具體表現之基礎上主張繼續保留類推制度的觀點，在前提上亦是錯誤的。

毋庸諱言，由於歷史條件、立法經濟等方面的局限，中國內地現行刑法典並未載明罪刑法定原則，同時又規定了類推制度。這的確是為人所共知的事實。但是，同樣也不可否認的是，中國內地刑法對於犯罪的概念，罪與非罪、此罪與彼罪的界限，犯罪構成的一般要件和具體犯罪構成要件等均有明文規定，同時也設立了相對確定的法定刑，確定了定罪量刑的原則，等等。這些都是罪刑法定在立法中的具體表現，也符合罪刑法定原則的罪之法定與刑之法定的根本要求。斷然否定中國內地現行刑法存在罪刑法定原則，顯然是缺乏事實根據、難以為人接受的。

當然，由於中國內地刑事立法中並未排除類推適用，的確存在其他一些若干不合罪刑法定原則要求之處，如一九八二年全國人大常委會《關於嚴懲嚴重破壞經濟的罪犯的決定》和一九八三年全國人大常委會《關於嚴懲嚴重危害社會治安的犯罪分子的決定》，以特別法的形式規定了與罪刑法定原則邏輯要求不符的刑法溯及力上的從新原則等。因此，也應當承認，中國內地現行刑法對罪刑法定原則的認可、重視和貫徹的程度仍然是有限的，充其量只能稱為基本上實行罪刑法定，或者更為確切地說，只是傾向於罪刑法定原則。值得慶幸的是，中國內地立法機關在理論界關於類推制度存廢問題的長期紛爭後，已傾向於採納多數派主張立即廢止類推、明文規定罪刑法定原則於未來刑法典中的意見。中國內地現行刑法的修改已提上國家立法機關的議事日程，並會在不久的將來頒布新的刑法典³。我們可望在中國內地未來刑法典頒布後，罪刑法定原則的立法化將消除中國內地現行刑法與澳門新刑法典之間在此一問題上的差別，雙方在刑法根本價值觀念上的共同基礎將有所擴大。

³ 編者注：經修訂並於一九九七年十月一日正式施行的中國大陸新刑法已明文規定了罪刑法定原則。



(二) 關於罪刑相適應原則

罪刑相適應作為刑法的基本原則，在世界各國已得到普遍性的認同。澳門新刑法典對於罪刑相適應原則之內涵進行了科學全面的把握，在此不必贅言。罪刑相適是否是中國內地刑法的基本原則？中國內地絕大多數刑法學者作了肯定的回答，而個別學者亦主張以“懲罰與寬大相結合的原則”取代罪刑相適應原則。不贊成將罪刑相適應原則作為中國內地刑法基本原則的論者，其主要理由是罪刑相適應排斥了刑罰個別化。可見，這種觀點實際上是對相適應的誤解。如前文所述，罪刑相適應正確的涵義，應是指刑罰既與已然的犯罪的社會危害性程度相適應，又與未然的犯罪的可能性大小相適應，刑罰個別化乃罪刑相適應的應有之義。

在正確界定罪刑相適應原則的基礎上，我們會發現，儘管中國內地現行刑法與澳門新刑法典對犯罪與刑罰的總則、分則規定均不完全相同，但罪刑相適應原則在雙方刑事立法中的貫徹卻是基本一致的。

中國內地現行刑法典作為刑法規範的主體，集中體現了報應與不利因素有機統一的罪刑相適應原則：首先體現在刑法總則，刑法典確定了一個科學的刑罰體系，此一刑罰體系對刑罰方法的輕重次序分別加以排列，各種刑罰方法相互區別而又互相銜接，能夠根據犯罪的各種情況靈活地運用，從而為刑事司法實現罪刑相適應奠定了基礎。其次，刑法典總則根據各種犯罪的社會危害性程度與人身危險性的大小，規定了輕重有別的處罰原則。例如對於因防衛過當、避險過當而構成犯罪者應當酌情減輕或者免除處罰（第十七、十八條）；預備犯可以比照既遂犯從輕、減輕或者免除處罰（第十九條）；未遂犯可以比照既遂犯從輕或者減輕處罰（第二十條）；中止犯則應當免除或者減輕處罰（第二十一條）。在共同犯罪中，刑法典規定主犯除本法分則已有規定的以外應當從重處罰（第二十三條）；從犯則應當比照主犯從輕、減輕或者免除處罰（第二十四條）；脅從犯比照從犯減輕或者免除處罰（第二十五條）；教唆犯應當按照他在共同犯罪中所起的作用處罰（第26條）。在數罪並罰（相當於澳門新刑法典第二十九、七十一、七十二條所規定的犯罪競合）中，中國內地刑法典又視後罪是判決宣告以前所犯還是在刑罰執行過程中所犯，分別規定了“先並後減”和“先減後並”的兩種處罰規則（第六十五、六十六條）。凡此種種，都體現了罪刑相適應的原則。再次，中國內地現行刑法典總則還側重於刑罰個別化的要求，規定了一系列刑罰裁量與執行制度，例如累犯制度（第六十一、六十二條）、自首制度（第六十三條）、緩刑制度（第六十七、六十八、六十九、七十條）、減刑制度（第七十一、七十二條）、假釋制度（第七十三、七十四、七十五條）等。在這些刑罰制度中，累犯因其再犯可能性大而應從重處罰；自首因其人身危險性小而可從輕處罰；



短期剝奪自由刑的緩刑之適用前提是根據罪犯的犯罪情節和悔罪表現認為適用緩刑確實不致再危害社會；減刑和假釋是因為罪犯在刑罰執行期間確有悔改或立功表現。此外，在關於具體犯罪的處罰規定中，中國內地現行刑法典及一系列特別刑法，均根據各種犯罪的社會危害性大小、情節之輕重，規定了不同的、相對確定的刑事處罰，從而為司法實踐貫徹罪刑相適應原則提供了法律基準。

總之，從中國內地現行刑法的立法內容來看，罪刑相適應原則有著比較深入的貫徹。在個別問題上，較之於澳門新刑法典的相應規定甚至還要科學全面，也可以說值得後者借鑒。例如關於數罪並罰的規定，澳門新刑法典第七十一、七十二條只規定了並科或限制加重的一般規則，而未如中國內地刑法典那樣考慮後罪是判決宣告以前所犯還是在刑罰執行過程中所犯而作區別對待。當然，由於立法當時所處特殊背景及立法者疏忽等原因，中國內地現行刑法中也確實存在某些有悖於罪刑相適應原則之處。例如，在近十幾年來中國內地通過的一系列單行刑法關於具體犯罪的法定刑設置方面，出現了犯罪之間處罰不相協調的問題，如詐騙罪的法定最高刑由刑法典規定為無期徒刑，而與之社會危害性程度大小相當的盜竊罪之法定最高刑卻被特別刑法提高到現在的死刑。在一九八一年全國人大常委會《關於處理逃跑或者重新犯罪的勞改犯和勞改人員的決定》中，一種實際上否定刑法典所設累犯制度的原則不恰當地被確立了：該《決定》規定：“刑滿釋放後又犯罪的，從重處罰。”這一規定的精神在於，對已犯罪而被判刑者，不論其刑種、刑期如何，不論何時犯罪，亦不論是故意犯罪還是過失犯罪，只要在刑滿釋放後再犯罪的，都應當從重處罰。這種不考慮差別的處罰原則，顯然是違背罪刑相適應原則的。如同對於中國內地現行刑法中的其他缺陷與不足一樣，立法者對上述刑事立法中與罪刑相適應原則相抵觸的因素亦已有所認識。我們相信，在未來中國內地刑法典中，這些缺陷與不足將會得到糾正和彌補，罪刑相適應原則也將充分、全面地在刑事立法中得到體現。由此可見，中國內地刑法與澳門新刑法典在罪刑相適應原則的內在實質和具體體現方面，亦是趨向一致的。

（三）關於人道主義原則

在中國內地，人道主義原則或稱革命人道主義原則、社會主義人道原則，曾為不少學者概括為刑法基本原則。但有的學者亦認為人道主義原則乃中國內地法律的一般原則，非為刑法所獨有，因而不應成為刑法的基本原則。在此，我們姑且將人道主義原則肯定為中國內地刑法的基本原則，進而比較中國內地現行刑法與澳門新刑法典在此原則上之異同。

澳門新刑法典的人道主義原則，主要體現在廢除死刑刑種這一問題



上。如前所述，這一立法內容深受教育刑論思想的影響。此外，自十九世紀起在歐洲大陸席卷而起乃至波及整個西方國家的廢止死刑風潮，也是澳門新刑法典明文禁止死刑的深層背景；尤其是葡萄牙作為歐洲第一個廢除死刑的國家，自一八六七年廢除死刑後至今，雖然政權幾經更疊、政體亦發生重大變化，但各個政體制定和修改的《憲法》與《刑法典》中均堅持廢除死刑，致使廢除死刑成為葡國刑法中一個歷史悠久、有深厚基礎的原則，澳門作為葡國海外屬地而在幾個世紀以來由葡國管治，禁止死刑的原則在其刑法體系中的確立便順理成章。

與澳門刑法典不同，中國內地現行刑法的人道主義原則，主要體現在量刑、行刑的一些制度及其執行方面，而非建立在廢除死刑的立法上。但從可比性的角度看，中國內地現行刑法對死刑問題的態度本身也體現了人道主義的精神，只是在體現途徑上與澳門新刑法典（通過廢除死刑）有所不同。為了說明為何中國內地刑法與澳門新刑法典在死刑存廢方面立場各異卻同樣包含人道主義，我們有必要簡略闡述中國內地目前保留死刑的必要性。正如中國內地有的學者指出，中國內地當前社會條件下，保留死刑的理由除不具備廢除死刑的物質條件和精神條件下，主要還在於：第一，中國內地當前還存在較為嚴峻的治安形勢，生命刑與其他刑罰一樣均為不可缺少的社會防衛手段。第二，中國幾千年流傳下來的“殺人者死”的報應觀念在中國民族心理結構中已經根深蒂固，即使是正當防衛殺人不負刑事責任往往還很難為一般人所接受，非法殺人不處以死刑，更難以平息民憤。第三，中國內地由於受到社會物質生活條件的限制，人的潛能未能得到充分發揮，因而人的生命價值相對來說較低，死刑較易為一般人接受⁴。可見，在中國內地目前廢除死刑是不明智的。如果過分強調對罪犯的人道而廢除死刑，則是對善良公民保護的不人道。

然而，無可否認的事實是，死刑的嚴格限制在中國內地刑事立法中具有比較明顯的體現，這也正是人道的要求：首先，在適用條件方面，中國大陸現行刑法典規定，死刑只適用於“罪大惡極”的犯罪分子。犯罪時不滿十八歲的未成年人和審判時懷孕的婦女不得適用死刑。這裏所謂的罪大惡極，一方面是指行為人主觀惡性很深，不能改造或基本不能改造；另一方面是指行為人的犯罪給國家、社會和公民造成極重要的損害。其次，在執行制度方面，中國內地現行刑法典規定了死刑緩期執行制度。依此制度，對於罪該判處死刑而又“不是必須立即執行”的，緩期兩年執行，實行勞動改造，以觀後效。而在適用死緩的司法實踐中，除極個別抗拒改造

⁴ 參見陳興良：《刑法哲學》，北京中國政法大學出版社一九九二年版，第三七三頁。



者外，一般都減為無期徒刑。再次，在執行程序方面，中國內地現行刑法典規定，死刑案件除依法由最高人民法院判決的外，都應由最高人民法院核準，從而在復核程序上嚴格限制了死刑的適用。

綜上所述，對於人道主義原則斷不可作機械或表面的理解，撇開中國內地現行刑法與澳門新刑法典立法內容表面上的差異，從精神實質上分析，刑法的人道乃兩法域之間共通的價值觀念。

