

在澳門新《刑法典》內之量刑份量 (部份問題)*

João A. G. Gil de Oliveira

澳門普通管轄法院法官

“為此，無人純因為犯罪人實施一不公平事而向其處罰，除非是一個非理性之動物而追求報復；但有意以理性方式科罰之人，不會因已實施之不法行為而施罰（因不能使已成之事實成為來作出之事），而是考慮將來，以便使犯罪人將來不會再作出一不公平之事，亦非為給其他人知道該犯罪人被處罰。”

— 摘自柏拉圖之 Protágoras in Górgias 。

I — 題目

1. 刑法之可預計性 (previsibilidade) 要求對犯罪之一般元素有一準確制定，此構成這門法之教條式工作，越來越傾向於解決刑法之具體問題¹。

事實上，一如 FIGUEIREDO DIAS 教授所說：“認為在犯罪之法律後果學理上引起之問題之解決方案僅視乎或優先取決於法官之適用法“藝術”、即指法官之感性、感受及捕捉刑事政策評價”之說法今日已全無意思，故不屬於教條理論、即刑事科學²。

* 翻譯：馮文莊

¹ 見由 Roxin Claus (1977 年) 著的《Strafrecht and Strafrechtreform》(Das Fisher Lexikon, Recht) 一載於里斯本大學法學院學生會出版之《刑法》輔助教材 (1983/84) 。

² 見《葡萄牙刑法典—犯罪後果》，1993 年，第 40 頁。



在由該科學發展出之犯罪理論上，對可罰性之審查之分析應遵守不同及連貫性之步驟：人類之作為（或不作為），不法性，罪過及可歸責性。

在我們這一份文稿內，建議遵循上述步驟，一如併合 (subsunção) 步驟般，或“對事實狀況之法律審理”般一必以具體個案之觀點而開展程序。

找出**犯罪罪狀** (tipo de crime)、填充有關**主觀及客觀 (犯罪) 元素**後，法官，即使仍未脫去事實裁判者之衣服，在作出判決之某個步驟 (環節) 內，會就**具體刑罰** (pena concreta) 之找尋及定量 (graduação) 提出疑問。

為此採取一連串程序，以便找出適當之刑罰。此為我們嘗試探討之內容。

2. 刑罰個別化之審判職能

關於由法官負責之個別化職能及其演進我們不得不作扼要之簡述。

當審判一犯罪事實時，法官並不限於將刑事法律適用於事實，亦非僅限於決定那些規範懲罰該事實。相反，要求法官決定那個是**具體懲罰** (penalidade concreta)，因為**刑罰** (pena) 之唯一依據 (基礎) 是**犯罪** (crime)，而**刑罰**須與**犯罪**相應，為此有關的理論應雙互變成³。

對**刑罰**之司法個別化作出最大限制之自然憂慮 (決定事實之法律後果應為之法者立專屬職能)、繼而設立**固定刑罰制度** (sistema de penas fixas) — 1791年之法國法典為最佳典範，之後朝著不同之立法技術演進：但仍以該固定刑制度為基礎，或詳列或例列各種決定**刑罰**之司法調整之情節，或不向法官提供任何新之指引 — 但在**刑罰**目的事宜上之一般法律原則則除外。

在1852年之葡萄牙刑法典內選擇了在其**總則**部份內列出減輕及加重情節，在1803年之奧地利法典，在1803年之巴西法典及在1848年之西班牙法典亦一樣。

在**犯罪**一般理論 (teoria geral da infracção) 方面研究各種情節，有別於1851年之普魯氏法典 — 後來成為帝國法典 (1870年)，亦有別於兩個前德國之法典：只在**刑罰**理論上不區分地提及加重及減輕之原因 — 作為 (**刑罰**) 法典個別化之原因或限制條件。

然而，分析這些情節對個別化仍不足夠，還須考慮**犯罪**之元素。一如 LEVY MARIA JORDÃO⁴ 所說：“倘**犯罪**有許多元素組成：意圖、損害等，這些元素可有較大或較小之強度，重要的是立法者特別指明那些原因令**犯罪**

³ 見由 José de Sousa e Brito 著之《**犯罪**分析之意義及價值》一載於里斯本大學法學院學生會出版之《**刑法**》輔助教材 (1983/84) 第102頁。

⁴ 見1853年之《葡萄牙刑法典評釋》，第一卷，第46頁。

變得較為嚴重或較不嚴重，因為刑罰應與犯罪相應，亦需公平決定犯罪之性質及其變數，以便可在刑罰上設定一個與變數相應之尺度。”

藉三十年代在德國改革刑法的文稿，發展出一種見解：刑罰份量(尺度)應以犯罪理論為基礎。

此亦反映在葡萄牙1886年《刑法典》之第84條內—為CAVALEIRO DE FERREIRA教授在1954年改革時引入。至不久前，即至96年1月1日，在澳門仍依隨該條文所定之標準，其中規定：

“刑罰之適用，在法律為每一種刑罰所設定之限制內，視乎犯罪人之罪過，還考慮犯罪事實之嚴重性，其效果、犯罪原因及犯罪人之性格。”

學理對刑罰目的所支持之立場，傾向於既考慮罪過(與故意之強烈程度及過失之嚴重性混淆)之要求，又考慮特別預防及刑罰個別化之要求，或兩者同時考慮⁵。

另一方面，立法者介入確立了(原則上)可以變化之期限之刑罰，提供或不就規範刑罰個別化之活動提供或不提供標準，同時設定包括所有可行性程序之程式，還附加作為加重或減輕責任之情節名單(往往非常詳盡)。

為此，朝著立法者應向法官提供準確之指示之意思演進—透過罪狀之設定，容許法官盡可能以最嚴謹方式決定刑罰份量。如此，刑罰—列入某罪狀內，絕不能超越上限或不及下限。司法量刑個別化並非一種糾正行為，而是法律之補充⁶(complemento)，體現在“併合”(subsunção)、個別化評價及理性化之功能上，不容許將無羈束性之自由裁量(權)賦予法官。

3. 刑罰之目的

3.1. 我們已知道，使刑罰之不同目的與其具體份量決定相容，須握要引述廣泛所稱之刑罰目的。

回答 Roxin 提出的下述問題⁷：“一群組成國家之人剝奪其部份成員之自由、或以不同模式介入後者之生活之依據何在？”我們的答案就是：今日答案只不過有三個。

第一個為報應論(teoria de retribuição)—依該理論：刑罰之目的在於對行為人之罪過應以一刑罰之惡果給予報應。犯罪係透過刑罰之痛苦給予報應，這種觀念源自自由主義及基督傳統之理念，視刑罰為執行神明之司法職能。

⁵ 見載於里斯本大學法學院學生會出版之《刑法》輔助教材(1983/84)，第188頁。

⁶ 見註腳3所述之作品，第119頁。

⁷ 見 Claus Roxin 著之《刑法之基本問題》，第15頁。



第二個答案之出發點為一個原則：刑罰並非是報復已發生之（過去）事實，其理由在於預防行為人新之犯罪。這個目的可透過重新融入社會（再社會化）而達至，威脅行為人使其將來不再作出犯罪事實及透過剝奪自由而使犯罪人變成無害之人。

第三個關於刑罰意義與目的之傳統理論建基於一般預防（prevenção geral），此表示透過刑罰可達至一般性威懾（作用），原意是指可使一般之人依法律而行為。

3.2. 現在並非是對每個理論提出不同批評之適當時候，僅需指出現已為統一性之理論（teoria unificadora）开辟了路途，藉此吸收各個理論之長處。

然而，至此整套問題仍未完結，因為統一性的理論仍未克服各種批評，相反批評越來越多。事實上，對懲罰之前提仍十分含糊，在許多情況下，由於補償罪過仍不具羈束性，仍無限定刑法之前提及後果；仍無解釋懲罰不可能再犯之犯罪，亦無解釋對對非行為人之其他人之作用，從刑事政策觀點言之，仍存有爭議之處。

克服各種困難及建立一個統一性理論後，可綜合地反映在Roxin⁸之言論內，界定刑罰之意義與限制，視為“對法益之輔助性保護及國家服務之提供，為此透過一般及特別預防進行，而特別預防更在由個人刑罰份量所定之框架內確保人格”。

依此觀點，綜合言之，一個不希望保留在抽象或孤立命題內之刑罰理論，須以建立某個秩序為基礎—刑法只可加強一般人們之法律意識，意指一般性預防，倘同時保護受制於該秩序之人之個人性，並無忘記（肯）承擔責任之人格之概念。

3.3. 此為我們膽敢推測之載於《刑法典》第40條之意思，該條文標題為「刑罰及保安處分之目的」，同樣無以立法途徑解決刑事反應之目的之教條式問題⁹。事實上，在該條文內訂定了：

- “1. 科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會。
2. 在任何情況下，刑罰均不得越逾罪過之程度。”

這個意思既被進一步強化，又在11月14日之第58/95/M號法令序言中成為綱領性說明：當宣示新《刑法典》建基於：“本法之規定係以個人自由及按照罪過原則而定出每個人應負之責任為基礎”，同時又強調“具

⁸ 見引述之作品，第43頁。

⁹ 見Maia Gonçalves著之《刑法典評釋》，1996年，第291頁。



教育意義及使人能重返社會之意義之刑事制度，同時尊重被判刑者之權利及人格”，“以及彌補受保護之法益所遭到之侵犯及使社會感到安心。”

現在對這條規範之位置安排是否正確提出質疑作用不大。然而，我們相信，（將這條規範）引入葡萄牙《刑法典》內（透過3月15日之第48/95號法令對《刑法典》作出修正）之原因在澳門亦完全有效及成熟，因所處之過渡期及需要符合價值標準－希望藉各部法典在社會建立起這些價值。

II－刑罰之選擇

了解了學理及立法參考框架後－應在其內進行刑罰之評價與個別化，現須指出我們（在這個發言稿內）須依循、而同時法官亦須緊隨之邏輯及時間順序之標準。

刑罰之落實強制要求：要面對某一條罪狀－其元素完全符合，然後採取一連串程序，計有：在一折衷性元素之間作出選擇，或在刑罰與代替性刑罰之間，決定上限與下限之抽象刑幅，計量及決定，不一定依這個時間順序。

在某些學者的研究裏，在（藉折衷性刑罰）供法官支配之各種刑罰之中，先法定選擇性刑罰，然後決定抽象（刑罰）幅度¹⁰之決定，而其他學者則持相反見解¹¹。

跟隨著法官所進行之思維原理，倘在第一時間內要找出罪狀（tipo）及刑罰之抽象幅度（在有折衷刑之情況下），例一個普通傷害身體完整性之情況（新《刑法典第137條第1款）－處最高3年徒刑或科罰金，隨即帶出一個在所定刑種之中選擇其中一種之問題：徒刑或罰金。

新《刑法典》第64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。”

一如ROBALO CORDEIRO¹²所述，借助這個指引性標準使新之懲罰體系之基本思想成一個形體，同懲罰體系及草案人之“特殊感恩”有關：“反對建制式或拘留性之刑罰反應，基於其對重新融入社會之意義（此意義應決定刑罰反應之執行）具有損害之性質。”

強調犯罪人重新融入社會及拘留性刑罰惡果（弊處）之意識，尤其是

¹⁰ 見Robalo Cordeiro在《刑法研討會》一書中之文章－葡萄牙司法培訓中心出版（第238頁）。

¹¹ 見Prof. Figueiredo Dias之作品，第198頁。

¹² 見引述之作品，第238頁。



關於短期徒刑及在犯罪較不嚴重之情況下，當立法者認為在後階段並不限於採用徒刑之代替性刑罰之反應（罰金、緩刑、考驗制度、免除刑罰）時，這個意識更強。

這條正在分析之規範並無明文述及懲罰之目的（一如在葡萄牙共和國生效之《刑法典》第71條之原本般，其中明示地提及犯罪人之社會復原及對犯罪之詰責及預防之要求），原因是這些目的載於另一條規定：即已述及之第40條內。

由於刑罰份量基本上取決於罪過，而監禁與折衷刑之選擇僅取決於一般及特別預防之考慮^{13 14}；雖然無任何（條文）明示提及這種選擇，但所作之選擇不得指明理由（見《刑法典》第65條第3款及《葡萄牙共和國憲法》第208條）。

常向法官提出的一個並非屬罕見的問題是：往往需要多次考慮一般及特別預防之相同標準，不論是在第64條所述之刑罰選擇（*escolha da pena*）之時，或是在第65條第1款所述之決定刑罰份量（*determinação da medida da pena*）之時，或是在第48條第1款（在此所述之條文皆指《刑法典》）所述之緩刑之考慮時。在此範疇內，先選擇一種拘留性刑罰、以便稍後中止其執行（即緩刑）是否屬於正當之處理？

我們深信回答這個問題並不容易，只有面對每一個具體個案（每一個案終歸是一個案）方能指出一個或另一個解決方案之原因。

這個答案必須是一個經過嚴格、具充足理由及在憲法上受到拘束之一個標準——這個標準向法律適用者強制施行，代替性刑罰類型越少，再加上無分析性之文件（專家報告及社會報告）及對犯罪人之個人不了解，因為在大部份情況下（犯罪人）並非在此生活，主要是基於構成澳門這個地理及文化空間特徵之（人口）流動性。這一切皆見於一部仍未配合新犯罪實況之《刑事程序法典》（指1929年之《刑事訴訟法典》）。

III — 可適用之刑罰幅度（刑罰之抽象份量）

1. 一般性變更情節

在每宗個案內，為了確定刑罰份量，是以基本罪狀（*tipo fundamental*）為出發點，之後考慮減輕或加重情節之抽象幅度（*moldura abstracta*）。

¹³ 見註腳9引述之作品，第354頁。

¹⁴ 見90/03/21日之最高法院合議庭裁判（載於《司法部公報》395/296）。



在一般性變更情節之中，我們須考慮累犯 (reincidência) 之情況及特別減輕之情況。

跟隨上文所提出之大綱，因為無論是相對不確定之刑罰、或犯罪競合，皆以已確定了具體刑罰為前提 (新《刑法典》第 71 條第 2 款)，我們先分析一般性變更情節，暫時放下特別變更情節—指針對某特定罪狀之普通法定尺度 (medida legal ordinária)，後述情節在適用時並無引起較大之困難，因為是應每個特殊歸罪之情況而進行研究。

2. 累犯 (reincidência)

作為加重之變更性情節有累犯—建基於犯罪人特別地傾向於犯罪。關於其構成元素及效果，與舊制度相比有重要分別之處。

2.1. 按照 1886 年《刑法典》第 35 條之規定，累犯須符合：在八年期內因同一性質之犯罪再被判刑。

根據新《刑法典》第 69 條之規定，現在設定之前提有：實施一故意犯罪，並處實際徒刑超過 6 個月，對先前 (過去) 之犯罪亦被處超過 6 個月之實際徒刑，不論前後犯罪是否具同一性質，而行為人應受到譴責因先前之判刑不足以警戒，前後犯罪之期限為 5 年，因司法決定而被剝奪自由之期間不列入計算期內，澳門法院以外之其他法院所作之判決亦起作用 (重要性)，只要先前之事實依照澳門法律構成犯罪則可，刑罰之消滅，大赦 (必是指非正式之大赦，因為大赦假定審判已完成)、普通性赦免及特赦 (1886 年之《刑法典》不將被大赦之犯罪列入這個效力範圍) 不妨礙累犯之成立。

從中可見差別很大—此為對舊立法批評之結果，這種批評主要源自德國之學理¹⁵，如此克服了許多因制度過於剛性所引發之困難 (例界定同類性質之犯罪，倘適用之刑罰之不同性會否阻止累犯之成立¹⁶，累犯期限之開始)。

現在將再犯 (sucessão de crimes) 之舊情節列入累犯內，繼而接受一個原則：無論是同一性質或性質不同，皆可體現出有較大程度之罪過。

關於對葡萄牙共和國《刑法典》之最新修訂方面，並非先前判刑 (有罪判決) 起作用，而是要求在前後有罪判決上處超過 6 個月之實際徒刑，即使未完全服刑亦然。

¹⁵ 見在《立法及司法見解雜誌》(RLJ) 第 75 年之 Belezza dos Santos 之文章。

¹⁶ 見 Eduardo Correia 教授之《刑法二》，第 180 頁。



關於由澳門司法組織以外之其他法院所作之有罪判決之重要性(有別於1886年之《刑法典》對於外國判決之規定)，可能屬於最現代之學理思維，仍無就這些(外國)判決之確認及實質執行、以及僅考慮嫌疑人之聲明(指犯罪前科)之危險性之(各種)問題給予答案；或甚至可提出一個關於正當性問題：依制定法之規定，應有一份刑事犯罪紀錄在面前才進行審判，或僅是詢問犯罪人之前科(已足夠)－程序上(嫌疑人)不得不真實地回答之問題。

主要之困難乃因累犯依司法決定(ope judicis)、而非立法決定(ope legis)而運作。倘以往之數次判刑並不足以警戒行為人使其不再犯罪，依“個案之情節”而詢問行為人是否應受到譴責，真正之可行性有多大？

首先須強調指出：在葡萄牙共和國法典之原文本內，當時談及預防，而非對犯罪之警戒，此似乎加強真正累犯與機會犯之差別之意思。

但如何區分累犯與機會犯？

有人主張在累犯內排除所有對行為人之人格之考慮，而傾向性之犯罪有其特別管制之處(見新《刑法典》第77條第1款b項)。

然而，一如CAVALEIRO DE FERREIRA¹⁷所述：“這種區分並不能達至絕對清晰，因為習慣之形成植根於人格，故某種程度可體現在累犯裏”。

要在事實方面、在尊重對質原則之情況下，研究及克服各種困難，以便可得出結論：過去之判刑不足以警戒(使犯罪人)不再犯罪¹⁸，或犯罪並非基於偶然之原因或外因所致，故單純分析附同在卷宗內之犯罪紀錄證明書仍不足夠¹⁹。

在葡萄牙共和國，當1982年之《刑法典》開始生效時，先前(過去)之判刑只是對累犯起作用，因為要配合其他前提，在新法典生效範圍內作出²⁰(之判刑)方有作用。

由於因屬累犯而作出之(刑罰)加重建基於對過去判刑之警戒之不尊重。由此得出：為了可以譴責行為人，判刑須在新法典生效內作出，因為在舊的刑法內無這項規定。

對於先前(過去)之判刑，即使符合有關要件，仍不起作用，在理解上我們對此感到有一些困難存在，(因為)否則難以明白澳門司法組織以外之判刑(而非具有類似制度之葡萄牙共和國之判刑)可起重要性之理由。

¹⁷ 見《刑法教程二》，1989年，第149頁。

¹⁸ 見91/10/16之最高法院之合議庭裁判(第42168號案)。

¹⁹ 見91/10/10日及90/12/19日之最高法院之合議庭裁判(分別為第41213號案及第41235)。

²⁰ 見84/02/29日之最高法院之合議庭裁判(載於《司法部公報》第328/332)；持相反見解：載於《司法部公報》第341/473之里斯本中級法院之合議庭裁判。

所提出之最後之問題為在事實事宜方面、在尊重對質原則下，體現出對不再犯罪之警戒之調查之適當（程序）形式。

對於仍生效之1929年之《刑事訴訟法典》是否需要對這個事實作出（事實）疑問（quesito）？我們認為似乎無此需要，首先不能夠提出**結論性（事實）疑問**（quesito conclusivo），須從事實中得出價值判斷，而這些事實須載於**控訴批示或起訴批示**（pronúncia）內，單純借助附於卷宗內之刑事記錄證明仍不足夠。

有別於在葡萄牙共和國第一修正委員會核心而支持般：過去之判刑相當於一個欠缺預防效力之可予反證（presunção juris tantum）之推定—由被告予與反證，雖然在欠缺預防效力方面有提出證據之困難，這個舉證責任應受制於刑事訴訟程序之一般規則²¹。

2.2 效果

關於**累犯**之效果，現訂立一個比1886年《刑法典》第100條所定之更簡單之制度，第二次**累犯**之概念已消失，排除了在**罰金**情況下之加重，因**罰金**已從規定**累犯**之客體中被剔除，即使在**處徒刑及罰金**之情況亦然（特別立法之情況）。

新《刑法典》第70條規定：將刑罰之最低限度（下限）提高三分之一，其最高限度（上限）則維持不變，但上述之加重不得超過以往各判刑中所科處之最重刑罰，此表示將下限加重三分之一或以過去之判刑為準，倘三分之一之加重係高於過去之判刑。

關於**累犯**之規範不適用於**輕微違反**（contravenções）（新《刑法典》第127條），此乃明顯源自其（累犯）本身之性質及其前提。但在**輕微違反**內再次違反視為一般性加重情節。

在所述之內容，肯定地已指出我們認同一種理解：**累犯**之懲罰規則劃定了抽象之刑幅，定出這個刑幅後才決定具體刑罰。

對於下述立場我們有保留：指先視行為人在不是**累犯**時對其具體地所科之刑罰。表面上，雖然這個問題似乎無多大之實踐作用，肯定地，當將任何抽象刑幅之最低限度提高時，在該框架內所設定之任何刑罰皆正在加重刑罰，因為三分之一之最低限度或過去最重之判刑（後述之情況是指：倘該三分之一之刑罰份量比過去判刑為高）。

我們同意須預先選擇罪狀之刑罰，因為倘選擇了**罰金**—屬於混合刑罰之其中一個，而其中係包括監禁，則不會有**累犯**。

²¹ 見引述之Robalo Cordeiro之作品，第244頁。



雖制度有差別，該制度之最後“手段”仍一樣；但在舊制度生效時 EDUARDO CORREIA²²認為應放棄預先落實刑罰之見解²³。

倘這點明確地源自葡萄牙共和國《刑法典》之原文本，現時的情況則不同，因為必有一項實踐工作要做：找尋超過6個月之徒刑—此為累犯之前提。

倘徒刑為適當之刑罰，且超過6個月，則選擇一個具體之刑罰，但要尊重抽象幅度準則內之各個有關標準，選擇源自增加三分之一之較輕之加重作為最低限度或過往最重之判刑。

3. 刑罰之特別減輕

3.1. 在上文所述之法律“補充性功能”係指可將該制度之適用與具體個案之不法性及罪過相應，在決定具體刑罰之一般情況下不見。

首先會發現在新《刑法典》第66條內所定之制度，本質上有別於1886年《刑法典》之第94條之制度，在後述之法典內自動地引用該制度作為上訴方法、以調整與現時及地方現實不符之刑罰處置。

當界定這種作為懲罰調整器之變更性情節之特點時，預計將來在使用特別減輕情節方面肯定受到限制，首先因為新法典所定刑罰之抽象幅度（基本上）已較為配合在澳門地區作出之犯罪。

（刑罰）減輕效果不再源自減輕情節之數量及重要性，而明顯轉為以行為人之不法性、罪過或刑罰需要為基礎（見新《刑法典》第66條第1款），此已是 EDUARDO CORREIA 教授之思路²⁴。

值得強調：在舊制內，藉1954年之改革，剔除了關於情節“數目”之引述，轉為提及其“特別價值”（especial valor）。

事實上，只有具強大減輕作用之情節方構成1886年《刑法典》第94條第1款之特殊權能之使用理由，即使這些情節無這種性質，法院終可引用第91條第1款之規定²⁵。

即使新《刑法典》第66條第2款內明示規定有多種情節，這些情節亦需根據第1款之規定而考慮。即當這些情節大幅度減輕不法性、罪過或刑罰之需要時，方給予其特別減輕之價值。倘不減輕，則只有一般減輕價值。前述之情節將影響刑罰之抽象幅度，而後者則影響刑罰之具體份量。

²² 見註腳9引述之作品，第373頁。

²³ 見 Eduardo Correia 教授著之《刑法二》，1971年，第188頁。

²⁴ 《司法部公報》第149/81。

²⁵ 見96/02/13（第439號案）、94/09/28（第110號案）、94/09/28（第201號案）、94/06/15（第175號案）及94/03/09（第142號案）之澳門高等法院之合議庭裁判。



很明顯，我們使用**一般減輕規定**指在舊法典內有一般情節（載於1886年《刑法典》之第39條內之情節），但只作為事實材料（資料）噢在衡量新《刑法典》第65條所定之標準時有作用，亦是對嫌疑人之較輕微之不法性及罪過之決定（性資料）。

我們正在考慮非明示規定之情節，考慮到本發言稿之目的及時間之限制，**總則部份**所明示規定之情節不列入本發言稿內，例：

不作為犯（第9條第3款）；對不法性之可譴責性之錯誤（第16條第2款）；防衛過當（第32條第1款）；阻卻罪過之緊急避險（第34條第2款）；犯罪未遂（第22條第2款）；從犯（第26條第2款）；行為人不知悉之同意（第37條第4款）；

還有在**分則部份**所定之情節，例見新《刑法典》下述條文：

第156條（綁架與挾持人質）；第201條第2款（盜竊與濫用信用）；第219條第4款（暴利）；第288條第4款（犯罪集團）；第290條第3款（恐怖主義）；第297條第3款（暴力變更已確定之制度）；第328條（妨害公正之實現）；第339條（行賄）。

3.2. 新《刑法典》第66條第1款指出：“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。”

這項規定劃定了**特別減輕**之界限，以及在實踐時需以這些情節為準，而同一規範之第2款列出了一些例子。

有人指無需有第2款，因並非為便於理解第1款所定之標準。

借助這個文本引入“減輕”這句術語，而不用“可以減輕”（此為葡萄牙《刑法典》相同規範之原文本之用語）及折衷字眼“刑罰之需要”，此表示及加強對權力／義務之羈束及預防（犯罪）之（無此需要）要求²⁶。

還有人指出刑罰特別減輕之權能，只可在已規定之情節以外、同時無其他明顯削弱這些情節之減輕作用（效果）之事實²⁷，方可使用。

3.3. 新《刑法典》第66條第2款具體指出直接利於**特別減輕效果**之各種原因。

a) “行為人在嚴重威脅之影響下，或在其所從屬或應服從之人之權

²⁶ 見註腳9引述之作品，第361頁。

²⁷ 見83/07/21之最高法院合議庭裁判（載於《司法部公報》第329/466）。



威影響下作出行為（第66條第2款a項）。

可以指出：這裏包括舊法典第39條第7、11、12及15款所列之情節，但是，一如我們在上文已知道，現在這些情節須明顯符合該規範之第1款之要件。

有人指出：當行為人在行為時受到之限制越大，該情節之減輕作用則越大。

- b) “行為人基於名譽方面之原因，或因被害人本身之強烈要求或引誘、又或因非正義之挑釁或不應遭受之侵犯而作出行為”（第66條第2款b項）。

此相當於舊法典第39條第4款所定之**一般性情節**，但在殺人罪（新《刑法典》第130條），人身傷害罪（第141條）方面出現時，則構成**特別情節**。

倘這種情節同殺人罪（本身所定）之情節或人身傷害罪之情節起衝突，一如CAVALEIRO DE FERREIRA教授所述：“由於減輕之程度不一樣，故以下述方式解決衝突：不得對同一情節作兩次評核，一作為**一般性變更情節**，另一則作為**特別變更性情節**，此亦容許刑罰較輕之較低之限制”²⁸。

這個學理今日明示地反映在新《刑法典》第66條第3款內，其中規定一事不二審原則（ne bis in idem）。

- 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”（第66條第2款c項）。

就算證明嫌疑人作出承認，在發見事實真相方面作出合作及有悔悟，**此仍不足以特別減輕刑罰**。為了這些效果，悔悟須體現在各種事實上，倘屬於彌補（損害），如並非全部，不得不與作出彌補之人之能力限制相適應。

倘悔悟並非真誠，則並非悔悟。

作為**一般性情節**，見載於舊法典第39條第10款及第23款之情節內。

- d) “行為人在實施犯罪後長期保持良好行為”（第66條第2款d項）。
在此並非時間之過去具有重要性，而是藉時間之過去證明（已

²⁸ 見引述之作品，第135頁。

實施之)事實與行為人之人格不相符。

犯罪已作出多時及犯罪人(一直)保持良好行為仍不足夠。須將該狀況連繫該規範之第1款,這樣則可能觸及事實或行為人,或證明(已作出之)事實與行為人之真正人格不相符²⁹。

- e) “事實所造成之後果特別對行為人造成損害”(第66條第2款e項)。
在葡萄牙共和國法典內不見有如此行文之一個情節,我們認為此是所有上文所述之情節之必然結果,只要後來之行為體現出人格與擺脫偏差行為之表現相符,即顯示出一種真誠之悔悟。
- f) “行為人在作出事實時未滿十八歲”(第66條第2款f項)。
在欠缺關於年輕犯罪人之特別立法之情況下,立法者須引入這個在舊刑法內已具有傳統之情節(見1886年《刑法典》第39條第3款、第107條及第108條)。
在一個以有信心將犯罪人重新納入社會為出發點之制度下,由於有一個犯罪人口十分年輕之統計數字,故急需為這一群人建立一套“再(重新)教育法”之原則及規範,因他們很易受到在澳門地區已根深之非法組織或團體之行為影響³⁰。

3.4. 特別減輕規定(新《刑法典》第67條)

- a) “從刑之最高限度減三分之一”(第67條第1款a項)。
倘徒刑之最低限度為等於或超逾三年,減五分之一,少於三年,減為法定之最低限度(即1個月—第41條第1款)(第67條第1款b項)。
倘徒刑之最高限度不超逾三年,得在第45條第1款所指之限度內,以罰金代替徒刑(第67條第1款d項)。
關於最後所述之規定(按第45條第1款之規定之代替),關於罰金之限制,屬於裁判者之一個權力/義務,此不表示在刑罰之適用之一般方面之代替(刑罰)與特別減輕方面之代替混淆³¹。
在(前述之)第一方面,一具體徒刑由相應之罰金日數代替。
在(後述之)第二方面,不超逾三年之抽象之徒刑由另一罰金

²⁹ 見84/07/18之最高法院合議庭裁判(載於《司法部公報》第339/297)。

³⁰ 按照 Boaventura Sousa Santos 對資料之分析(載於《面對社會問題時司法與社會,行政機關與社會架構》—1991年,第35頁及續後),黑社會之實際控制權力達力22.8%。

³¹ 見 Robalo Cordeiro 之作品,第261頁。



代替— 在罰金（制度）之一般限制內作出代替，而無相應之徒刑之預定日數。

雖然第 67 條第 2 款之文字是如此規定，不可以得出下述結論：源自特別減輕之罰金刑可以中止（執行）— 此具體制度不適用於新《刑法典》。

- b) 倘為罰金刑，特別減輕則遵從第 67 條 c 項所定之標準：“罰金之最高限度減三分之一，而最低限度則減為法定之最低限度。”

這個行文似乎無（產生）任何疑問，且較先前在葡萄牙生效之文本為佳，該文本指：“法院按合理程度而減刑。”

可以提出之問題是知道：在罰金抽象刑罰（pena abstracta de multa）已預定最低限度之情況下，那一種減輕適用？

對我們來說，似乎法定最低限度不得被超逾，只有符合有關之要件³²，方有刑罰之免除（第 68 條）。

因為澳門《刑法典》立法者無選擇併用刑罰（徒刑及罰金），雖然載於每日適用之許多法規內，值得研究這種減輕如何進行。本人相信最肯定之標準為依照每一種刑罰所定之標準而作出減輕，此在舊法典生效時已是這樣— 透過 1966 年 2 月 23 日之最高法院之判例（Assento）³³，確定了刑罰之特殊減輕包括可改變之補充性罰金。在這些情況下，無任何東西會阻止因徒刑之減輕而轉為科罰金，如此決定單一之罰金刑。

在代替刑罰之情況下（徒刑或罰金），特別減輕之存在原則上加強決定選擇非拘留性刑罰之命令（之效用）³⁴。

在初步分析關於特別減輕規定後，本人認為：似乎第 67 條無規定雙重減輕，但在舊法典方面則透過 1957 年 7 月 23 日之判例（Assento）³⁵ 接受雙重減輕而解決問題。

4. 情節之競合

當有多個加重、減輕或兩者同時並存之變更性情節競合之時，上述之問題使我們對刑罰之抽象幅度作出規定。

³² 持相反意見者似乎是 Prof. Cavaleiro de Ferreira 教授（見引述之作品，第 141 頁）（是指葡國《刑法典》）。

³³ 見《司法部公報》第 154/134；見 1966/03/16 日之《政府公報》。

³⁴ 見 Robalo Cordeiro 之作品，第 141 頁。

³⁵ 見《司法部公報》第 64/486。



4.1. 在加重（情節）方面，1886年《刑法典》規定一個加重吸受之制度（sistema de absorção agravada）（見第96條獨一段），依其規定，只考慮較重之變更性加重情節，而其他同類情節視為一般性加以考慮。

今日，基本上在累犯競合之情況下出現問題（事實上，唯一一般變更性情節），出現刑罰變更、而犯罪無變更之狀況（例：盜竊），以及值得接受之解決方案為競合（acumulação）之解決方案，應先由特別情節開始，繼而是一般情節，或累犯。

4.2. 在減輕之變更性情節競合之情況下，亦無任何東西阻止競合制度之採用，然而應顧及在決定刑罰事宜方面禁止重覆評審原則³⁶。

情況不同者為有連續適用特別減輕之多個依據（例：在受嚴重威脅下而犯罪未遂），在這種情況下，MAIA GONÇALVES 建議下述程序：“解決方案是透過特別減輕設定刑罰之抽象限制，按照如此設定之一個抽象刑罰（妨如一般抽象幅度），開始重新作出特別減輕，但在任何情況下不將其具體刑罰定於低於最低法定份量³⁷。

4.3. 同樣之標準—競合—亦應管制加重及減輕之變更性情節之競合情況，先運用加重情節，之後是減輕情節³⁸。

雖不可能如此構思，請關注由於事實狀況（在累犯情況下對再犯罪之警戒之分析所起之作用）與另一事實狀況（在特別減輕所起之作用）之協調所產生之困難，以便強烈減輕“事實之不法性、行為人之罪過或刑罰之必需性。”

IV—刑罰之具體份量

至此；我們分析了部份決定適用刑幅（抽象刑罰）之必須及根本性之具體制度。

現在，倘不屬於免除刑罰之情況（第68條），須將其（刑罰）個別化，即決定其“量”（quantum）。

我們跟隨第65條所提供之標準，過去這個標準濃縮在1886年《刑法典》之第84條內。

³⁶ 見引述 Figueredo Dias 之作品，第207頁。

³⁷ 見引述之作品，第365頁。

³⁸ 見引述之 Robalo Cordeiro 之作品，第266頁。



1. 新《刑法典》第65條第1款規定：“刑罰之份量之確定須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。”

這個表述反映出關於刑罰之目的與選擇之理論之爭議，基本上是關於刑罰與罪過相應或與實行預防之目的相應之爭議³⁹。

在此，我們援引在上文關於這個內容之闡述。

僅想起 EDUARDO CORREIA 教授在1964年的法典第一修改委員會內、關於罪過原則時之所述：“真正重要的事情是：當以事實為基礎而對某人作出審判時，不應忘記屬其所有之道德自主(.....)，所評核之人格並非任何一個人格，而是體現在事實之人格。”

這樣，須研究在新法典內對行為人之罪過之提及是指何物。按法律道德意思之罪過—以因事實之罪過及因人格之罪過之雙重觀點面對？社會道德意思之罪過—乃指在憲法上所定之建基於社會價值？

罪過概念之綜合，可反映在刑罰之份量上，一如FIGUEIREDO DIAS教授所述般⁴⁰：“法官，當對罪過作出判斷時，或量刑時，不能避免地認識犯罪人之人格，目的是決定其法律道德之反價值 (desvalor) 及犯罪人與法律秩序所接受之人格不相容。這種不相容之尺度構成應向犯罪人作出之個人譴責之份量，而此為刑罰份量之主要標準”。

無在提及人格形成之罪過，因人格仍與法典內之許多規定相符（第16條第2款、第48條；第65條第2款f項，第71條第1款，第71條b項）。

在衡量罪過時，應因為外因之因果作用(力量)及其人格而考慮行為人自由決定之程度，考慮人格與事實是否一致。

實體法規定決定(刑罰)份量之衡量(標準)，除了罪過外，還因應刑事預防之要求而定。這裏既屬於一般預防，亦為特別預防，這種見解不應引致與罪過相應之最高限度被超逾⁴¹。

在抽象幅度內，訂立最高限度—由行為人之罪過所“同意”之最高點構成，最低限度源自保護法益所需之刑罰之“量”(quantum)及社會期望(預防之幅度)。正是在這個預防幅度內一般預防之見解發揮作用(社會化功能，個人警戒或安全性)^{42 43}。

2. 但如何決定刑罰之量？

第65條第2款似乎指出一條道路，當訂定：“在確定刑罰之份量時，

³⁹ 見《修改委員會會議記錄》(《司法部公報》第140, 235及續後)。

⁴⁰ 見《自由、罪過與刑法》，1983年，第184頁。

⁴¹ 見引述之Figueiredo Dias之作品，第238及242頁。

⁴² 同上。

⁴³ 見1988/02/24日之最高法院之合議庭裁判(載於《司法部公報》第374/229)。



法院須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節”。在該條文之逐後幾項內，例列地載明部份情節。

在此亦宣明了“一事不二審原則，因為倘（事實）屬於罪狀（之組成元素），相同之事實不應在刑罰之定量方面評核。然而，最高法院法官 ROBALO CORDEIRO⁴⁴ 對這種禁止作出一個保留：（如）某特定情節雖為罪狀之組成部份，但超越立法者在構思刑罰幅度時所構思之程度，則這個情節可起作用。”

雖然有第65條第2款所述之規範之命令，本人認為應先分析對行為人不利之情節，之後才分析對其有利之情節。在變更性情節競合之情況下，一直以來跟隨這個順序，因為必須訂定與罪過相應之最大“量”（quantum）。

3. 在1886年之《刑法典》內，一般性之加重及減輕情節詳盡地列於第34及39條內。現在立法者採用概括性標準，即使假定已在第2款內落實亦然。

（新法）創新之處是還需考慮犯罪後之行為。

在新《刑法典》內所定之情節為關於不法性之嚴重性、行為人之罪過及刑罰對犯罪人之影響情節。

3.1. 關於第一種情節，第65條第2款a項規定：“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。”

須考慮違反之程度、侵害之具體程度或侵犯受害人之利益之危險性（例：在盜竊罪內損害之價值，被攻擊或受傷之人之患病日數，所使用之工具，攻擊者之人數，一個計劃之制定，因使用欺詐、詭計、不實或背叛方式而減低作出保護之可能性）。

不法性還視乎受損利益之數量或與其有關之後果而定。

3.2. 作為關於罪過元素，包括下述幾項之規定：

- b) 故意或過失之程度；
- 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，尤其係彌補犯罪之後果而作出之行為；

⁴⁴ 見引述之作品，第272頁。



f) 在事實中顯示並無為保持合法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。

關於罪過之歸責形式，須考慮任何形式之故意（直接、必然及偶然）及過失（有意識之過失及無意識之過失）。

不得不對目的及動機進行調查，不應將目的之高尚性或偉大性與罪過之阻卻混淆，相反，應與較大或較小之譴責性相一致。

犯罪事實之前或之後之行為（直至決定之時刻），行為之好與壞，生活條件，個人及經濟條件，欠缺使行為人保持一個合法行為之教育，全部皆為在量刑時須考慮之因素，因為這些元素體現出一個人格一應以管制在社會之價值而形成，或這些元素借助與價值不符之行為體現出一個較大或較少程度之譴責性。

關於以日子設定之罰金刑，一如ROBALO CORDEIRO所指出⁴⁵：現在有條件使罪過與刑罰日數相應及因應行為人之經濟狀況而定出每日之金額。

3.3. 由於第66條（刑罰之特別減輕）所定之情節可具有一般性之減輕性質，只要不強烈減低事實之不法性、行為人之罪過或刑罰之必需性，因為上述之情節僅為例列，我們指其屬於第三類—刑罰對行為人之影響，載於第66條c項及e項，某種程度亦見於第72條e項，往往所述之類別並非一定不變。

3.4. 引起爭議之一個問題為決定法官定出具體刑罰之起點之問題。

至此，我們知道法官一時按罪過之最大份量而將刑幅提升，一時按一般預防所需之刑罰將刑幅下降，或一時因應特別預防之功能而又再提升。

但從何處作為起點？

在1886年刑法典內，法官習慣上先設定刑罰，特別是重監禁之刑罰，將刑罰定於抽象之一般最小限度，除非預計有加重情節，一如常引用特殊減輕，因所定刑罰與作出之事實明顯不相應。

EDUARDO CORREIA教授更主張⁴⁶：在新法典內，法官應以刑罰（幅度）之中位（中點）為起點，此引致在某些裁判裏出現極不一致之後果—指得出的最後刑罰，以及在犯罪競合上裏只有很小的調整幅度。

最後，我們認為，司法見解傾向於並非以中位（中點）作為起點以懲罰行為人，否則，在特別嚴重之情況下，在抽象刑幅之上限無更多之調整

⁴⁵ 見引述之作品，第274頁

⁴⁶ 見《刑法典分則修改委員會之會議記錄》（載於《司法部公報》第286, 19。



幅度，同時不能預計不法性及罪過之加重；依此學理，會將可調整之刑罰變成固定刑⁴⁷。

我們認為，與罪過相應之首個量刑程序之起點應位於靠近最低限度之處。由此起，罪過越重，刑罰越重，須調節，按上述方式因應一般及特別預防之理由而達至相應度。

3.5. 第65條第3款還規定：“在判決中須明確指明量刑之依據。”此已源自憲法第208條第1款之規定。

雖早已有人主張：引述該列出適用標準之條文已足夠⁴⁸，我們認為較正確的是法官在判決書內指明在具體上得出有關刑罰所考慮之情節，因為只有這樣才能容許上訴法院對刑罰份量作出評議。

3.6. 在此，我們無意評論關於刑罰之免除、延長及緩刑及犯罪競合之具體制度之適用，所有這些制度某種程度仍與具體刑罰之決定有關，或者係在我們所探討之後之時間內進行。

現已是結束發言之時了。事實上，證明了：即使具體量刑之理論制定得更佳，最終仍由法官在面對具體個案時，負起對由立法者在抽象上所定之刑罰之最低限度作出一個“與社會相應行為”之責任。

有良知及責任的人會知道，並非因刑罰之不當適用而希望利於一個淘汰程序，此乃指Protágoras文字所述之意思：“對於那個透過刑罰仍不改善及仍不受教育之人，須被驅逐出城市，妨如一個不治之病人或死人般……”（出自上文引述之柏拉圖之作品）。

一九九六年三月十五日於澳門。

⁴⁷ 見1985/11/13日之最高法院之合議庭裁判一載於《司法部公報》第351/211；見1985/07/10之最高法院之合議庭裁判一載於《司法部公報》第349/258。見1983/02/23日之科英布拉中級法院之合議庭裁判一載於《判例匯編》VIII，第73頁。見...ora中級法院之合議庭裁判一載於《司法部公報》第336/482。見1993/02/24日之最高法院之合議庭裁判；最高法院之合議庭裁判一載於《判例匯編》，I，第204頁。（1992/06/11－第42717號案）。見1990/01/30日之最高法院之合議庭裁判（第40185號案）。見註腳9所述之作品，第358頁。

⁴⁸ 見1991/10/09日之里斯本中級法院之合議庭裁判（第389/91號案）。

