

為澳門帶來一部刑法典之機緣與意義*

Jorge de Figueiredo Dias
科英布拉大學法學院教授
澳門大學法學院教授

I

澳門《刑法典》已於一九九六年一月一日開始生效。藉此法典奠下了刑事法律體系之一根主樑，即使並非奠下該體系所有最重要之根基；該體系將在不久的將來規範一部份敏感之關係，即中華人民共和國與澳門特別行政區居民間之關係。毫不諱言，本人敢於將《刑法典》之（開始）生效視為對澳門、對葡萄牙及中國來說都是一個重要的時刻。

對澳門來說，今日她是由葡萄牙管治之一個地區，由一九九九年將成為主權國之一個特別行政區—她將具備一套有組織、和諧及有邏輯連貫之刑事法律匯編。一如全球學理一致認同般，對於一個盡可能自由運作之社會，對維護個人之基本權利及自由，這些法律具有不可爭議的重要地位。

對葡萄牙來說：不論她多世紀以來在同中國人之社會之連繫上有多少弱點、錯誤及過失，在澳門留下其特有之處事作風及與他人交往之態度—此形成法律規範之基礎，全無侵略主義、民族主義或自我言耀之缺點。

對中華人民共和國來說，她宣告（就本人所認識，此為人類史上之第一課）：一個主權國接受及希望在其特別行政區內擁有一部全面及自主之《刑法典》—而非一部僅包括純因地域及人之不同特性之法典。是一部由主權國向國際社會自由地表示會在半世紀之時間內（鑑於在我們生活的日子裏，歷史飛逝地過去，半個世紀實為一段長時間）遵守其內容之刑法典。

* 譯者：馮文莊



本人希望你們與本人一樣感受到此為值得我們一起慶賀之時刻。請各位容許本人在此作一個特別之個人表白。在一九九零年十一月的一個驟雨的濠江晚上，當時的司法事法政務白富華、他同時以當時的護理總督范禮保的名譽邀請本人為澳門草擬一部《刑法典》草案，力有不逮之惶恐並無使本人忘記這項工作完成後（給本人）帶來之愛國、學術及個人的成就感。經過六載光陰後，今日可全面評估這份成就感，更有點受之無償之感，最感安慰的是以最佳的方式履行了一個男子漢、一位大學學者及一位葡萄牙公民之義務。這種評價值得同所有曾參與這份工作之人士分享，只有這樣工作方能夠完成，當中由范禮保至韋奇立，白富華以至歐明德，亦由科英布拉大學之學術助手以至澳門大學之學術助手，葡國之外交界、司法界及警察當局之人仕、以至澳門及北京之有關當局，以至所有其他人，本人不能全不遺漏的一一列出、甚至有本人不熟悉其名字之人士，但並不因此而不成為本人腦海內之感謝的人士之一。

在這個慶賀的時刻裏，有兩個本人不能不明示提及的名字：其中一個是本人在科英布大學（法學院）的助教 MARIA JOÃO MADEIRA ANTUNES，有幸今日她也在場，倘無她的合作，澳門《刑法典》草案肯定不會及時完成。記得當本人邀請她合作時，她的眼神告知本人：恐怕這項工作的龐大性會超越她的時間安排。

之後，隨著日子一天一天的過去，本人察覺到她努力倍加、她的堅強及對我們工作所針對的人的問題之正確理解，再加在她的心目中已對澳門及其居民產生了感情，由這刻起她已穩操勝券；自始本人已知道 MARIA JOÃO ANTUNES 的名字將永遠同澳門《刑法典》連在一起。

另一個（在此）本人欲指出之名字是簡秉達（EDUARDO C.），很遺憾本人今日不能和他耳目交投地提及他的名字，因他已不在澳門。他是一位出色人物，自然地還有他卓越的組織及謹慎的研究能力，但亦值得指出他身為一個部門的主管的領導能力（法律翻譯辦公室），本人重申，憑本人在國際上的教學經驗，在世界任何一個地方，即使是實行的標準更為嚴謹及要求更高的地方，該辦公室必定贏得（是一個）出色的服務機關的美譽。澳門《刑法典》能及時被通過，甚至改正一些形式缺點（這些缺點在中葡文兩個官方文本上可體現出嚴重之缺點），都歸功於簡秉達及其由其領導之辦公室。

II

現在，本人應該脫去澳門《刑法典》草案負責人之身分之袍，而穿上本人長期感到自毫、並以此為終生之學者袍：即本人所鐘情之刑法學之大學



學者袍。借此身分，本人欲向各位指出關於澳門《刑法典》可引起之兩個最引人注意之問題之思考（今日一般會出現這些問題，但今日在我們生活的此時此地就需特別留意），關於澳門《刑法典》：其機緣及其主要意義。

事實上，要解釋其機緣，單純援引各種狀況並不足夠，例如指在澳門生效至今年第一日之刑法典乃十九世紀之刑事法規，陳舊及不合時宜，但在性質、幅度及意義方面皆有重大改變。指這份法規乃一份葡萄牙法規、為一個基本信念及具體生活條件與今日或明日之澳門社會全無關連之社會而設計，這些言論仍不足夠。借此得出的結論是：在過渡期及接著的半個世紀內維持一八八六年葡萄牙《刑法典》的生效只有可以引起使人創傷之過時的政治／文化帝國主義之意思—澳門、葡萄牙或中國從中都不會得到任何東西。

雖然整個這個思維的理由成立，但仍不足以作為澳門《刑法典》機緣之理由。仍不足夠，因為今日刑事法典編纂運動之各種優點才是問題之所在，這些優點甚至可成為反法典化運動之優點。但這些優點是什麼？

借助這些優點可知：當考慮現代生活之恐怖之複雜性，往往再加上政治、社會、經濟及文化方面之生活條件之徹底轉變之節奏，明顯同將法律編成大法典發生衝突，因本質上與急速及徹底的改變背道而馳，最低限度在這派學者之思想內，這些法典比中國長城或埃及金字塔更為長久。

這種社會複雜性及節奏（仍提出這種論據）主張或強迫（即使這會叫人遺憾亦然）確定性地放棄啟蒙主義所支持的明確、安定及共識少數法律的意識，……這些法律注定“死亡”。無能及不變之法典定必引致出現無數的、各式各樣的單行刑事法規—源自正當性權力，目的是規範新狀況或轉變中之狀況。以適時及適當方式回應國家管治社會之要求。

後述的言論同“反法典化運動”之合理性之第二方面有關，實務性較小，同國家懲罰性介入之依據及意思之基本概念之連繫較多。隨著“反法典化意識”取代法典化意識，刑法之社會法律功能正在轉變中。在啟蒙時代或今日，在刑法功能上，必有一個基本信念去支配一部刑法典—視其為犯罪人及非犯罪人之權利及自由之權利“大憲章”，在此意思上，可相對地指出：《刑法典》是保護自由之工具，但她本身是一個自由之工具。相反，支配“反法典化運動”之意識及將作為自由工具之刑事法律轉為管治社會之政治工具，並借助刑事制裁之強制力達至對其政策之履行—這些政策同保證每個人之基本權利及利益及各人人格之自由發展全無關係。

接受此種言論表示接受作為必然效果之某種後果。以刑事立法分散性代替一部《刑法典》之集中性（基於前者之不肯定、不完整、快速改變性及更糟的是內部之矛盾性），正是刑法介入之罪刑法定原則（princípio da legalidade）正在改變中，多世紀以來抵擋各方面衝擊之罪刑法定原則開始



面臨危機及走向確定性的衰落。對人的自由及正當權益之保護轉為不在建基於刑事法律上，而是在於法官之作為及其(正確與否之)裁決上。但此只表示給予法官在民主法治國內不可給予之職務。如此使司法公斷(arbitrium iudicis)成為一個專制及不受控制之權力的一個可見的面孔，國家民主概念的另一根支柱：權力分立之柱已進入衰落狀態，以及最終產生動盪。借此要重新界定對人之權利及利益之維護。

此為現代法典化與反法典化運動間之分歧，本人認為作為公民之義務應選擇前者，反對後者，需對抗「反法典化」效率主義者之引誘，需要加強使刑法更理性化之努力，按照在一個社會內認同有效之基本政治／社會觀念評定何謂長久之事情，評定在管治社會之長遠目標上，何謂過渡性之事情。為此，只按照盡可能最少介入(princípio da intervenção mínima)之基本刑事政策原則及具保障之理性功能(此為法典化最終肩負之任務)，將具長久性之內容放入《刑法典》內。如此，單行或特別刑事立法之功能將局限於傳統所指之內容，而絕不會無一種邊際性(剩餘性)之補充功能——相對於《刑法典》之不可拋棄之中心角色而言。

在此本人察覺到給澳門帶來一部《刑法典》之機緣之地道理由。澳門地區的政治生活、其發展及其不久將來的時局因素；澳門、葡萄牙與中國人社會的歷史交往之實質理由，再加上一個不可拋棄之信念：使澳門擁有一部屬於她的刑法典，使每個在這塊土地上出生、生活、工作及歸老的人，在今日及將來，各人的人格發展及自我實現得到最有效之保護。(所述者)最終是創立深化人道主義之條件：此為法律專家道德責任之體現及最終之目標。

III

現在本人應扼要談談澳門新《刑法典》之意思。在不超過有限的時間內，本人不得推卸這個重任。除了不想代替本人之同事外，因為他們肯定有更多時間探討關於這項刑法改革之更重要的具體課題，只想指出：新法典化之“意義”只可源自一套今日在此發表及討論之發言，對本人來說，(如果可以)應僅限於促請各位注意引發這項改革的基礎之根本核心。同樣，本人亦將以簡握、幾乎不容置疑之程式表示這個意思，避免庸贅詳述。

1. 一個刑法法典化之程序，一如促成澳門《刑法典》之程序，倘無(各種)明確、決定及果斷之抉擇一體現出基本刑事政策的命題，這個程序則欠缺充足之理由。第一個命題是使澳門《刑法典》成為一條體現人性之法律，而非一條壓迫性法律(lei de opressão)，亦非一條特權法律(lei de



privilégios)。就是這個人道依據或原則(自然人—有本身價值或有價值之人類，而非作為工具之人類)使《刑法典》成為人們所稱之社會法治國(Estado de Direito Social)之典型體現，其(狹意之)政策形式為何則在所不問，此社會法治國正好作為個人自由及社會平等價值之平衡及交匯點。

如此，《刑法典》(再引用上文本人所述之一番話)不單具有一種(強硬)限制自由之性質，亦是自由的一個工具(instrumento de liberdade)。因為其中心點必定是人類，一如在法典之分則部份之框架內以侵犯人之犯罪放在優先順序所體現般，而侵犯國家之犯罪(在澳門之特殊情況下，是指侵犯(澳門)地區或地區犯罪)放在法典之最後部份。

這是本人認為屬於精華的部份：但澳門《刑法典》發揮得更詳細及將其限制自由的不可避免的性質引入刑法(作為自由工具)的功能內，在這種嘗試性的結合裏，有一全新的刑事政策大綱(programa politico-criminal)，故亦是一個教條式大綱(programa dogmático)，本人將在下文將其撮成三個基本刑事政策之命題。

2. 第一個命題：整個刑法，按其本身之功能，是一部對法益作輔助性保護(tutela subsidiária)之法，即保護社會重要之利益，故為法律所承認之利益。這個命題自始建基於對國家正當性之證明—藉此證明國家是一個以確保社會生活及各人在社會內自由發展所需之根本性條件之正當性機關，但向任何一個公民強施任何一種意識形態或道德則則成為一個非正當之機關，另一方面，這個命題假定社會生活有一特定的民主模式，依此規定，國家應盡可能少用刑法工具(手段)而介入各人之生活、權利及自由內(最少介入原則—princípio da intervenção mínima)，只有作為社會政策之最後手段國家方被容許介入(輔助介入性質—princípio da intervenção subsidiária)。這個命題在屬於現代民主國家精華的多元主義內及跨世紀之特性內得到了決定性的加強，亦為社會道德本身所要求實施之內容。

整個這個觀念，並非僅是抽象、理論化及在思想上受到限制而作出之自認，而是最重要之刑事政策之實踐後果。故知刑法不能成為一個保護道德價值或任何道德的秩序，清楚反映這一點有：例關於性犯罪之概念及侵犯人之犯罪，並非將侵犯性道德之社會感受視為犯罪。明白到刑法不能是一門純以意識形態為命題之法，清楚反映這點的例子：政治犯罪之觀念，絕非指由反對力量或異見而形成的犯罪，僅是指使用不正當方法、尤其是暴力的方法，以便達到政治目的的犯罪。

當明白到當代社會已經前所未有地變成一個風險社會(sociedades de riscos)時，最近反對這個觀念的人指這個觀念已確定性地出現問題；國家



不應放棄使用刑事方法，以便在容許範圍內壓止這些風險，這樣賦予刑法一種實現統治政策所需之促進功能 (função promocional)，即使在更具自由主義特色的社會內亦然。

本人應承認對此論據堅決不認同。本人相信一個仔細的歷史性研究會顯示：由始至今，人類社會皆是一個風險社會，過去之風險可能比今日更大。無論如何，關於這點，本人找不到依據及理由對法益作一種如此超前之保護，以便使刑法成為一門保護風險之法。為此，本人仍平靜地認為：刑法是一門對個人及社會權利及利益保護之法，並無使其（該法）具備社會領導工具之促進功能，否則似乎回到一去不返的過去。

倘刑法之專屬功能是對法益作保護之輔助性功能，則可指出，刑罰之首要功能及目的是積極的一般性預防犯罪或整體性預防犯罪，即保護堅信被犯罪侵犯之保護性規範之效力之社會期望。正是如此。但不正當的就是：當發現犯罪人首次被懲罰以加強其他人對規範之信心時，可得出這樣的結論：為了實務性及社會效能性、以實現異類之目的，正在將人類工具化及功能化，但這並不正當，因為可能忘記了除這個首個刑事政策命題外，還有另一個具相同等級地位之命題。

3. 另一個基本刑事政策命題指出：無罪過則無刑罰 (não há pena sem culpa)，刑罰之份量（尺度）不得超過罪過之份量（尺度），其中包括罪過原則 (princípio da culpa) — 其依據建基於關於國家、人及兩者雙互關係之觀念上 — 本人將此觀念置於刑法對法益作輔助性保護之專屬功能之根深處；但這個原則並不建基於對人類具體行為所持之縮命主義或非縮命主義之不可抗逆之自由任意論。相反是以價值為基礎（人類價值） — 此為整個民主法治秩序之關鍵，而政體為何則在所不問，此是對每個人之尊嚴之全面尊重。如此，罪過 — 滲透整部刑法之功能，罪過肩負起一個限制性之功能 (função de limite)：即罪過而非是作為刑罰依據 (fundamentação da pena) 之功能；相對於國家懲罰性之介入、或者或有之任意性及過當性，罪過具有對人的自由作出保護之一種功能。

詎稱以此途經最終會將罪過概念功能化並無任何依據，即指將該概念貶為一個策略及社會工程之工具。相反，在一個體系內（刑法體系）：不能不完全功能化，只有這樣方能達至刑法介入的一個真正的道德限制，只有如此方能將刑法對法益之輔助性保護之專屬功能與由犯罪人之罪過所設定之不可超越的限制相協調。

4. 仍以自然人及其崇高之尊嚴為名，然須指出刑事政策之第三個命題：在可能範圍內，刑罰應履行將犯罪人重新融入社會之積極功能 (função



positiva)。刑罰的各種一般性消極功能 (funções meramente negativas) 是社會的報復，或較為溫和地稱，指對犯罪及行為人罪過的報應——全都不正當。依本人之意見，有別於普羅大眾所認為，(這些消極功能) 不正當是因為侮辱人之高尚尊嚴當，因為忠於刑罰之惡果而使人認受刑罰之惡果，故毫無避免地侵犯人之尊嚴，只是追求惡果，即放棄為犯罪人及社會找尋一個積極效果。只有一種在實施及執行上、在個人及社會方面擁有積極內容之刑罰方會被接受及承認，而這個內容就是國家提供使犯罪人重新融入社會之一切適當之方法，即預防累犯。重新融入社會並不一定會成功，亦非一定可能，但只要有可能及有需要，則不應放棄。此為澳門《刑法典》在刑罰及保安處分內容上引入之重要改變，其中包括無條件地否決死刑及無期徒刑或不確定(期限)之保安處分。

5. 本人應對這部份(本人之)見解作出結論。(本人)請各人留意所有這個刑事政策綱領建基於澳門《刑法典》第40條之首兩款內。批評(在葡萄牙已對類似規範作出批評)這項規定超越立法者之權限，因為決定了關於刑罰目的(fins das penas)之學理爭議，這種批評絕對無理由。至少在刑法事項上，並不一定由立法者將刑事政策命題作成有效的空泛法律模式！這項工作亦非由學者及法律工作者或一般評論員負責；因為只有從在實質及形式上具正當性之立法者中得出一個社會之根本法(Lei Fundamental)，即為人接受之刑事政策命題及其在法律條文上之演繹方為正確。

IV

所有的人都會問：現在又如何？有那些假設可使澳門《刑法典》有一段較長之壽命？並實際成為澳門生活的基本規範的機制？一方面，本人從無占卜領悟神諭之天份。另一方面，明顯地(因此亦無需強調)：改革之成功(適用與否視乎決定其改革之基本觀念、功能性及目的)，大幅度取決於有否超越法律體系的各種條件，明顯此屬於政治方面之條件。關於這些政治條件，身為法律專家應保持緘默。然而亦有屬於體系內的條件，我們稱為“內部條件”(condições internas)——在結束發言之餘，本人有義務就此略談一二。如容許本人作出忠告，則希望本人的說話不會成為適用法律之指引，而是證明本人的憂慮——對於法律工作者來說，本人相信這些憂慮可被克服。本人是那些(請允許本人這樣說)致力於堅守學術信念、勇於提出建議之人，並為這些建議爭取到底，但絕非完全充滿肯定性。這樣，在這方面，本人所擁有之唯一不可動搖之肯定性就是：大學學者的職務並非挽救地球，而僅是作出見証。



第一個見証(只是加強在本人說話中已流露之內容)是：在澳門，在最近數年，幾乎已盡全力去培訓法律工作者，而且比可能合理地要求要做的事情還要多，使這些法律工作者在不久的將來能確保澳門刑法能夠按照其體系、功能及目的而適用。在此，請允許本人作一個劃分：一方面是司法委員會的工作，另一方面則是澳門大學透過其法學院的工作，這兩個單位的工作及關繫以及為這兩個單位工作或對其作出監督之兩個政府部門，在將來需進一步加強及加深關係；尤其是為一個問題找尋合理及有效之解決方案，就是為澳門培訓雙語法律工作者的問題，以中葡雙語生效的法律的前途必定取決於這個解決方案。為了履行這個目的，任何貢獻都不容忽視或貶低。本人膽感認為：中華人民共和國本身同意這種培訓應首選在澳門進行一因在本地區內將有一個趨向於全面(完整)及自治之體系。

本人認為不應隱瞞的另一番說話就是：在澳門應極力抗拒法治文化出現的危機——如在許多歐洲國家所見(特別在葡萄牙)，這種危機今日直吹全球。並非僅屬於在歷史上為人熟悉之司法架構(magistratura)反抗來自執行權(Executivo)之指示之困難，亦是反抗(人們所稱之)“由內閣實行司法公正”。部份法律工作者對反實証主義作出回應的一種錯誤理解引致出現一種危險、無理由及不正當之反法治文化，皆因法律工作者之率先義務為嚴格遵守法律，在此意見上，他們是“法治原則”(princípio da legalidade)之唯一可能性違反者。在需要時，可以及應該從各方面討論關於一份如此重要之法規之制定，如《刑法典》。法律一經正當地制定，其相對人不單應該遵守，而且要嚴格遵守其文本及精神，尤其是其目的(teleologia)。在一個民主法治國內，不存在可以作為法律適用者不服從法律之可能性依據(世界觀及生活觀、社會、政治或經濟相宜性，意識及信念等也不可能)。因為是在這個“服從”之正確意思上體現出在民治國家內審判者之真正獨立性及其職務之正當性。

為了討論澳門《刑法典》之正確適用，最佳之方法莫不過於多舉辦研討會，一如今日這個研討會，使學術及職業取向不同之法律專家、大家為找尋盡可能清晰及明確之適用標準而聚守一堂。為此，這個研究會是澳門大學及其法學院之另一項出色的工作，本人清楚知道今日這個聚會誕生及籌辦過程，皆由澳門大學法學院教授 MARIA LEONOR ASSUNÇÃO (歐曼蓮) 領導，對於她這種對刑法之熱忱、對大學所作之努力及對澳門之熱愛，本人在此公開地致於最友好的問候及感謝。

倘所有本人所述之條件已集合，並在不久的將來會深化，本人毫不懷疑地指出：澳門《刑法典》將成為保護民眾、社會和諧及(認同這個法律體系及在其內生活之)所有的人和乎共處的一個舉世無雙的工具。在適用方面之演進絕大程度上取決於各種機遇，例如今日這個，我們齊集一起的



機會。為此，本人不懂得以其他更佳的方法結束這個關於澳門《刑法典》的發言，只是寄望社會所有的成員：澳門人、中國人及葡萄牙人，全力以赴，一如HERACLITO所作之莊嚴忠告：“我們應為這一條妨如我們的護城牆的法律奮鬥到底”。

