

以處罰制度基本特徵作為基礎的 《澳門刑法典》*

Maria João Antunes
科英布拉大學法學院助教

鑑於《澳門刑法典》所載的處罰制度，可綜合指出，該法典的特徵在於死刑及永久性、無限制或期間不確定的刑罰或保安處分，在犯罪效果單軌制格局下無條件地受到拒絕，這標志著犯罪效果旨在保護法益和令到行為人重新納入社會。為此，本人大膽嘗試能夠探討該法典總則的第三編，並隨後談談上述的三項基本特徵。

《刑法典》總則第三編，以載有“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”規範的條文作為開始。

雖然在立法技術的狹義角度下可免除該條文—該法典的分則不設若干犯罪遭受死刑又或永久性、無限期或期間不確定的刑罰處分的規定—，但是，為了與承認上述犯罪效果類型的法律秩序接近以及鑑於葡萄牙的歷史文化傳統，有理由證明定出好若第三十九條的標志性及綱領性的一項規範是合理的。

上述規範經第四十一條部份強化，而該第四十一條定出徒刑最高為二十五年，並可在例外情況下，尤其在犯罪競合時（正如第七十一條第二款所規定的），將最高徒刑科至三十年。當徒刑超逾二十五年最高限度時，所不能者，係在任何情況下均不得超逾三十年的最高度。值得解釋的，係“最高限度的最高限度”僅對每一徒刑有效，而不論該徒刑屬單獨刑抑或屬數罪競合的獨一刑，以及該“最高限度的最高限度”並非對行為人所受的若干刑罰有效，因為第四十一條第三款並不旨在給予行為人權利，使其在生期間免受剝奪超逾三十年的自由。三十年的最高限度，對數罪競合是有

* 譯者：馮文莊

效的，而對刑罰競合則不是有效的¹。

在保安處分方面，亦規定對不可歸責者的收容最長期間，不可超過對行為人所實施的罪狀可科處刑罰的最高限度。如不可歸責者所作的事實是可處以最高限度超逾八年徒刑的犯罪，以及有作出新的同類事實的危險，且危險程度嚴重至不宜將之釋放者，則屬例外情況，可以兩年為一期，將收容連續延長，直至犯罪危險性狀態終止（第三十九條第二款及第八十四條）。該解決手法偏離“危險狀態目前性”的傳統及特徵原則，而一方面實際符合“不可有永久性、無限期或期間不確定的保安處分”的規範，另一方面遵守第四十條第三款所明確規定的適度原則，因為收容的最長期間係不可歸責者所作事實的嚴重性作為依據²。

關於這一點，《澳門刑法典》亦依循葡萄牙刑法傳統，以單軌模式或單一方式建立犯罪效果制度的架構。換言之，不應對實施一項犯罪的行為人併處一項刑罰和一項保安處分。關於剝奪自由的犯罪效果，保安處分在《澳門刑法典》內是一項對危險不可歸責者的剝奪性處分（第八十三條）。鑑於特別預防犯罪的要求，解決了所應執行刑罰不完備的問題，而在“輕微歸責性的不法分子”和“傾向性不法分子”的情況下，應透過兩個主要機制作特別理解。

其中之一機制，在於讓審判者能夠對“患有非偶然之嚴重精神失常之人，如精神失常之後果不受其控制，且不能因此而對其加以譴責者，即使其於作出事實時有明顯低弱之能力評價該事實之不法性，或有明顯低弱之能力根據該評價作出決定”，宣告為不可歸責者，並因此可科處一項保安處分，而“行為人經證實無能力受刑罰影響”，可作為上述情況的參考依據。引用 EDUARDO CORREIA 的見解，可以斷言第十九條第二款和第三款容許“交替性思想”的實現，換言之，容許根據可歸責性或不可歸責性科罰處分，而又無忽略刑罰或保安處分可對某一犯罪事實行為人所具有的效力意念³。

另一個機制，與對傾向性不法分子、酗酒者及等同者科處的刑罰有關，而有關刑罰可以三年為一期連續延長，但以兩期為限。這裏亦係遵守了上文所指出的“犯罪效果期間有限及確定”的規則。

延長傾向性不法分子的刑罰，除取決於以往曾實施一定數目的犯罪且其相應刑罰的特定類型和嚴重性外，還取決於“經考慮案件之情節、行為

¹ 參見《葡萄牙刑法典》，及 Figueiredo Dias (迪亞士)《葡萄牙刑法典·犯罪的法律後果》，載 Aequitas-Editorial Notícias，1990年，頁 02。

² 參見 Maria João Antunes《基於不可歸責性之不可歸責者之收容》(1982年刑法典第 103、104、105 條)，科英布拉大學出版，1993年，p. 103 及後。

³ 《V. Liszt 對葡萄牙刑法改革的影響》載《法學院學報》1971年9月號 p. 34。

人以往之生活及其人格，以及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生活方式而不再犯罪屬有依據者”的一項判斷（第七十七條和第七十八條）。該實質前提針對行為人繼續犯罪謀生的或然性，而相關地引伸一個問題，就是延長刑罰的法律性質為何者。在實質的角度下，到底仍屬履行一項刑罰，抑或相反地存在一項保安處分。

關於經已引入一九五四年及一九七二年改革的《一八八六年刑法典》，葡萄牙學說以不同的方式對該學理問題作出回應⁴。對於EDUARDO CORREIA及CAVALEIRO DE FERREIRA而言，儘管二人以截然不同的前提作為基礎，但均認為屬一項刑罰（後者所採用的字眼為“保安刑罰”），但對BELEZA DOS SANTOS及FIGUEIREDO D.而言，所涉及者屬於履行一項確實的保安處分。為了克服雙軌制解決方式的不便，刑罰經履行後，保安處分則在同一場所內執行。換言之，正如BELEZA DOS SANTOS所說，刑罰延長至不法分子被視為不具侵犯性，而該刑法學者稱該類犯罪效果制度為“實用單軌制”⁵。

按我們的理解，上述制度正是澳門現行《刑法典》所規定者，因為在實質角度下，延長刑罰體現於執行一項保安處分。這是基於兩個根本理由：一方面，係以行為人的犯罪危險持續性作為有關延長的依據，而這是清楚的；另一方面，如觸及與行為人罪過最高程度相應的刑罰，則我們的確面對一項保安處分的執行。正如第四十條第二款在規定“在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度”時所確認的，罪過除了是任何刑罰的科處前提外，亦是刑罰的不可放棄限度。

當然，如較嚴重地處罰累犯行為人，則不屬上述情況，而該處罰是該法典鑑於連續實施犯罪而有所規定的另一方式（第六十九條及第七十一條）。這裏係指一項以不法分子較嚴重罪過作為名義的刑罰加重，因為這個特別量刑情況所取決的實質前提正顯示如此——按照案件之情節，“基於以往一次或數次之判刑並不足以警戒行為人使其不再犯罪，故應對其加以譴責者”（第六十九條第一款下半部分）⁶，而且對所實施犯罪的可判處刑罰的最高限度不予加重（第七十條）⁶。

《澳門刑法典》明確規定僅收容危險性不可歸責者屬剝奪自由的保安處分（第八十三條）。倘該處理手法一方面意味排除雙軌制，則另一方面亦顯示出該法典並不對所謂的“準不法分子保安處分”的科處給予合法地

⁴ 關於這一問題，參考 Maria João Antunes, ob. cit. (注釋2) . p. 25 及後。

⁵ 這一制度試圖回答雙軌制解決方式造成的問題，以下有關學者論及“雙軌制之危機”。……

⁶ 關於這一點上，參見葡國刑法，Figueiredo Dias, ob. cit. (注釋1) 第377及383節。



位。該類處分無需行為人曾實施一符合罪狀不法行為，而行為人危險性的成立便為足夠。

基此，第八十三條第一款以不可歸責者曾實施“一個符合罪狀的不法事實”作為前提，然後讓學說及司法見解就該符合罪狀的不法事實是否具有可歸責者所作事實的相同教條內容—指該行為符合有關不法行為的客觀罪狀和主觀罪狀，以及無任何正當理由的介入—作出解釋，並且就有否需要在“實施一符合罪狀不法行為”的前提上增添附加要求—例如“不可要求性”的各個理由（《刑法典》第三十二條第二款、第三十四條第一款及第三十七條）或不可譴責的欠缺不法意識（《刑法典》第十六條第一款），對收容的保安處分科處是否係重要的問題⁷。

對不可歸責科處保安處分，除了須遵守符合罪狀不法行為的原則外，還須遵守罪刑法定原則（第一條第二款及第三款、第二條第一款及第二款）、危險性原則（第八十三條、第八十四條及第八十五條）及適度原則，這使到《澳門刑法典》所載的制度成為一個尊重當代在此範疇所擁護的刑事政策原則的典範⁸。

關於上述的最後一項原則，第四十條第三款作出明確規定—“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，方得科處之”—，並借此條文期待該原則履行等同罪過原則在刑罰方面所履行的功用。有需要考慮行為人所作符合罪狀不法行為的嚴重性、預期該行為人將實施之行為的嚴重性及有關危險程度—作出屬一類型的新事實的或然性程度。該適度原則亦稱為“禁止過度”原則，隨即衍生在若干交替解決手法中作出選擇時的“盡可能較小介入原則”在比照非剝奪自由的保安處分時，該原則針對收容的補充性。伸言之，根據澳門現行刑法，僅在《刑法典》第九十條所規定的“暫緩執行收容”並不達到預期目的時，才可科處剝奪自由的保安處分。如可合理期待藉著“暫緩執行收容”達到收容之目的，則應科處前者的替代性保安處分⁹，而EDUARDO CORREIA視其特徵為“對不可歸責者的一類考驗制度”¹⁰。

⁷ 關於這一問題的葡國學理見解，參見Figueiredo Dias, ob. cit.（注釋1），第725節及後。以及《犯罪論現狀》、《罪過種類的構造及可歸責性之其他前提》，載《葡國刑法學雜誌》1992年p. 21及後。

國外學理見解參見Claus Roxin《罪過與刑事責任》載《葡國刑法學雜誌》1992年p. 532及後，H. Henrich Jeschek, ob. cit.（注釋5）……

⁸ 關於保安處分法之基本原則，參見Figueiredo Dias, ob. cit.（注釋1），第682節及後。

⁹ 這一術語錄自Anabela Rodrigues，《葡國法律中刑罰與保安處分的執行階段》載《司法部公報》1988年p. 57。

¹⁰ 參見《刑法總則修改委員會會議紀錄》載《司法部公報》第143期p. 39。



《澳門刑法典》的另一特點，係其第四十條第一款及第二款所規定者，其以保護法益和使行為人重新納入社會作為刑罰及保安處分之目的，在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。該規定讓人們有機會批評立法者以不正當的方式回應刑罰目的之教條問題。關於目前在修訂《一九八二年葡萄牙刑法典》時所引入的相應規定，FIGUEIREDO DIAS曾表示該條文之目的顯然是具有較小抱負以及致力於務實及客觀的：該條文僅在於向法律解釋提供在量刑和選擇刑罰方面的可靠及在規範上安定的標準而已，而作者則認為這些事宜屬立法者的權限及其對刑事政策的正當選擇問題¹¹。

第四十條所具有獨立重要性的其中一項事宜關係對第六十五條規定進行法律解釋時的問題，按此條文規定，刑罰份量的確定係按行為人的罪過及預防犯罪的要求等為之。不論所採納的刑罰份量確定模式為何者，預防犯罪的要求於該模式內必定具有根本的重要性，並由罪過擔當刑罰限度的專屬作用。鑑於第四十條第一款及對《刑法典》的整體理解，仍可強調在預防犯罪的要求方面，應將“保護法益”－換言之，是一個積極的一般預防犯罪和整體之目的－及“在可能情況下的不法分子重新納入社會”，理解為刑罰的根本目的。申言之，積極的一般預防犯罪，儘管載於其較狹窄的限度內，儘管僅標誌著“維護法律秩序和社會安寧”，仍應擔當為特別預防犯罪不可越逾的限度¹²。

同樣地，這對於刑罰選擇的事宜亦是有效的，而該選擇亦嚴格取決於第四十條的規定。第六十四條在規定“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”的同時，其只具有“選擇非剝奪自由刑罰單獨取決於預防標準”的意義，因此，利用行為人的罪過尤其作為科處徒刑的依據者，是不正當的¹³。

上述論點值得強調，因為該《刑法典》載有實際替代徒刑的方式，尤其在輕微及中型犯罪方面，從而遵守“非剝奪自由的犯罪效果優先”的刑事政策原則。本人指出這些效果包括簡單類型的徒刑暫緩執行，規定義

¹¹ 參見《1982年葡國刑法典及其改革》載《葡國刑法學雜誌》1993年p. 186及後。在同一問題上，還有Anabela Rodrigues,《剝奪自由刑的量刑裁量》Coimbra Editora, 1995年p. 516及後。關於反對在葡國刑法改革中引入這一規範的，參見Sousa e Brito《刑法典一修訂委員會記錄與草案》載《司法部公報》1993年p. 463及後。以及Leal Henriques-Simas Santos《澳門刑法典》，澳門，1996年，第40條注釋。

¹² 關於量刑問題及文本中概念內容的深入研究參見Anabela Rodrigues, ob. cit. (前一注釋)。

¹³ 關於刑罰選擇的標準，參見Anabela Rodrigues對1990年3月21日最高法院判決的解釋，《刑罰選擇及剝奪及剝奪自由刑的具體裁量》載《葡國刑法雜誌》1991年p. 243及後。



務、遵守行為規則或附隨考驗制度的徒刑暫緩執行（第四十八條至第五十五條），以及罰金。

在罰金方面，有需要強調既將之規定為代替刑罰（第四十四條），亦將之規定為主刑。罰金既想直接規定於法定罪狀內，無需取決於任何其他刑罰，原則上屬“交替罰金”方式，而在例外情況下屬“獨立罰金”方式（例如第二百五十八條第三款及第四款）。

在交替罰金方面，經分析分則部分後，容許我們定論該類罰金在一般情況下係三年以內徒刑的交替刑罰，但財產犯罪的一般情況則例外（第一百九十八條第一款、一百九十九條第四款、第二百零七條第一款），因為罰金在財產犯罪方面係五年以內的剝奪自由刑罰的交替刑罰。此外，仍可定論立法者係以六十日罰金相應於六個月徒刑、一百二十日罰金相應於一年徒刑、二百四十日罰金相應於二年徒刑、三百六十日罰金相應於三年徒刑等作為前提，但侵犯名譽罪則例外，上述的“規範對等”在這方面存有差異，因為所定出的徒刑，較為低於與所懲罰的交替罰金相應的徒刑¹⁴。

在處理輕微及中型犯罪方面，對罰金賦與較徒刑為優先的刑事政策對待，這個意圖是鮮明的，而《澳門刑法典》定出主要機制達成該願望。選擇為人所悉的“日計罰金制度”，特徵在於：容許以獨立方式考慮被判刑者的經濟及財力狀況以及其個人負擔，而且使負擔及代價的平等原則得以實現（第四十五條第一款及第二款）；能夠在一定期限內或分期繳納罰金（第四十五條第三款）；科處的徒刑不超逾六個月者須以罰金代替的規則（第四十四條）；讓被判刑者選擇聲請法院以勞動代替全部或部分的罰金（第四十六條）；以及僅在沒有以勞動代替罰金，又或基於可歸究於被判刑者的理由而沒有自願繳納或在強制下沒有繳納罰金者，才可將罰金轉換為監禁（第四十七條第一款及第二款）。如屬不可歸究於被判刑者的理由，而不論係判刑同期或嗣後的，則暫緩執行罰金的補充性監禁（第四十七條第三款）。

上文已提及的第四十條所載的刑事政策計劃，亦在第六十八條所定出的解決手法得到體現：如事實的不法性及行為人的罪過屬輕微者、損害已獲彌補以及免除刑罰與預防犯罪不相抵觸，則法院可免除行為人刑罰。特別預防犯罪的要求，當然，還有維護法律秩序的一般預防犯罪要求，均在此再一次成為社會化特別預防犯罪的限度。該“不科處刑罰但宣告罪過”的處理手法，係罪過原則及基於刑罰必要性的刑事政策等的單方概念所作

¹⁴ 參見 Figueiredo Dias, loc. cit. (注釋11)，p. 187 及後。



的貢獻¹⁵，而在一般情況下適用於可科處不超過六個月徒刑或六個月罰金的犯罪，又或適用於分則確特定的個別情況，一例如第一百三十七條、第一百四十二條及第一百八十條。

假釋給予制度，亦是上文已強調的一般預防犯罪佔優的另一個體現，因為服刑已達三分之二且至少已滿六個月的被判刑者的釋放，取決於該釋放顯示出與法律秩序及社會安寧的維護相符合的前提，而且仍取決於期待被判刑者一旦獲釋，將能以對社會負責的方式生活而不再犯罪屬有依據者（第五十六條）。關於該制度，甚至可以說出一般預防犯罪的要求受到那麼誇大而以致在此沒有採納以下原則：受判處特定嚴重刑罰者必定獲得假釋，換言之，向受判刑者給予一個在監禁及自由之間的過渡期，為其重新納入社會給予方便¹⁶。

一般預防犯罪在刑罰目的領域內獲給予優越地位，雖然此問題在上文佔有比重，我們仍不得不強調該刑法典就社會化特別預防犯罪方面所“投注”之量，儘管對很多人而言，秩序一詞係指“再社會化的神話崩潰”。上文已就清楚顯示該“投注”的各方面進行探討，但是，如不同時對刑罰及保安處分的連續執行以及獨一及簡單徒刑的規定作出探討，則上點的分析應是不全面的。

第九十一條規定在刑罰和保安處分連續執行的前提下，收容保安處分的執行先於行為人被判處的徒刑的執行，而且收容時間於徒刑中扣除；並規定如所履行的收容時間已達刑罰之三分之二時，則給予行為人假釋，但以並不影響維護法律秩序及社會安寧為限。該處理手法適用於行為人受科處一項刑罰和一項保安處分的情況。當大家顧及到第十九條第一款係以判斷不法分子所作具體事實為基礎時，則上述情況在單軌制的格局內是完全可能的。換言之，在此使用 EDUARDO CORREIA 所舉出的例子¹⁷，可對於某一時刻實施一項偷竊罪及一項性犯罪的行為人科處一項刑罰和一項保安處分，因為該人就首項犯罪被宣告為可歸責者而就次項犯罪被宣告為不可歸責者。藉此源自“代理原則”的解決手法，顯然期望使到在執行保安處分時所達到的處理成就獲得維護¹⁸。

¹⁵ 在此，Figueiredo Dias, Loc. cit. (注釋1)，第467節及後。相反意見參見Faria Costa，《刑法的危險》科英布拉出版，1991年p. 373及後。

¹⁶ 否定觀點參見《葡萄牙刑法典》第61條第5款，規定：“超過6年之徒刑僅在已服刑六分之五時得獲假釋”。關於嚴格假釋制度，特別是涉及最初的設想，參見Leal Henriques-Simas Santos, ob. cit. (注釋11)，第56條注釋。關於這一徒刑的附帶問題，參見Figueiredo Dias, Loc. cit. (注釋1)，第831節及後。

¹⁷ 參見《刑法I》，Almedina, 1971年，p. 346。

¹⁸ 關於代理原則，其發展演變參見H. Marquardt，... 柏林，1972年。葡國學理參見



在徒刑方面，其特徵在於是獨一和簡單的，藉此消除對被判刑者所附加的“烙印化”，並從而使其容易納入社會。所謂獨一的徒刑，因為徒刑並不具有不同的方式，例如重徒刑和輕徒刑；簡單的徒刑，因為沒有自動的效果附隨於徒刑判處。為此目的，第六十條第一款規定“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”¹⁹。

本人試圖以上文所述表明澳門刑法典的特徵在於無條件拒絕死刑及永久性徒刑和保安處分。在單軌制構造中，它選擇了保護法益及使行為人回歸社會為根本目的。

以另一種方式概括，我們可以說澳門是“葡萄牙的幻夢”一如 MIGUEL TORGA 所稱——正與他的呼囑相應：“我們是人類，我們應毫無疑問地要求一部給予全人類的人道的刑法典。”²⁰

Maria João Antunes, ob. cit. (注釋 2)，p. 123 及後。

¹⁹ 關於此外指出的刑事政策，參見 Figueiredo Dias，《刑事政策新導向及未來之葡萄牙刑法》載《律師界》1983 年 p. 33 及後。

²⁰ 參見《死刑——紀念葡萄牙廢除死刑 100 週年國際座談會》卷一，科英布拉大學法學院，1967 年 p. 5。

