

# 基本法和刑法

*Jorge Godinho* \*

## 一、緒言

本文旨在分析中華人民共和國澳門特別行政區基本法草案<sup>①</sup>有關刑法的條款

根據中華人民共和國憲法第31條的規定（授權全國人民代表大會根據地方的狀況確定要在各個特別行政區建立的制度）及按照葡萄牙共和國政府和中華人民共和國政府1987年3月26日草簽的聯合聲明，從1999年12月20日起澳門在法律上將成爲中華人民共和國澳門特別行政區。

按照所謂“一個國家，兩種制度”的政治、經濟原則，中華人民共和國向葡萄牙承諾50年內保留澳門現行的社會和經濟制度不變。

1999年以後的50年內，葡萄牙共和國政府和中華人民共和國政府草簽的聯合聲明中各項原則和規定在澳門的生效，將意味着中華人民共和國履行對葡萄牙的許諾。

葡萄牙共和國政府和中華人民共和國政府草簽的聯合聲明對1999年12月20日葡萄牙把澳門的行政管理移交給中華人民共和國作了總的規定，（除了包含有關過渡期的細則外）對移交行使主權後的頭50年內在澳門實施法律 and 政策的範圍規定得很寬廣。這個範圍包括政治、經濟、金融、關稅、司法、文化等領域，聯合聲明正文第2點對此作了闡明，聲明附件I也進一步作了闡述（附件I的標題爲“中華人民共和國政府對澳門的基本政策的具體說明”）。

---

\* 立法事務辦公室法律專家。

①我們依據的乃中華人民共和國澳門特別行政區基本法諮詢委員會1992年3月公佈的基本法草案葡萄牙文版本。

此外，根據中葡聯合聲明（第二條十二款），必須制訂頒佈和真正實施一個稱之謂基本法的法律條文，以闡述這些政策。

爲了保障履行中葡聯合聲明，這項法律條文應具有類似於一部憲法的效力，只能通過一定的比爲一般法律規定的更爲嚴格的程序才能作出修改。

作爲憲法性的條文，基本法草案自然包含有許多直接或間接涉及到刑法的條款，具體的條目是：第23條、28條、29條、31條、32條和36條。另一方面，初讀後會覺得現行澳門憲法性條例中所列的各項准則並沒有這層次的連續性（如果在基本法最後版本中不作修改）<sup>②</sup>。

## 二、基本法草案第23條

*澳門特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、顛覆中央人民政府及竊取國家機密行爲，禁止外國政治性組織或團體在澳門特別行政區進行政治活動，禁止澳門特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性機構組織或團體建立聯系。*

這個第23條提出的問題很多。

似乎清楚，這是一個要求制訂一項法律給上述行爲定罪判刑的准則。這些行爲指的是兩個領域：一方面是反對國家的罪行，另一方面是禁止外國組織在澳門的政治活動和禁止當地的政治機構同外國建立聯系。因此，這是一項“立法程序”。

誰應訂立這些准則？第23條說“澳門特別行政區應自行立法”。這就清楚說明，不應該是中央人民政府或特區以外的任何其他機關頒佈這些准則，而且從基本法草案附件Ⅲ所載的對在澳門特別行政區實施的全國性法律的具體闡述中，也沒有就這些事項訂明立法規定。若簡單地把過渡前的這方面的法律繼續作爲有效是否可以接受？這是有爭議的。

爲了深化這種分析，必須把上述兩個範圍（反對國家的罪行，國際政治接觸）加以區分。

至於第一個範圍，擬訂關於叛國罪行的法律，可以說是能夠理解的。在中華人民共和國的組成部分中華人民共和國澳門特別行政區頒佈法律懲處反對中國的罪行，這是完全合理的。不管是何種政治制度，國家政治組織穩定性的鞏固在法律上是靠對損害國家利益的行爲定罪判刑的准則（或靠相同目的的訴訟）。危害國家最高權力的罪行、反革命罪和反對國家罪，從狹義上講都屬於同一類罪行。

---

<sup>②</sup>我們假設葡萄牙共和國憲法有關權利、自由和保障的部分適合在澳門實施（9月14日由53 / 79號法律修改和5月10日由13 / 90號法律修改的澳門組織章程第2條）。而且在組織章程修改之前，這種可實施性已經被接收（參見Vitalino Canas,《葡萄牙憲法的條例與澳門地區司法條例之間的關係》刊於澳門司法雜誌，1卷，澳門，1988年，第32頁及以後數頁）。

在所有的民主社會裏都同樣會懲處危害國家主權、獨立或領土完整的行爲，懲處與外國列強勾結的行爲、特務以及其他活動<sup>③</sup>。

無論是澳門現行的刑法還是菲哥列多·迪亞斯教授擬訂的草案都包括有這方面的規定。

現在的刑法在其第141條到第176條內對這方面作了規定，指出要懲處的許多行爲，例如：背叛祖國、特務活動、煽動戰爭、泄露國家機密、謀害國家領導人、危害按照憲法建立的機構，等等。

Figueiredo Dias教授擬訂的澳門刑法草案在第五篇（“反對澳門地區罪”，第299以及以後條目）內對這方面作了規定。該篇包括第一章“反對澳門地區的政治、經濟和社會制度的罪行”，第二章“反對一些國家和國際機構的罪行”，第三章“選舉的罪行”和第四章“一般的規定”。

第一章內規定給下列行爲定罪：企圖顛覆已經建立的政治、經濟和社會制度、煽動內戰或者煽動暴力改變澳門地區的制度、破壞活動、煽動集體不服從、勾結外國、侮辱象徵物、威逼澳門地區機關和擾亂澳門地區機關的工作。

顯然，僅僅指出了這樣一些罪行：在這些罪行中法律准則遭到違犯是澳門地區社會和政治制度穩定性的內部方面，也就是說，只指出了破壞澳門地區正常工作的罪行，這些罪行不是爲外國或任何其他單位或機構<sup>④</sup>服務犯下的。

因此，簡單地維持這些准則的效力不能滿足第23條的要求。該條提及到危害中華人民共和國主權、獨立、領土完整和政治制度的行爲<sup>⑤</sup>。基本法草案第23條提到四種罪行<sup>⑥</sup>，目的在於保護中華人民共和國的利益。顯然，在過渡之前，這些利益現在未受到將來也不會受到澳門現行刑法以這種形式的保護。

因此，基本法草案第23條，引入了給叛國、分裂國家、叛亂、顛覆中央人民政府和泄露國家機密活動判罪的法律。

---

③見1982年葡萄牙刑法典的第334以及以後數條。

④草案第303條所述以“與外國勾結”名目突出的罪行，並非一例外，因爲犯罪者不一定必須願意爲外國服務，只要願意“使用暴力破壞、改變或顛覆已建立的政治、經濟和社會制度”就足夠了。

⑤反之；反對葡萄牙的罪行也在澳門刑法保護的範圍之外。但是，在這方面不會出現一個法律空白，因爲1982年葡萄牙的刑法典在第5條a)內規定反對國家罪行的准則可以實施於在葡萄牙領土以外所犯的罪行。

⑥草率地從香港基本法翻譯的一個明顯例子是，基本法內提到“……叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆……”，然而，1991年7月發佈的澳門基本法草案徵求意見稿內寫的是“……叛國、煽動叛亂、顛覆……”（葡文版本），其中“分裂國家”被略去但又沒說出實質理由。在1992年3月發表的草案版本修補了這點遺漏。

這一法律應該以准繩的形式擬訂出。首先，“一個國家，兩種制度”的原則顯然在思想上堅持的部分<sup>⑧</sup>不許可引入有關反革命罪<sup>⑦</sup>的法律，即引入中華人民共和國刑法第90以及以後數條中的規定。這些條款指的是不在澳門<sup>⑨</sup><sup>⑩</sup>實行的社會主義制度。此外，基本法草案第23條劃定了引入罪行的類型。

另一方面，必須以盡可能嚴謹的形式闡明罪行的類型。基本法本身在其第29條規定罪刑處罰應依照明確的法律。

另一方面，必須尊重現有的刑事量刑法，以免在刑法的整體上在現有刑罰間造成無法解釋的不對應。適宜於對引入罪行實行的刑罰，應該與現行刑法的刑罰相吻合。這樣，中葡聯合聲明才受到尊重。

現在讓我們開始分析第二個範圍。

訂立既禁止外國政治組織在澳門活動又禁止澳門特區的政治組織與外國政治組織聯系的法律的必要性，在總體上意味着需要用刑法監護在政治接觸方面令到澳門特區孤立。

當地的政治組織將不能與政見相同（或不同）的其他國家的政治組織接觸，例如不能參加國際性的政治組織或團體。凡是和非中國的政治組織有接觸的本地政治組織，在過渡期之後，必須終止這種接觸。

這一條包含着對第27條內所述基本權利中某些權利的嚴格限制。

似乎是暗藏着一種意思：凡是同外國的政治接觸一概都是危險的，因而是不能允許的。這樣，就提出了國際政治接觸對國家都有危險性這樣一個不容置疑的推論。似乎是以此企圖維護中華人民共和國政治制度的穩定性。這些准則都是不必要的，因為想要監護的利益將會通過根據基本法草案第23條第一部分引入的法律得到滿意的保護。引入的有關反對國家罪行的刑法將採用足夠的手段保證對進行反對中華人民共和國活動的人作出懲處。

執行基本法草案第23條的第二部分，將意味着基本權利的過分限制。實際上，這種限制將起到對當地某些政治團體恫嚇措施的作用。

---

<sup>⑦</sup>不要說“一個國家，兩種制度”是一個純真政治意圖而無法律內容的聲明。

<sup>⑧</sup>根據基本法第5條的規定，澳門不走向建設社會主義的道路。

<sup>⑨</sup>中華人民共和國的刑法是為建設社會主義服務的法律工具。它的第1條規定：*中華人民共和國刑法，以馬克思列寧主義毛澤東思想為指針，以憲法為根據，依照懲辦與寬大相結合的政策，結合中國各族人民實行無產階級為領導的、工農聯盟為基礎的人民民主專政即無產階級專政和進行社會主義革命、社會主義建設的具體經驗及實際情況制定。*

<sup>⑩</sup>中華人民共和國的刑法可適用於在中國境外犯下的反革命罪行（第4條）。當然澳門特別行政區是（與以往一樣）中國領土的一部分。但是，依照基本法草案附件Ⅲ和特區成立前的澳門原有法律繼續保留的原則，中華人民共和國的刑法將不在澳門實施（參見Jorge Oliveira,《基本法和澳門法律延續性的原則》，《在基本法範疇內的澳門法律條例》，1991年11月13和20日在澳門律師公會作的講座）。那麼，有人問：一個人由於在澳門犯下反革命罪能夠在中華人民共和國判刑嗎？如果這種行為符合行使一種權利（如基本法保障的基本權利），在這樣的情況下我們認為判刑是不可以的。

### 三、基本法草案為恢復死刑、無期徒刑和沒收財產打開了大門

死刑問題不可能不使澳門市民關心，因為葡萄牙對這個問題的爭論早已告一段落。另一方面，必須指出在葡萄牙這樣一個處在廢除死刑前列的國家和中華人民共和國這樣一個施行死刑較多的國家之間進行的這場爭論的歷史特點。

葡萄牙是第一個廢除死刑的歐洲國家，除給販毒罪施行特別重的刑罰外，所有的刑法施行得都相當輕微。

鑒於死刑的廢除已根深蒂固以及實行死刑的主張激起的反感，葡萄牙的刑法學家或者公眾對死刑的問題已不再爭論。

關於這個問題，Cavaleiro de Ferreira教授寫道：

“政治罪行的死刑在葡萄牙已由1852年7月5日憲法附加條款廢除。一般罪行的死刑已由1867年7月1日Barjona de Freitas擬訂的法律（第1條）廢除；具有1870年6月9日法律效力的法令，把廢除死刑的決定擴展到海外。

廢除死刑已列入憲法的條文中。禁止實行死刑載入1933年憲法第8條第11款內，1976年憲法第25條第2款（今天是第24條第2款）有明文規定。

我們將不去研究對死刑的辯護或對它的批評。葡萄牙不僅通過他的法律，還以人民的感情和習慣走往了廢除主義的方向。即使是對打擊罪惡的努力方面，這個方向產生的只有好處。廢除死刑已過了一百多年，基本上沒有要求再次提出恢復它的問題。

對於廢除死刑我們採取的立場使我們不必要專門研究死刑問題，因為從葡萄牙已最終解決以及從輿論關心的角度而言，它在葡萄牙已不是一個有興趣的問題。第二次世界大戰以後，廢除主義運動席捲歐洲，很多國家廢除了死刑，另外一些國家限制了它的實施<sup>(11)</sup>。”

Figueiredo Dias教授也簡單扼要地闡述了死刑問題：

“假若我們要高度概括現行刑法罪行懲處制度的特點，第一點要突出的應該是無論在何種情況下繼續堅持在葡萄牙刑法中已成為傳統的對死刑和無期徒刑的否定。

在許多國家裏，至今還在繼續熱烈爭論有關死刑學術上的正確性以及有關保持或廢除死刑和無期徒刑在政治和刑事上的好處。這種辯論長期沒有在我們中間引起大的反響，因為長期來葡萄牙的法律界已經廢除這些刑罰，從那時起並未產生任何邪惡的效果。在葡萄牙，刑法學說實際上是一致認為，按照廢除死刑的目的，死刑是無法為自己辯解的，並認為無期徒刑是一項殘酷和不必要的刑罰。這

(11) 《葡萄牙刑法》，II卷，里斯本，1982年，323頁。

樣，可以認為，根據一致表決結果而付諸實施的現行憲法，可以繼續加強這方面的這一傳統，使它具有憲法堅決禁止的力量（葡萄牙刑法第24條2款和第30條1款）”<sup>(12)</sup>。

要補充說明的是自從1846年<sup>(13)</sup>，在葡萄牙沒有施行死刑，而在舊制度統治期間很少實行死刑<sup>(14)</sup>。

鑒於死刑已完全消失，所以無論在講授刑法時還是在最新的教科書或評論中都很少論及死刑。

葡萄牙憲法在其第24條裏以非常明確的形式表示出這種否定死刑的感情：

#### 第 2 4 條 （ 生 命 權 ）

- 1、人的生命不容侵犯。
- 2、任何情況均不設死刑。

否定死刑後罪行由下列形式處置：

#### 第 3 3 條 （ 引 渡、驅逐出境和避難權 ）

- 3、按請求引渡國的法律規定，可判死刑者，不得引渡。

根據Jorge Miranda提供的資料，這項准則在比較法律<sup>(15)</sup>內是幾乎不存在的。

1976年頒佈的憲法廢除了由於軍事罪行，即便是在戰場上犯下的罪行而判處的死刑。就整體而論，在完全廢除死刑<sup>(16)</sup>的世界上，葡萄牙可能是唯一的一例。

葡萄牙不是適宜於大量查詢有關反對死刑存在的各種各樣論據的場所。對於葡萄牙的司法界來說，死刑的不存在是一個完全自己承擔和國內化的文化現實。

葡萄牙的僑民確實佔澳門居民的少數，然而，我們相信澳門沒有死刑這件事是澳門地區所有居民的法律意識的組成部分。我們認為，絕對地指出澳門華籍居民不尊重澳門沒有死刑的事實或死刑問題對他們無關痛癢是令人懷疑的。因此，只有公民投票贊成死刑，我們才接受引入死刑。

<sup>(12)</sup> 《刑法2）——罪行的法律後果》，科英布拉大學法學院課文組，科英布拉，1988年，第21頁。

<sup>(13)</sup> 參見Eduardo Correia,《刑罰的歷史演變》，科英布拉大學法學院學報，L III卷，（1977年），第117頁。

<sup>(14)</sup> 參見Antonio Hespanha,《Da “Iustitia” a “Disciplina”》一文，舊制度下的刑法權力和刑法政策，載於《紀念Eduardo Correia教授的研究》，科英布拉大學法學院學報特期，II，1984年（實是1989），第139—232頁，尤其第161頁。

<sup>(15)</sup> 《憲法性法律教科書》，IV卷，科英布拉，1988年，第170頁。

<sup>(16)</sup> Jose Antonio Veloso《刑罰》，載於波里斯，社會和國家動詞百科全書，IV卷，第1091及續後條目。

此外，必須指出，在我們看來引入死刑這個問題只有在它假定符合確實深切需要的情況下才有可能解決。我們所指的是，例如，犯罪率特別猛烈地增長。

死刑作為刑罰是刑法這一社會控制體系的組成部分。引入死刑的問題只有證明刑罰制度需要採用這種極端的手段，以死亡威脅作為企圖處理特別嚴重而又屢犯罪行方式的時候才能提出。一旦出現這種情況，在提出死刑問題之前，可能要求先引入無期徒刑。

所以，我們認為死刑的問題可以在，例如，意大利討論起來，那裏犯罪率的問題在很大的程度上是持續的和極其嚴重的。

大家知道，澳門的情況不是這樣。在澳門不存在如此嚴重的犯罪率問題，它們不能構成有關引入死刑辯論的根據。澳門是一安全的地區。澳門的居民不像其他國家的居民那樣生活在犯罪的擔憂中。不存在不能控制的犯罪，如暴力犯罪的問題。殺人案的數量不是令人驚慌不安的。如果考慮到澳門賭博和娼妓活動的規模，這一點是尤為明顯的。

在這種情況下，死刑簡直是不需要的。因為沒有理由，它的引入可能成為社會不穩定的因素(17)。

---

(17)在刊載於1992年11月13日《句號》(Ponto Final)周報裏的一篇文章，宋學元(Song Hot Yuen, 筆名)主張取消澳門刑法草案第39條第1款。該款規定：“無論在何種情況下都不得有死刑和帶有永遠性剝奪自由或無限期或無止境持續的刑罰或治安措施。”文章的作者援引道，在羅馬/日爾曼的法律體制內廢除死刑是規定在刑法裏，而不是載入憲法中，因為這種職能屬刑法立法者所有，同時也因為“立刻在憲法內闡明這種與規定或者取締死刑同樣複雜的刑法政策是不妥當的。因此，可以說像葡萄牙這樣在憲法裏明確規定不存在死刑的作法是罕見的，葡萄牙應該有其基於歷史原因作這樣規定的理由。”作者繼續引證說，在這些國家裏法律上沒有死刑是通過立法省略而體現的：根據罪刑法定原則，法律沒明文規的刑罰不得施行。作為例子，作者引用了1852/86年(澳門現行)和1982年(葡萄牙現行)的葡萄牙刑法。作者作結論說：這種作法體現出現代刑法的性質，並符合一般立法的技術要求。這樣，制訂一個明確的準則規定廢除死刑是完全多餘的，而且有損於法律的確切性。從立法的技術角度來看，把“任何情況下不設死刑……”的條款列入刑法缺乏理論基礎。如果刑法編寫者援引說依照葡萄牙共和國憲法的榜樣，那麼就得問：如何解釋在葡萄牙刑法裏沒有列入這一條？(…)…澳門的刑法可以廢除死刑，但是，依照立法程序，應該遵從確實為葡萄牙立法者接受的習慣作法，即透過省略體現廢除死刑…(…)至於1999年後在澳門設立還是廢除死刑，我以前認為，現在仍認為這個問題應該根據那時當地的現實由未來的中華人民共和國澳門特別行政區決定。這個解決方法除符合“澳人治澳”的原則，也與中葡聯合聲明有關這方面的觀點相一致，並有利於澳門平穩過渡、穩定和繁榮。在我們看來，這作者的論點完全可疑：a) 憲法裏包不包括死刑的問題，這不純粹是個技術性問題。賦予憲法性的尊嚴意味着更有力的法律保障，這樣保障具有最高層的法律效力，改動時要求最嚴格的規定。b) 明文規定不設死刑，或純粹適用罪刑法定的原則亦不是單純的技術性問題。這是一個涉及到要賦予不存在死刑重要意義的問題。這種不設死刑的規定若非以法律明文規定，它便會是非常軟弱無力的。c) 若說死刑的立法權限僅屬於刑法立法者是不對的。在維護權利、自由和保障方面，權利和刑事訴訟的一系列憲法性保障所起的基本作用是人所共知的。d) 死刑的問題確實複雜，但這問題在澳門120多年前已經解決了，看不出它不必要的再次恢復會對澳門的平穩過渡、穩定和繁榮作出貢獻，而是相反。e) 葡萄牙的刑

現行葡萄牙的刑法也摒棄了無期徒刑和長期監禁的刑罰。這些刑罰會導致退步狀況，而這種狀況與支配整個體系，使犯人重作新人的宗旨是不相容的。監禁徒刑的一般最長期限為20年，特殊情况為25年（葡萄牙刑法第40條）<sup>(18)</sup>。但是，澳門刑法草案規定監禁的一般最長期限為25年，法律中規定的特殊情况可監禁30年。

如果死刑和無期徒刑獲得恢復，這將意味着刑法在澳門的演變倒退許多年，在我們看來，這可能違背中葡聯合聲明。

聲明規定：

- a) “澳門特別行政區依法保障澳門原有法律所規定的澳門居民和其他人的各項權利和自由，包括人身，……”<sup>(19)</sup>前面已經指出，1870年在澳門已經廢除死刑，這是生存權利（人身自由的第一項）的推論。
- b) “澳門現行的社會、經濟制度不變；生活方式維持不變；法律基本不變”<sup>(20)</sup>。死刑的恢復可能意味着把澳門在東南亞範圍內獨具特色的社會——司法——文化支柱中的一根毀掉。
- c) “澳門特別行政區依法保護在澳門的葡萄牙後裔居民的利益，並尊重他們的習慣和文化傳統”（中葡聯合聲明，附件一，第五點第三段）。尊重葡萄牙人的文化傳統不一定必須提及，因為不存在死刑是所有澳門居民而不單單是葡萄牙人的文化成分，但亦可作為解釋澳門不設死刑的，非法律性質的理由。

一般沒收財產的刑罰於中世紀在葡萄牙經常實行，但是隨着自由主義的出現，這種刑罰消失了。除1976年的憲法外<sup>(21)</sup>，所有葡萄牙的憲法都禁止一般沒收財產的刑罰。澳門基本法草案並沒有禁止。

---

法沒有提到禁止死刑和無期徒刑，這顯然因為已規定在憲法裏。f) 羅馬——日爾曼的司法制度或者任何別的司法制度都不能作為論據，因為這裏討論的是把在澳門現行司法條例裏已有的一項司法保障不合理地刪除的問題。g) 至於如何表達否定死刑，現在還沒有一個國際上接受的司法方式：各國人民照自己的信條辦。h) 在歷史和世界範圍內，人類向廢除死刑的方向走。遺憾的是澳門司法條例作為這個地區的這方面的開路先鋒，現在可能向錯誤的方向走。

<sup>(18)</sup> 顯然只有在犯這些罪的情況下這些期限才實施，因為沒有任何一種罪會判以25年以上的監禁。

<sup>(19)</sup> 中葡聯合聲明，附件1，第五點，第一段。

<sup>(20)</sup> 中葡聯合聲明，第2條（4）。

<sup>(21)</sup> 1976年憲法沒有明文禁止一般沒收財產的刑罰。但是，鑒於它違背憲法第30條第4點所指犯罪者受刑的原則，憲法不許可這種刑罰的論點是可以站住腳的（參閱 Cavaleiro de Ferreira，《葡萄牙的刑法》，II，第336頁）。

一般沒收財產的含義是指國家將判刑者的全部或部分財產收歸國有。一般沒收財產與特別沒收財產的差別僅僅在於後者指的是一定的和個人化的財產或權利，尤其是犯罪的工具或犯罪的成果和不正當的收益。現在只存在於西歐（法國除外）刑法體制內的特別沒收財產，繼續行使把危險物品或涉案物品收回的職能，和保證履行“罪行不能補償”這一古老格言的職能。

一般沒收財產列在中華人民共和國刑法第29條的附加刑罰目錄內。沒收財產的規則（第55和56條）規定在判處沒收財產的時候，不得沒收屬於犯罪分子家屬所有或者應有的財產，以及必須償還給債主的那部分財產。這些保留是接受了對“一般沒收財產”的批評，說它由於把刑罰的後果延伸到與所犯罪行無關的人們，違反罪責自負的原則。

然而，還有其他一些批評：一般沒收財產的刑罰是一項對財產的地道死刑，因為剝奪了罪犯的財產所有權，切斷了他重回社會所必需的物質支持。在一個市場體制中，這種刑罰可能是相當沉重的，因為它拿走的可能是某人多年來正當勞動的成果。實行這種刑罰過程中可能出現的不平等是明顯的。因此，可以說一般沒收財產是一種非常粗暴的刑罰。嚴格地說，只能把一般沒收財產理解成是死刑或無期徒刑的附加刑罰，這後兩種刑罰不牽涉罪犯重新回到社會的問題。即便如此，繼承者也受到損害。

被人接受的金錢刑罰是罰款。罰款以日數制計算是今天傾向的制度，它可以根據判罪者的經濟狀況和個人的負擔確定每天罰款的數額，由於它允許在平等的條件下施刑罰款，顯然這種作法是可取的。另一方面，罰款刑罰規定了最大的限額(22)。

#### 四、罪刑法定原則

罪刑法定原則(23)的出發點在於法律上保證國家不會非法行使、濫用或無控制地施行懲罰手段。這一原則通過拉丁文的形式 *nullum crimen, nulla poena sine lege*（法無明文者不罰）標準地闡明。當代學說共同提及的推論是：*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta*（法無明文、事前及明確規定者不為罪，不得處罰）。

---

(22)關於罰款的刑罰，參見Figueiredo Dias,《刑法2，一般部分，罪行的法律後果》，複印課文，科英布拉大學法學院課文科的版本，1988年，第113及續後數頁。

(23)我們緊隨着Castanheira Neves教授的精辟研究“刑法的原則”，“司法的問題及其教條的標準”，載於《紀念Eduardo Correia教授的研究》，科英布拉大學法學院學報特刊，1，科英布拉，1984年（實是1989年），第307—469頁。

罪刑法定原則指的是確定定罪判刑的整個物質範疇，這可能包括訴訟的准則<sup>(24)</sup>。另一方面，它指的是所有的刑罰處罰及其先決條件<sup>(25)</sup>（刑罰、治安措施和其他措施）。這就導致我們要首先批評基本法草案第29條的規定：這一條僅僅提到刑罰處罰，沒有包括施行治安措施和闡述其先決條件。這是一個嚴重的遺漏。使治安措施以及施實這些措施的先決條件服從於刑法的原則，是今天人們心悅誠服接受的，是寫入葡萄牙憲法的。與刑罰類似，治安全措施可能嚴重危害到基本權利，這說明治安措施服從於同樣的一系列保障是正確的。

- a) *lege scripta*（成文法）的要求意味着只有法律（正式地說是指立法會草擬及通過的法律或總督頒佈的法令）才能在司法上為定罪判刑提供根據，其他的來源是不能接受的。

基本法草案的第29條提及這個推論：要求依照法律定罪判刑。

- b) *lege praevia*（現行的法律）的要求意味着禁止法律有追溯效力，這符合罪刑法定原則的基本標準意思：考慮到制止各種迫害性的定罪（事後裁決）。

基本法草案第29條規定，定罪判刑應依照行為時生效的法律。

- c) *lege certa*（準確的法律）的要求意味着法律應該“用其準確的形式及其標準內容確定”<sup>(26)</sup>，以便它能作為判決根據的標準，其目的在於判決成為可預見性的和可控制性的判決，並因此允許尊重平等的原則。

基本法草案第29條規定定罪判刑應依照法律明文規定。

- d) *lege stricta*（明文規定的法律）的要求是制止法官把判刑的根據建立在他自己擬訂的判決書的基礎上，而不依照法律。判刑只能把根據建立在直接和立即實施法律的基礎上，而不是建立在類推的想像上。

也應該認為這個推論通過基本法草案第29條所述明確的法律條文的要求已經實現。如果類似的禁止用直截了當的文字寫出，以便立即在基本法內指出與中華人民共和國刑法規定的差別，可能更好。中華人民共和國刑法第79條規定：“本法分則沒有明文規定的犯罪，可以比照本法分則最相類似的條文定罪判刑，但是應當報請最高人民法院核准。”

<sup>(24)</sup> Castanheira Neves, 《…原則》同<sup>(23)</sup>, 第309頁, 注釋7。Figueiredo Dias, 《刑法2》, 第53及續後數頁。Taipa de Carvalho, 《刑法的繼續》, 科英布拉, 1990年, 第209及續後數頁, 這部著作在物質刑法訴訟准則和形式訴訟准則中獨樹一幟。前一些准則是以確定刑事責任為先決條件的, 或者說是與被告的權利或囚禁相抵觸的, 因此, 這些准則服從於罪刑法定原則（而不服從於立即實施訴訟法的原則）。

<sup>(25)</sup> 見葡萄牙憲法第29條第1點的行文：任何人如無作出當時法律規定應予懲罰的作為或不作為, 均不得受到刑事判決, 亦不得遭受當時法律並無明文規定其實施前的治安措施。

<sup>(26)</sup> 同<sup>(23)</sup>作品, 第334頁。

作為”或“不作為”皆可構成罪行。現在這樣的寫法令人懷疑對“不作為”構成的罪行是否可予判刑。答案當然是肯定的，因此應當刪掉“作為”（accão）一詞，或以“行爲”一詞代之（又或者加上“不作為”一詞）。

## 五、權利保障及刑事訴訟

基本法草案第29條第2段裏提出了其他三項保障。該段說刑罰處罰應依照罪行判決；審判應該在盡快的期間進行；被告在判罪之前假定無罪。

第28、31和32條內含有刑事訴訟的其他保障。以下也是些有關重要但又具體的問題的保障：基本法沒有闡明刑事訴訟的基本結構程序，沒有說明刑事訴訟應該對所有辯護的保障作出保證。

權利和刑事訴訟保障的一般範圍狹窄。這是由於在擬訂基本法草案時沒有考慮到葡萄牙憲法內所包含的細則，葡萄牙憲法在其第24到34條內規定了廣泛的保障範圍。

衆所周知，基本法草案是在香港基本法草案的基礎上擬訂的，然而，奇怪的是基本法草案不包含一項類似於香港基本法草案第87條第1段的准則，規定在民事和刑事訴訟中，保留先前實施的原則和被告及原告的權利。在刑事訴訟中有關辯護權的保障，基本法草案裏同樣未包含。

如果在基本法草案內有一類似於香港基本法第87條的條文，可能是重要的。

## 六、結論

鑒於澳門基本法草案沒有明確地排除死刑和無期徒刑、鑒於權利和刑事訴訟的保障有限，它是一個不能令人滿意的草案。

在我們看來，過渡期後澳門的司法——刑事條例會遇到持續的挑戰，即它不受扭曲的挑戰。

雖然權利和刑事訴訟保障顯著地縮小，但是符合過渡之前條例的原則在一般的法律裏仍舊存在。

關於這一點，儘管Figueiredo Dias教授提出的刑法草案可能在這一方面或那一方面受到批評，但它是一個可以受到尊重的法律文獻，這一文獻中包括葡萄牙刑法學的教導，而葡萄牙的刑法學與歐洲的刑法學，具體地說，德國的刑法學是諧調一致的。請注意，這草案基本上是引自1982年葡萄牙的刑法，無論是用其實施的經驗還是新的更加先進的政治——刑事方針都對它作了改動。

這部刑法的批准通過將把澳門置於刑法演變的前列。衆所周知，葡萄牙的刑法是在艾杜阿爾多·科列亞所擬草案的基礎上擬訂的，這個草案經委員會修改，

作為”或“不作為”皆可構成罪行。現在這樣的寫法令人懷疑對“不作為”構成的罪行是否可予判刑。答案當然是肯定的，因此應當刪掉“作為”（accão）一詞，或以“行爲”一詞代之（又或者加上“不作為”一詞）。

## 五、權利保障及刑事訴訟

基本法草案第29條第2段裏提出了其他三項保障。該段說刑罰處罰應依照罪行判決；審判應該在盡快的期間進行；被告在判罪之前假定無罪。

第28、31和32條內含有刑事訴訟的其他保障。以下也是些有關重要但又具體的問題的保障：基本法沒有闡明刑事訴訟的基本結構程序，沒有說明刑事訴訟應該對所有辯護的保障作出保證。

權利和刑事訴訟保障的一般範圍狹窄。這是由於在擬訂基本法草案時沒有考慮到葡萄牙憲法內所包含的細則，葡萄牙憲法在其第24到34條內規定了廣泛的保障範圍。

衆所周知，基本法草案是在香港基本法草案的基礎上擬訂的，然而，奇怪的是基本法草案不包含一項類似於香港基本法草案第87條第1段的准則，規定在民事和刑事訴訟中，保留先前實施的原則和被告及原告的權利。在刑事訴訟中有關辯護權的保障，基本法草案裏同樣未包含。

如果在基本法草案內有一類似於香港基本法第87條的條文，可能是重要的。

## 六、結論

鑒於澳門基本法草案沒有明確地排除死刑和無期徒刑、鑒於權利和刑事訴訟的保障有限，它是一個不能令人滿意的草案。

在我們看來，過渡期後澳門的司法——刑事條例會遇到持續的挑戰，即它不受扭曲的挑戰。

雖然權利和刑事訴訟保障顯著地縮小，但是符合過渡之前條例的原則在一般的法律裏仍舊存在。

關於這一點，儘管Figueiredo Dias教授提出的刑法草案可能在這一方面或那一方面受到批評，但它是一個可以受到尊重的法律文獻，這一文獻中包括葡萄牙刑法學的教導，而葡萄牙的刑法學與歐洲的刑法學，具體地說，德國的刑法學是諧調一致的。請注意，這草案基本上是引自1982年葡萄牙的刑法，無論是用其實施的經驗還是新的更加先進的政治——刑事方針都對它作了改動。

這部刑法的批准通過將把澳門置於刑法演變的前列。衆所周知，葡萄牙的刑法是在艾杜阿爾多·科列亞所擬草案的基礎上擬訂的，這個草案經委員會修改，

並將其改動公諸於衆，後又經內閣修改，整個工作延續約20年之久。葡萄牙刑法受到聯邦德國刑法的明顯影響。

中華人民共和國澳門特別行政區將有一部以歐洲學說最好的教導為基礎的刑法，要參閱的圖書目錄和法律學的範圍是廣闊的。我們相信，這是一部非常可能對中華人民共和國刑法科學的進步作出貢獻的刑法，除此以外，在香港不存在起碼的類似之物。

繼這部刑法通過之後，澳門總督肯定將着手改革針對特別事項的刑法（如販賣麻醉性物質、破壞經濟和公共衛生的犯罪、非法移民、賭博、黑社會），以期它系統化以及符合刑法的原則和政治——刑事標準。

中華人民共和國澳門特別行政區將有一個現代的、連貫的和系統化的刑法司法條例。

在我們看來，以後的挑戰將在於保持刑法條例的諧調，避免引入使它變得不連貫的法律。未來刑事法律的著作應該尊重刑法內規定的標準。

但是，要立刻對澳門司法條例的存在提出一些根本問題。除其他方面外，這些問題與法律方面的教育、學說性的著作、法律學的滙集、法律的系統化、司法權的獨立都有聯繫<sup>(29)</sup>。

---

(29)關於這方面，參閱J. A. Oliveira Rocha, “論澳門法律制度之可行性”，載於《行政》雜誌，第13/14期，1991年，第541及以後數頁（中文版第777及以後數頁）。

