

# 《基本法》範疇內的澳門刑法原則、居民的刑事訴訟權利與保障\*

Leonor Assunção \*\*

刑法原則、刑事訴訟權利保障均是《基本法》所訂定的基本原則與權利的優先體現。鑒於我們獲邀請以簡明的方法表達對該等體現的見解，因此我們深信不應在上述題目的本身格局以外來進行有關探討。該格局就是澳門現行刑法體系的基本原則、刑事訴訟權利與保障以及其相關者等的總體。

我們首先列具以下對本文具有方針或導綫作用的論點，以便同時地以系統方法學與辯明的手法來表達我們的見解。這些論點是：

- 一、《基本法》在一九九九年後實施於澳門地區，是當地的根本大法，因此對刑事及刑事訴訟的法律體系產生重大影響<sup>①</sup>。
- 二、根據《中葡聯合聲明》規定（見第二條第四款、附件一第三條第二段及第四段），一九九九年以後澳門現行法律體系基本不變，這意味着《中葡聯合聲明》對“保留原則”（基本或主要地維持原先生效的法律體系）予以肯定<sup>②</sup>，僅澳門特別行政區立法機關因應符合《基本法》的需要而作出的嗣後修改者除外。

---

\* 一九九二年十二月十二日，澳門法學會在澳門司法法院舉辦專題研討會。本文是筆者當時所作演講的全部內容。筆者僅添加了有關注釋。

\*\* 澳門大學法律系助教

①見 Jorge Oliveira 在澳門律師公會出版的《基本法範疇內的澳門法律體系》· 1992 · 第37 頁內所發表的《基本法乃澳門法律體系不變的原則》。

②見 Paulo Cardinal 在《基本法範疇內的澳門法律體系》內所發表的《基本法範疇內的律師業法律制度》· 第73頁； Alberto Costo 在《澳門法律雜誌》· 第一冊 · 1988 · 第53 頁內所發表的《澳門法律進程在中葡聯合聲明下的保留與改變》； Francisco Gonçalves Pereira 在《行政》雜誌 · 第11期 · 第四冊 · 1991 · 第77 頁內所發表的《聯合聲明、過渡模式與行政改革》。

《中葡聯合聲明》第二條第四款更指出：“……澳門特別行政區依法保障澳門居民和其他人的一切權利和自由……”。（譯者註：上述者是《中葡聯合聲明》葡文本的有關條文內容，但中文本僅指出“……依法保障澳門居民和其他人的人身、言論、……等各項權利和自由。”）主要保留澳門現行法律，以及保障澳門居民的權利和自由，一概是現行社會、經濟制度及有關生活方式（在五十年內）不變原則的落實，而《中葡聯合聲明》已明確規定之。

三、《基本法》係在於達成《中葡聯合聲明》第十二條第二款所定的目標，即對《中葡聯合聲明》所提及的“基本政策”及“其各附件所作的具體說明”予以規定，因此《基本法》將成為澳門法律體系內的其中一部法規。儘管《基本法》的效力高於普通法律，仍須與《中葡聯合聲明》相符合，且不應扭曲或歪曲澳門法律體系的主要內容。上述者是澳門不同法律專家所依循的立場<sup>③</sup>。

四、澳門的刑法體系好若澳門整個法律體系內的其餘法律部門般，係以真正“凝聚核心”<sup>④</sup>原則為基礎。該等原則將法律文本內的法條文字所意旨、表達的法益或價值予以反映，從而對有關法律文本賦予理性、涵義與特徵，並將立法者在刑事與刑事訴訟體系上的結構性選擇予以體現。

基於刑法的遏止性內容，有關制裁或處罰涉及嚴厲限制公民的基本權利，而刑法隨之受制於以下原則，就是國家對公民權利義務的干涉範圍或界限應盡量縮小，且司法機關履行職責時不得藐視公民<sup>⑤</sup>。

五、基於《中葡聯合聲明》所規定的“澳門法律體系主要不變的原則”（但非指完全不變）<sup>⑥</sup>，《基本法》應與澳門法律體系銜接，換言之，對該體系的一切必要修改（這是澳門回歸中華人民共和國的必然結果）均不得使上述各原則喪失特徵，亦不得限制澳門居民的權利、自由與保障，彼等鑒於其對象與規模，實屬法律保護的核心與最基本內容。

與上述者相反的見解，將使《中葡聯合聲明》淪為“一份對澳門居民絕對不生過渡作用”、不具因由、不具目標的文件，“既不改變任何事物，也不證明任何合理”<sup>⑦</sup>。

<sup>③</sup>見Jorge Oliveira的上述作品第35頁；Paulo Cardinal的上述作品第75頁。

<sup>④</sup>有關名詞係Canotilho / Vital Moreira在《憲法註解》第42頁所提出的“規範原則”，而這些“規範原則”是憲法組織的基本規條，會聚了構成憲法體系精粹的法益與價值。

<sup>⑤</sup>關於“保護公民權利的要求”與“執行刑法的刑事訴訟”間的必然對立關係，見Klaus Tiedmann在International Review of Penal Law · A. I. D. P. · 第62冊 · 1991 · 第1001頁及隨後各頁內所發表的Commentaire de la question III Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme。

<sup>⑥</sup>見Jorge Oliveira的上述作品第33頁。

<sup>⑦</sup>見Roland Barthes在Ensaios Críticos · Signos · 1977 · 第193頁內所提出的“好若一切不受任何制裁的文學作品——雖然向人間作出建議，但不以任何常規作依據或證明合理。”

在我們的角度下，可以肯定（且必須肯定）《基本法》（草案）在基本權利與自由方面的條文是空泛及有多少不明確的，此外，該草案的最明顯特點就是在訴訟權利及保障條文方面的吝嗇。

雖然《澳門特別行政區基本法》（草案）一概以《香港特別行政區基本法》作為藍本，但彼此間有不少不同之處。《澳門特別行政區基本法》（草案）在不可解釋及不合情理的情況下，竟然不載有與《香港特別行政區基本法》第八十七條（位於第四章“政治體制”的第四節“司法機關”內）等同的條文，該條文明確肯定“香港特別行政區的刑事訴訟和民事訴訟中保留原在香港適用的原則和當事人享有的權利”<sup>⑧</sup>。

大家不可因省略上述規範而推論無須保留澳門的訴訟原則與權利，基此，在確定《基本法》（草案）最後文本時，宜納入上述條文。

在刑法方面，《基本法》（草案）規定了以下原則，其重要性無庸置疑。

《基本法》（草案）第二十九條第一段訂定“罪刑法定”原則及其相應落實——在行為定罪、刑罰科處方面禁止追溯適用刑法。

上述原則載於澳門現行《刑法典》第五條及《葡萄牙共和國憲法》第二十九條，並在邏輯上產生以下效果：對行為人所科處的刑罰，不得較該行為人實施犯罪時的現行法律所定的刑罰嚴重（見《刑法典》第六條）；禁止定罪類推以填補法律漏洞、禁止定罪擴張解釋（見《刑法典》第十八條）；對行為人追溯適用較優的法律（見《刑法典》第六條、《公民權利和政治權利國際公約》第十八條）。此外，罪刑法定原則亦產生另一原則，就是一切刑事上的遏止性措施均受嚴格的法定標準所約束，而《基本法》（草案）第四十三條已落實之。對我們而言，倘若該條文還指明“一切限制澳門居民權利、自由的措施均受制於必要、符合所保護法益等標準”則該條文又可落實另一根本原則——“刑法干涉最少原則”。基於所保護法益（公共安全、公共衛生與道德、第三人的權利與自由）的範圍及空泛性，着眼點是應該由普通法律的立法者負責嚴格訂定對澳門居民基本權利與自由予以限制的內容<sup>⑨</sup>。《基本法》（草案）第三章第二十四條及隨後條文列具澳門居民的權利與自由，雖然對人身自由（第二十八條、第二十七條、第三十三條）、人格尊嚴不可侵犯（第三十條）、住所（第三十一條）、私人生活和家庭生活的隱私（第三十條）等權利予以肯定，但不規定生命權。

---

⑧原英文本是“*In criminal or civil proceedings in the Hong Kong administrative Region, the principles previously applied in Hong Kong and the rights previously enjoyed by parties to proceedings shall be maintained*”。

⑨根據Alessandro Baratta *Doutrina Penal*·Buenos Aires·Oct/Dec·1987·第623至624頁註(1)內所發表的Principios del Derecho Penal Mínimo, Para una Teoría de los Derechos Humanos como objeto Y Limitada La Ley Penal, “公共安全”、“公共衛生與道德”、“公共秩序”等雖然是應受刑法保護的社會要求，但必須與構成社會成員的個人真正需要有關。

生命權是人類的的基本權利，是不可侵犯的人類尊嚴的體現，而《葡萄牙憲法》對生命權利所賦與的效力，是處於受保護的權利自由的最高地位。

在刑法方面，對生命權的保護係透過處罰謀殺及禁止死刑而落實。

明確禁止死刑是刑罰人道主義的相關措施，自十九世紀起已深獲歐洲大部份法律體系接受，並且是澳門現行刑罰制度基本架構內的組成部份，而在葡萄牙刑法內的刑事制裁制度亦然。

我們不打算在本文內竭力分析是否容許死刑的爭議問題。大家亦已知悉，有關爭論無論在學說抑或刑事政策領域上，至今仍未終止。儘管如此，我們認為宜記述有關學者最近在國際刑法學會協助下所作出的研究<sup>⑩</sup>。

死刑與古代的人類復仇意識息息相關，係以刑事制裁的單純報應或抵罪的概念為基礎。該概念則以源自本體論（或謂之實體論）或形而上學的角度，去理解受刑法保護的秩序與價值。因此，其實是一大倒退，回復至與社會要求（在用途及必要上）脫節的刑罰目的學說，但今天這些要求是刑事制裁的存在與科處的依據，且必須與刑法所具有的重大作用相配合，以保護社會各成員在實現倫理人格所不可欠缺的完整法益或價值<sup>(11)</sup>。

上述的理論已以予人深刻印象的方法，重新肯定刑罰的完整預防目的，從而使犯罪所違反的規範的有效性得以維持，使社會的期望得以鞏固，使法律所保護的和平得以修復<sup>(12)</sup>。

死刑是否具有阻嚇力？在刑事政策上的研究調查仍未獲得任何積極結論。在統計方面，亦未能發現犯罪發展與有否設立死刑之間存有因果關係<sup>(13)</sup>。此外，不容否定死刑具有“確定性”，使可能發生的司法錯誤不能彌補。

如今我們仍以刑事政策的角度的角度，分析“容許死刑實施”在嚴格的“特別預防”理論基礎下所帶來的好處，但“特別預防”僅旨在消滅不法分子而非使其重新納入社會。

---

⑩在該領域的主要研究是一九八八年五月在Siracusa舉行的國際研討會內所發表的論文——公佈於 *Revue Internationale de Droit Penal · A.I.D.P. · 58 annee · 3<sup>e</sup> et · 4<sup>e</sup> trimestres · 1987*。

(11)見Figueiredo Dias在《葡國刑法學雜誌》·第一年·第一期·一九九一年一月至三月·第25至27頁內所發表的《犯罪學說的當代國家》。

(12)見Figueiredo Dias的《刑法總論二及犯罪的法律效果》·科奄布拉大學法學院書本科。1988·第55頁；及《犯罪學說的當代國家》第28頁；見Roxin在 *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I · Munchen · 1992* ·第36頁。第m27號內所發表的相同見解。

(13)G Canepa在 *Considerations criminologiques sur le Probleme de la peine de mort · Rev. Int. D. Penal · A. I. D. P. · 3<sup>e</sup> et · 4<sup>e</sup> trimestres. 1987* 內有詳盡的研究。

總而言之，我們認為上述理論是不可接受的——視人類為“單純物體”、“工具”，以求達至管治社會之目的；刑事遏止性措施的基礎構思是消除、“消毒”等方式——，因為該理論確實違反人類尊嚴不可侵犯的原則。

此外，在設有死刑的法律體系內，死刑的科處已帶來廣為人知的擅斷行爲。亦有理論認為刑法須為不同的意識形態目的或經濟政策而服務，從而將死刑評價及訂為正當的恐怖手段，但我們亦應否定該理論<sup>(14)</sup>。

關於死刑的複雜問題，儘管可以認為有關討論不足以構成在立場上的強硬、基本爭論（但我們認為不應如此），我們仍一貫重申應禁止設有死刑，因為這確實是澳門現行刑法體系的基礎原則。因此，《基本法》（草案）無明確禁止死刑，不但沒有對普通法例立法者構成障礙，並且還促使他們刻不容緩地在刑法內肯定禁止死刑原則，從而能夠以真正的保安機制運作，並防止任何零散法例以保護公共秩序、國家安全為藉口而將禁止死刑除外。

在刑事訴訟領域方面，我們認為《基本法》（草案）所定下的最重要原則是“無罪推定”（第二十九條下半部份）。倘若該原則的字義範圍係指嫌犯在有罪判決確定之前仍視為無罪，並係指相應地禁止推定嫌犯的罪過<sup>(15)</sup>，則該原則的基本內容衍生以下體現：在刑事偵查方面所進行的限制權利與保障的程序（以嫌犯為對象的程序），須受制於以必要性、適度性為標準的嚴格法定原則，目的在於以非限制公民基本權利的方法去蒐集證據及補充資料<sup>(16)</sup>。基於同一體現，一方面規定某些蒐集證據程序的不當性，例如催眠檢查、脅逼、酷刑（見《基本法》（草案）第二十八條下半部份）、違法的住宅搜索、通訊檢查或聽取電話（見第三十一條、第三十二條）、資訊偵查（侵犯所謂“資訊自決權”）<sup>(17)</sup>等，即使旨在查明假設的“事實真相”亦然<sup>(18)</sup>；另一方面禁止科處擅斷或旨在獲取追究罪過的羈押措施——倘若有關措施是無必要者或與該等措施所援引的要求有所抵觸。但《基本法》（草案）對羈押的前提（情況）、罪過確立前的拘禁要件等均不予以規定（而《葡萄牙憲法》第二十七條、第二十八條有明確規定——特別是現行犯與非現行犯的情況，以及有關當局必須在四十八小時內將嫌犯提交司法官處理），我們對此深表遺憾。此外，《基本法》（草案）的有關規定亦不及《中華人民共和國憲法》的相應條文完善——尤其在界定那些機關具有權限命令拘禁方面。

(14) 見 Figueiredo Dias 的《刑法課程》·編印講義·1975·第17頁。trimestre

(15) 關於“無罪推定”原則的主要內容，見 Figueiredo Dias 的作品 *La Protection des droits de l'Homme dans la Procedure Penal*。Revue Internationale de Droit Penal · 3<sup>e</sup> trimestre · 1978 · 第267頁。

(16) 見 Figueiredo Dias 的《刑事訴訟法典導論》·Equitas Editora·1982·第17頁。

(17) 見 Joaquim Canotilho 的《憲法論》·Almedina, Coimbra·1992·第679頁。

(18) 見 Figueiredo Dias 的《刑事訴訟法·Maria João Antunes 的協助課程》·科奄布拉大學法學院書本科·1988/9·第131頁第m204號。

根據《中華人民共和國憲法》第三十七條第二段規定，“任何公民，非經人民檢察院批准或決定或人民法院決定，並由公安機關執行，不受逮捕。”<sup>(19)</sup>在同一領域上，澳門現行刑事訴訟法將有關權限賦與司法機關（尤其是刑事預審法官），僅他們得作出有關命令或至少在最短時間內宣告已作出之拘禁為有效者。第 17 / 92 / M 號法令（《澳門司法體系法》）第三十六條亦明確訂立上述制度。

在審判聽證方面，基於“存疑從優原則”（*in dubio pro reo*），如法院認為用作追究罪過事實的證據存有疑點，則立即對嫌犯不起訴。上述原則所衍生的另一當然相應原則，是禁止使嫌犯承擔舉證責任。在訴訟程序內，應由檢察院及法院負責蒐集證據資料，以作有罪判決的依據。

基於無罪推定原則，法院亦必須在最合理的期間內完成審理有關嫌犯的案件，並且作相應的裁判（見《基本法》（草案）第二十九條第二段），但這要求絕不意味減少嫌犯所享有的辯護權。而事實上僅在嫌犯的辯護權得以確保的情況下，無罪推定原則才可真正落實，否則有關措施僅徒具形式，不具任何執行效力。

使辯護權得以行使的前提如下：嫌犯有權以其懂得的文字獲悉受指控的事項、其所享有的權利與保障；嫌犯有權獲給予時間以準備辯護；嫌犯有權獲法官聆聽；嫌犯有權獲得其所選擇的律師的輔助——在一切直接涉及嫌犯利益的訴訟行為（即與可能對嫌犯產生不利情況的裁判有關）內，律師的訴訟輔助屬強制性的，即使嫌犯經濟匱乏，亦不可免除或省掉訴訟輔助（否則便違反《基本法》（草案）第二十五條所規定的平等原則）；嫌犯有權對其受指控的事實保持緘默，且不可因此而引致其可能受判處的刑罰加重；嫌犯有權在最後才發言<sup>(20)</sup>；嫌犯有權對不利於其本身的裁判提起上訴。

總而言之，辯護權使嫌犯能夠積極參與其本身案件的訴訟程序，從而實現審檢分立原則的其中一項指針<sup>(21)</sup>。

我們亦要指出《基本法》（草案）第三十六條抄襲《香港特別行政區基本法》第三十五條，但手法並不高明（例如將 *executive authorities* 翻譯為 *orgão do executivo*）。在闡明辯護權內容方面，《基本法》（草案）第三十六條不及《香港特別行政區基本法》第三十五條完善——後者明確規定“香港居民有權……選擇律師（*choice of lawyers*）……”，但前者僅提及“澳門居民有權……得到律師的幫助……。”

此外，亦應以“確保澳門居民有權求諸法律……”（正如《澳門司法體系法》第二條所載者），對“澳門居民有權訴諸法律……”的贅述規條予以取代——Escovar Trigo 已在尚未公開的探討內提出上述建議。

(19)《Jorge Miranda 主編及翻譯的各國憲法》·第一冊·Imp. Nac. 1986. 第255頁。

(20)見Narciso da Cunha Rodrigues在《葡萄牙刑法學雜誌》·Ano 11<sup>o</sup>·1991. 第99頁內所發表的《武器平等原則》。

(21)關於審檢分立原則，見Figueiredo Dias的上述《刑事訴訟法》第51頁第m76號及第99頁第m153號。

在訴訟保障方面，《基本法》（草案）亦忽略不少與澳門刑事訴訟體系相符合的重要原則——我們僅指出最根本者——，例如：“自然法官”或法定法官原則（見《澳門司法體系法》第十五條、《葡萄牙共和國憲法》第三十二條第七款）；“一事不再理”原則（*ne bis in idem*）（見《葡萄牙憲法》第二十九條第五款）；審檢分立原則（見《澳門司法體系法》第十九條、《葡萄牙共和國憲法》第三十二條第五款）。

上述原則應一概予以保留。

還須留意的是：《基本法》（草案）第四十一條規定容許“澳門居民享有澳門特別行政區法律保障的其他權利和自由”。

關於澳門居民為維護本身權利而提起的程序，《基本法》（草案）僅在第二十八條第二段明確規定容許“居民對任意或非法的拘留、監禁，向法院申請頒發防止濫用權力的人身保護令（*habeas corpus*）”。

現在讓我們探討法院在維護澳門居民的權利和自由時所扮演的極重要角色。在司法官團中，檢察院的權限是在嚴格的法律限制內實行刑事訴訟，檢察院不但負責提起控訴，還承擔偵查義務，對訴訟程序內的確定嫌犯罪過或清白的證據資料予以分析<sup>(22)</sup>；另一方面，法官所享有的獨立性是對公正無私的保證<sup>(23)</sup>——體現於法官的自主性（僅受法律約束）與不可移調性（見《基本法》（草案）第八十八條第二段）——，因此法官應獲賦與權限以進行整個偵查階段內的一切審判行為<sup>(24)</sup>。《基本法》（草案）第九十一條第一段對檢察院職能予以規定，但我們認為檢察院不應獲賦與“審判職能”（譯者註：《基本法》（草案）葡文本第九十一條第一段將中文的“檢察職能”翻譯為“*Funções Jurisdicionais*”，但該葡文法律名詞在葡國法律的概念為“審判職能”而非“檢察職能”），因為檢察院的司法官之間存有等級關係，並且檢察院從屬於政治權力（按《基本法》（草案）規定，“澳門特別行政區檢察長……由行政區長官提各，報（由）中央人民政府任命。”）。<sup>(25)</sup>

---

(22)關於檢察院的作用以及其對起訴或不起訴的調查責任，見 Cunha Rodrigues的上述作品第84頁；見 Figueiredo Dias在《踏入新的刑事司法》·Almedina Coimbra·1983·第213頁內所發表的《踏入葡國刑事訴訟的全面改革》。

(23)關於法院的獨立性乃實質法治國的當然結果，見 Figueiredo Dias及 Maria João Antunes在*Science Criminelle et Droit Penal Compare*·Oct-Dec。第733及隨後各頁內所發表的*La notion europeenne de Tribunal Independant et impartial. Une approche a partir du droit portugais de procedure penale*。

(24)見 Figueiredo Dias/Maria João Antunes的上述作品第738頁；Figueiredo Dias的《踏入葡國刑事訴訟的全面改革》第224至225頁及《共和國新憲法及刑事訴訟》·律師公會雜誌·里斯本·1976·第11頁。

(25)見 Figueiredo Dias在《共和國新憲法及刑事訴訟》第10頁。

最後，我們要在這表達我們對《基本法》（草案）第一百四十二條及第一百四十四條的意見。上述條文指出《基本法》的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會，且其相應地有權宣佈那些澳門原有法規與《基本法》相抵觸。

法律解釋是一項非常複雜工作。基於對公正及公民安全的保證，法律解釋受特定的規條約束，目的在於盡可能確定有關法規的內容，而上述者亦廣為人知。

當然，進行法律解釋時不可忽略有關法規的意旨——正如Wittgenstein所肯定的立場，文字本身僅是符號，從外觀看是空泛的，因此有需要透視之<sup>(26)</sup>——，關於法律規條的文字，意旨就是該規條所保護的價值或利益的功用。

對我們而言，在審定澳門法律秩序內任何規範是否與《基本法》相抵觸時，應考慮我們在展開本探討時所提出的論點，就是“澳門法律秩序基本不變，因此《基本法》必須與澳門法律秩序內的主要或基本原則相符合”。

爲了對上述問題作出反思，讓我們轉述以下具有典範意義的對話——摘錄自Levis Carroll作品《Alice 與Humpty Dumpty》“鏡子裏的Alice”：

“Humpty Dumpty傲慢地說：當我使用言詞時，言詞所表達的意思就是我希望該言詞所表達者，不多不少。

Alice說：問題在於你能夠使該言詞具有多麼不同的意思。

Humpty Dumpty說：問題在於誰具有權力。”

---

(26) 見Ludwing Wittgenstein的Fichas (Zettel) · Biblioteca de Filosofia Contemporanea, · ed. 70 · 第62頁第m233號。