

# 論和諧社會中的刑事政策價值取向 ——對澳門刑事政策的反思

趙國強\*

努力構建一個民主法治、公平正義、誠信友愛、充滿活力、安定有序、人與自然和諧相處的社會，不僅是中國內地的治國之策，而且也是澳門特別行政區的治區之策。很顯然，推動和加強民主法治包括刑事法治建設，是構建和諧社會的應有之義。為此，在構建和諧社會的過程中，如何遵循和諧社會的理念，進一步發展和完善現有的刑事政策，已經成為中國內地和澳門兩地刑事法律工作者必須面對的重大課題。

根據《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》規定，澳門在刑事領域實行高度自治；澳門現行的刑事政策，實際上就是葡萄牙在管治澳門期間所制訂的刑事政策的延續，其中包括輕刑化的刑事政策。<sup>1</sup>但是，輕刑化的刑事政策並非是和諧社會的唯一標誌。長期以來，葡萄牙對澳門實行的管治，本質上仍屬於殖民化管治的範疇，葡萄牙對澳門制訂的刑事政策沒有也不可能以建立和諧社會的理念為基礎。因此，澳門回歸以後，如何遵循和諧社會的理念，對現有的刑事政策進行必要的反思，這對於澳門刑事法律的完善與發展具有極其重要的現實意義。有感於此，本文試圖結合澳門現行刑法的有關規定，就和諧社會中的刑事政策價值取向，談幾點個人的看法。

## 一、和諧社會與刑罰謙抑性原則

在現代社會，任何法律的立法宗旨均是為了保護各種社會法益，由此，不同部門的法律就構成了一個既錯綜複雜又井然有序的律保

---

\* 澳門大學法學院教授

1. 明顯標誌為在刑罰中廢除了死刑和無期徒刑。

護網。刑罰作為法律保護網中的一道防線，因其懲罰的嚴厲性而被視為是最後一道法律保護防線；只有當其他法律保護防線不足以對相關社會法益實行有效保護時，才會產生動用刑罰調整的必要性，故刑罰之使用必須謙讓，必須抑制，這就是刑罰謙抑性原則的基本含義。<sup>2</sup>正如德國著名學者耶林指出的那樣，“刑罰如兩刃之劍，用之不得其當，則國家與個人兩受其害”。這一至理名言說得是何等深刻。

筆者認為，建立和諧社會，必須最大限度地堅持刑罰謙抑性原則，這也是現代刑事政策所追求的價值目標。通觀刑罰歷史的發展與演變，經歷了從野蠻到文明、從無處不在到理性存在的漫長歷程。在這一漫長歷程中，隨著社會的發展，人們對刑罰的理性存在也在不斷深化。今天，當我們為建立和諧社會而努力時，刑罰的謙抑性原則就具有了更為重要的現實意義。因為，和諧社會與嚴刑峻法是格格不入的，而現代意義上的嚴刑峻法不僅包括濫用重刑，而且也包括濫用刑罰權。因此，即便是輕刑化的國家或地區，一旦立法者濫用刑罰權而背離刑罰謙抑性原則，一樣會產生破壞社會和諧的效果。正是基於這種認識，筆者認為，《澳門刑法典》關於輕微違反制度的規定，在刑事政策的價值取向問題上是值得商榷的。

### （一）輕微違反制度之規定

在澳門法律中，何謂輕微違反是一個比較模糊的概念。根據《澳門刑法典》第123條規定，所謂輕微違反，就是指單純違反或不遵守法律或規章之預防性規定之不法行為。對輕微違反，可處以六個月或六個月以下之徒刑；若超過六個月徒刑，則視為犯罪；此外，若屬輕微違反之不法行為，過失必須受處罰；對輕微違反處以罰金，則罰金不可轉換為監禁，除非法律另有規定；在法律沒有特別規定的情況下<sup>3</sup>，刑法對一般犯罪所作之規定，均適用於輕微違反；再則，如一行為為同時構成犯罪及輕微違反，則以犯罪處罰之，但不影響施以法律對輕微違

---

2. 有學者在此基本含義基礎上，認為對犯罪人能用輕刑則不用重刑也為刑罰謙抑性原則的體現。

3. 如法律特別規定，關於累犯及延長刑罰的制度，不適用於輕微違反。

反所規定的附加制裁。這些規定表明，澳門刑法中的刑事不法可分為兩類，即一般犯罪之刑事不法和輕微違反之刑事不法。

然而，在澳門關於界定行政違法行為的法律中，輕微違反的性質卻越變越複雜。根據澳門第52/99/M號法律規定，所謂行政違法行為，就是指單純違反或不遵守法律或規章之預防性規定之不法行為，其表述與《澳門刑法典》中的輕微違反一字不差。但該法律明確規定，上述行政違法行為不具有輕微違反的性質，對其進行的行政處罰屬金錢上的罰款；如果對行政違法行為可處以徒刑者，則視為犯罪；如果處以可轉換為監禁的罰款，則視為輕微違反。<sup>4</sup>

從上述立法之中，我們至少可以發現，在澳門，刑事違法和行政違法可分為四類：一為普通犯罪的刑事不法；二為輕微違反之刑事不法；三為輕微違反的行政不法；四為一般行政不法。正因為如此，在許多重要的單行法律中，立法者大量使用了輕微違反的概念，其中既包括可處以徒刑或罰金的輕微違反(刑事不法)，也包括可處以罰款的輕微違反(行政不法)。同時，在程序方面，為配合輕微違反的雙重性質，在《澳門刑事訴訟法典》中又專編規定了相應的刑事不法性質的輕微違反訴訟程序；在《勞動訴訟法典》等法律中，則規定了行政違法性質的輕微違反訴訟程序。

## (二) 輕微違反制度之演變

眾所周知，輕微違反並非是一個新概念，其前身就是1810年《法國刑法典》中的“違警罪”。自1810年《法國刑法典》將犯罪分為重罪、輕罪及違警罪始，與“刑事犯”相對應，出現了“警察犯”的概念；此後，十九世紀中葉德國一些州相繼制定了“警察刑法典”；1871年的《德國刑法典》也採用了重罪、輕罪及違警罪的三分法，但這一做法一直受到德國

---

4. 這裏起碼有兩個概念是極其模糊的：一是被處以六個月或六個月以下徒刑的違法行為究竟是“輕微違反”還是“犯罪”？二是處以可轉換為監禁的罰款的行政違法行為既然視為“輕微違反”，那麼，被處以罰款的不法行為，其性質究竟屬不屬於行政違法？

刑法學界的批判。德國刑法學家郭特希密特於1902年首次提出了“司法刑法”和“行政刑法”的概念。郭氏認為，司法之目的在於保護法益與人的意思領域，所取之手段為持續的宣示與法律規定等，在這些宣示與法律規定之中，必須要有強制力的刑法，以達成司法目的的強制手段，此為“司法刑法”。<sup>5</sup>相對而言，行政的目的在於促進國家與社會的福利，促進之手段為行政作為，在此行政作為中同樣需要具有強制力的法規，以確保行政作為之暢行無阻，此為“行政刑法”。郭氏繼而認為，違反司法刑法的行為即為刑事不法，屬“法律違反”，而違反行政刑法的行為則為行政不法，屬“行政違反”。<sup>6</sup>

郭氏關於行政刑法的思想對於各國的刑事立法實踐產生了很大的影響。如奧地利1925年的《行政刑法典》(1950年修訂)、日本1949年的《輕犯罪法》、西德1949年的《經濟刑法典》(1974年修訂)與1952年的《秩序違反法》，莫不都是行政刑法觀念的產物。由此可見，《澳門刑法典》中所規定的輕微違反，無非就是上述行政刑法觀念的產物，毫無獨創之處。不瞭解行政刑法的產生與演變，根本談不上對輕微違反制度的認識。

### （三）輕微違反制度之反思

由行政刑法概念所引致的刑法理論上的分歧，主要表現在行政刑法的性質究竟是屬於刑事不法抑或是行政不法，為此，國際刑法學協會第14次大會的中心議題便是“刑法與行政刑法的差異所提出的法律和實踐的問題”。<sup>7</sup>很顯然，這一分歧的焦點仍然集中在刑事不法與行政不法的區分上，並由此在學者中形成了“量的差異理論”、“質的差異理論”和“質量的差異理論”三種不同的觀點。<sup>8</sup>

在大陸法系國家或地區，關於行政刑法在立法實踐上的分歧，主要表現在是將行政刑法規定在刑法典中抑或是單獨立法。比如，現行

5. 如刑法中關於殺人、搶劫、強姦等自然犯的規定——筆者注。

6. 關於“司法刑法”與“行政刑法”之區分，參見（臺灣）林山田：《經濟犯罪與經濟刑法》，臺北三民書局1981年修訂三版，第114-115頁。

7. 參見朝正：《國際刑法學協會第14屆大會綜述》，載《中國法學》1990年第1期，第111頁。

8. 參見（臺灣）林山田：《經濟犯罪與經濟刑法》，臺北三民書局1981年修訂三版第110-112頁。

的《法國刑法典》至今仍保留著違警罪的規定，而現行《德國刑法典》則將原來的違警罪經過處理後並入《秩序違反法》中，現行《日本刑法典》中也無行政刑法的規定。

無庸置疑，指望行政刑法在理論上的分歧短時間內形成一個共識是不現實的，但一個國家或地區的立法者對此採用何種理念，並進行相應的立法，則是自由的。筆者認為，從建立和諧社會的理念出發，行政不法與刑事不法的界限必須明確，唯此，才能充分體現刑罰的謙抑性原則。事實上，行政不法與刑事不法之間並沒有一條不可跨越的鴻溝，而是一個從量變到質變的過程。當某種行政不法行為達到一定的量，即達到非以刑罰予以制裁不足以保護社會正常秩序的危害程度時，就會演變為犯罪；否則，仍然屬於行政不法的範疇。為此，筆者建議澳門立法者以此理念為依據，有必要將輕微違反制度從刑法典和刑事訴訟法典中分離出去，使其成為一種純正的行政不法行為，其處罰手段統一使用罰款或其他行政處罰措施。這樣做，不僅可以避免在刑事不法及行政不法之間造成人為的混亂，而且對於提高行政管理效率、減低司法成本具有十分重要的現實意義。<sup>9</sup>值得一提的是，即便是葡萄牙學者，對於在刑法典中規定輕微違反也持有異議。如有葡國教授認為，近代的最新趨勢傾向於輕微違反在性質上屬於行政不法範疇，它與行政上之違法無本質區別，因而主張“應當將輕微違反從刑法領域中清除出去，並視之為行政上之違法”。<sup>10</sup>據介紹，在《葡萄牙刑法典》中，也無輕微違反的規定。

## 二、和諧社會與罪刑法定原則

“法無明文規定不為罪，法無明文規定不得處罰”，這是罪刑法定原則的基本含義。罪刑法定原則可以包含兩層意思：一是罪之法定，二是刑之法定。所謂罪之法定，就是指何種行為為可以構成犯罪，必須

---

9. 據有關資料統計，在2005年首季，有關刑事不法的輕微違反案件就多達1317宗，儘管程序簡單，但仍為法院帶來相當大的負擔，甚至造成案件積壓。

10. 參見米萬英：《澳門輕微違反法律制度研究》，載於《澳門檢察》第六期，第97頁。

由法律作出明確規定；凡法律沒有規定為犯罪的行為，不得視為犯罪。所謂刑之法定，一方面是指對不構成犯罪的行為不得以刑罰處罰之，另一方面也包括法官對犯罪人之量刑必須嚴格依照法律的相關規定。

罪刑法定原則是現代社會公認的法制原則。堅持罪刑法定原則，就能夠防止刑罰權之濫用，有效保障基本人權；堅持罪刑法定原則，就能夠在刑事領域形成清晰可見之行為規則，確保社會秩序之安寧。而作為一個和諧社會，基本人權得到保障、社會秩序確保安寧，則是最起碼的要求。由此可見，堅持罪刑法定原則，可以說是建立和諧社會最基本的刑事政策；任何違背這一基本刑事政策的做法<sup>11</sup>，都是不符合和諧社會要求的。正是基於這種認識，筆者認為，《澳門刑法典》關於刑罰延長制度的規定，在刑事政策的價值取向問題上也是值得商榷的。

### （一）刑罰延長制度之規定

《澳門刑法典》總則第三編第五章專章規定了刑罰延長制度。根據該章規定，服刑期滿後，對符合延長刑罰條件的服刑者，可以三年為一期，兩期為限，連續延長刑罰，實際上最長可以延長六年徒刑。

刑罰延長制度主要適用於兩類已被判刑之犯罪人：一類是傾向性不法分子，也就是指刑法理論中的常習犯或習慣犯，包括一般刑罰延長制度和特別刑罰延長制度。對此類犯罪人延長刑罰的客觀條件有四個，主觀條件只有一個。客觀條件包括：一是前後罪數目必須是三個或三個以上（特別情況下為五個或五個以上）；二是前後罪性質都必須是故意犯罪；三是前後罪刑罰都必須是超逾二年之實際徒刑（特別情況下為實際徒刑即可）；四是前後罪之間隔扣除服刑期間都不得超逾五年。在主觀方面，則指經分析犯罪人案情、人格及獄中表現後，相信犯罪人一旦出獄仍有可能危害社會。

---

11. 在刑法溯及力問題上，有利於被告原則作為罪刑法定原則的一個例外，已為各國刑法所確認。

另一類是酗酒者及濫用麻醉品者。對此類犯罪人延長刑罰的客觀條件有二個，主觀條件也只有一個。客觀條件包括：一是前後罪刑罰都必須是實際徒刑；二是前後罪起因都與醉酒、酗酒、濫用酒精飲料或麻醉品有關。在主觀方面，則指對此類犯罪人都有使其戒除惡癖之必要。

除此之外，在澳門《有組織犯罪法》等單行法律中，也有關於刑罰延長制度的特別規定。

## （二）刑罰延長制度之理論依據

近、現代刑法理論的演變與發展，經歷了一個從“犯罪行為”到“犯罪行為人”的過程。以意大利學者貝卡利亞為代表的刑事古典學派以犯罪行為為中心，在罪刑法定、罪刑相稱及刑罰人道主義三大原則基礎上，創立了刑事古典學派的理論體系。在十九世紀的刑法改革運動中，由於西方犯罪率的不斷上升，尤其是累犯的增加，以德國學者李斯特為代表的刑事社會學派應運而生。刑事社會學派以犯罪行為人為中心，認為刑法最重要的任務在於維護社會公共秩序的安寧，其理論之核心建基在犯罪人的人身危險性之上。正是根據人身危險性的理論，有關緩刑、假釋等制度得到了最廣泛的運用，而為了更有效地達至刑法對社會公共安寧的保護宗旨，彌補刑罰之不足，刑事社會學派創立了保安處分制度。

保安處分的根本目的，在於防止那些因實施了觸犯刑法之行為而對社會構成實際或潛在威脅的人再次危害社會，其適用對象主要包括不具有刑事責任能力的未成年人或精神病人、限制責任能力的心神耗弱者、多次犯罪而具有犯罪傾向的常習犯或習慣犯，以及對酒精或毒品染有惡癖之人。雖然，在保安處分之性質及與刑罰之關係問題上，學者之間有分歧，但經過討論和對比，通說之觀點仍將兩者加以區分。因此，為了防止後兩類人再次危害社會，保障社會安寧，不少國家或地區依據刑事社會學派關於人身危險性的理論，在立法上對其規定了相應的保安處分。比如，《德國刑法典》對那些一再重新犯罪的輕微和較嚴重的所有權犯罪和財產犯罪的行為人，規定了服刑期滿後仍可施以保安監督的保安處分，並將其視為保護公眾免受累犯侵害的“刑

事政策的最後一個緊急措施”。<sup>12</sup>《奧地利刑法典》和《瑞士刑法典》也有類似保安監督的規定。《意大利刑法典》對慣犯、職業犯、傾向犯規定了送交“農業勞動營”或“勞動所”的保安處分，對慢性酒精中毒或麻醉品中毒則規定了送交“治療所”或“監護所”的保安處分。<sup>13</sup>我國臺灣地區刑法典也對酗酒者或吸毒者規定了禁戒處分，對習慣犯或常業犯則規定了送入勞動場所強制工作的保安處分。<sup>14</sup>

由上可知，《澳門刑法典》關於刑罰延長制度的理論依據就是刑事社會學派人身危險性的理論，立法者的目的無非也是為了防止具有犯罪傾向的不法分子或對酒精、麻醉品染有惡癖的不法分子出獄後再次危害社會。

### （三）刑罰延長制度之反思

筆者認為，《澳門刑法典》關於刑罰延長制度的規定，在理論上存在著諸多值得反思的問題。首先，刑罰延長制度有悖於罪刑法定原則。根據現代刑法理論之通說，刑罰和保安處分之所以不能混為一談，其主要依據在於：第一，兩者目的不同。對實施了犯罪行為的人處以刑罰，直接目的是為了懲罰犯罪人，使之得到法律的報應；<sup>15</sup>而對曾實施了危害社會行為的人施以保安處分，目的是為了預防行為人再次危害社會，以確保社會安寧。第二，兩者依據不同。刑罰以犯罪為前提，有犯罪才有刑罰，沒有犯罪就沒有刑罰；而保安處分則以人身危險性為前提，它與犯罪之間不具有直接的因果關係。正如德國學者指出的那樣，“為了保護重大的法益免受迫在眉睫的危險，必須允許對個人的自由予以與罪責無關的干涉”。<sup>16</sup>由此可見，堅持刑罰與保安處分

12. 參見（德）漢斯·海因里希·耶賽克、托馬斯·魏根特著、徐久生譯：《德國刑法教科書》，中國法制出版社2001年版，第979頁。

13. 參見陳忠林：《意大利刑法綱要》，中國人民大學出版社1999年版，第292-293頁。

14. 參見（臺灣）韓忠謨：《刑法原理》最新增訂版，第501頁。

15. “教育刑”認為刑罰的目的是改造犯罪人，使之重新回歸社會。但筆者認為，沒有刑罰的懲罰與報應的直接目的，就無法達至改造的目的。

16. 參見（德）漢斯·海因里希·耶賽克、托馬斯·魏根特著、徐久生譯：《德國刑法教科書》，中國法制出版社2001年版，第980頁。

的二元論，其實質就是堅持罪刑法定原則，確保犯罪與刑罰之間不可分割的因果聯繫。而刑罰延長制度人為割裂這種聯繫，使並沒有實施犯罪的人造受刑罰的懲罰與報應，顯然不符合罪刑法定原則。

其次，刑罰延長制度有悖於主客觀統一的刑事責任原則。大陸法系的刑法理論歷來重視主客觀統一的刑事責任原則，這是不爭的事實。僅實施了刑法禁止的行為而無可非難之主觀責任，不構成犯罪；反之，僅有犯意而無行為，也不得視為犯罪。但是，刑罰延長制度是以人身危險性為依據的，而人身危險性相對於前行為來說，只是一種推測和判斷，屬於主觀的範疇。在前行為人尚無實施刑法禁止的足以構成犯罪的情況下對其施以刑罰，無異於“主觀歸罪”。

最後，刑罰延長制度有悖於“一事不再理”原則。對同一犯罪事實，不得重複進行二次處罰，這也是大陸法系刑法與刑事訴訟法理論的基本理念。而刑罰延長制度對一個犯了罪已服完刑且並無實施新的犯罪的人再次施以刑罰，其實質就是一種雙重懲罰。但對同樣的犯罪人處以保安處分則不同，因為保安處分是以人身危險性而非以現實的犯罪行為為依據的。

綜上分析，筆者認為在《澳門刑法典》中廢除刑罰延長制度，並以相關之保安處分取代，實屬緊迫之舉。值得一提的是，即便是《葡萄牙刑法典》，也無此類規定。《葡萄牙刑法典》對具有犯罪傾向的不法分子採用的是相對不定期刑制度，即法官在對犯罪人作出判決時，其刑期就是不確定的。<sup>17</sup>筆者並不認同這種制度，限於篇幅有限，故在此不予論述。

### 三、和諧社會與刑罰效力原則

所謂刑罰效力原則，簡言之，就是指對犯罪人處以刑罰，應力求達至最佳之一般預防和特別預防效果。刑罰效力原則可以包括靜態和

---

17. 比如，根據《葡萄牙刑法典》第83條規定，對具有犯罪傾向的不法分子可處以相對不定期刑的條件與《澳門刑法典》刑罰延長制度的條件完全一致，唯規定相對不定期刑的下限為對所犯之罪所科處實際徒刑的三分之二，上限則為所科處的實際刑期加六年。

動態兩個方面，靜態乃為制定刑罰所考慮者，動態則為對犯罪人量刑所考慮者。本文所指之刑罰效力原則，概指靜態而言。

和諧社會需要一個安定的社會環境，這是無須多言的；而要實現社會安定，盡可能地減少和預防犯罪，則是重要的一個方面。因此，對犯罪人處以刑罰既然是減少和預防犯罪的一種手段，就要求立法者在制定和適用刑罰時，要充分考慮到刑罰的效力原則。因為，任何一種刑罰，不管是死刑、自由刑或是財產刑，客觀上都會存在利弊之分。作為立法者，就是要對每種刑罰的利弊有一個清醒的認識，立法時做到揚長避短，最大限度地發揮每一種刑罰的“利”；只有這樣，刑罰的效力原則才會得以真正的體現。正是基於這種認識，筆者認為，《澳門刑法典》的立法者在罰金與自由刑的選科問題上，其刑事政策的價值取向是值得商榷的。

### （一）罰金與自由刑關係之規定

正如德國學者所指出的那樣，“在今天的刑事司法實踐中，罰金刑是運用最為廣泛和頻繁的制裁手段”。<sup>18</sup>究其原因，主要在於同自由刑相比，罰金刑具有不可替代之長處，如罰金刑可避免監獄內的交叉感染、有助於犯罪人的社會適應化、節約行刑開支、對貪利性犯罪的特殊預防作用等。基於此，《澳門刑法典》的立法者在罰金刑與自由刑關係問題上的立法價值觀念從總體上看是可取的，主要表現在：

一是罰金刑的適用對象。從一般立法實踐來看，罰金刑通常適用於輕罪，包括過失犯罪，這一點在《澳門刑法典》中也有明確的規定。如對侵犯財產罪來說，只要法定刑最高限度不超過五年徒刑的，都會規定罰金刑；其他種類的犯罪則只要法定刑最高限度不超過三年徒刑的，也都會規定罰金刑。<sup>19</sup>這些規定有助於罰金刑的普遍使用。

二是罰金刑對自由刑的替代。根據《澳門刑法典》規定，凡被判處的徒刑不超過六個月者，只要法官認為用罰金或其他非剝奪自由之刑

18. 參見（德）漢斯·海因里希·耶賽克、托馬斯·魏根特著、徐久生譯：《德國刑法教科書》，中國法制出版社2001年版，第979頁。

19. 個別犯罪，如過失殺人罪、脫逃罪除外。

罰予以替代可實現預防犯罪人再次犯罪的目的，就可以用相等日數的罰金替代自由刑，這一規定有助於消彌短期自由刑所帶來的弊端。

三是罰金刑與自由刑的選用。根據《澳門刑法典》規定，如對某個犯罪人可選科自由刑或罰金刑，則只要科處罰金刑可適當及足以實現刑罰目的的，法院須優先考慮罰金刑。這一規定體現了刑罰的謙抑性原則。

但是，恰恰在罰金刑和自由刑的選科問題上，《澳門刑法典》的立法者採取了絕對化的選科制度，即判了自由刑就不能判罰金刑，反之一樣。去年，澳門特別行政區政府曾向立法會提交了一份法案，其中一個內容就是建議對貨物欺詐罪的法定刑使用自由刑與罰金刑並科的制度。但有的葡國法律專家認為，這樣做是“澳門法律不允許的”<sup>20</sup>，這就涉及到在罰金刑與自由刑的關係上刑事政策的價值取向問題。

## （二）罰金刑與自由刑的選科與並科制度

所謂罰金刑的選科制，是指對某種犯罪規定或判處徒刑或罰金，二者選其一。而並科制是指既可判徒刑，亦可並處罰金；並科制又可分為必並科（必須並科）和得並科（可以並科也可以不並科）。在大陸法系國家或地區，由於罰金刑通常都是作為主刑使用的，故關於罰金刑與自由刑是選科還是並科，根據不同的刑事政策價值觀，各國立法不盡相同。

從目前情況來看，在罰金刑與自由刑的選科或並科立法上，主要有四種模式：一是絕對選科制模式。比如，羅馬尼亞、奧地利刑法典對凡涉及適用罰金刑的條文，均採用選科制。二是原則上採用選科制模式。比如，《德國刑法典》分則對適用罰金刑的條文採用了選科制，但其總則又作了例外規定，即犯罪人由於其行為已經獲利或意圖獲利者，經考慮其個人與經濟之情況，即使分則未規定罰金或僅能選科罰金刑的，也得與自由刑並罰。三是以並科制為主、選科制為輔模式。比如，意大利、西班牙的刑法典對大多數適用罰金刑的條文採用必並

---

20. 關於葡萄牙法律專家的這一觀念，筆者是從《澳門日報》上獲得。

科的制度，對少數輕罪條文的罰金刑則採用選科制。四是以選科制為主、以並科制為輔模式。比如，瑞士、印度刑法典對絕大多數適用罰金刑的條文採用選科制，對少數適用罰金刑的重罪條文或其他犯罪條文採用必並科或得並科的制度。

### （三）罰金刑與自由刑絕對選科制模式之反思

應當指出，說澳門刑法在罰金刑與自由刑關係問題上採用絕對選科制模式，主要是針對刑法典立法價值觀念及葡萄牙法律專家的上述觀念而言的。事實上，在澳門個別單行法律中，也存在罰金刑的必並科制立法例。<sup>21</sup>問題在於，上述葡萄牙法律專家的絕對選科制觀念對澳門的刑事立法已經產生了影響。<sup>22</sup>

筆者認為，在罰金刑與自由刑的選科或並科問題上，絕對的選科制模式不符合刑罰的效力原則。眾所周知，貪利性犯罪在行為人主觀上有一個共同點，即他們都是企圖通過各種非法活動來謀取某種橫財。對此類犯罪僅處以自由刑，有時很難收到預防犯罪之成效，不足以體現刑罰的威懾力。而罰金刑的性質決定了它不但能使行為人感到無利可圖，減少犯罪成功所帶來的誘惑力，並且頗能對症下藥，觸其痛處，增加刑罰之威懾力，同時還能在一定程度上剝奪犯罪人的再犯能力。因此，對貪利性犯罪適用罰金刑，最足以體現罰金刑的長處。罰金刑之所以能夠成為現代刑罰體系中舉足輕重之刑罰，這是很重要的一個原因。

在上述罰金刑與自由刑選科或並科之模式中，筆者比較讚賞第二種模式，即《德國刑法典》所採用之模式。這一模式的好處在於：第一，因罰金刑大量適用於輕罪，故原則上採用選科制，可以使罰金刑

21. 比如，《財產申報法》規定的“違反取閱程序罪”及“違反配偶合作義務罪”、《視聽廣播事業法律制度》規定的“非法經營廣播業務罪”，其罰金刑都採用必並科的制度。

22. 比如，在《有組織犯罪法》中，原第10條規定了“不法資產或物品的轉換、轉移或掩飾罪”，其處罰採用罰金刑與自由刑的必並科制度。但在最近頒佈的《預防及遏制清洗黑錢犯罪》的法律中，立法者廢除了《有組織犯罪法》第10條規定，對“清洗黑錢罪”只規定了二至八年的自由刑，但沒有規定罰金刑。

在避免犯罪人獄中交叉感染、幫助犯罪人適應社會、節約行刑成本等方面的長處得以充分發揮。第二，因罰金刑對貪利性犯罪具有獨特之懲罰與防範效果，故在刑法典總則中作例外性規定，為法官對貪利性犯罪並科罰金提供法律依據，可以使罰金刑對貪利性犯罪的懲治與防範作用也得以充分發揮。值得一提的是，有的國家如意大利，為了突現罰金刑對貪利性犯罪的懲治作用，更在相關法律中明確規定，對那些出於貪利動機而實施的重罪，即使法定刑僅為自由刑，法官也有權並科財產刑；如果考慮到犯罪人的經濟狀況，判處罰金最高額仍不能收到應有效果的話，法官還可將財產刑的數額提高三倍。<sup>23</sup>

為此，筆者認為，以刑罰效力原則觀之，在罰金刑的選科與並科問題上，源自於葡萄牙的絕對選科制觀念應當改變。具體立法操作可以包括兩個方面：一是參考《德國刑法典》，在《澳門刑法典》總則中增設例外性規定，即對貪利性犯罪即使僅能選科罰金刑或未規定罰金刑，法官也得視案情及犯罪人之情況並科罰金刑，即採得並科制度。二是對發生在經濟領域中的重罪，如清洗黑錢罪，不論情節或處罰輕重，都應當並科罰金，即採必並科制度。

#### 四、和諧社會與刑罰體系之科學性原則

現代刑罰體系最重要的特徵之一，就是將刑罰分為主刑和附加刑兩大類。在大陸法系國家或地區，主刑一般包括生命刑（廢除者除外）、自由刑和財產刑；而附加刑則通常屬於一種剝奪資格的刑罰<sup>24</sup>，但究竟剝奪何種資格可以納入刑罰的範疇，無論是在理論還是在立法上，都沒有一個統一的標準。因此，在刑罰體系科學性方面，如何完善附加刑之種類，如何處理好附加刑與其他處罰措施之間的協調關係，就成為現代刑罰體系科學性原則的重要內容。

建立科學的附加刑體系，其實質與刑罰的謙抑性原則是息息相關的。構建和諧社會既然要以刑罰的謙抑性原則為基本刑事政策，就必

23. 參見陳忠林：《意大利刑法綱要》，中國人民大學出版社1999年版，第267頁。

24. 正因為附加刑多為剝奪犯罪人某種資格的刑罰，故學理上也被稱之為“資格刑”。

須重視刑罰體系的科學性原則，尤其是要注意附加刑的設置與運用。因為，附加刑雖然附屬於主刑而存在，但它畢竟屬於刑罰的範疇，而且在特定情況下具有獨立使用的價值；所以，如果立法者認識不到這一點，隨心所欲地規定附加刑，其性質一樣屬於濫用刑罰權，有悖於刑罰謙抑性原則，破壞了和諧社會的法治形象。正是基於這種認識，筆者認為，澳門刑法中的附加刑立法所反映出來的立法觀念是極其值得商榷的。

### （一）附加刑之規定

大陸法系國家或地區的刑法淵源通常包括刑典、單行刑事法律和附屬刑法三種表現形式<sup>25</sup>，澳門刑法同樣如此。許多國家或地區，通常將附加刑的種類及其適用條件同主刑一起規定在刑典總則中。但是，澳門刑法則不然，其附加刑之規定基本上都分散規定在刑典之外的單行刑事法律或附屬刑法之中。

《澳門刑典》共規定了四種附加刑，其中總則規定兩種附加刑，分則規定兩種附加刑。總則規定的附加刑是禁止執行公共職務和中止執行公共職務，包括適用附加刑的條件，適用的對象主要是犯了罪的公務員。分則規定的附加刑是剝奪親權、監護權或保佐權，以及剝奪選舉立法機關成員或被選為立法機關成員的資格，它們只能適用於法律規定的特定犯罪。<sup>26</sup>

澳門單行刑事法律規定的附加刑種類則遠遠超出刑典，主要集中在《有組織犯罪法》、《懲治妨害公共衛生及經濟違法行為法》、《販賣及吸食麻醉品法》、《關於遵守若干國際法文書的法律》及《非法賭博法》等單行刑事法律之中。這些單行刑事法律規定的附加刑在內容上有的同刑典重覆，有的彼此之間重覆。主要包括：（1）禁止行使政治權

25. 所謂附屬刑法，學理上通常稱之為非刑事法律中的刑法規範。比如，在澳門《立法會選舉法》中，有關規定選舉方面的犯罪與刑罰的條款，就是附屬刑法。

26. 前者如觸犯《澳門刑典》分則第一編第五章“侵犯性自由及性自決罪”規定的罪行；後者如觸犯《澳門刑典》分則第三編規定的“危害和平及違反人道罪”，或分則第五編第一章“妨害政治、經濟及社會制度罪”規定的罪行。

利；(2) 禁止從事公共職務；(3) 禁止從事須具公共憑證或獲公共當局許可或批准方得從事的職業或活動；(4) 禁止在公法人、在純為公共資本或大多數為公共資本的企業，或在公共服務或財貸的承批企業擔任管理、監察或其他性質的職務；(5) 禁止在專營公司執行任何職務；(6) 禁止與某些人接觸；(7) 禁止進入某場合或地點；(8) 停止行使親權、監護權、保佐權及財產管理權；(9) 禁止駕駛機動車輛、飛行器或船隻；(10) 禁止離開本地區或未經許可下離境；(11) 將非本地居民驅逐出境及禁止入境；(12) 良好行為之擔保；(13) 暫時剝奪參加直接磋商、有限查詢或公開競投之權利；(15) 暫時剝奪參加交易會及展銷會之權利；(16) 禁止從事某些職業或業務；(17) 場所之暫時封閉；(18) 場所之永久封閉；(19) 司法解散；(20) 禁止進入賭博場所。

澳門附屬刑法也規定了相應的附加刑，其內容大多與刑法典或單行刑事法律規定的附加刑重覆。不同者有二種附加刑：(1) 撤職；(2) 將有罪判決公佈。

## (二) 附加刑之立法趨勢

附加刑作為一種資格刑，並非現代刑罰的產物，早在古《漢漠拉比法典》中，就已經存在著關於資格刑的規定。<sup>27</sup>在近代刑法中，1810年的《法國刑法典》和1871年的《德國刑法典》中也都有關於資格刑的規定。資格刑之所以在現代刑罰體系中仍佔有一席之地，在於有些學者認為，對某些犯罪人科處剝奪某種資格的附加刑，有助於剝奪犯罪人的再犯能力，以防範犯罪人刑滿後再次危害社會。

但是，隨著社會的進步以及人權理論的強化，刑罰的謙抑性原則得到越來越廣泛的認同。在附加刑問題上，不少學者認為應該嚴格限制附加刑的適用範圍，盡可能將其非刑罰化，以充分體現刑罰的謙抑性原則，保障基本人權。正是在這一理論之影響下，附加刑的非刑罰化，正在逐步成為一種立法發展趨勢而影響著各國立法，這一點在德

---

27. 如該法典第5條規定，擅自改變原判的法官，不但應科處罰金，而且其席位應從審判會議中撤銷，本人不得再置身於法官之列。

國的附加刑立法發展過程中表現得尤為明顯。比如，1871年的《德國刑法典》規定的附加刑涉及剝奪公權、私權等十多項權利，以後則慢慢縮小到僅限於剝奪選舉與被選舉權以及擔任公職的資格。現行《德國刑法典》更是加快了附加刑的非刑罰化步伐，除了繼續保留禁止駕駛這一種附加刑外，其餘剝奪各種權利或資格的附加刑全部轉化為處罰的“附隨後果”，使其脫離了刑罰的範疇。正如德國學者所說，德國刑法典規定的這些“附隨後果”，很難被納入刑罰的雙軌，所以才被以中性的概念表述為“附隨後果”。<sup>28</sup>

### （三）附加刑之反思

從澳門刑法中的附加刑立法基本情況來看，主要特徵一是立法混亂，各自為政，根本談不上統一籌劃；二是種類繁多，隨心所欲，視附加刑為兒戲。對這兩個特徵進行反思，不難得出二個結論：第一，違反了刑事立法的科學性。因為，在大陸法系國家或地區，刑法典作為刑事實體法的基本法典，其總則對其他刑法規範的指導作用是不容否認的。附加刑作為一種刑罰，應當由立法者根據相應的理念（如根據刑罰謙抑性原則），統一規定在刑法典總則中，並明確規定相關的內容及適用的條件。反觀澳門刑法中的附加刑立法，刑法典總則的指導作用已經蕩然無存，這樣的立法怎麼能不引起混亂呢？第二，違反了刑罰謙抑性原則。如上所述，澳門刑法中的附加刑，種類達二十四種，恐怕在大陸法系國家或地區是十分罕見的。是不是這些附加刑都具有設為刑罰的必要呢？在筆者看來，答案是否定的。大部分附加刑，完全可以從刑罰中剔除出去，代之以非刑罰措施。其中，有的可以轉化為行政處罰措施，有的可以轉化為保安處分。

綜上所述，筆者認為，對澳門刑法中的附加刑進行反思清理是十分必要的，而這方面的清理可分為四個部分：

第一，調整立法理念，強化刑法典的指導作用，將清理後有必要保留的附加刑統一規定在刑法典總則中，並明確規定相應的內容及適

---

28. 參見（德）漢斯·海因里希·耶賽克、托馬斯·魏根特著、徐久生譯：《德國刑法教科書》，中國法制出版社2001年版，第947頁。

用條件。這樣做不僅符合刑事立法的科學性，而且也有助於法律的統一適用。

第二，四種附加刑應從刑罰範疇中剔除。一是剝奪政治權利。因為政治權利作為一種基本權利，是一個類概念，包含許多種權利。為此，不少學者認為，在強調刑法人權保障的今天，不易將剝奪政治權利籠統地作為一種附加刑適用，偏向於只剝奪選舉權和被選舉權。二是中止執行公共職務。因為這種附加刑完全可以交由犯罪人的相關機關處理，根本無必要將其視為刑罰。三是禁止離境。因為出境自由是澳門基本法規定的基本權利，雖澳門基本法也規定受法律制止者除外，但作為一種基本權利，禁止離境必須有充分理由，如保障刑事偵查的需要。僅憑過去犯過罪而剝奪其出境的自由，不符合刑法的人權保障機能。四是有罪裁判之公佈。因有罪裁判之公佈只是一種裁判公佈之方式，不易將其視為刑罰。

第三，五種附加刑可轉化為行政處罰措施。具體包括：撤職；暫時剝奪參加直接磋商或有限查詢或公開競投之權利；暫時剝奪參加交易會及展銷會之權利；場所之暫時封閉；場所之永久封閉。因這五種附加刑就其性質而言，明顯可視為一種行政處罰，不易視為刑罰。

第四，七種附加刑可轉化為保安處分。具體包括：禁止從事某些職業；禁止進入特定場所；禁止進入賭博場所；禁止與某些人接觸；良好行為之擔保；司法解散；將非本地居民驅逐出境或禁止入境。因這些附加刑在不少國家或地區的刑法中，都是作為保安處分規定在刑法定總則中。保安處分不是刑罰，故不抵觸刑罰的謙抑性原則。這裏特別需要指出的是，禁止從事某些業務在《澳門刑法典》中已經被規定為保安處分，在單行法律中卻又規定為附加刑，這在立法上本身就是一種嚴重的混亂。

經過清理，筆者認為得以在《澳門刑法典》總則中規定的附加刑可包括四種：一是剝奪選舉權和被選舉權；二是剝奪擔任公職的權利；三是剝奪親權、監護權或保佐權；四是禁止駕駛。在其他單行刑事法律或附屬刑法中，不得再規定新的附加刑，但可以對刑法典規定的附加刑的適用條件作例外性調整。

值此本文結束之際，筆者深感有必要強調的是，自澳門回歸六年多來，在行政長官何厚鏵先生領導下，澳門無論在政治、經濟、文化等各個方面都發生了巨大的變化，並取得了令世人矚目的成就。構建和諧社會，保持可持續發展的社會動力，是全體澳門居民的共同目標。因此，為了實現這一目標，澳門的法律工作者尤其是刑事法律工作者，有責任對葡萄牙遺留下來的現有刑事政策進行深刻的全面反思。反思的立足點不是葡萄牙法律如何如何，而是應當從澳門實際情況出發，立足本地，解放觀念，放眼世界，吸取各國法律之精華。只有這樣，澳門的刑事法律才能夠在澳門社會的發展進程中，真正起到保駕護航的作用，澳門的法制建設才能更上一層樓。