



澳门特别行政区法律丛书

澳门刑法概说 (犯罪通论)

Research on Macau
Criminal Law
(General Theory of Crimes)

赵国强 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



澳門基金會
FUNDAÇÃO MACAU



澳门特别行政区法律丛书

澳门刑法概说 (犯罪通论)

Research on Macau
Criminal Law
(General Theory of Crimes)

赵国强 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



澳門基金會
FUNDAÇÃO MACAU

图书在版编目(CIP)数据

澳门刑法概说：犯罪通论- / 赵国强著. —北京：社会科学文献出版社，2012. 8

(澳门特别行政区法律丛书)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 3469 - 8

I. ①澳… II. ①赵… III. ①刑法 - 研究 - 澳门 - 高等学校 - 教材 IV. ①D927. 659. 040. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 115681 号

· 澳门特别行政区法律丛书 · 澳门刑法概说 (犯罪通论)

著 者 / 赵国强

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 编译中心 (010) 59367004

责任编辑 / 王玉敏 张文静

电子信箱 / bianyibu@ssap.cn

责任校对 / 王明明 李 腊

项目统筹 / 王玉敏

责任印制 / 岳 阳

经 销 / 社会科学文献出版社营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京季峰印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 34. 25

版 次 / 2012 年 8 月第 1 版

字 数 / 534 千字

印 次 / 2012 年 8 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 3469 - 8

定 价 / 99. 00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版权所有 翻印必究

《澳门特别行政区法律丛书》

编委会

主 任 吴志良 刘高龙

副 主 任 赵国强 骆伟建 唐晓晴

委 员 (按姓氏笔划排序)

方 泉 米万英 陈海帆 赵向阳

徐京辉 涂广建 蒋朝阳

总序

自1995年澳门基金会开始编辑出版第一套《澳门法律丛书》至今，整整十七年过去了。在历史的长河中，十七年或许只是昙花一现，但对澳门来说，这十七年却具有非同凡响的时代意义；它不仅跨越了两个世纪，更重要的是，它开创了“一国两制”的新纪元，首创性地成功实践了“澳人治澳、高度自治”的政治理念。如果说，十七年前我们编辑出版《澳门法律丛书》，还仅仅是澳门历史上首次用中文对澳门法律作初步研究的尝试，以配合过渡期澳门法律本地化政策的开展，那么，十七年后我们再组织编写这套更为详细、更有深度的《澳门特别行政区法律丛书》，便是完全受回归后当家做主的使命感所驱使，旨在让广大澳门居民更全面、更准确、更深刻地认识和了解澳门法律，以适应澳门法律改革的需要。

目前，在澳门实行的法律包括三个部分，即澳门基本法、被保留下来的澳门原有法律和澳门特别行政区立法机关新制定的法律；其中，澳门基本法在整个澳门本地法律体系中具有宪制性法律的地位，而被保留下来的以刑法典、民法典、刑事诉讼法典、民事诉讼法典和商法典为核心的澳门原有法律，则继续成为澳门现行法律中最主要的组成部分；正因为如此，澳门回归后虽然在政治和经济领域发生了巨大的变化，但法律领域相对来说变化不大。这种法制现状一方面表明澳门法律就其特征而言，仍然保留了回归前受葡萄牙法律影响而形成的大陆法系成文法特色，另一方面也表明澳门法律就其内容而言，“老化”程度比较明显，不少原有法律已经跟不

上澳门社会发展的步伐。近几年来，澳门居民要求切实加强法律改革措施的呼声之所以越来越强烈，其道理就在于此。从这一意义上说，组织编写《澳门特别行政区法律丛书》，既是为了向澳门区内外的广大中文读者介绍澳门特别行政区的法律，同时也是为了对澳门法律作更系统、更深入的研究，并通过对澳门法律的全面梳理，激浊扬清，承前启后，以此来推动澳门法律改革的深化与发展。

与回归前出版的《澳门法律丛书》相比，《澳门特别行政区法律丛书》除了具有特殊的政治意义之外，其本身还折射出很多亮点，尤其是在作者阵容、选题范围与内容涵盖方面，更颇具特色。

在作者阵容方面，《澳门特别行政区法律丛书》最显著的特点就是所有的作者都是本地的法律专家、学者及法律实务工作者，其中尤以本地的中、青年法律人才为主。众所周知，由于历史的原因，澳门本地法律人才的培养起步很晚，可以说，在1992年之前，澳门基本上还没有本地华人法律人才。今天，这一人才状况得到了极大的改善，由澳门居民组成的本地法律人才队伍已经初步形成并不断扩大，其中多数本地法律人才为澳门本地大学法学院自己培养的毕业生；他们年青，却充满朝气，求知欲旺盛；他们羽翼未丰，却敢于思索，敢于挑起时代的重任。正是有了这样一支本地法律人才队伍，《澳门特别行政区法律丛书》的编辑出版才会今非昔比。特别应当指出的是，参与撰写本套法律丛书的作者分别来自不同的工作部门，他们有的是大学教师，有的是法官或检察官，有的是政府法律顾问，有的是律师工作者；但无论是来自哪一个工作部门，这些作者都对其负责介绍和研究的法律领域具有全面、深刻的认识；通过长期的法律教学或法律实务工作经验的积累，通过自身孜孜不倦的钻研和探索，他们在相应部门法领域中的专业水平得到了公认。毋庸置疑，作者阵容的本地化和专业性，不仅充分展示了十多年来澳门本地法律人才的崛起与成熟，而且也使本套法律丛书的权威性得到了切实的保证。

在选题范围方面，《澳门特别行政区法律丛书》最显著的特点就是范围广、分工细。如上所述，澳门法律具有典型的大陆法系成文法特色，各种社会管理活动都必须以法律为依据；然而，由于澳门是一个享有高度自治权的特别行政区，除少数涉及国家主权且列于澳门基本法附件三的全局性

法律之外，其他的全国性法律并不在澳门生效和实施；因此，在法律领域，用“麻雀虽小，五脏俱全”来形容澳门法律是再合适不过了。正是考虑到澳门法律的全面性和多样性，我们在组织编写《澳门特别行政区法律丛书》时，采用了比较规范的法律分类法，将所有的法律分为两大类：第一类为重要的部门法领域，包括基本法、刑法、民法、商法、行政法、各种诉讼法、国际公法与私法、法制史等理论界一致公认的部门法；第二类为特定的法律制度，包括与选举、教育、税务、金融、博彩、劳资关系、居留权、个人身份资料保护、环境保护等社会管理制度直接相关的各种专项法律。按此分类，本套法律丛书共计34本（且不排除增加的可能性），将分批出版，其规模之大、选题之全、分类之细、论述之新，实为澳门开埠以来之首创。由此可见，本套法律丛书的出版，必将为世人认识和研究澳门法律，提供一个最权威、最丰富、最完整的资料平台。

在内容涵盖方面，《澳门特别行政区法律丛书》最显著的特点就是既有具体法律条款的解释与介绍，又有作者从理论研究的角度出发所作之评析与批判。在大陆法系国家或地区，法律本身与法学理论是息息相关、不可分割的，法学理论不仅催生了各种法律，而且也是推动法律不断完善、不断发展的源泉。澳门法律同样如此，它所赖以生存的理论基础正是来自大陆法系的各种学说和理念，一言蔽之，要真正懂得并了解澳门法律，就必须全面掌握大陆法系的法学理论。遗憾的是，受制于种种原因，法学理论研究长期以来在澳门受到了不应有的“冷落”；法学理论研究的匮乏，客观上成为澳门法律改革步履维艰、进展缓慢的重要原因之一。基于此，为了营造一个百家争鸣、百花齐放的法学理论研究氛围，进一步深化对澳门法律的认识和研究，提升本套法律丛书的学术价值，我们鼓励每一位作者在介绍、解释现行法律条款的同时，加强理论探索，大胆提出质疑，将大陆法系的法学理论融入对法律条款的解释之中。可以预见，在本套法律丛书的带动下，澳门的法学理论研究一定会逐步得到重视，而由此取得的各种理论研究成果，一定会生生不息，成为推动澳门法律改革发展的强大动力。

编辑出版《澳门特别行政区法律丛书》无疑也是时代赋予我们的重任。在澳门基本法所确立的“一国两制”框架下，澳门法律虽是中国法律的一个组成部分，但又具有相对的独立性，从而在中国境内形成了一个独特的



大陆法系法域。我们希望通过本套法律丛书在中国内地的出版，可以让所有的中国内地居民都能更深刻、更全面地了解澳门、熟悉澳门，因为澳门也是祖国大家庭的一个成员；我们也希望通过本套法律丛书在中国内地的出版，为澳门和中国内地法律界之间的交流架起一道更宽阔、更紧密的桥梁，因为只有沟通，才能在法律领域真正做到相互尊重、相互理解、相互支持。

编辑出版《澳门特别行政区法律丛书》显然还是一项浩瀚的文字工程。值此丛书出版之际，我们谨对社会科学文献出版社为此付出的艰辛努力和劳动，表示最诚挚的谢意。

《澳门特别行政区法律丛书》

编委会

自序

《澳门刑法概说（犯罪通论）》完成之际，笔者在澳门大学法学院执教也近十二年了；抚今忆昔，颇多感触。应该说，自1985年在上海华东政法大学从事刑法学的教学工作之后，在澳门大学教授刑法学，成了笔者第二次的执教生涯；但两次执教生涯，不可相提并论。在华东政法大学教授刑法学，传授的是中国内地的社会主义刑法学，其基本理论体系来自苏联的刑法理论，其间笔者虽也阅读了不少有关大陆法系刑法理论的著作，但毕竟缺乏系统性的研究；然在澳门大学教授刑法学，其理论体系则完全来自于大陆法系的刑法理论，其释义的法律规定也完全是“一国两制”框架下澳门现行的刑法典及相关的特别刑法。正是第二次执教生涯，使笔者对大陆法系刑法理论进行了第二次探索，而这第二次探索，无疑是一个更全面、更系统、更深入的研究历程。

众所周知，由于历史的原因，澳门法律包括澳门刑法均源自于葡萄牙法律，这是不争的也无须回避的事实。正是基于这样一种历史渊源，澳门刑法如同葡萄牙刑法一样，属于货真价实的、地地道道的大陆法系刑法，尤其是《澳门刑法典》，简直就是1982年《葡萄牙刑法典》的孪生兄弟，其所规定的每一种刑事制度，甚至是每一个概念，都是大陆法系刑法理论中各种观念、学说在立法上的体现与折射。比如，《澳门刑法典》总则第二编关于不纯正不作为犯罪的规定、关于故意与过失的规定、关于不法性错误的规定、关于结果加重犯的规定、关于犯罪实行行为的规定、关于犯罪障碍未遂和中止未遂的规定、关于共同犯罪人的规定、关于连续犯的规定、



关于阻却违法性事由的规定、关于免除责任的防卫过当和紧急避险的规定，无不属于大陆法系国家或地区的学者普遍关注并深入研究的理论问题；在有些理论问题上，各种学说和观点可以说是众说纷纭、莫衷一是，《澳门刑法典》的相关规定和《葡萄牙刑法典》一样，只是体现了其中的一种学说或观点。由此可见，《澳门刑法典》所依托或者说所蕴含的理论依据就是大陆法系的刑法理论；要对《澳门刑法典》的各种规定包括各种概念真正做到既知其然，又知其所以然，就必须系统了解大陆法系的刑法理论；不了解大陆法系的刑法理论，或者只是对其一知半解，就不能说懂澳门刑法，也没有能力去评价澳门刑法。在澳门，有人认为，“不懂葡国学说就不懂澳门法律”，这种说法是非常幼稚和错误的，因为在世界法律学说这个大家庭中，并不存在所谓的“葡国学说”，所谓的“葡国学说”其实就是大陆法系的法学理论在葡萄牙的一个缩影，刑法理论同样如此。笔者在教学过程中，之所以一再告诫学生，要求学生多看、多读大陆法系国家或地区的刑法理论著作及刑法典，尤其是要多看、多读走在大陆法系刑法理论前沿的、最具代表性的国家如德国、日本的刑法理论著作及刑法典，其道理就在于只有了解了大陆法系的刑法理论及相关立法例，才能读懂澳门刑法，才有资格和能力对澳门刑法中的各项刑事制度加以评析甚至批判，才能立足实际，面向世界，推动澳门刑法的改革与完善。

《澳门刑法概说（犯罪通论）》既是一本适合大学本科教学用的教科书，也是一本关于大陆法系刑法理论的专著。作为教科书，本书一方面在章节体系上严格按照大陆法系的一般刑法理论进行分类，力求做到理论编排的系统性、明了性和合理性，使学生对整个大陆法系刑法学的理论体系一目了然；另一方面又运用“以理释法”的方式，将大陆法系的刑法理论与澳门现行刑法的各项规定结合起来，通过解释或评析，使学生对澳门刑法既知其然，又知其所以然。除此之外，本书作为一本理论专著，还凝聚着笔者在澳门大学执教十多年来系统、深入地研究大陆法系刑法理论的一些心得与体会；在不少涉及大陆法系刑法的基本理论问题上，笔者并不限于对各种学说和观点的介绍，而且也表达、论证了自己的见解，如关于行为结果的分类、构成要件事实的认识错误与不法性错误的界限、结果加重犯的罪过形式、期待可能性的运用、实行行为的认定、狭义共犯的属性及连续犯等理论问题，本书都有所论述，并对德国或日本刑法理论中的某种观点

及实务判例提出质疑。当然，学无止境，作为理论探索，本书提出或论证的观点只代表个人的学术见解。

作为一名教师与学者，笔者真诚地希望本书的出版，能为大学本科学子学习澳门刑法提供一本将大陆法系刑法理论与澳门现行刑法规定融合在一起的、比较规范的中文教科书；同时，也希望通过本书的出版，来推动澳门刑法学理论的研究和发展，从而为澳门刑事法律的改革提供必要的理论依据。为此，笔者将继续努力，争取尽快完成本书的姊妹篇《澳门刑法概说（刑罚通论）》的撰写与定稿。

感谢澳门基金会长期以来为宣传和研究澳门法律付出的辛勤劳动与努力。

是为序。

赵国强

2012年3月3日于澳门

目 录

第一章 刑法概述 / 1

- 第一节 刑法的概念 / 1
- 第二节 刑法的机能 / 9
- 第三节 刑法的基本原则 / 11
- 第四节 刑法的理论演变 / 25

第二章 澳门刑法概述 / 37

- 第一节 澳门刑法的历史沿革 / 37
- 第二节 澳门刑法的表现形式 / 43
- 第三节 澳门刑法的适用范围 / 54

第三章 犯罪论体系概述 / 88

- 第一节 犯罪论体系的形成与发展 / 88
- 第二节 犯罪论体系的内在结构 / 93
- 第三节 相关学说和理论 / 109

第四章 构成要件该当性 / 114

- 第一节 客观要素·外部行为 / 115
- 第二节 客观要素·行为结果 / 123



- 第三节 客观要素·行为类型 / 131
- 第四节 客观要素·因果关系 / 141
- 第五节 主观要素·罪过形式 / 153
- 第六节 主观要素·事实错误 / 179
- 第七节 结果加重犯 / 197
- 第八节 构成要件类型 / 209

第五章 违法性 / 212

- 第一节 阻却违法性事由概述 / 213
- 第二节 正当防卫 / 220
- 第三节 阻却违法性的紧急避险 / 237
- 第四节 义务冲突与执行正当命令 / 253
- 第五节 被害人同意 / 263

第六章 有责性 / 277

- 第一节 责任的学说与要素 / 278
- 第二节 责任能力 / 284
- 第三节 违法性意识 / 304
- 第四节 期待可能性 / 312

第七章 故意犯罪的未完成形态 / 343

- 第一节 概述 / 343
- 第二节 犯罪预备 / 348
- 第三节 犯罪未遂的一般理论 / 353
- 第四节 不能犯未遂 / 380
- 第五节 中止未遂 / 394

第八章 共同犯罪 / 407

第一节 共同犯罪概述 / 407

第二节 共同犯罪人的一般理论 / 419

第三节 《澳门刑法典》关于共同犯罪人的分类 / 437

第四节 共同犯罪中的若干问题 / 456

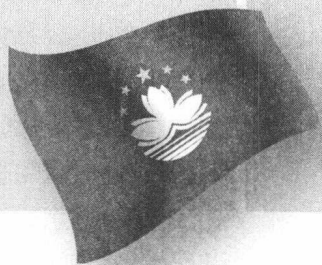
第九章 犯罪竞合 / 466

第一节 数罪的认定标准及其种类 / 466

第二节 立法上的一罪 / 472

第三节 科刑上的一罪 / 486

第四节 《澳门刑法典》关于犯罪竞合的规定 / 506



第一节 刑法的概念

刑法是最古老的部门法。古代法律尽管“民、刑不分”^①，但刑法在整个古代法律中所占之比重乃是第一位的，究其原因，是刑法本身性质使然。那么，什么叫刑法呢？所谓刑法，简单地说，就是指在一个社会的法律体系中，专门规定犯罪、刑罚以及相关刑事责任制度的法律。由此可见，刑法的内涵主要包括三个方面。

一 犯罪

（一）犯罪的概念

犯罪源自于人的有意识的行为。从社会学的角度考察，这种有意识的人的行为是一种弃善扬恶且不可避免的社会现象；但从刑法学的角度考察，犯罪就不仅仅是一种社会现象，更重要的是，犯罪必然也是一种违反刑法

^① 如古罗马第一部成文法典《十二铜表法》即为一部民、刑合一的法典。

规范的行为。唯学者们对犯罪概念的诠释则有形式与实质之分。

1. 犯罪的形式概念

犯罪的形式概念侧重的是犯罪所具有的违反刑法规范的外在特征，即所谓犯罪，就是指违反了刑法规范而应受刑罚处罚的行为；反之，任何一种行为，只要不违反刑法规范，就不能视为犯罪。在立法上，犯罪的形式概念往往也为立法者所采纳，比如，根据《西班牙刑法典》第1条第1款规定，“以自由意志及过失疏忽之行为而为法律所处罚者谓之犯罪及过失罪”，类似的立法还包括1810年的《法国刑法典》第1条规定^①。

犯罪的形式概念将刑事违法性视为犯罪概念的基本内涵，应当说符合罪刑法定原则的法治要求，对于保障人权具有重要的现实意义。然而，犯罪的形式概念却并未指出犯罪所具有的反社会的内在的、本质方面的特征，因而无法回答立法者为什么要将某种行为规定为犯罪并处以刑罚这样一个深层次的问题。尤其是当某种行为尽管形式上违反了刑法规范，但对社会又不具有任何负面效果时，犯罪的形式概念就更会显得苍白无力。

2. 犯罪的实质概念

犯罪的实质概念不仅注重犯罪的外在特征即刑事违法性，而且也考虑到犯罪的内在的、本质方面的特征即反社会性。简单地说，依照犯罪的实质概念，所谓犯罪，就是指危害社会且违反刑法规范应受刑罚处罚的行为。在立法上，有的国家或地区的刑法典也规定了犯罪的实质概念，比如，根据1996年的《俄罗斯刑法典》第14条规定，“本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会行为，被认为是犯罪”，类似的立法例还包括1997年的《中华人民共和国刑法》第13条规定。

犯罪的实质概念因既照顾到犯罪所具有的刑事违法性的外在特征，又揭示了犯罪所具有的反社会性的本质特征，故更为合理，并成为现代刑法理论关于犯罪概念的通说。但是，对犯罪反社会性的本质特征的解读，理论上则形成不同的观点，主要包括权利侵害说、法益侵害说和义务违反说。权利侵害说为19世纪初的近代刑法理论所倡导，代表人物为德国学者费尔巴哈，该学说受反封建的启蒙主义人权思想的影响，将犯罪的反社会性本质特征解释为对人的权利的一种侵害。法益侵害说为现代刑法理论所倡导，该学说认为，犯罪的反社会性本质特征的核心在于侵害了刑法所保护的各

^① 1810年的《法国刑法典》已为1994年的《法国刑法典》所取代。

种法益。义务违反说为少数学者所倡导，该学说认为，犯罪的反社会性本质特征反映了行为人对其应尽义务的违反。

本书赞同法益侵害说的观点。首先，权利侵害说在当时反封建的社会背景下虽具有时代进步意义，但毕竟不能解释所有犯罪的反社会性，如对危害国家安全的犯罪或其他侵害社会公共法益的犯罪来说，就很难用权利侵害说来解释犯罪的反社会性。其次，从大部分刑法规范都是禁止性规范的角度考察，义务违反说虽也有一定的合理性，但解释不作为犯罪的反社会性仍属牵强。法益侵害说将犯罪的反社会性视为对刑法所保护的各种法益的侵害，实际上就是将犯罪的反社会性提升为对整个法秩序的侵害，这样的提升不仅充分揭示了犯罪所具有的危害社会的本质属性，而且也可以涵盖所有犯罪的反社会性。

（二）犯罪的种类

在刑法理论中，根据不同的标准，可以对犯罪进行不同的分类。比如，行为犯、危险犯与结果犯、故意犯与过失犯、既遂犯与未遂犯、单一犯与共犯、身份犯与非身份犯等，都是按照一定的标准对犯罪进行的分类。考虑到这些犯罪分类都会在本书的其他章节中详加论述，故此处只是就以下三种与相关刑法理论无直接关系的犯罪分类作简单的介绍。

1. 自然犯与法定犯

早在古罗马法时代，学者就将犯罪的“恶”分为“自体恶”和“禁止恶”两种类型，“自体恶”是指源自于人类道德规范的“恶”，而“禁止恶”是指源自于统治者立法禁止的“恶”。意大利学者加罗法洛在《犯罪学》一书中以犯罪所表现的“自体恶”和“禁止恶”为标准，首次将犯罪分为自然犯和法定犯，并认为自然犯就是指以缺乏人类本来具有的“爱他”感情中最本质的怜悯之情和诚实准则为内容的犯罪，而法定犯则是指由立法者通过制定法律来规定的犯罪^①。比如，杀人、强奸、抢劫、盗窃等犯罪，就属于违反人类基本伦理道德的自然犯；而诸如违反道路法的醉酒驾驶、违反税法的偷税、违反证券法的操纵股价、违反金融法的非法集资等犯罪，就属于因法律禁止而构成的法定犯。

本书认为，如果从刑法学的角度考察，区分自然犯和法定犯的实际意

① [日] 大冢仁著《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社，1993，第18页。