

跨域法政文丛
何志辉◎主编



欧陆传统与本地意识

EUROPEAN CONTINENTAL TRADITION
AND LOCAL CONSCIOUSNESS

澳门刑事法改革研究

RESEARCH ON THE REFORM OF MACAO CRIMINAL LAWS

赵琳琳◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

跨域法政文丛
何志辉◎主编



本书由澳门基金会资助出版

欧陆传统与本地意识

澳门刑事法改革研究

赵琳琳◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

欧陆传统与本地意识:澳门刑事法改革研究 / 赵琳琳著. --北京:法律出版社,2017

(跨域法政文丛)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1371 - 3

I. ①欧… II. ①赵… III. ①刑法—研究—澳门
IV. ①D927.659.040.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第218482号

欧陆传统与本地意识

——澳门刑事法改革研究

OULU CHUANTONG YU BENDI YISHI

—AOMEN XINGSHIFA GAIGE YANJIU

赵琳琳 著

策划编辑 似玉

责任编辑 似玉

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 15.75

字数 230千

版本 2017年10月第1版

印次 2017年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/liuwenke0467@sina.com

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1371 - 3

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

我们来自五湖四海,各有安身立命之所,却都愿与真理同在,与正义同在,与慈悲同在,与幸福同在,归属同一的法律职业共同体。在信息爆炸的大数据时代,在机遇迭出的大分流时代,我们期望以绵薄之力,于形形色色的学术文丛中,再造一套跨域法政文丛,试图打破学科壁垒,消除职业区隔,超越空间边界,提供更具开放精神的学术平台,促进同人之间的交流合作。

与其他学术文丛相比,跨域法政文丛期望秉持以下特质:

其一,作者之跨域。文丛汇聚各方才俊,所涉议题关乎法政。今日中国法政之研究事业,固然仍有必要移译西学资源,但也有必要扶植原创成果。文丛作者均在跨域文化中历练人生,或有负篋异域的学习背景,或有辗转各方的工作经历,既熟稔异域文化,亦体察在地语境,所涉领域更具国际视野,所事内容更具开放精神,所得成果更具原创价值。

其二,选题之跨域。文丛选题强调跨域性质,借此避免泯然于众。所谓跨域性质大抵有二:一是内容跨越不同法域;二是方法跨越不同学科。前者致力展示涉及港澳法律与比较法的新风貌。其中既有纵向钻研港澳法律的研究,亦有横向进行比较观察的研究,借此展示跨域的深度。后者强调横贯至少两个学科,使研究内容既在法政问题之内,亦在与历史、社

会、文化、宗教、伦理等领域发生关联之处,借此呈现跨域的广度。

其三,影响之跨域。文丛期望产生的影响,契合前述选题之跨域性质。空间意义的跨域选题,更注重制度性的法政研究,有望为中国乃至世界范围的制度建构提供镜鉴;学科意义的跨域选题,更注重方法性的法政研究,有望为纷繁复杂以至牵涉各科的问题意识提供参考。事实上,空间意义与学科意义的跨域,在本套文丛中并非截然对垒。文丛第一辑及后续各辑,大多同时交织两种性质的跨域,亦将因之产生两种性质的影响。

职是之故,文丛集跨域之才俊,汇跨域之选题,求跨域之影响,根在于斯,长在于斯,倘获同人关照,假以时日栽培,必有蔚然生机,终在枝头绽放。

何志辉

序 言

在1999年回归祖国前,澳门已经陆续开展法律的本地化工作,目前这项工作仍在进行当中。澳门法律本地化的工作涉及法律的清理、修改、制定等诸多环节,是一项系统工程。笔者自2008年9月开始在澳门从事法学教育和研究工作,亲眼目睹和参与了澳门法律本地化的过程,进行了一定的独立思考,并陆续发表了一些文章。不过,由于专业所限,笔者的研究主要集中在刑事实体法、刑事程序法、司法改革及区际刑事司法协助等方面。

在海峡两岸与香港特区、澳门特区,澳门的法律改革独具特色:一方面,澳门法律大多照搬自葡萄牙,为了维护法律体系的整体协调性,需要保持原有的欧陆传统特色;另一方面,澳门回归后,社会飞速发展给本地带来了新的变化和挑战,法律的本地化工作需要不断深入推进,以适应社会发展的客观要求。因此,澳门的法律改革尤其是刑事法的改革就在这两方面之间摸索前行,并呈现出不同的特点。这一过程非常值得记录和反思。此外,随着海峡两岸与香港特区、澳门特区交往的日益频繁,跨境犯罪趋于严重,但区际刑事司法互助工作相对滞后,基本没有建立成套的制度,这一问题也逐渐引起各方关注。因此,本书将分成四章:第一章是澳门刑事实体法改革。澳门刑事实体法具有一定的稳定性,回归以来刑法典未作大修改,主要以特别刑法的方式进行了立法和修改工作,

在一定程度上满足了防治犯罪的需要,但也存在一些不足。第二章是澳门刑事程序法改革。和实体法相比,澳门《刑事诉讼法典》在回归后进行过一次较大的修订,主要集中在刑事特别诉讼程序,目的是提高诉讼效率,但其他方面几乎未作修改。第三章是澳门司法改革的若干热点问题。由于澳门司法现状是诉讼效率整体不高,近年来的修改主要围绕简化诉讼程序、减少案件积压等方面展开,同时也在推广诉讼外的纠纷解决机制。第四章是海峡两岸与香港特区、澳门特区区际刑事司法互助,主要结合跨境刑事司法协助的若干问题进行探讨。

总而言之,澳门虽然是一个弹丸之地,但是其法律对欧陆传统的继受体现了独特之处。可以说,澳门法律也是我们了解欧洲大陆法律的一个窗口,许多制度有其科学性与合理性,笔者在教学和研究中常常深受启发。当然,也必须看到,当欧洲大陆某些国家对相关制度及时修改或废止之后,澳门有时候并没有跟进,或者没有结合本地实际作出相应的处理。长此以往,不利于构建具有澳门特区特色的法律体系和制度。因此,本书取名《欧陆传统与本地意识:澳门刑事法改革研究》。笔者认为,澳门的刑事法改革、司法改革或者其他法律改革,既要保持欧陆传统的精髓,也要与时俱进,回应本土发展的客观需要,在两者之间适当兼顾,在海峡两岸与香港特区、澳门特区中形成并发展自己的法律特色。

本书收录了部分笔者自2008年至2017年近十年间发表的有关澳门刑事法、司法改革和区际刑事司法协助方面的论文,并结合澳门法律改革进度重新修改和完善;此外,还有笔者仍在思考和研究中的课题。由于笔者才疏学浅,对澳门法仍然在学习过程中,不当之处敬请指正。

最后,特别感谢澳门基金会对本书出版的资助和一直以来对本澳法学研究的大力支持。非常感谢法律出版社的精心安排和辛勤劳动,感谢澳门科技大学的领导及同事!感谢澳门法律工作者联合会、澳门濠江法律学社、澳门刑事法研究会等社团的领导和朋友们,感谢所有关心和支持我的家人和朋友们,这里就不一一写出你们的名字了。本书也是“2011计划司法文明协同创新中心”的项目成果之一,谢谢各位!

第一章 澳门刑事实体法改革	1
第一节 恶意欠薪, 罚金刑易科自由刑	2
一、罚金刑自身存在的缺陷	2
二、针对罚金刑易科自由刑的质疑	3
三、罚金刑易科自由刑的必要性与可行性	3
四、罚金刑易科自由刑的相关配套措施	5
第二节 “天眼”监控与个人资料保护	5
一、“天眼”监控之主要功能	5
二、“天眼”监控之局限性	6
三、“天眼”监控之规制	8
四、关于监控证据的证明力和证据能力	11
第三节 保留家暴半公罪的意义	13
一、体现两极化的刑事政策	14
二、反映刑法谦抑的要求	14
三、平衡社会公益与个人利益	15
四、节约司法资源	15
五、符合中华传统文化	16
六、顺应恢复性司法的潮流	16
七、结论	17

第四节 “非礼”入刑问题	18
一、治理“非礼”的必要性	18
二、宜采取特别法的立法方式	20
三、合理界定“性骚扰罪”的范围	20
四、相关处罚应具有区分度	22
五、加强预防更重要	23
第五节 刑事被害人保护研究	24
一、澳门刑事被害人保护之现状	24
二、内地刑事被害人保护之现状	27
三、内地与澳门刑事被害人保护之比较	29
四、内地与澳门刑事被害人保护之未来	31
第六节 违法青少年教育监管制度	36
一、立法模式特别化	36
二、参与主体多样化	37
三、教育监管措施多元化	40
四、监管程序规范化	44
五、教育监管制度的实施效果及最新发展趋势	46
六、澳门青少年教育监管制度对内地的借鉴意义	47
七、结语	51
第七节 澳门立法会选举法中的刑事处罚	52
一、澳门选举犯罪之概述	52
二、澳门选举犯罪之具体罪名	53
三、澳门选举犯罪之刑事程序	54
第二章 澳门刑事程序法改革	57
第一节 维护国家安全法的相关刑事程序问题	57
一、危害国家安全犯罪的侦查主体	58
二、危害国家安全犯罪的审判管辖	59
三、危害国家安全犯罪的办案实施细则	60
第二节 刑事预审制度改革	61
一、澳门刑事预审制度及其评价	62
二、外国关于刑事预审制度的改革简况	66
三、澳门刑事预审制度的改革设想	67

第三节 刑事特别程序之优化	70
一、特别程序与简易程序之辨析	70
二、修改澳门特别诉讼程序之具体设想	72
三、当今世界刑事特别诉讼程序的发展趋势	73
四、在澳门刑事司法中引入协商机制	76
五、改革澳门刑事特别程序的具体思路	78
第四节 完善澳门法律援助制度的几点意见	84
一、修改制度名称	85
二、完善审查标准	85
三、提升法律援助的质量	87
四、开拓新的援助方式	88
第五节 澳门污点证人制度的困境与出路	88
一、澳门污点证人制度的相关规定及其缺憾	88
二、香港污点证人制度成功实践的原因分析	90
三、澳门污点证人制度的出路	93
第六节 隐匿身份实施侦查之程序规制	99
一、严格限制适用范围;明确列举犯罪类型	99
二、遵循正当程序;坚持比例原则和司法审查原则	104
三、畅通救济渠道;适用非法证据排除规则	107
第七节 羁押必要性审查机制	118
一、羁押的适用对象	118
二、羁押的适用原则	120
三、羁押的审查程序	121
四、羁押的救济程序	123
五、澳门羁押审查机制对内地之启示	124
第八节 澳门刑事诉讼法仍有完善空间	125
一、修改澳门刑事诉讼法的指导思想	125
二、澳门刑事诉讼法修改的制约因素	126
三、澳门刑事诉讼法修改的理论基础	128
四、在保持现行法典框架基本不变的前提下适当修改的建议	129
第三章 澳门司法改革的若干热点问题	132
第一节 从法官与民众的距离说起	133

一、司法独立的内涵	133
二、法官应和社交生活保持一定距离	134
三、司法审判应受社会监督	134
四、陪审制与参审制的功能	135
五、判决书的意义	136
第二节 司法独立与言论自由的冲突与平衡	136
一、言论自由与司法民主	137
二、言论自由与司法理性	137
三、言论自由与司法公正	137
四、革新公开审判的方式	138
五、媒体及公众的自我约束	139
第三节 民事诉讼分流机制之完善	139
一、民事简易程序改革	140
二、轻微民事案件法庭	142
三、发展并衔接诉讼内外纠纷解决机制	145
四、结论	149
第四节 推进诉讼电子化的发展	149
一、社会发展呼唤电子诉讼	150
二、建立网上声请和查询平台	150
三、运用电子通信技术实施诉讼行为	151
四、设置民事诉讼电子简易程序	152
第五节 澳门赔偿制度之完善	152
一、赔偿的归责原则	153
二、赔偿的种类和范围	156
三、赔偿的方式及标准	161
四、赔偿的程序	162
第六节 ADR 的推广适用	163
一、关于 ADR	163
二、ADR 在澳门适用的现状	166
三、推广仲裁	168
四、加强调解	171
第七节 健全消费争议解决机制	173

一、消费争议仲裁中心	173
二、目前澳门消费仲裁作用有限的原因分析	174
三、澳门消费仲裁之推广与完善	176
第八节 反思交通事故解决机制	178
一、澳门交通案件的现状	178
二、建立交通案件法庭	179
三、尝试交通事故仲裁	180
四、鼓励交通事故调解	181
五、设立交通事故受害人援助计划基金	181
第九节 社会工作者参与调解的机制	182
一、澳门社工参与调解之相关立法	182
二、澳门社工参与调解之必要性	183
三、澳门社工参与调解之可行性	184
四、澳门社工参与调解之展望	184
 第四章 海峡两岸与香港特区、澳门特区区际刑事司法互助	186
第一节 澳门与内地刑事司法协助的难点与对策	187
一、澳门与内地刑事司法协助的现状	187
二、澳门与内地刑事司法协助的难点	189
三、澳门与内地刑事司法协助问题的解决对策	192
第二节 区际刑事司法中赃款赃物的移交	195
一、关于赃款赃物的范围和移交情形	196
二、赃款赃物移交之现状	197
三、国际公约中的资产追回机制	199
四、赃款赃物的移交流程	200
五、完善没收程序	203
六、确立收益分享机制	204
第三节 区际刑事司法合作视野下的特殊侦查	206
一、国际公约中的特殊侦查	206
二、内地和澳门特殊侦查之立法与司法现状	209
三、内地与澳门特殊侦查制度之完善	212
第四节 跨境金融犯罪刑事程序若干问题	216

一、跨境金融犯罪的形势	216
二、取证难	218
三、质证和认证难	220
四、加强区际立法合作与司法协助	222
五、结论	228
参考文献	229
后 记	237

第一章 澳门刑事实体法改革

澳门刑事实体法主要由刑法典和特别刑法构成。特别刑法是指除刑法典之外的其他单行刑事法律和附属刑法(非刑事法律中的刑法规范)。^① 澳门《刑法典》自1996年1月1日生效以来,迄今二十余年的时间里几乎没有做出大的修改,只是通过特别刑法的方式就个别犯罪做出了一些调整,如第6/2001号法律《因利用不可归责者犯罪情节的刑罚加重》、第3/2006号法律《预防及遏止恐怖主义犯罪》、第6/2008号法律《打击贩卖人口犯罪》、第11/2009号法律《打击电脑犯罪法》及第2/2016号法律《预防及打击家庭暴力法》,等等。此外,澳门《刑法典》有关侵犯性自由及性自决罪的若干规定滞后于社会需要,未能响应维护社会安定的要求,众多社会团体、司法机关及警务部门均建议修改,特区政府展开相关咨询工作,并于2017年6月正式通过。应当说,这些就具体犯罪和特别刑法的修改工作回应了社会发展的需要,有力地惩罚了犯罪和保障了人权,但是在某些细节上也存在进一步完善的空间。本章所讨论的议题属于广义刑事法的范畴,除了刑法典和特别刑法以外,也有其他涉及犯罪预防和惩治的法律规范。

^① 参见赵国强:《澳门特别刑法之评析与完善》,载《华东政法学院学报》2004年第5期。

第一节 恶意欠薪,罚金刑易科自由刑

2008年8月20日公布的第7/2008号法律《劳动关系法》已于2009年1月1日起施行。该法第87条(罚金转换为监禁)规定:“第八十五条第一款(六)项规定的罚金可按《刑法典》的规定转换为监禁。”据此,在《劳动关系法》下,若雇主在基本报酬的支付义务到期日起计9个工作日后仍未支付基本报酬的,或者将所欠的报酬抵偿雇员的欠债及扣除雇员的任何报酬而构成轻微违反的,其所处罚金可按《刑法典》的规定转换为监禁。根据澳门《刑法典》第47条第1、2款的规定,对不自愿缴纳或在强制下仍不缴纳罚金的犯罪人,只要不能以劳动代替罚金的,法院就可以将其不缴纳的罚金转换为监禁;有的情况下,尽管犯罪人的罪行按刑法分则规定不能判处徒刑,也不影响将罚金转换为监禁。罚金和监禁期的转换率为3:2,转换后的监禁期不受徒刑最低限期的制约。当被科处罚金刑的犯罪人因不缴纳罚金而被转换为监禁后,只要其愿意,仍可随时缴纳尚欠的全部或部分罚金,以避免执行全部或部分监禁刑。^①《劳动关系法》的这一规定引起了笔者的关注。《中华人民共和国刑法》中没有罚金刑易科自由刑制度,在澳门其实也存在一些争议。但是,这项制度可以在澳门确立下来,必然有其合理性和存在价值。借此机会,笔者结合澳门、内地以及其他国家和地区刑事法律的相关规定来探讨罚金刑易科自由刑制度的几个问题。

一、罚金刑自身存在的缺陷

不容否认,罚金刑具有其他刑罚种类所不具有的一些优点,比如,可以避免犯罪人在监狱中交叉感染,有利于防止犯罪人彻底脱离社会,使其过上正常的社会和家庭生活。更重要的是,一旦出现司法错判,相对容易纠正,不至于严重侵犯人身自由权。从犯罪类型来看,罚金刑也是对付经济犯罪的有效手段。正因如此,罚金刑和自由刑并列为当今世界最主要的两类刑罚措施。但是,罚金刑在适用的过程中也暴露出许多问题:首先,与自由刑相比,罚金刑不够严厉,并容易受到当事人经济状况的影响。比如,因货币的贬值或升值而引起罚金数额规定不合理的现象;在经济繁荣或萧条时期,缴纳罚金也会给犯罪

^① 参见赵国强:《澳门刑法总论》,澳门基金会1998年版,第134~135页。

人带来不同的心理感受。其次,由于社会贫富差距的客观存在,罚金刑对于富人和穷人造成的惩罚效应存在很大悬殊,犯罪人金钱支付能力的差异亦容易导致同罪不同罚的不公平现象,从而背离刑罚的个别预防和一般预防的目的,这也是罚金刑最受争议的一个方面。最后,从实践来看,罚金刑的执行是一个大难题,有的犯罪人为了逃避罚金刑而隐匿或转移财产,这样一来,不仅损害了刑罚的严肃性,有时还可能牵连家属,甚至又实施了其他犯罪以履行罚金刑。

二、针对罚金刑易科自由刑的质疑

由于罚金刑的上述缺陷,许多国家和地区纷纷采取措施来确保罚金刑的实现,罚金刑的易科制度是其中较为有效的一种,也就是当罚金刑无法执行或未能完全执行时,将罚金刑变更为劳役、劳动、监禁等。其中,罚金变更为监禁即笔者这里所讨论的罚金刑易科自由刑制度。对于这一制度也同样存在不少质疑:第一,罚金刑本身是为了避免短期自由刑的弊端才设立的,将罚金刑易科为自由刑,又会重新陷入自由刑的弊端之中。第二,罚金刑属于剥夺财产的刑罚,监禁刑属于剥夺人身自由的刑罚,显然属于两种不同性质的刑罚措施,所涉及的个人权利内容不同。在严厉程度上,也无法相提并论,财产刑转换为自由刑,可以说是加重了。第三,富人和穷人之间经济实力的悬殊可能导致最终适用不同的刑罚。对于富人,其工作应酬繁忙,时间成本高,如果被监禁,损失必然也增大,因而罚金刑易科自由刑会给他们带来较大的阻吓作用;但对穷人则不然,有的无力或不愿缴纳罚金,为了不受到监禁甚至可能以犯罪手段取得不法利益以缴纳罚金,这样,罚金刑易科自由刑反而可能引发更多的犯罪行为。

三、罚金刑易科自由刑的必要性与可行性

尽管如此,从世界范围来看,罚金刑适用率较高的国家和地区几乎都采取了罚金刑易科自由刑的制度。德国、意大利、挪威、瑞典、西班牙、加拿大、印度、新西兰、澳大利亚、泰国、阿根廷等国家的刑法中均采用了罚金刑易科自由刑的制度。例如,《德国刑法典》第43条规定:“不能追缴之罚金,以自由刑代之。一单位日额金相当于1日自由刑。代替的自由刑以1日为其最低度。”《意大利刑法典》第136条规定:“科以罚金与罚缓之受刑人,无支付能力而无从强制执行者,易服3年以下监禁或2年以下拘留。第23条及第25条所定

自由刑之最低期限亦适用之。受刑人扣除已执行自由刑期满后,将其余罚金或罚缓全部缴清者,应立即停止易服自由刑执行。”《挪威一般公民刑法典》第28条规定:“判处罚金,应一并做出1天以上3个月以下监禁或者第63条规定的4个半月以下监禁的判决,在罚金不能支付时执行监禁。依照第48条a判处罚金,不再要求做出前款规定的监禁判决。”《瑞典刑法典》第8条规定:“《罚金执行法》规定了罚金的收缴和执行。不支付罚金的,可以根据《罚金执行法》的规定将罚金转化为14天以上3个月以下监禁,另有规定的除外。”《加拿大刑事法典》第717条第3款规定:“当对被告人所定之罪可处以监禁附加罚金刑,规定该刑罚的法律未特别规定拒缴罚金易科监禁的刑期时,拒缴罚金易科监禁的刑期不应超过法定该罪的监禁期。”

实践证明,罚金刑易科自由刑取得了良好的效果和广泛的认可,确立这一制度不仅是必要的,也是可行的。其一,长期以来,无论在内地还是澳门,雇主对雇员恶意或刻意欠薪的问题一直困扰劳工界。2011年2月,全国人大常委会通过刑法修正案,将恶意欠薪行为正式纳入刑法调整;2013年最高人民法院对恶意欠薪入刑做出司法解释,即《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》。总的来说,恶意欠薪刑事化带来了较大的震慑作用,有利于阻吓欠薪雇主,保障劳动者的合法权益。其二,易科的根本目的是解决罚金刑执行难的问题。易科之刑在理论上应重于罚金刑本身,才能给犯罪人足够的压力,敦促其尽可能地及时缴纳罚金。所以,罚金刑易科自由刑能够更好地实现罚金刑易科制度的根本目的。其三,罚金刑易科为自由刑便于操作,不会遇到易科劳动或劳役那样的难题。罚金刑要么单独适用,要么和其他刑罚并用。罚金刑单独适用的情况比较简单;若罚金刑与徒刑同时适用,罚金刑易科之后,必须同时执行原自由刑与替换刑罚之后的徒刑。其四,罚金刑易科自由刑毕竟不同于直接判决自由刑,只有在满足法定条件时,才会发生易科的问题。其实质上是为了保障罚金刑的执行,相当于设立了两道防线:首先,它以易科自由刑的威慑力来促使罚金的顺利执行;其次,在罚金刑确实执行不能的情况下,通过执行自由刑来保证犯罪人受到法律的制裁。从实践来看,在设立罚金刑易科自由刑制度的国家,绝大多数犯罪人仍然是以缴纳罚金的方法承担刑事责任,实际易科监禁刑的,仅占6%~7%,不超过10%。^①

^① 参见孙力:《罚金刑研究》,中国人民公安大学出版社1995年版,第216页。