

新 澳 門 論 叢



中國內地與澳門刑法總則之比較研究

Estudos Comparativos sobre as Partes Gerais dos Direitos Penais da RPC e de Macau

趙秉志 主 編
趙國強 副主編



澳門基金會 出版

新 澳 門 論 叢

中國內地與澳門刑法總則之比較研究

主 編 趙秉志

副 主 編 趙國強

撰 稿 人 (按撰稿寫先後為序)

趙秉志 蕭中華 趙國強

于志剛 田宏杰 徐京輝

謝望原

澳門基金會 出版

2000 · 澳門

吳志良主編

新澳門論叢

中國內地與澳門刑法總則之比較研究

主編：趙秉志

副主編：趙國強

撰稿人：趙秉志 蕭中華 趙國強 于志剛

田宏杰 徐京輝 謝望原

封面設計：李耀斌

出版：澳門基金會（澳門郵政信箱 3052 號）

E-mail: fmac@macau.ctm.net

版次：2000 年 4 月第一版

印數：1,500 本

排版：新藝電腦植字排版公司

印刷：華輝印刷有限公司

發行：澳門文化廣場有限公司

E-mail: pcm@macau.ctm.net

定價：澳門幣 80 元

ISBN 99937-1-001-6

© 版權所有，翻印必究

主編簡介

趙秉志，男，1956 年生，河南南陽人。中國人民大學法學院副院長、教授、法學博士、博士生導師。美國杜克大學法學院訪問學者(1990～1991)。兼任中國法學會刑法學研究會副總幹事、全國人大內務司法委員會青少年專門小組成員、最高人民檢察院研究室顧問、中國人民大學國際刑法研究所副所長等職。近年來，曾多次應邀赴香港、澳門、臺灣、法國講學或參加學術會議。1988 年至 1997 年間，作為中國全國人大常委會法工委刑法修改小組成員參與了中國刑法典的修改工作。1991 年被國家授予“做出突出貢獻的中國博士學位獲得者”稱號，1995 年被中國法學會評為“全國十名杰出青年法學家”，1997 年被國家人事部評定為跨世紀中青年學術帶頭人。個人撰著《犯罪主體論》、《刑法研究系列》等書八部，主編、合著(譯)法律專業書籍近百部，在中外報刊上發表論文和文章近 400 篇。主持或參與主持國家、部委的科研項目和與香港、日本、法國的合作研究項目 20 多項。主要研究領域為中國刑法、中國區際刑法、國際刑法。

副主編簡介

趙國強，男，1950 年生，上海人。新華社澳門分社法律研究部副部長，中國人民大學法學博士（1990）。兼任中國人民大學國際刑法研究所特約研究員、最高人民檢察院中國檢察理論研究所特約研究員、上海社會科學院法學所特約研究員、武漢大學法學院港澳臺研究所特約研究員、中國法學會刑法學研究會幹事。個人專著《刑事立法導論》、《澳門刑法總論》、《澳門基本法 ABC》，主編、合著《經濟犯罪學》、《經濟刑法學總論》、《經濟刑法學各論》、《經濟犯罪疑案探究》、《刑法修改研究綜述》等 10 餘部書籍，在中外報刊上發表論文近 80 篇。主要研究領域為中國刑法、澳門法律、中國區際司法協助。

新澳門論叢序

澳門經過近十多年的高速發展，正在步入一個現代化的進程。這一進程，依本人淺見，可以劃為經濟現代化和政治現代化兩部份。經濟的現代化，需要依賴大力應用高新科學技術手段和工具，推動經濟結構的變化與產品的升級和多元化。而政治現代化，從本質上是觀念的現代化，因為價值觀念和社會結構的變遷是緊密相聯互動的。

現代政治理論學家阿爾蒙德(Gabriel A. Almond)和韋伯(Sidney Verba)認為，現代主義的標籤之一，就是對於不斷的變遷和革新給予肯定的價值，並承認其將革新加以制度化。另一位發展理論學者埃德溫(Cyril Edwin)也指出，現代化過程是一個包羅各種因素的變遷過程，涵蓋面包括知識、政治、經濟、社會和心理等五大活動。而在知識層面，現代社會的特徵恰恰是有關人類及其環境知識的大量積累，並透過各種手段傳播擴散之。所以說，觀念的現代化，又離不開文化的基本建設。而繁榮學術研究，鼓勵理論探索，整理出版有關本地政治、經濟、社會的論著，則是文化建設的基礎。

1988年開始的澳門過渡期，為澳門社會現代化提供了千載難逢的契機。過渡期內中葡良好合作，又為此創造了不可多得的條件。能否抓住契機，利用條件，就看我們對新理念新思想的悟性和接受能力，就靠我們識別新事物的眼光和催生新事物的努力了。

澳門經濟工業轉型，不僅已成為社會各界人士的共識，一些企業和企業家已經着手準備，實踐有關的構想。居民觀念的現代化，也在內部發展和外來文化的衝擊下，日漸形成一種趨勢。參與促進此一趨勢的良性發展，既是每一個澳門居民的責任和義務，也是澳門新一代加速本澳社會從傳統往現代過渡、共創澳門美好未來的機遇與挑戰。

在某種意義上，《新澳門論叢》是《澳門論叢》的繼續和發展，目的仍是研究澳門，宣傳澳門，開闊思路，擴大視野，但也期望無論在裝幀設計還是學術水平上均有所改進和提高。作者的支持信任，讀者的關心愛護，將是這套叢書成功與否的關鍵。藉此機會，祈求作者讀者的祝福，也向他們表示衷心的感謝。

吳志良

1995年3月

前 言

1999年12月20日澳門回歸祖國，是舉世矚目的盛事之一。澳門的回歸，不僅是對“一國兩制”理論的又一次重大實踐檢驗，而且也是祖國和平統一大業的又一關鍵步伐。

回歸祖國後的澳門特別行政區將與祖國內地聯繫更為緊密，在政治、經濟、法律、文化等方面的交流必然更為廣泛和深入。但是由此導致兩地互涉的法律問題也必將日益增多，必將日益複雜化。根據《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》的規定，回歸後的澳門與祖國內地實行“一國兩制”，基本保留其原有的法律和法制，成為與祖國內地、香港特別行政區相並列的、處於中華人民共和國領域內的一個特殊法域。但是不可否認，澳門地區長時期受到葡萄牙的管治，其法律及法制體系顯然極大地受到葡萄牙及整個大陸法系的影響，而且澳門地區處於兩大法系及東西兩種文化傳統的雙重影響下，其刑事法律規範也不可避免地具有其自身的特徵；當然，犯罪反社會性的共性特徵和澳門地區華人居主體的社會構成特徵，使得中國內地和澳門地區的刑事法律規範又有某些相似之處。面臨兩地雙向交流中法律問題的逐漸增多，兩地法律規範的衝突與競合適用問題將逐步顯現。因此，關注兼具相異性與相通性的兩個不同法域的法律在競合與衝突時的選擇適用問題，日漸迫切。在澳門回歸祖國的最後過渡階段和澳門回歸祖國後，對祖國內地與澳門的法律法制進行比較研究，對於增進兩地法

治與法學的相互交流,促進澳門特別行政區的“一國兩制”,以及研究與解決兩地交往中的法律問題,意義重大。

在各個法域均作為基本法律規範的刑法,無論是在不同法域內部還是在彼此互涉的交流過程中,其適用率之高和現實意義之大均是有目共睹的。代表着東西兩種法律文化、刑事政策和兩大法系最新立法成果的中國內地與澳門兩部刑法典,必然伴隨着祖國內地與澳門地區聯繫和交流的增加而產生越來越多的衝突,因而兩部刑法典的競合與選擇適用將不可避免。而兩部刑法典無論是在宏觀體系設置上,還是在具體罪名選擇與刑罰配置上,均呈差異性和相似性並存之局面。基於此,為解決必然出現的規範衝突而對兩部刑法典進行全面、系統、深入、細緻的前瞻性比較研究,頗有意義。

為促進澳門與祖國內地的刑法理論交流,解決日益增加的兩地交流中出現的刑事法律衝突,加強兩地的刑事司法互助與協作,在澳門基金會的大力支持下,具有社會責任感的部分內地與澳門刑法學者再次聯袂完成了《中國內地與澳門刑法總則之比較研究》這一專著在澳門出版,作為我們已在澳門出版的《中國內地與澳門刑法分則之比較研究》(澳門基金會 1999 年 1 月出版)的姊妹篇,從而期冀對兩地刑法有一個較為完整、系統的比較研究。

本書由趙秉志(國家重點研究基地中國人民大學刑事法律科學研究中心主任,中國人民大學法學院副院長、國際刑法研究所副所長、教授、法學博士、博士生導師,中國法學會刑法學研究會副總幹事)任主編,趙國強(新華社澳門分社法律研究部副部長,中國人民大學國際刑法研究所特約研究員、法學博士)任副主編,其他作者為:謝望原(中國人民大學法學院博士後研究人員、法學博士、教

授),蕭中華(法學博士、北京市高級人民法院法官),田宏杰(中國人民大學法學院刑法專業博士研究生),于志剛(中國人民大學法學院刑法專業博士研究生),徐京輝(澳門特別行政區檢察院檢察官,法學碩士)。

在編寫程序上,本書先由主編擬定編寫大綱與編寫要求,再由各位作者分工撰寫出初稿,最後由正副主編統改定稿。博士生于志剛先生協助主編作了一些編務工作。各位作者的撰寫分工如下:

第一、四章	趙秉志
第二章	趙秉志 蕭中華
第三章	趙國強 于志剛
第五章	趙國強 田宏杰
第六章	趙秉志 田宏杰
第七章	趙國強
第八、十三章	于志剛
第九、十章	田宏杰
第十一、十二章	徐京輝
第十四章	謝望原

最後,我們要對澳門基金會的支持,尤其要對澳門基金會管理處和梁慶雲、楊紀河法官一高改為完整、系統的比较研究。

本書由趙秉志(國家重點研究基地中國人民大學刑事法律科學研究中心主任,中國人民大學法學院副院長、國際刑法研究所副所長、教授、法學博士、博士生導師,中國法學會刑法學研究會副總幹事)任主編,趙國強(新華社澳門分社法律研究部副部長,中國人民大學國際刑法研究所特約研究員、法學博士)任副主編,其他作者為:謝望原(中國人民大學法學院博士後研究人員、法學博士、教

目 錄

前 言	I
第一章 兩地刑法立法之宏觀比較	1
第一節 內地刑法概述	1
一、內地刑法的歷史沿革	1
二、內地刑法的淵源	4
三、內地現行刑法典的體系	4
第二節 澳門刑法概述	7
一、澳門刑法典的歷史沿革	7
二、澳門刑法的淵源	9
三、澳門刑法典的體系	11
第三節 兩地刑法立法之宏觀比較	12
一、兩地刑法淵源之間的關係	13
二、兩地刑法之立法技術	14
三、兩地刑法之立法內容	17
第二章 刑法基本原則	23
第一節 刑法基本原則概述	23
一、刑法之靈魂——刑法基本原則	23
二、刑法基本原則的界定	26
第二節 罪刑法定原則	29
一、內地刑法中的罪刑法定原則	29

二、澳門地區刑法中的罪刑法定原則	35
三、兩地之比較	41
第三節 罪責刑相適應原則	45
一、內地刑法中的罪責刑相適應原則	45
二、澳門地區刑法中的罪責刑相適應原則	50
三、兩地之比較	52
第三章 刑法適用範圍	55
第一節 刑法空間範圍	55
一、刑法空間範圍概述	55
二、屬地原則	59
三、屬人原則	66
四、保護原則	70
五、普遍原則	74
六、關於對外國審判效力的規定	77
第二節 刑法的時間效力	80
一、刑法溯及力概述	80
二、內地刑法溯及力	81
三、澳門刑法溯及力	82
四、兩地之比較	83
第四章 犯罪主體	87
第一節 犯罪主體的範圍	87
一、外國法人犯罪及其刑事責任問題概況	87
二、兩地刑法中的犯罪主體範圍及其比較	90
第二節 刑事責任年齡	96
一、刑事責任年齡概述	96
二、澳門刑法中的刑事責任年齡	97

三、內地刑法中的刑事責任年齡	98
四、兩地之比較	99
第三節 刑事責任能力	101
一、關於無刑事責任能力	102
二、關於限制刑事責任能力	108
第五章 犯罪主觀方面	113
第一節 特殊的主觀要素	113
一、目的犯之目的	113
二、傾向犯中的傾向	117
三、表現犯中的內心狀態	118
第二節 犯罪故意	119
一、犯罪故意的界定	119
二、犯罪故意的構成要素	123
三、犯罪故意的種類	130
第三節 犯罪過失	133
一、犯罪過失的界定	133
二、犯罪過失的種類	137
三、犯罪過失中的注意能力	139
第四節 刑法中的錯誤	141
一、澳門刑法中的錯誤	141
二、內地刑法中的錯誤	144
三、兩地之比較	146
第六章 危害行為	152
第一節 刑法中的行為概述	152
一、兩地之見解	152
二、兩地之比較	153

第二節 危害行為的界定·····	155
一、大陸法系幾種行為理論及其評析·····	156
二、兩地刑法理論中危害行為概念的界說及評析·····	159
第三節 危害行為的表現形式·····	163
一、作為·····	164
二、不作為·····	164
三、持有行為在危害行為中的歸屬·····	177
第七章 犯罪停止形態·····	183
第一節 犯罪停止形態概述·····	183
一、理論之見解·····	183
二、立法之比較·····	185
第二節 犯罪預備·····	185
一、犯罪預備之概念·····	186
二、預備犯之處罰·····	187
第三節 犯罪未遂·····	188
一、犯罪未遂之概念·····	188
二、犯罪實行行為之認定·····	191
三、障礙未遂犯之處罰·····	195
第四節 犯罪中止·····	199
一、犯罪中止之認定·····	199
二、中止犯之處罰·····	204
三、共犯之犯罪中止·····	206
第八章 共同犯罪制度·····	210
第一節 共同犯罪的成立條件·····	210
一、主體條件·····	211
二、主觀條件·····	216

三、客觀條件·····	219
第二節 共犯之種類·····	221
一、主犯·····	221
二、從犯·····	222
三、脅從犯·····	224
四、教唆犯·····	225
第三節 共犯之處罰·····	226
一、主犯之處罰原則·····	227
二、從犯之處罰原則·····	228
三、教唆犯之處罰原則·····	228
四、共同犯罪人量刑情節的效力範圍·····	230

第九章 罪數形態·····	233
第一節 罪數之判斷標準·····	233
一、外國刑法理論中罪數判斷標準介述·····	233
二、澳門與內地罪數判斷標準之比較·····	236
第二節 連續犯之比較·····	238
一、澳門刑法中的連續犯·····	238
二、內地刑法中的連續犯·····	240
三、兩地之比較·····	241
第三節 數罪之比較·····	244
一、澳門刑法中的數罪·····	244
二、內地刑法中的數罪·····	245
第四節 結果加重犯·····	250
一、澳門刑法中的結果加重犯·····	250
二、內地刑法中的結果加重犯·····	252
三、兩地之比較·····	252

第十章 阻卻違法性行為	257
第一節 正當防衛	257
一、正當防衛的概念.....	258
二、正當防衛成立的條件.....	262
三、防衛過當的構成及其刑事責任問題.....	284
第二節 緊急避險	290
一、緊急避險的概念.....	290
二、緊急避險的成立條件.....	293
 第十一章 刑罰種類	 302
第一節 刑罰體系	302
一、內地刑法中的刑罰體系.....	302
二、澳門刑法中的刑罰體系.....	303
三、兩地之比較.....	303
第二節 主 刑	305
一、內地刑法中的主刑.....	305
二、澳門刑法中的主刑.....	309
三、兩地之比較.....	311
第三節 附 刑	315
一、內地刑法中的附加刑.....	315
二、澳門刑法中的附加刑.....	317
三、兩地之比較.....	320
第四節 驅逐出境	322
一、內地刑法中關於驅逐出境的規定.....	322
二、澳門刑法中關於驅逐出境的規定.....	322
三、兩地之比較.....	323
第五節 非刑罰處理方法	323
一、內地刑法中的非刑罰處理方法.....	323

二、澳門刑法中的非刑罰處理方法·····	325
三、兩地之比較·····	326
第十二章 量刑制度 ·····	329
第一節 量刑概說 ·····	329
一、內地刑法中的量刑·····	329
二、澳門刑法中的量刑·····	330
三、兩地之比較·····	330
第二節 量刑原則 ·····	331
一、內地刑法規定的量刑原則·····	331
二、澳門刑法規定的量刑原則·····	332
三、兩地之比較·····	333
第三節 量刑情節 ·····	334
一、內地刑法中的量刑情節·····	334
二、澳門刑法中的量刑情節·····	336
三、兩地之比較·····	339
第四節 累犯、自首和立功 ·····	340
一、內地刑法中的累犯、自首和立功·····	340
二、澳門刑法中的累犯·····	342
三、兩地之比較·····	343
第五節 數罪並罰 ·····	345
一、內地刑法中的數罪並罰·····	345
二、澳門刑法中的犯罪競合及其處罰·····	348
三、兩地之比較·····	350
第六節 緩 刑 ·····	351
一、內地刑法中的緩刑·····	351
二、澳門刑法中的緩刑·····	353
三、兩地之比較·····	355