



澳门丛书

AOMEN XINGFA YANJIU

澳门刑法研究

◎ 赵国强 / 著

广东出版集团
广东人民出版社



澳门丛书

A O M E N X I N G F A Y A N J I U

澳门刑法研究

◎赵国强 / 著

广东省出版集团
广东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

澳门刑法研究/赵国强著.
—广州: 广东人民出版社, 2009. 11
(澳门丛书)
ISBN 978-7-218-06461-1
I. 澳… II. 赵… III. 刑法—研究—澳门
IV. D927.659.040.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 198490 号

责任编辑	柏 峰 张贤明
封面设计	方楚涓
责任技编	周 杰 黎碧霞
出版发行	广东人民出版社 (地址: 广州市大沙头四马路 10 号)
印 刷	广州伟龙印刷制版有限公司
开 本	787 毫米×1092 毫米 1/16
印 张	28.75
插 页	2
字 数	397 千
版 次	2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-218-06461-1
定 价	58.00 元

如果发现印装质量问题,影响阅读,请与出版社(020-83795749)联系调换。

【出版社网址:<http://www.gdpph.com> 电子邮箱:sales@gdpph.com】

自序

岁月如水，光阴似箭；屈指算来，笔者在澳门工作已有十八个年头。十八年间，由于工作的关系，笔者对澳门法律从知之甚少到知之甚多，从知之甚浅到知之颇深，经历了一个不断修正、不断深化的过程。尤其是自2000年进澳门大学从事刑法学的教学工作以来，对澳门刑法的认识更有了突飞猛进的发展。

众所周知，澳门因长期受葡萄牙管治，其法律体系基本上是葡萄牙法律的翻版，故具有典型的大陆法系特点。即使在澳门回归之后，本着“原有法律基本不变”的原则，澳门原有法律基本上得到保留，并被采用为澳门特别行政区的法律。比如，在刑法领域，现行的《澳门刑法典》即为澳门回归前由葡萄牙法律专家以1982年《葡萄牙刑法典》为蓝本起草的刑法典，而现行的特别刑法大多数亦为澳门回归前制定并被保留下来的特别刑法。正因为如此，随着澳门回归后政治地位及其社会各领域所发生的巨大变化，澳门现行法律面临着一个如何适应澳门社会发展而不断完善的问题。深化法律改革，充分发挥法律的保障功能，已成为澳门政府在法律领域的首要任务，并为此设立了专门的法律改革办公室和法律改革咨询委员会。澳门法律改革的趋势表明，对澳门刑法的研究，已经不能仅仅局限于用葡萄牙的法律观念对现行刑法规定进行诠释，而更应当侧重于结合澳门实际，放眼世界，集思广益，去努力探索澳





门刑法自身的发展和完善之路。

正是本着这一研究宗旨，笔者结合多年来的学习体会以及教学心得，就澳门刑法涉及的相关领域撰写了一些文章，本书即为2003年之后撰写的文章的汇编。在收入本书的28篇文章中，23篇文章已在报刊、杂志或论文集上发表，有3篇文章脱稿时正在等待发表，尚有2篇文章因某种原因未发表。与2000年中国社会科学出版社出版的笔者第一本论文集《基本法与区际司法协助》相比，本书应当说更具有专业性。当然，既为论文集，在内容上难免比较散乱，缺乏系统性；个别文章涉及的观点或有重复之处，但为示研究之深化过程，仍将其收编在内。按照文章的内容，本书共分为五篇：第一篇为“刑法总则问题研究”，第二篇为“特别刑法研究”，第三篇为“两地刑法比较研究”，第四篇为“区际刑事司法协助研究”，第五篇为“刑法相关问题研究”。篇内文章按撰写时间先后排列。

应当说明的是，不少文章只是笔者在相关领域的研究心得，有些观点尚在探索之中，如对澳门刑法规定的某些制度的评析与反思，对区际刑事司法协助的设想，或许并不成熟，有待今后进一步深化。因为作为一名学者，研究是没有止境的；只有通过不断地探索和研究，才会得到更大的收获。对澳门刑法改革来说，这种探索和研究尤为重要。

最后，值此本书出版之际，本人要衷心感谢澳门基金会给自己这样一个出版机会。

赵国强

2008年10月30日于澳门大学

目 录

自序	(1)
----	-----

第一篇 刑法总则问题研究

澳门未成年人刑事责任年龄立法价值导向之评析	(3)
-----------------------	-----

一、关于刑事责任年龄之立法规定及其价值 导向	(4)
---------------------------	-----

二、关于刑事责任年龄立法价值之评析	(6)
-------------------	-----

三、关于刑事责任年龄之立法建议	(9)
-----------------	-----

中国传统犯罪构成理论之求索	(13)
---------------	------

一、中国传统犯罪构成理论之面面观	(13)
------------------	------

二、中国传统犯罪构成理论之两大缺陷所在	(16)
---------------------	------

三、反思与借鉴	(22)
---------	------

澳门刑法中附加刑之立法现状及其反思	(26)
-------------------	------

一、立法现状	(27)
--------	------

二、立法评析	(33)
--------	------

三、立法建议	(39)
--------	------

论和谐社会中的刑事政策价值取向	
-----------------	--

——对澳门刑事政策的反思	(45)
--------------	------



一、和谐社会与刑罚谦抑性原则	(46)
二、和谐社会与罪刑法定原则	(50)
三、和谐社会与刑罚效力原则	(54)
四、和谐社会与刑罚体系之科学性原则	(58)
刑事责任年龄之立法评析	(64)
一、澳门的最低刑事责任年龄要不要修改	(64)
二、如果要改应当怎么改	(67)
澳门刑法中法人犯罪之立法现状及其评析	(70)
一、法人犯罪的立法理念	(70)
二、法人犯罪的立法内容	(72)
三、法人犯罪的立法评析	(77)
澳门刑法中结果加重犯罪过之评析	(81)
一、分歧与困惑	(82)
二、“至少有过失说”立法例之评析	(85)
三、澳门刑法中结果加重犯罪过之评析	(92)
澳门刑法中犯罪竞合之立法规定与司法实践	(101)
一、关于异种或同种犯罪竞合的处置	(101)
二、关于法条竞合的处置	(107)
三、关于犯罪竞合并罚的情况	(111)
法条竞合犯的概念、特征及其处理原则	(113)
一、法条竞合犯的概念与特征	(113)
二、法条竞合犯的性质及其处理原则	(118)
三、澳门刑法中法条竞合犯的立法特点	(121)
四、法条竞合犯的理论及司法实践	(126)
中国内地与澳门刑法中的过失犯罪比较研究	(132)
一、过失犯罪之罪名比较	(132)
二、过失犯罪之危险犯比较	(135)
三、过失行为之“行政犯”比较	(139)

第二篇 特别刑法研究

论澳门反毒品犯罪刑事政策之立法价值导向	(147)
一、澳门毒品犯罪刑事立法概述	(147)
二、澳门毒品犯罪的具体种类	(151)
三、澳门毒品犯罪的处罚及其相关制度	(156)
四、思考与完善	(162)
澳门特别刑法之评析与完善	(167)
一、澳门特别刑法之历史演变	(168)
二、澳门特别刑法之基本特征	(172)
三、澳门特别刑法之评析与完善	(181)
澳门知识产权领域之刑法保护	(189)
一、澳门知识产权立法概述	(190)
二、著作权之刑法保护	(192)
三、电脑程序、录音及录像制品之刑法保护	(201)
四、工业产权之刑法保护	(205)

第三篇 两地刑法比较研究

中国内地与澳门刑法关于犯罪构成理论之比较研究	(217)
一、内地刑法中的犯罪构成理论	(217)
二、澳门刑法犯罪构成要素理论	(219)
三、比较研究	(222)
中国内地刑法与澳门刑法犯罪主观罪过之比较研究	(229)



- 一、关于故意犯罪的种类和过失犯罪的性质 (230)
- 二、关于刑法中的事实错误 (232)
- 三、关于结果加重犯 (237)
- 四、关于阻却责任之期待可能性 (241)

中国内地与澳门刑法关于犯罪主体之比较研究 (251)

- 一、关于刑事责任年龄 (251)
- 二、关于精神障碍 (256)
- 三、关于法人犯罪 (260)

中国内地与澳门刑法关于刑罚制度之比较研究 (264)

- 一、关于短期自由刑的替代 (265)
- 二、关于罚金刑的地位、数额及执行 (267)
- 三、关于附加刑 (273)
- 四、关于量刑情节 (276)
- 五、关于数罪并罚 (282)
- 六、关于累犯 (288)

中国内地与澳门刑法关于未完成犯罪形态之比较研究 (292)

- 一、关于犯罪预备 (292)
- 二、关于犯罪未遂之概念及其处罚制度 (294)
- 三、关于犯罪实行行为的认定 (300)
- 四、关于犯罪中止的表现形式 (303)

第四篇 区际刑事司法协助研究

- 论中国区际刑事司法协助协议之签订 (313)



一、签订协议之必要性	(314)
二、签订协议之指导原则	(317)
三、签订协议之种类	(321)
四、签订协议之主体	(327)
“一国两制”下的移交逃犯机制与国际惯例	(330)
一、统一认识, 正确对待国际惯例	(330)
二、移交逃犯机制与“一国”原则	(334)
三、移交逃犯机制与“两制”原则	(337)
论“一国两制”下的移交逃犯机制	(342)
一、坚持“一国”原则, 共同维护国家的主权和安全	(343)
二、恪守“两制”原则, 平等协商, 相互尊重, 互不干涉	(347)
三、以“属地管辖原则”为基石, 以迅速、有效打击刑事犯罪为目的	(352)
“一国两制”下的中国区际刑事司法协助	(356)
一、中国区际刑事司法协助的产生与特点	(357)
二、中国区际刑事司法协助中的“一国”原则	(362)
三、中国区际刑事司法协助中的“两制”原则	(366)

第五篇 刑法相关问题研究

澳门刑法之历史演变及其展望	(375)
一、澳门刑法之历史演变	(375)
二、澳门刑法之现状与主要特征	(379)
三、澳门刑法之完善与展望	(383)





《澳门基本法》第二十三条立法原则之探讨 (387)

一、维护国家主权原则 (388)

二、充分体现“两制”原则 (392)

三、借鉴与参考原则 (395)

论犯罪情景预防在犯罪预防中的地位与作用 (399)

一、情景预防的概念及其意义 (399)

二、情景预防的相关措施 (401)

三、立足澳门实际，加强情景预防 (404)

《澳门基本法》第二十三条立法问题评析 (408)

一、《澳门基本法》第二十三条制定的政策依据 (408)

二、驳反对《澳门基本法》第二十三条立法的主要观点 (412)

三、《澳门基本法》第二十三条立法的法律内涵 (417)

论“贿赂犯罪”与澳门刑法之修订 (426)

一、《公约》关于“贿赂犯罪”规定之透视 (426)

二、“公务贿赂”犯罪之修订 (428)

三、“私营贿赂”犯罪之增补 (433)

许霆案的启示 (437)

一、许霆案回放 (437)

二、关于许霆行为的定性问题 (438)

三、关于许霆行为引起的立法反思 (442)

第一篇

刑法总则问题研究

澳门未成年人刑事责任年龄 立法价值导向之评析

所谓未成年人^①之刑事责任年龄，泛指未成年人对其触犯刑律的行为应否负刑事责任的年龄。无论是根据中国内地的犯罪构成理论还是大陆法系的犯罪三要素理论，凡未达到法律所规定的刑事责任年龄者，均不对其行为负刑事责任，这已成为现代刑法理论之通说。为此，刑法中所规定的未成年人刑事责任年龄，不仅反映了立法者对未成年人刑事责任的一种立法价值观，而且也直接关系到对未成年人违法犯罪行为的遏制与预防。

虽然，澳门作为中国的一个特别行政区，其法律包括刑事法律属于中国法律的范畴，但因澳门本身享有高度的立法自治权，故澳门刑法相对于中国内地刑法又具有完全的独立性，这种独立性在未成年人刑事责任年龄方面得到了充分的体现。可以说，如同整体刑事政策一样，在未成年人刑事责任年龄问题上，澳门刑法完全继承了葡萄牙式的立法价值观。近百年来，这种立法价值观在葡萄牙管治澳门期间，似乎已成为一种理所当然之举，不容置疑。然而，法律本身毕竟要随着社会的发展而发展，澳门回归后，理性地去判断在被保留下来的澳门原有法律中所体现的葡萄牙式的立法价值观是否符合澳门社会的实际状况，是否在理论上具有合理性和科学性，已经成为发展和完善澳门法制的重要内容。基于此考虑，本文旨在结合澳门现行刑法以及隐藏其后的立法价值观，就澳门刑法关于未成年人刑事责任年龄的规定，进行学理上的评析与反思，并借助于比

^① 这里所指之未成年人，是指通常意义上未满十八岁的青少年。



澳门刑法研究

较研究，谈几点个人的看法。

一、关于刑事责任年龄之立法规定及其价值导向

（一）立法规定

通观各国或各地区的刑法规定，在刑事责任年龄问题上，一般分为“两分法”和“三分法”两种立法方式。所谓“两分法”，是指在刑法中将刑事责任年龄分为完全不负刑事责任和完全负刑事责任两个阶段，如《德国刑法典》和《日本刑法典》都以十四岁作为负和不负刑事责任的年龄标准。^①而“三分法”则指在刑法中将刑事责任年龄分为完全不负刑事责任、相对负（或不负）刑事责任和完全负刑事责任三个阶段，^②如根据《意大利刑法典》规定，十四岁以下为完全不负刑事责任年龄阶段，十四岁至十八岁为相对负（或不负）刑事责任年龄阶段，满十八岁则为完全负刑事责任年龄阶段。^③我国香港特别行政区则以不满七岁为完全不负刑事责任年龄阶段，七岁至十四岁为相对负（或不负）刑事责任年龄阶段，满十四岁则为完全负刑事责任年龄阶段。^④

澳门刑法源于葡萄牙刑法，而葡萄牙刑法则又主要以德国刑法为蓝本，因此，现行《澳门刑法典》在刑事责任年龄问题上，首先仿效《德国刑法典》，采用“两分法”的立法方式，即在立法上仅规定完全不负刑事责任年龄和完全负刑事责任年龄两个阶段。唯对具体负与不负刑事责任的年龄，则展示了葡萄

^① 参见《德国刑法典》第19条规定和《日本刑法典》第41条规定。

^② 有些学者将完全不负刑事责任、减轻刑事责任和完全负刑事责任的立法方式也称之为“三分法”（参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第260页）。笔者认为，这种区分不科学，减轻刑事责任的前提是应负刑事责任，其本质是刑罚的裁量问题，而非负与不负刑事责任问题。

^③ 参见《意大利刑法典》第97条和第98条。

^④ 参见罗德立、赵秉志主编：《香港刑法纲要》，北京大学出版社1996年版，第17页。

牙的立法价值观，其第十八条明确规定“未满十六岁之人，不可归责”。具体而言，凡未满十六岁之人，不管作出什么行为，一概不负刑事责任；满十六岁或以上者，则须对自己的行为完全负刑事责任。

对于行为触犯刑律而尚未达刑事责任年龄的未成年人，《澳门刑法典》未作任何规定，但根据第 65/99/M 号关于规范未成年人司法保护制度的法令，对该等年满十二岁未满十六岁的未成年人，可采取该法律所规定的相关措施。此类措施包括训诫、命令作出某些行为或履行某些义务、教育上之跟进、半收容和收容。半收容和收容之措施属于保安处分的范畴，旨在使该等未成年人离开自由的环境而留在教育场所生活。

（二）价值导向

《澳门刑法典（草案）》出台征求意见之际，社会上包括当时的澳门立法会部分议员都对此提出过异议，其主要理由是：从澳门社会的实际情况来看，已满十四岁的未成年人已经具备相当的辨别是非的能力，机械地照搬葡萄牙传统不一定适合澳门社会，故建议将未成年人刑事责任年龄定在十四岁。为此，当时的澳葡政府有关部门作出回应，其理由主要有三点：

第一，十六岁之标准为葡萄牙刑法所规定之标准。对十六岁以下的未成年人，应当认为尚不具有辨认或控制自己行为的能力（具体证明理由不得而知）。

这显然是一种葡式思维逻辑，反映了葡萄牙社会的一种传统理念。

第二，鉴于刑罚的严厉性，有必要限制刑罚之适用。因此，如果人为地降低未成年人刑事责任年龄，客观上就会使一些本不受刑罚制裁的未成年人受到刑事追究，这样做，无疑扩大了刑事打击面，有悖于刑法的必要性原则。

第三，对未成年人应以教育为主。未成年人在其成长过程中，因缺乏必要的社会生活经验，易于冲动，具有不稳定性。所以，对十六岁以下的未成年人实施的违法行为，应侧重于教育，慎用刑罚，使其有改过自新的机会。人为地降低未成年人



刑事责任年龄，不符合对未成年人以教育为主的刑事政策。

二、关于刑事责任年龄立法价值之评析

上述关于当时澳葡政府就未成年人刑事责任年龄的立法规定所作之解释客观上反映了立法者的一种价值导向，表明立法者认为在未成年人问题上不宜扩大刑事打击面，应体现教育为主的刑事政策，十六岁是葡萄牙长期坚持的一种传统划分标准。显而易见，这种立法价值观是以要不要降低未成年人刑事责任年龄为前提的，属于一种反向思维，其思维方式是：如果要降低未成年人刑事责任年龄，那就会产生这个或那个负面效果。但在未成年人刑事责任年龄问题上，作为立法者，正确的思维方式应当是首先考虑如何去科学地界定未成年人刑事责任年龄，而不是倒过来解释如果降低未成年人刑事责任年龄会带来什么负面作用。因为只要在立法上对未成年人刑事责任年龄作出科学的符合实际的规定，就不会存在扩大刑事打击面的问题，也不会存在违反对未成年人以教育为主的刑事政策问题。笔者认为，澳门立法者要合理地在刑法中界定未成年人的刑事责任年龄，必须从理论到实际，从以下两个方面进行综合考虑。

（一）刑法理论依据

在大陆法系刑法理论中，一种行为构成犯罪，必须具备构成要件该当性（或称“符合性”）、违法性（指“实质的违法性”）和责任（或称“有责性”）三个要素。“所谓责任，就是意志形成的非难可能性。”^①它属于主观的范畴，因而责任原则也是“以个人的决定自由为逻辑前提的，因为，原则上只有在根据法规范具备决定能力的场合，行为人才应承担不抑制犯罪冲

^① 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年版，第430页。