

澳門與大陸刑事訴訟法比較研究¹²

中國政法大學法律系

肖勝喜³ 副教授 鎖正杰⁴ 碩士

中國大陸與澳門的法律同屬大陸法系，雖然葡萄牙1988年新的刑事訴訟法採用了英美法系當事人主義的做法，但澳門仍然採用1929年的葡萄牙刑事訴訟法典，所以澳門與大陸的刑事訴訟法有很多相同之處，比如都注重發揮法官的職權作用，以追求案件的真實發現為主要目的等。但是，自從1976年以來，尤其是1987年中葡兩國簽署聯合聲明後，澳門的刑事訴訟法發生了兩個變化，一是加強了對被告人的人權保障，二是加快了法律本地化的進程。與之相比，大陸雖然在1980年才施行現在的刑事訴訟法典，但由於改革開放的深入發展，現在的社會情況發生了很大的變化，要求加強人權保護，注重法律程序的呼聲越來越高，修改刑事訴訟法的活動在1993年就開始了。這樣，對具有相同法律傳統，且都處於變動時期的兩個地方的刑事訴訟法做一番比較研究，了解彼此的異同及優劣短長，對於推動兩地的司法交流，改革與進步，都有積極的意義。

一、刑訴訟法律淵源比較

1 一九九五年十一月十日及十一日由中國政法大學與澳門法律翻譯辦公室合辦，在北京舉行之「澳門過渡期法律問題研討會」上宣讀之論文。

2 本文寫作得到了中國政法大學比較研究所米健副研究員的大力支持，慷慨提供《澳門法律》及其他材料，在此謹致以深深謝意。

3 中國政法大學法律系副教授。

4 中國政法大學法律系碩士。

澳門刑事訴訟法律淵源主要有二：1929年的葡萄牙《刑事訴訟法典》和1976的《葡萄牙共和國憲法》，前者作為本世紀三十年代的立法成果，以二卷、12編、31章、700條之多的內容，對刑事訴訟做了詳細的規定，但帶有濃厚的傳統職權主義色彩；後者做為四·二五革命的重要成果，基於保護人的尊嚴、尊重人民意志、保障公民的權利與自由的理念，以根本大法的形式確定了民主法治的國家制度，該憲法第二編“權利、自由和保障”中有多處對刑事訴訟制度做了原則性規定，它主要表現為訴訟程序中對公民權利的保障和對國家權力的限制，具有加強人權保護的明顯傾向。這些憲法規定構成了現在澳門刑事訴訟法律制度的根本原則，它主要包括以下內容：關於羈押的原則性規定，關於人身保護令的規定，關於刑事訴訟程序保障的規定。根據這些規定，只有對現行犯或對有強烈跡象顯示犯有故意犯罪的嫌疑犯，並因此可被判處三年以上監禁者，才可以實行羈押，但要等到法官迅速裁決，允許被羈押人辯護，最少量使用，以及遵守法律期限等嚴格限制。關於人身保護令的規定可以看作對司法機關非法羈押的救濟手段，被羈押者本人或者任何享有政治權利的公民，對於非法羈押，可以向司法法院或軍事法院請求發出濫用職權的人身保護令，法官應依法做出裁判。關於刑事訴訟程序保障的內容，主要包括：辯護原則，無罪推定與迅速審判原則，法官預審制度，審檢分立與辯論原則，非法證據排除規則等。澳門刑事訴訟法前後兩個主要的法律淵源，清晰地說明了其刑事訴訟法法律制度的發展動向，使澳門刑事訴訟在原來只注重發現案件真實的基礎上，注入了遵守正當法律程序的內容，使現代刑事訴訟法的兩個方面：打擊犯罪和保障人權，更好地統一起來。

大陸刑事訴訟法的淵源，主要體現為1982年憲法，1979年的刑事訴訟法典和嗣後公安部、最高人民檢察院和最高人民法院頒布的一些具體

規定。與澳門相比，1982年憲法對刑事訴訟法律制度的規定，則顯得相當簡潔，其第二章“公民的基本權利和義務”也規定了公民的人身自由、人格尊嚴、住宅及通信自由和秘密等不受侵犯，但保護公民人身自由的程序性規定也只有一條（第三十七條）；第三章“國家機構”專節規定了人民法院和人民檢察院的性質，運行的原則和制度及被告人的辯護權等。

大陸和澳門屬於相同的法律傳統，但其刑事訴訟法的發展演化卻表現出了較大差異。有洵深刻的歷史背景：第一，葡萄牙1976年憲法做為四·二五的革命成果，是葡國人民爭取民主、自由的呼聲在法律上的投射，而1979-1982年，中國人民剛剛結束文化大革命，開始改革開放，要求社會穩定，嚴厲打擊犯罪分子的願望非常強烈，這與法律的表現是一致的；第二，澳門刑事訴訟法的歷史與大陸相比，顯得悠久、漫長，所以，其法律規定顯得更加嚴密、充分，操作性更強，這也是其長期的司法實踐和理論研究的成果，而大陸重建刑事訴訟法制度才短短十六年時間，理論研究剛剛起步，因此，從憲法到刑事訴訟法典，都顯得簡單，也並非出於偶然。順便提及澳門也在1990年開始新刑事訴訟法典的修改與制定工作，這是澳門法律本地化的一個重要內容，但與大陸對刑事訴訟法的修改，有很大的不同之處。

二、刑事管轄比較

這個問題對處於過渡時期的澳門有特殊意義。1929年刑事訴訟法典對級別管轄和地域管轄做了專門規定，但是，當時澳門只有兩個一審法：普通管轄權法院和審計評政院，而前者才有刑事管轄權，上訴要向里斯本大法區二審法院提起。1976年憲法頒布後，在澳門設立了刑事預審法院，負責對可能判處二年以上有期徒刑的案件進行初步專案調查，進行預備性預審及辯論預審，並裁定是否起訴。進入過渡時期，葡萄牙

所修訂的憲法條款(1989)和《澳門組織章程》(1990)以及新頒布的《澳門司法組織綱要法》、《澳門司法組織之總規章》、《審計法院組織法》(以上1991)成為澳門司法體制走向獨立的重要標志和法律依據。至此，除上述三個法院繼續作為一審法院存在外，又新設立了澳門高等法院和審計法院以及兩個司法委員會。自然，澳門的刑事管轄權也發生了重大變化，全部上訴案件和大部分二審案件不再移送葡國，可以直接在澳門審理。另外，根據上述法律文件的規定，澳門的法院獨立於本地區任何管理機關，包括澳督和立法會，也獨立於葡萄牙任何機關，但對上級法院基於上訴而做出的裁判，則有遵守的義務。

大陸的刑事管轄具有本身的特色。首先，澳門的刑事管轄只對法院的管轄權而言，這同其他國家是一致的，而大陸除此之外，同時還有“職能管轄”的規定。所謂職能管轄，又稱立案管轄或部門管轄，指公安機關、檢察院、法院之間在受理刑事案件範圍上的分工。刑事訴訟法第十三條規定：告訴才處理和其他不需要偵查的輕微的刑事案件，由人民法院直接受理，並可以進行調解；貪污罪，侵犯公民民主權利罪，瀆職罪以及人民檢察院認為需要自己直接受理的其他案件，由人民檢察院立案偵查和決定是否提起公訴；其他案件的偵查，都由公安機關進行。其次、大陸的任何一個行政區域的法院，都沒有像澳門那樣的高度自治與獨立，這也是澳門處於過渡時期以及澳門法律本地化的一個特點和內容。因為在1999年，澳門將由中國政府恢復行使主權，根據中葡兩國的聯合聲明，中國政府將根據“一國兩制”的方針，在大陸實行社會主義制度，澳門仍實行原來的資本主義制度。這種政治歷史現實，使得澳門與大陸不可能有統一的法律制度，所以，賦予澳門獨立的司法終審權，就成為“一國兩制”方針的必然內容。這種情況，與大陸其他行政區域有極大的不同。

三、偵查程序比較

與大陸刑事訴訟法中偵查階段相對應的階段，澳門稱之為“預審”，偵查只是預審內容之一，而大陸廣義上的偵查，則包括預審，兩者正好相反。

在澳門，預審由刑事預審法院的法官負責，這有點類似於法國的預審法官制度或德國的偵查法官制度，因而具有典型的大陸法傳統特徵。不同的是，澳門預審法院的法官要負責這一階段的全部工作，法官可以自行決定或經檢察院提出，根據原告人或被告人的請求，採取任何法官認為查清事實真相所必須的偵查措施。根據1976年憲法，法官也可以依法授權其他實體做出不直接涉及公民基本權利的預審行為。預審包括兩個方面的工作：收集證據和使用強制措施。刑訴法對犯罪的揭發、訊問、擔保、辯論、預審的結束做了詳細的規定。在預審過程中，證據可以通過任何合法的途徑獲取。有關的筆錄、照片、犯罪可能留下的痕跡、犯罪發生地以及其他與犯罪方式有關的一切因素及被施以犯罪的個人等經過勘驗和檢查後均可作為證據。必要時，檢察院、揭發人、被害人、原告人及其他法官認為對查清事實有幫助的人有義務提供證據，錄取口供，任何人不得拒絕作證，但同時規定，禁治產人、未成年人、當事人的親屬及律師、檢察官、公證員、醫生、國會議員等在一定情況下享有免證權，還規定，提供偽證者將被拘捕、可被提起訴訟依法處罰，拒絕作證而經勸告無效者可被判處最高達二年的監禁。在預審階段，嚴禁使用非法手段訊問或獲取證據，並對“非法手段”做了具體全面的規定，即使在被告同意的情況下，這些手段也絕對禁止使用。根據1976年憲法規定，以酷刑、脅迫、侵犯人之身心、不正當干涉他人私生活、侵入住所、干涉函件通信或電訊等手段獲得的證據，一律無效。至於羈押

的條件及非法使用時的救濟手段，本文第一部分已經提及，此處不再贅述。

大陸的偵查由公安機關和檢察院根據不同案件分工負責。這是兩個性質不同的部門，前者是行政機關，後者是司法機關，他們一般也不干涉對方的具體工作。法院沒有偵查權，也不介入偵查機關的工作，他們在偵查中的制約僅僅表現在逮捕的程序上，逮捕決定只能由檢察院和法院做出，公安機關執行；公安機關需要逮捕的時候，必須得到同級檢察院的批准。這種體制，一方面大大加強了偵查力量，便於迅速、準確地查明事實和犯罪人，另一方面，由於缺乏制約，使得偵查過程中侵犯當事人權利的可能性大大增加。大陸的偵查工作也包括收集證據查明案件事實和使用強制措施兩個方面。刑事訴訟法規定了訊問被告人、詢問證人、勘驗、檢查、搜查、扣押、鑒定、通緝等各種偵查行為。值得指出的是，證據和強制措施並沒有在“偵查”章中規定，而是規定在總則的“證據”章和“強制措施”章中，但這裡有必要提及，以便與澳門的預審程序做一完整的比較。刑事訴訟法規定，證明案件真實情況的一切事實，都是證據，證據有下列六種：物證、書證，證人證言，被告人陳述，被告人供述和辯解，鑒定結論，勘驗、檢查筆錄；凡是知道案件情況的人，都有作證的義務；生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨別是非、不能正確表達的人，不能作證人。大陸沒有免證權的規定。對於拒不作證者，也沒有規定實際的處罰措施。還規定，嚴禁刑訊逼供和以威脅、引誘、欺騙以及其他非法的方法收集證據。但對非法獲得的證據的法律效力如何，並沒有明文規定。去年最高人民法院審判委員會第593次會議通過的《關於審理刑事案件程序的具體規定》認為，凡經查證屬實採用刑訊逼供或者威脅、引誘、欺騙等非法方法取得的證人證言、

被害人陳述、被告人供述，不能作為證據使用。大陸的強制措施有拘傳、取保候審、監視居住和逮捕五種。

可以看出，在偵查階段，大陸對於打擊犯罪，有著強大的能力和優勢，對於澳門來說，有可資借鑒的地方，比如澳門的預審法官可與檢察官及其他機構會同偵查案件，以保證迅速準確地查明犯罪事實及犯罪人等。但是，大陸在偵查階段也存在著許多不足。因此，不少人提出了建議，以完善當前的偵查程序。我們認為，澳門在偵查階段的如下做法值得大陸借鑒：第一，法院對偵查機關及偵查行為進行制約的權力，比如批准逮捕及裁判人身保護令；第二，有關免證權的規定；第三，對拒不做證者採取的處罰措；第四，非法證據排除規則；第五，被告人等對非法使用強制措施的救濟手段；第六，被告人委托辯護律師的權利。

四、起訴程序比較

起訴程序在澳門稱“控告程序”，經過預審之後，如果有足夠的蹟象表明應受懲罰之行為存在，並已確定其行為及其應承擔責任，那麼檢察院依其職權範圍，對犯罪行為提出控告。如果法官認為事實與檢察院或當事人的指控不符，致使原有指控產生實質變化，法官將根據有關批示，駁回該項控告，以便重新起訴。但如果檢察院所控事實成立，法官即可以決定受理該項控告。在無需進行辯論預審的情況下，法官應在法定期限內通知被告及辯護人，如果被告及辯護人要求進行辯論預審，可提出申請及有關證據。之後法官做出批示，決定是否受理該項控告，或命令進行辯論預審。這即是澳門的公訴程序。大陸公訴程序的不同之處在於，凡需要提起公訴或免予起訴的案件，一律由檢察院審查決定，這包括公安機關及檢察院自己偵查終結的案件。檢察院可以訊問被告人，調查證據。但被告人在這個階段仍無權委托律師，無權要求補充偵查或提起公訴，這必須由檢察院獨立做出決定。另外，法官決定是否受理案

件，在大陸相應的程序是法院對公訴案件的開庭前審查，然後做出開庭審判、退回檢察院補充偵查、要求檢察院撤回起訴等決定，但這在大陸已超出起訴程序而屬於審判程序的內容了。兩地的相同之處在於，法官都要對起訴的案件從實體到程序進行全面審查。在大陸，這種做法被認為有很大缺陷，因為庭前審查的法官同時也是審理該案的法官，因而在他審理案件之前，往往已對案件做了結論，因而使法庭審理失去了固有的意義。現在許多學者力圖使法院的庭前審查範圍限制在程序問題上，也有建議採用“起訴狀一本主義”的。但最切實際的做法也許是將庭前審查的法官與審理該案的法官分開。澳門可能也存在著這種情況。

澳門與大陸都存在自訴的起訴方式。值得指出的是，澳門自訴人的範圍要比大陸寬得多，大陸一般認為自訴人包括被害人及其法定代理人，澳門除受害人外，在一定條件下，受害人的配偶、長輩、晚輩、兄弟姐妹、遺囑繼承人、三代以內旁系親屬及其他向法院聲明願意行使起訴權的人都可以作為自訴人。另外，對於侵吞公款、行賄受賄、敲詐、貪污等行為，任何人都有權提起刑事訴訟，經特別授權的一些行政機關和法人團體在特定情況下也可提起刑事訴訟，這種情況在大陸是不存在的。最後，在澳門的起訴制度中，還有一項規定是大陸所沒有的，這就是關於控告人的訴訟地位的規定。在屬於檢察院依職權或根據告發而進行的訴訟中，依法有權告發之人可成為原告人，此時他不是法庭上的原告人，而是檢察院對控告進行分析辨別時的原告人。而當檢察院提起公訴後，告發人可以申請並聲明遵守檢察院的公訴決定，將可以繼續以原告的身份參加以後的訴訟，但必須有一名律師代表參與訴訟。但是，如果案件必須有“原告人”告發才能提起的話，而原告人要求撤回或放棄訴訟時，檢察院的參加即告終止。大陸的檢舉控告人，在自訴案件中可能處於自訴人的法律地位，在公訴案件中，則是被害人或證人。

從兩地的起訴制度比較中可以看出，澳門有以下特點：第一，注重對個人權利的保護，自訴人的範圍十分寬泛，以及控告人的“原告人”地位，都可以提高公民個人參加訴訟的積極性，這有兩個方面的作用，一方面他們往往是案件當事人，賦予他們相對多的訴訟權利，使他們最大限度地參與訴訟，可以更好地為發現案件真實情況服務，同時減少司法機關的工作負擔，另一方面，他們還往往是受害人，這將可以更好地彌補自己的損失，保護自己的利益；第二，注重對社會利益的保護，任何人對貪污賄賂案件都有起訴權，反映了澳門對處理此類案件的重視程度，貪污賄賂已成為世界各國的一大公害，澳門通過刑事訴訟程序發動廣大公民與其進行斗爭，確是一項明智之舉。與之相比，大陸的起訴制度有以下特征：第一，節制公民訴權，規定了比較狹窄的自訴人範圍，避免沒有起訴權的人起訴，防止公民為訟所累，影響社會穩定、團結；第二，國家對刑事訴訟非常重視，認為犯罪活動不但是對公民個人的危害，更是對社會和國家政權的危害，因此非常重視國家機關在刑事訴訟中的作用，檢察機關作為公訴機關，承擔了主要的控訴職能。

五、審判程序比較

因為澳門和大陸都屬大陸法系傳統，在審判階段，都表現出了明顯的職權主義色彩，即由法官主持審判，訊問被告人、詢問證人、出示證據等，主動探究案件真相，表現和作用相當積極，而控辯雙方則缺乏對抗性和積極性。但兩地也各有自己的特色。

在澳門，根據刑事訴訟法典規定，經過預審和控告，查明事實真相，搜集所有證據之後，法官將命令對被告進行審判，審判程序一般經過以下幾個階段：審前認定，訊問被告，證人舉證和判決。如果在審判過程中發現新罪，則在判決前將有揭露新罪的程序。所謂審前認定，即在調查證據之前，法院應當認定有關訴訟行為的效力、合法性、抗辯或

其他可能影響案件審理或者促進未決案件加速審理的事宜。在法庭調查證據的過程中，法官應首先訊問被告的個人情況，如果被告拒絕回答或提供虛假的口供，將按違令罪和虛假聲明罪處罰。法官訊問被告有關被控事實時，被告可以拒絕回答，法官還可以向被告展示有關證據。對於受害人、鑒定人和其他應做出聲明的人詢問，也由法官主動進行。但對於證人的詢問，則以原、被告雙方代表為主進行。在法庭辯論階段，如果發現被告還犯有本案以外的、不依賴私人揭發與控告的新的罪行，檢察院可以申請立案，當該新罪屬另外的法院管轄時，應把案卷和證物交相應的有管轄權的檢察院。最後，法院在對雙方提出的證據及事實、有關案情的加重或減輕情節進行審查後，即做出終局判決書。以上五個過程是審判的一般程序、訴訟形式不同會有不同的審判程序。如控告訴訟程序、輕刑訴訟程序、輕刑違警案訴訟程序、違例訴訟程序，簡易訴訟程序這五種普通訴訟程序，各有不同特點。另外，特殊訴訟程序，如缺席審判程序、對誹謗罪、低毀罪、侮辱罪的審判程序，以及對法官、檢察官執行職務時所犯罪行的審判程序，也有不同規定。

根據大陸刑事訴訟法規定，法庭審判要經過開庭、法庭調查、法庭辯論、被告人最後陳述、評議和宣判五個階段。與澳門不同的是，法庭審判開始，沒有類似於審前認定的階段，審判長只是查明並宣布到庭人員的情況，以及當事人等的訴訟權利和義務。法庭調查基本上與澳門相同，但對證人的詢問，仍以法官為主進行。法庭辯論是在法庭調查基礎上，控辯雙方就案件的證據、事實、刑罰的適用等問題進行辯駁、論證。被告人有最後陳述的權利。大陸沒有揭露新罪的程序，但是，如果在審理中發現新的犯罪事實，則要遲回檢察院補充偵查。最後，大陸一審普通程序只有公訴與自訴兩種形式，沒有簡易程序及其他普通程序，也沒有一審特別程序。

總之，兩地審判階段的相同之處甚多，而沒有根本的不同之處。由於大陸庭審階段法官過於主動、包攬過多，在現實中出現了不少消極影響，主要原因是：法官在某些方面代行公訴人的控訴職能，沒有全面徹底地貫徹控審分離原則，弱化了公訴人的舉證責任；控辯雙方地位和力量不對等，對被告人的辯護權及防禦能力重視不夠；法官庭前審查案件，審理時大多已“心中有數”，容易使庭審走過場，重視起訴案卷材料而忽視辯護意見，有失客觀公正。因此，許多人建議改變目前的做法，使控辯雙方能夠平等對抗、法官居中裁判，做到充分發揮控、辯、審三方積極性。不過，我們也不能無視這種審判方式的優越之處，比如審判迅速，能夠圍繞中心，剔除不必要的糾纏等。當然，兩地在審判階段的相同之處，也值得我們注意。首先是澳門對證人的詢問方式，頗值得大陸仿效。交叉詢問是英美法國家的典型做法，這種方式對於充分詢問證人，揭露虛假證言，發現案件真相，都有相當的作用。其次是澳門種類繁多的訴訟形式，也頗值得大陸借鑒。中國大陸地域遼闊，各地經濟發展水平不一，風俗習慣各異，各種案件更是差異巨大、情況多變，一律採用同一種訴訟程序，也非常不合適。適當設置各種審判程序，尤其是簡易程序，這對我們因地制宜、因案制宜、經濟迅速地審理刑事案件，是極為必要的。

（本文寫作得到了中國政法大學比較法研究所米健副研究員的大力支持，慷慨提供《澳門法律》及其他材料，在此謹致以深深謝意。）