

澳門刑法中犯罪阻卻性事由及理論基礎¹

兼與中國內地刑法的比較研究

楊新培²

隨着 1999 年 12 月 20 日的臨近，澳門回歸中國即將成為現實。根據《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》的規定，回歸後的澳門將實行“一國兩制”的基本方針，即在澳門仍保持現有的資本主義制度，並且在法律制度上，仍實行現有的法律制度。為了順應這一歷史發展的特定情形，澳門政府於 1995 年 11 月 14 日特別制定了《澳門刑法》，該法典已於 1996 年 1 月 1 日正式生效施行。這樣在中國主權領域內，形成了第四個具有相對獨立性的刑法法域。“在一個節奏快速的社會裏，刑法典仍是注定具有最大穩定性之法律³。”澳門刑法的制定與施行，對於澳門特別行政區來說，是一個歷史性的法制事件，它結束了澳門地區長期以來一直沿用 1886 年葡萄牙刑法的歷史，開創了澳門地區自己的刑事法制的新的時期。在《澳門刑法》第二編第三章，專門規定了阻卻不法性及罪過之事由的重要內容。在澳門即將回歸祖國之際，本文擬對澳門刑法中這一重要內容作專門的研究，並與中國內地刑法與此相關的規定進行比較分析，以期有助於兩地刑法理論的交流與合作，為繁榮整個中國的刑法理論做一點綿薄貢獻。

一、澳門刑法中犯罪阻卻性事由的規定及法律屬性

澳門刑法第二編第三章“阻卻不法性及罪過之事由”中第 30 條（阻卻不法性）規定：“一、從法律秩序之整體加以考慮，認為事實之不法性為法律秩序所阻卻者，該事實不予處罰。二、尤其在下列情況下作出之事實，非屬不法：A) 正當防衛；B) 行使權利；C) 履行法律之義務或遵從當局之正當命令；或 D) 獲具有法律利益而受侵害之人同意。”據此可以看出，在阻卻不法性的規定之下，澳門刑法明確規定了正當防衛，緊急避險、履行

¹ 本課題是作者 1999 年赴澳門考察研究的科研項目。

² 華東政法學院教授。

³ 葡國總檢察長 José da Cunha Rodrigues：《給澳門的一部法典》，載《澳門大學法律學院學報》，97 年第 3 期。

義務和遵從命令，受託行為等四種阻卻不法行為的事由。

阻卻不法性，在西方刑法理論上也稱之為違法阻卻性或犯罪阻卻性。同屬西方大陸法系的臺灣刑法理論認為：“行為之違法性與侵害性同屬犯罪成立要件而其性質有異，侵害性乃行為所具侵害法益之情狀，而違法性則系行為所示之消極的價值。詳言之，刑法就反乎法律秩序而侵害公私法益之各種可罰的行為，設定抽象的規定，在刑法學上稱之法定構成犯罪的事實，就其客觀內容言之，一方面顯示各種侵害公私法益之形態，堪稱為侵害法益之刑法上定型；一方面顯示違反法律秩序之可罰形態，堪稱為刑法上違法性行為定型，是以實際發生之行為如與某侵害法益定型相當乃具備侵害性，再如與違法性定型相當，乃可得出為違法性之判定⁴。”但“行為違法不僅違反實定法而已，在實質上亦必與社會倫理規範背道而馳，而後者為實定法所不容，是可謂實質意義之違法。----- 刑法並非以制裁一切違法行為為其本質，一般實定法所認為違法者，未必皆屬刑法上之可罰行為。國家權衡輕重惟擇一部分違法行為賦予刑法上的效果而已⁵。”由此可知，在形式違法性行為之中，一部分行為為刑法規定應予處罰，一部分行為為刑法規定得以阻卻犯罪，不予處罰，這部分行為即為違法（犯罪）阻卻性行為。當這種行為在客觀上有利於社會整體利益，即便這種行為在形式上具有違法性，但當與法律具有特別規定相符時，仍阻卻其犯罪的成立。澳門刑法中阻卻不法性的規定，正是基於法律秩序的整體加以考慮而規定該事實不予處罰。

違法阻卻性行為，在中國內地的刑法理論中被稱之為排除社會危害性的行為。這種行為被認為其雖然在客觀上具有犯罪構成客觀方面的行為特徵，但行為人是出於為了保衛社會合法性利益的目的而為之，就其行為實質而言在於排除既存的社會危害性行為，因此不負刑事責任。中國內地刑法中排除社會危害性行為的法律屬性是從行為人的主觀心理目的出發，得出了排除社會危害性行為必須基於善良目的才能得以成立的結論。那麼在澳門法律中，阻卻不法性的行為首先是從行為人主觀心理狀態出發，還是首先從行為的客觀效果出發加以確定其行為的法律屬性的呢？從澳門刑法第 30 條“從法律秩序之整體加以考慮，認為事實之不法性為法律秩序所阻卻者，該事實不予處罰”的規定來看，違法行為是

⁴ （台）韓忠謨：《刑法定理》。臺灣兩刊美術印刷有限公司 1982 年 5 月版，第 138 頁。

⁵ 同上。

否被法律規定阻卻犯罪，首先是從法律秩序的整體出發，強調該行為事實客觀上有益於整體的法律秩序，而不是從行為人的主觀心理狀態出發。它一方面承認不法性行為具有不法事實的內容，另一方面又認為這種事實的不法性行為之所以為法律規定所阻卻為非犯罪，是因為這種行為在客觀上為整個法律秩序所能容忍。在澳門刑法中，阻卻不法性的行為事實並不排除表面形式上的故意。根據澳門刑法第 13 條的規定：“一、行為時明知行為符合罪狀而有意使該事實發生者，為故意；二、行為時明知行為之必然後果系使符合一罪狀之事實發生者，亦為故意；三、明知行為之後果系可能符合一罪狀之事實發生，而行為人行為時系接受該事實之發生者，亦為故意。”因此，在不發生認識錯誤的情況下，阻卻不法性的行為，其行為人在主觀上具有刑法規定的表面形式故意是不容懷疑的。本來根據澳門刑法第 12 條規定：出於故意作出之事實，必予處罰。但是澳門刑法在故意違法犯罪必予處罰的前提下，考慮到正當防衛、緊急避險等行為對整個法律秩序的積極作用，因此不問行為人在主觀上是否具有形式故意⁶，從客觀方面阻卻其行為的違法性。也因為如此，澳門刑法第 32 條規定，“在正當防衛時採用之方法過當着，該事實不法，”即仍為犯罪。也正是從客觀效果上是否對整個法律秩序有利方面加以考慮，不管此時正當防衛人在主觀上如何具有良好的動機願望，當行為已超越整個法律秩序容忍的範圍，法律就不再阻卻其違法性，只是在處罰時得特別減輕。

當我們將澳門刑法中阻卻不法性的認定強調其客觀屬性，與中國內地刑法中排除社會危害性行為強調其主觀屬性進行比較時，就會發現澳門刑法對違法性行為進行法律特別阻卻時，強調從客觀方面是否有利於整個法律秩序着眼，具有比較具體的客觀標準和比較明確的可操作性。因為客觀無危害永遠比主觀無罪過容易認定，而客觀無危害本身就已不符合現代刑法犯罪構成上的客觀要求，據此認定為不構成犯罪已為現代刑法理論所支援。正因為如此，將正當防衛等行為僅僅從主觀方面認定其不具備犯罪構成要件，雖有一定的道理，但當我們深入考察這些行為現象時，不難發現，僅僅從主觀方面着眼，仍有兩個問題還沒有得到關注和得以解決：

第一、將正當防衛等行為僅僅從主觀上認定行為人不具有犯罪的罪過，即正當防衛等

⁶ 筆者在這裏提出形式故意的概念，是與經過司法認定後的實質故意相對應，兩者應以行為人是否具有犯罪目的為劃分依據。

目的的正當性可以決定行為的合法性。然而正當防衛本身包括了防衛的適當和防衛的過當兩種情形。無論是防衛適當還是防衛過當，兩者都受正當防衛的目的支配和制約。如果僅僅從防衛目的的正當性出發，將正當防衛視為無罪過的排除社會危害性，以此來解決正當防衛適當不負刑事責任的理論依據。那麼，還顯然無法解釋為什麼同屬正當防衛的正當目的性質和同受這一目的支配和制約的防衛過當仍要構成犯罪、仍要承擔刑事責任的理論根據。

第二、如果僅僅從社會政治評價出發，認為正當防衛的行為不但在主觀上無犯罪的罪過，不具有人身危險性，而且在客觀上沒有社會危害性，是一種有益於社會的行為，因此對正當防衛等行為視為排除社會危害性的行為而不追究刑事責任。然而在社會現實生活中，出於維護社會整體利益而實施有益於社會的行為，又何止於正當防衛及有限的一些被法律所特別規定的行為，為什麼刑法僅僅涉及正當防衛等少數特定的行為，而對更多的明顯有利於社會的其他行為不作專門的特別規定呢？

那麼，問題的癥結在哪里呢？長期以來，將正當防衛等行為的法律屬性確認為排除社會危害性的行為，主要是從正當防衛目的的正當性和社會政治評價的肯定性出發的，從而揭示了正當防衛的行為人在主觀上不存在反社會的人身危險性。一定的主觀心理活動內容決定了在這一主觀的心理活動支配下實施的行為性質，正當防衛等行為的目的性表明這類行為的有益性，決定了這類適當的行為與犯罪行為之間的本質區別。但是，正當防衛等行為其表面特徵畢竟通過對他人的人身或財產傷害或損害的方式加以進行的。這樣就使得正當防衛等行為在客觀上具有犯罪的外觀。不過這類具有犯罪外觀的行為，實際上是在制止和排除社會危害性，或者是為了實現保護更大的社會利益，因而這類行為本身並不存在社會危害性。行為的社會危害性是犯罪得以成立的最本質的特徵。現代刑法中的犯罪是以社會危害性為其基石的，犯罪構成實際上從主觀罪過和客觀危害相統一的基礎上解釋行為的社會危害性。正當防衛等行為作為排除社會危害性的行為本身有益於社會，由於缺乏社會危害性這一犯罪得以成立的本質內容，只要這類行為處於適當的範圍內，自然也就談不上構成犯罪和給予刑事處罰了。

正因為正當防衛等行為已經具有了犯罪的外觀特徵，但實質上卻不具有社會危害性，所以，專門規定犯罪的刑法可以對其他有益於社會的行為不加涉及，卻不能不對正當

防衛等行為加以特別規定，並從法律秩序的整體考慮將其排斥在犯罪之外。從這一意義上來說，西方刑法理論將正當防衛等行為視為阻卻刑事違法性的行為是有一定道理的。臺灣刑法學者韓忠謨指出：“行為與行為人之心意本屬表裏相應，不可分隔而各自獨存，然分析法學為明瞭違法性之客觀情況，不得不將行為由其內部心意暫加切離而單獨觀察之，故違法性之判定只以該當於法定構成犯罪事實之行為為主要物件，此與責任之判定，必須深入行為者人格之內部而考慮其應受非難之狀態者，顯有區別。且法律為客觀規範，確定責任必以行為為基礎，因此刑法上違法性之判定，恒先於責任之判定，亦為理所當然⁷。”

筆者認為，將正當防衛等行為確定為排除社會危害性的行為，是從目的的正當性和社會政治評價的肯定性而言的，它從主觀方面揭示了正當防衛等行為不應負刑事責任的內在的社會道義根據。但這還遠遠不夠。我們還必須認識到正當防衛等行為所具有的刑事違法性的法律阻卻性質，即正當防衛等行為同時也是為法律阻卻刑事違法性的行為。這是就正當防衛等行為具有的社會有益性和法律評價的許可性方面而言的，它從客觀方面揭示了正當防衛等行為不需負刑事責任的外在法律依據。在這一意義上而言，正當防衛等行為是社會政治評價和法律評價的統一，兼有着排除社會危害性的屬性和阻卻刑事違法性的屬性，是兩者的有機統一。說正當防衛等行為具有排除社會危害性的屬性，是從正當防衛等行為的目的正當性上確認其行為本質的合理性，從而為確認這類行為（在正當防衛中包括防衛適當和防衛過當，實際的防衛和假想的防衛）都不可能具有“明知故犯”的犯罪實質故意的主觀罪過奠定心理基礎。說正當防衛等行為具有阻卻刑事違法性的屬性，是從正當防衛等行為的客觀效果上確認其行為現象的有益性，從而為確認這類行為只要沒有超出必要限度而不存在過當或不當行為，因而不需負刑事責任提供了法律依據。

同時我們也應當看到，現代刑法理論表明，犯罪是主觀惡性和客觀危害的統一。有主觀惡性而無客觀危害不構成犯罪。反之，有客觀損害而無主觀惡意也不能構成犯罪。但是，動機目的與客觀效果的對立統一法則告訴我們，良好的動機目的不一定必然產生良好的客觀效果，有時也會造成不符合動機目的或超出動機目的的客觀結果。現代刑法在規定正當防衛等行為為非犯罪，不受刑罰處罰的同時，也都規定了超出必要限度的過當或者不當行為，也能構成犯罪，應受刑法處罰。這就表明，現代刑法在阻卻行為違法性的時候，存在

⁷（台）韓忠謨：《刑法定理》，臺灣兩刊美術印刷有限公司 1982 年 5 月版，第 140 頁。

着一個客觀標準的問題，即這類行為在客觀上並不存在社會危害性。如果這類行為在實施過程中超出必要限度造成不應有的損害的，那麼超出的部分不能為法律所阻卻。違法阻卻性的法律根據的全部理論基礎就在於此，這是僅僅從主觀目的的正當性角度出發認定正當防衛等行為具有排除社會危害性屬性所無法解釋的。

犯罪本是主客觀統一的行為表現，但是當主觀與客觀發生矛盾，動機與效果不相統一的時候，到底應以主觀為主還是以客觀為主，也許是一個刑法上的“歌德巴赫猜想”，其合理性還有待於刑法理論進一步論證，各國的刑法理論和刑法規定也各有所不同。然而從司法實踐易於操作的角度而言，客觀性的直觀和易於把握卻是不容置疑。從這一意義上而言，澳門刑法將正當防衛等行為定性為違法阻卻性，應承認其具有較大的合理性。

二、澳門刑法中的正當防衛制度

正當防衛是現代刑法的一項普遍制度，已搭上現代刑法列車的澳門刑法也不例外，其第 31 條中專門規定了正當防衛制度：“為擊退對行為人本人或第三人受法律保護之利益正在進行之不法侵害而作出之事實，如其系擊退該侵犯之必要方法者，為正當防衛。”這一規定為澳門刑法中的正當防衛制度奠定了法律根據。

一、正當防衛的成立條件

正當防衛須經一定的條件而成立，這是現代世界各國刑法的一個通則。從澳門刑法第 31 條的規定中，我們可以看出，澳門刑法中的正當防衛成立須具備以下幾個條件：

（一）必須有不法侵犯的事實存在

不法侵害是指具有社會危害性的對受法律保護之利益進行侵犯的行為。這是正當防衛得以成立的首要前提條件。一部刑法之所以規定正當防衛制度，並從法律上阻卻其犯罪的成立，就在於正當防衛本身是在排除社會危害性的行為。沒有不法侵犯之事實，正當防衛就成了無的之矢。然而這不法侵害的性質、範圍、程度及狀態則如何認定，事關正當防衛能否得以正確認定的重大問題，值得探討。

1. 不法侵害的性質

不法侵犯的事實是正當防衛的前提條件，沒有不法侵害的事實，正當防衛就無從談起。但是，不法侵害本身是一個十分寬泛的概念。因此，我們必須首先解決何為不法侵害，然後才能解決在此基礎上形成的正當防衛。

不法侵害，就其本質而言，在於其行為的非法性、違法性和社會危害性。任何一種社會行為，一經實施，必然要和社會發生聯繫，從而引起客觀的社會反應。在現代法制社會，一種社會行為，只有具有充足的法律根據，才能被認定是合法的行為，才能受法律的保護。不法侵犯的行為首先在於行為缺乏合法的法律根據，具有不法性的法律特徵。這種行為是得不到法律上的認可和保護。然而，現代法制社會，無論其立法多麼先進，多麼完善，總不能對所有社會行為一攬無遺地統統用法律的規定加以規範，總會遺漏下很多社會行為，使這些行為處在一個失範的狀態。可以這麼說，凡是失範的行為都是沒有法律根據的行為。但是，失範的行為並不等於違法的行為。從現代法律制度來看，作為行為規範的法律形式可以劃分為兩大類型，一類是允許性的法律，它准許、鼓勵人們為一定行為，一類是禁止性的法律，它不准人們為一定行為，如為之，則罰之。作為不法侵害的行為，它不但沒有合法的法律根據，而且它必定屬於為法律所禁止的行為，具有法律上的違法性。這是不法侵害行為的第二個法律特徵。法律上所禁止的違法行為，從整個法律秩序的整體考慮，又必然具有社會危害性。這種社會危害性既可以體現為對防衛人本人的侵犯，又可以體現為對其他第三人的侵犯；既可以體現為對人的人身權利的侵犯，又可以體現為對人的財產權利的侵犯。總之，不法侵害的行為本質在於對受法律保護的合法利益的侵害。因此，不法侵害具有的社會危害性是其必備的第三個法律特徵。

但是我們應當看到，不法侵害具有三個法律特徵，不但是從法律秩序的整體加以考察而得出的結論，而且也是通過法律秩序加以評價後而得出的結論。然而，一個不法侵害的事實已經發生並且存在時，能否就明確無誤地確認為不法侵害，這不但要求防衛人必須具有嫺熟的法律知識，而且還得借助於嚴格的法律程式，這在事實上是不可可能的。如必須如此，往往使得防衛人延誤防衛時機而變得無所適從。因此，對於正當防衛的前提條件，我們不能絕對只有等到通過嚴格的法律程式認定後才准許防衛人實施正當防衛。我們知道，現代法制社會不但給全體社會成員指明了明確的法律價值取向，而且同時指明了明確的道德價值取向。從這一意義上說，只要防衛人已經認為受法律保護的合法利益正在受到不法行為的侵犯，就可奮起正當防衛。至於這一正當防衛在法律上能否成立，其防衛程度是否

過當，這是法律評價的結果。但我們不能以此限制防衛人實施正當防衛的權利。

2、不法侵害的範圍

不法侵害的法律特徵揭示了不法侵害的內涵，但不法侵害的外延範圍應如何確定，同樣涉及到正當防衛的正確認定。不法侵害從法律的角度可以劃分為犯罪的行為和其他的違法行為。對於嚴重的犯罪行為可以實施正當防衛，在理論與實踐中已無歧義。然而對於從表現形式還未達到嚴重犯罪程度的違法行為，能否實施正當防衛，理論與實踐都有不同看法。我們認為，違法行為與犯罪行為之間並不存在一條不可逾越的鴻溝，它們彼此之間不是一成不變，而是可以相互轉化的。在社會現實生活中，通過人們的正當防衛，將向犯罪行為發展過渡的違法行為扼殺在搖籃之中，正好可以最大程度地保護了受法律保護的合法權益。違法犯罪的程度輕，防衛的程度相應就輕；違法犯罪的程度重，防衛的程度相應就強。正當防衛的程度強弱與違法犯罪的危害大小成正比。但我們沒有必要以違法行為的程度還處在發展過程中，就限制防衛人的正當防衛權利。不然否則，一旦違法行為發展嚴重程度並有可能達到既遂狀態，才允許實施正當防衛，恐怕為時已晚矣。

3、不法侵害的程度

不法侵害必定給社會造成危害。但不法侵害在實施過程中，其表現形式是極其複雜的。儘管從理論上可以認為，凡是具有不法性質的侵害行為，都可以允許實施正當防衛。但我們應該看到，正當防衛的性質決定了正當防衛是通過對不法侵害人造成一定的人身傷害而實現的。不法侵害人因實施不法侵害應當受到防衛人和整個社會的反擊，但其除受到因法律規定而予以反擊、制裁的權利以外，其他應有的權利仍受法律保護。同時，正當防衛並非是一種私力懲罰手段，它是法律公力事後救濟不及使用時的一種補充手段。因此，只有當不法侵害來不及得到國家公力制裁時，才有實施正當防衛的必要性。從這意義上說，不法侵害必須具有發生現實危害結果的緊迫可能性時，才能成為正當防衛的前提條件。

4、不法侵害的狀態

不法侵害從其存在的狀態上，可以劃分為已經結束的狀態，正在進行的狀態和將要進行的狀態。根據刑法理論，對於已經結束的和將要出現的不法侵犯，只能通過國家的刑罰予以制裁和預防。否則，對此狀態的不法侵害也進行正當防衛，屬於“防衛不適時”，應

當承當一定的法律責任。正因為如此，澳門刑法第 31 條明確規定，只有對正在進行之不法侵害而作出反擊之事實的，才能認定為正當防衛。

（二）必須為了保衛合法權益

澳門刑法第 31 條規定：正當防衛是為擊退對行為人本人或第三人受法律保護之利益正在進行之不法侵害而作出之事實。正當防衛必須為了保衛合法利益是正當防衛得以成立的目的條件。從法律的邏輯結構的層次上說，保衛合法利益必須通過制止不法侵害的繼續進行，排除其社會危害性的行為為表現形式。因此，保衛合法利益是正當防衛目的條件的內核所在，排除社會危害性、制止不法侵犯的繼續進行是正當防衛的外在表現。在一般情況下，防衛人本人遭遇不法侵犯，為了保衛自己的合法利益而進行正當防衛，其正當防衛目的條件的合理內核與排除社會危害性，制止不法侵犯的繼續進行的外在表現呈現出高度的一致性，這在司法實踐中不存在認定上的困惑。但是，有一種情況須在這裏提出加以特別討論，即行為人本有加害他人之心，在實施加害行為之時卻正遇他人正在實施不法侵犯，或者行為人在實施正當防衛，制止他人的不法侵犯之時，發現他人正是自己的仇人，於是在制止他人不法侵犯，對其實施正當防衛之時，又實現了自己的報仇泄憤的心理需求。對此，刑法理論稱之為“乘機正當防衛”。對這種目的具有多樣性內容的行為能否認定為符合正當防衛的目的條件，在刑法理論有不同見解。我們認為，正當防衛之所以在法律上阻卻其刑事違法性而不構成犯罪，不但在於其主觀目的的正當性，而且更在於其客觀行為的無危害性。他人正在實施不法的侵犯，是在給社會造成危害，防衛人即使出於複雜的心理動機，但其行為在客觀上不但沒有造成新的危害，而且是在排除社會危害性。沒有社會危害性的行為，當然談不上構成犯罪。即使我們從行為人主觀心理狀態出發，認定其目的內容的多重性，但我們無法排除其目的內容具有正當合法性的一面。何況行為人目的內容複雜性的如何正確認定，遠不及行為沒有造成社會危害，反而制止了不法侵犯所具有的社會危害來得容易把握和正確認定。因此，這種行為只要具有保衛合法利益的主觀目的成份，並在客觀上具有有利於社會的行為表現，應當以正當防衛認定。這是因為在某一點上，刑法在不能同時既懲罰和又保護那些既有犯罪傾向又具有防衛意圖的特殊情況下，為了使法律秩序的整體利益不受不法侵犯的危害，以實現社會一般正義的價值取向，理應採取兩利相權擇其重，兩害相權擇其輕的司法原則，以此突出表明一般侵犯行為的無價值性和在法律上的否定評價。

（三）必須具備得當和必要的方法

澳門刑法第 31 條規定，正當防衛須是防衛人系擊退不法侵害之必要方法者。第 32 條規定，在正當防衛時採用之方法過當者，該事實為不法。這些規定表明，澳門刑法中的正當防衛有防衛適當和防衛過當之分。適當的正當防衛必須以方法得當和必要為條件，以防衛行為在排除社會危害性和制止不法侵犯繼續進行過程中，沒有造成新的不應有的危害為客觀標準，這也是正當防衛在法律上被阻卻為非犯罪的重要的法律根據。

綜上所述三個必要條件，是澳門刑法認定正當防衛所必須同時具備的，它們是相輔相成，互相依存，缺一不可。

二、正當防衛的必要方法和適當限度

澳門刑法第 32 條規定的“在正當防衛時採用之方法過當者，該事實為不法，但得特別減輕刑罰。”這一規定實際上就對防衛過當的特別規定。正當防衛採用不必要的方法，超出適當限度，造成不應有的危害，就構成了刑法上的防衛過當，依法就得追究刑事責任。這一規定同時表明，從法律秩序的整體利益考慮，澳門刑法對防衛過當持消極的社會道義評價和否定的法律性質評價。

那麼，正當防衛的必要方法和適當限度的認定依據和衡量標準是什麼呢？這在澳門刑法中並沒有作出明確規定，交由司法實踐根據具體條件的情況作具體的分析認定。但一定的司法實踐操作離不開充足的理論根據。在刑法理論上，關於正當防衛的必要方法和適當限度，曾有過三種主要觀點，一是基本適應說，即所謂的必要方法和適當限度是指正當防衛的行為性質、手段、強度和導致的後果與不法侵犯的性質、手段、強度和可能導致的後果基本相應。二是客觀必需說，即所謂的必要方法和適當限度是指從正當防衛行為的客觀上分析，是屬於制止不法侵犯繼續進行所必需的，捨此方法和限度，就難以制止不法侵犯的繼續進行。三是有效制止說，即所謂的必要方法和適當限度是指從正當防衛的行為人的主觀目的出發，認為凡是為了有效制止不法侵犯的繼續進行而採取的方法都屬於正當防衛的必要方法，都屬於正當防衛需要的適當限度。我們認為，上述三種觀點都有一定的合理性，但又存在着一定的局限性。我們知道，不法侵犯是一種出於發展變化的運動過程中的犯罪行為，實施不法侵犯的行為人往往不宣而戰，其犯罪的目的和想要達到的結果往往

存在于行為人的主觀心理中。正當防衛與不法侵犯兩強相遇，不是東風壓倒西風，就是西風壓倒東風。如果不法侵犯壓倒正當防衛，造成危害結果，那是罪上加罪，自不待說。然當正當防衛壓倒不法侵犯，那正當防衛的手段、強度和已經造成的結果必然強於不法侵害，此時如簡單地以“基本適應說”來加以衡量，勢必容易得出防衛過當。而以有效制止說加以衡量，正當防衛能夠制止不法侵犯才屬有效，這樣也就不存在防衛過當了。通過上述分析，我們可以看出，第一種觀點對防衛人來說太過於苛刻，不利於正當防衛的進行，第二、三種觀點對防衛人來說，又過於寬鬆，使法律規定的防衛過當等於名存實亡。

我們認為，刑法一方面規定了正當防衛制度，鼓勵人們面對不法侵犯勇於反擊；另一方面又規定了防衛過當應負刑事責任，限制人們濫用防衛制度，造成不應有的新的危害，以免整個法律秩序發生失衡現象。防衛過當的法律精神正寓於此。據此，正當防衛的必要方法和適當限度，一方面必須基於不法侵犯的事實存在，在此基礎上形成的正當防衛的手段、強度和導致的結果可以強於不法侵犯。另一方面，正當防衛是以制止不法侵犯的繼續進行為防衛的歸宿，這就要求防衛人實施正當防衛時，應有意識地約束自己的防衛強度，以制止不法侵犯的繼續進行為防衛要求，而不是純粹以傷害、甚至殺害不法侵犯人為防衛目的。當一種較為緩和的防衛手段已經能夠制止住不法侵犯的繼續進行，就不允許超越緩和手段，直接使用激烈的手段。當然，由於不法侵犯本身也是一個發展變化的運動過程，隨時隨地可以由輕到重，或由重到輕的不斷變化，這就要求防衛人首先要對不法侵犯有一個清醒的認識和較為正確的估計。同時，由於不法侵犯時時會發生變化，在對不法侵犯進行認識和估計，我們應當允許防衛人對不法侵犯有一個“合理的假想”，以此調整自己的防衛強度。在防衛人認識和估計不法侵犯事實時，如果與不法侵犯的事實發生嚴重的背離，此時我們必須輔以社會評價，並通過折衷的方法確定正當防衛是否屬於方法不當或超出必要限度。

根據澳門刑法第 32 條第 2 款的規定：“因不可譴責于行為人之精神紊亂、恐懼或驚嚇而導致過當者，行為人不予處罰。”這表明在法律明文規定的情況下，即使正當防衛有過當的行為，法律仍阻卻其防衛過當，不予處罰。澳門刑法的這一規定還進一步表明，在如何確定正當防衛的必要方法和適當限度的問題上，澳門刑法總體上採取傾向於防衛人的立法精神，這完全符合當代世界刑法為保護法律整體秩序，遏制違法犯罪，保護公民基本權利的價值取向。

三、防衛過當的罪過形式

在正當防衛時採用之方法過當者，該事實為不法，雖得特別減輕處罰，但其行為已構成犯罪實屬無疑。是犯罪，必先存在主觀罪過。在澳門刑法中，防衛過當的罪過形式應當如何認定，頗值得探研。

關於防衛過當的罪過形式，世界上多數國家都未作出明確規定，只是有少數國家才涉及這一問題。但其中法律規定的情形各有不同。第一種情形是在總則中將防衛過當規定為過失犯罪，例如巴西刑法典第 21 條規定：“行為人過失地超越合法防衛的限度，如果實施的行為應受過失罪處罰的，應當負刑事責任。”再如義大利刑法第 55 條也把防衛過當明確規定為過失犯罪。第二種情形是在分則中將防衛過當規定為過失犯罪，例如蒙古刑法第 72 條規定：“過失殺人和超過正當防衛限度殺人的，處五年以下剝奪自由”。該法在第 74 條中又規定了過失重傷和超過正當防衛限度的重傷情形。第三種情形是在分則中單獨規定了防衛過當的殺人罪和傷害罪。該所涉條文雖未明確規定這些防衛過當行為的罪過形式，但從其立法精神分析，應為過失犯罪。例如 1978 年修訂的前蘇聯刑法典第 105 條規定，對超過正當防衛限度的殺人罪，處二年以下的剝奪自由或一年以下的勞動改造。而該法典第 106 條對一般的過失殺人則處三年以下的剝奪自由或一年以下的勞動改造。這表明防衛過當的殺人罪，比一般過失殺人處罰還要輕，其罪過形式當屬過失無疑。第四種情形是在分則中單獨將防衛過當規定為故意犯罪，例如 1954 年阿爾巴尼亞刑法典第 153 條規定：“因超過正當防衛的範圍而故意重傷他人身體的，判處三年以下的監禁。”

澳門刑法對防衛過當的罪過形式未作明確規定，從法律的規定形式上來看，防衛過當的罪過形式既可以是過失也可以是故意。根據澳門刑法第 13 條（故意）的規定：“一、行為時明知事實符合一罪狀，而有意使該事實發生者，為故意。二、行為時明知行為之必然後果系使符合一罪狀之事實發生者，亦為故意。三、明知行為之後果系可能使符合一罪狀之事實發生，而行為人行為時系接受該事實之發生者，亦為故意。”第 14 條（過失）的規定：“行為人屬下列情況，且按情節行為時必須注意並能注意而不注意者，為過失：A) 明知有可能發生符合一罪狀之事實，但行為時並不接受該事實之發生；B) 完全未預見符合一罪狀之事實發生之可能性。”由於防衛過當的複雜性，使得在形式上都可以符合澳門刑法有關故意和過失的規定。可以這麼說，澳門刑法中防衛過當的罪過形式既未明確

排斥故意，也未明確排斥過失。但是，當我們深入到澳門刑法的立法精神中，就會發現澳門刑法中的防衛過當隸屬於其第三章阻卻不法性及罪過之事由這一規定的，只是其行為人在正當防衛時採用之方法過當者，換言之，即造成之結果超限者，才認定該事實為不法。防衛過當的方法過當或結果超限，並不否定其防衛目的的正當性和防衛行為的合法性。從這一意義上說，防衛過當的主觀心態已與故意犯罪明知自己的行為符合某一罪狀的法律規定相去甚遠。因此，澳門刑法中防衛過當的罪過形式難能包括故意罪過。進一步深入探研，防衛過當為什麼會發生方法過當或造成結果超限，我們認為是與行為人在正當防衛時對不法侵犯的事實的認識和估計發生錯誤有內在的聯繫。對事實發生錯誤認識應如何定性？澳門刑法第 15 條（對事實情節之錯誤）規定：“一、對一罪狀之事實要素或法律要素之錯誤，阻卻故意；如行為人必須對禁止有所認識方能合理意識到事實之不法性，則對該禁止之錯誤，亦阻卻故意。二、上款之規定包括對事物狀況之錯誤，如該事物狀況之出現係阻卻事實之不法性或行為人之罪過者。三、如有過失，仍可依據一般規定予以處罰。”這一規定明確表明，行為人對一罪狀之事實要素和法律要素發生認識錯誤，法律阻卻其故意的成立。但有過失者，才仍可依據一般規定（據筆者理解，是指防衛過當所觸犯的具體罪狀規定）予以處罰。也正因為如此，根據澳門刑法第 32 條第 2 款規定：“因不可譴責于行為人之精神紊亂、恐懼或驚嚇而導致過當者，行為人不予處罰。”因此，從澳門刑法的立法精神和現有規定的邏輯結構中，我們可以得出結論，澳門刑法中防衛過當的罪過形式僅限於過失，而不包括故意。

四、與中國內地刑法中正當防衛制度的比較研究

正當防衛制度也是中國內地刑法上的一項重要內容。根據 1997 年 3 月 14 日新修訂的《中華人民共和國刑法》第 20 條（正當防衛）的規定：“為了使國家、公共利益、本人或他人的人身、財產和其他權利免受正在進行的不法侵害，而採取的制止不法侵害的行為，對不法侵害人造成損害的，屬於正當防衛，不負刑事責任。正當防衛明顯超過必要限度造成重大損害的，應當負刑事責任，但是應當減輕或者免除處罰。對正在進行行兇、殺人、搶劫、強姦、綁架以及其他嚴重危及人身安全的暴力犯罪，採取防衛行為，造成不法侵害人傷亡的，不屬於防衛過當，不負刑事責任”。這一規定構成了中國內地刑法中的正當防衛制度的法律根據。

澳門刑法與中國內地刑法關於正當防衛制度的規定，在立法精神、構成條件、法律後果等方面基本趨同，但在具體的內容上，表現形式上繁簡有異，各有千秋。下面就兩者具有可比性的內容與形式作一簡略的比較。

（一）在防衛目的方面，中國內地刑法將保衛國家、公共利益置於本人或他人之前，表明中國內地刑法以社會為本位作正當防衛制度的立法基礎。而澳門刑法只強調行為人本人或第三人受法律保護之利益為正當防衛制度的立法基礎，表明澳門刑法是比較側重於個人為本位的思想。這種不同的立法規範反映了東西方不同法律文化的不同價值取向。

（二）在保護法益方面，中國內地刑法明確規定保護的法益涉及到國家和社會的公共利益，本人或他人的人身、財產和其他權利，其內容廣泛且具體。而澳門刑法則比較簡要規定了本人或第三人受法律保護之利益，相對中國內地刑法的規定，顯得比較狹窄和抽象。這一不同的立法規定不僅反映了兩地刑法整體表現形式的簡繁有別，而且更表明中國內地地域廣大，人口眾多，各地的政治、經濟、文化發展不平衡，不法侵害與正當防衛的情形都比較複雜，刑法不作明確而廣泛的規定，在司法實踐中難以做到準確的界定。

（三）在防衛過當方面，中國內地刑法規定正當防衛只有明顯超過必要限度造成重大損害的，才成立防衛過當。而澳門刑法只強調在正當防衛時採用之方法過當者，即可成立防衛過當。相比之下，中國內地刑法對防衛過當的條件較為嚴格，表明刑法立法者對正當防衛人採取了較為寬容的態度。特別是在新修訂的刑法中增設了無限防衛制度，即對正在進行的嚴重危及人身安全暴力犯罪，採取防衛行為，即使造成不法侵害人傷亡的，都不會構成防衛過當。中國內地刑法之所以作出這一異乎尋常的規定，據筆者的理解，還是與社會為本位的社會防衛的立法思想有密切的聯繫。

（四）在防衛過當的罪過形式方面，中國內地刑法與澳門刑法都沒有作出明確規定，但由於澳門刑法已對事實情節之錯誤（澳門刑法第 15 條）明確規定阻卻其故意的成立，因此，從澳門刑法規定的邏輯結構中，可以明確得出結論，澳門刑法中防衛過當的罪過形式僅限於過失。而中國內地刑法則沒有類似的規定，儘管內地刑法理論有的強調防衛過當的罪過形式僅限於過失，但由於得不到法律的有利支撐，有關防衛過當罪過形式的爭論依然十分激烈，莫衷一是。

(五)關於正當防衛的屬性，中國內地刑法將正當防衛規定在第二章犯罪的第一節犯罪和刑事責任中，在法律上並沒有就其屬性問題作出明確規定，以至在刑法理論上就其屬性問題存在着排除社會危害性，排除犯罪性抑或阻卻違法性的爭論。而澳門刑法則將正當防衛置於第三章阻卻不法性及罪過之事由之下，明確表明其行為在客觀上具有犯罪的外觀，但又從法律上阻卻其犯罪的成立，從而使正當防衛具有阻卻刑事違法性的屬性在法律上得到確認，避免了在理論上不必要的爭論。

三、澳門刑法中的緊急避險制度

緊急避險也是現代刑法的一項普遍制度，它是為了使社會公共利益，本人或者他人的人身、財產和其他權利免受正在發生的危險，而不得已採取的行為不負刑事責任的制度。澳門刑法第 33 條（緊急避險）規定：“當符合下列要件時，為排除威脅行為人本人或第三人受法律保護之利益之正在發生之危險而作出之事實，如其系排除該危險之適當方法者，非屬不法：A) 危險情況非因行為人已意造成，但為保護第三人之利益者，不在此限；B) 保全之利益明顯大於犧牲之利益；及 C) 按照受威脅之利益之性質或價值，要求受害人犧牲其利益屬合理者。”根據這一法律規定，我們可以看出，澳門刑法中緊急避險的成立，必須具備以下三個條件：

一、必須要有威脅受法律保護之利益之危險存在

危險是指發生某種危害結果可能性的緊迫狀態。在社會生活中，危險的來源可以是多方面的，有來自於自然界的，例如火災、洪水、山崩、地震等等，也有來自於社會人為的，例如他人的違法犯罪行為等等。在緊急避險中，危險必須是直接威脅到受法律保護的利益，才能成為緊急避險的前提條件。根據澳門刑法的規定，這一危險必須是實際存在的。如果行為人因發生認識錯誤，對並不存在的危險誤認為是危險而採取緊急避險行為，根據刑法理論和刑法規定對這種“假想避險”現象，應按對事實情節之錯誤的原則加以解決。同時，這一危險又必須是正在發生的。如果危險尚未形成或已經過去，而行為人誤認為是正在發生的，刑法理論稱之為“避險不適時”，對此也應按對事實情節之錯誤的規定加以解決。

二、必須是為了保衛受法律保護之利益

這是緊急避險的目的條件。由於緊急避險是通過損害第三者合法利益的形式實施的，因此，緊急避險的目的必須具有為了保護更大更多合法利益的崇高內容。因為從法律秩序的一般意義上講，現代法制社會不允許社會成員以犧牲他人的合法利益來換取避險人自己的利益。只是從法律秩序整體的特殊效果上考慮，才有條件地允許犧牲一部分利益來保全社會更大更多的整體利益。這是緊急避險必須強調目的正當性和合法性的道義依據和法律依據。為了保證這一目的正當性和合法性在緊急避險中的貫徹，澳門刑法規定，危險情況必須非因行為人已意造成的，除非是為了保護第三人之利益者，才不受此限。

三、必須是採用必要和適當的方法

這是緊急避險的行為條件。緊急避險只有採用必要和適當的方法，才能在最大程度上保衛受法律保護之利益的同時，又最小限度上損害並不應該損害的其他也應受法律保護的利益。何謂必要和適當的方法，根據澳門刑法的規定，有三個具體的要求：(一) 保全之利益明顯大於犧牲之利益；(二) 按照受威脅之利益之性質和價值，要求受害人犧牲其利益屬合理者；(三) 在保護合法利益之時，不能以其他方法加以避免，且按照案件之情節，期待作出其他行為屬不合理者，簡言之，即在不得已的情況下才為之。緊急避險必須是採用必要和適當的方法，也是緊急避險適當與緊急避險過當相區別的顯着標誌。儘管在澳門刑法中，作出可適當排除危險之不法事實者，如該危險屬威脅行為人本人或第三人生命、身體完整性、名譽或自由正在發生而不能以他法避免之危險，且按照案件之情節，期待作出其他行為屬不合理者，其行為無罪過，不構成避險過當。

緊急避險制度在中國內地刑法中也有明確規定。中國內地刑法第 21 條規定：“為了使國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利免受正在發生的危險，不得已採用的緊急避險行為，造成損害的，不負刑事責任，緊急避險超過必要限度造成不應有的損害的，應當負刑事責任，但是應當減輕或者免除處罰。第一款中關於避免本人危險的規定，不適用於職務上、業務上負有特定責任的人。”澳門刑法與中國內地刑法關於緊急避險的法律規定，雖然在表現形式有所差異，但是就兩者的立法精神實質比較而言，都體現着保護整體法律秩序的基本要求，體現着以最小的犧牲保全最大合法利益的立法思想，也體現着經過利益權衡追求一定功利目標的現代法制理念。當然，在中國內地刑法中強調緊

急避險制度關於避險本人危險的規定，不適用於職務上、業務上負有特定責任的人的規定，據筆者理解，更加明顯地表明中國內地刑法以社會為本位的立法思想在緊急避險制度中佔有突出的地位。

四、澳門刑法中的履行義務和遵從命令

履行義務是指行為人根據自己所從事的職業或根據法律的規定而實施的行為。遵從命令是指行為人根據上級主管機關發佈的命令而實施的行為。在社會生活中履行自己應盡的義務和遵從上級發佈的命令而實施的行為，一般是不具有犯罪的外觀，所以當今世界有的國家在刑法中對此不作專門規定，只是在職業規章和行政法規有所涉及。但是，在某些特定的情形下，履行義務和遵從命令也會與社會利益發生某種衝突現象，此時就會使履行義務與遵從命令而實施的行為，在客觀現象上產生有害於社會的外觀，為了從法律秩序的整體利益加以考慮，也為了使履行義務和遵從命令的行為在法律上有一個準確的定位，澳門刑法在其第 35 條（義務之衝突）中規定：“一、在履行法律義務時出現衝突情況，或在遵從當局之正當命令時出現衝突情況，而行為人履行之義務之價值相等或高於被犧牲而不履行者，又或遵從之命令價值相等或高於被犧牲而不遵從者，所作之事實非屬不法。二、如履行服從上級之義務導致實施犯罪，則終止該服從義務。”根據這一規定，我們可以看出，構成澳門刑法中義務之衝突而不屬於犯罪的履行義務和遵從命令，必須具備以下幾個條件：

一、義務和命令必須來源正當、合法和有效的根據

現代社會基本上是一個普遍法制化的社會，又是一個基本上高度組織化的社會。各種法律制度、法律規範對社會成員應為什麼行為、不為什麼行為都作了比較明確的設定。在一個高度組織化的社會團體、機構中，下級服從上級是一個不成文的天條。因此，只要職責已為法律明確規定，負有義務職責的社會成員除法律有例外規定之外，就必須予以履行；只要命令來源於有權發佈的上級機構，作為下級機構或成員就應當予以遵從。否則，不履行或不遵從本身就是一種不作為的違法行為，而不作為的行為一旦情節嚴重，造成嚴重危害結果，也要構成犯罪，承擔刑事責任。

二、 履行義務和遵從命令是行為人應有的職責要求

法律規定的義務和上級（當局）發佈的命令可以劃分為普遍性的義務和命令與特定性的義務和命令。無論是普遍性的義務和命令，還是特定性的義務和命令，對於行為人來說，都必須具有直接的約束力，即他必須履行或遵從，否則就是不作為的違法行為。

三、 必須明知或應知義務和命令的正當性和合法性

法律規定的義務並無違法性可言，但上級（當局）發佈的命令則有合法與非法之分。儘管下級服從上級是現代社會的工作準則。但從法律秩序的整體考慮，維護整個法律秩序也是社會成員應盡的崇高義務。因此，行為人只有在明知或應知命令的正當性和合法性時，才可遵從執行。否則，如履行服從上級之義務導致實施犯罪，行為人則應該終止該服從義務（澳門刑法第 35 條第 2 款）。當然，要下級公務人員完全知悉命令的正當性和合法性，有時是十分複雜的，一味要求下級人員完全查清命令的正當性和合法性，再去遵從執行，也是強人所難，缺乏充足的合理性。因此，澳門刑法第 36 條（阻卻罪過之不當服從）規定：“公務員遵從一命令而不知該命令導致實施犯罪，且在其知悉之情節範圍內，該命令導致實施犯罪並不明顯者，其行為無罪過。”這說明澳門刑法在這一問題上充分兼顧了社會整體利益和個人應有權益，做到兩者並重，儘量體現合情合理。

四、 履行之義務、遵從之命令，其價值必須等於或高於被犧牲而不履行者或不遵從者

這是一個價值權衡和利益選擇條件。法律規定的義務和上級正當的命令，其所擁有的社會有利價值在一般社會意義上本無疑問。但由於現代社會生活的高度複雜性，法律規定的義務和上級正當的命令所蘊含的價值在某些特殊的情形下，也會變得並不絕對。澳門刑法從社會整體利益角度出發，對出現價值衝突現象時，賦予了行為人有依法選擇的權利，這對於現代法制社會的發展具有十分積極的意義。這一條件表明，只有在行為人履行之義務之價值等於或高於被犧牲而不遵從者，所實施之行為才為法律阻卻犯罪。否則，仍有一個不法的事實。

履行義務和遵從命令在中國內地刑法中沒有作出明確規定，究其原因，筆者認為主要存在着三點理由：（一）根據法律規定的義務和上級正當的命令而實施的行為，在一般情

況下不具有犯罪的外觀形式比較明顯，即使在某些特殊情況下的這類行為，例如行刑民警根據死刑執行命令處死死刑犯，從社會利益的選擇和社會常識的理解上，也不會產生誤解。（二）在一個法制社會中，各種法律規範組成了一個完整的法律體系。在整個法律體系中，刑法始終處於保障法的地位。它是解決違法衝突的最後一道屏障。只有在其他法律對違法行為無能為力之時，國家才不得已動用刑法，適用刑罰來制裁那些最嚴重的違法行為。因此，當履行義務和遵從命令發生價值衝突時，當我們可以通過其他法律規定能夠妥善解決時，刑法不輕易干預，應當說是一種兼抑性和經濟性的體現。（三）中國內地正面臨社會改革和社會轉型的大變動時期，履行義務和遵從命令所發生某些價值衝突現象，需要人們仔細研究其價值體現，慎重選擇其價值取向。從刑法本身的權威性和穩定性特徵考慮，等時機充分成熟後再作明確規定，也為時不晚。當然，澳門刑法有關履行義務和遵從命令的義務衝突的規定，從法律文化現象上說，也可以給中國內地的法律文化相容和刑法理論研究提供一個有益的借鑒和參考。

五、澳門刑法中的受託行為

受託行為，在刑法理論上也稱之為經權利人同意的行為，它是指根據依法有權處分某種權益的人的同意而實施的行為，也可稱之為得到受害人同意而實施造成某種“有害結果”的行為。受託行為是基於羅馬法“得承諾不為罪”的古老原則而衍生並發展起來的。例如受害人為了科學實驗，同意他人對自己通過某種人身損害方法進行人體試驗。這種行為從形式上看，是刑法上的傷害行為。但從實質上分析，還是一種有益於社會的行為。在社會生活中，受託行為不但是一個十分廣泛的概念，而且受託行為的形式與內容也十分複雜的。有的受託行為為法律所許可，而有的則為法律所禁止；有的受託行為是有效的，而有的則屬無效的。為了使受託行為在法律上有一個明確的定位，也為了在司法實踐中對這類行為能夠得到正確處理，當今世界很多國家和地區的刑法對此都作了明確規定，澳門刑法也不例外。

澳門刑法第 37 條（同意）規定：“一、除法律特別規定同意阻卻事實不法性之情況外，如涉及之法律利益可自由處分，且事實不侵犯善良風俗，則事實之不法性亦為同意所阻卻。二、同意得以任何方法表示，只要該方法能表現出受法律保護利益人之認真、自由及已明瞭情況之意思；同意並得在事實實行前自由廢止。三、同意之人必須滿十四歲，且

在表示同意時具有評價同意之意義及其可及範圍之必要辨別能力者，同意方生效力。四、如同意並未為行為人所知悉者，行為人處以可科處於犯罪未遂之刑罰。”根據這一規定，我們可以看出，澳門刑法中的受託行為必須具備以下幾個條件，方可為法律阻卻犯罪：

一、 同意必須是受法律保護利益人的有權行為

同意作為一種法律行為，在法律上首先是一個有權的根據問題。對此澳門刑法明確規定，同意必須是受法律保護的利益人才有權作出。為了能夠最大限度地保護同意人的應有權益並使同意在最大程度反映同意人的真實意思，澳門刑法明確規定，同意之人必須滿十四歲，且在表示同意時具有評價同意之意義及其可及範圍之必要辨別能力者，同意方生效力。

二、 同意必須是受法律保護利益人的真實意思表示

同意作為一種法律行為，在法律上也是民事行為。根據民事法律規定，同意只有真實反映同意人的自由意志，才是一種有效的行為。為此，澳門刑法規定，同意要能夠表現出受法律保護利益人之認真、自由及已明瞭情況之意思。

三、 同意的處分內容必須是依法可以自由處分的法律利益

人是社會的人。在現代社會中，社會成員個人的利益和社會的整體利益有着千絲萬縷的聯繫。為了使社會成員個人的利益最大程度上和社會整體利益融為一體，現代社會的法律一般都會明確規定，有些個人利益，社會成員可以自由處分；有些個人利益，社會成員不可以自由處分。為了使社會成員在處分自己個人利益時，不影響到社會整體利益，澳門刑法規定，同意人所同意出讓的法律利益必須是在法律規定的自由處分範圍之內，否則無效。

四、 同意必須在事實上不侵犯到社會善良風俗

同意雖然是一種同意人個人的行為，但這種個人的行為和根據這種行為而出現的他人的受託行為，必然要和社會發生聯繫，為了使這種已具有社會性質的行為不影響到社會整個法律秩序和既定的道德準則，澳門刑法明確規定，同意的內容在事實上不能侵犯社會的善良風俗。

五、 同意必須在受託行為實施時仍然有效

同意是同意人的有權行為。既然作為有權行為，同意人既可以有權表示同意，也有權表示不同意，還可以在表示同意之後又撤消同意。澳門刑法為了充分保護受法律保護利益人的最大利益，明確規定同意可以在事實實行前自由廢止。這就表明同意只有在受託行為實施時仍然有效，才能作為受託行為實施的法律根據。

值得注意的是，在澳門刑法中雖然規定同意可以任何方法表示，沒有一定方法的表示還不算同意。但方法的表現形式卻不拘泥於一格，以至在其第 38 條（推定同意）中規定：“一、推定同意等同於實際同意。二、行為人作出行為時之情況，可合理使人推測，假設受法律保護利益之人知悉作出事實時之情節，將就該事實作出有效同意者，推定為同意。”澳門刑法之所以作出如此規定，據筆者理解，其理由在於任何人對自己的法律利益都是切切關心的，當他人的行為直接涉及到利益人的法律利益時，利益人不作出任何表示反對的意思，那麼對於他人來說，就有理由相信其所實施的行為已為利益人所接受了。當然這種推定同意是否在社會現實中產生某種消極的負面影響，我們相信澳門的刑事司法實踐會作出令人信服的結論。

受託行為在中國內地刑法中也沒有作出明確規定，但受託行為在中國內地也曾多次發生。這種受託行為要不要在中國內地刑法中取得一席之地，中國內地的刑法理論界正作為一個熱點問題而展開熱烈的討論。