

REVISTA DE CIÊNCIA JURÍDICA DE MACAU

澳門法學

• MACAU LAW REVIEW •

編委會

主任：唐曉晴

委員：（按姓氏筆劃排列）

方泉 李洪江 李哲 汪超 唐曉晴

稅兵 邱庭彪 涂廣建 蔣朝陽 翟小波

趙國強 劉高龍 駱偉建 魏丹

主編

趙國強

編輯部主任

唐銘澤

責任編輯

黃競天 勾健穎 張竹成 馬志遠 張雨虹

學術顧問委員會（按姓氏筆劃排列）

王利明教授（中國人民大學）

田文昌律師（京都律師事務所）

范健教授（南京大學法學院）

陳弘毅教授（香港大學法律學院）

徐國棟教授（廈門大學法學院）

孫憲忠教授（中國社會科學院法學研究所）

黃進教授（中國政法大學）

葉青教授（華東政法大學）

趙秉志教授（北京師範大學法學院）

廖義男教授（臺灣世新大學法學院）

韓大元教授（中國人民大學法學院）

稿約

一、稿件選題：

《澳門法學》是由澳門大學法學院主辦的綜合性中文法學學術期刊。創刊於2005年，逢3月、6月、9月、12月出版。本刊歡迎澳門地區及境外的法律專家、學者、實務工作者賜稿，尤其歡迎以下類型稿件：

- 1.以貫徹、落實“一國兩制”過程中涉及的法律問題為研究對象之稿件。
- 2.以澳門地區法律規範及相關法學理論為研究對象之稿件。
- 3.以中國區際法律制度比較為研究對象之稿件。
- 4.以當代法制社會中具有先進性、創新性、獨特性的理念或法律制度為研究對象之稿件。
- 5.以粵港澳大灣區、粵澳深度合作區政策與法律銜接模式為研究對象之稿件。

本刊歡迎包括學術論文及譯文、案例評析、域外法制研究等形式之來稿，篇幅原則上以15000-20000字左右為宜，具體格式要求請參見刊尾之《投稿格式與體例說明》。

二、投稿審稿：

本刊投稿郵箱為（macaulawreview@um.edu.mo），本刊將直接通過電子郵箱接收來稿。作者在滿三個月之後未收到本刊修訂或錄用通知的，可自行處理稿件。

來稿須未曾在國內外其他出版物或網站上刊登和發表。

本刊堅持以高學術標準評審來稿，除特約稿件及《澳門法制動態》專欄外，一律實行兩級評審制。第一級為編輯部初審，由本刊編輯部進行初審及篩選；第二級為專家匿名評審，對通過初審的來稿，交由本刊選定之兩位學科專家進行雙向匿名評審。

本刊對來稿保留增刪或修訂的建議權。對不接受本刊建議、或逾期未返回修改版本之稿件，本刊有權不予刊用。

三、版權聲明：

本刊尊重學術自由原則。來稿一旦刊用，只反映作者個人的觀點，並不必然代表本刊或主辦機構之立場。

本刊所載文章，均由作者授予本刊專有使用權，任何轉載、摘登、翻譯或集結出版均須標明來源於本刊。

本刊已成為北大法寶數據庫、中國知網CNKI海外版收錄期刊、國家哲學社會科學文獻中心收錄期刊、中國人民大學複印報刊資料轉載來源期刊。本刊授權上述合作機構通過各種方式和渠道推送、全文轉載或摘要刊載本刊內文。

來稿一經本刊採用並刊登，則視為作者已同意上述聲明；若作者不同意，請在來稿中特別註明，本刊將做適當處理。

澳門法學

MACAU LAW REVIEW

2023年

第4期

(總第54期)

專欄：信託法研究

- 非意定信託在中國法上的展開..... 趙廉慧 / 004
- 分離財產理論與信託財產獨立性..... 畢經緯 / 017
- 《澳門信託法》第11條釋論
- 澳門信託法之定位、局限與發展..... 楊 婷 / 031

論 文

- 論《中國民法典》中的婚姻自主權..... 朱曉峰 / 044
- 從規範走向經驗的法學研究範式..... 劉建宏 余 頻 / 057
- 積極刑法觀視野下微罪附隨後果的反思與應對..... 孫運梁 張澤南 / 068
- 前瞻性犯罪模式的規範性限制與替代性方案..... 姜 敏 李國歆 / 084
- 論新區設立的現狀、依據和組織體系..... 尤 樂 / 099

港澳法制研究

- 澳門自然無能力人中未成年人致人損害民事責任教義學分析和思考..... 呂冬娟 曹飛躍 / 119
- 橫琴粵澳深度合作區民商事習慣銜接問題探討..... 賀曉翊 / 132
- 香港特區政府危機管理機制：歷史演進、功能審視及優化路..... 秦 玲 / 149

青年論壇

- 事實如何造就法律：以制度為視角的法律事實前溯..... 黃競天 / 161
- “熱詞”商標的冷思考..... 高 玲 / 176
- 認罪認罰案件檢察機關量刑建議精準化之路徑探要..... 許權知 / 187

Column: Research on Trust Law

- The Development of Non-voluntarily Created Trusts in Chinese Law Zhao Lianhui / 004
- The Theory of Separation of Property and the Independence of Trust Property
— — Interpretation of Article 11 of the Macau Trust Law Bi Jingwei / 017
- The Positioning, Limitations and Development of Macao's Trust Law Yang Ting / 031

[Peer-Reviewed Articles]

- Marital Autonomy in the Civil Code of China Zhu Xiaofeng / 044
- Paradigm Shift in Legal Studies: From Doctrine to Empirical Liu Jianhong & Yu Pin / 057
- Rethinking and Responding to the Collateral Consequences of Petty Offenses
in the View of the Concept of Positive Criminal Law Sun Lianliang & Zhang Zenan / 057
- Prospective Crime Model: Normative Restriction and Alternative Project Jiang Min & Li Guoxin / 084
- On the Current Situation, Basis, and Organizational System of the Establishment of New Area
..... You Le / 099

Hong Kong & Macau Legal Studies

- Pedagogical Analysis and Reflection on the Civil Liability of Incapacitated
Minors Who Cause Injuries in MSAR Lv Dongjuan & Cao Feiya / 119
- A Study on Reciprocal Recognition and Enforcement of Civil and Commercial
Judgments between Mainland and Macao He Xiaoli / 132
- Crisis Management Mechanism of the HKSAR Government: Historical Evolution,
Functional Review, and Optimization Path Qin Ling / 149

Youth Forum

- How Facts Make Law: Retrospection of Legal fact from the perspective of Institutionalism
..... Huang Jingtian / 161
- Cold Thinking of “Hot Word” Trademark Gao Ling / 176
- Exploring the Approaches to Achieving Precision Sentencing Recommendations
by Prosecutors in Confession and Punishment Cases Xu Quanzhi / 187

信託法研究

編者按

二零二一年，澳門特別行政區政府向立法會提交了《信託法》法案，二零二二年十一月三日，幾經修改的草案在細則性討論中獲立法會全體會議表決通過。第15/2022號法律《信託法》的生效填補了澳門信託法律制度的空白，為澳門經濟的適度多元發展、澳門金融產業的進一步成長提供了制度助力。

正值澳門《信託法》頒布一週年之際，本期《澳門法學》特設信託法研究專欄，共收錄三篇文章，分別從非意定信託、信託財產獨立性和澳門信託法的特徵三個方面對信託法進行討論。

中國政法大學民商經濟法學院趙廉慧教授的文章《非意定信託在中國法上的展開》關注到，實證法上對信託的定義或是學界研究的重點均針對意定信託，但實際上中國在非意定信託方面已經存在一定的實踐。文章首先對非意定信託的相關規範進行梳理，作出意定信託和非意定信託的分類；隨後對各類非意定信託的構建進行了詳細的論述，包括司法創設的非意定信託、立法創設的非意定信託、未來可引入的其他非意定信託類型，建立了完備的非意定信託理論框架。

澳門科技大學法學院畢經緯助理教授的文章《分離財產理論與信託財產獨立性——澳門〈信託法〉第11條釋論》從分離財產理論出發，對信託財產的性質進行分析。文章強調財產一直被認為是單一的、不可分割的，但分離財產理論在澳門民法中也被普遍承認，信託財產本質上是一種財產權。與英美法中信託可具有“雙重所有權”不同，澳門《信託法》賦予了受託人財產所有權，賦予受益人對受託人行為的請求權債權。在此基礎上，第11條直接使用了“信託財產的獨立性”這一表述，體現出澳門信託財產獨立於委託人和受託人的固有財產，具有非繼承性、排除破產財產、限制強制執行的特徵。

最高人民法院民二庭二級高級法官助理、澳門大學法學院博士研究生楊婷的文章《澳門信託法之定位、局限與展望》從澳門《信託法》出台的背景意義出發，詳細論述了這部法律的優勢性。首先，澳門《信託法》具有明顯的金融法屬性，為現代金融業務發展提供法律基礎；其次，澳門《信託法》強調金融監管，要求受託人承擔更多責任；最後，澳門《信託法》還充分發揮司法積極效用，提升適用效率。文章亦指出澳門《信託法》存在商事法律規範性質不明顯、較為保守等局限性，建議把握後發優勢，進一步完善金融配套規範，以《信託法》為開端推動金融創新。

隨著國家經濟的飛速發展，信託管理資產、隔離風險、傳承財富的作用逐漸為人熟識，社會對信託的需求急速提升。粵澳橫琴深度合作區也以打造中國—葡語國家金融服務平台作為發展目標，信託亦是其中的關鍵產業。然而作為一種源自於英國的財產管理制度，信託法律的立法經驗充滿著普通法色彩，對大陸法系國家構建相關制度提出了挑戰。無論是《中華人民共和國信託法》的修改還是澳門《信託法》的檢驗，均需要法典體系下信託法理論基礎的完善。希望《澳門法學》本期信託法專欄能為推動信託法學術研究獻出綿薄之力，期待未來有更多針對信託法的深入討論。

非意定信託在中國法上的展開

趙廉慧*

摘要 本文對我國信託法上非意定信託的規範、原理和案例進行梳理和分析，初步建立我國法上關於非意定信託的理論框架。非意定信託大致可以分為司法（法院）創設的和立法創設的兩種，前者又可以分為歸復信託、擬制信託以及其他法院為當事人提供救濟的信託，後者是各級立法和行政部門制訂規範，在涉及國計民生領域強制對私人締約非常困難的如預售商品房、各種預付消費的領域提出信託或託管的要求。我國在非意定信託方面已經存在一定的實踐。

關鍵詞 非意定信託 歸復信託 擬制信託 法定信託

信託法為自由自願之法，所以多數情況下我們探討是意定信託（也稱“任意信託”），即委託人以法律行為設立的信託。^[1]以合同、遺囑及其他以法律行為設立的信託（例如宣言）均為意定信託（《信託法》第8條第2款）。不過，法院為了公平解決糾紛，在為當事人提供救濟之時也可能運用信託法原理，此時的信託和當事人意願、特別是委託人意願無關，屬於典型的非意定信託形態。而且，為了保護公共利益或者特殊群體利益，不能寄希望於當事人自願設立信託，而需要法定機制的介入。這種法定機制可以是廣義的立法——法律、行政法規、部門規章、地方性法規甚至行業自治規範；也可以是司法的創設，此時的信託屬於法定信託。

目前我國和信託法相關的研究基本上集中在意定信託，對非意定信託的研究寥寥無幾。本文對我國信託法上非意定信託的規範、原理和案例進行梳理和分析，初步建立我國法上關於非意定信託的理論框架，以期引起理論界和實務界對該制度的重視。

* 趙廉慧，中國政法大學民商經濟法學院教授，博士生導師，中國政法大學信託法研究中心主任。

[1] Maurizio Lupoi認為，意定信託（voluntarily created trusts）是《海牙關於信託法認可與適用的公約》的制訂者的創造，與其對應的是英國的明示信託（express trusts）。Maurizio Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*, Translated by Simon Dix, Cambridge University Press, 2000. p14.

一、我國法上非意定信託的規範基礎

《中華人民共和國信託法》（以下簡稱《信託法》）第2條僅是針對意定信託的定義。該條規定：“本法所稱信託，是指委託人基於對受託人的信任，將其財產權委託給受託人，由受託人按委託人的意願以自己的名義，為受益人的利益或者特定目的，進行管理或者處分的行為。”這意味著，該法中的信託都是“按委託人的意願”而設立的，是委託人基於對受託人的信任，主動將信託財產“委託給”受託人的。很明顯這是關於意定信託的定義。2022年通過的《澳門信託法》第2條關於信託之定義也僅是關於意定信託的規定。

在實踐中，除了意定信託，非意定信託也很重要。學理上，意定信託以外的其他信託均屬於非意定信託。非意定信託分為歸復信託、擬制信託和狹義的法定信託三種，前兩者均有法院之參與，可稱為司法（法院）創設的非意定信託，和立法創設的狹義法定信託（statutory trust）相對。實際上，意定信託、歸復信託和擬制信託之間的區分也並非清晰，長期以來一直存在爭議。^[2] 例如有觀點認為，歸復信託屬於默示信託（implied trust）之一種類型，其本質上屬於一種意定信託；也有觀點認為，歸復信託區分為推定型歸復信託（presumptive resulting trusts）和自動成立型歸復信託（automatic resulting trusts）兩種，後者與擬制信託並無差異，均為法院所創設之信託。^[3] 本文並不著力於對非意定信託內部劃分做精細的辨析，而本著最大公約數的原則，認為即使是推定型歸復信託也需要法院推定出委託人的意願，而並非遵照委託人的明確意願設立，所以也屬於司法之創設，仍應歸類為非意定信託；自動成立型歸復信託和擬制信託之間的差異的確較小，但將二者共同歸屬於司法創設的非意定信託並無問題。

我國《信託法》上雖然沒有關於非意定信託的定義和分類的規定，但的確存在關於非意定信託的規定。至少有以下幾個方面：

第一，《信託法》第26條第2款規定了作為違反信託之救濟手段的歸入權，該權利確認了受託人因違反信託所取得一切利益，歸入信託財產（“受託人違反前款規定，利用信託財產為自己謀取利益的，所得利益歸入信託財產”）。該條款並沒有規定誰可以行使歸入權，理論上，受益人、委託人及其各自繼承人，甚至共同受託人之中的其他受託人都能行使。歸入權是受託人違反義務之後法院對權利人提供的一種救濟手段，客觀上產生了把受託人的非法所得“擬制”為信託利益並歸入信託財產的效力，與英美法上的擬制信託（constructive trust）^[4] 類似（下圖中2.1.2）。

第二，《信託法》第55條規定：“……信託財產歸屬確定後，在該信託財產轉移給權利歸屬人的過程中，信託視為存續，權利歸屬人視為受益人”。該條規定的意旨在於，信託終止後，為了妥當分配剩餘財產，仍然給原受託人課以受託人的義務，即，在對原信託的剩餘財產進行分配完畢之前，受託人的義務包括忠實義務和善管注意義務等並不隨原信託的終止而消滅；同時把權利歸屬人

[2] 一本專門探究非意定信託概念內涵的信託法論集：[英]查里斯·米契爾主編：《推定信託與歸復信託》，張淞綸譯，法律出版社2018年版。

[3] 見王志誠：《信託法（增訂第六版）》，五南圖書出版股份有限公司2017年版，第53頁。

[4] 目前比較多的文獻將英文中的“constructive trusts”翻譯為“推定信託”。因“推定信託”之漢語詞彙似乎包含有該信託是從委託人的意願推定（默示）而來的含義，不僅容易和“resulting trusts”作為一種默示信託（implied trusts）的性質混淆，而且容易和歸復信託中的推定型歸復信託混淆（presumptive resulting trusts）。所以，本文傾向於使用“擬制信託”的表述，以彰顯“constructive trusts”屬於法院對被侵害方提供的一種公平救濟之特點。

作為受益人予以保護，而不是僅僅把權利歸屬人理解為“只不過是擁有了一種能夠取得剩餘財產的期待權”的人^[5]。在此場景下，原信託終止，新的信託並非根據當事人意願產生，因此為非意定信託。因該種信託的要件均由《信託法》規定，所以屬於狹義的法定信託（下圖2.2）。

而在英美法上，信託終止之後，在分配剩餘財產的過程中，原信託轉變為結果信託（resulting trust）而存在。為了保護委託人和相關主體的利益，不能簡單地適用合同法的規定進行恢復原狀和損害賠償，應引入和英美法上類似的歸復信託原理，使原受託人為委託人等的利益持有和返還財產。

《信託法》第55條的作用與此類似，所以也有歸復信託的意味（下圖2.1.1）^[6]。

第三，《信託法》第72條規定，“公益信託終止，沒有信託財產權利歸屬人或者信託財產權利歸屬人是不特定的社會公眾的，經公益事業管理機構批准，受託人應當將信託財產用於與原公益目的相近似的目的，或者將信託財產轉移給具有近似目的的公益組織或者其他公益信託”。在將公益信託財產轉移給其他公益信託的場合，相當於成立了新的法定信託（下圖2.2）。適用近似原則將終止後的公益信託財產轉移給其他公益信託，亦符合原公益信託之委託人的默示意願的。

概言之，我國《信託法》中規定了狹義法定信託的兩種情形和擬制信託的一種情形，對於歸復信託並沒有特別明確的規定。當然，歸復信託屬於司法創設的信託，法律並不必要對此做出明確規定，將來法院根據具體案情運用信託法原理解決糾紛的，即相當於創設出了歸復信託。

信託分類：意定信託和非意定信託

1.意定信託	1.1當事人（通過法律行為）創設的信託	1.1.1合同信託
		1.1.2遺囑信託
		1.1.3宣言信託
2.非意定信託 （廣義的法定信託）	2.1法院（通過裁量權行使）創設的信託	2.1.1歸復信託
		2.1.2擬制信託
		2.1.3其他作為救濟的信託
	2.2立法創設的信託	狹義的法定信託

二、司法創設的非意定信託

（一）歸復信託

歸復信託亦稱結果信託（resulting trust）^[7]。歸復信託之經典適用場景有兩種。第一種是作為

[5] [日]中野正俊、張軍建：《信託法》，中國方正出版社2004年版，第57頁。

[6] 不過，如果認為歸復信託中“歸復”的對象限定於委託人的話，而信託法第55條的財產歸屬人包括信託檔規定的人、受益人或者其繼承人，委託人或者其繼承人，嚴格來說，有超出歸復信託之處。

[7] 根據學者總結，四種情況下會產生歸復信託。首先，當明示信託全部或者部分無效的時候可能產生歸復信託；第二，當信託委託人的意思表示不清晰的時候；第三，如果明示信託被充分履行後仍然有剩餘信託財產的時候（我國《信託法》第55條類似）。最後，當為動產或者不動產的轉讓支付完對價的一方把財產的所有權置於第三人（受讓人）的名下之時，英美法院將推定付款人的意願是：由受讓人擔任付款人的受託人。高凌雲：《被誤讀的信託——信託法原論（第二版）》，復旦大學出版社2021年版，第180-181頁。

意定信託（英美法上的明示信託，express trust）無效（或不成立）後果之一的歸復信託。在此場景下，除有相反證據外，不能推定委託人有使受託人取得受益權的意願，將相關財產歸還委託人或其繼承人是合乎委託人的意願的。即，“法院課以一個結果信託，以便實現委託人如能預見此情況時，可能欲實現之目的”。^[8]歸復信託的另外一種典型場景為“購買金歸復信託（purchase money resulting trust）”，甲方支付購買財產的價金，讓乙方取得財產的財產權。此時，除了雙方存在著如親屬關係等密切關係足以推定出贈與之意思之外，推定甲方欲以乙方為受託人、以甲方為受益人的信託成立。歸復信託也因此被稱為“默示信託”。

目前我國還沒有明確適用歸復信託原理裁判的案例，但已有案例證明，引入該原理是合理的、沒有障礙的。

例如，在“章亮虹訴譚虹玲案”^[9]中，章亮虹與譚虹玲在2008年3月7日簽訂信託協議書，約定：信託人及受益人為章亮虹，受託人為譚虹玲，信託財產為1801，1802號房屋。章亮虹於2001年7月21日購買了上述房屋，後因章亮虹身份（美國籍）問題，無法獲得銀行按揭貸款，故以譚虹玲名義購買房屋，並以譚虹玲名義購買房屋並申請貸款。雙方協商一致同意以譚虹玲名義購買該房屋，並以譚虹玲名義購買房屋並申請貸款。章亮虹每月/季按時還款與貸款銀行，並將該款項按時存入貸款銀行專為譚虹玲開立的賬。如不能按時償還銀行貸款而被貸款銀行採取法律行動，章亮虹應保證譚虹玲不受財產及法律方面任何損失；章亮虹不按時還款與譚虹玲無關，譚虹玲應向銀行揭示真正購房人、借款人、還款義務人。譚虹玲除依法定或約定而取得報酬外，不得利用信託財產為自己謀取利益。二審法院認為：信託有效，訴爭房屋的銀行抵押貸款手續解除後七日內，譚虹玲及華潤公司協助章亮虹辦理訴爭房屋的產權過戶手續，將上述兩套房屋的產權過戶至章亮虹名下。

本案中，當事人採用了合同的方式設立信託，明確受託人取得財產的目的是購買房屋並幫委託人=受益人持有，構成意定信託無疑。但假設一下，如果雙方並沒有採用信託合同的方式，章亮虹交付譚紅玲資金若干，指定譚購買房屋兩套，在出現糾紛時，即便缺乏明確設立信託的意思，法院也應根據歸復信託原理，推定譚紅玲是以受託的方式持有房屋，支援將房屋產權過戶到（“歸復”至）章亮虹的名下。

但是，歸復信託和意定信託之間的確存在模糊地帶。例如在“李某4遺囑信託案”^[10]中，立遺囑人在遺囑中明確規定，要把其個人財產裝入“家族基金會”，用於其家庭成員的生活目的。不過，立遺囑人很明顯混淆了基金會和基金。所謂基金會，在我國“是指利用自然人、法人或者其他組織捐贈的財產，以從事公益事業為目的”的非營利法人。按照該定義，基金會是公益（慈善）法人，所有財產要用於公益慈善目的，這顯然和本案中為了家庭成員的利益為目的是相矛盾的；另外，基金會為法人，需要按照非常嚴格的設立程式經民政部門批准設立。在本案中，立遺囑人很顯然並不清楚什麼叫基金會，但其將個人財產設立一個獨立的基金，用於家庭成員生活的目的非常明顯。所以，法院通過合理解釋立遺囑人意願，盡力辨別出符合立遺囑人真意的法律形式——信託，幫助私人實現意願。個人認為，本案中，委託人僅是缺乏對信託術語的瞭解，其設立信託的意願是明確而真實的，符合信託成立的要件，設立信託的意願不需要法院從中默示或者推定出來，因此屬

[8] 楊崇森：《信託法原理與實務》，三民書局2010年版，第96頁。

[9] 章亮虹訴譚虹玲委託合同案，北京市第一中級人民法院（2011）一中民終字第12448號民事判決書。

[10] 李某1、欽某某等遺囑繼承糾紛二審民事判決書上海市第二中級人民法院，（2019）滬02民終1307號（2019-5-30）。

於明示信託（意定信託）而非歸復信託。

另外，早在《信託法》頒佈前的1998年，最高人民法院在審理廣東省輕工業品進出口（集團）公司與TMT貿易有限公司商標侵權糾紛案（“TMT案”）之時就使用了信託的解釋方法。^[11] 1994年10月6日，輕工業品公司與TMT公司簽訂一份協定，約定：1.在中國境內，“TMT”牌商標屬輕工業品公司註冊，輕工業品公司有絕對的經營和管理權利。2.在中國境外（包括香港）“TMT”牌商標屬TMT公司註冊，TMT公司有絕對的經營和管理權利。3.TMT公司在中國境內生產出口的“TMT”牌電風扇及其配件產品，必須全部經過輕工業品公司出口。如因其他原因，輕工業品公司不能提供出口服務，TMT公司在征得輕工業品公司的同意下，可以由其它公司或工廠經營出口服務，但需按工廠出廠價的2%繳納商標使用費，並簽訂商標使用協議。該協定簽訂後，TMT公司認為輕工業品公司沒有依約打擊國內有關廠家的侵權行為造成其巨大經濟損失，要求將TMT、TMC、SMT商標返還或以港幣30萬元辦理轉名手續，轉讓給TMT公司。輕工業品公司認為TMT公司沒有依約交納商標使用費，尚欠19232美元未付，且未經許可使用TMT商標在境內安排生產和銷售。多年來，雙方當事人為解決商標糾紛多次協商未果。輕工業品公司遂向海關總署進行了智慧財產權保護備案。TMT公司在國內安排生產的產品因此無法出口，造成廠家產品積壓。TMT公司以輕工業品公司違背雙方的委託約定，意圖侵吞TMT公司委託其在國內註冊的商標，阻止TMT公司定牌加工產品的出口，造成其經濟損失為由，向廣東省高級人民法院起訴，請求判令終止其委託輕工業品公司在國內註冊和管理TMT、TMC、SMT商標的關係；輕工業品公司返還因委託關係而取得的財產並賠償損失人民幣1億元。

初審法院認為當事人之間的關係為委託關係。最高人民法院認可了TMT公司的主張，糾正為事實上的信託關係，理由是：認定為委託關係，則輕工業品公司作為代理人接受被代理人TMT公司的委託，是不能以代理人的名義，而應以被代理人的名義在國內註冊爭議商標的，輕工業品公司以自己名義註冊了爭議商標，就屬1995年4月23日實施的商標法實施細則第25條第1款第(3)項所指的註冊不當行為，TMT公司依法就只能在法定期限內向商標評審委員會申請撤銷輕工業品公司的註冊，通過這種程式來實現爭議商標的回歸，而不能向法院提起訴訟。所以，一審認定雙方為委託關係，就與其審判結果相矛盾。而認定為信託關係，則受託人以自己名義為委託人從事民事活動是本質特徵，在信託關係終止時，受託人就應當將佔有、管理的委託人的財產、利益返還給委託人。據此，輕工業品公司以自己名義註冊爭議商標就不屬註冊不當，而是合法註冊，本案爭議就不能適用註冊不當處理。^[12]

有學者認為本案中法院引入了擬制信託的觀念^[13]。從技術上分析，本案中當事人不存在明文的信託合同或其他法律檔，很難歸入明示信託或意定信託之中。所謂事實上的信託，為法官對當事人的法律關係按事實上的權利義務做出的解釋，有默示信託的意味。私見以為，當時沒有信託法，把法律關係認定為信託關係稍顯超前，一個最符合法律論證邏輯的方法是通過對不當得利理論或者無因管理理論進行擴張解釋（例如採取“准無因管理理論”），亦能達到類似的結果^[14]。而在目前

[11] 廣東省輕工業品進出口（集團）公司與TMT貿易有限公司商標侵權糾紛案，最高人民法院（1998）知終字第8號（2000-5-15）。載《最高人民法院公報》2000年第4期，第130-134頁。

[12] 案情總結摘自蔡養軍：《論事實上的信託》，載《民商法律評論》（第一卷），中國方正出版社2004年版。

[13] 馮象：《送法下鄉與教魚游泳》，載《讀書》2002年第2期，第8頁。

[14] 江平：《信託挺起現代金融的一大支柱》，載《中國證券報》2004年9月8日第1版；江平：《信託制度在中國的應用前景》，載《法學》2005年第1期，第3-5頁；陶國峰、臧雲鵬：《專家評說中國首例商標信託案》，載《中華商標》2000年第12期，第15頁。

《信託法》已經出台的情況下，法院遇到運用傳統的救濟方法無法提供充分救濟（under-compensated）的案件，當然可以適用信託法理論，為當事人提供更公允的救濟。所謂事實信託，就是當事人沒有明確其法律關係構成信託，但在實質上已和信託無異的交易安排。本案中事實信託的論證路徑解決的是將系爭財產返還給委託人的問題，其中雙方當事人並沒有明顯的侵害財產的意圖，所以更接近歸復信託。

（二）擬制信託

擬制信託同樣產生於法律的運作（更準確地說是“法院的運作”），而非當事人的意願，不管這種意願是明示的還是默示的。英美法並沒有提供一個清楚的和涵蓋一切的擬制信託概念，擬制信託的邊界或許是被故意模糊化，“以便法院在根據具體案件所要求的正義處理問題之時其可用的技術不被限制”^[15]。有人甚至認為它是“在現代社會發展財產法的一個現成的工具”^[16]。

本文對擬制信託和歸復信託的一個並不完全精準的區分是：歸復信託中受託人通常不存在狹義的違法和背信行為，受託人行為也通常符合委託人的默示的、可推知的意願；而在擬制信託中通常有狹義的違法行為出現，受託人（或處在受託人地位的人）從事了違背信義義務的行為通常並不符合委託人可推知的意願。^[17]

適用擬制信託的典型場景是：受託人違背其作為明示信託之受託人義務（主要是忠實義務）取得利益，讓受託人繼續保有該利益明顯違反公平之原則，所以為公平計，將受託人違反義務取得之財產按已取得受益人授權之所得對待，讓受益人最終取得相關利益。擬制信託並非信託，其作為救濟手段可以擴張到合同法和侵權法上的脅迫、欺詐、不當影響等情形。在信任關係中，受信任、被依賴的人若違背信任、欠缺忠誠，為自己謀取利益，即使當事人之間並不存在信託關係，也可以適用信託法提供的擬制信託救濟。

在“瀋陽玻璃鋼風機廠與戴有羽案”^[18]中，瀋陽市中級人民法院認為：“本案例中戴有羽作為分管技術的副廠長與風機廠之間形成受信任關係，戴有羽對風機廠負有忠實義務，即不得處於其職責和個人利益相衝突地位，利用其受信任人地位從廠裡獲取利益，因而，其取得的購房款系為風機廠所代為持有的。即戴有羽是該筆款項名義上的使用人，風機廠是該筆款項實質上的權利人，由於該款項已用於購房（已由金錢轉化為房產），因此，戴有羽對該房屋負有返還義務，亦即風機廠可對該房產主張返還的物權性權利，該權利不受訴訟時效限制。由於風機廠訴訟中僅主張當時購房款的價額17萬餘元，本院對此予以准許。同樣理由，本案例中爭議的5萬元款項系戴有羽出差從單位所借，其用途系用於單位出差這一特定目的，故該款項仍然是戴有羽為單位所代為持有，戴有羽雖是該款項名義上的使用人，但實質上該款項仍為風機廠所有，其應為金錢（貨幣）所有與佔有相一致規則之例外。而戴有羽至今不能舉證證明其系為該特定目的之所用，風機廠據此享有返還款項的物上請求權，故戴有羽關於借款已過時效的抗辯理由不能成立”。

該案審理法院顯然認為公司對公司高管這種受信任人（fiduciary）的權利是一種超越債權請求權的

[15] Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co.[1969]2 Ch. 276 at 300, per Edmund Davies L.J.

[16] Sen v Headley[1991] Ch. 425 at 440 (Nourse L.J.).

[17] “擬制信託是衡平法在存在某些特殊情況時對財產施加的信託，衡平法認為特定財產持有者純粹為了自己的利益而持有該財產是不合理的”。Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees, 19th Edition, edited by David Hayton, Paul Matthews, Charles Mitchell, LexisNexis, 2016, p.88-89.

[18] 瀋陽玻璃鋼風機廠與戴有羽借款合同糾紛上訴案，瀋陽市中級人民法院(2008)沈中民三終第1445號。

權利，因此能不受訴訟時效限制；該種權利具有物上代位性，即使財產的形態發生改變，亦能追及。

另外，在追逃貪腐官員財產責任的時候，也可以適用類似的法理。

（三）信託無效的後果和非意定信託的引入

我國《信託法》雖然就信託無效的情形作了規定，但是對信託無效的法律後果卻沒有相應的規定，信託法作為民商事特別法，按照特別法未作規定依一般法處理的邏輯，《民法典》關於法律行為無效（合同無效、遺囑無效）的規定適用於信託無效。^[19]但是《民法典》的相關規定似乎不能圓滿解決下列問題：第一，信託財產在信託無效後的歸屬；第二，信託財產此時是否受財產獨立性原則的保護（受託人的債權人能否強制執行問題）；第三，信託財產增值部分的歸屬；第四，受託人轉讓財產於第三人，轉讓之效力如何；第五，受託人在管理信託財產中的過錯判斷標準為何；第六，受託人的報酬該如何計算；第七，對第三人的責任該如何承擔等。

具體到如何適用《民法典》第157條規定的“返還”救濟，這裡稍作分析。

第一，一般而言，信託無效情形可被概括為兩大類：一般無效與非法無效。一般無效信託是指不符合三個確定性等要求的信託，但不存在目的非法之情形，更準確說應為信託不成立。這類信託無效後一般都可以適用歸復信託來“返還”信託財產。而非法無效信託是指信託因目的非法、違反法律和公共政策而導致的無效信託。雖然《民法典》第157條刪除了《民法通則》第61條的追繳條款，但是若非法行為所得財產符合追繳的條件，相關機構仍然可以進行追繳，而無法適用類似歸復信託的規則。

第二，並非信託財產中所有財產的返還均能產生物權返還的後果，如果需返還的財產是信託財產並且信託財產原物是有體物的情況下才適用物權返還請求權，除此之外的其他信託財產因“物”之不存在而依照不當得利法理返還。而根據我國民法上的不當得利法理，無法解決信託財產的增值部分的返還問題^[20]。此時需要引入類似英美信託法上的擬制信託的救濟來保護無過錯當事人的利益。擬制信託救濟的核心就是返還或者利益吐出。我國《信託法》上的歸入權（第26條）類似於這種救濟。

第三，信託無效場景下問題的複雜性在於，信託財產可能已經合法地投資（例如入股、借貸）運用於協力廠商，此時返還的內涵為何？如何返還？例如，以不合法的財產（如犯罪所得）財產設立信託的，如何被收繳？若信託當事人的過錯不足以使信託財產被收繳，此時信託財產如何返還給委託人？在這兩種情形下，都可以成立以國庫或委託人為受益人的擬制信託或者歸復信託，受託人以法定信託受託人的身份繼續管理信託事務直至投資到期，這樣才符合國庫或者委託人的利益最大化的原則。強行恢復原狀、終止受託人與第三人的投資交易，既不可能，又無必要。不區分受託人就信託無效是否存在過錯，強制受託人返還初始信託財產的做法（如“高春惠與葉正傑案”^[21]）中法院要求受託人返還委託人最初交付的投資款）更是有失公允。

濫用信託無效也會產生如“福建偉傑與福州天策案”^[22]所遇到的悖論：信託持股合同被宣告無

[19] 《民法典》第157條：民事法律行為無效、被撤銷或者確定不發生效力後，行為人因該行為為取得的財產，應當予以返還；不能返還或者沒有必要返還的，應當折價補償。有過錯的一方應當賠償對方由此所受到的損失；各方都有過錯的，應當各自承擔相應的責任。法律另有規定的，依照其規定。

[20] 李宇，《民法總則要義：規範釋論與判解集注》，法律出版社2017年版，第739頁。

[21] 高春惠與葉正傑等信託合同糾紛上訴案，廣州市中級人民法院（2008）穗中法民四終字第7號。

[22] 福建偉傑投資有限公司、福州天策實業有限公司營業信託糾紛二審民事裁定書，最高人民法院，（2017）最高法民終529號（2018-3-4）。

效，判令將信託財產返還委託人會違反監管規則（委託人無權持有保險公司股份）；判令受託人返還委託人的初始出資也極不合理，所以，該案審理法院僅宣告信託持股無效，但是沒有就無效的後果做出裁決，如此並沒有真正解決糾紛。實際上，此時可以靈活運用信託法作為衡平法的法理，參照《信託法》第55條的規定，仍令受託人繼續為了委託人的利益持有信託財產，成立以返還為目的的法定信託。若委託人具備持有（保險公司）股權的條件，信託終止，作為信託財產的股權轉移給委託人；若委託人始終不具備持有股權條件，受託人可以將股權轉讓給適格的受讓人，將所得資金轉移給委託人，而非強迫受託人返還最初出資款給委託人。

（四）司法創設的其他非意定信託

人民法院可以在審判實踐中基於公平原則和信託法理，創造性地為當事人提供救濟。

《最高人民法院關於全面加強環境資源審判工作為推進生態文明建設提供有力司法保障的意見》（2014年7月3日）中提出了“探索設立環境公益訴訟專項基金”的主張：將環境賠償金專款用於恢復環境、修復生態、維護環境公共利益；尚未設立基金的地方，可以與環境資源保護行政執法機關、政府財政部門等協商確定環境賠償金的交付使用方式。

在環境污染的公益訴訟中，早有法院判決判令被告將損害賠償金支付給“環境公益訴訟救濟專項資金”帳戶^[23]。另外在2016年7月20日，山東省德州市中級人民法院首次對“霧霾環境公益訴訟案”依法公開審理並做出一審宣判，判處被告振華公司賠償因超標排放污染物造成的損失2198.36萬元，用於德州市大氣環境品質修復，並在省級以上媒體向社會公開賠禮道歉；將訴訟請求中的賠償款項支付至地方政府財政專戶，用於德州市大氣污染治理。各方當事人均在宣判後法定期限內沒有提出上訴。現該判決已經發生法律效力^[24]。這些案例中的“環境公益訴訟專項基金”或“損害賠償金信託”可被視為司法裁決創設的非意定信託。

再如，在大規模的食品安全領域訴訟出現的場合，如何處置擔責商家的巨額損害賠償金，可能是一個棘手的問題。仍可參照環保公益基金的設立，由司法裁量設置一個損害賠償金慈善公益信託基金，來解決理賠過程中出現的一系列問題。

法院也可以利用信託機制解決繼承和分家析產過程中產生的矛盾。例如^[25]，某兄妹的父母去世，妹妹為限制行為能力人，已經出嫁，和丈夫感情不和；哥哥擔心如果妹妹取得應繼承遺產，會被妹夫支配濫用並損及妹妹的利益，所以拒絕分配遺產給妹妹，被訴。法院創造性地用妹妹應當繼承的財產設立共管帳戶，該帳戶中的資金只有在用於妹妹的時候，經哥哥、妹夫和雙方認可的親友簽字才能取出。本案例中法院雖然沒有明令設立信託，但採用了類似信託的機制來解決糾紛，至為允當。

三、立法創設的非意定信託

信託機制在社會治理方面的一個重要功能是，它特別適合運用於權利主體因人數眾多而虛化或者

[23] 雲南省宜良縣國土資源局訴被告×××環境污染責任糾紛案，昆明市中級人民法院（2012）昆環保民初字第6號（2012-9-25）。

[24] 鄭春筍：《“首例‘霧霾公益訴訟案’審理始末”》，載《人民法院報》2016年8月29日。

[25] 此為多年前的真實案例，但因經年日久，無法檢索到案號，所以作為虛擬案例介紹。

缺位的社會關係之中。信託法提供了任意性規則（default rule）由當事人選擇自由締結信託關係。但是，在很難由當事人通過單獨磋商、締約形成的財產管理關係，特別是多數人作為權利人的財產管理關係，如年金信託、物業服務信託、預付款信託等之中，可以由立法（包括地方或者部門立法）倡議採取信託制，這對於處於弱勢一方的當事人而言是一個保護。也可將這種信託稱為立法創設的信託。

（一）職業年金信託

職業年金信託包括企業年金、事業年金和機關年金等。職業年金是基本養老金的有益補充。我國最早被稱為“年金”信託的制度是根據《企業年金試行辦法》）和《企業年金基金管理試行辦法》實施的企業年金，在該制度中，委託人被限制在符合一定條件的企業及其員工，而對受託人方面實行極其嚴格的許制度，因此不利於其廣泛的適用。《企業年金基金管理試行辦法》在2011年2月進行了修訂^[26]，正式更名為《企業年金基金管理辦法》，確定了企業年金基金的信託財產地位和信託運行管理體制，對企業年金基金的信託管理和運營做出了比較詳細的規定^[27]。《企業年金基金管理辦法》第1條規定是“根據勞動法、信託法”等法律制定，明確了該辦法是信託法的特別法。

根據《國務院關於機關事業單位工作人員養老保險制度改革的決定》（國發〔2015〕2號）等相關規定，國務院在2015年4月6日頒行《機關事業單位職業年金辦法》，把適用職業年金的對象擴大到機關和事業單位的成員。2016年9月28日，人力資源社會保障部和財政部印發《職業年金基金管理暫行辦法》，該辦法第1條明確規定：“為規範職業年金基金管理，維護各方當事人的合法權益，根據信託法、合同法、證券投資基金法、……等法律及有關規定，制定本辦法。”明確確立了職業年金基金屬於信託。

（二）物業和公共維修資金管理

1. 物業費和公共收益信託

基層民主和自治，需要良好的制度工具作為載體。信託制就是滿足這一要求的安全、高效和規範的載體。

在《民法典》中，物業服務合同處在委託合同和行紀合同、仲介合同之間，確立了其屬於一種信義關係合同的地位。全體業主還可以通過正當程式和物業服務公司簽訂信託合同，將信託法的理論和規則引入物業服務關係之中，進一步明確以下基本規則：（1）信託財產是物業費、公共收益和其他意外所得。刨除物業公司的信託報酬（固定數額或者比例+約定的激勵報酬），剩餘的全部財產歸屬於受益人（全體業主）所有。（2）委託人兼受益人是全體業主。業主個人或者業主群體可以行使信託法和信託合同約定的委託人和受益人的權利。（3）受託人的義務包括約定義務和法定的信義義務。如此，以規範和詳實的方式將財務資訊和服務內容公開，就不再是合同法上的附隨義務或者從合同義務，而變成了物業服務企業法定的核心義務。特別是在利益衝突的行為方面，物業服務企業有自證清白的義務。這對理順物業-業主關係具有重要的意義。

信託制物業服務還可以通過引入信託公司成為共同受託人來實現^[28]。這種做法可以利用不同

[26] 該辦法在2015年4月30日又進行了修正。

[27] 在美國的ERISA(Employee Retirement Income Security Act)的第403條規定，以勞動者作為對象的給付制度中資產應全部採取信託的方式加以保有，只在例外的場合允許採用保險合同的方式，原因即在於信託機制因其財產的獨立性和管理的專業性所帶來的安全與效率。

[28] 樊融傑：《中航信託創新落地“雙受託制”物業管理服務信託》，載《中國銀行保險報》2021年10月13日。

受託人的社會化分工的優勢，強化受託人之間的相互制衡和相互協調，藉以提升物業服務的專業化程度和資金管理的水準。在這種模式中，物業服務公司專注於物業服務的提供。信託公司負責信託財產的管理和分配，在有財產積累的社區，還可以通過投資獲取收益。通俗地說，信託公司負責管錢，物業公司負責花錢；管錢的不花錢，花錢的不管錢，隔離了風險，提升了效率。

但是，物業管理信託制的引入可能會改變業已形成的（不合理）利益格局，所以目前採取信託制所遇到極大障礙：物業公司和業委會不配合，一盤散沙的業主參與不積極，做出採用信託制的集體決策非常困難。如果在物業服務的相關立法中將信託製作為一種推薦的制度供業主選擇（法定信託），將極大降低締約成本。

2. 以信託制梳理公共維修基金的管理體制

專項維修資金是廣大居民的“住房養老錢”。專項維修基金實際上構成了類似信託財產的只能用於特殊目的的財產（《住宅專項維修資金管理辦法》第2條第2款：“本辦法所稱住宅專項維修資金，是指專項用於住宅共用部位、共用設施設備保修期滿後的維修和更新、改造的資金”），即使作為“共有人”的業主也沒有將特定份額歸為已有的權利。第4條也規定：“住宅專項維修資金管理實行專戶存儲、專款專用、所有權人決策、政府監督的原則”。根據該條規定，專項維修資金屬於獨立的財產，由獨立的機構單獨管理，該財產只能用於特定用途。上面的規定實際上是對信託制度非常規範和完整的表達。

在財政部2020年4月20日印發的《住宅專項維修資金會計核算辦法》（財會〔2020〕7號）中，更是從財會制度上確認了專項維修資金是一種信託基金，雖然該辦法仍然沒有使用“信託”這一術語。

而且，任何管理專項維修資金的主體（包括業主委員會和代管的政府部門），都在客觀上承擔類似受託人的職責。《民法典》和之前的《住宅專項維修資金管理辦法》雖然確立了專項維修資金制度，但對各方主體的權利、義務和責任並沒有特別清晰的法律規定。如果能根據《信託法》梳理和構造各方的權利、義務和責任，將大幅提升專項維修資金制度的合理性。

以專業的信託機構作為維修資金（基金）的管理人，就可以把政府部門從自己不擅長的資金管理事務中解放出來，專心履行監管職責；可以提升大量沉澱的維修資金的管理效率，從而提升居民的福利；可以明確管理人的責權義，確保資金的安全、便利使用。這樣，所有人無法參與管理問題、政府部門的定位問題、基金的保值增值問題、管理人的責權義問題均可得到妥善解決。

根據法律法規的規定，住宅公共維修基金和住房公積金等屬於私人所有（《民法典》規定公共維修基金屬於業主“共有”，《住房公積金基金管理條例》也明確規定“住房公積金，屬於職工個人所有”），因此，有些業主可以自願地通過業主大會等機制設立信託，但是對於規模巨大、涉及業主人數眾多的很多社區而言，地方政府可以通過提供標準示範文本甚至是制訂規則的方式，來確立公共維修基金的信託制管理模式。

（三）住房公積金管理信託

住房公積金制度由1999年4月3日發佈的《住房公積金管理條例》（分別在2002年3月24日、2019年3月24日被修訂）確立。根據其規定，“職工個人繳存的住房公積金和職工所在單位為職工繳存的住房公積金，屬於職工個人所有”（第3條），這確立了職工作為信託委託人和受益人的地位；“直轄市和省、自治區人民政府所在地的市以及其他設區的市（地、州、盟）應當按照精簡、效能的原則，設立一個住房公積金管理中心，負責住房公積金的管理運作”（第10條），確立了住房公積金

管理中心的受託人地位；為了確保資金的獨立和安全管理，條例還要求“房公積金管理中心應當在受委託銀行設立住房公積金專戶”（第13條）。用信託理論解釋住房公積金的管理體制最有利於該制度的制度目的實現。

住房公積金基金的管理模式的信託制變革也要通過立法的變革來完成，基本上無法通過職工個人或者群體主動設立意定信託的方式完成。

（四）道路交通事故社會救助基金信託

通過立法或行政法規的方式創設法定信託的另一個例子是《中華人民共和國道路交通安全法》第17條。該條規定，“國家……設立道路交通事故社會救助基金”。另根據《道路交通事故社會救助基金管理試行辦法》第2條，“本辦法所稱道路交通事故社會救助基金（以下簡稱救助基金），是指依法籌集用於墊付機動車道路交通事故中受害人人身傷亡的喪葬費用、部分或者全部搶救費用的社會專項基金”。從該基金的財產來源看^[29]，該基金是否構成公益慈善信託仍可商榷，但屬於法定的、社會性信託無疑。

（五）其他涉眾資金管理

在商品房預售領域，存在著非常不合理的制度安排，此制度安排對開發商“卷錢跑路”惡行甚至產生了激勵作用。相當多的房地產項目並沒有完工就已經取得預售許可，^[30]開發商提前取得了購房者的購房款（購房者或自有或貸款），將專案無法完工的風險留給了購房人。若建立商品房預售款強制信託託管制度，在確保“交樓”的前提下也並非不可以滿足開發商合理的流動性需求，如此即可避免“卷錢跑路”這種極端情況的發生。

另外，在消費者保護領域，也有非意定信託存在的必要。例如，在健身、美容、網路教育等可能會涉及預付費的多個領域，因涉及人數眾多、數額龐大，為了避免商家卷錢“跑路”，也為了明確各方主體對於預付款的權利和義務，似應強制要求運營商將相關的押金託管，建立一種類似信託的機制。如果在這些領域內能有信託機制的介入，對商家和消費者都是一個福音。信託制度基於信任，也反過來構建信任。國內已經存在不少預付費信託的實踐。^[31]

案例1：2021年10月，國聯信託成立業內首單教育培訓資金監管的服務信託——“國聯信託·教育培訓資金管理0號服務信託計劃”。該業務模式中，消費者通過“靈錫”APP的入口，與教培機構和信託公司簽訂三方合同，家長把預付資金付到信託專戶，教培機構提供服務後，國聯信託作為受託人根據合同約定，按照教學進度來劃付款項，達到資金監管的功能。期間如一方提出退費，信託按家長和培訓機構協商的退費金額或比例進行退付；如培訓機構“跑路”，則在教育主管部門核實後向家長退費。信託資金專戶內的存量資金，由受託人國聯信託進行低風險的投資。

案例2：2021年11月，蘇州信託正式落地了首單校外培訓服務信託計劃——蘇信服務·新科教育

[29] （一）按照機動車交通事故責任強制保險（以下簡稱交強險）的保險費的一定比例提取的資金；（二）地方政府按照保險公司經營交強險繳納營業稅數額給予的財政補助；（三）對未按照規定投保交強險的機動車的所有人、管理人的罰款；（四）救助基金孳息；（五）救助基金管理機構依法向機動車道路交通事故責任人追償的資金；（六）社會捐款；（七）其他資金。

[30] 《城市商品房預售管理辦法》第五條：商品房預售應當符合下列條件：（一）已交付全部土地使用權出讓金，取得土地使用權證書；（二）持有建設工程規劃許可證和施工許可證；（三）按提供預售的商品房計算，投入開發建設的資金達到工程建設總投資的25%以上，並已經確定施工進度和竣工交付日期。不得不說，這是一個非常低的標準。

[31] 中國信託業協會編：《中國信託業發展報告（2021-2022）》，中國財政經濟出版社2023年版，第198-199頁。

眾安1號服務信託計劃。該業務是在蘇州市地方金融監管局和蘇州市教育局推動與支持下，蘇州信託利用信託制度優勢探索的首單預付式服務信託。據瞭解，目前蘇州市預付式消費資金管理平台已完成四個子系統建設，包括校外培訓、住房租賃、商超預付、體育健身。其中，校外培訓系統之學科類培訓部分已正式投入運營。先期入駐蘇州市預付式管理平台進行監管的學科類培訓機構涉及3個區縣近40家，累計管理金額超80萬元。科技、文化、體育類的校外培訓系統即將投入運營。體育健身、商超預付、民政養老等消費領域的平台建立也已準備完成。

案例3：2022年8月，中航信託落地企業資金管理服務信託，在開展預付類資金管理服務信託領域實現新突破。該業務模式中，委託人和受益人為西安某培訓機構，委託人以企業名義開立共管帳戶，該帳戶僅用於接收消費者預付資金。經預收款企業和消費者確認後，共管帳戶內的預付資金作為信託財產轉入信託專戶。中航信託作為受託人，通過相應的資金監管和劃付規則，提供建賬保管、結算分配、資訊披露等服務。

在上述社會性基金管理體系的構建中，因涉及多數人受益人利益，且會觸動社會基金實際控制者的利益，所以締約成本較高，需要立法介入強制確立信託管理體制，藉以維護社會公共利益。

四、未來可引入的其他非意定信託類型

（一）國有和集體資產管理信託

信託法的重要功能在於，對實際控制財產的主體施加嚴格的信義義務，這在防止公有財產（國家和集體財產）變成公有資產管理者（國資管理部門官員、村委會）的財產具有重要意義。因此，可以按照信託的機理構造國有資產的管理體制^[32]。

人們期待利用信託機制有效改變因公有制而造成的公有財產主體虛位問題。信託財產的獨立性和委託人的虛位，受託人責任的法定化，受託人財產管理的專業性，這些都和保護國有財產免於流失的價值目標暗合。筆者認為，出於保護國有資產的目的，國有資產管理信託應為這裡所歸類的法定信託，而非一般意義上的因合同而產生的信託（雖然也需要通過協定來確定當事人之間的關係），需要為此制定特別法，由該法律對國有資產信託的結構、受託人的甄別（招標）、職責內容以及履職程式和資訊披露等做出特別的規定^[33]，而不能僅僅是通過內部的約定來進行，藉以保護國有資產。

另外，信託法的機制在梳理集體土地入市等方面也可發揮重要功能。

（二）國民信託（national trust）

國民信託通常作為私人的非營利組織的形式運作，雖然它們中的不少也從其政府取得巨大的支持，但是其本質是民間發起的運動，旨在為後代子孫保存具歷史價值或自然美景的地區。借助於大眾的捐獻，國民信託組織以購置、接受捐贈，或以簽訂合同的方式獲得國民信託財產，並試圖保存、管理，並對社會大眾開放這些資產。第一個這樣組織是英國的“National Trust for Places of His-

[32] 席月民：《國有資產信託法研究》，中國法制出版社2008年版。

[33] 《企業國有資產法》第54條中確立了國有資產轉讓的競價制度。類似的制度在未來的國有資產管理信託的法律中應有所體現。

toric Interest or Natural Beauty”，該組織建立於1895年，其他的國民信託多是以此為樣板^[34]。目前“國民信託”是英國的第一大土地持有者，組織照看了2700平方公里的土地，近900公里的海岸線，以及超過300座的古跡與庭園。日本的國家信託運動始於1964年，當時，作家大佛次郎和其它鎌倉市的居民合力拯救這個美麗的古都，使其免於無節制的開發。而現今日本各地有近50個不同的國民信託運動正在進行，其中包括北海道的知床半島以及和歌山的天神崎。國民信託活動已擴展至全球，像是美國、加拿大、巴哈馬、荷蘭、馬來西亞、中國臺灣、韓國、斐濟、紐西蘭、澳洲等等。我國可以在自然生態保護和非物質文化遺產保護等領域引入國民信託。

（三）盲目信託

所謂盲目信託（blind trust）是指將財產交付信託時，賦予受託人全權處理財產事務的權利，委託人不但無法瞭解資產內容，也無權過問管理機構的處理方式。這種信託方式通常適用於政府官員等敏感職務，以避免政治人物把公共資金引入私人領域之時所產生的利益衝突。在盲目信託的制度下，委託人完全不能過問託管機構對其資產的投資決策，只可在定期透過報表，得知獲利及孳息的狀況。

再如，證券監督管理委員會的工作人員經常有機會接觸足以影響市場行情的資訊，為了確保這些工作人員不利用這些資訊用於股市操作，可以講這些人員的資產交付盲目信託，交由第三人管理，減少其利用職務獲取利益的可能性^[35]。盲目信託的委託人還必須放棄許多權利，除了不得干涉託管機構的營運管理、不得要求提供帳務報告之外，也不得任意取消受託人營運管理決策或變更受益人等方面的權利。^[36]

盲目信託在促進政治清明、防止公務人員從事利益輸送行為等方面可以起到重要的功能。因這種信託只能基於立法確立，所以也屬於一種法定信託。

Abstract: This article reviews and analyzes the legal rules, principles, and cases of non-voluntarily created trusts in China's trust law, and preliminarily establishes a theoretical framework for non-voluntarily created trusts in China's law. Non-voluntarily created trusts can be roughly divided into two types: judicial created trusts and legislative created trusts. The former can be divided into resulting trusts, constructive trusts, and other trusts that provide judicial relief for parties. The latter is a requirement formulated by legislative and administrative departments at all levels to enforce assets custody in areas involving national economy and people's livelihood that are very difficult for private contracting, such as pre-sale commercial housing and various prepaid consumption. There is already some practice in China in the field of non-voluntarily created trusts.

Key words: Non-voluntarily Created Trusts; Resulting Trust; Constructive Trusts, Statutory Trust

（責任編輯：唐銘澤）

[34] http://en.wikipedia.org/wiki/National_Trust。最近存取時間：2013年11月18日。

[35] 方嘉麟：《信託法之理論與實務》，中國政法大學出版社2004年版，第93-94頁。

[36] 關於盲目信託的詳盡介紹，參見高凌雲：《被誤讀的信託——信託法原論（第二版）》，復旦大學出版社2021年版，第184頁以下。

分離財產理論與信託財產獨立性

——《澳門信託法》第11條釋論

畢經緯*

摘要 一個主體通常只有一項一般財產，此即所謂“財產單一性原則”。但一個人除了擁有一般財產之外，還可以擁有一個或多個各自獨立的財產或財產的集合。這些財產或者財產的集合各自獨立、在法律上被分別對待和評價的現象被稱為“財產的分離”，並由此產生了所謂“分離財產”的概念。信託財產即屬這種性質的財產。信託財產獨立於委託人、受託人以及受益人的固有財產，信託財產具有獨立性。《澳門信託法》第11條明確使用了信託財產的獨立性這一表述，且主要體現為信託財產的非繼承性、破產財產的排除、強制執行的限制等幾方面內容。此外，澳門法上還使用獨立財產這一概念，但這一概念有其特定意涵，不能將信託財產表述為獨立財產，更不能用信託財產是獨立財產來表彰信託財產的獨立性。

關鍵詞 信託財產 財產的單一性 分離財產 信託財產獨立性 澳門信託法

中華人民共和國澳門特別行政區第15/2022號法律《信託法》（以下簡稱《澳門信託法》）自2022年12月1日起生效，成為大陸法系範圍內最新的一部成文信託法。《澳門信託法》共8章41條，內容涉及一般規定（第1-2條）、設立信託（第3-9條）、信託財產（第10-13條）、委託人（第14-15條）、受託人（第16-30條）、受益人（第31-35條）、信託消滅（第36-38條）以及最後規定（第39-41條）。從《澳門信託法》的主要內容中可以看出，其立法總體定位為“信託關係基本法”，旨在確定調整法律信託關係的一般原則，明確信託關係當事人各方的權利義務。

* 畢經緯，法學博士，澳門科技大學法學院助理教授。

一、引言：澳門法對信託制度之引入

隨著《澳門信託法》的頒佈，澳門信託法制的實踐，在很大程度上將由立法論轉向解釋論。信託法的基本原理具有相通性，各國在信託立法上的不同規定，也多是立法政策上的選擇或者基於民法上的特別規定。《澳門信託法》制定之後，信託法的解釋適用問題更加值得關注，既要考慮信託法的立法初衷，又要考慮信託法與民法的銜接適用關係。在信託法的諸多核心問題中，信託財產及其獨立性無疑是最重要的問題之一。《澳門信託法》第11條的標題為“信託財產的獨立性”，共9款，除第4至6三款主要涉及受託人的權利義務外，其餘6款均為信託財產獨立性的主要體現。脫離了衡平法的依託，信託財產獨立性成了大陸法系國家或地區引入信託制度的重要支撐點和連接點，其一方面支撐起了整個信託法律關係的內部關係，另一方面則連接起了信託法律關係委託人、受託人與受益人與其利害關係人之間外部關係。作為深受葡萄牙民法教義學影響的澳門民法，如何將作為信託法上核心內容之一的信託財產概念融入既有的澳門民法體系，以及如何解釋信託財產獨立性這一特性，是所有同屬大陸法系法學傳統引入信託制度都要面臨和解決的問題。

二、分離財產理論下的信託財產

（一）概括財產理論與財產的單一性原則

依葡萄牙民法教義學通說，財產是指具有經濟價值，即能以金錢來衡量的以權利和義務為內容的法律關係的整體；財產是一個人的活動的法律經濟結果。這一意義上的財產被稱為“總體財產”。^[1]葡萄牙民法深受法國民法的影響，傳統法國法在學說上主張財產關係的單一性，認為財產關係是人格在經濟上的反映，因為一個人只有一個人格，並且不可分割，所以每個人只有一個財產關係，並且該財產關係不可分割。^[2]當然，這裏的財產關係並不是一般意義上的積極性財產關係，它指的是一個人現在和將來所具有的全部積極財產和消極財產（債務）的總和。^[3]詳言之，法國法上使用的是“le patrimoine”這一概念。根據這一概念理論的提出者奧布裏（Aubry）與侯（Rau）的觀點，“le patrimoine”有其特定含義，指屬於一個人的具有金錢價值的全部權利與義務組成的整體，或者說一個人現在和將來擁有的、包括資產與負債、債權與債務在內，並構成一個不可分割的法律上的整體。對照法語中的“patrimoine”一詞，漢語中的表述紛繁不一，計有概括財產、包括財產、整體財產、總體財產，甚至“廣義的財產”等等。該概括財產不是一種事實上的整體，而是“法律上的整體”。而且，一方面，概括財產將債務也包括在內，甚至可以是一個“空的框架”或者乾脆只有負債；另一方面，概括財產也有別與組成這一財產整體的各項具體財產（les biens）。概括財產甚至可以擴張至將來屬於該人所有的那些財產。^[4]一個主體通常只有一項財產，這就是所

[1] [葡]曼努埃爾·德·安德拉德：《法律關係總論（第一卷）》，吳奇琦譯，法律出版社2015年版，第207頁。

[2] Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, Diogo Leite De Campos, A propriedade fiduciária (Trust): Estudo para a sua consagração no direito português, Almedina, Coimbra, 1999, p. 277-282.

[3] 張靜：《論信託制度與物權法的衝突和銜接》，載朱曉喆主編：《中國信託法評論（第一卷）》，法律出版社2018年版，第52頁。

[4] 參見[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒爾：《法國財產法（上）》，羅結珍譯，中國法制出版社2008年版，第33頁；[法]雅克·蓋斯旦、吉勒·古博：《法國民法總論》，陳鵬、張麗娟、石佳友、楊燕妮譯，法律出版社2004年版，第150頁。

謂的“財產單一性原則”（Princípio da unidade do património）。^[5]

（二）分離財產理論對財產單一性原則的突破

但一個人除了可以擁有一般財產外，還可以擁有一個或多個各自獨立的財產或財產的集合。“它們或多或少脫離了概括財產的經典概念。”^[6]對此，可以有兩種解釋的進路：一是將這種情形視作財產單一性原則的例外；二是在概括財產的基礎上再構造一個包括多個財產集合體（masses）的“總概括財產”（le patrimoine global）概念。^[7]以法國法為例，這些獨立的財產或者財產的集合包括：（1）夫妻共同財產制下丈夫的自由財產、妻子的自由財產以及夫妻的共同財產這三類財產聚合體；（2）繼承法上，繼承人本人的概括財產與作為遺產的被繼承人的概括財產這兩個財產聚合體；（3）海商法上，船主本人的普通概括財產與海商概括財產（le patrimoine maritime）；（4）商法上，包括顧客群體、租約權、商號、商標、商品等各要件在內構成“商業營業資產”（fonds de -commerce，一譯鋪底）這一整體，其與組成這一整體的各個組成部分也各自獨立。^[8]概括財產或者財產的單一性理論，在滿足主體的某些“正當需要”方面構成了限制，但對於如何解決這一問題存有疑問。在可能有所突破的路徑上，至少包含以下兩種可能性：一是承認“不以人為依託的法律上的整體”，即所謂的“無主體的財產”；二是所謂的“分離財產理論”。依後者，前述這些財產或財產的集合各自獨立，在法律上被分別對待和評價。這種現象被稱為財產的分離（separação de património）。在此基礎上，產生了“分離財產”^[9]（Património separado）的概念。“它是一項在法律上獨立於該人其餘財產的財產。它能有自身的關係及自身的債務，而且，也不會因為毗鄰的財產或者它身處其中的財產出現波動變化而受影響。除了和毗鄰的財產有著‘具有相同主體’這樣一種外部捆縛（liame extrínseco）之外，外部財產是跟上述財產毫無關係的獨立中心。”^[10]就承認分離財產或者特有財產的標準而言，有所謂“特定財產特殊用途”標準（especial destinação de ceta massa de bens）、“分別管理”標準（administração separada）以及“債務責任”（responsabilidade por dívidas）標準。根據葡萄牙學者安德拉德（Andrade）和平托（Pinto）的觀點，在這其中，債務責任的標準是最廣受採納和最為可取的標準。^[11]當然，上述三種標準並非完全衝突，甚至可以統合在一起，即：具有不同用途的個別財產，分別管理，被用來清償各自的債務責任；只不過在最

[5] 唐曉晴編著：《民法一般論題與〈澳門民法典〉總則（上冊）》，社會科學文獻出版社2014年版，第252頁。

[6] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒爾：《法國財產法（上）》，羅結珍譯，中國法制出版社2008年版，第37頁。

[7] 參見[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒爾：《法國財產法（上）》，羅結珍譯，中國法制出版社2008年版，第37頁。

[8] 參見[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒爾：《法國財產法（上）》，羅結珍譯，中國法制出版社2008年版，第37-40頁。

[9] 早在古羅馬法時期就出現了分離財產理論的雛形及實踐，德國學者卡爾·拉倫茨（Karl Larenz）亦在此基礎上區分了兩種財產分離的一般類型，即“同一人擁有多種財產”（Mehrere Vermögen desselben Inhabers）和“同一財產為多人所有”（Gemeinschaftliches Vermögen mehrerer Inhaber），信託財產即屬於前者。但更為系統性的分離財產理論是由美國學者Henry從功能性視角提出，並引之作為法制的上位設計，只不過，Henry使用的是“資產分割”（asset partitioning）的概念。在歐陸民法的語境下，概括財產分離（patrimony partitioning）或許是更好的表達。對此，參見[德]薩維尼：《當代羅馬法體系（第一卷）》，朱虎譯，中國法制出版社2010年版，第292頁；Vgl. Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, 12. Aufl., 2020, S. 321-324; See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, The Essential Role of Organizational Law, Yale Law Journal 110 (2000), 387, 393; Henry Hansmann & Reinier Kraakman, Organizational Law as Asset Partitioning, European Economic Review 44 (2000), 807, 813.

[10] [葡]曼努埃爾·德·安德拉德：《法律關係總論（第一卷）》，吳奇琦譯，法律出版社2015年版，第219頁。

[11] [葡]曼努埃爾·德·安德拉德：《法律關係總論（第一卷）》，吳奇琦譯，法律出版社2015年版，第220頁；Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro & Paulo Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 4.^a ed., 2012, p. 347.

終的法律效果上集中呈現在債務清償責任的分別性和獨立性上。申言之，這些負擔各自債務的特有或者分立財產，“只負擔某些債務，而且只由它負擔這些債務”。^[12] 各個分離財產都具備成為前述法國法理論上概括財產的“法律上的整體性”。這種整體性意味著“在組成這一整體的各個構件之間存在著聯繫，而當財產與債務組成的整體在共同作用於確定的目的中具備整體上的一致性，這種聯繫就已存在，即使所確定的目的獨立於人身的關聯，亦無影響；因此，當財產與債務有了這樣的用途時，它們之間就必然地聯繫在一起，從而應當能夠形成一個‘法律上的整體’（une universalité juridique），也就是說可以形成一項概括財產（un patrimoine）。”^[13]

換言之，在葡萄牙民法教義學上普遍承認的一點是，在同一主體名下，可以分別設立多個財產集合。比如，《澳門民法典》第596條規定，債務之履行系以債務人全部可查封之財產承擔責任，但不影響為“財產之劃分”（separação de patrimónios）而特別確立之制度之適用。此外，《澳門民法典》第597條亦規定，除涉及當事人不可處分之事項外，當事人得約定在債務尚未被自願履行之情況下，債務人之責任僅限於在其某些財產上。由此可以看出，澳門民法亦普遍承認分離財產理論。

包含法國法與葡萄牙法的這種財產歸屬理論與英美法上對信託財產歸屬的兩個基本認識是一致的，即：第一，信託財產屬於受託人所有；第二，信託財產屬於受託人名下多個財產集合中的一個，且與其他財產集合，尤其是與其自有財產（own estate）相分離。雖然有的解釋更進一步或者說“極端”，認為信託財產不屬受託人的財產，“信託”（the trust）擁有信託財產，^[14] 但這種認識也都是建立在財產的分立和獨立基礎之上。

（三）分離財產理論下作為特別財團的信託財產

我國《信託法》第14條第1款和我國臺灣地區“信託法”第9條第1款將信託財產分別界定為“受託人因承諾信託而取得的財產”和“受託人因信託行為取得之財產權”。在界定信託財產的範圍時，依《澳門信託法》第10條之規定，一方面，在訂立設立檔時屬確定或可確定的“財產”（bens）或“權利”（direitos）均可組成信託財產；另一方面，受託人因設立信託取得的財產或權利，以及因信託財產的管理、處分或其他情形取得的財產或權利，屬信託財產。前者為初始信託財產，後者為信託財產物上代位（dingliche Surrogation/real subrogation）之情形，^[15] 學說上通常也稱為信託財產之統一性或同一性（Identity of the trust property）。物上代位是實現財產分離的機制，信託財產物上代位之效力，即使得原財產關係從原財產集合的範圍延申或移轉至代位物，由此維持前後財產之同一性，不僅原財產集合與個人財產相隔離，原財產集合的代位物亦得隔離於個人固有財產，是以實現特別財產與個人財產的持續分割。^[16] 有關信託財產獨立性之規定，亦即信託財產作為特別財產（Sondervermögen）之獨立性的功能，皆以信託財產之物上代位實現的持續財產分

[12] Carlos Alberto da Mota Pinto: 《民法總論》（中譯本），澳門法務局、澳門大學法學院2001年版，第191頁。

[13] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒爾：《法國財產法（上）》，羅結珍譯，中國法制出版社2008年版，第40-41頁。

[14] Maurizio Lupoi, Trusts and their comparative understanding, *Trusts & Trustees*, Vol. 27, No. 4, May 2021, p. 286.

[15] 物上代位可追溯至羅馬法上的遺產請求/要求繼承之訴（*hereditatis petitio*），後者是對物之訴（*actio in rem*）的一種，根據客體的不同，物上代位可以分為一般物上代位（*subrogation à titre universe*）與特別物上代位（*subrogation à titre particulier*），此種分類是法國學者在中世紀注釋法學家對《學說匯纂》（*Digesta*）片段研究的基礎上總結而出。信託財產作為財產集合，亦被歸入一般物上代位之列。對此，參見[德]馬克斯·卡澤爾、羅爾夫·克努特爾：《羅馬私法》，田士永譯，法律出版社2018年版，第748-749頁；另見張靜：《物上代位的體系整合與教義學結構》，《環球法律評論》2021年第4期。

[16] Vgl. Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht*, 12. Aufl., 2020, S. 323 f.

離為前提。因此，Gretton認為，物上代位是特別財產制度之核心，若無物上代位，特別財產自然也不稱其為特別財產。^[17] 值得一提的是，在英國信託法中，與物上代位功能類似的是“追及”（tracing）理論下的“擬制信託”（constructive trust），其是由衡平法院創設的一種法定信託。^[18]

接上述葡萄牙民法教義學對於財產的基本觀念，可以進一步將對財產的理解區分為“廣義上的財產觀”“狹義上的財產觀”以及“最狹義的財產觀”。（1）廣義上，財產是指具有經濟價值，亦即能以金錢來衡量的法律關係的整體（這種意義上的財產被稱為“總體財產”）；也可以說，財產是一個人的活動的法律經濟結果。該意義上的財產，包括積極部分（權利）和消極部分（義務或債務）。而由於缺乏獨立性，或由於僅作為將來的法律經濟活動的起源、預測或期待，因而未至於成為既存法律關係的那些契機或協同因素，則不包括在內，哪怕他們可能對人們的經濟狀況非常重要亦然。儘管這些經濟生活事實或關係會為主體帶來好處，但它們本身卻並不構成財產的一部分。綜上，包括積極部分和消極部分意義上的財產是在廣義上使用財產這一表示。（2）狹義上的財產，是指某人能以金錢計算的權利的總和，也就是其總資產，而有關的債務則全然忽略不計（這種意義上的財產被稱為“毛財產”）。（3）最狹義的財產，則僅指某人可轉化為金錢價值的權利與其債務對減後的差額（這種意義上的財產被稱為“淨資產”或“資產淨值”）。^[19] 但信託法上的所謂“信託財產”一詞，至少在信託設立階段，應僅限在積極部分的財產，即權利（財產權）這一範圍之內，不應包含消極部分的義務或債務。因為，“如以債務等消極財產設定的信託，受益人不但無收益可言，反而因信託關係而負擔債務，有違信託制度本來的意旨，應認為無效。”^[20] 這與我國臺灣地區“信託法”上信託財產所指向的“財產權”相一致。具體而言，財產權是指金錢以及可依金錢計算價值的權利，諸如動產、不動產、公司債、有價證券、銀行定存單、現金等具有財產價值的權利，也包括其他如屬於准物權的礦業權、漁業權，以及屬於無體財產權的著作權、專利權、商標權等。^[21] 從本質上而言，信託財產是一種財產權。而且，可以成為信託財產的財產權，大致應具備以金錢計算價值、積極財產性、移轉或處分的可能性以及存在或特定的可能性等四項要件。^[22] 從這個意義上說，《澳門信託法》中所稱的財產或權利，在所使用術語所涉範圍上似有交叉重複之嫌。

（四）信託財產的歸屬

大陸法系國家或地區引進信託制度的最大爭點，就是英美法上信託“雙重所有權”（Duality of ownership）與大陸法系“一物一權”原則的衝突。所謂“雙重所有權”（亦有稱“二元所有權”），是指在英美法信託財產權理念下，受託人享有“普通法所有權”（legal ownership），而受益人享有可以對抗一切非善意第三人的“衡平法所有權”（equitable ownership）或稱“受益所有權”（beneficial ownership）。這種所有權分離的形式，源於英美普通法與衡平法長期以來的對立互動，以及信託法孕育於衡平法的特殊歷史。大陸法系一般繼承羅馬法上“一元所有權”觀念，^[23] 儘管所

[17] See George L. Gretton, *Trusts Without Equity*, *International and Comparative Law Quarterly* 49 (2000), 599, 609-610.

[18] 參見 [日] 能見善久：《現代信託法》，趙廉慧譯，薑雪蓮、高慶凱校，中國法制出版社2011年版，第64頁。

[19] [葡]曼努埃爾·德·安德拉德：《法律關係總論（第一卷）》，吳奇琦譯，法律出版社2015年版，第207-209頁。

[20] 王志誠：《信託法（增訂第九版）》，五南圖書出版公司2021年版，第137頁。

[21] 王志誠：《信託法（增訂第九版）》，五南圖書出版公司2021年版，第135頁。

[22] 王志誠：《信託法（增訂第九版）》，五南圖書出版公司2021年版，第138頁。

[23] 對於羅馬法上的所有權這一論題，新近的討論見 Francesco Giglio, *The Concept of Ownership in Roman Law*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, Vol. 135 (2018), S. 76-107.

有權的一項或者幾項權能可以被分離出來，但所有權本身是不能分割的。澳門繼受葡萄牙法，亦屬大陸法系，遵循一物一權、物權法定原則。^[24]

對於破除“雙重所有權”難題，調和信託財產歸屬與物權制度，大陸法系各國和地區在信託立法及信託理論中都著力尋求與既有法律體系融洽的路徑，比較法上存在“債權說”“相對性權利轉移說”“實質性法主體學說”“新債權說”等諸多學說，^[25]我國內地另還有“受託人所有權說”“委託人所有權說”“權能自由委託說”“受益人所有權說”“無主目的財產說”等不同觀點，^[26]雖然學界並未達成共識，但日本、韓國和我國臺灣地區通說認可“債權說”，即賦予受託人信託財產的所有權，將受益人的受益權構造為對受託人行為的請求權債權（對受託人行為的請求權）。立法例上，首先是在“信託”定義上尋求妥適的表達。在《澳門信託法》第2條的信託定義條款中，信託被界定為是一種“委託人將其財產權移轉予受託人，由受託人以自己名義，為受益人利益，管理或處分信託財產的法律關係”。一方面，該定義明確信託財產的所有權從委託人移轉至受託人名下，以及受託人是信託財產的權利人；另一方面，也與《澳門信託法》第6條第2款信託登記相關規定中將“受託人”登錄為“權利人”的內容相一致。

就受益人而言，受益人享有“向受託人請求給付信託利益”這一核心權利。為了保障受益人核心權利的實現，又賦予其很多突破傳統債權模式的監督權，如知情權、撤銷權等。參照鄰近國家和地區信託立法的趨勢，解釋論上，《澳門信託法》中的受益權可定性為債權。具體而言，將信託受益權的“目的性權利”，即信託利益取得權視為主債權，將其他“手段性權利”，即知情權、撤銷權等監督權視為從債權。這既適應大陸法系的法律土壤，又嫁接了英美法系的信託本質。這一債權性質的定性，也可以從《澳門信託法》第33條第4款規定中得以印證：“受益人可按一般規定讓與其信託受益權，並適用經作出必要配合後的《民法典》關於關債權讓與的規定”。

三、信託財產與信託財產的獨立性

如前文所述，東亞國家或地區的信託立法，如《日本信託法》及我國臺灣地區“信託法”都沒有明確採用“信託財產獨立性”這一表述，而《澳門信託法》第11條的標題直接使用了“信託財產的獨立性”（Autonomia do património fiduciário）這一表述。

（一）“獨立財產”與信託財產的獨立性

信託財產及其獨立性是信託法的核心內容。對此，《澳門信託法》第11條第1款明確規定，“信託財產與委託人、受託人及受益人的固有財產相互獨立，且不承擔其債務”。但在《澳門信託法》的最初文本中，曾將這一內容表述為“信託財產是獨立財產”。信託財產是獨立財產與信託財產的獨立性之間有無實質性差異姑且不論，至少在澳門法上，獨立財產具有專門含義：“獨立財產”主要指法律所保護的一種特定財產狀態，在學理上也被為“無主體的權利”。譬如，“待繼承遺

[24] 《澳門民法典》第1229條：“物之所有人，在法律容許之範圍內及在遵守法律規定之限制下，對屬其所有之物享有全面及排他之使用權、受益權及處分權”；第1230條：“除法律規定之情況外，不容許對所有權設定物權性質之限制或其他具有所有權部分內容之權利；凡透過法律行為而產生之不符合上述要求之限制，均屬債權性質。”

[25] 參見[日]新井誠：《信託法（第4版）》，劉華譯，中國政法大學出版社2017年版，第35-62頁。

[26] 參見季奎明：《歷史、議題與展望：中國信託業、信託法四十年》，載《證券法苑》（第二十六卷），2019年，第170-171頁。

產”被認為是一種典型的“獨立財產”，在被繼承人死亡，繼承人尚未認領遺產的時候，這種財產處於“無主體狀態”。由於“獨立財產”不存在權利主體，其本身也不具備法人資格，因此，只能由他人代為管理。圍繞“獨立財產”發生的權利、義務與責任，也由該財產本身承擔。在訴訟法層面上，根據《澳門民事訴訟法典》第40條及第54條的規定，獨立財產具有當事人能力，由其管理人代理。可見，在澳門法律體系中，“獨立財產”是一個專門術語，有其特定的含義。^[27]以《澳門民法典》第187條所規定的“社團之共同基金”（Fundo comum das associações）為例，所謂社團之共同基金，由社員之公款及利用公款所得之財產組成；在社團存續期間，社員不得要求分割共同基金，而社員之債權人對共同基金亦無“盡索權”（Direito de o fazer executar）。對此，有觀點認為“從該條文可以看出，債務人對無法律人格的社團所作出的供款，其本質上雖然是屬於債務人的財產，但在社團存續期間，除了債務人本人不能要求取回供款外，其債權人亦不能要求執行有關供款。由此可見，債務人因作為無法律人格的社團的成員，而對該社團之共同基金所作出的供款，變構成一項獨立財產，獨立於債務人的其他財產——其他須用以承擔債務的全部財產。”^[28]

信託財產雖獨立於委託人、受託人和受益人的固有財產，但並不獨立於受託人本人，因此不同於“獨立財產”。受託人作為信託財產權的擁有者，不論是在信託財產的管理處分抑或在為此而發生的訴訟程序中，受託人都不是以代理人的身份，而是以本人的名義進行訴訟並承擔相應的法律後果。而且，根據信託法原理及《澳門信託法》第11條第4款之規定，受託人因處理信託事務而對第三人所負的債務，信託財產不足以承擔者，除非受託人與第三人書面約定僅以信託財產承擔，否則受託人須以其固有財產清償該債務。這是信託財產與固有財產的最大區別。^[29]就受託人與第三人的書面約定而言，系私法上意思自治之體現，且在《澳門民法典》中亦有第596條及597條^[30]所確定的“因當事人之約定而限定責任制範圍”的一般性規定。概言之，《澳門信託法》最終放棄使用獨立財產這一表述來指代信託財產獨立性，客觀上亦有助於明晰信託財產的性質和地位。

（二）《澳門信託法》上信託財產獨立性的意涵

如上文所述，《澳門民法典》第596條規定，債務之履行系以債務人全部可查封之財產承擔責任，但不影響為財產之劃分（separação de patrimónios）而特別確立之制度之適用。信託財產制度以及信託財產的獨立性即為這種意義上的一種特別制度。廣義上的信託財產獨立性既包括信託財產獨立於受託人的固有財產，也包括信託財產獨立於委託人和受益人的固有財產。在同一受託人管理不同信託的信託財產時，各信託財產之間也相互獨立。在外部關係上，信託財產的獨立性主要體現在兩個維度，一是與受託人債權人的關係；二是與委託人債權人的關係。

1. 信託財產獨立於委託人的固有財產

在《澳門信託法》第2條的信託定義條款中就已經明確，“委託人將其財產權移轉予受託人”。原本屬於委託人的財產權變動為受託人後，就與委託人的其他財產相分離。《澳門信託法》第11條第1款亦明確規定，信託財產與委託人的固有財產相互獨立，且不承擔其債務。對此，日本學者新井誠將相對於委託人的這種信託財產獨立性表述為“脫離委託人的獨立性”，即：信託一經設定，信

[27] 澳門特別行政區立法會第二常設委員會第4/VII/2022號意見書（事由：《信託法》法案），38，第18頁。

[28] 陳淦添、鐘小瑜：《澳門民事執行訴訟制度》，社會科學文獻出版社2019年版，第193頁。

[29] 澳門特別行政區立法會第二常設委員會第4/VII/2022號意見書（事由：《信託法》法案），41，第19頁。

[30] 尤見《澳門民法典》第597條：當事人得約定在債務尚未被自願履行之情況下，債務人之責任僅限於在其某些財產上，但涉及當事人不可處分之事項除外。

託財產就從委託人的責任財產中脫離，委託人個人的債權人不能再直接干涉到信託財產。因信託財產已從委託人轉歸受託人所有，故而，當委託人到期債務不能償還或陷於破產時，委託人的債權人也不能對信託財產申請強制執行，信託財產也不計入委託人的破產財產。從委託人角度看，信託財產具有破產隔離功能，即：從委託人的破產風險中保護信託財產的功能。^[31]對此，我國《信託法》第15條也規定，信託財產與委託人未設立信託的其他財產相區別。在此意義上，信託設立後，委託了也就喪失了對這部分已經成為信託財產部分的權利，不再構成其責任財產。當然，這不排除委託人在信託設立檔中將其自己作為受益人繼續對這部分財產享有受益權利。

需要指出的是，雖然委託人的債權人不得對信託財產強制執行，但出於對其利益的保護以及平衡當事人之間利益的考慮，^[32]信託財產雖然獨立於委託人的固有財產，不再構成用來清償委託人債權人債務的責任財產，但如果委託人設立信託因移轉財產權而削弱作為將來清償其債權人債權的責任財產時，在符合《澳門民法典》第606條至613條所規定要件的前提下，委託人的債權人可以向法院提出爭議，以此來保全作為債務人的委託人的責任財產。對此，《澳門信託法》第9條明定“信託的爭議”（*impugnação da fidúcia*）。《澳門信託法》第9條第1款規定，“委託人設立信託引致削弱其債權人的債權的財產擔保時，債權人可根據《民法典》第605條至第613條的規定向法院提出爭議，但不影響以下數款規定的適用。”《澳門信託法》第9條的規定明確指向了《澳門民法典》債法部分的相應內容。具體而言，《澳門信託法》所提到的“信託的爭議”涉及《澳門民法典》第605至614條所規定的“債權人爭議權”（*impugnação pauliana*），即上文所提到的我國《民法典》債的保全制度中的債權人撤銷權（第538至第542條）。在債務人作出可削弱其財產擔保且不具人身性質的行為時，債權人可行使債權人爭議權阻止債務人作出有關行為。^[33]在澳門民法上，債權人的爭議權與（可由債權人主張的）宣告債務人所作出的行為無效（《澳門民法典》第600條）、（在特定權利的行使上）債權人代位債務人（《澳門民法典》第601-604條）以及假扣押（《澳門民法典》第615-618條）等制度一起構成了債的一般擔保制度。之所以成為一般擔保，是因為債務人的可查封財產的保護範圍覆蓋了該主體的全部債務。^[34]學理上，根據作為債務人的委託人行為有償抑或無償，要求具備不同的要件。“如為無償行為，債務人的行為須削弱財產擔保且債權的產生應先於該削弱財產擔保的行為；如屬有償行為，則除上述要件外，債務人及第三人尚須出於惡意作出該行為。”^[35]對此，我國《信託法》第12條對此亦有明確規定。

2. 信託財產獨立於受託人的固有財產

（1）狹義上的信託財產獨立性

以信託財產與受託人的關係為例，受託人是信託財產的所有人。但不同於其他屬於受託人的責任財產，受託人個人的債權人不能扣押信託財產，即使受託人破產，也不能作為受託人的破產財產。^[36]信託財產一方面獨立於委託人的固有財產，亦獨立於受託人的固有財產。而且，在後者意

[31] [日]新井誠：《信託法》，劉華譯，中國政法大學出版社2017年，第284頁。

[32] 謝哲勝：《信託法（增修六版）》，元照出版公司2022年版，第80頁。

[33] [葡]尹思哲（Manuel Trigo）：《債法教程》，陳曉疇譯，澳門大學法學院2016年版，第337頁。

[34] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第二卷）》，馬哲、陳淦添、吳奇琦、唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第294-295頁。

[35] 尹思哲（Manuel Trigo）：《債法教程》，陳曉疇譯，澳門大學法學院2016年版，第337頁。

[36] [日]道垣內弘人：《信託法入門》，薑雪蓮譯，中國法制出版社2014年版，第14頁。

義上才是信託財產獨立性的內涵。^[37]對此，《澳門信託法》第11條第1款亦明確規定，信託財產與受託人的固有財產相互獨立，且不承擔其債務。可以將與受託人固有財產相獨立意義上的信託財產獨立性表述為“狹義上的信託財產獨立性”。^[38]“信託財產脫離受託人的獨立性的結果是：不允許受託人個人的債權人對信託財產進行干涉，以及受託人的破產管理人將信託財產重組進破產財產。”^[39]對此，《澳門信託法》第11條第7款中規定了“如出現受託人被宣告無償還能力或破產的情況，信託財產不納入清算財產或破產財產”，第8款規定了“對信託財產不得強制執行”等相應內容。

信託財產獨立於受託人的固有財產，所以也不能因受託人死亡而被納入其遺產。對此，《澳門信託法》第11條第7款也有明確規定。廣義上，這也屬信託財產獨立於受託人固有財產的內容或者說是信託財產獨立性的直接體現。

(2) 受託人的財產分立義務

此外，信託財產獨立性還與受託人所承擔的分別管理義務密切關聯在一起。《澳門信託法》第21條將其稱為“財產分立義務”，並要求受託人須確保其固有財產明確分立、分別管理及分別記賬。所謂財產分立義務，即受託人須確保其固有財產與信託財產明確分立、分別管理及分別記賬，並將不同信託的財產明確分立、分別管理及分別記賬（主要針對金錢類、有價證券類信託財產）。其具體包括兩種情形：第一，受託人須將其“固有財產”與“信託財產”明確分立、分別管理及分別記賬；第二，受託人須將“不同的信託財產”明確分立、分別管理及分別記賬，即所謂“信託財產之間的分別管理”。不同於其他信託法立法例局部采任意性規定的模式，^[40]在《澳門信託法》上，財產分立義務屬強制性規定性質，不區分受託人的固有財產與信託財產和不同的信託財產，均需明確分立、分別管理及分別記賬，不能通過信託檔或其他特約排除此項義務。性質上，“分別管理義務並非信託制度本質上的要求，實系善良管理人注意義務的具體表現，只不過為期能達到保護受益人利益的目的，始特別予以例示。”^[41]日本學者能見善久將這一義務的功能界定為“特定性確保功能”“善意取得阻止功能”以及“義務違反防止功能”。^[42]樋口範雄認為，財產分別管理可以“減少受託人由於自身錯誤導致的信託財產損失”，“降低信託財產因受託人的固有債權人和繼承人錯誤地相抵而出現損失的可能”，以及“當受益人與受託人出現糾紛時，使受益人更容易追及信託財產的走向。”^[43]實務操作上，我國《信託公司證券投資信託業務操作指引》第12條亦規定：“信託公司開展證券投資信託業務，應當與公司固有財產證券投資業務建立嚴格的‘防火牆’制度，實施人員、操作和資訊的獨立運作，嚴格禁止各種形式的利益輸送。”比較法上，《日本信託法》第34

[37] 趙廉慧：《信託財產獨立性研究——以對委託人的對立性為分析對象》，載《法學家》2021年第2期，第118頁。

[38] 日本學者新井誠教授亦將信託財產獨立於受託人固有財產意義上的信託財產獨立性成為“狹義的信託財產的獨立性”。對此，參見[日]新井誠：《信託法》，劉華譯，中國政法大學出版社2017年版，第287頁。

[39] [日]新井誠：《信託法》，劉華譯，中國政法大學出版社2017年版，第287頁。

[40] 如我國臺灣地區“信託法”第24條第2款規定：“前項不同信託之信託財產間，信託行為訂定得不必分別管理者，從其約定。”不同信託財產間分別管理義務是任意性條款，而受託人的固有財產與信託財產之間分別管理則是強制性規定。日本法的規定與臺灣法的規定相若，對此，參見[日]能見善久：《現代信託法》，趙廉慧譯，董雪蓮、高慶凱校，中國法制出版社2011年版，第104-105頁。和《澳門信託法》相同，我國《信託法》第29條採取的也是強制性規定模式。

[41] 王志誠：《信託法（增訂第九版）》，五南圖書出版公司2021年版，第229頁。

[42] [日]能見善久：《現代信託法》，趙廉慧譯，董雪蓮、高慶凱校，中國法制出版社2011年版，第100頁。

[43] [日]樋口範雄：《信託與信託法》，朱大明譯，法律出版社2017年版，第140頁。

條亦規定了分別管理義務。

違反分別管理義務時，根據《澳門信託法》第26條有關受託人責任的規定，受託人如因過錯不履行義務，須以其固有財產對信託財產或受益人因此遭受的損害負責。很明顯，受託人違反分別管理義務，須承擔過錯責任。如果受託人能證明義務的不履行系非因其過錯所造成，則可免於承擔責任。而且，委託人、受益人及其他受託人均有針對相關受託人提起民事責任訴訟的正當性，訴訟所得按情況歸信託財產或受益人所有。

3. 信託財產獨立於受益人的固有財產

信託財產除獨立於委託人和受託人的固有財產外，亦獨立於受益人的固有財產。對此，《澳門信託法》第11條第1款亦明確規定，信託財產與受益人的固有財產相互獨立，且不承擔其債務。“如果允許委託人和受託人的債權人對信託財產的扣押，就會給實質性的權利人即受益人的實質性財產——信託財產的價值帶來損毀，即便允許受益人的債權人解除信託，也不會關係到信託財產價值的損毀。在這一意義上，與脫離委託人、受託人的獨立性是具有本質性差異的。脫離委託人、受託人的獨立性是指，脫離信託財產的委託人、受託人的破產隔離功能，而脫離受益人的獨立性卻不意味著脫離信託財產的受益人的破產隔離。”^[44]

四、《澳門信託法》上信託財產獨立性的具體體現

比較法立法例上，信託財產獨立性這一表述只是對具體體現信託財產獨立性特徵的內容所進行的概括，“在採用漢字表達的日本、我國（包括臺灣地區）信託立法當中均未採用‘信託財產獨立性’這一術語”^[45]。《澳門信託法》第11條的標題直接使用了“信託財產的獨立性”（葡文表述：Autonomia do património fiduciário）。在此意義上，立法例上是一種創舉。信託財產雖然屬於受託人所有，但與其固有財產相互獨立、分別處理。在此意義上，信託財產具有獨立性。“信託財產的獨立性最具特徵的表現為，對於信託財產，雖然是歸屬於受託人的財產，但受託人個人的債權人不能扣押該財產；即使受託人破產，也不歸屬於破產財團。”^[46]對此，《澳門信託法》第11條亦有兩款專門規定：（1）對信託財產不強制執行，但為滿足信託設立前已在該財產上設定的權利、因處理信託事務所產生的權利或法律另有規定者除外（第8款）；（2）如出現受託人死亡或解散，被宣告無償還能力或破產的情況，信託財產不納入其遺產、清算財產或破產財產（第7款）。結合《澳門信託法》第11條，總結歸納信託財產獨立性的三項特徵如下：

（一）信託財產的非繼承性

作為信託財產獨立性的具體體現，信託財產的非繼承性是指信託財產獨立於受託人可被繼承的遺產。信託財產雖歸受託人所有，於其死亡時，信託法原理認為，信託財產不具有可繼承性，即不能作為受託人的遺產依法定繼承或遺囑繼承發生財產移轉的效果。^[47]對此，《澳門信託法》第11條第7款規定，受託人死亡的，信託財產不納入其遺產。對此，我國《信託法》第16條第2款也規定，受

[44] [日]新井誠：《信託法》，劉華譯，中國政法大學出版社2017年版，第292頁。

[45] 趙廉慧：《信託財產獨立性研究——以對委託人的獨立性為分析對象》，載《法學家》2021年第2期，第117頁。

[46] [日]道垣內弘人：《信託法入門》，薑雪蓮譯，中國法制出版社2014年版，第42頁。

[47] 史尚寬編：《信託法論》，臺灣商務印書館1972年版，第32頁。

託人死亡的，信託財產不屬於其遺產。當然，受託人的繼承人不僅不能繼承信託財產，也不能繼承信託法律關係本身（即受託人的地位）。^[48]

受託人死亡系受託人職務終止的原因。進而，依《澳門信託法》第28條之規定，當受託人死亡時，受託人職務終止，除信託設立檔另有規定外，由委託人指定新受託人；如果委託人沒有指定，則由全體受益人一致同意指定新受託人；如果受益人仍然沒有指定，則由法院應任一受益人或檢察院的聲請指定新受託人（第28條第2款）。如果一名受託人終止職務，除設立檔另有規定外，由其他受託人擔任其職務（第28條第3款）。如所有受託人均終止職務，新受託人擔任職務前，原受託人、其繼承人或遺產管理人、法定代理人、清算人或破產管理人、臨時管理人須妥善保管信託財產，並為新受託人接管信託事務採取必要的措施，尤其是辦理信託財產的移轉手續（第28條第4款）。原受託人因處理信託事務所生的權利和義務，由新受託人承繼；原受託人因處理信託事務而負擔的債務，新受託人僅以繼受的信託財產為限向債權人承擔責任（第28條第5款）。而且，原受託人須向新受託人提交處理信託事務的報告，該報告經委托人或受益人認可，原受託人就報告所列事項對受益人所負責任視為解除，但原受託人有不當行為者除外（第28條第6款）。

（二）破產財產的排除

同樣，作為信託財產獨立性的體現，信託財產須從破產財產中排除。即受託人破產時，信託財產不屬於破產財產。比較法上，各國信託法立法對此多有規定，如日本新《信託法》第24條第1款規定：“在受託人取得破產程序開始之裁定時，信託財產亦不屬於破產財產。”

《澳門信託法》第11條第7款規定，受託人被宣告“無償還能力”或“破產”的，信託財產不納入清算財產或破產財產。信託法原理上，通常將這種效果稱為“破產隔離功能”，其表現為“信託財產從受託人的破產風險中被隔離開來”。^[49]澳門法上有關破產的內容見於《澳門民事訴訟法典》。廣義上的澳門破產法律制度規定在《澳門民事訴訟法典》第五卷（特別程序）第十二編（財產之清算）第三章“為債權人利益作清算”中。澳門現行破產法律制度分別針對“商業企業主”和“非商業企業主”採取了“破產制度”和“無償還能力制度”的雙軌制，詳言之：（1）依《澳門民事訴訟法典》，“破產”（falência）程序（第1043-1084條）適用於不能如期履行債務的包括自然人商業企業主、法人商業企業主和公司在內“商業企業主”^[50]（empresário comercial）；（2）非商業企業主債務人資產少於負債時，不適用破產制度，適用“無償還能力”（insolvência）宣告制度（第1085-1194條）。^[51]根據《澳門民事訴訟法典》第1043條的規定，“不能如期履行債務之商業企業主，視為處於破產狀況”。依《澳門民事訴訟法典》第1185條之規定，“無償還能力”（insolvência）是指：（1）非為商業企業主之債務人財產內之資產少於負債時，得宣告該債務人處於無償還能力之狀況。（2）如債務人已婚且債務亦須由其配偶承擔，得在同一程序中宣告兩人

[48] [日]新井誠：《信託法》，劉華譯，中國政法大學出版社2017年版，第287頁。

[49] [日]道垣內弘人：《信託法入門》，薑雪蓮譯，中國法制出版社2014年版，第42頁。

[50] 依《澳門商法典》第1條之規定，澳門法上的“商業企業主”包括兩種類型，一是“以自己名義，自行或透過第三人經營商業企業之一切自然人或法人”；二是“公司”；依第2條第1款之規定，“商業企業系指以持續及營利交易為生產目的而從事經濟活動之生產要素之組織，尤其從事以下活動：（1）生產產品或提供服務之產業活動；（2）產品流通之中介活動；（3）運送活動；（4）銀行及保險活動；（5）上指活動之輔助活動。”

[51] 有關澳門破產法律制度的討論，詳見唐曉晴：《澳門破產（無償還能力）制度檢討》，載《財經法學》2015年第3期；馬哲：《論澳門破產程序的統一和區分》，載《蘇州大學學報（法學版）》2018年第3期，第62頁。

無償還能力。(3)得宣告合夥處於無償還能力之狀況。此外，在下列兩種情況下，推定債務人無償還能力，一是“針對債務人至少提起兩個執行程序，而該等程序正處待決，且在程序中未提出異議”；二是“對債務人之財產已作假扣押，但未對命令假扣押之批示提出上訴或反對，又或已提出上訴或反對，但該上訴或反對被裁定理由不成立”。就無償還能力制度與破產制度之間的法律適用關係而言，依《澳門民事訴訟法典》第1187條之規定，在“無償還能力”部分沒有規定的，適用破產程序部分相關規定。

同時，不論是因無償還能力抑或被宣告破產，都構成受託人職務終止的事由。同樣，要根據《澳門信託法》第28條的規定，選定新受託人。新受託人依《澳門民事訴訟法典》第1153條的規定，不依破產程序，向破產管理人取回信託財產。此外，新受託人於行使取回權時，如其所取回的信託財產有一定的公示方法，仍應依《澳門信託法》第6條的規定，辦理信託公示手續，以取得對抗效力。^[52]

此外，在一定程度上作為《澳門信託法》特別法的澳門投資基金法，即第83/99/M法令（規範投資基金及投資基金管理公司之設立及運作）中，其第47條第1款亦規定：“如受寄人破產，則受寄之有價物（os valores depositados）不得作為破產財產被扣押，且應將有價物與破產財產分離。”

（三）強制執行的限制

信託財產非受託人之固有財產，所以信託財產不構成受託人的責任財產，作為對其債權人的債權承擔一般擔保的功能。因此受託人的債權人不得對信託財產為強制執行。^[53]根據《澳門信託法》第11條第8款的規定，原則上禁止對信託財產強制執行。

但此原則在澳門法上有三種例外情形：第一，為滿足信託設立前已在該財產上設定的權利而強制執行的；第二，因處理信託事務所產生的權利；第三，法律另有規定者。以第二種例外情形為例，如果產生債權債務關係的原因是因處理信託事務而起，則不僅從中產生的收益要歸入信託財產，而且由此所產生的負擔也要由信託財產承受，因此而須對信託財產強制執行的，不在禁止強制執行之列。需要說明的是，比較法上，以《日本信託法》為例，在舊《日本信託法》中也將“信託財產因信託前而產生的權利”和“信託財產責任負擔債務相關的債權”分列為兩種強制執行例外的情形（第16條第1項）；但在新《日本信託法》中，將這兩種情形統一歸入到了“信託財產責任負擔債務相關的債權”這一種情形中。

《澳門信託法》第11條第9款進一步規定，“違反上款規定而強制執行信託財產，委託人、受託人或受益人可透過法律容許的任何方式向法院提出反對，尤其是透過第三人異議”。有關“第三人異議”（Embargos de terceiro）的內容，見於《澳門民事訴訟法典》第292條至第300條所規定的“透過第三人異議之對立參加”制度。如法院命令作出的任何扣押或交付財產的行為侵犯某人對該財產的佔有，或侵犯某人與該措施的實行或實行的範圍不相容的任何權利，而該人非為案中之當事人者，則受害人得透過提出第三人異議行使上述權利。^[54]第三人異議“不單表現在其特有的訴訟程序——其主要以宣告之訴的訴訟程序模式為基礎，在此之上，附加上初步審查異議人所提出請求

[52] 《澳門信託法》第6條第1款：須登記的財產或權利納入信託財產時，須按登記法的一般規定，在有許可權登記機關辦理登記；非經登記，不得以該財產或權利屬於信託財產為由對抗第三人。第2款：在以設立信託、管理或處分信託財產為原因取得上款所指的財產或權利的登記中，以受託人為登錄的權利人，並須注明相關財產或權利屬信託財產。

[53] 史尚寬編：《信託法論》，臺灣商務印書館1972年版，第33頁。

[54] 《澳門民事訴訟法典》第292條第1款。

其可行性此一初端階段——此外，還體現在異議人要求介入當事人所進行的訴訟程序中，並提出相關請求，針對法院就一方當事人的利益而作出侵犯某一財產的命令，實現異議人與該決定所不相容的權利，而有關命令將不法地損害對立第三人所援引的權利。”^[55]任何第三人均得對扣押行為提出反對，其不僅得以佔有有關財產為依據，亦得以任何與扣押措施的執行或其範圍所不相容的權利作為範圍的依據。“在是否接納有關附隨事項的問題上，出現了相衝突的權利之間的級別或其優先性的問題……自然地，須借助所適用的實體法律規定來作出解決。”^[56]

除上述三項信託財產獨立性的具體體現外，在日本新《信託法》上，信託財產的獨立性還體現在信託財產債權的抵銷限制（第22條）以及信託財產混同之特例（第20條）。以限制信託財產的抵銷為例，依《澳門民法典》第838條第1款之規定，“如兩人互為對方之債權人及債務人，則在同時符合下列要件下，任一人均得以其本身之債務與其債權人之債務抵銷而解除債務：a) 其債權系可透過司法途徑予以請求，且不能援用實體法上之永久抗辯或一時抗辯以對抗該債權；b) 兩項債務之標的均為種類及品質相同之可代替物。”在信託關係中，受託人僅以其固有財產或其他信託之信託財產所負擔之債務的，其債權人不得主張該債權，與其對信託財產負擔之債務互相抵銷。比如受託人A本身欠債權人B100萬，而B對受託人處的信託財產享有100萬債權。雖然形式上是A和B之間的債權債務關係，債權本身亦不屬於不能援用實體法上之永久抗辯或一時抗辯以對抗該債權的情形且兩項債務之標的均為金錢，但原則上該信託財產債權之抵銷應受限制。雖然《澳門信託法》中沒有專門規定此種情形，但在解釋論上，應認為得通過目的性限縮限制《澳門民法典》第838條及以下條文適用的範圍，將信託場合抵銷的適用排除在第838條以外。我國《信託法》第18條第1款也規定：受託人管理運用、處分信託財產所產生的債權，不得與其固有財產產生的債務相抵銷。

五、信託財產獨立性的體系效應——代結語

梅特蘭（Maitland）將信託稱為英國人在法學領域所取得的最大成就。^[57]在此意義上，不論採取信託單獨立法的模式抑或像法國那樣納入民法典當中，將信託引入大陸法系傳統下的私法體系，並且與物權法中的包括“一物一權”原則在內的基本原則和具體規則相適應，將是大陸法系對於世界法學的一大新的貢獻。在這其中，處於核心地位的則是信託財產及其獨立性問題。以信託財產為原點，宛如湖面泛起的漣漪，一層一層推展開來，會帶來包括整個民法上的諸多問題。作為民法特別法的信託法需要與物權制度、債法以及繼承法的相關制度有效銜接，在解釋論上盡可能彌合信託制度可能給民法帶來的“體系異質”或者“體系排斥”。

[55] [葡]利馬（Viriato Manuel Pinheiro de Lima）：《民事訴訟法教程》（第二版譯本），葉迅生、盧映霞譯，澳門法律及司法培訓中心2012年版，第364頁。

[56] [葡]利馬（Viriato Manuel Pinheiro de Lima）：《民事訴訟法教程》（第二版譯本），葉迅生、盧映霞譯，澳門法律及司法培訓中心2012年版，第364頁。

[57] Frederic William Maitland, *The Unincorporate Body*, in: H. A. L. Fisher (ed.), *The collected papers of Frederic William Maitland*, Vol. III, p. 272.

Abstract: A subject usually has only one general property, which is the so-called “property unity principle”. But in addition to owning general property, a person can also own one or more independent properties or a collection of properties. The phenomenon that these properties or collections of properties are independent and treated and evaluated separately in law is called “separation of property”, and this gave rise to the concept of so-called “separated property”. Trust property is property of this nature. Trust property is independent of the inherent property of the settlor, trustee and beneficiary, and trust property is independent. Article 11 of the "Macau Trust Law" clarifies the independence of trust property, which is mainly reflected in the non-inheritance of trust property, the exclusion of bankruptcy property, and restrictions on enforcement. In addition, Macau law also uses the concept of independent property, but this concept has its own specific meaning. Trust property cannot be expressed as independent property, let alone trust property as independent property to commend the independence of trust property.

Key words: Trust Property; Unity of Property; Separate Property; Independence of Trust Property; Macau Trust Law

(責任編輯：勾健穎)

澳門信託法之定位、局限與發展

楊婷*

摘要 作為澳門特色金融發展目標下出台的第一部特別金融法律規範，澳門《信託法》在遵循澳門民事法律制度基礎上吸收了國際信託法研究成果及先進的立法經驗，確立了信託法律制度。澳門《信託法》以強金融監管能力為基礎確定了信託當事人高義務標準、嚴格責任要求，還設置了有利於發揮司法積極效用的務實的法律條款。目標導向下，澳門《信託法》在傳統信託法規則和現代金融規則中搖擺，出於金融安全考慮，法律趨於保守，導致商事、金融法律規範的性質體現不夠明顯，在配套法律制度不夠完善的情況下，對於後續金融和行業發展的推動和助力作用有限。為了解決金融創新帶來的現實和具體法律問題，有必要在國家發展以及“一帶一路”建設帶來的新機遇下，不斷調整和發展，謀求更廣闊的空間。

關鍵詞 經濟適度多元化 特色金融 澳門《信託法》 受益權

一、導論

2022年11月3日，經過澳門特別行政區立法會第二常設委員會十五餘次會議、審議歷時近一年的澳門《信託法》，獲立法會全體會議細則性通過。澳門《信託法》在粵港澳大灣區建設及粵澳深度合作背景下誕生，是澳門經濟適度多元化和澳門金融體系現代化的具體措施和體現，有助於不斷增強澳門的綜合競爭力，推動澳門經濟社會發展，服務于澳門發展現代金融和特色金融服務的目標。

澳門回歸以來，不斷融入祖國發展大局，經濟社會快速發展，粵港澳大灣區建設全面開展，澳門與中國內地、香港進行深度合作。中央政府大力支持澳門的發展建設。黨的二十大報告^[1]指出，支持香港、澳門更好融入國家發展大局。2019年中共中央、國務院印發《粵港澳大灣區展規劃綱

* 楊婷，澳門大學法學院博士研究生，最高人民法院民二庭二級高級法官助理。

[1] 參見習近平總書記在中共二十大會議上所作《高舉中國特色社會主義偉大旗幟 為全面建設社會主義現代化國家而團結奮鬥》的報告。

要》，2023年02月23日《中國人民銀行 銀保監會 證監會 外匯局 廣東省人民政府關於金融支援橫琴粵澳深度合作區建設的意見》提出6個方面30條金融改革創新舉措。澳門特別行政區高度重視金融產業發展。《2016年財政年度施政報告》《澳門特別行政區五年發展規劃（2016-2020年）》《澳門特別行政區經濟和社會發展第二個五年規劃（2021-2025年）》均明確提出加快發展現代金融，推動經濟適度多元化，推動金融立法以完善現存的金融法律體系，為現代金融業務發展提供法律基礎。

“一國兩制”框架下，中央政府需要澳門經濟適度多元發展，發揮獨特優勢，為粵港澳大灣區建設提供金融支援；澳門需要突破金融業發展瓶頸，構建更科學的金融產業格局，不斷擴大金融業在本地生產總值中的占比；澳門居民需要更豐富的金融產品創新、靈活地進行財產規劃，這一切都需要澳門建立與國際接軌的現代金融體系，輔以完備的金融法律制度為金融體系安全、金融行業發展提供法律和制度保障。澳門建立與實際情況相適應的金融法律體系，設計更加開放、更加安全的金融制度安排，不斷優化金融環境，加強與內地金融市場聯通，是經濟適度多元發展以及特色金融發展的重中之重。

受歷史產業格局影響，澳門金融服務的主要提供者為銀行和金融公司等。金融業國際化程度雖然高，但長期以商業銀行存貸業務為主，金融機構為市場提供的金融產品種類極為有限，本地居民投資管道窄，加之本地居民數量少，本地市場不活躍，致使金融市場發展不充分，且在進一步發展上受到限制。信託作為現代金融體系建設中重要的金融工具，對於現代金融產業的發展，國際金融中心城市的建設，極為重要。無論英美法系還是大陸法系國家和地區，都十分重視信託工具的使用，並以信託為基礎法律關係，構建起現代金融市場，不斷完善金融法律制度^[2]。作為澳門立足新發展階段，貫徹新發展理念，促進澳門經濟適度多元發展的重要舉措，澳門《信託法》的出台有助於澳門發展現代金融產業，加快構建新發展格局，完善澳門金融法律制度體系。發揮澳門獨特優勢，實現內地與澳門金融深度合作，幫助澳門建立與中國內地、香港以及國際經濟社會可銜接可協調的金融法律制度，是澳門《信託法》重要任務之一。澳門《信託法》生效已一周年，有必要問題導向，探尋如何找准澳門《信託法》的定位，將澳門《信託法》的效用最大化。

二、澳門《信託法》的特色與定位

澳門《信託法》準確把握了現代信託的獨特功能，結合澳門現行民商事法律制度及金融體系法律制度，對信託的基本構造、信託類型、受託人規範，以及信託登記和稅收制度等進行了合理設計。從結構上看，澳門《信託法》分為八章四十一條，對信託的定義、信託的設立、信託的生效、信託財產的範圍和獨立性、委託人的權利、受託人的能力與義務、受益人的能力和保障、信託的消滅等作出規定，其結構與《中華人民共和國信託法》（以下簡稱內地《信託法》）基本一致。^[3]從內容上看，澳門《信託法》的條文內容與澳門《民法典》直接連結，如明確指示遺囑信託的生效時間和受委託人的指定；與澳門《民法典》有關因受贈人忘恩而廢止贈與的規定銜接，明確委託人有權因受益人忘恩而變更受益人或受益權，甚至有權廢止信託；明確受益權轉讓參照民法典關於債權轉讓

[2] 參見黃韜：《中國金融市場的法律治理及其限度》，法律出版社2021年版，第127-128頁

[3] 內地《信託法》分為七章七十四條。與澳門《信託法》相比，內地《信託法》除將信託的三方當事人有關權利義務規範統一為一章之外，還有關於公益信託的規定，其餘章節和條款趨於相同。

的一般規則；還明確了歸扣的效力和損害特留份的扣減規則等。

澳門《信託法》在吸收內地和世界先進研究成果與立法經驗的同時保留了澳門法律的大陸法系特徵，在重點條款上與內地《信託法》保持恰當距離又適當靠近，體現出明顯的澳門特色。一是受金融發展目標驅動，在個別條文上作有意識的限制，確定澳門《信託法》金融法的定位；二是在限制的基礎上，為當事人設置較高的權利義務標準，體現澳門特區政府對特色金融發展的決心以及較高的監管能力；三是基於司法信任和司法便利原則，賦予法院對信託的監督權，設置便於司法操作的法律規範，積極發揮司法效用。

（一）金融屬性：將受託人資格範圍限制為特定金融機構

澳門《信託法》對受託人身份的限定與內地《信託法》以及全球絕大部分信託法存在區別。澳門《信託法》第十六條關於“受託人的能力”中規定僅七類金融機構具有擔任受託人的資質，具體包括信用機構^[4]、金融公司、財產管理公司、投資基金管理公司、保險公司、退休基金管理公司以及按特別法規定獲許可從事信託活動的其他實體。

一般意義上的信託法，是以普通信託為適用對象，另有若干專適於公益信託之規則。^[5]從全球信託法立法情況看，鮮有對受託人的身份做限制的情況，只在一些特定信託產品的受託人資格上作出要求。如早期英國《受託人法》從規範個人受託人行為開始，後期才出現了規範法人受託人的受託人法。美國信託行業以商事信託和金融信託業務為主，但美國信託法仍然規範非法人、非金融機構以及個人之間的信託法律關係。大陸法系國家和地區對信託的需求多來源於商業用途目的，但對受託人的身份並不作限制，如日本1922年《信託法》預設以信託公司為規範物件的一部大陸法系信託法，但也規範其他主體的信託關係。內地《信託法》的出台基於對信託公司規範的目的，在立法的起草與審議過程中，對於著重於規範信託公司的行為，還是規範信託關係存在爭議，但最終明確信託法在民事領域、商事領域、公益領域應用，對於受託人的要求是“受託人應當是具有完全民事行為能力的自然人、法人”，沒有對受託人的身份進行人為限制。因此，以規範信託公司為目的的立法導向並不排除對其他主體圍繞信託財產形成的權利義務關係進行規範。信託作為一種特殊的財產管理制度和法律行為，不論發生在什麼主體之間，都應通過探尋當事人的真實意願，按當事人所享有的實際權利義務選擇合適的法律規範，由此更為合理的保障當事人權益，只要權利義務內容構成信託關係，就應當用信託法律規範予以處理，只是在行為效力認定和法律後果上有所不同。

澳門立法會關注到不論普通法系或者大陸法系都廣泛認可個人作為受託人的情況，但仍選擇僅七類金融機構成為信託受託人，主要理由在於：從澳門經濟穩健發展的角度考慮，私人信託較為隱蔽，又不需要領取相關准照^[6]，容易產生清洗黑錢和投資詐騙的情況，而澳門金融管理局對於金融機構有著嚴格的監管制度，可隨時檢查交易事項、帳冊、記錄，扣押違反行為標的物，可以有效保障公眾財產安全、防範金融風險以及其他犯罪活動。立法會表示長遠考慮在條件成熟時，可通過特別法規定授予其他民事主體從事信託業務、擔任受託人的資格。^[7]為此，澳門《信託法》第十六

[4] 澳門銀行作為信用機構，擁有全面的銀行牌照，除普通銀行業務外，也可經營包括保險、基金與金融投資在內的其他金融業務。

[5] 參見李宇：《商業信託法》，法律出版社2021年版，第3頁。

[6] 在澳門，不同類型金融機構的設立和運作，由不同的法令予以規範，如財務公司活動由第15/83/M號法令《管制財務公司活動》規範；投資基金公司由第83/99/M號法令《規範投資基金及投資基金管理公司之設立及運作》規範。

[7] 參考澳門特別行政區立法會第二常設委員會第4/VII/2022號意見書。

條第（七）項規定“特別法規定獲許可從事信託活動的其他實體”可以從事信託業務，2022年10月重新訂定的《金融體系法律制度》作出相應修改，為金融機構牌照種類方面提供了彈性，增設了法人刑事責任，配合澳門《信託法》的規定為後續其他金融機構參與信託業務預留了空間。目前信託法只是初創階段，在系列配套法律制度安排下，澳門僅選擇具有強監管要求和登記要求的金融機構作為信託的受託人，有利於結合金融監管制度防範金融風險及反洗錢等違法活動，是多元經濟和特色金融發展目標下的應景之舉，是管制的需要和暫時的選擇，隨著行業實踐的深入，宜儘快將其他實體和個人納入信託法的受託人範圍。

（二）高義務標準、嚴格責任要求：以強金融監管能力為基礎

澳門《信託法》規定了受託人善良管理人的謹慎義務、為受益人最佳利益行事的忠誠義務；服務多位元受益人時在分配以及通訊聯絡上的利益平等和公平管理的無私義務；受託人親自管理等原則性義務，還規定了受託人關於信託財產分立、保存、更新記錄以及保密、提供資訊等具體義務。

1. 較高的受託人資訊披露義務標準。

按照傳統信託法理論，在沒有明確規定或者約定的情況下，受託人一般沒有義務向委託人提供信託財產管理資訊。但現代信託法的發展趨勢是受託人對受益人披露義務範圍不斷擴大，告知義務範圍穩定擴張^[8]。美國1950年《信託法重述2》中規定，受託人對委託人負有披露重要事實的義務，而這些重要事實指和交易有關的重要事實。為了便於受益人及時採取保護其利益的有效措施，2000年《信託法重述3》中受託人披露義務的範圍進一步明確以及擴大，披露範圍擴大到與受益人利益保護相關的重大財產和管理行為的資訊^[9]。

澳門《信託法》對於受託人關於信託相關記錄的保存以及資訊披露義務事宜，做了具體、明確且高標準的規定，換言之，澳門信託法對委託人、受益人知情權保護的範圍非常廣，這符合信託法發展趨勢。比如，澳門《信託法》第二十二條明確受託人對於信託財產清單、信託管理活動以及每一名受益人的權利均要更新記錄；受託人應當對有關帳冊和憑證以適當方式整理保存，明確相關檔的保存期限為自信託消滅之日起至少五年。第二十四條對於受託人提供資訊的義務，則具體規定一切重要資訊都必須向受益人提供，任何可能影響信託財產以及受益人利益的重要事實和資訊都須通知受益人，包括財產清單、受益人的權利及數量等。此外，還特別規定受託人在嚴格遵守無私和保密義務的前提下，應當回應委託人和受益人索取信託資訊的一切合理請求。

受託人的資訊披露義務主要包括兩方面，一是信託當事人之間的內部披露，二是信託的外部公示。從澳門《信託法》第二十三條、第二十四條的明確規定看，澳門《信託法》僅規範信託當事人之間的保密義務以及資訊披露職責，不涉及外部資訊公示範疇，未見利害關係人能否查詢信託資訊的規定。就受託人隨時履行資訊通知義務、資料保存最低期限為5年以及強制要求一年一次報告等義務，對於機構受託人、專業受託人來說，可通過外部監管和內部管理制度滿足澳門《信託法》的要求^[10]。從傳統民事信託和個人受託信託的履職標準看，對於個人或者非專業受託人，更多強調從善

[8] 曹興權：《信託受託人忠實義務中受益人利益的定位：單一主義與衡量主義之間》，載《交大法學》2019年第2期，第23-35頁。

[9] 參見John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty Sole Interest or Best Interest*, 114(5)Yale Law Journal 929-990 (2005); 趙磊：《公益信託法律制度研究》，法律出版社2008年版，第154頁。

[10] 內地《信託法》對於受託人的資訊披露僅有一般性規定，但對於專業受託人的資訊披露義務，比如信託投資公司，則由規範性檔《信託投資公司資訊披露管理暫行辦法》（銀監發〔2005〕1號）予以規定。

意管理人的角度管理信託，為受益人最大利益服務，如對個人和非專業受託人採取如此高的履職標準，略顯嚴苛。此外，資訊披露義務與信託法規定的保密義務存在邊界，一定程度上存在衝突，出於管理成本和交易安全的考慮，應當限制資訊披露以及公示的範圍，在信託內部關係和外部監管中找到平衡點。從澳門信託行業和金融業長遠發展看，未來必然拓展受託人範圍以及信託種類，無私義務、保密義務與資訊披露義務將在具體的實務中面臨衝突，作為金融導向的信託法，應考量適當平衡投資者知情權界限，對知情權作適當的限制，做進一步規定。

2. 受託人親自管理義務嚴格責任要求。

親自管理義務的發展趨勢是委託人對於轉委託第三人僅在其授權範圍內承擔選任及監督責任。從以美國信託法為代表的現代信託法關於受託人親自管理義務的發展趨勢看，美國早期信託法對受託人親自管理義務採取原則禁止、例外容許的態度，後期根據美國《統一信託法典》第807條，受託人應以合理的注意義務決定是否委託第三人代為處理信託事務，且受託人委託第三人代為處理信託事務系屬恰當時，其責任範圍僅限於選任及監督第三人之事項^[11]。英國2000年《受託人法》第11條關於非慈善信託的轉委託原則為，對於信託分配相關職能、任命新的受託人以及保管人等職能不能轉委託之外，受託人可以轉委託，根據該法第23條，受託人在其自身遵守注意義務的情況下對第三人的任何行為和過失不承擔法律責任。

澳門《信託法》的規定有所不同。澳門《信託法》第二十條^[12]規定受託人應親自處理信託事務，在設立檔另有規定或有合理理由時，受託人可以按照信託目的指定適當的第三人代為處理信託事務，但應當監督第三人活動，並對第三人執行信託事務的行為承擔澳門《民法典》第四百九十三條所規定的民事責任。根據澳門《民法典》第四百九十三條^[13]關於“委託人之責任”一條規定，委託他人處理事務的委託人對受託人執行受託事務所產生的一切賠償責任負責，而不論受託人是否違背委託人指示。結合兩條法律規定，在受託人轉委託第三人處理信託事務的情況下，允許受託人將信託事務轉委託第三人處理，但受託人對於經委託人允許的轉委託第三人的損害賠償責任仍然承擔民事責任，而不論第三人是否依其指示行事。澳門《信託法》和《民法典》對於信託和普通民事關係中的受託人採取一致嚴格的親自管理責任，表明其大陸法系民商一體的特徵，不對信託和其他普

[11] 參見姚朝兵，《信託受託人親自管理義務的規範模式比較與選擇》，載《西南石油大學學報（社會科學版）》，2016年7月，第18卷第4期，第45-63頁。

[12] 澳門《信託法》第二十條：

一、受託人應親自處理信託事務，但設立檔另有規定或有合理理由時，受託人可透過第三人代為處理，包括委任第三人執行信託目的中的一項或多項事務，或委託受權人作出一定行為或一定類別的行為。

二、為適用前款規定，受託人須按照信託目的指定適當的人，並持續監督其活動。

三、受託人須對第一款所指的人的作為及不作為承擔一如按《民法典》第四百九十三條所規定的民事責任。

[13] 澳門《民法典》第四百九十三條：

一、委託他人作出任何事務之人，無論本身有否過錯，均須對受託人所造成之損害負責，只要受託人對該損害亦負賠償之義務。

二、委託人僅就受託人在執行其受託職務時所作出之損害事實負責，但不論該損害事實是否系受託人有意作出或是否違背委託人之指示而作出。

三、作出損害賠償之委託人，就所作之一切支出有權要求受託人償還，但委託人本身亦有過錯者除外；在此情況下，適用第四百九十條第二款之規定。

通民事關係作明確區別，對此從信託受益權轉讓參照債權轉讓的一般規則中也可窺見。^[14] 這種對受託人親自管理義務和責任予以明確限制，以允許轉委託為例外的態度更強調信託的信任關係和人身屬性，對於信託當事人離開信託關係作出限制，其目的在於保護委託人和受益人的利益，促使受託人在以受益人最大利益原則下審慎處理處理信託事務，謹慎的委託第三人處理信託事務。

受託人在管理事務的時候，義務的內容和程度不是以單個具體的人的能力為基準，而是要考慮到受託人所屬的社會、經濟地位以及職業等因素，然後按照這種類型的人所應具有的一般的、客觀的注意作為判斷的標準^[15]。故澳門《信託法》規定金融機構作為受託人的實際情況，表明政府認為金融機構的整體服務能力和金融監管局的監管能力能夠達到法律規定的較高的履職標準，契合澳門特色金融的發展目標與願景。

金融信託是現代信託的重點，也是未來發展所在。隨著現代信託業受託事項複雜化，專業分工精確化的發展趨勢，澳門《信託法》對於受託人轉委託的嚴格責任和限制趨於保守，是否有利於澳門特色金融發展方向值得商榷。第一，委託人對於第三人行為承擔全部責任的規定，是否屬於允許約定排除的責任範圍，需要進一步明確。第二，何為該條提及的“合理理由”，如已有“合理理由”，再由受託人承擔全部責任，是否合理？對於已有信託檔授權即取得委託人同意的轉委託，仍然要求受託人承擔轉委託第三人的全部責任是否合理。這些問題有待於在實踐中不斷論證，不斷調整，不斷明確。

（三）以有利於發揮司法積極效用為原則

在加快發展現代金融，推動經濟適度多元化目標下，澳門不斷積極推動金融立法以完善現存的金融法律體系，為現代金融業務發展提供法律基礎的同時，也在立法的具體法律規定中，為司法發揮積極效用提供法律依據，澳門《信託法》亦已有所體現。

1. 賦予法院介入信託運行的權力

英美法上，法院可對民事信託進行監督，以達到在“雙重所有權”下平衡委託人和受益人利益、保障信託的持續運作的目的。英國法院對信託的監督可以追溯到衡平法院對信託案件最初的管轄權。美國《統一信託法》對法院如何對信託進行監督作了明確。我國臺灣地區，營業信託及公益信託以外的信託事務由受託人住所地之法院負責監督，法院對於信託事務之監督認為必要時，得命提出財產目錄、收支計算表及有關信託事務之帳簿、檔，並得就信託事務之處理，訊問受託人或其他關係人，法院還可在信託監督事務中作出裁定。^[16] 內地《信託法》沒有明確將法院確定為信託的監督機關，沒有人民法院能否對運行中的信託進行監督的具體規定，從民事訴訟法的規定看，沒有對應的訴訟程序。關於營業信託，根據各金融監管機構職責分工，信託公司開展信託業務由國家金融監督管理總局（原中國銀行保險監督管理委員會）進行監督，包括各類具體業務監管，信託業務分類準確性和展業合規性持續監管等等。關於公益信託，根據內地《信託法》第六十四條，公益信託

[14] 與澳門不同，內地《信託法》和內地《民法典》對於轉委託的規則有所區別。內地《信託法》第三十條以及中國銀行業監督管理委員會《信託公司管理辦法》（2007年第2號）第二十六條，都規定受託人應當自己處理信託事務，在信託檔中沒有事先約定，但在存在不可抗力、意外事件、情況緊急、不可歸責於自己的事由將導致信託管理存在障礙的情況下，受託人可以自己決定委託他人代為處理信託事務，但受託人仍然不能脫離原信託法律關係，仍然以信託當事人的標準承擔轉委託的嚴格責任。而內地《民法典》對於經委託人同意的轉委託，受託人僅對轉委託第三人的選任和其對第三人的指示承擔責任。

[15] 參見趙廉慧：《信託法解釋論》，中國法制出版社2015年9月版，第332頁。

[16] 中國臺灣地區《信託法》第60條第1項、《非訟事件法》第76條。

在信託文件中規定信託監察人，公益信託由公益事業管理機構與國家金融監督管理總局共同監管。至於普通的民事信託，則沒有規定明確的監督機關。對於信託運行過程中產生的問題，內地《信託法》賦予委託人或者受益人有權向受託人要求受託人變更信託財產管理方法，有權解任受託人、選任新受託人，委託人或者受託人以自己的行為直接向受託人主張權利，無須經過司法程序^[17]。人民法院在受託人所作所為造成信託財產損失，委託人或受益人起訴要求撤銷受託人的行為或主張賠償時，以司法權威介入，進行事後調整。有觀點認為，中國的信託立法，致使委託人完全可以直接向受託人行使權利，無須經過司法程序，從而在程序上顯得簡單與方便，並且還將使得這一監控能夠及時進行。^[18]

澳門《信託法》有多處法院可以作為監督人對信託進行干預的規定，如澳門《信託法》第十三條規定，在信託財產管理方法因情勢變更導致不符合受益人利益或者不利於實現信託目的時，信託關係中的三方當事人都可以聲請法院予以變更。第二十七條規定，全體共同受託人、全體受益人無法就信託管理和處分行為達到一致的情況下，任一受託人可以聲請法院解決分歧，對於受託人終止職務一節，也有類似規定。第三十條規定，受託人違反信託目的管理或處分信託財產或者不履行義務的，委託人和受益人可以聲請法院解任受託人。

信託本身屬於當事人之間的民事法律關係，以自願為原則，法院介入信託運行能確保信託實質公平，同時以司法態度向市場供應規則、意識，但信託財產的管理方式、具體投資決策的作出一般不需司法介入，從經濟和效率的角度出發，過多的將信託的運行和管理問題提交法院處理，將造成司法的低效，尤其隨著將來信託數量的增多以及信託事務的複雜化，介入信託運行和管理將加大法院的負擔。澳門《信託法》明確規定信託檔可賦予受託人分配自由裁量權，受益人認為受託人行使分配自由裁量權違反忠誠義務和無私義務時，可通過法院對受託人的適當性提出反對。分配自由裁量權信託是專業性和靈活性最高也最複雜的信託方式，受益人對受託人是否正確行使自由裁量權提出的反對，涉及受託人履職事項、盡責標準問題，受益人如何提出反對、提出反對時應提交證據的類型以及法院認定證據的標準等問題，需要在未來的實際訴訟中予以明確，在效率和對實質公平的追求下找到平衡。在法院作為信託監督機關的同時，還需要在民事訴訟程序中就信託有關訴訟進行銜接。

2. 對受益權性質和流轉方式簡單化處理

英美法傳統理論存在著信託受益權是對人權還是對物權的劃分，這是英美法學界長期爭論的唯一一項信託法理學研究命題。^[19]對於大陸法系傳統下信託制度發展，蘇格蘭、德國等經驗表明，在大陸法系物權債權二元結構的法律體系中，信託制度同樣可以得以存在和發展^[20]。我國內地學者立

[17] 內地《信託法》第二十一條 因設立信託時未能預見的特別事由，致使信託財產的管理方法不利於實現信託目的或者不符合受益人的利益時，委託人有權要求受託人調整該信託財產的管理方法。

第二十二條 受託人違反信託目的處分信託財產或者因違背管理職責、處理信託事務不當致使信託財產受到損失的，委託人有權申請人民法院撤銷該處分行為，並有權要求受託人恢復信託財產的原狀或者予以賠償；該信託財產的受讓人明知是違反信託目的而接受該財產的，應當予以返還或者予以賠償。

[18] 張淳：《〈中華人民共和國信託法〉中的創造性規定及其評析》，載《法律科學》2002年第2期，第110-120頁。

[19] 參見張淳：《關於信託受益權的性質——對有關國家法學界的有關研究的審視與檢討》，載《湖南大學學報（社會科學版）》，2010年第24卷第5期，第127頁。

[20] 參見於海湧：《論英美信託財產雙重所有權在中國的本土化？》，載《現代法學》2010年第3期，第160頁。

足內地《信託法》對信託受益權性質也作了理論研究。王湧將信託受益權置於物權下進行討論，認為信託物權是一種總括式物權類型^[21]；徐衛認為信託受益權應定位于物權，標的物的不特定性與受益人給付請求權存在的事實不能否認信託受益權仍為物權^[22]；于海湧認為，英美信託雙重所有權與大陸法物債二元結構的制度功能極其接近，可以在大陸法系單一所有權框架下進行改造^[23]。在司法實務中，一般認為受益權屬於兼具物權和債權性質的特殊財產權，沒有相反規定或約定的情況下，信託受益權可以用於清償債務，依法轉讓和繼承^[24]。以內地為例，內地《信託法》規定受益人享有信託受益權，對於信託受益權的性質，內地《信託法》起草時，全國人大法工委認為英美法系信託財產的所有權具有雙重性，存在著普通法和衡平法上的兩個所有權，與大陸法系一物一權的原則不符，因此並未對信託受益權定性。結合內地《信託法》第十七條^[25]關於信託財產不得強制執行的四種情形以及《全國法院民商事審判工作會議紀要》（法〔2019〕254號）第95條^[26]有關信託財產訴訟保全的規定，應當認為信託受益權是財產權，但不是一般債權，具有特殊性，一定條件下可以排除執行。也有觀點認為通過對信託受益權的權利性質以及其在信託起源地英國法歷史傳統中的演化的考察，如在英國法的權利體系中，信託受益權始終是債權性質，而不存在兩個所有權^[27]。多國立法都有關於信託權能否對受益權轉讓進行限制的規定，直接或間接認可信託當事人約定限制或者禁止讓與受益權的規定。如內地《信託法》第四十七條規定“受益人不能清償到期債務的，其信託受益權可以用於清償債務，但法律、行政法規以及信託檔有限制性規定的除外”；日本《信託法》第九十三條規定，受益權原則上可以轉讓，除非其性質上不允許轉讓；信託行為中可以約定禁止轉讓，但該約定不得對抗善意第三人。^[28]

[21] 參見王湧：《論信託法與物權法的關係——信託法在民法法系中的問題》，載《北京大學學報（哲學社會科學版）》2008年第6期，第95-103頁。

[22] 參見徐衛：《信託受益權：物權？債權？抑或新權利？》，載《安徽大學學報》2006年第5期，第65頁。

[23] 參見於海湧：《論英美信託財產雙重所有權在中國本土化？》，載《現代法學》2010年第3期，第160頁。。

[24] 《全國法院民商事審判工作會議紀要》（法〔2019〕254號）有關信託財產保全一節即采此觀點。

[25] 內地《信託法》第十七條：

除因下列情形之一外，對信託財產不得強制執行：

- （一）設立信託前債權人已對該信託財產享有優先受償的權利，並依法行使該權利的；
- （二）受託人處理信託事務所產生債務，債權人要求清償該債務的；
- （三）信託財產本身應擔負的稅款；
- （四）法律規定的其他情形。

對於違反前款規定而強制執行信託財產，委託人、受託人或者受益人有權向人民法院提出異議。

[26] 《全國法院民商事審判工作會議紀要》95.【信託財產的訴訟保全】信託財產在信託存續期間獨立於委託人、受託人、受益人各自的固有財產。委託人將其財產委託給受託人進行管理，在信託依法設立後，該信託財產即獨立於委託人未設立信託的其他固有財產。受託人因承諾信託而取得的信託財產，以及通過對信託財產的管理、運用、處分等方式取得的財產，均獨立於受託人的固有財產。受益人對信託財產享有的權利表現為信託受益權，信託財產並非受益人的責任財產。因此，當事人因其與委託人、受託人或者受益人之間的糾紛申請對存管銀行或者信託公司專門帳戶中的信託資金採取保全措施的，除符合《信託法》第17條規定的情形外，人民法院應當准許。已經採取保全措施的，存管銀行或者信託公司能夠提供證據證明該帳戶為信託帳戶的，應當立即解除保全措施。對信託公司管理的其他信託財產的保全，也應當根據前述規則辦理。

當事人申請對受益人的受益權採取保全措施的，人民法院應當根據《信託法》第47條的規定進行審查，決定是否採取保全措施。決定採取保全措施的，應當將保全裁定送達受託人和受益人。

[27] 參見吳至誠：《英國法傳統中信託受益權的性質》，載《北方法學》2015年第5期，第151頁。

[28] 參見[日]新井誠：《信託法（第四版）》，劉華譯，中國政法大學出版社2017年版，第189頁。

英美法系承認“普通法上的所有權”與“衡平法上的所有權”兩種所有權形式，兩種權利分屬受託人與受益人所有。基於傳統物權法定原則，大陸法系對於信託這一舶來品所作出的選擇是採取以合同理論解釋和調整信託關係的做法^[29]。如法國民法典將信託作為“取得財產的各種方法”，2013年《匈牙利民法典》將“資產管理信義合同”設置在“合同編”之下。^[30]澳門《信託法》第33條規定“受益人可按一般規定讓與其信託受益權並適用經作出必要配合後的《民法典》關於債權讓與的規定”以及“受益人的信託受益權按一般規定承擔受益人的債務”，明確將信託受益權視為一般債權，有關轉讓或處分按照澳門《民法典》的一般規定執行，受益權作為受益人享有的一般債權，屬於其債之擔保，需要承擔受益人的債務，可以按照擔保的一般規定被查封。信託受益權的轉讓參照一般債權讓與處理，包括訴訟保全和執行。澳門《信託法》草案曾經對當事人能否在信託檔中對受益權轉讓進行限制作出規定，但最終通過的方案沒有“但設立檔另有規定者除外”的規定，從而產生信託檔約定的“揮霍條款”是否有效的爭議。但澳門《民法典》第五百七十一條關於債權讓與的一般規定中，允許當事人對債權讓與進行限制，即在信託檔中限制債權轉讓的做法，在符合澳門《民法典》規定的情況下，是可以被認可的。

信託法是民法的特別法，本質上是一個不折不扣的民法制度^[31]。澳門《信託法》對於信託受益權的性質和流轉參照民法上一般債權予以處理的做法，是簡單明確的，有助於避免今後司法實務中出現信託受益權是否具有特殊性、是否可強制執行的爭論，當當事人將具體爭議提交到法院處理時，法院有明確的處理規則，當事人對於可能的處理結論也有可預期性，一定程度上提高了審判中的效率，實務操作性較強^[32]。尤其債權屬性更強的金融信託和資金信託，確定的交易規則有利於金融市場和行業的發展。不過，信託作為一種金融工具，除法律、行政法規禁止或限制流通的財產外，都可以成為信託財產，涉及動產、不動產、有價證券、擔保物權以及其他形式的財產權利，對於受益權法律性質簡單化一刀切的做法是否恰當還需在今後複雜的信託實踐中驗證。

澳門《信託法》還有幾點不同值得關注，比如根據第三條“對於擬納入信託財產的財產或權利，如其移轉須以較莊嚴的方式作出，則合同信託的設立也須以該形式進行”的規定，用於設立信託的信託財產屬於需要以莊嚴形式作出的，則對於設立該信託的信託合同的形式也要以莊嚴形式作出，比如以公文書方式。再如，澳門《信託法》在信託法中明確信託登記的對抗效力，未辦理信託登記不必然導致信託無效，只是不得對抗第三人。

三、澳門信託法的局限性

澳門《信託法》出台背景以及討論過程體現出澳門現階段發展金融行業的導向、對金融安全的追求以及對金融風險的避免，其承襲傳統大陸法系系統性和理性特質，輔以本土特色，其金融法律規範的定位為未來澳門金融業發展以及信託業務的開展提供了法律依據。但作為全球最新《信託法》，澳門《信託法》仍留有許多遺憾。

[29] 參見《信託法的合同基礎》，約翰·H·蘭貝恩著，何美歡譯，載《清華法學》2004年第1期，第201-243頁。

[30] 參見徐衛：《信託融入民法典的邏輯理據與體例選擇》，載《交大法學》，2019年第2期，第55頁。

[31] 趙廉慧：《作為民法特別法的信託法》，載《環球法律評論》2021年第1期，第68頁。

[32] 因信託受益權性質爭議，對於轉讓及執行，司法實務中存在爭議，做法不統一，一定程度影響了審判程序的進行。

（一）商事法律規範的性質體現不明顯，金融法律規範性質未體現

在大陸法系國家，民法適用於所有私人之間的法律關係，具有補充法地位。商法作為民法的特別法，商法有特別規定的優先適用，商法未作特別規定的，適用民法的一般規定。作為大陸法系地區，澳門《信託法》的法律適用應當既要遵循基本的民事法律適用規則，同時體現商事信託糾紛的特殊性。依照特別法優先的法律適用原則，還應區分“無需作出特別規定”和“應當作出特別規定而未作特別規定”的情形^[33]，對於信託法律關係中的事項作出特別的規定。澳門《信託法》未針對某項信託糾紛問題做出不同於《民法典》的特殊規定，但不意味著司法實踐一旦涉及此類案件，便一律按《民法典》規定處理。因為在一個既有的法律體系中，在民法規則處理某些糾紛可能導致不當的情況下，商事規則可考慮通過擴張解釋、類推等方式取代民法規範^[34]，但澳門《信託法》中也沒有任何規定。考慮到澳門金融行業國際化和專業化程度較高，金融監管能力較強的現實情況，可有條件的允許受託人在以實現受益人利益最大化為目的的情況下，就信託事務轉委託作出與澳門《民法典》不一樣的規定，如規定：受託人在該條提及的有信託權授權或者合理理由的情況下，僅對轉委託第三人的選任和監督承擔責任。與澳門《民法典》不一致的規定不會造成信託法與民法體系的矛盾，相反恰能體現信託這一英美法系舶來品與大陸法系結合過程中，澳門政府為達多元經濟、特色金融發展目標，引導金融行業專業精細化發展，而對信託與傳統民事關係的法律屬性做出法律上的區別。

（二）在傳統信託法規則和現代金融信託規則中搖擺不定。

信託是法律制度不完善的實踐產物，信託規則的明確也是在長期的實踐探索中進行。不同國家和地區因不同的國情和特點，會有不同的信託規則。從英美法傳統用於個人或家庭遺產規劃的普通信託，到19世紀後期美國不動產投資信託，再到規避當時禁止以公司組織形態經營不動產業務的法律規定而借助“信託”的企業組織形態的商業信託，現代信託業已發展出種類繁多的現代信託尤其是金融信託產品，包含年金信託、共同基金、地產投資信託、油氣特許開採權信託、資產證券化等^[35]。相適應的，形成了內容豐富的現代信託法規則。傳統的信託法規則是抽象的、概括性的，本質上屬於彈性原則，具有較強伸縮性和適應性。彈性原則有利於保持法律的穩定性，給司法機關預留一定的自由裁量權，在法律規定不明確、不具體的情況下，根據實際情況，公平、公正的確定受託人義務範疇。澳門《信託法》對於善良管理人的謹慎義務、為受益人最佳利益行事的忠實義務以及公平對待多個受益人的無私義務等規定，則屬於彈性原則。但現代金融信託，顯然有更多也更明確的規則。如美國普通信託法上的謹慎投資人規則，主要從信託財產的增值、信託目的、收益與成本平衡、投資多元化、投資組合等方面，綜合考慮信託投資的安全性^[36]，再如委託人權利保留等，但澳門《信託法》並未吸收。另外，根據澳門《信託法》專注規範金融機構的架構設計，既已將受託人身份限制為金融機構，但據此出發體現信託業以及金融特徵的條文偏少，且傳統保守，沒有針對金融實踐專門體現金融特色以及有所創新的條文，略有遺憾。

[33] 蔣大興：《超越商事交易裁判中的“普通民法邏輯”》，載《國家檢察官學院學報》，2021年第2期，第5頁。

[34] 田桂瑤、楊婷：《我國營業信託中忠實義務的認定、違反及歸責路徑研究》，載《財經法學》，2023年第6期，第121頁。

[35] 王眾：《泛化的商事信託及其概念之厘清——基於大陸法系和英美法系的比較考察》，載《南京大學法律評論》2021年第1期，第296頁。

[36] 陳傑：《商業信託法律制度研究》，廈門大學出版社2016年版，第218頁。

（三）在創新和保守的平衡中選擇了保守，在安全和效率中選擇了安全。

從經濟利益的角度分析，金融信託是高風險和高收益的法律行為，糾紛產生的情形往往較為複雜。而信託當事人在專業能力、資訊地位、風險管控等方面存在的地位不平等情形，則衍生出較多的談判成本和資訊成本，降低了信託交易效率。在金融創新的大環境下，法律的作用既包括為當事人提供權利保護，還應當為當事人之間的關係以及行業的發展作出指引，對立法和司法前沿問題作一定前瞻性的規定。作為全球最年輕的信託法，澳門《信託法》受限於大陸法律體系和政府金融安全考量，條文趨於保守，沒有體現最新的信託法改革趨勢。

四、對澳門《信託法》的展望

信託作為貫通市場的金融工具，其行業發展受益於信託法規範的助力，而市場的回饋也將反過來對信託法的適用和相關金融法律規範的修訂和訂定帶來影響。澳門《信託法》初步確立了信託關係的一般制度及基本原則，為澳門金融行業和信託市場的發展奠定了基石，為個人、企業或其他組織委託他人管理及運用其財產的需要提供了可靠工具。隨著澳門經濟適度多元化和現代金融業將來豐富的實踐，澳門《信託法》還有逐步完善和細化的時間和空間。在既定規則指引下，要達到立法目的，對行業起到良好推動效果，還需不斷完善配套法律制度，建立與現代金融業相匹配的法律制度體系。

完善法律體系，制定金融規範。澳門雖然有完備且長期穩定的澳門《民法典》《商法典》，但整體金融法律滯後，金融法律體系不成熟，信託法律制度不僅包括信託法，還有相關的民事、商事及訴訟法律制度。從有利於金融行業和信託業務發展看，還需要更為積極和完備的金融法律，比如儘早出台《證券法》，儘早確定信託財產管理過程中涉及的債務、費用、稅款、投資、管理等不同方面的具體規定，以及信託財產登記的具體指引。

構建行業規範，明晰監管規則。澳門《信託法》將受託人限定為七類金融機構，但具體內容為普遍適用的信託法律規範，並非受託人尤其是金融機構受託人的行為規範，為了滿足特色金融發展目標的需要，體現信託投融资工具的特徵，應儘快制定與信託行業相關的受託人法以及監管法律法規，為金融行業發展提供制度保障和行為標準。比如內地《信託法》頒佈生效後，又陸續頒佈《信託公司管理辦法》《信託公司集合資金信託計劃管理辦法》《信託公司淨資本管理辦法》等規範性檔，才逐漸形成了“一法三規”的法律體系。再次，法律有著指引、評價、教育、預測、強制作用，目的是規範社會關係和社會秩序，從信託糾紛今後可能產生的訴訟來看，涉及合同效力、受託人義務和責任認定、信託財產獨立性、信託的變更和終止等具體問題，隨著金融行業發展和金融創新，涉及到洗黑錢和詐騙的情況，還需要在民事訴訟法、刑法以及刑事訴訟法上進行銜接。

加強法治保障，開展多元解紛。《中國人民銀行 銀保監會 證監會 外匯局 廣東省人民政府關於金融支援橫琴粵澳深度合作區建設的意見》中提到，在深合區開展國際投資仲裁和調解，打造“商事調解+國際仲裁”一站式、多元化、國際化金融糾紛解決平台。相比到法院訴訟，調解和仲裁更具有靈活性、效率性和保密性等優勢，能夠靈活務實地為當事人解決矛盾糾紛。^[37] 澳門特色金融發展中利用深合區發展契機的同時，應當利用好調解、仲裁形式化解金融矛盾糾紛，為如何以調

[37] 魏丹：《論澳門仲裁制度的發展與潛力》，載《澳門法學》2013年第3期，第25頁。

解、仲裁形式加強金融消費權益保護提供方案，不斷完善粵澳金融糾紛調解合作工作機制，吸引金融消費者。

明確信託稅收政策規則。信託稅制問題既複雜又專業，涉及信託財產登記、信託稅收政策以及國際、區際領域等相關制度體系而不限於法律領域，很多問題難以在信託法中解決，實踐中因信託性質、信託財產類別、涉及交易種類等的不同，各類信託活動在納稅主體的確定、適用稅種和稅率等方面都有很大差別，不能一概而論，也不能照搬照抄。澳門的稅收制度有兩大特點，一是整體稅率較低。低稅率是吸引外商以及本地投資的基本要素。由於澳門主要公共收益來源於博彩稅及相關收入，直接稅和間接稅並非主要公共收益來源，因此整體稅率不高，對於旅遊業、製造業以及離岸業務還有特定稅收優惠^[38]。二是稅務法例多，不同行業和職業有不同的稅務法例，幾乎一事一立法，比如《物業轉移稅以及繼承及贈與稅法典》《融資租賃稅務優惠制度》《營業稅章程》《印花稅規章》《所得補充稅規章》《職業稅規章》《市區房屋稅規章》《旅遊稅規章》《機動車輛稅規章》等。在稅率低和稅法多的現實情況下，享有《基本法》賦予的自主立法權的澳門，更應儘快明確信託稅收政策和制度，吸引外來金融機構入駐、本地金融機構設立。信託作為財產管理的一種方式，信託財產的轉移究竟採取何種徵稅方法，才能提升信託活動中稅賦徵收的科學性和規範性，既避免財產轉移環節重複徵稅，又避免稅收流失，還需研究借鑒國際經驗，立足澳門實際情況，確定澳門方案。

明確離岸信託操作規程。其一，澳門雖然金融業規模不大，但市場高度開放，外匯儲備豐厚且沒有外匯管制，金融監管相對寬鬆，政府財政盈餘資金和銀行運營資金頭寸充裕，具備發展離岸金融業務基礎。在中國內地支援下，澳門還擁有直連央行中國現代化支付系統(China National Advanced Payment System, CNAPS)系統的境外一級清算行資格。隨著全球經濟一體化程度不斷提升，離岸金融中心在國際經濟與金融交往中的地位和作用越來越重要，在良好的內外部環境下，澳門《信託法》的出台為將來打造離岸金融中心奠定了基礎。其二，離岸信託存在風險是不可否認的事實，包括司法管轄權的確定、違法風險，訴訟風險，判決不能承認和執行的風險等。而澳門作為我國的特別行政區，與內地地理位置相近，法律制度相似，金融和司法合作有順暢的制度安排，在區際合作方面存在無可比擬的優勢。儘管澳門發展離岸業務的主客觀條件優越，但離岸金融業務發展並不充分，沒有真正的離岸業務。由於澳門的離岸業務制度是具有潛在損害性的稅務制度，在與國際組織合作開機跨境逃漏稅，以及推進稅務透明和稅務公平，政府第58/99/M號法令《訂定離岸業務之一般制度》被澳門第15/2018號法律廢止，包括終止發出離岸業務許可，廢止離岸業務的稅務優惠，廢止離岸信託業務的同時廢止了澳門地區離岸銀行的設立以及相關制度。在基本法賦予澳門的立法自主權下，在粵港澳大灣區建設及粵澳深度合作的背景下，澳門應當結合其立法優勢，根據其預設的金融行業建設目標和信託行業主要業務種類，明確離岸業務能否操作、如何操作，為將來內地居民和國際投資客在澳門設立信託明確具體規則指引，不斷增強澳門競爭力，推動經濟發展。

[38] 根據澳門法令，離岸公司可享受所得補充稅、營業稅及印花稅之豁免。被派駐澳門的離岸公司的負責人及非本地居民身份的專業技術人員可享受在該離岸公司工作前三年的職業稅和麵。不過，2018年12月27日公佈的第15/2018號法律整治離岸業務許可的申請，同時制定了廢止離岸業務法律制度的配合條文，主要內容包括在2020年12月31日或以前，現有的澳門離岸機構從事離岸業務，除對智慧財產權的收益另有規定外，繼續獲得和免繳納所得補充稅。

五、餘論

信託作為貫通市場的金融工具，能有效推動金融行業整體發展。在信託法的助力下，信託行業的有效回饋將相應的對信託法的適用和相關金融法律規範的修訂和訂定帶來影響。澳門《信託法》的出台解決了澳門缺乏信託法律制度，金融機構以信託形式提供財富管理以及開展的投資業務無法可依的問題，為境內外投資者對於其持有的信託權益在澳門法律體系中能否得到法律保障提供信心，有助於澳門與中國內地、香港以及國際銜接可協調的金融法律制度，促進澳門跨境投融資和理財業務的發展。

澳門《信託法》出台是澳門金融法律體系整體變革的開端，與之相伴隨的可能以及必須的金融創新，還將面臨更多現實和具體的法律問題。澳門應當發揮背靠祖國、聯通世界的獨特優勢，用足用好中央政府給與的政策優勢，不斷完善金融市場發展所需的基礎設施及配套制度，以澳門《信託法》的出台以及信託業務的展開為切入點，增強國內國際兩個市場兩種資源聯動效應，豐富金融產業的發展內涵，探索特色金融新發展空間，實現新發展、開創新局面。

Abstract: As the first special financial legal regulation issued under the objective of financial development with Macau's special characteristics, the Macau Trust Law establishes the legal system of trusts by absorbing the research results of the international trust law and the advanced legislative experience on the basis of Macau's civil legal system. Based on the strong financial regulatory capacity, the Law establishes a high standard of obligations and strict liability requirements for the parties to the trust, and also sets out pragmatic legal provisions that are conducive to the positive effect of the judiciary. Due to its goal orientation, the Macau Trust Law oscillates between traditional trust law rules and modern financial rules, and the law tends to be conservative due to financial security considerations, resulting in an insufficiently clear reflection of the nature of commercial and financial legal norms. In the absence of an adequate supporting legal system, it has limited role in promoting and fuelling the subsequent financial and industry development. In order to solve the practical and specific legal problems brought about by financial innovation, it is necessary to make continuous adjustments and developments and seek broader space under the new opportunities brought about by the development of the country and the construction of the "One Belt One Road".

Key words: Moderate Economic Diversification; Speciality Finance; Macau Trust Law; Beneficiary Rights

(責任編輯：唐銘澤)

論《中國民法典》中的婚姻自主權

朱曉峰*

摘要 《中國民法典》總則編第110條第1款列舉規定的婚姻自主權雖然並未如該條其他具體人格權一樣被人格權編第990條第1款再次列舉規定，但婚姻自主權具有人格權的基本屬性，是基於自然人人格尊嚴、人格自由發展而生的具體人格權。基於此，在其他法律如《中國民法典》婚姻家庭編未就婚姻自主權的享有與保護有特別規定時，應回溯至人格權編的一般規定進行調整。由於婚姻自主權的享有、保護與同樣為現行法珍視的婚姻家庭之間存在緊張甚至沖突，而後者又構成社會共同體生存與發展的基石，因此《中國民法典》確立的婚姻自主權規則要在承認和保護自然人基於人格尊嚴、人格自由發展而生的婚姻自主權的基礎上，兼顧對婚姻家庭以及相應的社會共同體的平衡保護。這種平衡保護立場主要通過《中國民法典》婚姻家庭編所確立的關於婚姻自主權的各種限制規則來實現。因此，對於婚姻關係締結前的結婚自由與婚姻關係締結後的離婚自由而言，應在保護自然人的基本自由的基礎上兼顧婚姻家庭和社會共同體利益。

關鍵詞 婚姻自主權 人格權 結婚自由 離婚自由 離婚冷靜期

一、問題的提出

我國制定法上明確承認婚姻自主權是社會主義法治理念在婚姻家庭法律實踐領域所取得的重要成果，在現行法秩序的民事權利體系中具有重要地位。^[1] 在2020年《中華人民共和國民法典》（以下全文簡稱“《中國民法典》”）正式頒布施行之前，1986年《中華人民共和國民法通則》（以下全文簡稱“《民法通則》”）第103條、2009年《中華人民共和國侵權責任法》（以下全文簡稱“《侵權責任法》”）第2條第2款以及2017年《中華人民共和國民法總則》（以下全文簡稱“《民法總則》”）第110條第1款等，都明確將婚姻自主權作為獨立的具體權利類型加以規定。除了婚姻自主權概念之外，1982年《中華人民共和國憲法》（以下全文簡稱“《憲法》”）第49條第4款、1950年《中華人民共和國婚姻法》第1條、第2條以及1980年《中華人民共和國婚姻法》（以下全文簡

* 朱曉峰，中央財經大學法學院教授，博士生導師。

[1] 參見王歌雅：《民法典婚姻家庭編的價值闡釋與制度修為》，載《東方法學》2020年第4期，第171-172頁。

稱“《婚姻法》”）第2條第1款、第3條第1款及第5條還規定了婚姻自由概念，彰顯了我國當代法律實踐對婚姻自由的重視程度。

《中國民法典》一方面全面接受了前述法律實踐特別是《民法總則》第110條第1款的立場，在總則編第110條第1款將婚姻自主權作為具體人格權明確加以列舉；另一方面又未能將這種立場始終如一地在整個法典體系中予以貫徹，如其未將婚姻自主權如《民法總則》第110條第1款列舉的其他具體人格權一樣再次在人格權編第990條第1款重複列舉。有論者認為人格權編未再次列舉規定婚姻自主權，是因為婚姻家庭編已對其作了專門規定，毋需在人格權編再加列舉。^[2]但問題是，如果因婚姻自主權的特殊性而將其置於婚姻家庭編規定，那也應當在具體概念的使用上保持一致性，以彰顯作為一般規定的總則編第110條第1款與作為特別規定的婚姻家庭編的具體規定在法典外部體系上的協調性，但婚姻家庭編並未統一採用婚姻自主權概念，而是在第1041條第2款、第1042條第1款繼續使用《婚姻法》等使用的“婚姻自由”概念。另外，與人格權編規定的關於人格權的享有與保護規則不同，婚姻家庭編關於婚姻自由的規定中，無論是結婚自由還是離婚自由，都涉及很多的限制性規則。由此產生的疑問是，《中國民法典》總則編與人格權編就婚姻自主權所採取的不同立場究竟應當如何解釋？總則編與婚姻家庭編分別採用的“婚姻自主權”概念與“婚姻自由”概念之間的規範關係為何？婚姻家庭編對婚姻自由所施加的諸多限制是否與婚姻自主權的人格權屬性相吻合？究竟應當如何理解《中國民法典》第1041條第1款關於保護婚姻家庭與該條第2款規定的保護婚姻自由二者之間的關係？等等。這些問題的解答，既涉及《中國民法典》外部體系之構成部分的總則編、人格權編、婚姻家庭編的具體概念與規定的準確理解適用，也涉及內部體系所追求的保護自然人人格尊嚴、婚姻家庭的價值目標的實現^[3]，因此應予審慎對待。下文擬圍繞這些問題展開論述，以期為《中國民法典》中關於婚姻自主權的規定的準確理解與適用提供理論支持，助益於《中國民法典》立法目的的實現。

二、婚姻自主權的性質與內涵

現行法秩序的外部體系由各種法律概念及法律規則構造起來，因此對於外部體系各構成部分之間的緊張、沖突應在厘清基礎概念的基礎上解決。基於此種考慮，對於《中國民法典》中前述與婚姻自主權相關的規則在理解與適用上存在的問題的解決，亦應在厘清婚姻自主權本身屬性及其內涵的基礎上展開。

（一）婚姻自主權的性質

受我國制定法上使用概念不統一的影響，學理上對婚姻自主權是否屬於獨立的具體人格權尚存在分歧，主要存在自由權說、身份權說和具體人格權說三種觀點。^[4]這一問題由於《中國民法典》總則編第110條第1款與人格權編第990條第1款的不同規定以及總則編第110條第1款與婚姻家庭編第1041條第2款等採用的不同概念而在《中國民法典》具體規則的理解適用上仍有厘清

[2] 參見楊立新：《我國民法典人格權立法的創新發展》，載《法商研究》2020年第4期，第28頁。

[3] 參見王利明：《體系化視野下〈民法典〉婚姻家庭編的適用——兼論婚姻家庭編與其他各編的適用關係》，載《當代法學》2023年第1期，第4頁。

[4] 參見楊大文、王世賢：《婚姻自主權檢討》，載《河北大學學報（哲學社會科學版）》2006年第1期，第125頁。

之必要。

自由權說認為，婚姻自主權即自由權在婚姻領域的反映，具體表現為婚姻自由，因此需要強化在婚姻法領域對婚姻自由的保護，而非在人格權領域將之承認為獨立的人格權類型。^[5]在《中國民法典》背景下，由於婚姻家庭編仍繼續使用婚姻自由概念來表彰自然人在婚姻家庭領域的自由，因此將婚姻自主權作為自由權或者《中國民法典》第109條、第990條第2款規定的作為一般人格權之價值基礎的人身自由在婚姻家庭領域的片段對待，^[6]仍有一定合法性基礎。

身份權說認為，婚姻自主權是一種基本的身份權，自然人依此可以自主決定締結或解除婚姻關係而不受對方及他人干涉。^[7]該觀點強調婚姻自主權與自然人的特定身份密切相關，在享有及保護上區別於其他人格權，其會因身份關係而受更多的限制。至少在《中國民法典》中，婚姻家庭編對自然人的婚姻自由確實規定了較多的限制，這顯然區別於人格權編對其他人格權的規定。

具體人格權說認為，婚姻自主權雖然就其本質屬於自由的範疇，指自然人按照自主意志決定婚姻關係，不受對方或他人非法干涉，^[8]但在制定法將其明確予以規定的背景下，實際上已經實現了權利客體的特定化，使之成為了特定的具體人格權，無需再納入一般性的自由涵攝範疇。

從《中國民法典》的規定來看，總則編第110條第1款將婚姻自主權作為自然人享有的具體人格權明確列舉出來，顯然採納了具體人格權說。另外，雖然《中國民法典》人格權編第990條第1款在列舉具體人格權時未與總則編第110條第1款一樣，將婚姻自主權作為自然人的具體人格權而明確列舉規定出來，但由於第990條第1款在立法技術上採取了具體列舉+概括規定的模式，因此，在體系解釋的視角下仍可以將《中國民法典》總則編第110條第1款的婚姻自主權納入人格權編第990條第1款的“等”的涵攝範圍。既然婚姻自主權已經被《中國民法典》承認為具體人格權，那麼其即使是《中國民法典》第109條、第990條第2款規定的作為一般自由的“人身自由”在婚姻家庭領域的片段，亦不能將之作為一般性自由的涵攝對象，亦即不能認為婚姻自主權是一般人格權範疇的自由權。另外，即使《中國民法典》婚姻家庭編基於婚姻自主權的特殊屬性而對其施加了較多限制，但不能據此即認為該權利是身份權而非人格權。因為身份權與人格權的核心區別在於：前者系基於特定身份而生，並與其相始終；^[9]而後者則因出生即自始享有，具有固有性，不取決於後天的任何身份。^[10]現行法對婚姻自主權的限制只是在行使層面的限制，其並不能否認自然人享有的婚姻自主權乃是基於人這一事實本身而非任何身份的特性。因此，婚姻自主權是現行法上的一項具體人格權而非一般人格權的涵攝範疇，更非基於特定身份產生的身份權。

（二）婚姻自主權的內涵

對於婚姻自主權的內涵，我國學理上存在著分歧，主要有兩種觀點：第一種是結婚自由說，該說認為，婚姻自主權的客體就是自然人在結婚問題上的選擇自由，因此婚姻自主權就指是否結婚、何時結婚、與誰結婚的自由，其旨在禁止對方或第三人對於權利人在結婚問題上選擇自由的

[5] 參見孫瓊：《婚姻自主權作為獨立人格權的反思》，載《廣西政法管理幹部學院學報》2019年第4期，第32頁。

[6] 參見朱曉峰：《人身自由作為一般人格權價值基礎的規範內涵》，載《浙江大學學報（人文社會科學版）》2021年第2期，第129頁。

[7] 參見佟柔：《中國民法》，法律出版社1990年版，第488頁。

[8] 參見梁慧星：《民法總論》，法律出版社2021年版，第99頁。

[9] 參見王雷：《〈民法典〉人格權編中的參照適用法律技術》，載《當代法學》2022年第4期，第119頁。

[10] 參見程嘯：《人格權研究》，中國人民大學出版社2022年版，第13頁。

干涉。^[11]第二種是結婚離婚自由說，該說認為，婚姻自主權是保護自然人結婚和離婚不受對方或者他人干涉的自由。^[12]相較於第一種觀點，第二種觀點還重視婚姻締結後的離婚自由。但不論是結婚自由說，還是結婚離婚自由說，其都認為婚姻自主權的核心與基礎是婚姻自由。在此意義上，《中國民法典》婚姻家庭編第1041條第2款、第1042條第1款等沒有如《中國民法典》第110條第1款那樣使用“婚姻自主權”概念，而是直接使用“婚姻自由”概念，並在該概念之下區分結婚自由（第1046條）和離婚自由（第1076條）二種情形，以具體展現婚姻自主權的內涵。這種立法選擇一方面展現了總則編一般規定與婚姻家庭編具體規定二者之間的內在關聯性；另一方面也表明婚姻自主權作為一種具有特殊性的人格權應規定在婚姻家庭編而非人格權編中，更具有正當性基礎。當然，婚姻家庭編關於人格權的特別規定一方面不得違反人格權編確立的人格權的內在價值基礎和普適於所有人格權的一般規定，如婚姻家庭編關於婚姻自由的限制性規定不得違反人格權編第990條第2款的人格尊嚴、人身自由，另外男女雙方在婚前忠誠協議中約定放棄婚後離婚自由也因違反人格權編第992條而無效；另一方面，在婚姻家庭編沒有對婚姻自主權有特別規定時，對於婚姻自主權的調整仍可適用人格權編的一般規定，如人格權編第997條關於人格權禁令的規定，^[13]第998條關於人格權侵害民事責任認定的規定，^[14]亦當然可以適用於婚姻自主權的保護。

結合《中國民法典》婚姻家庭編第1041條第2款、第1042條第1款、第1046條、第1052條、第1076條、第1079條、第1081條等規定，儘管自然人在結婚時依婚姻自主權而享有的自主決定的自由範圍要大於離婚時的自主決定自由，但制定法對於離婚自由的限制並未完全排除其自由，因此不能將婚姻自主權完全等同於結婚自主權。另外，從我國司法實踐的立場來看，法院在涉及婚姻自主權的民事法律糾紛中也普遍承認婚姻自主權包括結婚自由和離婚自由。^[15]當然，考慮到結婚自由和離婚自由在現行法律體系中存在不同方面的限制，因此，應從兩個方面來討論婚姻自主權：一種是婚姻關係締結前的婚姻自主權即結婚自由；另一種是婚姻關係締結後的婚姻自主權即離婚自由。

三、婚姻締結前的婚姻自主權

婚姻締結前的婚姻自主權即結婚自主權，主要表現為自然人自主決定是否結婚、與誰結婚、何時結婚、以何種方式結婚等。^[16]由於婚姻的締結既涉及個人人格自由發展、人格尊嚴的保護，也涉及以婚姻為紐帶所形成的家庭、社會利益的維系與促進，是社會生存與發展的基石之所在，因此結婚自主權根據現行法律規定亦有其行使限度。

[11] 參見楊大文、王世賢：《婚姻自主權檢討》，載《河北大學學報（哲學社會科學版）》2006年第1期，第126頁。

[12] 參見石宏主編：《中華人民共和國民法總則條文說明、立法理由及相關規定》，北京大學出版社2017年版，第260頁；李適時主編：《中華人民共和國民法總則釋義》，法律出版社2017年版，第342頁。

[13] 參見朱曉峰：《〈民法典〉人格權禁令規範適用論》，載《中國政法大學學報》2022年第3期，第145頁。

[14] 參見朱曉峰：《人格權侵害民事責任認定條款適用論》，載《中國法學》2021年第4期，第44頁。

[15] 參見吳某與吳某某婚姻自主權糾紛案，北京市第一中級人民法院（2018）京01民終2388號民事判決書；鄒某與羅某確認合同效力糾紛案，福建省龍岩市中級人民法院（2016）閩08民終673號民事判決書。

[16] 參見陳甦主編：《民法總則評注》（下冊），法律出版社2017年版，第776頁。

（一）結婚自主權行使的年齡限制

在我國現行法律體系下，婚姻自主權既是具體人格權，具有人格權的一般屬性，也有其特殊性的一面。婚姻自主權作為具體人格權具有人格權的一般屬性決定了自然人皆享有婚姻自主權，可以決定是否結婚、與誰結婚、何時結婚等，顯示了婚姻自主權的絕對性、專屬性等特性；婚姻自主權的特殊性一面主要體現在現行法對其具體行使年齡上所作的限制，依據《中國民法典》第1047條對於自然人行使婚姻自主權的年齡限制，其行使婚姻自主權以達到法定結婚年齡為限，若自然人尚未達到男22周歲、女20周歲的最低年齡限制要求，則不得結婚。這種限制主要的正當性基礎在於：

一方面，婚姻自主權與人的種的繁衍相關，而自然人的身體結構決定了其只有在性成熟的狀態下才是最有利於種的繁衍這一目的實現的，在自然人身體尚未成熟的情形下即允許其行使婚姻自主權以決定結婚，既不利於自然人個體的身體健康及人格自由之充分發展，亦不利於種的繁衍本身；^[17]

另一方面，婚姻自主權與我國相當長的一段時間內人口基數過大、增速過快密切相關，為了嚴格落實作為基本國策的計劃生育政策，立法者明確對生育自主權行使的年齡作出了限制。但隨著人口出生率的下滑，少生不生的人群逐漸增多以及老齡化社會的加速到來，現行法對婚姻自主權的年齡限制亦可能需要隨之調整，^[18]以適應變化了的社會現實並滿足社會發展之需要。

在符合法定結婚年齡標準的前提下，自然人行使結婚自主權還需具備完全的意思表達能力，對此《中國民法典》第1046條明確規定“結婚應當男女雙方完全自願”，“完全自願”意味著行使結婚自主權的自然人應符合《中國民法典》第18條完全民事行為能力人的要求，能夠獨立實施締結婚姻關係的民事法律行為。

（二）結婚自主權行使的對象限制

結婚自主權意味著自然人可以自主選擇與之締結婚姻的相對人，而不受身份地位、民族、國籍、財產狀況、戶籍、血統、宗教信仰等方面的限制。同時，依據《中國民法典》等規定，自主選擇締結婚姻的相對人亦受到限制，主要包括三個方面。

1. 禁止選擇同性結婚

依據《中國民法典》第1046條規定，自然人選擇與之締結婚姻的對方必須是異性，不能選擇同性締結婚姻，我國現行法律體系下並不承認同性婚姻。^[19]在孫某、胡某不服長沙市芙蓉區民政局婚姻登記行政行為行政訴訟案中，審理法院即認為，《婚姻法》及相應的《婚姻登記條例》均明確規定結婚的雙方僅指符合法定結婚條件的男女雙方，而均屬男性的孫、胡二人申請結婚登記主體並不適格，因此被告依照婚姻法拒絕兩位男同性戀者的結婚登記申請的行政行為是合法行為。^[20]

2. 禁止選擇與其存在法律禁止結婚的親屬關係的相對人結婚

《中國民法典》第1048條明確規定：“直系血親或者三代以內的旁系血親禁止結婚。”該規

[17] 參見王貴松：《我國優生法制的合憲性調整》，載《法商研究》2011年第2期，第36頁。

[18] 參見魯曉明：《積極應對人口老齡化視角下的法定婚齡調整》，載《政治與法律》2022年第3期，第120頁。

[19] 參見毛弈友、盧葉等：《當代在校大學生對中國同性婚姻合法化的認知與態度》，載《中國性科學》2021年第8期，第150頁。

[20] 參見郝赫川：《荒謬的同性婚姻第一案》，載《法制日報》2016年1月14日，第7版；黃燕：《維護同性戀者作為公民依法享有的權利≠同性婚姻在我國法律中被認可》，載《人民法院報》2016年4月14日，第3版。

定既表明以血親之間的世代來計算親屬關係的遠近標準為現行法所承認，^[21]同時也表明以血親為標準禁止特定人之間締結婚姻的傳統亦為現行法承認。於此的血親既包括自然血親，也包括擬制血親。^[22]同時第1051條第2項明確規定，有禁止結婚的親屬關係的婚姻無效。事實上，在我國傳統社會的婚姻家庭法制中就有“同姓不婚，其生不蕃”的傳統。^[23]《中國民法典》延續了這一傳統，明確禁止一定範圍內的親屬結婚，以維護家庭幸福，保障後代身體健康，促進優生優育，提高人口質量等。^[24]當然，除了生育上的考慮外，禁止特定範圍內的親屬結婚，還有家庭倫理秩序方面的考慮。^[25]個人並非漂流在荒島上的魯濱遜式的獨立孤獨存在，其存在於社會關係之中，尤其是在婚姻家庭關係中。如果允許個人違反共同體長久以來已經形成的家庭倫理秩序而任意選擇結婚對象，可能引發難以控制的倫理災難，摧毀社會共同體賴以維系的家庭紐帶，進而危及共同體生存本身。因此，禁止特定範圍內的親屬之間締結婚姻，限制自然人在該問題上的婚姻自主權，具有充分的正當性基礎。

3. 禁止重婚

重婚是指有配偶的自然人與他人登記結婚或者明知他人有配偶而與之登記結婚的違法行為。^[26]《中國民法典》第1041條第2款將一夫一妻確定為婚姻家庭法的基本原則，第1051條第1項明確禁止重婚是對這一原則的進一步明確，以貫徹社會主義法治精神，維護公序良俗，保障家庭和社會的和諧秩序。《中國民法典》第1051條第1項的重婚在外延上包括有配偶的自然人與他人登記結婚以及明知他人有配偶而與之登記結婚兩種情形。^[27]是否包括有配偶者與他人沒有登記結婚但以夫妻名義同居生活的情形，存在爭議：

第一種觀點認為，此種情形構成《中華人民共和國刑法》第258條的重婚罪，但不屬於《中國民法典》第1051條第1項的調整範圍，後者僅指法律上的重婚，即已與他人辦理結婚登記後又與第三人辦理結婚登記，沒有辦理結婚登記而以夫妻名義同居生活的屬於同居關係，不屬於婚姻關係。^[28]

第二種觀點則認為，此種情形雖然在形式不符合婚姻關係對於登記形式的要求，但是其本質上仍然是對現行法一夫一妻原則的違反，嚴重違背社會主義道德風尚，影響家庭穩定和社會安定，導致腐敗，敗壞黨風等，因此亦應納入重婚範疇。^[29]

[21] 參見王歌雅：《中國婚姻家庭立法70年：制度創新與價值遵循》，載《東方法學》2023年第2期，第195頁。

[22] 參見黃薇主編：《中華人民共和國民法典解讀：婚姻家庭編》，中國法制出版社2020年版，第40頁。

[23] 參見王躍生：《從同姓不婚、同宗不婚到近親不婚——一個制度分析視角》，載《社會科學》2012年第7期，第57頁。

[24] 參見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典婚姻家庭編理解與適用》，人民法院出版社2020年版，第83頁。

[25] 參見吳喬：《從“身體再現系統”到“人觀”——以花腰傣案例看親屬制度的邏輯源頭》，載《西南民族大學學報（哲學社會科學版）》2014年第6期，第37頁；吳國平：《完善我國結婚實質要件法律規定的思考》，載《行政與法》2009年第3期，第91頁。

[26] 參見吳愛輝：《事實婚姻與“重婚”關係之探討——兼議民刑“重婚”之關係》，載《西南民族大學學報（人文社會科學版）》2006年第3期，第221頁。

[27] 參見齊曉伶、張訓：《重婚罪內涵之實踐檢視——從一則“同性戀非法同居”案例說起》，載《甘肅社會科學》2020年第4期，第35頁。

[28] 參見黃薇主編：《中華人民共和國民法典解讀：婚姻家庭編》，中國法制出版社2020年版，第50頁。

[29] 參見吳洪、汪姿含：《對一夫一妻制度的理性思考》，載《中華女子學院學報》2013年第1期，第11頁。

從立法者在《中國民法典》第1041條第2款將一夫一妻作為婚姻家庭編的基本原則加以規定看，其將婚姻自主權的行使界限設置在對已經存在的婚姻關係的尊重與保護上，已婚者與第三人雖未登記結婚但以夫妻名義同居，事實上已經實質性地違反了一夫一妻原則的基本精神，超越了婚姻自主權的界限，不屬於婚姻自主權的保護範疇。但即便如此，仍應注意如下兩點：

一是與已婚者同居的第三人主觀上是否知曉與之同居的對方的婚姻狀態，若第三人並不知曉與其同居之人的婚姻狀態，其僅是因已婚者一方的欺詐而與之同居，此種情形下第三人亦是受害人，婚姻自主權因已婚者的欺詐而被侵害，若將此種情形納入重婚範疇，顯然並不利於作為受害人的第三人的合法權益保護；^[30]

二是婚姻自主權與婚姻家庭二者之間的平衡保護，自然人在行使婚姻自主權時固然應當尊重業已存在的婚姻家庭關係，但對婚姻家庭關係的保護並不以對該關係之外的他人的婚姻自主權的絕對限制為必要。基於婚姻關係而生的配偶權並不屬於典型的絕對權，該婚姻關係之外的第三人並不負有當然尊重該項權利的義務，其僅在以違反公序良俗的方式侵害配偶權時才負有對婚姻關係中無過錯方的侵權責任，^[31]通常情形下並不能以保護婚姻家庭關係而當然限制自然人的婚姻自主權。

（三）結婚自主權行使的形式限制

結婚自主權意味著自然人一方面有權自主決定以何種形式結婚，另一方面又必須滿足《中國民法典》對於法律承認的婚姻關係在形式上的基本要求。依據《中國民法典》第1049條，結婚的男女雙方應親自到婚姻登記機關申請結婚登記，完成結婚登記，即確立婚姻關係；未辦理結婚登記的，應當補辦登記。^[32]未進行婚姻登記而以夫妻名義同居生活的，亦是結婚自主權的一種表現形式，表明自然人選擇不結婚而採取同居生活形式的自由。但是，如果自然人選擇婚姻生活形式，那麼必須滿足婚姻登記的形式要求，同居以及事實婚姻並不是現行法承認的婚姻生活方式，^[33]但欠缺登記形式要件的事實婚姻仍具備婚姻的本質。^[34]

（四）違反法律規定限制結婚自主權的法律行為無效

婚姻自主權是自然人的基本人身權利。依據2023年《中華人民共和國立法法》（以下全文簡稱“《立法法》”）第11條所作的法律保留，對於人身基本權利的限制必須基於法律的明確規定，除此之外任何其他限制婚姻自主權的行為皆為無效。在張某某訴蔡某某因遺贈所附條件妨礙婚姻自由被認定無效案中，法院在評價丈夫生前所立遺囑以妻子在其死後不改嫁作為遺囑繼承人的義務時認為：“公民可以依照繼承法規定設立遺囑贈與並處分個人財產，並可依法向財產繼承人附加義務，但所附義務不得違反法律規定的基本精神，否則相關內容應認定無效。對公民生前

[30] 參見杜強強：《善意重婚、共同生活與重婚無效規則的再塑》，載《法律適用》2016年第3期，第49-50頁。

[31] 參見朱曉峰：《配偶權侵害的賠償責任及正當性基礎》，載《浙江大學學報（人文社會科學版）》2017年第6期，第110頁。

[32] 參見張力：《民法典背景下的中國與俄羅斯當代家庭法比較》，載《荊楚法學》2021年第2期，第61頁。

[33] 參見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典婚姻家庭編理解與適用》，人民法院出版社2020年版，第74頁。對於事實婚姻，學理上有觀點認為應當在例外情形下承認其婚姻效力，而不是全部認定為不生婚姻效力。相關討論參見張雅維：《刑民法律沖突視角下的重婚罪認定》，載《山東社會科學》2020年第6期，第188頁。

[34] 參見陳偉、阮能文：《事實婚姻與重婚罪的關係辨析與厘定——以劉某某重婚案為視角》，載《淨月學刊》2017年第3期，第26頁。

所立以約束配偶再婚自由為前提方可享有繼承財產權利的遺囑，因該遺囑限制了婦女的合法權益和婚姻自由，應認定為無效，繼承人不受該義務約束，仍享有法律上和遺囑中確定的相應繼承權利。”^[35]另外，在實踐中存在的尊親屬給未成年人訂立的婚約，因違反《中國民法典》第1042條第1款禁止包辦婚姻而侵犯自然人婚姻自主權，當然無效。^[36]

（五）禁止買賣和其他干涉婚姻締結自由的行為

買賣婚姻集中表現為不尊重自然人的婚姻自主權而將其視為客體並通過金錢進行交易，嚴重侵害自然人的人格尊嚴、人格自由。《中國民法典》第1042條第1款明確禁止買賣婚姻。買賣婚姻與借婚姻索取財物不同，後者通常情形下並不侵犯自然人的婚姻自主權，自然人依然有權自主決定是否結婚以及與誰結婚等自由，^[37]但行為人若以給付財物作為自然人締結婚姻的條件，在對方未給付財物的情形下通過扣押自然人的戶口簿等阻礙其與對方登記結婚的，即構成對他人婚姻自主權的侵犯，應承擔侵權責任。^[38]

四、婚姻關係締結後的婚姻自主權

婚姻自主權既包括結婚自由，也包括離婚自由。^[39]在吳某與吳某某婚姻自主權糾紛案的離婚訴訟中，吳某某故意隱瞞吳某長期在香港工作和居住的事實，隱瞞吳某的住址，致使法院未能在離婚案件審理中向吳某送達訴訟文書，導致吳某未能在離婚訴訟中有任何自由表達，對於該行為是否侵害了吳某的離婚自主決定權，法院在判決書對於離婚自主權的內涵作了詳細闡述之後進行了判決。法院認為：“離婚自主決定權是指婚姻當事人在夫妻關係破裂，不願再繼續維持婚姻關係的情況下，自主決定解除婚姻關係的權利，該權利的行使不受婚姻關係的另一方及第三人的干涉。離婚自主決定權，可由婚姻雙方合意，如果雙方就離婚問題達成一致，即可按照法定程序登記離婚，如果雙方達不成一致意見，也應彼此尊重，不能強迫對方接受自己的決定。決定離婚的一方亦可依據其婚姻自主權，訴諸法院裁決，最終由法院根據雙方感情是否破裂的標準，作出准予雙方離婚或者不准予離婚的判決結果。雖然是否離婚由法院判定，不取決於婚姻一方當事人是否同意離婚，但是離婚訴訟中，婚姻相對人有權發表意見表達自己對於離婚的意願，行使自己的婚姻自主權。離婚自主決定權的內容，不僅體現為自主決定是否離婚，在特定場合下還體現為對離婚意願的自主表達。就本案情形而言，吳某某在離婚訴訟中違反誠實信用原則的行為，不僅對吳某在離婚訴訟中訴訟權利的行使構成妨害，同時客觀上使得吳某未能在訴訟中自主表達離婚與否的意願。而在訴訟已經啟動的情況下，如果吳某不能在訴訟中表達這種意願，則她將徹底失去在法律程序中表達離婚與否意願的機會。因此，吳某某的行為顯然是構成了對吳某婚姻自主權的

[35] 參見張某某訴蔡某某因遺贈所附條件妨礙婚姻自由被認定無效案，江蘇省無錫市中級人民法院（2013）錫民終字第0453號民事判決書。該案裁判摘要被刊登在《江蘇省高級人民法院公報》2013年第5期。

[36] 參見馬某甲訴周某甲、馬某乙婚姻自主權糾紛案，甘肅省東鄉族自治縣人民法院（2019）甘2926民初668號民事判決書。

[37] 參見黃薇主編：《中華人民共和國民法典解讀：婚姻家庭編》，中國法制出版社2020年版，第16頁。

[38] 參見王某、運某與王某婚姻自主權糾紛案，甘肅省嘉峪關市中級人民法院（2015）嘉民一終字第243號民事判決書；原告賈某某訴被告席某某、賈某甲婚姻自主權糾紛案，山西省洪洞縣人民法院（2015）洪民初字第1274號民事判決書；辛某婚姻自主權糾紛案，河北省廊坊市中級人民法院（2019）冀10民終1527號民事裁定書。

[39] 參見陳甦主編：《民法總則評注》（下冊），法律出版社2017年版，第776頁。

侵犯，吳某某對此應承擔相應民事責任”。^[40]

當然，與結婚自主決定權不同的是，離婚自主決定權因為更多涉及婚姻家庭關係的維系與穩定，涉及女性、未成年人合法權益的保護，涉及社會利益的維持等，因此現行法律體系下對於離婚自主決定權的限制亦相對比較複雜。

（一）協議離婚中的冷靜期限制

在協議離婚場合，依據《中國民法典》第1076條與第1077條規定，夫妻雙方自願離婚的應簽訂書面離婚協議，並親自到婚姻登記機關申請離婚登記。在婚姻登記機關收到離婚登記申請之日起30日內，不會給雙方發離婚證，在此期間任何一方不願意離婚的，都可以向婚姻登記機關撤回離婚登記申請。30日期限屆滿後，夫妻雙方應親自到婚姻登記機關申請發給離婚證，若其未申請的，那麼視為撤回離婚登記申請。《中國民法典》規定冷靜期制度的核心目的在於解決“離婚登記手續過於簡便，輕率離婚的現象增多，不利於家庭穩定”問題。^[41]對於該制度對婚姻自主權及個人自由的影響，學理上存在較大分歧。

支持者認為，協議離婚登記冷靜期制度以個人利益的實現為目的，通過有限度限制離婚自由，使當事人接近“經濟人”假設，且不存在可替代的幹預更輕的手段，是以可控的實施成本實現了對迫切利益的反哺，其正當性可以通過比例原則的檢驗。^[42]由於離婚登記冷靜期制度將對“通謀型”“雙方堅定型”“一方堅定型”“沖動型”離婚分別產生一定的正面立法效果和可控的負面立法效果，在預測範圍內不存在動搖其正當性的因素。^[43]

反對觀點則認為，離婚自由原則的核心與基礎是“不附加任何條件的離婚自由”，而離婚行為是離婚自主決定權的具體行使與體現，離婚雙方既然已就離婚達成合意，自然應當尊重意思自治，尊重雙方離婚自主決定權而使離婚合意即時生效，若導致不利後果亦由當事人自己承擔。^[44]離婚冷靜期制度限制了婚姻雙方的離婚合意，顯然背離了離婚自由的核心，與現行法確立的婚姻自主權制度並不完全吻合。

顯然，受到家庭倫理價值、離婚自由以及社會秩序價值的影響，離婚冷靜期制度與婚姻雙方當事人、家庭以及社會之間時有利益沖突和矛盾，對其適用亦應在個人的婚姻自主權、家庭關係的穩定與社會秩序的維護等之間進行適當權衡的基礎上展開，防止對任何一方利益的過度保護而造成其他利益的不當戕害。^[45]事實上，在現行法律體系下，離婚冷靜期制度對離婚自由的限制主要存在於協議離婚中，若婚姻雙方對離婚冷靜期的限制有異議，仍可選擇通過訴訟離婚的方式解除婚姻關係，於此情形下遽言離婚冷靜期絕對限制離婚自由，亦不完全適當。

（二）訴訟離婚中法院自由裁量權的限制

如果夫妻一方要求離婚或者夫妻雙方要求離婚但沒有就離婚達成協議的只能通過訴訟方式離

[40] 參見吳某與吳某某婚姻自主權糾紛案，北京市第一中級人民法院（2018）京01民終2388號民事判決書。

[41] 參見沈春耀：《關於〈民法典各分編（草案）〉的說明——2018年8月27日在第十三屆全國人民代表大會常務委員會第五次會議上》，載《民法典立法背景與觀點全集》編寫組：《民法典立法背景與觀點全集》，法律出版社2020年版，第26頁。

[42] 參見張劍源：《離婚是否真的需要冷靜——對〈民法典〉第1077條的法理討論》，載《法學家》2022年第3期，第1頁。

[43] 參見申晨：《〈民法典〉離婚登記冷靜期的正當性分析》，載《經貿法律評論》2020年第6期，第52頁。

[44] 參見暢引婷、楊霞：《在個人與政治之間——鄧穎超的革命經歷與女性主體識建構》，載《婦女研究論叢》2016年第2期，第53頁。

[45] 參見夏沁：《民法典登記離婚冷靜期條款的解釋論》，載《法學家》2020年第5期，第24頁。

婚。依據《中國民法典》第1079條第2款與第3款規定，在離婚訴訟中，法院必須首先進行調解，但法院調解無效後在不同情形中的自由裁量權存在較大差異，因而對離婚自主權的限制也存在區分。

1. 法院自由裁量空間較小的情形

依據《中國民法典》第1079條第3款規定，若存在法律明確規定的特殊情形且不存在對特殊群體予以保護的特別規定，法院在調解無效時即應判決離婚，於此情形下法院自由裁量空間較小。這些限制法院自由裁量權以保護離婚自由的情形包括：重婚或者與他人同居；實施家庭暴力或虐待、遺棄家庭成員；有賭博、吸毒等惡習屢教不改；因感情不和分居滿2年。除這些情形之外，實踐中還存在其他導致夫妻感情破裂的情形如一方犯有強姦罪、奸淫幼女罪、侮辱婦女罪等嚴重傷害夫妻感情的，或者一方婚後患有嚴重的精神疾病且久治不愈而無法維持夫妻生活的，等等，難以在婚姻法中完全列舉而需要法院在個案審理中權衡婚姻自主權與婚姻家庭的保護二者的關係而自由裁量的情形。^[46]因此，《中國民法典》第1079條第3款第5項規定“其他導致夫妻感情破裂的情形”這一兜底條款，實質上為法院保護離婚自由提供了自由裁量空間。立法者之所以在這裏對法院調解無效時即應判決離婚的情形作出明確列舉，主要是考慮到，若將訴訟離婚中的婚姻關係解除完全交由法官個案的自由權衡決定，可能使那些已在婚姻關係中遭受巨大傷害的無過錯方遭受更嚴重的損害，這非但不利於婚姻家庭關係的維持和以此為基礎的社會秩序的穩定，反而還可能侵蝕作為法治社會之基石的個人合法權益，由此導致更嚴重的違反社會主義法治精神的案件的發生。亦即言，立法者於此對離婚訴訟中應即時判離的情形予以明確列舉，其核心目的在於通過限制法官自由裁量權的運用，來強化特定情形下對個人離婚自由的保護，從而使那些被困在婚姻家庭關係中的個體能夠及時從困境中擺脫出來，落實尊重和保護自然人人格尊嚴和人格自由發展的社會主義法治理念。

2. 法院自由裁量空間較大的情形

《中國民法典》第1079條第3款是作為例外規定而存在的，若不存在該款規定的情形，那麼法院應依據第1079條第2款在進行調解之後進行判斷：若其認為夫妻感情確已破裂且調解無效的，則法院應當判決離婚；若法院在調解無效之後認為感情尚未破裂，則其有權選擇判決不准離婚。如果是後者，那麼依據第1079條第5款規定，在不准離婚的判決生效之後雙方又分居滿1年的，一方再次提起離婚訴訟，此時法院自由裁量不准離婚的權力才會再次被限制，於此情形下其應當准予離婚。

由於《中國民法典》第1079條第2款規定的“感情確已破裂”概念屬於不確定概念，內涵外延並不清晰確定，留給法院的自由裁量空間過大。這固然可以解決制定法面對紛繁複雜之現實生活而無所適從的問題，但也可能因法官對自由裁量權的濫用而戕害離婚自由，並可能使那些受困於糟糕婚姻關係的婚姻當事人的合法權益遭受更嚴重的侵害。雖然有法院明確認識到“司法權不宜過於幹預婚姻自主權”，^[47]但司法實踐中濫用自由裁量權導致婚姻自主權被侵害的現象並不鮮見。^[48]因此，最高人民法院曾在1989年發布的《關於人民法院審理離婚案件如何認定夫妻感情

[46] 參見黃薇主編：《中華人民共和國民法典解讀：婚姻家庭編》，中國法制出版社2020年版，第193頁。

[47] 參見王某甲與衣某離婚糾紛案，山東省煙臺市中級人民法院（2015）煙民四終字第1427號民事判決書。

[48] 參見楊晉玲：《從舉證責任看我國婚姻法裁判離婚理由的完善》，載《雲南大學學報（法學版）》2001年第4期，第101頁。

確已破裂的若干具體意見》（已廢止）中對“感情確已破裂”作了概括規定＋列舉說明。該司法解釋首先概括規定認為“判斷夫妻感情是否確已破裂，應從婚姻基礎、婚後感情、離婚原因、夫妻關係的現狀和有無和好的可能等方面綜合分析”，^[49]然後列舉了14種具體情形進行說明。^[50]對於這種通過概括加例示的方式規定感情破裂的離婚標準，體現了我國現行法律實踐保障離婚自由、反對輕率離婚的價值取向。^[51]盡管該司法解釋已經被廢止，但該司法解釋中所歸納出來的關於《中國民法典》第1079條第2款規定的“感情確已破裂”的判斷方法，在當前的司法實踐中仍可作為平衡個人婚姻自主權和婚姻家庭二者關係的參考，^[52]有助於適當控制法院於此情形下的自由裁量權。

（三）特殊群體特別保護的限制

自然人享有婚姻自主權，但當自然人通過行使結婚自主決定權與他人締結婚姻而進入家庭關係後，那麼基於個人自由而生的婚姻自主權主要是離婚自主權的行使，就需要兼顧家庭關係中的其他因為該項權利的行使而受影響的自然人的利益保護，同時也需要兼顧以家庭為單位構建起來的社會整體利益的保護。這意味著，於此情形下自然人享有的離婚自由會因此受到適當限制。從《中國民法典》婚姻家庭編所作的規定看，這種限制主要包括兩個方面。

1. 對於女性、兒童身心健康的特殊保護

依據《中國民法典》第1082條規定，女方在懷孕期間、分娩後1年內或終止妊娠後6個月內，男方不得提出離婚；但女方提出離婚或者法院認為確有必要受理男方離婚請求的除外。作為具體人格權的婚姻自主權，通常情形下應符合《中國民法典》第1041條第2款規定的男女平等保護的基本原則，但在例外情形下，鑒於男性與女性因生理上的差別而存在實質上的不平等，因此法律在這種情形下需要對處於弱勢地位的女性給予特別保護。

通常而言，女方在懷孕期間和分娩後或終止妊娠後的特定時段內身心健康都處於康復、調理和修養狀態，與此同時，胎兒或嬰兒也處於發育階段而需要父母協作撫育。若此時男方提出離婚請求，既影響女方身體健康，也不利於胎兒或者嬰兒最大利益的實現。^[53]因此，這種情形下需要對男方的離婚自主權以一定的限制，以保護處於弱勢地位的女方及嬰兒。當然，該條對女方的保護並非絕對的，其在特定情形亦考慮婚姻家庭關係中的男方的合法利益與訴求。因此，該條規定“人民法院認為確有必要受理男方離婚請求的除外”，將婚姻關係中的男方的保護也納入到現行法關注的範疇。

從《中國民法典》的規定來看，對於婚姻關係中的男方的保護與女方的保護方式並不完全相同，立法者明確列舉了限制男方離婚自由的具體情形，但對男方離婚訴求的考慮則是通過概括規定來實現。這種情形下實際上賦予了法官對男方在特殊時期提出離婚訴訟享有自由裁量權，由此使其能夠在個案中對處於弱勢地位的女方的人身權益與重大人身利益受損或有受損之虞的男方的

[49] 參見李渝：《關於“感情確已破裂”的探討》，載《湘潭大學學報（哲學社會科學版）》1995年第6期，第112頁。

[50] 相關分析討論參見陳明俠、薛寧蘭：《關於離婚自由與我國裁判離婚標準的幾點思考》，《婦女研究論叢》1998年第6期，第18-23頁。

[51] 參見馬憶南、羅玲：《裁判離婚理由立法研究》，載《法學論壇》2014年第4期，第34頁。

[52] 參見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典婚姻家庭編理解與適用》，人民法院出版社2020年版，第261-262頁。

[53] 參見黃薇主編：《中華人民共和國民法典解讀：婚姻家庭編》，中國法制出版社2020年版，第202頁。

包括離婚自由在內的合法利益進行權衡保護。對於《中國民法典》第1082條規定的“確有必要”的情形，司法實踐中主要歸納出來如下幾種，具體包括：男方有充分證據證明女方婚前與他人發生性關係導致懷孕而男方不知情的或者婚內與他人發生性關係導致懷孕、分娩、終止妊娠行為的；雙方確有不能繼續共同生活的重大、急迫事由如女方意圖殺害男方或對男方拒絕履行扶養義務等；女方對男方有虐待或家庭暴力的；女方對幼兒有虐待遺棄行為的。^[54]亦即言，若女方因婚內出軌而懷孕，於此情形男方申請離婚的，法院通常情形下會受理且會予以支持。^[55]

2.對於軍人的特殊保護

依據《中國民法典》第1081條規定，現役軍人的配偶要求離婚，應征得軍人同意，但軍人一方有重大過錯的除外。給予現役軍人以特殊保護主要是基於公共利益、國家利益保護的需要而對其配偶的離婚自由的特殊限制。^[56]但對現役軍人一方的保護並不意味著對配偶方離婚自由的絕對限制，依據《中國民法典》第1081條但書規定，若軍人一方存在重大過錯，則應支持無過錯配偶方的離婚請求以保護其婚姻自主權。對重大過錯，《民法典婚姻家庭編解釋（一）》第64條規定“可以依據民法典第一千零七十九條第三款前三項規定及軍人有其他重大過錯導致夫妻感情破裂的情形予以判斷”。而《中國民法典》第1079條第3款前3項具體包括：重婚或與他人同居；實施家庭暴力或虐待、遺棄家庭成員；有賭博、吸毒等惡習屢教不改。除了《中國民法典》第1079條列舉規定的3種具體情形外，《民法典婚姻家庭編解釋（一）》第64條還概括規定了“軍人有其他重大過錯導致夫妻感情破裂的情形”。這就在限制和給予法官以個案中的自由裁量權之間作了比較好的平衡，使法官在對《中國民法典》第1081條規定的“重大過錯”的具體判斷上既可以保障法律適用的相對確定性，又可以使確定的法律規則能向豐富的社會生活適當開放，從而將那些嚴重違反社會公德並對夫妻感情造成嚴重傷害的行為如婚內出軌、^[57]強奸婦女、奸淫幼女、嫖娼等違法犯罪行為納入到本條但書的涵攝範圍，^[58]為非現役軍人一方的離婚自由的保護提供可能。

（四）違反法律規定限制離婚自主權的法律行為無效

與結婚自由一樣，離婚自由亦屬於自然人的基本人身權利，對於該項權利的限制應遵循《立法法》第8條規定的立法保留，在法律未對離婚自由明確規定予以限制的領域，任何意在限制離婚自由的法律行為都會因為違反《中國民法典》第1041條第2款規定的婚姻自由原則而無效。例如，在洪明與羅瑛確認合同效力糾紛案中，上訴人與被上訴人約定“日後誰先主動離婚，即同時放棄自己房產份額擁有權，並歸夫妻另一方所有”，法院即認為，該約定的內容表明“雙方當事人提出離婚是附條件的，即以放棄房產份額為前提，限制了當事人離婚自由，違反了《中華人民共和國婚姻法》第2條（亦即《中國民法典》第1041條第2款）規定的婚姻自由制度，對雙方當事人不產生法律效力”。^[59]

[54] 參見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典婚姻家庭編理解與適用》，人民法院出版社2020年版，第279頁。

[55] 參見王某某與被告陳某損害賠償糾紛案，江蘇省丹陽市人民法院（2019）蘇1181民初7866號民事判決書。

[56] 參見黃薇主編：《中華人民共和國民法典解讀：婚姻家庭編》，中國法制出版社2020年版，第197頁。

[57] 參見孫某與鄭某離婚後損害責任糾紛案，北京市第一中級人民法院（2018）京01民終7924號民事判決書。

[58] 參見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典婚姻家庭編理解與適用》，人民法院出版社2020年版，第273頁。

[59] 參見鄒洪明與羅瑛確認合同效力糾紛案，福建省龍岩市中級人民法院（2016）閩08民終673號民事判決書。

五、結論

婚姻自主權屬於《中國民法典》承認的具體人格權，具有人格權所具有的一般特性。同時，由於婚姻自主權涉及婚姻家庭的特殊保護，而後者構成社會共同體的基礎，因此對婚姻自主權而言，現行法在承認其為人格權的基礎上對其作出了特殊規定。這些特殊規定主要表現為法律在承認自然人享有結婚自由和離婚自由的同時，又對其了施加了各種限制。立法者意欲通過這些限制性規定來平衡享有婚姻自主權的自然人與婚姻家庭之間的緊張關係，平衡自然人與社會共同體之間的沖突關係，從而在承認和保護基於自然人人格尊嚴、人格自由發展而生的婚姻自主權的基礎上兼顧婚姻家庭的保護和社會共同體的維系。因此，我國現行法中婚姻自主權規則理解與適用中的核心任務仍然是處理婚姻自由的邊界問題。對此，當前學理應在《中國民法典》確立的基本規則基礎之上繼續深入展開研究，為個人、婚姻家庭與社會的平衡保護提供理論支持，助益於《中國民法典》平衡保護立法目的的實現。

Abstract: While Article 110, Paragraph 1, of the General Principles of the Civil Code enumerates the right to marital autonomy, it is not reiterated in the same manner as other specific personality rights in Article 990, Paragraph 1, of the Personality Rights section. Nonetheless, the right to marital autonomy possesses the fundamental attributes of personality rights, originating from the dignity and freedom of individual personality. In cases where there are no specific provisions concerning the enjoyment and protection of the right to marital autonomy in other laws, such as the Marriage and Family section of the Civil Code, it is necessary to refer back to the general provisions in the Personality Rights section for adjustment.

The enjoyment and protection of the right to marital autonomy, which is equally emphasized in the current legal framework, faces tension with the significance of marriage and family as the cornerstone of societal coexistence and development. Therefore, the rules established by the Civil Code regarding marital autonomy must acknowledge and protect the right based on the dignity and free development of individual personality while also striking a balance in safeguarding the interests of marriage and family as well as the corresponding social communities. This balanced protection is mainly achieved through various restrictive regulations established in the Marriage and Family section of the Civil Code concerning the right to marital autonomy. Consequently, both the freedom to enter into marriage before the establishment of a marital relationship and the freedom to divorce after entering into a marital relationship should be balanced on the basis of protecting the fundamental freedoms of individuals while also considering the interests of marriage and family as well as the broader social community.

Key words: Marital Autonomy; Personality Rights; Freedom to Marry; Freedom to Divorce; Divorce Cooling-off Period.

（責任編輯：唐銘澤）

從規範走向經驗的法學研究範式

劉建宏* 余頻**

摘要 “範式”理論經庫恩提出後在自然科學界和社會科學界均產生強大影響。在法學領域，代表不同研究範式的法教義學和社科法學的論戰持續已近十年。然而，在當前學科發展持續走向交叉融合的大趨勢下，自然科學的規律意識和可驗證性原則對法學研究的影響日益加深。法學研究範式應當順應趨勢，從規範主導轉向經驗主導。大數據時代背景下，法學與現代信息技術聯動使得經驗研究迎來方法層面上的革新，並形成以數據主導為特點的計算法學研究模式。

關鍵詞 法教義學 社科法學 經驗研究 計算法學 法學研究範式

“範式”（Paradigm）這一概念，最初由托馬斯·庫恩（Thomas Kuhn）在《科學革命的結構》一書中提出，意指“一些得到公認的科學成就，它們在一段時間內為某個研究者共同體提供了典型的問題和解答”。^[1]如今，範式的用法早已超出原有範疇，被廣泛地用來描述包括規律、理論、標準和方法等在內的一整套信念，並由一個時期的科學共同體所共用。範式的出現通常是革命性的，意味著一種全新的理解系統、理論框架、基本方法或學術傳統的形成。在庫恩看來，範式轉換一般是新範式出現並取代舊範式，新舊範式之間具有“不可通約性”。^[2]但在社會科學領域，範式轉換的模式有所不同，“理論範式只有是否受歡迎的變化，很少會被完全拋棄；範式沒有對錯之分，只有用處上的大小之分”。^[3]因此，社會科學的範式更迭並不意味著傳統範式被淘汰或不復存在，而是該學科在舊範式基礎上產生出新的思維方式、研究方法或理論體系。這一點奠定了本文對於不同範式之間關係的態度，即新的法學研究範式出現並不意味著舊範式的淘汰。

過去關於法學研究範式的討論莫衷一是，但幾乎未曾跳出過規範主導研究的圈子。例如，張文顯

* 劉建宏，澳門大學法學院特聘教授、博士生導師。

** 余頻，澳門大學法學院博士研究生。

[1] Kuhn, T, *The Structure of Scientific Revolution*, The University of Chicago Press, 1970, p. viii.

[2] 夏東榮：《對人文社會科學範式的認識與思考》，載《社會科學論壇》2023年第2期，第215頁。

[3] Babbie, E. R, *The Practice of Social Research*, Cengage learning, 2015, p.34.

等提出來“權力本位”的法哲學研究範式^[4]，劉劍文主張的領域法學範式^[5]，儲槐植強調的折衷範式等。^[6]直到一些學者新近提出了事實中心範式^[7]、法律實證研究範式^[8]、計算法學研究範式^[9]和數據法學範式^[10]，法學研究才開始反思規範中心的不足，並轉向對經驗主導下研究範式的思考。

一、回顧中國傳統法學格局

蘇力觀察指出自20世紀80年代至21世紀初，中國法學研究範式大致經歷了政法法學、詮釋法學和社科法學三個階段的演進，並構築成為中國法學的基本格局，這一論斷被普遍接受。^[11]本文將借鑒此觀點並將這三種範式視為法學研究的傳統範式，政法法學作為歷史產物已經走向衰敗，關於詮釋法學與社科法學的討論仍在繼續。

自1978年始至整個上世紀80年代正值改革開放初期，社會各界的主要任務是撥亂反正，重建經濟和政治體制。此時的法學知識體系尚不具備獨立性，而是依附於政治話語來論述其存在的合法性及正當性，這一時期的法學研究被概括為“政法法學”。^[12]政法法學可以被理解為是政策主導下的研究模式，其形成深受馬克思主義國家學說和法理論，以及蘇聯政治意識形態的影響。其思想根源來自傳統上作為政治或法律思想的內容，例如洛克、孟德斯鳩、盧梭等的作品。^[13]研究特點是與政治話語緊密結合，以政治正確為導向來論證法學問題。^[14]政法法學的研究進路可以概括為兩種，“一種是挖掘政治話語中的法制成分，另一種是探討法律話語背後的政治立場或政治邏輯”。^[15]儘管蘇力在後來的調整論斷中分析政法法學或有重生之勢，但從宏觀的科學發展史來看，隨著法學學科的獨立建設，法學研究逐漸脫離政治話語體系，政法法學也將由此淡出歷史舞臺。

隨著改革開放進程的深入，在重建經濟的改革目標下，依賴國家權力直接控制社會的模式不能滿足市場從事經濟活動的需求，國家治理進而轉向尋求法律的間接控制。^[16]面對改革初期“無法”

[4] 張文顯、於寧：《當代中國法哲學研究範式的轉換——從階級鬥爭範式到權利本位範式》，載《中國法學》2001年第1期，第63-79頁。

[5] 劉劍文：《論領域法學：一種立足新興交叉領域的法學研究範式》，載《政法論壇》2016年第5期，第3-16頁。

[6] 儲槐植：《提倡折衷——法學研究範式檢討》，載《浙江社會科學》2005年第3期，第87-90頁。

[7] 郭棟：《法律社會科學的研究範式、問題與出路》，載《人大法律評論》2019年第1期，第303-328頁。

[8] 左衛民：《一場新的範式革命？——解讀中國法律實證研究》，載《清華法學》2017年第3期，第45-61頁。

[9] 申衛星、劉雲：《法學研究新範式：計算法學的內涵、範疇與方法》，載《法學研究》2020年第5期，第3-23頁；肖金明、方琨：《計算法學研究範式的闡釋與構建》，載《法學評論》2023年第3期，第26-34頁。

[10] 曾贊：《第四種法學知識新形態——數據法學的研究定位》，載《法制與社會發展》2023年第1期，第41-59頁。

[11] 在談到中國法學知識的演變時，學者們似乎普遍認可蘇力的這一觀察，例如：陳興良：《法學知識的演進與分化——以社科法學與法教義學為視角》，載《中國法律評論》2021年第4期，第73-82頁；侯猛：《法的社會科學研究在中國：一個學術史的考察》，載《社會科學》2023年第3期，第12-23頁；左衛民：《大數據時代法學研究的譜系面向：自科法學？》，載《政法論壇》2022年第6期，第32-43頁。

[12] 參見蘇力：《也許正在發生——中國當代法學發展的一個概覽》，載《比較法研究》2001年第3期，第1-9頁。

[13] 參見成凡：《是不是正在發生？外部學科知識對當代中國法學的影響，一個經驗調查》，載《中外法學》2004年第5期，第594頁。

[14] 參見何海波：《中國行政法學研究範式的變遷》，載《行政法論叢》2008年第11卷，第500頁。

[15] 李波：《政法法學的“偏執”抑或法教義學“誤入歧途”？——評〈法學知識“去蘇俄化”的表達與實質——以刑法學為分析重點〉一文》，載《中國海洋大學學報(社會科學版)》2023年第4期。

[16] 賀欣：《轉型中國背景下的法律與社會科學研究》，載《北大法律評論》2005年第2期，第24-25頁。

和“法不健全”的問題，如何建立行之有效的法律體系以及解釋法律便成為這一時期法學學科建設的核心目標。自此，注重邏輯推理和概念分析的詮釋法學（後多被稱為“法教義學”）興起，並在相當長的時間裏成為法學研究的主流範式。在蘇力看來，詮釋法學的特點是“高度關注具體的法律制度和技術問題，注意研究現實生活中具體的法律問題”。^[17]法教義學最早在部門法中繁榮發展，在刑法、民法、刑訴法和行政法等部門法中形成了一股教義學研習的熱潮。例如，1979年刑法頒行後，刑法學者首先採用注釋方法對刑法文本及刑法適用問題進行研究，初步形成刑法理論體系。^[18]此外，民法學界中的鑒定式案例研習和法律評注研究也推動了法教義學的發展。^[19]

進入80年代後，個別傳統的部門法已經形成穩定的知識體系，確立了作為法學分支學科的地位。在學科構建逐步深入的背景下，尋求法律運作規律的知識需求遠超於法律規範解釋的需求，一些學者便開始反思不同學科之間的聯繫，主張法學問題的解決有賴於其他社會科學的知識與經驗，並試圖運用社會科學的方法來研究法律問題，解釋法律現象。^[20]1987年9月召開的首屆“法律社會學理論討論會”討論了法學與社會學的聯繫，將法律社會學定義為“法學和社會學的科際整合物”，致力於考察現實的社會問題來研究法律的實施、功能和效果。^[21]這一時期中國法社會學的特點是大量翻譯西方經典，移植和解釋西方的社會學理論作為法律社會學的理论基礎，並開始初步運用實證研究方法。^[22]到了90年代中後期，以夏勇主編的《走向權利的時代》和蘇力的《法治及其本土資源》兩本書的出版為標誌，中國的法社會學研究走入鄉土社會，開啟了以中國本土社會變革和法制實踐為主要研究對象的法學實證研究。^[23]蘇力後來將法社會學定位為“社科法學”，並預言社科法學將在中國法學的未來發展中“扮演一個突出的角色”。^[24]社科法學也被稱為“法律的社會科學研究”，強調運用社會科學的知識和方法來解決法律問題，在知識體系上吸收了社會學、經濟學、政治學和人類學等學科的認識成果，在研究方法上強調與其他社會科學研究方法相融合。儘管社科法學至今尚未形成統一的研究進路，但總體上不再過於突出各自研究的異處，而是聚焦於定性與定量研究、因果關係探索和規律性總結等經驗研究的共識之上。社科法學的興起促使法學領域跨學科研究的蓬勃發展，法學與其他社會科學之間展開了廣泛的跨界對話和合作。

隨著社科法學概念的提出和法教義學研究的全面開展，法學研究在雙方的交鋒和碰撞中持續推進。這場交鋒最初在法理學領域上演，後來轉戰到部門法學，甚至上升為關於中國法學理想圖景的評判問題。

二、重構法教義學與社科法學的關係

基於在研究取向和研究方法上的差異，法教義學與社科法學兩種範式之爭已經持續近十年。2014

[17] 蘇力：《也許正在發生——中國當代法學發展的一個概覽》，載《比較法研究》2001年第3期，第3頁。

[18] 參見陳興良：《法學知識的演進與分化——以社科法學與法教義學為視角》，載《中國法律評論》2021年第4期，第77頁。

[19] 參見雷磊：《法教義學：關於十組問題的思考》，載《社會科學研究》2021年第2期，第9頁。

[20] 參見孫海波：《論法教義學作為法學的核心——以法教義學與社科法學之爭為主線》，載《北大法律評論》2016年第1期，第225-226頁。

[21] 龔津航：《改革與法律社會學——我國首次舉行法律社會學理論討論會》，載《法學》1987年第10期。

[22] 參見Liu S, Wang Z. *The Fall and Rise of Law and Social Science in China*, Annual Review of Law and Social Science, 2015, 11, p.373-394.

[23] 參見劉思達：《中國法律社會學的歷史與反思》，載《法律和社會科學》2010年第2期，第25-37頁。

[24] 蘇力：《也許正在發生——中國當代法學發展的一個概覽》，載《比較法研究》2001年第3期，第7頁。

年以“社科法學與法教義學的對話”為主題的學術研討會正式拉開法教義學與社科法學正面交鋒的序幕，時隔七年，2021年《中國法律評論》雜誌社組專欄重新審思兩種學術傳統，而就在2023年六月舉辦的第二屆“法教義學與社科法學的對話”研討會將討論視角轉向新科技時代的具體問題，再次掀起二者論戰的高潮。面對三番五次的學術論戰，我們不禁要問法教義學與社科法學究竟在爭什麼？法理學學者將這場爭論解釋為“法律與社會科學”和“規範分析法學”的進路之爭，^[25]其他學者認為這是一場知識論之爭、^[26]方法論之爭、^[27]研究視角之爭、^[28]司法哲學之爭、^[29]或是學科定位之爭。^[30]

（一）法教義學與社科法學為何而爭？

法教義學與社科法學的差異具體表現在知識論和方法論兩個維度。知識論之爭認為法教義學和社科法學是法學知識分化的結果，分別代表不同的法學知識形態。^[31]法教義學關注的是以規範身份出現的法律，也就是法律的應然狀態，即“應該怎麼樣”的問題；而社科法學研究的是以經驗現象面目呈現出的法律現象，觀察法律運作的實然狀態，即“是怎樣”的問題。^[32]換言之，法教義學側重研究“書本中的法”，而社科法學更重視“社會生活中的法”。方法論之爭將二者理解為法學研究方法層面上的不同應用，法教義學從法律規範出發，開展以法律解釋活動為主的意義闡釋、法學建構和體系化研究^[33]；而社科法學傾向於從問題意識出發，討論法律問題產生的原因，尋找法律事實之間的因果關係，以追求因果規律和結論的可驗證性為研究目標。^[34]相較於法教義學對規範研究的推崇，社科法學更注重從經驗進路辨析因果關係。

在對待這場論戰的態度上，“法教義學陣營”和“社科法學陣營”各持立場，互相對抗。在法教義學陣營，孫海波認為“法教義學是法學的核心”，並且社科法學的知識體系依賴於法教義學。^[35]類似的主張將法教義學視為法學的主流和基礎，^[36]在法學研究中處於主導或支配地位。^[37]社科法學的倡導者蘇力則對社科法學秉持絕對的自信，毫不掩飾地表達對社科法學的抬高。^[38]其他支持者常引用霍姆斯的名言“法律的生命不在於邏輯，而在於經驗”來論證社科法學的優先地位，甚至將

[25] 尤陳俊：《不在場的在場：社科法學和法教義學之爭的背後》，載《光明日報》2014年8月13日，第16版。

[26] 陳興良：《法學知識的演進與分化——以社科法學與法教義學為視角》，載《中國法律評論》2021年第4期，第81頁。

[27] 宋旭光：《面對社科法學挑戰的法教義學——西方經驗與中國問題》，載《環球法律評論》2015年第6期，第117頁；陳瑞華：《法學研究方法的若干反思》，載《中外法學》2015年第1期，第22頁。

[28] 謝暉：《法學研究的兩種視角——兼評“法教義學和社科法學”邏輯之非》，載《法學評論》2022年第1期，第17-30頁。

[29] 錢一棟：《規則至上與後果主義的價值理由及其局限——從法教義學與社科法學之爭看當代中國司法哲學》，載《甘肅政法學院學報》2018年第4期，第12-28頁。

[30] 雷磊：《自然法學如何進入法教義學與社科法學之爭？》，載《中國社會科學報》2015年7月20日第5版。

[31] 參見陳興良：《法學知識的演進與分化——以社科法學與法教義學為視角》，載《中國法律評論》2021年第4期，第81頁。

[32] 參見陳柏峰：《社科法學及其功用》，載《法商研究》2014年第5期，第67-73頁。

[33] 參見雷磊：《法教義學的方法》，載《中國法律評論》第2022年第5期，第77頁。

[34] 參見吳義龍：《社科法學如何處理規範性問題？——兼與雷磊教授商榷》，載《中外法學》2022年第6期，第1581頁。

[35] 孫海波：《論法教義學作為法學的核心——以法教義學與社科法學之爭為主線》，載《北大法律評論》2016年第1期，第201頁。

[36] 孫笑俠：《法學的本相兼論法科教育轉型》，載《中外法學》2008年第3期，第423頁。

[37] 肖新喜：《科學哲學視域下法教義學與社科法學審思》，載《求是學刊》2022年第6期，第128頁。

[38] 參見蘇力：《中國法學研究格局的流變》，載《法商研究》2014年第5期，第65頁。

社科法學看作是“以批判並改善法教義學的僵化封閉為指向”的研究進路。^[39]陣營雙方不僅各持己見，還對彼此抱有懷疑和批評的態度。社科法學批評法教義學在知識來源上主要依賴對外國法學的繼受，忽視了中國法律實踐的經驗；^[40]在方法運用上缺乏經驗方法的支撐，容易陷入難以自證的邏輯困境；^[41]在實用效果上無法以簡單的統一規則來解釋複雜的實際問題。^[42]也有支持者認為社科法學與法教義學是上位與下位的關係，例如，蘇力認為社科法學研究一切與法律相關的現象和問題，可以將法教義學所關注的法律適用和解釋工作也囊括在轄域之內。^[43]謝暉的觀點類似，主張法教義學和社科法學都屬於社會科學的範疇，正確的邏輯關係是法教義學屬於社科法學。^[44]同樣地，社科法學也遭受著來自法教義學的質疑，例如，批評社科法學缺少統一集中的理論範式和問題意識；^[45]或是批評社科法學採用外在的觀察和描述方法來開展研究，忽視了對法律規範性的重視。^[46]也有學者更為偏激地將社科法學看作是“一種破壞性的力量”，缺少獨特的研究方法和對法律的信仰。^[47]

在理清法教義學和社科法學的爭點和立場後，本文並不打算站隊哪一方陣營，因為這場爭鋒或許確如某些學者所講是“一場誤會”。^[48]這樣講並非是要當“和稀泥”式的和事佬，而是論戰雙方確實沒有爭論的必要性。法教義學和社科法學本就是分別代表了規範和經驗的不同研究範式，具備各自的功能和分工，二者並無孰優孰劣之分，更不會產生一方吞併另一方的結果。並且各有分工並不代表不能溝通，實際上完全存在以分工為基礎走向合作的可能性。當前越來越多的聲音主張社科法學與法教義學的未來方向是合作與融合，例如蘇永欽強調的“法學為體，社科為用”。^[49]更進一步，有學者構建出雙方協作的具體領域。張翔主張“立法”是“可以承載法教義學與社科法學協作與溝通的議題”；^[50]稅兵指出“對疑難案例的法律論證”是最可能融合法教義學與社科法學的場域。^[51]宋旭光建議的合作路徑是法教義學對社科法學的經驗成果進行解釋和論證，並轉化為法律話語融入法律體系。^[52]這種求同存異的合作觀不無道理，與其意氣地支持或貶損某一方，不如先嘗試在各自的領地範圍內尋求共識，促進雙方的溝通與協作。

[39] 張翔：《走出“方法論的雜糅主義”——讀耶利內克〈主觀公法權利體系〉》，載《中國法律評論》2014年第1期，第202-209頁；凌斌：《法教義學、社科法學與群眾路線：法學方法論反思》，載《地方立法研究》2022年第6期，第90-108頁。

[40] 參見凌斌：《什麼是法教義學：一個法哲學追問》，載《中外法學》2015年第1期，第226頁。

[41] 參見趙軍：《探索、檢驗與刑法教義學的“翻新”——從經驗方法拓展到研究取向轉變》，載《中國法律評論》2023年第3期，第139-151頁。

[42] 參見蘇力：《中國法學研究格局的流變》，載《法商研究》2014年第5期，第65頁。

[43] 蘇力：《中國法學研究格局的流變》，載《法商研究》2014年第5期，第60-61頁。

[44] 參見謝暉：《法學研究的兩種視角——兼評“法教義學和社科法學”邏輯之非》，載《法學評論》2022年第1期，第17-30頁。

[45] 參見強世功：《中國法律社會學的困境與出路》，載《文化縱橫》2013年第5期，第117頁。

[46] 參見孫海波：《論法教義學作為法學的核心——以法教義學與社科法學之爭為主線》，載《北大法律評論》2016年第1期，第215頁。

[47] 白斌：《方枘圓鑿：社科法學對法教義學的攻擊》，載《中國社會科學報》2015年5月20日，第A08版。

[48] 侯猛：《社科法學vs.法教義學：一場誤會》，在“中國首屆法社會學年會”上的發言。

[49] 蘇永欽：《法學為體，社科為用——大陸法系國家需要的社科法學》，載《中國法律評論》2021年第4期，第83-95頁。

[50] 張翔：《立法中的憲法教義學——兼論與社科法學的溝通》，載《中國法律評論》2021年第4期，第96-107頁。

[51] 稅兵：《超越民法的民法解釋學》，北京大學出版社2018年版，第6-7頁。

[52] 參見宋旭光：《面對社科法學挑戰的法教義學——西方經驗與中國問題》，載《環球法律評論》2015年第6期，第128-129頁。

（二）內部規範與外部經驗的跨域合作

法教義學和社科法學分屬法學的內在視角和外在視角，這兩種視角是相互包含和影響的關係^[53]。“沒有社會學的教義學是空洞的，而沒有教義學的社會學是盲目的”，^[54]這句話在一定程度上指出了法教義學與社科法學的相互依賴性和溝通可能性。法學研究常常需要綜合運用兩種範式，以獲得更全面和深入的理解。在真實的法律運作中，法教義學和社科法學至少在法律解釋、判決說理和立法考量等三個方面對經驗要素的運用存在共識。

其一，結合規範文本與經驗素材的法律解釋。法教義學一般被看作是“對由本國立法條文和司法案例中的法規範構成的實定法秩序做出體系化解釋的法學方法。”^[55]包括意義闡釋、法學建構和體系化等多重作業方式，其中“法律解釋（闡釋）”是法教義學最基礎的工作。^[56]在解釋論層面上，法教義學的任務是解釋製定法，填補可能的漏洞，為法官判案提供依據。^[57]有學者認為法教義學“對現行法確信”的基本立場預設了方法體系和知識體系的封閉性，^[58]但法學作為一門社會性的學科，需要解決的是真實世界的問題，法律制度的運作必然受到社會外界的影響。^[59]同樣地，法教義學研究無法完全脫離社會現實，儘管法教義學以“法律約束”為基本立場，但並不排斥對經驗事實的運用。^[60]尤其是當一些法律條文的規定本身就蘊含社會事實時，生活現實、交易需求、利益狀態和價值觀念等經驗要素都應該成為解釋時的考量因素。^[61]比如，“公共利益”作為一個至今未被解釋清楚的重要概念，是法律規範更是社會事實。^[62]這種抽象法律概念很難依靠對法律文本的規範分析進行準確清晰的界定，識別公共利益的含義必須要考慮到社會經驗事實，否則只能解釋出一個空泛的理想概念。類似的開放性法律概念還有很多，諸如重大社會影響、嚴重社會危害、兒童最佳利益原則等。想要獲得客觀準確的經驗事實，必須借助社會科學的知識和方法。^[63]而社科法學所做的就是將法律及其現象還原描述成為一種外在事實。呈現社會事實是社科法學的首要使命，然後才是根據所描述的事實來理解社會，並在此過程中更好地還原社會事實並加以解釋。^[64]具體而言，法人類學借助田野調查來觀察特定人群中的法律運作現象和規律；法社會學關注法律與社會的互動關係，研究社會環境對法律的影響和法律的社會效果；法經濟學從效率出發，通過利益衡量評估司法效益和法律資源分配的正當性等。

其二，平衡內部規範與外部事實的判決說理。司法裁判的基本功能是將法律規範與案件事實相結

[53] 參見Dworkin, R, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.13-14.

[54] Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie: Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, 1962, S.122.轉引自雷磊：《法教義學的基本立場》，載《中外法學》2015年第1期，第203頁。

[55] 凌斌：《什麼是法教義學：一個法哲學追問》，載《中外法學》2015年第1期，第226頁。

[56] [德]拉德布魯赫：《法哲學導引》，雷磊譯，商務印書館2021年版，第8頁；車浩：《法教義學與體系解釋》，載《中國法律評論》2022年第4期，第105頁。

[57] 參見張倫淞：《作為教學方法的法教義學：反思與揚棄——以案例教學和請求權基礎理論為對象》，載《法學評論》2018年第6期，第127頁。

[58] 參見李忠夏：《功能取向的法教義學：傳統與反思》，載《環球法律評論》2020年第5期，第5-20頁。

[59] 賀欣：《經驗地研究法律：基於社會科學的外部視角》，載《學術月刊》2021年第3期，第107頁。

[60] 雷磊：《法教義學的基本立場》，載《中外法學》2015年第1期，第198頁。

[61] 參見雷磊：《法教義學的方法》，載《中國法律評論》第2022年第5期，第84頁。

[62] 參見薛宇：《公共利益的概念》，澳門大學2023年博士學位論文，第4頁。

[63] 參見賀欣：《經驗地研究法律：基於社會科學的外部視角》，載《學術月刊》2021年第3期，第108頁。

[64] 參見侯猛：《社科法學的傳統與挑戰》，載《法商研究》2014年第5期，第76頁。

合，並得出恰當的解決方案。^[65]在司法裁判活動中，法教義學與社科法學的共識是為法官提供思維上的指導，但二者的方式有所不同。法教義學是以一種體系化的、連貫的方式呈現法律規範中的明晰規定，消解制定法條文中的歧義，從而為法官開展司法裁判工作提供更為清晰和權威的指南，指導法官進行法律適用。而社科法學則是提供相關的經驗性知識，幫助法官運用社會科學知識進行決斷，為法官的裁判提供後果性的資訊輔助，推動司法活動實現“法律效果與社會效果的有機統一”。在社會環境日益複雜的情況下，法官在理性判斷之餘也需要社會科學判斷，尤其是在解決重大疑難案件時，法官需要運用到社科法學的知識理論，並考慮案件對當事人的影響和對社會經濟生活的後果。^[66]當然了，對外部事實的吸收並非是要脫離規範，更多的情況是將社科成果通過法教義學的解釋論證轉介為法律術語，比如司法政策或司法解釋，從而納入法律體系。^[67]

其三，兼具規範意義與結果意義的立法考量。法教義學可以對現行立法體系進行批判，通過法律的價值分析和解釋來確認立法目的，為新的立法工作提供與舊規範之間成體系化的建議。但法教義學始終更關注對現行法的解釋和適用，對立法最多是發揮輔助作用。而在社科法學看來，法律具有不確定性和可修正性，社科成果並不止步於揭露經驗事實，研究最終還是要面對法律規範，走向法律決策。^[68]具體而言，社科法學在法律的形和法律的後果兩個階段作用於立法。^[69]立法需要科學性，社科法學的研究成果為舊法修改和新法制定，以及相關法律政策的形成提供科學的立法事實依據；立法面向實用性，社科法學通過經驗研究對法律效果和社會影響進行評估預測，運用客觀的經驗事實檢驗立法目標是否實現，從而提高立法質量。如拉倫茨所總結，法教義學在立法準備上須與其他學科，特別是經驗性的法社會學合作，研擬出一些與現行法相適應的解決建議，供立法者進行選擇。^[70]簡言之，就是為改善法律提供必要的建議。^[71]

堅持現行法的權威性是法教義學的基本態度，但法律是社會事實的產物，法學研究的規範導向也難以脫離社會經驗。^[72]如舒國滢所言，“法教義學的規範分析必然以法律事實、法律行為和法律問題的經驗描述為基礎，對法律制度和司法裁判的評價也必然建立在對實在法律制度和實際的裁判的描述基礎之上”。^[73]在日益複雜的社會環境下，法教義學轉向關注社會現象的開放性探索，在規範命題內接納並吸收社科法學的成果，實現跨域合作是必然趨勢。

三、大數據時代經驗研究的新走向

如果說法學研究從規範到經驗或從邏輯形式思維到觀察形式思維，是一次研究範式從內部視角到

[65] 參見雷磊：《法教義學之內的社會科學：意義與限度》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2023年第4期，第14-32頁。

[66] 參見侯猛：《社科法學的傳統與挑戰》，載《法商研究》2014年第5期，第76頁。

[67] 參見宋旭光：《面對社科法學挑戰的法教義學——西方經驗與中國問題》，載《環球法律評論》2015年第6期，第129頁。

[68] 郭棟：《法律的社會科學研究：理論邊界與跨域協同》，載《經貿法律評論》2019年第4期，第143頁。

[69] 參見侯猛：《立法的社會科學：規範性的追問》，載《中國法律評論》2021年第4期，第108-120頁。

[70] [德]卡爾·拉倫茨：《法學方法論》（第6版），黃家鎮譯，商務印書館2020年版，第303—304頁。

[71] 參見雷磊：《法教義學能為立法貢獻什麼》，載《現代法學》2018年第2期，第25-40頁。

[72] Christiani T A. *Normative and Empirical Research Methods: Their Usefulness and Relevance in the Study of Law as an Object*, *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 2016, 219, p.201-207.

[73] 舒國滢：《法學的知識譜系》，商務印書館2020年版，第1626頁。

外部視角的轉變。那麼在大數據時代背景下，計算法學（Computational Law）的出現可以看作是經驗研究領域的最新發展，代表了從弱經驗到強經驗的巨大進步。法律的經驗研究（Emperical Legal Research）是社科法學中最基本和最重要的方法之一，涵蓋定性研究和定量研究，定性研究重視對社會現象性質的分析，定量研究則是運用數學方法從量化的角度考察現象之間的聯繫。^[74]傳統的經驗研究方法或是專注於個案的解剖分析，或是對有限數據基於人力計算的統計分析。^[75]在過去的幾十年中，社會科學發展的大趨勢是從定性研究為主逐漸向定量研究為主轉變，這可以被視為經驗研究的1.0階段。計算法學是在經驗研究（尤其是定量研究）的方法論框架內推進的，但在數據處理量級和數據處理效能上都有顯著進展。它借助計算機科學和大數據工具來收集、分析和理解大量的非結構化數據，強調統計學和機器學習技術與法律問題的深度融合。因此，計算法學代表了經驗研究的2.0階段，以數據主導為特點。

（一）以數據主導為特點的計算法學

隨著“法學+信息技術”的成規模化發展，計算科學對法學研究的視角和方法產生了深刻的影響，計算法學正是這一進程中的新興產物。然而，計算法學的內涵尚未充分明確，有學者將其劃歸到實證法學的範疇，認為二者都是基於經驗數據的量化研究^[76]，另有觀點認為計算法學是計算科學與法學交叉融合的產物，是科技賦能下的新法科^[77]，更激進的觀點主張“計算法學作為一門新興的學科顛覆了傳統法學的研究範式，不僅對傳統法學是一種補充，更是一種研究視角的轉換”。^[78]域外研究中與計算法學相近的概念是法律分析中的計算方法（Computational Methods for Legal Analysis）或計算法律研究（Computational Legal Study），是使用科學和統計工具來收集、分析法律文本以進行法律研究的方法。^[79]本文主張計算法學是在大數據和人工智慧驅動下量化研究的進階版本，與量化研究共享計算思維和統計學知識，但在算力和應用上突破了傳統量化研究的框架，以前所未有的深度、廣度和規模收集與分析數據。^[80]

計算法學以數據主導為特點，將計算科學和信息技術應用於法學研究、法律實踐和法律服務領域。借助機器學習、人工智慧、自然語言處理、大數據分析、數據挖掘、網絡分析、計算機模擬、因果推斷和區塊鏈等技術和方法，計算法學延伸了傳統量化研究的邊界。傳統的量化研究方法通常依賴於社會調查和系統抽樣等方式來獲取有限的樣本數據，並運用描述性統計和簡單回歸分析等方法來分析數據，這種方法在一定程度上受限於數據的可用性和樣本的代表性。而計算法學依賴於大規模數據的收集和處理，利用複雜的計算工具和模型對海量數據進行分析，發現其中的模式、關聯和趨勢，從而提供更深入的洞察和預測能力。計算法學在處理社會現象方面具有更強的能力。隨著社會現象的複雜化和數據的爆炸性增長，傳統方法已無法有效處理大規模、高維度、非結構化的社會數據。計算法學的出現克服了當前法學研究中的數據障礙，豐富了可用的數據類型，擴寬了數據

[74] 參見劉建宏：《“經驗”方法與法學研究》，載《西南政法大學學報》2007年第3期，第35頁。

[75] 參見左衛民：《大數據時代法學研究的譜系面向：自科法學？》，載《政法論壇》2022年第6期，第32-43頁。

[76] 參見左衛民：《中國計算法學的未來：審思與前瞻》，載《清華法學》2022年第3期，第199-200頁。

[77] 參見肖金明、方琨：《計算法學研究範式的闡釋與構建》，載《法學評論》2023年第3期，第26頁。

[78] 張妮，蒲亦非：《計算法序導論》，四川大學出版社2015年第1版，第2頁。

[79] Frankenreiter, J., & Livermore, M. A.. *Computational Methods in Legal Analysis*, Annual Review of Law and Social Science, 2020, 16, p.39-57.

[80] Lazer D, Pentland A, Adamic L, et al. *Computational Social Science*, Science, 2009, 323(5915), p.721-723.

來源的渠道，並增加了數據處理的規模。

傳統法學研究主要使用結構化數據，如法律年鑒、統計年鑒和司法機關工作報告。這些數據雖然容易獲取，但在信息豐富度上存在局限性。相比之下，裁判文書、庭審記錄、法律文本和音頻視頻等半結構化或非結構化數據蘊含更多細節和背景資訊。然而，傳統的人工處理方法在處理這些數據時面臨著信息量損失、語義偏差和效率低下的困難。計算法學可以借助數據挖掘、自然語言處理、圖像識別等技術優化對這類數據的收集和處理能力，從而豐富可用的數據類型。例如，通過自然語言處理技術可以對法律文本進行語義分析、關鍵信息提取和情感分析，從中獲取更深層次的內容；圖像識別技術可以識別和分析庭審記錄中的圖像和視頻數據；數據挖掘技術可以幫助挖掘大規模的法律數據集，發現其中的模式和規律。

自2013年“中國裁判文書網”開通後，裁判文書成為法學經驗研究的主流數據來源之一。但裁判文書存在一些固有缺陷，如公開範圍限制和不完全記載，這可能導致數據缺失和數據偏差，過度依賴裁判文書作為唯一的數據資源也會限制研究的需求。^[81]實際上，互聯網上存儲著大量的司法案例、網民留言、新聞報導和輿情民意等資源，其中蘊含著豐富的免費語料資訊可用作法學研究。借助計算技術，如網絡爬蟲、網絡嗅探和社交媒體採集等技術，可以實現對各種網絡資源的自動化抓取、存儲和分析，從而擴寬法學研究數據的獲取渠道。計算法學還增加了數據處理的規模和準確性。傳統的經驗研究通常使用百級或千級的樣本量進行分析，超過萬級樣本量的研究需要面對巨大的數據處理挑戰。人工處理如此龐大的樣本量是一項耗時耗力的工作，而且可能受到主觀因素和人為錯誤的影響，導致結果的不一致性。使用人工智能的機器學習技術，研究者可以在短時間內批量處理百萬、千萬甚至億級的數據量，通過增加計算資源和優化算法來適應數據規模的增長。機器學習技術在處理大規模數據時具有高度的可擴展性，能夠並行處理大量的數據，並且自動從數據中學習和提取特徵。這樣可以提高數據處理的效率，並且保持較高的準確度和一致性。

計算法學擴展了法學研究成果的應用範圍。傳統的法學研究主要圍繞實定法律體系展開，以規範性解釋為導向，其研究成果主要用於解釋適用法律或提供完善立法的建議，屬於“規範主導型”研究。^[82]而計算法學研究以數據為基礎，通過複雜技術分析和模型建構探索數據之間的因果關係和隱藏規律，並對未來的情況進行預測性分析，其研究成果廣泛應用於犯罪風險和趨勢預測、重點案發地預測、警力分配、量刑預測和訴訟結果預測等法律實踐中，屬於“數據主導型”研究。與“規範主導型”研究相比，數據主導下的研究將“書本中的法”延伸到“實踐中的法”，更關注法律運行的實際情況及其未來趨勢。計算法學借助數據分析和預測模型的能力，可以幫助決策者更好地理解 and 應對法律問題，為法律實踐提供了具有實用性和預測性的決策支持。

需要特別強調的是，儘管計算法學在方法論上強調數據主導和計算工具的應用，但它並不能脫離傳統法學研究的本體。法律本質上是用以規範人類行為和社會關係的工具，法學研究仍然以法律及其相關社會現象為對象。因此，將法學研究描述為數據主導更多地是在方法論層面上強調了法學研究借助新技術和新平台實現了研究方法的創新。這種創新使得法學研究能夠更廣泛地與計算機和信息科學領域交叉，不再局限於社會學、人類學和經濟學等社會科學範疇，而是擴大到計算科學的領域。通過整合計算科學、數據科學和法學等領域的知識和方法，計算法學為法學研究提供了新的可

[81] 左衛民、王嬋媛：《基於裁判文書網的大數據法律研究：反思與前瞻》，載《華東政法大學學報》2020年第2期，第72頁。

[82] 傅愛竹：《數據法學對傳統法學的挑戰與應對——以山東大學“數據法學”建設為例》，載《新文科理論與實踐》2022年第3期，第107頁。

能性和視角。

（二）計算法學研究的機遇與困境

根據黨的二十大報告，加強基礎學科、新興學科和交叉學科的建設，以及快速建設中國特色世界一流的大學和優勢學科是當前教育發展的重點。《新文科建設宣言》進一步明確了推動現代信息技術如人工智慧和大數據與文科專業深入融合的重要性，同時要求積極發展新興文科專業，改造和升級傳統文科專業，實現文科與理工農醫的深度交叉融合。現代信息技術所蘊含的巨大潛力，可以提高文科研究的深度和廣度，為文科研究轉型注入強大動力。

在法學領域，新興信息技術的引入為法學研究帶來了新的機遇。在法學轉型的背景下，法學教育和學科建設積極回應這場變革，多所高校開設了計算法學研究專業和課程，並設立相關研究中心。例如，澳門大學法學院成立了“實證法學研究中心”，並在行政當局投資與發展開支計劃（PIDA）項目資助下建設了“實證法學中心實驗室”，旨在將人工智慧和大數據處理技術融入法學研究的方法論層面。另外，清華大學已於2018年開設了全日制法律碩士項目中的“計算法學”方向，增設了與互聯網、數字經濟和信息技術相關的課程，主要培養精通法學與信息科學交叉研究的複合型人才。^[83] 2019年，清華法學院進一步成立了中國計算法學發展聯盟，由六所高校共同合力發起，旨在推動法律與計算科學技術的交叉融合，將計算法學發展為科學的學科體系。^[84] 而在2023年4月，中國計算機學會成立計算法學分會，繼續推動法學研究的數據化轉型。^[85] 計算法學的學術研究成果在司法實踐中也得到了廣泛應用，例如，浙江省高院打造的“全域數字法院”、重慶的“全渝數智法院”建設以及福建翔安法院的“數助決策”實踐基地等，都推進著司法運行模式的計算化變革。

以“大數據+”形式出現的數字與計算科學技術，在社會科學的多個研究領域掀起一股數字化浪潮。這一浪潮已經催生了計算經濟學、計算人口學、計算政治學、計算傳播學、計算心理學和計算教育學等新興交叉學科。其中，經濟學、傳播學和心理學等領域發展迅速，與機器學習、人工智慧和數據挖掘的結合較為緊密，教育學領域尚處在構建範式的初級階段。相對於其他社會科學學科，法學在與計算科學的交叉融合方面起步較晚且面臨較高的融合難度。不可否認已有的學術討論和實踐操作是法學研究進程中的寶貴努力，但遺憾的是這些努力面臨著浮於表面的困境，缺少真正的技術對接是當前發展的一大缺陷。現有的進展更多地是不斷提出新名詞和新概念，而沒有把計算科學技術實質性地應用到法學研究領域，這將依舊擺脫不了“新瓶裝舊酒”的現實短板。

法學學科孤立封閉的歷史原因和學術研究人員背景單一的現實原因是導致法學與計算科學交叉融合困境的重要因素。從歷史上看，法學長期以來受到教義學的主導，強調對法律文本的規範分析和解釋。這種法律文本中心的研究模式導致了法學的封閉性，法學與數據之間的對話空間相對較小。直到近年來，隨著社科法學的興起，法學開始與其他社會科學學科進行交流和融合，借鑒數量思維和其他學科的研究方法來分析法學問題。隨著計算技術的引入，法學研究逐漸朝向數據主導型的研究方向發展。然而，要改變法學長期以來的自我封閉狀態，接納計算科學和信息技術仍然是一個具

[83] 參見《清華大學法律碩士(計算法學)研究生學位項目介紹》，載清華大學法學院官網2021年9月27日，<https://www.law.tsinghua.edu.cn/info/1080/12949.htm>。

[84] 參見《中國計算法學發展聯盟在京成立並召開第一次工作會議》，載清華大學法學院官網2019年9月23日，<https://www.law.tsinghua.edu.cn/info/1133/2199.htm>。

[85] 參見《CCF計算法學分會成立大會暨計算法學研討會成功舉辦》，載中國計算機學會官網2023年4月28日，https://www.ccf.org.cn/Chapters/CCF_Chapters/CCF_CL/。

有挑戰性的任務。另一方面，現有從事法學研究的學者大多只具有法學學科背景，對其他學科的了解和認識有限，正如一些學者所言“懂技術的不懂法律，懂法律的不懂技術是當下法學研究面臨的重大問題”。^[86]若研究者對於計算科學缺少深入的了解，則很難開展真正落到實處的計算法學研究。因此，改革現有的課程設置和培養模式，將法學理論知識與計算科學技術緊密結合，加強計算科學與法學的跨學科人才培養，是推動計算法學研究的重要舉措。總之，要解決法學與計算科學的交叉融合困境，需要同時從學科內部和學科交叉兩個層面進行努力。在學科內部推動法學的計算化轉型，更新研究方法，培養跨學科人才。同時，學科交叉方面需要促進法學與計算科學之間的跨學科合作，建立合作平台，進行跨領域培訓。

四、結語

在過去幾十年中，法學研究範式正在經歷微妙的變化。從政治引領法科建設的政法法學，到以法律規範為基本立場的法教義學，再到崇尚經驗研究的社科法學，最近發展到與計算科學深度融合的計算法學，法學研究逐漸構建起結合規範性、交叉性、經驗性和開放性的新法學體系。法學從來都不是一個封閉的領域，特別是在當今世界正經歷百年未有之大變局的情況下，科技革命和信息技術為法學研究提供了新的洞見和機遇。在這個不斷變化的環境中，法學研究須以開放的態度迎接計算科學和信息技術的加入，充分利用新科技技術引領法學研究的知識體系和方法論發展。這意味著法學研究者需要深入理解和融合計算科學的工具和方法，以更好地處理和分析法律數據，挖掘其中的模式和規律，並為應對日益複雜的法律挑戰提供更有效的解決方案。

Abstract: The “paradigm” theory, proposed by Kuhn, has had a significant impact on both the natural sciences and social sciences. In the field of law, the debate between legal doctrine and social science of law, which represent different research paradigms, has been ongoing for nearly a decade. However, in the current trend of interdisciplinary integration, the awareness of regularity and the principle of verifiability from the natural sciences are increasingly influencing legal research. The paradigm of legal research should adapt to this trend and shift from normative dominance to empirical dominance. In the context of the big data era, the linkage between law and modern information technology has brought methodological innovation to empirical research, and formed a data-driven computational legal research model.

Key words: Legal Doctrine; Social Science of Law; Empirical Research; Computational Law; Legal Research Paradigm

（責任編輯：張竹成）

[86] 胡銘：《數字法學研究的實驗方法與風險防控》，載《華東政法大學學報》2023年第1期，第54頁。

積極刑法觀視野下微罪附隨後果的反思與應對

孫運梁* 張澤南**

摘要 微罪是指法定最高刑為一年有期徒刑以下的罪名。我國微罪附隨後果存在過泛、過重的弊端，透過公法領域比例原則的下位規則檢視，找出了問題的根源所在。對此，應建立差異化的前科消滅制度和規範化的微罪附隨後果制度，修改或取消不符合比例原則的現有規定，真正實現“嚴而不厲”的刑法現代化結構調整，以符合現代化國家治理的平等、公正原則。

關鍵詞 微罪 犯罪附隨後果 比例原則 前科消滅

一、問題的提出

近年來，我國的刑事立法呈現一種積極擴張的趨勢，刑事處罰領域不斷拓寬，處罰範圍成倍擴大，同時增加新的處罰手段，力圖做到剛柔並濟。可以看出，我國刑事立法領域正在經歷立法觀的代際更新，刑法從僅消極地服務於法益保護和自由保障目的轉向兼具積極地社會防衛和國家幹預功能^[1]。這種現象被視為積極刑法觀在我國的立法實踐，對此引起了廣大刑法學者之間的爭論和思考^[2]。儘管

* 孫運梁，北京航空航天大學法學院教授，博士生導師；

** 張澤南，北京航空航天大學刑事法研究中心研究員，法學博士生。

基金項目：本文系教育部人文社會科學研究一般項目“網路服務提供者刑事責任的類型化研究”（項目編號：22YJA820019）的階段性研究成果。

[1] 參見周光權：《論通過增設輕罪實現妥當的處罰——積極刑法立法觀的再闡釋》，載《比較法研究》2020年第6期，第40頁；龔瑩：《美國輕罪治理體系的現狀、困境及反思》，載《政治與法律》2022年第1期，第67頁。

[2] 持積極主義刑法觀的有張明楷：《增設新罪的觀念——對積極刑法觀的支持》，載《現代法學》2020年第5期，第153-158頁；付立慶：《論積極主義刑法觀》，載《政法論壇》2019年第1期，第100-103頁；周光權：《積極刑法立法觀在中國的確立》，載《法學研究》2016年第4期，第29-33頁等。

持消極主義刑法觀的有何榮功：《社會治理“過度刑法化”的法哲學批判》，載《中外法學》2015年第2期，第523-547頁；齊文遠：《修訂刑法應避免過度犯罪化傾向》，載《法商研究》2016年第3期，第9-13頁；謝望原：《謹防刑法過分工具主義化》，載《法學家》2019年第1期，第87-100頁；劉豔紅：《積極預防性刑法觀的中國實踐發展——以〈刑法修正案（十一）〉為視角

圍繞積極和消極兩種立法觀，刑法理論界對此尚有不同的觀點，但不可否認積極刑法立法觀在中國的確立已是一個客觀事實^[3]。“試圖以各種理由阻止犯罪化進程的觀點，就明顯不合時宜，不可能被立法機關採納^[4]。”在此趨勢下，刑法在修正過程中增加的新罪多為微罪，我國刑事立法正在形成一個有別於傳統輕罪體系的“微罪體系”^[5]。

增設微罪被認為是消滅司法困惑、抑制司法恣意的有效方法，是刑法遏制相關領域行為失範的有力工具，是刑法結構走向“嚴而不厲”現代化調整的根本要求^[6]。但是，微罪的增擴也被批判為是刑法象征性立法的體現，違背了刑法謙抑性原則，損害了刑法的穩定性^[7]。雖然這些微罪的罪名數量比例不高，但在司法實踐中有很大的適用量。以醉酒型危險駕駛罪為例，統計表明自2011年入刑以來全國法院每年審結的危險駕駛罪案件數量一直呈遞增趨勢。2020年危險駕駛案件占刑事案件總數的25.9%，比盜竊罪高出1.71倍^[8]。2021年根據最高人民法院數據，全國法院審結的危險駕駛犯罪案件高達34.8萬件^[9]。在2020年5月的最高人民檢察院工作報告中指出，2019年“醉駕”就已經取代盜竊成為刑事追訴第一犯罪^[10]。犯罪結構的顯著調整也對犯罪治理提出了新的要求，危險駕駛罪等輕微罪的廣泛適用引發了不容忽視的犯罪附隨後果泛化問題。

犯罪附隨後果是指，“刑法之外的法律法規、規章等規定的，對有犯罪前科者或其家庭成員、親屬等適用的，對特定權利和資質的限制、禁止或者剝奪”^[11]。我國法律、行政法規中關於犯罪附隨後果的規定數量龐大且設置粗糙，雖然犯罪附隨後果問題並非微罪所獨具的特征，但微罪附隨後果問題最為典型和嚴重。隨著積極刑法觀在中國的不斷推進，微罪立法的增多也在很大程度上加劇了此類規定產生的負面效應。每年有30萬餘人被貼上罪犯的標籤，這就意味著每年新增30萬個家庭受到犯罪附隨後果的影響和壓制。無論對於國家、社會還是犯罪者個人而言都是“兩敗俱傷”，這無疑是一個極不合理的社會現象^[12]。有鑒於此，本文旨在反思積極刑法觀下微罪附隨後果不匹配的基礎上，通過引入比例原則找出問題存在的根源，以期拋磚引玉，就教於方家。

的分析》，載《比較法研究》2021年第1期，第62-75頁。

[3] 參見劉傳稿：《犯罪化語境下的輕罪治理——基於〈刑法修正案(十一)〉的分析》，載《北京聯合大學學報(人文社會科學版)》2021年第2期，第20頁；周光權：《論通過增設輕罪實現妥當的處罰——積極刑法立法觀的再闡釋》，載《比較法研究》2020年第6期，第41頁。

[4] 張明楷：《增設新罪的原則》，載《社會科學文摘》2021年第2期，第63頁。

[5] 參見李翔：《論微罪體系的構建——以醉酒駕駛型危險駕駛罪研究為切入點》，載《政治與法律》2022年第1期，第30-31頁。

[6] 參見儲槐植：《走向刑法的現代化》，載《井岡山大學學報(社會科學版)》2014年第4期，第5-9頁；參見梁雲寶：《積極刑法觀視野下微罪擴張的後果及應對》，載《政治與法律》2021年第7期，第37-38頁；周光權：《論通過增設輕罪實現妥當的處罰——積極刑法立法觀的再闡釋》，載《比較法研究》2020年第6期，第43-49頁。

[7] 參見劉豔紅：《象征性立法對刑法功能的損害——二十年來中國刑事立法總評》，載《政治與法律》2017年第3期，第39-48頁；劉憲權：《刑事立法應力戒情緒——以〈刑法修正案(九)〉為視角》，載《法學評論》2016年第1期，第88頁；冀洋：《我國輕罪化社會治理模式的立法反思與批評》，載《東方法學》2021年第3期，第130-131頁。

[8] 參見梁根林：《刑事政策與刑法教義學交互審視下的危險駕駛罪》，載《中國法律評論》2022年第4期，第155頁。

[9] 參見周強：《最高人民法院工作報告——2022年3月8日在第十三屆全國人大第五次會議上》，載中華人民共和國最高人民法院公報網，<http://gongbao.court.gov.cn/Details/2c16327a4bc6cc0a26a9caa5450d2a.html>，2022年9月9日訪問。

[10] 參見張軍：《最高人民檢察院工作報告——2020年5月25日在第十三屆全國人大第三次會議上》，載中華人民共和國最高人民檢察院網，https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202006/t20200601_463798.shtml，2022年9月9日訪問。

[11] 彭文華：《我國犯罪附隨後果制度規範化研究》，載《法學研究》2022年第6期，第173頁。

[12] 參見周光權：《論刑事一體化視角的危險駕駛罪》，載《政治與法律》2022年第1期，第15頁。

二、微罪概念的界定與證成

事實上，在我國微罪並不是一個內涵確定的概念，無論是“輕罪”“微罪”還是“輕微罪”均只是學理和司法上的稱謂，未得到刑事立法的明文界定^[13]。各個學者對於微罪的界定也各不相同，這導致對微罪相關制度的討論經常只是蓋上“微罪”的帽子而不在同一語境。因此，本文首先對微罪概念進行界定以奠定後文論述的基礎。

（一）現有微罪概念的梳理

縱觀目前學界對微罪概念的討論可以發現，主要爭論點集中在以下三點：（1）對微罪應歸屬於一般違法行為還是犯罪行為的爭論，在此基礎上延伸出了不同的治理模式。按照傳統做法，學界認定微罪具有犯罪屬性，通過刑法修正案的形式逐步納入我國的刑法典中，由刑法統一進行治理。但也有學者持不同意見，認為“微罪是指犯罪情節輕微，依照刑法不需要判處刑罰或免於刑罰的犯罪^[14]。”例如薑濤教授認為微罪應被排除在刑法之外，由其他法律手段去調整。刑法僅處罰重罪與輕罪，微罪屬於違法行為而不構成犯罪^[15]。同樣，李曉明教授建議在刑法之外建構“微罪體系”，涵蓋刑法之外的人身自由罰和大額財產罰及行政重罰等違法行為^[16]。這種將微罪獨立於刑法之外的治理模式類似於日本的《輕犯罪法》，通過制定專門的“微罪法”加以規範。（2）對微罪是否包含“實質的微罪”（也稱“事實的微罪”）的爭論。一種觀點認為微罪的範圍僅是“法定的微罪”，即刑法明文規定最高刑為拘役的犯罪^[17]。另一種觀點則認為，除法定的微罪外還應包含“實質的微罪”，即雖然刑法規定的最高刑是拘役以上刑罰，但根據具體案情應判處拘役或拘役以下刑罰的犯罪。換言之，依據該觀點即使刑法典中規定最高刑不是拘役，但多數情況下被判處拘役以下刑罰的輕微犯罪行為屬於微罪，典型的如數額較低的扒竊行為。類似地，陰建峰教授將微罪二分為純正與不純正的微罪。純正的微罪內涵與法定的微罪相似，不純正的微罪則與實質的微罪相對應^[18]。值得注意的是，儲槐植教授曾指出“微罪就是可處拘役或以下之刑的罪^[19]”，該觀點被眾多僅支持“法定的微罪”學者所引用。但事實上，儲槐植教授將微罪分為法定拘役和權衡拘役，其中“在法條中同時規定有拘役刑和有期徒刑，並且法官作出拘役刑及以下刑罰裁決，我們將之稱為權衡拘役微罪”^[20]。基於此種理論，儲槐植教授指出目前法定拘役的犯罪只有3個，而權衡拘役的罪名可以達到391個^[21]。（3）對微罪量刑上限的爭論。一是拘役刑上限論，認為微罪是法定最高刑

[13] 參見徐岱，王沛然：《中國輕罪治理體系規範檢視與路徑選擇》，載《社會科學戰線》2022年第10期，第267頁。

[14] 黃小龍：《行政執法機關微罪處置權證成與規制》，載《河南財經政法大學學報》2022年第5期，第140頁。

[15] 參見薑濤：《破窗理論與犯罪規制模式的重構》，載《國家檢察官學院學報》2016年第1期，第95-96頁。

[16] 參見李曉明：《再論我國刑法的“三元立法模式”》，載《政法論叢》2020年第3期，第31-32頁。

[17] 參見盧建平：《輕罪時代的犯罪治理方略》，載《政治與法律》2022年第1期，第56頁；薑敏：《刑法預防性立法：罪型圖譜和法治危機消解》，載《政法論壇》2021年第6期，第186頁。

[18] 參見陰建峰、袁慧：《後勞教時代微罪入刑問題探析》，載趙秉志主編：《刑事法治發展研究報告（2016-2017年卷）》，法律出版社2018年版，第77頁。

[19] 儲槐植：《解構輕刑罪案，推出“微罪”概念》，載《檢察日報》2011年10月13日，第3版。

[20] 儲槐植，李夢：《刑事一體化視域下的微罪研究》，載《刑事法評論》2018年第2卷，第167頁。

[21] 參見儲槐植：《刑法現代化本質是刑法結構現代化》，載《檢察日報》2018年4月2日，第3版。

為拘役的犯罪^[22]。二是一年有期徒刑上限論，例如樊崇義教授在區分了微罪、輕罪、重罪的前提下，認為可以劃定“一年以下為微罪，一至五年為輕罪，五年以上為重罪”的實體標準^[23]。李翔教授和梁雲寶副教授也提出，可以將法定最高刑為一年有期徒刑以下的罪名稱為微罪^[24]。

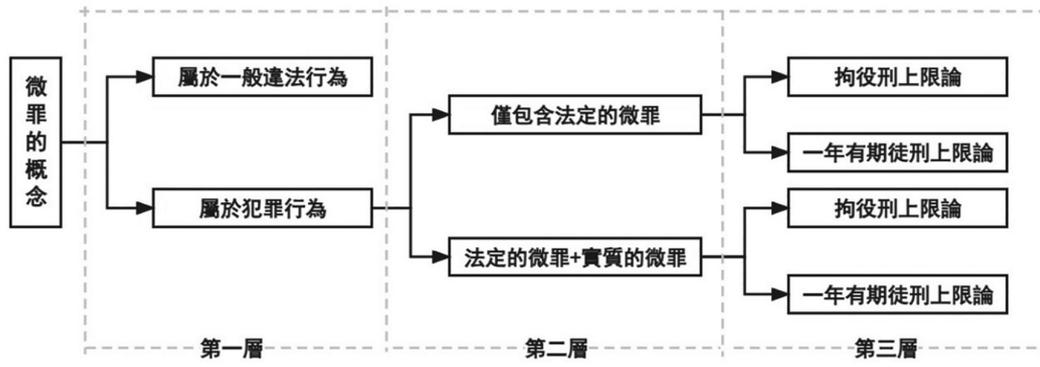


圖 1 現有微罪討論的梳理

(二) 本文採用的微罪概念證成

如前所述，可以看出學界對於微罪概念的爭論大體是層層遞進，逐漸深入（如圖1）。筆者認為應肯定微罪的犯罪屬性，在此基礎上通過對刑法規定最高法定刑期為一年有期徒刑的方式對微罪進行界定。具體理由如下：

其一，微罪的犯罪屬性毋庸置疑。微罪雖處於行政違法行為和刑事犯罪行為的交界處，但卻是作為犯罪圈的下限明確規定在刑法之中。刑法上的違法是指值得科處刑罰的違法，構成要件是違法類型，即構成要件所描述的是值得科處刑罰的違法行為^[25]。換言之，微罪是與重罪、輕罪相對應的概念，既然已經被納入刑法範圍之中，意味著立法機關根據行為的社會危害性、情節嚴重程度等，認定該行為是應受刑罰處罰的危害行為。情節顯著輕微危害不大的行為，原本就不會被刑法類型化為構成要件行為。

其二，微罪不應包含“實質的微罪”。“實質的微罪”事實上是將微罪的界定與宣告刑相掛鉤。但一方面，宣告刑具有不確定性，很多因素會對宣告刑的結果造成影響。比如除了受到客觀上犯罪後果的嚴重性、犯罪次數的多少、社會危害是否惡劣等影響外，還需要綜合考慮行為人的年齡、犯罪動機、精神狀態等主觀因素^[26]。而對於這些因素，不同法官在不同案件中都會有不同判斷，因此宣告刑的高低並不必然體現罪行的輕重，也無法為司法者提供一個快捷清晰、具有參考性的評價標準。另一方面，微罪的劃分不僅在刑事實體法上有重要的意義，在程序法上也影響著簡易速裁程序、和解程序、認罪認罰從寬等適用與否的判斷^[27]。要真正實現微罪與輕、重罪在這些程序適用上的差異，顯然需要在訴訟開始之前就明確某一罪行應歸屬於重罪、輕罪還是微罪^[28]，否則司法機關在確定能夠適用速裁程序之前還需要對具體案件進行前置判斷。這明顯與以效率為導向的簡易程序、速裁程序等設立的初衷相違背，也不符合“案件繁簡分流、輕重分離、快慢分道”的刑事政策要求^[29]。因此，以法定刑作為界定標準更為可行和科學，法定刑的輕重是界定微罪、反映行為

[29] 張洋：《習近平在中央政法工作會議上強調：全面深入做好新時代政法各項工作促進社會公平正義保障人民安居樂業》，載《人民日報》2019年1月17日，第1版。

的社會危害性最重要、最明晰的界限^[30]。但需要注意的是，這並不意味宣告刑在一年有期徒刑（或拘役）以下犯罪的附隨後果是正當合理、不需要規制的。這些犯罪在行為的客觀危害、行為人的主觀惡性和人身危險性等方面仍屬輕微，與其承擔的附隨後果不成比例。只是出於明確劃分、訴訟效率、可操作性等實體、程序方面的原因不將其納入微罪的概念內。筆者認為，可以優先建立對微罪附隨後果的規制制度，並以此為契機逐步擴大至輕罪，從而涵蓋宣告刑輕微的犯罪。

其三，微罪的量刑上限應為一年有期徒刑。犯罪分層最重要的目的是為了實現在刑事政策上的區別對待^[31]，2016年11月由我國最高司法機關聯合其他部門頒布的《刑事案件認罪認罰從寬制度試點工作的辦法》中明確規定，速裁程序的適用標準為三年有期徒刑，而確定速裁程序的審查起訴與審判期限的標準是一年有期徒刑^[32]。三年有期徒刑是學理上對重罪、輕罪的界分，而一年有期徒刑可謂是我國輕罪之下繼續對於犯罪進行分類的一個重要標準^[33]。同時，若界定微罪的量刑上限為拘役，目前刑法中僅有三個罪名符合條件。此種標準過於狹窄，不具有太大的現實意義，難以回應近年來積極刑法觀下大量增設輕微罪名的實踐需求。

綜上，從實體法與程序法兩方面進行分析，筆者認為微罪是指法定最高刑為一年有期徒刑以下的罪名。按照這一定義，目前我國《刑法》中的微罪共有8個，分別是《刑法修正案（八）》規定的危險駕駛罪，《刑法修正案（九）》規定的使用虛假身份證件、盜用身份證件罪、代替考試罪，《刑法修正案（十一）》規定的妨害安全駕駛罪、危險作業罪、高空拋物罪，以及《刑法》中原有的侵犯通信自由罪和不是以恐怖活動為目的偷越國邊境罪。

三、我國微罪附隨後果現狀堪憂：過泛、過重

與世界上很多國家不同，我國刑法沒有明確的犯罪分層規定。所謂犯罪分層，指根據犯罪的嚴重程度將所有犯罪劃分為不同層次的犯罪分類方法^[34]。犯罪分層的本質目的是對程度不同的犯罪採取“區別對待”的態度，從而實現立法初衷和司法精細化目標^[35]。這種分類方法的理論意義和實踐作用在刑事實體、訴訟程序和刑事政策方面均有著積極的體現^[36]。但是由於我國現有法律框架下並未貫徹犯罪分層的思維，微罪事實上“准用”重罪的附隨後果，導致微罪沒有微罰，對微罪行為人的懲罰形式上輕緩而實質上嚴苛^[37]。目前微罪附隨後果存在內容過泛、對行為人影響過重、社會公眾排斥等問題亟待解決。

（一）內容涉及廣泛並延伸至社會信用評價體系

我國的犯罪附隨後果內容繁雜，涉及生活的方方面面，行為人不僅要承擔政治性、行政性損失，

[30] 參見王文華：《論刑法中重罪與輕罪的劃分》，載《法學評論》2010年第2期，第27頁。

[31] 參見敦寧、韓攻：《論我國輕罪範圍的劃定》，載《河北法學》2019年第2期，第113頁。

[32] 這一內容後被《刑事訴訟法》吸收。《刑事訴訟法》第225條規定：“適用速裁程序審理案件，人民法院應當在受理後十日內審結；對可能判處的有期徒刑超過一年的，可以延長至十五日。”

[33] 參見曾粵興、高正旭：《微罪立法視野下的“嚴重社會危害性”》，載《河南警察學院學報》2021年第5期，第79頁。

[34] 參見盧建平：《犯罪分層及其意義》，載《法學研究》2008年第3期，第147頁。

[35] 參見孫道萃：《犯罪分層標準的理論體系續造》，載《江蘇警官學院學報》2016年第3期，第16-17頁。

[36] 參見盧建平、葉良芳：《重罪輕罪的劃分及其意義》，載《法學雜誌》2005年第5期，第22頁。

[37] 參見袁彬：《犯罪結構變化下輕罪的刑法區別治理》，載《人民檢察》2022年第9期，第17頁。

還面臨經濟性利益的風險^[38]。有學者經過研究，將犯罪附隨後果分為職業禁止和資格限制兩類^[39]。我國的《公務員法》《法官法》《教師法》《公司法》《拍賣法》等多部法律都設有關於職業禁止的條款^[40]。概括來說，職業禁止主要包括禁止從事國家公職，禁止從事相關法律職業，禁止從事公司、企業的管理職務，禁止從事教師、醫生、導遊等與社會利益緊密關聯的職業^[41]。資格限制的內涵涵蓋領域更加廣泛、涉及層階複雜，難以全面統計。其中典型的包括對行為人參加資質考試資格的禁止和限制、對戶籍變動的限制、對享受最低社會保障資格的限制、對評選榮譽的限制等^[42]。實踐中還存在大量的、隱形的負價值與不利益，由於“鄰避效應”和“標籤效應”的存在^[43]，犯罪人的社會回歸充滿了障礙，再社會化難度加大，同時也大大削減了對犯罪人特殊預防的效果^[44]。

除此之外，陸續有些地方政府通過制定地方性法規、規章等規範性文件，將違法、犯罪行為與公民征信系統掛鉤，造成“犯罪即失信”的現象。例如《廈門經濟特區社會信用條例》（2019年6月1日起實施）第8條明確規定，刑事處罰、行政處罰、行政強制執行等反映社會信用主體信用狀況的信息應當納入公共信用信息目錄。《上海市公共信用信息歸集和使用管理辦法》（2018年1月4日起實施）第13條將刑事判決信息，涉及財產糾紛的民商事生效判決信息，不執行生效判決的信息作為其他信息納入公共信用信息範疇。《南京市社會信用條例》（2019年12月27日通過）第23條規定，反映社會信用狀況的刑事處罰信息、行政處罰信息和不履行行政決定而被依法行政強制執行的信息應納入自然人、法人和非法人組織的失信信息。並且該條例明確指出，自然人的失信信息包括酒後駕駛、違法飼養烈性犬或者大型犬等危害公共安全的信息。上述將犯罪信息納入社會信用評價體系的做法實際上造成了對行為人犯罪事實的“三次懲罰”。第一次評價是基於犯罪事實的刑法評價，第二次評價是諸多行政法律規定的職業禁止、資格限制評價，而現在社會信用體系構成了對犯罪人的第三次評價^[45]。因一次犯罪事實卻要遭受多次嚴厲、苛刻的負面評價，如同一顆釘子將犯罪人永遠釘在有形或無形的恥辱柱上，給他們刺上現代隱形的“黥面”^[46]。

（二）影響犯罪人終生且株連親屬

我國刑法第100條明確規定了前科報告制度，要求“依法受過刑事處罰的人，在入伍、就業的

[38] 參見解志勇、雷雨薇：《基於“醉駕刑”的“行政罰”之正當性反思與重構》，載《比較法研究》2020年第6期，第54頁。

[39] 參見王瑞君：《我國刑罰附隨後果制度的完善》，載《政治與法律》2018年第8期，第95頁。

[40] 例如《公務員法》第24條規定：“曾因犯罪受過刑事處罰的不得錄用為公務員。”《教師法》第14條規定：“受到剝奪政治權利或者故意犯罪受到有期徒刑以上刑事處罰的，不能取得教師資格；已經取得教師資格的，喪失教師資格。”《公司法》第146條規定：“因貪汙、賄賂、侵占財產、挪用財產或者破壞社會主義市場經濟秩序，被判處刑罰，執行期滿未逾五年，或者因犯罪被剝奪政治權利，執行期滿未逾五年的不得擔任公司的董事、監事、高級管理人員。”《拍賣法》第15條規定：“被開除公職或者吊銷拍賣師資格證書未滿五年的，或者因故意犯罪受過刑事處罰的，不得擔任拍賣師。”

[41] 參見徐久生、師曉東：《犯罪化背景下犯罪附隨後果的重構》，載《中南大學學報(社會科學版)》2019年第6期，第66頁。

[42] 參見王瑞君：《“刑罰附隨性制裁”的功能與邊界》，載《法學》2021年第4期，第46頁。

[43] “鄰避效應”是指宏觀上公眾並不反對政府幫助犯罪人回歸社會，但當犯罪人的回歸具體關涉到公眾個體利益時，人們又往往抱著遲疑或反對的消極態度。“標籤效應”指社會對犯罪人角色的定型化，表現在一旦被貼上“犯罪人”標籤，社會公眾對於犯罪人始終存在敵意和譴責態度，以及遠離犯罪人的自我保護意識和防範意識。這兩種效應都是對於犯罪人的區分和歧視，阻礙犯罪人回歸社會的進程。參見吳睿佳，王瑞君：《刑罰附隨後果與社會信用體系的耦合及其優化》，載《征信》2019年第4期，第50頁；參見張勇：《犯罪記錄的負效應與功能限定》，載《青少年犯罪問題》2012年第6期，第19頁。

[44] 參見張學文：《罪錯記錄附隨失信懲戒的泛化及校正》，載《征信》2020年第3期，第53頁。

[45] 參見李懷勝：《犯罪記錄對社會信用體系的耦合嵌入與功能校正》，載《法學雜誌》2021年第3期，第116頁。

[46] 參見沈巋：《社會信用體系建設的法治之道》，載《中國法學》2019年第5期，第31頁。

時候，應當如實向有關單位報告自己曾受過刑事處罰，不得隱瞞”。這就意味著無論行為人犯罪屬於微罪、輕罪還是重罪的範疇，一律需要承擔這一特定的如實報告義務。該條規定再加上我國嚴格的檔案制度，使行為人一旦被判決犯罪，幾乎就會因為具有犯罪記錄而終生被評價為有前科，使得所有就業領域的用人單位都非常容易對微罪行為人作出不僱傭的決定^[47]。除了我國刑法第100條的規定外，我國的犯罪附隨後果還分布於不同層級的法律、行政法規、部門規章，甚至是行業規定之中。其中除了極少數有存續期限外，絕大部分是無期限的。並且不區分故意犯罪和過失犯罪，也不限定犯罪類型^[48]。此類規定往往以“曾因犯罪受過刑事處罰的，不得……”或“受過刑事處罰的，不得……”等籠統寬泛的模式呈現。這樣不加任何限定的設置意味著行為人“一次犯罪，終生伴隨”，使得本應具有單次時效性的規範性評價成為一種永久無限評價^[49]。

法律體系的價值和意義就在於規範和追尋技術上可以管理的哪怕是可能性很小或影響範圍很小的風險和災難的每一個細節^[50]。犯罪附隨後果的隱形擴張，在縱向上導致了對微罪行為人終生的負面影響，而在橫向上則是造成了對犯罪人近親屬權利、資格的廣泛限制和剝奪。儘管犯罪人的近親屬和其他家庭成員本人沒有犯罪記錄，但由於和犯罪人的客觀身份關係，他們在社會和法律層面都遭受到幾乎不亞於犯罪人本人的限制和剝奪。也就是說，犯罪附隨後果產生了嚴重的株連效應^[51]。微罪行為人的子女由於無法通過政治審查，不僅會喪失公務員考錄資格、軍警學校的報名資格等入學、就業資格，還會因此喪失申請加入黨團組織等的政治資格，嚴重剝奪、限制了微罪行為人子女的公平就業權、平等受教育權^[52]。這意味著微罪行為人的子女失去了國家信任，也意味著每年有上百萬人因醉駕等微罪而被“敵對化”，事實上喪失了國民待遇^[53]。正如貝卡利亞所言，“對大量無關緊要的行為加以禁止，防止不了可能由此產生的犯罪。相反，是在製造新的犯罪，是在隨意解釋那些被隨意宣傳為永恒不變的美德和邪惡^[54]。”如果國家刑事治理懲處了一種犯罪卻又引發另一種犯罪，這樣的治理既得不償失又於事無補，微罪過於嚴苛的犯罪附隨後果將會埋下社會治理上的巨大隱患^[55]。

（三）社會公眾對微罪行為人同樣抱有排斥心理

由於我國的刑法一直給犯罪設定了較高的門檻，同時配置了較重的刑罰，屬於“小而重”的刑法結構^[56]，致使社會公眾天然將犯罪與嚴重社會危害行為相聯系，對犯罪人抱有強烈的社會排斥心理，不認可和不接受與貼上“犯罪標籤”的犯罪人交往接觸^[57]。然而隨著微罪的大規模適用，原

[47] 參見王彬：《刑釋解教公民平等就業權保障狀況考察——以上海市為例》，載《法學》2008年第2期，第107頁。

[48] 參見應培禮：《論刑滿釋放人員回歸社會的制度排斥》，載《法學》2014年第5期，第135頁。

[49] 參見楊帆、林果豐：《被遺忘權的刑事司法保護研究——從犯罪記錄封存的角度》，載《政法學刊》2021年第4期，第70頁。

[50] [德]烏爾裏希·貝克：《從工業社會到風險社會(上篇)——關於人類生存、社會結構和生態啟蒙等問題的思考》，王武龍譯，載《馬克思主義與現實》2003年第3期，第39頁。

[51] 參見於志剛：《前科株連效應的刑法學思考》，載《法學研究》2011年第1期，第150頁。

[52] 參見黃太雲：《一般違法行為犯罪化傾向的系統反思》，載《法律科學(西北政法大學學報)》2022年第1期，第163頁。

[53] 參見桑本謙：《如何完善刑事立法：從要件識別到變數評估(續)》，載《政法論叢》2021年第2期，第42頁。

[54] [意]貝卡利亞：《論犯罪與刑罰》，黃風譯，北京大學出版社2008年版，第102頁。

[55] 參見劉豔紅：《民刑共治：國家治理體系與治理能力現代化路徑》，載《法學論壇》2021年第5期，第44頁。

[56] 參見盧建平：《犯罪門檻下降及其對刑法體系的挑戰》，載《法學評論》2014年第6期，第68頁。

[57] 參見浙江省喬司監獄課題組，應霆：《罪犯刑釋前過渡保障機制研究——以社會融入為視角》，載《中國監獄學

本“平整的平底鍋突然凹下一塊”，對我國傳統的刑法觀念與刑事司法實踐產生強烈沖擊^[58]。但社會公眾對犯罪人的認知並沒有得到同步改變，將微罪行為人看作一般犯罪人的認知也沒有改變。因此，即使行為人被判處的是危險駕駛罪、高空拋物罪等典型的微罪，仍然會被視為“越軌者”。越軌者的身份一旦被公眾確立，就會形成社會對該人身份的長期不良認知且難以被推翻，以至於他的其他社會角色皆會被忽略，逐漸走向社會階層的邊緣化^[59]。同時，微罪行為人可能會表現出“系統性回避”現象，求職時有意避開保存正式檔案的機構，如銀行、醫院和學校，日常生活中更不信任政府、更少地參與政治^[60]。倘若不及時將微罪與輕、重罪隔離，引導社會公眾樹立對微罪的新認知，嚴峻而無邊界的“社會罰”會將微罪行為人最終推向深淵。

四、運用比例原則對微罪附隨後果的檢視

所有的規則實際上都是相互沖突的期待與利益的一種混合的產物^[61]。比例原則又稱為過度禁止原則，亦是調和國家權力與公民權利、公共利益與公民私人利益之間沖突與平衡的必然選擇。它最初發端於18世紀末期德國的警察行政法領域，用於規制警察權力。而隨著政府職能的延伸、法治觀念的轉型，在全球憲法化浪潮的影響下比例原則正逐漸向刑法、民法等部門法滲透^[62]。一般來說，比例原則包括了適當性原則、必要性原則和均衡性原則三個子原則，旨在要求刑罰目的與刑罰手段之間必須有合理的、平衡的、成比例的關係，不得過當、過度限制基本權利^[63]。針對我國目前的微罪附隨後果現狀，以比例原則來檢視就是要評估其所追求的價值目標是否妥當，明確所採取的手段是否必不可少，對微罪行為人侵害是否最輕緩、寬和，權衡所追求的社會利益與所侵害的行為人利益是否成比例，是否超過了必要限度。

（一）對微罪附隨後果適用比例原則的必要性分析

在引入比例原則對微罪附隨後果進行檢視前，應以探討該原則適用的必要性為前提基礎。雖然有學者對比例原則提出質疑，認為比例原則內涵空洞抽象、存在理論缺陷^[64]，但更多觀點認為比例原則的本質是利益權衡的司法方法^[65]，具有適度、均衡的理念，可以成為跨越公法、私法及第三法域的方法論工具^[66]。在此基礎上，本文認為應肯定比例原則在規制微罪附隨後果制度中的特殊價值和

刊》2020年第3期，第91-92頁。

[58] 參見薑瀛：《我國醉駕的“嚴罰化”境遇及其結構性反思——兼與日本治理飲酒駕駛犯罪刑事政策相比較》，載《當代法學》2019年第2期，第15頁。

[59] Erikson, Kai T. *Notes on the Sociology of Deviance*. *Social Problems*, Vol. 9, Issue 4 (Spring 1962), pp. 307-314.

[60] [美]亞曆山德拉·納塔波夫：《無罪之罰：美國司法的不公正》，郭航譯，上海人民出版社2020年版，第35頁。

[61] [美]昂格爾：《現代社會中的法律》，吳玉章等譯，譯林出版社2008年版，第173頁。

[62] 參見蔣紅珍：《比例原則適用的範式轉型》，載《中國社會科學》2021年第4期，第107-119頁。

[63] 參見楊登傑：《執中行權的憲法比例原則——兼與美國多元審查基準比較》，載《中外法學》2015年第2期，第370頁。

[64] 參見戴昕、張永健：《比例原則還是成本收益分析法學方法的批判性重構》，載《中外法學》2018年第6期，第1544-1545頁；陳景輝：《比例原則的普遍化與基本權利的性質》，載《中國法學》2017年第5期，第279-302頁。

[65] 參見梁迎修：《權利沖突的司法化解》，載《法學研究》2014年第2期，第61-72頁；張蘭蘭：《作為權衡方法的比例原則》，載《法制與社會發展》2022年第3期，第187-205頁。

[66] 參見史欣媛：《論比例原則在經濟法中的適用》，載《現代法學》2022年第2期，第38-39頁；徐聰穎：《論比例原則在知識產權損害賠償中的適用》，載《現代法學》2022年第3期，第179頁。

適用必要性，具體原因如下：

其一，犯罪附隨後果不受刑法基本原則的約束。反對比例原則在刑法中適用的學者主要認為，刑法中的諸多原則早已包含比例原則的核心思想，甚至比例原則的三個子原則可以和“法益保護原則”“刑法謙抑原則”“罪責刑相適應原則”的精神內涵一一對應，引入比例原則對刑法學術增量十分有限^[67]。然而事實上，犯罪附隨後果作為刑法規定之外的限制性懲罰後果，因其設置與性質的特殊性使其並不受刑法基本原則的約束。一方面，犯罪附隨後果的規定散見於法律、行政法規、地方政府規章，甚至是許多社會組織和企事業單位的規定之中，遠遠超出了刑法涵蓋的範圍。另一方面，雖然學界一直對犯罪附隨後果的性質爭論不休，但可以肯定的是，犯罪附隨後果在性質上不同於刑罰和保安處分^[68]。換言之，犯罪附隨後果無法像刑罰一樣受到罪刑法定、罪責刑相適應等基本原則的約束，在設立淵源、適用條件和裁決程序上均無明確、統一的規定，整體呈現出設立的隨意性、適用的任意性和裁決的自動性。鑒於犯罪附隨後果的相關規定正處於無序、混亂的狀態，亟需引入比例原則對其進行規制和修正。

其二，犯罪附隨後果的制定者和被適用者存在不對等性。犯罪附隨後果的制定主體十分廣泛，上到制定法律的全國人民代表大會及其常務委員會，下到各企事業單位、社會組織的領導機構，都有權力在相關文件中設置犯罪附隨後果方面的規定。這些制定主體雖然種類多、跨度大，但無一例外相對於被適用者而言，他們都居於主導和強勢地位，雙方地位具有明顯不對等性。地方政府等承擔社會管理職能的制定者往往出於震懾、規訓社會成員，預防再犯風險等目的不斷出台各種禁止、限制曾受刑罰者權益和資質的措施。企事業單位等社會個體類的制定者出於自我保護和規避風險的考慮，也傾向於設置更加嚴苛、謹慎的用人條款。而對於這些禁止和限制，被適用者們只能處在被動接受的位置，沒有任何申訴或救濟的途徑。基於此，如果不對制定者的權力加以合理的限制和調整，則會使雙方的配置過於失衡，突破犯罪附隨後果自身功能的邊界，造成更深層次的社會矛盾和隱性問題，與預防犯罪、保障社會安全的價值取向相背離。

其三，比例原則是權衡目的一手段的方法論工具。對於比例原則的理解與適用，應看到其具有的雙重性質和面向。從本體論角度看，比例原則是一項用以對抗公權力不當限制和侵害的傳統憲法、行政法原則。而從方法論角度看，比例原則提供了一套理性衡量目的與手段關係的思維工具^[69]。在這個基礎上，比例原則的核心不再是憲法基本原則意義上的原則，而是一種分析評價現行手段是否合理妥當的具體方法，以及指導進一步作出理性改進的程序化框架。比例原則作為利益衡量的另一種表達^[70]，自然在私法和公法上均具有普適性^[71]。具體到刑法，即使是認為比例原則並無超越“法益保護原則”內容的學者也承認其在方法論上的意義^[72]。而微罪附隨後果作為規制微罪行為人的重要社會治理手段，比例原則的運用對於平衡利益救濟、構建妥善的附隨後果制度具有重要意義。

[67] 參見梅揚：《比例原則的適用範圍與限度》，載《法學研究》2020年第2期，第65頁；參見田宏傑：《比例原則在刑法中的功能、定位與適用範圍》，載《中國人民大學學報》2019年第4期，第57頁。

[68] 參見彭文華：《我國犯罪附隨後果制度規範化研究》，載《法學研究》2022年第6期，第171頁。

[69] 參見鄭曉劍：《比例原則在現代民法體系中的地位》，載《法律科學(西北政法大學學報)》2017年第6期，第104頁。

[70] 參見梁上上：《制度利益衡量的邏輯》，載《中國法學》2012年第4期，第85-86頁。

[71] 參見紀海龍：《比例原則在私法中的普適性及其例證》，載《政法論壇》2016年第3期，第96-98頁。

[72] 參見張明楷：《法益保護與比例原則》，載《中國社會科學》2017年第7期，第88頁。

綜上所述，本文認為，一方面，微罪附隨後果制度本身處於管理的“真空”狀態，面臨被濫用的風險；另一方面，該制度的制定者和被適用者地位明顯不對等，配置過於失衡。因此，作為平衡目的手段關係的方法論工具，比例原則在微罪附隨後果中有適用的必要性。

（二）適當性原則審查：過泛的犯罪附隨後果無法實現預期目的

適當性原則是比例原則審查“目的手段關係”的第一階，要求手段符合目的或者說手段有助於目的的實現^[73]。從微罪附隨後果的角度來看，即制定並適用該犯罪附隨後果必須有助於實現社會治理的預期目的才是適當的。如果某項微罪附隨後果的採用無助於達到社會治理目的，甚至有礙於社會治理，則為不適當。犯罪附隨後果作為因犯罪而繼發產生的否定性評價，是依附於刑罰存在的附隨性社會制裁手段。其設立目的在於延續刑罰的相關社會機能，並對刑罰不足之處進行補充。換言之，犯罪附隨後果一方面具有刑罰的相關目的，另一方面也能夠對刑罰沒有保護到的利益進行維護。因此，討論犯罪附隨後果是否能夠實現預期目的，首先應該回歸到刑罰的功能價值層面分析。

為了實現特殊預防與一般預防，刑罰具有多重功能，對犯罪人而言兼具限制、消除再犯條件、威懾和教育感化的功能，對社會其他成員而言，糅合了威懾、法制教育和安撫補償的功能^[74]。從特殊預防角度，犯罪附隨後果的部分職業禁止規定可以一定程度上限制、消除行為人再犯條件。例如《會計法》規定：“因有提供虛假財務會計報告，做假帳，隱匿或者故意銷毀會計憑證、會計帳簿、財務會計報告，貪汙，挪用公款，職務侵占等與會計職務有關的違法行為被依法追究刑事責任的人員，不得再從事會計工作。”通過剝奪行為人從事會計工作的資格，消除行為人再次犯罪所憑藉的職業便利，不給其再次利用特定職業、職務條件犯罪的機會，從而預防其再次實施與職業相關犯罪的危險^[75]。從一般預防的角度，犯罪附隨後果可以威懾非犯罪群體，客觀上增加犯罪的成本和代價。特別是在微罪情形下，犯罪附隨後果本身甚至比刑事責任更加嚴苛，令人畏懼。由此可見，犯罪附隨後果的設置目的主要在於消解行為人再犯可能性，並通過威懾社會公眾達到預防犯罪目的。

事實上，部分犯罪附隨後果作為手段在一定程度上對目的達成有積極作用，但問題的關鍵在於當下的犯罪附隨後果“過泛”。以醉酒型危險駕駛罪為例，行為人除了需要接受拘役及罰金的刑事處罰，還要接受刑罰外衍生出的各類犯罪附隨後果，包括承擔被吊銷機動車駕駛執照，被剝奪擔任國家機關和國有企事業單位公職的資格，被禁止從事特定職業等的“行為罰”；被公布犯罪事實，被撤銷國家勳章或榮譽稱號等的“申誡罰”；被剝奪相關行業資質考試資格，無法通過政治審查等的“政治罰”；被限制落戶資格及公共服務待遇，無法獲得保險賠償等的“民事罰”；子女喪失公務員考錄資格、軍警學校的報名資格以及加入黨團組織資格等的“連坐罰”；如果行為人是黨員，還需要接受黨紀、政紀處分後果^[76]。事實上，為了達到消除行為人再犯醉酒型危險駕駛罪的可能性，僅需要吊銷其機動車駕駛執照，並限制一定期限內禁止重新獲取即可，除此之外的所有後果均無助於達成預防醉駕之目的。雖然理論上嚴厲的犯罪附隨後果能在一定程度上實現威懾社會公眾

[73] 參見蔣紅珍：《論適當性原則——引入立法事實的類型化審查強度理論》，載《中國法學》2010年第3期，第66頁。

[74] 參見張明楷：《刑法學》，法律出版社2021年版，第683-685頁。

[75] 參見葉良芳、應家贊：《論有前科者從業禁止及其適用》，載《華北水利水电大學學報(社會科學版)》2015年第4期，第8頁。

[76] 參見解志勇、雷雨薇：《基於“醉駕刑”的“行政罰”之正當性反思與重構》，載《比較法研究》2020年第6期，第59-62頁。

的目的，但此種做法往往欲速不達、過猶不及。過分嚴厲的附隨後果會引起社會公眾對受處罰人的同情心理，進而帶來對立法動機的質疑，有損刑事法律的權威性和大眾對刑事法律的認同感。根據“邊際效應遞減”，刑罰後果與對社會公眾的威懾力之間存在一定的關聯，一旦超過“邊際點”嚴重的刑罰已經不能再產生更多的威懾力^[77]。同理，筆者認為當下“過泛”的犯罪附隨後果對於威懾社會公眾、預防犯罪目的的實現不具有預期的促進作用。尤其相當一部分附隨後果與醉酒型危險駕駛罪所危及到的交通管理秩序毫無關係，起不到任何維護公共安全的作用。

（三）必要性原則審查：過重的犯罪附隨後果違反最小侵害要求

必要性原則要求手段和實現目的之間具有必要性，即立法機關或行政機關在能夠相同有效地實現目標的諸多手段中應該選擇對個人權利最小侵害的措施^[78]。德國學者羅伯特·阿列克西（Robert Alexy）認為，必要性要求選擇“更少干涉強度的手段”^[79]。從刑法角度來說，必要性原則要求刑罰的適用盡可能寬和、輕緩、人道，如果能夠用較輕的刑罰手段抑制犯罪和保護合法權益時，就無需動用較重的刑罰^[80]。該要求同樣適用於犯罪附隨後果，雖然犯罪附隨後果不是刑罰，但是不可否認其給行為人創設出不亞於刑罰的身心痛苦和不利後果。因此，必要性原則要求對行為人施加某一微罪附隨後果是必不可少的，且不存在其他相同效果下更加有效或者輕緩的方案。通過上文的分析可知，大量犯罪附隨後果的規定存在明顯缺陷，制定依據不清晰、涵蓋內容不明確、適用標準不統一^[81]。這些規定不區分犯罪故意與過失、不設定禁止期限、不考慮犯罪內容與禁止事項是否有直接關聯，籠統地因犯罪人實施犯罪而終生剝奪其部分職業的從業權、各類資格的參與權和所有權，本身就有過分嫌疑，與必要性原則最小侵害權利的本旨形成明顯沖突^[82]。不僅如此，各類犯罪附隨後果由於缺乏限定條件，在具體適用中往往是全部疊加適用，多個不利後果同時發生效力。筆者認為，此類“過重”的犯罪附隨後果在制裁力度和持續時間上都與必要性原則“寬和、輕緩、人道”的要求完全相反。

（四）均衡性原則審查：犯罪附隨後果造成的損害與增益完全失衡

均衡性原則又稱狹義比例原則，它要求公權力行為者在追求公共利益的同時，認真對待公民權利，其行為手段增進的公共利益與造成的損害應成比例^[83]。如果某個公權力手段給公民個人造成的損害大於其所追求的公共利益，則不符合均衡性原則的要求^[84]。事實上，相較於行政違法而言，刑罰對公民權益的損害更為嚴重，正如美國學者道格拉斯·胡薩克曾說過，除了發動戰爭外，一個國家所做的任何決定都不如決定將哪些行為通過刑法予以禁止以及該行為應受到多大刑罰重要^[85]。作為附隨於刑罰的制裁方式，微罪附隨後果也應符合更為嚴格的均衡性原則要求。即如果微罪附隨後果手段所造成的侵害與所追求的目的而獲得的利益相當，就意味著該手段目的沒有實現^[86]。

[77] 參見黃河：《犯罪現實與刑罰的社會控制——基於刑罰目的論的反思》，載《中外法學》2021年第3期，第775-776頁。

[78] 參見鄭春燕：《必要性原則內涵之重構》，載《政法論壇》2004年第6期，第117頁。

[79] Robert Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, 22 Revus: J. Const. Theory & Phil. Law [iv]51, 53 (2014).

[80] 參見陳曉明：《刑法上比例原則應用之探討》，載《法治研究》2012年第9期，第92頁。

[81] 參見朱賀：《我國失信行為制裁體系的完善與路徑選擇》，載《征信》2022年第7期，第49頁。

[82] 參見蔣鵬飛：《有罪判決的附帶後果：問題與回應》，載《法治研究》2011年第11期，第41頁。

[83] 參見劉權：《均衡性原則的具體化》，載《法學家》2017年第2期，第17頁。

[84] 參見田宏傑：《比例原則在刑法中的功能、定位與適用範圍》，載《中國人民大學學報》2019年第4期，第57頁。

[85] 參見[美]道格拉斯·胡薩克：《過罪化及刑法的限制》，董敏譯，中國法制出版社2015年版，第5頁。

[86] 參見張明楷：《法益保護與比例原則》，載《中國社會科學》2017年第7期，第105頁。

而在犯罪附隨後果的適用中，嚴厲的懲治手段給行為人造成的損害與給社會公共利益帶來的收益相比完全失衡。舉例來說，即使醉酒型危險駕駛罪的行為人被判處最輕的刑罰或者是適用緩刑，其也會因受過刑事處罰，面臨“多米諾骨牌”式的一系列嚴重的負面連鎖反應^[87]。行為人將一生被貼上犯罪人的標籤，無法完全享有公民應當具有的權利，如此嚴重的後果對行為人權利的侵害遠遠超越了其對公共利益的保障和增進。“過分、多度的幹預不僅無益於預防犯罪，保護社會公共利益，反而可能使有前科公民權利受到過於嚴苛的限制，影響其生存與發展，使這一群體邊緣化，難以回歸社會，從而再次犯罪^[88]。”筆者認為，目前的犯罪附隨後果作為行為手段完全不符合均衡性原則的要求，一方面從個人損害角度來看，微罪的犯罪附隨後果對行為人及其親屬造成的損害是終生的、難以彌補的。另一方面從社會收益角度來看，過於嚴厲的附隨後果不僅影響了大眾對刑法的認同感和接受度，還可能適得其反迫使曾經的犯罪人為了生計再次走上損害公共利益的道路。兩相比較，微罪附隨後果給個人造成的不良影響和損害遠遠大於其所維護的公共利益，實在難謂之均衡。

五、規制微罪附隨後果的應對措施

在刑事立法活躍化、活性化的當下，過泛、過重的微罪附隨後果明顯有悖於比例原則的要求，也與刑法“嚴而不厲”的調整趨勢存在激烈沖突。刑罰制裁是短暫的，附隨後果卻是終生的。在刑法網漸“嚴”（嚴密）的趨勢下，更多的微罪行為人背上犯罪附隨後果的枷鎖，這顯然與刑罰輕緩化的目的背道而馳^[89]。為了解決該問題，我國刑法一方面應建立差異化的前科消滅制度，同時另一方面應對微罪附隨後果進行規範化和制度化的限制，雙管齊下真正實現“嚴而不厲”的刑法現代化結構調整。

（一）建立微罪的前科消滅制度

前科實質上是對犯罪人的犯罪記錄所進行的規範性評價，前科消滅是對這種規範性評價的禁止與終結^[90]。建立微罪的前科消滅制度可以徹底注銷微罪行為人的犯罪記錄，從根本上幫助犯罪人回歸社會、恢復權利。需要注意的是，針對微罪建立前科消滅制度不意味著只有微罪才能適用前科消滅，而是因微罪的罪名數量有限、社會危害性小，所以在前科消滅制度的具體構建上異議小、可行性強，以此為契機有助於推進前科消滅制度的全面建立^[91]。前科不是一個內涵統一的概念^[92]，有學者將前科的概念分為狹義、廣義和最廣義。狹義的前科概念圍繞著罪和刑展開，它的成立既有罪的要求也有刑的考量，廣義的前科概念圍繞著罪展開而不涉及刑，而最廣義的前科概念則不是一個刑法專屬性的概念^[93]。鑒於前科消滅的法律後果要涵蓋消除前科所引起的犯罪附隨後果，即消除微罪帶給微罪行為人的不利後果，而能有效滿足這一要求的只有廣義的前科概念。因此，本文中的前科只涉及罪不要求刑，具體指受到有罪宣告的事實，包括定罪給予刑事處罰、非刑事處罰，定罪判

[87] 參見尹彥品、王豔榮：《醉酒型危險駕駛罪回顧與完善芻議》，載《河北法學》2022年第4期，第195頁。

[88] 邵玉婷：《前科就業限制的比例原則規制》，載《東方法學》2017年第3期，第158頁。

[89] 參見周峨春、郭子麟：《輕罪前科消滅制度構建》，載《重慶理工大學學報(社會科學)》2022年第9期，第165頁。

[90] 參見韓寶慶：《前科消滅制度建構論》，載《東北師大學報(哲學社會科學版)》2016年第2期，第111頁。

[91] 參見何榮功：《我國輕罪立法的體系思考》，載《中外法學》2018年第5期，第1220頁。

[92] 參見付強：《前科消滅的概念研析》，載《當代法學》2011年第2期，第36頁。

[93] 參見梁雲寶：《我國應建立與高發型微罪懲處相配套的前科消滅制度》，載《政法論壇》2021年第4期，第40-41頁。

刑後被赦免，以及單純有罪宣告等^[94]。構建差異化的前科消滅制度是一項系統工程，筆者認為應從以下兩方面展開。

1.完善犯罪記錄封存制度

前科與犯罪記錄是兩個不同的概念，同樣前科消滅與犯罪記錄封存也是兩個不同的概念。前科消滅制度所消滅的前科，在法律上只是一種規範性評價的禁止，而不是客觀存在的犯罪事實本身，更不是記錄犯罪事實的某種載體^[95]。犯罪記錄封存是指限制和拒絕查詢犯罪記錄，但並不是徹底銷毀對犯罪事實及刑事判決的記載，犯罪記錄依然是客觀存在的^[96]。犯罪記錄封存是前科消滅的主要措施，通過拒絕查詢犯罪記錄使前科評價在法律制度層面上無法進行，從而導致前科消滅的法律效果。

長期以來，我國實行的都是刑事犯罪記錄終生入檔的制度。直至2011年《刑法修正案（八）》中增加了未成年人前科報告義務免除的規定，隨後2012年新《刑事訴訟法》又配套規定了未成年人犯罪記錄封存制度^[97]。可以說這些立法修訂初步構建了中國刑事制裁體系下的犯罪記錄封存制度，是我國逐步建立前科消滅制度的重大突破^[98]。但是我國目前的犯罪記錄封存制度僅涉及未成年人的某些罪名，適用面過於狹窄，無法適應當前犯罪圈擴大、刑罰逐步輕緩的立法和司法現實。因此筆者認為，可以在未成年人刑事犯罪記錄封存制度的基礎上繼續延伸，借鑒的同時創新建立我國微罪犯罪記錄封存制度。對判處微罪的行為人犯罪記錄予以封存，通過統一的拒絕和限制查詢來實現前科消滅的初衷和目標。一方面，吸取未成年人犯罪記錄封存制度中存在的監督與救濟程序缺失、查詢程序不規範、封存效力不明確以及相關部門之間的銜接與配合脫節等問題，微罪犯罪記錄封存制度可以針對性完善並提高^[99]。另一方面，可以將被封存的犯罪記錄納入隱私權保護範圍，不得再被提起和進行任何形式的法律評價，任何個人或機關不得肆意披露或者傳播，否則即為侵權，情節嚴重的，可以以侵犯公民個人信息罪追究刑事責任^[100]。

2.增設複權制度

複權包括了廣義上的複權和狹義上的複權，前者指恢復因犯罪而失去的權利、資格，後者則是指因犯罪而被判處資格刑以後，在資格刑執行期間停止執行並恢復其權利^[101]。我國學者通常將複權與資格刑相聯系^[102]，在狹義層面對複權制度進行研究^[103]。但正如上文所述，我國其他法律法規

[94] 參見李穎峰：《構建我國未成年人前科消滅制度的若幹思考》，載《河南大學學報(社會科學版)》2018年第4期，第71頁。

[95] 參見於志剛：《“犯罪記錄”和“前科”混淆性認識的批判性思考》，載《法學研究》2010年第3期，第54頁。

[96] 參見馬豔君：《未成年人犯罪記錄封存制度實踐設想》，載《法學雜誌》2013年第5期，第120-121頁。

[97] 我國《刑法》第100條規定：“犯罪的時候不滿十八周歲被判處五年有期徒刑以下刑罰的人，免除前款規定的報告義務。”《刑事訴訟法》第286條規定：“犯罪的時候不滿十八周歲，被判處五年有期徒刑以下刑罰的，應當對相關犯罪記錄予以封存。”

[98] 參見陳慶安：《〈刑法修正案（十一）〉的回應性特征與系統性反思》，載《政治與法律》2022年第8期，第119頁。

[99] 參見宋英輝、楊雯清：《我國未成年人犯罪記錄封存制度研究》，載《國家檢察官學院學報》2019年第4期，第20頁。

[100] 參見彭新林：《美國犯罪記錄消滅制度及其啟示》，載《環球法律評論》2021年第1期，第177頁。

[101] 參見張偉珂：《域外刑事複權制度立法比較研究》，載《法治研究》2014年第7期，第19頁。

[102] 參見康均心、尹露：《美國複權制度中國化思考——以“禁止詢問犯罪記錄”為例》，載《刑法論叢》2015年第3卷，第362頁。

[103] 如有觀點認為複權是指對被宣告資格刑的犯罪人，當其具備法律規定的條件時，審判機關提前恢復其被剝奪的權利或資格的制度。參見馬克昌主編：《刑罰通論》，武漢大學出版社1999年版，第716頁。也有學者指出，複權制度中所恢復的“權”，是指因被處以資格刑而導致喪失的一切權能。參見於志剛：《複權制度適用問題研究》，載《法學》2002年第2期，第34頁。

中也存在廣泛的資格禁止性條款，行為人沒有被判處資格刑或者資格刑已經執行完畢的，其從事特定職業、獲得某種資格的權利依然受到限制或剝奪。因此我國的複權制度不應再局限於資格刑，廣義的複權才能改善複歸人員所面臨的現實困境，保障其重新回歸社會開展正常的社會生活^[104]。複權制度與前科消滅存在密切關聯，兩者相互補充、協調配合，共同發揮作用。一方面，前科消滅制度必然引申出複權問題，複權意味著犯罪人被剝奪的權利或資格的恢復。對於已經恢復的權利和資格，任何社會組織、用人單位及個人都不得以任何理由再次禁止、限制或拒絕行為人重新享有。換言之，只有在複權實現後前科消滅制度才能真正落到實處^[105]。另一方面，複權的法律後果僅限於恢復犯罪人喪失的權利或資格，而無法封存犯罪人受罪刑宣告的記錄，犯罪人再犯罪的，可以構成累犯或者其他從重處罰情節^[106]。因此兩者缺一不可，必須有機地結合起來才能真正達到維護微罪行為人權益的效果。

筆者認為，微罪的前科消滅制度應由犯罪記錄封存和恢復因犯罪而失去的法定權利或資格兩部分組成。一方面，通過拒絕、限制查詢微罪行為人的犯罪記錄使前科失去規範評價作用，在法律層面上達到消滅前科的效果。另一方面，複權制度的增設可以使微罪行為人的權利恢復到犯罪前的狀態，真正將行為人從“隱形枷鎖”中解放出來，平穩順利地回歸社會。

（二）微罪的犯罪附隨後果規範化

由於深受傳統觀念、時代背景等多方面因素的影響，我國一直以來對複歸人員形成的禁止、限制和排斥性規定有其複雜性和內在必然性。因此筆者認為，對於微罪附隨後果的規範化措施應立足我國現實情況，從前置條件出發，對規定的具體時間、內容要求、救濟方式等進行針對性地探索和研究的，修改或取消不符合比例原則要求的微罪附隨後果，建立規範化的制度體系。

1. 增強前置條件與附隨後果的關聯性與邏輯性

法律責任具有內在邏輯性，所有法律後果的承擔都應存在前後因果的邏輯關係，該原理同樣適用於犯罪附隨後果的適用中。如上文所述，我國目前大量存在的犯罪附隨後果設置粗糙，缺乏針對性和因果性，前置條件中的犯罪性質、情節等，與剝奪資格、職業排斥等的後果之間沒有明顯的關聯性和邏輯性，不符合比例原則的要求。比如2018年《上海市導遊人員管理辦法》（上海市人民政府令14號）第19條規定，受過刑事處罰的，過失犯罪的除外，不得頒發導遊證或者景區（點）導遊證。因此有醉駕前科的人、超速追逐判過刑的人等，一律不允許從事導遊工作。類似做法顯然是不合理的，從該規定很難直接看出醉駕與導遊工作有任何內在的關聯，也沒有令人信服的實證數據統計和政策研究表明醉駕者無法勝任導遊一職。此類規定大多是為了實現犯罪的報應和預防目的，而直接排除了所有有犯罪前科的人員從事該工作的機會。筆者認為，微罪附隨後果在規定時應重視、強調其與所犯微罪的關聯性，從而使犯罪附隨後果更具針對性和因果性。

2. 明確微罪附隨後果的適用期限

我國絕大多數的微罪附隨後果沒有規定明確的適用期限，也不存在相應的救濟、減免途徑，這就意味著對於微罪行為人來說這種否定評價和資格剝奪是沒有解除期限的。即使他們已經改過自新

[104] 參見劉博：《複權制度中國化的路徑芻議》，載《學習論壇》2017年第12期，第73頁。

[105] 參見程騁：《前科消滅與複權制度在刑罰體系中的定位及邏輯關係解構》，載《江漢論壇》2021年第12期，第119頁。

[106] 參見馬克昌主編：《刑罰通論》，武漢大學出版社1999年版，第717頁。

或者確實缺乏再犯可能性，也仍然無法擺脫終生被限制的命運^[107]。毋庸置疑，這種經驗性的做法明顯缺乏依據，不具有合理性。筆者認為，鑒於微罪的犯罪情節較為輕微，社會危害性小，對微罪犯罪附隨後果的適用期限應進行區別於重罪、輕罪的制度設計，在對其設立目的、保護利益的重要性、對行為人的損害等方面進行綜合考量的基礎上，設立符合比例原則要求的限制期限。

3. 清除微罪犯罪附隨後果的株連規定

株連規定作為犯罪附隨後果的負面影響之一，嚴重加劇了犯罪行為對犯罪人近親屬和其他家庭成員的社會負擔，應為法治理念和實踐所摒棄。微罪行為人子女的人身權、人格權是獨立的，不能因父母的過錯而被否定或剝奪。以政審為例，父母是微罪行為人無法證明子女在社會生活其他領域同樣會失信於人，因此政審這種過當的預防和防控體現了一種“有罪推定”的思維定勢，是對子女們“莫須有”罪名的懲罰和限制^[108]。通過親屬連坐的方式，摧毀微罪行為人子女的個人前途，既不是刑罰和微罪附隨後果規定的初衷，也不符合社會治理的總體要求。因此，所有株連性制裁都不符合比例原則的要求，缺乏正當性根據，應予全部清除。

4. 限縮微罪納入社會信用評價的範圍

社會信用評價體系的最終目的是為了建立完善的信用信息共用機制，提高公眾誠信水準。而實踐中納入社會信用評價的內容急劇擴張，從傳統的商業欺詐、偷稅漏稅、銷售假冒偽劣產品等屬於商業倫理和民事主體之間的不誠信行為，延伸至違法行為、犯罪行為，乃至不文明、不道德的社會行為。考慮到社會信用評價體系對微罪行為人的聲譽和資格都會產生較大影響，因此在比例原則的約束下，不應將不具備失信成分的微罪納入社會信用評價體系中。

5. 明確合理有效的法律救濟渠道

犯罪附隨後果剝奪了微罪行為人的職業自由權等相關權利，職業自由權是公民的基本人權，且就業問題關乎當事人賴以為生的物質基礎與生活來源，影響尤為重大，更在深遠層面上與其複歸社會關係密切。因此，當微罪行為人認為某項微罪附隨後果的設置和適用不符合比例原則要求時，應有合理有效的救濟渠道。例如，當微罪行為人從事法律法規未禁止的職業和有關活動，或當某項禁止或限制已經到期，微罪行為人的權利未得到相應保障的，應允許行為人申請法律救濟。筆者認為在我國，明確犯罪附隨後果的可訴性，保護微罪行為人通過訴訟維護自己合法權利，尋求司法機關的介入，符合社會主體合法權利要有保護措施跟進的邏輯。

6. 及時更新並修訂下位規範

我國地方性法規、規章以及規範性文件中確立的犯罪附隨後果主要依據國家法律、行政法規以及國務院部門規章等制定。實踐中，大部分下位規範性文件中規定的附隨後果往往來源於上位規範。然而目前確存在比較明顯的下位規範“尾大不掉”的問題^[109]。由於上下位規範的制定、修改、廢止在時間上始終具有一定的間隔，通常會出現上位規範更新後與下位規範的微罪附隨後果不一致的情況。例如國務院頒布的《保安服務管理條例》已經於2022年3月進行修訂，新修訂後的條例第17條規定曾因故意犯罪被刑事處罰的，不得擔任保安員。而由深圳市政府2008年3月頒布的《深圳市保安

[107] 參見劉夏：《保安處分視角下的職業禁止研究》，載《政法論叢》2015年第6期，第131頁。

[108] 參見聶帥鈞：《失信聯合懲戒措施的合法性檢討與控制》，載《財經法學》2021年第2期，第127頁。

[109] 參見楊登峰：《下位法尾大不掉問題的解決機制——“新上位法優於舊下位法”規則之論》，載《政治與法律》2014年第9期，第60頁。

服務管理辦法》卻仍在使用中，其中第50條規定，保安員有違法行為受到行政拘留、強制戒毒、勞動教養或者刑事處罰的，吊銷資格證書，並且三年內不得從事保安服務工作。該規定並沒有如上位規範一樣區分刑事犯罪的故意與過失，而是籠統進行了職業限制。因此，筆者認為根據比例原則的要求，應當及時更新並修訂下位規範，確保規定微罪附隨後果的規範現行有效。當上位規範中的犯罪附隨後果修訂或失效後，下位規範中的附隨後果自動修訂或失效。對於下位規範或者一些用人單位超越上位法，缺乏依據地增設禁止和限制性內容，導致公民合法權益受到損害時，應當允許微罪行為人申請法律救濟。

六、結語

在上述研究的基礎上，本文得出以下結論：（1）微罪是法定最高刑為一年有期徒刑以下的罪名，這種界定合乎微罪在實體和程序方面功能的要求。（2）目前我國微罪附隨後果存在過泛、過重的弊端，本文透過公法領域比例原則的下位規則，對該現狀進行了細緻的、規範的正當性檢視，找出了問題的根源所在。（3）基於此，本文主張建立差異化的前科消滅制度和規範化的微罪附隨後果制度，修改或取消不符合比例原則的現有規定，以符合現代化國家治理的平等、公正原則。

Abstract: Petty offenses refer to crimes for which the statutory maximum sentence is less than one year of fixed-term imprisonment. The problem of over-generalization and over-severity of the collateral consequences of petty offenses in China has been identified through a review of the subordinate rules of proportionality in the field of public law. Therefore, a differentiated system of elimination of criminal record and a standardized system of consequences collateral to petty offenses should be established, and existing provisions that do not comply with the principle of proportionality should be amended or abolished to truly modernize and restructure criminal law in a “strict but not harsh” manner, in order to comply with the principles of equality and justice in modern state governance.

Key words: Petty Offenses; the Collateral Consequences of Crimes; the Principle of Proportionality; Elimination of Criminal Record

（責任編輯：馬志遠）

前瞻性犯罪模式的規範性限制與替代性方案

姜敏* 李國欽**

摘要 當代社會的犯罪控制場域發生的預防性轉向，預示著刑法前瞻性犯罪模式的出場。“無實害結果”的前瞻性犯罪相較於過往的“危害+罪責”犯罪模式，擴大了刑法對未完成行為的處罰範圍。並在實踐中產生了前提刑法介入時點、降低處罰門檻等效應。以預防邏輯為基礎的前瞻性犯罪，卻存在忽視分配性正義、消解傳統刑法學具有的針對性部署等弊端。應當從保護客體以及擬禁止行為兩個維度對前瞻性罪犯進行規範性限制，即在保護客體的設定上，要排除不適格的保護內容；在擬禁止行為的設定上，要確保擬禁止行為與危害結果之間的事實因果關係，且通過客觀要素與主觀要素建立擬禁止行為與危害結果之間的聯繫。此外，將行政處罰法作為前瞻性犯罪的替代性方案具有合理性，同時應取消其中剝奪人身自由的處罰類型以優化制裁體系，從而輔助消解前瞻性犯罪的法治危機。

關鍵詞 犯罪控制 前瞻性犯罪模式 預防邏輯 規範性限制

前言

隨著晚期現代性社會的來臨，傳統刑法學所依賴的社會與政治條件也隨之改變。在古典語境下，犯罪危害通常是在時間、空間上涇渭分明的事件，“總是在一定的地點、一定的時刻涉及一定的人群”^[1]。而在晚期現代性的背景下，犯罪危害呈現出鮮明的延展性以及影響途徑的不確定性，控制犯罪風險以及驅散不安全感的渴望，日益成為公眾文化中的緊迫事項。^[2]在當前的犯罪控制場域中，預防、減少犯罪危害以及犯罪風險管理已然取代了報應、威懾（消極的一般預防）以及復歸（特殊

* 姜敏，西南政法大學外國與比較刑法研究中心教授、博士生導師。

** 李國欽，西南政法大學法學院博士研究生。

本文受西南政法大學學生科研創新項目“前瞻性預防責任的歸責模式研究”（2023XZXS-025）資助。

[1] [德]烏爾裡希·貝克：《自由與資本主義》，路國林譯，浙江人民出版社2004年版，第124頁。

[2] 晚期現代性社會的變遷及其對大眾文化的影響請進一步參見David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.115, 101-127.

預防)的核心地位。犯罪控制場域中發生的劇烈變化，實際上也預示著作為因應晚期現代性困境的前瞻性犯罪模式的出場。

所謂前瞻性犯罪模式，系相對於以個體權利內核的“危害+罪責”犯罪模式而言，其改變了以既有的危害結果為考察原點的回顧性視角，而是面向未來，側重於遏制潛在的犯罪人或阻斷可能會引起犯罪危害的犯罪因素的融合，從而實現風險化解的犯罪控制目標。面對這一變化，域外刑法學界通過定性分析方法或定量分析方法，對當代刑法的發展做出了診斷，前者如安全刑法、風險刑法、現代刑法等理論命題，後者如過罪化。在我國的立法實踐中，前瞻性犯罪的設置同樣已經成為一種趨勢，集中體現在危害國家安全犯罪、危害公共安全犯罪、市場經濟秩序犯罪、社會管理秩序犯罪等領域中。本文正是立足於此，以域外各國的立法實踐與限制方案為鏡鑒，在我國現有的研究成果基礎之上，對前瞻性犯罪模式實質與影響展開分析，並探索前瞻性犯罪模式的限制路徑及替代性方案。

一、當代社會犯罪控制場域的預防性轉向

刑法預防性立法在當前立法實踐中獲得認可，實際上與更為宏大的犯罪控制場域之間的適配程度密切相關。換言之，當前的犯罪控制場域的結構變化，已為刑法預防性立法奠定了基礎。犯罪控制場域在19世紀末和20世紀70年代經歷了兩次重大的結構性變化。尤其是在20世紀70年代，由“懲罰-福利模式”轉向“正義模式”。^[3]“懲罰-福利模式”發軔於1890年，曾獲得較大的認可。但到1970年中期以後，“懲罰-福利模式”倡導的不定期刑以及個別化治療方案遭到了各界的猛烈攻擊，犯罪控制場域發生了預防性轉向。近年來，預防性犯罪控制理論同樣得到了我國犯罪學領域的研究者的支持，並在社會治理中廣泛應用。^[4]

(一) 犯罪控制目標的重構：風險管理

“懲罰-福利模式”以復歸理念為內核，強調刑罰措施的復歸式介入，反對負面、報應的懲罰。在此理念下，鋪設了不定期刑、假釋、個別化處遇等，且針對病因的犯罪學研究，也強調復歸的監禁制度等原則和實務。^[5]20世紀70年代初，“懲罰-福利模式”倡導的復歸理念存在的懲罰權力的差別化運用、國家刑罰裁量權過大等問題，也成為了該模式瓦解的重要原因。

取代復歸理念的刑罰制度目標，不是反對派主張的以刑罰的應得性限制國家的懲罰權力，而是風險管理以及隔離無害化。換言之，刑法承擔了管控風險的責任，且通過消除風險以避免實害結果的出現。從緣由上看，刑罰復歸理念的退場以及新的犯罪控制場域的形成，要歸因於西方工業社會在晚期現代性面臨的挑戰以及人們對於上述挑戰的回應策略。正如大衛·加蘭德(David Garland)所言，犯罪控制場域的轉變，主要是通過對既有制度的重新定義完成的。^[6]復歸治療、假釋等“懲

[3] 時延安：《懲罰目的選擇對刑事法制模式的影響》，《檢察日報》2021年4月22日，第3版。

[4] 在我國犯罪學界，以犯罪地理學為指引的犯罪空間防控研究取得了重大進展，國務院辦公廳在2015年4月印發的《關於加強社會治安防控體系建設的意見》中進一步明確了事前消除犯罪風險的犯罪控制目標。參見岳平：《犯罪防控戰略與策略之辨明——論犯罪空間防控的興起及發展》，載《上海大學學報（社會科學版）》2015年6期，第3頁。

[5] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp.34-35.

[6] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.174.

罰-福利模式”時期的制度產物雖然得到保留，但其目的卻徹底轉向了風險管理與犯罪預防。在新的犯罪控制場域下，針對犯人的復歸治療，成為一種風險管理的手段，而不是出於增進社會福利的目的。緩刑監督制度在程序設計上日趨嚴格，監督功能得到了凸顯，其也成為一種管控風險的可靠手段。監獄則是在“監獄有效”的推定下，作為一種隔離無害化的手段。

（二）犯罪控制重心的變化：事前消除犯罪風險

新的犯罪控制場域所催生和依賴的犯罪學知識也發生了深刻變化。在“懲罰-福利模式”時期，影響刑法政策的主要是變態心理學及社會犯罪學。這些犯罪學在刑事司法層面直接對應犯罪人的個別化處遇。在犯罪原因上最終指向產生犯罪行為的社會根源，尋求一般化的社會改革與福利供給政策。因而也可稱之為福利主義犯罪學。例如，在菲利提出的犯罪原因三元論中，犯罪是人類學因素或個人因素、自然因素、社會因素相互作用的產物，並格外強調社會因素在犯罪中起到的主要作用。^[7]福利主義犯罪學的核心主題便是社會剝奪，及後來的相對剝奪。犯罪人之所以走向偏差，原因是他們被剝奪了適當教育、家庭社會化、工作機會或缺乏適當治療。^[8]晚近興起的控制理論則認為任何人都是潛在的犯罪人，人們犯罪與否取決於抑制或控制人們不犯罪的力量的強弱程度。社會控制、情境控制、自我控制等成為了當代犯罪學的研究主題。我國在犯罪控制策略上也由早期的“打防結合、以打為主”轉向“打防結合、預防為主”，並圍繞情境控制展開了實踐探索。^[9]而這種犯罪學上的主張嚴密控制的理論假設，反過來又會作用於刑法，並使刑法強化消除犯罪風險等預防性立法。

解讀犯罪的視角由福利主義視野下的回溯性視角，轉向預防性視角，並引起刑法策略的變化。在傳統預防犯罪機制的視野下，依據適用對象的不同分為下列三個層次：第一層次也是初級犯罪預防，主要是針對一般民眾，著重在識別出提供犯罪機會及促進犯罪發生的物理與社會環境因素，並予以規劃、設計和改善，以減少犯罪的發生；第二層次是次級犯罪預防，主要是對潛在犯罪人予以早期辨識，並在其從事非法活動前加以幹預；第三層次是指對真正的犯罪予以幹預，進行矯治與輔導以避免其再犯，刑事司法體系的逮捕、起訴、監禁、矯治處遇，皆屬於此一層次的範圍。^[10]所以在傳統預防犯罪機制中，刑法預防機制屬於第三級。但是，刑法預防性立法卻讓刑法預防逐漸承擔了二級或以及預防機制的責任。因此，如今的控制理論則是讓刑法控制犯罪至少前提到了二級預防（針對被認為存有犯罪風險的群體或類別），並表現為計算風險並規劃預防措施。因此，刑法領域“提出強硬的犯罪鎮壓模式以及提出環境設計的犯罪預防模式策略。”^[11]

由於犯罪學的基本設定以及研究視角的轉變，犯罪控制的重點也隨之轉移。如前所述，福利主義犯罪學將犯罪人視為病態罪犯，重點關注造成偏差者實施不法行為的個人病態及社會化不足等社會原因。既然犯罪是由於長期的、遠距離的因果關係所形成的，那麼對行為人進行前瞻性、及時性地

[7] 吳宗憲：《西方犯罪學》（第2版），法律出版社2006年版，第123-124頁。

[8] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.15.

[9] 參見周東平：《西方環境犯罪學：理論、實踐及借鑒意義》，載《廈門大學學報（哲學社會科學版）》2014年第3期，第26頁。

[10] Heidi Mork Lomell, *Punishing the uncommitted crime*, in Barbara Hudson, and Synnove Ugelvik (eds), *Justice and Security in the 21st Century: Risks, Rights and the Rule of Law*, Oxford: Taylor & Francis Group, 2012, p89.

[11] 黎宏：《情境犯罪學與預防刑法觀》，載《法學評論》2018年第6期，第19頁。

具體幹預便失去了意義。^[12]但控制理論已經放棄了對終極犯罪原因的探索，轉而尋求抑制誘發犯罪的中段因素的可操作性方案。重心已經由貧困的、病態的等罪因偏向犯罪機會論。犯罪機會論所關注的，恰恰是過往犯罪學所忽視的絕大多數的輕微犯行、日常瑣碎的犯行和風險行為等。與追究、起訴及懲罰犯罪人相比，如何通過消除犯罪風險，從而減少犯罪機會、加強情境控制來減少犯罪事件的發生，已是當代刑法打擊犯罪的重點目標。

二、犯罪化風險行為的前瞻性犯罪的實質與影響

犯罪控制場域的結構性變化表明，刑法預防性立法成為了當代預防犯罪的新範式。運用各種安全機制馴服偶然的、難以預測的現象作為一種治理邏輯，很早便已為福柯所揭示。^[13]在18、19世紀，運用各類安全技術減少損害、管控風險的預防性努力，已經融入到作為犯罪控制基礎的警察制度，甚至是國家基礎設施之中。^[14]隨著“懲罰-福利模式”的崩解以及監控攝像頭、衛星追蹤、數據識別、生物識別技術等安全技術在20世紀的全面發展，使犯罪控制場域的預防性面向得到了進一步強化，也為刑法追究無實害結果行為的責任提供了條件。當然，刑法的預防性轉向也是通過對既有的刑法結構要素的再敘述實現的。

（一）“危害+罪責”模式的回顧性模式

現代刑法奠基於以世俗化、理性化、人道化、自由化為標誌的啟蒙運動。^[15]啟蒙思想家旨在通過以“天賦人權”（自然權利）為內核的現代性政治-法律方案（有限政府、權力分立等），限制包括刑罰權在內的國家權力。宗教犯罪/風俗犯罪因並無適格的保護權利，被費爾巴哈排除出由其負責起草的1813年刑法典之外。密爾則是以危害原則劃定公權力的幹預界限，將犯罪定義為是“損害或在法律明文中或在默喻中應當認作權利的某些相當確定的利益”的行為。^[16]借由危害定義的實質性犯罪概念，能夠達至刑法世俗化以及刑法客觀化的目標。另一方面，在自然權利的先驗假設下，古典刑法認為刑法應當尊重行為人的自主權，如果行為人沒有被給予“公平的機會”（fair opportunity）來行使做法律要求的事而不實施法律禁止的事的能力，那麼對於他的定罪或懲罰便都是錯誤的。^[17]行為人只有在他本可以不這樣做的情況下，也即具有他行為可能性（alternative possibilities）時，才可以適當地對其行為負責。^[18]包括行為人應對危害結果存有認識或預見等在內的罪責要求便成為了現代刑法，甚至是現代憲法的共識。^[19]回顧的或報應性的“危害+罪責”模式，

[12] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p186.

[13] 米歇爾·福柯：《必須保衛社會》，錢瀚譯，上海人民出版社2010年版，第187-188頁。

[14] 在邊沁所提出的國家建設專案中，包括城市規劃、提供汙水處理系統、安全供水、防治疾病和促進社會健康等內容對城市的基礎設施建設產生了巨大影響。因而19世紀也被稱為充斥著最為壯觀的城市安全項目的世紀。Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.36.

[15] 包括反對血腥的公開懲罰、反對司法酷刑、反對過度使用死刑等具體訴求。J.Q. Whitman, “The Transition to Modernity”, in M.D. Dubber and T. Hörnle (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.84.

[16] [英]密爾：《論自由》，許寶騏譯，商務印書館1998年版，第89頁。

[17] [英]H.L.A.哈特著：《懲罰與責任》，王勇、張誌銘等譯，華夏出版社1989年版，第145頁。

[18] Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.24.

[19] 關於無認識的過失（疏忽）是否與罪責原則存在衝突，在今天仍然存在廣泛的爭議。參見Tatjana Hörnle：《罪責原則

便是對這些理念的回應。我國有學者將這種以危害結果為中心的犯罪模式，形容成“倒著看一部紀錄片”的回顧性視角。^[20]在刑事責任理念上，“危害+罪責”模式立足於道義責任論，視懲罰為犯罪的回應。刑罰的理由是通過懲罰不法行為來恢復公正的秩序，預防本身不能作為刑罰的正當根據。^[21]在判斷行為違法性時，先確定有無危害結果，隨後回溯性地考察引起這一危害結果的行為人和行為。

（二）趨勢化的前瞻性犯罪使刑法懲罰的未完成行為的範疇擴大

刑法預防性立法改變了犯罪控制機制，且使刑法能夠在危害結果發生之前進行懲罰。有學者認為對“無實害結果犯罪”的處罰，既是出於預防的理由，也是出於報應的理由。^[22]這主要是針對傳統刑法懲罰預備或未遂行為而言的，也即，傳統刑法懲罰“無實害結果行為”，依附於既遂行為，所以其具有報應方面的理由，且體現在其與實質性犯罪（結果犯罪）之間的聯系上。但近年來各國的刑法發展表明，刑法預防性立法與實質犯罪之間的聯系已經斷裂，這導致報應性的理由已經逐步從“無實害結果犯罪”的處罰標準中抽離。

19世紀初，費爾巴哈在權利侵害說的基本立場上，提出了根據行為的外在特征判斷是否具有可罰性的客觀危險說，即“行為與預謀的犯罪之間存在因果關係，在客觀上具有危險性，那麼，為完成犯罪所實施的外在行為本身就成立犯罪，並應受到處罰”^[23]。套用結果無價值論者的話來說，就是未完成犯罪實際具有實害結果風險，且是一種對危害結果的緊迫風險，而非行為風險本身。^[24]在這一時期，普通法國家盛行的以行為為中心的判斷方法同樣體現了這一點。^[25]比如，一些國家刑法對未遂犯的處罰，就要求具備與實質性犯罪相當接近的明確證據。比如中國刑法中未遂的起點，便是“著手”實行刑法規定的某個罪的實行行為。甚至在美國刑法的學說中，其對未遂罪的懲罰，要求了最為嚴格的標準，即最後行為（last act）標準。簡言之，最後行為說要求行為人只有在完成了最後行為仍然沒有實現犯罪意圖的，才能按照未遂犯處罰。當然，這些標準均依附了實質犯罪，這對於預防危害之目的來說，顯然過於遲緩。

20世紀以來的刑法學說、立法方案均展現出向最為寬松的“任何公開行為”（any overt act）一極移動的趨勢。簡言之，刑法針對未造成實害結果行為的立法，逐步趨向遠離實害結果的行為。儘管有些國家對未遂類似行為的懲罰，堅持了一些標準，但從懲罰的行為看，也是距離實害甚至犯罪對象比較遠的行為。比如美國《模範刑法典》對未遂的懲罰，採取了“實質性步驟”（substantial step）標準說，通過列舉的方式規定了7種行為，包括等待、尋找或者跟蹤預期的被害人，引誘或者試圖引誘預期的被害人前往預期的實施犯罪的場所等。這些行為其實距離實行行為很遠。另一方面，還表現為由主觀消解客觀行為的現象，比如德國刑法對未遂行為^[26]的懲罰，也由客觀未遂論

的憲法論證》，鐘宏彬譯，載《軍法專刊》2013年第1期（59卷），第154-155頁。

[20] 黎宏：《結果本位刑法觀的展開》法律出版社2015年版，第5頁。

[21] Ali Emrah Bozbayindir, *The Advent of Preventive Criminal Law: an Erosion of the Traditional Criminal Law?*, *Criminal Law Forum*, 2017(02), p.27.

[22] Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.455-456.

[23] [德]費爾巴哈著：《德國刑法教科書》，徐久生譯，中國方正出版社2010年版，第45-46頁。

[24] 參見張明楷：《刑法學》（第6版），法律出版社2021年版，第438頁。

[25] Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.97.

[26] 德國的未遂和我國的未遂有很大差異，不能以我國未遂的概念理解此種未遂概念。

轉向主觀未遂論。當前占據支配性地位的印象說認為，未遂犯的處罰根據在於行為人的對法的敵對意思，也即“在客觀上動搖了對法秩序的效力的信任和動搖了法安全性的感覺”^[27]。主觀未遂觀和印象說，甚至可能導致超出預備行為而動用刑法，直接也反應了預防的強化和打擊的超前。這種變化必須給予理性認識，也就說，與其勉強地認為“實質性步驟標準”、“超出預備標準”及印象說仍然在以行為為中心的波動區間內（靠近“任何公開行為”一端），不如坦然地承認刑法的預防性立法趨勢，逐漸導致關注犯罪意圖，並由此逐漸使懲罰範疇遠離了實行性和實害結果。我國傳統的刑法學理論則通過對不能犯可罰性的支持，表明了其主觀未遂論的立場。^[28]近年來，主觀未遂論存有的處罰行為人內心意思的刑法主觀主義風險受到了學界的進一步反思，客觀未遂論的立場逐漸成為學界共識。但在控制犯罪風險目的的牽引下，實際上也對客觀未遂論進行了大幅度調整，如採取“修正的客觀未遂論”觀點的學者認為，刑法學對未遂的判斷實際上已經是“對行為時的事態如何進一步演化、發展的‘事前’預言。”^[29]

刑法預防性立法犯罪化風險行為逐漸成了刑法立法的趨勢，其設置的前瞻性犯罪進一步擴大了無實害結果行為的範疇。前述論及，傳統刑法也懲罰預備、未遂甚至中止等沒有實害結果的行為，但其是依附嚴重侵害行為或嚴重結果犯罪，且與這些犯罪的既遂具有一定聯系。但預防性立法犯罪化風險行為的犯罪，脫離了與實害結果行為的聯系，旨意沒有了回顧和報應之意了，純粹是朝前的預防犯罪之罪。因此，其是典型的前瞻性犯罪。如果說刑法對以未完成形態定義的“無實害結果犯罪”的處罰，仍然可以通過其與實質性犯罪之間的聯系來獲得一定程度上的報應性理由，那麼近年來各國出現的以完成形態定義的“無實害結果犯罪”則是完全出於預防性的理由的“前瞻性”犯罪。從形式上看，前瞻性犯罪包括預備犯罪、預防性持有犯罪、成員身份犯罪以及抽象危險犯罪等類型。預備犯罪如我國在《刑法修正案（九）》第120條之二針對恐怖主義犯罪設置的準備實施恐怖主義犯罪等；預防性持有犯罪如刑法第120條之六規定的非法持有宣揚恐怖主義、極端主義物品罪等；成員身份犯罪如刑法第120條規定的組織、領導、參加恐怖組織罪；抽象危險犯罪如《刑法修正案（十一）》新增的第133條之二妨害安全駕駛罪。上述前瞻性犯罪雖然在實質上仍然是未完成犯形態，但經由預防性立法策略，其已經以既遂的形式出現在刑法分則中。同時，由於前瞻性犯罪與危害要素的徹底脫離，刑法得以在行為與最終危害結果尚處在相當遙遠的距離時，即展開司法幹預，顯著擴大了刑法的幹預範疇。

（三）“前瞻性”犯罪的實踐影響分析

前瞻性犯罪是立法設置的罪，分布在刑法分則中。這不僅是理論上分析的犯罪模式，同時，也會產生重大的實踐效應：

第一，擴大刑法處罰範圍。刑法預防性立法從兩個維度擴大了刑法的懲罰範疇：一是被刑法禁止的行為範疇擴大，這必然導致刑法範疇擴張。比如預備犯中的預備行為、預防性的持有犯罪中的持有行為、事前的幫助行為、煽動犯罪中的言辭行為等，均會被刑事禁止。同時，在預防性立法成為立法趨勢後，還會把更多類型的無實害結果行為納入懲罰範疇，新罪增加、犯罪構成要素變化等，

[27] [德]烏爾斯·金德霍伊澤爾：《刑法總論教科書》（第6版），蔡桂生譯，北京大學出版社2013年版，第286頁。

[28] 參見高銘喧、馬克昌：《刑法學》（第9版），北京大學出版社、高等教育出版社2019年版，第153頁。

[29] 周光權：《行為無價值論的中國展開》，法律出版社2015年版，第247頁；周光權：《刑法學》（第4版），中國人民大學出版社2021年版，第288頁。

均使刑法的分則體量增加，導致犯罪圈擴大。二是導致了未完成犯罪的未完成形態犯受到懲罰。當前瞻性犯罪被設置成故意犯罪時，其未完成形態同樣將面臨刑法處罰。特別是在刑法規定了懲罰預備、未遂和中止的立法範例下，故意類的前瞻性犯罪也相應的可能會出現預備、未遂和中止等犯罪形態。比如預備犯中的預備行為實行化後，也有預備、未遂和中止的可能，從而出現“未遂的未遂”、“未遂的中止”、“未遂的預備”等情況，導致刑法進一步擴大預防範圍。^[30]換言之，在前瞻性犯罪中，可能會存在刑法處罰“雙重未完成”甚至“多重未完成”等問題。^[31]例如，持有犯本身在刑法學理論上就是一種雙重的未完成形態犯罪，比未遂等一般的未完成形態犯罪距離造成實際的危害還要遙遠。^[32]倘若再對持有犯適用總則中的處罰未遂犯的規定，便會出現“多重未完成”的問題。

第二，前提了刑事司法措施的介入時點。刑法要經過司法走向實踐，因此，任何刑法實體法層面的變化，必然會導致刑事司法的變化。“懲罰-福利模式”瓦解以後，新近的犯罪控制理論促使刑事政策更多的關注犯罪造成的複合效應，而非造成犯罪的原因。減輕犯罪造成的損失、緩和大眾的恐慌並降低不安全感，一舉成為刑事司法的首要目標。^[33]在前瞻性犯罪語境下，把預備行為、持有行為犯罪化，能夠讓刑事司法措施更快、更早的介入到針對風險群體的二級預防中。刑事訴訟法往往對準用偵查措施設置相應的門檻，如德國便以偵查機關有合理懷疑行為人具有犯罪嫌疑為開啟偵查的條件。我國刑事偵查程序的啟動，同樣以有發生犯罪事實的嫌疑為立案的必要條件，只有在具備上述條件立案後，偵查機關才能對犯罪嫌疑人使用相應的刑事偵查措施。由於前瞻性犯罪模式無須以危害結果作為參照點，偵查機關得以成倍地向外擴張犯罪嫌疑的範圍，對風險群體實施監視等偵查措施。

第三，通過應用程序技術降低證明難度或直接從實體法上降低處罰難度。例如，持有犯罪通過應用刑事推定技術，擴大了犯罪故意的認定範圍。從實體法的定義方式來看，持有犯罪要求行為人明知自己持有刑法禁止物品的犯罪故意。如我國刑法第120條之六規定，“明知”是宣揚恐怖主義、極端主義的圖書、音頻視頻資料或其他物品。但持有犯罪經刑事推定技術的加持，可以在不觸及實體法的情況下，通過轉移證明責任，擴大犯罪故意的認定範圍。追訴機關僅需證明行為人持有被禁止物品的事實，即可直接推定持有人具有明知的故意，除非持有人能夠提出有效反駁。^[34]再如，成員身份犯罪在定義方式上，改變了通常針對行為的犯罪化思路，而是以行為人參加被禁止組織的方式寫入刑法。這使得其既避免了狹義共犯與實行犯所造成的危害結果之間的繁瑣歸責也直接降低了刑法的處罰要求，畢竟證明行為人參加或屬於一個被禁止組織的難度，遠遠低於證明其實施預備犯罪的難度。

[30] Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.97.

[31] 閻二鵬：《預備行為實行化的法教義學審視與重構——基於〈中華人民共和國刑法修正案（九）〉的思考》，載《法商研究》2016年第5期，第64頁。

[32] Markus Dirk Dubber, *Policing Possession: the War on Crime and the End of Criminal Law*, in 91 *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2001, p.908.

[33] Anders Folmer Buhelt, “Policing the law of fear?”, in Barbara Hudson, and Synnove Ugelvik (ed), *Justice and Security in the 21st Century: Risks, Rights and the Rule of Law*, London: Taylor & Francis Group, 2012, p.179-198.

[34] 參見琚明亮：《證明困難視閾下的事實認定與刑事推定》，載《政治與法律》2020年第2期，第29頁。

三、刑法預防邏輯的規範性缺失與弊端

刑法中的前瞻性犯罪的共同結構是：將X行為（狀態）犯罪化，是為了減少Y被實施的可能性。^[35]將X行為（狀態）犯罪化，便是為了遏制潛在的犯罪人為實施Y所作的準備或阻止可能引起Y的犯罪因素的融合。因而，越是將X行為向未完成形態之前的行為或預備行為方向延伸，越是能促使刑事司法機關提前介入到犯罪流程中。例如，性引誘犯罪所懲罰的是為了和未成年人發生性關係而實施的接觸行為。功利主義、結果主義的計算無疑是前瞻性犯罪設置的主導邏輯。如哈塞默爾所言，預防邏輯是一種面向未來的思維方式，衡量刑法成功與否的標準僅僅是某些危害（恐怖襲擊、搶劫、殺人等）是否得到預防。^[36]

（一）預防邏輯對分配性正義的忽視

在刑法預防性立法的討論語境中，較為常見和簡單的計算模型是將強大的安全價值（恐怖主義襲擊、嚴重的人身傷害）與公民的自由置入天平兩端。答案當然是全面贊成前瞻性的犯罪模式，法和國家通過先發制人的方式確保公眾安全。或者用霍布斯的話來說，服從的目的是保護。更複雜的計算模型，如喬爾·範柏格提出的“調和準則”，將擬預防的危害的大小、危害發生的可能性、行為的社會價值等要素納入稱重池。^[37]事實上，在更為宏觀的犯罪控制場域中，已經經歷了由“社會”到“經濟”的思維方式轉變。“從犯罪預防再到警察、監獄、假釋等刑事司法事物，都吸收了審計、財務控制、成本效益評價等技術。”^[38]這種經濟合理性主導的思維方式促使人們以“風險管理”、“犯罪成本核算”等術語替代了過往“懲罰-福利”模式對社會因果關係的思考（犯罪的社會原因）。並且，也與“最大多數人的最大幸福”的功利主義主張形成強烈的共鳴。

而預防邏輯的弊端是顯而易見的，正如赫費所言：“唯有最大限度的共同利益是重要的，而將共同利益分配到各個成員則起不到獨立的作用。”^[39]從目的理性的角度來看，前瞻性的犯罪模式以限制公眾自由為代價，或許會起到防止犯罪危害的作用。但問題在於，功利主義、結果主義並不重視作為分配性利益的正義。所以為了追求預防危害而限制自由，極有可能不成比例地落到少數人身上，儘管這可能會使多數人受益。^[40]前瞻性犯罪懲罰無辜行為的風險便是犯罪化理論研究者的重點關注問題。^[41]同時，前瞻性犯罪對結果要素的省略，成倍地擴張了刑事偵查的懷疑範圍，抑制了公民間日常的互動交往行為。^[42]儘管從事無辜日常活動的行為人最終往往被排除出刑事司法程序之

[35] 持有作為一種對物品的控制狀態，也經由犯罪控制場域的再定義，被納入行為形式之中。

[36] Petter Asp, "Preventionism and Criminalization of Nonconsummate Offences", in Andrew Ashworth, Lucia Zedner, Patrick Tomlin(ed.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Durham: Oxford: Oxford University Press, 2013, p.29.

[37] [美]喬爾·範柏格：《對他人的損害》，方泉譯，商務印書館2013年版，第210-239頁。

[38] David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.189.

[39] [德]奧特弗利德·赫費：《政治的正義性：法和國家的哲學之基礎》，龐學棖、李張林譯，上海譯文出版社1998年版，第58頁。

[40] 包括對社會邊緣群體的不公平對待等等。Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.105.

[41] 有關抽象危險犯可能殃及無辜的具體例子。參見何榮功：《預防刑法的擴張及其限度》，載《法學研究》2017年第4期，第153-154頁；姜敏：《間接危害行為犯罪化一般限制原則研究》，載《政治與法律》2019年第5期，第103頁

[42] 據《電訊報》報導，熱衷於搜集火車號碼的愛好者（train-spotters），拍攝車廂照片並記錄火車序號，刑事司法機關

外，但依據認知自由理論，即使是遭受逮捕和審問的可能性，甚至是接受調查詢問的可能性本身，都會使行為人受到抑制。畢竟刑法絕不僅僅是懲罰規範，刑法作為一種禁令性符號本身就傳達了法律具有的強制信息，從而形成對主體的抑制。包括有可能受到刑事懷疑的焦慮、被意見不同者向刑事司法機關舉報的擔憂等等方面，均可能進一步的導致公眾抑制私下表達等後果。^[43]

（二）預防邏輯消解了刑法體系的針對性部署

犯罪控制場域的預防性轉向，首先受到沖擊的便是危害原則、法益保護原則等犯罪化根據。在英美法系，危害原則是犯罪化根據，自其誕生伊始，便內嵌著作為懲罰的正當根據以及刑法的預防危害目的之間的緊張關係。危害原則認為刑法犯罪化的正當目的在於防止行為人構成對他人利益的阻撓、障礙或破壞。^[44] 危害原則對“他人利益”的強調，在刑法世俗化、反對刑罰家長主義干涉個人自由的過程中的確起到了重要作用。不過，早在創始人密爾那裏，危害原則便已經存有預防危害目的的另一個向度。密爾作為規範性的功利主義者認為，事先預防犯罪危害是社會的固有權利。在行為對個人或公眾造成明確的“危害風險”時，國家即擁有了幹預的正當理由。例如，密爾認為倘若“喝醉就要傷人的人而讓自己喝醉（引者註：行為人曾經在酒後對他人施加暴力），這就是對於他人的罪行”^[45]。在危害原則的後續發展中，學者們也曾試圖通過對危害他人利益的方式來尋求犯罪化的規範性限制，如喬爾·範伯格認為危害乃是“不法地”侵害他人利益。不過，在預防目的的強烈扯動下，危害原則實證化的趨勢十分明顯，將“他人”理解為包括社會、集體和國家等，正當化了刑法對集體法益的保護。隨著前瞻性犯罪模式的進一步發酵，針對風險行為犯罪化的間接危害問題也成為了危害原則保持立法批判機能的重中之重。而在大陸法系，犯罪化根據是法益保護原則，其也受到挑戰。作為法益概念前身的權利侵害說之所以被比恩鮑姆的“法財”概念取代，原因就在於權利侵害說的解釋機能不足，無法容納刑法對宗教、倫理的保護。^[46] 回溯性地來看，法益概念與個體權利之間的脫鉤是必然的，在道德哲學、政治哲學的拷問下，即使是洛克所提出的三大自然權利也存在很大的爭議，^[47] 更遑論當下流行的“安全”“感覺”等表象法益。隨著方法性法益概念興起，法益被理解為“具體刑法條文的意義與目的”^[48]。方法性法益概念將人們從處罰必要性的無限懷疑中解脫出來的同時，法益的立法批判機能也因此受到了致命詆損。

除此之外，隨著前瞻性犯罪模式對“危害+罪責”模式的突破，鋪設在危害結果和罪責要素之上的其他針對性部署也受到影響。一是過往刑法學圍繞結果歸屬問題構建起的刑法因果關係限制，由於危害要素的退場而遭遇消解。最終危害結果的發生極有可能並非由行為人的行為造成，而是由

以涉嫌準備恐怖主義活動為理由，拘留並搜查了拍照者。Lucia Zedner, “Preventive justice and the rule of law: what role for the legal profession and the courts, what role for academia?” in John McKenna and Alice-Ann Boylan (eds), *Queensland Legal Yearbook*, Queensland: Supreme Court Library, 2015, p.262.

[43] Peter Ramsay, “Democratic Limits to Preventive Criminal Law”, in Andrew Ashworth, Lucia Zedner, Patrick Tomlin(ed.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Durham: Oxford: Oxford University Press, 2013, p.231-232.

[44] [美]喬爾·范伯格：《對他人的損害》，方泉譯，商務印書館2013年版，第30-34頁。

[45] [英]密爾：《論自由》，許寶騫譯，商務印書館1998年版，第116頁。

[46] [美]馬庫斯·達博：《積極的一般預防以及法益理論》，楊萌譯，載《刑事法評論》（第21卷），中國政法大學出版社2007年版，456-457頁。

[47] 吳冠軍：《多元的現代性》，上海三聯書店2002年版，第79-81頁。

[48] [德]克勞斯·羅克辛：《德國刑法學總論——犯罪原理的基礎構造》（第1卷），王世洲譯，法律出版社2005年版，第14頁。

第三人的偶然介入促成。二是不能犯的認定愈發嚴厲。為了把刑法幹預的節點朝前移動，未遂犯的處罰標準已經由“以犯行為中心”走向“以犯意為中心”。未遂的認定與危害結果之間逐漸失去聯系，這也使得不能犯的認定空間受到壓縮，“行為人的思想就是他的危險性的最好的證明基礎”^[49]。三是降低了刑法的罪責要求。例如，持有犯借由程序性推定技術的運用，降低了行為人對持有物品的認識要求；再如，成員身份類犯罪使得參與者無須認識到擬預防的最終危害結果。這些均易引起懲罰無辜，因此，應對前瞻性犯罪進行規範限制。

四、前瞻性犯罪的規範性限制

（一）保護客體的設定：排除不適格的保護內容

應杜絕以不適格的集體利益為名，進行前瞻性犯罪的設置。以個人利益為保護重心的“危害十罪責”的犯罪模式，原則上要在危害結果發生或臨近發生之時，刑法才能進行幹預。而立法者通過將個人利益替換為國家安全、公共安全等集體利益的方式，可以在預防風險行為將來會對個人利益構成損害的名義下，設置前瞻性犯罪。^[50]因此，在預防邏輯的主導下，集體利益逐步取代了個人利益，直接作為預備犯、持有犯、危險犯等前瞻性犯罪的保護內容，以此實現犯罪風險管理的目的。

誠然，“所有的人均基於其生存條件的要求，需要生活在一個彼此交往、合作和相互信任的社會裏。在維護人類社會關係的和平秩序和保護秩序方面，刑法具有重要的意義”^[51]。刑法具有保護集體利益的必要性。但出於對個人自主權的維護，前瞻性犯罪模式對集體利益的保護客體設定，需要格外慎重。應避免預防邏輯假借保護公共利益之名，過度壓縮人們的生活世界。一是要防止將僅為少數人所享有的利益提升到集體利益的地位加以保護。在破窗理論等犯罪控制理論的話語加持下，以集體利益為名，懲罰有違風化的行為成為預防犯罪的重要措施。也即通過對上述行為的犯罪化，來阻斷可能會誘發的關聯犯罪風險，如強姦、搶劫等針對個人利益的嚴重危害。我國便在妨害社會管理秩序犯罪中設置了聚眾淫亂罪、賭博罪、傳播淫穢物品罪等等。這使得刑法自世俗化運動以來，再度面臨強制推行倫理道德的嫌疑。^[52]需要註意的是，此處提及的風化或道德，並不是可普遍化意義上的道德，而是“來自於社會成員基於任何一種有共同性的評價觀點而產生的集體意識^[53]”。這種利益實際上只是屬於“具體——特殊者”，而不是建立在共同體全體成員所共享的基礎上。^[54]以我國刑法第301條規定的聚眾淫亂罪為例，對聚眾淫亂罪的保護客體的討論，經歷了從性風俗到公眾對性的感情的變化。傳統刑法認為聚眾淫亂罪等風化犯罪旨在維護性風俗，即維護“在特定社會文化區域內人們共同遵守的有關性的行為模式或規範”^[55]。隨著法益概念進入我國

[49] [美]弗萊徹：《刑法的基本概念》，王世洲等譯，中國政法大學出版社2004年版，第232頁。

[50] 參見王永茜：《論集體法益的刑法保護》，載《環球法律評論》2013年第4期，第71頁。

[51] [德]漢斯·海因裏希·耶賽克、托馬斯·魏根特：《德國刑法教科書》，徐久生譯，中國法制出版社2017年版，第1頁。

[52] 參見勞東燕：《風險社會中的刑法：社會轉型與刑法理論的變遷》，北京大學出版社2015年版，第263頁。

[53] 周漾沂：《從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎》，載《台大法學論叢》2012年第3期（第41卷），第1037頁。

[54] 孫國祥：《集體法益的刑法保護及其邊界》，載《法學研究》2018年第6期，第49頁。

[55] 羅翔：《從風俗到法益——性刑法的懲罰邊界》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2012年第1期，第67頁。

刑法話語體系，聚眾淫亂罪的保護客體也搖身一變，由性風俗轉向了公眾對性的感情。^[56]但在本文看來，聚眾淫亂罪所聲稱保護的集體法益，並不具備可普遍性的要求，仍然擺脫不了以刑法強制貫徹倫理的質疑。封閉環境下的多人自願實施的性行為，其實與公眾對性的對象特定性的感情，都只是一種生活方式，是“特定個人或特定集體在特定條件下追求或偏好的善（引者註：倫理）”^[57]。刑法對於保護客體的設定，不能僅考慮特定共同體的價值偏好，而是要採取一種他者的視角，將邊緣群體的自我理解包括進來，以此滿足普遍化要求的檢驗。在預防邏輯盛行的今天，聚眾淫亂罪等風化犯或許可以憑借對其他關聯犯罪的阻斷，而重獲話語上的正當性。^[58]但這種偏狹的倫理、實用中心立場，卻極有可能制定出只有利於特定群體但有害於其他群體的刑法。^[59]二是要慎重考慮由個人利益疊加而成的集體利益是否具有保護的必要性。一般來說，公務的廉潔性、司法公正性等集體利益具有明顯的不可分性，賄賂犯罪或偽證罪的直接被害人並不是受到相關影響的個人的原因就在於此。而包括公共安全、國民健康在內的（準）集體利益，則“只是個人利益的疊加而已”^[60]。例如，危害公共安全罪所保護的是個人的生命、健康或財產利益。我國刑法學通說認為危害公共安全行為可能侵犯的對象和可能造成的結果事先無法確定，具有不特定的特點（隨時可能向多數發展）。^[61]但不特定的特點也不能使之通過集體利益的普遍性要求的檢驗，因為，究竟行為最終侵害了多少個人法益，實際上是一個司法證明問題。所以有學者提出：“只有當不法已經存在的時候才產生證明問題，不能用證明困難創設原本不存在的非法。”^[62]

（二）擬禁止行為的限縮：與擬預防危害的前置化聯繫

由於前瞻性犯罪模式對危害結果的縮減，使得傳統刑法圍繞危害結果設置的種種歸責原則/規則無從適用。刑法預防性立法雖然以履行國家積極保護義務為名義，但同時也呈現出將無害行為犯罪化的傾向。這引起的重要問題是：應對擬禁止的行為施加規範性限制。

一方面，針對抽象危險犯等可能直接造成危害結果的犯罪，需要強調被禁止的行為具有引起嚴重危害結果的高概率性。^[63]在傳統刑法理論中，不論是條件說、合法則的條件說還是英美法采用的“but-for”判斷公式，均旨在確保行為與結果之間的事實因果關係。這種原因與結果之間的事實因果關係，並不是自然意義上的“兩個具體事件之間的物理性聯繫”^[64]，而是具有一定的價值評價

[56] 參見張明楷：《刑法學（第6版）》，法律出版社2021年版，第1413頁。

[57] [德]哈貝馬斯：《在事實與規範之間：關於法律和民主法治國的商談理論》，童世駿譯，生活·讀書·新知三聯書店，第188頁。

[58] 其實早在1997年刑法修訂前夕，最高人民法院刑法修改小組提出的修改意見中，就體現出聚眾淫亂罪在預防關聯犯罪方面的效用。參見高銘暄、趙秉誌編：《新中國刑法立法文獻資料總覽》（第2版），中國人民公安大學出版社2015年版，第1160頁。

[59] 在預防刑法的論域下，偏狹的倫理、實用中心主義保護立場，導致了當代移民犯罪的過罪化趨勢。未向移民官出示文件、未提供雇主或金融機構要求提供的資料等行政違法行為紛紛被納入刑法制裁範圍，以此保護“社會安全”這一集體利益。Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.235.

[60] [德]塔特雅娜·赫恩勒：《犯罪化理論》，周遵友譯，載《廈門大學法律評論》（第34卷），廈門大學出版社2022年版，第228頁。

[61] 張明楷：《刑法學》（第6版），法律出版社2021年版，第878-879頁。

[62] 周漾沂：《從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎》，載《台大法學論叢》2012年第3期（第41卷），第1041頁。

[63] 姜敏：《論刑法預防性立法與刑事完善程序正義的實現》，載《中國刑事法雜誌》2023年第1期，第172頁。

[64] 勞東燕：《風險社會中的刑法：社會轉型與刑法理論的變遷》，北京大學出版社2015年版，第266-267頁。

色彩。例如，在食品、藥品等公害犯罪中，行為與結果之間的關聯性便難以為科學的自然法則加以解釋，疫學的因果關係通過大量的統計資料來證明致病因子與導致疾病幾率提高之間的關聯性。通過經驗層面的證據證明擬禁止行為與最終危害結果之間的事實性因果關係是擔保公平歸責的第一階段標準。在這一階段，要排除沒有充分事實依據的犯罪化活動。比如美國刑法將某些越軌行為或不文明行為犯罪化，但經驗證明這些行為與嚴重犯罪之間其實並無統計學上的顯著關係。^[65]而這一要求的實現，需要以國家承擔犯罪化的舉證責任為前提。^[66]國家在對關聯性行為進行犯罪化時，應檢驗擬禁止行為與擬預防的危害結果之間是否存在緊密關係，並通過相應的要素擔保二者之間的事實因果關係。例如，《刑法修正案（十一）》為了加大對安全生產犯罪的預防懲治，新增了刑法第133條之二妨害安全駕駛罪和第291條之二高空拋物罪。上述犯罪所保護的法益是公共安全和社會管理秩序，但其最終擬預防的危害結果則是民眾的生命、健康或財產安全等內容。^[67]因而，為了擔保擬禁止行為與最終擬預防的危害結果之間的概率關係，就需要在罪狀中設置行為性質、情節嚴重等要素。妨害安全駕駛罪中的“行駛中的公共交通工具”的地點要件、“使用暴力或者搶控駕駛操縱裝置”的行為要件以及高空拋物罪的情節要件中涉及的拋擲的物品性質、拋物地點、拋擲次數便應從這一角度加以考慮。以此將從高空拋擲紙質垃圾或塑料瓶蓋^[68]，拍打剛剛啟動的車輛駕駛員的肩膀^[69]等無法造成擬預防危害結果的行為，排除出刑法懲罰範圍。

另一方面，在預防性的持有型犯罪、預備犯罪等犯罪中，最終的危害結果需要行為人或第三人的進一步幹預，才可能促成。^[70]例如，在非法持有槍支罪中，只有當持有人或第三人進一步處理或使用槍支時，才可能造成危害結果。在這種情況下，即使能夠證明擬禁止的行為與危害結果之間的事實因果關係，也會面臨歸責正當性的質疑。在刑法理論中，回溯禁止、因果流程重大偏離、異常性與不可預見性等規則，皆旨在避免對不受行為人支配的因果流程的不當歸責。^[71]若欲在刑法預防性立法中真正落實這些原則，就應保證：必須在擬禁止行為與擬預防危害結果之間建立充分的聯繫，才有理由讓一個獨立自主的行為人對自己或第三人未來可能的行為承擔刑事責任。在結果歸責理論中，除了行為人直接支配因果流程，進而造成危害結果的“造成型”歸責類型外，還有“把結果表現為一個人給他人做有害之事提供理由或機會”的“引起型”歸責類型。^[72]學者丹尼斯·貝克認為，通過幫助或影響等路徑建立起實行犯與狹義共犯之間聯系的共同犯罪理論，為限制擬禁止行為的範疇，提供了方法論上的起點。^[73]具體而言，在客觀方面，通過教唆、鼓勵與影響、提供工具、

[65] 有研究表明，在其他變量保持不變時，混亂與人身攻擊、入室盜竊或強姦之間並沒有充分的統計學依據。參見Dennis J. Baker, *The moral limits of criminalizing remote harms*, *New Criminal Law Review*, 2007(03), p.378.

[66] [美]胡薩克：《過罪化及刑法的限制》，姜敏譯，中國法制出版社2015年版，第253-255頁。

[67] 參見姜濤：《高空拋物罪的刑法教義學分析》，載《江蘇社會科學》2021年第5期，第119頁。

[68] 參見敦寧：《高空拋物罪中“情節嚴重”的教義學詮釋》，載《河北法學》2023年第3期，第71頁。

[69] 參見王俊：《妨害安全駕駛罪的法教義學解釋——基於積極刑法觀的立場》，載《比較法研究》2022年第3期，第147頁。

[70] Andrew Von Hirsch, *Extending the Harm Principle: "Remote" Harms and Fair Imputation*, in A. P. Simester & A.T.H. Smith (ed) *Harm and Culpability*, 1996, p.266.

[71] 勞東燕：《風險社會中的刑法：社會轉型與刑法理論的變遷》，北京大學出版社2015年版，第157頁。

[72] [英]H. L. A. 哈特、[美]托尼·奧諾爾：《法律中的因果關係》，張紹謙、孫戰國譯，中國政法大學出版社2005年版，第62頁。

[73] Dennis J. Baker, *The moral limits of criminalizing remote harms*, *New Criminal Law Review*, 2007(03), p.382.

提供建議等要素的設置，在擬禁止行為與擬預防危害結果之間建立充分的聯系。^[74]由是觀之，對持有犯、預備犯的處罰理由在於以提供或準備犯罪工具等方式，對擬預防危害結果進行加功。例如，槍支是一種殺傷性武器，非法買賣或持有槍支，實際上對自己將來或第三人濫用槍支的核心功能就有加功作用。對於預備行為的犯罪化也應適度，有學者就提出立法上應避免使用極其寬泛的兜底條款，應當採取直接列舉規範性要素的實質預備犯的立法進路。^[75]具體言之，在罪狀上就應體現出規範性聯系，如明文規定“為了……準備……”等。還有學者提出通過主觀方面進行限制，擬禁止行為在客觀方面的加功程度越低，便應當提出越高的過錯要求。^[76]對於幫助型的介入，便應要求行為人對擬預防危害結果存有明知的認識程度。換言之，如果沒有預見則不應入罪。但對於鼓勵或影響型介入而言，則應當添加額外的主觀要素加以限制。比如可增加“目的”限制。以非法持有宣揚恐怖主義、極端主義物品罪為例，持有上述物品對最終的危害結果的加功程度明顯較弱，僅要求行為人具有明知其持有的物品性質，尚且不足以建立與最終危害結果的聯系。因此，可以通過在罪狀中增加“目的”的方式，對其予以限制。

五、前瞻性犯罪的替代方案及其制裁類型的調整

在刑法預防性立法的論著中，刑法的最後手段原則無疑是一個高頻術語。但在諸多犯罪化理論研究者看來，刑法最後手段原則的呼籲更像是“在方向上正確，但又等於什麼都沒說”^[77]的正確的廢話。因為，主流觀點仍然是以結果主義的計算邏輯來理解該原則，側重於比較民法、行政法等法律能否達到犯罪化所取得的預防效果。在筆者看來，應當將行政處罰法（治安管理處罰法）視為是預防的規範結構的一部分（替代方案），將無法通過規範性檢驗的前瞻性犯罪轉入其中，並對治安管理處罰法的制裁類型予以調整。

（一）以行政處罰法作為前瞻性犯罪替代方案的合理性

對前瞻性犯罪替代方案的選定，須結合本國的制裁體系加以考慮。總體而言，現代刑法的制裁體系可以分為兩類：一類是一元制制裁體系，無論反社會行為輕重皆由司法機關進行處理。另一類是二元制制裁體系，犯罪由司法機關進行處理，輕微違法行為交由行政機關處理。前者如英美法系國家，犯罪和輕微違法行為皆由司法機關處理，二者僅存在適用程序上的差異。^[78]後者如德國的違反秩序法，違反秩序行為在實質上是一種行政不服從，僅應受到違反秩序法規定的處罰，處罰類型以罰款為主。^[79]在我國，二元制的制裁體系最早確立於清政府於1908年頒布的《大清違警律》之中，其中規定了拘留、罰款等處罰類型。新中國成立以後，受蘇聯法律體系的影響，我國沿用了司法懲

[74] A. P. Simester and Andre Von Hirsch, *Remote harms and Non-constitutive Crimes*, *Criminal Justice Ethics*, 2009(01), p.99-102.

[75] 參見閻二鵬：《預備行為實行化的法教義學審視與重構——基於〈中華人民共和國刑法修正案（九）〉的思考》，載《法商研究》2016年第5期，第60頁。

[76] Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.112.

[77] [德]塔特雅娜·赫恩勒：《犯罪化理論》，周遵友譯，載《廈門大學法律評論（第34卷）》，廈門大學出版社2022年版，第229頁。

[78] 參見王彥強：《論我國社會治安二元交叉制裁體系》，載《江蘇社會科學》2016年第5期，第171頁。

[79] 參見王世洲：《罪與非罪之間的理論與實踐——關於德國違反秩序法的幾點考察》，載《比較法研究》2000年第2期，第188頁。

罰犯罪，行政處罰輕微違法行為的二元制制裁體系。在前瞻性犯罪普遍設置的今天，二元制制裁體系的優勢便在於，可以以一種低強度的處罰方式妥善處理不適格的預防性犯罪。^[80]將行政處罰法作為前瞻性犯罪的替代性方案，具有如下合理性：

第一，從我國近年來的刑法立法實踐以及刑罰結構來看，將不適格的前瞻性犯罪轉入行政處罰法，有助於實現制裁強度的輕緩化。我國有學者為刑法的現代化設定了嚴而不厲的基本構想。前瞻性犯罪的大範圍設置，的確可以通過降低刑法處罰門檻的方式，起到嚴密法網的重要作用。但織密法網只是刑法結構現代化的第一步，隨之而來的即是更新刑罰結構的祛“厲”問題。^[81]而我國近年來的刑事立法實踐卻呈現出“重刑化方向為主，生刑加重，財產刑的適用範圍加大、處罰力度加重”^[82]的面貌。且從刑罰配置的種類來看，五種主刑中，只有管制屬於非監禁刑。因而，將行政處罰法作為前瞻性犯罪的替代性方案具有促進制裁強度輕緩化的合理性。

第二，將行政處罰法作為替代性方案，也是基於我國當前犯罪附隨後果的嚴厲性的現實考量。我國犯罪附隨後果在內容的設置上，仍然存在相當一部分“連帶式”限制內容，以及與犯罪人所實施的犯罪毫無關聯的限制內容。如在《公安機關人民警察錄用辦法》、《征兵政治審查工作規定》中即包括對犯罪人近親屬在就業、入伍等方面的限制性規定。即使構建起相應的前科消滅制度，在當前的文化背景下，也很難根除對受過刑罰人員的隱性影響，即“隱性地、間接地迫使其疏遠與熟人和原有社群的關係”^[83]，從而損害犯罪人的社會權利。

第三，從域外法治經驗來看，採取一元制制裁體系的國家衍生出大量的“法治黑洞”，損害了被處罰者的應有權利。以行政處罰法作為前瞻性犯罪的緩沖區，可以在一定程度上避免這一點。在預防邏輯的主導下，不同形式的民事法、行政法（行政處罰法、公共衛生法、移民法）等法律皆被用於服務預防或安全目的。且常常配備了不同程度的限制或剝奪人身自由的強制性措施。在缺乏控制的情況下，極有可能構成對個體權利的不正當侵害。如美國的重要證人拘留制度以及英國的《反社會行為令》便在域外學界遭受強烈質疑。上述制度在民事、行政或民事-刑事混合的形式的偽裝下，繞開了刑事法對被限制或剝奪人身自由者的實體和程序保障。

（二）行政處罰法中處罰類型的調整

在選定行政處罰法為前瞻性犯罪的替代性方案的同時，應當取消行政處罰法中剝奪人身自由的制裁類型。這一處罰類型的調整主要基於以下考慮：

第一，基於刑罰的實質性特征，取消行政處罰法中的剝奪人身自由類型處罰，可以合理界分刑法與行政處罰法的邊界。從刑法的懲罰類型來看，刑法（刑罰）毫無疑問的是最為嚴厲的譴責制度。二元制制裁體系下的行政違法行為或違反秩序行為，與犯罪行為的根本區別在於，前者不會受到嚴重的道德責難。^[84]而犯罪行為承受的則是基於道義的刑罰譴責，具有鮮明的人格否定性特征。刑法否定犯罪人人格的直接效果便是共同體對犯罪人的排斥。^[85]這實際上也回答了，為什麼犯罪人在承

[80] Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.116-117.

[81] 參見儲槐植：《走向刑法的現代化》，載《井岡山大學學報（社會科學版）》2014年第4期，第8頁。

[82] 劉艷紅：《積極預防性刑法觀的中國實踐發展——以〈刑法修正案（十一）〉為視角的分析》，載《比較法研究》2021年第1期，第65頁。

[83] 王瑞君：《我國刑罰附隨後果制度的完善》，載《政治與法律》2018年第8期，第93頁。

[84] [德]漢斯·海因裏希·耶賽克、托馬斯·魏根特：《德國刑法教科書》，徐久生譯，中國法制出版社2017年版，第75頁。

[85] 參見時延安：《犯罪化與懲罰體系的完善》，載《中國社會科學》2018年第10期，第117頁。

受制度性犯罪附隨後果的同時，也會承受來自周圍社群的非制度性疏遠和排斥。因為只要“中斷犯罪人與共同體之間正常交往關係便意味著個人被排斥於共同體的正常交往秩序之外”^[86]，從而引發對被排斥者的汙名化效應。

第二，取消行政處罰法中的剝奪人身自由類型的處罰，可以有效回應權利保障不足的質疑。我國有觀點認為，治安處罰措施可能會直接剝奪行政相對人的人身自由，但卻缺乏司法審查和制約機制，無法保障被處罰者的相應權利。^[87]也有論者在贊同前述觀點的基礎上，從權力配置的角度指出“這種司法權弱而行政權強的國家權力配置模式顯然不利於對公民合法權力的保護”^[88]。從現代法治國家的發展脈絡來看，為了因應晚期現代性的復雜社會，行政權力的擴張，是不可避免的趨勢。國家和政府的角色也由“守夜人”，轉化為復雜社會中的“保姆”。應予以避免的是行政權存在的“自我編碼”現象，即變相立法，自己執行自己所立之法。^[89]取消行政處罰法中的剝奪人身自由類型的處罰，能夠在保障被處罰者應有權利的前提下，保持行政機關在犯罪預防工作中的能動性和活躍性。

Abstract: The preventive turn of crime control field lays the condition for the prospective crime model. Compared with the previous model of “harm plus culpability”, the prospective crime model of “no harm result” can play a defining role in expanding the scope of criminal punishment, advancing the time point of criminal judicial measures intervention and reducing the difficulty of punishment. However, the criminal law preventive logic which dominates the prospective crime mode has some drawbacks, such as ignoring distributive justice and dispelling the pertinent deployment of criminal law. The prospective crime model should be regulated from the two dimensions of protected objects and proposed prohibited acts, that is, in the setting of protected objects, unsuitable protection content should be excluded. In the setting of the proposed prohibited behavior, the factual causal relationship between the proposed prohibited behavior and the harmful result should be ensured, and the normative relationship between the proposed prohibited behavior and the harmful result should be established through objective and subjective factors. In addition, the administrative punishment law can be considered as an alternative to the prospective crime model, and the punishment types of deprivation of personal freedom should be eliminated.

Key words: Crime Control; Prospective Crime Model; Preventive Logic; Normative Limitations

(責任編輯：張雨虹)

[86] 時延安：《犯罪化與懲罰體系的完善》，載《中國社會科學》2018年第10期，第119頁。

[87] 周光權：《積極刑法立法觀在中國的確立》，載《法學研究》2016年第4期，第30頁。

[88] 陳興良：《犯罪範圍的擴張與刑罰結構的調整——〈刑法修正案（九）〉述評》，載《法律科學》2016年第4期，第182頁。

[89] 參見高鴻鈞等：《商談法哲學與民主治國——〈在事實與規範之間〉閱讀》，清華大學出版社2007年版，第296頁。

論新區設立的現狀、依據和組織體系

尤樂*

摘要 新區包括國家級、省級和市縣新區，其設立應該以同級人大審查和批准“綱要”為依據。“綱要”是國民經濟和社會發展計劃，應當包括新區的具體名稱和功能設計。作為立法政策，由省和設區的市人大制定的“綱要”具有法律或地方性法規的效力，不設區的市和縣人大制定的“綱要”間接具有地方性法規的效力。新區管委會作為設立它的人民政府的工作部門，應該按照法定程序報上一級人民政府批准和地方同級人大備案，其主體地位兼具派出機構、議事協調機構和行政機關。雖然新區的規劃範圍包括行政區域（不設區的市、區、縣、鄉、鎮）和管轄範圍（街道辦）的不同組合模式，並且在特定情況下能夠成為行政複議的被申請人和行政訴訟中的被告，但是新區管委會不得以“政府”為名義，必須依託法定組織結構體系而不得向下延伸，以此在行政組織法方面實現新區設立的法治化。

關鍵詞 新區 綱要 新區管委會 法律保留 行政機關

“新區”出自全國人大審查和批准的國民經濟和社會發展計劃，從“八五”計劃綱要到“十四五”規劃綱要（以下簡稱“綱要”，共七個），各個“綱要”對其在設立目的和機關職責方面的規定均呈現功能性的特點或者定位，均在昭示“開發開放”“發展經濟、示範帶動”“區域經濟發展”的作用，或者“商業服務中心”“配套服務合作”“創新合作”“對台合作平台”的功效。一方面，從國務院對二十個國家級新區建設的“批復”內容^[1]可見，“產業”“功能”“先導”和“示範”等關鍵字的頻繁和交錯使用，均在反復表述新區的設立在於實現七個“綱要”設定的功能（功效；作用^[2]）性

* 尤樂，法學博士，深圳大學法學院副教授。

[1] 雖然《國務院關於上海市設立浦東新區的批復》只是作行政區域的規定，但是從《國務院關於“九五”期間上海浦東新區開發開放有關政策的通知》（國函[1995]61號）中“國務院…制定了一系列政策措施…對浦東的開發開放…和招商引資發揮了重大作用”以及其中財政、財稅和金融政策的內容可見，上海浦東新區的“開發開放”在於經濟領域和區域發展及其引導和示範的作用。

[2] 辭海編輯委員會：《辭海（縮印版）》，上海辭書出版社1999年版，第624頁。

目標；另一方面，無論從省級人大和部分設區的市人大^[3] 審查批准的“綱要”，還是從省或市縣人民政府批准設立新區的各類規範性文件，新區都被直指“功能區”的性質。前者如河北省的“十二五”綱要（2011.1）將曹妃甸新區和滄州渤海新區定位為“大規模聚集生產要素”，深圳市的“十三五”綱要將大鵬新區定位為“生態文明先行示範區”；後者，在河南省人民政府印發的《鄭汴新區建設總體方案》（2009.6）中，鄭汴新區的建設目標被描述為“增強人口聚集功能”“強化物流、資訊、金融、會展、教育、商務等現代服務功能”，並且應該實現“功能定位互補”“功能複合”等；《深圳市大鵬新區管理規定》（2017.9.18）第3條規定的功能定位，被《關於成立深圳市大鵬新區管理委員會的通知》（深編[2011]85號，以下簡稱“85號文”）具體描述為“保護大鵬半島的生態環境，實現生態保護與高端產業的協調發展”，如承擔生態文明、海洋保護、文化遺產維護、旅遊改革創新和生物醫藥、生命健康及海洋生物產業的培育等方面的示範區功能；重慶市雲陽縣北部新區承載“北部新區、黃石高鐵新城的開發、建設、管理”^[4]的功能。

新區的發展已二十餘載，無論其功能是否具備和健全並達到預期效果，功能性的分析一直主導著學術研究，並且集中在政策、行業和管理方面的社科類應用領域，如《中國國家級新區對城市經濟發展的影響研究》之“國家級新區發展對城市經濟促進作用的動力機制”^[5]；科技類的基礎、技術和工程研究領域，如范銳平的《處理“六大關係”實現“五個轉變”——以片區綜合開發推動新區高品質建設的成都實踐》之“以TOD開發和科創空間為支撐”^[6]，而鮮見從制定法體系對新區和新區管理委員會（以下簡稱“新區管委會”）加以規範性研究者，如《論國家級新區行政機構設置的法定化》之“針對國家級新區機構設置領域的法規範供給”^[7]，該文雖然注意到新區管委會的組織定位和機構設置出現隨意化的問題（如後文中的陝西西鹹新區），但是進行機構設置、轉變為派出機關等觀點則與其研究的法定化主旨不符。故而，新區的功能性不僅會產生對所處領域的法律進行解釋的需求，而且應該通過對制定法的適用達到“致力於形成一種法律秩序”^[8]的目標，遵循法律保留原則，明晰新區設立的概念淵源、依據及其效力位階、組織體系等，否則新區及其管委會就無法在行政組織法方面回應依法行政的要求，並且具有準確的“行為能力，尤指法律行為的能力”（ability^[9]）。

一、新區設立的現狀：種類與構成

新區的概念首次出現於“八五”綱要（1991.4.9）中，如“1990年中央又決定開發和開放上海浦

[3] 根據《地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》（2015年）第8條第2項，縣級以上的地方人民代表大會和縣級以上的地方人民政府有權審查和批准本行政區域內的國民經濟和社會發展計劃，如後文，現實中的新區只有出自全國人大、省和市縣人大審查和批准的綱要才具有合法性。

[4] 雲陽縣人民政府：《重慶市雲陽縣北部新區管理委員會2021年度部門決算情況說明》，載雲陽縣人民政府網2022年10月24日，https://www.yunyang.gov.cn/zwgk_257/zfxxgkml/czyjs/js/bmjs/bbxqgwh_220157/202211/t20221125_11336506.html。

[5] 董寶中：《中國國家級新區對城市經濟發展的影響研究》，吉林大學2020年博士學位論文，第6頁。

[6] 范銳平：《處理“六大關係”實現“五個轉變”——以片區綜合開發推動新區高品質建設的成都實踐》，載《城市規劃》2020年第4期，第10頁。

[7] 王曉強：《論國家級新區行政機構設置的法定化》，載《江西社會科學》2020年第2期，第216頁。

[8] [奧]歐根·埃裡希：《法社會學原理》，舒國滢譯，中國大百科全書出版社2009年版，第459頁。

[9] 薛波主編：《元照英美法詞典》，法律出版社2003年版，第4頁。

東新區”，繼而在出現國家級新區後，行政實務中又衍生省級新區^[10]的稱謂，市縣也有諸多設立新區者，本文謂之市縣新區。理清三者包含的不同行政區域或行政區劃^[11]的結構，不僅是“文義解釋是法律解釋的起點”^[12]的前提，而且是使新區管委會的主體資格和權限設計避免“法治赤字”^[13]的基礎。

（一）國家級新區

國家級新區第一次出現在“十三五”綱要（2016.3.16）中，並為“十四五”綱要（2021.3.11）沿用，如“創新提升國家級新區和開發區”“鼓勵國家級新區”，兩個“綱要”使之概念具有相當於法律的效力位階。一方面，國家級新區既是綜合性特殊經濟區^[14]，也是國務院執行或在“綱要”之外，通過“決定”和“批復”設立的非行政區域；另一方面，新區管委會均由新區所在省人民政府設立，其下均有行政區域（區、縣、鄉、鎮）和管轄範圍（街道辦）^[15]的構成，如《河北雄安新區規劃綱要》規定該新區包括“雄縣、容城、安新三縣行政轄區（含白洋澗水域），任丘市鄭州鎮、苟各莊鎮、七間房鄉和高陽縣龍化鄉”，雄縣又下設“八鎮四鄉”^[16]。

首先，設立形式分為“決定”和“批復”。河北雄安新區^[17]為唯一以“決定”設立者^[18]，其餘國家級新區的設立依據皆為國務院對其所在省和直轄市作出的批復，如《國務院關於同意設立貴州貴安新區的批復》（國函〔2014〕3號）《國務院對橫琴總體發展規劃的批復》（2009.8.14）。一方面，國務院作出“決定”的權力根據為《中華人民共和國憲法》（以下簡稱《憲法》）（2018年）第67條第7項^[19]；另一方面，“批復”的使用雖然外觀上系屬行政內部法律關係的範疇，但是由於涉及《中華人民共和國立法法》（以下簡稱《立法法》）（2015年）第8條第2項^[20]規定的各級人民政府的組織和職權，而如後文所述，應有“綱要”作為依據。

其次，設立依據分為“綱要”內外。內者，共八個，作為“最高國家權力機關的執行機關”^[21]為執行全國人大審查和批准的“綱要”而設立的非行政區域，“九五”綱要（1996.3.17）和“十五”綱要（2001.3.15）中均只提及“上海浦東新區”，“十一五”綱要（2006.3.14）中開始出現其他新區的名稱，如“推進天津濱海新區開發開放”，“十二五”綱要（2011.3.14）中出現“浙江舟山群島新區”“重慶兩江新區”“廣州南沙新區”“珠海橫琴新區”，“十三五”綱要（2016.3.16）中出現“福州新區”，“十四五”綱要（2021.3.11）中出現“高標準高品質建設雄安新區”；外者，

[10] 四川日報：《綿陽科技城新區揭牌，這是我省設立的第4個省級新區》，載四川省人民政府網2021年3月30日，<http://www.sc.gov.cn/10462/10464/10797/2021/3/30/53ba13e77ec84c29b7dbc00a1ba401ac.shtml>。

[11] 參見《行政區劃管理條例》第1條。

[12] 張翔：《憲法釋義學-原理技術實踐》，法律出版社2013年版，第106頁。

[13] 王振民：《關於民主與憲政關係的再思考》，載《中國法學》2009年第5期，第155頁。

[14] 郝壽義、曹清峰：《論國家級新區》，載《貴州社會科學》2016年第2期，第28頁。

[15] 對於街道辦所處的行政區域應使用“管轄範圍”，參見《行政區劃管理條例》第10條，依照法律、國家有關規定設立的地方人民政府的派出機關的撤銷、更名、駐地遷移、管轄範圍的確定和變更，由批准設立該派出機關的人民政府審批。

[16] 管理員：《行政區劃》，載雄縣人民政府網2021年3月18日，<http://www.xiongxian.gov.cn/ejzjxx-167-48537.html>。

[17] 《中共中央、國務院決定設立河北雄安新區》，載中央人民政府網2017年4月1日，http://www.gov.cn/xinwen/2017-04/01/content_5182824.htm。

[18] 參見中共中央、國務院《關於決定設立河北雄安新區的通知》。

[19] 全國人民代表大會常務委員會行使下列職權：…（七）撤銷國務院制定的同憲法、法律相抵觸的行政法規、決定和命令。

[20] 下列事項只能制定法律：（二）各級人民代表大會、人民政府、人民法院和人民檢察院的產生、組織和職權。

[21] 參見《憲法》（2018年）第85條。

共十二個，包括甘肅蘭州新區、陝西西鹹新區、貴州貴陽貴安新區、山東青島西海岸新區、遼寧大連金普新區、四川天府新區、湖南長沙湘江新區、江蘇南京江北新區、雲南昆明滇中新區、黑龍江哈爾濱新區、吉林長春新區、江西贛江新區。

附表1：“綱要”中的新區

綱要	時間	新區
“八五”綱要	1991.4.9	上海浦東新區
“九五”綱要	1996.3.17	上海浦東新區
“十五”綱要	2001.3.15	上海浦東新區
“十一五”綱要	2006.3.14	上海浦東新區、天津濱海新區
“十二五”綱要	2011.3.14	上海浦東新區、天津濱海新區、浙江舟山群島新區、重慶兩江新區、廣州南沙新區、珠海橫琴新區
“十三五”綱要	2016.3.16	福州新區
“十四五”綱要	2021.3.11	雄安新區

再次，設立後果分為是否引起行政區劃的設立、變更和撤銷^[22]。上海浦東新區（2000.8.6）、天津濱海新區（2009.11.9）、廣州南沙新區（2005.9.30）已經先後根據《國務院關於行政區劃管理的規定》（1985.1.15）^[23]第4條，經由國務院審批轉變為“區”（行政區域），新區管委會隨之成為“區人民政府”的同時，也直接造成原有縣、區行政區域的變化，並且間接影響鄉鎮之行政區域的劃分和區設立的街道辦之管轄範圍的確定，即“新區”轉變為“區”後，界線隨之發生變化，如《國務院關於上海市設立浦東新區的批復》通過撤銷、變更原區、縣、鄉、鎮等行政區域，將上海浦東新區人民政府的行政區域從“原川沙縣，上海縣的三林鄉，黃浦區、南市區、楊浦區的浦東部分”，發展到目前“面積1210平方公里，常住人口556.70萬，現轄12個街道、24個鎮”^[24]。

故而，國家級新區及其管委會的設立，應系國務院行使決定權或對地方政府的監督、命令、指揮權（批復），具體執行“綱要”的體現。在江西贛江新區（2016.6.14）和河北雄安新區（2017.4.10）之前，國務院設立的國家級新區並非十七個^[25]，而應鑒於“最重要的是國家受制於成文法---此對行政機關特別重要”^[26]，將珠海橫琴新區^[27]計算在內，即截止河北雄安新區設立之日，由國務院的決定和“批復”設立的國家級新區已達二十個，由於存在先後轉變為“區”的情況，現存的國家級新區為十七個。

[22] 參見《行政區劃管理條例》（2019年）第3條。

[23] 該規定廢止於2019年1月1日《行政區劃管理條例》施行時。

[24] 浦東新區政府：《浦東概覽》，載上海市浦東區新區人民政府網2021年8月29日，. <http://www.pudong.gov.cn/shpd/about/>。

[25] 新華社：《我國已設立十七個國家級新區》，載中央人民政府網2016年3月10日，http://www.gov.cn/xinwen/2016-03/10/content_5051960.htm。

[26] [葡]蘇樂治：《行政法》，馮文莊譯，法律出版社2014年版，第179頁。

[27] 珠海橫琴新區雖然目前被稱為中國（廣東）自由貿易試驗區珠海橫琴片區，但其國家級新區的性質並未被改變。

附表2：國家級新區發展情況表

國家級 新區（20個）	設立	“決定”	河北雄安（1個）
		“批復”	上海浦東、天津濱海、浙江舟山群島、重慶兩江、廣州南沙、珠海橫琴、福建福州、甘肅蘭州、陝西西咸、貴州貴陽貴安、山東青島西海岸、遼寧大連金普、四川天府、湖南長沙湘江、江蘇南京江北、雲南昆明滇中、黑龍江哈爾濱、吉林長春、江西贛江。（19個）
	依據	“綱要”內	上海浦東、天津濱海、浙江舟山群島、重慶兩江、廣州南沙、珠海橫琴新區、福建福州、河北雄安（8個）
		“綱要”外	甘肅蘭州、陝西西咸、貴州貴陽貴安、山東青島西海岸、遼寧大連金普、四川天府、湖南長沙湘江、江蘇南京江北、雲南昆明滇中、黑龍江哈爾濱、吉林長春、江西贛江。（12個）
	現狀	新區	浙江舟山群島、重慶兩江、珠海橫琴、福建福州、甘肅蘭州、陝西西咸、貴州貴陽貴安、山東青島西海岸、遼寧大連金普、四川天府、湖南長沙湘江、江蘇南京江北、雲南昆明滇中、黑龍江哈爾濱、吉林長春、河北雄安、江西贛江。（17個）
		區（行政區域）	上海浦東、天津濱海、廣州南沙（3個）。

（二）省級新區

省級新區是省級人民政府具體執行或在省人大的“綱要”之外，行使決定權和對市縣人民政府的監督、命令、指揮權，批准設立的非行政區域，新區管委會均應由新區所在市縣人民政府報請省級人民政府設立，其下均有行政區域和管轄範圍的構成，例如江西撫州東臨新區包括6個鄉鎮^[28]。

首先，省級人民政府為執行所在省人大審查和批准的“綱要”而設立的新區，如河北省的渤海新區（滄州，2007.7）^[29]、曹妃甸新區^[30]（2009.5.27，2012年7月轉為“區”）和冀南新區（邯鄲，2012.10.19）^[31]均見諸於河北省“十二五”綱要。

其次，未由省級人大的“綱要”規定，省級人民政府自行決定設立的新區，如內蒙古自治區之和林格爾新區（2016.12.22）^[32]，未見諸於當時的內蒙古“十三五”綱要，其設立依據為2016年12月22日自治區政府印發的《關於建設內蒙古和林格爾新區的決定》（內黨發〔2016〕24號）。

再次，省級新區中亦有轉為“區”的現象，如江西省南昌市的紅谷灘新區管委會（2002年5月設立）已經轉變為紅谷灘區人民政府。新區轉制時，其原屬行政區域（區、縣、鄉鎮）和管轄範圍（街道辦）亦發生相應調整。

故而，既存之省級新區並非全部出自省級人大的“綱要”。一方面，應該效法部分全國人大的“綱

[28] 撫州市人民政府：《東臨新區》，載撫州市人民政府網2018年11月21日，http://www.jxfz.gov.cn/art/2018/11/21/art_4_566028.html。

[29] 滄州新區管委會：《新區概括》，載滄州渤海新區管委會2021年7月21日，http://www.bhna.gov.cn/SortHtml/1/List_9.html。

[30] 河北省人民政府：《曹妃甸新區正式成立、胡春華為曹妃甸新區黨工委、管委會揭牌》，載河北省人民政府網2009年5月27日，http://caofeidian.tangshan.gov.cn/caofeidian/cfd_qqj/20200820/1061738.html。

[31] 邯鄲冀南新區管理委員會：《邯鄲冀南新區簡介》，邯鄲冀南新區管理委員會2020年2月8日，http://www.jinnanxinqu.gov.cn/zjxq/xqgk/201911/t20191129_1221128.html。

[32] 內蒙古和林格爾新區管委會：《新區簡介》，載內蒙古和林格爾新區管委會網2021年4月8日，<http://www.hlgena.gov.cn/zjxq/fzlc/>。

要”和河北省的十二五“綱要”，將欲設立的新區規定其中，同時報請國務院批准設立新區管委會（見後文）；另一方面，省人大審查和批准“綱要”時，應該將已經設立的省級新區納入其中，行事後補正之事，使之得以“追溯到特定法律淵源”^[33]，符合《地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》（以下簡稱《地方組織法》^[34]），為省級新區的概念賦予規範性意義。

（三）市縣新區

市縣新區，即市（設區的市和不設區的市）、縣人民政府或者根據同級人大審查和批准的“綱要”，或者報請省級人民政府批准設立管委會而設立的非行政區域，具有行政區域和管轄範圍的構成，如廣東省茂名市（設區的市）濱海新區（2012年4月26日，廣東省政府批准設立）的範圍包括“茂南區、茂港區、電白縣兩區一縣的19個建制鎮、6個街道辦事處”^[35]，深圳市的大鵬新區包括龍崗區的“葵湧、大鵬、南澳三個街道辦”^[36]，陝西省銅川市（原不設區的市）銅川新區包括高塹鄉、坡頭鎮^[37]。

首先，市縣人民政府為執行同級人大的“綱要”，並且向所在省級人民政府報請批准而設立的非行政區域，如廣東省肇慶市的肇慶新區^[38]為肇慶市“十二五”綱要^[39]所規定，其管委會由廣東省政府通過《廣東肇慶新區發展總體規劃（2012-2030年）》^[40]、廣東省2013年政府工作報告、批准總體擴容的函複（2019.10，廣東省發改委）^[41]等行政規範性文件批准設立。

其次，市縣人民政府為執行市人大的“綱要”而設立的非行政區域，但是未向所在省級人民政府報請批准管委會者，如深圳市的光明新區^[42]、龍華新區^[43]、坪山新區^[44]，均見諸於深圳市“十二五”規劃綱要，大鵬新區成立時（2011年12月30日）未見諸於深圳市“十二五”綱要，但是深圳市“十三五”綱要使其事後取得相當於地方性法規的效力。

再次，沒有所在市縣人大的“綱要”作為根據，但是報請所在省的人民政府批准設立者，如江西省鷹潭市的信江新區^[45]，其所根據的“十二五”綱要系由鷹潭市發展和改革委員會制定，江西省政

[33] [德]哈姆雷特·毛雷爾：《行政法學總論》，高家偉譯，法律出版社2000年版，第65頁。

[34] 國家級新區和其他種類新區的成立，經歷《地方組織法》（1979年）於1995年、2004年、2015年、2022年修改，一方面，有關本文研究中涉及的條款及其主旨未加變動；另一方面，大部分新區的設立時間均在《地方組織法》（2015年）的施行期間，故本文亦以2015年修訂後的《地方組織法》為依據展開研究。

[35] 濱海新區管委會：《新區簡介》，載廣東茂名濱海新區政務網 2016年6月23日，<http://www.mgs.gov.cn/zsyx/xqtj/xqgk/xqjj/index.html>。

[36] 參見前述之“85號文”。

[37] 銅川新區管委會：《新區概括》，載銅川市新區管理委員會網2022年8月26日，<http://www.tcxq.gov.cn/resources/site/11/html/xqqq/xqgk/index.html>。

[38] 肇慶新區管委會：《肇慶新區大事記》，載肇慶新區管委會網2020年1月4日，http://www.zqxq.gov.cn/zjxq/xqdsj/content/post_697885.html。

[39] 2011年3月12日，肇慶市第十一屆人民代表大會第六次會議批准。

[40] 2012.10.11，省政府常務會議審議通過。

[41] 肇慶新區管委會：《肇慶新區概括》，載肇慶新區管委會網2021年5月18日，http://www.zqxq.gov.cn/zjxq/xqgs/content/post_2521419.html。

[42] 2007年8月設立，2018年5月轉變為區。

[43] 2011年12月設立，2017年1月轉變為區。

[44] 2009年6月設立，2017年1月轉變為區。

[45] 信江新區管委會：《信江新區歷史沿革》，載信江新區管理委員會網2020年5月9日，http://xjq.yingtangov.cn/art/2020/5/9/art_1015_150931.html。

府以省機構編制委員會辦公室《關於設立鷹潭市信江新區管理委員會的批復》（贛編辦文〔2016〕15號）的形式批准設立新區管委會。

故而，數量龐大的市縣新區亦因“涉及機構使命的問題，即政府機構的性質和目的的問題”^[46]，而應作為一般性的概念具有“綱要”之規範性意義，凡未具者，應該由市縣同級人大事後制定的“綱要”予以補正，市縣人民政府應該將新區管委會報請所在省的人民政府批准設立（見後文）。

因此，新區是應由“綱要”規定的具有一定規劃範圍並設立管委會的非行政區域。為維護“制定法內容趨於安定”^[47]，必須承認未經行政區劃的設立，“新區”並非《憲法》（2018年）第30條中的“區”。一方面，新區由不同的行政區域或管轄範圍構成，包括“縣-縣”組合（如河北雄安新區）、“區-區”組合（如重慶兩江新區），“區-縣”組合（如廣東茂名濱海新區）、鄉-鎮組合（如江西撫州東臨新區）、街道辦組合（如深圳大鵬新區）等；另一方面，新區必須以“綱要”為設立依據，不能僅僅限於行政實務中的用語。雖然功能化的新區體現行政政策的偏好，但是應該遵循“從技術的角度來看，政策決定主要是通過立法來完成，所有的國內政策決定都需要制定法的形式”^[48]，即最高國家權力機關和地方國家權力機關應該以其審查和批准的“綱要”將國務院和省、市縣人民政府的產業政策確認為規則，迎合《立法法》（2015年）第10條之“明確授權的目的、事項、範圍、期限”規定，為依法行政提供基礎，國務院和省級人民政府方可據此批准新區管委會的設立，即“綱要”與“報請批准”為新區合法存在的兩個要件。

二、新區設立的依據：概念歸屬與效力位階

新區的具體名稱出自“綱要”或行政實務，隨之歸納性地出現“新區”的概念，但是其本體並非出自《憲法》和《立法法》等制定法，作為現象亦未能通過憲法變遷成為憲法附屬性法律中的概念，即來源於“八五”綱要（1991.4.9）和“九五”綱要（1996.3.17）中的新區（上海浦東新區），未能被《立法法》（2000年）或其他法律吸收和承認，從而成為制定法中的概念。但是新區的持續出現和概念使用昭示其擁有“說明法律效力的理由”^[49]的需求，應該從憲法和法律的規範中，為新區尋找法律淵源，進而明確記載具體新區名稱的“綱要”的效力位階，形成新區的規範體系。

（一）“綱要”的概念歸屬

《憲法》（1954年）第27條第9項規定全國人大行使“決定國民經濟計劃”的職權，與“第一個五年計劃”^[50]的名稱相符；《憲法》（1982年）第62條第9項使用的“國民經濟和社會發展計劃”與第六、七個五年計劃亦名稱相符，但是“計劃綱要”（第八、九、十）和“規劃綱要”（第十一、十二、十三、十四）則與憲法規範中的概念表徵不符。考察變動中的實際文本名稱與憲法規範中的概念是否具有對應關係，應對前者是否處於後者“在規範可能的文本範圍內運作”^[51]加以判斷，從而得出能否將小概念置於大概念之下的結論。

[46] [美]威廉·N·鄧恩：《公共政策分析導論》（第4版），謝明等譯，中國人民大學出版社2011年版，第55頁。

[47] 楊日然：《法理學》，三民書局2005年版，第89頁。

[48] [美]卡爾·羅文斯坦：《現代憲法論》，王鎔、姚鳳梅譯，清華大學出版社2017年版，第31頁。

[49] [奧]凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，中國大百科全書出版社1996年版，第149頁。

[50] 《發展國民經濟計劃的第一個五年計劃》（1953年-1957年），1955年7月通過。

[51] [奧]恩斯特·A·克萊默：《法律方法論》，周萬里譯，法律出版社2019年版，第22頁。

首先，立法機關具有“其他職能”。正如美濃部達吉指出“雖然說議會是立法部，但是，各國既沒有把立法當作議會惟一的權能，也不是把立法當作議會的主要權能”^[52]，立法機關在議決法律及預算案的工作之外，尚有處理國家其他重要事項之權限，如外化立法政策、審查和批准國民經濟和社會發展計劃等，地方國家權力機關亦是如此。

其次，立法機關具有“其他職能”的政策裁量。憲法至上是整個政策控制系統的拱頂石，一方面，在具體的新區名稱方面，“綱要”的政策性特徵及其工具性意義恰與“議會委員會決議中的‘特別法令’只適用於單個的情形”^[53]的特徵相符；另一方面，憲法就國民經濟和社會發展計劃授予立法機關審查和批准的權力，謂之第一次適用憲法，行政機關根據《憲法》（2018年）第89條第5項之編制和執行的權力謂之第二次適用憲法，編制和執行的行政裁量之間的空隙受到審查和批准的立法裁量的作用，即“審查”之立法裁量矯正“編制”，並且“執行”必須向“批准”之立法裁量承擔政治責任，行政政策的法律化是有效控制行政裁量的技術，地方行政機關的政策裁量亦應受到地方國家權力機關的控制。

再次，立法機關的“其他職能”具有選擇符號（名稱）的裁量權限。國民經濟和社會發展計劃不是能夠適用普遍情形、對權利義務產生直接影響、命令性的法律法規，但是具有法律效力的國民經濟與社會發展計劃與成文法一樣，具有語言方面“符號技術”^[54]的特點。一方面，從“計劃”演變為“規劃”，其概念偏好轉移之意在於“只是宣示國家權力體系力圖擺脫計劃經濟桎梏”^[55]；另一方面，使用“綱要”（提綱、概要）在於立法政策尊重行政機關在執行中存在的、行政自治領域內的細節性和技術性的裁量，使之得以將基礎性立法政策中的名稱與功能充實為具體的行政規劃內容，則立法政策文本的名稱與憲法規範的促進經濟與社會發展的原旨相符。

故而，法律判斷應對事實內容和目的進行法律評價，“綱要”是《憲法》與《地方組織法》（2015年）中的國民經濟和社會發展計劃，具體名稱的採用是最高國家權力機關在行使“其他職能”時立法裁量的體現，省和市縣的權力機關應以沿用。既然概念涵攝其中，二者名稱之間的貼切程度在所不論，但是對於行政機關能夠起到“自由裁量權只是在法律本身有規定的時候才得以行使”^[56]的肯定性和控制性作用。

（二）“綱要”的效力

《憲法》《地方組織法》（2015年）創設行政機關編制和執行“綱要”的權力，在“行政必須服從法律”^[57]的要求下，行政機關既不能如甘肅蘭州新區和陝西西鹹新區等出自“綱要”之外設立新區，也不能如江西省鷹潭信江新區，僅僅出自江西省鷹潭市發改委制定的《鷹潭市國民經濟和社會發展第十二個五年規劃綱要》^[58]，即“綱要”的效力應該來自於最高國家權力機關和地方國家權力機關對國民經濟和社會發展計劃進行審查和批准的權力，並且該項權力具有專屬性。

首先，《憲法》（1954年）的職能配屬。《憲法》（1954年）第27條第9項將國民經濟計劃的決

[52] [日]美濃部達吉：《議會制度論》，鄒敬芳譯，中國政法大學出版社2005年版，第83頁。

[53] [英]沃爾特·白芝浩：《英國憲法》，夏彥才譯，商務印書館2005年版，第166頁。

[54] 楊仁壽：《法學方法論（第2版）》，中國政法大學出版社2013年版，第138頁。

[55] 莫于川主編：《行政規劃法治論》，法律出版社2016年版，第14頁。

[56] [美]羅斯科·龐德：《法理學》（第4卷），王保民等譯，法律出版社2007年版，第26頁。

[57] [日]鹽野宏：《行政法》，楊建順譯，法律出版社1999年版，第50頁。

[58] 以“規劃綱要”為名稱的行政規範性文件。

定權配屬於全國人大，第49條第7項將國民經濟計劃的執行職能配屬於國務院。一方面，“決定”和“執行”的匹配體現立法機關與行政機關之間的權力過程和關係，即“人民政府要主動向人大報告其決策意向，並需要通過人大的審議和批准”^[59]；另一方面，雖然“編制”主體未見於正文，但是第一個“五年計劃”系在政務院總理周恩來、政務委員李富春、財政經濟委員會主任陳雲主持下，歷經數次修改補充後完成，則事實上的編制主體為國務院。

其次，《憲法》（1975年）和《憲法》（1978年）的職能配屬。《憲法》（1975年）第17條規定國民經濟計劃的批准主體為全國人大，第20條規定國務院為制定主體（“制定和執行國民經濟計劃”），“批准”與“制定”互相矛盾，混淆權力主體、模糊權力界限，即“制而不定”；《憲法》（1978年）第22條第7項規定全國人大為國民經濟計劃的審查和批准主體，第32條第5項（“編制和執行國民經濟計劃”）規定國務院為編制主體，即“編而不定”。從“制定”到“編制”，棄“定”之意在於還原行政機關在國民經濟計劃的效力產生過程中只具有的做出規程、計劃或方案的職能。“審查和批准”“編制和執行”均為《憲法》（1982年）繼承。

再次，《憲法》（1982年）的職能配屬。《憲法》（1982年）將“國民經濟計劃”改為“國民經濟和社會發展計劃”，《地方組織法》（2015年）隨之規定縣級以上的地方各級人大在保證國家計劃執行（第8條第1項）的前提下的“審查和批准本行政區域內的國民經濟和社會發展計劃”（第8條第2項），但是《地方組織法》（2015年）的第59條只規定縣級以上地方各級人民政府具有執行國民經濟和社會發展計劃的職權（第5項），沒有將“編制”配屬於省和市縣的人民政府^[60]。

故而，當新區已經呈現為規範性概念並形成規範體系時，鑒於“在一個優越等級中的排序來解決可能出現的衝突…制定法是法律的‘最優越的淵源’”^[61]，“綱要”作為設立新區的行政政策的法律淵源的前提，是決定其效力位階的主體適格，即“綱要”的效力皆應來自於最高國家權力機關、市縣地方國家權力機關。如果不能遵循大會至上的要求，將審查和批准主體僭越為行政機關，容忍其“自編自演”、設立“綱要”之外的新區，則會出現衝擊全國人大和地方人大憲制地位的情況。

（三）“綱要”的位階

法治國家中，公權力機關的組織和權力行為都應該能夠被導入憲法事先構造而形諸於規範的秩序之中，而在“憲法的另一個任務在確定國家發展的方向，這個劃歸在基本國策的條款，是使國家政治、經濟、與社會能有一個‘恒定性’”^[62]方面，國民經濟與社會發展計劃事實上所擁有的實質性影響力，決定著“綱要”應該被憲法及其所創設的法律所確認，即其效力位階是拘束行政執行權及其政策裁量範圍的根據。

首先，“綱要”經過法律規定的制定程序。國務院、省和市縣人民政府應該在編制“綱要”草案之後，以議案形式提交對應之權力機關。一方面，程序不能簡單地還原為決定過程，程序法也不是單純的技術手段和形式，而是“各個權力之間的協調”^[63]，既是最高國家權力機關和地方國家權力

[59] 孫瑩：《論人大重大事項決定權的行使機制》，載《人民之聲》2020年第1期，第53頁。

[60] 《地方組織法》第44條第5項規定縣級以上地方人大常委會具有根據本級人民政府建議、修改本行政區域內的國民經濟和社會發展計劃的職權，“編制”的權屬撲朔迷離，似為地方國家權力機關與地方行政機關共有，但是現實中為地方行政機關編制並以議案形式向地方人大提出，由地方人大作出“規劃綱要”的決定。

[61] [英]哈特：《法律的概念》，張文顯等譯，中國大百科全書出版社1996年版，第96頁。

[62] 陳新民：《憲法學釋論（修正五版·下冊）》，三民書局2006年版，第2頁。

[63] 季衛東：《法律程序的意義——對中國法制建設的另一種思考》，中國法制出版社2004年版，第10頁。

機關雜糅行政機關的“編制”行為，並加以認可的意志體現，也是保持權力之間的平衡、排除立法政策和行政裁量的恣意，為行政規劃預設理性選擇的基準；另一方面，最高國家權力機關和地方國家權力機關根據《立法法》《地方組織法》的程序規定，進行討論、審議和表決，完成審查和批准後付諸“執行”，該程序事實意義上也同樣存在於第一個“五年計劃”的制定中，則自始至今，“憲法規定的‘計劃’實質上是一種法律。以指導全部的經濟生活”^[64]從未改變。由此，根據審查和批准的主體不同，“綱要”作為立法政策，分別附著不同的法律效力，其中全國人大之“綱要”具有法律的效力，省、設區的市之“綱要”具有地方性法規的效力。

其次，“綱要”起到表徵措施性法律法規的效果。固然“綱要”並不具有可以作為尋求權利救濟的直接性，僅是就個別事項加以分類或集合而制定的措施性規範。一者，作為權宜之計，其內容為特定的措施，功能在於應付、解決具體特殊狀態或問題；二者，不設區的市和縣並不具備制定地方性法規的權力，其人大制定的“綱要”，因《地方組織法》第44條第7項，被所在省或設區的市的人大常委會得以“撤銷下一級人民代表大會及其常務委員會的不適當的決議”，而應符合所在省或設區的市人大制定的“綱要”，或應被視為省、設區的市的“綱要”的“附件”，從而間接處於地方性法規的位階；三者，處於“憲法與行使執行職能之間的中間及概括層面”^[65]，“綱要”內容中只見新區的具體名稱和功能描述，進而由行政規劃充實之，如《河北雄安新區規劃綱要》《杭州錢塘新區規劃綱要》，避免最高國家權力機關和地方國家權力機關以法律法規的方式進行行政管理，但是規範化的具體措施的實施效果是對立法權體系和行政機關進行政治性判斷的目的性基準。

附表3：“綱要”的位階

制定主體	全國人大	省、設區的市人大	不設區的市、縣人大
位階	具有法律的效力	具有地方性法規的效力	間接具有所在省或設區的市的地方性法規的效力
性質	立法政策	立法政策	立法政策
備註			可被視為所在省或設區的市的“綱要”的“附件”

再次，“綱要”形成與法律相連接的規範體系。法律及其所形成的制度是一個內在協調的體系，各個具體規範是體系的組成部分，具有意義或涵義上的相互關聯性。落實“綱要”的行政規劃必然以城鄉規劃、土地使用等技術實現手段為內容，從而涉及《土地管理法》《城鄉規劃法》等的適用。一方面，新區建設中關於城市、鄉、鎮的行政規劃是行政徵收、給付行政（公共用物、公共設施建設）等其他行政行為的依據，但是必須合法於國民經濟和社會發展計劃^[66]規定的目的、事項和範圍等；另一方面，國務院對國家級新區、省級新區、省級人民政府對市縣新區，就新區涉及的城鄉規劃進行備案、審批，或者新區的行政機關作出有關空間整序行政的許可時，均勢必根據“綱要”進行目的性和體系性的審查，在適用中作出相應解釋。由此，“綱要”具有的“法律效力的概念與特定的時間和地點緊緊相連”^[67]的特質，能夠概括地在形式上滿足行政規劃等行政行為的合法

[64] 韓大元編著：《1954年憲法與新中國憲政》，湖南人民出版社2004年版，第414頁。

[65] [葡]若則·曼努埃爾等：《行政法原理》，馮文莊譯，法律出版社2017年版，第38頁。

[66] 參見《城鄉規劃法》第5條和第34條。

[67] [美]安德瑞·馬默：《法哲學》，孫海波等譯，北京大學出版社2014年版，第3頁。

性需求，前提是其自身直接或間接地具有法律和地方性法規的效力，畢竟行政行為的合法性證成不可能依靠行政機關自力制定的行政規章和行政規範性文件。

故而，對於“綱要”，既可以“凡由議會依完整的立法程序所成立的決定，雖均具同等效力，而可一概視為法律”^[68]的觀點視之，亦可憑藉審查和批准主體的組織地位和權限加以區分，確認其在立法政策之外，直接或間接具有法律、省或設區的市的地方性法規的效力位階。與具有法律效力的“綱要”不同的是，直接或間接擁有地方性法規效力的“綱要”，在設立新區（冠名）時不僅應當考慮“本行政區域的實際情況”“地方性事務”“本行政區域內”，而且其合法性亦取決於是否符合《立法法》（2015年）第73條之“為執行法律的規定”和《地方組織法》（2015年）第8條第1項之“保證國家計劃的執行”；同時，“綱要”的功能性規定為制定行政規劃中的裁量帶來目的和範圍方面的限制。

附表4：“綱要”名稱的演變

	國民經濟計劃/國民經濟和社會發展計劃	備註
“計劃”	第1至7個“五年計劃”	國民經濟計劃，見1954年、1975年和1978年《憲法》； 國民經濟和社會發展計劃，見《憲法》（1982年）。
“計劃綱要”	第8/9/10個“五年計劃綱要”	
“規劃綱要”	第11/12/13個“五年規劃綱要”	

因此，“計劃”“計劃綱要”和“規劃綱要”是最高國家權力機關對於《憲法》《地方組織法》（2015年）中的國民經濟計劃或者國民經濟和社會發展計劃的具體名稱的裁量性使用，由立法機關制定的“計劃”或“綱要”自《憲法》（1954年）始，至今都就具有法律效力；同時，《立法法》《地方組織法》（2015年）使省和設區的市的地方國家權力機關審查和批准的“綱要”處於地方性法規的位階，不設區的市和縣的“綱要”則間接處於所在省、設區的市的地方性法規的位階，即新區的概念不僅是立法政策的體現，而且直接或間接具有法律、地方性法規的淵源；同時，“綱要”不僅體現國家在橫向和縱向權力結構方面的職權分配，而且使行政規劃的權力^[69]行使得以因地制宜，在決定具體事業方向和措施方面的裁量權限具有法律法規的根據，能夠為依法行政而以目的和範圍方面的授權起到限制性作用。

三、新區設立的組織體系：目的、構成與性質

凡新區管委會設立時，其管理的“規劃面積”^[70]或“規劃範圍”^[71]均被行政規劃以文字規定，有以區、縣和鄉、鎮之行政區域名稱加以描述者，如國務院對甘肅蘭州新區成立的批復^[72]；有以街道辦的管轄範圍描繪者，如前述深圳大鵬新區之“85”號文；有以地域標誌刻畫者，如《鄭汴

[68] 王世傑、錢端升：《比較憲法》，商務印書館2004年版，第246頁。

[69] 包括設立新區的行政規劃和新區制定的行政規劃。

[70] 參見《國務院關於同意設立南京江北新區的批復》。

[71] 參見《河北雄安新區規劃綱要》。

[72] 永登縣中川、秦川、上川、樹屏和皋蘭縣西岔、水阜6個鄉鎮。

新區建設總體方案》（河南省人民政府）^[73]，均為各種行政區域和管轄範圍的直接或間接組合。雖然新區不是制定法中的概念，也不會產生“憲法文本形式上保持不變，而是通過某些非以修改憲法為目的或者無意識的事實行為而對憲法所做的修改”^[74]之憲法變遷作用，但是新區管委會在行政規範性文件所稱“管理機構”“派出機構”^[75]之外，於特定情況下能夠具有行政機關的主體資格。

（一）新區管委會設立的目的

新區是國家和地方行政領域中的特殊概念，概念是“一個法條適用於一個案件事實”^[76]的基礎，對於被授權管理行政區域（區、縣和鄉鎮）和管轄範圍（街道辦）的新區管委會，只有結合授權中的目的或功能，才能析出其行政行為方面的權限，才能通過涵攝、為新區管委會在行政管理過程中尋找準確的主體性法律概念及適用依據。

首先，對社會保障行政的目的性排除。新區管委會必須圍繞“綱要”和“決定”“批復”的內容展開工作，如《國務院關於同意設立南京江北新區的批復》中的“構建現代產業體系”“推進新型城鎮化建設”。一方面，二者互為表裡；另一方面，產業功能未必會引起人口遷移，如深圳市為實現“生態文明先行示範區”而設立大鵬新區時，原大鵬、南澳、葵湧早在2004年8月26日就已完成“撤鎮設街”^[77]，由於環保原因而實施的生產項目許可性控制，使得人口淨流入量不足以支撐該新區轉變為“區”，有鑑於此，社會保障與新區管委會的功能無涉。

其次，實施規制行政的目的或者功能。新區管委會在制定和實施行政規劃時必然連接行政許可、行政處罰、行政強制、行政命令等具體行政行為，則新區管委會的主要業務是在特定產業領域或者方向實施規制行政，由此亦面臨選擇適用行政性法律的問題。“解釋的原則必然是建立在對目的的考量基礎之上”^[78]，如《國務院關於同意設立四川天府新區的批復》中的“現代製造業”即會在規制行政領域對制定行政政策和作出行政決定發生羈束作用。

再次，實施空間整序行政的目的或功能。為執行“綱要”和建設新區的行政規劃，如《國務院關於河北雄安新區總體規劃》，需要對規劃範圍內的土地進行整備和使用，為此“空間整序行政，是以地域空間，特別是以土地為其物件的，…這種權力性手法有公共收用..等”^[79]。一方面，進行土地用途規制時，需要按照設立新區時的授權目的制定規劃政策和作出許可決定；另一方面，在根據《土地管理法》第9條第2款^[80]等進行行政徵收以滿足新區土地使用需求時，雖然存在為擴容規劃範圍內的原城市面積而徵收農民集體所有土地的情況，但是並不以農村的城市化為目的，重在規劃功能的實現的同時，城市與農村可能並存，如《國務院關於同意設立貴州貴安新區的批復》中規定的“嚴格保護耕地和基本農田”。

[73] 鄭汴新區位於鄭州市中州大道以東、開封市金明大道以西、鄭州航空港以北、黃河沿岸以南區域，由鄭州新區和汴西新區兩個部分構成，涵蓋中牟縣。

[74] [德]格奧爾格·耶利內克：《憲法修改與憲法變遷論》，柳建龍譯，法律出版社2012年版，第3頁。

[75] 參見《關於組建河北雄安新區管理機構的通知》。

[76] [德]沃爾夫·旺克：《法律解釋（第6版）》，梅毅等譯，北京大學出版社2020年版，第28頁。

[77] 寶安日報：《深圳成中國首個無農村城市》，載深圳寶安網2018年12月26日，http://ibaon.sznews.com/content/2018-12/26/content_21306655.htm。

[78] [德]卡爾·拉倫茨：《法律行為解釋之方法---兼論意思表示理論》，範雪飛等譯，法律出版社2018年版，第2頁。

[79] [日]南博方：《行政法（第6版）》，楊建順譯，中國人民大學出版社2009年版，第31頁。

[80] 農村和城市郊區的土地，除由法律規定屬於國家所有的以外，屬於農民集體所有；宅基地和自留地、自留山，屬於農民集體所有。

故而，新區雖然亦屬於城市規劃與設計、城市管理與區域發展研究方向的概念，但是出自立法政策的新區，其複合性區劃組合、產業功能和空間整序行政、規制行政方面的特質，恰恰彰顯其建設即使由地方（省和市縣）辦理，仍然應該遵循依法行政，新區管委會應該受到“綱要”的授權目的和功能以及行政性法律的抑制，即“所有地方行政都在國家的控制之下”^[81]，而不具有制度的區域性特點。

（二）新區管委會的組織構成

憲法的目的之一就是組建國家機關，並使之以各自的組織機構體系而存在，《地方組織法》（2015年）作為國家機關法，為執行法律而創設擁有裁量權限的主體，包括人民政府及其工作部門、派出機關、派出機構，以實現“在機關的組建、存在和運行中，國家方得富有活力、現實以及實現自身的整合”^[82]；同理，省和市縣的人民政府應當根據作為措施法之“綱要”為新區設立相應的組織體，但是如《治安管理處罰法》於公安派出所一般，是否能夠將新區管委會定義為派出機構^[83]，則應基於組織法定，厘清二者之間不同的概念特徵，結合已事實上^[84]形成的行政層級關係，為之提供不同情況下的準確定位和合法存在的根據。

首先，新區管委會不改變行政區域的隸屬和劃分。行政區劃者，為《憲法》（1982年）第30條^[85]之“行政區域劃分”之意，其中有市、區、縣、鄉鎮人民政府而無街道辦的列舉，即前者適用於行政區劃；街道辦出自於《地方組織法》（1979年）第42條第3款規定，為市轄區、不設區的市的人民政府的派出機關並沿用至今。《國務院關於行政區劃管理的規定》（1985年）第6條^[86]將街道辦納入行政區劃管理的範疇，且上級行政區劃的變更必然帶來街道辦的隸屬關係（第7條^[87]）及其所屬行政區域的改變；及至《行政區劃管理條例》（2018年）第10條^[88]將派出機關（街道辦）所處的行政區域定義為“管轄範圍”，即對市、區、縣、鄉鎮適用行政區域，對街道辦適用的“管轄範圍”屬於上級行政區域並為其專屬的下位概念，但是根據《行政區劃管理條例》第10條^[89]和第13條第2項^[90]，新區管委會並不改變鄉、鎮人民政府和街道辦的法定隸屬關係，不會帶來上級行政區劃的改變。

其次，新區管委會的管理範圍構成。新區管理涉及規劃範圍內行政區域層級和行政區域、管轄

[81] [法]莫里斯·奧裡烏：《行政法與公法精要（上冊）》，龔覓等譯，遼海出版社1999年版，第186頁。

[82] [德]魯道夫·斯門德：《憲法與實在憲法》，曾韜譯，商務印書館2019年版，第173頁。

[83] 參見《中央編辦批復同意設立河北雄安新區管理機構》《深圳市大鵬新區管理規定》等。

[84] 如《關於組建河北雄安新區管理機構的通知》，雄安新區管委會被定義為河北雄安新區管理機構，且負責領導、統籌協調新區開發建設管理全面工作，其中的“領導”以及深圳“85”號文中的“管理”等，即反映新區管委會對被領導或管理的縣、區、鄉鎮人民政府和街道辦（派出機關）之間具有指揮、命令和監督的內部行政法律關係，事實上形成一個行政層級。

[85] 參見《憲法》（2018年修訂）第30條。

[86] 行政公署、區公所、街道辦事處的撤銷、更名、駐地遷移，由依法批准設立各該派出機關的人民政府審批。

[87] 變更行政區劃向上級人民政府報告的內容應包括：變更的理由、範圍，隸屬關係，政治經濟情況，人口和面積數位，擬變更的行政區域界線地圖，以及縣級和縣級以上人民政府（含行政公署）的報告或意見等。

[88] 依照法律、國家有關規定設立的地方人民政府的派出機關的撤銷、更名、駐地遷移、管轄範圍的確定和變更，由批准設立該派出機關的人民政府審批。

[89] 依照法律、國家有關規定設立的地方人民政府的派出機關的撤銷、更名、駐地遷移、管轄範圍的確定和變更，由批准設立該派出機關的人民政府審批。

[90] 與行政區劃變更有關的歷史、地理、民族、經濟、人口、資源環境、行政區域面積和隸屬關係的基本情況，即隸屬關係不僅適用於街道辦與區之間，亦適用於不同層級的行政區劃之間。

範圍的構成，分別呈單一型和複合型。一者，國家級新區以不設區的市、縣和區為構成要素，間接涉及鄉、鎮的行政區域和街道辦的管轄範圍的組合，包括單一型如區^[91]，複合型如市-市（不設區的市）^[92]、市（不設區的市）-區^[93]、縣-縣-鄉鎮（河北雄安新區）、縣-區等^[94]；二者，省級新區中，單一型如區^[95]，複合型如區-縣（旗）^[96]、鎮（村）^[97]、鄉-街道辦^[98]；三者，市縣新區中，單一型如街道辦（深圳市大鵬新區），複合型如鄉鎮-街道辦^[99]。鑒於“立法中的術語不論字面含義還是引申含義都是‘有責任的（liable）’”^[100]，具有法律或地方性法規效力的新區，其行政區域和管轄範圍的不同組合必然帶來行政組織體系的不同構成，從而影響新區管委會的職能配置和權力分配。

附表5：新區的行政區域與管轄範圍構成

新區	種類	構成	備註
國家級新區	單一型	區	
	複合型	市-市、縣-縣-鄉鎮、縣-區等	“市”指不設區的市
省級新區	單一型	區	
	複合型	區-縣（旗）、鎮（村）、鄉-街道辦等	
市縣新區	單一型	街道辦或鄉鎮	
		鄉鎮-街道辦等	

再次，新區管委會的組織結構體系。新區設立目標的達成需要具有特定功能的組織機構和權力體系，由於“層級劃分則是從縱向角度來界定地方政府”^[101]，在行政組織法方面歸置準確的法律概念後，新區管委會事實上形成的行政層級可以為法定組織體系吸收和認可，其下亦會管理和形成相應的行政組織結構體系。在橫向結構方面，新區管委會均設有“局、科”之組織，如河北雄安新區下設改革發展局、生態環境局、綜合執法局、應急管理局等；在縱向結構方面，包括不設區的市、縣、區、鄉、鎮的人民政府，直接或間接管理街道辦，直接者如深圳市大鵬新區管委會管理葵湧、南澳和大鵬街道辦，間接者面對的層級為不設區的市、縣、區人民政府，但是均以鄉、鎮的行政區域和街道辦的管轄範圍為基礎。

[91] 青島西海岸新區為黃島區全部行政區域。

[92] 福州新區包括福州市的馬尾區、倉山區和長樂市、福清市的部分區域。

[93] 大連金普新區包括大連市金州區全部行政區域和普蘭店市部分地區，普蘭店市已於2015年10月13日轉變為大連市普蘭店區。

[94] 湖南湘江新區包括長沙市岳麓區、望城區和寧鄉縣部分區域。

[95] 浙江省金華市金義新區，規劃範圍為金東區全域，轄11個鄉鎮、街道。

[96] 內蒙古和林格爾新區包括呼和浩特新區、賽罕區、土左旗、和林格爾縣、托克托縣、清水河縣6個旗縣區，包括11個鎮、3個街道。

[97] 贛州榕江新區下轄潭東鎮、潭口鎮，共35個村。

[98] 浙江省台州灣新區包括三甲街道辦、白雲街道辦、海門街道辦、下陳街道辦。

[99] 江西省鷹潭市信江新區包括夏埠鄉和江北街道辦事處。

[100] [美]霍菲爾德《基本法律概念》，張書友譯，中國法制出版社2009年版，第66頁。

[101] 呂育誠：《地方政府管理——結構與功能的分析》，元照出版公司2006年版，第98頁。

故而，新區管委會的管理範圍，或由不設區的市、縣、區行政區域進行跨層級構建，或由鄉、鎮的行政區域和街道辦的管轄範圍組合而成，雖然不改變原有法定的行政區域層級和行政區劃^[102]，並且事實上形成一個行政層級，卻仍應服膺“機關的權限…分成事務管轄權限和地域管轄權限，機關的行為必須在此兩個權限內行使，方不致於逾越權限”^[103]，遵循職權法定主義，尋找新區管委會及其“局、科”的準確法定地位，以保證其相應的權限、事務職責均能在法定範圍內行使和承擔。

（三）新區管委會的主體地位

由國家權力的職能分化理念所創設的行政權，其活動必然依託行政組織，其結構、分支組織是職權劃分和權力行使的基礎，但是行政組織並不僅指國家為實現行政目的而依法設置的行政機關，如《地方組織法》（2015年）中的人民政府和工作部門，承擔行政事務並具有裁量能力的組織體，還包括《地方組織法》（2015年）中的派出機關（街道辦）和行政機構，後者指行政機關的內設機構和派出機構。內設機構系《地方組織法》（2015年）留給行政機關的組織性裁量，派出機構中有法律設立者，如公安派出所、工商所和稅務所，為執行“綱要”而設立的新區管委會卻不盡如前述行政規範性文件所稱之“派出機構”。由於新區管委會既具有組織機構體系、作出行政行為的能力和“對外”作用的維度，還存在特定條件下具有行政機關的主體地位（工作部門）的情況，則應遵循“行政組織之設置及運作受憲法及法律之羈束”^[104]，分別為國家級、省級和市縣新區的管委會發現可供涵攝的行政組織方面的法律概念、主體地位，以保證新區管委會能夠在“綱要”的授權領域內行使行政權力。

首先，新區管委會作為派出機構的情況。根據《地方組織法》（2015年）和相關行政性法律，如《行政處罰法》《治安管理處罰法》等之縣級以上人民政府及其工作部門有權作出行政決定之規定，省、市、區、縣人民政府及其具有法定授權的工作部門是行政機關，則單一型的國家級新區和省級新區管委會、複合型的國家級和省級新區管委會直接面對其管理下的不設區的市、區、縣時，僅具有行政組織機構體系內部的議事協調的功能，如《關於組建河北雄安新區管理機構的通知》中的“統籌協調新區開發建設管理全面工作”，但不能與不設區的市、區、縣形成完整的“領導與被領導關係、指導與被指導關係、公務協助關係”^[105]，其制定的行政規範性文件系設立管委會的行政機關的意旨，亦不能替代其管理下的不設區的市、區、縣人民政府及其工作部門行使“對外”職權、作出行政決定，並成為行政複議中的被申請人和行政訴訟中的被告，故直接面對不設區的市、區、縣的新區管委會是設立它的行政機關的派出機構。

其次，新區管委會作為行政機關的情況。複合性的國家級新區和省級新區管委會均存在直接管理鄉、鎮人民政府的情況，市縣新區管委會則是直接管理鄉、鎮人民政府或街道辦^[106]。一者，根據《地方組織法》（2015年）和《行政處罰法》《治安管理處罰法》等行政性法律，鄉、鎮人民政

[102] 深圳大鵬新區管理的葵湧、南澳和大鵬街道辦在行政區劃上屬於該市的龍崗區。

[103] 陳新民：《中國行政法原理》，中國政法大學出版社2002年版，第95頁。

[104] 吳庚：《行政法之理論與實用》，中國人民大學出版社2005年版，第112頁。

[105] 章志遠：《行政法學總論》，北京大學出版社2014年版，第128頁。

[106] 如國家級新區中，河北雄安新區直接管理任丘市鄭州鎮、荷各莊鎮、七間房鄉和高陽縣龍化鄉；省級新區中，如浙江省的杭州錢塘新區就包括江幹區的下沙、白楊2個街道辦和蕭山區的河莊、義蓬、新灣、臨江、前進等5個街道，河南省鄭州鄭東新區包括12個鄉鎮和街道辦；市縣新區中，深圳大鵬新區則屬於“區中‘區’”，即管理龍崗區中的南澳、葵湧和大鵬等三個街道辦。

府和街道辦都不能成為承擔權、名、責的行政機關；同時，由於《立法法》（2015年）第8條第2項之人民政府的組織和職權只有制定法律的規定（法律保留原則）和《地方組織法》（2015年）第68條中對派出機關種類的排他性規定（區公所和街道辦），新區管委會必須做成“建制政府的領導管理體制”^[107]，而非與法定化方向背道而馳，成為不能為鄉、鎮人民政府或街道辦的執行行為承擔行政責任的“政府派出機關”^[108]；二者，根據《地方組織法》（2015年）第64條第1、3、4款，設立新區管委會的省、市縣的人民政府，具有設立“廳、局、委員會”（省級）、“局、科”（市縣級）等工作部門的裁量權限，其特徵除報本級人大常委會備案之外，還包括由本級人民政府報請國務院或上一級人民政府批准，如中央編辦批復同意設立河北雄安新區管理機構，宜賓三江新區^[109]是四川省政府批准的第一個省級新區^[110]，其管委會由四川省政府批准設立。反觀深圳市的大鵬新區管委會，雖然被“85號文”確定為“正局級建制”，但其設立未向廣東省人民政府報請批准；三者，新區管委會下設的“局、科”並非工作部門，即非《行政組織法》第64條中的“局、科”，而是行政機關的內設機構。鑒於“行政機關授權內部行政單位對外行文時…該內部單位均不能被視為行政機關…故雖能對外行文，亦不因而取得行政機關之地位”^[111]，其權、責、名均寄于新區管委會。故而，即使被冠以派出機構，但只要能夠滿足“直接面對鄉、鎮、街道辦”“國務院或省政府批准”“本級人大常委會備案”等三個條件，新區管委會就得以完成“身份轉換”，具有獨立公法人的特點，成為管理鄉、鎮人民政府、街道辦和“局、科”（內設機構）並為之承擔行政責任，由省或市縣人民政府設立的工作部門。作為行政機關，而非派出機關，不僅有權制定行政規範性文件，而且成為行政複議中的被申請人或行政訴訟中的被告，但並不排斥其對管理下、直接面對的行政機關（不設區的市、區、縣人民政府）兼有的議事協調功能，並由設立它的機關向同級人大承擔政治責任。

附表6：新區管委會的主體地位

新區管委會		
性質	議事協調功能（派出機構）	行政機關（複議被申請人/被告）
管理的行政區域/管轄範圍	市、縣、區	鄉、鎮/街道辦（直接面對）
	鄉、鎮/街道辦（隸屬）	
備註	市、縣、區人民政府及其工作部門為複議被申請人和行政訴訟被告	國務院、省級人民政府批准/本級人大常委會備案

再次，新區管委會不應具有“繁衍”功能。新區的規劃範圍只是行政區域和管轄範圍的組合，一者，處於法律保留原則規制範圍內的“綱要”不具有明確授權新區管委會另行成立組織和

[107] 曹雲：《國家級新區領導體制研究》，載《政治與法律》，2017年12月中旬刊，第66頁。

[108] 王曉強：《論國家級新區行政機關設置的法定化》，載《江西社會科學》2020年第2期，第217頁。

[109] 翠屏區白沙灣街道、沙坪街道、雙城街道、翠屏區宋家鎮和南溪區羅龍街道局部、江南鎮局部。

[110] 四川日報：《首個省級新區落子長江首城，宜賓三江新區揚帆起航》，載中國網2020年5月11日，http://sc.china.com.cn/2020/yibin_0511/369814.html。

[111] 翁嶽生：《行政法與現代法治國家》，三民書局2015年版，第11頁。

權力體系的能力；二者，基於“行政法一般也禁止類比…而對於權力的規範應是‘法無明文便為禁止’^[112]，新區的設立並不意味著批准和設立它的行政機關可以將新區管委會事實上類比為一級政府或者在《地方組織法》（2015年）第68條第1、3款規定之外創設新型的派出機關；三者，新區管委會的管理範圍涵蓋不設區的市、區、縣、鄉、鎮人民政府和街道辦，其外觀和事實上的“組織和領導”的作用範圍應該一般性地體現為內部的行政法律關係，即新區管委會只能依託于現有法定的組織機構體系達成授權目的，設立機關不能授權新區管委會“另起爐灶”，再行設立派出機構，如陝西西咸新區管委會根據《陝西省機構編制委員會關於陝西省西咸新區開發建設管理委員會機構設置的批復》（陝編發[2011]12號）成立澧西新城等五個分區組團管委會，以行政規範性文件形成新區管委會“特有”的組織體系和層級，造成空置行政組織法律規範、超越“綱要”的授權權限的違法情況。故而，新區所在省或市縣的人民政府均不得批准新區管委會成立二級派出機構，僭越規劃範圍內行政機關和派出機關的法定權限，即使“一套人馬，加掛牌子”亦為不可。

因此，新區的規劃範圍呈現行政區域和管轄範圍的不同組合，其行政組織結構體系中行政機關與派出機關亦呈不同構成模式。雖然新區管委會事實上是地方行政組織的一部分並成為一個行政層級，但仍應恪守“行政組織由法律（或條例）規定的原則，是有關行政組織的最為重要的基本原則”^[113]，辨識其具有承載議事協調功能的派出機構和轉化為設立它的人民政府的工作部門等兩種法律地位的可能性。前者之以自己名義作出的行政行為系設立它的省級或設區的市的人民政府的意志體現並為之承擔行政責任；後者能夠以自己名義作出行政行為並為其所管理之鄉、鎮和街道辦以及內設機構（“局、科”）承擔行政責任。此時，新區管委會與行政實踐中的“直管”同質，即在不涉及行政區域界線變更的情況下，上級機關設立工作部門，直接管理特定的行政區域或組合，行使命令、指揮和監督權，系行政法的“事實上的許可權代行”^[114]並形成內部行政管理關係上的“行政託管”^[115]，如湖北省的直轄縣級行政區（仙桃市、天門市、潛江市等縣級市和神農架林區），青海省的可可西裡自然保護區管理局，尤其是直接面對鄉、鎮、街道辦的行政事務時，“直管”意味著新區管委會作為工作部門，具有以行政機關的主體資格、為之“遮風擋雨”的能力；更重要的是，但凡設立新區的行政機關不得將管委會視為派出機關和授權其設立二級派出機構，並且在形式上任何新區管委會不得使用根據《憲法》《地方組織法》（2015年）而專屬於中央人民政府、地方各級人民政府等行政機關的“政府”名稱，如深圳市的大鵬新區政府線上網站^[116]就應使用新區管委會的名稱。

四、結語

目前已設立的新區分為國家級新區（20個）、省級新區和市縣新區，根據《行政區劃管理規定》，新區具有轉制為“區”的現象，如上海浦東新區、天津濱海新區、廣州南沙新區以及深圳市的龍華、

[112] 鄭永流：《法律方法階梯（第3版）》，北京大學出版社2015年版，第22頁。

[113] 楊建順：《日本行政法》，中國法制出版社1998年版，第221頁。

[114] [日]市橋克哉等：《日本現代行政法》，田林等譯，法律出版社2017年版，第71頁。

[115] 安子明：《行政托管的實證研究——以西安市沣渭新區“托管模式”為例》，載《行政法學研究》，2011年第2期，第32頁。

[116] 參見大鵬新區政府在线2023年9月26日，<http://www.dpxq.gov.cn/>。

坪山和光明新區等。新區在經濟、產業、開發、國土、資源保護等方面具有功能性，新區建設系典型的空間整序行政，雖然其策劃、決定和實施均是動態並具有強烈政策性的行政規劃行為，但應與新區的靜態存在，包括設立和組織構建共同處在依法行政的作用範圍之內。直接或間接具有法律、地方性法規效力的“綱要”，不僅能夠證立新區的概念和名稱以及建設規劃，還能使新區行政組織的建構受到法治原則的支配，遵循“行政機關之組織應以法令定之”^[117]。

首先，新區的設立應以“綱要”為基礎。歷經修改，作為憲法規範中的概念，“國民經濟計劃”變化為“國民經濟和社會發展計劃”，所采名稱也從“計劃”“計劃綱要”演變為“規劃綱要”，均系由立法機關的政策意旨和裁量所帶來的“憲法規範的現實意義發生變化”^[118]。一方面，通過《立法法》《地方組織法》（2015年），具有措施法特點的“綱要”分別為新區賦予規範效力，使得新區管委會在組織法定原則下得以證成；另一方面，“綱要”也是新區在目的和範圍方面的授權根據，包括概念、具體名稱和功能，起到限制行政裁量的作用。設立新區的省、市縣的人民政府、新區管委會可以進一步通過制定行政規劃，將最高國家權力機關和地方國家權力機關的目標和原則性規定融合在因地制宜的事務中，將立法政策轉化為行政政策，以細節性和技術性的措施加以實施。故而，“綱要”之外的新區應由後續的“綱要”加以補正，新區的建設狀況和發展績效應納入設立管委會的行政機關的政府工作報告中，並就新區建設中的問題接受同級人大及其常委會的詢問或質詢。

其次，新區管委會設立應以《地方組織法》等為根據。鑒於“‘有組織法，即有行為法’之原則，認為行政機關之設置、權限及內部分工既由法律加以規定”^[119]，新區及其組織機構設立應處於《立法法》（2015年）規定的法律保留條款的射程中。一方面，根據“綱要”，新區的規劃範圍由相同或者不同級別的行政區域和管轄範圍組成，隨之使新區管委會管理相同或者不同層級的行政機關和派出機關，但是此區非彼“區”，新區管委會不在《地方組織法》（2015年）中人民政府的涵義或範圍之內，更不能自居或僭越使用“人民政府”的名稱，其下之“局、科”亦非彼局、科，僅為其職能所屬工作部門的派出機構；另一方面，新區雖然事實上具有一級行政區域的外觀，但是應排除類比之法律方法的使用，不能將新區管委會視為設立它的人民政府的派出機關，而應視作因“直管”而成為設立它的行政機關的工作部門，即省級人民政府的廳、局、委員會或市縣的局、科；同時，作為一種特殊的複合性的派出機構，必須依託或者融入現有的行政組織結構體系當中，方能得到準確的認識和定位，即無論“綱要”，還是省、市縣人民政府的行政規範性文件均不能使之“另起爐灶”“自成體系”，如陝西省西鹹新區的“分區組團管委會”。

再次，新區的行政責任承擔。處於行政組織結構體系之內並在事實上成為一級行政建制的新區管委會，亦應呈現“政府既應有代表性也應當是負責任的”^[120]的效果，而其承擔責任的方式應以主體權能的明確為前提，以面對的行政機關的主體地位為區分。一方面，當直接管理不設區的市、縣、區人民政府時，新區管委會是行政組織內部一般性的議事協調機構，不設區的市、區、縣人民政府及其工作部門是行政複議的被申請人和行政訴訟中的被告，各自依法承擔行政法律責任；另一

[117] 李震山：《行政法導論（修訂七版）》，三民書局2007年版，第88頁。

[118] [日]蘆部信喜：《制憲權》，王貴松譯，中國政法大學出版社2012年版，第135頁。

[119] 翁嶽生編：《行政法（上冊）》，中國法制出版社2000年版，第187頁。

[120] [英]彼得·萊蘭等：《英國行政法教科書（第5版）》，楊偉東譯，北京大學出版社2007年版，第19頁。

方面，當直接管理不能作出行政決定的鄉、鎮人民政府和街道辦時，新區管委會應為鄉、鎮人民政府和街道辦及其下並非工作部門的“局、科”承擔法律責任，成為行政複議的被申請人和行政訴訟中的被告。即使新區的鄉、鎮人民政府和街道辦在《行政處罰法》（2021年）第24條第1款之“承接”下，仍然不能成為行政訴訟的被告（不在本文的討論範圍內）。深圳市中級法院和鹽田法院（集中管轄）在行政訴訟的立案和審理中，接受以大鵬新區管理的街道辦為被告的訴訟請求，屬於違法的司法行政（立案）和審判，如黃某訴深圳市大鵬新區葵湧辦事處行政賠償案（2020年粵0308行賠初5-20號）等。

綜上，在執行“綱要”、設立和建設新區的過程中，固然“規則具有功用方面的重要性”^[121]，但是探究新區的規範性品格仍是對其進行本體研究的核心。為避免出現類似21世紀初期高新區法院違法設立的情況，“收住‘改革’的滿腔熱情和匆匆腳步，甘當守護法律的低調的‘保守派’”^[122]，最高國家權力機關和地方國家權力機關、中央人民政府和地方各級人民政府均應遵循“應當通過積極的立法活動盡可能地限制國家的權力”^[123]，對“綱要”加以適用和解釋，即沒有明確規定於“綱要”的新區（名稱），其設立不具有法律淵源，隨之行政規劃和空間整序行政中的裁量權亦系無立法機關授權的“無源之水”，其法治瑕疵的彌補可將就通過事後的“綱要”補正（名稱）和行政程序中對新區管委會的“報請批准”，但是只能算作“下不為例”。總之，“在政策上之重要性”^[124]者僅為對新區的事實性認知，只有將新區和新區管委會作為一種國家整合過程中的公法現象加以辨析，遵循法律保留原則，根據《憲法》和作為憲法附屬法^[125]的《地方組織法》^[126]以及所涉行政性法律中的組織規範和權力規範，才能在對“綱要”的適用中作出一般性、規範性和體系性的解釋，明確立法政策本旨及其授權內容，新區的概念和行政組織以及行政行為才能融入國家法的既定秩序，才能秉承“法效果始終屬於規範性領域”^[127]，不僅在新區的規劃範圍內建立合法的行政組織結構體系，而且保證新區管委會在行使職權（裁量）、制定和實施行政政策時，能夠被限制在法律框架內行事。

[121] Dennis Lloyd, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence (ninth edition)*, Sweet & Maxwell, 2014, p.327.

[122] 劉松山：《開發區法院是違憲違法設立的審判機關》，載《中國法學》，2000年第5期，第35頁。

[123] [法]狄冀：《法律與國家》，冷靜譯，中國法制出版社2010年版，第155頁。

[124] 林明鏗：《德國新行政法》，五南圖書出版有限公司2019年版，第112-115頁。

[125] 林來梵：《憲法學講義（第3版）》，清華大學出版社2018年版，第73頁。

[126] 今後設立的新區均應以《地方組織法》（2022年）為根據。

[127] [德]卡爾·拉倫茨：《法學方法論》，陳愛娥譯，商務印書館2003年版，第133頁。

Abstract: The establishment of new areas, including national, provincial, and city/county new areas, should be based on the review and approval of the “Outline” by the people’s congress at the same level. The “Outline” is a national economic and social development plan that should include the specific name and functional design of the new area. As a legislative policy, the “Outline” formulated by the people’s congresses of provinces and municipalities with district has the effect of laws or local regulations, The “Outline” formulated by the People’s Congress of cities and counties without districts indirectly has the effect of local regulations. The New Area Management Committee, as the working department of the people’s government that established it, should submit it to the higher-level people’s government for approval and the local people’s congress at the same level for filing in accordance with legal procedures. Its main body status includes dispatched agencies, deliberation and coordination agencies, and administrative organs. Although the planning scope of the new area includes different combinations of administrative regions (city not divided into districts, districts, counties, townships, towns) and jurisdiction (street offices), and can become the respondent for administrative reconsideration and the defendant in administrative litigation in specific circumstances, the new area management committee must not use the name of “government” and must rely on the legal organizational structure system and not extend downwards, to achieve the legalization of the establishment of the new area in terms of administrative organizational law.

Key words: New Area; Outline; New Area Management Committee; Legal Reservation; Administrative Organ

(責任編輯：張竹成)

澳門自然無能力人中未成年人致人損害民事責任之承擔的教義學分析和思考

呂冬娟* 曹飛躍**

摘要 本文主要討論在中國澳門地區自然無能力人中未成年人致人損害後，為了平衡受害人、加害人、負有管束義務之人等諸多主體之間的利益，應遵循什麼樣的原則和標準去解決自然無能力人致人損害所產生責任的承擔問題。自然無能力人中未成年人致人損害民事責任之承擔主要被規定於《澳門民法典》第481-482條和第484條中。目前關於自然無能力人中未成年人致人損害民事責任之承擔，主要涵蓋以下爭議：一是有管束他人義務之人之責任的性質；二是對未成年人可歸責性認定之標準，以及未成年人是否也是承擔責任的主體；三是有管束他人義務之人之責任的歸責原則；四是有管束他人義務之人之責任是否以未成年人具有過錯為構成要件之一；五是關於自然無能力人中未成年人致人損害民事責任應如何承擔。鑒於此，本文主要對以上問題進行分析，以期對未成年人致人損害的責任承擔制度的解釋、實施及完善有所裨益。

關鍵詞 可歸責性 自然無能力人 未成年人 過錯責任原則 衡平責任

引言

為了保護未成年人和處於特殊情況下的成年人（如精神病人）等自然無能力人的合法權益，《澳門民法典》設置了相應的監護制度，其作為一項基礎性的民事法律制度的設立，^[1]是親權制度的延伸或補充，^[2]其在於彌補自然無能力人民事行為能力之缺陷或不足，它關係着民法研究領域的一個重要課題。囿於本文篇幅的限制，本文只探討該領域中自然無能力人中未成年人致第三人損害的民事責任的承擔問題。因自然無能力人之致人損害的行為而可能承擔責任的主體除自然無能力人本人外，責任

* 呂冬娟：法學博士，澳門城市大學法學院助理教授。

** 曹飛躍：澳門城市大學法學院、河南財經政法大學企業與公司法研究中心研究員（通訊作者）。

[1] 周枏：《羅馬法原論》（下），商務印書館1994年版，第241-267頁。

[2] [葡] Carlos Alberto Da Mota Pinto：《民法總論》（中譯本），澳門法務局、澳門大學法學院2001年版，第120頁。

主體還可能包括父母、監護人、幼稚園、學校等教育管理機構、精神病院及其他源於法律或法律行為而承擔管理照料義務的主體，《澳門民法典》的484條將這些責任主體統一稱為有管束他人義務之人。負有管束義務之人的民事責任制度屬於中國澳門地區民事責任制度中的一種，其是指被管束之人給第三人造成損害時，負有管束他人義務之人所承擔的非合同民事責任。負有管束義務之人的非合同民事責任制度的設立着眼點在於透過監督、管束自然無能力人的行為，防止自然無能力人對他人或社會的合法權益造成損害。因作為社會的一員的自然無能力人必然也要參與到社會活動中去，在行為能力方面的缺陷和不足不能成為剝奪他們參加社會活動的藉口，但不容忽視的是在某些情況下自然無能力人的行為可能會對他人的人身、財產和其他合法權益造成損害。自然無能力人中未成年人致人損害民事責任之承擔主要被規定於《澳門民法典》第481-482條和第484條中。目前關於自然無能力人中未成年人致人損害民事責任之承擔，主要涵蓋以下爭議：一是有管束他人義務之人之責任的性質；二是對未成年人可歸責性認定之標準，以及未成年人是否也是承擔責任的主體；三是有管束他人義務之人之責任的歸責原則；四是有管束他人義務之人之責任是否以未成年人具有過錯為構成要件之一；五是關於自然無能力人中未成年人致人損害民事責任應如何承擔。本文的寫作目的在於厘清上述問題，以期對未成年人致人損害的責任承擔的解釋、實施及完善有所裨益。

一、負有管束義務之人承擔監督管束義務的內涵

探討自然無能力人之致人損害的責任承擔問題，要研究自然無能力人自己是否要承擔責任和其承擔責任在法理上的邏輯起點，自然無能力人之致人損害時有管束他人義務之人所應承擔的民事責任和責任的性質，及各自的歸責原則等。但要弄清上述問題，首先要瞭解的便是管束的性質問題。管束的性質究竟是什麼？其是一項民事權利，還是一項民事義務，抑或是一項民事責任？筆者認為，從本質上來講，管束不是一種單純的權利、義務或責任，而是一項涵蓋了權利、義務和責任的民事法律制度，它有權利和義務的內容和特點，但不只是負有管束義務的人的權利和義務，它也是一種責任，卻也不僅僅是指負有管束義務的人的責任。非合同民事責任是行為人侵犯他人權利或違反旨在保護他人利益之任何法律規定的情況下所應承擔的法律後果，義務是責任的前提，責任是違反義務的後果，若沒有義務，責任就如空中樓閣，沒有產生的基礎。《澳門民法典》規定在未成年人造成他人損害時，未成年人和負有管束義務之人是否承擔責任及承擔怎麼樣的責任。在這一狀況下的責任主體之所以也涵蓋負有管束義務之人，這一責任源於管束或監督義務。對於自然無能力人致人損害的責任承擔問題，早在古羅馬《十二銅表法》中就有規定。^[3]考慮負有管束義務之人在此等情形下是否怠於履行其管束義務，此規定是為了以防負有管束義務之人不盡心盡責地履行自己的教育、督導任務，或是將自己置身事外而疏於履行職責，更有甚者，有的負有管束義務之人甚至縱容自然無能力人的不法行為。而自然無能力人可能由於年齡或心智的原因無識別能力或意欲能力，不能認識自己行為的性質和後果，可能會給他人帶來很大的破壞力，為了避免讓第三人承擔不合理的風險，須用潛在的責任或某種不利後果去強化負有管束義務之人的監督職責，既加強了對受害人的保護，也有利於對未成年人的保護。和內地《民法典》第1188條^[4]所規定的監護人責任是替代責任

[3] 江平、米建：《羅馬法基礎》，中國政法大學出版社1987年版，第291頁。

[4] 內地《民法典》第1188條規定：“無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的，由監護人承擔侵權責任。”

說、自己責任說或折衷說具有較大的爭議一樣^[5]，對負有管束義務之人承擔損害責任的性質的理解也有爭議。根據《澳門民法典》第484條之規定，“基於法律或法律行為而對自然無能力人負有管束義務之人，須就該自然無能力人對第三人所造成之損害負責……”，筆者認為對於負有管束義務的人在自然無能力人致人損害中的非合同民事責任，負有管束義務的人之所以要承擔責任，是因為其對未成年人負有監護管束責任，其承擔責任的根源是在於其在自然無能力人致人損害中違反監督義務，其對作為第三人的受害者表現為不作為的侵害行為。正如João Varela所主張的，“這些人不是因為他人的事實而負上賠償義務，而是因為其自身的事實，因為法律推定其沒有進行（不作為）適當的管束（culpa in vigilando）”。^[6]筆者也極力贊同João Varela的觀點，筆者認為，若是因為負有管束義務的人沒有盡到監督職責而導致未成年人的損害行為的話，說明其在主觀上就存在過錯，就應當承擔相應的責任。所以說其承擔的並非替代責任，依舊是對自己的行為即未履行監督職責的責任，即仍是一種自己責任。這一管束義務是具有獨立性的，雖然負有管束義務的人的監督管束義務始終在未成年人左右環繞，但不倚賴於致害的未成年人的責任能力，也不取決於他或她有無過錯。若致害的自然無能力人無可歸責性，或即便是其有可歸責性但無過錯時，其不承擔責任，但負有管束義務的人的責任並不因此而免除，其仍應因未對未成年人盡到管束義務而承擔非合同民事責任。

法律在制度設計上給予自然無能力人以特殊的對待。在自然無能力人給他人造成損害時，由於其可歸責性（識別能力或意欲能力）可能存在欠缺，而且往往沒有相應的財產能用以全部或足額支付對受害人的賠償，為合理保護受害人利益，故而通常對其存在管束義務的人科以責任，讓其來承擔責任的一部分或全部，以期合理平衡各方當事人的利益。自然無能力人是否具有可歸責性是研究未成年人致人損害的責任制度的起點。所以，對於自然無能力人致人損害的這一特殊的民事責任，筆者首先旨在以自然無能力人的歸責能力為切入點，就自然無能力人和負有管束義務的人對自然無能力人致人損害所產生的責任的承擔進行探討。

二、可歸責性認定標準的分析

“可歸責性（imputável）”是說只有當行為人對其行為的性質及其後果具有識別能力或意欲能力，也即João Varela所說的要產生“行為人具有自然能力預見（prever）其所作出之行為所產生的效果及衡量其行為的價值（medir o valor），以及根據其對這些東西的判斷而作出決定（determinar）”的“可歸責”，意即行為人只要具有理解能力或意欲能力才有可能承擔責任，^[7]簡言之，可歸責性是指行為人侵害他人合法權益時對自己的過錯行為能夠獨立承擔民事責任的一種能力或資格，其是

監護人盡到監護職責的，可以減輕其侵權責任。有財產的無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的，從本人財產中支付賠償費用。不足部分，由監護人賠償。”另外，請參見楊立新：《〈民法典〉構建的我國侵權責任法自主立法體系》，載《上海政法學院學報（法治論叢）》2023年第1期，第55頁。

[5] 張靖哈：《〈民法典〉監護人責任的性質再論與規範統合》，載《河南財經政法大學學報》2023年第5期（總第199期），第105-115頁。

[6] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第390頁。

[7] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第371頁。

認定過錯的前提或基礎。按照《澳門民法典》第477條第1款，“因故意或過失不法侵犯他人權利或違反旨在保護他人利益之任何法律規定者”，可知主觀可歸責性的有無，決定了該主體能否承擔民事責任，在實體法中，如民事主體無民事責任能力，無論發生何種情形，法律都不能為其設定民事責任，正如João Varela所言，“如果侵害人是不可歸責的，那麼他不應該受到任何的譴責，也不應該承擔任何的責任。要求不可歸責者像可歸責者那樣行事，是反常的。換言之，法律贊同在這種情況中存在一個真正的不可歸責者的客觀責任，是不可理解的。”^[8]

誠如馮·巴爾所言，在歐洲大陸侵權行為法中，對兒童的態度大多是保護性的。^[9]但法國在民事責任能力問題上採用出生主義，自然人自出生之日起就具有民事責任能力，無需考察是否具有識別能力或意欲能力，只要考慮行為人（未成年人亦如此）是否違反一般成年人所應具有的善良家父的注意義務標準，以此來判定未成年人的行為是否有過錯。^[10]對此，中國澳門地區秉持不同的立場，《澳門民法典》並不認為人人都具有民事責任能力，在處理非合同民事案件中對行為人的智力狀況、年齡、識別能力等因素應予以綜合考慮，毋庸置疑，這有利於對未成年人等自然無能力人利益的保護。其背後的深意可能是，若一味地要求自然無能力人承擔責任，其結果不亞於剝奪責任能力制度對自然無能力人的保護，^[11]鑒於此，《葡萄牙民法典》和中國澳門特區的《澳門民法典》在未成年人民事責任能力問題上，與德國民法的規定相似，認為未成年人之非合同民事責任能力存在特殊性，以“年齡+識別能力”來判定未成年人是否具有民事責任能力的標準，以此來確定未成年人的責任。^[12]

對於未成年人而言，年齡對識別能力具有重要的評估的作用，所以澳門地區將年齡作為判斷未成年人識別能力的重要依據，當然，在具體案件中還要綜合考慮其他因素及行為的性質。關於未成年人無民事責任能力的年齡標準，葡萄牙^[13]及中國澳門地區^[14]規定非合同民事責任年齡規定為7歲，在識別年齡問題上，以一個固定的最低年齡作為判斷或確定民事責任能力有無的標準；而低於識別年齡的行為人就被視為沒有識別能力，不具有民事責任能力，如根據《澳門民法典》第481條（可歸責性）第2款之規定，“未滿七歲之人及因精神失常而成為禁治產之人，推定為不可歸責者”，^[15]可知，中國澳門地區以年齡和認識能力相結合來決定自然人的民事責任能力，不滿7周歲的未成年人無民事責任能力，不具有可歸責性，實際上是人為的用固定年齡界限來推定其沒有識別能力，在此年齡界限下的未成年人一般無民事責任能力，不負民事責任。不過，以上的推定並不是一勞永逸的，都屬於可用反證推翻的推定，《澳門民法典》這一規定無疑克服了以固定而精確的年齡為界限的缺陷。正如João Varela所言，法律推定7周歲以下的孩童及精神失常的禁治產在作出事實之時沒有這種能力”，但並“不排除禁治產人及七歲以下兒童可歸責的可能性”，換言之，對原

[8] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉著：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第388頁，注釋3。

[9] [德]克雷斯蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權法研究（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第99-102頁。

[10] 朱廣新：《論未成年人致人損害的賠償責任》，載《法商研究》2020年第1期，第175-176頁。

[11] [德]克雷斯蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第101-102頁。

[12] 《德國民法典》第827條和第828條，參見《德國民法典》，陳衛佐譯，法律出版社2004年版，第265-266頁。

[13] 《葡萄牙民法典》第488條第2款之規定。

[14] 《澳門民法典》第481條第2款之規定。

[15] 《澳門民法典》第122條（受禁治產約束之人）第1款之規定。

告造成損害的兒童即使低於7周歲或禁治產人，原告也可以舉證證明不滿7周歲並不缺乏民事責任能力，其有能力識別其行為的錯誤性質及作出相應的行為。^[16]

是否高於識別年齡的行為人、准禁治產人就一定擁有識別能力？^[17]至於上述主體是不是就真的有法律所要求的識別能力，有進一步探討的餘地。是否高於識別年齡的行為人就一定擁有識別能力，無需做個案審查？葡萄牙和澳門民法都認為這需要根據具體情況作判斷，要做個別審查。當已滿7周歲的未成年人實施的非合同行為致人損害時，法院於個案中審查其實施加害行為時有無認識責任所必要的識別能力，以判斷其有無識別能力。年齡是判斷行為人有無民事責任能力的一個相當重要的因素，但識別能力不僅與年齡有關，且與行為人的智力發展狀況，接受的教育程度、具體的行為性質、行為本身對於行為人的意義、生活習慣及生活環境等相關。在滿足了年齡的條件限制之後，行為人並不必然地要承擔責任，還需要將其他因素串聯在一起進行綜合的考慮。João Varela所言甚是，“沒有推定時也不會妨礙透過舉證來證明准禁治產人、7周歲以上兒童……不可歸責，只要證明了他們在做出行為時不具備相應的理解和思考能力即可。”^[18]

但若說以年齡作為評估標準是比較具體的話，那麼以識別能力作為非合同民事責任能力的判斷標準則是相當抽象的，在實務中，如何判斷行為人行為時的識別能力？根據《澳門民法典》第481條（可歸責性）第1款之規定，^[19]“在損害事實發生時基於任何原因而無理解能力或無意欲能力之人，無須對該損害事實之後果負責；但行為人因過錯而使自己暫時處於該狀態者除外”，葡萄牙法律和中國澳門地區的法律都將“識別能力”表述為“理解和意欲的能力”，要求加害人有以自己智力上的理解自願實施行為的能力。^[20]在實施侵害行為方面，一個人的可歸責性意旨行為人具有自由意志的能力，能夠理解自己的行為及其後果。^[21]可歸責性將行為人在行為時的主觀意志作為其對第三人的侵害承擔損害賠償責任的基礎，將行為人在實施行為時識別其行為的性質和後果的能力作為判定行為人為自己的行為承擔民事責任的依據。行為人行為的過錯與否並不完全取決於實施的行為，其與加害人的年齡、智力、精神狀況都有關係。的確，理解能力及意欲能力只有達到一定的年齡和滿足一定的精神狀態的人才可能具備，也只有具有理解能力和意欲能力的人在侵害他人時，才有可能構成過錯，才有須為損害事實產生的後果承擔民事責任的可能性。^[22]所以，《澳門民法典》第477條所說之故意或過失，須以行為人有理解能力或意欲能力為前提。^[23]識別能力所指向的民事

[16] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第372頁，注釋2；[德]克雷斯蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第123頁。

[17] 《澳門民法典》第135條（受准禁治產約束之人）之規定。

[18] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第372頁，注釋2。

[19] 《葡萄牙民法典》第488條（ARTIGO 488.º）第1款：CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS（Actualizado até à Lei n.º103/2009 de 11.09）。

[20] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第371頁；[德]克雷斯蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第409-412頁。

[21] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第371頁。

[22] [德]黑格爾：《法哲學原理》，商務印書館1979年版，第119頁。

[23] 《澳門民法典》第477條之規定。

責任能力是確定自然無能力人是否具有過錯的基礎，是適用過錯責任歸責原則的前提。

對於不可歸責者，根據《澳門民法典》第481條（可歸責性）第1款之規定，對於“在損害事實發生時基於任何原因而無理解能力或無意欲能力之人”。^[24]而對於有行為能力的人在神志不清的狀態下致人損害，如在夢遊、偶發癲癇病昏厥、高燒、因犯心臟病或中風或其他導致意識喪失的突發疾病等情況下肇致第三人的權益受損，若行為人對出現這種病況其實沒有過錯，其對致害行為不具有可歸責性，其本人不用承擔責任，而由負有管束義務的人按照過錯推定承擔賠償責任，當然對此，由行為人舉證證明不是因為自己的過錯陷入無意識狀態的；但若加害人是有過錯的，如過量飲酒、服用麻醉品等肇致自己喪失識別能力，即若行為人因自己的故意或過失“使自己陷入無責任能力的狀態”^[25]，理應由其本人承擔相應的責任，正如João Varela所說的其“儘管沒有這種能力，但卻被視為具有能力一樣對待（有過錯地使理解與欲求的能力暫時喪失）”，舉證責任由受害人承擔，證明加害人是因故意或過失使自己陷入這種狀態。^[26]

三、歸責原則

未成年人致人損害時，歸責原則涉及自然無能力人的責任與有管束義務之人的責任兩個方面的歸責原則。

（一）關於未成年人（自然無能力人）承擔非合同民事責任的歸責原則

在判斷自然無能力人應否承擔非合同民事責任時，自然無能力人是否是責任的主體存在較大的模糊性。再者，在對已滿七周歲的未成年人有無過錯的判定上，對已滿七周歲的未成年人採用的注意義務標準，並沒有規定採用特別的注意義務，故仍是和成年人一樣的注意義務標準，善良家父的標準（*diligência de um bom pai de família*），這未免對未成年人過於嚴苛，因為它必須滿足成年人的注意標準。

如João Varela所言，“由於自然的無能力不一定導致不可歸責”^[27]，自然無能力人中的未成年人是有可能成為承擔該責任的責任主體的，其前提是未成年人要有民事責任能力。關於自然無能力人承擔民事責任的歸責原則，《澳門民法典》對此並沒有特別的規定，可知遵循的仍是一般過錯責任原則，即民事責任能力的未成年人應承擔過錯責任，^[28]當然也要滿足成立非合同民事責任的其他構成要件。在採取過錯責任原則的同時，《澳門民法典》第482條第1款也規定了衡平責任，以此平衡自然無能力人、負有管束義務之人、及受害人之間的利益。關於行為人衡平責任的規定，或是因負有管束義務之人也不具有過錯，或是負有管束義務之人有過錯沒有財產，但無論基於何種原因，在受害人未能從負有管束義務之人處得到清償或是合適彌補的情況下，實施加害行為的不可歸

[24] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第371-372頁。

[25] [德]克雷蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第128頁。

[26] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第372頁。

[27] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第391頁。

[28] 《澳門民法典》第477條之規定。

責者可能被判定承擔適當的賠償責任。^[29]說明實際上在澳門即使是無民事責任能力的不可歸責者也有可能對自己的侵害行為承擔責任的，如在符合平衡平責任的適用條件的情況下。在這種情況下，在判斷自然無能力人應否承擔非合同民事責任時，未成年人因有財產承擔該民事責任的，很容易讓人理解為自然無能力人中的未成年人承擔的是風險責任，但這種詮釋是有問題的。因為風險責任顯然是對相關責任主體課以更高的注意義務，同時不給其證明其因無過錯而免除責任的機會。故嚴格意義來講，衡平責任不應被詮釋為是非合同民事責任法普遍適用的歸責原則，只是基於公平正義而對“剛性法”的矯正需要而對受害人的一種補償。另外，值得注意的是，根據《澳門民法典》第480條第2款規定，“在無其他法定標準之情況下，過錯須按每一具體情況以對善良家父之注意要求予以認定”，該注意要求要求行為人對他人的合法權益保持審慎的注意義務，所有非合同民事責任的產生都是因違反了民事責任產生的相關的注意義務要求，對未成年人採用和成年人一樣的注意義務標準，而不是採取較低的注意義務的標準（如同齡未成年人的注意義務標準），這是值得商榷的，這都需要將來立法進一步深思的。

（二）負有管束義務之人承擔非合同民事責任的歸責原則

未成年人一般沒有或只有較少的個人財產，故法律通常將負有管束義務之人也列入責任主體的範疇之中，目的是為了更好地保護受害人的合法權益。德國民法在監護人責任上採用的是過錯推定責任的原則。^[30]對此，中國澳門特區的《澳門民法典》對此持同樣的立場。《澳門民法典》第484條規定的負有管束他人義務之人的過錯推定責任，是指如果負有管束他人義務之人證明已履行了管束義務，或證明即使履行了管束義務，但損害仍會發生的情形下，則不承擔責任。否則，則推定其有過錯，即應對未成年人致人損害負賠償責任。實際上，這是採取了舉證責任倒置的方式，受害人一方無需證明管束人的過錯，證明責任轉移給負有管束他人義務之人，由其承擔舉證不能的不利後果，達到保護受害人利益的目的。^[31]對未盡監護義務的監管義務之人應承擔責任的性質，如前所述，有替代責任說、自己責任說或折衷說，實質上，負有監管義務之人對被監管人造成他人損害所承擔的不是一種終極的或說是真正意義上的替代責任，其所承擔的只是因自己疏於監管而承擔的過錯推定責任，並不是為未成年人的過錯承擔責任，其仍是責任自負原則的一種體現或貫徹。若負有監管義務之人可證明自己已經盡到了管束職責，或證明即使履行了管束義務，但損害仍會發生，即不存在過錯，就可免於承擔非合同民事責任。

負有管束義務之人的這種責任是一種特別的過錯責任，其有義務防止被管束之人對他人造成損害，違反管束自然無能力人的一般義務是一種獨立的責任依據。即負有管束義務之人的管束職責是獨立存在的，無論未成年人是否具有民事責任能力或主觀過錯，負有管束義務之人都應適當履行自己的管束義務。所以，未成年人的行為致人損害時，負有管束義務之人承擔責任是因其未盡必要的管束義務，具有主觀過錯，應當承擔相應的賠償責任。在此種情形下，負有管束義務之人主觀上存在疏於管束的過失與未成年人的加害行為所產生的損害後果之間存在因果關係，負有管束義務之人是為自己的不作為承擔責任。因而，從本質上說，負有管束義務之人承擔過錯推定責任是基於自己

[29] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第372-373頁。

[30] 《德國民法典》第832條之規定。

[31] 《澳門民法典》第484條（有管束他人義務之人之責任）之規定。

在履行監督義務時的過錯，仍是對自己行為承擔責任。負有管束義務之人只要證明已儘管束義務又或證明即使已踐行相關的管束義務而損害仍會發生，即可免責。換言之，其未儘管束義務被認為有過錯，以負有管束義務之人的過錯作為其承擔責任的要件之一。當負有管束義務之人對未成年人的行為按過錯推定責任來獨自承擔責任（當未成年人無民事責任能力），之後，無權向未成年人追償。

澳門民法之所以將負有管束義務的人的責任定位為過錯推定責任，如João Varela所說，是出於多方面的考慮。^[32] 筆者也認為，負有管束義務的人的責任源於其監督管束義務，按照《澳門民法典》第484條之規定，^[33] 因負有管束義務的人與未成年人之間的血緣關係或其他特殊的關係，為了保護善意第三人的合法權益，基於法律或法律行為而由法律強加給負有管束義務的人對自然無能力人教育、監督和看管的義務，使其不能對他人實施不法侵害。當負有管束義務的人怠於履行其管束義務，未成年人因負有管束義務之人違反了這一監督義務而實施加害行為，並因此而導致他人的合法權益受到侵害時，表明其具有過錯，因而要承擔責任。就舉證責任的分配而言，由於無辜受害人難以瞭解負有管束義務的人對未成年人的管束監護狀況，由受害人舉證非常困難，對受害人來說極度不公平。當然其實由負有管束義務的人舉證自己無過失也絕非易事，但至少給其一個舉證反駁的機會，當其證明已盡到或即使已履行了相當的管束監督義務，但損害發生仍無法避免時，對未成年人造成第三人的損害，其不應再承擔損害賠償責任。採用過錯推定的歸責方式，既有利於鼓勵負有管束義務的人認真負責勤勉地履行監護職責，又有利於填補受害人的損失，相對而言比較科學合理。

四、對負有管束義務之人與未成年人責任承擔的剖析

在澳門自然無能力人中未成年人致人損害問題上，相關的立法設計具有一定合理性，但對相應的民事責任該如何承擔，在適用上並不是非常清晰。未成年人致人損害責任會因未成年人有無可歸責性而有所不同，如果說未成年人有無可歸責性是其承擔責任與否的基礎，其有無過錯也是其承擔責任與否的構成要件之一；對於負有管束義務的人而言，負有管束義務的人有無過錯是其承擔責任與否的條件之一。在當未成年人不具有可歸責性而其又肇致第三人合法權益受損時，責任如何承擔則取決於負有管束義務之人是否盡到了相當的管束監督義務。當然，即便是未成年人有可歸責性，也並不必然代表其要承擔非合同民事責任，還要考慮構成民事責任的其他要件是否成立，其中未成年人的過錯是承擔責任的相當重要的原因。筆者從未成年人的可歸責性和過錯這兩個根本要件作為切入點，結合負有管束義務之人的推定過錯這一要素，就兩種主體基於上述三種因素的分類組合對未成年人致人損害的責任該如何承擔做一個深入的探討。

第一種可能的情形是，當未成年人具有可歸責性時，並具有過錯時，而負有管束義務之人不具有推定的過錯時，按過錯責任原則，由未成年人就自己的過錯承擔單獨責任，原因在於，第一，負有管束義務之人承擔非合同民事責任的先決條件是有管束義務之人具有過錯推定責任下的過錯，如果負有管束義務之人可舉證證明自己沒有過錯，即證明自己已履行監督義務，或證明縱使自己盡到了

[32] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第390-391頁。

[33] 《澳門民法典》第484條之規定。

相當的管束義務仍無法避免損害的發生，其不用承擔責任。第二，如João Varela所言，“由於自然的無能力不一定導致不可歸責”，^[34]在上述情形下，未成年人民事責任的責任主體為其自己，即其本人是直接的責任主體，要承擔實體責任，未成年人要向受害人承擔賠償責任。

第二種可能的情形是，未成年人具可歸責性且有過錯時，而負有管束義務之人亦有推定的過錯的情形下，損害的發生其實是未成年人與負有管束義務之人合力作用的結果，按《澳門民法典》第490條第1款之規定，“如有數人須對損害負責，則其責任為連帶責任”，應對外承擔連帶責任，對內以各自的過錯程度和原因力大小分擔責任。誠如João Varela所言，“由於自然的無能力不一定導致不可歸責，所以無能力人與有管束義務的人可以同時負責……。”^[35]可知在此情形下，由有可歸責性的未成年人與負有管束義務之人對第三人造成的損害承擔連帶責任，受害人可同時向兩者或向其中任一個要求承擔賠償責任，即兩者都是責任主體。未成年人在致人損害時具有可歸責性且有過錯，其應承擔民事責任，當然要滿足侵權行為的其他構成要件。未成年人承擔責任的性質是自己責任，是因未成年人實施了導致第三人損害的加害行為，歸責原則為過錯責任原則；而與此同時，負有管束義務的人同時也未盡到管束義務而要承擔民事責任，負有管束義務之人的過錯是源於監督管束上的過失，具有獨立性，並不受未成年人是否承擔民事責任的影響，只要負有管束義務之人違反管束監督義務的與受害人的合法權益受損之間具有因果關係，負有管束義務之人仍須承擔民事責任。負有管束義務之人承擔責任的性質也是一種自己責任，雖然這種過失不是由於負有管束義務之人自己直接實施了致人損害的行為，而是基於自身的或源於法定或意定的管束義務上的不作為，系因違反管束義務而引起的，歸責原則為過錯推定責任，此時因果關係具有雙重性。簡言之，即未成年人的加害行為與損害事實之間的因果關係，和負有管束義務之人管束監督上的過失與加害行為之間的因果關係。由於未成年人的加害行為和負有管束義務之人的不作為共同作用導致了受害人合法權益受損的後果發生，且該損害後果在未成年人和負有管束義務的人之間是不可分的，因而，在未成年人具有可歸責性且有過錯時，負有管束義務之人也有推定的過錯的情形下，同時在各自滿足各自非合同民事責任的其他構成要件時，應由未成年人與負有管束義務之人對受害人承擔連帶責任。

第三種可能的情形是，在未成年人具有可歸責性，但無過錯，而負有管束義務的人具有過錯的情形。因未成年人不具有過錯，故其不承擔民事責任，而由負有管束義務的人按照過錯推定責任承擔責任。在此情況下，負有管束義務的人獨自承擔責任，責任特徵表現為自己責任。此時非合同民事責任構成要件之一是未成年人對第三人的加害行為和負有管束義務的人的對管束監督義務的不作為兩者的合力，因果關係仍具有雙重屬性。

第四種可能的情形是，在未成年人不法侵害他人合法權益的，若其不具有可歸責性，無需承擔民事責任，即未成年人為不可歸責者，而與此同時負管束義務之人具有過錯的情形下，依照民事責任構成要件的要求，在這種情形下，負有管束義務之人應就自己的過錯按照過錯推定責任承擔因自己的不作為肇致自然無能力人對第三人所造成損害的賠償責任，負有管束義務之人“因本身的行為，法定或意定管束義務的不作為，而承擔賠償責任”，因而承擔的仍是一種自己責任，負有管束義務

[34] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第391頁。

[35] 《葡萄牙民法典》的第497條（《澳門民法典》第490條）的規定負連帶責任。請參見[葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第391頁。

之人的這種責任並不以未成年人的侵害行為成立非合同民事責任為必要條件。^[36]的確，負有管束義務之人的過錯系違反管束義務，具有獨立性，並不因未成年人非合同民事責任的不成立而免責，只要管束人沒有免責條款所規定的情形就不能免責，法律並不會當然地排除負有管束義務之人的責任，此時，由負有管束義務之人獨自承擔責任。值得關注的是，非合同民事責任構成要件中的行為是未成年人的行為和負有管束義務之人對監督管束義務的怠於履行，因果關係依舊表現為雙重性，只是由於未成年人不具有可歸責性，僅由負有管束義務之人因其過錯須承擔該責任，在民事責任構成要件中負有管束義務之人的不作為與損害事實之間的因果關係仍要滿足。

第五種可能的情形是（這種情形又包含兩種可能性），（1）在未成年人因缺乏識別能力及意欲能力而不具有可歸責性時，其無需自行承擔責任，未成年人為不可歸責者；負有管束義務之人也舉證證明自己不存在監督管束過失，或證明縱使自己盡到了相當的管束義務仍無法避免損害的發生，而主張不承擔責任，對於受害人的損失，未成年人和負有管束義務之人按照過錯責任原則，均不承擔責任。（2）又或未成年人不具有可歸責性時，負有管束義務的人有過錯，但其因沒有財產無法承擔責任的情況。^[37]進一步的問題是，在以上兩種情形下，受害人的損失能否得到賠償？該如何去處理？筆者認為，此情形下有衡平原則適用的空間，依照《澳門民法典》第482條第1款規定，“如侵害行為由不可歸責者作出，且損害不可能從負責管束不可歸責者之人獲得適當彌補者，即可按衡平原則判不可歸責者彌補全部或部分之損害”，該條款的規定被學者詮釋為是侵害人承擔衡平責任的體現。^[38]誠如馮·巴爾先生所說的，就“個人的不當行為”所引發或產生的責任而言，“公平責任”是用來“決定由誰對損害予以賠償及在何種程度上進行賠償的問題”。^[39]有的法域也適用這一原則，如《德國民法典》《義大利民法典》及《葡萄牙民法典》的法律中都有相關公平責任的規定。^[40]上個世紀60年代，葡萄牙的立法者將一則獨立的衡平責任條文引入《葡萄牙民法典》，適用衡平責任填補受害人的損害。^[41]按照葡萄牙和中國澳門地區的法律規定，衡平原則是指在自然無能力人不具有可歸責性而負有管束義務之人也因舉證無過錯而免責的前提下；或自然無能力人不具有可歸責性，負有管束義務之人有過錯，但其因沒有財產而不能承擔責任時，賦予法官自由裁量權，由法院斟酌行為人與受害人雙方的經濟狀況，由其根據案件的客觀情況判定有經濟能力的行為人以自己的財產對受害人的損失承擔部分或者全部的賠償責任。^[42]值得注意的是，這裏的賠償不排除精神損害賠償的可能性。^[43]正如João Varela所說的“因行為人有足夠財物負起責任、因受害人處於困難的經濟狀況、當行為人與受害人的經濟狀況差距很大、因為損失的金額巨大、因為行為人的

[36] [葡]尹思哲：《債法概要》，朱琳琳譯，杜慧芳校對，1997/98年版，澳門法律系三年級教材，未發行，第94頁。

[37] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第373頁，注釋1。

[38] [德]克雷蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第110頁。

[39] [德]克雷蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第110頁。

[40] [德]克雷蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第111-118頁。

[41] 《葡萄牙民法典》第488條（ARTIGO 488.º）第1款：CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS（Atualizado até à Lei n.º103/2009 de 11.09）。

[42] 《葡萄牙民法典》第489條第1款；[葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第373頁，注釋1。

[43] [德]克雷蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第118頁；Martins de Almeida, 《Manual de Acidentes》，第3版，第227頁。

行為特別嚴重、因為所造成的侵害較重等”情形下，^[44]適用衡平原則使未成年人用自己的財產來填補受害人的損害，故而衡平責任被認為是“監督責任的補充”^[45]。筆者認為此項規定是值得肯定的，如當不可歸責者特別富有而受害人則相當貧困時，而此時如果行為人即使有財產也可以不承擔責任的話，對受害人來說無論如何是不公平的，社會公平要求行為人對受害人的損失予以賠償，所以設置衡平原則對此予以補救，以彌補過錯責任的不足。^[46]故在特殊情況下，為以防富裕的不可歸責者嚴重損害財產狀況較差的人的利益，當受害人依正常程序無法獲得賠償時，法院可出於衡平原則的考慮，判令有經濟能力或財產狀況良好的作為不可歸責者的加害人以自己的財產負擔一部分或全部賠償費用，以維持不可歸責者與受害人在損害後果負擔與補償方面的相對公平。

當然，值得指出的是，不可歸責之人的這種責任“不是一種客觀責任”，衡平責任的範圍與過錯責任或風險責任的要求都不同，它並不以損害的全部填補為目的，不可歸責之人的責任同可歸責之人的責任相較而言，含有根本的區別，“不可歸責的人是根據衡平的準則而負上責任的；而可歸責的人則是根據嚴格的法律規定負責”，法律對相關正常成年人設定更高的行為標準。^[47]另外，要求不可歸責者承擔責任之目的只是為了保護受害人的合法權益，以實現對被害人的及時救濟，旨在將損害在當事人之間進行合理的分擔，在之前提及的João Varela所說的由不可歸責者承擔損害賠償責任的另一種情形，即負有管束義務之人有過錯，但無足夠經濟能力或財產去承擔責任以償還彌補受害人之損失的情形，法律規定可按衡平原則，令不可歸責者對受害人的損失承擔一部分或者全部的賠償責任，但在不可歸責者承擔損害賠償責任後，即代位取得受害人之權利，享有對有過錯的負有管束義務之人的求償權，其可以要求負有管束義務之人支付或返還其賠償給受害人的款項，因為在這種情況下，不可歸責者本來就是不用承擔損害賠償責任的，要其承擔只是一個不得已而為之的權宜之計，有過錯的負有管束義務之人才是責任的最終承擔者。^[48]筆者以為，立法精神還是突顯了未成年人之民事責任能力具有特殊性，所以對其民事責任承擔的具體制度設計中，充分考慮到該如何合理保障自然無能力人之未成年人的合法權益。

而且即便在非合同民事賠償責任客觀上只能由不可歸責者承擔的情況下，如何合理限制不可歸責者的責任便成為立法者必須解決的問題。《澳門民法典》對其責任也給予了必要的限制，為了合理保障不可歸責者的權益，依照《澳門民法典》第482條第2款之規定，“然而，計算損害賠償時，不得剝奪不可歸責者按其狀況及條件而被界定之生活所需，亦不得剝奪其履行法定扶養義務之必要資源。”^[49]João Varela也極力肯定這種作法，認為“賠償義務的訂定應以不剝奪不可歸責者之必要生

[44] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第372-373頁。

[45] [德]克雷斯蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第119頁。

[46] [德]克雷斯蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第110頁。

[47] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第373頁。

[48] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第373頁，注釋1；Pires de Lima e Antunes Varela, “Código Civil Anotado”, Volume I, 4ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Limitada, 1987, pág.490-491；譚新美：《論澳門侵權行為法的歸責原則》，載《碩士論文集I》，澳門大學法學院2001年版，第58-59頁。

[49] 《葡萄牙民法典》第489條第2款；另外，還有一些法域的民法典對此也有具體規定，如根據《德國民法典》和《巴西民法典》之規定，亦是採用此模式。

活費或其履行撫養之法定義務（需要其撫養者）的可能性為限”，^[50]正如馮·巴爾力挺的Martins Almeida的觀點，“相對於自我生計來說對他人的賠償是次要的”。^[51]

關於第四種可能性的這些法律規定，可以比較好地平衡了下麵三方當事人的權益，既不至於對負有管束義務的人太過於苛刻，也不至於對未成年人太過嚴厲，同時還可以最大限度的保護受害人的利益，使其所受到的損害得到真正意義上的彌補。概言之，誠如João Varela所言，“要使不可歸責者負上民事責任，則必須符合以下要件：a) 存在一項不法事實；b) 此一事實對某人造成損害；c) 倘該事實同樣情況下由一名可歸責的人作出，則該事實便會被視為有過錯的、可譴責的；d) 在事實與損害之間存在必要的因果關係；e) 不可能從不可歸責者的監管人處獲得損害賠償；f) 根據個案的具體情事，可以用衡平（原則）解釋行為人的全部或部份責任。”^[52]在此，筆者想強調一下要件c，若將不可歸責者假設成一個可歸責者，如果可歸責者在實施同樣的行為在一般侵權行為中都沒有過錯，並且也不是法律規定的屬於風險責任的情形，不可歸責者當然不用為此承擔責任，因為即便該行為是由可歸責者實施的話，也是不會導致責任的，因為對不可歸責者的歸責條件不可能比可歸責者的歸責條件更加嚴格。^[53]

結語

對自然無能力人的致人損害行為，澳門法律沒有僅從客觀結果出發，而是將立足點放在主體的特殊性上，這一類人所實施的加害行為，是否構成非合同民事責任，以及責任的承擔都有其特殊性和複雜性。立法者通過歸責能力制度保護自然無能力人，《澳門民法典》以年齡和識別能力作為歸責能力的判斷標準，使不具有可歸責性的行為人一般情況下不承擔責任，這是法律對弱勢群體的保護，彰顯了法律的人性化。同時以負有管束義務之人的管束監督義務來強化這種保護，對負有管束義務之人以監督義務是否違反以過錯推定責任為歸責基礎來確定其管束監督責任，其不承擔責任或承擔單獨責任或與未成年人承擔連帶責任。另外，以衡平責任作為例外補充監督責任來彌補受害人之損失，^[54]使行為人分擔損失以便對受害人加以保護，從而在行為人、負有管束義務的人和受害人之間實現利益的平衡。本文在討論上述內容時重點是在於厘清以下問題，如首先指出負有管束義務之人責任的歸責原則屬於過錯推定責任；再者，指出負有管束義務之人的責任屬性並非替代責任，而是一種非常典型的自己責任，因其沒有履行適當的管束義務，另外，在負有管束義務之人責任的構成要件時並不以未成年人具有過錯為前提條件。綜上，《澳門民法典》關於自然無能力人致人損害責任制度的設計有着一定的合理性，但仍有進步和完善的空間。第一，其雖然規定了衡平責

[50] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第373頁。

[51] [德]克雷斯蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社，2001年版，第118頁；Martins de Almeida，《Manual de Acidentes》，第3版，第225頁。

[52] 《澳門民法典》第477條第1款；[葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第373頁。

[53] [葡]若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉：《債法總論（第一卷第十版）》，唐曉晴譯，社會科學文獻出版社2020年版，第373頁，注釋2。

[54] [德]克雷斯蒂安·馮·巴爾：《歐洲比較侵權行為法（上冊）》，張新寶譯，法律出版社2001年版，第118-119頁。

任，但未明確自然無能力人的責任主體地位。第二，在判斷負有管束義務之人是否已盡到或達到了履行管束義務的標準有待明確化。第三，對未成年人採用和成年人一樣的注意義務標準，而不是採取較低的注意義務的標準（如同齡未成年人的注意義務標準），這是值得商榷的。是否要區分禁治產人、准禁治產人和完全民事行為能力人的注意義務的區別來考察未成年人的非合同民事責任的構成，這都需要將來立法進一步深思的。再者，鑒於自然無能力人之侵權歸責能力具有特殊性，在容易產生自然無能力人致人損害的場合可以考慮實行個人責任保險制度，尤其是家庭責任保險，這種制度設計可以起到合理保障自然無能力人和第三人的合法權益的重要作用，但是中國澳門地區目前尚未有此類責任保險制度，澳門可考慮適時引入這種責任保險制度。

Abstract: This paper aims to shine a keen light on the current legal system of tort civil liability in MSAR. In addition to that, light will be cast upon the bevy of principles and standards that ought to be followed to solve the problem of assumption of civil liability for the damages caused by minors and people alike. This is strikingly important as there is a perceived need to balance the interests of the victims, the tortfeasors, and the people to be held accountable for such misdeeds. The civil liability for injuries caused by a minor is set out at Articles 481-482 and 484 of the Civil Code of Macao. As of now, the civil liability arising out actions undertaken by minors has been grappling with the following issues: first, the nature of the liability of a person who has the task to control others; second, the criteria for determining the attributability of minors, and whether and to what extent minors are also the subject of any kind of liability; third, what is the legal nature of the principle of attribution of responsibility for those who are encumbered with the task to the oversee minors' actions and misdeeds, if any; fourth, the extent to which the responsibility of a person who has the obligation to discipline others is based on the fact that the minor is someone that is unable to be held accountable in a court of law; Fifth, who bears civil liability for injuries caused by minors. Against this background, this paper seeks to parse the aforesaid issues with a view to helping better understand, implement, and overall betterment or fine-tune the current system of responsibility for harm caused by minors in force in MSAR.

Key words: Attributable Liability; Natural Incompetence; Minors; Principle of Fault Liability; Equitable Liability

（責任編輯：勾健穎）

內地與澳門民商事判決相互認可和執行制度研究

——以珠海中院近五年來認可和執行澳門法院民商事判決的司法實踐為樣本

賀曉翊*

摘要 隨著粵港澳大灣區、橫琴粵澳深度合作區建設的深入推進，內地與澳門亟待構建更為高效簡便的民商事判決相互認可和執行制度。本文以珠海中院近五年來認可和執行澳門法院民商事判決的司法實踐為研究樣本，深入分析相關制度的不足和缺陷，並提出相應對策。建議對《內地與澳門特別行政區相互認可和執行民商事判決的安排》先行修改，放寬認可和執行條件，採取登記制，簡化執行程式，促進內地與澳門民商事判決的自由流通。將來，制定單獨立法《中國區際法院判決相互認可與執行法》，一攬子解決我國區際民商事判決的相互認可與執行問題。

關鍵詞 民商事判決 認可和執行 登記制

前言

隨著粵港澳大灣區、橫琴粵澳深度合作區建設的深入推進，硬聯通、軟聯通不斷加強，法治保障不可或缺。《粵港澳大灣區發展規劃綱要》（以下簡稱為《規劃綱要》）、《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》（以下簡稱《總體方案》）均提出要強化法治保障，加強粵港澳司法交流協作。《規劃綱要》提出：“加強粵港澳司法交流與協作，推動建立共商、共建、共用的多元糾紛解決機制，為粵港澳大灣區建設提供優質、高效、便捷的司法服務和保障，着力打造法治化營商環境。^[1]《總體方案》提出要“充分發揮一國兩制的制度優勢，在遵循憲法和澳門特別行政區基本法的前提下，逐步

* 賀曉翊，廣東省珠海市中级人民法院四級調研員，法學博士。

[1] 詳見《粵港澳大灣區發展規範綱要》第九章第一節。

構建民商事規則銜接澳門、接軌國際的制度體系”。^[2]橫琴粵澳深度合作區於2021年9月17日掛牌成立，以粵澳雙方共商共建共管共用為運作模式，打造與國際規則高度銜接的營商環境，助力澳門經濟適度多元發展。要構建粵港澳一體化、琴澳一體化協同發展的現代產業體系，就必須以貨物、資本、人才、技術、資訊等要素的自由流動為基礎，需要為消除壁壘、促進融通提供法律制度上的保障。目前，內地與澳門的民商事交往史無前例地緊密，人財物流通極其頻繁，相應產生了數量日益增多、類型日益多元的兩地互涉法律問題，其中，內地與澳門法院民商事判決的相互認可和執行則是亟待解決的問題。

由於涉及到對域外司法主權的尊重和互信問題，域外判決的認可和執行歷來是國際私法理論與涉外審判實踐中的難題。內地與澳門民商事判決的相互認可和執行問題事關境內外當事人合法權益能否得到實現，事關經濟要素和經濟利益在社會生活中的最終分配導向，事關大灣區、合作區的整體法治環境，而目前內地與澳門民商事判決尚不能自由流通，不利於粵港澳一體化、琴澳一體化的建設進程。因此，本文探索研究內地與澳門民商事判決的相互認可和執行制度具有很強的理論價值和實踐意義。

作為大灣區的重要一極，珠海毗鄰澳門，僅一水之隔，是澳門參與大灣區建設、融入國家發展的第一站，尤其是《總體方案》的出台和橫琴粵澳深度合作區的成立，給琴澳一體化按下了快進鍵。在得天獨厚的地理便利和區位優勢下，珠海中院近五年來依法審結了一大批認可和執行澳門法院的民商事判決，積累了較為豐富的涉澳審判經驗。鑒於此，本文從分析內地與澳門民商事判決的相互認可和執行制度的相關規定出發，以珠海中院近五年來認可和執行澳門民商事判決的案件為研究物件，通過深入分析上述實踐樣本，梳理和凸顯內地與澳門法院民商事判決相互認可和執行制度中存在的不足和問題，提出相應建議和對策，以期管中窺豹，努力探索更為簡便高效的內地與澳門民商事判決認可和執行制度的路徑，推動內地與澳門的民商事判決自由流通，共促祖國繁榮發展。

一、內地與澳門民商事判決相互認可和執行制度的相關規定

為了相互認可和執行民商事判決，最高人民法院與澳門終審法院於2006年2月28日簽署了《內地與澳門特別行政區相互認可和執行民商事判決的安排》（以下簡稱為《安排》），該《安排》於2006年4月1日開始實施，它對內地與澳門法院相互認可和執行民商事判決的範圍、條件和程式等作了具體的規範和要求。

《安排》的主要特點如下：

1. 適用範圍較廣。《安排》規定適用於內地與澳門的相關民商事判決相互認可與執行，除此之外的判決仍然按照雙方各自的法律規定予以認可與執行。《安排》第1條規定：“內地與澳門特別行政區民商事案件（在內地包括勞動爭議案件，在澳門特別行政區包括勞動民事案件）判決的相互認可和執行，適用本安排。本安排也適用刑事案件中有關民事損害賠償的判決、裁定。本安排不適用於行政案件”。該條表明，《安排》的適用範圍為除了一般的民商事案件外，還包括勞動糾紛以及刑事附帶民事損害賠償案件，排除了行政案件。《安排》第2條：本安排所稱“判決”，在內地包括：判決、裁定、決定、調解書、支付令；在澳門特別行政區包括：裁判、判決、確認和解的裁定、法官的決定或

[2] 詳見《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》第26條。

者批示。第2條通過列舉方式羅列了內地及澳門地區民商事判決的範圍。上述規定表明，《安排》適用範圍較為廣泛，涵蓋了內地與澳門法院的絕大多數民商事判決類型，力圖搭建一個廣泛的民商事判決認可和執行平台。

2. 規定了各自有管轄權的法院。《安排》第4條規定了澳門特區有權受理認可判決申請的法院為中級法院，有權執行的法院為初級法院。內地認可和執行澳門法院民商事判決的法院均為中級法院管轄，即有權行使管轄權的被申請人的住所地、經常居住地或財產所在地的中級法院^[3]。上述規定表明，澳門特區對認可和執行判決的法院作了區分，有權受理認可判決申請的法院為澳門中級法院，有權受理執行判決申請的法院為澳門初級法院；內地則對認可和執行判決申請的法院不作區分，均為有管轄權的中級法院。

3. 對沒有給付內容的判決也可單獨申請認可。《安排》第3條規定：一方法院作出的具有給付內容的生效判決，當事人可以向對方有管轄權的法院申請認可和執行。沒有給付內容的，或者不需要執行，但需要司法程式予以認可的判決，當事人可以向對方法院單獨申請認可，也可直接以該判決作為證據在對方法院的訴訟程式中使用。該條規定表明，《安排》對有給付內容的生效判決和沒有給付內容的生效判決作了區分，對有給付內容的判決則可申請認可和執行，對沒有給付內容的生效判決，也可單獨申請認可。

4. 以排除性條件的方式規定了認可和執行判決的條件。《安排》第11條規定：被請求方法院經審查核實存在下列情形之一的，裁定不予認可：（一）根據被請求方的法律，判決所確認的事實項屬被請求方法院專屬管轄；（二）在被請求方法院已存在相同訴訟，該訴訟先於待認可判決的訴訟提起，且被請求方法院具有管轄權；（三）被請求方法院已認可或者執行被請求方法院以外的法院或仲裁機構就相同訴訟作出的判決或仲裁裁決；（四）根據判決作出地的法律規定，敗訴的當事人未得到合法傳喚，或無訴訟行為能力人未依法得到代理；（五）根據判決作出地的法律規定，申請認可和執行的判決尚未發生法律效力，或者因再審被裁定中止執行；（六）在內地認可和執行判決將違反內地法律的基本原則或者社會公共利益；在澳門特別行政區認可和執行判決將違反澳門特別行政區法律的基本原則或者公共秩序。第11條以排除性條件的方式規定了內地與澳門相互認可和執行判決的條件，即在不屬於專屬管轄、不存在相同訴訟或待訟案件、不違反一事不再理原則、不違反合法傳喚等當地法定程式、法律效力不是尚處於不確定、不違反公共秩序保留制度等情形下應當予以認可和執行。

5. 認可和執程式為重新起訴的普通程式審理方式。《安排》規定了認可和執行的基本程式為普通程式：一是申請。《安排》第3條、第4條均規定了由當事人向對方有管轄權的法院提出申請。第6條規定了申請書應當載明的事項，第7條規定了申請書應當附生效判決書副本、或者經過生效判決的法院蓋章的證明書，同時應當附相關的檔。^[4]二是答辯或答覆。受理法院收到請求申請人請求認可和執行判決的申請後，應當將申請書送達被申請人，被申請人有權提出答辯。^[5]三是裁定。被請求方法院應儘快審查申請，並作出裁定^[6]。四是覆議或上訴。當事人對認可與否的裁定不服的，在內地可向上一級法院提請覆議；在澳門特別行政區可根據其法律規定提起上訴；對執行中的裁定不服的，可以根據

[3] 詳見《安排》第4條。

[4] 詳見《安排》第3條、第4條、第7條。

[5] 詳見《安排》第9條。

[6] 詳見《安排》第10條。

被請求方法律的規定，向上級法院尋求救濟。^[7]

6. 對儘量避免重複執行進行規制。《安排》第5條規定了被申請人在內地和澳門特區均有可供執行財產的，申請人可向一地法院提出執行申請，應當提供另外一方的執行證明，不能超標的重複執行。這表明《安排》要求在相互認可和執行時，應當對內地與澳門特區的民商事判決的執行情況通盤考慮，注重協調性和整體性。

二、樣本分析：近五年來認可和執行澳門法院民商事判決情況

（一）基本情況

珠海中院近五年來審結的認可和執行澳門民商事判決的基本情況如下：2018年5件，2019年7件，2020年3件，2021年7件，2022年1件，總計23件。2020年、2022年因疫情管控、通關限制等原因，珠海中院這兩年受理的認可和執行澳門民商事判決較少。（見表1）

表1 珠海中院認可和執行澳門法院民商事判決案件統計表

年份	2018	2019	2020	2021	2022	總計
件數	5	7	3	7	1	23

從上述樣本來看，珠海中院認可和執行澳門法院民商事判決的主要特點如下：

1. 申請人、被申請人為澳門身份的比重大。從申請人、被申請人的主體身份來看（見表2），申請人為澳門居民有21件，占比91%；被申請人為澳門居民或澳門企業的20件，占比86%。上述資料表明，由於地理位置的便利性和歷史淵源的親近性等原因，澳門特區與珠海的民商事交往歷來密切，兩地的經濟活動前所未有活躍，不可避免產生不少互涉民商事糾紛，亟待相互認可和執行民商事判決的司法需求日益增多。

表2 申請人和被申請人身份情況統計表

主體	區域	澳門特區	內地
	申請人	21	2
被申請人	20	3	
占比	88%	12%	

2. 申請認可和執行的民商事判決均來自澳門初級法院。近五年來，申請人向珠海中院申請認可和執行的澳門民商事判決均來自澳門初級法院。

3. 申請認可和執行的澳門民商事判決的案件類型多樣。從申請認可和執行的澳門法院民商事判決的案件類型來看（表3），既有強制性財產清冊判決、刑事附帶民事賠償判決、離婚判決、繼承判決等財產類判決，還涉及到身份類判決，例如禁治產判決，案由具有多樣性。具體而言，強制性清冊判決8件，離婚判決7件，刑事附帶民事判決5件，繼承判決1件，禁治產判決1件，其他民事判決1件。

表3 申請認可和執行的澳門初級法院民商事判決的案由統計表

年份 \ 案由	強制清冊案	離婚	刑事附帶民事	繼承	禁治產	其他民事
2018	4	0	0	0	1	0
2019	1	4	0	1	0	1
2020	0	1	2	0	0	0
2021	3	2	2	0	0	0
2022	0	0	1	0	0	0
總計	8	7	5	1	1	1

4. 申請認可和執行的澳門法院判決的案由中強制性清冊判決、離婚判決、刑事附帶民事賠償判決位居前三。從申請認可和執行的澳門法院判決的案由來看，位居前三的，為強制性清冊判決、離婚判決、刑事附帶民事判決，分別占比為34%、30%、21%。（見表4）

表4 認可和執行的澳門初級法院民商事判決的案由占比統計表

案由	強制性清冊	離婚	刑事附帶民事	其他民事案件
占比	34%	30%	21%	15%

5. 認可和執行率較高。珠海中院近五年來認可和執行的澳門法院判決22件，不予執行2件，不予認可和執行1件，認可率95%，執行率91%，認可和執行率達95%。這表明珠海中院對澳門初級法院的民商事判決認可度較高。（見表5）

表5 珠海中院對澳門法院民商判決的認可和執行率一覽表

認可執行類別	件數	占比
認可	22	95%
執行	21	91%
不予認可	1	5%
不予執行	2	9%
不予認可和執行	1	5%
認可和執行	22	95%

（二）實證分析

1. 法律適用準確。珠海中院在認可和執行澳門法院民商事判決時均適用了《安排》的條件和程式，適用法律準確。從申請認可和執行的澳門法院民商事判決的案件類型來看，除普通民事判決外，還有不少強制性清冊判決、刑事附帶民事判決等，均屬於《安排》的適用範圍。同時，除了澳門初級法院的判決外，還包含了法官的決定或者批示等，也屬於《安排》所適用的判決範圍。

2. **認可和執行程式合法規範。**從認可和執行程式來看，珠海中院認可和執行澳門法院民商事判決的審理程式為重新起訴的普通程式方式：申請人持生效的澳門法院判決，依照《安排》的規定到有管轄權的珠海中院重新起訴，提交相關證據材料，珠海中院依法受理申請後，將申請書送達被申請人，給予被申請人法定的答辯期限。然後，珠海中院依法組成合議庭組織聽證，進行審查，作出裁定，及時送達，最後給予當事人向廣東省高級人民法院申請覆議期限十天，上述審理程式符合《安排》的規定，程式合法規範。

3. **珠海中院均具有合格的管轄權。**依據《安排》第3條、第4條關於管轄權的規定，內地有權受理認可和執行判決申請的法院為被申請人住所地、經常居住地或財產所在地的中級人民法院。從上述案件來看，被申請人住所地、經常居住地或財產所在地至少符合一個因素在珠海，珠海中院均具有合格的管轄權，下麵列舉案例1說明。

案例1.

主要案情：在（2021）粵04認澳3號案中^[8]，申請人陳某華（澳門居民）向珠海中院申請認可澳門特別行政區初級法院民事法庭編號為CV3-20-0044-CIV的強制性財產清冊案民事判決。在該案中關於管轄權的論述，珠海中院裁定認為：“本案編號為CV3-20-0044-CIV的強制性財產清冊案所涉陳某泉遺產中的珠海市拱北粵華路148號15樓F座位於珠海市，本院依法有權受理申請人提出的認可前述澳門特別行政區法院民事判決的申請。”

分析評價：本案為申請人陳某華向珠海中院申請認可和執行澳門初級法院的強制性財產清冊案民事判決。申請人和被申請人均為澳門居民，本案所涉遺產位於珠海市，即財產所在地位於珠海市，依據《安排》第4條第（一）款“內地有權受理認可和執行判決申請的法院為被申請人住所地、經常居住地或財產所在地的中級人民法院”的規定，被申請人的財產所在地在珠海，針對申請人關於認可和執行澳門法院判決的申請，珠海中院具有合格的管轄權。

4. **認可和執行澳門民商事判決時依據《安排》第十一條的排除性條件進行審查。**在是否認可和執行澳門法院的民商事判決時，珠海中院依據《安排》第11條進行審查，即在不屬於專屬管轄、不存在相同訴訟或待訟案件、不違反一事不再理原則、不違反合法傳喚等當地法定程式、法律效力不是尚處於不確定、不違反公共秩序保留制度等情形下，予以認可和執行。下麵以案例2來說明。

案例2.

主要案情：在（2021）粵04認澳2號案中^[9]，申請人李某向珠海中院申請認可澳門特別行政區初級法院作出的編號為FM1-20-0231-CPE的兩願離婚案判決，申請人李某和被申請人蘇某利為澳門人。珠海中院裁定認為，本案系申請人李某申請認可澳門特別行政區法院民事判決的案件，上述澳門特別行政區法院民事判決證實位於廣東省珠海市香洲區前山蘭埔路158號的鈺海山莊9-1-602為李某、蘇某國的共同家庭居所，因此，依據《安排》第3條規定及第4條第一款規定，本院依法有權受理申請人李某提出的認可上述澳門特別行政區法院民事判決的申請。鑒於澳門特別行政區初級法院作出的編號為FM1-20-0231-CPE的兩願離婚案判決已於2020年10月27日成為確定性判決，且經審查，李某已提交相應證明檔，本案不具有《安排》第11條所規定的不予認可的情形，本院對澳門特別行政區初級法院作出的編號為FM1-20-0231-CPE的兩願離婚案判決予以認可。

[8] 詳見（2021）粵04認澳3號民事裁定書。

[9] 詳見（2021）粵04認澳2號民事裁定書。

分析評價：本案系申請人李某向珠海中院申請認可和執行澳門初級法院的離婚判決。申請人和被申請人均為澳門居民，但財產所在地在珠海，因此珠海中院有合格的管轄權。經審查，珠海中院認為澳門初級法院作出的編號為FM1-20-0231-CPE的兩願離婚案判決已於2020年10月27日成為確定性判決，在審查該判決具有確定性的基礎上，依據《安排》的第11條進行排除性審查，依法排除該條所規定的不予認可的情形，對澳門初級法院的離婚判決予以認可。

5. 對公共秩序保留制度持謹慎態度。《安排》第11條規定了公共秩序保留制度作為排除性條件之一，該條規定：“被請求方法院經審查核實存在下列情形之一的，裁定不予認可：……（六）在內地認可和執行判決將違反內地法律的基本原則或者社會公共利益……”。珠海中院對公共秩序保留制度持謹慎態度，近五年來僅有一個案例適用了公共秩序保留制度不予認可和執行澳門法院判決。下麵列舉該案例。

案例3.

主要案情：在（2020）粵04認澳1號中^[10]，申請人高某向珠海中院申請認可和執行澳門特別行政區初級法院作出的編號為CR-14-0130-PCC刑事附帶民事賠償部分。申請人高某申請稱，請求法院認可和執行澳門特別行政區初級法院於2014年11月10日作出的卷宗編號為CR4-14-0130-PCC的生效判決（根據該判決，被申請人程某應向高某支付澳門幣309000元，並自2014年12月1日起按年利率29.25%支付利息至付清之日為止）。珠海中院裁定認為，案涉澳門特別行政區初級法院編號為CR4-14-0130-PCC的刑事判決內容中民事賠償的部分是基於程某騙取賭博籌碼30萬元的事實，根據《安排》第11條第六項的規定，本家中認可和執行該判決的民事賠償部分將實質上導致對博彩籌碼財產權益的認可，違反社會公共利益，因此對澳門特別行政區初級法院作出的編號為CR4-14-0130-PCC的刑事判決中有關民事賠償部分的內容依法不予認可。珠海中院裁定送達後，申請人高某不服，向廣東高院提起覆議。廣東高院認為，案涉債務產生於侵權，並非產生於賭博，不能等同於賭債，也不能等同於博彩借貸，不屬於安排第11條第六項的情形，從而認可和執行上述澳門初級法院的刑事附帶民事判決。^[11]

分析評價：本案為申請人高某向珠海中院申請認可和執行澳門初級法院的刑事附帶民事判決。申請人和被申請人均為澳門居民，這是珠海中院近五年來適用公共秩序保留制度從而不予認可和執行澳門初級法院法院判決的唯一案例。珠海中院不予認可和執行該澳門初級法院判決的理由在於，認可博彩籌碼財產權益將違背內地法律的基本原則或者社會公共利益，符合《安排》第11條第（6）款“在內地認可和執行判決將違反內地法律的基本原則或者社會公共利益”的規定，從而不予認可和執行。由於博彩債務在澳門是合法債務，但在內地法律認定賭博債務是非法債務，如果認可博彩籌碼財產權益，則有損內地法律的基本原則或社會公共秩序，不予認可和執行。當事人提出覆議後，廣東高院認為本案不屬於博彩賭博債務的範疇，屬於侵權的民事損害賠償，不具備《安排》第11條第六項的情形，從而認可和執行上述澳門初級法院的刑事附帶民事判決。

那麼，針對澳門法院作出的關於賭債的民商事判決，內地法院是否可援引公共秩序保留制度不予認可和執行呢？有學者提出，澳門法院所作出的賭債判決在內地應當在《安排》下得到承認與執行，否則澳門特區參加此《安排》的期待可能會大部分落空，因為博彩業是澳門的支柱產業，娛樂場所合

[10] 詳見（2020）粵04認澳1號民事裁定書。

[11] 詳見（2020）粵認複2號民事裁定書。

法信貸產生的賭債判決將是澳門希望在內地得到承認與執行判決的重中之重。^[12] 有學者反駁認為，如果澳門賭債獲得內地的承認和執行，則容易被利用執行境外賭債判決的形式將境內資金合法轉移出去，增加了提供新的洗錢管道的風險，相當於資本項目不受管制地流出，違反了內地的金融管制規定。^[13] 筆者認為，依據《澳門民法典》第1171條第一款的規定“特別法有所規定時，賭博及打賭構成法定債務之淵源；涉及與體育競賽之賭博及打賭，對於參加競賽之人亦構成法定債務淵源。如不屬於上述情況，但為法律所容忍的賭博或打賭，為自然債務淵源。”^[14] 有些賭債在澳門是合法的，但是依據內地法，它們是非法的、被禁止的。內地與澳門特區屬於不同的獨立法域，公共秩序保留制度適用要在“一國兩制”原則下充分尊重和考慮本法域利益與國家整體利益的關係，由於認可和執行澳門賭債判決的結果將有損我國內地法律的基本原則和社會公共利益，因此澳門賭債構成公共秩序保留的範疇，但鑒於區際衝突，應當嚴格適用。

6. 具有依法裁定單獨認可澳門初級法院判決的司法實踐。依據《安排》第3條關於沒有給付內容或不需要執行的判決也可單獨申請認可的規定^[15]，珠海中院針對既沒有給付內容，或不需要執行的澳門法院判決，當可作為另案的事實認定證據的，在當事人單獨提出申請時，依法審查予以認可。下麵列舉案例4。

案例4.

主要案情：在（2019）粵04認澳4號中^[16]，申請人趙某向珠海中院申請認可澳門特別行政區初級法院民事判決，該判決既沒有給付內容，也不需要執行，單獨認可該判決在其他訴訟中作為證據使用。申請人趙某申請稱：2011年11月25日，珠海某有限公司對趙某提起訴訟，請求判令趙某無償及不附帶任何條件之方式將澳門連勝馬路114-114B號及雀裡25號1樓B座及3樓C座（在物業登記局的標識編號為13790，下稱“案涉兩套房產”）之兩個不動產單位的所有權轉移給珠海某有限公司；或趙某不能作出上述行為時，則判令趙某向珠海某有限公司支付澳門幣3700000元作為損害賠償。珠海某有限公司上述請求的依據為雙方於2000年12月18日簽訂的《承包經營合同》，及2000年12月25日簽訂的《補充合同》。按照《補充合同》約定，珠海某有限公司將案涉兩套房產無償提供給趙某使用，合同期滿後，若雙方無任何經濟、法律糾紛時，趙某將房屋歸還珠海某有限公司。趙某答辯，提出雙方分別於2000年12月22日及2000年12月29日就《承包經營合同》簽署了兩份《補充協議書》。趙某提出珠海某有限公司沒有履行上述合同的規定而需對趙某承擔賠償責任，且雙方在內地珠海市香洲區人民法院有訴訟待判。澳門特別行政區初級法院於2013年3月21日作出的卷宗編號為CV2-11-0093-CAO的判決，判令珠海某有限公司的訴訟請求不成立，駁回其所有訴訟請求。同時，該判決認定，趙某在答辯狀中主張珠海某有限公司違反合同條款，因珠海某有限公司在收到通知後沒有提出任何反駁，故澳門特別行政區初級法院認定趙某在答辯狀中提出的抗辯事實應視為已承認的事實。2019年7月3日，澳門特別行政區初級法院初級書記員馮繼昌出具《證明書》，證明澳門特別行政區初級法院的上述判決於2014年4月28日成為確定性判決。綜上，根據有關法律規定，趙某請求珠海中院予以認可上述判決。

[12] 參見塗廣建：《港、澳回歸後的我國區際司法：成就、反思與展望》，載《國際法研究》2021年第2期，第123頁。

[13] 章晶：《區際（民商事）判決的認可與執行：反思、探索與完善》，載《中國國際私法與比較法年刊》（2018）第二十二卷，第374頁。

[14] 詳見《澳門民法典》第1171條。

[15] 詳見《安排》第3條的規定。

[16] 詳見（2019）粵04認澳4號民事裁定書。

珠海中院裁定認為，根據《安排》第3條第二款之規定，即使澳門特別行政區法院所作出的判決沒有給付內容，也可以向我國內地法院單獨申請認可。經綜合分析並結合澳門特別行政區初級法院初級書記員馮繼昌於2019年7月3日出具的《證明書》，澳門特別行政區初級法院作出的卷宗編號為CV2-11-0093-CAO的判決已於2014年4月28日成為確定性判決，且不具有《安排》第11條規定的不予認可的情形，故本院對趙某申請認可澳門特別行政區初級法院上述民事判決的申請予以支持。

分析評價：本案系申請人趙某向珠海中院申請認可澳門初級法院作出的卷宗編號為CV2-11-0093-CAO的民事判決，該民事判決既沒有給付內容，也不需要執行，目的在於單獨認可該判決在其他訴訟中作為證據使用。申請人趙某在珠海市香洲區法院有另案民事訴訟，系被告。該訴訟的關鍵證據涉及到上述澳門初級法院判決，如果澳門初級法院判決的效力獲得認可，則該澳門初級法院的民事判決認定的事實可作為香洲區法院訴訟中趙某的反駁訴訟請求的有力依據。

申請人趙某為澳門居民，被申請人為珠海公司，住所地在珠海，依據《安排》第3條第二款關於管轄權的規定，珠海中院有管轄權。經審查，澳門初級法院作出的卷宗編號為CV2-11-0093-CAO的判決已於2014年4月28日成為確定性判決。珠海中院經審查後認為，即使澳門特別行政區初級法院所作出的判決沒有給付內容，也可以向我國內地法院單獨申請認可，該判決不具有11條規定的情形後，予以認可該澳門初級法院判決，珠海中院認可的澳門初級法院的民商判決可直接作為內地另案訴訟的證據使用，這符合《安排》第3條的規定。值得注意的是，內地法院在審理同一事實中可予以確認，但有相反證據足以推翻的除外。^[17]

7. 在認可和執行澳門民商事判決時盡力避免重複執行。依據《安排》的第5條規定，針對被申請人在內地和澳門特別行政區均有可供執行財產的，申請人可以向一地法院提出執行申請，申請人向一地法院提出執行申請的同時，可以向另一地法院申請查封、扣押或者凍結被執行人的財產，待一地法院執行完畢後，可以根據該地法院出具的執行情況證明，就不足部分向另一地法院申請採取處分財產的執行措施。兩地法院執行財產的總額，不得超過依據判決和法律所確定的數額。珠海中院在案例5中適用上述規定，以期避免重複執行。

案例5.

主要案情：在(2020)粵04認澳2號案中^[18]，申請人梁某華向珠海中院申請認可和執行澳門特別行政區中級法院第395/2019號裁判和澳門特別行政區初級法院第四刑事法庭第CR4-18-0296-PCC號判決中關於對梁某華民事賠償的判決。珠海中院認為，從本案當事人提供的證據可知，澳門特別行政區初級法院對卷宗編號為CR4-18-0296-PCC的判決中的民事賠償部分已啟動執行程式。根據《安排》第五條的規定，因梁某華未向本院提交澳門特別行政區法院對卷宗編號為CR4-18-0296-PCC號的判決中的民事賠償部分已經執行完畢的證據，故本院對梁某華提出的執行判決的申請不予支持。

分析評價：本案系申請人梁某華向珠海中院申請認可和執行澳門初級法院的刑事附帶民事判決。申請人梁某華為澳門居民，被申請人李某美在珠海開設銀行帳戶，財產所在地在珠海，因此珠海中院有合格的管轄權。經審查，本案不具有第11條所規定的不予認可的情形，從而對該判決予以認可。但是，關於執行的問題，《安排》第7條的設置主要目的是為了避免重複執行，針對被申請人在內地和

[17] 參見2022年廣東省高級人民法院關於粵港澳大灣區內地人民法院審理涉港澳商事糾紛司法規則銜接的指引（一）第8條。

[18] 詳見（2020）粵04認澳2號民事裁定書。

澳門特別行政區均有可供執行財產的，申請人可以向一地法院提出執行申請，申請人向一地法院提出執行申請的同時，可以向另一地法院申請查封、扣押或者凍結被執行人的財產，待一地法院執行完畢後，可以根據該地法院出具的執行情況證明，就不足部分向另一地法院申請採取處分財產的執行措施。兩地法院執行財產的總額，不得超過依據判決和法律所確定的數額。

由於澳門初級法院對該判決中的民事賠償部分已啟動執行情式，但申請人梁某華未能向珠海中院提交澳門初級法院關於該判決的民事賠償部分已經執行完畢的證據，因此，為了避免重複查封，珠海中院對該判決的執行申請不予支持，這符合《安排》第7條的規定。

三、梳理檢視：內地與澳門民商事判決認可和執行面臨的問題和挑戰

（一）《安排》在司法實踐中存在的不足和問題

《安排》至今已實施十餘年，從司法實踐來看，存在如下不足和問題：

1. 認可和執行方式為重新起訴的普通程式審理週期長，程式繁瑣。如前所述，從《安排》規定的執行情式來看，它採取的是重新起訴的普通程式，一般由當事人持生效的境外判決到有管轄權的境內法院申請認可和執行，先立案，後答辯，再重新審理，要走完整的普通訴訟程式，最後作出裁定，並給予覆議期限。這種普通的重新起訴方式耗時長，程式繁瑣，增加訴訟成本。下麵列舉案例6的審理程式。

案例6.

主要案情：在（2021）粵04認澳7號案中^[19]，申請人蘇某向珠海中院申請認可和執行澳門特別行政區初級法院第CR4-18-0011-PCC民事判決。珠海中院於2021年12月14日立案，依法組成合議庭進行審查，組織當事人進行聽證，被申請人答辯，合議庭對證據進行質證，對案件事實進行審查，最後於2022年3月14日作出認可和執行該民事判決的裁定書，如申請人不服該裁定，可以在裁定書送達之日起十日內向高級人民法院申請覆議。

分析評價：本案系申請人向珠海中院申請認可和執行澳門初級法院民事判決。申請人蘇某依據《安排》的規定持澳門初級法院的生效判決向有管轄權的珠海中院採取重新起訴的普通審理方式提出申請認可和執行。

從本案的審理期限來看，珠海中院經過普通程式審理，從2021年12月14日立案到依法組成合議庭，再被申請人答辯，聽證審查，再最後於2022年3月14日作出裁定，再加上10天的覆議期，審理週期基本超過3個月。因此，《安排》規定重新起訴方式的執行情式平均審理週期長，程式繁瑣，增加司法成本，不利於兩地判決之間的自由流通。

2. 認可程式缺失。從《安排》的第三條規定來看，它規定了對於沒有給付內容的，但需要通過司法程式予以認可的判決，也可單獨申請認可^[20]。但《安排》對單獨的認可程式並未作規定，司法實踐中對是否作出認可裁定還是認可和執行情式一併處理發生混亂。

3. 沒有給予當事人上訴權，且覆議期不明確。《安排》第十三條規定，當事人對認可與否的裁定不服的，在內地可以向上一級法院提請覆議，在澳門特區可以根據法律規定提起上訴，對執行中作出

[19] 詳見（2021）粵04認澳7號民事裁定。

[20] 詳見《安排》第3條。

的裁定不服的，可以根據被請求方法律的規定，向上級法院尋求救濟。這表明當事人對予以認可與否的裁定可以提起覆議，對當事人的權利保護有制度保障，但是覆議制度與上訴制度畢竟不同。而對於執行中作出的裁定不服的，可按照請求方的法律向上級法院尋求救濟，而在內地法律規定執行的裁定是沒有上訴權的。《安排》規定了當事人對認可和執行裁定不服的，可以提出覆議，但是對覆議期並未出具體規定。

4. **未明確要求對域外判決進行形式審查，而非實質審查。**《安排》第十一條以排除性條件的方式提出了不予以認可和執行的情形，但並未明確在審查時僅要求進行形式審查，而非實質性審查，在司法實踐中缺乏明確指引，導致司法實踐有些混亂。

5. **認可和執行條件與外國法院判決的條件基本相同。**在認可和執行的條件方面，內地與澳門法院判決的認可和執行條件並未和外國法院判決區分開來。例如，在公共秩序保留制度方面，《安排》第11條（六）規定“在內地認可和執行判決將違反內地法律的基本原則或者社會公共利益；在澳門特別行政區認可和執行判決將違反澳門特別行政區法律的基本原則或者公共秩序”。該條規定並未區分區際和國際上的“公共秩序保留”，它與我國在認可和執行外國法院判決時所適用的公共秩序保留制度範圍基本一致，未能彰顯出內地與澳門同屬一個國家主權的特徵。此外，在管轄權方面，要求不違反專屬管轄權，也並未區分外國判決和區際判決。

（二）完善內地與澳門民商事判決認可和執行制度中面臨的挑戰

目前，對如何完善內地與澳門法院民商事判決的認可和執行制度面臨如下挑戰：

一是實踐發展亟需更為高效簡便的相互認可和執行制度。如前所述，《安排》在多年的司法實踐中產生諸多問題，已經無法滿足粵港澳大灣區、橫琴粵澳深度合作區的實踐發展需要。隨著大灣區、深合區建設的深入推進，跨境民商事糾紛日益增長，大量跨境民商事判決亟待更為簡便高效的方式予以認可與執行，生產要素高效便捷流動成為必然，內地與澳門的民商事判決急需自由流通^[21]，及時回應實踐發展的需要。

二是相互尊重差異性和獨特性應成為解決內地與澳門民商事判決相互認可和執行制度問題的前提和基礎。從《規劃綱要》的主要內容來看，它將“一國兩制，依法辦事”作為指導思想和基本原則，要求把堅持“一國”原則和尊重“兩制”的差異有機結合起來，堅守“一國之本”，善用“兩制”之利。把維護中央的全面管治權和保障特別行政區的高度自治權有機結合起來，要求在推進大灣區建設中要“尊崇法治，嚴格依照憲法和基本法辦事”。^[22]因此，建設粵港澳大灣區要在“一國兩制”和基本法框架下謀劃，應在保持各自特色和優勢的基礎上，將差異性轉化為動力，實現有效銜接，為要素跨境高效便捷流動創造良好的司法環境。^[23]既要克服“一國兩制三法域”的特殊法制格局，又要維護港澳法律的傳統法治優勢，^[24]還要先行先試，解放思想、大膽探索，不斷深化粵港澳互利合作，進一步建立互贏的區域合作關係，推動區域經濟協同發展。

三是缺乏統一的最高司法機關去協調解決。澳門特區依照《澳門基本法》第19條的規定享有獨立的司法權、立法權、行政權和終審權，針對區際司法協助問題，內地與澳門特區缺乏共同的最高司法

[21] 詳見《人民法院服務和保障粵港澳大灣區建設情況報告（2019-2022）》，載《人民法院報》2022年6月24日第3版。

[22] 詳見《粵港澳大灣區發展規劃綱要》第二章第一節、第二節。

[23] 司豔麗：《粵港澳大灣區法律規則銜接疑難問題研究》，載《中國法律評論》2022年第1期，第215頁。

[24] 謝宇：《中央推進粵港澳大灣區建設的法治路徑》，載《法學雜誌》，2020年第4期，第123頁。

機關去統一法律適用。在堅持“一國兩制”的基本國策及缺乏統一的最高司法機關予以統一法律適用下，完善內地與澳門民商事判決的認可與執行的制度難度較大，短期內通過共同立法予以協調統一成為不現實。

四是內地與澳門特區的司法協助不可能一蹴而就，需反復協商。內地與澳門特區的民商事判決的認可和執行問題屬於跨區域的司法協助問題。依據《澳門基本法》的規定：“特別行政區可與全國其他地區的司法機關通過協商依法進行司法方面的聯繫和相互提供協助”。^[25]針對司法協助的問題，與澳門終審法院相對應的內地司法機關為最高人民法院。因此，完善內地與澳門法院民商事判決的相互承認與執行問題需要內地最高人民法院與澳門特區終審法院的協商、努力和配合，司法協助的達成不可能一蹴而就，在短時期內很難徹底解決，它將是一個反復磋商相互妥協達成協議的過程。

四、破解路徑：完善兩地民商事判決的相互認可和執行的設想

如前所述，內地與澳門民商事判決的相互認可和執行制度亟待完善，而內地與澳門特區分屬獨立的法域，缺乏統一的最高司法機關予以協調，在一國兩制的原則下，需以尊重差異性和保持獨特性為前提，完善內地與澳門民商事判決的相互認可和執行制度面臨的挑戰較大，筆者建議如下對策：

（一）目標：促進內地與澳門民商事判決自由流通

內地與澳門民商事判決的相互認可和執行是兌現內地與澳門當事人合法權益的關鍵環節，為適應粵港澳大灣區和橫琴粵澳深度合作區發展的實踐需要，亟待內地與澳門民商事判決能夠高效便捷地得到認可和執行，筆者建議，在完善內地與澳門民商事判決的相互認可和執行時，應當以促進內地與澳門民商事判決的自由流通為共同目標。

（二）先行修改：《內地與澳門民商事判決的相互認可和執行的安排》

建議最高法院與澳門終審法院先行修改《安排》，軟化目前法律規定中的不足和缺陷，在現有法律框架內相互尊重各自的民商事判決的效力，促進內地與澳門法院判決的自由流通。

1. 放寬認可和執行的審查條件

隨著香港澳門的回歸，我國已形成世界上獨一無二的特殊的多法域國家，這為我國解決區際法律問題提出了挑戰。筆者認為，可從英國的區際判決認可和執行制度中獲得啟示。與我國相類似的是，英國也是一個多法域國家，其本土分為三個獨立法域，即英格蘭和威爾士、蘇格蘭及愛爾蘭，彼此視對方為國際私法上的“外國”，相應地亦將對方法院的判決視為“外國判決”，但是英國關於區際判決的承認與執行制度與國際法意義上的外國判決的承認與執行制度相比存在很大的差異性，針對區際判決的承認和執行規定了比承認與執行外國判決遠遠寬鬆的條件，其中最典型的例子是擴大了承認與執行的判決的範圍，減少了審查條件及限制或排除部分普通法上的抗辯等方式。^[26]

筆者認為，針對目前《安排》在實踐中存在的問題，可以借鑒英國的做法，對《安排》做出修改，放寬認可與執行條件，簡化執行程式，與認可和執行外國法院判決的條件區別開來，具體從以下幾個方面入手：

一是明確對域外判決只作形式性審查，不作實質性審查。所謂形式性審查，它是指不對原判決的

[25] 見《澳門基本法》第8條。

[26] 賀曉翊：《英國的外國法院判決承認與執行制度研究》，法律出版社2008年版，第402頁。

事實和法律進行審查，僅審查該判決是否符合法律規定的承認和執行境外判決的條件，不對案件判決的實質作變動，不改變原判決的結論。實質性審查是指對申請認可與執行的境外判決，從法律和事實兩個方面進行充分的審核，只要認為該判決認定事實或適用法律錯誤的就有權不予執行。《安排》採取的模式是審查排除性條件，但並未明確只作形式審查，建議明確只需進行形式性審查，不作實質性審查。

二是寬鬆審查管轄權的合格性。在認可和執行域外判決時，國際私法的一般原則是依據判決作出地法律判斷該判決的管轄權是否合格。英國法院承認與執行區際判決時不對該判決的管轄權予以質疑，認定其管轄權是適格的。依據我國的具體情況，不對管轄權質疑在目前是不現實的，我們可以從中獲得的啟示是，隨著粵港澳大灣區和橫琴粵澳深度合作區的加速推進，對管轄權的審查不宜過於嚴格，建議內地與澳門特區均確立對管轄權審查的寬鬆條件，即依據判決作出地法律予以審查該判決的管轄權是否適格，從而推定各自的管轄權是合格的，確保促進兩地的民商事判決能夠自由流通。^[27]

三是嚴格限制適用公共秩序保留制度的範圍。公共秩序保留制度是國際私法上的一項基本原則，已為國際社會普遍承認和採用，由於各國的歷史傳統、法律制度、社會體制等的不同，各國對公共秩序保留的稱謂各異，如英國稱為“公共政策”，德國稱為“保留條款”或“排除條款”。公共秩序實質上是一個逃避通道，即從對域外法院判決的認可與執行中脫逃出來，從而成為不予認可和執行域外判決的“例外”通道，公共秩序因其靈活性而被國際私法學界稱為“安全閥”，它是一個籠統而又含糊的概念，正如英國學者威斯特萊克所說：“給公共政策規定範圍的企圖從未成功，……只能由每一個國家的法律，不論是通過立法機關還是通過法院，去決定它的哪一些政策是緊迫到必須援引它。”^[28]英國關於區際判決的相互承認與執行時排除公共政策的援引，認為在承認和執行外國法院判決時援引公共政策一般針對的是國際法意義上的“外國”，並非一國範圍內的獨立法域，因此不適用公共政策作為抗辯。^[29]

筆者認為，任何司法協助均離不開合作協調，要求一法域在區際司法協助中毫無保留地適用和接受另一法域的法律不僅不現實，而且也違背“一國兩制”原則，因此司法協助的成功達成必須以承認、尊重並保持各法域的差異性為前提和基礎，但是應嚴格控制適用公共秩序保留制度的範圍，即“嚴格限制適用”，世界上一些多法域國家的司法實踐表明在區際訴訟中對公共秩序保留制度的適用均無一例外嚴格限制。^[30]

由於內地與澳門特區的社會制度、立法傳統、法律制度、淵源與內地的法律存在較大差異，但是這種差異性註定要小於國際私法上和其他主權國家的差異性，這種利益的差異性註定了在內地與澳門民商事判決的認可和執行中對公共秩序保留制度的適用範圍比在國際私法中的適用範圍要窄得多、條件要更嚴格。因此，建議嚴格控制適用公共秩序保留制度的範圍，即以“結果說”去“有限適用”公共秩序。所謂“結果說”，是指應將域外法的適用結果來判斷是否危及法院地國的利益來決定公共秩序保留制度的適用，而不是停留在對域外法的內容與法院地國的公共秩序相矛盾。建議以“明顯違背”本法域的公共秩序作為程度限制。建議修改《安排》中第11條（六）關於社會公共利益的相關規

[27] 賀曉翊：《涉外商事審判實務研究》，法律出版社2014年版，第319頁。

[28] 韓德培主編：《國際私法新論》，武漢大學出版社2001年版，第214頁。

[29] 賀曉翊：《英國的外國法院判決承認與執行制度研究》，法律出版社2008年版，第424頁。

[30] 趙相林、劉英紅：《美國州際法律衝突與我國國際法律衝突之比較》，載《比較法研究》2000年第1期，第66頁。

定，加上“明顯違背”的字眼，從而限制公共秩序保留的適用範圍，即修改為“在內地認可和執行判決將明顯違反內地法律的基本原則或者社會公共利益”。

四是依據判決作出地法律來判斷民商事判決的終局性。英國承認與執行區際判決時對終局性的判斷標準為依據判決作出地法律是否已經對當事人的實體爭議作出了裁決。筆者認為，對於如何判斷判決的確定性問題，應當依據判決作出地法律予以判斷該判決在當地是否有執行力。^[31]即依據原判決地的法律不能上訴並可執行的。是否在當地具有可執行性是指該法院能否對該判決予以變更或撤銷，而不是以其他法院為參照標準，而“可執行性”的判斷依據不是承認和執行地法律，而是判決作出地法律。關於終局性的問題，建議參照1971年海牙《民商事管轄權和判決承認與執行公約》第4條第1款的規定：“判決在原則上不能再作為普通程式的上訴標的”；第2款規定：“為了使在被請求國可以執行，判決應在原則上是可以執行的。”

五是擴大認可和執行的民商事判決的範圍。英國承認與執行區際判決的範圍遠遠超出了外國法院判決的範圍，針對我國內地與澳門民商事判決的認可和執行條件，建議對“民商事判決”作廣義解釋，並包括先行給付的判決、訴訟保全等臨時性保護措施。^[32]

2. 簡化執行程式

建議簡化執行程式—採取登記制。如前所述，由於《安排》針對內地與澳門民商事判決的認可和執行模式仍為重新起訴的普通程式審理方式，這種方式程式繁瑣，耗時耗力，浪費司法資源。建議對《安排》進行修改，採取登記模式-登記制，簡便執行程式，降低認可和執行門檻，促進域外判決迅速得到執行。^[33]具體而言，即申請人可持有生效的境外民商事判決書到有管轄權的法院立案，提交該法院判決為生效裁判文書的證明，填寫法院制定的認可和執行域外判決的登記書，登記書上應至少載明如下事項：需要認可和執行的事項；是否具備認可和執行的條件；判決的時間、法院、當事人名稱、爭議事項、判決結果、判決的生效證明、執行情況等，上述初步證據應經過公證或認證手續，由法官對上述證據予以形式審查，如果符合《安排》的相關規定，則予以登記認可和執行，被申請人提出異議的，應提交反駁證據；最後對登記結果不服的，可向上一級法院上訴或覆議。

3. 增加配套內容

同時，可從以下幾個方面對《安排》進行內容補充：

一是判決有給付內容的，認可和執行程式應當一併處理。從《安排》的具體內容來看，《安排》對兩地法院判決的相互認可程式和執行程式是否一併處理並無明確規定，但是從第十三條的規定來看：“……判決有給付內容的，當事人可以向該方有管轄權的法院申請執行。”因此，可以在《安排》中明確，對判決有給付內容的，可以一併認可和執行。

二是覆議期可參照適用國內執行程式的規定。由於《安排》對當事人的覆議期未作出明確規定，依據程式問題依據程式所在地法即法院地法的規定，覆議期可參照適用民訴法中規定的執行覆議期。

三是對立案進行自我限制以避免平行訴訟。管轄權問題是認可和執行外法域判決時的前提和基礎。它是審查一個法域的民商事判決能否得到另一個法域承認和執行的首要問題。而我國內地法律並未排斥平行訴訟，依據《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》第

[31] 徐鵬：《司法判決中終局問題研究》，載《時代法學》，2006年第1期，第86頁。

[32] 曾濤：《外國法院判決承認和執行條件領域的新發展》，載《法治論叢》2003年第4期，第95頁。

[33] 於飛：《承認與執行外國法院判決程式評述》，載《中央政法管理幹部學院學報》，1997年第3期，第21頁。

531條規定：“中華人民共和國人民法院和外國法院都有管轄權的案件，一方當事人向外國法院起訴，而另一方當事人向中華人民共和國人民法院起訴的，人民法院可予受理。判決後，外國法院申請或當事人請求人民法院承認和執行外國法院對本案作出的判決、裁定的，不予准許；但雙方共同參加或簽訂的國際條約另有規定的除外。”從上述規定來看，內地對普通的涉外案件平行訴訟持肯定態度。

在內地與澳門對管轄權的衝突尚未達成協議之前，內地和澳門可以通過民間或半官方搭建平台，建立立案資訊的相互通報制度，對平行訴訟的問題進行溝通形成協議，進行自我限制。可參照《最高人民法院關於人民法院認可臺灣地區有關民事判決的規定》第16條的規定：“人民法院作出民事判決前，一方當事人申請認可臺灣地區有關法院就同一案件事實作出的判決的，應當中止訴訟，對申請進行審查。經審查，對符合認可條件的申請，予以認可，並終結訴訟；對不符合認可條件的，則恢復訴訟。”該規定表明了大陸對涉臺案件司法管轄權的自我限制，其目的在於避免重複訴訟，對申請人針對同一事實已經在臺灣法院作出判決的案件，經審查屬實的，予以認可並終結訴訟。因此，在大陸和臺灣地區均有管轄權的情形下，大陸和臺灣地區的法院可以通過兩岸受理案件的查詢機制，互通有無，自我限制，採取“先立案先受理”原則，避免平行訴訟。上述情形可推廣至澳門法院判決，內地和澳門要相互充分尊重各自法院的管轄權，在獲悉某個境外法院已經受理某案件的情形下，經查證屬實的，應當不予受理，從而自我限制，避免產生平行訴訟。同時，建議最高法院和澳門終審法院搭建立案資訊互換平台，對相互認可和執行判決的立案情況互通有無。

四是構建相互認可和執行民商事判決的資訊交換避免重複執行或超額執行。由於內地與澳門司法制度的迥異性，再加上內地與澳門的司法機關不具有隸屬性以及司法協助的有限性，區際法律衝突日益凸顯，在目前無法一攬子解決管轄權的衝突問題、判決的認可與執行問題等的現狀下，內地與澳門特區可通過民間機構在現有法律框架內，探索建立認可和執行民商事判決的相互報告制度，對兩地法院依法相互認可和執行的判決情況進行定期通報，避免重複執行或超額執行，有利於最大限度地保護境內外當事人的合法權益。在條件成熟時，建議在最高法院與澳門終審法院的司法協助平台上設立認可和執行民商事判決的資訊埠，及時報告和更新內地與澳門相互認可和執行民商事判決等的內容。

（三）將來立法：《中國區際法院判決相互認可與執行法》

1. 立法模式選擇。建議在立法模式上採取單獨立法的形式，可列名為《中國區際法院判決相互認可與執行法》，一攬子解決我國區際判決的認可和執行問題，以促進跨境判決的自由流通為宗旨和立法目的。將區際判決的相互承認與執行制度與對外國法院判決的承認和執行制度區別開來。由於一國規定條件對外國法院判決的承認和執行是其司法主權的重要體現，而一國主權內獨立的法域的法院判決與外國的法院判決存在質的不同，前者的主權是統一的，而後者則不同，因此有必要在立法上予以區分，它可以體現一國在對歷史傳統、經濟發展以及政策的糅合的基礎上作出的立法選擇。我國澳門特區、香港特區、臺灣地區與內地同屬一個主權國家，祖國繁榮為共同目標，這足以使我國作出統一立法，促進區際判決的自由流通，達到經濟上的共贏局面。有些學者認為中央立法對區際法院判決承認與執行的事項有損特別行政區的立法權，筆者認為，這種認識是片面的。依據《中華人民共和國憲法》第31條的規定：“國家在必要時得設立特別行政區。在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定。”據此全國人大已分別通過了《中華人民共和國香港特別行政區基本法》和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法律》，這兩部基本法規定了兩個特別行政區內實行的制度和政策，規定了中央與特別行政區的關係。雖然憲法並未明確各地的具體立法權限範圍，大體上認為依據其是自治範圍內的事項由特別行政區立法，而區際判決的相互承認與執行事項屬於獨立法域

之間的司法合作問題，這已經明顯超出了各自的立法管轄範圍，應屬中央立法的範圍。^[34] 因此建議我國憲法予以修改，針對涉及四地的司法協助問題作出統一的立法條款，其中當然包括對內地、香港特區、澳門特區、臺灣地區四地的判決的相互承認與執行制度。

2. 立法遵循的基本原則。（1）維護國家主權完整與統一原則。維護國家完整與統一是我國解決香港特區、澳門特區和臺灣地區問題最根本的一個原則，也應該是指導我國區際法院判決認可與執行的根本原則。實際上這也是世界上各多法域國家區際法院判決承認與執行的一個基本原則。（2）堅持“一國兩制”的原則。“一國兩制”是實現我們國家統一的偉大構想和必須長期堅持的方針，在處理中國內地與各特別行政區各種問題上都應充分尊重和體現“一國兩制”原則。（3）保持法域獨立原則。區際司法協助必須充分考慮各自之間在社會制度、法律制度方面的差異性，必須在尊重和維護各自法域獨立的前提下進行。（4）堅持簡便高效原則。可通過設置寬鬆的認可和執行條件，降低成本和耗時，簡化程式，構建更為簡便高效的認可和執行制度。

3. 立法設想：放寬認可與執行區際判決的條件和簡化執行程式。建議未來的《中國區際法院判決相互認可與執行法》參照上述關於《安排》的修改內容，放寬認可與執行區際判決的條件，採取登記制，簡化執行程式，降低認可和執行的門檻，最大限度促進區際判決的自由流通。

結語

內地與澳門法院民商事判決的相互認可與執行制度是我國理論界與實務界的難題，急需破解。尤其是隨著粵港澳大灣區、橫琴深度合作區發展進程的不斷加速，澳門融入國家發展大局的廣度和深度日益拓展，如何完善內地與澳門民商事判決的相互認可和執行制度則顯得格外重要。民商事密切往來與經濟交融日益頻繁亟需立法要儘快回應，內地與澳門民商事判決無法自由流通將無法及時兌現境內外當事人的合法權益，更不利於內地與澳門特區經濟的進一步融合、發展和繁榮，因此，本文以珠海法院認可和執行澳門法院民商事判決的司法實踐為樣本，進行深入分析評價，檢視相關制度的不足與缺陷，探討問題和挑戰，提出現實選擇和破解路徑，目前的現實選擇是由最高人民法院與澳門終審法院儘快對《安排》予以修正，放寬認可和執行條件，採取登記制，簡化執行程式，促進區際判決的自由流通。將來在條件成熟時制定單獨立法《中國區際法院判決認可與執行法》，一攬子解決我國區際判決的相互認可和執行問題。

[34] 參見黃進主編：《中國的區際法律問題研究》，法律出版社2001年版，第257頁。

Abstract: With the deep developing of Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area and Hengqin-Guangdong-Macao In-depth Cooperation Zone, It is urgent to establish an efficient and rapid system on the mutual recognition and enforcement of civil and commercial judgments between the mainland and Macao. Therefore, the paper selects the judgments of recognition and enforcement of civil and commercial judgments of Macao as samples of research from Zhuhai Municipal Intermediate Court in the recent five years. It analyses on the deficiency of the present relevant law and puts up some targeted countermeasures. It suggests to revise the Arrangement between the Mainland and Macao Special Administration Region on the Mutual Recognition and Enforcement of civil and Commercial Judgments, which includes of relaxing conditions on recognition and enforcement and adopting the system of registration instead of instituting legal proceedings in order to push the free circulation of civil and Commercial judgments between Mainland and Macao. In the future, it may be appropriate to legislate the law on Reciprocal of Interregional Recognition and Enforcement in China to solve the interregional issue of recognition and enforcement of civil and commercial judgments.

Key words: Civil and Commercial Judgments; Recognition and Enforcement; the System of Registration

(責任編輯：張雨虹)

香港特區政府危機管理機制：歷史演進、功能審視及優化路徑

秦玲*

摘要 從港英時起，香港政府就開始建立具有現代化色彩的危機管理機制。回歸後，經過SARS疫情、2008年特大暴雨、“修例風波”、新冠肺炎疫情等幾次不同類型的重大危機，香港特區政府的危機管理機制逐漸健全。以危機前-危機中-危機後的政府全過程危機管理的視角來看，香港特區政府危機管理機制基本上實現了危機前的預防和準備功能、危機中的決策和動員功能、危機後的恢復和學習功能，但是尚且存在前瞻性不夠、執行成本較大、不夠長效和系統等不足之處。對此，香港特區政府可嘗試從銜接“危機後”與“危機前”的機制建構，加強危機管理中的溝通機制建設，動員多元社會力量參與政府危機管理，統籌危機管理的短期、中期和長期機制建設四個方面加以優化。

關鍵詞 香港 危機管理 政府危機管理機制 歷史演進 功能

近幾年，香港發生了“修例風波”、新冠肺炎疫情、9·7“黑色暴雨”襲港等不同類型的危機事件，給香港政府的危機管理帶來多重考驗。在香港，類似的危機事件並非首次發生，政府也早有應對危機事件的管理實踐，並逐漸積累形成了一套頗具自身特色的危機管理機制。“二十一世紀公共管治乃危機管治”，^[1]在當下梳理和研究香港特區政府的危機管理機制具有面向未來的意義。基於此，本文嘗試對香港特區政府危機管理機制演進的歷史脈絡進行梳理，並在此基礎上從全過程危機管理的視角審視香港特區政府危機管理機制的現實功能，提煉其優化路徑，以期對未來香港特區政府危機管理機制的優化有所助益。

* 秦玲，浙江省社會科學院法學所助理研究員，法學博士。感謝匿名審稿人的修改意見，特此致謝。當然，文責自負。
[1] 張炳良：《疫變：透視新冠病毒下之危機管治》，中華書局（香港）有限公司2022年版，第1頁。

一、港英時期：現代化政府危機管理機制的萌芽與發展

以應對1894年鼠疫危機為契機，香港逐漸開始建立由政府主導的現代化危機管理機制，政府在公共衛生危機事件應對中的作用日益凸顯。隨著人們對危機認識的深化，不僅是在公共衛生領域，突發性自然災害、事故災難、社會安全事件等領域的危機也逐漸引起港英政府的重視。港英政府在這些領域的危機應對，與公共衛生領域推行的措施一道，共同構成了港英政府危機管理機制的概貌。

（一）現代化危機管理機制在香港地區的初建

1894年鼠疫給香港社會造成了嚴重危機，是港英政府危機管理發展史上的裏程碑事件。據資料記載，鼠疫於1894年5月初傳入香港，先在部分華人聚居區流行，“香港華人近得一病，時時身上發腫，不一日即斃”^[2]，後迅速擴散至全港地區，“病者五人死者亦五人，醫愈者十人留醫者一百四十七人，前後總計染疫而死者共二千三百六十人，誠巨災也”^[3]。此次鼠疫來勢凶猛，帶來的直接後果就是1894年香港的死亡人數比往年增加三千左右，增至創紀錄的7362人，年死亡率高達30.11%，其中華人死亡人數明顯高於白人。^[4]此外，隨著鼠疫病毒在香港社會面的傳播，許多與香港有貿易往來的國家和地區都明確限制甚至禁止香港人員和貨船入境，各種有關鼠疫的謠言在香港四處傳播，社會恐慌心理加重，大批在港華人逃回內地，香港社會經濟秩序遭到嚴重破壞。

為有效應對此次鼠疫危機，港英政府以公共衛生的名義^[5]推出了一系列應對措施，被認為是港英政府危機管理的現代化開端^[6]。由於此次鼠疫病例多出現於華人聚居區，港英政府一改之前在華人公共衛生問題上的不幹預政策，以政府名義推行了多項頗具現代化色彩的管理措施：一是運用法律授予專門機構處理鼠疫相關事宜的權力，完善政府處理突發公共衛生事件的政策框架和組織架構。香港出現鼠疫病例後，港英政府迅速宣布香港為“疫埠”，並依據《1887年公共衛生條例》制定了兩部專門用以防治鼠疫的新附例^[7]。在這兩部附例中，港英政府設置了一個專門負責組織開展鼠疫相關工作的常設委員會。該常設委員會由醫學部門、員警部門和士紳階層的代表組成，一旦危機爆發，可以及時協調，積極有效地開展工作，^[8]為港英政府根據疫情變化及時調整防疫措施、有效控制疫情擴散提供了組織保障。二是吸納社會力量參與鼠疫防控，彌補政府防疫方式和力量的不足。為減少華人對政府抗疫措施的抵觸心理，港英政府把以給在港華人提供中醫服務為建院目的的東華醫院^[9]納入政府防疫體系，在采用西式療法的鼠疫醫院之外建立了主要由東華醫院管理的鼠疫醫院，並首次允許鼠疫患者

[2] 《香港多疾》，載《申報》1894年5月15日，第2版。

[3] 《港電報疫》，載《申報》1894年7月17日，第2版。

[4] 參見餘繩武、劉存寬：《十九世紀的香港》，中華書局1993年版，第349頁。

[5] 參見楊祥銀：《殖民權力與醫療空間：香港東華三院中西醫服務變遷（1894-1941年）》，社會科學文獻出版社2018年版，第37頁。

[6] 參見崔豔紅：《港英政府應對公共危機管理的現代化開端——以19世紀末20世紀初香港鼠疫為研究對象》，載《戰略決策研究》2012年第6期，第65頁；張曉輝、蘇新華：《1894年香港鼠疫的應對機制》，載《廣西社會科學》2005年第10期，第142頁。

[7] 參見黃雁鴻：《清末港澳鼠疫的防疫法例與政策比較（1894-1895）》，載《行政》（澳門）2018年第1期，第71-72頁。

[8] 參見崔豔紅：《港英政府應對公共危機管理的現代化開端——以19世紀末20世紀初香港鼠疫為研究對象》，載《戰略決策研究》2012年第6期，第68頁。

[9] 參見王廣武：《香港史新編》（上冊），三聯書店（香港）有限公司1997年版，第169頁。

可以由中醫醫生根據中醫方法進行治療。^[10]由東華醫院主管的鼠疫醫院的建立，在港英政府和在港華人之間起到了一定程度的緩沖作用，使得華人群體中的鼠疫患者能夠更及時地被發現和治療。三是重視發揮現代醫學的專業技術支撐作用，提高政府公共衛生危機管理機制的科學性。從一開始，港英政府就吸納醫學專家艾爾思先生為常設委員會的成員，在防疫過程中也有多名專業醫生、醫學生參與其中，甚至還有多名國際醫學專家在時任港督羅便臣的求助下專門赴港研究鼠疫病原問題。在現代衛生防疫理念的指導下，港英政府能夠根據鼠疫的發生特點、臨床表現和傳播方式，建立起較為科學的公共衛生危機管理機制。

（二）港英時期政府危機管理機制的發展演變

港英政府公共衛生危機管理機制在1894年鼠疫危機的基礎上不斷發展。與此同時，突發性自然災害、事故災難、社會安全事件等因其高度的不確定性和社會危害性也往往成為危機的重要誘因，港英政府由此發展出一套與公共衛生危機管理機制並行的緊急應變系統。

1894年鼠疫對港英政府公共衛生危機管理機制的建立健全產生了重要影響。1894年鼠疫的爆發直接推動政府開始轉變其在公共衛生危機應對中的角色定位，港英政府在鼠疫發生後繼續采取措施完善其對公共衛生危機的管理機制，包括但不限於以下幾個方面：一是在法律制度方面，制定《檢疫及防疫條例》（第141章）作為應對公共衛生危機的法律依據。1936年，港英政府參照國際衛生大會在1926年通過的《國際衛生公約》（此後由《國際衛生條例（1969）》取代）的原則，修訂綜合當時與預防和控制傳染病相關的法例形成了《檢疫及防疫條例》。^[11]這部法律規定了港英政府及其所屬部門的具體權力，體現了港英政府應對公共衛生危機的主要框架。此後港英政府雖然因應《國際衛生條例（1969）》的各項修訂而作出修改，但內容並沒有發生重大改變。^[12]二是在機構設置方面，政府根據社會發展需要不斷重組專責公共衛生及醫療服務的機構。比如，1958年醫務署改名為醫務衛生署，署下設置衛生部負責制訂和執行疾病預防措施，醫療部負責治病和研究工作。^[13]1990年成立醫院管理局，負責管理全港公立醫院及相關的醫療服務。三是在應對手段方面，注重強化預防性醫療服務的供給力度，^[14]20世紀60年代港英政府就在衛生教育中主張“預防勝於治療”的觀點，並大規模推廣牛痘疫苗、霍亂疫苗和抗麻疹疫苗，^[15]用危機預防提高政府危機管理的水准。

除了公共衛生危機之外，由突發性自然災害、事故災難、社會安全事件等引發的危機也逐漸引起港英政府的重視。香港是一個亞熱帶沿海城市，歷史上曾多次遭遇極端颱風、暴雨天氣的襲擊；1925年的省港大罷工運動、1956年的“雙十暴動”、1966年天星小輪加價事件引發的騷亂和1967年因勞資糾紛引發的騷亂，都曾造成多人傷亡的嚴重後果。為應對自然災害危機，19世紀80年代，香港遵循國際氣象協議建立了颱風預警系統，這套系統由本地和非本地風暴信號組成，並經過多次演化修

[10] 參見楊祥銀：《殖民權力與醫療空間：香港東華三院中西醫服務變遷（1894-1941年）》，社會科學文獻出版社2018年版，第50-51頁。

[11] 《立法會衛生事務委員會〈檢疫及防疫條例〉的擬議修訂》，立法會CB(2) 1042/06-07(03)號檔。

[12] S.M.Y. Choi & P.Y. Lam, “Enhancing Legal Preparedness for the Prevention and Control of Infectious Diseases: Experience from Severe Acute Respiratory Syndrome in Hong Kong”, *Public Health* 123, 2009, p. 243.

[13] 劉蜀永、嚴柔媛、林思行：《香港醫療衛生簡史》，香港城市大學出版社2023年版，第136頁。

[14] 劉騏嘉、李敏儀：《長遠醫療政策》，臨時立法會秘書處資料研究及圖書館服務部1997年版，第47頁。

[15] 參見衛生署：《伴您健康三十載——三十周年紀念特刊》，香港特別行政區衛生署2021年版，第24-28頁。

訂。^[16]代表颱風吹襲時情況和位置方向的“風球”一旦掛出，不僅颱風資訊會立刻通過政府和社會的各種傳播手段迅速向市民預警，而且全港都會動員起來，根據不同的颱風等級做好相應準備工作。而對於社會安全危機，這類危機因特殊的歷史背景往往帶有強烈的意識形態色彩，港英政府和管理手段上一般會比較強硬。比如，在省港大罷工期間，港英政府一方面宣布緊急戒嚴打壓罷工，封禁報館、拘捕工人。^[17]另一方面兩次要求英國政府用武力攻打廣州，用以壓迫國民政府解決罷工風潮。罷工結束後，港英政府還頒布非法罷工條例，嚴禁威脅政府或牽連行業內部糾紛以外之罷工行為。^[18]

為了確保危機來臨時政府能採取更為適當的應變行動，港英政府在1996年制定了一套三級應變系統。^[19]相關資料顯示，這套緊急應變系統包括緊急情況和危機情況或災難兩種情況，內容涵蓋交通事故、風災雨災、泥石流災害等（值得注意的是，公共衛生危機不屬於此應變體系）。實行第一級應變措施時，救援部門會完全在本身所屬指揮單位的指示、監管及支援下採取行動；實行第二級應變措施時，如可能需要把事故知會政府總部，便須通知保安局當值主任。此時，政府總部緊急事故支援組（急援組）會密切監察事態發展；實行第三級應變措施時，緊急監援中心接到保安局局長或指定的保安局高級人員的指示後，便會採取行動。如有需要，其他保安委員會（例如行政長官保安事務委員會及保安控制委員會）亦會召開會議。此外，三級制系統會在緊急應變計劃的三個主要階段（即救援、善後和複原階段），以不同形式運作（此後這三個階段因應實際情況有所修正）。各有關部門和機構的職責，也會隨著風險等級和危機類型的變化而有所調整。

二、特區年代：政府危機管理機制的調適與創新

回歸初期，特區政府一直沿用這套港英時期建立的危機管理機制，直到嚴重急性呼吸系統綜合症（以下簡稱SARS疫情）、2008年特大暴雨等危機事件的爆發，這套原本行之有效的機制日漸顯露出其不足，特區政府由此在原有機制基礎上進行了多次優化創新。本部分嘗試以SARS疫情、2008年特大暴雨、“修例風波”、新冠肺炎疫情等四次不同類型的危機事件為切入點，從具體情境中剖析政府危機管理機制在特區年代的發展變化。

（一）SARS疫情危機下的政府危機管理機制

SARS疫情給香港特區政府的危機管理帶來嚴峻考驗，特區政府根據疫情階段變化分別採取了不同的應對措施。香港是除內地外遭受SARS病毒感染最嚴重的地區，2003年3月-6月共計1755人感染、299人死亡。在SARS疫情爆發初期，衛生福利及食物局透過設立衛生福利及食物局專責小組，負責統籌公共衛生的應變措施，而衛生署則負責統籌運作層面的應變措施。^[20]隨著疫情的蔓延，特區政府先後成立跨部門統籌委員會、督導委員會來強化對SARS疫情危機的執行及決策機制。2003年3月24日，特

[16] 參見卞雨佳、葛蕊詩：《駕馭天氣：香港和颱風的現代史》，載澎湃新聞網，https://m.thepaper.cn/kuaibao_detail.jsp?contid=6318400&from=kuaibao，2023年6月5日訪問。

[17] 廣東哲學社會科學研究所歷史研究室：《省港大罷工資料》，廣東人民出版社1980年版，第97頁。

[18] 王賡武：《香港史新編》（上冊），三聯書店（香港）有限公司1997年版，第189頁。

[19] 參見新聞公報：《緊急事故政府應變有方》，載香港特別行政區政府新聞公報網，<https://www.info.gov.hk/gia/gener-al/199909/29/0929203.htm>，2023年6月15日訪問。

[20] 參見香港立法會：《調查政府與醫院管理局對嚴重急性呼吸系統綜合症爆發的處理手法專責委員會報告（2004年7月）》，https://www.legco.gov.hk/yr03-04/chinese/sc/sc_sars/reports/sars_rpt.htm，2023年6月5日訪問。

區政府成立跨部門統籌委員會，該委員會由衛生福利及事務局常任秘書長擔任主席，負責在運作層面協調25個決策/資源局、政府部門和公共機構的工作和資源，以落實與SARS疫情危機相關的政策決定和措施。3月25日，由行政長官為首的督導委員會成立，取代了衛生福利及食物局專責小組的角色，成為督導政府抗疫的總指揮部。督導委員會做出了包括向市民和國際社會發放消息、加強邊境的健康檢查措施、推行家居隔離政策、制訂應變計劃、加強調查工作、提倡個人及環境衛生，以及加強與內地當局的聯系和保障老人健康等多項策略性決定。在督導委員會運作的同時，衛生福利及食物局專責小組也繼續發揮作用。衛生界的抗疫工作繼續由衛生福利及食物局統籌。

SARS疫情對特區政府進一步完善公共衛生危機管理機制產生了直接影響。為解決SARS疫情暴露出來的政府統籌協調不足的問題，特區政府於2004年在衛生署轄下設立了用以統籌應對傳染病工作的衛生防護中心，其職能包括策劃及統籌各類衛生防護演習，就傳染病進行流行病學調查、監測及控制，制訂、推廣及評估感染控制最佳的傳染病處理方案等。為了防止SARS回潮，特區政府還引進了三級應變機制，戒備級別，第一級及第二級。^[21] 隨即這三個級別在流感流行應對中被進一步明確為戒備應變級別，嚴重應變級別及緊急應變級別。該系統因應香港的流行病學情況按風險分級，衛生福利及食物局常任秘書長、衛生福利及食物局局長及行政長官分別負責督導戒備應變級別、嚴重應變級別及緊急應變級別下政府的應變工作。2006年，醫院管理局配合特區政府採用了這套機制，以使其在實施有關應變計劃時更具效率。^[22] 以戒備、嚴重及緊急為分級標準的三級應變機制此後一直被應用於對公共衛生有重要影響的新型傳染病的準備及應變計劃中。2008年7月，立法會正式通過《預防及控制疾病條例》（第599章），用以防止任何疾病、疾病的來源或汙染傳入香港、在香港蔓延及從香港向外傳播。此外，特區政府還與廣東、澳門以及國家層面的公共衛生管理機構設立通報機制，加強與周邊地區和國家在疾病資訊方面的交流。

（二）2008年特大暴雨危機下的政府危機管理機制

1996年港英政府制定的三級應變系統自實施以來一直運作良好，香港遭遇除公共衛生領域外的危機時一般都採用此套系統，包括2008年的罕見暴雨危機。2008年6月7日，香港經歷了有記錄以來一個小時內的最高降雨量，暴雨不僅導致受災地區同時出現飲用水、陸路交通以及通訊中斷等罕見情況，甚至還造成兩人死亡的嚴重後果。自1996年以來，政府在《緊急應變系統》的基礎上陸續就各種緊急情況制定了應變計劃，比如《天災應變計劃》《香港空難應變計劃》《大亞灣應變計劃》和《香港境外緊急應變行動計劃》等。這些應變計劃是緊急應變系統在某種危機範疇內的具體行動方案，其本身就建基於香港緊急應變系統的既有組成部分，例如三級制應變措施、包括行政長官保安事務委員會及其他委員會的中央指揮架構，以及緊急事故監察及支援中心的通訊機制。暴雨發生當天上午，特區政府多個部門的緊急協調或控制中心及政府總部的“緊急事故監察及支援中心”均先後按照《天災應變計劃》啟動應變機制。在緊急事故監察及協調機制下，水務署、警務處、運輸署、電訊管理局、離島民政事務處（民政處）、民安隊等負責部門分別依照職責開展救援、善後和複原工作。^[23]

[21] 參見新聞公報：《提高警覺 防疫抗炎：全面策略防禦沙士》，載香港特別行政區政府新聞公報網，<https://sc.isd.gov.hk/gb/www.info.gov.hk/gia/general/200309/22/0922271.htm>，2023年10月20日訪問。

[22] 《醫管局採新流感應變級別》，載香港政府新聞網，<https://www.news.gov.hk/isd/ebulletin/tc/category/healthandcommunity/060629/html/060629tc05006.htm>，2023年6月15日訪問。

[23] 參見新聞公報：《立法會四題：上月暴雨後大嶼山情況及政府的支援》，載香港特別行政區政府新聞公報網，<https://www.info.gov.hk/gia/general/200807/02/P200807020149.htm>，2023年6月15日訪問。

經過這次暴雨災害，特區政府在原有框架內進一步強化了緊急應變系統。雖然經過應急處置，受災地區最終恢復正常，但是這次罕見暴雨也暴露出了在緊急應變系統下部門之間缺乏溝通、政府統籌能力不足等方面的問題。6·7特大暴雨過後，特區政府從居安思危——持續強化斜坡、掌握先機——提升政府的緊急應變能力、防災避險——增強社區抵抗極端天氣的能力等三個方面，^[24]強化全港對極端天氣的應對機制。在居安思危方面，實施風險緩減工程、鞏固政府人造斜坡等來加固斜坡；在掌握先機方面，發展及管理“聯合運作平台”讓相關部門可以即時互通緊急事故資訊，提供全年24小時的緊急服務，預警可能發生重大泥石流，制作虛擬山泥傾瀉情境等。在防災避險方面，開展多項公眾教育活動。

（三）“修例風波”危機下的政府危機管理機制

2019年6月，香港發生“修例風波”，給香港的社會秩序和經濟民生帶來了一系列惡劣影響，特區政府的危機應對措施不斷升級。為及時有效地應對暴力不斷升級的大規模公眾活動，2019年6月之後，時任行政長官林鄭月娥一方面每個工作日早上在其主持的例行會議上，與全體司局長檢視及討論最新形勢及應對措施，另一方面按事態發展召開涉及相關司局長的統籌會議，商討對策，並在大規模公眾活動當天主持司局長會議，監察情況和作出回應。^[25]但隨著事態嚴重性的升級，這種非正式的機制已不能完全滿足危機處理的需要。2019年10月初，特區政府在政府內部成立跨局高層委員會，協調及跟進處理因持續社會動蕩引起的問題。在具體操作上，政府按既定機制適時啟動“緊急事故監察及支援中心”。^[26]警方作為維護香港治安的主要執法者，在處理公眾活動時，也會因應個別活動的目的、性質、參與人數、過往經驗及最新形勢等作出全面風險評估，以部署人手及制訂行動計劃和應變方案。^[27]為支持警方的止暴制亂工作，10月4日，行政長官會同行政會議在援引《緊急情況規例條例》（第241章）第2條之下的“危害公安”事由制定《禁止蒙面規例》（第241K章），以便加強對蒙面暴徒隱藏身份進行暴力違法行為的阻嚇力，並協助警方的執法和調查。2019年11月，特區政府進一步成立由政務司司長主持的跨部門行動小組，統籌不同部門的監察、應變、善後和發放消息以及澄清謠言等工作，以期所有迫切的工作得以充分協調，並獲有效及迅速跟進，全力支持及配合警方依法止暴制亂。行動小組的工作包括盡快清理受堵塞的道路，搶修受暴力破壞的公共設施，讓市民的日常生活可以盡快恢復正常。

“修例風波”暴露出來的不僅是地方層面的社會治安危機，還有國家層面的政治安全危機，中央以出台《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（以下簡稱《香港國安法》）和完善香港選舉制度的方式，協助香港度過此次危機。從現狀來看，不少大規模公共活動中出現了威脅國家安全的行為，包括分裂國家、顛覆國家政權、組織實施恐怖活動、勾結外國勢力。而香港並沒有法例規管這些行為，令警方難以將一些破壞國家安全的人拘捕。2020年6月，全國人大常委會根據十三屆全國人大三次會議通過的《全國人民代表大會關於建立健全香港特別行政區維護國家安全的法律制度和執行

[24] 參見《政府為應對氣候變化令山泥傾瀉風險增加所作的準備》，立法會CB(1)689/19-20(01)號檔。

[25] 參見新聞公報：《立法會二題：止暴制亂措施》，載香港特別行政區政府新聞公報網，<https://www.info.gov.hk/gia/general/201912/11/P2019121100431.htm>，2023年9月30日訪問。

[26] 參見新聞公報：《立法會二題：止暴制亂措施》，載香港特別行政區政府新聞公報網，<https://www.info.gov.hk/gia/general/201912/11/P2019121100431.htm>，2023年9月30日訪問。

[27] 《立法會2019年6月19日會議過程正式記錄》，載香港特別行政區立法會網，<https://www.legco.gov.hk/yr18-19/chinese/counmtg/floor/cm20190619-confirm-ec.pdf>，2023年6月18日訪問。

機制的決定》，出台《香港國安法》，修補香港在維護國家安全方面的制度漏洞。針對“修例風波”中出現的“反中亂港”勢力在體制內展開“攪炒”式奪權的問題，中央對香港特區選舉制度作出系統修改和完善，明確了選舉委員會的構成和產生辦法、新的行政長官和立法會產生辦法，以及候選人資格審查委員會的運作機制等，收窄“反中亂港”勢力在政治體制內和社會上的生存空間。

（四）新冠肺炎疫情危機下的政府危機管理機制

2020年初，新冠肺炎病毒擴散至香港，在香港引發了一場嚴重的公共衛生危機，香港啟動公共衛生領域的三級應變機制進行應對。2020年1月4日，特區政府頒布《對公共健康有重要性的新型傳染病準備及應變計劃（2020）》，並同時啟動“嚴重”應變級別，遏制新冠肺炎病毒在香港的傳播。因應其後的疫情發展，政府於同年1月25日把應變級別提升至最高的“緊急”級別，此後歷時三年多，直到2023年5月30日，隨著新冠病毒對香港本地公共衛生風險的降低，應急級別調低至“戒備”。因應應變級別變化，政府的應變架構也有所調整。在緊急級別下，由行政長官主持跨部門督導委員會暨指揮中心，設立4個由特區政府司局長領導的工作小組，分別負責疫情防控、應變行動、公眾參與和抗疫傳訊等方面工作，同時委任醫學專家組成顧問團，直接向行政長官提供建議。^[28]在這個過程中，特區政府援引《預防及控制疾病條例》（香港法例第599章）先後制訂了十條特定規例，分別管制處所運作、入境、提供個人資料、佩戴口罩、群組聚集、病毒檢測、疫苗使用等，也按需要對規例作出修訂。同時，推廣邊境管制、強制檢疫、病毒追蹤、社交距離和疫苗推廣等措施。2023年5月，在風險等級由緊急下降為戒備後，相應工作改由醫務衛生局負責統籌及策導，“應對疫情指導及協調組”和抗疫專家顧問團的架構也同步撤銷。

三、香港特區政府危機管理機制的功能審視

複雜社會的危機應對是在不確定中尋求確定。^[29]對特區政府而言，面對風險高度複雜化的現代社會，建立並不斷完善危機管理機制，消弭或減少危機事件帶來的不確定性，是其必須承擔的責任。回歸以來，大大小小危機事件的爆發考驗著特區政府的危機管理能力，也使得香港特區政府危機管理機制不斷健全。按照學界通行的政府危機管理理論，無論是羅伯特·希斯提出的危機管理4R模式（即縮減力Reduction、預備力Readiness、反應力Response、恢復力Recovery），還是米托羅夫的危機管理“信號偵測-監測與預防-損害控制-恢復-學習”的五階段論，雖然在具體階段劃分上有差異，但他們實際上都承認危機管理具有延續性和過程性的特征。作為一種政府針對自然界或者社會可能發生的危機和正在發生的危機進行事先預測防範、事後妥善解決的戰略管理手段，^[30]政府危機管理機制在功能上應當符合現代社會風險全過程防範與治理的內在要求。從這個角度來說，以危機管理的基本過程即危機前、危機中、危機後三個階段為基本依據，對香港特區政府危機管理機制的功能進行考察和審視，也就具有了現實意義。

[28] 參見記者郜婕、方棟：《香港將新型冠狀病毒感染疫情應變級別提升至最高級》，載新華網，http://www.xinhuanet.com/politics/2020-01/25/c_1125502091.htm，2023年6月20日訪問。

[29] 參見陸銘：《探求不確定中的確定——複雜社會的危機及應對》，載《探索與爭鳴》2022年第9期，第44頁。

[30] 王學軍：《預警、反應與重建：當代中國政府危機管理體系的構建》，載《理論探索》2004年第4期，第81頁。

（一）危機前：預防和準備功能

作為危機管理過程的第一個階段，“危機前”的機制建構應注重提升香港特區政府發現、識別危機或者避免危機擴大化的能力。危機既然普遍表現為一種分階段發展、在空間和時間上延續的過程，^[31]那麼危機發生前的管理機制對政府來說也就發揮著對危機進行預防性規制的重要作用。它要求政府要對危機事件採取主動應對的立場而不是被動反應，危機預警、危機評估、危機知識培訓、危機演練等都是政府建構危機前管理機制的著力點。通過上文可以發現，儘管香港特區政府危機管理機制主要是在一個個具體危機事件的驅動下建立並完善的，但香港政府並不僅僅滿足於對危機的被動式回應，而是在危機應對中結合不同類型危機的具體特點，不斷完善危機前的機制建構：在公共衛生危機領域，1894年鼠疫危機發生時港英政府主要表現為在危機發生後及時採取補救性措施，但其後對預防性醫療服務供給力度的強化、香港衛生防護中心的建立，都在不同程度上體現了政府增強公共衛生危機預防性規制的意識。在突發性自然災害危機領域，2018年超強颱風“山竹”襲港後，保安局特別將《天災應變計劃》的三個部分，由“應變、善後和複原”修訂為“準備、應變和善後”，凸顯了準備工作的重要性。^[32]特區政府在日常管治中也會結合自然災害等危機在香港發生的頻率和概率，制定各種基建設施的設計要求，包括海濱構築物、政府建築物、排水、供水和汗水系統等，強化香港社會整體對突發性自然災害的抵禦能力。

“危機前”的管理機制建構體現了政府在危機應對上的主動性，香港特區政府以長期和短期相結合的思路構建危機發生前的管理機制，有效實現了這一階段危機管理的預防和準備功能，但同時還存在著前瞻性不夠的缺點。從整體上看，香港特區政府在危機發生之前的管理機制，既有長期的預防和準備措施，比如對基建設施的強化、危機應變計劃的制定、危機應對能力培訓的加強等，又有短期的機制設置，比如根據不同類型危機的特點建立相應的預警機制。然而，在風險社會中，風險與危機之間存在著潛在因果關係已經成為共識，突發事件只是將這種潛在的因果關係顯性化。^[33]因此，在危機發生之前，我們要積極的管理風險而不是等待風險出現。^[34]這就對香港特區政府危機前的機制建構提出了更高的要求，要求特區政府危機管理機制要有充分的前瞻性，全面把握影響危機的風險因素，把危機管理機制建構的關口盡量前移，以消弭或減少可能發生的危機。

（二）危機中：決策和動員功能

作為危機管理過程的核心環節，“危機中”的機制建構應注重提升香港特區政府應對危機的效率和效果。危機管理的本質是，它需要一個既使用權威又使用民主的決策程式，在此環境中激發反應者做出一個富有彈性但又極具力度的決定。^[35]在危機日趨複雜多變的近現代社會，這一“反應者”的角色主要由政府承擔。政府需要在危機發生後的短時間內做出決策，並有效組織和動員相關成員投入危機控制及解決中。從港英時起就開始建立的危機發生過程中的管理機制，回歸後也一直保持更新。從上文可以看出，這一環節的機制建構，不僅其運作方式越來越成熟，而且還在區分公共衛生危機和自然或人為造成的危機（包括自然災害、事故災難、社會安全事件等）的基礎上，因應危機的具

[31] Williams, Gruber, Sutcliffe, Shepherd, and Zhao, *Organizational response to adversity: Fusing crisis management and resilience research streams*, *The Academy of Management Annals*, 2017, p733-769.

[32] 《立法會保安事務委員會紀律部隊的應急準備及應變》，立法會CB(2)266/2023(05)號檔。

[33] 參見童星、張海波：《基於中國問題的災害管理分析框架》，載《中國社會科學》2010年第1期，第140頁。

[34] [美]羅伯特·希斯：《危機管理》，王成、宋炳輝、金瑛譯，中信出版社2004年版，第38頁。

[35] [美]羅伯特·希斯：《危機管理》，王成、宋炳輝、金瑛譯，中信出版社2004年版，第181頁。

體形勢，按照風險分級來啟動相應級別的決策和執行機制。各有關部門和機構的職責，不僅會因緊急事故性質的不同而有異，也會隨緊急應變階段的改變而有所分別。這套機制中力求精簡的決策結構、按照風險等級對部門職責的動態調整等設置，都使得特區政府在危機發生時可以迅速反應、快速處置。此外，香港特區政府“危機中”的機制建構還有一個特點，就是注重引入專家和科技的力量輔助危機的控制及最終解決。以公共衛生危機為例，從應對1894年鼠疫危機，到SARS疫情危機，再到新冠肺炎疫情危機，專家和科學技術一直在其中發揮著不可或缺的作用。

“危機中”的管理機制建構體現了政府在危機應對上的及時性，但這種及時性中尚且存在著執行成本較大的隱憂。一項基於新冠肺炎肺炎疫情而對中國大陸、香港、日本、新加坡、韓國、越南等地進行的對比研究顯示，香港在危機應對的及時性方面處於領先位置。^[36] 這種及時性優勢，很大程度上源於香港特區政府基於公共衛生危機和自然或人為造成的危機兩種不同危機類型，所形成的兩套層級分明但又權責清晰的政府危機管理機制。然而，多項針對危機管理效能的研究表明，危機管理機制的效果與利益相關者（通常是指承擔風險的人）的回饋具有較強的相關性。^[37] 不同利益相關者基於不同的立場，可能會對政府的同一危機管理措施產生不同的理解，從而使政府推行的措施陷入爭議之中，影響相關措施的實際效果，這種現象在“修例風波”、新冠肺炎疫情危機中都曾出現過。新冠肺炎病毒在社區蔓延時，特區政府需推出涵蓋面及規模更大的防控防疫及應變措施，當中不乏多項強制性措施，如針對無病征人士推出強制檢測及檢疫安排、限制本地餐飲及指定處所的營運模式等，以及第五波疫情襲港時“清零”還是“共存”的抗疫路線，都曾引起較大爭論。“修例風波”期間，有關警方執法的各種質疑也時有出現。在這種情況下，政府為控制和解決危機而推行的措施，反而因為利益相關者對政府管理措施心理認同感和行為依從性的降低，無形中推高了危機解決的執行成本。

（三）危機後：恢復和學習功能

作為危機管理過程的最後環節，“危機後”的機制建構應當注重提升香港特區政府從危機中恢復的能力以及未來對危機事件的回應能力。危機事態得到控制，並不意味著政府危機管理任務的結束。一套完善的政府危機管理機制，應當具有從危機中檢視不足、轉“危”為“機”的能力。強調政府在危機結束階段的機制建構，不僅是為了社會、經濟及實際情況和利益相關者的情緒盡快從危機狀態回復正常，更進一步的，是為了推動政府從危機回饋中獲得經驗並提升危機應對能力，從而建立一個更具“韌性”的危機管理機制。也就是說，政府危機管理機制應當具有恢復和學習功能。從特區政府危機管理實踐來看，恢復和學習功能在香港特區政府危機管理機制中的實現，主要體現在以下幾個方面：一是危機事件結束後基礎設施的恢復和重建。“修例風波”期間，特區政府從2019年11月起就成立由政務司司長統籌協調的行動小組，職責包括清理受堵塞的道路、搶修被破壞的公共設施。二是紓解受影響民眾心理，解決公眾心理需求。“修例風波”期間，暴力示威活動致使社會氣氛緊張，香港紅十字作為負責香港本地賑災及心理支持服務的專業機構，自2019年6月中旬起就持續為受社會事件

[36] Chen, S.; Guo, L.; Alghaith, T.; Dong, D.; Alluhidan, M.; Hamza, M.M.; Herbst, C.H.; Zhang, X.; Tagtag, G.C.A.; Zhang, Y.; et al. Effective COVID-19 Control: A Comparative Analysis of the Stringency and Timeliness of Government Responses in Asia. *Int. J. Environ. Res. Public Health*, 2021, <https://doi.org/10.3390/ijerph18168686>.

[37] See Jonathan Bundy, Michael D. Pfarrer Cole E. Short, W. Timothy Coombs, *Crises and Crisis Management: Integration, Interpretation, and Research Development*, *Journal of Management*, 2017, p1661-1692; 趙鵬：《知識與合法性：風險社會的行政法治原理》，載《行政法學研究》2011年第4期，第46-53頁。

影響的人士安排心理學家和義工提供情緒支援。^[38] 三是適時更新法律政策框架，以有助於未來危機事件的解決。2008年大暴雨後對緊急應變系統的檢視和強化、SARS疫情危機後由《預防及控制疾病條例》取代《檢疫及防疫條例》等做法，都體現了特區政府對危機管理法律政策框架的與時俱進。

“危機後”的管理機制建構體現了政府在危機應對上的回應性，有鑒於危機帶來的負面影響的破壞性和長期性，香港這種“危機後”管理機制的建構也應當從更加長效和系統的角度加以考量。雖然香港政府從現代化危機管理機制在香港建立時起就開始有意識地進行危機恢復和危機學習，並且形成了基礎設施、社會心理、法律政策三個基本的應對方向。然而，現代社會作為一個風險社會，危機來源的多元化及不同類型危機相互疊加爆發的趨勢，要求危機後的管理機制建構必須更加長效和系統。比如，2008年特大暴雨過後特區政府就曾意識到斜坡等基礎設施加固的問題，但同一類問題在2023年9月爆發的“黑色暴雨”危機中同樣存在。這啟示我們，在危機救援階段結束後，不應過早關閉危機學習的“機會窗口”，^[39] 而是要在危機應對中全面系統地反思不足、汲取經驗，從中尋找應對未來危機長效機制的發展方向。

四、香港特區政府危機管理機制的優化路徑

政府危機管理是一個動態變化的系統過程，香港建立的涵蓋危機事前-事中-事後各個環節的政府危機管理機制，符合現代風險社會危機全過程管理的現實需要，總體上可被視為良好有效。但不可否認的是，這一機制同時也存在著前瞻性的不足、執行成本較大等不足之處。對此，可在危機管理全過程視角的指引下，進一步對香港特區政府危機管理機制進行優化。

第一，銜接“危機後”與“危機前”的機制建構，在對政府危機管理機制構建需求的前瞻性把握中實現全過程精確化管理。如果說危機社會是一個充滿不確定的社會，那麼我們唯一可以確定的就是危機事件發生的確定性。在危機事件必然發生的認知前提下，減少生命和財產暴露於災害隱患及其影響，從根本上減少從災害中恢復的需要，可能更具成本效益。^[40] 要減少生命和財產暴露於災害隱患及其影響，一個可行路徑就是銜接“危機後”與“危機前”的機制建構。對香港特區政府來說，做好“危機後”與“危機前”的機制銜接，不僅是要把危機管理機制的重點轉移到“危機前”的預防，還要求特區政府要通過對既往發生的危機事件的全面檢視，確定調整並完善“危機前”危機管理機制的目標和重點。這種目標和重點的確定，來源於政府對既往危機事件危險來源與風險隱患的整體識別與處置，以及對不同類型危機發生的深層次機理的系統梳理。在此基礎上，通過適當的常態化機制建構，使政府從既往危機學習中確定的危機管理機制完善目標和重點能夠穩定地反饋於未來的危機應對中，從而分散和稀釋未來可能發生的危機事件帶來的潛在風險，避免或減少同類型危機事件的再次發生。

[38] 《香港紅十字會：超1400位港人因修例風波尋求心理支援服務，包括幼兒》，載文匯網，<https://wenhui.whb.cn/third/baidu/201912/10/307771.html>，2023年7月3日訪問。

[39] 參見張海波：《應急管理的全過程均衡：一個新議題》，載《中國行政管理》2020年第3期，第129頁。

[40] 陳英凝、洪幾正、黃智誠：《以前瞻性減災策略 應對極端天氣》，載明報新聞網，<https://news.mingpao.com/pns/%E8%A7%80%E9%BB%9E/article/20230920/s00012/1695141101199/%E9%99%B3%E8%8B%B1%E5%87%9D-%E6%B4%AA%E7%A3%AF%E6%AD%A3-%E9%BB%83%E6%99%BA%E8%AA%A0-%E4%BB%A5%E5%89%8D%E7%9E%BB%E6%80%A7%E6%B8%9B%E7%81%BD%E7%AD%96%E7%95%A5-%E6%87%89%E5%B0%8D%E6%A5%B5%E7%AB%AF%E5%A4%A9%E6%B0%A3>，2023年10月28日訪問。

第二，加強政府危機管理中的溝通機制建設，在對政府危機管理機制實施環境的優化中實現全過程有效性管理。在危機應對中，政府作為危機管理者與作為風險承擔者的社會公眾在資訊獲取方面是十分不對稱的。危機管理要依賴資訊交換能力和危機管理者依據收集的資訊制定有效行動方針的能力。^[41]其中所指的資訊，就包括社會公眾對政府危機管理措施的回饋資訊，這類資訊需要政府在與社會公眾的雙向溝通和互動中獲取。正如有研究者在透視香港新冠肺炎之下的危機管治時所說，“病疫危機從來不單是一個醫療衛生問題，危機就是政治，決策考量上須面向多向，既重科學也是藝術，最終須回應民情政情，不存在絕對。”^[42]對香港特區政府而言，在危機應對中，能否回應社會公眾對危機發生的原因、自身保護、責任承擔等方面的現實關切，並在多大範圍內與社會公眾在危機溝通中建立信任關係，是香港特區政府危機管理能否取得預期效果的關鍵影響因素。而危機溝通機制在香港特區政府危機管理機制中的建立，既可以確保政府進行危機管理措施的選擇對社會公眾是在充分溝通中形成的，增強社會公眾的公共安全和危機應對的意識，又可以借此與社會公眾形成情感上的互動，建立社會公眾對政府危機管理機制的信任，形成政策共識。

第三，動員多元社會力量參與政府危機管理，在對政府危機管理機制的多元主體參與建構中實現全過程開放性管理。隨著風險社會的來臨，各種危機發生的概率、頻次和強度也在增大，對政府危機管理機制的建構提出了更高要求，尤其是與社會力量合作的要求。雖然作為應急服務機構的醫療輔助隊、民眾安全服務隊等均屬於“政府機構+志願者”的組織形式，一些非政府組織如香港紅十字會也參與到香港政府的應急服務中，^[43]但是從近些年特區政府應對“修例風波”及新冠肺炎疫情的表現來看，特區政府對社會力量的動員尚顯不足。比如新冠肺炎危機的嚴重程度前所未有，需要政府醫療衛生單位及不同部門、社區、公私營機構以至全民配合，但是醫管局在疫情期間加強公私營合作的舉措，例如擴闊部分現行公私營協作計劃的服務範圍，或聯系私家醫院及私營醫療機構開展新公私營協作計劃等，卻始終使部分病人（如居住偏遠地區及內地港人）未能及早就診、按時複診及取藥，影響治療進程。^[44]而動員社會力量廣泛參與政府危機管理活動，不僅有助於節約危機治理成本、增強政府危機治理效能，實現應急管理關口前移和重心下移，而且可以減少政府與社會公眾的政策溝通成本，進一步增強社會公眾配合政府危機決策的主動性和積極性。

第四，統籌政府危機管理的短期、中期和長期機制建設，在對政府危機管理機制的系統性構建中實現全過程整體性管理。危機事件雖然具有發生上的突發性和管理上的緊迫性，但是政府的危機應對並不是僅僅針對當下發生的危機事件，而是具有長遠性和持續性。有鑒於政府危機管理的這一特性，在建立與危機事件演化周期也即危機前-危機中-危機後相適應的危機管理機制的基礎上，香港特區政府還應遵循危機管理周期規律，從短期、中期和長期的角度優化危機管理機制。這要求特區政府一方面要關照當下，在危機事件發生後，通過危機學習和危機溝通建立快速回應和動態決策機制，實現危機管理在短期內的效果提升；另一方面，也要關注短期機制和中長期機制的銜接，從更為宏觀和系統的視角，充分考慮不同危機情境下政府危機管理的任務要求、不同階段政府危機管理機制的交互提升原理，統籌確立香港特區政府危機管理機制完善的中長遠目標，從整體上提升香港社會應對危機的長遠能力。

[41] [美]羅伯特·希斯：《危機管理》，王成、宋炳輝、金瑛譯，中信出版社2004年版，第181頁。

[42] 張炳良：《疫變：透視新冠病毒下之危機管治》，中華書局（香港）有限公司2022年版，第143頁。

[43] 參見嶽經綸、李甜妹：《合作式應急治理機制的構建：香港模式的啟示》，載《公共行政評論》2009年第6期，第81-104頁。

[44] 智經研究中心：《共塑韌性城市：提升香港應對公共健康危機能力》，研究報告，2022年3月，第90頁。

Abstract: Since the British Hong Kong period, the Hong Kong government has begun to establish a modern crisis management mechanism. After the handover, the HKSAR government's crisis management mechanism has gradually improved after several major crises of different types, such as the SARS epidemic, the Severe Rainstorm on June 7, 2008, disturbance over proposed legislative amendments in Hong Kong and the COVID-19 pandemic. From the perspective of the whole-process crisis management of the government, the crisis management mechanism of the HKSAR government has basically achieved its expected functions, including prevention and preparation before the crisis, decision-making and mobilization during the crisis, and recovery and learning after the crisis. However, this mechanism still has shortcomings such as insufficient foresight, high implementation costs, and insufficient long-term effectiveness and system. In this regard, the HKSAR government can optimize from four aspects: establishing a mechanism to connect "post-crisis" and "pre-crisis", strengthening the construction of communication mechanisms in crisis management, mobilizing multiple social forces to participate in government crisis management, and coordinating the implementation of short-term, medium-term and long-term mechanism building for crisis management.

Key words: Hong Kong; Crisis Management; Government Crisis Management Mechanism; Historical Evolution; Function

(責任編輯：馬志遠)

事實如何造就法律：以制度為視角的法律事實前溯

黃競天*

摘要 法律事實是抽象規範與具象現實的聯結點。生活事實可以被萃取為規範性對象，以法律事實的面相進入法律領域。法律的強制力是這一過程的外驅力，而通過法學制度論的視角，可以提供另一個內驅視角。法律是一種源於曆史的制度，法律規範亦是一種已存在社會文化之中制度事實。它從實踐中產生並獲得了權威，構建了社會秩序。制度作為前見潛移默化地影響著人們的行為。而人們在歷史中的不同實踐，也讓眾多“理念”發展為“時代精神”，再成為“法律概念”，並逐漸構建、更新“法律體系”。

關鍵詞 法律事實 生活事實 制度事實 法學制度論 時代精神

一、問題的提出：生活事實如何成為法律事實？

法律有所涉，有所不涉。法律關注的是人的行為，調整的是人與人之間的關係。但並非所有的人際行為，都在法所管轄的範圍之內。在古羅馬時期，自然法學者們主張，除了人與神或與動物間的關係外，剩下的人類社會之種種，皆是法律調控的範圍。這一觀點一直延續到十九世紀，彼時仍有學者主張，“人類生存與活動領域不存在法律真空^[1]”。然而人們很快發現，即便是人類社會的事物，法律也有無法觸及之處。一場關於“法外空間”的百年議論就此展開。

“法外空間”的概念，最早在1892年由德國學者貝格勃姆（Bergbohm）在其著作《法理學與法哲學》中明確提出的。貝格勃姆認為，人類的行為、狀態以及其他外在關係中，總存在著法律無法企及的領域，這就是法外空間。^[2]很多學者均從法理學的角度肯定了法外空間之存在。凱爾森

* 黃競天，澳門大學法學院博士研究生，浙江傳媒學院文學院教師。誠摯感謝唐曉晴教授對本文提供的幫助。

[1] Brinz, Über die Zeit im Recht, 1882, S. 5. 轉引自：王鋼：《法外空間及其範圍——側重刑法的考察》，載《中外法學》，2015年第06期，第1544-1572頁。

[2] Vgl. Philipps, Sinn und Struktur der Normlogik, ARSP 52(1966), 195, 205. 轉引自：王鋼：《法外空間及其範圍——側重刑法的考察》，載《中外法學》，2015年第06期，第1544-1572頁。

(Kelsen)指出,法秩序只能在特定範圍內調整人的行為。^[3]考夫曼(Kaufmann)定義:“法外空間意指,法律秩序對相關行止放棄評價。由行為人自行負責其行為的正確性。^[4]”拉倫茨(Larenz)將“法外空間”界定為“法秩序不擬規整的範圍”,亦論述“純粹內在的心路歷程與態度、思想、感覺、意見、確信、好惡等,依其本質非法律可及”。^[5]菲肯切爾(Fikentscher)提出,人類社會除了法律之外還存在著倫理、宗教等其他規範,這些規範都在法律效力範圍之外,人們無從也無需將其評價為合法或者違法,故而其應當屬於法外空間。^[6]

雖然學者們對法外空間的具體界定略有差異,但總體都將人類社會的種種事務分成了受到法律調整與不受法律調整這兩大部分。這一區分方式被沿用到了現代法律體系中,用以區分法律介入或不介入實際生活的邊界。例如,我國《民法典》限定民法調整平等主體之間的人身關係和財產關係。^[7]《民事訴訟法》規定,起訴必須屬於人民法院受理民事訴訟的範圍和受訴人民法院管轄。^[8]並非所有主體間的所有行為都受到法律調整,因此,在法律規範在對生活事實進行調整時,也必須注意法律介入生活的程度:有一些生活事實是可以構成法律事實,從而進入法律調整範圍;而另一些生活事實則應繼續停留在不受法律調整的法外空間之中。法外空間是法律為其調整的範圍自定的邊界。

法律的邊界並非恒定的、固定的,而是動態的、交互的。

若要觀察生活事實從法外空間到法律調控範圍內的流動關係,“情誼行為”理論的形成是一個極好的案例。情誼行為位處道德和法律的交叉領域,於1903年最先作為德國帝國法院的實際判例出現。^[9]隨後,通過一系列的相關判例,情誼行為逐漸上升為習慣法層面上的概念,並引發了歐洲法學界對法律介入現實生活問題的持續討論。在經過理論和實務領域的一系列交叉互動後,這一概念最終被總結到法學教科書的理論概念中,並持久影響了法律對實際生活的調整。

情誼行為從法院判例到法學理論的過程,說明了位處法外空間的社會生活種種,是可以通過一定的過程進入法律的範圍的。但這一過程如何實現?該問題亦在法理學領域關於法律源頭的討論中占據著不可或缺的位置。人們不能大而化之地僅僅將此歸因於前置的立法環節或形而上學的法律構成,這將使得法律的正當性再次陷入虛無。

以法律事實的產生為對象進行前溯,是觀察這種邊界與流動的好方法。對於實證法學家們來說,事實(更明確地說,應是從生活事實到法律事實的法律實踐過程)是決定法律內容的因素之一。在哈特的觀點中,法律的存在和內容被視為一個社會事實。^[10]因此,事實對法律的影響是毋庸置疑的。本文的任務,就是通過詳細梳理生活事實何以被提煉為法律事實、從而進入法律的過程,進而探討法律體系建構的源頭。

[3] 參見[奧]凱爾森:《法與國家的一般理論》,沈宗靈譯,中國大百科全書出版社1996年版,第140頁。

[4] [德]阿圖爾·考夫曼:《法律哲學》,劉幸義譯,法律出版社2004年版,第327-328頁。

[5] Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 192.

[6] Vgl. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV, 1997, S. 165 ff., 173. 轉引自:王鋼:《法外空間及其範圍——側重刑法的考察》,載《中外法學》,2015年第06期,第1544-1572頁。

[7] 《中華人民共和國民法典(2021)》第一編,第一章,第二條。

[8] 《中華人民共和國民事訴訟法(2022)》,第十二章,第一百二十二條。

[9] RG. in RGZ. Bd. 54. S. 73ff. Vgl. Guido Dahmann, Gefälligkeitsbeziehungen, Dissertation Friedrich- Alexanders- Universität 1935. S. 14. 轉引自:王雷:《情誼行為、法外空間與民法對現實生活的介入》,載《法律科學(西北政法大學學報)》,2014年第06期,第42-51頁。

[10] Mark Greenberg, *How Facts Make Law?*, Legal Theory, Vol.10, Issue3(September 2004), p.157-198.

在進一步展開探討以前，首先要厘清生活事實、法律事實、自然事實、具體事實、社會事實、原始事實、制度事實等基本概念及其區分。

首先是一系列根據事實的法律屬性來區分的概念：根據黃茂榮的定義，生活事實是所有“與人有關的事實”，其中包含了受到法律調控的事實，以及不被法律管理的“法外空間”；法律事實則是“經法律對之加以規定的生活事實”。^[11] 自然事實是民事法律事實的分類之一，指與人的意志無關的、能引起民事法律關係發生，變更或中止的客觀現象。具體事實的概念囊括了世界上的所有事實，包括與人有關的生活事實，或與人無關的事實。在一些法學學者的論述中，具體事實的用法與生活事實基本一致，主要指未經法律調控的所有事實。^[12] 社會事實的概念與生活事實基本一致，主要描述人類社會中發生的種種事實。這是一種社會學概念，在法學論著中並不多見。

此外，語言哲學家們提出了原始事實（Brute Facts）與制度事實（Institutional Facts）這一對源於語言哲學的相反概念。英國語言哲學家塞爾（J. R. Searle）認為，原始事實是與人無關的、不取決於人類社會而存在的事實，如自然界的月盛日落、草長鶯飛、雲消雨霽，其存在獨立於觀察者，內在於自身本質。而制度事實是依賴人的主觀意志所產生的，其背後有著相應的制度作為行為規則體系。制度事實包括了人類社會本身與其中的種種規則，它們的存在與變化緊密依賴人類思維，觀察者的態度是區分它們的直接條件。法律事實就是一種典型的制度事實。^[13]

在本文的闡述中，主要將用生活事實與法律事實兩個概念來區分是否經過法律規範的人類社會的種種事實。此外，本文以法學制度論（Institutionalism）^[14] 為論證視角，亦將用到制度事實的相關概念。

二、法律事實的前溯：探索法律規範的效力來源

（一）法律規範：作為法律事實與生活事實的連接點

在大多數的法律教科書與法律實踐的操作手冊中，人們往往基於法律概念的前置存在，來觀察法律事實。許多民法教科書中都提到：法律事實存在於法律關係的建立、撤銷和變更之中。^[15] 若人們要進一步理解“法律關係”與“法律事實”的概念，就會得到這樣的回答：法律關係是法律確定的關係，法律事實是具有法律意義的事實。這樣一來，在既定前見的影響下，法律工作者們投身具體個案或埋首成文法條，從教義法層面進行法律效果之推導。但本文將回到這一前見之中，重新探討：當法律篩選生活事實之時，其範圍邊界究竟在哪裏。

法理學界的法學家們早已注意到了法律事實與自然事實之間千絲萬縷的動態聯系，以及法律規範在兩者間的重要位置。卡爾·恩吉施(K. Engisch)通過梳理《德國民法典》中對“親屬”概念的規定，提出了法律的幾個特征：其一，“法律一開始便‘屈從’於自然”，即法律事實最初是從生活事實中提煉與產生的；其二，“法律的思考可能與自然思考發生沖突”，一旦升格為法律事實，就無需與

[11] 黃茂榮：《法學方法與現代民法》，法律出版社2007年版，第230，232頁。

[12] 常鵬翱：《法律事實的意義辨析》，載《法學研究》，2013年第05期，第3-23頁。

[13] J.R. Searle, *Speech acts: An essay in the philosophy of language*, Vol. 626, Cambridge university press, 1969, p.51.

[14] 法學制度論相關討論，請參見：唐曉晴、黃競天、張笑然：《法學制度論學說史綱》，載《湖湘法學評論》2022年01期，第59-79頁。

[15] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第16頁。

自然中的生活事實保持一致；其三，“立法者今天比昨天更努力地實現兩者（法律事實與生活事實）的一致”，這說明了法律事實的提煉方法會隨著立法者所處的時代而發生改變，體現了法律的制度性。^[16]恩吉施描述了法律事實與自然事實彼此獨立卻又相互轉化的狀態，而兩者之間的聯結所在，在於法律規範（法律條文）。千變萬化的生活事實，必須經由法律規範的評價與描述，才能成為符合法律評價標準的法律事實，並進入法律的評價範圍；與此同時，法律規範亦須依據待評價的生活事實來選用，並在必要時進行具體化與適當演繹。生活事實與法律事實的相互轉化，是通過法律適用的過程來展現的。

在黃茂榮的總結中，法律適用包括了法律事實的認定與法律規範的萃取兩個部分，兩者相輔相成：法律事實的認定必須取向於法律規範，法律規範之萃取及其具體化也必須取向於具體的法律事實。^[17]一方面，法律事實的認定，是以法律規範為標準來評價生活事實的過程。由於生活事實源於自然且涵蓋了人類生活中的一切事項，若想利用法律的三段論演繹推理來處理，就需借助法律邏輯對其進行篩選，減除規範層面沒有意義的部分，並用法律語言評價剩餘具有法律意義的部分。法律工作者們（法官）需要取向法律規範，將他們從生活事實中提取到的要素，與法律規範中相關法條的構成要件相對應，用法律語言來陳述生活事實。這樣一來，法律得以適用於生活事實；經過法律調整的部分生活事實也便有了法律意義，成為了法律事實。另一方面，法律規範之萃取主要用於以下情境：若不能順利將生活要素涵攝到既定法條的構成要件之中，則立法者們需取向於生活事實，根據實際情況來具體化相關法條。故而，法律工作者們一方面取向於法律規範，用具有法律意義的陳述將生活事實升華成法律事實，成為三段論的小前提；另一方面，再通過對照具體個案中的實際情況，將法條具體化為針對該生活事實的大前提。法律工作者們來往於法律事實與生活事實之間，最終形成判決。法律適用的過程是生活事實被挑選成為規範性對象，從而以法律事實的面相進入法律制度的過程。而在這一過程中，法律規範起著重要作用。

由此可見，法律規範連接著法律事實與法律結果。法律事實以法律概念為事實構成，對生活事實進行了篩選與重構，以此與個案中的實際情況相連接。而法律結果以“事實構成”為前提，對於個體的權利和義務進行了預設。法律結果中的權利是由法律秩序被賦予給個人的、滿足其利益的法律權力；而義務是以特定“事實構成”為前提條件的，個體行為的應然。^[18]法律結果以權利和義務為內容，指示著權利和義務的存在與否。法律規範在串聯起法律事實與法律結果的同時，亦連接了實然的生活與應然的權利與義務。因此，它不僅是生活事實賴以進入法律評價的實然標準；亦是一種假定的應然規範。^[19]

法律規範是應然與實然的連接點，位處於法律事實與生活事實的中心位置。圍繞著法律規範展開的法理學命題中，最為火熱的討論之一當屬法律規範的效力來源爭議：法律規範的效力從何而來？法律如何能賦予義務，並對其調控對象的行為產生義務的束縛，或用休謨哲學來描述，法律如何成為“應然”？

為了解答這個問題，法學家們首先考慮到了法律的強制力特征。

[16] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第9-11頁。

[17] 黃茂榮：《法學方法與現代民法》，法律出版社2007年版，第230、233-234頁。

[18] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第23頁。

[19] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第18頁。

自然法學領域自不必說，就連實證法學界的學者們，在很長一段時間以來，都以一種外部視角來觀察法律規範的強制力。^[20] 在這種視角下，法律規範就是強制性規定。^[21] 法律規範的本質就是連接某些強制性的行為結果與具體的事實條件這一思路導致了法律不得不探尋足夠的外力支持，以確保自身強制力與效力。故而，將法律與外部強制力畫上等號、將法的有效性取向於主權者與國家形式成了當時法學家們的主要研究趨勢。奧斯丁（J. L. Austin）將法律界定為主權者發布的、以威脅（制裁）為後盾的命令。邊沁（Jeremy Bentham）認為法律是統治者的意志體現，但是統治者的命令可能會強加實體義務給除了統治者自己之外的人。凱爾森（Hans Kelsen）反對這樣的命令，但他認為法律體系是“強制的命令^[22]”，每一條規範都是用以授權國家機關制裁犯科者。

法律作為一種社會制度，其起源並非“成文法”概念的起源。兩者的混淆是隨著近代法律成文化趨勢產生的現象。由於法律制定是國家職權的標志，所以人們自然將法律的產生於國家的主權畫上了等號。而事實上，法律作為一種社會性的存在，往往相對獨立於國家等政治形態。兩者的產生、存在與延續並非完全一致。法律有其基本的原則與特定的形態，而這些專屬於法律的原則與形態，是經過歷史的驗證與承認的。此外，法律實踐中，亦存在著多樣的主體形態，譬如國際法、教會法、以地方為單位的法規、甚至是某一組織自定的規章制度。即便他們並不以國家為單位，卻與上述以主權國家為基礎的法律一樣具有強制力與約束性。法效力問題並不能單靠規範邏輯就得以澄清。法學上的效力概念尚有社會學和道德學上的面相，尤其涉及法的可接受度與有效性問題上。

若從外部視角觀察，固然能夠描述法律帶來的強制效果，卻不能解釋法律作為人們的“義務”而使人產生遵從動力的內驅力。事實上，法律規範不僅具有強制力、約束力等通過外部視角進行描述的客觀特征，亦有與人的意志、道德、意思有關的內部視角下的主觀要素，譬如“善良風俗”“意思表示”等等社會及道德面向。這種法律的內部視角，令人們得以通過意志來塑造自身的生活關係，更帶來了法律的可接受度與有效性。

（二）法律規範的內部觀察視角

同為英國的法律實證主義（Legal Positivism）的代表性學者，H.L.A.哈特對法律外部觀察視角提出了反對。他曾用搶劫犯的例子來批判法律強制力的外部來源說：若法律的強制力僅來源於國家機器等外部因素，則法律的命令將不啻於搶劫犯的“命令”。銀行職員面對持槍打劫的歹徒被迫交出錢的舉動，絕非等同於他的“義務”。因此，命令雖強迫服從者產生了行為動機，但這並非“義務”的全部。^[23]

不同於奧斯丁、凱爾森等學者對主權者的傾向與國家強制力的依賴，哈特的理論以現代分析哲學作為特征，以人們對社會規則的遵循為切入點，以此對照並補充法律的其他面向。

哈特對照“習慣”，總結了“社會規則”的特征。一方面，社會規則與習慣一樣，都會產生“群體一致性（convergence）”。社會規則自產生後，就將成為整個群體所遵循的一般標準，並產生具有趨同性與同一性的社會實踐。另一方面，社會規則與習慣之間的主要差別是：人們不遵照習慣行動並不會導致負面結果，但若違反社會規則就會遭到不同形式的批判。哈特認為，促使規則使用者遵守規

[20] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第6-7頁。

[21] [奧]凱爾森，《一般國家學說》，1925年，第10A節。[德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第17頁。

[22] [奧]凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，商務印書館2013年版，第13頁。

[23] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第19頁。

則的壓力源於使用者內部。規範的使用者們具有如下的共識：一個群體的成員必須遵守其規則，對規則的違反應該受到批判。這一特征被稱為“批評反思的態度（critical reflective attitude）”，體現了社會規則的內在面。^[24]

對於外部觀察的視角來說，只要法律具有懲戒的強制力，就能賦予權力。因此，並不需要一種功能單一的賦權法律。哈特因此提出，人們的遵循法律動機不能僅僅被歸因為“被迫”，法的強制力還有另一個面向，即人們自發地在特定情形下改變法律關係，也就是賦權功能。

對此，哈特提出了雙層規則的設想。他將法律分為初級規則（primary rules）與次級規則（second rules）兩種類型。初級規則亦稱為強制規則（duty-imposing rules），負責調控人類社會的大多數生活事實，並科以義務，也就是大多數普通人眼中的“法律”。然而，初級規則本身是存在缺陷的：它無法解決為自身劃定內容和適用的範圍；它很難改變；當違規行為發生爭議時，缺乏作出決定的權威機構。因此，初級規則需要由次級規則來調控。

次級規則又被稱為賦權規則（power-conferring rules），可以再被細分為三類：第一類為“承認規則”，可為判定什麼是法律提供標準；第二類“變更規則”，可授權部分人廢止舊規則，啟用新規則；第三類為“裁判規則”，可以授權人群中的小部分人成為規則的權威（譬如法官），這些人有權判定第三者的行為是否違反了第一性規則，並按照一定的程序對違反者予以懲戒。^[25]其中，占據核心地位的是承認規則。它既是法律的判斷標準、又是法律體系存在的基礎，對法律詮釋環節有著重要影響。

哈特的著作《法律的概念（The Concept of Law）》受到追捧，但他的理論仍有未盡之處。畢竟，在普通民眾的理解中，法律體系高深而複雜，與哈特描述的“社會規則”概念大相逕庭：在現實社會中，法律常常被違反與打破，普通民眾往往並不通曉深奧、抽象的法律規範，更遑論持有批評反思的態度了。故而，哈特強調，自己的社會規則理論只適用於承認規則。^[26]法律工作者們（法官）在判斷什麼是法律時，即是在進行從生活事實到法律事實的篩選。在篩選的過程中，職業群體的行為體現出了一致性。而這種一致性來源於整個職業群體持有的批評反思態度。

哈特用“法效力（Validity）”進一步推導了約束力從承認規則到一般規則的傳導：只有當一個規則被承認規則識別後，它才能被稱之為一個有約束力的規則。因此，對廣大民眾施加義務的第一性規則，其效力來源於第二性規則中的承認規則。而承認規則是一種由小範圍的專業法律工作者們組成的小社會中的社會規則。承認規則不僅在這個小社會內部呈現出行為的群體一致性，且成員對承認規則的違反行為持有著批判反思的態度。這樣的內外雙重驅力使得上述小社會的成員們擁有了遵守該規則的動力。由於承認規則決定了第一性規則。因此，承認規則的效力便從小範圍的法律工作者群體，傳到了更廣大的社會層面。

作為法律實證主義學者，哈特的理論是以“使用”為基礎的。他的承認規則之有效性基於其“被使用”的事實：正因為實踐者群體（如法官們）擁有某種識別法律的共識，並運用某種相同的規則來進行法律的識別，因此承認規則“有效”。這種內部觀點是建立在外部環境基礎上的：即法律體系具有社會普遍實效的事實背景。如果大家都不接受法律作為背景的外部環境，那麼承認規則也就不存在

[24] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第53-54頁。

[25] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第76-94頁。

[26] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第237頁。

了。但若要再深入追溯承認規則的正當性，哈特就只能提出“承認規則的存在是一個事實問題^[27]”。他將承認規則視作既存的標準，就如同巴黎的標準米尺一樣。標準米尺是所有長度測量的終極標準，人們依靠它來測量一個東西到底有多少米，但標準米尺本身究竟是不是一米，已經無法判斷了。

承認規則基於“存在即事實”的前提獲得效力，這不僅是哈特理論的基礎論點，亦是其理論的主要爭議所在。就比如說，哈特用規則的開放結構（open texture）概念來解釋實際存在的規則模糊地帶，用自由裁量概念來合理化具體個案中法官們的創造空間。^[28]但爭議在於，法官在進行自由裁量時是否援引某種道德原則，而這種原則是否也是支撐法律開放結構的核心支點。很明顯，在法律實踐之中，人們會因為內心的道德準則來遵守某種行為義務。這種源於內心道德準則的義務，並不會因他人是否遵守而改變，也不必然具有群體的一致性。^[29]

對此，哈特與其門徒德沃金（Ronald Dworkin）、拉茲（Joseph Raz）等學者開展了一場超過半個世紀的法哲學辯論。這場辯論的核心在於法律與道德是否具有必然性的關聯（即分離命題the separation thesis^[30]）。不同於哈特對法律與道德必然關聯性的否定，德沃金支持道德與法律的必然關聯，但這卻讓他偏離了法律實證主義道路。而拉茲堅持捍衛法律與道德概念的嚴格分離原則，但為此，他不得不將具有濃厚道德色彩的法律推理過程從法律的“本質”中驅逐出去。^[31]

以此為背景，哈特的另一弟子，被稱為“後哈特主義者^[32]”的蘇格蘭法學家麥考密克（Neil MacCormick）與捷克邏輯學家魏因貝格爾（Ota Weinberger）共同提出了新法學制度論學說。

該學說與十九世紀末興起的、以歐裏烏（Maurice Hauriou）、羅曼諾（Santi Romano）、施密特（Carl Schmitt）等學者為代表的傳統法學制度論相比，有所傳承亦有所揚棄。傳承之處在於，新法學制度論延續了傳統法學制度論的實踐視角，在強調法的社會屬性的基礎上，將制度現象作為理解法律規範實現過程的手段；揚棄之處在於，新法學制度論並沒有延續以政府、國家為主要研究對象的政治性方向，而是轉向為對個人行為與選擇的研究，旨在用一種制度成員的內部視角來理解法律制度的形成，以此取代傳統制度論。^[33]

新法學制度論學說與哈特的內部觀察視角一脈相承，重新回歸到了法律實證主義的理論道路中。

[27] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第103-104頁。

[28] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第118頁。

[29] 對此，德沃金就提出了慣習道德和協同道德：對於前者來說，人們之所以遵守是因為他人也都遵守，而對於後者來說，人們往往會因為內心的道德確認來遵守，無論他人對此抱有何種態度，採取何種行動。Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p.14.

[30] 關於“分離命題”，德國法律哲學家Alexy也參與了這一爭論。王鵬翔教授曾發表多篇研究論文對該論題解釋與展開，參看王鵬翔：《法概念與分離命題——論Alexy-Raz關於法實證主義之爭》，載《中研院法學期刊》，2009年第5期，第229-289頁；王鵬翔：《獨立於內容的理由與法律的規範性》，載《中研院法學期刊》，2012年第11期，第203-247頁；王鵬翔：《法律的根據與法律義務的性質》，載《政治與社會哲學評論》第65卷，2018年，第91-154頁。

[31] Massimo La Torre, *Reform and Tradition: Changes and Continuities in Neil MacCormick's Concept of Law, Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory*. Springer, Dordrecht, 2011, p. 55-67.

[32] 餘濤，狄慧民：《作為法律規範性來源的慣習性規範——基於麥考密克的法律制度理論》，載《法學雜誌》，2014年第11期，第64-71頁。

[33] 社會科學領域的“舊”制度論主要指十九世紀末、二十世紀初，以馬克思·韋伯為代表的學者們，主要研究國家、政府、官僚機構等社會組織結構及政治制度，側重於從比較的角度分析政府和國家的正式制度。“新”制度論主要指發生在二十世紀七、八十年代的研究方法論轉型，代表人物有約翰·W·邁耶(John W. Meyer)、道格拉斯·諾斯(Douglass North)等。“新”制度論主要關注制度的詳細敘述，較少關注比較分析。

基於哈特提出的規則開放結構與語言的本質有著緊密的相關性（規則由語言表達，而一般化的語言，其本質就是提供不確定的指引^[34]），新法學制度論借力於語言分析哲學中“制度事實”概念，並從“存在”中尋找正當性。

三、從法律事實到制度事實：從“存在”中推導“正當”

（一）制度事實的主觀面向

在開始新法學制度論的理論敘述之前，本文首先要闡述源於語言分析哲學的“制度事實”概念。1958年，“制度事實”最早在英國分析學家安斯科姆（G. E. M. Anscombe）的文章《論原始事實》中被提出。^[35]而後，英國語言哲學家塞爾（J.R.Searle）在其一系列著作中將這一概念進一步發揚光大。塞爾認為，制度就是規則體系^[36]，制度事實是以人類社會中的現存制度為背景和規則的事實，並以此區分於自然界中的種種原始事實。制度事實的視角是從觀察者的主觀意識角度出發的，體現了人類意識與外部世界的關聯。^[37]制度事實的存在緊密依賴人類的觀察，人類社會的運行規則體系是其存在的基礎。

塞爾提出，制度事實產生的三個要素：^[38]其一，在於功能的歸屬（assignment of function）。制度事實的功能並非基於其物理特性，而是取向於社會制度的功能賦予、由使用者的意向所定義。例如，菜刀的切菜功能，並非由其原材料鋼鐵固定，而是因為使用者具有將鋼鐵製作成切菜工具的意向，並據此意向進行加工後，才能作為菜刀存在。由此可見，原始事實的功能源於其自始存在的物理特征，而制度事實是依賴人的主體認知而產生的社會存在物，其功能依賴人類社會的意向性。若無這種人為意向，制度事實的功能也就不存在了。因此，制度事實的功能性是超越其本身物理特性的，是關乎人類社會的制度體系中先行、既定的意向與觀念的。這就是制度事實區分於原始事實的主要特點。

其次，是集體意向性（collective intentionality）。塞爾認為，集體意向性是個體從事集體行為的前提與基礎。例如，庭審雙方雖在進行控辯對抗，但從更高層次上理解，雙方共有了對現存法律規範、司法體系的認可，只有如此，對抗才成立。其次，個人意向從集體意向性中產生的。以合唱為例，只有個體認識到自己的歌唱行為是集體合唱行為的一部分，即產生了集體意向性，他才參與了“合唱”。否則，他只是碰巧與周圍的人在一起唱歌罷了。因此，制度事實的“功能歸屬”，是由整個群體的集體意向所決定的。而集體意向性是相對獨立的，不能完全被還原為所有集體成員的個人意向，這也為塞爾的富含主觀色彩的制度事實理論增添了認識論上的客觀性。

第三，是構成性規則（constitutive rule）。塞爾基於制度視角將規則分為兩種：第一種是調控性規則（regulative rule），負責調控既有活動。譬如車輛駕駛的現象在先，交通規則的出現在後，交通規則調控的是既存於世的駕駛活動。此外，還有構成性規則。它不僅具有調控性，還具有創造了特定活

[34] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第118頁。

[35] G.E.M. Anscombe, *On brute facts*, *Analysis*, 18.3 (1958), p. 69-72.

[36] J. Searle, *Speech Acts*(Cambridge, 1969), p. 52.

[37] 參見[英]約翰·塞爾：《心靈、語言和社會》，李步樓譯，上海譯文出版社2006年版，第10頁。

[38] 關於制度事實三大要素及其具體闡述，參見：[英]約翰·塞爾：《社會實在的建構》，李步樓譯，上海世紀出版集團2008年版，第13-27頁。

動的定義性。象棋規則就歸屬此類。“馬走日，象走田”並非在調整人類社會中即有的某種移木塊行為，而是先產生了象棋的規則，才有了參與者按特定方式移動棋子的對弈模式。若不遵守交通規則，依舊可以開車；若不遵守象棋規則，就不是在玩象棋了。由此可見，構成性規則可以賦予原始事實以物理意義以外的制度性功能和地位，並令其成為制度事實。因此，構成性規則是制度事實產生的基礎，制度事實產生並存在於構成性規則系統之中。

制度事實有著超越自身物理屬性的社會性功能。這種社會性功​​能是由集體意向性支撐的。因而，制度事實存在於社會之中、集體之中、人與人的關係之中。對於主體而言，制度事實不僅是一種客觀實在，還會令主體與他人發生關聯。譬如作為制度事實存在的合同，其本質不僅僅是幾張印有字的紙張，還蘊含了合同雙方的某種交易行為。因此，制度事實的背後，存在著人與人之間的關係變化，且這一過程與人的義務觀也有所關聯。就如合同，它的簽訂使得雙方產生了某種權利與義務關係。而要確保這種心理觀念，制度事實必然包含著特定的心理表征。這種心理表征源於人們集體性的心理認同，是集體意向性在個體行為中的展現。該心理表征具有某種邏輯結構，並能夠體現在人的心理或語言中體現其邏輯結構。若能夠明確解構這一心理表征，將有助於從內部視角剖析制度事實的心理認同來源。而法律作為一種制度事實，其約束力的由來也將得到解釋。

塞爾認為，制度事實塑造了人類社會權力關係的“背景（background）”。通常，制度事實的產生是一個自然演化的過程。^[39]譬如貨幣並非誕生於人們刻意挑定的某個將紙鈔算作貨幣的黃道吉日，而是由集體意向性所引導、在歷史中自然演變的。在經由集體意向賦予功能後（如貨幣），制度事實就會成為人類文化的一部分，後世之人在這樣的文化背景中成長，亦將理所當然地沿用前人賦予的功能。

制度事實塑造了權力關係的社會背景，而背景又成為了制度事實的效力來源，為人們提供了遵守權威（構成性規則）的內在驅力。

這當中，涉及了人們的“背景能力（background capacities）”。塞爾定義，背景能力代表著人們對於社會背景中的各種現象所做出的行為所能與意識傾向。人們對事物的認知要依賴自身的背景能力，只有人們具有了背景能力，社會上的種種事物才能按其所被賦予的功能那樣起作用。紙鈔能夠擁有貨幣的功能，前提社會存在著與貨幣相關的制度背景，但再向前溯，則依賴於人們接受該背景現象的意識傾向，即背景能力。背景能力的存在，使得構成性規則的遵守者並不需要知道規則的內容也可以遵守規則，並“無意識”地對制度事實的功能進行“使用”。他將背景能力歸因於人類的神經心理學層面，並從維特根斯坦的後期論著、皮埃爾鮑迪歐（Pierre Bourdieu）的“習慣”論述、休謨與尼采的論述中找到了其背景學說的相關理論支持。^[40]

讓我們回到哈特未盡的法律效力來源問題：為何法律這種僅僅由法官、立法者等小部分人認可的規則，能有資格對全體社會成員產生約束力？

法律事實作為一種典型的制度事實，亦能夠契合塞爾的制度事實理論：在功能的歸屬層面，法律的功能是通過人的主觀認識而賦予的；在集體意向性層面，法律需要得到其所調控的社會成員的普遍接受或認可，這是法律存在的基礎；而構成性規則能為權力與法的強制力來源提供思路。

根據塞爾的背景理論，作為制度事實的法律在其的創設過程中已經產生了權力與功能的賦予（將“承認規則”賦權給法官）。這是歷史長河中的自然演化，也成為了人類社會權力背景中的一

[39] 參見[英]約翰·塞爾：《社會實在的建構》，李步樓譯，上海世紀出版集團2007年版，第106頁。

[40] 參見[英]約翰·塞爾：《社會實在的建構》，李步樓譯，上海世紀出版集團2007年版，第110-113頁。

環。後世的人們，他們的背景能力令他們產生了接受與適應社會權利背景的意識傾向。這一方面有助於他們更好地使用社會的功能，但另一方面，他們也不得不（或不自覺地）接受社會背景中的一系列制度。同時，從社會進化角度來看，社會功能的分化導致各個領域的專業度都在不斷提高。若所有制度事實的建構均需要全部成員的認可，將造成明顯的效率落後。因此，社會將特定領域專業人士的集體認可直接視作了制度事實所需的集體意向性。這也就是少數法官群體具有重要話語權的原因。^[41]

塞爾的制度事實對二十世紀以後的分析法學派發展產生了很大的影響，並為法學制度論的發展提供了理論基礎。

（二）法學制度論中的制度事實

1986年，麥考密克與魏因貝格爾合著的《制度法論（Institutions of Law）》一書，被視為新法學制度論的重要標志性成果。在著作伊始，兩位學者便明確了新法學制度論與塞爾的制度事實理論之間的關聯：新法學制度論的“制度事實”概念來源於塞爾的理論，但又有所升級。塞爾的理論，用一種“純認識性的前提（背景能力）”，從“存在（描述性事實）”中證明“應當”。塞爾認為，構成性規則是產生制度事實的前提。例如，“許諾”便是通過構成規則，將一種描述性的事實轉化為了“應當是這樣的”的結論。對此，新法學制度論補充，不需將構成性規則視作規範性的前提，因為在制度本就有現成的從“事實”到“應當”的前提，這個前提本就是制度不可分割的構成部分。^[42]新法學制度論的理論就此展開。

新法學制度論首先表明了“哈特式”的認識立場：雖然約束和強制人們的行為是法律的重要作用，但強制力僅僅是法律的一種現實層面展現。法律並不能完全等同於強制力。法律作為實踐者們的行為動機的作用，遠遠超其強制性特征。就如魏因貝格爾所說，“法的動機不僅僅是鎮壓，它主要具有指導性和組織性功能，它的定義更接近一種積極的行為動機，而非一套壓制性措施^[43]”。因此，新法學制度論在很大程度上參照了哈特對社會規則的內在分析視角。

新法學制度論強調，規範是一種以法律制度為基礎的制度事實。人們通過法律制度為原始事實賦予功能，進而規範人類社會中的種種活動。從制度事實的角度來看，規範不僅僅帶有客觀性、描述性、事實性的外在約束力，也包含了人們的集體認同與接受，即內在認識作用。作為制度事實的規範具有現實與思想的雙重屬性：從現實角度，規範是法律的具體單元，聚合在一起便成為了法律，規範對人們的行為起到了一種動機性作用，這亦是規範的使用價值；從思想角度，除了調控人們的行為之外，規範另有思想意識層面的內容，它展現了一種“應當是這樣”的義務性經驗，它存在於人們的思想中，並對應著人們的現實行為、體現了人們對事物的期待。^[44]

因此，魏因貝格爾提出了“思想-客體（Thought-Object）”的規範模型，並以此闡述規範是如何連接抽象的法律概念與具象的人類行為的。^[45]“思想”指規範的本質是一種理想實體（ideal - entity），“客體”則是指規範性判斷的客體是由規範影響的行為。雖然規範本身並不是一種可以直接觀察到的物質實體，但規範卻能夠反映到人們的行為上，並通過主體的是否作為產生了客觀的可觀察性。規範既具有客觀形態，也存在理想實體。只有當兩者結合並形成被全社會認可的“思想-客體”邏

[41] 參見馬馳：《社會規則理論與作為制度事實的法律》，載《北方法學》，2013年05期，第43-56頁。

[42] [英]麥考密克、[奧]魏因貝格爾著：《制度法論》，周葉謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第32-35頁。

[43] Massimo La Torre, *Ontology and Law: Neo-Institutionalism and Existentialism*, p. 17.

[44] [英]麥考密克、[奧]魏因貝格爾著：《制度法論》，周葉謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第42-43頁。

[45] [英]麥考密克、[奧]魏因貝格爾著：《制度法論》，周葉謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第45頁。

輯時，規範才能穩定地發揮其作用。

“思想-客體”模型強調了規範作為一種理想實體、內在思想的存在，但這種思想並非簡單的心理活動。最大區別在於，規範是一種有著社會性廣泛認可的客觀思想。無論對於規範的發布者、規範的接受者、權利的擁有者、義務的承擔者或僅僅只是這一法律體系的觀察者來說，規範必須擁有同一種“思想-客體”的邏輯關係。若在同一規範的交流渠道鏈條中，出現了不同的理解，令規範呈現出不一致的“思想-客體”狀態，那就將造成混亂。所以，作為分析法學家的魏因貝格爾強調了作為工具的語言（規範性語句）在這一過程中產生的重要作用，而這與塞爾基於語言的制度事實邏輯分析亦是一致的。^[46]

麥考密克進一步用了維特根斯坦的哲學理論，解釋了作為制度事實的規範是如何成為“應然”的。維特根斯坦的“使用”理論，可以從內在視角解釋事物意義的核心。制度的本質是參與者的內在觀點。只有參與制度群體之中，才能通過實踐參與者的“內部”觀點來對制度進行認識與解釋。譬如，建立在實踐中的語言遊戲，規則的意義在於遊戲參與者的參與和行動。若無實踐，則無制度。麥考密克另借維特根斯坦的“梯子”之例，闡述人們在習得某種習慣，使其成為行動的常規化之時，規則便得到內化。^[47]“詮釋性”則解釋了規範性秩序的產生。當面對外部的共通規則時，每一個個體都會對該規則進行符合自己心理目標的詮釋。如果每個人都知道自已的目的，並對彼此有所預期，便形成合作欲望，從而遵從規則。因而，規則的“應然性”來源於規則使用者的內部。^[48]然而，這並不能將法律規範與普通的社會規則相區分。從制度事實角度來看，兩者的確具有同源性。但明顯不同的是，法律的設立過程中，有被特定職務或權威之人確認的過程。故而，當人們提到某條規則時，不僅指規則的文本，亦包括能讓發布者製定規則與維持規則存續的權力。^[49]這是一種傳統的、非制度性的授權權力。

（三）權威的產生與體現

新法學制度論進一步提出：法律的約束力源於授權。^[50]

麥考密克將實踐中的規則分為了兩個層次：其一，是規則對具體行為的約束力，即活動的管理者對參與者的行為判斷與後果決策。其二，是製定規則的權力來源，即權威的賦予、分工與配合。規則的第二個層次要依附第一個層次的實踐才得以實現。^[51]

這一思路可以對哈特的社會規則理論進行某些強調和補充。其一，制度事實產生了人際間的權力，從而帶來了一定程度的自治性。因此，作為法律制度中被集體意向賦予了相關功能的法官，可以在其權力範圍內發揮一定程度上的意思自治，也是其被賦予的功能的一部分。其二，制度事實塑造了背景能力，為法官提供了行動理由。背景能力產生的意象因果關係令人們“無意識”地對構成性規則的遵守。這是與當地的社會文化背景緊密相關的，而非某種政治或道德標準的評判。因此，對自由裁量權作為一種制度事實，無需訴諸外部價值或需求，便可得到證成。其三，當法官進行自由裁量時，往往會對先例進行溯源。在普通法系中，先例是重要的法律淵源；而在大陸法系中，雖然判例並非法律淵源，但依然有下級法院參考上級法院的判決先例，以及最高法院的指導案例的存在，並以此對法官的自

[46] [英]麥考密克、[奧]魏因貝格爾著：《制度法論》，周葉謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第44-45頁。

[47] Neil MacCormick, *Institution of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press Inc, 2007, p. 66.

[48] Neil MacCormick, *Institution of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press Inc, 2007, p. 15-20.

[49] Neil MacCormick, *Institution of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 23.

[50] Neil MacCormick, *Institution of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 23.

[51] Neil MacCormick, *Institution of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 23.

由裁量做出了範圍框定。而法律作為制度事實，本身是歷史演進的結果。因此，法律規範的承認規則無需追溯其功能性，只需追溯其歷史性。向歷史先例溯源的做法亦符合法律規範作為制度事實的構建。

麥考密克進一步提出了規則適用的可變性。此處指的不是規則實踐中約束人們具體行為的第一層次，而是與製定決策者的授權相關的第二層規範。規則的適用性根據是否靈活可分為絕對適用、嚴格適用和自由適用。顧名思義，指對特定“有效事實”發生時，產生特定“規範性後果”之邏輯的絕對適用。決策者沒有任何自由裁量權。嚴格適用，是指當特殊情況的出現，如若遵守原有邏輯，會違反規範設立的本意時，決策者可以使用自由裁量權。而自由適用，指決策者充分了解並酌情考慮、平衡所有因素和目的（包括公平、明智、高效、合理等等）後，由決策者做出最終決定。^[52]這使得道德原則成為了一個外部正當性問題，不必再影響法律推理過程中的司法裁決。

四、再前溯：法律作為制度

（一）秩序：一種法源

法律產生於歷史之中。從法律事實到制度事實的前溯，體現了法律的持久性、連續性和社會現實性。從制度事實的視角來理解法律，是一種以歷史為視角的觀察方式，觀察法律是如何從混沌中提煉，並成為具有特定文本、形式特征的現代“成文法”的，即法律作為一種制度，其產生過程與效力來源。

即便是把法律與國家視作一體的凱爾森，也在《純粹法理論》中提出，法效力的本質無關組織形式。法規範之所以有效力，乃因其是由某種特定的基本規範（Grundnorm）所規定的方式所製定的。從這樣的基本規範中，雖然無法推導出法律規範的具體內容（這與法律事實有關），但可以推導出法律規範的效力基礎。^[53]

盧梭在《社會契約論》中亦言明：在成文法出現之前，權威是通過約定體現的；約定是一切合法權威的基礎；社會公約的產生是人們將自己的權力讓渡給集體、融於集體（而不是將權利出讓給別的成員）的過程；每個成員都不再以單獨的個體身份存在，而成為了集體不可分割的一部分，以精神與倫理的共同體形式存在；這種精神的共同體，便是集體的公共意志，這既是集體的公共人格，亦是集體的最高領導。在此視角下，城邦、國家、主權者、統治力量等概念，均只是集體的公共意志在特定語境下的表達。^[54]

既然如此，法源便可前溯至自由契約與習慣法層面。從這個角度來說，法律的創設已然不是專屬國家的特權，私人同樣可以通過契約造“法^[55]”：通過契約，約定雙方可以就某一事實，達成某種權利義務關係。這種關係是具有未來性、個案性與持續性的，其產生基礎在於個人的契約自由。當事人之間通過契約自治的方式進行了權利與義務的產生與運作，如財貨給付、團體章程、商業協約等，皆是“法效力”在私人之間產生的體現。在成文法時代，這種契約自由是在法律規範的架構下運作的。法律通過設置各種強制性規定來保障契約自由的秩序。而在成文法出現之前，自由契約的效力保障就源於集體制度。^[56]

[52] Neil MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 26-27.

[53] [奧]凱爾森：《純粹法理論》，張書友譯，中國法製出版2008年版，第41-43頁。

[54] [法]讓-雅克·盧梭：《社會契約論》，陳陽譯，浙江文藝出版社2017年版，第21-22頁。

[55] 或用更準確的話來說：私人間的自由契約，也能產生與成文法同源的效力。

[56] [德]Christian Starck：《法的起源》，李建良、範文清、蔡宗珍、陳愛娥、楊子慧等譯，元照出版公司2011年版，第8-9頁。

制度是人們進行社會互動的組織化空間，是社會角色、規則和功能的網絡。無論是國家、社團還是各類社會組織，都只是制度的不同形式。基於社會實踐與互動，人們擁有多重社會關係和不同的社會角色。制度是有其自身紀律的社會實體，任何制度都是一個自治的法律秩序，包含一系列的權威、權力、規範、懲罰，並由有紀律懲戒權的主體通過內部規章進行治理。^[57]制度是一種組織集體層面的共同實踐。其存在能超越個人的短暫總和。制度使組織成為一個不受個人力量之弱點與有限性影響的集體性結構。

法學制度論的代表學者羅曼諾認為，制度提供了一種法秩序。在制度中，規範實體雖由個體的行動產生、卻可以成為不依附於個體的制度背景。制度背景為成員提供了集體行動的傾向，而制度成員的集體行動又或是強化、或是改變了這種背景。^[58]在這過程中，某種履行義務和完成任務的典型方式將從背景中提煉而出，成為其他成員的行為準則，以劃定權利和義務，指導人們的行為，維持社會中長期穩定的互動關係，這就是隨著制度變遷而誕生的規則。^[59]因而，從制度視角觀察，所有的規則源於秩序。國家概念就可以被理解為一種以國家為形式的法秩序。拋開法律規範的具體內容，民主憲法國家的法秩序與獨裁政權的法秩序，可以說無分軒輊。從法源層面來看，這些由秩序產生的規則都可以是法律。

（二）法律概念：主觀精神的客觀化

用制度的視角理解法律，是對法理學歷史上的主觀與客觀爭論提出的新解法。歷史上，支持主觀論的學者，如耶利內克等，強調自由意志所表達的一切；而客觀論學者，如塗爾幹等，認為法律是自生自在的，是凌駕於個人意識之上的。法學制度論觀點認為，兩種觀點皆有其未盡之處。

法學制度論的代表學者莫裏斯·歐裏烏評價：首先，法律有其主觀一面，也有其客觀一面，兩者一體兩面、不可分割。從主觀論的角度來講，法律雖與個人意識緊密相關，但兩者絕不等同，法律有著個人意識所不能觸及的客觀存在；而將客觀論再溯源，看似自生自在的法律，實際上與個人內心深處潛在的思想觀念緊密相連，是經由人一生的種種實踐所感知、收藏、積累的，一直留存於人的潛意識中。就如同主觀法依賴人的自由意志一樣，客觀法同樣依賴人的潛在意識。其次，人們的社會實踐與法律規範是創造與反應的關係。在歷史的長河中，人們根據環境的變化產生了不同的社會實踐，這是主觀層面上的創造力、行動力體現；而諸如法律規則、社會環境、公共秩序等客觀因素的變化，只是疊加了時間維度後，所展現出的持久、連續的反應。因此，主觀論與客觀論在探討法律的起源與國家的起源之間的關係時，主觀流派認為，國家是歷史的產物，無視法律在國家創建過程中的作用；客觀流派認為，規則在被民眾接受並遵行以前並不是法律，民眾的認識需要時間，因此法律規則是歷史造就的。兩者都忽略了共同的基礎，這一基礎既是國家創建的基礎，亦是法律創建的基礎。在法律與國家這兩種概念產生之前，這種基礎已通過制度團體及其內部秩序的狀態存在於世。在後續發展的過程中，主觀論與客觀論兩種法狀態共存，間或互相跨越。^[60]

故而，法學制度論提供了一種法律的主觀與客觀融合視角。一方面，法律是客觀存在於社會情境之中的外在秩序，也是主觀意識對外在情境的反應與體現，另一方面主觀意識存在於潛意識的觀念之

[57] S. Romano, *l'ordinamento giuridico*, 2nd revised and enlarged edition, 1977, p.126.

[58] Santi Romano. *The Legal Order*. Ed. Mariano Croce. New York: Routledge, 2017, p. 15-16.

[59] 張強：《論施密特的具體秩序思維》，載《求是學刊》，2017年第1期，第105-112頁。

[60] [法]莫裏斯·歐裏烏：《法源》，商務印書館2022年版，88-94頁。

中，而潛意識又與與客觀環境因素密不可分。齊特爾曼（Zitelmann）將這種融合視角稱為“法律因果性”：在事實構成與法律結果之間存在著一個特殊的，首先由立法者編製的必然性紐帶……一個由人類完全根據對自然地類比所創造的自己的法律因果性。^[61]

隨著時間的流逝，人類社會不斷發生變化，制度也在不斷變化之中。環境的變化帶來了人們主觀行動的變化，實踐的創新突破了原有制度的限制。新事物不再符合舊的法律規則，社會環境騷動失序之時，新規則與新秩序也產生了。隨著新的秩序逐漸普及，社會又進入了穩定的狀態中。這是歷史的運行軌跡，也是社會發展的必然規律。

每當既有制度與新制度堆疊交替之際，就會出現新的理念。當這種理念從部分人的精神感知轉化為很多人的主觀意識之時，它就成為了時代精神。而作為主觀意識存在的時代精神要轉化為一種客觀存在，其影響才能持續。這就是時代精神的客觀化。經過理論的提煉，時代精神就會成為專業術語，這也就是法律規範的客觀化過程。^[62]

就以“法律事實”這一概念的產生為例：在羅馬法歷史時期，法律並沒有體系化，只是呈現出一個個不同的具體制度，並產生所有權、契約等“理念”。十六世紀，政治學家與法學家阿圖修將factum（“事實”的拉丁詞源）與negotium（“行為”的拉丁詞源）放在同一個範疇，並開創了以voluntarium/involuntarium（人的意志自由）為標準，對事實或行為進行分類的法律事實之邏輯雛形。^[63]到了十九、二十世紀，以德國法學界為主的理論界出現從理念向概念發展的趨勢，並逐漸形成了完善的體系。薩維尼首先在著作《當代羅馬法體系》中構建了法律事實理論：法律事實是能夠導致法律關係產生（變更）與消滅的所有事情，其中既包括人的自由行為，又包括非人力控制的意外情事。^[64]其後，法律事實理論在歐洲大陸進一步延伸發展並體系化。從中世紀刑事訴訟程序中的“犯罪體素（Corpus delicti）”發展而來的“事實構成（Tatbestand）理論”，認為法律事實是法律的構成要件，即使一定法律效果產生所必須的事實條件的總體。^[65]而後，“事實構成（Tatbestand）”被進一步劃分為“構成要件（Tatbestandsvoraussetzungen）”或“構成要素（Tatbestandsmerkmale）”，並進一步組成了現代成文法理論的體系核心。這便是“法律事實”如何從“理念”發展為“時代精神”，再成為“法律概念”並逐漸構建“法律體系”的發展過程。這一過程若延伸擴展，又將是另一篇從歷史視角分析法律源頭的文章，本文按下不表。

[61] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第35頁。

[62] 唐曉晴，唐銘澤：《權利一詞不彰顯善和正何以可能》，載《廈門大學法律評論》，2021年01期，第9-24頁。

[63] 阿圖修所整理的法律概念體系圖譜參見：唐曉晴：《民法一般論題與〈澳門民法典〉總則（上）》，社會科學文獻出版社2014年版，第258-259頁。Michel Villey: *A formação do Pensamento Jurídico Moderno*, tradução por Claudia Berliner, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p.624.

[64] 參見唐曉晴：《民法一般論題與〈澳門民法典〉總則（上）》，社會科學文獻出版社2014年版，第257頁。M.R.C.Savigny, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo II, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2a Edición, Madrid, Analecta Editorial, 2004, p. 142.

[65] 雖有一些學者詳細區分了構成要件與法律事實，認為構成要件是複合的法律事實，而法律事實是構成要件的單個元素。不過總的來說，深受德國法學影響的民法學者與訴訟法學者基本上將構成要件與法律事實作為同義詞使用。Carlo Maiorca, *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Vnione Tipografico-Editrice Torinese, 1961, p.113.

五、結語

作為法律概念的法律事實是法律體系中必不可少的一部分。但在若以教義法學的方式，僅僅著眼於成文法律規範，將使人們忽視法律事實最為重要的意義：法律事實是抽象規範與具象現實的聯結點，其背後正隱藏著法律的起源——法律作為一種制度，它是如何從實踐中產生，並獲得權威，構建秩序的。

這種法學制度論的視角的作用是什麼？筆者認為，它使法學研究者，尤其是實證法學家們回歸到了“歷史”這一元素中。在法學研究中，歷史往往被忽視，但它卻實際決定了實證法學一直無法闡明的真相。法律最富爭議且語意含糊的價值事實，其真相就隱藏在歷史元素中。本文所提出的，是以制度為視角的歷史性觀察。這種視角將為法律實踐與價值事實的主客觀之爭提供一條新的道路：即重新回溯歷史，從人類社會的發展規律中尋找支點。

Abstract: Legal fact is the joint point of abstract norm and concrete reality. Brute facts can be extracted as normative objects and enter the legal field as legal facts. This process is externally driven by the coercive effect of law, and another internal perspective can be provided by legal institutionalism. Law is an institution originating from human history, and legal norms are also some kind of institutional fact existing in our society. It exists and acquires authority from human practice, therefore builds social order. As some kind of prejudice, institution affects people's behavior imperceptibly. People's different practices in history have also allowed “ideas” developing into “spirits of Time”, and then into “legal concepts”, and gradually build and update the “legal system”.

Key words: Legal Fact; Brute Fact; Institutional Fact; Legal Institutionalism; Spirit of Time

（責任編輯：張竹成）

“熱詞”商標的冷思考

高玲*

摘要 本文以“熱詞”商標作為研究物件，對“熱詞”現象及“熱詞”商標的申請及動因進行分析，重點闡述“熱詞”商標的審查應以商標的含義為基礎，不得違反商標的顯著性原則，不得具有不良的社會影響以及不以使用為目的的“熱詞”商標註冊應當予以制止。並且在此基礎上，筆者提出，即便是沒有觸發任何具體商標法律規範的“熱詞”商標，對其註冊與審查亦應採取審慎態度，“熱詞”的獨特性並非等同與商標的顯著性，缺乏商標顯著性的“熱詞”商標不會產生商標價值，其申請註冊破壞了商標應然的識別功能，有礙公平競爭，違背誠實信用原則。

關鍵詞 熱詞 熱詞商標 商標審查 顯著性 識別功能

近年來，在歲末年尾的收官中頻頻出現對當年“熱詞”的盤點。放榜主體或是專業機構、互聯網媒體，或是視頻網站、搜索平台，比如國家語言資源監測與研究中心、《咬文嚼字》、微博、B站（彈幕“熱詞”）、互動百科都有站在自身立場和價值觀視角下，評選出當年的“熱詞”榜單。如“躺平”“內卷”“YYDS”等，再如2022年的“二舅”“天選打工人”，早些年入選的“給力”“女漢子”“正能量”“屌絲”“後浪”等。這些被“海選”出的“熱詞”好似一部部文化景觀，頗具儀式感意蘊。

在“熱詞”言辭狂歡的場面外，還有一股熱潮與之並行，就是某些“熱詞”被陸續申請註冊商標。2018年6月14日，俄羅斯世界盃開幕。6月30日，首場八分之一決賽，法國隊以4：3擊敗阿根廷隊，19歲小將姆巴佩憑藉兩射一傳，送走梅西，自己也一戰成名。當晚，所有球迷都記住了這個新星的的名字——姆巴佩。而就在比賽次日，國家商標局收到27份申請註冊“姆巴佩”或“姆巴佩MBAPPE”商標的申請書；第三天，申請數字漲到了58；第六天，申請註冊“姆巴佩”或“姆巴佩MBAPPE”商標的就已達137個。^[1]經檢索，2021年“熱詞”元宇宙目前已顯示有2000餘條申請記

* 高玲，澳門大學法學院博士研究生，北京知識產權法院三級高級法官。

[1] https://www.guancha.cn/society/2018_07_15_464194.shtml，最後訪問時間2022年3月6日。

錄，躺平284條，YYDS174條，而歷史“熱詞”給力已有3000餘條，正能量680條，屌絲192條，女漢子99條。^[2]

一、“熱詞”現象

雖然“熱詞”在現代漢語詞典（第六版）中被定義為“一個時期內使用頻率極高的詞語”，但“熱詞”在語言學上本身還是個值得研究的範疇。^[3]鑒於本文重點討論的是“熱詞”商標的相關法律問題，而該法律問題不僅限於詞彙，且對語言學上的問題進行模糊處理並不影響本文研究結論，故本文在此將包括短句、流行語等統一使用“熱詞”指代。當然，“熱詞”也不是一個法律概念。為便於討論，筆者依據上文提及的“熱詞”情形，確定本文所討論的“熱詞”是指在一定時期及範圍內被極高頻率使用的詞語。

（一）“熱詞”的構成

1. “熱詞”的形式構成。

“熱詞”的構成從形式上看，有中文、數字、字母三種基本符號元素，其中中文元素有只有一個元素的情形，如親、雷、懟。字母元素既可以是中文拼音聲母，亦可是英文單詞或縮寫，如“YYDS”是“永遠的神”的意思，“Emo”是emotional的縮寫，形容情緒起伏不定。^[4]三種元素既可以單獨構成“熱詞”，亦可兩兩交叉組合或是三者組合構成，無先後順序，比如單一數字“熱詞”2012、單一字母“PUA”、字母中文組合“hold住”或“江南style”、字母數字組合“PM2.5”或“F1”、中文字母數字組合“甲型h1n1流感”“3Q戰爭”“G20峰會”。此外，還存在英文翻譯，如“熱詞”硬核，譯自英文“hardcore”。

2. “熱詞”的內容構成。

“熱詞”的構成從內容上看，大體上包括中文縮略語、概括語及人物名稱三個大部分。中文縮略語如：中超（中國足球協會超級聯賽）、超女（超級女聲）、打黑（打擊黑社會）、倒扁（推倒陳水扁）、佔中（佔領中環）、高大上（高端大氣上檔次）、神六（神舟六號）、打虎拍蠅（打老虎拍蒼蠅）、馬航（馬來西亞航空）等；概括語一般是將某一事件、現象、觀念進行提煉總結，如秒殺、蝸居、神器、一帶一路、獨二代等；筆者檢索到使用頻率較高的人名“熱詞”有：劉翔、李宇春、易建聯、小瀋陽、鄧玉嬌、奧巴馬、約伯斯、薩科齊、斯諾登、曼德拉、郭美美、莫言。

3. “熱詞”的來源與傳播

“熱詞”的構成從來源與傳播途徑上看，某些“熱詞”有明確的原始出處，比如“你懂的”出自一位前國家領導在全國政協招待會上答記者問，“覺醒年代”出自電視劇，“破防”出自網路遊戲，“絕絕子”出自綜藝節目，“躺平”出自百度貼吧貼文，“我看不懂，但我大受震撼”出自導演李安之語。但某些“熱詞”已無法確定其原始出處，或者是說是經過多次傳播而形成的，因此已不好判斷是基於哪一次傳播確定了該詞的含義和用法。“熱詞”的構成從來源與傳播途徑上大體可以分為兩大部分，一是與國家層面政治、經濟、政策、理念相關的“熱詞”，比如“強國有我”“不忘

[2] <http://sbj.cnipa.gov.cn/sbcx/國家知識產局商標局中國商標網>，商標綜合查詢，最後訪問時間2022年3月6日。

[3] 王匡弋洋：《再議現代漢語中的“流行語”與“熱詞”》，澳門大學人文學院中國語言文學系，碩士論文。

[4] <https://baike.so.com/doc/6067974-6281041.html>，最後訪問時間2022年3月10日。

初心”等，另一類是與百姓生活高度相關的“熱詞”，具體包括熱門事件、現象、人物、大眾媒介產品、二次元世界、社交網路中偶得性原創以及流行語的二次創作，媒介及文學內容改編等。首先，作為語言的單元，一定是有人第一次使用它，並且是有一定的指代含義，或是首次使用的語境；其次，憑藉中青年為主力軍的互聯網高速平台，其被頻繁效仿與使用，期間也不乏被“修正”“翻新”，注入額外內涵。這也很好的印證了，無論是國家層面的還是與百姓生活高度相關的“熱詞”，都具有得天獨厚的傳播力，互聯網成為“熱詞”生產、發酵與傳播的主要平台，具有極高包容度與接受度的中青年網民成為“熱詞”傳播的重要主體。

（二）“熱詞”的特點

語言是人類特有的表意符號系統，它是人表達思想情感與人交流的主要手段。人類從遠古走來，其語言體系也在不斷發展變化中。從溝通效果的角度講，新增詞彙有其合理性，是一個可以被接受的現象。這正體現了語言作為日常交流的工具，本身所富有的活力與張力，以及變化的能力與動力。語言又是文化的重要載體，各種各樣的文化場域都有孵化“熱詞”的潛力。尤其是在網絡時代的今天，人與人之間的交流程度得到極大的提升。如前所述，“熱詞”使用的構成從形式上看，有中文、數字、字母三種基本符號元素，因此“熱詞”中既有原本語言中就存在的詞彙，將其賦予新的含義，又有“舊”詞、“舊”字新組合，形成新含義，還存在完全的臆造詞。當然，臆造詞也必然帶來相應的含義。“熱詞”的含義，實質上就是將其賦予了時代色彩，或是使其擁有了某種新事物、新事件、新現象的特質。而這種“機緣巧合”的被賦予和擁有，之所以能夠在一定時空被廣泛接受，正是由於“熱詞”的新內涵足以引起公眾心裡的普遍共鳴，比如打工人、躺平、佛系、內卷等。“熱詞”的特點在於溫度，群體情緒與社會心裡基礎造就了“熱詞”具有一定的時空性、暫時性與易逝性。故“熱詞”被頻繁使用，但卻不可能成為全民的“熱詞”，“熱詞”在某種程度被貼上時尚標籤，可以即刻性描摹最真實的社會百態和現實情狀，但與經久不衰沉澱在民族語言體系中的語彙不可同日而語。

二、“熱詞”商標現象及其存在的“基理”

就“熱詞”商標現象，筆者進行了以下簡單的梳理。

（一）“熱詞”商標申請的特點

隨著“熱詞”現象的不斷升溫，在商標註冊申請中開始出現以“熱詞”作為商標標識，或者是作為商標標識的顯著識別部分、組成部分的情況。其特點在於：

1.快速申請。此類“熱詞”商標所使用的詞彙多出自於熱門事件、現象、人物，商標的申請行為為時會與客觀事實的急速升溫近乎同步進行。如上文例舉的“姆巴佩”商標，以及在奧運會等重大體育賽事金牌產生後，冠軍運動員的名字亦會成為快速申請商標註冊的對象；

2.大量申請。雖然每年盤點的新“熱詞”已經是作為當年的佼佼者登上榜單，但總會有某些“熱詞”在眾多“競爭者”中成為超級大“熱詞”。比如2021年的元宇宙，是指利用科技手段進行連結與創造的，與現實世界映射與交互的虛擬世界，具備新型社會體系的數字生活空間。^[5]它力透科技、虛擬、數字及無限可能，以“物質世界得不到的，元宇宙可以給你”直抒胸臆。像元宇宙這樣的超級

[5] 參見左鵬飛：《最近大火的元宇宙到底是什麼》，載《科技日報》，2021年9月13日，https://www.kepuchina.cn/more/202109/t20210913_3032859.shtml，最後訪問時間2023年8月4日。

大“熱詞”，在商標申請的整體數量上就會極為凸顯；

3.“全類”申請。商標註冊申請中，除需明確商標標識外，另一項重要的部分就是明確申請商標註冊使用的商品或服務。《類似商品和服務區分表》^[6]中總計收錄了45大類的商品和服務，它是作為商標申請人申請註冊類別的依據。“熱詞”商標申請往往具有“爭分奪秒”的意味，既要快速又要大量，因此在類別選擇上通常不做過多甄別，力求大而全。由此也就客觀上導致了近乎全類別的申請。

4.不同主體針對同一“熱詞”的集中申請。除了超級大“熱詞”成為不同申請主體的寵兒外，某些特殊群層的“熱詞”也得到不同主體的追捧，如“熱詞”後浪，是新時代青年的代名詞，更多是在青年群體圈被認可及傳播。但截止本文寫作，顯示已有630條有效的後浪及後浪XX申請商標資訊，涉及有近300個主體參與申請，超過500個商標是在“熱詞”後浪源出的視頻播放的次日提出申請的。^[7]

5.同一主體針對同一“熱詞”或不同“熱詞”集中申請註冊。這類主體通常是以商標申請註冊作為其主營業務，因此基於不同“熱詞”的來源或含義，有針對性的分別集中申請註冊，即可以是在同一時段提出申請，亦可以“避嫌”的相隔一段時間再行申請。

（二）“熱詞”商標現象存在的“基理”

1.“熱詞”為申請註冊“熱詞”商標提供了素材條件。

如前所述，“熱詞”的出現在語言學上具有其一定的合理性。中國大陸地區現行商標法（以下簡稱商標法）第八條規定，任何能夠將自然人、法人或者其他組織的商品與他人的商品區別開的標識，包括文字、圖形、字母、數字、三維標誌、顏色組合和聲音等，以及上述要素的組合，均可以作為商標申請註冊。從商標發展的歷史來看，起初的經營者願意選擇美好寓意的文字、圖形等要素作為其商品或服務的標識。因為這樣會帶給消費者其選擇的商品或接受的服務具有好品質的暗示。而隨著時間的推移，例如“上、好、佳”之類的市場經營者普遍認為適宜用作商標的文字、圖形等已幾乎被窮盡註冊。雖然中文有龐大的體量，但事實上“可商標的”文字資源卻是有限的。“熱詞”的繁榮，恰好為申請註冊商標提供了標識素材條件。

2.商標註冊制度本身並未對“熱詞”商標申請設限。

商標註冊申請必然需要經過審查，這裡所述的是對於以“熱詞”作為標識或其中的一部分提出申請，在商標法中並無限制。商標法實施條例第十三條規定，申請註冊商標時應當提交一份商標標識的圖樣。該規定同時明確了顏色組合商標、聲音商標、三維商標、集體商標、外文商標的特別要求，但對於商標圖樣中顯示的文字部分並未做其他規定。^[8]換句話說，無論一個“熱詞”在社會生活中被使用的頻率有多高，其熱度有多大，作為商標標識或其中一部分提出申請時，只是被看作文字、符號而已。

3.“熱詞”商標申請人的心態動因。

任何一種商業行為都是與利益相關的。

首先，“熱詞”商標申請人必然是將商標作為財產權來認知的。對於商標的保護，最初是從反欺詐、仿冒的侵權行為開始的。如欺詐行為成立，則由被控侵權人向商標權人賠償損失。在市場交易進

[6] 《類似商品和服務區分類表》是國家知識產權局根據世界知識產權組織提供的《商標註冊用商品和服務國際分類》（即尼斯分類）以及中國大陸地區自1988年11月1日起採用國際分類以來的使用實踐，並結合國情實際對商品和服務的類似群組及商品和服務的名稱進行翻譯，調整，增補和刪減而制訂的。該表亦隨著國際分類表的修訂定期作相應的調整。在中國大陸地區，申請商標註冊時，申請人應儘量按照《類似商品和服務區分表》中規範的商品名稱或服務專案進行填寫所需核准註冊的內容。

[7] 參見<http://sbj.cnipa.gov.cn/sbcx/>國家知識產權局商標局 中國商標網，商標綜合查詢，最後訪問時間2022年3月6日。

[8] 參見《中華人民共和國商標法實施條例》（2014修訂）第十三條規定。

一步發展中，反欺詐對商標權人的利益保護愈發力不從心，因為商標權人要獲得賠償就要證明其商標已經具有一定的市場知名度。後經過多次博弈，終於在法國首先以立法的形式，確認了商標權系一項獨立的財產權。“熱詞”商標申請人不一定熟知商標法的發展史，但在其認知中一定存在商標是一種財產權的觀念，而財產權將會為其帶來利益。事實上，商事活動中的商標拍賣、商標標識巨額轉讓，以及馳名商標基於品牌效應所帶來的巨大經濟利益，均足以在感性上增強申請人的這種認知。

其次，基於前述對“熱詞”本身的分析，“熱詞”吸睛的特點不言而喻，加之這種符號資源的公共產品屬性，就會形成巨大的推動力，促使“熱詞”被申請註冊商標。此外，某些“熱詞”亦具有自身獨特優勢，如“熱詞”本身包含或指引某種優秀品質，比如逆行者，是時代英雄的代名詞，包含有堅毅、奉獻、無懼風險的品格。還有一些與“熱詞”相關的熱門事件、現象、人物，也會使人直接或間接聯想到某種優秀的品質，如洪荒之力、蘇炳添，都會帶給相關公眾力量、向上、積極的情緒態度。這些“熱詞”的自帶光芒，被商標申請人認為是可以有效節約成本並取得良好宣傳推廣效果的天然優勢。

三、“熱詞”商標的行政審查與司法審理

上述以“熱詞”申請商標的現象的“基理”，似乎給了人們一種“符合規律”“順應自然”的錯覺。但事實是否真的如此呢？

依據商標法的規定，申請人提出商標註冊申請後，需經國家知識產權局審查。審查通過後進行初審公告，審查不通過則申請被駁回。被駁回的申請，申請人可以提起複審以及相關的行政訴訟。初審公告期間，在先權利人、利害關係人以及任何主體依據相應的條款（不同主體所依據的相應條款有所不同）可以對被申請註冊的商標提出異議。針對異議申請的不同審查結果，異議人或商標申請人均有權提起複審以及相關的行政訴訟。初審公告期滿的商標，如不存在被異議或異議被駁回情形，則該商標被核准註冊並予以公告。已被核准註冊的商標，存在違反相關法律的情形，在先權利人、利害關係人以及任何主體（不同主體所依據的相應條款有所不同）均可對該商標提出無效請求。如理由成立，則該商標註冊無效。已被核准註冊的商標，如出現連續三年不使用等情形，任何主體亦可申請撤銷該商標的註冊。理論上而言，上述審查及審理程序是每一件申請商標都要經歷的，“熱詞”商標亦不能例外。從“熱詞”申請商標的“基理”看，謀取利益是申請人申請商標的原始動因，因此“熱詞”被成功核准註冊，並維持其註冊狀態而不被認定無效或撤銷，是商標申請人快速先占並取得實際效果的保障。否則，先占、大量先占、多類別大量先占均無法得到現實的“回饋”。

（一）“熱詞”商標的行政審查與司法審理以該商標的含義為審查、審理基礎

“熱詞”的新含義系相對於其字面含義而言。“熱詞”之所以會熱，是其背後所反映出的普遍的社會心理、社會現象所引起的時代共鳴，這也是“熱詞”新含義得以流行的社會依據。而“熱詞”新含義到底如何，身份認同、情感表達和內心確信“催生”了“熱詞”的來源、造詞法和引申義。例如“熱詞”巨嬰，用來指代自私、無規則意識、無道德感，超出預期即情緒失控，用非理性方式解決問題的成年人，相關公眾不會按字面意思去將其理解為巨大的嬰兒。再如“熱詞”內卷，其字面含義是向內捲曲，實際上它是一個社會學術語，大意是指社會文化模式發展過程中的停滯，而作為“熱詞”使用是用來指代非理性的內部競爭，類似於養蠱、互相傾軋之意。^[9]“熱詞”的新含義出現與

[9] <https://guoxue.baikē.so.com/query/view?type=phrase&title=%E5%86%85%E5%8D%B7>，最後訪問時間2022年3月6日。

其字面含義相分離的情形。當然，中文縮略語是一個特殊類別，因為就是縮略語，所以稱其有新含義較為牽強。某些“熱詞”除了本身新含義，還有一定的暗示或指引作用，例如Roblox給出的元宇宙包含八大要素：身份、朋友、沉浸感、低延遲、多元化、隨時隨地、經濟系統和文明。要素眾多，每個要素背後，還有一連串的解释。^[10] 這樣，一個“熱詞”的含義大體可以包含以下四個層面：字面含義、新含義、暗示內容以及指引意向，並且至少具備第一種、第二種層面，否則不會被傳播或是成為“熱詞”。

商標作為指引商品和服務來源的符號，其含義對於相關公眾的識別與記憶具有重要意義。因此，在商標的審查、審理中，標識的含義是一個重要的需要審查、審理的方面，並且標識的含義應以相關公眾的普遍認知為依據。雖然互聯網平台是“熱詞”的主要傳播路徑，中青年是其主要複製的群層。但網絡時代裡，互聯網已然成為了生活的一部分，甚至是重要部分，因此以網絡為傳播媒介的“熱詞”，可以說其新含義具有一定的普遍被知曉性。據此，以“熱詞”新含義作為商標審查、審理判斷的依據，並參考其暗示內容或指示意向，以確定相關公眾的認知，符合“熱詞”商標自身的特點。

（二）“熱詞”商標不得違反商標的顯著性原則

商標的本質在於標識與商品或服務之間的聯繫，離開了商品或服務的標識不具有商標的意義。商標的顯著性就是指其可以將此商品或服務的來源與彼商品或服務區別開來的特性，這種特性既與商品或服務不可分割，又與其本身的含義密切相連。缺乏顯著性的商標即便標注在商品或服務上，亦無法起到識別作用。並且該商標的申請註冊亦會影響、制約同業經營者正當使用有關文字、符號等進行正常的商業宣傳。比如“摩卡”是風味咖啡的一種，因此將其註冊於“咖啡，咖啡代用品，可可”商品上，相關公眾顯然只能將其識別為相關商品的風味、種類，而同業經營者在類似商品上標注“摩卡”字樣有可能導致商標侵權。“熱詞”商標亦然。例如“硬核”，譯自英語“hardcore”，出自說唱音樂和遊戲，硬核說唱表示為更具有力量感的音樂形式，熱情奔放猛烈強勁，而硬核遊戲則代表存在一定難度，作為“熱詞”通常被理解為一種很厲害、很酷、很彪悍、很剛硬的意思。鑒於“硬核”的這一含義，如其在“機器設備、電子設備、電腦軟體”等商品上申請註冊商標，存在直接表示商品的品質特點的情形，缺乏商標應具有的顯著識別性，故不應予以註冊，或已經註冊應該被予以無效。再如“舌尖上的中國”為中國中央電視臺出品的一部美食類紀錄片的名字，該節目主題圍繞中國人對美食和生活的美好追求，用具體人物故事串聯起講述了中國各地的美食生態。該“熱詞”明顯傳遞了中式餐飲美食的含義，如將其使用在“餐飲服務”上，則直接表達了服務的內容，因此亦不具有顯著性。

此外，如前所述，“熱詞”是指在一定時期及範圍內被極高頻率使用的詞語。一定時期及範圍體現了“熱詞”的時空性。因此，隨時間推移、範圍變化，“熱詞”存在的狀態也會有所改變。一個方向，源於某些熱門事件、現象、人物的“熱詞”的使用頻率可能會出現大大降低，熱度不再；另一個方向，一些“熱詞”由於與社會心理、時代特徵高度共鳴，又極其貼近相關公眾的日常生活，成為了普遍被使用的交流用語，如“套路”，一般多指某人做事有所欺瞞或有極具實際經驗的處事方法，從而形成了一類行為模式。同理的還有“拼爹”“高大上”“賣萌”“996”“土豪”“C位”“我想靜靜”，已經廣泛傳播成為了日常交流的常用詞語，因此難以起到標示商品或服務來源的作用，也屬於缺乏顯著性的情形，不應被核准註冊，或應予以無效。

（三）“熱詞”商標不得具有不良的社會影響

商標不應具有不良的社會影響，這是商標法普遍的制度規則，其根本原因在於對社會公共利益、

[10] <https://baike.so.com/doc/30093459-31714439.html>，最後訪問時間2022年3月6日。

公共秩序的維護。“熱詞”商標基於“熱詞”使用的高頻率，天然自帶社會關注度高的特性，當其作為商標使用在商品或服務上時，其含義亦具有極高的識別度。

從“熱詞”的來源、造詞法和引申義加以考察，一些“熱詞”本身並無任何不良社會影響，相反其所蘊含的隱喻、象徵和轉義具有積極的社會意義和價值導向，彰顯了時代精神風貌、主流話語標準，比如反映積極抗疫，由主流媒體創造的“熱詞”健康碼、雲監工、逆行者、雙迴圈等，還有不忘初心、擡起袖子加油幹、新時代等。但這些“熱詞”均源自國家層面，涉及國家的政治、經濟、政策、舉措、行為、理念，與國家利益、整體社會利益高度相聯結，因此其作為商標使用會產生不良的社會影響。例如以方艙醫院名稱火神山、雷神山申請註冊的商標，均未得到核准註冊。

另一部分“熱詞”在轉義過程中雖具有很高的創造性，但同時也具有強烈的叛逆性、戲謔性，“熱詞”中充斥著“喪”情緒、防禦性悲觀、娛樂至上、無病呻吟及情感的過度宣洩。比如有錢就是任性、吃瓜群眾、網抑雲、耗子尾汁、碉堡了、好基友、人間不值得。雖然帶著自嘲、調侃及諷刺的意味，但其淡漠公德、對抗主流傳統觀念，作為商標使用具有負面的價值觀、道德觀，會影響社會的良好風氣，有害於道德風尚。

當然，“熱詞”從出現到一定範圍內高頻使用，具有一定固定的使用群層。相關公眾是商標標識識別與記憶的主體，“熱詞”的使用流行範圍是否等同於商標的普通相關公眾確實是一個值得思考的問題。比如“舔狗”新含義是指那些在感情生活中明知道對方不喜歡自己，卻不顧一切去討好對方的人，又生怕自己做錯什麼會惹對方不開心；而“屌絲”最顯著的特徵是窮；“坑爹”是“坑人”、“怎麼會這樣”等意思，用於形容和原本想法出入很大的情況，吐槽不滿。這些新含義顯然與其字面含義的低俗、貶損、格調不高存在差異。通常而言，文字商標的直接含義即為其字面含義，這是普通消費者對商標這種符號的本能的識別力。因此，針對此類“熱詞”商標是否具有不良影響的判斷，確實存在一個度的把握的問題，即“熱詞”新含義的普遍程度和相關公眾的認知程度。

（四）不以使用為目的的惡意註冊、不正當手段取得註冊“熱詞”商標應當予以制止

“熱詞”商標的不以使用為目的的惡意註冊、不正當手段取得註冊也是一般商標搶注與囤積問題中的一個重要方面。商標搶注與囤積是伴隨著商標制度而生的一種“反生態”情形，表現為圍繞他人未註冊商標、他人已註冊但非同類別商標、他人知名商標，非以使用為目的的搶先註冊、大量囤積。“熱詞”商標的搶注與囤積符合一般商標的搶注與囤積的要件，亦具有其自身的特點：一是搶先申請。一般商標雖然也存在“搶先一步”註冊的情形，其“搶先”往往是相對於利害關係人而言。而“熱詞”商標往往是熱門事件發生同時或之後的第一時間提出申請，其“搶先”在於搶先全部潛在的商標申請人；二是集中申請。一般商標的囤積雖然不排除有集中一日、一月之內集中申請若干商標的情形，但整體而言，還是具有明顯的持續性的，即商標的囤積非短期內實現。而“熱詞”商標卻是集中在某一時段進行申請，某些申請主體甚至是為了申請“熱詞”商標而剛剛註冊成立的。

商標法第四條是2019年修訂中的一條，新增了“不以使用為目的的惡意商標註冊申請，應當予以駁回”的規定。同時本條也被增加作為商標異議申請及無效請求的理由。該條的立法目的是制止非以使用為目的的商標註冊申請，這裡的“惡意”二字主要是相對於防禦商標這一“非惡意”而言的。商標申請註冊是否系以使用為目的，是一個事實判斷的問題。在申請階段主要事實判斷是使用意圖，而在異議及無效階段的事實判斷則更多是商標是否已經投入使用。因為商標核准註冊前，申請人並無使用義務，故一般只根據商標申請人的經營範圍、經營規模、申請註冊商標的數量和類別（可考慮關聯主體的情況）、行為方式（有無被認定構成惡意註冊、有無故意侵犯他人商標權等的記錄）等因素考

察申請人的使用意圖。商標申請人可以在被認定“不以使用為目的惡意申請時”，提交證據予以反駁，既可包括已投入實際使用的證據，也可包括意圖使用的證據，如必要的準備、意圖使用的合理計劃等等。^[11]然而，“熱詞”商標申請人跟隨“熱詞”現象迅速反應、快速申請的特點恰恰使其很難提供反證。比如2021年才是“元宇宙”商業運作的元年，^[12]而“元宇宙”商標在2021年3月就第一次被提出申請，^[13]很難說明申請人在短短的時間內就已經在眾多類別上具有了商標使用意圖。

商標法第四十四條第一款規定，已經註冊的商標，是以欺騙手段或者其他不正當手段取得註冊的，由商標局宣告該註冊商標無效；其他單位或者個人可以請求商標評審委員會宣告該註冊商標無效。其立法目的是，該行為已超出正常生產經營需要，且未提供證據證明申請註冊商標的實際需求，亦未做出合理解釋，故該行為擾亂了正常商標註冊管理秩序。在無第四條新增內容的情形下，對於不以使用為目的的惡意商標註冊行為由本條款來規制，但鑒於本條款是針對已經註冊的商標，故其對於申請駁回階段及異議階段的商標均屬於參照適用。其主要原因在於，首先，在商標駁回或異議案件中，對於囤積商標或者搶注行為，並無其他適當條款可以適用；其次，如果在上述程序中不予規制，而是留到無效階段再解決，只會製造更多的無效註冊商標，社會效果較差。當然上述的類推適用，雖然在行政審查和司法審判中達成了共識，但囿於法條在字面上有“已經註冊的商標”的限定，故一直存在質疑的聲音。現商標法第四條新增加了內容，第四十四條第一款應回歸其字面限定，僅適用於已經註冊的商標，不再類推適用至申請註冊階段的商標。但也有一些難以處理的情況存在。如訴爭商標（被異議商標）不屬於“不以使用為目的的惡意商標註冊申請”，但屬於“以其他不正當手段取得註冊”的情況（比如雖然是以不正當手段取得註冊但已經投入使用或能夠證明使用意圖，這裡預設的前提是難以認定違反商標法其他條款），這類情形難以認定違反商標法第四條，如果也不能納入第四十四條第一款進行調整，就只能等待商標註冊後再啟動無效程序。^[14]

以上所述是“熱詞”商標在行政審查和司法審理中主要涉及的問題。當然，“熱詞”商標還有可能針對其核定使用的商品或服務具有欺騙性，以及核准註冊後三年內無正當理由不使用被撤銷。此外，申請註冊“熱詞”商標還會涉及他人的在先權利，如姓名權、他人在先的商標權。姓名權比較好理解。他人在先的商標權是指，商標法規定商標申請註冊實行先申請制度，即相同近似商標在相同或類似商品或服務上的申請，只授權於最先申請人。因此，很多在後申請人就需要在申請商品或服務類別中劃掉已有其他人申請過的類別。以“熱詞”女漢子為例，是指個性豪爽、不拘小節、不怕吃苦的一類女生。因在先商標申請類別的阻擋，同日申請中需要補充證明、協商、抽籤，才能獲得申請權。^[15]

另外，商標法各條款在適用中還存在體系與邏輯關係，也不乏某些“熱詞”商標可以同時適用兩個以上的法律規範。

四、對“熱詞”商標的法理思考

商標法律規範的林林總總，對“熱詞”商標從不同角度進行著檢視。理論上講，“熱詞”商標在

[11] 參見<https://baike.so.com/doc/30093459-31714439.html>，最後訪問時間2022年3月6日。

[12] 參見<http://sbj.cnipa.gov.cn/sbcx/>國家知識產局商標局中國商標網，商標綜合查詢，最後訪問時間2022年3月6日。

[13] 周麗婷：《新商標法背景下部分商標註冊絕對條款的適用》，載《中華商標》2020年第12期，第49頁。

[14] 周麗婷：《新商標法背景下部分商標註冊絕對條款的適用》，載《中華商標》2020年第12期，第49頁。

[15] 魏江麗：《簡析商標註冊中的網路熱詞》，載《中華商標》2021年第1期，第38頁。

申請註冊中存在適用所有駁回、異議及無效的理由。但是否我們在處理“熱詞”商標的問題上，規範地適用相關觸發條款既足以表達對其申請註冊行為的態度？不同法條均有其立法價值與目的所在，由此帶來其適用範圍的不同。那麼，在同一條款的適用中，對“熱詞”商標的審查與審理是否還存在有別於其他商標的被規制的深層緣由？退一步講，事實上，確實也存在一定數量像“女漢子”這樣的“熱詞”被申請並核准註冊（既不缺乏商標的顯著性，亦無不良影響、先商標類別的阻擋，也不存在非使用目的的惡意註冊情形）。那麼，對於沒有觸發任何具體商標法律規範的“熱詞”商標，我們是否就應該採取肯定的態度？在“熱詞”商標背後，是否還存在某些根本性的問題需要進一步澄清？

（一）商標標識的獨特性並非商標的顯著性

顯著性是商標法律制度中的專有法律概念。商標法律制度中還有一個概念叫識別性。有學者認為，能夠將不同企業來源的商品或服務相區別的這一特性就是商標的顯著性，又稱作商標的區別性或識別性。^[16]也有學者認為，顯著性又稱獨特性，是指商標自身的特異性，即某一商標與其他商標等商業標誌相區別的特性。^[17]筆者認為，商標是標示商品或服務來源的符號，因此不可脫離商品或服務去討論商標的特性，而必須以商標同商品或服務相結合的角度進行分析。任何不能將商品或服務來源進行區分的商標都不具有顯著性，具有顯著性的符號才能將商品或服務來源向區分。因此，顯著性與識別性是一個問題的兩個方面，它們可以作為同義語使用，只是使用時所占的角度不同。顯著性的立足點在於商標標識本身，識別性則在於商標功能本身。

獨特性並不是商標法律制度中的專有法律概念，在漢語表達中獨特性與顯著性的含義十分相近，並且具有獨特性的事物必然會在同類中脫穎而出、或顯而易見。但商標標識的獨特性僅是針對識別符號本身而言。“熱詞”商標的最大特徵便是吸睛，這是其自身特點所決定的，使它本身具有獨特性。但獨特性僅可使“熱詞”商標標識“有效”的區別於其他標識，即僅為識別符號之間的脫穎而出、或顯而易見。在不與商品或服務相結合的情況下，是無法論及顯著性的。而某些“熱詞”商標在核定商品或服務上使用，直接表述了商品或服務本身的特性，因此基於沒有識別性而不具有顯著性。故“熱詞”商標標識的獨特性並非商標的顯著性。

（二）商標的財產價值在於壟斷性權利保障下的標識與商品或服務之間的聯繫

商標法意義上的商標的構成要素並非只為標識本身，而是指標識、商品或服務及其提供者之間的聯繫。相關公眾通過標識的識別與記憶，得到對商品或服務提供者的指引。商品或服務提供者通過宣傳、使用標識，強化其與商品或服務以及標識之間的聯繫。這是商標核心功能實現的路徑，也是商標持有人獲得收益的根本。為了進一步實現和鞏固商標這一財產價值，商標持有人就必須針對強化標識、商品或服務、提供者三者之間聯繫，進行不斷的投入。他人在同種或類似商品上使用相同或近似的商標，使標識對提供者的指引出現偏差，實則系他人利用了商標持有人的這種“特定”聯繫；他人在不相同或不類似的商品上使用相同或近似的馳名商標，使“特定”聯繫薄弱、淡化，實則系他人破壞了商標持有人的這種“特定”聯繫。為了確保商標持有人這種投入不落空，就要給予商標持有人針對標識具有一定範圍的壟斷權。這也是商標作為財產權存在的依據。在商標持有人享有壟斷權後，壟斷權既可以作為“特定”聯繫這種財產價值實現的保障，亦可通過市場交易實現財產價值，如商標轉

[16] 陶鑫良：《後發使用顯著性商標的法律保護探析》，載《入世後知識產權法律服務研討會暨全國律協知產委2002年會論文彙編》，第125頁。

[17] 劉曉軍：《商標淡化的侵害物件研究》，載《知識產權》2002年第1期，第24頁。

讓、許可使用等。

（三）“熱詞”商標申請註冊在於其標識的符號價值，而非商標的價值

誠然，也存在申請“熱詞”商標確實是以作為商標使用之目的的情形，但我們這裡討論的是從整體而言“熱詞”商標申請註冊的價值需求。“熱詞”商標的落腳點恰恰不在於商標的價值，而在於識別符號本身的價值。商標識別符號本身是否有價值？答案當然是肯定的，不然為何某些市場主體斥資設計企業的一系列商標。但識別符號本身的價值與商標的價值卻存在根本的不同。可能某些識別符號也可以構成其他知識產權客體，如著作權中的美術作品、書法作品，但其價值仍僅限於其本身，相當於是創作完成該作品的對價。“熱詞”商標的申請人正式看到了“熱詞”本身基於社會認同、文化徵候及時代色彩所濃縮的獨特價值，並藉以法律規範實現對這一符號價值的壟斷。

（四）“熱詞”商標的申請註冊以破壞商標應然的識別功能為手段牟利，妨礙公平的市場競爭，有悖誠實信用原則

僅有獨特性而沒有顯著性的“熱詞”商標必然不會產生商標價值，同時，“熱詞”商標申請人更多以對“熱詞”符號本身的價值壟斷而非商標價值為其追求目標。從這一視角看，“熱詞”商標與其申請人自身利益和需求是完全符合邏輯的。但當“熱詞”被核准註冊成商標，其不再限於情感認同、文化表達和內心確信的語言符號，而超出了原有的使用範圍，實現了新身份的轉換。商標作為一項知識產權，具有其自身的功能與價值，商標法律制度亦具有其正當性的基礎，這些是“熱詞”商標所不能承擔的。“熱詞”商標的申請註冊以破壞商標應然的識別功能為手段牟利，妨礙公平的市場競爭，有悖誠實信用原則，也是商標制度所不能接受的。

第一，誠實信用原則是私法中的“帝王條款”，該原則要求市場主體在追求自己的利益時，要以不損害其他競爭者，不損害社會公益和道德秩序為前提。^[18]自羅馬法以來，善意這個概念就已經被用作突破法律形式主義局限的手段。近現代法典化運動，歐美亞非各地民法典及單行立法均將善意作為概念工具延續羅馬法的制度與法律方法。知識產權法適用民法的這一基本原則。在理論上，善意有主、客觀之分，中國大陸地區民法學承繼德國法將主觀的*guter glaube*翻譯為善意，客觀的*treu und glauben*翻譯為誠實信用。雖然善意的二分理論在學界目前仍有需要澄清的問題，但該理論在某些法域轉化為法律規則時可以得到印證。^[19]在商標法的立法中也存在將善意設為一般條款的情形。商標法第七條第一款規定：申請註冊和使用商標，應當遵循誠實信用原則。但商標法在商標駁回、異議、無效所依據的具體理由（法律條款）中並沒有規定該條款。這進一步說明了，在商標法的邏輯體系中，存在一般與特殊的法律規範層級，誠實信用原則是一項基本原則，應貫穿於商標的審理、審查以及管理的始終。

第二，商標法律制度正當性的基礎之一是保障公平的市場競爭。與其他知識產權不同，商標的意義並非為人類創造價值增值，而是通過其識別功能對社會財富進行再分配。由商標指引社會財富流向那些“特定”聯繫緊密的商主體。也許有人會就此質疑商標對市場公平競爭的貢獻。事實上，正是由於存在商標制度，商標權人才能放心的投入大量的經營成本，樹立良好的商譽，相關公眾按照商標的指引完成消費行為，商標權人利用商譽最終獲得競爭利潤。如果沒有商標保護制度，其他競爭者可以任意使用商標，商標權人投入的大量經營成本就存在無法回報的風險，這對商標權人顯然是不公平

[18] 梁慧星：《民法解釋學》，中國政法大學出版社2000年版，第298-299頁。

[19] 參見唐曉晴：《善意原則與權利濫用》，載《澳門大學法學院學報》第44期，第15-27頁。

的。商標法律制度正當性的基礎之一就是防止有損同業經營者、社會公益和道德秩序的行為出現，確保在市場競爭中，每一個市場主體都有平等的參與市場競爭的權利。^[20]公平的市場競爭秩序，商主體均有善良義務對其進行維護，而不應破壞。自覺維護商標保護制度，是商主體維護公平市場競爭的一個重要方面。

第三，“熱詞”商標的申請註冊將破壞商標應然的識別功能。當“熱詞”商標申請人轉讓、許可使用商標，“熱詞”商標持有人作為市場主體參與到競爭中時，就會自然出現一種現象，即“熱詞”本身對消費者產生極大的吸引力，並由此可能作出消費決策。然而，這並不是“熱詞”商標的識別功能所指引的消費行為。進一步講，“熱詞”註冊在哪類商品或服務上就會吸引其相關公眾的注意力，而該類商品或服務的同業經營者就會因消費轉移而使對“特定”聯繫的投入，無法得到回報。同業經營者是通過標識、商品或服務及其自身的聯繫推動經營的，而“熱詞”的闖入則不需要，其僅憑符號本身既可以實現消費策略的遷移。“熱詞”商標申請人基於轉讓、使用、許可使用攫取了同業經營者本應通過“特定”聯繫的投入而應得的回報。因此，“熱詞”商標的出現必然破壞以公平競爭為目標的商標識別生態環境，損害市場經濟誠信體系。

Abstract: This paper takes “hot word” trademark as the research object, analyzes the phenomenon of “hot word”, the application and motivation of “hot word” trademark, and expounds that the examination of “hot word” trademark should be based on the meaning of trademark, should not violate the principle of trademark significance, should not have bad social influence, and should be said NO to the trademark registration of “hot word” which is not for the purpose of using. On this basis, the author proposes that even if the “hot word” trademark does not trigger any specific trademark legal norms, the registration and examination should be cautious. The uniqueness of the “hot word” trademark is not equal to the distinctiveness of the trademark. The “hot word” trademark lacking distinctiveness will not produce trademark value, and its application for registration will destroy the recognition function of the trademark, which impedes fair competition and violates the principle of good faith.

Key words: Hot Words; Hot Words Trademark; Trademark Examination; Significance; Recognition Function

（責任編輯：勾健穎）

[20] 參見鄭其斌：《論商標權的本質》，人民法院出版社2009年版，第67-68頁。

認罪認罰案件檢察機關量刑建議 精準化之路徑探要

許權知*

摘要 在認罪認罰從寬制度下，量刑建議被賦予了新的內涵與權能，確定刑、精準化成為對檢察機關量刑建議的新要求。然而，確定刑量刑建議由於可確定程度的有限性、變更調整的單方性、量刑情節的複雜性等現實問題，在可預期性、確定性、精準性方面遭遇困境。司法實踐中，認罪認罰後仍然存在無罪辯護、被告人反悔以及“合意”不穩定等現象及問題。量刑建議的過程化、控辯協商的平等化是增強精準性、降低不確定性的現實路徑，可以從尊重被追訴人意願、擴展協商空間、采用條件預設、設立變更程序、實行動態評價等方面對確定刑量刑建議加以改進。

關鍵詞 檢察機關 認罪認罰 量刑建議 精準化

檢察機關提出量刑建議是源於求刑權的一項重要的公訴權能，在以職權主義為底色的訴訟體制下，作為國家追訴機關的法律行為，不僅嚴重關涉刑事訴訟當事人的權益，而且對法院的裁判也有重要影響。自認罪認罰從寬制度在法律層面確立並實施以來，認罪認罰案件的數量急劇增加，與此同時，檢察機關的量刑建議也一躍成為了訴訟中各方關注的焦點。2021年12月的統計數據顯示，認罪認罰從寬制度適用率超過85%^[1]；到2022年，全國檢察機關辦理的認罪認罰案件審結人數已經占到同期審結人數的90%以上，其中確定刑量刑建議占到90%以上，被法院採納的量刑建議的人數達95%以上^[2]；到2023年一季度，上述數據已經分別上升到94%、95%、97%^[3]。基於確定刑量刑建議的工作要求，各地檢察機關都積極探索量刑建議精準化的途徑與方法，如采用“四步量刑法”^[4]，研發涵

* 許權知，中國政法大學政治與公共管理學院博士研究生。

[1] 參見《最高檢印發指導意見全面規範認罪認罰案件展量刑建議工作》，最高人民檢察院，2021年12月20日。

[2] 參見《2022年全國檢察機關主要辦案數據》，最高人民檢察院，2023年3月7日。

[3] 參見《最高檢發布一季度檢察機關主要辦案數據》，最高人民檢察院，2023年4月27日。

[4] 鮑鍵、陳申驍：《認罪認罰從寬制度中量刑建議的精準化途徑與方法——以杭州市檢察機關的試點實踐為基礎》，載《法律適用》，2019年第13期，第40頁。

蓋31個常見罪名的智能輔助辦案系統^[5]等。應該說，刑事司法改革成效值得肯定，不過90%以上的刑事案件都需要提出確定刑量刑建議，檢察機關的工作難度與壓力都很大。為了使量刑建議精準並且能夠被法院所採納，實踐中不乏檢法溝通協調後調整量刑建議的情況^[6]，這必然會影響被告人對量刑建議的認同，導致上訴率高；更有為數不少的認罪認罰案件在上演“雙簧”，犯罪嫌疑人為了最高可達50%的量刑優惠而簽署認罪認罰具結書，辯護律師卻為其作無罪辯護、罪輕辯護，兩者互相配合以規避反悔的不利後果。可以說，由於各種因素的影響，一些案件的量刑建議尚未完全在控辯雙方真實、平等、有效協商的軌道上運行，存在某些不規範、不正當的運作。認罪認罰案件中的量刑建議是以控辯合意為前提的，並非檢察機關單方的意思表示，盡管訴訟過程中各種不確定性因素都可能會出現，但是，未經協商的任何變更與調整，即便是有利於犯罪嫌疑人、被告人的，嚴格來說也是不符合程序要求的。隨著認罪認罰案件量刑建議關係結構的變化，如何強化控辯協商的地位與作用，減少變更、反悔等不確定性因素的影響，兼顧實體精準與程序正義雙重價值目標，是當前量刑建議改革中值得探究的問題。

一、“確定刑”面臨的現實困境

1996年《刑事訴訟法》修改後，檢察機關就開始了量刑建議的實踐探索。2010年“兩高”分別制定了指導量刑與量刑建議工作的意見，“兩高三部”也出台了《關於規範量刑程序若干問題的意見（試行）》，量刑規範化改革全面推開。2018年《刑事訴訟法》修改，認罪認罰從寬制度得到立法確認。以建立認罪認罰從寬制度為分水嶺，檢察機關的量刑建議在內容、方式、效力等方面有了較大變化，隨著“確定刑”成為檢察機關量刑建議的主要方式，公訴工作面臨著從依法求刑到精準量刑的轉型與挑戰。

（一）“確定刑”可確定的程度有限

所謂確定刑，是相對於幅度刑、概括刑而言的。2010年《人民檢察院開展量刑建議工作的指導意見（試行）》對“量刑建議”的規定還是以幅度刑為主，即就被告人適用的“刑罰種類、幅度及執行方式等”向人民法院提出建議。2016年刑事案件認罪認罰從寬制度試點工作啟動後，有關部門在聯合制定的工作辦法中，對檢察機關量刑建議的規定有了變化，一是量刑建議一般應當包括主刑、附加刑，並明確刑罰執行方式；二是可以提出相對明確的量刑幅度，也可以根據案件具體情況，提出確定刑期的量刑建議；三是建議判處財產刑的，一般應當提出確定的數額。兩者相比可以看到，認罪認罰案件中量刑建議內容的明確性與刑罰的確定性程度都有較大提高。2019年10月，《關於適用認罪認罰從寬制度的指導意見》開始實施，文件明確要求檢察機關“一般應當提出確定刑量刑建議”。這期間關於量刑建議精準化的討論進一步肯定了“確定刑”方式，有專家指出，量刑建議的“精準”是指提出確定刑建議，也即對刑種、刑期、刑罰執行方式等提出明確、確定的建議^[7]。2021年12月，《人民檢察院辦理認罪認罰案件開展量刑建議工作的指導意見》（以下簡稱《指導意見》）出台，將提出確定刑量刑建議作為原則性要求，規定新類型、不常見犯罪案件以及量刑情節複雜的重罪案件等，可以提

[5] 參見《重慶：量刑建議堅持精細化規範化智能化》，載《檢察日報》2021年1月13日，第12版。

[6] 田立文：《認罪認罰案件量刑的四個核心問題》，載《中國應用法學》2022年第6期，第10頁。

[7] 參見《確定刑：認罪認罰從寬制度下量刑建議精準化之方向》，載《檢察日報》2019年7月29日，第3版。

出幅度刑量刑建議，但要嚴格控制所提量刑建議的幅度。

在《指導意見》出台時，檢察機關提出確定刑量刑建議占到提出總數的73.5%，法院對確定刑量刑建議的採納率為96.3%^[8]，正是看到檢察官的量刑能力在不斷提高，所以文件規定“一般應當”提出確定刑。然而，現實中並非每個案件的後續結果都是檢察官基於對犯罪嫌疑人紙面上的“承諾”便可預期的。在審查起訴階段刑罰應否確定、刑罰能否確定的問題，不僅理論上不能簡單做出肯定回答，司法實踐中也確實面臨種種不確定的因素，《指導意見》第十二條、十九條中就有“綜合考慮”、“充分考慮”等針對不確定情形的規定。以罰金刑的執行為例，《刑事訴訟法》規定，被判處罰金的罪犯，期滿不繳納的，人民法院應當強制繳納；如果由於遭遇不能抗拒的災禍等原因繳納確實有困難的，經人民法院裁定，可以延期繳納、酌情減少或者免除。這說明，罰金刑的執行帶有不確定性，被告人會基於各種考慮來決定是否繳納罰金，也不排除由於個人經濟能力有限而無法繳納，檢察機關只是根據被告人簽署的認罪認罰具結書來提出量刑建議，對罰金刑是否真的“認罰”實際上無法確定。在刑罰體系中，主刑為自由刑，與附加刑中的財產刑在執行上有較大區別，現實中財產刑的執行情況各異，不僅如此，被告人繳納罰金以及返贖、賠償等情況，對是否適用緩刑、如何適用緩刑也有較大影響，因此，所謂的確定刑量刑建議，司法實踐中大多就是針對主刑的刑期而言，至於罰金刑的數額、緩刑的考驗期等量刑建議的內容著實屬於“確定難”。

（二）“確定性”因單方調整而改變

實踐中，檢察機關依法調整量刑建議的情況比較常見，既包括“由輕改重”，也包括“由重改輕”，而且調整的原因各異，既有檢察機關主動申請調整的，也有在法院的要求下進行的調整。例如，被告人簽署了認罪認罰具結書，然而開庭審理時，對被害人的損失卻表示無力退賠，據此，檢察官當庭調整量刑建議，將“拘役三個月，緩刑五個月”變更為“拘役四個月”。^[9]可以說，確定刑量刑建議不同於幅度刑，一旦涉及犯罪事實、情節以及社會危害程度等量刑影響因素的證據發生變化，或者在訴訟過程中出現其他影響量刑的情況，檢察機關都要依法變更調整量刑建議。但是，認罪認罰案件的量刑建議與普通刑事案件不同，普通刑事案件的量刑建議是檢察機關單方面做出的，是基於自身對案件事實、情節的分析判斷，其價值是為法院量刑提供一定參考，法院採納與否，有完全意義上的選擇權與決定權；而認罪認罰案件中的量刑建議，是檢察機關依照法定程序征求各方意見後提交的從寬處理意見，是犯罪嫌疑人在認罪認罰具結書中簽字確認了的，檢察機關調整量刑建議相當於對認罪認罰協議的變更，對犯罪嫌疑人、被告人的權益會產生實質性影響，因此，《指導意見》第五章專門對量刑建議的調整進行了詳盡的規定，包括重新聽取意見等程序性要求。現實中，即便調整理由正當、調整程序規範，“由輕改重”很多時候還是會引發被告人上訴的。

按照《刑事訴訟法》的規定，在認罪認罰案件中，對於檢察機關的量刑建議，法院一般應該採納，然而“控辯合意”基礎上的“控審一致”並非易事。在實體法上，刑罰的配置是要有不同的量刑檔次的，在刑種、刑期上也應該有一定選擇餘地，我國《刑法》分則不少罪名在同一量刑檔次內都規定了多個刑種，不僅包括有期徒刑、拘役和管制，甚至還可以單處罰金，這有利於實現刑罰個別化，但也導致刑罰的自由裁量空間過大。從檢察機關的角度來說，當然希望量刑建議能夠與法院量刑意見一致，被法院所採納；但是，從法院角度來看，因擔心審判質量必然會對確定刑量刑建議持審慎態

[8] 邱春艷：《認罪認罰從寬：把依法提出量刑建議落實》，高檢網2021年11月21日。

[9] 參見《重慶：量刑建議堅持精細化規範化智能化》，載《檢察日報》2021年1月13日，第12版。

度，有的案件會要求檢察機關變更量刑建議，甚至不通知檢察院而直接變更。^[10] 檢察官與法官都是相對獨立的個體，如果排除不規範、不正當的“先定後審”之類的做法，期待控審雙方對確定刑形成一致意見，在現行刑法體系下確實面臨較大困難與障礙。有的學者主張司法機關之間加強在量刑建議問題上的溝通，對於提高精準度至關重要。^[11] 不過，何時可以溝通、採取何種方式溝通，這涉及程序正當性問題。近年來“兩高”聯合印發了《關於常見犯罪的量刑指導意見(試行)》，目的在於規範量刑、減少同案不同判的現象，但是據此讓檢察官與法官“背對背”形成幾乎無偏差的量刑意見，難度還是相當大。總之，控審一致有難度，為了“一致”而變更“合意”，辯方異議又不可避免，公訴機關面臨“兩難”境地。

(三) “認罪認罰” 量刑情節複雜各異

按照《刑事訴訟法》的規定，認罪認罰從寬在量刑建議上，既可以是實體性的量刑優惠，也可以是程序性的從寬處理，包括撤銷案件、不起訴或者向法院提出適用緩刑的建議等，由於程序處理本身的嚴格性與局限性，例如不起訴的種類與條件的限定，絕大多數案件都是刑期減讓或者判處緩刑。

《指導意見》第十三條規定，除有減輕處罰情節外，幅度量刑建議應當在法定量刑幅度內提出，不得兼跨兩種以上主刑，也就是說，檢察機關的量刑建議只有法定幅度內從輕處理的方式。從法院系統的實際情況來看，單純因“認罪認罰”可獲得的刑期減讓幅度可達30%。由於訴訟進程中認罪認罰具有動態性，而且實體與程序從寬皆可，所以不同案件甚至同一案件的處理結果都有幾種可能。例如，一起三人共同實施的盜竊案，兩犯罪嫌疑人表示願意認罪認罰，並在值班律師見證下簽署了認罪認罰具結書，其中一名犯罪嫌疑人在偵查環節、審查起訴環節均認罪認罰，故檢察機關決定對其作不起訴決定；還有一名犯罪嫌疑人在偵查環節、審查起訴環節均拒絕認罪認罰，但是在庭審過程中，卻當庭向檢察官提出認罪認罰請求，後在法院值班律師的見證下，簽署了認罪認罰具結書。^[12] 這是一起數額不大的共同犯罪案件，涉及不同訴訟階段的認罪認罰，而且同案犯從寬處理結果各異，可見，認罪認罰案件量刑建議本身並非單純是實體法層面上的量刑活動，量刑建議依托訴訟程序而展開，更具有實體與程序綜合裁量的複雜性、各異性，認罪認罰情節本身難以在個案層面類型化。

按照《指導意見》第十四條的規定，人民檢察院提出量刑建議應當區別認罪認罰的不同訴訟階段、對查明案件事實的價值和意義、是否確有悔罪表現等，綜合考量確定從寬的限度和幅度，並且還規定了一系列“優於”“大於”等比較性的量刑情節的適用規則。當然更重要的還有對認罰的實際履行情況的考量，因為這涉及犯罪嫌疑人、被告人的經濟賠償能力，現實中可以是全部退贓或賠償被害人的損失，也可以是部分退贓或賠償被害人的損失。認罪認罰作為量刑情節的複雜性、多樣性，就如有學者指出的那樣，將不同類型的認罪、認罰進行排列組合，可以得到多個“認罪+認罰”類型^[13]。實踐中，還有一部分只認罪不認罰的情況，即犯罪嫌疑人、被告人認罪，但是對量刑情節的認定不服，庭審中堅持作罪輕辯護，這屬於“認罪+不認罰”的類型。不僅認罪認罰本身情形多樣，實踐中更有同時具有數個同向或異向量刑情節的時候，檢察官只能在綜合考量各種量刑情節的基礎上結合自己的經驗來判斷。由於認罪認罰情節的存在，比普通刑事案件單純考量定罪量刑問題，量刑建議工作的難度系數大大增加。

[10] 曹堅：《調整量刑建議需審慎處理》，載《檢察日報》2021年9月8日，第3版。

[11] 李勇：《量刑建議“精準化”的原理與路徑》，載《檢察日報》2019年9月17日，第3版。

[12] 參見《重慶：量刑建議堅持精細化規範化智能化》，載《檢察日報》2021年1月13日，第12版。

[13] 周光權：《論刑法與認罪認罰從寬制度的銜接》，載《清華法學》2019年第3期，第39頁。

二、“認罪認罰”後的不確定性因素

從詞源角度來說，精準是指非常準確、精確^[14]，學界普遍將精準定位於確定刑，認為“精準量刑的要求，應當表現為確定型的量刑建議”^[15]，“確定刑無疑是最為精準的一種量刑建議”^[16]。邏輯上說，精準的一定是確定的，但“確定的”卻面臨著各種不確定因素的挑戰。《指導意見》第一條第二款明確規定，對認罪認罰案件，應當在全面審查證據、查明事實、準確認定犯罪的基礎上提出量刑建議；然而，審查起訴後，案件事實可能發生變化，量刑情節可能發生變化，被告人及其辯護人、值班律師對量刑建議的態度可能發生變化。檢察機關提出的量刑建議是建立在控辯協商基礎上的，合意的確定性所面臨的最大挑戰是來自於辯方的反悔。可以說，任何不確定性因素的出現及其影響都是可能的和不可避免的。

（一）無法預期的辯護結果

當前，認罪認罰案件量刑建議的採納率相當高，但這其中究竟有多少確定刑量刑建議是經過了變更調整的尚未見統計數據。實踐中，認罪認罰可以發生在訴訟的任何一個階段，但是相對於偵查、起訴來說，庭審卻是刑事辯護的核心、關鍵環節，大多數案件犯罪嫌疑人、被告人聘請的律師主要都是在審判階段發揮作用。很多辯護律師包括被告人本人，都不會因為簽署認罪認罰具結書而放棄自己的辯護權，而且相當一部分被告人都會期許庭審中辯護意見能被採納。司法實踐中經常會發生，被告人、辯護人當庭表示出對檢察機關指控內容的異議，即便當初已經簽署了認罪認罰具結書，開庭時仍然會提出各種辯護意見，甚至做無罪辯護，因此，各種影響量刑的新觀點、新證據的出現都是不可避免的，繼而可能導致事實及情節認定的變化。如果辯護意見被有效採納，檢察機關就需要變更量刑建議。

《關於適用認罪認罰從寬制度的指導意見》在基本原則中規定，要堅持證據裁判原則，不能因為犯罪嫌疑人、被告人認罪而降低證據要求和證明標準。從查清事實的角度來說，削弱認罪認罰案件的辯護職能是不明智的，認罪認罰的案件越多，確定刑量刑建議的採納率越高，越應該關注公正與效率的關係，否則冤案、錯案就不可避免。實踐中確實不能排除某些因“控辯交易”而放棄辯護的情況，例如，為了減輕出庭壓力和指控犯罪的難度，控方可能會給予某些犯罪嫌疑人、被告人較大的量刑優惠；刑期減讓幅度大，具有強烈的誘惑性，犯罪嫌疑人、被告人因此可能全部或者部分放棄了無罪辯護，或者有些時候只能是被告人自己認罪，而讓律師作無罪辯護。高達90%以上的認罪認罰案件的適用率，如果辯護職能被削弱，確實是令人擔憂的問題。因此，認罪認罰案件中的辯護意見應該得到重視，尤其是特定類型的案件或者刑期較重的案件，還應該為犯罪嫌疑人、被告人指定辯護律師，即便量刑建議可能需要調整，也必須承認這種不確定因素的存在是有益的。

（二）難以避免的反悔動因

實踐中被追訴人的態度難以做到從始至終。有學者指出：“量刑建議越精準，認罪認罰後的不確定性也就越低。”^[17]確定的刑期，屬實能夠讓犯罪嫌疑人、被告人心中更有底，消除顧慮，從而真實

[14] 參見《現代漢語詞典（第七版）》，商務印書館2017年6月版，第690頁。

[15] 徐貞慶：《認罪認罰案件中量刑建議的精準化》，載《人民檢察》2019年第17期，第58頁。

[16] 曹堅：《確定刑量刑建議適用範圍、程序與內容》，載《檢察日報》2019年8月12日，第3版。

[17] 卞建林、苗生明、李建超、劉卉：《確定刑：認罪認罰從寬制度下量刑建議精準化之方向》，載《檢察日報》2019年7月29日，第3版。

地做出認罪認罰的選擇，而且有利於判決後對刑期的接受。但是，也恰恰是因為“確定刑”，被追訴人與檢察機關的一致性關係具有相當的不穩定性。從心理學的角度來說，犯罪嫌疑人、被告人對自己的量刑總是有無盡的“輕”期待，沒有任何一個人會對認罪認罰具結書百分之百的滿意，那只是一個協商中的相對能夠接受的結果，甚至還有的是很不滿意，但是為了能夠得到從寬處理也簽署了協議，即便被告人當庭表示自願認罪認罰，法院也採納了檢察官提出的量刑建議，被告人還可能對法院判決不滿意提出上訴。可以說，認罪認罰的目的就是為了從寬，但是從寬的幅度沒有達到預期，被追訴人出於某種動機卻簽署了具結書，往往必然出現的結果就是反悔。

實踐中犯罪嫌疑人、被告人反悔的動機、原因、情形多種多樣，正如有學者對“反悔”行為的界定那樣，“犯罪嫌疑人、被告人如實供述自己的罪行，對指控的犯罪事實沒有異議，同意量刑建議並簽署認罪認罰具結書之後，因認罪不自願、不知情或者發現新證據等事由，而推翻此前認罪認罰供述”^[18]。犯罪嫌疑人、被告人一旦翻供、反悔，控辯雙方即由“合作”變成了“對抗”。鑒於《刑事訴訟法》並未剝奪認罪認罰案件中被告人的上訴權，不排除有的被告人先通過“虛假”的認罪認罰獲得檢察機關相對從寬的量刑建議，然後利用上訴不加刑原則，行使法律賦予的上訴權利，以期獲取更輕的量刑結果甚至無罪判決。按照《指導意見》的相關規定，法院判決、裁定採納了檢察機關提出的量刑建議，被告人僅以量刑過重為由提出上訴的，檢察機關應當依法提出抗訴。可以說，如果不是想反悔而怯於反悔，擔心遭受報復性抗訴，或者反悔後可能面臨認罪認罰具結書中的內容仍可以作為證據使用的司法風險，上訴案件的比例會更高。

（三）難以消除的風險基因

認罪認罰案件量刑建議並非是完全平等意義上的協商結果。從形式上來說，認罪認罰案件量刑建議不是檢察機關單方意思表示，是征求了辯方的意見，帶有一定的協商性。但是，無論是從協商的主體身份、協商的方式都可以看出，這種協商是不平等的，協商的空間也是不充分的，所謂的協商內容幾乎就是按照偵查機關、公訴機關對事實的認定以及基於此種認定而提出的量刑意見，辯護人的介入程度與庭審階段相比差異很大，值班律師的作用也極其有限，實踐中犯罪嫌疑人、被告人幾乎就是在同意與不同意之間進行選擇。按照《刑事訴訟法》的規定，在法庭審判階段，法官對量刑建議負有審查的義務，審查的內容既包括認罪認罰具結書內容的真實性與合法性，也包括認罪認罰的自願性。然而，“自願”只有在平等關係中才會得以存在，職權主義訴訟模式下控辯勢差的存在，不僅會對犯罪嫌疑人、被告人意思表達的真實性、自願性產生威脅、損害，也必然帶來合意的不穩定性，這種源於訴訟結構的非對等性是難以自除的，成為被追訴人反悔的風險基因。

從量刑建議的發展演進也可以看到，這項改革本身旨在強化公訴職能，針對的是刑事司法“重定罪、輕量刑”的問題，特別是實踐中存在的各地法院量刑標準不統一、法官裁量權過大、同案不同判的現象。2005年出台的《人民檢察院量刑建議試點工作實施意見》特別指出，檢察機關向法院提出量刑建議，要與審判監督職能相結合，推動量刑工作嚴格依法進行，可見，其權能最初是定位在控審之間，量刑建議與檢察職能相結合，實現了公訴權對審判權的制約，檢察機關對審判機關的監督。基於對審判權的監督與制約而產生的這項權能，在認罪認罰案件中雖然融入了協商的程序要求，量刑建議的關係結構也從控審轉向了控辯，但是從“根”上來說，控辯雙方具有天然的不對等性。這也就不難解釋，作為協商性司法的唯一表征“聽取意見”，在實踐中為何會存在比較突出的聽取辯方意見程序

[18] 馬明亮、張宏宇：《認罪認罰從寬制度中被追訴人反悔問題研究》，載《中國人民公安大學學報》2018年第4期，第98頁。

不規範的問題，“聽取意見”不過是“走個程序”而已。^[19]

三、過程維度下精準化的實現路徑

實踐中，確定刑量刑建議是以被法院採納作為“精準”的判斷標準的。但是，認罪認罰案件量刑建議的關係結構並非以控審為核心，而是控辯協商與控審一致的結合，從這一角度來說，“精準”是關係範疇的概念，是各方認同的一種價值判斷而非單純的事實判斷。因此，無論是追求客觀真實意義上的精準，抑或將確定刑本身作為精準的目標，都是不符合認罪認罰從寬制度的內在機理的。有專家指出，理解“確定”“準確”，要結合量刑建議的形式和效果來把握，確定刑僅僅是形式，還要考慮效果：“一是被告人對刑罰結果的預期明確、自願服判，辯護人或者值班律師對量刑建議的認可和接受度高；二是法官經過全面審查後依法予以採納，按照量刑建議進行了宣判；三是被害人通過量刑建議的內容獲得了權利維護和救濟補償。”^[20]立足控辯審三方關係的協調、平衡，增強量刑建議與法院量刑意見的一致性，促進辯護方的認可，減少不確定性因素對訴訟進程的影響，是實現量刑建議精準化的現實路徑。

（一）過程化：精準性的增強

首先，過程化有助於控審意見趨向一致。實踐中，量刑建議是否被法院採納、採納率的高低影響著量刑建議的嚴肅性和權威性，更是體現出對控辯合意的尊重^[21]。量刑建議雖然形成於審查起訴階段，但是決定刑罰輕重的犯罪事實、性質、情節以及社會危害程度等的查明與認定，是貫穿立案偵查、起訴、審判全過程的。量刑建議的過程化，是將量刑建議作為動態的活動過程，考量事實認定、證明材料、量刑情節的變化。“確定的”未必是精準的，過程視域下的精準，不是簡單的以提起公訴時的“確定刑”作為評價對象，而是注重過程化的“校准”，從而使控審之間實現最大程度的一致性，使量刑建議達到符合法律規定的採納標準。

其次，過程化能夠為量刑建議變更留下空間。檢察機關提起公訴時提出的確定刑，可能由於各種原因與法院的量刑意見有所不同，按照《刑事訴訟法》的規定，量刑建議的調整是有一定條件的，即量刑建議明顯不當或者異議有理有據的。然而，更多的認罪認罰案件辯方有異議，甚至被告人反悔、上訴的，可能並未達到這種法定的程度，但也同樣會對被告人人身自由權益產生相當大的影響。所謂“過程化”，就是將量刑建議作為動態的活動過程，這就意味著在法院終審判決前，量刑建議都可以通過控辯協商進行變更，並非僅限於法律規定的情形，依法適時調整量刑建議也是檢察機關的職責。

再次，過程化能夠適應認罪認罰的動態變化。認罪認罰涉及程序性從寬處罰，實踐中，認罪認罰情形各異，可以發生在任何訴訟階段，因此，需要在過程中考量處理。其對查明案件事實、修復被損害的社會關係的價值與作用，也並非某個節點就可以全面準確評價的。即便審查起訴階段簽署了認罪認罰協議，法庭上的認罪態度也可能發生變化；特別是“認罰”的落實情況，可能與預期有較大差異，被告人是否真實、自願尚需通過庭審查明。認罪認罰從寬制度的核心價值理念是效率，實體法在

[19] 邱春艷：《認罪認罰從寬：把依法提出量刑建議落實》，高檢網，2021年11月21日。

[20] 莊永廉、楊宇冠、劉辰、李建超、劉傳稿：《認罪認罰從寬制度中量刑建議精準化的進路》，載《人民檢察》2020年第7期，第42頁。

[21] 卞建林、苗生明、李建超、劉卉：《確定刑：認罪認罰從寬制度下量刑建議精準化之方向》，載《檢察日報》2019年7月29日，第3版。

一定程度上為此做出了讓步，注重過程性考察，有助於防止虛假認罪認罰，維護刑事司法的公正與權威。

（二）平等化：不確定性的降低

首先，平等化有助於辯護方的意見表達。認罪認罰案件量刑建議的關係結構已經從“控審”轉向“控辯”，辯護方簽署認罪認罰具結書是檢察機關提出量刑建議的程序要件。一方面，被追訴人的認罪態度至關重要，是發現案件真相的重要途徑，是量刑合意達成的必要條件；另一方面，被追訴人的悔罪態度十分關鍵，決定著“認罰”承諾能否落實。辯護方的意見能夠得到充分、有效的表達，不僅有利於查清案件事實，而且有助於防止被追訴人反悔。保證控辯合意的真實性、合法性、有效性十分重要，認罪認罰案件不乏律師作無罪辯護，罪輕辯護更是常見，雖有多種原因，但是不排除的是檢察機關量刑建議的內容未經過充分的控辯協商，或者說對辯方意見未給予充分考慮和採納。

其次，平等化意味著被追訴方可以反悔。反悔是任何契約關係中必然存在的現象，應該合理對待被追訴人的反悔行為，既不應與辯護混為一談，泛化反悔現象；也不應力圖使量刑建議百分之百被採納，消除反悔現象。認罪認罰案件中賦予被追訴人反悔權是確保認罪認罰自願性的內在要求，具有其正當性依據，為防止訴訟效率受到影響，有學者認為“可以考慮從時間和理由兩方面對其進行合理限制”^[22]。應該說，被告人單純的基於反悔的上訴，以及檢察機關針對上訴而提出的“對抗性”抗訴，都會造成司法資源的浪費，因此，賦予犯罪嫌疑人、被告人一定條件下的反悔權，有利於訴訟效益的提高，符合認罪認罰從寬制度的價值取向。

再次，平等化能夠增強協商對話的功能。按照《指導意見》第四章“聽取意見”與第五章“量刑建議的調整”的程序規定，辯護方依法享有對檢察機關量刑建議的異議權，可以說，“聽取意見”的規定一定程度上保障了辯護方提出異議的渠道暢通，但是這種被動性、滯後性的協商權能十分有限。有學者指出，“協商對話功能的發揮程度，取決於對話內容的廣度與深度，包括：證據的展示與交換，事實的辯論、協商及認定，法律的解釋、理解與適用，法律責任的協商與確認（對法官自由裁量權的必要補充）等等，呈現出一個協商空間逐步遞增的過程。”^[23]真正平等的協商性司法，應該是屬於內容意義上的，事實、證據與法律問題不可能截然分開，任何形式主義的割裂性的單純就量刑問題的“聽取意見”，都只能導致庭審中出乎意料的“辯護意見”的出現，至於反悔、上訴更在情理之中。

（三）雙路徑下確定刑量刑建議的改進

一是尊重被追訴人的意願。對於犯罪嫌疑人、被告人來說，對量刑建議的方式沒有任何選擇權，提出確定刑還是幅度刑完全由檢察機關決定。實踐中，確定刑量刑建議已經占到了95%左右，按照《指導意見》，只有新類型、不常見犯罪案件、量刑情節複雜的重罪案件等，才可以提出幅度刑量刑建議。確定刑量刑建議的優勢在於可以滿足犯罪嫌疑人、被告人對量刑的心理期待，有利於判決結果的接受，但與幅度刑相比，往往“就高不就低”；如果賦予辯方選擇幅度刑的權利，則既有較低刑期被法院採納的可能，亦為庭審中的辯護留下一定空間。從法理上說，案件事實本身的量刑決定權是在審判機關，但是對“認罪認罰”情節的刑罰適用，無論是確定刑亦或是幅度刑，只要是基於控辯合意而形成的，就應該得到認可。尊重辯護方的選擇權，這也體現了協商性司法的特點，即便提起公訴時採用了幅度刑的方式，庭審時也可以變更為確定刑，過程化的意義就在於使檢察機關的量刑建議更加

[22] 何靜：《認罪認罰案件中被追訴人的反悔權及其限度》，載《東南大學學報》2019年第4期，第101頁。

[23] 李貴成：《協商性刑事司法原理》，載《中國刑事法雜誌》2009年8期，第57頁。

趨向實體精準。

二是擴展控辯協商的空間。按照通常意義的理解，所謂認罪，是指犯罪嫌疑人、被告人自願如實供述自己的罪行，承認指控的犯罪事實；所謂認罰，是指明確表示願意接受刑罰等處罰，特別是接受檢察機關提出的具體量刑建議。鑒於司法實踐中“認罪認罰”情節的複雜多變，應該允許控辯協商的內容更具靈活性，除了主刑、附加刑以及刑罰執行方式等屬於可協商的範圍，還可以讓犯罪嫌疑人、被告人有更大的選擇餘地，例如只認罪不認罰，或者部分認罪、部分認罰的，都應該予以從寬處理。賦予被追訴人一定的自主權，並不違反認罪認罰從寬原則的基本精神，只要簽署認罪認罰具結書符合自願、合法的原則即可。如果控辯雙方只是對某一量刑情節的認定意見不一，無法形成合意，與其使犯罪嫌疑人、被告人違心簽署協議，不如保留至庭審，待查明案件事實後再提出具體量刑建議，被告人仍然可以獲得一定幅度的量刑優惠，較之“認罪+認罰”的單一模式，多元化的認罪認罰選擇，有利於提高訴訟效率，減少被告人反悔現象。

三是採用條件預設的建議方式。實踐中，除了新類型、不常見犯罪案件，其他案件中也有“確定刑”難以把握的時候，特別是非法集資類案件，被告人退賠退贓可能無法一步到位，檢察機關在提出量刑建議時，應該將可能出現的退賠因素考慮在內^[24]，即根據被告人繳納罰金、退贓或者賠償被害人損失等不確定性較大的因素，提出輕重不同的量刑建議，由法院根據具體情況選擇。在數量較大的傷害類案件中，雖然審查起訴階段未能達成和解，但要充分考慮後續審判階段被告人積極賠償並獲得被害方諒解的可能性，可在《認罪認罰具結書》上分別列明賠償、部分賠償和不賠償的刑罰適用。此種方式既尊重了檢察機關的量刑建議，又可激勵被告人積極悔罪，為認罪認罰的被告人兌現刑罰優惠的司法承諾。

四是設立量刑建議變更程序。量刑建議的變化主要環節在庭審階段，《指導意見》對開庭審理前、休庭期間、庭審中、庭審後調整量刑建議的程序都作了規定，檢察機關會適時自行主動評判是否應該調整量刑建議。不過在整個訴訟過程中，辯護方除了在檢察機關“聽取意見”時行使異議權之外，沒有與控方對等的完全基於反悔而要求變更量刑建議的權利。有學者指出，基於“認罪認罰協商結果的司法契約性質”，控辯雙方都應該享有反悔權^[25]。設立相對獨立的量刑建議變更程序，賦予被告人、辯護人在庭審後申請啟動變更程序的權利，尤其對確定刑量刑建議確有必要，是實體正義與程序正義的雙重要求，有利於消除單純的反悔型上訴，有效節約訴訟成本。

五是實行動態“階梯式”評價。認罪認罰案件量刑具有特殊性與複雜性，既涉及對案件事實的認定，也有認罪認罰情節的適用。實踐中，最引發人們對司法公正質疑的情形就是同案不同判，同理不同案同判也是不公正、不合理的。檢察機關對認罪認罰情節本身的準確評價，是使法院能夠做到同案同判的基礎和保證。《指導意見》第十四條規定的主動優於被動、早優於晚、徹底優於不徹底、穩定優於不穩定，幾乎都涉及對認罪認罰的動態評價。犯罪嫌疑人、被告人在不同訴訟階段認罪認罰，對查明案件事實的價值和意義、對國家和被害人損失的彌補等都有不同作用與影響，如果對“認罪認罰”情節一律按照20%給予量刑優惠，是難以體現精準化內涵與要求的。實踐中，有些地區嘗試在偵查、起訴、審判階段分別按照30%、20%、10%予以量刑減讓，有一定合理性，但是，還應再結合個案

[24] 曹堅：《調整量刑建議需審慎處理》，載《檢察日報》2021年9月8日，第3版。

[25] 田力男、楊振媛：《認罪認罰反悔後有罪供述適用問題探究——以“司法契約”理論下有罪供述撤回為切入點》，載《公安學研究》2019年第4期，第77頁。

情況進一步細致裁量，使量刑建議真正做到不同案不同刑，保障實體公正價值目標的實現。

總之，量刑建議是認罪認罰從寬制度適用的關鍵環節，量刑建議精準不僅是實體範疇的問題，也受到程序法的規制。檢察機關提出量刑建議，既要考慮被告人對量刑減讓的心理期待，又要尊重人民法院的量刑裁判權。量刑建議的精準化應該是過程與目標的統一，在過程化、平等化的路徑下，構建控辯審協調平衡的量刑建議模式，破解控審不一致、控辯不對等的困境，才能實現公正與效率的雙重價值目標，確保認罪認罰從寬制度行穩致遠。

Abstract: Under the lenient system of admitting guilty and punishment, sentencing recommendations have been given new connotations and powers. Determining punishment and precision have become new requirements for sentencing recommendations from prosecution authorities. However, due to the limited certainty, the unilateral changes and adjustments, and the complexity of sentencing circumstances and the recommendation for determining sentencing, practical issues have encountered difficulties in terms of predictability, certainty, and accuracy. In judicial practice, there are still phenomena and problems such as innocent defense, defendant's withdrawal, and unstable "consensus" after admitting guilt and punishment. The process of sentencing recommendations and the equality of prosecution and negotiation is a realistic path to enhance accuracy and reduce uncertainty. It can be respected by respect, expand the space for negotiation, adopts presets, set up changes, implement dynamic evaluation, etc. As a result, determining the sentence proposal is improved.

Key words: Prosecution Authorities; Pleading Guilty; Sentencing Recommendation; Precision

(責任編輯：馬志遠)

投稿格式與體例說明

一、基本格式

1. **來稿語言：**本刊僅接受中文稿件，但具有一定學術價值的葡語、英語等外文學術文章的中文譯本也可刊用。

2. **來稿項目：**所有稿件除正文外，均應包括四個項目：中文及英文題目、中文及英文摘要（200字左右的中文摘要及英文翻譯）、中文及英文關鍵詞（四至五個）、作者工作機構及職稱或職務（中文，並在作者姓名前用“*”號在首頁下方註明）。

3. **來稿文字：**所有稿件，均應使用宋體、繁體字，中文標點採取全角符號，英文標點採取半角符號。

內文：11點，間隔為單行間距。

題目與標題：

來稿題目為18點加粗居中打印；副標題另起一行，16點加粗居中打印。

內文一級標題為12點加粗居中打印。例：一、標題內容。

內文二級標題為11點加粗，加括號，空兩格放置。例：（一）標題內容。

內文三級標題為序號後加“.”，空兩格放置。例：1.標題內容。

內文四級標題為序號外加小括號，空兩格放置。例：(1)標題內容。

二、註釋體例

1. 註釋為腳註，編號連排。

2. 文字為9點，空兩格加註釋內容。例：[1] 註釋內容。

3. 著作的註釋順序為：作者、書名、卷次（如有）、出版者、年份、頁碼。

【範例】趙國強：《澳門刑法概說（犯罪通論）》，社會科學文獻出版社2012年版，第54頁。

【英文範例】Tong, I. C, *Linguistic Pluralism and the Legal System of Macau*, *Journal of International and Comparative Law*, 2020, p.183-185.

4. 譯著的註釋順序為：作者、文章名、期刊名稱、年份及期次、頁碼。

【範例】[葡]科斯塔：《葡萄牙法律史（第三版）》，唐曉晴譯，法律出版社2014年版，第296頁。

5. 期刊的註釋順序為：作者、文章名、期刊名稱、年份及期次、頁碼。

【中文範例】駱偉建：《論“一國兩制”下的香港特區選舉制度的完善》，載《澳門法學》2021年第2期，第22頁。

【葡語範例】Wei, Dan, O Direito da Concorrência da China: Statu Quo e o Desenvolvimento da Produção Legislativa, *Revista Doutrina IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional)*, Volume 13, Número 2, 2006, p.9-36.

【德語範例】Fan, Jianhong, Durchgriffshaftung gegen Gesellschafter wegen Unter kapitalisierung im chinesischen Gesellschaftsrecht, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 59.Jahrgang, Heft08/2013, Verlag Recht und Wirtschaft, Germany, S.518.

6. 文集的註釋順序為：作者、文章名、文集名、出版者、年份、頁碼。

【範例】唐曉晴：《論要物合同》，載趙國強主編：《澳門人文社會科學研究文選法律卷（上卷）》，社會科學文獻出版社2010年版，第268-284頁。

7. 非引用原文者，註釋前加“參見”；非引自原始出處者，註釋前加“轉引自”。

8. 引用古籍的，參照有關專業部門發佈之規範；其他引用外文的，遵循該語種的通常註釋習慣。

9. 說明未詳盡之處，按《法學引註手冊》北京大學出版社2020年版執行。

