

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（台灣世新大學法學院）

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《投搞格式與體例說明》。

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件接收來稿。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，本刊有權不予利用。

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。

名家特約

- 港澳基本法第1條“不可分離”的規範分析 王禹 / 003
大数据背景下個人信息保護新問題研究 趙威 / 014

專欄：人權法研究

- 為歐洲人權法院辯護 [葡]保羅·本托·德·阿爾布克基 著 尹燕紅 譯 / 024
《曼谷宣言》與亞洲人權立場的形成 化國宇 白渤海 / 040
論民族語言受教育權的憲法保障 林胤翔 / 056

論文

- 論刑事涉案財物之沒收競合 梅傳強 何鑫 / 075
犯罪門檻研究 張智輝 田健夫 / 089
違法性認識的定位：“釋法中心論”之故意說 趙天琦 / 106
《民事強制執行法（草案）》背景下執行債務人異議之訴的中國化圖景 李弸 / 122
台灣地區司法詢問員制度及對大陸“一站式”取證制度之啟示 李延鎖 / 144

港澳法制研究

- 論澳門民法上的一般人格權 吳奇琦 / 157
晚清澳門葡籍華商商事糾紛探究 周迪 / 178
香港特區新選舉制度的理論基礎與實踐邏輯 趙偉英 / 193

MACAU LAW REVIEW

2024 No.1 (Serial No.55)

[Invited Articles]

- Analysis of the “Inalienable” of Article 1 of the Basic Laws of Hong Kong and Macao Wang Yu / 003
New Issues of Personal Information Protection Zhao Wei / 014

[Column: Research on Human Rights Law]

- Plaidoyer for the European Court of Human Rights Paulo Pinto de Albuquerque Trans. by Yin Yanhong / 024
The Bangkok Declaration and the Formation of Asian Human Rights Positions Hua Guoyu & Bai Boyu / 040
Constitutional Protection of Minority Language Education Rights Lin Yinxian / 056

[Peer-Reviewed Articles]

- On the Coincidence of Confiscation of Property Involved in Criminal Cases Mei Chuanqiang & He Xin / 075
Research on Criminalization Threshold Zhang Zihui & Tian Jianfu / 089
The System Positioning of Illegality Cognition: Theory of Intentional Through the Interpretation Centered Theory Zhao Tianqi / 106
The Sinicization of the Objection Lawsuit of the Debtor in the Context of the Civil Compulsory Enforcement Law Li Peng / 122
The Forensic Interviewer System in Taiwan Region and its Englishtenment to Mainland China’s “One-Stop” Evidence Collection System Li Yansuo / 144

[Hong Kong and Macau Legal Studies]

- On the General Personality Right in Macau Civil Law Ng Kei Kei / 157
A Brief Study of Commercial Disputes Involved by Chinese Merchants with Portuguese Nationality in Macau of the Late Qing Dynasty Zhou Di / 178
The Theoretical Basis and Practical Logic of the New Electoral System of the HKSAR Zhao Weiyang / 193

港澳基本法第1條“不可分離”的規範分析

王 禹*

摘要 香港、澳門基本法第1條開宗明義規定香港、澳門特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分。“不可分離”是中國對港澳恢復行使主權的必然結果，是“一國兩制”的根本要義，是國家在港澳設立特別行政區制度的前提基礎。基本法第1條“不可分離”表述包含著豐富的規範意涵。該條源於中國憲法裏“不可分離”表述，並與基本法第18條第4款、第23條和其他條文等構成了統一嚴密的規範體系，在整個基本法體系中具有根本性和統領性地位。

關鍵詞 不可分離 一國兩制 特別行政區

引言

香港、澳門基本法第1條開宗明義規定香港、澳門特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分。“不可分離”是“一國兩制”方針中的最基礎內容，也是國家在港澳地區實行“一國兩制”、高度自治、“港人治港”、“澳人治澳”的前提條件。

許多論者對基本法第1條給予了高度重視，但多僅限於政治層面進行論述。實際上，第1條包含著豐富的規範內容，包括何為不可分離，分離是否為國際法上的一項權利，該條與基本法第18條、第23條和其他條文關係以及該條在整個基本法體系中的地位等。對港澳基本法第1條“不可分離”的規範內涵作出必要分析和研究，有助於正確理解基本法體系和“一國兩制”基本精神。

一、分離的法律內涵

(一) 分離的定義、特徵和主要方式

分離是指某個部分從一個統一的整體脫離和分開的意思。1903年原屬哥倫比亞的巴拿馬宣佈獨

* 王禹，澳門大學法學院教授、全國人大常委會澳門基本法委員會委員。

立，1971年原屬巴基斯坦的東巴基斯坦宣佈獨立，國名孟加拉，1993年厄里特利亞脫離埃塞俄比亞獨立，都屬於國家分離的例子。《奧本海國際法》將“一個國家的一部分脫離出來而成為另一國家的情形”界定為“分離”。^[1]實際上，分離的情形包括：

1. 現存國家的一部分領土和人口從現屬國家脫離，建立一個新的主權國家；
2. 現存國家的一部分領土和人口從現屬國家脫離，併入其他國家；
3. 現存國家的一部分領土和人口從現屬國家脫離，並與這個國家的其他部分領土和人口組建一個新的主權國家；
4. 現存國家的一部分領土和人口從現屬國家脫離，並與其他國家的部分領土和人口組建一個新的主權國家。

分離在國際法和國際政治領域，通常是與國家分裂通用或並用。2001年6月我國與上海合作組織其他成員國簽訂的《打擊恐怖主義、分裂主義和極端主義上海公約》將分裂主義界定為“旨在破壞國家領土完整，包括把國家領土的一部分分裂出去或分解國家而使用暴力，以及策劃、準備、共謀和教唆從事上述活動的行為，並且是依據各方國內法應追究刑事責任的任何行為”。2005年4月5日我國與巴基斯坦在伊斯蘭堡簽訂的《關於打擊恐怖分子、分裂主義和極端主義的合作協定》規定分裂主義是指旨在破壞任何一方的國家主權和領土完整的行為，包括煽動把國家領土的一部分分裂出去或使用暴力分解國家，以及策劃、準備、共謀和教唆從事上述活動的行為，並且此類行為根據雙方各自法律構成犯罪。

分離與分裂的差別主要有：第一，分離是指一種結果，是指國家局部從國家整體中分離出去的政治法律事實。分裂國家是指行為，只要實施該行為，則構成分裂國家罪，但不要求以發生分離出去的事實為前提。第二，分離的內涵通常比分裂要廣。在西方，分離主義甚至還被認為包含了分裂、地方分權、自治等更為廣泛的內容。^[2]分裂則專指對國家領土的分裂。第三，分離既可能在現屬國同意下進行分離，也可能在現屬國反對下進行分離。但分裂是“針對所在主權國家提出的單方面的脫離行為，並不為所在國同意”，手段包括政治要求、暴力恐怖甚至武裝對抗等，往往帶有暴力性和非法性。^[3]“國家內部通過和談的方式實現的協議式分離，不屬於分裂主義的範疇”，但這屬於分離主義的範疇。^[4]

無論是現屬國同意下進行的分離，還是現屬國反對下進行的分離，分離的要害在於破壞現屬國的主權和領土完整。在無法尋找和平分離的情況下，一些分離勢力往往尋找武力分離，轉向恐怖主義和極端主義。因此，分離和分裂主義總是不可分的。

（二）反對分離是一個國家的基本要求

世界上絕大多數國家的憲法根本不承認任何族群、團體、地區享有要求分離的權力。但也有極少數國家承認分離的權利或對涉及分離的程序作出規定。這些國家可以分為以下三種情況：

1. 在已解體的蘇聯、捷克斯洛伐克和現在埃塞俄比亞等少數聯邦制國家。1924年蘇聯第一部憲法在其第一篇《蘇維埃社會主義共和國聯盟成立的宣言》就明確宣佈“這個聯盟是各平權民族的自願

[1] [英]拉薩·奧本海：《奧本海國際法》（第一卷第一分冊），王鐵崖等譯，中國大百科全書出版社1998年版，第145頁。

[2] 李捷、楊恕：《分裂主義及其國際化研究》，時事出版社2013年版，第3頁。

[3] 參見李捷、楊恕：《分裂主義及其國際化研究》，時事出版社2013年版，第6頁。

[4] 李捷、楊恕：《分裂主義及其國際化研究》，時事出版社2013年版，第6頁。

聯合；每一個共和國均有自由退出自由聯盟的權利。”憲法第4條規定，“每一加盟共和國均保有自由退出聯盟的權利。”此後蘇聯1936年憲法第17條、1977年憲法第72條對加盟共和國的自由退出權利作了明確規定。1968年《關於捷克斯洛伐克聯邦的憲法性法令》在其序言規定“承認直至分離為止的自決權是不可剝奪的；尊重兩個民族各自的主權和它們作為一個民族和國家而自由決定其生活方式和方法的權利”。埃塞俄比亞屬於聯邦制國家，承認“埃塞俄比亞各民族均享有包括脫離聯邦在內的絕對的自決權”，但分離要求必須要得到“相關民族立法會三分之二以上代表的同意”，及聯邦政府在三年之內為該民族地區及其人民組織一次公民表決並獲得超過半數人的支持。^[5]

2. 極少數單一制國家，承認局部地區存在半獨立實體，可以享有退出權。烏茲別克為原蘇聯加盟共和國。1990年6月1日宣佈獨立。1992年12月8日通過的烏茲別克憲法規定烏茲別克由州、區、市、鎮、村，以及卡拉卡爾帕克斯坦共和國組成。第74條規定，“卡拉卡爾帕克斯坦共和國有權根據卡拉卡爾斯坦人民的全民公決，退出烏茲別克斯坦共和國。”

3. 英國政府與蘇格蘭政府簽訂協議，允許其在一定期限內可以通過公投表決是否退出。1998年英國公佈《蘇格蘭法》授權蘇格蘭成立議會，並對蘇格蘭地方政務、司法、衛生、教育、經濟等方面有一定的立法權和行政權。2012年10月雙方簽署《愛丁堡協定》，蘇格蘭同意承認只有英國議會才有權決定是否舉行蘇格蘭獨立公投，而英國則同意舉行一次這樣的公投。2014年9月18日蘇格蘭獨立公投舉行，但以“獨派”失敗告終。但這僅是英國特例，目前尚未見到有其他國家採用。這是由英格蘭和蘇格蘭特殊的歷史造成的。

分離主義對國家統一、領土主權的神聖性和完整性提出挑戰，直接危及到國家存在的根基，將導致一個主權國家的財富、資源、權力的衰減，進而削弱其經濟實力、國防能力和潛在的國際實力，故必然不為該國政府和權力機構所認可。^[6]許多國家在憲法裏都明確規定聯邦政府或中央政府有維護國家統一的義務。如俄羅斯聯邦憲法在總結蘇聯時期歷史經驗教訓的基礎上，取消了俄羅斯聯邦組成中共和國有退出的權利，反而規定“俄羅斯聯邦保證自己的領土完整和不可侵犯”。^[7]1994年塔吉克憲法規定“國家保障共和國主權、獨立和領土完整。以分裂國家統一為目的的宣傳和行動予以禁止”。^[8]這都意味著屬邦或地方沒有退出的權力。

（三）分離不是國際法的一項基本權利

在國際上，分離勢力往往將民族自決視為其尋找分離和實現分離的法律依據和“最佳武器”。

列寧最早提出了民族自決權概念，“所謂民族自決，就是民族脫離異族集體的國家分離，就是成立獨立的民族國家”。^[9]一戰期間，美國總統威爾遜提出“14點綱領”，指出“每個人民都有選擇它願意接受其統治的主權之權利”，也體現了自決的思想。二戰期間發佈的《大西洋憲章》提出，“不希望看見發生任何與有關人民自由表達的意志不相符合的領土變更”，“尊重所有民族選

[5] 《埃塞俄比亞憲法》第39條，載《世界各國憲法》編輯委員會編譯：《世界各國憲法》（非洲卷），中國監察出版社2012年版，第20頁。

[6] 轉引自白桂梅：《國際法上的自決》，中國華僑出版社1999年版，第204-205頁，及楊恕：《世界分裂主義論》，時事出版社2008年版，第6頁。

[7] 劉向文、宋雅芳：《俄羅斯聯邦憲政制度》，法律出版社1999年版，第70頁，及《俄羅斯聯邦憲法》（1993年12月2日通過）第4條第3款。

[8] 《塔吉克斯坦共和國憲法》（1994年11月6日通過）第7條。

[9] 《列寧選集》第2卷，人民出版社1960年版，第715頁。

擇他們願意生活於其下的政府形式之權利”，“希望看到曾經被武力剝奪其主權及自治權的民族，重新獲得主權與自治”，明確揭示了民族自決原則。1945年《聯合國憲章》在第1（2）條“聯合國的宗旨”中明確規定：“發展國際間以尊重人民平等權利及自決原則為根據之友好關係，並採取其他適當辦法，以增強普遍和平”。這裡的“人民自決”原則就是“民族自決”原則。從20世紀50年代開始，聯合國相繼出台了《關於民族與國族的自決權決議》（1952年）、《給予殖民地國家和人民獨立宣言》（1960年）、兩個國際人權公約（1966年）、《關於各國依聯合國憲章建立友好關係及合作之國際法原則之宣言》（1970年）、《維也納宣言和行動綱領》（1993年）和《聯合國土著民族權利宣言》（2007年）等一系列相關決議，重申並豐富了民族自決權原則的內容。

然而，國際法對民族自決權的適用是有前提的。

第一，這裏的民族必須是指國家意義上的民族，即國族。我國憲法規定中華人民共和國是全國各族人民共同締造的統一的多民族國家。^[10] 56個民族共同構成一個中華民族。此（56個）民族與彼（中華）民族都被稱為民族，但顯然不是同一個層面、同一個意義上的民族概念。^[11] 漢滿蒙回藏等56個民族“分之則各為民族，合之則成為國族”。^[12] 中華民族、美利堅民族、法蘭西民族等，都屬於國家意義上的民族，即國族。在列寧那裡，“民族自決權”原則本就是與“殖民地與附屬國人民爭取從帝國主義壓迫下獲得解放的問題聯繫在一起的”。^[13] 只有國家意義上的民族，有“在政治上同壓迫民族自由分離的權利”，“有完全的自由鼓動分離”，“通過全民投票來解決分離問題”^[14]，才可行使自決權成為一個獨立的國家，民族自決權進而轉化為國家主權。這裡的“自決”是以民族國家的身份出現的，而不是指向一個民族國家內的少數民族。^[15]

第二，可自決民族所居住的地方必須是為在國際法未確定法律地位的地方。在聯合國《給與殖民地國家和人民獨立宣言》中，適用民族自決權的地方是指“託管領土及非自治領土或其他尚未達成獨立之領土”，這些領土都屬於在國際法上未確定法律地位的地方。2007年的《聯合國土著民族權利宣言》第3、4條規定了土著民族的自決權^[16]，突破了以往聯合國文件和實踐中體現的民族自決權適用於擺脫外國佔領或統治的限制。考慮到這種不加限定的表述可能對主權國家產生領土完整、政治統一的潛在破壞。因此，在最終修訂後提請表決的文本中增加了第46條第1款，規定《宣言》的內容不得被理解為允許或鼓勵全部或部分破壞國家主權獨立和領土完整。^[17]

民族自決權與分離是“兩碼事”。在當今世界，不僅絕大多數國家有多個民族，而且還有眾多民族跨國而居的情形。因而，民族自決權的適用不是無條件的，否則“必然導致全球各國的動亂

[10] 《中華人民共和國憲法》序言第11段。

[11] 參見許紀霖：《國族、民族與族群：不容被混淆的三個概念》，載《西北民族研究》2017年第4期。

[12] 參見謝瑞智總編撰：《法律百科全書》，三民書局2008年版，第139頁。

[13] 《列寧選集》（第二版）第2卷，人民出版社1972年版，第512頁。

[14] 《列寧選集》第2卷，人民出版社1960年版，第719頁。

[15] 參見莫紀宏：《現代憲法的邏輯基礎》，法律出版社2001年版，第482頁。

[16] 聯合國《土著民族權利宣言》第3條規定，“土著民族享有自決權。根據此項權利，他們可自由決定自己的政治地位，自由謀求自身的經濟、社會和文化發展”，第4條規定，“土著民族行使其自決權時，在涉及其內部和地方事務的事項上，以及如何籌集經費以行使自治職能的問題上，享有自主權或自治權。”

[17] 《聯合國土著民族權利宣言》第46條第1款的內容如下：“本宣言的任何內容都不得解釋為暗指任何國家、民族、團體或個人有權從事任何違背《聯合國憲章》的活動或行為，也不得理解為認可或鼓勵任何全部或局部分割或損害主權和獨立國家的領土完整或政治統一的行動”。

與危機，危及世界和平與發展”。^[18]某個國家賦予該國某地區或某團體有分離權，僅屬“特殊個案”^[19]，是該國出於特殊政治目的考慮而採取的做法，在根本上是“主權國家授予的結果”^[20]。國際法上的自決不包括分離。所謂“國際法上的分離權”並不存在，國際法也從未將分離確立為一項權利。^[21]

二、港澳基本法第1條“不可分離”的規範形成和規範內涵

（一）基本法第1條“不可分離”表述源自中國憲法

中國現行憲法第4條第3款就有“各民族自治地方都是中華人民共和國不可分離的部分”的表述。港澳基本法第1條不可分離的條文表述來自於中國憲法。

“不可分離”表述最早出現在1954年憲法第3款。這一條文內容在1954年3月23日由中共中央提出的憲法草案初稿裏，原先寫在其第二章“國家組織系統”第五節“民族自治機關”，“中華人民共和國境內各聚居的少數民族所建立的自治區、自治省、自治州、自治縣、民族鄉，都是中華人民共和國領土不可分離的一部分”^[22]。1954年6月14日中央人民政府委員會第三十次會議通過的憲法草案，將“中華人民共和國領土不可分離的一部分”改為“中華人民共和國不可分離的部分”，整條改為“各少數民族聚居的地方實行區域自治。各民族自治地方都是中華人民共和國不可分離的部分”，並挪到第一章“總綱”裏。除1975年憲法第4條第1款將其改為“實行民族區域自治的地方，都是中華人民共和國不可分離的部分”外。1978年憲法第4條第3款及1982年憲法第4條第3款都保持了原來1954年憲法“各民族自治地方都是中華人民共和國不可分離的部分”的寫法。

1936年蘇聯憲法是制定1954年憲法的重要參考文本。“不可分離”是針對蘇聯憲法裏各加盟共和國有退出的權利而制定的。對此，劉少奇在1954年憲法草案裏作了說明，指鴉片戰爭以來西方列強企圖實現對中國各民族“分而治之”的侵略政策，“我國各民族都必須提高警惕，不要給帝國主義者進行這種陰謀以任何機會”，憲法宣佈“中華人民共和國是統一的多民族國家”和“各民族自治地方都是中華人民共和國不可分離的部分”，是完全“必要的”和符合“我國各民族的共同利益的”。^[23]

（二）香港基本法第1條形成過程中的意見梳理

香港基本法起草委員會第二次全體會議通過的《基本法結構草案》第一章總則的第一點就提出“香港特別行政區是中華人民共和國的不可分離的一部分”。在1987年4月13日香港基本法第四次全體會議上，中央與香港特別行政區的關係專題小組的工作報告提出了現在條文的寫法“香港特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分”。在香港基本法草案徵求意見的過程中，對第1條“香港

[18] 余建華：《世紀之交世界民族分離主義運動的背景及其理論探析》，載《世界民族》1999年第2期。

[19] 王英津：《有關“分離權”問題的法理分析》，載《國際關係理論》2011年第12期。

[20] 范宏雲：《論國際法上的分離權》，載《武漢大學學報（哲學社會科學版）》2008年第1期。

[21] 參見王英津：《有關“分離權”問題的法理分析》，載《國際關係理論》2011年第12期。

[22] 《中華人民共和國1954年憲法草案》（1954年6月14日中央人民政府委員會第三十次會議通過）第60條，載韓大元編著：《1954年憲法與新中國憲政》，湖南人民出版社2004年版，第641頁。

[23] 劉少奇：《關於中華人民共和國憲法草案的報告》，載王禹編：《中國憲法報告彙編》，濠江法律學社2021年版，第43-44頁。

特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分”條文提出了一些看法和意見。這些看法和意見主要分為以下幾個方面：

1.刪去本條。有的意見認為本條重複序言第一句的意義，沒有必要。有的認為“分離”兩字不理想，既然香港主權已回歸祖國，不須再寫這一詞。

2.本條不能作為基本法第1條。有意見認為應將“中華人民共和國政府對香港的基本方針政策是一國兩制，根據《中英聯合聲明》制定本法”作為第1條，本條作為第2條。有意見認為第1條寫“本基本法根據中華人民共和國憲法第三十一條制定，適用於香港特別行政區。本法視為中華人民共和國憲法之必要補充，同樣神聖”，第2條寫“香港特別行政區，對外簡稱“中國香港”（China, Hong Kong）；對內簡稱香港（Hong Kong）。其範圍包括深圳河以南之香港島、九龍半島及新界”。本條作為第3條。

3.增加補充本條內容。有意見認為在前面加“中華人民共和國是單一制國家”，有意見認為在前面加“為了維護國家的統一和領土完整，並考慮到香港的歷史和現實情況，中華人民共和國在一九九七年七月一日對香港恢復行使主權時，根據中華人民共和國憲法第三十一的規定，設立香港特別行政區”。有意見認為在後面加上“自古以來就是中國的版圖”或“香港特別行政區保持原有地區的範圍”，有的建議在本條最後講一下香港特別行政區的範圍。還有一種意見認為，在本條加上一款，“香港特別行政區政府是中華人民共和國的地方政府，直接受中央人民政府領導”。

4.對本條個別字眼進行修改。有意見認為將“部分”改為“組成部分”，有意見認為將“不可分離的部分”改為“不可分離的領土”，有意見認為改為“香港特別行政區是中華人民共和國領土不可分離的部分”，有意見認為將“不可分離”改為“不可分割”。有的提出改為“香港特別行政區是中華人民共和國的領土”或“中華人民共和國領土的一部分”。

5.還有意見對本條內容作實質性修改。提出改為“香港特別行政區是中國不可分離的部分”，或“香港特別行政區，可以與中華人民共和國分離，無論政治、行政、地域、政制等，都可以與中華人民共和國分離和分開”。^[24]

（三）澳門基本法第1條形成過程中的意見梳理

澳門基本法是參考香港基本法的基礎上制定的，本條的寫法與香港基本法完全是一樣的。在澳門基本法草案徵求意見中，基本法諮詢委員會僅收集到一條意見，建議本條在“部分”兩字之前加上“組成”以強調國家整體結構的完整性。^[25]

（四）港澳基本法第1條“不可分離”的規範內涵

基本法第1條規定的“不可分離”包含著深刻的規範內涵：

第一，“不可分離”是中國憲法的必然要求。基本法是根據憲法制定的，基本法第1條作出“不可分離”的規定，首先是根據中國憲法，而且基本法裏“不可分離”的寫法須與中國憲法的寫法保持一致為好。在香港基本法起草過程中，對該條作出文字表述上的修改意見並不合適。

第二，“不可分離”宣示了香港、澳門特別行政區與國家的關係，是“一國兩制”的根本要義。

[24] 以上看法和意見，可參見李浩然主編：《香港基本法起草過程概覽》（上冊），三聯書店（香港）有限公司2012年版，第26-28頁。

[25] 《〈中華人民共和國澳門特別行政區基本法（草案）徵求意見稿〉諮詢意見報告書》，中華人民共和國澳門特別行政區基本法諮詢委員會，1991年11月21日，第14頁。

香港、澳門特別行政區雖然實行“一國兩制”、高度自治，“港人治港”和“澳人治澳”，但作為一個地方的行政區域這一點是與國家其他地方行政區的地位是一樣的，都是與國家主體不可分離的。在香港基本法起草過程中，提出不需要寫這一條或者將這一條作為第1條的位置進行挪動，都是不恰當的。香港基本法起草委員會堅持在第1條寫上不可分離，是開宗明義表明香港特別行政區的法律地位。

第三，“不可分離”表明香港、澳門不是一個獨立或半獨立的政治實體。單一制蘊含著“領土不可分割的理念”，國家主權只有一個，“不存在其他被賦予等同或不同地位的主權組織”。^[26] 主權必須在一定的領土區域內才能行使，“不可分離”是國家對香港、澳門恢復行使主權的前提基礎。只有明確香港、澳門特別行政區是國家不可分離的領土，國家在港澳恢復行使的主權才具有具體的空間對象和空間基礎。

第四，“不可分離”體現了國家對維護主權、安全和領土完整的堅定態度。香港、澳門自古以來就是中國的領土，“不可分離”具有堅實的歷史事實依據。基本法在全國範圍內都有法律效力。本條強調香港、澳門與祖國不可分離，不僅是針對港澳居民說的，而且也是針對中國政府和中國人民說的。“不可分離”不僅隱含著香港、澳門特別行政區有維護國家安全和主權利益的基本義務，也彰顯中華人民共和國捍衛國家主權和領土完整的信心決心。^[27]

總之，基本法第1條規定的“不可分離”就是不允許任何將澳門特別行政區分離出中國主權管轄的行為。在民主中，多數有權決定國家的形式，“少數人違反多數的意願而謀求分裂，這本身就是反民主的”。^[28] “不可分離”針對的對象可分為兩類：一類是企圖將澳門分離出中國的外來的侵略和破壞行為；另一類是內生的分離勢力，包括主張通過“公投”等手段企圖分離的勢力，以及以獨立、分離為目標的各種破壞勢力。^[29] 為防範、遏止和制裁這些分離和破壞的行為和勢力，基本法除第1條開宗明義宣佈“不可分離”外，還從緊急狀態宣佈、國家安全立法、國際人權公約適用等方面做了明確規定。

三、港澳基本法第1條在整個基本法體系中的地位

（一）與第18條第4款的規範聯繫

兩部基本法第18條第4款規定全國人大常委會決定宣佈戰爭狀態或因香港、澳門特別行政區發生香港、澳門特別行政區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定香港、澳門特別行政區進入緊急狀態，中央人民政府可發佈命令將有關全國性法律在香港、澳門特別行政區實施。本款中的第二種情況就是為了確保特別行政區不可分離而在武力上採取的遏制手段。

2004年中國憲法修改，將“戒嚴”改為“進入緊急狀態”。^[30] 緊急狀態除了“戒嚴”外，還包

[26] [葡]若澤·若阿金·高美士·卡諾迪略 (José Joaquim Gomes Canotilho)：《憲法與憲法理論》，孫同鵬、李寒霖、蔣依娃等譯，社會科學文獻出版社2022年版，第284頁。

[27] 李莉娜、許昌主編：《澳門基本法解讀》，澳門理工學院“一國兩制”研究中心2020年版，第7頁。

[28] 楊恕、李捷：《分裂與反分裂：分裂主義研究論集》，中國社會科學出版社2014年版，第83頁。

[29] 李莉娜、許昌主編：《澳門基本法解讀》，澳門理工學院“一國兩制”研究中心2020年版，第8頁。

[30] 《中華人民共和國憲法修正案》（2004年3月14日）第26條、第27條和第29條。

括應對嚴重自然災害、突發公共衛生事件、人為重大事故等緊急狀態。〔³¹〕戒嚴是指“在發生嚴重危及國家的統一、安全或者社會公共安全的動亂、暴亂或者嚴重騷亂，不採取非常措施不足以維護社會秩序、保護人民的生命和財產安全的緊急狀態時”採取的一種非常措施。〔³²〕基本法規定的“進入緊急狀態”，就是憲法在2004年修改前所規定的“戒嚴”。

動亂是指社會出現混亂、動盪的局面。動亂往往伴隨著暴力衝突、治安失序、無安全感和不確定性。全國人大常委會決定特別行政區進入緊急狀態，是指特別行政區發生了危及國家統一或安全的動亂，而這個動亂是特別行政區政府已不能自行控制。這是對基本法第1條“不可分離”的制度配套和規範落實。

（二）與第23條的規範聯繫

分離必定造成對國家統一和國家安全的侵犯和破壞，必然會涉及到叛國、分裂國家和顛覆國家政權等行為。絕大多數國家都將分離行為定為嚴重的罪行。中國刑法分則第一章就規定了危害國家安全罪，最高可處無期徒刑，對國家和人民危害特別嚴重、情節特別惡劣的，可以判處死刑。考慮到中國刑法不在兩個特別行政區實施，為了尊重特區的高度自治，兩部基本法第23條授權特區自行立法維護國家安全。

第23條所指出的叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密等“五宗罪”主要從刑罰的角度對個人及有關組織危害國家安全、企圖尋找分離的行為進行刑事打擊。第23條的後半段“禁止外國的政治性組織或團體在香港、澳門特別行政區進行政治活動，禁止香港、澳門特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性組織或團體建立聯繫”，則是為防止外國勢力滲透特區、干涉中國內政及特區高度自治而設置的。

維護國家安全的法律制度帶有強烈的政治屬性。港英時期的《刑事罪行條例》和《官方機密條例》就有類似“叛逆”、“襲擊女皇”、“煽惑叛離”、“間諜活動”和“非法批露”等罪行。

《社團條例》在1992年7月17日前有“禁止外國政治性組織或團體在香港進行政治活動及禁止外國政治性組織或團體建立聯繫”內容，1992年7月17日立法局通過修訂案，刪除了這些內容。〔³³〕澳門原來適用的葡萄牙1886年刑法典設有專章，將“危害國家安全罪”作為刑法分則五大類犯罪之一，規定了叛國罪、煽動危害葡國罪、陰謀危害葡國外部安全罪、間諜罪、投奔敵國罪等，打擊以葡國政權為侵犯對象的犯罪活動。1995年刑法典實行“法律本地化”，“過戶”為《澳門刑法典》，這些罪名被刪除。但總督在第58/95/M號法令第9條指出，“該法典第二卷第二編《妨害國家安全罪》的法律條文繼續生效至1999年12月19日。可見，無論是香港還是澳門，在回歸後都有進行維護國家安全立法的必要性。

2003年香港23條立法未能完成，其後局面逐漸惡化，“港獨”思潮興起，2019年掀起反修例風波和“黑暴”，陷入社會分化和政治動盪。2020年6月全國人大常委會根據全國人大授權，制定香港國安法，遏止黑暴活動，有力扭轉了香港亂局。然而，香港國安法並不包含23條規定的全部行為。2024年3月19日，香港立法會審議通過了《維護國家安全條例》，並於3月23日正式生效。香港

〔³¹〕 王兆國：《關於中華人民共和國憲法修正案（草案）的說明》，2004年3月8日在第十屆全國人民代表大會第二次會議上。

〔³²〕 《中華人民共和國戒嚴法》（1996年3月1日全國人大常委會通過）第2條。

〔³³〕 李浩然、尹國華、王靜：《國安法二十三條：安全與自由》，三聯書店（香港）有限公司2020年版，第11-15頁。

基本法第23條立法現已完成。澳門在2009年完成了二十三條立法，並持續推進國家安全體制機制建設，2023年根據總體國家安全觀，通過了新修訂的澳門《維護國家安全法》。

國家安全本屬於國家事權。基本法第23條明確了特區有維護國家安全的憲制責任，并列舉叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密等嚴重危害國家安全行為要求予以禁止和打擊，進而確保國家的統一和領土完整。這是對第1條“不可分離”的重要保證和落實。

（三）與香港基本法第39條、澳門基本法第40條的規範聯繫

在香港“港獨”思潮興起中，兩個國際人權公約第1條規定的民族自決權成為重要的“理論依據”。“港獨”分子甚至分析了“武裝獨立、境外勢力扶持獨立，以及政治協商式獨立”具有極大的困境^[34]，提出“香港作為一個民族，在歷史和國際法皆享有自決前途的權利，讓全港全面公投表態一次，無論前途是獨立還是一國兩制，皆會令香港的前途更加明確”^[35]，“反對派也應轉型，從以往爭取政制改革民主化為主要工作路線，轉為面對2047年而建立自決機制，合作聯成廣泛戰線‘同中央拗手瓜’”^[36]。

兩個國際人權公約都在其第1條規定了民族自決權，“所有民族均享有自決權，根據此種權利、自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展”。^[37]然而，兩個國際人權公約第1條並不具有在香港、澳門特別行政區適用的法律效力。香港基本法第39條和澳門基本法第40條都規定兩個國際人權公約適用於香港、澳門的有關規定繼續有效，並沒有規定兩個國際人權公約的所有條文在香港、澳門特別行政區生效適用。原先由英國政府和葡萄牙政府保留的條文繼續維持保留，在香港、澳門回歸後不具有適用的法律效力。

英國在1976年成為兩個國際人權公約締約國，並在同年批准適用於當時為英國殖民地的香港。英國在簽署和批准兩個國際人權公約時就對第1條的“民族自決權”作出保留：“聯合王國政府聲明，該國政府了解，憑藉聯合國憲章第103條的規定，倘其根據公約第一條規定的義務，與其根據憲章（特別是憲章第一、二及七十三條）規定的義務有任何抵觸，則以憲章規定的義務為準。”英國在交存公約的批准書時所提出的保留條文及聲明的第1條就是：“聯合王國維持其在簽署公約時就第1條所做的聲明”。1991年港英當局通過《香港人權法案條例》，將《公民權利和政治權利國際公約》中適用於香港的規定收納入香港法律，其中就沒有對公約第1條內容作出明確規定。葡萄牙在1978年加入了兩個國際人權公約。1992年葡萄牙將兩個國際人權公約延伸適用到澳門時就明確排除了民族自決權，明確指出兩個國際人權公約第1條不影響澳門是中國領土的法律地位。1999年12月2日中國就澳門繼續適用兩個國際人權公約問題致聯合國秘書長，指出兩個國際人權公約在澳門特別行政區適用，“特別是公約第一條，不影響《聯合聲明》和《基本法》關於澳門地位的規定。”這就明確排除了兩個國際人權公約第1條在澳門特別行政區的適用問題。

1960年12月14日聯合國大會通過《給予殖民地國家和人民獨立宣言》，即我們通常所說的《反

[34] 甄健華：《談資源、看港獨》，載《學苑》2014年第9期；沙龍：《獨立幻想》，載《學苑》2014年第9期。

[35] 張士齊：《香港應否有民族自決的權利？》，載《學苑》2014年2月號，第37頁。

[36] 《劉慧卿稱向來支持自決》，載香港《信報》2016年8月10日。

[37] 該條文實際上分為三款：“1.所有民族均享有自決權，根據此種權利、自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展。2.所有民族得為本身之目的，自由處置其天然財富及資源，但不得妨害基於互惠原則之國際經濟合作及因國際法而生之任何義務。無論在何種情形下，民族之生計，不容剝奪。3.本公約締約國、包括負責管理非自治及託管領土之國家在內，均應遵照聯合國憲章規定，促進自決權之實現，並尊重此種權利。”

殖宣言》，該宣言宣佈要迅速和無條件地結束一切形式的殖民主義，賦予殖民地人民有“民族自決權”，進而促使殖民地通過自決的形式取得獨立。香港和澳門一開始就列於該殖民地名單上。葡萄牙佔領澳門，英國佔領香港，都實行典型的殖民主義統治，但香港和澳門並不屬於這種意義上的殖民地。有關香港問題和澳門問題的“割讓”、“租借”或“永居管理”條約是帝國主義用武力強加於中國人民的不平等條約。清朝後的歷代中國政府，均不承認這些不平等條約，從未宣佈過放棄對香港和澳門的領土主權。1971年中華人民共和國在聯合國恢復合法席位。1972年3月8日中華人民共和國駐聯合國代表黃華致函聯合國非殖民化委員會主席，明確指出：“香港、澳門是屬於歷史上遺留下來的帝國主義強加於中國的一系列不平等條約的結果。香港和澳門是被英國和葡萄牙當局佔領的中國領土的一部分，解決香港、澳門問題完全是屬於中國主權範圍內的問題，根本不屬於通常的‘殖民地’範疇。因此，不應列入反殖宣言中適用的殖民地地區的名單之內。”中國政府這一正義立場得到國際社會的廣泛支持。同年11月，聯合國大會以99票對5票，通過了將香港、澳門從殖民地名單上除去的決議。將香港和澳門從反殖名單上刪除，香港和澳門的前途只能是回歸中國，而不可能通過行使民族自決權取得獨立。這為香港、澳門的順利回歸奠定了堅實的國際法基礎。

香港、澳門通過“公民投票”形式實現以分離為目的的自決是不可能的，是一種“無效路徑”。^[38]香港、澳門特別行政區無權通過全民公決或其他任何方式脫離中華人民共和國，成立獨立國家或成為其他國家的一部分。兩個國際人權公約第1條關於民族自決權的規定不在香港、澳門特別行政區適用。香港和澳門是中國領土的一部分，其地位在國際法上是明確的。基本法第1條也明確指出了其“不可分離”的法律地位。

（四）根本性條款

香港國安法第2條規定，“關於香港特別行政區法律地位的香港特別行政區基本法第一條和第十二條規定是香港特別行政區基本法的根本性條款。香港特別行政區任何機構、組織和個人行使權利和自由，不得違背香港特別行政區基本法第一條和第十二條的規定。”“根本性條款”是一個新提法。除憲法宣佈自身是國家根本法、具有最高法律效力外，我國其他法律文本迄今沒有出現“根本性條款”表述。

在“一國兩制”下，香港特別行政區享有高度自治權。但這種高度自治仍然屬於單一制下地方自治的範疇。香港既沒有所謂的“次主權”，也絕非“歐洲狀態的城邦”。香港基本法第1條明確香港特別行政區與國家是不可分的，第12條表現了香港特別行政區在國家行政區劃中的法律地位，即同省、自治區和直轄市一樣，都直轄於中央人民政府。這兩個條款“共同確認了香港是中華人民共和國領土的不可分割的組成部分”，表明了“中華人民共和國作為獨立政治共同體實現和捍衛國家統一與領土完整的意志”，共同構成基本法體系中的“根本性條款”。^[39]

根本性條款可以理解為是指在一部法律中帶有基礎性、全局性的規定，調整處於基礎性、本質性的事項。^[40]香港國安法第2條有關“根本性條款”的表述對香港基本法第1條和第12條的規定帶有解釋性功能，確立了香港基本法第1條和第12條在基本法體系中的重要地位。^[41]香港居民在行使香

[38] 參見徐海波：《“港獨”的“公民民族自決”與“全民公投”之法理審視與批判》，載《法學論壇》2017年第4期。

[39] 參見韓大元：《論香港國安法第2條“根本性條款”的規範內涵》，載《法學論壇》2021年第4期。

[40] 參見韓大元：《論香港國安法第2條“根本性條款”的規範內涵》，載《法學論壘》2021年第4期。

[41] 參見王禹：《為香港長治久安提供法治保障》，載《光明日報》2020年7月6日。

港基本法賦予的權利和自由時，不得違反基本法第1條“不可分離”的規範約束，不得發表和宣揚有關“港獨”的思想和言論，不得建立以香港獨立為目標的組織和社團。香港國安法通過引進“根本性條款”的表述，構建了香港國安法的功能體系，即防範、制止和懲治危害國家安全等犯罪行為。^[42]

四、結語

“不可分離”是中國對港澳恢復行使主權的必然結果，是中國單一制下中央對地方的必然要求。在國際上，分離通常存在武力分離和平分離兩種情形。武力分離，就是通過武裝鬥爭的形式達到分離的目的。和平分離通常就是通過公民投票的方式達到分離的目的。無論是武力分離，還是和平分離，香港和澳門作為中國單一制下的特別行政區，特別行政區都沒有此種權力。

基本法第1條“不可分離”是特別行政區實行“一國兩制”、享有高度自治權的前提基礎。“港人治港”、“澳人治澳”絕不是指香港、澳門可以自決獨立，從中華人民共和國分離出去。中華人民共和國有權通過使用政治、法律、刑罰制裁乃至武力在內的一切必要方式，阻止香港、澳門特別行政區脫離中華人民共和國，確保香港、澳門特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分，維護國家的主權、安全和領土完整。

兩個國際人權公約第1條規定的民族自決權條款在港澳不具有適用的法律效力。香港基本法第40條和澳門基本法第39條的立法精神已經明確了這一點。兩部基本法第23條對特區維護國家安全的憲制責任作了明確規定。兩部基本法第18條第4款規定了特別行政區進入緊急狀態的主體和條件。這些條款為確保兩部基本法第1條所規定的“不可分離”，構成一個統一嚴密的規範體系。

Abstract: Article 1 of the Basic Laws of Hong Kong and Macao Special Administrative Region of the People's Republic of China clearly stipulates that the Hong Kong and Macao Special Administrative Regions are inalienable parts of the People's Republic of China. “Inalienable” is the inevitable result of China's resumption of the exercise of sovereignty over Hong Kong and Macao. It is the fundamental essence of “one country, two systems”, and the prerequisite for the establishment of the special administrative region system by the State in Hong Kong and Macao. “Inalienable” in Article 1 of the Basic Law is rich in normative meaning. It originates from “inseparable” in the Constitution of the People's Republic of China, and its relationship with other provisions of the Basic Law, such as Article 18(4) and Article 23, constitutes a unified and stringent normative system, which is fundamental and unifying in the entire Basic Law system.

Key words: Inalienable; One country, Two systems; Special Administrative Region

（責任編輯：張雨虹）

[42] 參見韓大元：《論香港國安法第2條“根本性條款”的規範內涵》，載《法學論壇》2021年第4期。

大數據背景下個人信息保護新問題研究

趙威*

摘要 在大數據時代，信息傳播在速度、範圍和滲透程度等方面均有質的飛躍，使得數據在流動中創造出了巨大的商業價值的同時，也將個人信息置於了更危險的環境之中。本文在厘清個人信息保護內涵，明晰個人信息與個人隱私、個人數據之間的關係的基礎上，探析個人信息保護中的利益平衡問題，具體包括個人信息保護與信息流通利用的平衡、個人信息保護與社會公共利益的平衡以及信息主體個人信息權益與企業數據財產權的平衡，另外本文也對個人信息可識別性的認定標準不明、告知同意規則失靈、自動化決策帶來隱私泄露風險等問題進行探討，並針對性地提出對策建議，以期在保障個人信息安全的同時促進數據的有效利用。

關鍵詞 個人數據 個人信息 告知同意規則 自動化決策法

一、個人信息保護的法理基礎

(一) 個人信息的內涵

個人信息是指能夠單獨或與其他信息結合識別特定自然人的各種信息，但不包括經處理後喪失可識別性且無法復原的信息，即匿名化信息。由此可見，可識別性是區分個人信息的關鍵。個人信息保護以自然人的人格利益為法益，一直以來被各國立法視為隱私和個人自由的象征。^[1]近年來，隨著互聯網技術的迭代升級，信息傳播在速度、範圍和滲透程度方面提質增效，也給個人信息帶來更多風險，使得大數據背景下的個人信息保護成為了各國立法研究的熱點。從權屬地位上看，《個人信息保護法》第2條規定，自然的個人信息權益受法律保護。可以發現，我國並未將其上升至民事權利的地位，而是視為一種受法律保護的民事權益。從權益內容來看，其具有弱支配性，^[2]因此信息處理者處理個人信息應取得信息主體的授權同意。在完成授權後，信息主體仍有權撤回同意，或請

* 趙威，中國政法大學國際法學院教授、博士生導師。

[1] Bo Qu, Changxu Huo, Privacy, National Security, and Internet Economy: An Explanation of China's Personal Information Protection Legislation. *Frontiers L. China* 15, 2020, p.342.

[2] 參見申衛星：《數字權利體系再造：邁向隱私、信息與數據的差序格局》，載《政法論壇》2022年第3期，第98頁。

求信息處理者對其個人信息予以刪除、屏蔽，也有權保護其個人信息的真實性和完整性。但同意並不是絕對的，若符合《個人信息保護法》第13條第2項至第7項，則無須取得個人同意，原因在於信息主體所享有的該種弱支配性無法對抗涉及公共利益或為履行義務所必需的情形。

（二）個人信息與隱私權的關係

隱私權是一項國際公認的基本人權，旨在保障自然人的私人生活安寧，免受政府、公眾和其他個人的不當干預。早在1361年，英國就起草了世界上第一部隱私權法案，自此之後，隱私權在各國逐漸以法典化的形式被固定下來。而個人信息的概念則肇始於20世紀70年代，伴隨信息技術和互聯網的發展，數據在高效利用的同時也對個人隱私帶來侵犯風險，個人信息權益應運而生，旨在保障信息流通的同時保護信息主體的個人隱私不受侵犯。可以發現，個人信息的概念是IT行業蓬勃發展的產物。從這個意義上來說，隱私權比個人信息權益要古老得多。^[3]而從設立目的來看，個人信息保護從設立之初就以服務“隱私”作為主要目標，將隱私保護擴展到了個人信息處理方面，因此在很長的一段時間裏被認為是個人隱私權的一部分。^[4]但從權利本質出發，個人隱私以“私”為核心，旨在構建私人領域，主要包括私人生活安寧、私密空間、私密活動和私密信息，其並不以信息形式為必要外在要件。而個人信息以“可識別性”為核心，只要該信息能識別出特定自然人，則該信息就屬於個人信息，但不一定涉及該自然人的私密利益。由此可知，個人隱私和個人信息屬於交叉關係，而重合部分即為那些以信息形式存在的，涉及自然人私密利益的私密信息。因此，二者應采用不同的路徑進行區分保護。這種區分保護的邏輯鮮明地體現在我國的相關立法之上。具體而言，內地《民法典》首次明確地將個人信息權益視為一種法律保護的民事權益，將其與個人隱私權在權利屬性上區分開來。隨後，《個人信息保護法》也以單行法的形式擺脫了司法實踐中隱私權“包打天下”的誤區。而私密信息作為二者的交叉部分，根據內地《民法典》第1034條第2款的規定，應優先適用較高標準的隱私權的相關規定，沒有規定的，適用個人信息保護的規定，以提高對私密信息的保護力度。

（三）個人信息與個人數據的關係

隨大數據時代的到來，數據成為創造價值的新型“石油”，充實了基本生產要素的範疇。與此同時，有關數據權屬和使用的糾紛也不絕如縷，數據治理已成為網絡治理的重要內容。但實踐中個人數據與個人信息的關係一直處於混亂的狀態，甚至部分法律和部門規章在其文本中將二者進行交替使用。^[5]有學者認為，信息是數據之內在內容，數據是信息之外在形式，個人數據就是個人信息，應擇一使用。^[6]也有學者認為個人信息的範圍小於個人數據，僅包括那些能識別特定個人的數據。^[7]而筆者認為，個人信息與個人數據之間相互依託，但由於二者在權利屬性上存在差異，因此也應在保護路徑上做到彼此區分。具體而言，個人數據是表現個人信息的載體，因此在對個人數據進行利用時必須注意保護其上承載的個人信息。就權利屬性而言，個人信息權屬於人格權的範疇，公民個人信息神聖不可侵犯，對個人信息的保護，要以基於人格尊嚴的人格權路徑進行。而個人數

[3] Zana Pedic, Interconnectivity and Differences of the (Information) Privacy Right and Personal Data Protection Right in the European Union, *Review of Comparative Law* 30, 2017, p.128.

[4] Hill, D.G.; *Data Protection: Governance, Risk Management and Compliance*, CR Press, FL, USA, 2009, Chapter 1, p.1.

[5] 參見申衛星：《數字權利體系再造：邁向隱私、信息與數據的差序格局》，載《政法論壇》2022年第3期，第92頁。

[6] 參見程嘯：《論大數據時代的個人數據權利》，載《中國社會科學》2018年第3期，第105頁。

[7] 參見黃國彬、張莎莎、閔鑫：《個人數據的概念範疇與基本類型研究》，載《圖書情報工作》2017年第5期，第42頁。

據則屬於財產權的客體，屬於信息主體個人所有，信息處理者只有在獲得其有效授權後才能夠處理個人數據，體現的是基於支配和利用的財產權保護路徑。數據企業也可以基於此擁有企業數據用益權，從而打破個人信息人格權益的限制，在一定範圍內對個人數據進行合法合規地有效利用，以挖掘其商業價值，這也是將個人信息和個人數據從權利屬性方面進行區分的重要意義所在。^[8]

二、大數據時代個人信息保護下的利益平衡

在大數據時代，數據在承載個人隱私的同時，也通過流通和有效利用創造了不菲的經濟利益，使得個人信息不僅單純包含人格利益，還與商業利益、社會公共利益等密不可分。^[9]因此，如何實現諸多利益之間的平衡，成為了大數據時代個人信息保護的難點。

（一）個人信息保護與信息流通利用的平衡

數據在流動中創造價值，同時也將個人信息置於更危險的環境之中，信息主體和信息處理者的利益訴求也矛盾凸顯。具體而言，在雁過留痕的互聯網時代，信息主體的網絡行為形成海量數據，而“告知同意”規則的固有缺陷使得信息主體在大多數情況下沒有真正了解同意的基本內容就徑直作出授權，從而失去了對其個人信息的控制。而隨互聯網技術的迭代升級，信息傳播水平在速度和滲透程度都顯著增加，個人信息一旦泄露，影響範圍將更廣，後果也將更加嚴重。基於此，信息主體呼籲對其個人信息進行更有力的保護。而另一方面，在大數據時代，數據成為了新型石油，為企業創造了巨大的商業價值，通過收集、分析海量個人數據，其可以直觀了解用戶需求，從而對目標用戶針對性地推送個性化廣告，以提高商業效率。信息處理者也可收集個人信息建立數據庫，並進行增值加工，將數據作為“知識商品”來實現價值變現。^[10]因此，信息處理者則期盼立法能夠順暢數據的流通利用通道。

個人信息保護與信息流通利用應如何實現平衡，以歐洲和美國為代表的國家走出了兩條不同的路徑。歐盟一直以來都高度重視數據隱私，側重於保護信息主體對其個人信息的有效控制。因此，GDPR規定了嚴格的個人信息保護規則和處罰措施，並賦予其廣泛的域外效力，同時設立了數據保護官（DPO）對數據交易全過程進行監管，使得GDPR被譽為史上最嚴厲的個人數據保護法案。其帶來的後果是雖然有力保護了信息主體的個人信息自決權，但也為數據控制者和數據處理者施加了沉重的合規義務，導致歐盟在B2C領域喪失國際競爭力。^[11]與歐盟相反，美國的數據保護立法旨在保障交易市場秩序，相比於個人信息自決權，更側重於保障數據的商業利用。美國甚至不存在一部綜合的聯邦隱私立法，個人信息處理也以默示同意為一般規則。其雖然有效喚醒了數據市場的活力，但也引發了大規模的數據泄露事件，激發了美國社會對數據隱私的擔憂。^[12]由此可知，我國立法應兼顧個人信息保護和信息流通，以利益平衡為基本原則，平衡安全和發展需求，在不侵犯個人信息權益

[8] 參見申衛星：《論數據用益權》，載《中國社會科學》2020年第11期，第128-130頁。

[9] 參見劉金瑞：《個人信息與權利配置——個人信息自決權的反思和出路》，法律出版社2017年版，第109-119頁。

[10] 參見範小華、周琳：《基於利益平衡視角的個人信息法律保護探析》，載《行政管理改革》2020年第3期，第75頁。

[11] 參見方芳：《歐盟個人數據治理進展、困境及啟示》，載《德國研究》2021年第4期，第58頁。

[12] 參見晉瑞、王玥：《美國隱私立法進展及對我國的啟示——以加州隱私立法為例》，載《保密科學技術》2019年第8期，第41頁。

的前提下，暢通信息處理者依法處理個人信息的商業化渠道。^[13]

（二）個人信息保護與社會公共利益的平衡

個人信息不僅蘊含著豐富的商業開發價值，還與社會公共利益息息相關。具體而言，對相關的個人信息進行收集匯總能為公共政策的制定提供基礎性數據和信息原材料，從而確保公共政策更加科學精準，以提高最終實施效果。^[14]另一方面，在政府部門之間進行政務信息共享的過程中，也可能會包含公民的個人信息。在上述過程中，由於個人信息兼具私法和公法的雙重屬性，既與個人利益密切相關，又能夠成為為政府所用的信息資源，因此，個人信息保護和社會公共利益之間的矛盾在所難免。具體而言，當政府收集個人信息時，屬於《個人信息保護法》第13條第3款“為履行法定職責或者法定義務所必需”的情形，因此無需征得信息主體同意，但根據《個人信息保護法》第17條，收集個人信息的政府部門仍須對信息主體就個人信息處理事項進行真實、準確、完整地告知。同時，政務信息共享也符合《個人信息保護法》第23條向第三方提供個人信息的情形，在理論上應對信息主體進行單獨告知，但目前的政務信息共享只要求相關部門對共享清單進行公布，並未將其送達給相關信息主體本人，使得大多數信息主體對其個人信息以何種方式收集並以何種方式進行政務共享均不知情。^[15]同時，一些地方的政府數據共享條例要求共享的數據應集中存儲在統一的數據庫或大數據中心，與《個人信息保護法》第19條規定的最短必要期限也未免存在衝突。是否應將政務信息共享作為個人信息保存期限的例外情形，換言之，是否應為政務信息共享情形下個人信息的儲存期限予以一定限制，仍屬於法律空白。

目前，我國政務信息共享的相關規定仍停留在行政法規層面，且各地在具體實施時差異很大，無法有效保障在政府信息收集中處於劣勢地位的信息主體之權益。因此，建議出台專門的《政務數據共享法》，在法律層面明確規定政務信息收集中相關部門的告知義務、信息披露義務及數據存儲期限，將個人信息保護貫穿至政務信息的收集、匯總、加工、共享、刪除等整個周期之中，形成“全國一盤棋”的局面。另一方面，建議修改《個人信息保護法》的相關規定，在告知義務和信息共享方面為政務數據共享進行特殊規定，從而使《政府數據共享法》與《個人信息保護法》進行完美銜接，避免潛在的法律衝突。^[16]此外，政務數據共享也應建立異議機制，當信息主體發現相關政府部門收集的其個人信息不準確或不完整時，應有暢通的渠道進行申訴和糾正，從而保障信息主體救濟權的實現，這也是與《個人信息保護法》第46條中規定的個人信息更正補充權相對應的。最後，相關部門也應加強信息安全技術投入，確保數據中心或數據庫的穩定性和安全性，並定期進行安全評估，防止數據泄露和安全漏洞。簡言之，應以利益平衡為基本原則處理個人信息保護和社會公共利益的關係，通過立法制定明確的規範對政府部門收集並共享個人數據的行為予以約束，從而在保障個人信息安全的同時滿足政府部門對個人數據的正常合法需求，實現科學高效施政。

（三）信息主體個人信息權益與企業數據財產權的平衡

在大數據時代，數據已成為了新的生產要素，也逐漸開始向財產化路徑靠攏。^[17]內地《民法

[13] 參見苗澤一：《數據交易市場構建背景下的個人信息保護研究》，載《政法論壇》2022年第6期，第61頁。

[14] 參見王柄鑫、周恒：《我國個人信息保護與公共利益的衝突及其解決路徑》，載《哈爾濱師範大學社會科學學報》2022年第4期，第79頁。

[15] 參見邢會強：《政務數據共享與個人信息保護》，載《行政法學研究》2023年第2期，第73頁。

[16] 參見張繼紅：《經設計的個人信息保護機制研究》，載《法律科學》（西北政法大學學報）2022年第3期，第31頁。

[17] 參見沈健州：《數據財產的權利架構與規則展開》，載《中國法學》2022年第4期，第93頁。

典》第127條明確將數據視為一種民事財產性權益存在，但對於數據財產權益歸屬和具體權益內容均未進行明確規定。而以個人信息作為“加工原料”的企業數據應如何確定初始權益歸屬在實踐中也一直飽受爭議，信息主體的個人信息權益也就與企業的數據財產權發生了衝突。如何平衡二者之間的關係？具體而言，可以根據數據價值的生成機制，將企業數據分為數據集合和數據產品。數據集合由原始個人數據經互聯網企業的收集、分析、加工而得，凝聚了互聯網企業的勞動投入，使得數據集合擁有了商業價值和財產價值，但同時未喪失個人數據的可識別性，其上同時承載著信息主體的人格利益和信息處理者的財產性利益，因此，對數據集合應當採取利益融合的方式進行保護。具體而言，作為數據集合的加工者，信息處理者付出了勞動和智力投入，挖掘出了數據集合的財產性價值，根據洛克的勞動賦權理論，應賦予信息處理者以“有限的財產權”。^[18]這也有利於激勵互聯網企業對數據進行加工與技術資源開發，從而創造出更多的商業價值。^[19]就權益內容而言，信息處理者有權對數據集合進行積極利用或授權他人利用，同時有權排除他人未經許可的不當使用。而這裏的“有限財產權”是指，由於數據集合同時承載著信息主體的人格利益，當個人信息權益與信息處理者的財產權益發生衝突時，應優先保護個人信息權益不受侵犯。

另一方面，與原始數據不同，數據產品通過算法等技術的進一步加工，已進行了匿名化處理，脫離了原始個人數據的可識別性，呈現出數字化、類型化的內容。因此，數據產品作為一種無形財產，其上僅承載著信息處理者的財產性利益，不再涉及個人信息的人格權內容而成為單純的信息，信息處理者對這類非識別性的衍生數據享有完整的排他的財產性權益，有權對數據產品進行控制、利用和處分。若數據產品同時符合著作權或商業秘密的構成要件，則可同時獲得知識產權、反不正當競爭制度的保護，與數據保護制度一起，構成全方位的數據利益保護體系。^[20]但另一方面，這並不意味著數據產品與個人信息毫不相關。個人數據是數據產品的主要生產原料，信息處理者在獲取和收集個人數據時，必須嚴格遵守《個人信息保護法》下的“告知同意”規則，以征得信息主體的有效同意，從而為其後續的信息處理和數據產品的製造行為奠定合法性基礎。

三、大數據時代個人信息保護的新問題

（一）個人信息可識別性的認定難點

個人信息可劃分為能單獨識別特定個人的直接可識別信息和需要與其他信息結合才能識別特定個人的間接可識別信息兩類。在司法實踐中，相較於直接可識別信息，間接可識別信息的認定具有模糊性和不確定性。具體而言，如今分布式和去中心化的計算機系統具有超強的收集、傳播和運算數據的能力，在數據集聚效應的影響下，不同來源的信息相互結合都可能產生新的信息，進而識別出特定的個人，從而使得間接可識別性的範圍變得無比寬泛。^[21]另一方面，在大數據時代，即使是經過匿名化處理的信息仍有可能保留一定的間接可識別性，使得間接可識別性信息的認定難度進一步

[18] 參見[英]洛克：《政府論》，葉啟芳、瞿菊農譯，商務印書館1964年版，第123頁。

[19] 參見李永明、戴敏敏：《大數據產品的權利屬性及法律保護研究》，載《浙江大學學報（人文社會科學版）》2020年第2期，第31頁。

[20] 參見姬蕾蕾：《企業數據保護的司法困境與破局之維：類型化確權之路》，載《法學論壇》2022年第3期，第120頁。

[21] 參見楊楠：《個人信息“可識別性”擴張之反思與限縮》，載《大連理工大學學報（社會科學版）》2021年第2期，第101頁。

加大。其原因在於我國在對匿名化進行定義時採用了絕對匿名標準，即個人信息經處理後喪失可識別性且無法復原，但該“不可識別、不可復原”的理想狀態在大數據時代的背景下很難實現。^[22]目前的匿名化技術主要包括隨機化和一般化兩類。隨機化通過數據遮掩、數據替換等手段直接改變數據的屬性和真實性，從而切斷該數據與特定個人的聯系。一般化則通過大幅改變數據的規模或量級從而進行泛化。^[23]而在數據聚合效應的影響下，這些經過隨機化和匿名化的數據大量結合，可以形成大型元數據集，同時在算法和分析技術的加持下很可能重新建立關聯，恢復可識別性。^[24]具體而言，針對這些商業性價值較高的匿名化數據，第三方處理者可以通過數據挖掘、數據聚合等手段進行技術破解，從而將其還原為個人信息，即進行去匿名化操作，侵害信息主體個人隱私的風險也就隨之而生。^[25]可以發現，在大數據時代，絕對匿名化是無法實現的，立法亟需重構間接可識別性的認定標準，並將這種由匿名化導致的識別風險考慮在內。

（二）告知同意規則的失靈

告知同意規則是個人信息處理的一般規則，即處理個人信息須獲得該信息主體的同意方可進行，其致力於保障信息主體的個人信息自決權，實現對其個人信息的有效控制。^[26]但在信息爆炸的當代，告知同意規則也暴露出了諸多問題，在阻礙數據流通和利用的同時，也難以發揮其應有的制度價值。首先，《個人信息保護法》第17條詳細規定了告知內容的具體要求，實踐中為合規需要，信息處理者提供給信息主體的隱私協議往往篇幅冗長，而在大數據時代，網絡服務種類愈多樣，信息主體所面對的隱私協議也是數不勝數，且根據《個人信息保護法》第14條的規定，當信息處理的目的、方式或信息種類發生變更時，還需重新取得同意，這些因素疊加起來無疑給信息主體造成了極大的閱讀成本，使其根本不具有足夠精力對隱私協議進行有效閱讀，且隱私協議推送的普遍化和頻繁化也在一定程度上導致信息主體產生“同意遲鈍”，甚至會選擇放棄閱讀隱私協議的具體內容而徑直做出同意與否的決定。^[27]可以看出，在現有的“告知同意”規則下，信息主體難以了解其同意的內容，導致“告知同意”規則流於形式。而對信息處理者來說，“告知同意”規則不加區分的明示同意標準在一定程度上也加重了信息處理的合規成本。根據《個人信息保護法》第14條的規定，信息主體的同意應在充分知情的前提下自願、明確作出。可以發現，我國的“告知同意”規則採用的是與歐盟GDPR一致的“明示同意”標準，而不承認默示同意的效力，在所有需要處理個人信息的情形下，同意都必須以作為的方式明確作出。但由於信息主體並不具有充足的辨別風險的能力，可能會動輒對那些對風險性極小的信息處理行為作出拒絕授權的決定，特別是在信息主體是否作出授權與其所享受的服務並不相關時，大多數信息主體就更不會以作為的方式積極作出授權決定，而信息處理者則會基於此而無法有效利用該個人信息，從而對數據的商業價值開發造成阻礙。^[28]

[22] 參見鄭佳寧：《數據匿名化的體系規範構建》，載《政法論叢》2022年第4期，第62頁。

[23] 參見王麗梅：《大數據視角下的個人信息匿名化規則構建》，載《雲南民族大學學報（哲學社會科學版）》2021年第5期，第145頁。

[24] 參見李潤生：《個人信息匿名化的制度困境與優化路徑——構建“前端寬松+過程控制”規制模式之探討》，載《江淮論壇》2022年第5期，第115頁。

[25] 參見鄭佳寧：《數據匿名化的體系規範構建》，載《政法論叢》2022年第4期，第62頁。

[26] 參見齊愛民：《信息法原論》，武漢大學出版社2010年版，第76頁。

[27] 參見呂炳斌：《個人信息保護的“同意”困境及其出路》，載《法商研究》2021年第2期，第89頁。

[28] 參見[英]維克托·邁爾·舍恩伯格、[英]肯尼斯·庫克耶：《大數據時代：生活、工作與思維的大變革》，盛楊燕、周濤譯，浙江人民出版社2013年版，第197頁。

（三）自動化決策帶來的隱私泄露風險

大數據挖掘信息能力的進步為自動化決策提供了技術支持，而自動化決策的實施又是以龐大的數據量作為基礎的，這也就催生了個人數據被非法收集的風險。^[29] 實踐中網絡運營商往往通過置入cookie等手段對消費者的瀏覽記錄、網頁停留時間、搜索內容等信息進行追蹤和收集來進行用戶畫像，以針對性地提供商業營銷廣告。這種收集方式較為隱秘，消費者不易察覺，而大量個人數據的匯集和二次利用可能會導致用戶未披露的隱私信息被深度學習算法推斷並披露出來。具體而言，在某些情形下，信息主體不經意間的授權行為為網絡運營商提供了該信息主體基礎信息，該信息在預測性分析技術下與其他相關信息經過數據聚合和二次加工，可能會分析出該信息主體其他的隱私信息甚至是敏感信息，同時由於該種信息獲取方式是通過第三方計算所得的，因此不需要獲得信息主體同意，從而可能會在其不知情的情況下對其個人隱私造成嚴重侵犯。^[30] 典型的案例如美國Target案，Target是沃爾瑪旗下的零售百貨公司，其通過對消費者的購買記錄進行分析，預測出了一名未成年消費者懷孕的事實，並向該消費者家中寄送了母嬰用品的廣告和優惠券，從而遭到了該未成年消費者監護人的投訴。在該案中，若該消費者事先知道Target可以從其購買記錄中預測到其懷孕的事實，其可能就不會選擇在Target進行購物，然而事實上消費者對該懷孕預測模型是毫不知情的。因此，由於信息主體在電子商務平台上提供信息時，無法預測到該信息將會被如何分析利用以及未來預測的用途，在某些情況下，信息處理者的自動化算法和用戶畫像可能會脫離信息主體的事先預知，使其隱私信息遭到泄露。^[31] 然而，針對該問題，目前有關自動化決策的法律規定未能同步跟進，無法對信息主體的隱私進行有效保護。

四、大數據時代個人信息保護的法律完善路徑

（一）重構個人信息可識別性的解釋路徑

間接可識別信息的認定本身具有模糊性和不確定性，且絕對匿名化的不可實現性再次擴張了間接可識別性的外延。因此，立法不妨在明確間接可識別性內涵的基礎上，同時以信息主體的合理期待作為基本認定原則，並將匿名化信息的再次識別風險考慮在內，從而增加認定標準的全面性與靈活性。具體而言，立法應承認間接可識別性信息的回溯，即若數項信息相結合產生了可以識別出特定個人的信息，則不論是最終產生的該項信息還是在這整個識別過程中發揮作用的所有信息都應被列為個人信息的範圍，這也是對《民法典》第1034條關於間接可識別性內涵進行解釋的應有之義。在司法實踐中，法院在實際認定時，應以信息主體的合理期待為基本原則，即使所涉信息達到了匿名化標準，但只要其與其他信息相結合導致該信息被再次識別的風險超過了信息主體在信息收集階段作出授權同意時的合理預期，則就應將對該信息的處理納入個人信息保護法的調整範圍。^[32] 合理預

[29] 參見孫建麗：《算法自動化決策風險的法律規制研究》，載《法治研究》2019年第4期，第110頁。

[30] 參見徐辰輝：《從個人數據到國家數據：互聯網平台數據安全問題的升級》，載《新聞論壇》2021年第5期，第10頁。

[31] 參見陸青：《數字時代的身份構建及其法律保障：以個人信息保護為中心的思考》，載《法學研究》2021年第5期，第18頁。

[32] 參見孫其華：《我國間接識別個人信息規制機制的檢視與完善》，載《上海對外經貿大學學報》2022年第1期，第40頁。

期原則保障了信息主體對其個人信息的有效控制，有利於防止初期同意的後發性風險。其次，針對匿名化信息的“剩餘風險”，信息處理者作為數據紅利的主要享有者，也應對其數據產品進行的定期審查和評估，以防止匿名化數據被再次識別的可能。

（二）修正告知同意規則的制度缺陷

一方面，通過實踐可知，告知同意規則下的明示同意標準在大數據時代無法充分滿足數據流通的需要，也難以發揮保障信息主體同意自決權的應有制度價值。^[33]但另一方面，告知同意規則一直以來均是大多數國家個人信息處理的核心規則，對信息主體的知情權和對個人信息的控制權進行了有力保障，因此，對於“告知同意”規則，我們不應全盤舍棄，而應在制度框架內進行改良與完善。具體而言，可以融合歐盟和美國的實踐經驗，在個人信息處理的一般規則上與歐盟一致，采用明示同意標準，同時針對特定情形為美國式默示同意標準的適用創造條件。這兩種同意標準的適用情形可以根據信息處理行為類型的不同進行劃分，^[34]在不指向特定個人的信息處理場合，可以采用更為寬鬆的默示同意標準，信息處理者充分履行了告知義務之後，除非信息主體明確反對，否則則視為同意處理其個人信息，從而有效提高數據流動的效率；而在諸如用戶畫像等以特定個人為分析對象的信息處理場合以及涉及敏感信息的情形下，則應以保障個人信息合法權益為前提，堅持采用“明示同意”標準，在保障個人信息安全的基礎上促進數據的商業化利用。

（三）完善算法自動化決策的法律規制

由於算法具有較強的專業性和技術性，針對自動化決策帶來的隱私泄露風險，建議成立專門的算法安全委員會進行算法使用前的審查與風險評估和算法使用過程中的監督，從而全過程抑制隱私泄露等風險發生的可能。同時，網信部門也應根據算法的具體應用情形、使用範圍及可能對信息主體產生的影響等風險因素制定詳細的風險評估標準，在促使互聯網企業合規的同時，也有利於增加算法安全委員會評估活動的穩定性和規範性。^[35]此外，當自動化決策已造成實際侵權時，個人隱私受侵犯的信息主體也可以尋求算法安全委員會的幫助，由算法委員會代表受害群體統一接受設計者對算法的解釋和驗證，以明晰算法設計者的責任，及時保障信息主體的合法權益不受侵犯。^[36]另一方面，由於自動化決策受制於算法機器邏輯的影響，忽視了現實的人的主觀感受和主體地位，具有侵犯人格尊嚴的風險，因此，《個人信息保護法》第24條第3款就賦予了信息主體拒絕對其個人權益有重大影響的自動化決策的權利，但何為“重大影響”則缺少具體的判斷標準。未來，立法應對信息主體有權拒絕自動化決策的情形進行進一步細化，可以以“平衡論”為基本原則，予以有梯度的分級保護。具體而言，立法可以明確規定對信息主體生命權、自由權、人格權等基本權利或對社會公共利益造成影響的事項不得使用自動化決策。而針對可能會對信息主體權利產生消極影響或機會喪失的自動化決策，則應獲得信息主體的明確同意。至於那些不涉及價值判斷的事實性問題，由於其本身不具有侵權風險，則可以徑直適用自動化決策，而無需獲得信息主體同意，以提高信息處理的效率。^[37]

[33] 參見馮愷：《個人信息“選擇退出”機制的檢視和反思》，載《環球評論》2020年第4期，第151頁。

[34] 參見呂炳斌：《個人信息權作為民事權利之證成：以知識產權為參照》，載《中國法學》2019年第4期，第61頁。

[35] 參見宋華健：《反思與重塑：個人信息算法自動化決策的規制邏輯》，載《西北民族大學學報（哲學社會科學版）》2021年第6期，第104頁。

[36] 參見孫建麗：《算法自動化決策風險的法律規制研究》，載《法治研究》2019年第4期，第116頁。

[37] 參見鄭智航：《平衡論視角下個人免受自動化決策的法律保護》，載《政法論叢》2022年第4期，第102頁。

結語

作為大數據時代的新型石油，數據在流動中創造商業價值，同時也為個人信息帶來了更多風險。與以“私”為核心的個人隱私不同，個人信息的核心特征在於“可識別性”，但二者之間也存在交叉部分，即私密信息。與個人數據相比，個人信息權屬於人格權的範疇，要以基於人格尊嚴的人格權路徑進行保護，而對個人數據的保護則應采用基於支配和利用的財產權保護路徑。同時也應注意，在大數據時代，個人信息不僅單純包含人格利益，還與商業利益、社會公共利益等密不可分，應以利益權衡為原則，平衡個人信息安全和數據流通的發展需求，同時完善政務信息共享的相關立法，在保障個人信息安全的同時滿足政府部門對個人數據的正常合法需求，促使政府部門依法依規收集個人信息，以實現科學施政。另一方面，也應根據數據價值的生成機制明晰企業數據的權益歸屬，以平衡信息主體的個人信息權益與企業數據財產權的關係。同時，針對大數據時代個人信息保護出現的間接可識別性認定標準不明、告知同意規則流於形式、自動化決策帶來隱私泄露風險等新問題，立法首先應重構個人信息可識別性的解釋路徑，以信息主體的合理期待為基本原則，重視匿名化信息的剩餘風險。其次，應采用有梯度的同意標準，以提高告知同意規則的靈活性。最後，建議成立專門的算法安全委員會對自動化決策進行全程監管，同時完善信息主體對自動化決策的拒絕權，以減少隱私泄露風險。

Abstract: In the era of big data, the level of information dissemination has increased significantly in terms of speed, scope and penetration, making the flow of data create great commercial value, but also placing personal information in a more dangerous environment. On the basis of clarifying the connotation of personal information protection and the relationship between personal information, personal privacy and personal data, this paper explores the balance of interests in personal information protection, including the balance of personal information protection and information circulation and utilization, the balance of personal information protection and social public interest, and the balance of personal information rights of information subjects and data property rights of enterprises, and at the same time, this paper explores the new problems of personal information protection in the era of big data, including the unclear criteria for identifying personal information, the failure of the inform consent rules, and the risk of privacy disclosure due to automated decision-making, and propose countermeasures in order to promote the effective use of data while safeguarding the security of personal information.

Key words: Personal Data; Personal Information; Inform Consent Rules; Automated Decision-Making

(責任編輯：勾健穎)

人權法研究

編者按

人權既是人類思想史上的偉大成果，也是世界政治文明的主要成就之一。我國人權事業在最近的三十年裏得到了長足進步。在國家制度層面，1991年11月，國務院新聞辦公室發表了《中國的人權狀況》白皮書，這既是我國政府發表的第一份關於人權問題的白皮書，也是中國第一個關於人權問題的官方文件。我國2004年修憲時，明確將“國家尊重和保障人權”寫入憲法。2009年我國第一次制定以人權為主題的國家規劃，即《國家人權行動計畫（2009-2010年）》，該計劃明確了未來兩年我國政府將在促進和保護人權方面的工作目標和具體措施。2012和2020年，國家又先後印發了第二份和第三份國家人權行動計劃。2022年，中國共產黨的二十大報告中明確提出“堅持走中國人權發展道路，積極參與全球人權治理，推動人權事業全面發展。”在人權的研究與教育層面，我國也呈現出一派勃勃生機。1991年，中國人民大學人權研究中心正式成立，成為中國高校中最早的人權研究機構之一。隨後十餘年，中國社科院、湖南大學、吉林大學以及廣州大學等科研院校先後成立了人權研究中心。2005年，經國務院學位辦批准，中國政法大學率先增設人權法學學科，這是第一個與人權相關的二級學科。2022年，吉林大學獲批中國第一個人權學的二級學科博士學位授權點，一年後，吉林大學又正式獲批人權學一級學科博士學位授權點。而學界目前多本以“人權”為名的學術雜誌正在成為理論研究的主要陣地，比如《人權》、《人權法學》、《人權研究》（中國政法大學主辦）、《人權研究》（山東大學主辦）、《中國人權評論》。

澳門回歸以來，特區政府在基本法的基礎上，堅持以人為本的法治道路，建立健全人權保障制度，持續推進人權保障工作。經過近25年的發展，澳門已經在司法與準司法機制、人權推廣、勞動就業、男女平等、家庭援助、住房、衛生醫療、隱私、教育等領域取得了突出成就。在2024年1月23日的聯合國人權理事會第四次審議會議上，澳門代表表示未來特區政府將在中央政府的支持下繼續完善人權相關的法律制度，更好落實國際人權公約，不斷提升人權保障水平。

本期《澳門法學》組建“人權法專欄”，聚焦人權理論研究，以饗讀者。本欄目共選取了三篇文章。《為歐洲人權法院辯護》一文的作者曾是歐洲人權法院的法官，他為讀者介紹了眾多對歐洲人權法院的批評，分析了歐洲人權法院對這些批評的回應，並對歐洲人權法院的傳統推理模式進行了辯護，強調要通過“更加獨立，更加透明，更多問責”實現對法院的改革。《〈曼谷宣言〉與亞洲人權立場的形成》一文則聚焦於亞洲人權觀。19世紀末20世紀初，西方人權觀念傳入中國並產生廣泛影響，但是人權本質上並不是西方文化的專利。《曼谷宣言》在重申對《世界人權宣言》等一系列人權公約的尊重和延續的前提下，集中表達了亞洲國家的人權立場，提升了亞洲地區在國際社會上的人權話語地位。《論民族語言受教育權的憲法保障》則聚焦於一個具體的人權類型上。作者認為民族語言受教育權為國際人權法所承認，系我國憲法上的隱含權利、未列舉權利，鑒於民族語言與民族語言教育面臨的困境與難題，基於民族語言受教育權的憲法地位，應當完善民族語言文字法律體系，從整體性視角加強、完善對民族語言受教育權的保障。

為歐洲人權法院辯護

[葡]保羅·本托·德·阿爾布克基著^{*} 尹燕紅譯^{**}

摘要 在本篇文章中，作者探討了歐洲人權法院和其締約國之間存在緊張關係的原因。作者認為，針對歐洲人權法院的眾多批評最終都指向了構建歐洲人權保護體系的基本原則，比如演化解釋方法和歐洲共識，也指向了歐洲人權法院的軟法和法院對社會權利的友好立場。同時作者簡要分析了歐洲人權法院對這些批評的回應，指出人權法院的回應是相互矛盾的。在此背景下，作者認為，英國公然違背歐洲人權法院對Hirst案的判決以及人權法院在一些重要案件中改變它自身確立的解釋原則，對《歐洲人權公約》的締約國產生了滾雪球般的負面影響，俄羅斯立法者對歐洲人權法院的對抗態度即是證明。在文章最後，作者對歐洲人權法院的傳統推理模式進行了辯護，並強調要通過三步，即“更加獨立，更加透明，更多問責”，對法院進行改革。

關鍵詞 歐洲人權法院 權力和問責 司法獨立 法院判例 法律解釋 透明度

一、為什麼關係緊張？

顯而易見，《歐洲人權公約》的締約國和歐洲人權法院之間關係緊張。^[1]為什麼會這樣？

針對歐洲人權法院，有兩種類型的批評意見，一種是政治性的，一種是法律性的。政治批評主要包含的觀點是歐洲人權法院的法官表現得像輔助立法者（Ersatzgesetgeber）。這種批評指向了所謂的人權法院的工作方式不清晰，法院法官身份上有缺陷，以及法院對英國的例外情形明顯缺少

* 保羅·本托·德·阿爾布克基，葡萄牙人，歐洲人權法院法官（2011-2020），里斯本天主教大學法學院全職教授。

** 尹燕紅，比利時布魯塞爾自由大學法學博士生。

原文章發表於《歐洲人權法評論》2018年第2期，第119至133頁。這篇文章匯總了作者2017年4月28日在牛津大學曼斯費爾德學院波納韋羅人權研究所以及2017年12月15日在倫敦密德薩斯大學的發言。兩篇發言的主題分別是“歐洲人權法院是否面臨生存危機？”和“如何分三步來拯救歐洲人權法院？”特別聲明，這篇文章是作者本人的觀點表述，對歐洲人權法院沒有約束力。

[1] 參見，包括但不限于，Ziegler, Wicks and Hodson (eds), *The UK and European Human Rights—A Strained Relationship?* (Hart Publishing, 2015).

考量。

對歐洲人權法院工作方式的批評主要是司法能動主義（judicial activism）導致法院偏離了使命。^[2] 人權法院試圖通過不透明地發展判例法來擴大它自身的權力。這最能體現在人權法院創設的新權利以及擴大的監督權中。法院對案件的微觀管理威脅到了民主制度以及國家主權，因為政府失去了對《歐洲人權公約》的控制，締約國的國內機構被擱置一邊、名譽掃地。

正如霍夫曼勳爵（Lord Hoffmann）所說：“《歐洲人權公約》是一個活文件（living instrument）的提法變成了一面旗幟，在這面旗幟之下，歐洲人權法院手握大權，在那些他們認為歐洲公共秩序（European public order）有所要求的地方立法。我完全接受對條約或者憲法性文件概念的實際表達可能會發生改變。舉一個常見的例子，今天我們對‘殘酷的懲罰’（cruel punishment）這一概念的使用可能不同於50年前。但這並不意味著為了更符合時代精神，一個司法機構可以將全新的概念，比如環境保護，引入到一個從未提到過這個概念的國際條約中。”^[3]

對法官身份的批評意見認為歐洲人權法院的法官缺乏作為輔助立法者的政治合法性，法院存在民主缺陷。^[4] 有一些法官來自二流民主國家的事實加劇了法院法官不負責任的問題。一些締約國不民主的傳統抹黑了法官的獨立性以及人權法院的權威。

關於英國例外主義，主要觀點認為英國議會是至高無上的，英國的法院必須服從於議會，國際法院更應如此，因為議會主權受到國內法與國際法二元論關係的保護。正如紐伯格勳爵（Lord Neuberger）所說：“那種認為法院可以推翻英國議會的決定，正如歐洲人權法院和歐盟法院所做的那樣，是對我們憲政之禮（constitutional propriety）信念的極大冒犯。”^[5]

第二種類型的針對歐洲人權法院的法律性批評更加複雜，因為這涉及到法院所處理事項的本質，即載入《歐洲人權公約》的各項權利和自由。這些批評意見扭曲了真人權與假人權之間存在衝突的箴言。批評意見的具體表述如下：

首先，人權是殘餘的公民自由，只服務於少數人，而不是公民中的大多數。《歐洲人權公約》被描述成了壞人的大憲章，而不是街頭普通人的權利法案。此外，社會權利不是人權，也根本不是可以執行的權利。人權只含有消極而非積極的保護義務，當然也不會有財政預算。將《人權公約》變形為偽裝的社會憲章違背了《人權公約》的本質。

其次，人權源于原旨主義的真實的解釋，而不是演化的濫用的解釋。對《歐洲人權公約》的真實解釋應基於《人權公約》籌備中的工作資料以及最終起草時各締約國的法律。軟法不是法，即使作為解釋《人權公約》及其《議定書》的背景因素，也不應該被考慮。

再次，人權是真正的本土權利，而不是外來權利。不存在普世的人權。普世人權實際上是那些

[2] 對於這種觀點參見Marc Bossuyt, “Judicial Activism in Strasbourg”, in Karel Wellens (ed.), *International Law in Silver Perspective* (2015), pp.31-56; Dragoljub Popović, “Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights” (2009) 42 *Creighton Law Review* 361, and Paul Mahoney, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin” (1990) 11 *Human Rights Law Journal* 57.

[3] Lord Hoffmann, “The University of Human Rights” (2009) 125 (3) *Law Quarterly Review* 428.

[4] 對於這種觀點參見Kanstantsin Dzehtsiarov and Alan Greene, “Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights: Critical Perspectives from Academia and Practitioners” (2011) 12 *German Law Journal* 1707; and Tom Barkhuysen and Michiel L.van Emmerik, “Legitimacy of European Court of Human Rights Judgments: Procedural Aspects”, in N.Huls, M.Adams and J.Bomhoff (eds), *The Legitimacy of Highest Courts Ruling* (2009), p.437-449.

[5] Lord Neuberger, Cambridge Freshfields Annual Law Lecture 2014, “The British and Europe”, 12 February 2014.

對它國國內傳統缺乏敏感性的外國法官強加于它國的外來人權。對本土人權的捍衛讓國際法和國際機構承受了某種質疑。文化相對主義和法律多樣性是反對人權法院道義指教的僅有武器。

二、演化解釋 (Evolutive Interpretation)

對這些觀點的回應需要我們追根溯源，回顧一下歐洲人權法院設立的目的。

歐洲委員會是一個建立在協議以及共同行動之上的自主法律秩序，這些協議和共同行動涉及經濟，社會，文化，科學，法律和行政事務以及維護和進一步實現人權和基本自（1949年《歐洲委員會章程》第1條b款）。歐洲委員會有217個條約，處在它的法律秩序頂端的是《歐洲人權公約》。《歐洲人權公約》不只是一個關於締約國間相互義務的多邊協議，它還為締約國創設了針對其管轄區內所有人的消極性和積極性的義務，以期在締約國的國內法律秩序中切實落實那些受《人權公約》保護的權利和自由。用法律術語來講，《歐洲人權公約》是一個立法性條約而不只是一個合同性條約。

很早以前，前歐洲人權委員會於1961年1月11日 *Australia v Italy* 案件的裁定中，在確認《歐洲人權公約》的客觀性特點 (objective character) 時也闡述了同樣的原則：“締約國承擔的《公約》義務本質上是客觀的，旨在保護個人的基本權利不受任何締約國的侵犯，而不是為締約國本身創建主觀的和互惠的權利。”^[6]

因此，《歐洲人權公約》的締約國有義務不以任何方式阻礙個人申請權的有效行使，而且締約國應對它們的國內法律體系做出必要的修正以確保全面履行所承擔的《公約》義務。^[7] 從另一個角度來看，這也是依據《維也納條約法公約》第26條和第31條，在履行條約義務時遵循善意原則的結果。

對《歐洲人權公約》的解釋不能憑空進行，而是要同其它國際法和軟法相協調。自 *Golder v UK* 案後，對《公約》進行解釋時要考慮可適用於當事方關係的任何相關的國際法原則和規則，正如1969年《維也納條約法公約》第31條3款c項規定的那樣。^[8] 由此，歐洲人權法院避开了頗有爭議的立場，即國際法中存在自成一體的制度 (self-contained regime)。^[9] 從人權法院的觀點來看，對國際人權法的解釋同對其它國際法的解釋，或者對合同條約的解釋與對立法性條約的解釋，並不存在方法論上的不同，因此它認為相同的一套解釋方法可以適用於國際法的不同領域。正如法官羅紮基斯 (Judge Rozakis) 如此優雅地闡述過：“歐洲人權法院的法官並不是在象牙塔的絕妙隔離中工作，構建這座象牙塔的材料也不僅僅來源於歐洲人權法院或者締約國對《人權公約》的解釋性發明。”^[10]

[6] Commission, *Austria v Italy* (App.No.788/60), decision of 11 January 1961. 法院堅守在 *Ireland v United Kingdom* (1978) 2 E.H.R.R.25 中確定的原則。

[7] *Maestri v Italy* (2004) 39 E.H.R.R.38.

[8] *Golder v United Kingdom* (1975) 1 E.H.R.R.524.

[9] 我在下述案例中表達了這一觀點 *Al-Dulimi and Montana Management Inc v Switzerland* [GC] (App.No.5809/08), judgment of 21 June 2016 at [71]; *Sargsyan v Azerbaijan* (2017) 64 E.H.R.R.4, fn.23, 以及 *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Cămpeanu* [GC] (App.No.47848/08), judgment of 17 July 2014, fn.14.

[10] Rozakis, “The European Judge as a Comparativist” (2005) *Tulane Law Review* 278.

人權法院的基本解釋原則也佐證了這一方法論，即對《歐洲人權公約》的解釋必須依據當下的情況（present-day conditions）。^[11]在具有開創性的 *Tyrer v UK* 判決中，人權法院第一次傳達出“《歐洲人權公約》作為活文件”（the Convention as a living instrument）這樣的主旨，指出對《人權公約》的解釋必須考慮到不斷發展的國內和國際法規範。^[12]這種解釋方法自20世紀早期已經植根於美國^[13]和加拿大^[14]憲法中，自1978年也開始被用於對歐盟人權法的解讀。

在*Tyrer*案中，基於《人權公約》先前的第63條，英屬曼島總檢察長提出“經過對曼島當地情況的充分考慮”，出於阻卻犯罪的需要，在一定範圍內繼續使用司法體罰是正當的，人權法院對此回應道：“值得注意的是，現在歐洲委員會的絕大多數成員國都不適用司法體罰，實際上，在其中一些國家的近現代歷史中，司法體罰也不會出現過；…別的不說，這確實讓人懷疑司法體罰是否是一個歐洲國家維持法律秩序所必需的。”

作為結論，人權法院認為曼島應該同樣繼承《歐洲人權公約》前言所提到的“政治傳統，理想，自由和法治的共同遺產”，不認同曼島當地存在著某些需求可以影響它執行《人權公約》第3條，因此，認定曼島對原告的司法體罰構成了對《人權公約》第3條的違反。

所以，基於對歐洲委員會絕大多數成員國國內法律框架的照顧，以及從根本上對《人權公約》前言所提到的“政治傳統，理想，自由和法治的共同遺產”的考慮，歐洲人權法院自建院早期，對《歐洲人權公約》的演化解釋就同合意解讀《公約》文本的需求緊密連在一起。

演化解釋的基本原則在最近的*Hassan v UK*案中受到了衝擊。^[15]不同於政府的立場，歐洲人權法院大法庭（Grand Chamber）確認國際人權法（IHRL）與國際人道法（IHL）同時適用於國際武裝衝突，但是大法庭也承認，正如政府辯護的那樣，國際人道法，即與拘禁相關的《第三日內瓦公約》和《第四日內瓦公約》，可以用來限定，或者事實上，用來削弱國際人權法的標準。對於締約國在歐洲以外的國際武裝衝突中採取的後續措施，即為了在戰爭情況下無限期的羈押人口而不適用《歐洲人權公約》第15條的克減條款，歐洲人權法院大法庭認為所有的締約國都已經

[11] *Tyrer v United Kingdom* (1978) 2 E.H.R.R.1 at [31]. 關於這種解釋方法，參見 Eva Brems and Janneke Gerards (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press, 2013); George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2009); and Andreas Fillesdal, Birgit Peters and Geir Ulfstein (eds), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Cambridge University Press, 2013).

[12] *Tyrer* (1978) 2 E.H.R.R. 1 at [31].

[13] *Missouri v Holland* 252 U.S. 416 (1920). 在寫大多數意見時，霍姆斯大法官就憲法的本質講到：“關於此，我們也可以補充點別的，即當我們處理的那些語言同樣也構成組織法，比如美國憲法時，我們必須意識到人類通過這些語言所創造的東西就連其中最有天賦的創造者也無法完全預測到它的發展。這些創造者們能意識到或者能希望他們創造的是一個有機體，這就足夠了；他們的繼任者花費了一百年時間付出了血和汗的代價最終證明他們創造的是一個國家。我們眼前的案件必須在這整個百年經歷的基礎上進行考慮而不是只看100年前創造者說了什麼。”美國聯邦最高法院對“不斷發展的體面標準”（evolving standards of decency）的參考也被認為是言明瞭“活憲法”（living constitutionalism）這一概念（參見 *Trop v Dulles* 356 U.S. 86 (1958): “第八修正案的語言是不準確的，語言所涵蓋的範圍也不是固定不變的。有關修正案的含義，必須借鑒不斷發展的體面標準，這一標準的演化是一個成熟社會該有的進步。”）。

[14] *Henrietta Muir Edwards v The Attorney General of Canada* [1929] UKPC86,[1930] A.C.124 (18 October 1929). 這個案件值得記憶，不僅是因為它確認了加拿大女性有被任命為議員的資格，也因為它提出了加拿大憲法的“活樹原則”（living tree doctrine），根據這一原則，憲法是有生命的，必須用一種更寬廣更自由的方式解讀加拿大憲法，以使其適應時代的發展。

[15] *Hassan v United Kingdom* [GC] (App.No.29750/09), judgment of 16 September 2014.

對它們的公約義務進行了隱性審查之後才擴大了《人權公約》第5條以窮盡方式列舉的拘禁理由範圍。《歐洲人權公約》的演化解釋原則被完全顛倒以期在《人權公約》第5條加入新的拘禁理由，也就是依據國際人道法進行的拘押，現實的結果即是在國際武裝衝突的情況下，當國際人道法允許對戰犯以及那些對安全造成威脅的平民進行拘押時，《歐洲人權公約》第5條可以解釋為允許締約國行使如此寬泛的權力並且適用《日內瓦公約》中更為寬鬆的拘押審查標準。所以，對這樣羈押情況的審查應該交給“中立性有足夠保障”的“主管機構”，而不一定必須由司法機關進行。換句話說，歐洲人權法院對《歐洲人權公約》的演化解釋現在可能使歐洲在人權保護方面出現了倒退。

三、歐洲共識

在歐洲人權法院，不論過去還是現在，軟法都為歐洲共識以及共同價值觀遺產的具體化提供了重要的依據。事實上，在Tyrer案後不久，人權法院採取了進一步擴大法源以建立更多歐洲共識的行動。在Marckx v Belgium 案中，人權法院參考了建基於歐洲委員會絕大多數成員國國內法之上的歐洲共同價值觀，參考了被告成員國已經簽署但還沒批准的1962年《建立親生子女母系關係公約》，也參考了被告成員國甚至還未簽署的歐洲委員會1975年《非婚生兒童法律地位公約》，最後還參考了1970年5月15日《部長委員會關於未婚媽媽及其子女社會保護的決議》。對於《1962年公約》和《1975年公約》兩大公約的締約國數量很少這一說法，歐洲人權法院回應道“這兩大公約都是有效的，沒有理由將目前締約國數量少歸咎於拒絕承認非婚生子女與婚生子女在正在考慮的問題上有平等地位。事實上，這兩大條約的存在恰恰表明現代社會在這一領域有清晰的應對共識。”^[16]

借鑒了憲法法院的解釋方法，甚至比憲法法院走得更遠，歐洲人權法院對自身的判決效力問題做出調整，使被告國免于重新審理那些出現于人權法院判決做出之前的法律行為或情況。為此，人權法援引了這一事實“相同的解決方法可見於一些設有憲法法院的締約國：它們的公法限制了法院判決宣告既有法律無效的溯及力”。^[17]就如同它是歐洲的憲法法院，歐洲人權法院借助法律確定性原則授予它自己調整判決時間效力的默示權。^[18]

在Demir v Turkey 這一標誌性案件中，歐洲人權法院回顧了“《歐洲人權公約》是一個活文件，對它的解釋應該依據當前的情況並符合國際法的發展，以反映人權保護領域所要求的越來越高的標準，因而必須更加堅定地評估違反民主社會基本價值觀的行為”，參照了國際和國內勞動法的發展，研究了締約國的相關實踐，法院得出結論認為，工人為實現《歐洲人權公約》第11條所賦予的利益而享有組織和加入工會的權利，集體與雇主談判權原則上已經變成了這一權利的基本內容。為此，人權法院援引了被告締約國已經批准的《國際勞工組織公約》，國際勞工組織專家委員會的相關解釋，《歐盟基本權利憲章》第28條，土耳其還沒有批准的《歐洲社會憲章》的

[16] *Marckx v Belgium* (1979) 2 E.H.R.R.330 at [41].

[17] *Marckx* (1979) 2 E.H.R.R. 330 at [58].

[18] 關於歐洲人權法院的憲法本質，參見我同傑多夫法官 (Judge Dedov) 在*Baka v Hungary* [GC] (App.No.2026/12), judgment of 23 June 2016中合寫的意見以及引用的參考文獻。

第6條第2款，歐洲社會權利委員會對這一條款的解讀，以及2000年《歐洲委員會部長委員會關於歐洲公職人員地位的建議之8號原則》。^[19]

換句話說，為了達到解釋《歐洲人權公約》的目的，其他條約或公約中設定的人權標準與《公約》的法律相關性不取決於有多少國家批准了這些條約或公約，也不取決於有多少歐洲委員會的成員國受這些公約或條約的約束，甚至也不取決於被告締約國有沒有批准這些條約或公約。因此，在歐洲的人權保護法律下，硬法與軟法深度交織。

歐洲人權法院的軟法以及它的社會權利友好立場近來備受質疑。關於這種趨向，典型的案例是National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v UK案。^[20]英國在兩個世紀前禁止了間接罷工行動，為此，英國於這整個期間備受國際勞工組織專家委員會以及歐洲社會權利委員會的批評。原告英國全國鐵路，海運和運輸工人工會請求獲得這些相關軟性法律文件的支持。英國政府不認為這些特別的批評與當前案件中被指控的實際情況相關，或者有重要關係。人權法院認可了與本案件相關的國際法律資料的豐富性，分析了根據一些最為相關的國際文件建立起來的主管機構所發佈的解釋性意見，並且確認了這些分析結果與法院根據庭前的比較資料得出的結論相吻合，即英國徹底禁止間接罷工的規定處在就罷工問題各國國內規制範疇最嚴格的一端，這一禁令與清晰可見的呼籲放鬆對間接罷工限制的國際趨勢不相符合。然而，歐洲人權法院更傾向於強調它的審查不同于國際勞工組織和《歐洲社會憲章》的監督，因此它得出最終結論，在這個具有公認敏感性的立法政策領域，被告締約國所擁有的自由裁量權範圍足夠寬廣以致可以容納現行禁止間接罷工的禁令。因此法院不認為英國這一禁令違反了《歐洲人權公約》第11條。

對《歐洲人權公約》的演化解釋方法也導致人權法院通過參考源自歐洲委員會其它機構的規範來支援自己的推理，儘管那些機構，無論是監督機制還是專家機構，都不具有代表《公約》締約國的權能。為了解釋《歐洲人權公約》所保障的權利和自由的確切範圍，人權法院利用了，比如，歐洲通過法律實現民主委員會(威尼斯委員會)的工作成果。人權法院在Hirst v UK(No.2)案中第一次援引了威尼斯委員會的成果。^[21]引用的資料具體來源於“《在選舉事項中良好行為的守則》”，這一守則在威尼斯委員會第51次大會（2002年7月5日到6日）通過。

四、國際民主

Tyler判決對歐洲共識的闡述影響深遠，其表達了對國際協商民主（deliberative, international democracy）的一種願景，在這種協商民主制度中大多數或者具有代表性比例的《人權公約》締約國被認為可以以全部締約國的名義發言，並且有權把它們的意志強加於其它締約國。作為構建歐洲委員會的憲法性原則，共識不再等同於全體一致。即使不是全部締約國都贊同對《人權公約》的同一種解讀，共識作為一種公共意志依舊可以存在。

無法辯駁的是，歐洲委員會的創建者們並不希望這樣的情況發生，締約國也深陷於他們並不贊同的合作。陳舊的關於歐洲委員會缺乏主權國家同意（state consent）的觀點，作為硬幣的另

[19] Demir v Turkey (2009) 48 E.H.R.R.54 at [146]-[154].

[20] National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v United Kingdom (2015) 60 E.H.R.R.10.

[21] Hirst v United Kingdom (No.2) (2006) 42 E.H.R.R. 41.

一面，現在有時會伴隨同樣陳舊的，關於人權法院創造性地解釋法律，更確切地說，製造法律缺乏政治合法性的批評，以及對人權法院用軟法規避主管立法機構，蔑視民主、法治、輔助性原則的指責。這些說辭的背後幾乎無一例外的都是條約有異議時要從輕解釋國家義務（*in dubio pro mitius*）的主權主義論調。

《歐洲人權公約》的前言將《人權公約》置於歐洲委員會的總體目標這一背景之下，基於“各成員國對人權共同的理解和遵守”，旨在各成員國之間建立一個“更緊密的聯盟”。在《歐洲委員會章程》中，不僅有“志同道合的歐洲國家間更緊密的聯合體”這樣的用詞，也有“將歐洲國家帶向更緊密聯合的組織”這樣的表述。《章程》的第一條設定了歐洲委員會的目標“為了捍衛以及實現作為各國共同遺產的理想和原則，為了促進經濟和社會的發展，要在各成員國間實現更大的團結”。《章程》也明文規定，為實現這些共同的理想和原則，要確保在社會生活的各個領域(經濟，社會，文化，科學，法律和行政事務)以及“在維護和進一步實現人權和基本自由”方面有“協議和共同的行動”。沒有比這更好的表述可以說明人權義務在各個管理領域的首要地位。這也是對“遇有爭議時，人權規範的解釋應該最大化保護個人權利”原則（*in dubio pro persona*）的最好表達。^[22]因此，作為一枚硬幣的兩面，社會和經濟的發展同人權的進步緊密相連。

這也就是說，演化解釋，歐洲共識和軟法的硬化構成了歐洲規範體系的三大支柱，在這個規範體系中主權國家同意佔有重要位置。總之，歐洲人權法院的黃金解釋規則不會採納完全自成一體的，直譯的，原旨主義的，從輕解釋締約方義務的（*in dubio mitius*）以及國家主權主義的《公約》解釋方法。

建立在最初的這些支柱之上，並被“經濟與社會發展”的共同追求賦予生命力，歐洲委員會的法律秩序與傳統的由國家本位主義並列形成的國際協定完全不同。國家主權已經不能像在威斯特伐利亞時代那樣是一個絕對的存在，而是變成了為人權服務的共同體的一部分。

在這種背景下，對《歐洲人權公約》的解釋只能依照具有正式法律約束力的協定（比如條約）以及眾多的不具有正式法律約束力的由歐洲委員會的政治和技術部門做出的“共同行動”，比如來自部長委員會的建議，綱領和宣言。此外，《歐洲人權公約》本身要求以開放的姿態面對國際法和軟法，正如《公約》前言所聲明的那樣，《歐洲人權公約》受到《世界人權宣言》的啟發，當其它國際以及國內法律性質的文件能提供更好的人權保護時，《人權公約》也會向這些法律文件開放（《歐洲人權公約》第53條）。^[23]總之，法院對《人權公約》的解釋維度受制於《公約》的文字，本質和意圖。

《歐洲人權公約》“並沒有區分所關注的相關規則和措施的類型，也沒有將成員國任何的管轄行為排除在公約的審查範圍之外”。^[24]這意味著《歐洲人權公約》並不從屬於國內法規，因為它是歐洲大陸的最高法律。^[25]議會至上以及司法獨立均不能用以拒絕執行落實法院判決和裁定

[22] 關於這一原則，參見我在以下兩個判決中的單獨意見，*Khamtokhu v Russia* [GC] (App.Nos 60367/08 and 961/11), judgment of 24 January 2017, 以及*Garib v Netherlands* [GC] (App.No.43494/09), judgment of 6 November 2017.

[23] 關於締約國在人權保護方面可以高於人權法院的標準，但不能低於人權法院標準的“下限-上限問題”（*floor-ceiling problem*），可以參見我在以下判決中的單獨意見，*Hutchinson v United Kingdom* (App.No.57592/08), judgment of 17 January 2017.

[24] 參見 *United Communist Party of Turkey v Turkey* [1998] 26 E.H.R.R.121 at [29], 以及最近的 *Anchugov v Russia* (App. Nos 11157/04 and 15162/05), judgment of 4 July 2013 at [50].

[25] 參見 *Sejdic v Bosnia and Herzegovina* [GC] (App. Nos 27996/06 and 34836/06), judgment of 22 December 2009 at [40]-[41];

的《公約》義務。〔26〕正如黑爾女士（Lady Hale）所言：“顯而易見，一旦國家承諾遵守某些最低標準，它就不能通過自行定義這些用詞的方式來擺脫這些標準”。〔27〕

作為政治利害關係更大的憲法性問題（比如關於國家最高政治機關和司法機關構成的條款），甚至不是國家憲法的核心，也可能在與源自《公約》及其《議定書》的國際義務發生衝突時起到決定性作用。〔28〕其他各種敷衍應對人權法院的判決和裁定，並最終拒絕其對當事方有既判力（*res judicata*）和對所有締約國有判決效力（*res interpretata*）〔29〕的做法，都將違反有約必守（*pacta sunt servanda*）原則和重要的善意準則。〔30〕正如法院在2009年7月3日發表的“《致各締約國準備因特拉肯會議備忘錄》”中所說“人權法院的判決發現某一締約國違約，如果其他締約國的法律體系中也存在同樣的問題，但這些國家卻不能儘早從該判決中汲取教訓做出改變，這是不再能被接受的。法院解釋的約束力遠超過嚴格意義上的既判力。這樣的發展會伴隨著公民在國內法中直接援引《人權公約》（直接效力）的可能性以及‘國家對《人權公約》的所有權’這一概念的出現。”

人權法院的工作是要確保締約國遵守對《歐洲人權公約》的約定。〔31〕輔助原則並不意味著人權保護主要是締約國依據締約國的憲法和憲法傳統在本國內進行，進而表明人權法院承擔的人權保護角色有限，如果不是次要的話。相反，輔助原則意味著確保《公約》權利和自由得到落實的責任主要在締約國。國家層面有效實施《人權公約》仍舊是人權法院踐行輔助原則的前提條件。此刻，已經沒有必要再去回顧歐洲歷史上那些可恥的事例，即經過民主選舉產生的議會，政府和官員卻通過了具有嚴重歧視性的，不公正的，不人道的法律和規定。多數人也可能會犯錯。作為一個遠離地方政治的國際法院，歐洲人權法院是要為這些錯誤的受害者提供法律救濟的途徑。

在這種背景之下，沒有締約國可以合法地要求對其《公約》義務特別豁免，或者要求法院基於它的“特殊情況”做判決，除非是嚴格按照《公約》第15條的規定。即便那樣，豁免也要在人權法院的監督之下。超出了第15條規定的特別情形，任何可能民主僭越公約義務和法院判決的行為在根本上都不符合《人權公約》體系內在的法治精神，也不符合人們對《人權公約》作為“基本權利和自由的憲章”以及“歐洲公共秩序的憲法性文件”的認知。〔32〕

Popescu v Romania (No.2) (App.No.71525/01), judgment of 27 April 2007 at [103]; and *Anchugov* (App. Nos 11157/04 and 15162/05) at [50]. 締約國直到20世紀90年代中期都一致認可關於《歐洲人權公約》的這一解讀。參見既*Demicoli v Malta* 判決之後馬爾他憲法的修改（Council of Europe Committee of Ministers Resolution DH (95) 211 OF 11 September 1995）以及既*Open Door and Dublin Well Woman v Ireland* 判決之後愛爾蘭憲法第14修正案（Council of Europe Committee of Ministers Resolution DH (96) 368 of 26 June 1996）。

〔26〕 Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

〔27〕 Lady Hale, “Common Law and Interpretation: the limits of interpretation” [2011] E.H.R.L.R.538.

〔28〕 參見*Sejdić [GC]* (App.Nos 27996/06 and 34836/06), judgment of 22 December 2009, 在這個案件中，締約國憲法關於國家最高政治機關構成的條款同歐盟標準產生衝突，以及最近的*Baka* (App.No.20261/12), judgment of 23 June 2016, 在這個案件中，匈牙利憲法關於匈牙利最高法院構成的條款同《歐洲人權公約》產生衝突。

〔29〕 又被稱為是“interpretative authority”，指公約締約國即便不是案件的當事方，也有義務遵循案件判決對公約所做出的解讀，通過調整本國的法律以及行為同人權法院解釋相符合。

〔30〕 Vienna Convention on the Law of Treaties, art.26.

〔31〕 European Convention on Human Rights, art.19.

〔32〕 *Loizidou v Turkey* (preliminary objections) (1996) 21 E.H.R.R.188.

五、人權法院的生存危機

不幸的Hirst v UK^[33]事件，可以充分說明當前歐洲人權保護體系所面臨的危險。英國的法律框架對英國監獄中的罪犯實施了全面限制措施。這些限制自動適用於所有罪犯，不論他們刑期的長短，不論他們犯罪的性質或者嚴重程度以及個人的具體情況。像這樣對一項非常重要的公約權利進行的全體的，自動的，毫無區分的限制，如法院所說，必須被看作是超出了任何可接受的國家自由裁量權範圍，不論這個範圍有多廣，必須被視為是違反了《公約第1議定書》第3條的規定。

13年過去了（截止于文章原文發表時），2004年做出的Hirst判決還沒有被執行，隨著2010年Greens v UK^[34]試點判決的做出，問題更顯嚴重。儘管法院非常清晰地表明英國剝奪罪犯選舉權的制度構成了一種系統性失誤，需要採取綜合性的措施，但即便是2012年人權法院大法庭在Scoppola v Italy^[35]判決中改變了法院先前的立場，英國也沒有採取任何措施。在這個完全類似的因為判處終身監禁，不經過個案評估就自動剝奪犯人選舉權的案例中，大法庭改變了在Hirst判決中的基本立場，認可了義大利的法律，這項法律自動剝奪那些判處三年以上刑期的犯人的選舉權，不論犯罪的性質和犯罪人的個人狀況如何。儘管義大利剝奪犯人選舉權存在一個更嚴重的情形即這種剝奪具有終身性，而英國對判處監禁刑的犯人選舉權的剝奪只限於他們服刑期間，人權法院依舊認為義大利法律符合《公約第1議定書》第3條的規定。

英國對Hirst判決的違抗，以及法院改變其先前確立的解釋原則，已經對歐洲人權保護體系造成了持久性的負面影響。^[36]2012年法院大法庭就軍人休育兒假權做出了對Konstantin Markin^[37]案的判決，並引發了震盪，該判決被認為是對俄羅斯軍事機構的干預。2013年Anchugov^[38]判決所處理的問題同Hirst案一樣，也是關於禁止犯人選舉問題，但這次的特別之處在於犯人選舉權的禁止是基於憲法條款：《俄羅斯憲法》第32條第3款。這也並沒有阻止人權法院得出相同的結論，即俄羅斯禁令違反了《公約第1議定書》第3條，從邏輯上講這應該促使俄羅斯修改憲法。但俄羅斯並沒有這樣做。

相反，2015年俄羅斯憲法法院就《俄羅斯聯邦加入歐洲人權法院聯邦法》做出判決，確認如果俄羅斯憲法法院發現歐洲人權法院的判決違反《俄羅斯憲法》，那麼人權法院的判決將不可在俄羅斯執行。因為當時俄羅斯並沒有法律文件支撐這樣的判決，於是俄羅斯憲法法院建議杜馬通過立法創建一個特別的法律機制“確保俄羅斯憲法在歐洲人權法院判決的執行中享有至高地位”。^[39]有關對《俄羅斯憲法》的這番解讀在2015年12月時被寫進了《憲法法院權力法》中，根

[33] *Hirst v United Kingdom* (No.2) (2006) 42 E.H.R.R. 41.

[34] *Greens v United Kingdom* (App. Nos 60041/08, 60054/08), judgment of 23 November 2010.

[35] *Scoppola v Italy* (2013) 56 E.H.R.R. 19.

[36] 這不是第一次出現這種反應。一個例子就足以說明。在*McCann v United Kingdom*判決之後，有媒體報導稱：“（英國）部長們說他們不會理會這個判決並且不排除英國退出歐洲人權法院作為最終的制裁。一位內部人士說‘一切皆有可能，包括離開’。”“唐寧街認為所謂的孤島兇殺案（Death on the Rock）判決‘違反了常識’。英國副首相夏舜霆（Michael Heseltine）譴責這一判決是‘荒謬的’”（參見*Daily Mail*, 28 September 1995）。Hirst判決危機的獨特之處在於它的傳染性。

[37] *Markin v Russia* (2013) 56 E.H.R.R. 8.

[38] *Anchugov v Russia* (App. Nos 11157/04 and 15162/05).

[39] Constitutional Court of the Russian Federation judgment No.21-P/2015 of 14 July 2015.

據該法，當國際司法機構的裁決（包括賠償令）同《俄羅斯憲法》相抵觸時，俄羅斯憲法法院有權宣佈裁決不予執行。^[40]在2016年4月，俄羅斯憲法法院第一次適用了《憲法法院權力法》，裁決俄羅斯不予執行人權法院的Anchugov判決。^[41]

俄羅斯憲法法院2016年的判決加劇了歐洲人權法院當前的生存危機。^[42]如果說人權法院絕大多數判決的執行多多少少存在遲延和有失準確是真實存在的，那麼現實依舊是，在急劇增長的案例中，締約國不願同法院站在一起並且以直接或者間接的方式反對執行判決。^[43]就俄羅斯而言，到現在還有1573件待執行的判決，^[44]在這之中有204件典型案例，包括著名的2014年Yukos^[45]判決，這一判決設定了歐洲人權法院歷史上最高的賠償數額，判給原告約18億歐元。也正是就這個案件，2017年1月俄羅斯聯邦憲法法院做出判決，認為歐洲人權法院的合理補償決定（*just satisfaction*）違反了《俄羅斯憲法》，俄羅斯不予執行賠償。^[46]

在這種背景下，英國高級審裁院（UK Upper Tribunal）拒絕了人權法院大法庭一致通過的判決（Paposhvili v Belgium^[47]）就不足以讓人驚訝了，英國高級審裁院認為人權法院大法庭的判決像設置了一個“彈性過大，定義不清”的測試，並且測試“像法官的袖子一樣長”。^[48]這場危機的系統效應很明顯被可能的英國脫歐所強化。^[49]如果說整體上，基本人權，特別是移民法，是歐盟和英國爭議的焦點，那麼英國脫離歐盟也不是解決的辦法，鑑於歐洲人權法院和歐盟法院的判決在隱私權保護，相互承認司法判決，刑事訴訟中的程式性權利，庇護程式中的保證或者家庭團聚權等問題上相互影響。如果英國脫歐了，爭議會被轉嫁到歐洲委員會，而歐洲人權法院首當其衝。

六、對危機的制度性回應

面對這種不利局面，歐洲委員會不應該無視那些針對歐洲人權法院的批評。應該採取一種積極的立場來加強人權法院在歐洲人權保護體系中的作用並使其免於莫須有的批評。受益于已經在人

[40] 參見 the Federal Constitutional Law No.7-FKZ of 14 December 2015, 修改了Federal Constitutional Law No.1-FKZ of 21 July 1994 on the Constitutional Court of the Russian Federation.

[41] Constitutional Court of Russian Federation judgment No.12-P of 19 April 2016.

[42] 關於這一危機對歐洲人權保護體系的影響，參見 the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Opinion No.832/2015 on the amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitution Court, 13 June 2016, CDL-AD (2016) 016.

[43] 關於不執行法院判決引發的法院效力問題，參見 among others Keller and Marti, “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments” (2015) 26 E.J.I.L.829; and Hillebrecht, “Rethinking Compliance: The Challenges and Prospects of Measuring Compliance with International Human Rights Tribunals” (2009) 1 *Journal of Human Rights Practice* 362.

[44] 2017年12月份的數據。

[45] OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v Russia (2014) 59 E.H.R.R. SE12.

[46] Constitutional Court of the Russian Federation Judgment No.1-P of 19 January 2017.

[47] Paposhvili v Belgium [GC] (App.No.41738/10), judgment of 13 December 2016.

[48] EA (Article 3 medical cases-Paposhvili not applicable) [2017] UKUT 00445 (IAC).

[49] 作者發表本篇文章的英語原文時，英國尚未完成脫歐程式。參考英國脫歐後的實際影響，本文原文的相關立場無需修改。

權法院服務6年，在我看來，應該採取以下措施加強人權法院的獨立性，透明性和問責。

歐洲人權法院是一個具有高度獨立性的司法機構，因為法院法官是由民主的議會（歐洲委員會議員大會）選舉產生，任期長達9年不可延續^[50]並且法官還享有履職期間言行上的功能性豁免權。^[51]關於人權法院法官的合法性，法官享有歐洲範圍內廣泛的政治合法性，因為歐洲委員會議員大會的成員是47個《歐洲委員會章程》締約國國內議會的代表。歐洲人權法院法官的這種間接民主性經常被遺忘。

但是法官的內部和外部獨立性仍然可以提高。正如在很多國家的憲法法院和最高法院，歐洲人權法院應該有分部主席職位的輪流制度，同時縮短分部主席的任期。《歐洲人權公約》第25條c款規定法院全體大會“選舉法院分庭（chamber）的庭長”（可以連任）。事實上，法院的47名法官劃分為5個分部（sections），每一個分部由3到4個分庭組成。由全體大會選舉法院分部主席。現行的公約框架並不反對以一種自願輪流的，建立在資歷基礎上的制度產生分部主席。這樣的輪流制度可以使法官免于因為競選和遊說選舉職位帶來的不便，因而可以更好地保護法官的內部獨立性。

新的選舉理念還應配之以新的表決理念。法官只能在法院庭室裡面而不能在外面討論待決案件。《法院規則》第22條第1款規定：“法院應以私密地方式進行商議，且商議內容應保持秘密狀態。”《法院規則》第28條第2款d項也規定：“如果一個法官就某個案件公開發表過意見，比如通過交流媒介以書寫的方式，通過他或她的公開舉動等，並且從客觀上來講這些足以對他或她的中立性產生負面影響，那麼這個法官不可以再參與這個案件的審理。”這些規定應該通過採納一項嚴格的庭外“沉默規則”得到加強。

也可以通過一些基本的“無被選資格”的規定進一步加強法官的獨立性。法官任期結束後5年內沒有資格申請法院登記處的職位（為法院提供法律和行政服務）^[52]；登記處工作人員申請人權法院司法職位時也應該適用上述相類似的規定。

法官任期結束後，應該5年內沒有資格申請特定的一些國家職位；當這些國家職位的持有人申請人權法院的司法職位時，也應該適用上述相類似的規定。這些關於“冷靜期”的規定可以杜絕人權法院同對政府有高度依賴性的職位間存在任何“旋轉門”的風險。^[53]

人權法院是一個具有高度透明性的司法機構，因為《歐洲人權公約》確保法官有權將單獨意見添加到法院大法庭（Grand Chamber）和分庭（chamber）的判決書以及諮詢意見書中。^[54]但是，人權法院的透明性還可以進一步加強。

法院的透明性與每一個案件中大法庭以及法庭的人員構成密切相關。關於大法庭，《法院規則》第24條補充完善了《人權公約》第26條第4款和第5款的規定。《法院規則》第24條e款指出：“組成每個案件大法庭的法官以及後補法官應該由法院院長在登記官在場的情況下以抽籤的方式從剩餘法官中選取。法官的地域構成要足夠平衡以反映締約國不同的法律體系，在適當考慮這一需求後，抽籤的形式由法院大會具體制定。”

實踐中，法院已經組織了6個“區域”（Regional）分組以形成每個案件的大法庭；這些“區

[50] European Convention on Human Rights, arts.22 and 23.

[51] European Convention on Human Rights, art.51 and Statute of the Council of Europe, art.40.

[52] European Convention on Human Rights, art.24.

[53] 參見 Dunoff and Pollack, “The Judicial Trilemma” (2017) 111 (2) *American Journal of International Law* 225, fn.102.

[54] European Convention on Human Rights, arts.45(2) and 49(2).

域”分組要不時地被審查，大法庭法官通過手動抽籤的方式從這些區域分組中產生。

關於法院分庭（chambers）以及分部（sections），《人權公約》第26條第1款的規定被《法院規則》第25條和第26條補充完善。《法院規則》第25條關於“法院分部的設置”規定到：“分部的構成應該具有地理上和性別上的平衡性，並且能夠反映各締約國不同的法律體系[這裡用的是“分部”而不是“分庭”]”。《法院規則》第26條第1款b項關於“法院分庭的構成”規定到：“分庭的其他法官應該用輪流的方式由分部主席指定所在分部的法官擔任”。具體實踐是，在諮詢法官個人之後，人權法院院長做出分部構成的提名，而後法院大會正式批准通過。至於每個案件分庭的人員構成，最終取決於法院分部主席。

這些規定應該被重新審視，以期避免在組建司法隊伍過程中的任何偶然因素和任意性。與之相對，應該確保司法組織構成的確定性和可預測性，消除任何可懷疑的空間。每個案件分庭以及大法庭的組成都應該按照嚴格客觀的標準，依據自動化的可公開查詢的程式進行。

按照一直以來的做法，法官報告員被匿名指派來掌控每個案件的進程。這一做法遵循了法院的一項內部規則，按照這一規則，擁有相關案件來源國國籍的法官便是分庭上該案件的法官報告員，^[55]除非分部主席另有決定，這在法院也是公開的秘密。在大法庭案件中，人權法院院長有完全的自由裁量權來任命法官報告員。^[56]應該改變這種做法。

首先，《歐洲人權公約》並沒有禁止法官報告員身份的公開。其次，鑑於法官報告員的投入對案件的進展至關重要，《法院規則》第48條到第50條的規定明顯不能確保所需要的機制透明度。再次，按照非常重要的歐洲委員會透明度原則，原告，政府，律師以及公眾有權知道法官報告員的身份。^[57]所以，應該公開法官報告員的姓名，法官報告員的任命也應該按照嚴格的客觀標準遵循公開可查詢的程式。

獨任法官可以根據《人權公約》第34條宣佈案件申請不予受理或者將申請從法院案件清單中剔除。^[58]獨任法官由一名非司法性的報告人協助，該非司法性報告人在法院院長的授權下履行職責。^[59]實踐中，獨任法官以及非司法報告人都是由法院院長任命的。在任命獨任法官和非司法報告人上，法院院長有完全的自由裁量權，但有一項限制，即當案件的被告國是選舉該獨任法官的國家時，她或他不能處理該案件的申請。^[60]針對特定國家任命獨任法官和非司法性報告人應該有客觀的公開的標準。僅僅這一個事實，即獨任法官的決定是不可上訴的最終的決定，^[61]就足以證

[55] 這就是為什麼案件申請一般會分配給案件國籍國法官所在的分部。依據《法院規則》第26條1款a項，在構建審理該案件的法庭時，位列法院其它分部的同屬案件國籍國的法官是該審判法庭的當然成員。

[56] 有時候他或者她的身份是公開的(參見 Dzehtsiarov and Lukashevich, “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court” in (2012) 30 (3) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 274, fn.10).

[57] 參見 the “Guidelines for civil participation in political decision making”, adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2017 at the 1295th meeting of the Ministers’ Deputies.《指導綱領》建議在全歐洲範圍內增加決策制定的透明度，也就是說所有負責制定決策的公共機構都要受到獲取資訊法的約束。同時參見 the Parliament Assembly Resolution 2182 (2017) on “Follow-up to Resolution 1903 (2012): promoting and strengthening transparency, accountability and integrity of Parliamentary Assembly members”, adopted by the Assembly on 10 October 2017.

[58] European Convention on Human Rights, art.27 and Rules of Court, r.27A.

[59] European Convention on Human Rights, art.24(2).

[60] European Convention on Human Rights, art.26(3).

[61] European Convention on Human Rights, art.27(2).

明要求這樣的客觀性和公開性是恰當的。獨任法官的決定佔據了人權法院產出的絕大部分，這一額外事實只會更加支持有關提高獨任法官任命客觀性和透明度的觀點。

法院產出的透明度仍有許多不足之處。^[62]單獨意見是依舊被低估的能夠確保法院透明性以及推動法院判例法發展的主要工具。《人權公約》第45條並不禁止確認裁定中的多數派和少數派法官。在裁定中形成多數派和少數派的法官都應該可以被識別，以澄清每位法官的立場。^[63]

對於那些包含不予受理決定的涉及案件事實審理的判決，法院對單獨意見（關於不予受理的問題）持開放態度，允許將這些意見加入到案情判決（judgment）中。^[64]事實上，沒有理由不能將附加單獨意見的做法擴展到類似的裁定（decision）中。《人權公約》第45條第2款沒有提到裁定的問題，這樣的疏忽只是歷史上的一個意外，鑑於按照《公約》機構原來的許可權，有關案件受理歸人權委員會負責。^[65]此外，《法院規則》第74條第2款允許法官在大法庭或者法庭的判決書中可以僅僅出示一份簡單的異議聲明（bare statement of dissent）已經越法（praeter legem）。最重要的是，不予受理的裁定有時候會處理複雜的關鍵的問題，這些問題涉及到人權法院的管轄權以及對《公約》和《公約議定書》的解釋。締約國或者個人等依據《公約》第33條和第34條提交的申請都涉及非常重要的問題，法官不允在這樣的裁定中發表個人觀點，^[66]而在那些拒絕諮詢性意見請求的裁定中，法官卻可以附加單獨意見或者異議聲明，這是非常荒謬的。^[67]

《人權公約》第46條第3、第4、第5款並沒有排除在解釋性和侵權判決中加入單獨意見。儘管《法院規則》第93條^[68]明確禁止在解釋性判決中加入單獨意見，《規則》第99條^[69]卻沒有禁止在侵權判決中加入單獨意見。這種區別對待毫無根據，為解決這個問題，錯誤的《法院規則》第93條應該符合于《人權公約》第46條第4款確立的開放性規則，並且同《人權公約》第45條第2款一起解讀。^[70]

[62] 因為這篇文章聚焦於機制透明度改革方面的努力，它不會處理涉及到判決動機的實質透明性問題，比如在判決中，國家裁量餘地(margin of appreciation)不可預測的使用以及對歐洲共識(European consensus)的扭曲，關於這些方面的實踐，歐洲人權法院歷來遭受批評。(歐洲人權法院的法官對這個問題有很多有趣的評論，參見 Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights* (Cambridge University Press 2015, ch.7)，以及Tulkens and Donnay, “L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?” (2006) *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 3, and Tulkens, “Conclusions Générales”, in Frédéric Sudre (ed.), *Le principe de la subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l’Homme*(Anthemis, 2014)).

[63] 有時候少數派法官無法擺脫多數派法官的影響，尤其是當案件來自他或者他的國籍國時，這令人沮喪。

[64] 參見, *Navalnye v Russia* (App.No.101/05), judgment of 17 October 2017其中凱勒法官和傑多夫法官 (Judges Keller and Dedov) 合寫的單獨意見, *Tibet Mentes v Turkey* (App. No.57818/10), judgment of 24 October 2017其中卡爾卡斯法官，武齊尼奇法官和拉弗蘭克法官 (Judges Karakas, Vucinic and Laffranque) 合寫的單獨意見，以及*de Tommaso v Italy*[GC] (App.No.43395/09), judgment of 23 February 2017其中我自己寫的單獨意見。

[65] 這從人權法院包括前歐洲人權委員會存續期間的實踐中可以看出（參見*Van Oosterwijck v Belgium* (1981) 3 E.H.R.R. 557 and *Cardot v France* (1991) 13 E.H.R.R. 853）。

[66] Rules of Court, r.56(1).

[67] Rules of Court, r.88(2).

[68] 現在的法院規則第98條。

[69] 現在的法院規則第104條。

[70] 實際上舊的人權法院曾經接受解釋性判決中附加單獨意見（參見*Ringeisen v Austria* (Interpretation) (1979) 1 E.H.R.R. 513其中維德羅斯和紮基安法官 (Judges Verdross and Zekia) 發表了單獨意見）。

獨任法官做出的案件不予受理的裁定^[71]以及大法庭小組會做出的拒絕將案件提交給大法庭審理的裁定^[72]都應該提供充分的理據（不是模式化的），而且這些裁定也都應該公開。^[73]各國政府在2015年《布魯塞爾宣言》中非常清楚地提出了這些要求，^[74]既國內以及國際機構紛紛表達批評意見後。^[75]按照同樣的邏輯，所有放棄管轄權支持由大法庭審理案件的裁定都應有推理說明，因為它剝奪了當事方一層級權利。^[76]

人權法院起草判決或裁定所依賴的所有資訊來源都應該公開，包括那些由法院司法顧問提供的資訊，^[77]來自法院研究部門的國際法和比較法報告以及協力廠商幹預。^[78]激勵法院判決的一個關鍵是法院關於合理補償的內部指導綱領。這些綱領沒有理由一直不被公開。^[79]案件的當事方有權利知道所判給的合理補償是如何計算出來的。^[80]

學術研究表明一般情況下司法機構的獨立性同它的問責制呈反比關係：更多的獨立性是以更少的問責為代價的。^[81]歐洲人權法院是一個低問責制的司法機構。除了對法官不再滿足“必要條件”^[82]時所採取的解聘程式以及禁止法官參與“任何與其獨立，中立，或全職辦公的要求不相符合的活動”^[83]外，並沒有其他針對法官的問責機制。法院登記處的工作人員，適用歐洲委員會的一般紀律規則。^[84]但是仍可以做出更多改進以使法院更加負責。

法院全體大會對有關法院行政和管理政策方面的最重大決定負責。^[85]辦公室（the Bureau），缺乏《公約》基礎，只是法院院長的一個諮詢機構，自身沒有任何決定權。^[86]所有的司法事項都不在辦公室的諮詢性許可權範圍之內，辦公室只能就法院院長許可權範圍內的行政和非司法事項

[71] European Convention on Human Rights, arts.27 and 45 (1).

[72] 《人權公約》第43條第2款，第3款以及《法院規則》第73條第2款規定“拒絕請求時不需要給出原因”。

[73] 《法院規則》第33條第4款只要求獨任法官發佈關於裁定的基本資訊。

[74] 參見2015年3月27日布魯塞爾關於“歐洲人權公約的實施，我們共同的責任”高端會議的《宣言》：“歡迎人權法院打算讓獨任法官在做出不受理裁定時提供簡要說明，希望人權法院從2016年1月就開始這麼做；也希望人權法院考慮在做出包含臨時措施的裁定時以及由5人審判組裁定拒絕將案件遞交大法庭審判時，都能提供簡要說明”。

[75] 參見*Maria Cruz Achabal Puertas v Spain*, United Nations Human Rights Committee, Communication No.1945/2010, 18 June 2013, 以及在*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v Romania [GC]* (App. No.47848/08)中我的單獨意見。

[76] 《法院規則》第72條第3款做出了與之相反的規定。

[77] 《法院規則》第18條B款規定：“為了確保判例法的品質和一致性，法院應該有一名司法顧問的協助。他或者她應該是登記處的成員。司法顧問應該提供意見和資訊，尤其是那些關於法院組織和法庭人員的”。

[78] European Convention on Human Rights, art.36 and Rules of Court, r.44.

[79] 參見《人權指導委員會（CDDH）報告》 CDDH Report on “the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights”, CDDH (2015) R84, AddendumI ,11 December 2015, p.83: “關於法院判給的補償，人權指導委員會認為法院適用的標準應更為透明”。

[80] 事實上人權法院自己的判例法對締約國法院施加了極高的透明度義務（例如，*Ferreira Alves v Portugal*(No.3)(App. No.25053/05), judgment of 21 June 2007 at [40]-[43]）。

[81] Dunoff and Pollack, “The Judicial Trilemma” (2017) 111 (2) *American Journal of International Law* 225, 226.

[82] European Convention on Human Rights, art.23(4) and Rules of Court, r.7.

[83] European Convention on Human Rights, art.21(3) and Rules of Court,r.4.

[84] 參見Staff Regulations of the Council of Europe, arts. 54-58.

[85] European Convention of Human Rights, art.25.

[86] Rules of Court, r.9A(3).

發聲。〔87〕辦公室承擔促進法院各部門之間相互協調的任務，但這項任務只能是關於行政和非司法性質的事宜。〔88〕辦公室關於司法事項的任何聲明，包括宣告判例法的一致性，都屬於越權。

在歐洲委員會每年通過預算之前，按照法院的行政和管理政策，一份經由法院全體大會通過的詳細的年度報告應該呈遞到歐洲委員會的部長委員會以及議會面前，介紹法院過去的以及未來可期的工作成果。最重要的是，締約國應被給與更多的支援以採納《法院規則》。〔89〕

為了符合《人權公約》的“歐洲公共秩序的憲法性文件”這一本質，〔90〕人權法院行政與管理政策的焦點應該放在締約國提交的違約之訴和試點判決程式。〔91〕應該給這些類型的案件分配專門的人力和財力資源。除了做出其他的一些戰略性選擇，人權法院還應設立一個“特情室”（situation room）對案件的進展提供集中的內部監督以及持續跟進這些案件。“特情室”應該是一個高級別的行政部門，能夠使法院更有效地評估案件的進展以及評估相關案件的判決將如何影響同部長委員會監督機構的合作。〔92〕

更一般地講，在法院發現締約國違反《公約》後，為了充分應對那些拒不執行判決的締約國，應該增加使用《公約》第46條第4款規定的侵權程式並且充分告知被害人享有在國內重啟案件的權利，通過這種方式推進法院判決執行的司法化，這是歐洲人權法院和歐洲委員會部長委員會應該設想的至關重要的戰略步驟。〔93〕

一種基於問責制，注重產出高品質文書作品而不只是統計結果的文化〔94〕應該盛行于法院的行政和管理活動中。但這很明顯只有在司法機構高度權威，登記處工作積極且日益專業的情況下才能實現。法官選舉應該包括一個細密的公共審核程式。歐洲範圍的統一的公共審核程式應該提高當前的國內和國際標準，〔95〕包括歐洲議會法官選舉委員會對歐洲人權法院的公開訪談。在被選舉

〔87〕 Rules of Court, r.9A(3).

〔88〕 Rules of Court, r.9A(4) (read in conjunction with the previous r.9A(3)).

〔89〕 法院規則第110條（現在的第115條）在這方面嚴重不足。

〔90〕 *Loizidou v Turkey* (preliminary objections)(1996) 21 E.H.R.R. 188 at [75].

〔91〕 早在2005年，沃爾夫勳爵在關於歐洲人權法院工作方式的審核報告中建議“對那些有可能做出試點判決的案件應該給與優先權，所有的相似案件應該擱置以等待該案件做出試點判決”。參見人權指導委員會報告CDDH Report on “the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights”, CDDH (2015)R84, AddendumI, 11 December 2015, p.82: “對於體系性問題，人權指導委員會(CDDH)支持法院實施有效的司法政策以及案件管理，允許對大批量的案件申請實施高效率的審核並且引導被告國在部長委員會的監督下通過試點判決或者其他可用的程式解決其深層的體系性問題。”上面引用到的2015年《布魯塞爾宣言》支持“法院進一步探索以及使用高效的案件管理方法，尤其是法院按照案件的重要性、緊迫性和其他因素劃分優先審理範圍的做法，以及它的試點判決程式。”按照法院的優先政策，試點程式適用於第二類案件。但是根據它最近對優先政策的審查，從2017年5月22日起，法院將屬於第二類案件的由締約國提起的違約之訴排除在試點程式之外，“鑑於這些案件足夠特殊，在任何情況下都應該使用特別的處理程式”（參見法院網站上的“法院優先政策”）。

〔92〕 這意味著在試點判決做出後，那些重複性的案例不應全部被非司法化處理。*Burmych v Ukraine* (App.Nos 46852/13 et al.), judgment of 12 October 2017做出的“出局”（strike-out）判決應該按照該案件中存在的特殊情形解讀，對此法院在判決書中也多次提及（參見判決書第174,175,181和199段）。

〔93〕 關於《歐洲人權公約》第46條第4款侵權程式的法律和政治重要性，參見*Fabris v France* (2013) 57 E.H.R.R. 19中我的單獨意見，關於執行《人權法院判決之後在國內法院重啟或者重審案件的建議2000 (2)》，參見*Moreira Ferreira v Portugal* (No.2) (App.No.19867/12) judgment of 11 July 2017中我的單獨意見。

〔94〕 參見Elisabeth Lambert Abdelgawad, “La mesure de la performance judiciaire de la Cour Européenne des Droits de l’Homme: Une logique managériale à tout prix?” (2016) 159 Revue Française d’Administration Publique 824.

〔95〕 參見the Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights, Procedure for electing judges to the European Court of Human Rights document prepared by the Secretariat, AS/Cdh/Inf(2018) 01, 19 December 2017.

後，法官也承擔私生活被問責的義務。法官的庭外活動應該完全公開，包括參加的由成員國資助的活動的細節。

登記處是法院架構的支柱，極大影響法院產出的品質。《人權公約》第25條e款規定登記官以及副登記官應通過法院全體大會選舉產生。法官們的這項責任應該推廣到選舉登記處的其他工作人員。法官們應該對法院登記處的招聘以及職業發展政策有非常堅定的投入。

上述改革方案的運行應該被視為是歐洲人權法院以及歐洲委員會其他機構的共同責任。現在，歐洲人權法院作為歐洲委員會皇冠上的明珠，比以往任何時刻都更需要委員會其他機構毫不含糊的支持。顯而易見的事情有時也需要特別說明。毫無疑問，如果歐洲人權法院倒下了，歐洲委員會也會坍塌。

Abstract: In this article, the author debates the reasons for the current strained relationship between some Contracting Parties and the European Court of Human Rights. The author argues that much of the criticism addressed to the Court is ultimately aimed at the founding principles of the European human rights protection system, like the principles of evolutive interpretation and European consensus, as well as at the Court's soft law and social rights friendly stance. He briefly analyses the contradictory reaction of the Court to this criticism. In this context, he considers that both the UK rebellion against Hirst and the Court's backtracking from its own principles of interpretation in some major cases have had a negative "snow ball" effect on other Contracting Parties to the European Convention on Human Rights, as the recent confrontational attitude of the Russian legislator towards the Court has shown. The article concludes with a defence of the Court's traditional mode of reasoning and a pledge for reform of some practices of the Court based on three steps: more independence, more transparency and more accountability.

Key words: European Court of Human Rights; Powers and Duties; Judicial Independence; Jurisprudence; Statutory Interpretation; Transparency

(責任編輯：張竹成)

《曼谷宣言》與亞洲人權立場的形成

化國宇* 白渤宇**

摘要 維也納世界人權大會亞洲區域籌備會是亞洲國家在冷戰結束的國際新形勢下召開的第一次區域人權會議，開創了亞洲區域人權合作的新局面。會議通過的《曼谷宣言》在重申對《世界人權宣言》等一系列人權公約的尊重和延續前提下，集中表達了亞洲國家的人權立場，回顧了民族自決權和發展權等與廣大亞洲國家人人權發展息息相關的重要權利，提升了亞洲地區在國際社會的人權話語地位。《曼谷宣言》是亞洲對西方人權外交的有力回應，也有利於亞洲國家更好的協同解決亞洲政治經濟發展中相關人權問題，應當重新審視其歷史意義。

關鍵詞 《曼谷宣言》 亞洲人權 發展權 民族自決權

《曼谷宣言》被視為充分展示亞洲人權立場的標誌性文件。^[1]它誕生於世界人權大會亞洲區域籌備會議，集中展示了亞洲國家的人權訴求並提出了亞洲國家亟待解決的人權問題。《曼谷宣言》是亞洲國家主體意識和人權意識覺醒的產物，直接推動了《維也納宣言和行動綱領》對亞洲人權觀念的接納。中國在《曼谷宣言》形成過程中也發揮了關鍵作用。^[2]通過梳理《曼谷宣言》起草的歷史，可以發現亞洲國家正是在共同制定這一文件過程中逐步形成了協調一致的人權立場。一方面，亞洲國家獨立後，在政治獨立、經濟發展和外交平等等方面都面臨著共同的人權訴求，這促成了亞洲人權意識的覺醒，為亞洲各國達成一致的人權立場奠定了觀念基礎。另一方面，在世界人權大會亞洲區域籌備會召開和《曼谷宣言》制定過程中，為衝破西方的人權話語霸

* 化國宇，中國人民公安大學法學院副教授，博士生導師。

** 白渤宇，中國人民公安大學習近平法治思想研究中心研究人員。

本文系中國人民公安大學法學理論雙一流專項（2023SYL13）專案成果之一。

[1] 參見郭濟思：《〈曼谷宣言〉：亞洲國家尊重人權的集中體現》，載《瞭望週刊》1993年第16期，第43-44頁；蔣建國：《以亞洲合作推動世界人權事業發展》，載環球網：<https://3w.huanqiu.com/a/de583b/4Ak1dukAEhl>，訪問時間：2022年12月5日。

[2] 參見中華人民共和國國務院新聞辦公室：《中國共產黨尊重和保障人權的偉大實踐》，載《人民日報》2021年6月25日第2版。

權、排除亞洲區域會議召開的現實阻礙，包括中國在內的各亞洲國家必須團結一致，發出亞洲人權聲音，這為亞洲各國統一人權立場提出了現實必要性。由此，《曼谷宣言》成為亞洲國家表達共同人權立場的重要載體，我們有必要重新審視這一文本及其歷史意義。

一、亞洲人權意識覺醒的歷史脈絡

二戰之後，亞洲地區迎來了民族國家的獨立浪潮和經濟的飛速發展階段，各國民族主體意識不斷增強。隨著冷戰的到來，亞洲各國或被拉攏或被分化，加之局部熱戰，彼此的聯繫被割裂。西方雖然一直對亞洲推行其人權外交政策，但是在美蘇爭霸的背景下，尚無暇對亞洲國家施加過多干預。亞洲國家基於自己的文化傳統和政治經濟發展道路形成了區域性的人權觀念，既有與各文明人權觀相似的普遍性部分，又有差異的特殊性部分。而特殊性的部分恰恰是亞洲國家在爭取民族獨立、經濟自主和外交平等過程中產生的最迫切的人權訴求。

（一）政治獨立與民族主體意識增強

二戰後，亞洲、非洲、拉丁美洲的民族解放運動如火如荼地開展起來，比如1947年印度獨立、1949年中國新民主主義革命勝利、1965年新加坡獨立等。在第三世界民族解放運動浪潮的沖刷下，帝國主義長期建立的殖民體系土崩瓦解。

爭取民族獨立和國家主權的歷史進程深刻形塑了亞洲各國的人權觀念。歷史上由於帝國主義的侵略，大部分亞洲國家一度淪為殖民地或者半殖民地，人民的權利得不到任何保障。馬來西亞前總理馬哈蒂爾就指出：“在二戰以前，歐洲人把世界劃分成數個帝國，在那裏他們對殖民地人民為所欲為，根本不相信人權的普遍性。……非白色種族的殖民地人民必須接受白人的全面統治。……對他們來說，人權根本就是不存在，對於歐洲帝國主義國家來說，人權只是對其人民而言的”^[3]。正是基於這種認知，廣大發展中國家深刻領悟到民族自決權的重要性，認識到國家主權的獨立完整是實現本國人民人權的基本前提。也正因此，他們對於曾經走上帝國主義道路的“西方列強”所推行的人權標準抱著極為審慎的態度。事實上，西方國家始終未曾真正關心過第三世界國家的人權狀況，其在國際社會上宣導人權更多是出於本國利益的考量。即便在二戰之後國際社會深刻反省這場人類浩劫之時，西方大國仍然更加關注戰後利益分配問題，對於殖民地問題則態度曖昧。在敦巴頓橡樹園會議上，中國曾提出將堅持各國和各民族一律平等原則寫入《關於建立普遍性國際組織的建議案》，而美、英、蘇三大國卻基於戰後利益的考量拒絕寫入這一條款。^[4]在舊金山制憲會議上，對於託管領土（實際上是殖民地）問題，國民政府主張《憲章》應當促進領土及其居民逐漸走向獨立或者自治，直至獲得民族的完全獨立。而英、法、美三大國基於其殖民利益，對中國的這一主張極為反對。為了讓中國與它們保持一致，美國甚至主張給中國在託管理事會中保留永久性席位。但是中國並不想在託管領土上為自己謀求特殊利益，因而仍然“衷心希望把民族獨立包括在聯合國的基本目標之中”^[5]。在1948年《世界人權宣言》起草時，為了更多地對宣言施加影響，美國專門為起草委員會主席羅斯福夫人配置了一個法律顧問

[3] 章芹：《馬哈蒂爾的政治思想及其政策實踐》，載《東南亞縱橫》1996年第4期，第40頁。

[4] 參見[加]約翰·漢弗萊：《國際人權法》，龐森等譯，世界知識出版社1992年版，第54頁。

[5] 宗成康：《論中國與聯合國的創建》，載《民國檔案》1995年第4期，第120頁。

班子。當時不僅僅是美國，英國和法國也都有各自的人權工作組。〔6〕英國政府的人權工作組毫不諱言：“王國政府尋求這項公約（指《宣言》）的目的有二：首先，王國政府把公約視為確保提高人權標準的過程中的一個手段；其次，它可以作為政治鬥爭的武器。”〔7〕英國和美國的檔案都揭露，兩國政府當時對於自己的人權弱點都非常清楚，前者的問題在於殖民地，而後者則是黑人問題。為了在宣言制定過程中掌握主導權，美國專門準備了蘇聯陣營“弱點”的材料。〔8〕宣言起草過程中的各個會議記錄、代表討論、修改意見通觀下來都可以看出西方國家在國際上對人權話語的掌控力。〔9〕

亞洲國家迫切需要建立新的平等的國際關係，以維護國家主權，發展民族經濟。1955年4月18日至24日，29個亞非國家參加的萬隆會議在印尼召開。這是廣大亞非國家在二戰後第一次在沒有西方殖民國家參加下獨立舉行的國際會議，會議一致通過了《亞非會議最後公報》。這份文件“考慮了亞洲和非洲國家有共同利害關係和共同關心的問題”〔10〕，其中專門提及了人權和自決、附屬地人民問題，亞非第三世界國家的人權理念正式走上了國際舞台。

此後，一系列有關民族自決權的宣言和公約得以在國際社會通過，如1960年通過《給予殖民地國家和人民獨立宣言》、1966年通過《公民權利和政治權利國際公約》以及《經濟、社會及文化權利國際公約》、1970年通過《關於各國依聯合國憲章建立友好關係和合作的國際法原則宣言》等。這都在一定程度上改變了國際社會格局和力量對比、改善了廣大發展中國家的國際發展環境，也為廣大亞非拉國家的人權發展奠定了國際政治基礎。〔11〕

（二）經濟落後現實與強烈的經濟社會發展訴求

1948年《世界人權宣言》宣佈每個人作為社會一員有權享受他的個人尊嚴和人格的自由發展所必需的經濟、社會和文化方面各種權利。這表明所有人均享有發展權，財富、收入、機會和社會服務不應成為少數人的特權。雖然戰後亞洲多國的經濟都實現了飛躍式發展，但由於長期遭受殖民統治，各國還面臨著貧富差距大、經濟社會制度的殖民遺留束縛、長期的不發達和貧困、國際經濟秩序不公正不合理等難題。因此，保障本國的發展現狀、脫離其他國家的阻礙、按照本國國情自主發展社會經濟以及提高民眾生存條件已經成為這一階段發展中國家的共同目標。〔12〕

沒有主權間的真正平等和相互尊重，不打破舊的被西方壟斷的國際經濟秩序，就不可能實現經濟的獨立發展，也就更不可能實現真正的政治獨立自主。因此，第三世界國家為獨立自主發展經

〔6〕 See Eric Pateyron, La Contribution Française à la Rédaction de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, René Cassin et la Commission Consultative des Droit de l'Homme, Paris: La Documentation Française, 1998, p. 33.

〔7〕 阿謝爾德·薩姆諾伊（Ashild Samnøy）：《<世界人權宣言>的起源》，穀盛開譯，載[瑞典]格德門德爾·阿爾弗雷德松、[挪威]阿斯布佐恩·艾德編《<世界人權宣言>：努力實現的共同標準》，中國人權研究會組織翻譯，四川人民出版社1999年版，第7頁。

〔8〕 參見阿謝爾德·薩姆諾伊（Ashild Samnøy）：《<世界人權宣言>的起源》，穀盛開譯，載[瑞典]格德門德爾·阿爾弗雷德松、[挪威]阿斯布佐恩·艾德編《<世界人權宣言>：努力實現的共同標準》，中國人權研究會組織翻譯，四川人民出版社1999年版，第8頁。

〔9〕 參見常健、劉一：《第二次世界大戰對<世界人權宣言>的影響》，載《東北財經大學學報》2016年第2期，第15頁。

〔10〕 《亞非會議最後公報（1955年4月24日）》，載中華人民共和國外交部網站：http://svideo.mfa.gov.cn/ziliao_674904/1179_674909/200504/t20050415_7946967.shtml，訪問日期：2023年12月21日。

〔11〕 參見毛俊響、王欣怡：《新中國成立以來中國共產黨人權話語的變遷邏輯》，載《人權》2020年第1期，第8頁。

〔12〕 參見龐森：《發展權問題初探》，載《國際問題研究》1997年第1期，第36頁。

濟而爭取建立國際經濟新秩序的鬥爭，是對政治獨立運動的接續。實現發展的願望，成為第三世界國家提出作為基本人權的發展權的催化劑。

發展權首次被正式使用是在阿爾及利亞正義與和平委員會於1969年發佈的《不發達國家發展權利》報告；最早被作為一項人權被明確提出，是在1972年塞內加爾最高法院院長、聯合國人權委員會委員凱巴·巴耶所做的《作為一項人權的發展權》演說中。^[13]發展權的最大特點在於個體人權與民族、國家集體權利之間的相輔相成：在國家範圍內，發展權體現為個人人權，個體有自由參與政治、經濟、文化、社會發展的權利，並公平地從發展中獲益；在國際範圍內，國家有自主獨立實現發展的權利。^[14]西方排斥發展權的主要理由是，人權主體只能是個人，拒絕承認民族、國家這樣的集體作為人權的主體，同時也認為“發展權”只是一種“機會”，而不是一項人權。這種認知暗含的是一種“西方中心主義”的不平等觀念：首先，國際人權只有一種標準，即西方的個人主義人權標準，這無非是以西方的文明觀取代全球各文明的人權觀；其次，在國際社會中秉持的是弱肉強食的“叢林法則”，西方主導的國際經濟秩序因之具有合理性，發展中國家不應當要求西方放棄既有利益，即便是這種利益獲取的前提是不正當的。這種觀念必然會遭到包括亞洲在內的廣大發展中國家的極力反對。

發展中國家在國際經濟領域取得的共識進一步助推了發展權的確立。1973年9月5日至9日在阿爾及爾舉行的不結盟國家第四次國家元首或政府首腦會議，通過了《經濟宣言》，首次提出了建立新的國際經濟秩序問題，並提請聯合國秘書長召開大會第六屆特別會議，專門討論發展和國際經濟合作問題。在不結盟國家推動下，1974年5月聯合國大會第六屆特別會議圍繞“原料和發展”這一主題，專門討論了反對殖民主義剝削和掠奪、改造國際經濟結構的基本原則和具體安排。這是聯合國成立以來首次。二十八屆聯大主席、厄瓜多爾代表萊奧波爾多·貝尼特斯重新當選為這次特別會議的主席，包括中國代表在內的所有二十八屆聯大副主席也重新當選為這次會議的副主席。出席會議的中華人民共和國代表團團長、國務院副總理鄧小平在此次會上做了發言，把毛澤東關於劃分三個世界的理論向全世界作了詳盡的闡述。還指出：“原料和發展問題的實質，就是發展中國家維護國家主權，發展民族經濟，反對帝國主義、特別是超級大國的掠奪和控制的問題。”“歸根結底，政治獨立和經濟獨立是不可分的。沒有政治獨立，就不可能獲得經濟獨立；而沒有經濟獨立，一個國家的獨立就是不完全、不鞏固的。”^[15]會上一致通過了《建立國際經濟新秩序宣言》和《建立國際經濟新秩序行動綱領》。^[16]1974年12月12日聯合國大會第29屆會議又通過了《各國經濟權利和義務憲章》，以更為明確的文字肯定了宣言和綱領所確認的基本原則，進一步實現了發展中國家經濟發展訴求的權利化、法典化。這些文件所確認的各國經濟主權不可侵犯、平等參與國際合作、消除發展的障礙、建立國際經濟新秩序等一系列理念，都被後來的《發展權利宣言》所吸收。

[13] 參見付子堂：《發展權與中國人權事業大發展》，載《人權》2017年第1期，第9頁；戴菁：《堅持以發展促進人權事業進步》，載《學習時報》2017年07月26日，第A2版。

[14] 參見李忠夏：《發展權是個人與集體人權的統一》，載《人民日報海外版》2016年12月7日，第10版。

[15] 《中華人民共和國代表團團長鄧小平在聯大特別會議上的發言》，載《人民日報》1974年4月11日，第1版。

[16] See Official Document System of the United Nations, Report of The Ad Hoc Committee of The 6th Special Session, A/9556 (part 2).

在包括中國等亞洲國家共同推動下，1986年12月4日聯合國正式通過了《發展權利宣言》。發展中國家歷史性地以壓倒性的多數票通過了第41屆聯合國大會第41/128號決議：146票通過，1票反對，以及8票缺席。^[17]這項宣言的通過象徵著發展權已經成為一項不可質疑的基本人權。《發展權利宣言》對廣大發展中國家關於發展權的理念進行了系統性總結，也成為亞洲人權觀的重要組成部分。

（三）西方國家的人權外交與亞洲國家的集體回應

人權問題本來只是國際領域的共同關注對象，之所以不斷演變為國家用來鬥爭的工具，主要原因就是以美國為首的西方國家在國際上推行人權外交。所謂人權外交，就是指西方國家試圖將各國人權發展問題政治化，以此為基礎來推進本國的對外戰略理念和實踐。追溯到二戰期間，1941年英、美兩大國發佈《大西洋憲章》，呼籲世界和平並保護世界人權，此後歷屆美國政府都會強調國際領域的人權問題，這對於推動國際社會對人權的重視曾起到積極促進作用。但是不難看出這也是美國政府試圖通過戰後世界人權秩序的建立，為其謀求全球霸權埋下的伏筆。一直到卡特政府時期，由於國際背景動盪對美國不利，人權外交的理念實踐被正式搬到國際舞台並全面推行。這一時期卡特在就職演說、人權宣言紀念大會上以及告別演說中都反復談到人權外交，他聲明：“美國外交政策的核心就是強調人權問題，要促進人權的保護。美國將把人權外交的政策設立為一項外交基本原則，人權保護問題將作為影響美國同其他國家的外交關係關鍵因素。”^[18]

從人權外交政治層面的表現來看，西方國家形成了一整套人權外交理論體系並加以推行。這一時期國際社會力量發生了重大變化，東歐和蘇聯的一系列社會變革被美國視為通過人權外交政策對社會主義國家進行滲透的成果。亞洲地區以及廣大發展中國家地區由於歷史發展的不同，宗教、文化的複雜性，無法形成統一的力量，從而處於國際力量對比的劣勢一端。由於亞洲的重要戰略地位和資源，又被認為力量鬆散而容易突破，西方國家轉而將人權外交的矛頭指向亞洲。首先是人權無國界論。西方國家提出這一理論的根據來源於《世界人權宣言》中提到的每個人都可以自由的發表意見，可以通過不同的媒介或超越國界去自由地尋求、傳播資訊。西方國家對此規定加以歪曲解讀，要跨越國界去保護人權。但是他們只提到要跨越國界去參與別國政治，卻不曾想跨越國界分享經濟文化等社會資源，因此這本質還是藉口人權來推進霸權主義。其次是人權高於主權論。西方稱主權概念應該更新換代，在主權和人權保護領域出現矛盾時，主權應為人權而讓步。這一理論不僅毫無依據並且邏輯荒謬。縱觀歷史進程，人民的權益保護無不依賴於國家，沒有國家的安定，就沒有人民的安寧，面對人權問題一定是先有國家主權才有人權。最後是人道主義干涉合法論。19世紀一些實力雄厚的歐洲國家為了侵略他國來擴張國土並積累財富而提出這一荒謬理論，歐洲以他國人民的權益受到本國迫害為由悍然發動侵略戰爭。這一反人道的強權理論本來在二戰結束後頒佈的《聯合國憲章》中就被否定，可是冷戰結束後竟又被西方國家重新提出。^[19]

人權外交針對經濟秩序的主要表現是，西方國家對於國際援助的條件總是高舉保衛人權的口號。“讓國際援助為發展中國家普及民主和自由”既是美國在援助別國發展時的口號又是援助的

[17] 其中丹麥、芬蘭、西德、冰島、以色列、日本、瑞典和英國缺席，僅有一張的反對票是美國投出的。

[18] 叢培影、黃日涵：《美國對華人權外交的演變及實質》，載《國際關係學院學報》2011年第2期，第89頁。

[19] 參見董雲虎：《關於國際人權鬥爭的幾個問題》，載《思想理論教育導刊》1999年第6期，第10-11頁。

條件；法國則將“發展中國家的民主化結合運動將在援助的努力下推行”作為援助的口號；英國也提出外交援助的核心理念：“站在好政府的立場上，實現被援助國的民主水準”；德國提出的援助標準裏，也明確包括尊重人權及公民參加政策等。這些援助口號和附加條件實際上在抹黑發展中國家的人權情況，是人權外交政策的一種表現形式，西方國家希望借助國際經濟援助來迫使其他國家承認人權需要他國保護的居心顯而易見。^[20]

在人權問題上，西方國家忽視東西方不同的價值觀念和社會制度，試圖將西方個人主義人權觀強加推行。保護人權一直是世界人民共同的期待，也是世界各國政府的責任。聯合國通過的《世界人權宣言》和《聯合國憲章》以及多項人權公約決議上都有界定，國際人權的保護合作本不應該存在單方解釋的空間。出現爭議的時候，各國政府完全可以公平對話，解釋矛盾和誤會，取得共鳴，最後合作促進世界範圍內的人權保障。關於人權普遍性問題，早在《世界人權宣言》通過之時就獲得了世界各國的肯定。不過隨著近幾十年的發展，各國起點不同並且發展速度也不同，以及長久的歷史文化、宗教信仰都不同，目前的人權發展自然不能盡然相同。想消除世界各國的差異性，實行整齊劃一的政治經濟標準來實現人權的保護不切實際。可是這樣不切實際的事情西方國家卻一直在堅持，並且西方國家對自己的政治經濟發展和人權狀況都感到滿意，看待別國的人權發展時卻時常發起偏見性的質疑。人權作為所有人類生存的基礎，到了西方國家手裏卻成為了政治傾軋的工具。它們公開批判別國存有踐踏人權或違反國際人權保護規定的現象，甚至宣稱要做人權審判官，要將別國人權問題拿來審判。”^[21]

大部分亞洲國家開始對人權問題進行回應始於20世紀80年代，這一時期美國在國際社會上的影響力逐漸減弱，而亞洲國家的政治經濟卻穩定發展，因此美國更急切的想對亞洲國家的政治經濟秩序進行干涉。所以西方國家將對意識形態鬥爭的注意力轉移到批判許多國家存在侵犯人權和缺乏民主自由的問題上來，並開始以“人權衛士”自居，號稱要讓人權和民主之花盛開在世界各地。亞洲地區由於歷史原因造成的長時間的貧困與落後反倒給了西方國家很好保衛人權的藉口。人權外交政策在亞洲國家中引起了強烈反應，大部分亞洲國家並不接受。1985年，鄧小平提出“什麼是人權”的問題，區別了中國和西方的人權觀，反對將西方某個國家的政治制度和人權模式作為普遍的人權標準強加於其他國家，主張根據中國的實際和特點來決定自己國家的政治制度與人權制度。^[22] 1991年中國國務院新聞辦公室發表了《中國的人權狀況》白皮書，成為中國政府向世界公佈的第一份以人權為主題的官方文件，認可人權是“一個偉大的名詞”，“享有充分的人權，是長期以來人類追求的理想。”

在中美人權外交對抗中，美國政府曾提出延長中國的最惠國待遇，企圖以此換取中國在人權問題上的讓步。這自然遭到中國政府的直接拒絕，讓美國的人權外交策略化為泡影。不過美國在權衡中美國際合作趨勢後，最終還是宣佈延長中國的最惠國待遇，並且將之與人權問題“脫鉤”。國際社會普遍認為，這代表著中國對抗美國人權外交的一大勝利，也是中國代表亞洲做出的有力回應。美國的人權外交行徑在亞洲其他國家也遭到了抵制。馬來西亞前總理馬哈蒂爾在與克林頓會談

[20] 參見徐勝、韓大元：《亞洲國家經濟發展與人權保障》，載《法學家》1993年第Z1期，第132頁。

[21] 鄧樹林：《人權鬥爭：智慧和力量的較量——訪聯合國前副秘書長金永健大使》，載《對外大傳播》2006年第10期，第1-2頁。

[22] 參見陳波：《認真學習鄧小平人權理論》，載《光明日報》2004年06月30日，C3版。

時，一度公開批評美國的人權外交政策，他說“美國若企圖用壓力使人就範不但在中國行不通，哪個國家也不會接受。”^[23]同時，亞洲國家積極開展了保護和促進人權的一系列區域行動。1982年在科倫坡舉行了亞洲地區促進和保護人權的國家、地方和區域安排研討會、1990年在馬尼拉舉辦了第一次亞洲和太平洋地區人權講習班、1993年在雅加達舉辦了第二次亞洲和太平洋地區人權問題講習班，所有這些研討會和講習班都高度聚焦研討亞太地區如何創建國家人權組織和區域人權機制間的準備工作。^[24]印度、印尼、斯里蘭卡和泰國等開始籌建國家人權機構，也受到聯合國人權委員會的特別關注與支持。此後馬來西亞、菲律賓等亞洲國家也紛紛成立了國家人權委員會，以此回應國際社會上保護人權的普遍呼籲，並回擊西方國家對亞洲地區的人權保障方面的指控。^[25]這些會議和國家機構建設為亞洲人權立場的形成和逐步清晰提供了準備，為《曼谷宣言》中的人權理念奠定了思想和行動基礎。

二、《曼谷宣言》的孕育：亞洲國家為發出亞洲人權聲音所做的努力

正是由於亞洲在戰後政治、經濟和國際關係方面的急劇變化以及由此產生的共同訴求，亞洲國家不再甘於在國際論壇上寂寥無聲，它在形成新的集團力量和地區意識時不可避免地開始注重以自己的方式和聲音說話，表達共同的利益。尤其是後冷戰時期西方的集體施壓更加劇了這種與歐美集團相抗衡的政治、文化意識傾向。^[26]此時西方國家將目光投向亞洲，企圖利用其在國際經濟政治秩序中的優勢地位在亞洲地區謀取紅利，人權外交成為最有力的武器之一。西方單方面向亞洲國家推行所謂“普世”的一套人權價值體系，用西方人權話語綁架亞洲國家，這種人權霸權行徑自然招致了亞洲國家的普遍反感和抗拒。

基於國際人權領域的發展差別和認知爭議，1989年12月15日，第44屆聯合國大會第44/156號決議提出舉行一次世界人權會議的建議，由大會秘書長徵求各國政府、專門機構和非政府組織的意見，並在第45屆聯合國大會上提出報告。^[27]這一建議得到普遍贊同，大部分國家、機構和組織認為，一個籌備良好、有高級別人士參與的世界會議將可以對國際促進和保護人權作出重要貢獻。^[28]

1990年12月18日，聯合國大會第45/155號決議決定召開世界人權會議並設立籌備委員會。會議召開的主要目的包含：審查和評價通過《世界人權宣言》以來在人權領域所取得的進展，查明這方面進一步發展的各種障礙以及可予以克服的方式，以及審查發展與經社文權利及公民和政治權利之間的關係等。^[29]此外，決議還專門提及：認識到所有人權和基本自由都是不可分割並相互關

[23] 張碧清：《美國人權外交在亞洲到處碰壁》，載《亞非縱橫》1994年第3期，第34頁。

[24] 參見班文戰：《建立亞太區域人權合作框架的前景分析》，載《人權》2008年第4期，第26頁。

[25] See Sompong Sucharitkul, Association of southeast Asian Nations, International Legal Materials, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p.1069.

[26] 參見越心：《亞洲意識在東亞的崛起》，載《國際觀察》1994年第6期，第11頁。

[27] See Official Document System of the United Nations, Resolutions adopted on the reports of the Third Committee of ,A/RES/44/156(1989), p.231.

[28] See Official Document System of the United Nations, World Conference on Human Rights Report of the Secretary-General, A/45/564(1990), p. 4.

[29] See Official Document System of the United Nations, Resolutions adopted on the reports of the Third Committee,A/

聯的，各國決不能因為促進和保護一類人權而免於或可以不促進和保護另一類人權。這為包括亞洲國家在內的世界不發達地區在國際人權領域的發聲提供了重要契機：既可以以整體文明的形式向世界表明亞洲國家的人權立場（而非以單個國家獨自面對整個西方人權話語霸權），也可以增進不同文明間人權觀念的交流。

世界人權會議籌備委員會自1991年至1993年共舉行了四屆會議。駐日內瓦大使範國祥作為中國代表團團長參加籌備會議（後來由金永健大使接任），並在前兩屆會議擔任亞洲人權協調員。如何確定此次世界人權大會的核心議題成為發展中國家和西方國家爭論的焦點之一。西方國家提出希望將人權與民主定為會議中心主題，聲稱民主是人權的根本，同時還提出人權的實施應由個人來進行，即否定民族自決權和發展權的人權屬性。這實際上是西方以居高臨下的態度將西方人權模式強行推廣至其他文明，而非持一種平等交流的姿態。而發展中國家則提出應當討論發展權議題，還主張應該重視民族自決權和尊重國家主權，並對世界範圍內的種族主義和外國勢力干涉人權問題予以強烈關注。亞洲國家中，日本不同意大多數發展中國家的主張，表示應該採納西方國家的建議。^[30]在長時間討論過程中，非洲區域和拉丁美洲區域的國家建議較少，印度和菲律賓的態度趨向中立，東歐國家表示以聽取他國建議為主。中國代表積極發表意見，維護發展中國家的利益。中國代表強調世界人權大會應重點關注廣大發展中國家所呼籲的民族自決權和發展權等內容，這些權利與發展中國家人民的人權促進息息相關。討論一度陷入僵局，籌備會議主席為了緩解僵局，建議各國為了世界人權大會的順利舉行做出退讓。中國方面為表示誠意，提出可以將人權、發展權和民主問題共同採納，但是要同時採納世界其他區域尤其是發展中國家和落後地區的意見。在亞洲國家的單獨討論中，有些亞洲國家對妥協讓步的姿態感到不滿，認為需要打掉西方的全部提案，中國更傾向於以退為進的策略。範國祥大使根據當時的局面，認為稍微的退讓對亞洲而言是最有利的，因為確保世界人權大會能夠順利召開才能為亞洲區域人權發展爭取更大的利益，這一解釋獲得亞洲國家的一致認可。^[31]亞洲國家顧全大局主動讓步，換來的卻是西方國家的咄咄逼人，使得討論一度陷入僵局。國際上的人權爭議在日內瓦籌備會議上得到了明顯的體現。籌備會議期間西方國家不僅在會上挑起爭議，還在世界人權大會相關新聞報導裏大肆宣揚西方個人人權價值觀念的普遍意義，且在新聞裏直接宣稱要建立由西方監督並運行的國際人權監督機制。發展中國家始終堅持民族自決權、發展權以及一些對人權不同的理解，反對西方國家將人權政治化的做法。最終，發展問題得以納入世界人權大會的核心議題，會議主題最終確定為“人權、民主和發展”。

發展中國家與西方國家在世界人權大會選址、區域籌備會議舉行、議程和議事規則方面都經過了激烈的討論。其中，明確舉辦區域籌備會議的舉措為《曼谷宣言》的誕生提供了前提和可能。舉行區域人權會議的倡議是由中國代表率先提出的。早在1990年12月第45屆聯大決定舉行世界人權大會時，中國代表在會議討論中就提出應該在世界人權大會舉辦之前先召開區域人權會議，審查本區域內重點的人權問題，並且將各區域的人權經驗總結彙報給世界人權大會，從而有利於世

RES/45/155(1990), p. 259.

[30] 參見範國祥：《國際人權鬥爭內情》，載《縱橫》2003年第2期，第18頁。

[31] 同上註，第19頁。

界人權大會順利進行。^[32]西方國家出於對自己人權話語影響力的擔憂，對舉辦區域人權會議持否定態度。但是廣大發展中國家集體支持中國的提議，世界各區域的國家也表示這是審查區域內人權問題的最佳機會，西方國家迫於壓力只能暫時接受這一決定。

然而在日內瓦籌備會議的後續討論中，西方國家閉口不談區域人權會議的問題，只圍繞人權與民主的話題發言，試圖忽略此前聯合國大會上通過的有關舉行區域人權會議的決議。依舊是中國代表率先在籌備會議上重提了各區域人權會議的問題，中國代表指出，這是聯合國大會已經通過的決議，並且對各區域人權進一步發展有重要意義，各區域需要進行集中討論。中國代表提出這一問題後，非洲、拉丁美洲區域的各國紛紛表示同意。經過籌備會議主席團討論後，舉行區域人權會議的意見得以正式提出。1991年9月13日在日內瓦舉行的世界人權會議籌備委員會第一屆第八次會議決議中指出：每一區域按照自己的意願在區域委員會體制範圍內或在其協助下召開區域會議，並將這些會議視為世界會議籌備工作的一部分。^[33]區域籌備會議為各國尤其是不發達地區國家發出自己的人權聲音提供了至關重要的平台。在1992年日內瓦舉行的籌備委員會第二屆會議上，明確了亞洲、非洲、拉丁美洲將分別舉行區域內的人權會議，唯獨西方國家沒有意願舉行區域人權會議。^[34]

亞洲區域會議的參會範圍也是爭議的焦點之一。澳大利亞代表提出參加亞洲區域會議的想法，其依據是澳洲與亞洲在地理上較為接近，並且一直與亞洲保持友好、密切的來往，認為自己屬於亞洲，可以為亞洲區域人權問題助力。^[35]這一提議得到了菲律賓、日本和韓國的支持。聯合國人權中心也提出曼谷是聯合國亞洲及太平洋經濟社會委員會（亞太經社會）的總部，如果會議要得到聯合國的經費支持，亞洲區域會議的參加範圍應定為亞太經社會的成員國。^[36]如果按照這項建議，亞洲區域會議的主體就會將西亞國家排除在外（西亞地區屬於西亞經濟社會委員會），同時卻還把不相干的其他區域國家和國際性組織納入了進來，完全背離了亞洲區域籌備會作為區域內的國家和非政府組織之間會議的初衷，所謂“亞洲”的概念就會被“稀釋”。這與當初確立的區域會議的理念不符，此外，還有可能會對亞洲人權共識達成構成阻力。聯合國人權中心的立場給區域會議的舉辦國泰國造成了壓力。泰國駐日內瓦大使向範國祥大使表示，想要舉辦區域級別的人權會議，離不開聯合國的支持，此外泰國政府還面臨即將大選的壓力，會議日期恐無法確定。因此泰國通過亞洲區域協調員（菲律賓代表）向聯合國表達了推遲舉辦亞洲區域會議的決定。^[37]中國據理力爭，指出澳大利亞同世界各區域都有穩定的外交關係，不單單是同亞洲，而且澳大利亞是重要的西方國家成員，參加亞洲區域會議毫無道理，參會範圍的盲目擴大將

[32] 同上註。

[33] See Official Document System of the United Nations, Report of the Preparatory Committee for The World Conference on Human Rights, A/46/24(SUPP) | A/46/24(1991), p.10.

[34] See Official Document System of the United Nations, Report of the Preparatory Committee for the World Conference on Human Rights, A/CONF.157/PC/19(1992), p.1-2.

[35] 參見範國祥：《國際人權鬥爭內情》，載《縱橫》2003年第2期，第20頁。

[36] 亞太經社會，是聯合國亞洲及太平洋經濟社會委員會的簡稱。於1947年在中國上海成立是聯合國經濟社會理事會下屬的五個區域委員會之一，包括幾乎所有亞太地區（包括中亞，但西亞除外）的國家和美國、英國、荷蘭、俄羅斯和土耳其。

[37] See Official Document System of the United Nations, Letter from the and Coordinator of the Asian Group on Geneva Addressed to the Secretary-general of the World Conference, A/CONF.157/PC/40/ADD.1(1992), p.1.

使得亞洲區域會議有名無實。中國的有力主張，為亞洲國家衝破僵局提供了依據，使得亞洲國家團結一致向聯合國聲明反對曲解亞洲國家區域會議的參加範圍，並指出澳大利亞最多只能以觀察員的身份參與，不可能作為參會國。面對複雜的國際形勢，一些亞洲國家提出希望由中國出面在北京舉辦會議，認為中國可以在亞洲區域起到協調帶領作用。但是中國當時正面臨著西方的人權攻擊，為避免西方國家借此又在亞洲區域人權會議上大做文章，中國並沒有接受提議。在中國的積極支持下，伊朗提出在德黑蘭舉行亞洲區域會議，阿拉伯國家、巴基斯坦、印度均表示支持。^[38]

正是由於亞洲國家堅決抵制了西方的施壓、表明了自己解決會議地點和會議經費的種種決心，使得形勢發生轉變。西方國家擔心在人權領域的做法過於激進造成亞洲國家的進一步抵制，便不再與亞洲各國對抗。澳大利亞面對此形勢也不再堅持，同意以普通觀察員的身份參加亞洲區域會議。隨後泰國大使在會議上表示，鑑於澳洲已改變立場，減少了阻力，泰國政府仍舊歡迎亞洲區域會議在曼谷舉行。不久後，聯合國人權中心也聲明，將按照亞洲組提供的參會國家名單發出邀請，亞洲以外的國家則作為觀察員參會。^[39]至此，經歷了諸多困難，亞洲區域會議的召開終於得以確立。也正是由於在籌備亞洲區域會議過程中聯合國人權中心的立場上存在偏頗，使亞洲各國意識到發展中國家在聯合國人權機構中並沒有多少話語權，由此促生了《曼谷宣言》中第30條的規定，即“呼籲發展中國家增加在聯合國人權中心的代表性”。可惜時至今日這一狀況仍未得到完全改善，2023年9月13日，中國外交部發佈的《關於全球治理變革和建設的中國方案》中繼續強調：“發展中國家在聯合國人權機構人員代表性不足的狀況應儘快得到改變。”^[40]

由於地理環境、歷史傳統、社會制度和宗教等因素的差異，亞洲曾是一盤散沙。^[41]並且很長一段時間，亞洲國家在國際政治層面是失語的。在《曼谷宣言》孕育的過程中，亞洲國家基於共同的發展需要，面臨的共同困境，在很多問題上達成了共識，開啟了團結一致、相互協調對話的先聲。中國作為東亞儒家文化的母國，同時也是最大的發展中國家，在這一過程中實際上起到了引領者和粘合劑的作用。沒有中國的帶頭發聲，在聯合國的場域中很難形成所謂的亞洲立場，亞洲國家也很難團結起來形成與西方相抗衡的力量。中國首先提出並促成了召開各區域會議的主張，為《曼谷宣言》的誕生提供了前提；中國和科威特無條件捐款幫助最不發達國家代表參加世界人權大會，也是亞洲國家僅有的兩個捐款的國家，這與西方發達國家以人權外交為目的附條件的援助形成了鮮明對比；^[42]在日內瓦籌備會議上，團結廣大發展中國家，頂住壓力屢次率先提出意見並打掉有礙亞洲區域人權會議的提案，加強了亞洲國家的凝聚力和信心，促成在曼谷舉行區域會議的決定；在區域會議參會國範圍問題上，帶頭抵制非亞洲國家的加入。中國在國際和亞洲人權領域所做出的一系列突出貢獻，贏得了亞洲國家的一致認可，中國堅持人權原則積極維護亞洲國家的必要利益，積極推動多方協作化解僵局，與亞洲國家排除萬難，團結一致，迎來了區域

[38] 參見範國祥：《國際人權鬥爭內情》，載《縱橫》2003年第2期，第20頁。

[39] 同上註。

[40] 《外交部發佈<關於全球治理變革和建設的中國方案>》，載新華網http://www.xinhuanet.com/world/2023-09/13/c_1129861309.htm，訪問日期：2023-12-28。

[41] 參見越心：《亞洲意識在東亞的崛起》，載《國際觀察》1994年第6期，第11頁。

[42] See Official Document System of the United Nations, Status of the Voluntary Fund : Status of the Voluntary Fund : Report of the Secretary-general, A.CONF. 157/PC/45(1992), p.2.

人權會議的順利舉辦，最終將亞洲人民共同的人權願望送到世界人權大會的舞台。〔43〕

根據世界人權會議籌備委員會的會議決議，亞非拉地區發展中國家分別舉行了區域性籌備會議。1992年11月，41個非洲國家在突尼斯舉行世界人權會議非洲區域會議，通過《突尼斯宣言》；1993年1月，33個拉美和加勒比國家在哥斯達黎加首都聖何塞舉行世界人權會議拉丁美洲及加勒比區域會議，通過《聖何塞宣言》。亞洲區域會議於1993年3月29日至4月2日在泰國曼谷舉行，亞洲49個國家通過了世界人權大會亞洲區域最後宣言，也稱《曼谷宣言》，並提交給世界人權大會以供審查，希望通過世界人權大會在國際社會上進一步明確亞洲的人權立場。

亞洲區域會議共舉行了七次會議。1993年3月29日，第一次會議上首先對選舉主席團成員進行了討論。基於泰國在會議承辦和舉行方面的貢獻，各國支持泰國方面作為區域會議的主席。副主席分別由巴林、布丹、中國、伊朗伊斯蘭共和國、日本、巴基斯坦的國家代表擔任。印度國家代表同時擔任副主席和報告員一職。繼範國祥大使在日內瓦籌備會議上做出卓越貢獻之後，亞洲區域會議由金永健大使作為接任代表出席並擔任副主席。在1993年4月2日舉行的第七次會議上審議了起草委員會的報告，其中載有最後的宣言草案。亞洲國家經過幾天的連續討論，對於亞洲的人權和發展等問題形成了共識，各國團結協作意見幾乎一致，《曼谷宣言》草案未經表決即獲得通過，僅有賽普勒斯和日本代表發言解釋了其代表團對宣言的一些立場問題。〔44〕最後《曼谷宣言》按規定提交給世界人權大會，以反映亞洲地區的人權主張。中國等8個亞洲國家作為起草委員會成員參與了《維也納宣言和行動綱領》的起草，《曼谷宣言》中的很多主張很多都被吸收在了這份文件之中。

三、《曼谷宣言》中的亞洲人權立場

通過亞洲區域會議和世界人權會議，《曼谷宣言》所宣導的人權價值得到了亞洲國家以及世界其他國家的尊重和支持。宣言的核心人權思想包括三個方面：首先是對國際層面的人權條約和原則的尊重，肯定人權普遍性，但是必須避免在實施人權時採用雙重標準，並避免其政治化；其次是亞洲國家確立的人權原則和人權立場，涉及人權的普遍性與特殊性、人權的不可分割性、人權與主權等問題；第三是亞洲社會當前面臨的主要人權問題——尤其是發展權和自決權的實現存在障礙。

宣言文本的“前言”和第一條奠定了整個文本的基調，就是尊重並認可世界人權會議和國際人權原則，承認人權的普遍性。亞洲國家非常重視世界人權會議的意義，也非常重視亞洲區域會議，認為這是一個全面審視當前國際人權的寶貴機會。大家並非只關注亞洲區域的人權發展，更並非試圖打造獨立於普遍人權準則的另外一套標準。早在1955年萬隆會議通過的《亞非會議最後公報》中，廣大亞非發展中國家就明確提出：“完全支持聯合國憲章中所提出的人權基本原則，並且注意到作為所有人民和所有國家努力實現的共同標準的世界人權宣言。”1968年由第三世界國家推動的《德黑蘭宣言》仍然堅持：“世界人權宣言宣示世界各地人民對於人類一家所有成員

〔43〕 參見郭濟山：《維也納世界人權大會召開》，載《世界知識》1993年第12期，第25頁。

〔44〕 See Official Document System of the United Nations, Report of the Drafting Committee : Preparatory Committee of the 4th Session World Conference on Human Rights, A/CONF.157/PC/97(1993), p.31.

不可割讓、不容侵犯之權利之共同認識，是以構成國際社會各成員之義務。”《曼谷宣言》重申了“堅決支持《聯合國憲章》和《世界人權宣言》所在各項原則”的立場。在區域會議的討論中亞洲國家也積極邀請各國代表、國際機構等溝通交流來確保宣言內容的公正和平衡。但是，二戰之後很長一段時間，國際人權理論和話語長期被西方宰製^[45]，尤其是冷戰之後，西方國家更是將人權問題政治化，奉行“新干涉主義”^[46]，把西式人權尤其是西式民主視為人權的唯一模式，而且濫用人權話語作為謀取國際政治和經濟優勢地位的工具。因此，針對發達國家單方面強行推進人權外交的行徑，《曼谷宣言》第3條指出，要在平等和互相尊重原則基礎上，使聯合國系統民主化，“在解決及實現人權的所有方面確保採用積極、均衡和非對抗性的辦法”。與此同時第4條也指出“不贊成任何人利用人權作為提供發展援助的條件”。

《曼谷宣言》宣佈了亞洲國家所需確立的人權原則和人權立場。一是重申人權的不可分割性，反對任何割裂人權的內容。明確提出公民的政治、經濟、社會和文化權利相互依存、不可分割，要同等重視所有類別的人權。亞洲國家從未宣稱要創造一套截然不同的人權標準，只是反對西方國家有區別的對待公民政治權利和經社文權利兩類人權。無論是《世界人權宣言》還是之後通過的《經濟、社會、文化權利國際公約》和《公民權利和政治權利國際公約》，均一致認可兩類人權的同等重要性。而西方國家始終只強調公民政治權利，恰恰是對國際範圍內確立的普遍人權原則的歪曲和割裂。二是強調對人權的不同理解，要以不同國家的歷史和國情為基礎。時任泰國總理川·立派在亞洲區域會議開幕致辭中強調，會議應消除“經濟發達區域的人權優於經濟欠發達區域的人權”這種錯誤看法。由於社會經濟、歷史、文化上的背景和條件不同，實施基本人權的方法也就自然各不相同。如果能較清楚地瞭解和認識這種不同，就能更有效地促進人權的普遍實施。^[47]《曼谷宣言》中也明確指出：“儘管人權具有普遍性，但是我們應知道，各區域的情況有自己的特點，應考慮到不同的歷史發展、文化教育和宗教背景。”但由此有一種聲音認為亞洲試圖創造特殊人權標準。有西方學者就此在文章中評論道：“1993年3月在曼谷舉行的作為維也納世界人權會議初步會議的亞洲區域會議上，亞洲各國政府提出了《曼谷宣言》，作為對人權普遍標準化在亞洲的適用性的挑戰。並且聲稱中國在制定這一挑戰方面發揮了主導作用。《曼谷宣言》採取文化相對主義立場，主張獨特的亞洲歷史、文化和經濟因素在決定人權標準方面的重要性。”^[48]這樣的觀點片面解讀了《曼谷宣言》的思想，同時意味著所謂的“普世性標準”在西方世界很有市場。實際上，人權的普遍性並不能理解為某種整齊劃一的標準，尤其是不能理解為西方文明的唯一標準。因此，時任中國外交部部長的劉華秋1993年6月15日在世界人權大會上的講話中指出：“不能也不應將某些國家的人權標準和模式絕對化，要世界上所有國家遵照實行。”^[49]三是厘清人權與主權的關係，即“強調尊重國家主權和領土完整，不干涉他國內政，以及不利

[45] 參見化國宇：《人權普遍性的仁學基礎：從〈世界人權宣言〉第一條出發》，載《西南政法大學學報》2019年第2期，第62頁。

[46] 參見羅豔華：《美國與冷戰後的“新干涉主義”》，載《國際政治研究》2002年第3期，第71-77頁。

[47] See Official Document System of the United Nations, Opening Statement By His Excellency, Chuan Leekpai, Prime Minister Of Thailand, A/CONF.157/ASRM/5 (1993), p.3.

[48] Michael C. Davis, Sharon Hom& Anthony D'Amato, Chinese Perspectives on the Bangkok Declaration and the Development of Human Rights in Asia, proceedings of the Annual Meeting American Society of International Law, Cambridge University Press, 1995, pp.4-9.

[49] 劉華秋：《中國代表團團長劉華秋副部長在世界人權大會上的講話》，載《外交學學報》1993年第3期，第2頁。

用人權作為施加政治壓力的手段等原則”，“重申國家不論大小，都有權決定它們的政治制度，控制和自由利用其資源，並自由謀求其經濟、社會和文化發展”，對人權而言“國家負有主要責任”等。《曼谷宣言》針對上述問題重申了亞洲國家的集體觀點，拒絕干涉各國內政，要求尊重各國人權特點。劉華秋在世界人權大會上有力的闡述了這一問題：無端攻擊別國，將本國和某一地區的人權標準強加於別國和其他地區的做法，就是侵犯別國主權、干涉別國內政的行為，就有可能導致別國的政治不穩和社會動盪。國家主權是實現公民人權的基礎。如果一個國家的主權得不到保障，其公民人權就無從談起。“皮之不存，毛將焉附？”^[50]

《曼谷宣言》還重申了民族自決權和發展權等集體人權。不僅是《曼谷宣言》，同一時期的各區域宣言如《突尼斯宣言》和《聖約瑟宣言》都在闡述這一思想。宣言重申自決權對於擺脫殖民和佔領的國家是重要的國際人權原則，任何國家都不能打著自決權的旗號製造民族矛盾和分裂國家主權。此前萬隆會議就提出了有關民族自決權的人權原則，這一原則在亞洲區域會議上得到進一步確立。發展權在《曼谷宣言》中得到了突出的回顧和重申。雖然《發展權利宣言》已經正式通過，但由於國際經濟秩序的不合理傾向，很多發展中國家的發展目標遠沒有達到。《曼谷宣言》對發展權的重申再一次成功地喚起了全世界對落後地區依賴發展問題的覺醒，讓大家都認識到這裏的人民，也就是人類的大多數，還為之深受其苦。^[51]對廣大亞洲國家而言，建立一個新的國際經濟秩序仍是促進真正的經濟獨立和發展進程的一步。《曼谷宣言》也對當前的國際經濟舊秩序提出了批評：“國際宏觀經濟層次是實施國家發展權利的主要障礙，導致南北之間、貧富之間差距的日益加大。”在亞洲區域會議舉辦之前，西方國家一直未曾對發展權表示出誠懇的認同，還試圖將人權與經濟援助、發展貿易掛鉤。中國明確表示拒絕將發展權與經貿合作關聯。孟加拉政府代表在維也納世界人權大會上繼續聲明在亞洲區域會議上達成的亞洲國家共識：“目前不公正的國際貿易秩序、不民主的國際金融體系、不公平的國際金融機構已經否定了國際經濟權。”因此《曼谷宣言》表達出要打破世界經濟秩序中這種不合理的經濟現象，改善亞洲以及國際人民貧困落後的人權受損現狀，促進發展中國家的共同繁榮。^[52]一位美國學者也曾表示支持廣大發展中國家的發展權利，他指出：“如果發展意味著財富聚集在少數人手裏，這不叫發展；如果發展過程被少數有權力的人所控制，大多數人根本沒有參與機會，也不叫發展。”^[53]

四、重新審視《曼谷宣言》的歷史意義

《曼谷宣言》對《維也納宣言和行動綱領》的通過產生了積極作用^[54]，但其影響遠不止於此。這一國際人權文本迄今為止已經通過30年，從今日人權理論和實踐發展狀況出發，其歷史地位值得再度審視。

[50] 劉華秋：《中國代表團團長劉華秋副部長在世界人權大會上的講話》，載《外交學學報》1993年第3期，第2頁。

[51] See Official Document System of the United Nations, Status of Preparation of Publications, Studies and Documents for the World Conference : World Conference on Human Rights : Note, A/COMF. 157/PC/63/Add. 2(1993), p.2.

[52] 參見吳報定：《發展中國家是人權的真正維護者》，載《政法論壇》1994年第5期，第80頁。

[53] Peet, Richard & Hartwick, Elaine. Theories of Development: Contentions, Arguments, Alternatives , Guildford Publications, New York, 2009, p324.

[54] 參見《〈曼谷宣言〉是一個什麼樣的人權文件》，載《人民日報》2005年4月8日，理論版。

首先，在國際人權領域衝破西方人權話語霸權的封鎖，第一次發出了亞洲國家整體的人權聲音。儘管自《世界人權宣言》開始，以張彭春為代表的亞洲聲音就曾對國際人權觀念貢獻了諸多有益成分，^[55] 同時國際社會相繼通過的《德黑蘭宣言》和《發展權利宣言》等一系列人權文件。這些人權文件雖然在一定程度上體現了包括亞洲國家在內的第三世界國家的基本人權理念，但是作為聯合國框架下的國際人權文件，其內容往往會因不同文明之間的妥協而變得模棱兩可，甚至其解釋會由人權話語優勢地位的國家所主導。《曼谷宣言》中多處使用了“重申”字樣，如“重申尊重國家主權、領土完整和不干涉他國內政等原則”“重申經濟、社會、文化、公民和政治權利互相依存和不可分割，並必須對所有類別的人權給予同等重視”“重申《發展權利宣言》中確立的發展權利是一項普遍、不可剝奪的權利”等。這意味著上述人權原則在很多國際人權文件中早已確立，然而卻被附條件解讀或選擇性忽略，始終無法突破西方人權話語霸權的桎梏。一個典型的例子，《公民權利及政治權利國際公約》自其孕育之時，就配備了締約國報告、國家間來文和個人來文的全套機制，而《經濟、社會及文化權利國際公約》直到2008年才配齊這些工具。^[56]因此，與最終協調共同立場所達成的《維也納宣言和行動綱領》相比，《曼谷宣言》完整而集中的表達了亞洲亦即世界絕大多數人口地區的人權觀點和立場，更加鮮明地指出了其遭受的不公正待遇及某些國家在人權方面的錯誤做法，首次向世界發出了統一一致的亞洲人權聲音，在亞洲人權觀的宣示方面有著其獨立的重要價值。

其次，系統總結了亞洲人權價值體系，並推動了包括亞洲國家在內的國際社會對人權相關議題的討論。《曼谷宣言》對亞洲人權的價值體系進行了全景式的闡發，包括：反對人權實施過程中採用雙重標準，避免將人權政治化；各類人權相互依存、不可分割；捍衛民族自決權和發展權；駁斥主權高於人權，堅持不干涉內政以及不利用人權作為施加政治壓力的手段等原則；不贊成人權作為提供發展援助的條件；不應通過對抗將不相容的價值觀強加於人；等等。從總體上來看，《曼谷宣言》集中體現了亞洲各國對人權問題的理解，反映了亞洲國家尊重人權和基本自由的態度。在四次世界人權會議籌備會議和亞洲區域會議舉辦過程中，圍繞相關議題的討論自不必言，這些辯論為世界人權會議帶來了多種渠道意見的充分反映，讓世界人權會議的成果更具普遍性。在這一時期，中國學者對人權理論的研究十分活躍，形成了多學科的專業研究力量。以中國人權研究會為代表的全國性學術團體成立，一些高等院校和研究機構如中國人民大學、山東大學、上海社科院等設立了人權研究中心、人權教研室或研究室。中國召開了一系列規模較大的人權理論研討會，各種人權討論會、座談會、報告會也頻繁舉行。^[57] 1991年11月1日，國務院新聞辦公室發表《中國的人權狀況》白皮書，向世界全面系統地介紹了中國關於人權問題的基本立場、觀點。這些都為中國參與世界人權大會和《曼谷宣言》制定做了充分的理論準備。與此同

[55] 參見化國宇：《從人權論爭到人權共識：張彭春對<世界人權宣言>普遍性的貢獻》，載《中國法學》（英文版），2016年第4期，第31-49頁。

[56] 參見孫世彥：《維也納世界人權會議——一座里程碑的歷史》，載《人權法學》2023年第4期，第60頁。

[57] 參見史學鮑：《馬克思主義人權理論研討會紀要》，載《北京師範學院學報(社會科學版)》1990年第3期；李林：《把人權理論研究引向深入——中國社會科學院法學研究所人權理論研討會綜述》，載《中國法學》1991年第5期；林皓：《解放思想，深化人權理論的研究——1992年全國法學基礎理論研討會綜述》，載《政治與法律》1992年第4期；朱峰：《“人權問題：中國與世界”理論研討會綜述》，載《中國法學》1992年第5期；李凱林：《全國人權理論研討會關於生存權與發展權的討論側記》，載《南京社會科學》1993年第1期。

時，20世紀90年代，圍繞“亞洲價值觀”的辯論曾盛極一時，《曼谷宣言》所宣告的亞洲人權價值也成為其中的核心議題之一，推動了全球對亞洲人權觀的注意。90年代西方人權史學研究開始圍繞現代人權的起源、國際人權標準的形成、大國政治與人權外交、跨國人權組織的發展等議題，也受此影響。^[58] 1993年美國學者亨廷頓在《外交》雜誌上發表了《文明的衝突》一文，1998年日本學者大沼保昭提出“文明相容的人權觀”，都從側面反映了《曼谷宣言》中所確認的亞洲人權價值對西方人權觀所產生的巨大衝擊。^[59]

再次，第一次協調了亞洲國家的人權立場，為亞洲國家後續進一步凝聚人權共識奠定了基礎。經過亞洲區域會議和世界人權會議，亞洲國家在與其他文明尤其是西方文明的辯論和爭駁中對於人權的看法更加清晰並且趨於一致，《曼谷宣言》達成的亞洲共識加速了亞洲一系列區域性和次區域性的人權文件的發佈：1993年6月，202個人權組織發表了《亞洲人權：為了人的尊嚴而鬥爭》的報告；1993年9月東南亞國家聯盟議會組織通過了《吉隆玻人權宣言》；1994年西亞和北非的阿拉伯各國通過了《阿拉伯人權憲章》；1998年5月，亞洲人權委員會等200多個亞洲非政府組織在韓國光州召開亞洲非政府組織大會，會上通過了《亞洲人權憲章》；2001年，亞洲議會和平協會通過了關於成立《亞洲國家人權憲章》起草委員會的決議，2005年該憲章得以通過。《曼谷宣言》中所確定的亞洲人權共識在這些文件中不斷得到重申和強化，甚至2012年11月18日東盟十國領導人共同簽署的《東盟人權宣言》，可以說是仍然全面繼承1993年《曼谷宣言》的精神。^[60]

此外，《維也納宣言及行動綱領》之所以得到包括中國在內的亞洲第三世界國家的擁護和支持，很大程度上得益於其對《曼谷宣言》中諸多人權理念的採納。正如孫世彥教授指出的，“這（《行動綱領》）是一份漫長而複雜的文件，儘管它產生於妥協且只能產生於妥協，但它代表著不同人權立場和認識的相互適應，由此確保了《行動綱領》的持久生命力。”^[61]

[58] 參見劉祥：《西方史學界的人權史研究述評》，載《世界歷史》2018年第1期，第139頁。

[59] 參見杜小安：《亞洲價值觀與東西文化衝突》，載武漢大學哲學院官網，<http://philosophy.whu.edu.cn/info/1039/2055.htm>，訪問日期：2024年1月3日。

[60] 參見黃金榮：《人權“亞洲價值觀”的復活？——評〈東盟人權宣言〉》，載《比較法研究》2015年第2期。

[61] 孫世彥：《維也納世界人權會議——一座里程碑的歷史》，載《人權法學》2023年第4期。

Abstract: The Asian Regional Preparatory Meeting for the Vienna World Conference on Human Rights was the first regional human rights conference held by Asian countries in the new international situation after the end of the Cold War, which opened up a new era of regional human rights cooperation in Asia. The Bangkok Declaration adopted at the conference, while reaffirming respect and continuation of a series of human rights conventions such as the Universal Declaration of Human Rights, focuses on expressing the human rights position of Asian countries, reviews important rights closely related to the human rights development of Asian countries such as the right to self-determination and development, and enhances the human rights discourse status of the Asian region in the international community. The Bangkok Declaration is a strong response from the Asian region to Western human rights diplomacy, and it is also beneficial for Asian countries to better coordinate and solve relevant human rights issues in Asian political and economic development. Its historical significance should be reiterated and examined.

Key words: Bangkok Declaration; Asian Human Rights; The Right to Development; The Right of National Self-determination

(責任編輯：張竹成)

論民族語言受教育權的憲法保障

林胤翔*

摘要 我國少數民族語言相對通用語言在事實上居於弱勢，存在形勢瀕危、立法缺位、保護不到位等問題。同時，備審案例引發了以雙語競爭對立為內在邏輯的通用語言優先論。民族語言受教育權為國際人權法所承認，系我國憲法上的隱含權利、未列舉權利，國家應尊重其自由權內涵，促進其社會權面向的實現。雙語模式下民語重視程度與漢語水準間非負相關關係，現有立法及部分爭議法規已調和法益衝突，實踐調和原則相對利益衡量原則優先適用，優先論不符合實踐調和原則。制憲者已得出雙語地位平等與功能區分的衡量結果，不應適用利益衡量原則。基於以上，建議將《國家通用語言文字法》修改為《國家語言文字法》，對民族語言專章規定，採用“菜單機制”立法技術，以雙語平衡論平衡雙語。地方應科學落實雙語教育要求，中央應基於輔助性原則、立法變通權與執行變通權，尊重民族自治地方相關立法，以地方立法推進民族團結進步。

關鍵詞 少數民族語言 國家通用語言文字 語言權利 受教育權 地方自治

在2021年8月召開的中央民族工作會議上，習近平總書記強調：“要推廣普及國家通用語言文字，科學保護各民族語言文字，尊重和保障少數民族語言文字學習和使用。”^[1]推廣通用語言文字有其重要性，但民族語言權利保障亦不應暫停。長期以來，國家通用語言文字工作由教育部附設的國家語言文字工作委員會主管，而民族語言文字工作由國家民族事務委員會主管。與此相對，學術界也長期存在加強通用語言推廣與加強民族語言權利保障兩類觀點。事實上，實踐調和原則足以調和現行各法法益間的緊張關係，從小實行“民漢並進”的科學雙語教育亦能夠彌合民族語言與通用語言間的潛在對立。在民族語言面臨困境與難題的當下，在民族地區、民族學校施行雙語教育，應當改變雙語競爭對立觀念，樹立雙語實踐調和、共同發展理念，以調和取代對立，以共贏取代競爭，依法保障民語教育自主開展，並以此促進民族團結。

* 林胤翔，中國政法大學法學院憲法學與行政法學博士研究生。

本文系國家社科基金重大項目“行政法總則制定的理論與實踐問題研究”（21&ZD191）的階段性研究成果。

[1] 《以鑄牢中華民族共同體意識為主線推動新時代黨的民族工作高品質發展》，載《人民日報》2021年8月29日，第1版。

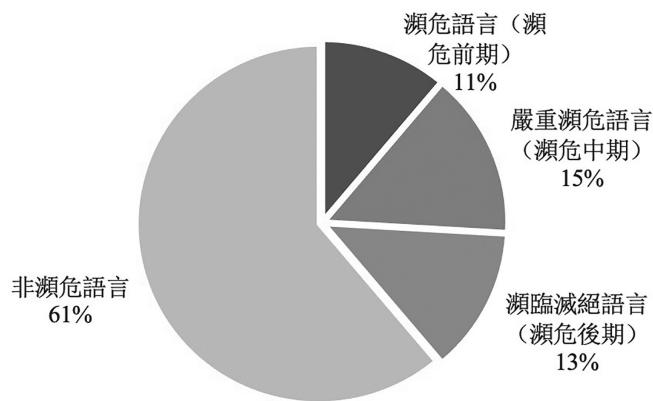
一、民族語言教育面臨的困境與難題

(一) 通用語言與民族語言的非均衡發展

在規範層面，“五四憲法”專門對民族語言權利進行了保護性規定，“八二憲法”於第4條第4款^[2]與第19條第5款^[3]分別對各民族使用和發展民族語言文字的自由與推廣普通話的國家任務進行了規定。“五四憲法”與“八二憲法”均在憲法層面對民族語言權利予以了肯定。對於民族語言權利的子權利民族語言受教育權，儘管我國《憲法》未對其予以直接規定，但其作為未列舉權利、隱含權利，可經國際人權法的確認，由我國《憲法》的人權條款、民族語言權利系列條款、受教育權條款、言論自由條款、民族區域自治相關條款等所共同證成。並且，在《憲法》第19條第5款，制憲者們回避使用“國語”“官方語言”的概念，而採用“通用”語言的表述，在憲法規範層面有效緩和、協調了普通話與民族語言間的潛在緊張關係。

在執行層面，自中華人民共和國成立以來，相對少數民族語言文字保護，以簡化漢字與推廣普通話為主要任務的文字改革長期是我國語言文字工作的主線。在1958年至1976年期間，由於受“民族文字無用論”“直接過渡使用漢語文”等觀念的影響，民族語言文字在我國部分地區的使用、教學與發展甚至受到了過度限制乃至禁止，諸如吉林延邊、內蒙古等地的民族語言教學都被取消。^[4]改革開放以來，民族語言文字保護工作重新步入正軌，但基於前述歷史原因，一代人錯過了學習本民族語言的最佳的孩童時期，又因現代社會資訊化、網絡化加深，而少數民族語言文字在手機、電腦等現代技術中的運用匱乏，滿族、赫哲族等二十一個少數民族的民族語言仍然進入了瀕危狀態，保護形勢嚴峻。^[5]此外，當前對於民族語言，專門法律保障缺失、地方立法數量不足；通用語言與少數民族語言間的資源配置明顯失衡，學校民語教育、公務員民語培訓、民語訴訟翻譯等法定的少數民族語言保障措施落實不到位等等仍然是無法回避的現實問題。^[6]

圖1 我國少數民族語言生存狀態^[7]



[2] 《憲法》第4條第4款規定：“各民族都有使用和發展自己的語言文字的自由，都有保持或者改革自己的風俗習慣的自由。”

[3] 《憲法》第19條第5款規定：“國家推廣全國通用的普通話。”

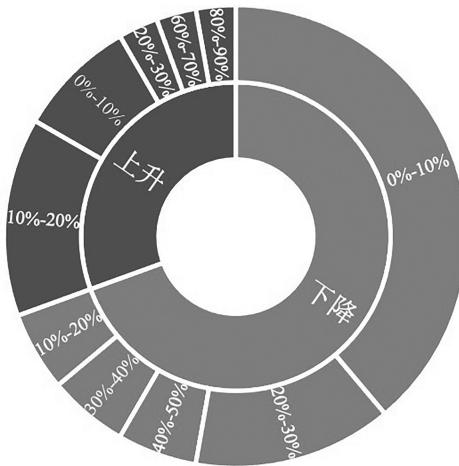
[4] 參見戴慶廈等：《中國少數民族雙語教育概論》，遼寧民族出版社1997年版，第56頁。

[5] 朝克：《中國瀕危民族語言文化研究》，中國社會科學出版社2020年版，第236-237頁。

[6] 參見楊解君、蔣都都：《中國國家非通用語言文字立法研究》，中國社會科學出版社2021年版，第67-68頁。

[7] 數據來源為朝克：《中國瀕危民族語言文化研究》，中國社會科學出版社2020年版，第236-237頁。

圖2 20世紀80年代至21世紀10年代各少數民族掌握民族語言
人數佔本民族人口總數比例變化情況^[8]



(二) 民族學校教學語言備審案例與通用語言優先論的提出

在前述背景下，全國人大法工委2020年至2022年連續三年的備案審查工作情況報告均論及民族語言文字教育教學的備審案例，對“民加漢”的雙語教學模式予以否定，^[9]促進了以雙語競爭對立為內在邏輯的國家通用語言主導且優先論的提出，進一步引發了學界對此問題的關注、擔憂與探討。

在2020年的備案審查工作報告中，全國人大法工委提出部分地方性法規關於民族學校教學語言的規定與《憲法》第19條第5款、《國家通用語言文字法》《教育法》等有關法律的規定不一致。在2021年的備案審查工作報告中，全國人大法工委認為包括民族地區在內的全國各地區應當全面推行國家通用語言文字教育教學，部分民族自治地方的民族教育條例等法規關於學校教學語言的規定與憲法和有關法律不一致。2022年備案審查工作報告對前述案例予以了回顧。

根據備案審查工作報告所引用的法條語句與相關研究，2020年備案審查工作報告所述案例的系爭地方性法規與單行條例（以下簡稱“系爭法規”）包含《延邊朝鮮族自治州朝鮮族教育條例》^[10]《內蒙古自治區民族教育條例》等。^[11]對於2021年備案審查工作報告所述案例，其系爭法規包含《呼和

[8] 數據來源為國家語言文字工作委員會組編：《中國語言生活狀況報告（2020）》，商務印書館2020年版，第131-138頁。

[9] “民加漢”指以本民族語言文字授課為主，加授漢語文的教學模式；“漢加民”指以國家通用語言文字授課為主，加授民族語言的教學模式。參見王鑒：《堅持依法推進我國少數民族雙語教育的政策和模式》，載《民族教育研究》2019年第1期，第10頁。

[10] 《延邊朝鮮族自治州朝鮮族教育條例》第25條規定：“朝鮮族中小學用規範的朝鮮語言文字授課，經自治州教育行政主管部門批准，具備條件的部分課程可以用漢語言文字授課，職業技術學校和中等專業學校可以用朝鮮語言授課，也可以用漢語言文字授課。在基礎教育階段，要加強朝鮮語文教學和漢語教學及外國語教學，使學生兼通朝、漢語，為學習使用多種語言文字奠定基礎。”

[11] 《內蒙古自治區民族教育條例》（2022年1月1日廢止）第19條規定：“自治區各級各類民族學校應當使用本民族語言文字或者本民族通用的語言文字進行教學，重點發展民族學校的雙語教學工作。”黃豔亦贊同本推斷。參見黃豔：《新時代視域下我國民族教育立法檢視與完善》，中南民族大學2021年博士學位論文。

浩特市民族教育條例》^[12]《包頭市民族教育條例》^[13]等。

表1 系爭法規梳理

規範名稱	調整對象	教學語言模式	是否強調推廣國家通用語言文字
《延邊朝鮮族自治州朝鮮族教育條例》	朝鮮族學校	“民加漢”	加強漢語教學
《內蒙古自治區民族教育條例》	民族學校與普通學校的民族班	雙語教育	以使用本民族語言文字和國家通用語言文字教學為重點
《呼和浩特市民族教育條例》	民族學校與普通學校的民族班	“民加漢”或“漢加民”	民族學校應當推廣使用全國通用的普通話
《包頭市民族教育條例》	民族學校	“民加漢”	民族學校應當依法推廣使用全國通用的普通話和規範漢字

對於民族語言文字教育教學的相關規定，《憲法》第4條第4款應系其直接依據，但在前述備案審查工作報告中，全國人大法工委明顯以《憲法》第19條第5款作為審查依據，且對《憲法》第4條第4款隻字未提。可見，在前述備案案例中，全國人大法工委把是否將國家通用語言文字作為學校教學最主要的用語用字作為審查標準，尤其對“民加漢”的雙語教育模式予以了明確否定。

並且，在前述備案審查案例中，儘管全國人大法工委僅指出這些法規的部分條款存在合憲性與合法性問題，但其產生的後果是前述系爭法規多被制定機關整體性廢止，甚至諸如《內蒙古自治區蒙古語言文字工作條例》^[14]《呼和浩特市社會市面蒙漢兩種文字並用管理辦法》^[15]等民族語言法規也被一併廢止。在一些新聞報導中，前述備案審查案例所傳達的信號已然演變為對民族學校使用民族語言教學的否定性評價，^[16]多地也應聲更改了民族學校的校名，校名由民族學校轉變為了普通中小學校。^[17]備審案例所引發的前述“寒蟬效應”，進一步放大了其對民族語言文字教育教學的消極影響。

[12] 《呼和浩特市民族教育條例》（2021年11月26日廢止）第16條規定：“民族學校應當推廣使用全國通用的普通話。用蒙古語言文字授課的學校（班）要推廣蒙古語標準音。用少數民族語言文字授課的學校，應當從小學階段加授漢語文，中學階段開設外語，具備條件的，也可以從小學階段開設外語；用漢語文授課的民族學校，小學階段應當加授少數民族語言文，並開設外語，具備條件的，中學階段可以加授少數民族語言文。”

[13] 《包頭市民族教育條例》（2021年11月16日廢止）第18條規定：“用蒙古語言文字授課的學校在保證蒙古語言文字教學品質的同時應當加強漢語文、外語教學。民族學校應當依法推廣使用全國通用的普通話和規範漢字。用蒙古語言文字授課的學校要推廣使用蒙古語標準音。”

[14] 《內蒙古自治區蒙古語言文字工作條例》已於2022年1月1日失效。

[15] 《呼和浩特市社會市面蒙漢兩種文字並用管理辦法》已於2021年11月26日失效。

[16] 林平：《地方立法規定民族學校用民族語言教學，全國人大：不合憲》，載澎湃新聞網2021年1月20日，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10867982。

[17] 《鄂托克前旗教育體育局關於蒙古族中學項目名稱變更事宜的函》，載鄂托克前旗人民政府網站2021年6月2日，http://www.etkqq.gov.cn/eqqxxgkx/zfbm_140833/qzfbjbsjj/jyj/202109/P020210930358672796308.pdf；《商丘市教育體育局關於規範全市公辦中小學校、幼兒園校名結果的公示》，載商丘市人民政府網站2022年11月10日，https://shangqiu.gov.cn/xw/gsgg/content_150025；《五原縣人民政府關於同意更改蒙古族學校名稱的批復》，載五原縣人民政府網站2023年8月10日，<http://web.wuyuan.gov.cn/accb/zfwj/43588.html>；《最新！邯鄲這7所學校更名！》，載邯鄲廣電網2023年11月18日，<http://www.hdbs.cn/p/180208.html>。

在此背景下，相對於內地學界曾經長期主張的民族語言文字平等論，^[18]王理萬副教授等學者闡述並發展了國家通用語言文字主導且優先論，該論現已成為內地學界在實踐立場支持下的主要觀點。^[19]具體而言，其認為憲法推廣普通話條款對立法者構成具有強制性、法拘束性的憲法委託；基於“全國通用”的表述，國家通用語言文字在價值上相對民族語言文字處於主導和優先地位，民族語言文字居於輔助、從屬地位，適用範圍受到限制；鑑於多個少數民族轉用漢語，作為國家通用語言文字的漢語已不等於漢族的語言文字；基於推廣普通話條款位於《憲法》第19條“文化和教育政策”的末款，通用語言文字需在包括民族地方在內的學校教育中優先、高標準落實。

應當承認，部分地方性法規與單行條例，如《延邊朝鮮族自治州朝鮮族教育條例》，提出保障民族教育的優先發展，對推廣普通話的國家任務疏於強調，僅論及加強漢語教學，確實存在合憲性的問題，應進行調整完善。不過，大部分系爭法規雖允許採用“民加漢”雙語教學模式，但均已經在條文中強調推廣國家通用語言文字，從立法語言上無法得出其妨礙國家推廣普通話任務的實現。如仍認為其存在合憲性問題，則只能是基於以雙語競爭對立為基礎的通用語言主導且優先論，基於《憲法》第19條第5款價值優位於《憲法》第4條第4款的判斷。而事實上，現行《憲法》條文本身並未對第4條第4款與第19條第5款間，即民族語言文字與國家通用語言文字間作出明示的價值優位判斷。對於通用語言主導且優先論，我們有必要保持審慎的態度並進行進一步的探討。

二、民族語言受教育權的證成及闡釋

（一）隱含權利：民族語言權利、受教育權條款作為規範依據

民族語言權利在我國憲法上具有明確的依據。我國《憲法》第4條第4款中明確規定“各民族都有使用和發展自己的語言文字的自由”。儘管其未被規定於基本權利一章，但這並不意味著民族語言權利不構成我國的憲法權利。在德國法上，通常認為基本權利條款不限於在《基本法》第一章基本權利之中，抵抗權、選舉權便被分別規定于第二章與第三章，並被視為“類似於基本權利的權利”。^[20]在中國法上，財產權作為重要的基本權利，同樣未被規定於《憲法》基本權利一章中，而被規定于第一章總綱之中。事實上，“八二憲法”的制憲者們承認總綱系基本權利的基礎和保障，基本權利是總綱的延伸和結果。在總綱和基本權利的交互模式下，“總綱條款事實上成為儲備性的基本權利供給源”。^[21]我國《憲法》第4條第4款明確採用“自由”的表述，系總綱中的主觀公權利類條款，該款保障的民族語言文字權利應當視為我國的憲法權利。《憲法》第4條第4款雖

[18] 以下學者曾持民族語言文字平等論觀點。參見劉文、裴瑛：《語言文字立法與民族問題》，載《雲南社會科學》2001年第5期；範俊軍：《少數民族語言危機與語言人權問題》，載《貴州民族研究》2006年第2期；何波：《論我國法律架構中的民族雙語教育》，載《民族教育研究》2009年第2期；易花萍：《我國語言文字法的當代內涵與文化樣征》，載《社會科學家》2012年第4期；張慰：《憲法中語言問題的規範內涵——兼論中國憲法第19條第5款的解釋方案》，載《法學論壇》2013年第6期；張惠玲：《我國少數民族語言文字立法保護研究》，載《貴州民族研究》2014年第10期；李德嘉：《民族語言教育權的提出與保護》，載《貴州民族研究》2019年第5期。

[19] 參見王理萬：《國家通用語言文字制度的憲法邏輯——以鑄牢中華民族共同體意識為視角》，載《中南民族大學學報（人文社會科學版）》2022年第3期，第49-57頁。鄒陽陽也持此類觀點，參見鄒陽陽：《〈國家通用語言文字法〉與鑄牢中華民族共同體意識研究》，載《西北民族大學學報（哲學社會科學版）》2021年第6期，第45-52頁。

[20] 參見劉飛：《德國公法權利救濟制度》，北京大學出版社2009年版，第5頁。

[21] 王理萬：《制度性權利：論憲法總綱與基本權利的交互模式》，載《浙江社會科學》2019年第1期，第38頁。

以“各民族”作為主語，不過，語言權利同時具備集體權利與個體權利的屬性，且其使用完全依賴於個體，如語言的表達、學習、研究等都需由個體進行。因此，《憲法》第4條第4款當然地賦予了民族群體的個體以民族語言權利。

我國《憲法》第4條第4款雖未直接規定民族語言受教育權，但明確規定了民族語言的使用權和發展權，而民族語言受教育權正是民族語言發展權的應有內涵。語言的發展，不論是其自身的發展，如詞彙、語法等的發展，還是語言外部的發展，如使用人口的增加、功能空間的擴大等，皆以充分的該語言教育為基礎。如民族語言受教育權不受保障，則民族語言的發展權無疑將淪為空談。

在實定法上，《民族區域自治法》將《憲法》上的民族條款等具體化、體系化，通過立法進一步發展了憲法。《民族區域自治法》第37條保障了民族語言文字在教育領域的具體應用，第37條第3款賦予了民族學校採用“民加漢”模式或“漢加民”模式或“民漢並進”模式進行雙語教育的選擇權，一定程度確立了作為民族語言受教育權在自由權面向上的重要內涵的建立與管理民族學校的自由。《民族區域自治法》第37條第1款、第2款、第4款規定了民族自治地方的自治機關促進民族語言教育的積極義務，通過實定法上的國家作為義務印證了民族語言受教育權系民族語言權利的隱含權利。^[22]

此外，民族語言受教育權同樣是受教育權條款的隱含權利。根據《世界人權宣言》第26條第3款、《取締教育歧視公約》第5條第1款，父母選擇民語教育的自由、建立與管理民族學校的自由已屬國際人權法上的受教育權的內涵。國務院新聞辦公室發佈的我國歷年《國家人權行動計畫》《〈為人民謀幸福：新中國人權事業發展70年〉白皮書》《〈全面建成小康社會：中國人權事業發展的光輝篇章〉白皮書》強調辦好各級各類民族學校、民族班，加強雙語教學，以保障少數民族受教育權利，這生動詮釋了保障少數民族學生接受民族語言教育的權利乃少數民族學生的受教育權的隱含之義。

《教育法》第12條第2款關於雙語教育的規定，既對民族學校課以義務，亦在客觀上對民族語言受教育權加以制度化保障，第12條第3款進一步課以國家對雙語教育的積極促進義務，印證了民族語言受教育權系少數民族學生的受教育權的隱含之義。^[23]

（二）未列舉權利：人權條款作為規範依據

民族語言受教育權未被憲法所明確列舉，又隱含於憲法民族語言權利、受教育權條款的射程範圍內，應屬我國憲法上的“非真正未列舉權”^[24]，故亦可通過未列舉權利的論證方法證明其成立。基

[22] 《民族區域自治法》第37條規定：“民族自治地方的自治機關自主地發展民族教育，掃除文盲，舉辦各類學校，普及九年義務教育，採取多種形式發展普通高級中等教育和中等職業技術教育，根據條件和需要發展高等教育，培養各少數民族專業人才。民族自治地方的自治機關為少數民族牧區和經濟困難、居住分散的少數民族山區，設立以寄宿為主和助學金為主的公辦民族小學和民族中學，保障就讀學生完成義務教育階段的學業。辦學經費和助學金由當地財政解決，當地財政困難的，上級財政應當給予補助。招收少數民族學生為主的學校（班級）和其他教育機構，有條件的應當採用少數民族文字的課本，並用少數民族語言講課；根據情況從小學低年級或者高年級起開設漢語文課程，推廣全國通用的普通話和規範漢字。各級人民政府要在財政方面扶持少數民族文字的教材和出版物的編譯和出版工作。”

[23] 《教育法》第12條第2款規定：“民族自治地方以少數民族學生為主的學校及其他教育機構，從實際出發，使用國家通用語言文字和本民族或者當地民族通用的語言文字實施雙語教育。”《教育法》第12條第3款規定：“國家採取措施，為少數民族學生為主的學校及其他教育機構實施雙語教育提供條件和支持。”

[24] 李震山教授認為憲法未列舉權可分為“非真正之未列舉權”“半真正之未列舉權”和“真正之未列舉權利”。參見李震山：《多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心》，元照出版公司2007年版，第19頁。余軍、高景芳等學者亦贊同此分類，參見余軍：《原則權衡：“超越憲法計畫的未列舉權利”之論證方法》，載葛洪義主編：《法律方法與法律思維（第

本權利源于人權，人權作為人僅僅因為是人就應當享有的權利，先於憲法而存在，憲法基本權利條款並非是對人民的賦權性條款，而是對人權的法律化確認，這也正是人民主權國家憲法權利列舉與君主專制國家憲法權利列舉的顯著區別。^[25]因此，與不斷變化發展的人權體系類似，基本權利體系也是開放且不斷發展的。

在我國《憲法》上，人權條款位於公民基本權利和義務章首條的第3款，系概括性條款。結合王兆國於2003年12月22日在全國人大常委會會議上所作的中共中央關於修改憲法部分內容的建議的說明，人權條款規定於《憲法》第33條第3款有助於“將人權與基本權利聯繫起來”與“加強對公民基本權利的保護”。^[26]根據王兆國於2004年3月8日在第十屆全國人民代表大會第二次會議上所作的《關於<中華人民共和國憲法修正案（草案）>的說明》，人權條款入憲有利於在憲法層面上加強人權保障，有利於推進國際人權交流與合作。^[27]基於人權條款的概括性特點與加強人權保障的修憲目的，我國憲法人權條款已然為在時代發展變化中逐漸湧現的新興權利等未列舉權利入憲提供了制度空間與路徑，故其被視為憲法未列舉權利的“安身之所”。^[28]當然，概括性的人權條款並不意味著憲法權利的氾濫，不構成人權的權利顯然無法通過人權條款獲得憲法保障，僅為國際人權法所確認的權利，或符合公眾的權利需求且具有人權屬性的權利，方符合人權條款所容納的人權的標準，可通過人權條款獲得憲法保障。^[29]因此，如民族語言受教育權能夠在國際人權法上得以證成，則理當因其具有人權屬性而納入我國憲法人權條款的保障範圍。

在國際法上，聯合國等國際組織為促進少數族群語言權利保障、受教育權保障開展了大量工作，推動制定了相當數量的條約、協定、宣言等文件。其一，國際人權法從平等權與不歧視的面向、言論自由的面向對少數族群語言權利提供間接保障。1945年《聯合國憲章》、1948年聯合國大會《世界人權宣言》、1966年聯合國大會《經濟、社會及文化權利國際公約》、1966年聯合國大會《公民權利和政治權利國際公約》均明確規定禁止基於種族、語言等的歧視。《世界人權宣言》第19條、《公民權利和政治權利國際公約》第19條第2款對言論自由予以了規定，並明確述及了言論自由包含表達形式的選擇自由。基於表達的形式自由，表意者有權通過自主選擇的語言進行自由表達。聯合國人權事務委員會在巴倫廷、大衛遜和麥金泰訴加拿大案中對這一觀點予以了確認。^[30]

其二，隨著時代的發展，國際人權法對語言權提供直接保障的規定逐漸增加。1966年《公民權利和政治權利國際公約》第27條較早地運用了少數族群語言權利的概念。1992年聯合國大會《在民族或族裔、宗教和語言上屬於少數群體的人的權利宣言》第2條第1款進一步明確了少數族群語言權利。1996年國際筆會主持、聯合國教科文組織參與的《世界語言權利宣言》從多方面對語言權保障提出要求，是語言權成為國際社會公認的基本人權的重要標誌。

九輯》，法律出版社2016年版，第16頁；高景芳：《職業自由論——一個憲法學的視角》，法律出版社2012年版，第35-36頁。

[25] 參見[美]漢密爾頓、傑伊、麥迪森：《聯邦黨人文集》，程逢如、在漢、舒遜譯，商務印書館1980年版，第429頁。

[26] 劉松山：《人權入憲的背景、方案與文本解讀》，載《華東政法大學學報》2014年第5期，第62-63頁。

[27] 參見王兆國.《關於<中華人民共和國憲法修正案（草案）>的說明——2004年3月8日在第十屆全國人民代表大會第二次會議上》，載《中國人大》2004年第6期，第20頁。

[28] 張薇薇：《“人權條款”：憲法未列舉權利的“安身之所”》，載《法學評論》2011年第1期，第10-17頁。

[29] 參見夏澤祥：《未列舉權利的認定方法與判斷標準》，載《山東社會科學》2010年第7期，第116頁；王廣輝：《論憲法未列舉權利》，載《法商研究》2007年第5期，第65頁。

[30] See Human Rights Committee views No. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1.

其三，少數族群語言受教育權作為少數族群語言權利的子權利，在語言權與受教育權的共同助力下獲得保障，並已為多份國際性人權文件所確認。在《世界人權宣言》《經濟、社會和文化權利國際公約》《兒童權利公約》《取締教育歧視公約》中，受教育權具有相對中國《憲法》以教育社會權面向的接受教育的權利為核心的受教育權更為寬泛的內涵，其不僅包含教育社會權，亦包含教育自由權，受教育自由、父母選擇教育的自由、建立與管理教育機構的自由等均屬教育自由權的內涵。^[31]並且，《世界人權宣言》與1960年聯合國教科文組織《取締教育歧視公約》接納了父母選擇民語教育的自由和建立與管理民族學校的自由，而此二者正是少數族群語言受教育權在自由權面向上的兩大核心意涵。1990年代以來，國際性法律文件開始對少數族群語言受教育權進行更為直接的規定。《在民族或族裔、宗教和語言上屬於少數群體的人的權利宣言》《保障少數民族語言權利的北京一奧斯陸建議書》《關於少數民族教育權利的海牙建議書》以及多份歐洲區域性公約對國家促進少數族群語言教育的積極義務進行了規定，國家應盡其所能提供以少數族群語言授課的學校教育，以保障少數族群成員以其母語接受教育的權利。其中，《歐洲少數民族保護框架公約》第14條第1款明確提出了少數民族成員的少數民族語言學習權（the right to learn minority language）的概念，《關於少數民族教育權利的海牙建議書》第4條更是明確提出了民族語言受教育權（minority language education rights）的概念。

鑑於民族語言受教育權系國際法所承認的人權，新中國自成立之時就聲明擁護《聯合國憲章》的宗旨和原則，我國歷年《國家人權行動計畫》及多份人權白皮書亦對民族語言受教育權的多項權能予以明確承認，且借助國際人權法對憲法權利進行解釋，亦是世界範圍內的普遍趨勢，^[32]民族語言受教育權完全可以通過人權條款獲得憲法保障。

不僅如此，借鑒比較法上的未列舉權利的論證方法，可以進一步佐證民族語言受教育權作為我國憲法權利的應然性。其一，借鑒求諸傳統的認定方法，當一項權利“根植於我們人民的傳統和意識之中被視為基本的正義原則”時，其應當被認定為基本權利。^[33]少數民族個體接受本民族語言教育並使用本民族語言作為一項習慣權利由來已久，^[34]縱觀我國歷史上以西漢西域都護府制、東漢西域長史府制、唐朝安西都護府制、明朝哈密衛制、清朝將軍轄區制為代表的新疆治理體制，以明朝烏思藏都司制、清朝駐藏大臣制為代表的西藏治理體制，以清朝盟旗制為代表的內蒙治理體制，無不對民族語言的使用和教育權利予以尊重。其二，可以借鑒捍衛民主取向的認定方法，即根據人民主權原則，如果一項權利為維繫或促進民主所必需，則其應當被認定為基本權利。^[35]對少數民族而言，本民族語言往往是少數民族個體參與民主選舉、民主管理、民主監督等國家政治生活最為有利、有效的語言工具，語言權利為其他所有權利發聲，保護本民族語言持續健康發展是可持續地“成功地行使自治權的一個必要的前提條件”，^[36]而民族語言教育正是民族語言持續健康發展的重要基礎。

[31] 參見申素平：《教育法學：原理、規範與應用》，教育科學出版社2009年版，第16-35頁。

[32] See Daphne Barak-Erez, *The international law of human rights and constitutional law: A case study of an expanding dialogue*, 2 International Journal of Constitutional Law 611, 611–612 (2004).

[33] *Palko v. State of Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

[34] 楊解君、莊漢：《中國語言文字立法與制度構建》，中國社會科學出版社2022年版，第107-108頁。

[35] 參見屠振宇：《未列舉基本權利的認定方法》，載《法學》2007年第9期，第82-84頁。

[36] 郭友旭：《語言權利的法理》，雲南大學出版社2010年版，第46-47頁。

（三）民族區域自治權作為制度性保障

德國憲法理論傳統上認為集體基本權利本質上是一種制度性保障，例如德國魏瑪憲法通過在憲法層面對地方自治權以權利的形態加以規定以防止普通法律對地方自治權的廢止。^[37]在德國基本法上，地方自治相關條款仍被視為制度性保障。^[38]日本多數學說也將憲法上的地方自治視為制度性保障。^[39]

對於專門以總綱形式規定國策的我國，制度性保障理論對於總綱的存在具有較強的解釋力，很好地闡釋了總綱作為我國憲法在基本權利與國家機構規定之外的“第三種結構”的制度功能。^[40]在這一理論下，總綱條款在實質上構成了對基本權利的制度性保障。^[41]

我國《憲法》第4條民族條款的前3款以民族區域自治權為核心，對民族平等原則、保障少數民族合法權益的國家義務、幫助少數民族地區經濟文化發展的國家義務、民族區域自治制度加以了規定。民族區域自治權是具有中國特色的地方自治權，其作為集體性的憲法權利同樣發揮著制度性保障的功能。其從國家責任、制度建設的層面，在實質上對第4款民族語言權利所蘊含的民族語言受教育權加以了制度性保障。《憲法》第115條所蘊含的執行變通權、第116條所蘊含的立法變通權、第119條所規定的民族教育自主權作為民族區域自治權的有機組成部分亦構成民族語言受教育權的制度性保障的內在組成部分。並且，基於民族區域自治權的制度性保障功能，在對相關立法進行合憲性審查時，民族語言受教育權理應受到更為嚴格的憲法保障，不應輕易讓位於其他憲法利益。

（四）我國憲法民族語言受教育權及其功能的再闡釋

由此可見，我國憲法已然形成了以民族語言權利條款為核心，以受教育權條款、人權條款為主要枝幹，以民族條款前三款為制度性保障的多維立體的民族語言受教育權及其保障的隱含體系。基於我國《憲法》第4條第4款對於民族語言權利的規定明確採用“自由”的用語、人權條款所引入的國際人權法上民族語言受教育權的內涵解釋、民族教育自主權等民族區域自治權的自主性內涵，對於少數民族個體，民族語言受教育權理應不僅包含以要求政府提供受民語教育的機會、條件及相關救助為代表的教育社會權的面向，亦包含以受民語教育的自由、父母選擇民語教育的自由、建立與管理民族學校的自由為代表的教育自由權的面向。

這也意味著，一方面，政府有義務積極促進民族語言受教育權的社會權面向的實現，使少數民族學生能夠享有較高品質的民族語言教育；另一方面，對於少數民族父母、子女享有的選擇進入普通學校、採用“民加漢”或“漢加民”或“民漢並進”模式授課的民族學校的選擇自由，及少數民族公民及團體享有的依法建立與管理民族學校的自由，國家基於民族語言受教育權作為主觀權利的防禦權功能，應當保持克制，承擔不作為或容忍義務。當然，前述自由受到憲法內在限制的制約，《憲法》第19條第5款的國家推廣普通話義務構成對前述自由的憲法內在限制。換言之，前述自由並不意味著民族學校可以僅僅教授民族語言文字，而不教授普通話與規範漢字。

[37] 參見[德]卡爾·施米特：《憲法學說》，劉鋒譯，上海人民出版社2016年版，第232-233頁。

[38] 參見王鑽：《論立法在基本權利形成中的作用與限制——兼談“公有制”的立法形成》，載《法治研究》2017年第1期，第98-99頁。

[39] 參見[日]阿部照哉等編著：《憲法（下冊）》，周宗憲譯，中國政法大學出版社2006年版，第82頁。

[40] 參見陳新民：《憲法導論》，新學林出版公司2008年版，第411頁。

[41] 參見王理萬：《制度性權利：論憲法總綱與基本權利的交互模式》，載《浙江社會科學》2019年第1期，第35-36頁。

三、通用語言優先論：違背憲法解釋原則

(一) 不符合實踐調和原則

1.共贏而非取捨：實踐調和原則相對利益衡量原則的優先適用

實踐調和原則指所有受到憲法保護的法益，都必須按照得以被實踐的原則以進行配置。^[42] 實踐調和原則要求，當憲法所保護的法益間存在衝突時，在解釋時不應輕易取捨，而需盡可能維持各種理念間的和諧、協調與統一，使各法益都得以發揮最佳功效。這也意味著，根據實踐調和原則，面對相衝突的憲法法益，不應首先適用利益衡量原則進行憲法解釋。^[43] 換言之，實踐調和原則使憲法法益衝突的解釋不再局限於“零和遊戲”，而進階為“雙贏策略”。儘管實踐調和原則常常被運用於解決基本權利衝突之中，但實踐調和原則的適用範圍絕不局限於此，基本權利、憲法權利與諸如憲法結構原則、國家目標規定、權限規定等其他憲法法益間的衝突，同樣應當適用實踐調和原則進行解釋。^[44]

國家通用語言文字主導且優先論系基於對《憲法》第19條第5款的解釋而得出，對於《憲法》第19條第5款推廣普通話的國家任務與民族語言受教育權間的法益衝突，自應適用實踐調和原則進行解釋。實踐調和原則通過對相衝突的兩種憲法價值都予以必要限制等方式，使二者在憲法整體中得以最大程度的保持。^[45] 適用實踐調和原則最有利於促進民族語言受教育權與推廣普通話國家任務間的協調共存，最有利於兩者各自功效的最大發揮，最有利於我國作為統一的多民族國家的繁榮穩定。簡言之，面對前述法益衝突，應當首先根據實踐調和原則進行和諧解釋，而非徑行適用利益衡量原則進行法益取捨，進而得出通用語言優先的結論。

2.調和基礎：雙語模式下民語重視程度與漢語水準間非負相關關係

通用語言優先論的推導過程的隱含邏輯是通用語言文字與民族語言文字間競爭對立，加強民族語言文字學習就一定會對通用語言文字的推廣產生負面影響。不過，實際上，這種邏輯並不必然成立，語言學、心理學、教育學等領域的研究表明，人類大腦在生命早期具有較強的語言接受能力，在雙語、多語環境中生活的未成年人完全有能力習得兩種甚至多種語言並熟練運用。^[46] 科學研究同樣表明，雙語兒童對語言往往更加敏感，並且基於雙語對大腦的持續性訓練等因素，^[47] 雙語兒童在社會理解與認知、^[48] 記憶力等方面均具有一定的優勢，^[49] 並可進一步反作用於雙語能力的提升。

[42] [德]康拉德·黑塞：《聯邦德國憲法綱要》，李輝譯，商務印書館2007年版，第49-50頁。

[43] 參見韓大元、張翔等：《憲法解釋程式研究》，中國人民大學出版社2016年版，第13頁。

[44] 參見王鏘：《基本權利衝突及其解決思路》，載《法學研究》2021年第6期，第44頁。

[45] 參見鄭旭文、徐振東：《基本權利衝突及其解決基準》，載《大連海事大學學報（社會科學版）》2009年第3期，第72頁。

[46] See Byers-Heinlein K, Lew-Williams C, *Bilingualism in the Early Years: What the Science Says*, 7 LEARNing Landscapes 95, 95-112 (2013).

[47] See Green David W, *Mental control of the bilingual lexico-semantic system*, in Jubin Abutalebi & Harald Clahsen eds., UK: Bilingualism: Language and Cognition, Cambridge University Press, 1998, pp. 67–81.

[48] See Bialystok E, Senman L, *Executive processes in appearance-reality tasks: the role of inhibition of attention and symbolic representation*, 75 Child Development 562, 562-579 (2004).

[49] See Kormi-Nouri R, Shojaei RS, Moniri S, Gholami AR, Moradi AR, Akbari-Zardkhaneh S, Nilsson LG, *The effect of childhood bilingualism on episodic and semantic memory tasks*, 49 Scandinavian Journal of Psychology 93, 93-109 (2008).

事實上，可能影響標準普通話學習的，是不規範的普通話，而非民族語言。例如，回歸以來，澳門社會同時使用兩字（繁體字和簡體字）三文（中文、葡文和英文）四語（普通話、漢語粵語方言、英語和葡萄牙語），學生有機會在學校教育中接觸、學習中、英、葡等多種語言，但在多語環境與科學的多語教育下，學生的語言能力並未因接觸多種語言而受負面影響。相反，澳門會說兩種及以上語言或方言的民眾比例逐漸上升，2016年能流利使用普通話的人口比例相對2001年甚至增長了近一倍。^[50]更何況，《憲法》第19條第5款“推廣”的表達本身就蘊含著柔性而非剛性的特徵，民族語言文字與國家通用語言文字間不應當是敵進我退、非此即彼的關係。並且，民族地區並非只有民族學校，部分少數民族學生就讀民族學校，系其及家長自主選擇的結果，即便民族學校採用“民加漢”的雙語教學模式，也絕非如王理萬副教授所言產生了不當限制或剝奪了少數民族公民選擇在普通學校完全以國家通用語言文字接受學校教育的權利的效果。^[51]

概言之，在雙語教學模式的背景下，對民族學生的民族語言文字教育的重視程度與其國家通用語言文字的掌握水準間並非負相關關係，民語教育與國家通用語言文字教育完全具備相互調和、共同發展的科學基礎。政府應當將推廣國家通用語言文字建立在制定、推行科學的雙語教育政策的基礎上，而非對民語、通用語教育進行取捨。通用語言優先論基於民語重視程度與漢語水準間呈負相關關係的想像而得出“民加漢”雙語教學模式違背《憲法》第19條第5款的推廣普通話的國家任務的論證邏輯無法成立。

3. 現有立法實踐及部分爭議法規已對潛在法益衝突進行了有效調和

在我國，立法實施是憲法實施的主要方式，憲法實施有賴於立法實踐，有賴於法律的具體規定。我國《憲法》民族條款與民族自治機關條款、教育政策條款與受教育權等條款、普通話條款分別延伸發展出了以《民族區域自治法》《教育法》《國家通用語言文字法》為代表的法律規範體系。

就《民族區域自治法》與《教育法》相關條款間的關係而言，有論者基於國家通用語言主導且優先論認為《民族區域自治法》第37條第3款將地方語言教育置於通用語言之上的規定，與《教育法》第12條相衝突，應當運用新法優於舊法的原則進行選擇性適用，且《民族區域自治法》第37條第3款也應進行相應修改。^[52]事實上，就語言教育而言，《民族區域自治法》第37條第3款與《教育法》第12條間不僅是舊法與新法的關係，同時也是特殊法與一般法的關係。根據《立法法》第94條，法律之間對同一事項的新的一般規定與舊的特別規定不一致，不能確定如何適用時，由全國人民代表大會常務委員會裁決，而不應簡單採用新法優於舊法規則適用新法。更何況，《教育法》第12條第2款所作出的民族學校進行雙語教育規定，並未對國家通用語言文字教育與民族語言文字教育間的優先性進行評判，其本身亦構成該法第12條第1款的特殊規定，^[53]與《民族區域自治法》關於民族語言教育的相關規定進行了銜接。《民族區域自治法》第37條3款中的“根據情況從小學低年級或者高年級起開設漢語文課程”僅有從小學低年級起開設漢語文課程與從小學高年級起開設漢語文課程兩

[50] 國家語言文字工作委員會組編：《中國語言生活狀況報告（2020）》，商務印書館2020年版，第247-249頁。

[51] 參見王理萬：《國家通用語言文字制度的憲法邏輯——以鑄牢中華民族共同體意識為視角》，載《中南民族大學學報（人文社會科學版）》2022年第3期，第57頁。

[52] 王建學持此種主張。參見王建學：《論中華民族共同體建設的語言基礎——對現行<憲法>語言條款的再闡釋》，載《法學論壇》2022年第6期，第26頁。

[53] 《教育法》第12條第1款規定：“國家通用語言文字為學校及其他教育機構的基本教育教學語言文字，學校及其他教育機構應當使用國家通用語言文字進行教育教學。”

個選項，而並非如部分學者理解為可以不開設漢語文課程^[54]，否則將無法實現該款規定的“推廣全國通用的普通話和規範漢字”的開課目的。

就《民族區域自治法》與《國家通用語言文字法》相關條款間的關係而言，《國家通用語言文字法》總則章第8條明確表示少數民族語言文字不屬於該法的調整對象。^[55]《國家通用語言文字法》第10條規定學校及其他教育機構以普通話和規範漢字為基本的教育教學用語用字，但明確指出“法律另有規定的除外”，與《民族區域自治法》中關於加強民族語言文字教學的相關規定進行了銜接。^[56]《民族區域自治法》第37條3款對“推廣全國通用的普通話和規範漢字”的強調，亦貫徹了《憲法》的推廣普通話條款，並與《國家通用語言文字法》進行了銜接。

由此可見，在法律層面，現行《民族區域自治法》《教育法》《國家通用語言文字法》已然就民族語言受教育權與推廣普通話國家任務間的潛在法益衝突進行了充分銜接與調和。

在地方性法規與單行條例層面，對於本備審案例的系爭法規而言，如其僅規定加強民族語言教育，而對推廣普通話的國家任務疏於強調，則其存在合憲性問題自不待言。不過，在本備審案例的系爭法規中，如《內蒙古自治區民族教育條例》《呼和浩特市民族教育條例》《包頭市民族教育條例》等相當部分的系爭法規已經對雙語教學模式與推廣國家通用語言文字進行了強調，但因其允許選擇“民加漢”雙語教學模式，仍然受到了國家通用語言主導且優先論的詰難。

就該部分系爭法規與《民族區域自治法》相關條款的關係而言，因《民族區域自治法》第37條第3款明確允許採用“民加漢”的雙語模式，其符合《民族區域自治法》的相關規定自不待言。就該部分系爭法規與《國家通用語言文字法》《教育法》相關條款的關係而言，該部分系爭法規的相關條款因系根據《民族區域自治法》第36條、第37條等規定而制定，自應屬於法律另有規定除外的情形，不夠成對《國家通用語言文字法》第10條的違反。並且，《內蒙古自治區民族教育條例》第19條在要求使用本民族語言文字或者本民族通用的語言文字進行教學的同時，強調“重點發展民族學校的雙語教學工作”；《呼和浩特市民族教育條例》第16條第2款雖然同時規定了“民加漢”與“漢加民”兩種授課模式，但該條第1款中的“民族學校應當推廣使用全國通用的普通話”的規定保障了推廣普通話的國家義務的有效實施；《包頭市民族教育條例》第18條第1款儘管規定的是“民加漢”授課模式，但該條第2款強調“民族學校應當依法推廣使用全國通用的普通話和規範漢字”，同樣保障了推廣普通話的國家義務的實施。由此可見，如上該部分系爭法規已經基於其立法權限，充分落實了上位法的相關規定，與《國家通用語言文字法》《教育法》進行了較為充分的銜接，不應被視為存在違背《憲法》第19條推廣普通話國家任務與《國家通用語言文字法》《教育法》的相關規定的情形。

（二）不應適用利益衡量原則

1.制憲已衡量，立法已調和，利益衡量原則無適用必要

[54] 上官丕亮、劉煥芳認為第37條第3款意味著條件不佳的民族地方可以不開設漢語文課程。參見上官丕亮、劉煥芳：《論“國家推廣全國通用的普通話”憲法條款的實施》，載《學習與探索》2021年第7期，第87頁。

[55] 《國家通用語言文字法》第8條規定：“各民族都有使用和發展自己的語言文字的自由。少數民族語言文字的使用依據憲法、民族區域自治法及其他法律的有關規定。”

[56] 《國家通用語言文字法》第10條規定：“學校及其他教育機構以普通話和規範漢字為基本的教育教學用語用字。法律另有規定的除外。學校及其他教育機構通過漢語文課程教授普通話和規範漢字。使用的漢語文教材，應當符合國家通用語言文字的規範和標準。”

如前所述，實踐調和原則相對利益衡量原則具有優先適用性，由於現有立法實踐作為憲法實施手段已對民族語言受教育權與推廣普通話國家任務間的潛在法益衝突進行了有效調和，原則上利益衡量原則已無適用的必要，此為利益衡量原則不應適用的原因之一。不僅如此，利益衡量原則還以制憲者尚未完成利益衡量為適用前提，^[57]而事實上，制憲者已然通過充分的討論對民族語言利益與通用語言利益進行了充分衡量，並得出了衡量結論，此進一步佐證了基於片面的利益衡量而徑行得出的通用語言優先論對憲法解釋原則的違背。

在現行的“八二憲法”制定的過程中，制憲者已然就民族語言文字與國家通用語言文字間進行了利益衡量。其時，關於在少數民族地區是否要推廣普通話，社會上存在兩種意見。一種意見認為，在少數民族地區推廣普通話不妥當，因為如果一個民族沒有了語言文字，則該民族本身亦不復存在；另一種意見認為，在少數民族地區應當推廣普通話，但推廣普通話應以肯定各少數民族有使用本民族語言的自由為前提。在憲法修改委員會會議上，班禪、阿沛·阿旺晉美、烏蘭夫等相當數量的少數民族委員不贊成在《憲法》第4條第4款寫入推廣普通話，他們認為推廣普通話會使少數民族漢化。班禪委員認為，如果規定漢語是國語，那麼對少數民族語言的法律地位也要予以明確規定，並再三強調民族語言教育的重要性。與之相對，彭真和部分其他委員認為，普通話非推廣不可，如果在《憲法》第4條第4款難以規定，也應當在其他地方予以規定。因此，彭真進一步主張將推廣普通話條款安排寫入《憲法》第19條，作為文化教育的一項內容，而不與少數民族問題混在一起，避免引起誤解，產生副作用。^[58]最終，國家推廣全國通用的普通話被作為文化教育的一項內容寫入《憲法》第19條第5款，而《憲法》第4條第4款僅寫各民族都有使用和發展自己的語言文字的自由，以對民族語言權利進行保障。

由是觀之，在“八二憲法”制定時，制憲者充分徵求了各方意見，將少數民族地區的民族語言教育與國家通用語言推廣作為重要問題進行了深入探討，對該議題所涉及的政治、經濟、文化等各方面利益進行了充分且全面的衡量，並結合衡量情況對相關條款進行了妥善設計與安排。

2. “地位平等與功能區分”的制憲衡量結果應予繼續遵行

部分學者認為，根據動態憲法學的觀點，憲法在頒布實施後還可以“繼續形成”。需要指出的是，經過前文的制憲探討，民族語言文字與國家通用語言文字的利益衡量結果已然體現在“八二憲法”之中，即民語與通用語言間地位平等且功能區分，這一衡量結論符合我國的社會主義國家性質，並由我國《憲法》民族條款與普通話條款的具體表述所呈現。因此，即便要對民族語言受教育權與推廣普通話國家任務間的潛在法益衝突進行進一步的衡量，也應在民族語言與通用語言地位平等與功能區分的制憲衡量結果框架內進行細化衡量。

民族平等是馬克思主義民族綱領的出發點和基石，是馬克思主義處理民族問題的最高準則。^[59]馬克思主義主張民族語言平等是民族平等的重要因素與衡量尺度，列寧指出“誰不承認和不堅持民族平等和語言平等，不同各種民族壓迫和不平等作鬥爭，誰就不是馬克思主義者，甚至也不是民主主義者。”^[60]我國《憲法》第4條第1款中規定了“各民族一律平等”，作為社會主義國家，民族語

[57] 參見韓大元、張翔等：《憲法解釋程式研究》，中國人民大學出版社2016年版，第13-14頁。

[58] 參見蔡定劍：《憲法精解》，法律出版社2006年版，第181頁。

[59] 熊錫元：《民族平等——馬克思主義民族綱領的基石》，載《民族研究》1997年第4期，第17頁。

[60] 中國社會科學院民族研究所編：《列寧論民族問題》，民族出版社1987年版，第230頁。

言平等自應系我國憲法中的的民族平等原則的應有內涵。^[61]也正因為如此，《新疆維吾爾自治區語言文字工作條例》《西藏自治區學習、使用和發展藏語文的規定》均規定了各民族語言文字平等原則。^[62]

相對於民國期間使用的“國語”概念，“八二憲法”第19條第5款採用“全國通用的普通話”概念，採用事實性、功能性的描述而回避使用具有象徵性、高權性的概念，佐證了制憲者將民族語言平等的精神內核貫穿於涉及語言文字的各條款之中。同樣，“全國通用的普通話”的描述式概念亦表明，相較於少數民族語言文字在本民族內使用的功能，漢語作為通用語言與少數民族語言存在功能差異，發揮著在全國範圍內使用、實現各民族間無障礙交流的功能。

由此可見，在制憲者所作利益衡量的結果中，儘管通用語言與民族語言存在功能上的區分，但根據馬克思主義的民族平等準則，二者仍然具有平等地位，在價值上無高低之分，^[63]並無通用語言主導且優先的結論。

此外，民語與通用語言間的地位平等與功能區分的衡量結果在民族語言教育所涉各法律中體現為了雙語教育模式，彰顯了國家既對受少數民族語言教育權加以保障，又為少數民族學生提供學習通用語言的條件與機會，使其具備與其他民族個體交流的能力、具備在自治區外升學的能力、具備更強的職場競爭力。當然，鑑於地位平等與功能區分的制憲衡量結果與少數民族語言相對通用語言的事實上的弱勢地位，民族語言教育相關立法沒有也不應採用通用語言主導且優先的論斷。

四、權利保障：完善民族語言文字法律體系

（一）修改《國家通用語言文字法》為《國家語言文字法》

1.修改理由：央地民語立法不足下的部分民族語言權利保障缺位

前文已經證成民族語言受教育權系我國憲法上的隱含權利、未列舉權利，完善、加強對民族語言受教育權的保障，不僅應當重視對民族語言教育的具體規定，同樣應當從民族語言權利保障體系建構的整體性視角進行把握。對民族語言的保障力度直接影響對民族語言受教育權的保障力度，民族語言權利保障體系的完善將有利於對民族語言受教育權加以更為充分、全面的保障。

當前，在國家立法層面，儘管制憲者已然得出民語與通用語言間地位平等與功能區分的利益衡量結果，但在立法資源的分配上，通用語言的立法保障較為充分，《國家通用語言文字法》等法律對其進行了系統性保障，而民族語言的立法保障則較為有限，僅《民族區域自治法》等法律有零散式的保障規定，對於民族語言教育而言同樣是如此。

在地方立法層面，雖然西藏、新疆分別制定有《西藏自治區學習、使用和發展藏語文的規定》《新疆維吾爾自治區語言文字工作條例》在所屬行政區劃內對藏語、維吾爾語等民語進行了立法保障，但對於因人數較少等原因未能建立自治機關的少數民族而言，其民族語言的地方立法保障往往嚴重不足甚至缺失，而這些語言也往往正處於瀕危狀態。散居在自治地方之外的少數民族個體的語

[61] 參見何波：《論我國法律架構中的民族雙語教育》，載《民族教育研究》2009年第2期，第10頁。

[62] 《新疆維吾爾自治區語言文字工作條例》第2條規定：“語言文字工作應當堅持各民族語言文字平等的原則”。《西藏自治區學習、使用和發展藏語文的規定》第2條規定：“自治區堅持各民族語言文字平等的原則。”

[63] 參見張惠玲：《我國少數民族語言文字立法保護研究》，載《貴州民族研究》2014年第10期，第23頁。

言權利同樣面臨著地方立法保障不足的問題。此外，不隸屬於自治區的自治州往往對少數民族語言文字保障工作的重視程度不足，對少數民族語言文字疏于立法，亦使得《民族區域自治法》等上位法對少數民族語言文字保障的相關規定未能充分落實。基於以上理由，我國完全有必要在法律層面對民族語言文字保障進行系統性、基礎性的規定，實現對包括人數較少民族語言保障在內的民族語言法律保障全覆蓋。

圖3 民族語言處於嚴重瀕危狀態（瀕危中期）的民族的民族自治地方建立情況

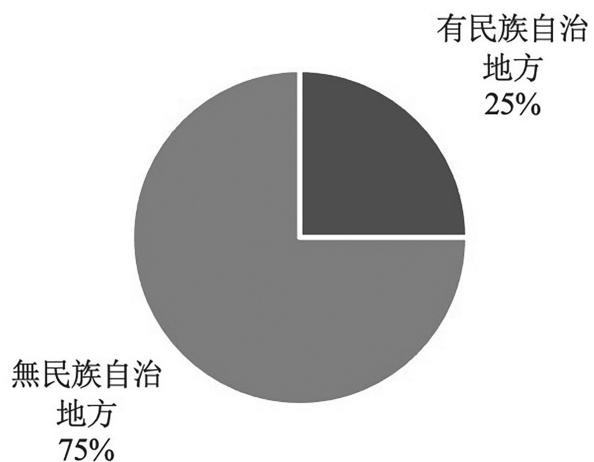
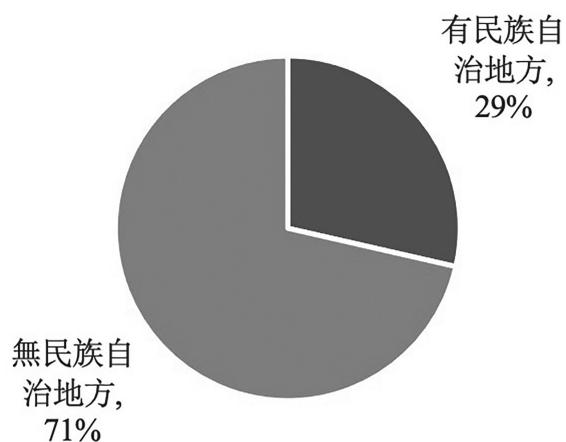


圖4 民族語言處於瀕臨滅絕狀態（瀕危後期）的民族的民族自治地方建立情況



在具體立法模式的選擇上，相對於國家民委曾經考慮起草、不少學者建議制定的《少數民族語言文字法》，^[64]建議將《國家通用語言文字法》修改為《國家語言文字法》，對國家通用語言文字、民族語言文字等進行統一規定，在統一的《國家語言文字法》中進一步彌合、平衡各種語言間的潛在法益衝突。如制定單行的《少數民族語言文字法》，則人為製造了作為規制法的現行《國家通用

[64] 參見加措、謝明琴：《加強民族語文法制建設 繁榮和發展民族語文事業——民族語文立法應遵循的主要原則》，載《中央民族大學學報（哲學社會科學版）》2020年第1期，第125頁。

語言文字法》與作為權利保障法的《少數民族語言文字法》間的緊張對立。

2. 處理民語通用語關係準則：雙語平衡論

如前所述，我國憲法已然採用了通用語言與民族語言間地位平等與功能區分的利益衡量結果，基於該衡量結果，在《國家語言文字法》中涉及民族語言與通用語言間關係時，應當以雙語平衡為處理準則，在處理民族語言教育與通用語言教育間關係時尤其應當如此。

雙語平衡論意味著，在《國家語言文字法》中應當明確規定民族語言平等原則；基於語言權利的自由權面向，應當充分保障少數民族父母、子女享有的選擇進入“民加漢”或“民漢並進”或“漢加民”模式授課的民族學校，甚至以通用語言授課的普通學校的選擇自由；在語言權利的社會權面向上，政府應當採取追求實質平等的保護方式。對處於弱勢的少數民族語言，政府應當在財政、政策等方面適當傾斜並進行積極保護，對於處於瀕危境況的民族語言文字尤其應該加大保護力度。

概言之，《國家語言文字法》應當基於雙語平衡論尊重、保障少數民族個體使用民語或通用語言的自由、選擇以民語或通用語言接受教育的自由等自由權，並對政府課以對處於弱勢尤其是瀕危境況的民語進行特殊保護的義務以實現雙語間的動態平衡。

3. 少數民族語言文字章立法技術：“菜單機制”

在《國家語言文字法》中應當設置專章對少數民族語言文字進行具體規定，且在該章中有必要引入“菜單機制”的立法技術。“菜單機制”系指立法者在上位法層面設置具有梯度性的選項，為下位法的立法者提供一種可由其依據實際情況，恰當地選擇適用上位法規定的各種具體措施的制度安排。^[65]該機制源於《歐洲地方性或少數人語言憲章》，該憲章第三章為語言在各個領域的使用設計了一套從強到弱的階梯性的措施，使得各成員國得以根據各自語言的具體情形，在前述“菜單”中的各個語言使用領域共選擇不少於35項措施承諾實施。該機制在尊重各語言多樣性、差異性的基礎上有效統合了歐洲約3000萬人口使用的60餘種少數族群語言的法律保障。

中國現有55個少數民族，54個少數民族具有民族語言或文字，各少數民族語言在創制方式、歷史源流、有無書面文字、使用人數、當地通用程度等方面多存在不小的差異，簡單進行“一刀切”式的統一性規定並非立法的最佳選項，而在此種情況下，“菜單機制”具有較強的功能契合性。具體而言，該章應當包含如下兩類規範：第一類是不設置菜單選項的普遍適用型規範，諸如少數民族語言權利的確認、少數民族語言文字在自治地方的地位、政府語言文字工作部門與職責等條款均應屬此類型。第二類規範是設置了在各領域使用民族語言的權利保障的一般基準，並增設菜單選項的規範類型。該類型規範的立法技術並非是對《歐洲地方性或少數人語言憲章》“菜單機制”的簡單照抄，而是根據中國單一制的國家體制與立法慣例對其進行了中國化改造。該類規範對民族語言在執行職務、教育、服務業、廣播電視等各領域的使用分條進行規定，各條首款制定作為一般基準的具有普遍適用性的民族語言保障規定，實現對包括未建立自治機關的少數民族及散居在自治地方之外的少數民族個體的語言權利保障的全覆蓋，又在次款進一步規定菜單式選項，允許民族自治地方根據當地民族的實際情況並根據菜單選項在相應幅度內調整在各領域對民族語言權利的保障力度，以實現對各民族語言進行最符合其實際情況的靈活性、針對性保護。更為重要的是，該機制不僅彌補了因地方立法怠惰或能力不足而導致的民族語言權利保護漏洞，亦通過菜單選項為民族自治地方預

^[65] 參見周勇：《制定〈中國少數民族語言文字法〉，我們能從歐洲的實踐中借鑒什麼》，載《少數民族語言使用與文化發展：政策和法律的國際比較》，中央民族大學出版社2008年版，第318頁。

留了自治空間，充分尊重了少數民族自治地方的自治權、對民族地方事務管理的自主權。當然，地方自治機關仍需在菜單幅度內進行裁量，而不得對民族語言的使用進行過度保障或施加過度的限制。

（二）地方應科學完善雙語法規政策、中央應尊重自治地方民語教育立法

如前所述，我國西藏、新疆、內蒙古、寧夏、廣西五自治區，及雲南、貴州、青海、四川等少數民族聚居省份的少數民族的本民族語言掌握情況均存在不小差異，當地現行的民族語言教育政策也各有不同。各地應當因地制宜，完善民族語言及其教學的相關法規、政策，充分落實上位法雙語教育的規定，積極倡導學校採用從小實行的“民漢並進”的雙語教育模式，依照雙語平衡論重視對瀕危民族語言的保護，主動探索沉浸式的“雙向雙語教育”等科學的教學方式、方法。^[66]

對於現有民族語言、民族教育地方立法，包括全國人大法工委在內的上級機關應當對其給予充分尊重，避免進行不必要的干預，這亦是民族區域自治制度所蘊含的輔助性原則的重要內涵。民族區域自治制度與地方自治制度一脈相承，是具有中國特色的地方自治制度。^[67]與地方自治相同，民族區域自治同樣具有住民自治與團體自治兩個向度，前者側重對行政區域進行管理的權力向度，後者側重自主管理本民族內部事務的權利向度，強調對抗國家干預的自由。^[68]輔助性原則是地方自治的基本內涵，也是團體自治權利向度的重要保障。輔助性原則表明任何上一級的政府都是輔助性的，公共事務應首先交由距公民較近的下一級政府來處理，只有下一級政府無法處理的事務，才得提交給上一級政府或由其向下級提供協助，地方自治事務不受上級政府的干涉。^[69]根據輔助性原則，民族語言教育事務應當由民族區域自治地方的自治機關優先決定，只有在民族區域自治地方的自治機關無法處理時，才得由中央國家機關處理或由其提供協助。並且，我國《民族區域自治法》第36條明確規定了民族自治地方的教育自主權，且在具體事項上明確列舉了“教學用語”，此舉將這一根據輔助性原則推導的理論上的自主權予以了實定法化。因此，對於允許採用“民加漢”模式進行雙語教育的地方立法，中央機關應當對其給予充分尊重。

並且，面對民族語言文字及民族教育領域或涉及前述領域的自治條例、單行條例、具體的執行政策存在與中央立法不一致的情形時，首先也應當考慮此是否處於《憲法》第116條、《民族區域自治法》第19條、《立法法》第85條賦予民族區域自治地方的立法變通權與《憲法》第115條、《民族區域自治法》第20條賦予民族區域自治地方的執行變通權的權限範圍內，而非徑行認為其存在合法性問題。

當然，對於經過前述考慮確實存在合憲性、合法性問題的民族語言文字及民族教育領域的地方立法，應當進行糾正，並應當落實統一審議、立法後評估、備案審查等相結合的審查機制對於合法性等問題及時發現、及時處理。

[66] 參見周晅等：《雙向雙語教育模式對我國少數民族雙語教育的啟示》，載《民族教育研究》2018年第6期，第127-132頁。

[67] 參見鄒敏：《論民族區域自治權的源與流》，中央民族大學出版社2009年版，第12-13頁。

[68] 參見王建學：《作為基本權利的地方自治》，廈門大學出版社2010年版，第42頁。

[69] 參見王建學：《我國的地方自治：憲法文本的解讀和現實狀況的考察》，載《廈門大學法律評論》2006年第2期，第40頁。

五、結語

語言文字是人類最重要的交流、思維工具與文化載體，國家通用語言文字在國家建構中具有重要地位，民族語言文字在傳承母語及其傳統文化方面亦具有不可替代的重要作用。民族語言受教育權為國際人權法所承認，系我國憲法上的隱含權利、未列舉權利，我國憲法已然形成了以民族語言權利條款為核心，以受教育權條款、人權條款為主要枝幹，以民族條款前三款為制度性保障的多維立體的民族語言受教育權及其保障的隱含體系。政府應當尊重以受民語教育的自由、父母選擇民語教育的自由、建立與和管理民族學校的自由為代表的民族語言受教育權的自由權內涵，並有義務積極促進民族語言受教育權的社會權面向的實現。

“通用語言優先論”以民語、通用語間競爭對立為潛在邏輯，系基於片面的利益衡量而得出，而事實上，實踐調和原則最有利於相衝突的法益在憲法中得以最大程度的保持，相對利益衡量原則應當優先適用。科學研究表明雙語模式下民語重視程度與漢語水準間非負相關關係，此為實踐調和奠定基礎。現有立法實踐及部分系爭法規已對潛在法益衝突進行了充分銜接與調和，“通用語言優先論”的得出違背實踐調和原則。我國制憲者已然對民族語言利益與通用語言利益進行了充分衡量，得出了民語與通用語言間地位平等與功能區分的衡量結果，現有立法業已對潛在法益衝突進行了有效調和，利益衡量原則實無適用必要，進一步佐證了“通用語言優先論”對憲法解釋原則的違背。

鑑於民族語言與民族語言教育面臨的困境與難題，基於民族語言受教育權的憲法地位，應當完善民族語言文字法律體系，從整體性視角加強、完善對民族語言受教育權的保障。其一，建議將《國家通用語言文字法》修改為《國家語言文字法》，設置專章對少數民族語言文字進行具體規定，以雙語平衡論為處理民語與通用語言關係的準則，以中國化的“菜單機制”作為該章的立法技術，在彌補央地民語立法不足導致的部分民族語言權利保障缺位的同時，充分尊重民族自治地方的自治權。其二，各地應當完善雙語教育的相關規定，倡導“民漢並進”的雙語教學模式，積極探索科學的具體教學方式、方法。基於輔助性原則、立法變通權、執行變通權，中央應充分尊重自治地方相關立法，對於確實存在合憲性、合法性問題的地方立法也應及時予以糾正。

通用語言文字與民族語言文字有通用與非通用之分，但無價值優劣之別。應當堅持民語與通用語言地位平等與功能區分的制憲衡量結果，以實踐調和原則調和法益衝突，以雙語平衡論平衡雙語關係，以調和共贏取代競爭對立，如此方最有利於各民族間相互尊重、團結一體，最有利於我國作為統一多民族國家的繁榮穩定，最有利於中華民族共同體建設行穩致遠、依憲依法推進。

Abstract: The minority languages in China are weak compared to the common language, Mandarin Chinese, and are facing problems including endangered situations, absence of legislation, and inadequate protection. With the disclosure of cases for recordation and review by the Legislative Affairs Commission of the NPCSC, the theory of the common language priority which regards two languages can not be avoided to compete with each other has been proposed. Minority language education rights have been recognized by international human rights law, and they are implied and unenumerated rights in the Chinese Constitution. The government should respect the connotation of their rights to freedom and promote the realization of their social rights. Under the bilingual mode, the degree of emphasis on minority languages is not negatively correlated with students' proficiency in the common language. Existing legislation and some disputed regulations have reconciled conflicts of legal interests. The principle of practical concordance is given priority to the balance of interests principle. Therefore, the theory of the common language priority does not conform to the principle of practical concordance. The framers of the constitution have already obtained the measurement result of equal status and functional distinction between minority languages and the common language, so the principle of interest balancing should not be applied. Based on the above, the "Law on the Standard Spoken and Written Chinese Language" could be amended to the "Law on the Spoken and Written Chinese Language", with a special chapter for the languages of ethnic minorities. In this law, the "menu system" legislative technique should be adopted, and the bilingual balance theory should be used to balance the minority languages and the common language. Moreover, local governments should scientifically implement the bilingual education policy. The central government should respect relevant legislation passed by people's congresses of ethnic autonomous regions based on the principle of subsidiarity, legislative flexibility, and executive flexibility.

Key words: Minority Languages; Mandarin; Linguistic Rights; Right to Education; Local Self-Government

(責任編輯：唐銘澤)

論刑事涉案財物之沒收競合

梅傳強* 何 鑑**

摘要 刑事涉案財物的沒收競合是學界關注較少，但實務大量存在且容易被忽視的問題，對此應有全面而系統的研究，以合理解決實務中出現的各類情形。沒收競合理論應以全面評價和禁止重複評價為原則。以相當性作為處置限度。違禁品沒收應以實際控制原則為標準，違法所得沒收和供犯罪所用的本人財物沒收則以案件管轄權的權屬為標準。沒收競合分為同類競合和異類競合兩大類。實務中，出現問題最多的是犯罪形態下的沒收競合，如犯罪競合形態下，只有在沒收違法所得和供犯罪所用的本人財物的情況下，才以犯罪定罪處罰為前提，沒收違禁品只要在犯罪中出現，不論定罪與否，均應加以沒收。犯罪競合與沒收競合應當是相交關係，而非等同關係；共犯情形下的沒收競合，應以連帶追繳為原則，個別沒收為例外；不論犯罪被追訴是既遂還是未遂，都不必然沒收供犯罪所用的本人財物。犯罪未遂時只能沒收行為人實際取得的違法所得。此外，行政法與刑法之間發生沒收競合時，刑事處罰應將行政處罰的沒收違法所得與沒收非法財物相折抵。

關鍵詞 刑事涉案財物 沒收競合 犯罪形態

一、問題的提出

目前，學界對刑事涉案財物的研究多集中於涉案財物的處置措施——追繳沒收的基本問題上，如追繳沒收的範圍、比例等，很少考慮沒收的競合問題。沒收競合在國內理論界很少有人提及，大部分

* 梅傳強，西南政法大學法學院院長，教授，博士生導師，博士後合作導師。

** 何鑑，西南政法大學法學院講師，博士後，國家毒品問題治理研究中心（毒品犯罪與對策研究中心）研究人員。

本文為2020年國家社科一般專案《數據法益的刑法保護》（20BFX074）的階段性成果；2021年度教育部人文社會科學研究青年基金專案《“法法銜接”視閾下惡勢力犯罪案件特別沒收的適用機制研究》（21YJC820011）的階段性成果；2022年重慶市教委人文社科類基地重點專案《毒品犯罪中財產性事項的執行問題研究》（22SKJD043）的階段性成果。

本文所指的沒收競合是指《刑法》第64條特別沒收，對此條規定的理解是，違法所得、供犯罪所用的本人財物、違禁品已經被扣押的情況下，屬於被害人的部分予以返還，屬於違法所得、供犯罪所用的本人財物和違禁品的則予以沒收。當違法所得、供犯罪所用的本人財物和違禁品被藏匿或隱藏未被扣押時，則予以追繳；在違法所得被消耗、毀損後，則應要求犯罪分子退賠。基於上述理解，本文論述的內容限於違法所得、供犯罪所用的本人財物和違禁品被扣押狀態下的沒收，因此，在論述中對違法所得、供犯罪所用的本人財物、違禁品都使用沒收。

競合研究集中在罪數上，只有零星的論述中提及，但都未展開過詳細論述。實務中早已出現各式各樣的沒收競合案例，有很多適用問題需要厘清。例如，案例一，在毒品上下家鏈條式販賣毒品的案件中，生產者甲以2萬元價格將100克的毒品賣給經銷商乙，乙再以3萬元價格將100克毒品賣給終端零售者丙，丙再將100克毒品以4萬元價格分批賣出。此時，如何沒收違法所得？這裏存在兩個問題，第一個問題，各端犯罪人在實施犯罪過程中，付出一定的成本，這些成本是否應該被扣除？第二個問題，對於整個交易鏈是看成一個共同犯罪團夥連帶沒收？還是分為單獨犯罪個別沒收？

案例二，甲開設賭場賺來的三千萬違法所得，鎖在保險櫃裏，被佯裝成保潔員的乙竊取，此時，甲開設賭場罪的違法所得與乙盜竊罪的違法所得都指向這三千萬，該如何沒收？

案例三，甲用黃金花瓶砸死鄰居後將花瓶埋在遠郊的地裏，被路過的乙看到，等甲埋完，乙將花瓶竊取，後查證鄰居未死，甲構成故意殺人罪的未遂，乙成立盜竊罪既遂。花瓶既是甲故意殺人（未遂）案中的犯罪工具，又是乙盜竊（既遂）案的違法所得，此時該如何沒收？

上述問題在實務屬於常見多發問題，但並未引發學界對沒收競合問題類型化思考，如果不厘清此問題，會嚴重損害當事人的財產權益，使涉案財物處置處於更加雜亂無章的狀態。本文對刑事涉案財物的沒收競合從四個方面展開論述：厘清沒收競合的基本問題；類型化分析沒收競合；重點解析實務中常見的沒收競合之犯罪形態問題；探討行政法與刑法之間的沒收競合。

二、沒收競合之基本問題

沒收競合，泛指同種或異種沒收、對同一人或不同人的各種沒收之間，可能產生競合的現象。^[1]換言之，沒收競合是在對涉案財物進行處置時，發現該財物在多個案件中均應沒收，此時的沒收該如何處理。如貪污後的洗錢行為，貪污罪的違法所得和洗錢罪的違法所得指向同一筆錢時該如何沒收；甲盜竊槍支後被乙拿去搶劫，槍支本身既是違禁品又是甲盜竊案的違法所得，還是乙搶劫案的犯罪工具，此時該如何沒收等等常見多發問題。理解沒收競合理論的起點，首先從其理論基準開始。

（一）沒收的理論基準

研究沒收的基準，就是研究沒收判斷標準的決定因素。刑事涉案財物中的組成部分是財物，不管是刑事涉案財物的處置，還是刑事涉案財物的競合，主要是解決涉案財物所有權歸屬問題。通常所有權的合法取得方式可分為原始取得和繼受取得兩種。原始取得包括勞動生產和收益、徵收、善意取得、添附等。^[2]原始取得應當享有相應的權利。根據我國《憲法》第十二條、第十三條的規定，表明國家對公私財產權嚴格的保護態度。行為人應當合法取得、合法使用財物，違背財產義務，應當予以沒收。財產義務違反屬於憲法上權利的違反，是上位概念，在刑法裏面是對財產法益的侵犯，具體到刑事涉案財物處置中就是財產義務違反。本文認為，沒收理論應以“財產義務違反”作為評價基準。其主要包括三個方面：

第一，通過犯罪獲利屬於違反財產分配義務。在刑事涉案財物處置中，很大一部分來自於違法所得的沒收，其法理基礎在於“任何人不得因犯罪而獲利”的原則。即國家不允許通過違反財產分

[1] 林鈺雄：《沒收新論》，元照書店2020年版，第406頁。

[2] 王利明：《民法（第九版）》，中國人民大學出版社2022年版，第270頁。

配規則的行為獲取利益。這也是任何一個現代文明國家所共同遵守的基本準則。有學者認為利得沒收本質上是一種“準不當得利的衡平措施”，使得因不法行為而變動的不法利得，得以回歸到未實施犯罪以前本來應有的財產狀態。^[3]還有學者認為，無論刑法上還是行政法上的沒收違法所得更多的是一種矯正不公平財產秩序的措施，與民法上不當得利返還的理由類似。^[4]綜上，不管是公認的“任何人不得因犯罪而獲利”，還是有學者提到的“準不當得利的衡平措施”或“矯正不公平財產秩序的措施”，都指向行為人通過犯罪而獲取違法所得是屬於違反財產分配義務的行為。

第二，用財物促進犯罪的實施屬於違反財產合理使用義務。有觀點認為，供犯罪所用之物的認定旨在為國家干預和剝奪公民合法財產權提供客觀上的實施依據。^[5]德國有學者認為，犯罪物沒收其實是一種在人類歷史印記上對於連結犯罪而被標示“不潔”（unrein）之物的強制財產干預。^[6]還有學者認為，就犯罪物沒收而言，由於行為人濫用憲法賦予財產權的保障，造成社會秩序的危害，正足以提供國家干預財產權的合理基礎，為了建構財產正當秩序與預防犯罪，進而經由沒收法律效果的立法，剝奪財產權人使用財產的憲法保障。^[7]無論是沒收供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，其目的皆是在於防止該物可能繼續被用於犯罪，基於社會更大利益的維護而干預財產權。^[8]如前所述，沒收供犯罪所用的本人財物一是因為行為人濫用其財產使用權限，將其用於犯罪違反了公民合理使用財產的義務；二是防止該物繼續被用於犯罪的風險。

第三，通過犯罪生產或者持有禁止持有的物品屬於違反財產禁止持有義務。沒收違禁品在於財物本身的危害性，易對社會造成巨大的損害，因此，各國對此都嚴令禁止私人持有。有學者認為，違禁品對於社會公共安全具有危險性，基於社會保安上的必要，不問屬於犯罪行為人與否，均加以沒收。^[9]它是任何人都不得持有的物品，因為這種物品對社會具有危險性（有被用於違法犯罪的危險性），所以，即使持有者沒有責任，也應當沒收。^[10]由於違禁物對於社會公共安全存在危險性，基於社會保安上的必要而予以沒收^[11]，換言之，違禁物的沒收完全僅是基於危險防禦的考量，而與犯罪行為的罪責報應無關。^[12]違禁品的危害性來源於該財物本身給社會帶來的現實危險性，屬於社會禁止持有的一類財物。

此外，與其他涉案財物相比，違禁品具有相對性，其表現在所處的國家或區域不同，是否被認定為違禁品的標準不同。例如，在中國大麻屬於違禁品，禁止私人持有，而在美國大麻不是違禁品，可以合法持有；在中國可以合法購買檳榔，然而在土耳其檳榔卻是被視為違禁品；又比如，在飛機上打火機是違禁品，在輪船上酒類產品變成違禁品。因此，在判斷違禁品時首先要確定物品在這一

[3] 林鉅雄：《利得沒收之法理性質與審查體系——兼論立法之展望》，載《月旦法學雜誌》第238期，第54頁。

[4] 王鑑：《沒收違法所得合憲性分析——基於德國刑法上特別沒收合憲性改革的啟示》，載《法學雜誌》2022年第1期，第123頁。

[5] 屈舒陽：《刑事沒收制度研究》，廈門大學2018年博士學位論文，第159頁。

[6] Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 787.

[7] Vgl. Albin Eser, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 74 Rn. 18.

[8] 李聖傑：《犯罪物沒收》，載《月旦法學雜誌》2016年第251期，第65頁。

[9] 陳宏毅，林朝雲：《刑法總則新理論與實務》，五南圖書出版股份有限公司2015年版，第399頁。

[10] 張明楷：《刑法學（上）（第6版）》，法律出版社2021年版，第825頁。

[11] 陳宏毅，林朝雲：《刑法總則新理論於實務》，五南圖書出版股份有限公司2015年版，第399頁。

[12] 薛智仁：《沒收之定位與從屬性——最高法院相關裁判綜合評釋（上）》，載《台灣本土法學雜誌》2007年第98期，第32頁。

區域或這一領域是否被認定為違禁品。

（二）沒收競合的評價原則

研究沒收競合的評價原則，是研究沒收競合評價的合理性問題，也是處置沒收競合問題裁判考量時的重要依據。在競合領域，通常遵循全面評價和禁止重複評價的量刑原則，沒收競合也不例外，同樣需要考慮這兩個原則：

一是全面評價原則，即沒收的評價應當包含犯罪所違反的所有的財產義務。沒收競合的評價過程就是在犯罪過程中，行為多重違反財產義務的情況下，排除、選擇沒收加以適用的過程。根據全面評價原則，最後適用的沒收，要沒有遺漏地全面評價行為所違反的財產義務。具體來說，針對同一人的多重違反財產義務的行為和不同人之間的交叉違反財產義務行為的評價，要全面加以評價。

二是禁止重複評價原則，即沒收的評價，禁止對同一違反財產義務的行為做重複評價。針對同一人的多重犯罪而言，在評價時禁止重複評價。針對不同人的多重犯罪，為防止重複評價，採取排除、選擇沒收加以適用。在刑事涉案財物的競合中，雖然不同的涉案財物沒收對應不同的財產義務違反，但存在競合必然存在義務違反的重合性，此時該如何合理評價，是涉案財物沒收競合最核心的問題。

根據禁止重複評價原則的規定，在沒收競合評價時採取價值位階的方法排除、選擇適用。在違法所得、供犯罪所用的本人財物和違禁品的沒收中，三者若發生競合其適用原則：沒收違禁品>沒收違法所得>沒收供犯罪所用的本人財物。理由有三點，第一，從保護的層級考慮，根據刑法分則設置的順序不難看出，社會秩序類犯罪排在財產類犯罪的前面，也就是說，社會安全穩定通常高於財產性利益價值，故違反財產禁止持有義務的違禁品沒收，應優先於後兩個財產類犯罪沒收。社會財產的合理分配是關係公民權益的重大問題，與財產正當使用權相比，前者的保護層級更高。第二，從法益侵害性的性質來看，違禁品本身對社會安全具有嚴重的危害性，對社會秩序和安全來說是個極大的隱患，大部分國家都是高度重視且採用嚴格責任處置。對違法所得沒收而言，行為人通過犯罪獲取違法所得是剝奪他人的所有權，相當於掠奪、嚴重破壞正當獲取財產的基本社會共識；對供犯罪所用的本人財物而言，將財物作為犯罪工具促進犯罪的實施，雖然犯罪侵犯的法益各有不同，但對犯罪工具的沒收是處罰行為人對財物的不正當行使，促成其他法益被侵犯。第三，從預防犯罪的角度分析，沒收作為一種財物處置手段，具有預防犯罪的功能。對違反財產禁止持有義務的違禁品沒收來說，不管行為人犯罪與否，或是否享有所有權，只要出現違禁品，直接予以沒收。對違反財產分配義務的違法所得沒收來說，通常以犯罪成立為沒收起因，若不構成犯罪屬於行政處罰的，則由行政沒收。對違反財產使用義務的供犯罪所用的本人財物的沒收而言，則必須是犯罪成立後予以沒收。當然，在犯罪預備、未遂和中止形態下，要考慮預防與懲治相結合等因素再處理。

（三）沒收競合的處置限度

沒收是對違反財產分配義務的行為，加以剝奪犯罪所得、懲處濫用財產權和沒收持有危險物質的行為。其具有相對性、衡平性、等量性的特徵。具體來說，沒收僅針對行為人通過犯罪所獲得的違法所得、用於促進犯罪實施的財物，以及犯罪中所生產或所得的違禁品。具此，本文認為，沒收競合的處置，應以相當性原則為限。具體來說，沒收競合的處罰應以行為人單獨實施犯罪行為時涉案財物的沒收為限，若在多人或共同犯罪中，沒收的總額不應超過涉案財物的總和。

在處理方式上，違禁品的沒收競合應以實際控制原則為標準。實際控制原則是指在違禁品的沒收競合中，實際由哪一案件的司法機關所控制，則由其對違禁品予以處置。這樣做的優勢在於，其

一，違禁品的存在具有嚴重的法益侵害可能性，對大部分違禁品而言應及時處理。其二，違禁品處理的方式及歸屬全國統一，通常由同一部門統一管理或銷毀。其三，為便於訴訟的開展，避免違禁品移送的週期影響定罪量刑，以實際控制為原則更能及時實現訴訟權益，實際控制在判處後直接處理，可以減少因為競合帶來的沒收處理混亂，有利於處理的便捷性和有效性。例如，對違禁品的處理往往要求比較嚴格，有的需要銷毀或拆除處理，因此，一般由公安機關集中處理更為合理。對供犯罪所用的本人財物沒收和違法所得的沒收則跟隨管轄區的權屬而定，首先，通常情況下犯罪工具和違法所得不存在危險性，易於運輸管理；其次，犯罪工具通常是犯罪的關鍵所在，起到證明犯罪實施與否的作用，而違法所得往往決定犯罪是否成立，這二者通常與犯罪的密切程度較高，是案件審理中控辯雙方爭辯的關鍵點，因此，在沒收競合時，交由有管轄權的實際審理機構處理更有助於案件的及時審理。

實務中爭論較大的是違法所得的沒收競合處理，特別是在多地犯案的經濟類案件中，各地均有管轄權，為了沒收處罰的利益，很多司法機關爭相辦理這類案件，就會出現對違法所得的沒收判令競合。如何合理處置這類案件的財物，存在同一人不同時間段在各地被判處刑罰後財物處理上的競合。例如，甲在A地犯盜竊罪被判處沒收違法所得和犯罪工具，但判決後一直未追繳到財物。幾年後又在B地犯盜竊罪，並成功追繳到犯罪嫌疑人的違法所得和犯罪工具（包含在A地犯罪的財物）。在B地審判後是否要將A地判處的財物移送到A地處理？還是一併在B地判處後處理？實務中，基本上都在B地一併處理，這樣處理是否違反A地判決？對這個問題的解決主要考慮兩點，第一，處罰的目的，刑事涉案財物的處置，在於對違反財產義務行為的處罰，不論在哪個法院審理，均遵從此原則。第二，財物最終的歸屬。若最終財物處理殊途同歸，那麼哪個法院處理都能達到相同的效果。但對於返還、退賠被害人這類措施，由於不同案件針對不同被害人，在處理時，要考慮將屬於被害人的財物返還給被害人，因此，B地並不能代替A地完全處理刑事涉案財物。換言之，對於違法所得（不需返還給被害人）和供犯罪所用的本人財物，基於實際控制原則，由B地一併處理即可。

三、刑事涉案財物之沒收競合類型

有學者將沒收競合的類型分為三類六種，第一類，出於同一或不同之沒收原因事實之沒收競合；第二類，對同一人或對不同人之沒收競合；第三類，同種或異種之沒收競合。^[13] 同類競合和異類競合在實務中最為常見且多發，在這裏具體論述。

（一）同類競合

同類競合是指在不同的犯罪中涉案財物為同一類財物的競合，其中，又分為不同人同類犯罪之間的沒收競合、不同人不同犯罪之間同類財物的沒收競合和同一人不同犯罪間同類財物的沒收競合。

1. 不同人同類犯罪之間同類財物的沒收競合

比較有代表性的是，交易鏈型犯罪，此類犯罪常表現在上下家聯合犯罪，例如，案例一的情形，引發的問題：犯罪成本是否應當被扣除？交易鏈型犯罪是個別沒收還是連帶沒收？

（1）犯罪成本扣除問題

在案例一中，行為人甲乙丙實施的販賣毒品行為，其中的違禁品100克毒品絕對沒收。對於涉毒

[13] 林鈺雄：《沒收新論》，元照出版社2020年版，第408頁。

款項是否應當連帶成本沒收問題。國內有總額說^[14]與淨額說^[15]兩種觀點，德國和我國台灣地區提倡相對總額原則（兩階段計算法）^[16]。總額說的問題在於，首先，違法所得沒收處於非刑罰處置措施，過度的沒收有刑罰之嫌；其次，在共犯情形中，總額說違背罪責自負原則。最後，成本部分本身就可以以供犯罪所用的本人財物予以沒收，不必以違法所得形式沒收。淨額說的問題在於，其一，若采淨額說，在行為人支付犯罪成本後，違法所得應當返還給被害人時，要扣除行為人的犯罪成本後再把剩餘部分返還給被害人，並不合理。其二，在犯罪所得無法分割時，采淨額說，要扣除行為人犯罪成本後再予以返還，違反常理。其三，當財產性犯罪未遂時，犯罪分子先行支付的成本無法返還，但是，當犯罪既遂後犯罪分子還能收回前期的犯罪成本，這樣無異於鼓勵犯罪分子實施犯罪行為使犯罪既遂，有礙犯罪未遂的作用，進而無法實現打擊經濟犯罪的效果。^[17]綜上，采相對總額原則更具有合理性，其要求只有涉及到不法行為的那部分才予以沒收，在案例一中，販賣毒品本身是違法犯罪行為，行為人甲乙丙為販賣毒品而給予的金錢支付，是基於不法行為的支付，因此，沒收其犯罪成本具有合理性。

（2）交易鏈型犯罪的沒收競合問題

在交易鏈型犯罪中的沒收競合問題，主要是連帶沒收，還是個別沒收？首先，需要厘清連帶沒收與個別沒收的區別問題。連帶沒收源於民法上的連帶責任亦稱“連帶債務”，是多數主體之債的債務人中任何一人均有負有清償全部債務的義務，是對違反法律義務的後果所承擔的民事責任。^[18]採取連帶沒收的優勢在於最大限度保護被害人利益，對違法犯罪者處以連帶沒收責任有懲處的性質。而個別沒收則是來源於與連帶責任相對的一般責任，簡單理解為責任各自負責。個別沒收則是以各自所得為限，剝奪其犯罪獲利，斬斷犯罪動因，遏制趨利性犯罪。其次，交易鏈的問題。有學者認為，交易鏈並不是基於同一次的沒收原因犯罪，而是不同人、多次販毒的“多次原因”；既然每一交易參與者皆各自產生不法利得，自應對其分別宣告始能充分剝奪。^[19]筆者也認為交易鏈型犯罪中應當個別沒收。理由是，第一，共同犯罪要求行為人有共同的犯罪故意。甲、乙、丙三人僅有單獨兩兩交易的合意，一般來說非集團內部交易鏈犯罪的話，甲、丙之間並不相互認識，因此，通常不能形成共同犯罪的合意。第二，共同犯罪要求共同去實施客觀不法行為，但從客觀不法的空間和時間來看，並不存在合意下的實施犯罪行為。第三，在交易鏈型犯罪中，很多時候抓獲的只是其中一環，或其中的一部分，很難全部抓獲，因此，從證據角度考慮會存在證據不充足，未全部抓獲涉案人員的情況，此時若認定共同犯罪採取連帶沒收，一是不知道具體上下家交易數額的確切情況，二是就算知道具體數額，但是存在證據不足，讓被抓獲的人連帶沒收交易鏈中所有的數額不符合常理，也有背沒收為非處罰性措施之嫌。綜上，交易鏈犯罪採取不扣除成本的個別沒收更合理。

2.不同人不同犯罪間同類財物的沒收競合

[14] 總額說是指在沒收時不計算犯罪成本，將成本和利潤一起加以沒收。

[15] 淨額說是指在沒收時扣除犯罪成本，僅沒收犯罪所得的利潤部分。

[16] 相對總額原則（兩階段計算法）是指，只有涉及到不法行為的那部分所得才是被扣除的部分，換言之，在違法所得的總額中只扣除合法支出部分的成本。

[17] 何鑫：《刑事違法所得數額的司法認定問題研究——以特別沒收為視角》，載《法律適用》2020年第11期，第46-47頁。

[18] 孔祥俊：《論連帶責任》，載《法學研究》1992年第4期，第43頁。

[19] 林鈺雄：《沒收新論》，元照書店2020年版，第416頁。

這類案件典型的如案例二中所示，甲開設賭場罪的違法所得與乙盜竊罪的違法所得都指向三千萬，該如何沒收呢？當然有人可能會覺得這種案件通常直接沒收就可以了，不用討論由誰沒收的問題，這種想法的前提是案件在同一區域的法院審理，若案件分屬不同區域，例如，甲的開設賭場罪在海南省而乙的盜竊罪在北京市，同一段時間內兩個案件被追訴就會出現沒收競合問題。

對於這一問題的解決，首先，要考慮這筆違法所得是否有被害人需要返還的問題，若像非法吸收公眾存款罪這類有被害人的案件，違法所得要優先返還給被害人，就不存在沒收競合。但在本案中，這筆違法所得是不需要返還給被害人的違法所得，具體來說，甲開設賭場賺取的三千萬屬於開設賭場期間的營業收入，屬於甲的違法所得，而乙佯裝成保潔員非法竊取甲違法所得的三千萬，又是乙的違法所得。其次，雖然兩個犯罪之間侵犯的法益的不同，一個是侵犯社會管理秩序，一個是侵犯財產法益，但都屬於犯罪違法所得性質的沒收，所以兩罪之間在沒收上不存在孰輕孰重問題。最後，在司法適用上，根據前述沒收競合的處理方式，違法所得的沒收競合跟隨管轄權的權屬而定。換言之，違法所得被哪一有管轄權的司法機關所追訴，就由其進行定罪沒收。在本案中，若三千萬被審理甲開設賭場罪的司法機關追訴，則由其沒收；若被審理乙盜竊案的司法機關追訴，則由其沒收。

3. 同一人不同犯罪間同類財物的沒收競合

比較有代表性的案件是，自洗錢案件與上游犯罪之間的涉案財物沒收競合。在北京首例職務犯罪“自洗錢”案件中，被告人胡某利用職務便利為他人謀取利益，非法收受他人財物人民幣270萬餘元。2021年5月，被告人胡某利用自己實際控制的公司收取賄賂款人民幣11.94萬元後，通過銀行轉賬方式將其中的5.5萬元轉移到其岳母代某某的個人銀行帳戶用於個人消費使用。在審理中，合議庭認真研究上游犯罪與“自洗錢”的競合關係，依法對“受賄自洗”行為數罪並罰。^[20]在此案中洗錢的5.5萬元既是洗錢罪的違法所得，又是受賄罪的違法所得，此種沒收競合問題，實務中一般採取籠統處理，將5.5萬元直接作為違法所得直接沒收，不問是受賄罪的違法所得還是洗錢罪的違法所得。對受賄罪而言，違法所得是其犯罪的起因和目的。而對自洗錢而言，上下游同一類財物，行為人只是採取事後處理行為，將其認定為犯罪是因為行為損害新的法益——阻礙司法機關追訴、破壞金融管理秩序。受賄後自洗錢這種情況，對於同一筆錢，同一人只是實施了兩次犯罪的行為，就被認定為兩次犯罪。筆者認為，這類沒收競合直接統一沒收較為合理。首先，行為人同一，且違法所得同一，並不會因為犯罪行為而有所增減；其次，雖然不同犯罪觸犯的法益不同，但沒收處置措施與法益侵害性並非一一對應關係，不應受法益損害多少的制約。最後，從實務角度考慮，統一處理提升處置效率、節約司法成本。

（二）異類競合

異類競合，主要是指不同性質的涉案財物之間的沒收競合，分為違法所得與供犯罪所用的本人財物之間的沒收競合、違法所得/供犯罪所用的本人財物與違禁品之間的沒收競合，以及違法所得、供犯罪所用的本人財物和違禁品三者之間沒收競合。

1. 違法所得與供犯罪所用的本人財物沒收競合

普通職員甲將塞滿現金的月餅盒送到領導乙家，乙欣然接受，在年底將甲選拔為幹部。這類行賄

^[20] [20] 朝陽法院：《北京市首例職務犯罪“自洗錢”案件審結並生效》，載京法網事，https://m.thepaper.cn/baijiahao_17599588，2022年4月15日訪問。

罪與受賄罪對向犯之異種競合情形中，裝滿現金的月餅盒既是乙受賄罪的違法所得，又是甲行賄罪中供犯罪所用的本人財物時，應該如何處理。有學者認為，在特定案例情形中同一沒收標的，可能同時存在犯罪物沒收與利得沒收的法律基礎，並不當然可以理解為犯罪物沒收與利得沒收只能擇一選擇。這是因為兩種沒收類型的法律基礎截然不同，國家法定沒收的刑法效果，主要目的在於建構一個依據正當生活規範所呈現的財產秩序，儘管沒收處分勢必造成被沒收之人的財產利益減損，但其原由或者來自於不當利益的不容許擁有，或者是濫用財產權的限制。沒收的規範重點不在於受有沒收標的之權利滿足，而是對於應受沒收之對象的權利剝奪。^[21]此觀點具有一定的合理性，在刑事案件中，涉案財物是案件的重要的組成部分，在案件中發揮著各自的作用，不同階段發揮的作用不同，因此同一財物在案件中可能具有多重屬性。雖然違法所得的沒收與犯罪工具的沒收不存在擇一或是排斥關係，但在涉及不同行為人所有時，則可能存在沒收與否的問題。因此，在二者發生競合時，若所屬的是同一人時，直接沒收即可；若所屬不同人，違法所得的沒收優先於供犯罪所用的本人財物沒收。理由是，從預防犯罪的角度分析，違法所得是誘發犯罪的主要動因和根本目的，而供犯罪所用的本人財物在犯罪中雖起著促進作用，是犯罪的重要組成部分，但二者兩相比較，通常情況下，沒收違法所得對犯罪分子的打擊比沒收供犯罪所用的本人財物作用更大，更徹底，所以在二者競合時，優先沒收違法所得較為合理。

2.違法所得/供犯罪所用的本人財物與違禁品沒收競合

這類案件如盜竊槍支案件，其中的槍支既是違法所得又是違禁品；持槍搶劫案件，其中的槍支既是供犯罪所用的本人財物又是違禁品。由於對違禁品的沒收更為嚴厲，不論違禁品屬於行為人所有，還是他人所有，從保安處分角度均應予以沒收，因為在大部分情況下對公共安全大於私有財產保護，所以，當違禁品和違法所得或供犯罪所用的本人財物發生沒收競合時，優先適用違禁品的沒收。但對於相對違禁品的處理則有所不同，此時，要考慮違禁品的屬性在犯罪中是否持續存在且發揮作用，若在犯罪中違禁品屬性持續存在，那麼按照違禁品予以處理。例如，將美國的大麻運到中國販賣，大麻既屬於違禁品又屬於犯罪工具。若違禁品屬性在犯罪中僅存在但不起任何作用，且在相對區域後違禁品已喪失違禁性質，那麼就將其按照普通財物處理即可。例如，行為人在飛機上持槍搶劫，被抓後發現其身上還有打火機，雖然在飛機上打火機屬於違禁品，但打火機在行為人持槍搶劫的犯罪行為中不起任何作用，因此，按照普通財物予以處理即可。

3.違法所得、供犯罪所用的本人財物和違禁品三者沒收競合

案例：毒販B跟吸食K他命成癮的A提議，若A幫忙從馬來西亞夾帶K他命回國的話，除每次給傭金1萬元外，再從所夾帶的K他命中提供少量K他命給A，A接受提議後多次從馬來西亞夾帶K他命到台灣，共獲10萬元外，還共“享受”了少量約45克的K他命。本例中A的犯罪利得除10萬元外，尚有毒販B每次從所夾帶的K他命中拿取少量K他命給A吸食，而K他命本身除了屬於違禁物外，因A夾帶的K他命其後將供販賣之用，而亦變成供犯罪所用之物，除此之外，由於K他命系A為B夾帶K他命回國而獲得者，故也是不法犯罪之所得。此間之競合關係，該如何處理。^[22]

[21] 李聖傑：《犯罪物沒收與利得沒收之競合》，載林鈺雄主編：《沒收新制（五）沒收實例解析》，元照出版公司2020年版，第146頁。

[22] 許絲捷：《沒收之競合——以煙毒犯為例》，載林鈺雄主編：《沒收新制（五）沒收實例解析》，元照出版公司2020年版，第149-150頁。

在本案中K他命這涉案財物既是違禁品、供犯罪所用的本人財物又是違法所得，有學者認為，同一財物多種性質，予以沒收互不相斥，沒收的目的在於剝奪。此說法有一定的道理，但在不同案件中，不同主體涉及同一財物多重性質沒收時，存在不同層級法院、不同地區法院管轄的問題，此時，沒收涉案財物相互排斥。實務中對此並不重視，是造成涉案財物處置混亂的原因之一。根據前述沒收競合的評價原則，從各類刑事涉案財物的沒收法理基礎來看，由於違禁品對社會易造成嚴重的危害性，相比對財產分配義務違反的違法所得沒收、對財產使用義務違反的供犯罪所用的本人財物沒收來說，對社會造成危害理應優先沒收。其次，對財產秩序的破壞，以違反財產分配秩序，不當得利造成的危害比濫用財產使用權的危害更大，因此，違法所得的沒收比供犯罪所用的本人財物的沒收應先沒收。綜上，刑事涉案財物沒收的順序是，違禁品沒收優先於違法所得的沒收，違法所得的沒收優先於供犯罪所用的本人財物沒收。

四、刑事涉案財物沒收競合之犯罪形態

（一）犯罪競合形態下的沒收競合

行為人虛開票面額180萬元的增值稅發票，又偽造票面額160萬元的增值稅發票，以合計票面額340萬元的發票騙取國家出口退稅48萬元，其行為觸犯虛開增值稅專用發票罪、偽造增值稅專用發票罪、騙取出口退稅罪。^[23]這裏涉及到兩個問題：第一，刑事涉案財物的沒收與犯罪定罪之間的關係，是一一對應的關係還是平行的關係？第二，犯罪競合時罪名被競合，不予認定，此時這個被競合罪名的涉案財物是否也不予評價？換言之，犯罪競合與沒收競合之間是必然相關還是偶然相交？

1. 沒收與定罪之間的關係

案例中共涉及三個涉案財物，一個是虛開180萬的增值稅發票，一個是偽造票面額160萬元的增值稅發票，這兩個屬於違禁品，另一個騙取的48萬退稅屬於違法所得。根據司法解釋，虛開增值稅專用發票後騙取出口退稅，或偽造增值稅專用發票後騙取出口退稅均應擇一重罪處罰。^[24]這樣，上游犯罪是兩個有實質數罪關係的犯罪——虛開增值稅專用發票罪和偽造增值稅專用發票罪，二者均發展為作為下游犯罪的騙取出口退稅罪。^[25]案例中存在三個行為，兩個競合認定犯罪，最終會認定為兩個重罪。但本案涉及三個犯罪行為，認定為競合後，被競合的罪名對應的涉案財物是否應跟隨定罪予以沒收。刑事沒收是否以定罪為前提，存在兩種觀點：第一種觀點認為，一般沒收、定罪後的特別沒收和追征，包括缺席判決時的沒收和追征，都適用這一主觀的訴訟程序。^[26]第二種觀點認為，沒收財產刑是在定罪後作出的，而特別沒收則一般是在定罪前作出，具備更多程序意義。^[27]

第一種觀點認為特別沒收是以定罪為前提，過於絕對。在未定罪的情況下，有的涉案財物只要在犯罪中出現過，就應當予以沒收。例如，在運輸毒品案件中，雖然證據不足以認定行為人為主觀明知是毒品而運輸導致不予定罪，但涉案的毒品依然要予以沒收。這麼看來，第二種觀點似乎合理認為特別沒收不以定罪為前提，但問題在於，在未定罪情況下犯罪行為中的違法所得只要一產生就應

[23] 莊勁：《牽連夾接法條競合——數額犯之罪數問題》，載《中國刑事法雜誌》2021年第1期，第147頁。

[24] 《最高人民法院關於審理騙取出口退稅刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》（法釋〔2002〕30號），第9條。

[25] 莊勁：《牽連夾接法條競合——數額犯之罪數問題》，載《中國刑事法雜誌》2021年第1期，第147頁。

[26] 劉文鋒：《犯罪收益獨立沒收程序研究》，中國政法大學出版社2016年版，第66頁。

[27] 朱鐵軍，姜燕：《論刑事特別沒收過程中對物權的保護》，載《山東審判》2015年第1期，第61頁。

當予以沒收，而不是以定罪為前提。例如，在生產銷售偽劣產品罪中，行為人銷售金額僅一萬元，還有很多原料未來得及生產出成品就被查獲，由於未達到五萬元的入罪最低數額，其行為不構成犯罪，但其中銷售金額一萬元（違法所得）和原料（供犯罪所用的本人財物）仍然應當沒收，這種沒收往往是行政違法沒收。在行為未到達犯罪程度時，只要存在一定的違法性，都要受到行政處分。筆者認為，只有在沒收違法所得和供犯罪所用的本人財物的情況下，才以犯罪定罪處罰為前提，沒收違禁品只要在犯罪中出現，不論定罪與否，均應加以沒收。因為違法所得是在犯罪過程中所生或所得的財物。供犯罪所用的本人財物是在犯罪中促進犯罪實施的重要工具。沒收這二者都是以犯罪行為定罪為前提，若未定罪，屬於違法行為的則由治安處罰加以處置。國家對違禁品持絕對禁止的態度，不以刑事犯罪或行政違法作為沒收的前提，在任何情況下一經發現立即沒收。

2. 犯罪競合與沒收競合的關係

犯罪競合是經常會發生的法律適用問題，其中的涉案財物也往往會發生競合。例如，行為人甲用手槍射殺丙的同時，打中水電站水閥開關，導致水電站的水全部決堤而下，此時行為人屬於故意殺人罪與決水罪的想像競合，其中手槍作為故意殺人罪和決水罪中的犯罪工具，具有同一性。又如：行為人甲走私50萬假幣入境，其中30萬出售給丙，20萬用於自己消費，行為人構成走私假幣罪、出售假幣罪和使用假幣罪。其中，假幣既是違禁品又是供犯罪所用的本人財物。從例中的情況來看似乎犯罪競合必然引發沒收競合。究竟沒收競合與罪數競合之間是什麼關係，得從兩者的評價範圍、適用和機能等方面做考量。

眾所周知，犯罪競合是行為觸犯多個犯罪構成發生評價範圍上的交叉、重合或者包容而形成的一種複雜犯罪形態。而沒收競合是財物涉及多個犯罪構成，在沒收時發生沒收對象競合的現象。從評價範圍上看，一個是犯罪行為導致多個犯罪構成評價上的競合，另一個是財物涉及多個犯罪構成，造成沒收評價時的競合。行為與財物之間，通常財物是犯罪行為的動機、工具或所得。例如，以非法佔有為目的搶劫銀行運鈔機裏的鈔票；實施電信網絡詐騙需要使用手機、電腦等通訊設備作為犯罪工具；以販賣毒品為目的而生產的毒品等。雖然財物與犯罪行為有密不可分的聯繫，但這種聯繫並不存在絕對的必然性，因為，財物只是犯罪的誘因之一。從適用來看，犯罪競合是定罪階段的問題，而沒收競合是定罪後的裁量問題。先定罪後量刑，兩者考量的內容也不一樣，犯罪競合考慮法益侵害，犯罪構成和罪刑相當，而沒收競合則側重財物的義務違反、實際作用和利益剝奪。從機能設置的目的看，犯罪競合是處於罪數的核心地位，而罪數又是犯罪論與刑罰論的紐扣。沒收競合是非刑罰處罰措施中解決關聯性犯罪的涉案財物處置。綜上，犯罪競合與沒收競合應當是相交關係，而非等同關係。如例中所示，只有在犯罪工具同一或數額犯競合情況下的罪數競合時，才可能存在沒收競合的情況。

（二）共犯形態下的沒收競合

共犯罪形態下的沒收競合，也就是共同犯罪中的刑事涉案財物的競合處置問題。通常在集團犯罪或有組織犯罪中，往往具有共同的犯罪目的，使用同一的犯罪工具，取得的犯罪所得歸集團或組織所有。由於共同犯罪具有多人性，在犯罪中往往存在分工，有主從犯之分，因此違法所得的劃分通常不統一，雖然共同犯罪中違法所得應連帶沒收，但這種方法是否合理，仍然存在爭議。例如，在徐翔夥同王巍、竺勇操縱證券市場案中，被判處沒收違法所得93億。在審理中爭議的重點之一就是，案中93億違法所得應該連帶沒收還是個別沒收。

實務中對共同犯罪持連帶沒收的觀點，但學界對此有三種不同意見：（1）連帶說認為，共同犯

罪違法所得的處理中，各共同犯罪違法所得總額，共犯之間應承擔連帶的追繳、退賠義務；（2）獨立沒收說認為，共同犯罪人之間的追繳退賠責任是獨立的，各共同犯罪人之間不承擔追繳、退賠連帶責任。^[28]（3）二分說認為，追繳發還被害人的共同犯罪之違法所得，可以適用共同侵權連帶責任；追繳上繳國庫的共同犯罪之違法所得，不宜適用共同侵權連帶責任。^[29]連帶說的問題在於，其一，連帶說主要以“部分行為全部責任”為理論依據，但其主要是定罪的責任分配依據，是對共同犯罪的歸責，對於最後的沒收處置是否適用則沒有明文規定。^[30]其二，有學者認為，“部分實行全部責任”解決的是犯罪形態問題。^[31]獨立沒收說的不足之處在於，一是未考慮到共同犯罪案件中各被告人實際取得違法所得查明的客觀難題；二是疏忽了追繳、退賠與民事賠償之間的部分競合關係。^[32]二分說的不足之處在於，對同一性質的財物，由於最終歸屬的不同，而區別處理，對上繳國庫的與返還給被害人的區別對待，表面上是保護被害人權益，實則是未深刻理解追繳沒收違法所得的性質，其是一種使任何人不得因犯罪而獲益的非刑罰措施，而非刑事處罰。

共同犯罪中沒收違法所得的競合，應嚴格遵循違法所得沒收的要求沒收競合應做個別追繳，在競合時違禁品以實際控制原則為標準，違禁品在誰的手上就對誰採取追繳沒收措施。對供犯罪所用的本人財物和違法所得的沒收，則跟隨管轄權的權屬而定。但實務中很多案件在證明犯罪過程、犯罪違法所得時往往證明不足，例如毒品案件中，毒品交易過程一般很隱蔽、短暫，通常採取人貨分離的模式，在證據固定和保留上就很困難，對違法所得的分配也往往只有高層部分人清楚，在這類證據不足的案件中，由於無法查清其中各方違法所得的分配情況，採取連帶沒收更為可取。綜上，共犯形態的違法所得沒收，應以連帶追繳為原則，個別沒收為例外，個別追繳需要證明違法所得在共同犯罪中的分配情況，若分配情況無法查明，可以由各犯罪人之間自行提供，在查明不了的情況下，則連帶沒收。

（三）犯罪未遂形態下的沒收競合

在實務中也出現過既有犯罪未遂又有犯罪既遂，且指向同一財物的沒收競合問題。例如，案例三，若案件反過來甲用花瓶砸鄰居既遂，而乙在盜竊甲埋藏的花瓶時未遂，此時又該如何沒收？對此問題的分析，首要是考慮犯罪未遂與沒收之間的關係，再是具體到案例中探討。

首先，犯罪既未遂與沒收之間的關係。犯罪未遂是一種犯罪未完成階段，可以作為減輕或從輕考量的依據。沒收作為一種非刑罰處罰措施，與刑罰同時進行，但其成立與否並不以犯罪既未遂作為評判標準。對於違法所得的沒收而言，只有當行為人因犯罪行為而獲利時才予以沒收。而供犯罪所用的本人財物沒收，其雖然違反財產的合理使用義務，但在犯罪中僅起到的是促進犯罪實施的功能，只是犯罪的組成部分。而且學界大部分學者認為在沒收時還應考慮比例原則，所以，不論犯罪被追訴是既遂還是未遂，都不必然沒收供犯罪所用的本人財物。

其次，犯罪未遂時供犯罪所用的本人財物是否應沒收問題，需要從兩個方面來分析，一方面，沒

[28] 梅傳強、歐明豔：《共同犯罪違法所得處理研究——以共同犯罪人之間是否負連帶責任為焦點》，載《中國人民公安大學學報（社會科學版）》2020年第1期，第69頁。

[29] 鄧光揚：《追繳共同犯罪之違法所得不能一概適用連帶責任》，載《法律適用》2018年第22期，第124頁。

[30] 何鑫：《刑事違法所得數額的司法認定問題研究——以特別沒收為視角》，載《法律適用》2020年第11期，第50頁。

[31] 鄧光揚：《追繳共同犯罪之違法所得不能一概適用連帶責任》，載《法律適用》2018年第22期，第124頁。

[32] 梅傳強、歐明豔：《共同犯罪違法所得處理研究——以共同犯罪人之間是否負連帶責任為焦點》，載《中國人民公安大學學報（社會科學版）》2020年第1期，第70頁。

收供犯罪所用的本人財物的法理依據，如前所述，對這類財物的處罰依據來源於憲法對濫用財產權的不予保護。違憲使用財物是沒收此類財物的法律基礎。另一方面，對供犯罪所用的本人財物在犯罪中的功能而言，有學者認為，供犯罪所用、犯罪預備之物的沒收，首先必須探究相關標的是否有用以實行構成要件具有直接關聯的犯罪促使功能，這是沒收標的對於犯罪的歸咎性判斷，沒收標的必須對於個別犯罪實現存在有生活經驗之“工具性”的客觀與主觀直接關聯，^[33]不包括僅僅在犯罪過程中偶然存在的相關物。沒收犯罪所生之物的目的在於，防止由犯罪行為所產生的物品，有繼續被用於犯罪的機會，基於社會更大公共利益的維護，而干預財產權的自由行使。^[34]從懲處犯罪的角度分析，對這類財物如果犯罪未遂或者中止，犯罪最終並未處於既遂狀態時，說明供犯罪所用的本人財物並未達到促使犯罪完成的效果，所以，當犯罪未完成，不應沒收該財物。從預防犯罪的角度考慮，雖然犯罪未遂，但是，為了預防犯罪人再次用該財物實施犯罪，有必要將其予以沒收。在未遂類犯罪中，廣義未遂包括中止，即未遂包括障礙未遂與中止未遂。^[35]如果是障礙未遂，行為人只是因為客觀阻礙而未能實施完犯罪，其主觀犯罪目的並未完全消退，理應將其供犯罪所用的本人財物予以沒收，以防止行為人再次用此作案。如果是中止未遂，雖然行為人主觀上主動放棄犯罪，但其只是這一次主動放棄犯罪，不代表下次不會再犯，從預防犯罪的角度應該予以沒收，又考慮到行為人主動放棄犯罪的這一舉措，對待中止犯應從輕減輕，不予沒收更符合中止設定的目的。在案例三中，雖然甲被認定為故意殺人罪未遂，其被追訴，且故意殺人侵害法益嚴重，對涉案犯罪工具應從預防角度作出沒收決定。根據前述沒收競合的評價原則，違法所得的沒收優先於供犯罪所用的本人財物的沒收，原則上花瓶應由乙案的法院處理。

最後，犯罪未遂時違法所得是否應當沒收問題。違法所得的沒收是因為違反財產的合理分配義務，是對行為人非法奪取他人財物的一種否定。雖然違法所得通常是犯罪的起因或目的，在犯罪中起著決定性作用，但與定罪追訴不同，在沒收中，必須要以行為人實際取得財物為違法所得沒收的前提，否則與沒收的功能和定位不相符。具體到案件中反過來甲故意殺人既遂，花瓶為甲故意殺人罪供犯罪所用的本人財物，乙盜竊甲埋藏的花瓶未遂，花瓶作為乙盜竊罪的違法所得，在這一組競合中，因為盜竊罪犯罪未遂不予沒收違法所得，故直接以故意殺人罪的供犯罪所用的本人財物沒收即可。

五、行政法與刑法之間的沒收競合

自2021年修訂的《行政處罰法》第9條將“沒收違法所得”作為行政處罰的一種，其與《刑法》第64條規定的沒收違法所得就可能存在沒收競合關係。具體來說，行政機關對違法行為作出處罰，而司法機關也對犯罪行為作出處罰。問題在於通常案件都是在公安等行政機關的處理中，而犯罪作為司法機關判斷範疇，讓行政機關先做判斷後再交由司法機關處理，難免會出現行政處罰與司法裁判競合的情況。例如，公安機關在甲處抓獲少量其出售的淫穢書刊，作出治安處罰沒收違法所得和

[33] Vgl.Horn/Wolters,in: SK-StGB,2008,§74.Rn.8; Fischer,Strafgesetzbuch,62.Aufl.,2015,§74Rn.6; Hellmann/Beckemper,Wirtschaftsstrafrecht,4.Aufl.,2013,Rn.978.

[34] 李聖傑：《犯罪物沒收與利得沒收之競合》，載林鈺雄主編：《沒收新制（五）沒收實例解析》，元照出版公司2020年版，第145頁。

[35] 張明楷：《刑法學（第六版）》，法律出版社2021年版，第426頁。

淫穢書刊後，發現甲出售大量淫穢書刊的證據，移送司法機關處理，待司法機關作出沒收違法所得等對涉案財物的處置措施時就存在行政處罰和司法裁判的沒收競合問題。

筆者認為，在沒收競合的情況下，刑事處罰應將行政處罰的沒收違法所得與沒收非法財物相折抵。首先，雖然目前行政法上的沒收違法所得與刑法上的沒收違法所得性質不同，但兩者追求的目的是相同的（矯正不公平的財產秩序），所以司法機關在作出沒收違法所得的決定時就應當將行政機關已經作出的決定作為自身是否以及如何沒收的考量因素^[36]，這樣才不至於違反比例原則。^[37]其次，《行政處罰法》第35條規定，對於行政拘留與行政罰款均應與刑期和罰金相折抵。雖然目前《行政處罰法》和《刑法》均未對沒收違法所得和沒收非法財物相折抵作出規定，但非法財物具有同質性和同一性，即行政處罰中的沒收和法院作出的定罪後的沒收處罰均是淫穢物品，而且涉案的淫穢物品總量是固定的，根據相當性原則沒收也應與違禁品的數量相當，不能行政沒收後，定罪後的沒收再突破總量施加一遍沒收，那樣沒收就具有懲罰性質了。最後，無論是作為行政罰款的沒收違法所得，還是作為非刑罰處罰措施的沒收違法所得，最終都是上繳國庫。供犯罪所用的本人財物和違禁品（非法財物）通常由公安機關統一處理。簡言之，大部分財物的終局性處置相同。

沒收競合是實務中的一個真問題，是刑事涉案財物處置措施中不可忽視的部分。沒收競合與犯罪競合都應同屬於競合論的內容，雖然目前的研究不多，但這部分仍然有很大的研究空間，例如，刑民交叉類案件的沒收競合、行刑交叉類案件的沒收競合，以及跨境犯罪案件的沒收競合等。對於沒收競合的研究，目前國內還處於起步階段，希望本文的研究能起到拋磚引玉的作用，引起學界對此問題的關注。

[36] 陳信安：《行政罰法利得剝奪及沒入規定與刑法沒收規定競合問題之研究》，載《台大法學論叢》第49卷第3期，第865頁。

[37] 王鑑：《沒收違法所得合憲性分析——基於德國刑法上特別沒收合憲性改革的啟示》，載《法學雜誌》2022年第1期，第131頁。

Abstract: On the grounds that the concurrence of confiscation of property involved in criminal cases, which is common but overlooked in practice, has received scant attention in academia, a comprehensive and systematic study on this issue is conducive to solving practical problems. The evaluation principles of forfeiture concurrence theory should be principle of comprehensive evaluation and prohibiting repetitive assessment, while the disposal limitation should be equivalence. With the disposal limitation of equivalence, confiscation for contraband is by a standard of actual control principle, while the confiscation of unlawful income and personal property used for crime jurisdiction should follow the ownership of jurisdiction. Forfeiture concurrence theory can be divided into two types: homogeneous concurrence and heterogeneous concurrence. The most problematic concurrence is the concurrence of confiscation under the criminal pattern. For instance, under the duplicity, the premise for convicting and punishing is based on confiscating the illegal gains and the personal assets used for criminal purposes by the offender. The contraband, whenever they appear in connection with a crime, regardless of conviction, is subject to confiscation. The relationship between duplicity and forfeiture concurrence should be intersecting, not identical. In cases of joint crime, forfeiture concurrence should adhere to the principle of joint recovery with individual confiscation being an exception. Whether a crime is prosecuted as completed or attempted, it does not necessarily entail the confiscation of personal assets used for criminal purposes. In cases of attempted crime, only the actual illegal gains obtained by the perpetrator can be confiscated. In addition, the illegal gains to be confiscated in administrative penalty shall be deducted in confiscation of illegal property of criminal punishment when there is a concurrence of confiscation between administrative law and criminal law.

Key words: Property Involved in Criminal Cases; Concurrence of Confiscation; Criminal Pattern

(責任編輯：馬志遠)

犯罪門檻研究

張智輝* 田健夫**

摘要 為犯罪設置門檻以便在危害行為中區分罪與非罪，是中國刑法的重要特色之一。深入研究中國刑法關於犯罪門檻的設置，準確把握犯罪門檻設置的精神實質，檢視反思司法解釋中規定的犯罪門檻的具體標準，有助於更好的堅持和運用中國刑法的特色，更好地發揮刑法在社會治理中的功能作用。科學合理的設置犯罪門檻的具體標準，應當堅持對可能影響危害行為的危害程度和行為人人身危險性程度的各種事實情況進行統一評價、綜合評價的原則，應當貫徹刑法的謙抑原則，應當重視刑事處罰與行政處罰的界分與銜接。

關鍵詞 犯罪成立 入罪標準 情節 司法解釋

前言

我國刑法與外國刑法最大的區別在於，我國刑法不僅規定了犯罪的行為類型，而且規定了犯罪的度。一個行為，對社會的危害達到一定的度，就構成犯罪（入罪）；雖然具有社會危害性但沒有達到一定的度，就不作為犯罪處理（出罪）。這個度，既是入罪的門檻，也是出罪的門檻，簡稱為犯罪門檻。犯罪門檻是指在行為具有危害性和違法性的前提下，反映行為對社會的危害程度和行為人人身危險性程度從而決定該行為能否作為犯罪來處理的事實特徵所構成的度量標準。也就是說，犯罪門檻是在危害行為本身的構成要素之外，決定該行為是否構成犯罪的事實特徵。犯罪門檻存在的前提是行為本身具有危害性和違法性，存在的意義是在危害行為中區分犯罪與非犯罪。“犯罪門檻作為界定犯罪的標準，具有重要的限制或過濾功能，一個行為只有越過犯罪門檻才能進入刑法的規制範圍，構成犯罪。”^[1]遺憾的是，我國刑法理論缺乏對犯罪門檻的重視和研究。

* 張智輝，湖南大學法學院教授、博士生導師。

** 田健夫，湖南大學法學院碩士研究生。

[1] 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68-76頁。

（一）傳統文化

在中國的傳統文化中，人們通常總是把罪與惡聯繫在一起，認為犯罪是一種惡。一旦某人被法院判刑，人們往往會把他視為“惡人”、“壞蛋”，棄而遠之。即使是那些與社會倫理基本上不相干的行為，也會因為被“判刑”而使行為人背上“污點”，受到其他人的鄙視甚至疏遠。因此，“罪”的烙印在中國人的心目中，歷來是十分沉重的。

即使是在現代，中國人的文化中還是把犯罪與犯罪人的品行、道德聯繫在一起，進行負面的評價。如刑法第100條規定：“依法受過刑事處罰的人，在入伍、就業的時候，應當如實向有關單位報告自己受過刑事處罰，不得隱瞞”。而許多單位的用人制度中則明確規定，不接受受過刑事處罰的人。也就是說，一個人一旦受過刑事處罰，不僅其本人身上會留下犯罪的烙印，在社會上、在親戚朋友圈中的聲譽要受到負面的影響，甚至在就業方面也要受到負面的影響，嚴重者還會在其心理上留下終生的陰影，使其無法融入社會。這種影響有時還會有形無形地及於其配偶和子女。這種有形無形的規則，所反映的正是傳統文化中把犯罪作為一種“惡”的意識。因此，一個行為是否構成犯罪，對行為人的影響，往往是十分重大的。

受這種傳統文化的影響，犯罪圈的擴大，必將使更多的人陷入犯罪的泥潭，給其家庭及社會關係帶來難以抹去的陰影。尤其是在我們這樣一個人情世故特別濃厚的“熟人社會”裏，“犯罪之人”對人們的社會生活所帶來的負面影響是任何人都不可低估的。因此，如果不是十分必要，立法者就不會簡單地把某種行為規定為犯罪，同時也要求司法機關不要輕易地把某些刑法禁止的輕微違法行為認定為犯罪，以便盡可能地減少使人進入犯罪圈的機會，減少給某種行為貼上“犯罪”的標籤。正如有的學者指出的：“我國自古沿襲並且影響廣遠的‘法不治眾’的文化傳統要求我們的刑事立法必須以縮小打擊面為宗旨，注重刑法的謙抑性。而達到縮小打擊面最為簡約的方式便是從犯罪構成的量上進行控制，把沒有達到一定‘數量界限’的危害行為排除在犯罪圈之外。因此，可以說我國刑法中定量犯罪概念的存在是我國傳統法文化的當然體現。”^[2]基於這個原因，我國刑法在規定犯罪的時候，往往給刑法所要禁止的危害行為設置一定的限制性的入罪條件，以防止把過多的行為人當做罪犯來處理。這些定量的限制性條件就是犯罪的門檻。

（二）社會現實

社會現實是刑法發揮作用的基礎。脫離社會現實的法律是不可能有生命力的。從中國的社會現實看，人們長期生活在一個半封閉的熟人社會裏，大家把彼此之間的關係、友情甚至“面子”看的比什麼都重要，由此導致的一個必然結果是人們的規則意識普遍淡薄。人們為了表達友情、親情，為了密切彼此間的關係，甚至為了“面子”而“兩肋插刀”，不顧法律、規則的現象大量存在，以致許多人都不重視規則，不重視法律，把違反法律看的很輕，甚至把能夠在法律規定之外為親戚朋友辦成事看作是有“能耐”。

在這樣一個社會現實面前，如果刑法把所有違法的行為都規定為犯罪，必然會導致事與願違的結果：如果司法機關嚴格執法，社會上成為罪犯的人將會極大的增加，整個國家將會出現普遍的不滿情緒，同時，國家為懲罰犯罪所必需投入的資源將會極大的增加，使國家不堪重負；如果司法機關不嚴格執法，就可能使人們不把刑法當回事，從而喪失刑法在社會治理中應有的威懾功能和預防功能，同時也必然給任意執法製造足夠的理由，司法機關隨時可能以“警力不足”為由對已經發生的

[2] 儲槐植、汪永樂：《再論我國刑法中犯罪概念的定量因素》，載《法學研究》2000年第2期，第34-43頁。

嚴重犯罪不聞不問，導致嚴重的司法不公。

理性地面對社會現實，必然是在開展法治教育、培養人們的法制意識的同時，審慎地區分一般的違法行為與嚴重的違法行為，集中有限的司法資源，有效地懲罰嚴重的違法行為。這種選擇，在刑法立法上也就表現為區分危害行為的不同類型，對本身就是嚴重危害社會的行為，直接規定為犯罪；對性質相同但危害程度不同的行為，設置一定的門檻，以區分犯罪與非犯罪。這樣做的結果，就使一些雖然性質相同但具體實施的情況及其對社會的危害程度不同的行為分解為犯罪行為與非犯罪行為。而區別犯罪行為與非犯罪行為的度，就是刑法為行為構成犯罪所設置的門檻。

當然，也有人認為，二元處罰體制並非最佳的處理方式。現代文明社會要求有更為文明和具有守約精神的公民，以實現現代社會管理中的最佳社會治理模式——法治社會。因此，對於當下守法意識淡漠的中國而言，通過降低犯罪門檻，縮短違法與犯罪之間的差距，具有非常重要的現實意義。^[3] 這種觀點應該說不無道理，但是過於理想化。規則意識的養成需要一個漫長的引導過程。在一個缺乏規則傳統的社會裏，通過刑法來培育人們的規則意識，只能是一個一個行為逐漸地緩慢地強迫，而不可能在短時間內把所有違反規則的行為都規定為犯罪，都通過刑法的手段來規制。否則必然會引起民眾的反抗和社會的動亂，導致事與願違的結局。因此，在國家大力推進依法治國、努力建設社會主義法治國家的時代背景下，國家最高權力機關依然選擇了二元處罰的法律體系，以適應社會現實的治理需要。

（三）司法成本

當刑法把某些行為規定為犯罪的時候，司法機關就要為懲治這種犯罪投入一定的成本，才能保證刑法的規定是實實在在的。否則，刑法就會喪失其威懾力，從而也就會喪失其對人們的社會活動的引導和規制功能。懲治犯罪所要投入的司法成本，涉及到刑事訴訟的各個環節，如立案偵查犯罪行為，以發現犯罪人和收集能夠證明犯罪行為系犯罪人所實施的證據材料；審查這些證據材料及其所能證明的犯罪事實，進而決定是否提起公訴以及在法庭上指控和證明犯罪；根據指控組織法庭的審判活動，對被告人進行公正的審判所必需的各個方面的人員（如法官、法警、書記員、公訴人、律師、證人、鑑定人及其他訴訟參與人等）參與；關押犯罪嫌疑人、被告人的場所，看守、警戒人員以及執行刑罰所需要的各種設施和人員，等等。其中每一個環節都需要一定的經費、技術、人員的投入。

這種投入，對於國家來說，始終面臨著兩個方面的拷問：一是有沒有必要進行這種投入？二是有沒有資源進行投入？當立法者把某種行為規定為犯罪的時候，自然是認為這種行為有必要用刑法來禁止，所以自然會認為有投入的必要。但是如果真的要把大量的可以通過其他手段來禁止的行為規定為犯罪時，人們就會懷疑是否真的存在這種必要。因為，一個高明的社會管理者用以進行社會治理的方式往往是多樣化的，不可能只使用刑法這一種手段。如果可以使用其他投入較少的社會治理手段來規制和避免發生危害社會的行為，就沒有必要使用投入較多的手段來規制和避免同一種危害行為。也就是說，是否確有必要動用刑法來禁止某種行為，要看是否可以用其他更便捷、投入成本更低的手段禁止它。如果有這種選擇而不用，直接使用投入成本很高的刑法，刑法的規定就是不必要的。因此，刑法往往是被用來懲治那些比較嚴重的、用其他手段不足以禁止的危害行為而不是所

[3] 參見儲懷植、何群：《刑法謙抑性實踐理性辨析》，載《蘇州大學學報（哲學社會科學版）》2016年第3期，第59-67頁。

有的危害行為。

不僅如此，一個國家到底有多少資源可以用來懲治犯罪，並不是由立法者的任性決定的，而是由國家實際擁有的人力、物力、財力決定的。任何國家都不可能把自己的全部資源都用於懲治犯罪這一項事業上。國家治理涉及到社會生活的方方面面，每一個方面都需要人力、物力、財力的投入，能夠用來投入到刑事司法領域的資源總是有限的。因此，立法者把犯罪圈劃的有多大，不能不考慮國家可以用於懲治犯罪的人力、物力、財力，不可能超越實際具有的司法資源來規定犯罪。這就必然要求立法者在可能出現的危害行為中進行選擇，把那些必須用刑法來禁止的行為規定為犯罪，把有限的司法資源用於懲治必須動用刑罰來制裁的危害行為上。這也就決定了國家對犯罪的規定和認定必須有一定的條件限制，而這個限制條件就是犯罪的門檻。

基於以上原因，我國在長期的立法實踐中探索、構建了獨具中國特色的法律體系，其中包括針對違法行為的二元處罰體制。所謂“二元處罰體制”，是指把違法行為分為一般違法行為（違法）和嚴重違法行為（犯罪），對一般違法行為由行政執法部門或治安行政管理部門給予行政處罰；對構成犯罪的嚴重違法行為由司法機關予以刑事處罰的法律體制^[4]。

這種二元處罰體制決定了刑法對犯罪的規定以及司法實踐中對犯罪的認定，不僅要對其進行質（行為類型）的規定和考察，而且要對其進行量（危害程度）的規定和考察。由此就產生了同一類違法行為在什麼情況下構成一般違法行為由行政機關處罰、在什麼情況下構成犯罪由司法機關處罰的問題。從一般違法行為到嚴重違法行為（犯罪），有一個量變到質變的過程，而變化的節點就是度，是犯罪門檻。

按照二元處罰體制，我國《行政處罰法》明確規定：公民、法人或者其他組織，實施了違反行政管理秩序的行為，應當由行政機關依法給予行政處罰；違法行為構成犯罪的，行政機關必須將案件移送司法機關，依法追究刑事責任。其中，違反治安行政管理的行為則由公安機關依照《治安管理處罰法》的規定進行處罰。我國在《治安管理處罰法》中規定了多種擾亂公共秩序、妨害公共安全、侵犯人身權利、侵犯公民財產權利、妨害社會管理的行為，這些行為都具有社會危害性，並且絕大多數都與刑法中規定的犯罪行為相似甚至相同。如《治安管理處罰法》第四十九條規定的盜竊、詐騙、哄搶、搶奪、敲詐勒索或者故意損毀公私財物的行為，與刑法分則第五章中規定的盜竊罪、詐騙罪、聚眾哄搶罪、搶奪罪、敲詐勒索罪、故意毀壞財物罪，在行為類型上可以說是完全相同的。其中，依照刑法規定構成犯罪的，要依法追究刑事責任；尚不夠刑事處罰的，則由公安機關依照《治安管理處罰法》給予治安管理處罰。所謂“尚不夠刑事處罰的”，就是指其危害程度沒有達到犯罪程度的違法行為。因此，把握犯罪的門檻，是區分違反治安管理的違法行為與觸犯刑律的違法行為的關鍵。

[4] 這裏的二元處罰體系是針對違反行政管理法規的行為而言。違反行政管理法規的行為，情節一般的，由行政執法機關進行行政處罰；情節嚴重的，由司法機關進行刑事處罰。至於一些危害社會的行為同時也是侵犯公民個人權利或法人權利的行為，則往往是由民法中的侵權責任與刑法中的刑事責任構成二元處罰體系。一般的侵權行為，由當事人向人民法院直接提起民事訴訟，通過追究行為人的侵權責任達到制裁的目的；而情節嚴重構成犯罪的，則通過人民法院追究行為人的刑事責任達到制裁的目的。

二、我國刑法關於犯罪門檻的設置

我國刑法在關於犯罪的規定中，不僅規定了犯罪的一般概念，而且規定了各種具體犯罪的行為特徵，同時為各種具體犯罪的成立設置了入罪的門檻。刑法關於犯罪門檻的設置，是通過總則性規定和分則性規定來實現的。

我國1979年頒佈的第一部刑法第10條就明確規定了犯罪的定義，1997年刑法第13條進一步重申了這個規定，即“一切危害國家主權、領土完整和安全，分裂國家、顛覆人民民主專政的政權和推翻社會主義制度，破壞社會秩序和經濟秩序，侵犯國有財產或者勞動群眾集體所有的財產，侵犯公民私人所有的財產，侵犯公民的人身權利、民主權利和其他權利，以及其他危害社會的行為，依照法律應當受刑罰處罰的，都是犯罪，但是情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪”。刑法學界普遍認為，這個規定指出了犯罪的基本特徵，在明確什麼是犯罪的同時強調“情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪”。這就意味著，一個行為，雖然符合刑法規定的行為特徵，具有社會危害性，但是如果情節顯著輕微危害不大，就不作為犯罪來處理。也就是說，一個行為，是否構成犯罪，不僅取決於該行為是否屬於刑法所禁止的行為，而且取決於該行為的情節是否顯著輕微危害不大。雖然符合所規定的具體罪名的行為特徵，但是如果情節顯著輕微危害不大，就不作為犯罪來處理；如果情節不是“顯著輕微危害不大”，就要作為犯罪來處理^[5]。因此，在具體案件中，是否存在著“情節顯著輕微危害不大”的情形，就成了一個符合刑法規定的危害行為是否作為犯罪來處理的關鍵因素，也就是入罪或者出罪的門檻。這個規定，從理論上講，應當適用於刑法規定的所有犯罪，因為它是總則性的規定。但實際上，由於刑法分則在許多犯罪的構成要件中包含了有關危害程度即“量”的規定，所以總則性的這個規定主要適用於“行為犯”，即刑法只規定了行為類型的犯罪。

除了總則性規定之外，我國刑法分則在關於具體犯罪的規定中，大量使用了表明行為的危害程度的用語，作為行為犯罪成立的一個要件。雖然實施了刑法規定的行為，但是如果沒有達到這種量的規定，仍然不能作為犯罪來處理。這些關於量的規定，既是危害行為構成犯罪的一個要件，也是能否將其作為犯罪來處理的門檻。這類門檻主要有：

（一）情節嚴重

我國刑法分則在規定具體犯罪時大量使用了“情節嚴重”的用語。僅刑法修正案（十一）中就有13個條款把“情節嚴重”或“其他嚴重（惡劣）情節”作為入罪門檻來規定。“情節嚴重”，在一些條款中是作為行為構成犯罪的門檻規定的；在一些條款中是作為提高法定刑檔次的門檻規定的。在現行刑法中，有的罪名是把“情節嚴重”作為違法行為構成犯罪的情形之一規定的，如刑法第293條規定的尋釁滋事罪有4種行為方式，只有第三種即“強拿硬要或者任意損毀、佔用公私財物”的行為，必須是情節嚴重的才能構成犯罪。而多數罪名則是把“情節嚴重”作為該條規定的違法行為構成犯罪必須具備的條件來規定的。如刑法第246條規定的侮辱罪、誹謗罪，以暴力或者其他方法公然

[5] 刑法第13條但書的意義在於提示人們注意：認定犯罪不僅要考慮定性還要考慮定量，犯罪是一定程度的社會危害性、違法性的質與量的統一。但書是適應中國的法律結構需要產生的，有助於司法機關合理適用刑法，可以縮小犯罪或者刑事處罰的範圍，從而避免給一些輕微的危害行為（或違法行為）打上犯罪的標記。參見阮齊林：《刑法學》，中國政法大學出版社2008年版，第51頁。

侮辱他人或者捏造事實誹謗他人的行為，只有在情節嚴重的情況下，才能構成犯罪。這種規定即意味著：雖然實施了以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事實誹謗他人的行為，但若不是情節嚴重的，就不能構成侮辱罪或誹謗罪。此外，刑法中還有多個條文是把有“其他嚴重情節”作為入罪門檻的選擇性要件規定的。

之所以要把情節嚴重作為入罪的門檻，是因為這類犯罪對社會的危害大小不一，而表明危害程度大小的因素就是“情節”。情節嚴重的，就表明其對社會的危害程度大，應當作為犯罪來懲罰；情節不嚴重的，就表明其對社會的危害程度還不夠大，不需要作為犯罪來懲罰。如刑法第252條規定的侵犯通信自由罪，行為人只要實施了隱匿、毀棄或者非法開拆他人信件的行為，就侵犯了公民通信自由權利。但這種行為有輕有重，有的只是偶然的毀棄或開拆了他人的一兩個信件，有的則是多次、大量地毀棄或開拆他人的信件；有的被毀棄或開拆的信件不是重要信件，對收信人沒有大的影響，甚至收信人對是否收到該信件也覺得無所謂，有的被毀棄或開拆的信件對收信人具有重大意義，沒有及時收到信件可能對其造成嚴重的後果，有的信件可能涉及到有關個人的隱私或秘密，收信人對此十分看重。對於前者，如果作為犯罪來處理，就可能處罰過重，也沒有必要；對於後者，就不能不作為犯罪來處理。所以刑法規定，隱匿、毀棄或者非法開拆他人信件的行為，只有情節嚴重的，才構成犯罪。這樣就把情節不算嚴重的隱匿、毀棄或者非法開拆他人信件的行為排除在犯罪之外。這樣做，有利於縮小刑法的打擊面，保持刑法的威懾力。這樣規定，也與刑法總則第13條規定的精神相吻合。

（二）情節惡劣

在某些條款中，刑法使用了“情節惡劣”的用語，並將其作為行為構成犯罪的一個獨立要件。其中，有的條文是把情節惡劣作為行為構成犯罪必須具備的條件加以規定的，如刑法第260條規定的虐待家庭成員罪，就是虐待家庭成員的行為必須是情節惡劣的，才能作為犯罪來處理。雖然對家庭成員有虐待行為，但不是情節惡劣，就不構成犯罪。有的條文是把“情節惡劣”作為行為構成犯罪的行為方式之一的要件來規定的，如刑法第133條之一規定的危險駕駛罪，有4種行為方式，只有其中的第一種行為方式即“追逐競駛”的行為，必須是情節惡劣的，才能作為犯罪處理，其他三種行為方式構成犯罪則不要求必須是情節惡劣。在這些犯罪中，如果情節惡劣，就要作為犯罪來處理；雖然實施了刑法規定的行為，但是如果屬於情節惡劣，就不作為犯罪來處理。因此，情節是否惡劣，就是這類行為是否構成犯罪的一個門檻。

之所以要把情節惡劣作為入罪的門檻，同樣是因為這類犯罪對社會的危害大小不一，而表明行為對社會的危害程度的因素就是情節。同一種行為，情節惡劣的，表明行為的危害程度較大，應當作為犯罪來懲罰；情節不惡劣的，表明行為的危害程度還不算大，沒有必要作為犯罪來懲罰。如刑法第255條規定的打擊報復會計、統計人員罪，公司、企業、事業單位、機關、團體的領導人對依法履行職責、抵制違反會計法、統計法行為的會計、統計人員實行打擊報復，有的只是遇到機會就給其“穿小鞋”，沒有造成嚴重的後果；有的則是千方百計地尋找機會迫害會計或統計人員，二者“打擊報復”的程度顯然是不同的，對當事人造成的危害也是不同的，所以後者構成犯罪，前者不構成犯罪。

作為犯罪門檻，“情節嚴重”與“情節惡劣”的表現方式、危害程度以及刑法意義基本上是相同的，其區別在於，“情節嚴重”強調的主要是在客觀方面的表現，“情節惡劣”強調的主要是在行為所表現出的行為人主觀惡性。

（三）數額較大或數額巨大

我國刑法分則在一些條款中使用了“數額較大”、“數額巨大”的用語，一些地方是作為行為構成犯罪的門檻規定的，一些地方是作為提高法定刑檔次的門檻規定的。其中，有的罪名是把數額較大作為構成犯罪的選擇性要件規定的，如刑法第388條之一規定的利用影響力受賄罪，“數額較大”與“有其他較重情節”就是選擇性要件，實施利用影響力受賄的行為，如果受賄的數額較大，就構成犯罪，如果不是數額較大但有其他較重情節的，也可以構成犯罪。有的罪名是把“數額較大”作為行為方式之一的構成要件規定的，如刑法第384條規定的挪用公款罪，規定了三種行為方式，有兩種行為方式是以數額較大為構成要件的。有的罪名是把數額較大作為構成犯罪的必備要件規定的，如刑法第178條規定的偽造、變造國家有價證券罪，實施偽造、變造國庫券或者國家發行的其他有價證券的行為，必須是“數額較大”的，才能構成犯罪。有的罪名是把數額較大作為隱含的構成要件規定的，如刑法第171條第二款規定的金融工作人員購買假幣、以假幣換取貨幣罪，第176條規定的非法吸收公眾存款罪，第195條規定的信用證詐騙罪，這些條文中規定“數額巨大或者有其他嚴重情節”，是第二個法定刑檔次的要件，由此可以推定構成第一個法定刑檔次的犯罪應該是數額較大。此外，刑法中還有一些條文直接把數額巨大規定為犯罪成立的要件。其中，有6個條文是把數額巨大與其他要件並列規定為行為構成犯罪的選擇性要件，如刑法第158、159、160、179、186、187條規定的犯罪，都是把數額巨大與造成嚴重後果或造成重大損失、有其他嚴重情節並列規定為行為犯罪成立的選擇性要件；有的條文則是把數額巨大規定為行為構成犯罪的必備要件，如刑法第165條規定的非法經營同類營業罪和刑法第218條規定的銷售侵權複製品罪。

之所以要把“數額較大”或“數額巨大”作為入罪的門檻，是因為數額的大小，在一定程度上反映了這類行為對社會的危害程度。刑法把數額作為犯罪門檻的行為，往往是與經濟有關的行為。在這類行為中，涉案數額有的反映了行為實施的規模，有的反映了行為獲得的利潤，有的反映了行為給社會或他人造成的損失。因此，數額的大小往往是反映該行為的社會危害性程度的刻度，數額較大，表明行為對社會的危害程度達到了應當受刑罰處罰的程度，必須作為犯罪來處理；數額沒有達到“較大”的量，則表明行為對社會的危害程度還沒有達到犯罪的度，不需要或不應當作為犯罪來處理。

（四）造成嚴重後果

我國刑法分則在規定具體犯罪時大量使用了“造成嚴重後果”或“致使”、“致”、“使”等用語，以表明行為所造成危害後果。其中，有些條文是直接把“造成嚴重後果”或“造成嚴重危害”作為行為構成犯罪的一個獨立要件規定的，如刑法第129條規定的丟失槍支不報罪，依法配備公務用槍的人員，丟失槍支不及時報告的行為，如果沒有造成嚴重後果，就不構成犯罪，但若造成了嚴重後果，就構成犯罪。有的條文是把“造成重大損失”或“造成嚴重損失”作為行為構成犯罪的獨立要件或選擇性要件規定的，如刑法第219條規定的侵犯商業秘密罪，不僅要有侵犯商業秘密的具體行為，而且必須是給商業秘密的權利人造成了重大損失，才能構成犯罪。有些條文是把造成特定的危害後果規定為行為構成犯罪的獨立要件或選擇性要件的，如刑法第343條第二款規定的破壞性採礦罪，就是把“造成礦產資源嚴重破壞”作為犯罪構成要件規定的，雖然實施了違反礦產資源法的規定，採取破壞性的開採方法開採礦產資源的行為，但是如果客觀上沒有造成礦產資源嚴重破壞，就不能構成破壞性採礦罪。有些條文是把“致使”、“致”、“使”或“導致”國家和人民利益遭受重大損失或特定損失作為行為構成犯罪的要件規定的。如刑法第397條規定的濫用職權罪、怠忽職

守罪，就是把致使公共財產、國家和人民利益遭受重大損失，作為行為構成犯罪必須必備的條件規定的，雖然有濫用職權或者怠忽職守的行為，但如果沒有給公共財產、國家和人民利益造成重大損失，就不能作為犯罪來處理。

此外，在一些條文中雖然沒有出現“造成嚴重後果”的字樣，但明確規定“過失犯前款罪的”，按照過失犯罪的原理以及“前款罪”中所包含的要素，可以看出是以特定的危害後果為構成要件的。如刑法第119條第二款規定的過失損壞交通工具罪、過失損壞交通設備罪、過失損壞電力設備罪、過失損壞易燃易爆設備罪，都是“過失犯前款罪的”，而第一款中規定的“前款罪”，都是以“造成嚴重後果”為要件的。

之所以要把造成危害後果作為入罪的門檻，是因為這類犯罪對社會的危害大小不一，而行為所造成危害後果直接表明了行為對社會的危害程度。雖然實施了刑法所禁止的行為，但還沒有造成危害後果或者危害後果不嚴重，往往表明該行為的社會危害性還不是很大，可以不予以刑罰處罰。如果造成了嚴重的危害後果，則表明該行為對社會的危害達到了一定的程度，應當作為犯罪來懲罰。因此，是否實際造成了某種危害後果，在這類行為中，就成為犯罪的門檻。

三、犯罪門檻的核心要義

我國刑法規定的犯罪門檻，有些是確定的事實特徵（如數額、結果），有些是不確定的事實特徵（如情節）。無論是確定的還是不確定的事實特徵，作為認定一個行為是否構成犯罪的標準之一，都存在一個如何具體把握的問題。而在司法實踐中把握入罪的門檻，關鍵在於如何理解作為犯罪門檻的事實特徵的實質。只有正確理解犯罪門檻的實質，才能準確運用刑法關於犯罪門檻的規定來合理的區分罪與非罪。

我國刑法第13條明確規定了犯罪的概念，這就意味著，在中國刑法中，一個行為是不是犯罪，要受到犯罪概念的約束。只有符合犯罪概念的行為，才能認定為犯罪；不符合犯罪概念的行為，就不能認定為犯罪。而犯罪門檻作為危害行為入罪的一道關卡，自然要受到犯罪概念的實質性制約。因此，對刑法中規定的作為犯罪門檻的各個事實特徵的理解，就必須從犯罪概念中尋找實質性根據，並根據犯罪概念來把握。

按照刑法學界多數學者的理解，我國刑法第13條規定的犯罪概念，表明犯罪是危害社會依法應受刑罰處罰的行為，即犯罪的基本特徵是社會危害性、刑事違法性和應受刑罰處罰性。其中，社會危害性是犯罪的社會特徵。它反映了立法者對犯罪本質的認識。它是立法者把某種行為規定為犯罪的根本動因，也是動用刑法必要性的根本依據；是司法實踐中對具體行為進行刑法上的價值判斷的依據。一個行為，如果沒有社會危害性，立法者就不應該將其規定為犯罪；司法者就不能將其認定為犯罪。刑事違法性是犯罪的法律特徵。它反映了立法者對危害社會的行為外在特徵的類型化認識，是立法者對一個行為構成犯罪所設定的條件；是司法實踐中認定犯罪必須遵循的規範化標準。應受刑罰處罰性是犯罪的歸責特徵。應受刑罰處罰性既包含了對行為危害程度的評價，也包含了對危害行為本身的責難。它反映了立法者對危害行為與刑罰之間關係的認識，是二元處罰體系下立法者用以區別應當作為犯罪來對待的違法行為與一般違法行為的標誌。因此，一個行為要滿足犯罪概念所揭示的三個基本特徵，不僅要求其在實質上具有社會危害性，而且要求在形式上具有刑事違法性，並且要求在總體上具有應受刑罰處罰性。

犯罪門檻，當其被立法者規定為犯罪成立的一個必備要件時，本身就具備了刑事違法性的特徵，但是，它又與傳統刑法理論中的犯罪構成要件不同，既不是犯罪的客體，也不是危害行為本身，不是犯罪主體的內容，也不是犯罪主觀方面的內容。而犯罪門檻又確確實實是危害行為實施過程中客觀存在的、與危害行為密切相關的事實情況。有的學者認為，它屬於犯罪客觀方面的內容。如果犯罪門檻只包含危害結果，還可以說是犯罪客觀方面的內容，但是事實上犯罪門檻中最具代表性的“情節”遠遠超出了犯罪客觀方面所能包含的內容的範圍。因此，它應該被視為犯罪成立的一個獨立要件，它實質上是犯罪概念中“應受刑罰處罰性”的法律形式。或者說，犯罪門檻實質上是應受刑罰處罰性在罪狀的法律條文中的具體表現。

犯罪門檻的實質是應受刑罰處罰性，包含了三個方面的含義：

第一，犯罪門檻是以行為本身具有社會危害性和刑事違法性為前提的。只有既具有社會危害性也符合刑事違法性的行為，才會存在是否應當受刑罰處罰的問題。一個行為，如果不具有社會危害性，就不會也不應當納入刑法評價的範圍；同樣地，如果不具有刑事違法性，也就談不上是否應當受刑罰處罰的問題。^[6]

第二，犯罪門檻標誌著危害行為達到了應當受到刑罰處罰的程度。如前所述，我國刑法對犯罪的規定，不僅包含著質的規定性（刑法對危害行為的類型化規定），而且包含著對危害行為量的規定性（刑法對危害程度的規定）。犯罪門檻就是刑法規定的對危害行為在危害程度上的要求。危害行為在量上達到了犯罪門檻的要求，才能作為犯罪來處罰；沒有達到犯罪門檻的要求，即使是刑法所禁止的具有社會危害性的行為，也不能作為犯罪來處罰。

應當受刑罰處罰，不僅包含了對危害行為的量的要求，而且包含了對危害行為歸責的要求。只有當危害行為的法律後果“應當”歸責於行為人時，對其進行刑罰處罰才是“應當”的。行為的可歸責性，既表現為行為本身的危害性，也表現為行為人在危害行為實施過程中表現出來的人身危險性。因此，犯罪門檻就是能夠表明危害行為的危害程度和行為人人身危險性程度的事實情況，這些事實情況表明危害行為的危害程度達到了犯罪的量，因而應當受到刑罰處罰。

第三，犯罪門檻是二元處罰體系下在危害行為中區分罪與非罪的標準。在現代社會治理體制中，一切違法行為都應當受到法律的懲罰。但是由於二元處罰體系的存在，並不是一切違法行為都要受到刑罰的懲罰。那麼，哪些違法行為要受到刑罰的懲罰，哪些違法行為不需要受到刑罰的懲罰，就必然要求有一個區分的標準。而這個標準就是犯罪門檻。一個違法行為，當其對社會的危害程度達到犯罪門檻時，就要受到刑罰處罰；沒有達到犯罪門檻時，就不需要受到刑罰處罰而可以通過行政處罰或治安處罰來懲罰。

[6] 有的學者認為，具有社會危害性同時具有刑事違法性的行為，當然就具有應受刑罰處罰性。這種觀點，把應受刑罰處罰性視為犯罪的法律後果，實際上就否定了應受刑罰處罰性在犯罪概念中獨立存在的意義。事實上，具有社會危害性同時具有刑事違法性的行為未必一定要受到刑罰處罰，如未成年人使用輕微暴力強搶少量財物的行為，既具有社會危害性，也符合刑法規定的搶劫罪的構成要件，但司法解釋明確規定，這種行為“一般不宜以搶劫罪定罪處罰”（最高人民法院《關於審理搶劫、搶奪刑事案件適用法律若干問題的意見》（法發〔2005〕8號）。正因為在行為具有社會危害性和刑事違法性的情況下還有必要對其進行是否應當受到刑罰處罰的評價，所以，應受刑罰處罰性在犯罪概念中才有了存在的價值，從而成為犯罪的三個基本特徵之一。

四、犯罪門檻具體標準的設置原則

我國刑法關於犯罪門檻的規定，通常都是採取概括性的方式，如“情節嚴重”、“數額較大”等。實踐證明，這種規定方式比規定具體的確定性的量值要科學合理。但這種規定必然帶來的問題是罪與非罪之間的度即犯罪門檻在具體認定犯罪的實踐中如何把握，就可能會因人而異。如什麼樣的情節屬於“情節嚴重”、什麼樣的情節不屬於“情節嚴重”，什麼樣的後果屬於“嚴重後果”、什麼樣的後果不屬於“嚴重後果”，不僅負責立案偵查的警官、負責審查起訴的檢察官與負責審判的法官之間可能存在著不同的認識和標準，即使是同一個法院的法官之間也可能存在著不同的認識和標準。而犯罪門檻把握的尺度則直接關係到犯罪圈的大小和犯罪治理的社會效果。

為了統一刑法的適用，最高司法機關不斷總結司法實踐經驗，努力通過司法解釋或聯合解釋來明確犯罪門檻的具體標準。這種努力無疑是非常必要的，也確實有效地解決了司法實踐中刑法適用中出現的混亂問題，有效地避免了刑法適用的不公平。但也存在一些值得研究的問題，如入罪標準的合理性問題、立法精神的把握問題、犯罪門檻的內在邏輯問題等等。而解決這些問題的關鍵在於設定犯罪門檻的具體標準時遵循什麼樣的原則。

在刑法設置了犯罪門檻的犯罪中，如何確定犯罪門檻的具體標準，筆者認為，應當堅持以下原則：

（一）統一評價原則

刑法對違法行為危害程度的評價，應當堅持相同的邏輯，設置統一的評價標準。行為的危害性是否嚴重到應受刑罰處罰的程度，雖然是以事實判斷為基礎的，但其本身是一種價值判斷。如果沒有統一的價值觀，就很難保證對大致相同的事實作出大致相同的判斷，從而也就很難保證刑法適用的統一性。特別是在制定犯罪門檻的具體標準時，如果相同的事實在不同種類的犯罪中不能用同一價值觀來評價，就可能導致整個刑法體系中認定犯罪標準的混亂，從而導致刑法適用的不公平。

所謂統一評價原則，是指在規定犯罪門檻的具體標準時，應當堅持對同一事實的危害程度在相同情況下，作出相同的評價；對同一事實的危害程度在不同情況下，作出合理的區分。統一評價原則不是強調一個事實只能有一個評價標準，而是強調對同一事實進行評價時應當堅持統一的價值觀。由於犯罪種類的多樣性和表現形式的複雜性，相同的事實在不同類型的犯罪中與不同的因素相結合，可能會對社會產生不同程度的危害，因而可能會、也應當作出不同的評價。但是，相同的事實在大致相同的環境下可能產生的危害程度，不應當因為犯罪類型的不同而作出不同的評價；與相同或類似的因素相結合可能產生的危害程度，不應當因為罪名的不同而作出不同的評價。尤其是在司法解釋中，對相同的事實在不同類型犯罪中規定不同的具體標準時，應當充分考慮制定不同標準的理由，充分考慮是否堅持了統一評價原則。例如，在非法經營罪中，非法經營的數額，可能會因為非法經營物品對社會的重要性不同而設置不同的入罪門檻（在有關司法解釋中，非法從事資金支付結算業務或者非法買賣外匯，經營數額在五百萬元以上的，構成非法經營罪^[7]；未取得或者使用偽造、變造的藥品經營許可證，非法生產、銷售不符合藥用要求的非藥品原料、輔料，非法經營數額

[7] 參見最高人民法院、最高人民檢察院2019年1月31日聯合發佈的《關於辦理非法從事資金支付結算業務、非法買賣外匯刑事案件適用法律若干問題的解釋》。

在十萬元以上的，構成非法經營罪^[8]）。但是，對於通過非法經營行為獲得違法所得的評價標準應該是相同的，因為非法經營行為本身是以營利為目的的行為，獲得相同的違法所得，無論是對行為人個人目的的實現，還是對社會的危害程度，都應該具有相同的意義，應當堅持相同的評價標準。如果因為容易獲得違法利益，就規定極高的入罪門檻；因為不容易獲得違法利益，就規定很低的入罪門檻，這種規定本身就喪失了價值評價的統一性，並且對從事非法經營的行為人而言，也是不公平的。這就如同把盜竊個人財產的入罪門檻規定為2千元、把盜竊銀行的入罪門檻規定為200萬元一樣（因為盜竊銀行一旦得手，數額就很大）。又如，因同類行為受過行政處罰，這個事實本身，既可以表明行為人反復實施類似行為，從而加重對其危害程度的評價，同時也表明行為人具有較大的人身危險性，作為一個認定“情節嚴重”的情形，自然是有其合理性的。這個事實作為一個入罪標準，在不同罪名中，對它的評價應該是統一的，因為它所能反映的危害程度和人身危險性是相同的，不會因為罪名不同而有所改變。然而，在現有的司法解釋中，對其規定的方式卻存在著明顯的不同：有的規定是三年內因同類行為受過二次行政處罰^[9]；有的規定是二年內實施同類行為受過行政處罰二次以上^[10]；有的規定是二年內曾因同類行為受過行政處罰^[11]；有的規定是一年內受過行政處罰後又實施同類行為^[12]；有的規定是曾因同類行為受過行政處罰^[13]。對“受過行政處罰”這樣一個完全相同的事實情況，在不同罪名中規定如此不同的入罪標準，顯然違反了對同一事實的價值評價應該統一的原理。

不僅如此，對於不同事實的評價，應當符合刑法體系的邏輯。也就是說，對於不同事實的危害程度，自然應當作出不同的評價，但這種評價的高低大小應當符合刑法在其他方面進行價值評價的原理，從而保持刑法體系在邏輯上的一致性。例如，銷售偽劣產品（包括假藥、劣藥、不合格食品等）的行為與非法經營的行為，二者都是破壞市場監管秩序的行為，一個通常是通過合法的途徑銷售不合法的商品，一個通常是通過不合法的途徑銷售合法的商品，其目的都是為了獲取非法利潤。其區別在於前者銷售的商品本身通常是有害的，而後者銷售的商品通常是無害的。因此，在刑法的價值評價體系中，銷售同樣數額的商品，本應該是對前者的否定性評價重於對後者的評價，即前者的入罪門檻應該低於後者。但在有關的權威解釋或規定中，有時是這樣規定的，有時卻是反過來規定的。例如，按照《關於辦理危害食品安全刑事案件適用法律若干問題的解釋》的規定，生產、銷售不符合食品安全標準的食品，生產、銷售數額在二十萬元以上的，應當認定為“其他嚴重情節”，而按照《關於辦理非法生產、經營煙草專賣品等刑事案件適用法律若干問題的解釋》的規定，非法

[8] 參見最高人民法院、最高人民檢察院2014年11月19日聯合發佈的《關於辦理危害藥品安全刑事案件適用法律若干問題的解釋》。

[9] 參見最高人民法院、最高人民檢察院2012年8月30日聯合發佈的《關於辦理非法生產、銷售煙草專賣品刑事案件的解釋》第三條。

[10] 參見最高人民法院2010年11月22日《關於審理非法集資刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第八條。

[11] 參見最高人民法院、最高人民檢察院2019年10月25日聯合發佈《關於辦理非法利用資訊網絡、幫助資訊網絡犯罪活動等刑事案件適用法律若干問題的解釋》第六條。

[12] 見最高人民法院、最高人民檢察院2017年7月24日聯合發佈《關於辦理組織、強迫、引誘、容留、介紹賣淫刑事案件適用法律若干問題的解釋》第十四條。

[13] 參見對最高人民法院、最高人民檢察院2013年12月27日聯合發佈《關於辦理醉酒駕駛機動車刑事案件適用法律若干問題的解釋》第二條；最高人民法院、最高人民檢察院2020年9月14日聯合發佈的《關於辦理侵犯知識產權刑事案件具體應用法律若干問題的解釋（三）》第八條。

經營煙草專賣品經營數額在五萬元以上的，就應當認定為“情節嚴重”^[14]。這些規定是否符合價值評價的統一原則，是否符合刑法體系的邏輯，就值得懷疑。

統一評價原則還涉及到對單位行為的評價與對個人行為的評價要不要堅持相同標準的問題。1997年修改刑法時，首次明確規定了單位犯罪。當時對單位犯罪的規定，有的罪名中採取了與個人犯罪區別對待的方式（如刑法第153條規定的走私普通貨物、物品罪，刑法第175條規定的高利轉貸罪等），多數罪名採取了與個人犯罪相同對待的方式。在有關立案標準和司法解釋中，相應地對單位犯罪規定了與個人犯罪不同的入罪標準。但是，1997年以後，在立法機關對刑法所做的歷次修改中，都明確規定“單位犯本條規定之罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依照本條各款的規定處罰”。這意味著，立法機關對單位犯罪中的個人堅持了與個人犯罪相同的處罰原則。既然單位犯罪中的個人應當受到與個人犯罪相同的處罰，那麼，單位犯罪的入罪門檻要不要與個人犯罪的入罪門檻相同（入罪門檻不同，實施同一行為並且數額相同的情況下，就可能導致一個因為單位行為而不構成犯罪、另一個因為個人行為而構成犯罪），就成為理論界爭論的問題之一。這種爭論暫且不提，但就單位犯罪與個人犯罪入罪的數額標準而言，在有關司法解釋中，有的罪名規定了2倍的差別^[15]；有的罪名規定了5倍的差別^[16]；有的罪名規定了10倍的差別^[17]。這種不同的定罪標準（入罪門檻）是否具有合理性就值得懷疑，因為它明顯違反了刑法價值評價的統一性原理。單位犯罪與個人犯罪，其行為性質、行為方式是相同的，侵犯的法益是相同的，區別僅僅在於主體的不同。如果認為主體的不同可以導致定罪標準的不同，那麼，都是主體不同，為什麼在有的罪中，主體不同導致的入罪標準是2倍，而在有的罪中，主體不同導致的入罪標準就成了10倍？這種差別的依據實在是難以言說。

（二）謙抑原則

“犯罪門檻設置的高低就決定了犯罪圈的大小和刑罰的輕重，直接影響社會秩序的維護和人權的保障，是刑法的基礎問題。”^[18]刑法規定的犯罪門檻，在具體案件中如何把握，在很大程度上取決於司法解釋規定的具體標準。司法解釋中規定的標準寬鬆，犯罪門檻就下降；司法解釋中規定的標準嚴格，犯罪門檻就上升。而犯罪門檻的高低直接關係到犯罪圈的大小和司法權介入社會治理的範圍及其程度。犯罪門檻過高，刑法參與社會治理的範圍和功能就可能減弱，人民群眾的安全感就可能下降；犯罪門檻過低，人民群眾對刑法的認同感就可能減弱，司法資源也將難以承受。因此，最

[14] 雖然生產、銷售不符合安全標準的食品罪中的“其他嚴重情節”是第二個法定刑檔次，但起刑點是三年以上七年以下有期徒刑；非法經營罪中的“情節嚴重”是第一個法定刑檔次，但其法定最高刑是五年以下有期徒刑，這意味著非法經營罪一旦認定為犯罪，就可能判處五年以下有期徒刑，而生產、銷售不符合安全標準的食品的行為，即使構成第二個法定刑檔次，也可能被判處五年以下有期徒刑。因此，二者之間具有可比性。

[15] 如最高人民法院、最高人民檢察院在2014年9月10日聯合發佈的《關於辦理走私刑事案件適用法律若干問題的解釋》中，對個人走私普通貨物行為規定的定罪標準是偷逃應繳稅款十萬元以上，單位走私普通貨物的定罪標準是偷逃應繳稅款二十萬元以上。

[16] 如2010年11月22日最高人民法院在《關於審理非法集資刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》中規定，個人非法吸收或者變相吸收公眾存款，數額在20萬元以上的，單位非法吸收或者變相吸收公眾存款，數額在100萬元以上的，應當追究刑事責任。

[17] 如最高人民法院、最高人民檢察院2014年4月23日聯合發佈的《關於辦理利用賭博機開設賭場案件適用法律若干問題的解釋》中規定，個人非法經營數額在5萬元以上，構成非法經營罪，單位非法經營數額在50萬元以上，構成非法經營罪。

[18] 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68-76頁。

高司法機關應當高度重視司法解釋中有關犯罪門檻的規定，在根據犯罪形勢的變化適度調整犯罪門檻的同時，堅守刑法的謙抑性原則，防止犯罪圈的過度擴張。因為，立法機關之所以要對某些犯罪的成立設置門檻，就是為了保持刑法的謙抑性，在同類行為中區分罪與非罪，盡可能地縮小刑法的打擊面。從這個意義上講，在犯罪門檻的設置上堅守刑法的謙抑原則，是立法解釋在司法實踐中貫徹刑法立法精神的必然要求。最高司法機關在對刑法中的入罪門檻規定具體標準時，應當始終保持謙抑的立場，嚴格控制情節、後果、數額的入罪標準。

最高司法機關在制定司法解釋時，也確實在許多犯罪中都堅持了謙抑原則。這裏特別值得一提的是，最高司法機關在行為犯的入罪門檻中的態度。長期以來，刑法理論界普遍認為，行為犯不存在“度”的問題，只要實施了刑法規定的行為，就構成犯罪。但是由於刑法第13條但書的規定，這類犯罪也存在一個入罪的門檻問題。特別是近年來，司法解釋已經在這方面做出了範例，應當引起學界的重視。例如，刑法第363條規定的製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品牟利罪，是典型的行為犯。按照刑法第363條的規定，“以牟利為目的，製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品的”，即構成製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品牟利罪。刑法既沒有對淫穢物品的表現形式作出任何限制性規定，也沒有對之設置任何門檻。但是，根據刑法總則規定的解釋，最高人民法院、最高人民檢察院在其2004年9月3日聯合發佈的《關於辦理利用互聯網、移動通訊終端、聲訊台製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢電子資訊刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第一條中規定：“以牟利為目的，利用互聯網、移動通訊終端製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢電子資訊，具有下列情形之一的，依照刑法第三百六十三條第一款的規定，以製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品牟利罪定罪處罰：（一）製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢電影、表演、動畫等視頻檔二十個以上的；（二）製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢音頻檔一百個以上的；（三）製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢電子刊物、圖片、文章、短資訊等二百件以上的；（四）製作、複製、出版、販賣、傳播的淫穢電子資訊，實際被點擊數達到一萬次以上的；（五）以會員制方式出版、販賣、傳播淫穢電子資訊，註冊會員達二百人以上的；（六）利用淫穢電子資訊收取廣告費、會員註冊費或者其他費用，違法所得一萬元以上的；（七）數量或者數額雖未達到第（一）項至第（六）項規定標準，但分別達到其中兩項以上標準一半以上的；（八）造成嚴重後果的”。這個規定，顯然意味著，以牟利為目的，實施製作、複製、出版、販賣、傳播淫穢物品的行為，只有達到一定的數量，才能作為犯罪來定罪處罰；雖然實施了刑法規定的行為，但數量沒有達到規定的標準，就不認為是犯罪。又如，搶劫罪在刑法理論上也是典型的行為犯，過去一直認為，只要實施了以暴力、脅迫或者其他方法搶劫公私財物的行為，就構成搶劫罪，並且應當判處三年以上有期徒刑的刑罰。但是，2005年6月8日最高人民法院發佈的《關於審理搶劫、搶奪刑事案件適用法律若干問題的意見》中規定：搶劫賭資、犯罪所得的贓款贓物的，以搶劫罪定罪，但行為人僅以其所輸賭資或所贏賭債為搶劫對象，一般不以搶劫罪定罪處罰；為個人使用，以暴力、脅迫等手段取得家庭成員或近親屬財產的，一般不以搶劫罪定罪處罰。這個規定意味著，雖然實施了搶劫行為，但是否構成搶劫罪，還要看具體情況，不能簡單的一概而論。這些規定，無疑體現了刑法的謙抑性。

然而，在某些犯罪的司法解釋中，最高司法機關似乎並沒有貫徹謙抑原則。例如，一些司法解釋在對具體犯罪進行解釋時，常常把“三次以上”或者“多次”實施同類行為規定為認定“情節

嚴重”的標準^[19]。由於在司法實踐中“多次”習慣上被掌握在三次以上，這就意味著，三次實施同類行為的，通常被規定為“情節嚴重”的入罪標準。這個標準在實踐中很可能降低了入罪門檻。如果說，行為人在短時間內連續三次實施同類行為，應當被認定為“情節嚴重”的話，那麼一個人如果在十年八年內實施了三次同類行為（這些行為都是違反治安管理的行為，有的甚至已經被行政處罰），是否應當被認定為“情節嚴重”，就值得懷疑（因為有關司法解釋均沒有限定“三次”或“多次”的時間）。從立法精神上看，刑法對犯罪規定了時效制度，一個人實施了構成犯罪的行為，如果在一定期限內非因本人原因沒有被追訴，就不再追訴了；一個人犯了罪，在刑罰執行完畢以後，“五年內”再犯罪的，才構成累犯，應當從重處罰（特別累犯除外）。這些規定都意味著對犯罪的追訴有一定的時間限制。司法解釋中規定的因同類行為“受過行政處罰”也都規定了一定的時間（儘管不一致）。這種規定的立法精神和司法解釋原則都體現了刑法的謙抑性。唯獨關於“多次”的規定，沒有時間的限制。應該說，這種規定有悖謙抑原則。

此外，幾乎所有的司法解釋在規定入罪的具體標準時，都要在列舉的具體情形之後加上一個兜底條款，即“其他情節嚴重的情形”。這個規定意味著，可以認定為情節嚴重的情形不限於司法解釋所列舉的事實情況。這種規定的原因無疑是司法解釋的制定者擔心自己的列舉可能會有遺漏，因而用“其他”來代表尚未列舉的可能出現的情形，以免出現新的嚴重情節而司法解釋沒有涵蓋的情況。這種思維方式在刑法規定了類推制度的年代自然是很流行的。但是，司法解釋中的這種規定，未必恰當。在刑法已經明確規定了罪刑法定原則的情況下，立法者都不擔心對刑法沒有規定的危害行為打擊不力的問題（因為可以通過修改刑法來補充規定），司法解釋的制定者還有什麼理由擔心司法解釋的規定因為不嚴密而難以打擊犯罪的問題呢？司法解釋的任務是把刑法的規定具體化以便具體實施，特別是在刑法中規定了“情節嚴重”或者“其他嚴重情節”的地方，通過司法解釋使之具體化。如果司法解釋還是使用“其他嚴重情節”的規定方式，就把自己等同於刑法的規定了，也就喪失了司法解釋的功能。從另一方面看，這種兜底條款看似全面，實則沒有必要，並且違背了刑法的謙抑原則。因為司法機關在制定有關犯罪的入罪標準時，通常都是在總結司法實踐經驗的基礎上經過反復調研論證之後才制定的，而不是一時興起制定的，司法解釋的制定者應當有自信，相信自己所規定的入罪標準能夠包括最可能出現的應當認定為情節嚴重的情形，即使有遺漏也不至於影響對犯罪的懲罰。而兜底條款的設置，除了昭示司法解釋制定者的不自信之外，客觀上給司法人員適用刑法認定犯罪留下了自由裁量的空間，這與司法解釋規定具體入罪標準的初衷恰恰是南轔北轍的。

（三）行刑銜接原則

刑法分則中規定了入罪門檻的犯罪，通常都是其他法律中規定了行政處罰的行為。由於行政法中將這種行為規定為違法行為並對之規定了行政處罰，所以當其被規定為犯罪時，就存在一個行政違法行為與犯罪行為的區分問題。這個問題的客觀存在是立法機關對有關犯罪設置門檻的一個重要原因。因此，司法解釋對犯罪門檻規定具體標準時應當充分考慮刑事犯罪與行政違法的區別和銜接問題。

[19] 如：《關於辦理內幕交易、洩露內幕資訊刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第六條；《關於辦理妨害文物管理等刑事案件適用法律若干問題的解釋》第三條、第四條；《關於辦理組織考試作弊等刑事案件適用法律若干問題的解釋》第二條等。

行刑銜接首先要解決的問題是入罪門檻的設置要充分考慮行政處罰的適用空間。違法行為入罪的具體標準如果規定的過低，絕大多數行政違法就可能被作為犯罪來處罰，行政處罰的餘地就很小。這樣既不利於充分發揮行政監管在社會治理中的作用，而且可能大大增加司法機關的負擔，背離犯罪門檻設置的初衷。尤其是在有關行政法規中規定了“情節嚴重”受行政處罰的場合，如何區分行政違法行為中的“情節嚴重”與刑事犯罪行為中的“情節嚴重”，不能不引起高度重視。例如，我國《治安管理處罰法》中規定：違反國家規定，侵入電腦資訊系統，造成危害的；對電腦資訊系統功能進行刪除、修改、增加、干擾，造成電腦資訊系統不能正常運行的；對電腦資訊系統中存儲、處理、傳輸的數據和應用程式進行刪除、修改、增加的；故意製作、傳播電腦病毒等破壞性程式，影響電腦資訊系統正常運行的，處五日以下拘留，情節較重的，處五日以上十日以下拘留（第29條）。這裏本身就包含了“情節較重”的情形。這種情形與刑法第285條第二款中的“情節嚴重”之間應當有一個彼此銜接的階梯，即從情節一般到情節較重再到情節嚴重，應該有一個遞進的尺度。如果有關司法解釋把刑法第285條第二款“情節嚴重”的門檻規定的過低，《治安管理處罰法》的適用就沒有了區分的空間（現有司法解釋對“情節嚴重規定的標準為“非法控制電腦資訊系統二十台以上”、“違法所得五千元以上”）。

行刑銜接的另一個問題是行政處罰標準與刑事處罰標準的對接問題。由於刑法中規定的犯罪行為往往是行政法中規定的違法行為，只是危害的嚴重程度不同而已。同一個行為，危害較輕的，作為一般違法行為，應當給予行政處罰；危害嚴重的，作為犯罪行為，應當給予刑事處罰。因此，將其作為一般違法行為還是作為犯罪行為來處理，應當堅持相同的評價標準，保持評價的連貫性、統一性，才有可能是合理的，對當事人也才有可能是公平的。如果對同一性質的行為，因為評價標準的不同導致嚴重失衡，就會出現法律適用的不合理狀態。例如，食品安全法第123條規定：生產經營不符合安全標準的食品的，處罰款；情節嚴重的，吊銷營業執照，並可以由公安機關對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員處五日以上十五日以下拘留。刑法第143條對生產、銷售不符合安全標準的食品罪規定了三個檔次的法定刑，其中：生產、銷售不符合食品安全標準的食品，足以造成嚴重食物中毒事故或者其他嚴重食源性疾病的，為第一個檔次；對人體健康造成嚴重危害或者有其他嚴重情節的，是第二個檔次；第三個檔次為後果特別嚴重。這些規定表明：生產經營不符合安全標準食品的行為，從構成違法行為，到行政處罰中的“情節嚴重”，再到構成犯罪，再到刑事處罰中的“情節嚴重”、“後果特別嚴重”，依其危害程度有五個輕重不同的情形，五個情形之間如何區分與對接，直接涉及到對該行為的處罰問題，當然也涉及到犯罪門檻設置的合理性問題。按照國務院2019年10月11日頒佈的《食品安全法實施條例》第67條的規定，造成食源性疾病並出現死亡病例，或者造成30人以上食源性疾病但未出現死亡病例，屬於食品安全法第123條中的規定的“情節嚴重”的情形之一，但是按照最高人民法院、最高人民檢察院2013年5月6日聯合發佈的《關於辦理危害食品安全刑事案件適用法律若干問題的解釋》第2條的規定，生產、銷售不符合食品安全標準的食品，造成輕傷以上傷害的，或者造成十人以上嚴重食物中毒或者其他嚴重食源性疾病的，就應當認定為刑法第143條規定的“對人體健康造成嚴重危害”；生產、銷售金額二十萬元以上的，就應當認定為刑法第143條規定的“其他嚴重情節”；造成30人以上嚴重食物中毒或者其他嚴重食源性疾病的，就應當認定為刑法第143條規定的“後果特別嚴重”。這就意味著，同樣是生產銷售不符合安全標準的食品，造成食源性疾病並出現死亡病例，或者造成30人以上食源性疾病但未出現死亡病例的後果，如果按照行政法規來處理，最多是處15天拘留，而如果按照司法解釋的規定來處理，不僅構

成犯罪，而且最高可能被判處無期徒刑。可見，行政處罰的標準與刑事處罰的標準，如果不能彼此銜接，就可能導致法律適用的失衡，出現極不公平的結果。

（四）綜合評價原則

如前所述，犯罪門檻本質上是對危害行為的危害程度和危害行為實施過程中表現出的人身危險性的考量。因此，考量行為的情節、後果、數額等因素是否達到了犯罪的程度，應當綜合評價行為實施過程中能夠反映其危害程度和人身危險性的各種事實要素。這些要素往往表現為行為方式、次數、規模、行為過程中對相關情況的處置，甚至包括行為的起因和過程等等。只有綜合評價這些要素，才能科學合理地考量行為的危害程度，準確確定罪與非罪的界限。特別是在刑法把“情節嚴重”或“情節惡劣”規定為犯罪成立要素的場合，“情節”本身就是一個高度概括性的詞語，包含了多種可能的事實情況，更需要對其進行綜合評價。

在此，值得研究的問題有二：一是對單一情形的評價問題。在有關司法解釋中，往往列舉了一系列入罪標準，並且通常都會規定：“具有下列情形之一的”，應當認定為刑法某某條款規定的情節嚴重。這類規定確實為司法實踐中辦理具體案件提供了可以遵循的尺度。問題在於具有其中一種情形是不是就必須或者一定要認定為犯罪？例如，很多司法解釋都把“數額較大”規定為入罪標準，司法實踐中也把到達規定的數額作為定罪的依據。那麼，到達了規定的數額標準還要不要考慮其他因素，如一個人盜竊了2000元，按照司法解釋的規定，就應當認定為數額較大，其行為也就構成了盜竊罪，如果他是初次盜竊，或者為給親人治病而偷盜，或者數額剛剛到達2000元，他願意認罪並真誠悔改，這些事實情況要不要考慮？筆者認為，應當綜合考慮這些因素來決定要不要對他定罪，而不能僅僅根據數額達到了規定的標準就定罪，即在沒有其他情節的情況下，達到規定數額的，就可以定罪；但案件中還存在其他情節時，就應當綜合考慮這些情節來決定要不要定罪。特別是在經濟犯罪、因日常生活中的矛盾糾紛引起的犯罪中，僅僅因為行為人的行為中包含了一個符合入罪標準的事實情況（情形），就將其認定為犯罪，並不符合刑法中設置犯罪門檻的立法精神，不利於保持刑法的謙抑原則，甚至可能導致刑法適用的不合理（因為這個情形可能不是行為人所能控制的，或者行為發生的原因並不完全在行為人一方）。特別是諸如“被點擊”、“被轉發”等情形，次數並不是行為人自己可以完全控制的，多被點擊或轉發幾次，與少被點擊或轉發幾次，既不能反映行為在危害程度上的差別，也不能表明行為人在人身危險性方面的差別，僅僅根據被點擊、被轉發的次數達到了規定的標準就定罪，很難說是合理的，也很難讓行為人認罪服判。當然，一些情形，只要存在一個就可以認定為情節嚴重，如造成被害人或者其近親屬精神失常、自殘、自殺等嚴重後果；假冒國家機關、金融機構名義，設立用於實施違法犯罪活動的網站；明知自己的行為被有關部門調查，仍繼續實施等，這種本身性質比較嚴重的事實情況，雖然不是刑法規定的犯罪行為，但一旦發生在相關犯罪行為的實施過程中，就應當認定為“情節嚴重”。

因此，在只有一個符合入罪標準的情形時，應當審慎地分析該情形對行為的危害程度或人身危險性程度的意義，結合案件的其他事實情況，決定是否應當認定為犯罪，而不能簡單地籠統地規定或者僅僅根據一個符合入罪標準的情形來定罪。有的司法解釋在這方面作出了示範，如最高人民法院、最高人民檢察院在2019年1月31日聯合發佈的《關於辦理非法從事資金支付結算業務、非法買賣外匯刑事案件適用法律若干問題的解釋》中規定：非法經營數額在五百萬元以上，或者違法所得數額在十萬元以上的，應當認定為非法經營行為“情節嚴重”，非法經營數額在二百五十萬元以上或者違法所得數額在五萬元以上，具有所列四種情形之一的，也應當認定為非法經營“情節嚴重”；

在2019年6月28日聯合發佈的《關於辦理操縱證券、期貨市場刑事案件適用法律若干問題的解釋》中規定，實施操縱證券、期貨市場行為，違法所得數額在一百萬元以上的，應當認定為刑法第一百八十二條第一款規定的“情節嚴重”；違法所得數額在五十萬元以上（即不到一百萬元），具有所列七種情形之一的，也應當認定為該條規定的情節嚴重。這種規定意味著不是根據一個情形而是兩個以上情形來認定情節是否嚴重。遺憾的是，已有司法解釋中只有在沒有達到規定數額時才考慮其他情形的規定（入罪），而沒有在達到規定數額時考慮其他情形的規定（出罪）。

二是對多情形的評價問題。現有關司法解釋中通常都對“情節嚴重”、“數額較大”、“後果嚴重”等規定了多個選擇性的入罪標準，具有其中一個情形就應當認定為構成犯罪，具有多個情形時自然更應當認定為構成犯罪。問題在於，當一個案件中既有應當認定為情節嚴重的情形，也存在著能夠表明危害不大或者行為人人身危險性不大的事實情況時，如何認定案件的情節？筆者認為，唯有綜合評價才能得出合理的結論。一方面，對於能夠表明情節嚴重的多個情形，要進行綜合評價，以衡量嚴重程度；另一方面，對於能夠表明情節不嚴重的多個情形，要進行綜合評價，以考慮這些情形疊加之後能夠在多大程度上減輕行為的危害程度。然後再對能夠表明情節嚴重的情形與能夠表明情節不嚴重的情形進行綜合評價，最終得出情節是否嚴重的結論。

案件事實中客觀存在的從輕情節，不應當僅僅在量刑時考慮，在定罪時就應當充分考慮案件中客觀存在的從輕情節，綜合評價入罪標準。這樣做，對被告人行為的評價更公平、更合理，而且更符合刑法中設置犯罪門檻的主旨。

Abstract: It is one of the important features of China's criminal law to set thresholds for criminalization in order to distinguish crime from non-crime. Studying deeply on the setting of criminalization threshold in Chinese criminal law, understanding accurately the spirit of criminalization threshold, and reflecting on the specific standards of criminalization threshold stipulated in judicial interpretations is conducive to better adhere to and use the characteristics of Chinese criminal law as well as better play the role of criminal law in social governance. To set the specific standard of criminalization threshold scientifically and reasonably, we should adhere to the principle of unified evaluation and comprehensive evaluation of all kinds of facts that may affect the degree of harm and the degree of personal danger of the perpetrator. Besides, we should also carry out the modesty principle of criminal law and attach importance to the boundary and connection between criminal punishment and administrative punishment at the same time.

Key words: Constitution of Crime; Standards of Criminalization; Circumstances of Crime; Judicial Interpretation

（責任編輯：張雨虹）

違法性認識的定位：“釋法中心論”之故意說

趙天琦*

摘要 違法性認識定位理論中，故意說和責任說在規範依據上分別以“釋法中心論”和“立法修正論”為路徑。然而，責任說與我國刑法中的實質故意概念不能自洽，缺乏刑法上的規範根據，具有淪為危險控制工具的風險。故意說與我國《刑法》第14條實質故意的概念相契合，通過對刑法分則中“明知”的解釋、對社會危害性認識與違法性認識關係的厘清，既能在我國刑法體系中確立具有緩和規制效果的違法性認識的恰當定位，也能有效避免處罰的漏洞。應破除線型邏輯，重視社會危害性認識與違法性認識之“交叉關係”。在類型化思維指導下，根據不同的認知狀況，可推導出假性的違法性認識錯誤、未必的違法性認識與真正的違法性認識錯誤，對每種情形進行分類處理是實現違法性認識司法接納的有效路徑。

關鍵詞 違法性認識 體系定位 釋法中心論 故意說 類型化方案

一、引言

中國刑法語境下，起初在違法性認識“要或不要”的爭議上，由於犯罪論體系的差別，傳統四要件犯罪論體系難以容納違法性認識的存在，違法性認識不要說成為主流。經過德日階層論引發的體系性改造後，我國違法性認識理論的發展基本延續了德日刑法理論的脈絡。但迄今為止，中國刑法在違法性認識“怎麼要”的定位問題上仍未達成一致。我國學者早期的研究通常將違法性認識的定位理論分類為：無限制否定說、限制否定說、肯定說。^[1]爾後，進一步發展為違法性認識不要說、違法性認識必要說、違法性認識可能性必要說。由於前期研究對此已有充分梳理，故不再一一贅述，僅將目

* 趙天琦，四川省社會科學院法學研究所助理研究員，法學博士。

本文系四川省哲學社會科學重點研究基地四川省犯罪防控研究中心資助課題“輕罪案件的刑事一體化治理研究”（項目編號：FZFK23-06）的階段性成果。

[1] 無限制否定說認為，違法性認識與犯罪成立無關；限制否定說認為，違法性認識一般不是故意的內容，在特殊或個別情況下，缺乏違法性認識不具有犯罪故意；肯定說認為，違法性認識是故意的內容。參見馮軍：《刑事責任論》，法律出版社1996年版，第220頁。

光聚集在當前我國針鋒相對的故意說和責任說之上，兩種立場在理論的規範依據上分別以“釋法中心論”與“立法修正論”為路徑。故意說主張以《刑法》第14條“故意”為依據對違法性認識進行解釋論上的闡釋；責任說的主流意見主張修正刑法總則，增加類似“禁止錯誤”的規定，或者將《刑法》第16條作為規範根據。

總體上，當前關於違法性認識定位的立場之爭著眼於解決以下問題：一是如何彌補處罰的漏洞，防止優待法冷漠者；二是如何保證違法性認識理論的獨立，發揮其限制故意責任範圍的功能；三是如何在技術上進行理論構建，進而克服前述問題，實現理論的司法接納。目前，起源於德國的責任說在我國居於相對領銜的地位。但與此同時，“新四大奇案”^[2]的出現使行政犯的司法困境一再顯現，這一理論也飽受現實非議，對其淪為“純粹危險控制工具”的質疑引發了學界對違法性認識定位的再追索：在我國現有規範體系下，如何理解違法性認識（可能性）與故意的關係？如何將違法性認識融入進我國刑法知識體系之中，發揮其對行政犯定罪量刑的緩和規制功能？

二、我國責任說的語境再檢視

關於如何理解故意與違法性認識之關係，責任說主張，刑法故意的內容只包括對構成要件事實的認識，違法性認識不是故意的必備要件，只要具有違法性認識可能性即可。這一理論的立論根據是目的論犯罪論體系下“構成要件錯誤”和“禁止錯誤”相區分的理論模型。即，故意被分割為不法故意與違法性認識可能性，主觀要素被分割於不法和責任兩個階層。認識犯罪事實的意義並不在於其本身，而在於通常能夠喚起違法性認識。不法故意認識的“事實”是指從中喚起違法性認識，形成反對動機，可以期待行為人放棄行為的事實。^[3]也就是說，對構成要件事實的認識具有故意“訴訟機能”。^[4]

我國責任說論者移植了上述見解，認為在應然立場上違法性認識及其可能性應被作為消極意義上的責任要素，^[5]提倡在我國刑法中嚴格區分故意與違法性認識，前者是事實判斷範疇（評價的對象），後者是規範判斷範疇（評價本身）。論據是，在違法性認識理論的母國——《德國刑法典》第16條規定故意的內容是“構成要件所規定的情狀”（“行為情狀”）；第17條則規定了獨立的“禁止錯誤”。^[6]“違法性認識不是故意的要素，但是它在犯罪論體系中仍然有一席之地，應當將其作為‘責任要素’看待”。^[7]我國責任說論者在系統梳理德國史料之後，^[8]大都傾向於接

[2] “新四大奇案”是指“趙春華非法持有槍支案”“王力軍非法經營案”“河南農民採摘蘭草案”和“深圳大學生售賣鸚鵡案”。

[3] [日]松原久利「違法性の錯誤に関する一考察(一)——違法性の意識可能性の判断基準」同志社法學34卷3號（1992年）102頁參照。

[4] 故意“訴訟機能”是指認識到犯罪事實的人，獲得了喚起違法性認識的直接契機來面對規範，因此會受到比過失犯更重的非難。[日]小池直希「「故意の訴訟機能」の史的展開とその批判的検討（1）——心理的責任要素としての故意理解について」早稻田法學96卷2號（2021年）226頁參照。

[5] 參見屈學武：《中國刑法上的免責機制反思——從違法性認識錯誤切入》，載《法治研究》2018年第1期，第68頁。

[6] 參見蔡桂生：《違法性認識不宜作為故意的要素——兼對“故意是責任要素說”反思》，載《政治與法律》2020年第6期，第111-121頁。

[7] 周光權：《刑法總論》（第二版），中國人民大學出版社2011年版，第176頁。

[8] 參見柏浪濤：《錯誤論的新視角》，中國民主法制出版社2020年版，第229頁；參見江溯：《論犯罪故意在三階層體系

受“故意不是責任要素”的見解。

然而，我國刑法中故意的內容包含違法性認識，是由歷史地長期形成的法律文化所決定的。長久以來，包含價值判斷的故意概念並沒有產生解釋論上的誤區。責任說的引入，將對我國刑法故意的實質內容產生巨大衝擊。一方面，責任說將故意的認識內容完全純化為構成要件事實的認識；另一方面，不得不在我國《刑法》第14條之外尋找解決違法性認識錯誤的規範根據。目前，理論上關於責任說在我國刑法中的實現途徑包括兩類：主流意見持“立法修正論”，主張改造我國犯罪論體系，將違法性認識放置於責任要素之中，在總則中設置獨立的類似“禁止錯誤”的條款。^[9]另一種觀點認為，改造我國犯罪論體系並無必要，應當促成心理責任論向規範責任論轉變，將我國《刑法》第16條視作責任說的規範根據。然而，上述方案是否具有可行性，需要在我國刑法的語境中進行本土化檢視。^[10]

（一）我國“實質故意”概念的語境澄清

依據我國法律文化傳統，刑法中的“故意”向來被認為是實質化、規範化的概念。“危害社會”不僅是對“結果”的修辭，而且指向規範違反（危害行為）與法益侵害（危害結果）。賈宇指出，我國故意概念較之域外刑法的歷史進步在於納入了“行為人對自己行為的價值評判”。^[11]換言之，我國故意概念說明了故意責任的主觀基礎。所謂“實質”，是指故意概念包含了對行為和結果“危害社會”的否定性價值評價。^[12]因此，責任說論者為適應其理論的證成，不得不將我國刑法中的故意概念加以改造。

有觀點從論證“故意不是責任的要素”來說明從邏輯上作為責任要素的違法性認識不是故意的要素。其論證思路是將故意視作責任評價的對象，而不是責任本身，即有責性不是包含具體要素的實體概念，而是評價過程（對包括故意在內的違法事實的評價）。^[13]其論證視角立足規範責任論，將心理事實完全排除在故意之外。然而，應當注意的是，階層論體系作為一種犯罪評價模式，其工具意義在於通過對犯罪要素的解構與分層，為司法判斷提供可檢驗的清單。有責性是就行為人是否承擔責任的非難性考察，雖說對違法事實的評價是責任判斷的一個過程，但最終指向的是責任的有無，以及能否予以責任非難的結果。承認構成要件故意，並不能就此在責任階層將對心理狀態的評價掏空。故意、過失本就是對行為人是否承擔責任以及責任大小的評價。將故意放在違法性階層也好，放在有責性階層也好，只是犯罪論體系的結構差異，並不能以目的論犯罪論體系的結構來徹底否認“故意作為責任要素”的體系。這種論證邏輯是在目的論犯罪論體系的內部進行自我推演，或許還不足以成為完全否認違法性認識是故意內容的充分理由。

且縱覽德日違法性認識理論定位之爭的發展歷程，可以發現，責任說已然開始從實踐中總結經驗，反思完全純化的構成要件故意概念的合理性，進而試圖從構成要件故意“提訴機能”角度論證

中的地位》，載《法學論壇》2022年第1期，第64頁。

[9] 參見周光權：《違法性認識不是故意的要素》，載《中國法學》2006年第1期，第165-175頁。

[10] 參見吳學斌：《規範責任論視野下的違法性認識與違法性認識的可能性》，載《清華法學》2009年第2期，第60-70頁。

[11] 參見賈宇：《犯罪故意研究》，商務印書館2020年版，第50頁。

[12] 我國刑法故意概念通常被認為包含“知”與“意”兩方面，“明知自己的行為會發生危害社會的結果”是認識因素，“希望或放任這種結果發生”是意志因素。參見賈宇：《犯罪故意研究》，商務印書館2020年版，第76頁。

[13] 參見柏浪濤：《錯誤論的新視角》，中國民主法制出版社2020年版，第341-342頁。

故意責任較之過失責任更重的理由。由於難以說明對行政犯中構成要件事實的認識（尤其是價值較為抽象的“制度事實”）就一定能夠引發行為人對違法性的認識，故意“提訴機能”在解釋行政犯故意責任更重的過程中矛盾重重。另外需要說明的是，心理責任論與規範責任論屬於進階關係，而不是悖反關係。因此，有責性是對違法事實的評價，責任故意也是對規範違反心理的評價，承認故意是違法要素或是責任要素都不妨礙我國實質故意概念的存在意義。當然，倘若從承認故意“二重性”的角度，也可說明違法性認識不應定位在故意之外，即構成要件故意與責任故意的區分，並不影響違法性認識成為責任故意的要素。也就是說，將構成要件故意作為評價的對象，將責任故意作為對構成要件故意的評價，在實質故意概念的邏輯體系中也是恰當的。

歸根結底，如果要將我國刑法中的故意從一個包含心理評價、價值評價的概念徹底改造為一個全然與心理性、評價性無關的，類似於德國刑法中故意的概念，或許難以契合我國刑法的具體語境。

（二）責任說規範根據的正當性難題

責任說在我國刑法中缺乏準確的規範適用根據。關於責任說的實現路徑，第一種“立法修正論”表明，責任說要嵌入我國刑法之中，惟有通過立法修改，在故意概念之後增設類似德國禁止錯誤的條款。否則，從目前我國《刑法》第14條故意內容包含價值評價的現實來看，照搬德國刑法理論是行不通的。但筆者認為，在修改總則時機尚不成熟的情況下，更宜對現行刑法進行解釋論上的規範詮釋，以更好地應對實務中理論適用的需求。

針對第二種以《刑法》第16條為根據的意見，首先應當澄清的一點是，並非只有責任說以規範責任論為前提，事實上自賓丁以來的故意理論本就是建立在規範責任論之上，這種批評並不恰當。再者，如果將第16條看作是違法性認識可能性的規範根據，會落入混淆故意與過失的誤區。因為，倘若在不具有違法性認識可能性的場合適用第16條，那麼在具有違法性認識可能性的時候則是“出於故意或者過失”，同時滿足《刑法》第14條和第15條的條件。如此一來，責任說表面是要區分故意和違法性認識可能性，實際上是通過違法性認識可能性來混淆了故意與過失。加之，第16條是關於“不可抗力與意外事件”的條款，如果將不具違法性認識可能性的認為是“不能抗拒或者不能預見的原因”，明顯是將事實與規範作為一個整體在對待。按照這種理解，此處“不能預見的原因”也應當包含著對行為違法性的預見可能性。這對於責任說區分故意和違法性認識的結構體系而言，或許是相去甚遠。因此，即使我們在理論上早已接受了階層論的基本構造，但徹底拋棄“責任故意”的做法仍然與我國刑法的規範構造存在體系衝突，極大壓縮了理論的適用空間。

（三）責任說成為“危險控制工具”的風險

責任說的前提預設是行為人有“契機”認識行為的違法性，而不是“消極地讓自己持續陷於欠缺或懷疑不法意識的狀態”。對此，有學者對責任說可能淪為“危險控制工具”表示高度懷疑。^[14] “危險控制工具”的價值取向是刑法工具主義，即為了實現一定目的，刑法被作為可操控、施行和利用的工具。^[15] 在違法性認識問題上，這種觀念將導致故意犯認定範圍的擴大。

在韋爾策爾看來，存在隨時可以現實化的“認知”（違法性認識可能性）就足夠了。違法性認識不需要“現實性”，具有兩層含義：一是排除心理層面的認識活動；二是試圖建立一套純粹客觀的

[14] 參見古承宗：《重新檢視不法意識於犯罪體系的功能與地位》，載劉明祥、張天虹主編：《故意與錯誤論研究》，北京大學出版社2016年版，第314-317頁。

[15] 參見謝望原：《謹防刑法過分工具主義化》，載《法學家》2019年第1期，第88頁。

可能性標準。我國責任說論者關於違法性認識為何不需要“現實性”的看法，延續了德日理論的基本論斷。周光權認為，如今法治社會的發展使知法管道得以拓寬，職業者既會關心經濟利益，也會重視行政取締法規等政策法規的相關規定。在行政犯領域，當行為人認識了犯罪事實時，原則上也就可以做出行為人認識到違法性的事實上的推定。^[16]柏浪濤指出，基於答責原則，責任非難指向的是“法規範的可交談性”，人們只需處於可交談、可被呼籲的狀態，這種狀態是內化於心的知法意識。^[17]蔡桂生從國家治理實效角度認為，不宜對不知法者予以放任，只要行為人從事一定職業或業務上，就能基本知曉法。^[18]可見，根據責任說，行為人“誤認法律”比起“誤認構成要件”更值得非難。理由是，由於社會生活的變動性使得人們對於事實的認知更容易出錯，錯誤認識事實比錯誤認識法律的可譴責性更低。換言之，法規範具有相對的穩定性，人們可以借助多種手段去學習與認知，出現法律錯誤更不值得被原諒，誤認法律不發生阻卻故意的效果。因而，責任說“自始就特別期待個人正確認識法律”，在違法性認識錯誤的情形下，行為人對事實存在認識，卻“有意識地實現構成要件”，比沒有認識到在做什麼的構成要件錯誤更值得處罰。^[19]然而，這樣的理解其實是對行為人賦予了特別期待的知法義務，在形式上雖有維護權威主義、防止法冷漠者的實效，實質上卻是一面加重公民的知法負擔，一面回避公權力應當承擔的普法義務。

首先，行政犯中認識法律並不比認識事實更容易，反而在認識具體的禁止事項上更為複雜。例如，人們認識到香樟樹是什麼並不難，但要知道香樟樹是“國家重點保護植物”，若不借助規範的指引，則較為困難。當然，相較於構成要件事實認識錯誤，行為人“知法”過程中可以做到盡可能勤勉地去探詢行為是否適法，但這並不代表兩種錯誤的法律效果就應當完全不同。責任說從本質上講，仍然是一種立足社會防衛的觀點，在國家和個人之關係上傾向於強調個人的“知法義務”，帶有“刑法萬能主義”的色彩。

問題是，一旦預設了相關職業者、從業者應當具有知曉法的可能性，違法性認識理論對於行政犯的緩和規制功能也就無從發揮，反而遮蔽了不知法義務的分配。例如，如今廣泛暴雷的新型傳銷既利用我國“熟人社會”特點，通過“拉人頭”“代理費”“回購返利”等模式進行違法犯罪，又增添了投資、理財、福利等合法外殼，甚至經由權威機構或專家學者參與論證其模式的“合法性”。在這類犯罪中，事實認識與法律認識相互交織，對於傳銷行為鏈條上的從業者，是否僅憑其從業行為就可一概“推定”其具有違法性認識可能性呢？如果以論者提出的由於客觀情況變化，而導致出現例外阻卻責任的情形，那麼，這種例外情形本就屬於違法性認識錯誤的情形。如此一來，實務中留給違法性認識理論司法接納的空間幾乎沒有。例如，在“楊秀琴非法吸收公眾存款罪”中，^[20]判決採用責任說立場，一方面肯定行為人無法準確判斷行為是否違法，另一方面又徑直否認

[16] 參見周光權：《違法性認識不是故意的要素》，載《中國法學》2006年第1期，第174頁。

[17] 參見柏浪濤：《違法性認識的屬性之爭：前提、邏輯與法律依據》，載《法律科學》2020年第6期，第26頁。

[18] 參見蔡桂生：《違法性認識不宜作為故意的要素——兼對“故意是責任要素說”反思》，載《政治與法律》2020年第6期，第119頁。

[19] 參見薛智仁：《禁止錯誤法律效果之初探》，載劉明祥、張天虹主編：《故意與錯誤論研究》，北京大學出版社2016年版，第245-248頁。

[20] 判決認為，“違法性認識並非犯罪故意的一般認識內容，違法性認識錯誤並不能阻卻犯罪故意的認定。違法性認識可能性是責任阻卻事由，行為人對其行為違法性存在認識可能時，行為人的違法性認識錯誤並不能阻卻責任；只有行為人對其行為違法性的認識錯誤不可避免時，行為人的違法性認識錯誤才能成為責任阻卻事由。作為一個非法律專業人士，楊秀琴可能對中輕公司採用‘租後返租’模式出租龍某商鋪是否違法不能作出正確的判斷，但並不影響對其犯罪故意的認定”。參見浙江省紹興市柯

違法性認識錯誤產生故意責任的阻卻效果。這樣的判決結果明顯是在沒有客觀證據支撐的前提下，寬泛地“假設”行為人具有違法性認識可能性，違背了責任主義原則。此外，司法中常用的說理還包括將“心智健全的成年人”等同於“具有違法性認識可能性”。^[21]這類案例的司法邏輯正如責任說所認為的那樣，出於刑事政策上的考慮，認識法律比認識到事實狀況應當更為輕鬆。^[22]責任說將罪責評價導向一種“假設性”的理解方式，是一種擬制的想像過程。^[23]事實上，責任說將故意的認識內容局限於構成要件事實認識，早已不滿足行政犯的規制現狀。“在責任說的主流觀點中，故意的認識內容已呈現不斷擴大的趨勢，它正以或明或暗的方式漸漸突破構成要件事實的範圍”。^[24]

再者，責任說利用故意“提訴機能”縱向比較責任大小，缺乏合理性。在定罪、量刑上沒有設置輕重配比的差異，對完全的違法性認識和僅存在違法性認識可能性的情形同等對待。就這一點而言，責任說並未厘清未必的違法性認識（對行為產生不法懷疑的情形）與相關概念之間的差異。而是以“可能性”推定故意，籠統解決了責任故意的判斷問題。責任說看似將違法性認識作為獨立的責任要素而特別對待，實則消解了其在犯罪論體系中的重要地位，進而在司法認定中沒有體系化構建一套有效反映行為人現實規範意識與責任之間關聯的判斷規則。特別是在行政犯中，責任說對故意責任和過失責任籠統認定，使違法性認識之於定罪、量刑的緩和規制功能極大受限。因為在具有故意責任“可能性”時就能完全肯定故意犯的成立，而在大多數僅承認故意責任的行政犯中，原本可能因過失責任而出罪的行為，被擴大認定為故意犯。如此看來，理論界對故意說長久以來持有的“姑息養奸”的批判，實際是一種偏見，^[25]責任說淪為危險控制工具的風險，更值得警惕。

最後，從制度保障體系來看，我國並沒有建立完善的法律釋明制度與程序，既然沒有知法途徑的制度保障，如何合法、合理地為公民附加“探詢義務”，成為關係到責任說理論正當性的問題。值得注意的是，2001年日本引入了“無異議函制度”（no-action letter），即“法令適用事前確認程式”，旨在實現規則的明確化，作為鏈接公共機關法律解釋的保障。這一制度規定經營者可就準備實施行為的合法性與是否需要獲得行政許可預先向行政機關提出諮詢，受諮詢機關原則上在30日以內作出答復並通過公開官網發佈答復內容。根據這一制度，如果公民進行了對規範適用前的相關程式性詢問，並且基於合理信賴而行事的，應當被認為具有相當的理由，屬於可免責的違法性認識錯誤。^[26]“無異議函制度”的構建遵循了信賴保護原則，充分保障了行為人的知法契機。在我國行政體系下，若無相應配套制度確立相應的義務，行政機關往往不會以正式檔形式為公民個人出具相關答復或意見。現實中，公民知法困難時，法律適用資訊的官方獲取渠道可能並不那麼通暢。一面是行政犯紛繁複雜的前置法，^[27]加深了知法困難，另一面是官方解釋不易獲取，最終的不利後果仍加

橋區人民法院（2015）紹柯刑初字第959號刑事判決書。

[21] 參見貴州省安順市平壩區人民法院(2019)黔0403刑初83號刑事判決書；參見江蘇省無錫市濱湖區人民法院(2018)蘇0211刑初3號刑事判決書。

[22] 參見蔡桂生：《違法性認識不宜作為故意的要素——兼對“故意是責任要素說”反思》，載《政治與法律》2020年第6期，第114頁。

[23] 參見古承宗：《重新檢視不法意識於犯罪體系的功能與地位》，載劉明祥、張天虹主編：《故意與錯誤論研究》，北京大學出版社2016年版，第316-317頁。

[24] 陳璇：《責任原則、預防政策與違法性認識》，載《清華法學》2018年第5期，第98頁。

[25] 參見陳璇：《責任原則、預防政策與違法性認識》，載《清華法學》2018年第5期，第102頁。

[26] 參見[日]佐伯仁志：《制裁論》，丁勝明譯，北京大學出版社2018年版，第43頁。

[27] 需要說明的是，我國刑法對違法性認識內容的爭議集中於“刑事法規範說”與“整體法規範說”，並隨著行政犯的擴

之於公民之上。就這一點而言，責任說發展中的配套制度顯然是不夠的，將違法性認識可能性充當為故意的實體必然導致實務中理論功能的蛻化。故而，從法治邏輯角度，行政犯的責任判斷不考慮現實的違法性認識是匪夷所思的。

綜上所述，故意是否是責任的要素，只是基於不同階層論體系的要素安置問題，這一爭論在我國違法性認識理論定位問題中也許應當適當懸置。為更好地發揮違法性認識的歸責功能，研究的方向應當是結合我國刑法規定，具體闡明故意概念中社會危害性認識與違法性認識的關係，以及如何充分發揮違法性認識對於故意犯（尤其是行政犯）緩和規制的構建意義。

三、我國故意說的解釋論證成

責任說與我國刑法規範之間存在體系構造上的矛盾，試圖以違法性認識可能性作為故意犯成立的條件，削弱了違法性認識緩和規制行政犯的功能。如今，行政犯中事實與價值之間的關聯性受到重新審視。值此契機，再探故意說的合理性也進入到研究者的視野之中。

我國大多數故意說論者都注重在故意概念中探討社會危害性認識與違法性認識的關係。^[28]其共識在於我國刑法中的故意概念應當包含違法性認識。在關於違法性認識與其可能性的問題上，基本延續了將違法性認識作為故意、過失“分水嶺”的核心論點。陳興良指出，“違法性認識首先應當作為犯罪故意的規範評價要素加以討論，這是違法性認識錯誤阻卻責任的邏輯前提。”^[29]馮軍認為，無例外地要求行為人具有違法性認識。^[30]劉豔紅將違法性認識與違法性認識可能性視為遞進式地歸屬於故意和過失要素。^[31]在筆者看來，以“釋法中心論”為立場，行政犯違法性認識在我國刑法中的體系定位應當被包含於實質故意概念之中。

（一）立足我國《刑法》第14條的解釋論路徑

最近的研究中，故意說論者更加注重犯罪（尤其是行政犯）的治理效果，主張從出罪功能上證成故意說的合理性。^[32]在具體路徑上，第一種觀點認為，違法性認識是責任故意的要素。陳璇以責任與預防之關係為線索，結合我國《刑法》第14條的規定，從規範的故意概念出發，系統論證了違法性認識屬於故意。陳璇沒有追隨“責任說”的熱潮，而是客觀地立基於責任主義的立場，主張重視違法性認識參與規制故意的機能，富有洞見地指出，純粹對於事實的認識尚不能夠完全充當故意的

容開始強調“前置法規範說”的地位。本文的觀點是，從行政犯的本質、法的規範屬性、行政犯的形式以及行政犯的出罪區間四個方面作考量，行政犯違法性認識之“法”應當是“實定禁止/命令法規範”。

[28] 關於“違法性認識必要說”，第一種觀點主張以社會危害性作為違法性認識的內容；第二種觀點主張違法性認識應與社會危害性認識同時具備；第三種觀點認為違法性認識應成為故意的必要條件，而社會危害性認識不應作為故意成立的條件。這種理論內部的分歧，主要圍繞社會危害性和違法性認識之關係而展開。參見謝望原、柳忠衛：《犯罪成立視野中的違法性認識》，載《法學評論》2003年第3期，第25-26頁。

[29] 陳興良：《違法性認識研究》，載《中國法學》2005年第4期，第141頁。

[30] 參見馮軍：《刑事責任論》，法律出版社1996年版，第227頁。後期，馮軍吸收了雅各布斯的觀點更加強調“違法性不僅僅是行為具有侵害法益的性質，而且是在行為中表現了行為人不忠誠於法規範的態度”。參見馮軍：《責任論的現狀和課題》，載梁根林、高豔東、[德]埃裏克·希爾根多夫編《責任理論與責任要素》，北京大學出版社2020年版，第59頁。

[31] 參見劉豔紅：《違法性認識的體系性地位——刑民交叉視野下違法性認識要素的規範分配》，載《揚州大學學報（人文社會科學版）》，2015年第4期，第21頁。

[32] 參見屈學武：《中國刑法上的免責機制反思——從違法性認識錯誤切入》，載《法治研究》2018年第1期，第60頁。

規範內涵，澄清了“故意理論”的體系邏輯、出罪功能以及與我國刑法規定的法規範契合性。^[33]第二種觀點認為，違法性認識屬於不法故意的內容。王俊以黑格爾關於“行為包含意志”的論點為立場，認為行為規範的實效發揮依賴於規範接收主體對禁令的認識，作為“意志實現”的內容，違法性認識應當作為不法要素。^[34]第三種觀點認為，違法性認識可能性是可消解於故意的要素。曾文科通過分析《刑法》第14條中“危害社會”的含義，指出違法性認識可能性不在故意之外，我國故意中“危害社會”的概念之中已蘊含有“實質的違法性認識可能性”。^[35]

應當認為，第一種觀點更具合理性，即違法性認識的對象是構成要件事實的規範意義，違法性認識本身是故意責任的要素。理由在於，第一，故意責任和過失責任的區別在於故意犯的可譴責性高於過失犯，違法性認識的有無、大小最終都指向歸責結果。違法性認識的本質在於行為人主觀上對法的悖反，如果承認構成要件故意與責任故意在我國實質故意概念中的區分，那麼前者是對構成要件行為的知與欲，後者則是對行為人知法狀況的客觀評價。第二，違法性認識不宜作為不法要素。構成要件該當性、違法性是對客觀行為的評價，構成要件故意則是對行為實現意思的評價。而違法性認識作為一種主觀認知要素，是超越客觀行為的反對動機形成意思。第三，違法性認識可能性當然被包含於故意之內，但如果將違法性認識可能性完全消解於故意之中，而不深究違法性認識及其可能性與故意、過失體系定位之關聯，本質上是回避了這一問題，轉而採取違法性認識不要說，並不妥當。

此外，我國相關司法解釋性文件也將“不知法”的判斷作為了責任階層主觀故意的考察內容。例如，2017年《最高人民檢察院關於辦理涉互聯網金融犯罪案件有關問題座談會紀要》第9條、第10條關於“非法吸收公眾存款的主觀故意”認定的意見顯然是在違法性認識體系立場上採取了故意說的立場。根據該紀要，原則上根據行為人進行的金融活動相關從業經歷可以認定其“應當知曉”相關法律，在證明行為人主觀故意時，可以收集相關證據證明其提出的“不知法”抗辯不成立。換言之，如果沒有證據證明行為人提出的“不知法”的辯解不成立，就不得認定具有故意。即，缺乏違法性認識，具有阻卻故意的效果。

值得關注的是，在“梁某斌等非法經營案”^[36]中，廣東省深圳市羅湖區人民法院對我國刑法中違法性認識的定位和判斷標準作出了理論評述與立場選擇，判決書中一項爭議焦點為“被告人是否主觀明知的問題”。該判決闡述了自然犯和行政犯的區分原理和標準，指出這種區分的實益在於對違法性認識錯誤問題的處理，並確立了兩個基本立場：第一，違法性認識是影響行政犯主觀故意的內容，認識錯誤影響行為人的責任評價。第二，判斷行為人違法性認識的存在與否應採用“一般人標準”。這一判決是我國司法機關首次對行政犯中的違法性認識爭議進行正面論述。判決明確將行政犯的違法性認識定位為故意要素，且改變了以往對主觀責任的“推定”，而是通過檢方舉證、法院認定（推論）的形式對主觀故意予以了詳細分析。非法經營罪作為一項兜底性質的行政犯，極其容易出現違法性認識爭議，本判決對相關事實、法理的分析與論述，值得借鑒參考。

[33] 參見陳璇：《責任原則、預防政策與違法性認識》，載《清華法學》2018年第5期，第89頁。

[34] 王俊提出了三個基本論斷：一是行政犯時代的故意理論應當被啟動；二是破除故意理論存在處罰漏洞的方法是厘清未必的違法性認識與法律過失的區別；三是沒有必要區分事實錯誤與違法性認識錯誤。參見王俊：《法定犯時代下違法性認識的立場轉換》，載《現代法學》2020年第6期，第186-187頁。

[35] 參見曾文科：《犯罪故意概念中的“危害社會”：規範判斷與歸責機能》，載《法學研究》2021年第5期，第170-174頁。

[36] 參見廣東省深圳市羅湖區人民法院(2008)深羅法刑一初字第338號刑事判決書。

（二）我國刑法中的“明知”與違法性認識

我國刑法故意概念使用了“明知”作為對行為人認識狀態的要求，在解釋論上存在“知道”“應當知道”“可能知道”三種理解。除刑法總則第14條使用“明知”以外，刑法分則涉及“明知”的罪名中，絕大部分為故意犯，僅“強令、組織他人違章冒險作業罪”和“教育設施重大安全事故罪”為過失犯罪。此兩處“明知”的內容指向過失犯注意義務的來源，其餘罪名中的“明知”則作為故意犯的提示性規定，表明過失行為不構成犯罪。問題是，在“明知”被解釋為“應當知道”或“可能知道”的場合下，是否意味著對“知法”可以進行推定。^[37]

筆者認為，應當通過厘清法律推定的實體法意義和程序法意義，對刑法中“明知”內容和程度與違法性認識之關係予以細化分類。

1. “知道或者應當知道”不等同於“知法推定”

行政犯中的“明知”不意味著可以任意以違法性認識可能性充當故意實體，仍然以現實違法性認識作為故意的認識內容。關於什麼是“明知”，我國大部分立法解釋、司法解釋將其解釋為“知道或應當知道”。在立法解釋中，2014年全國人大常委會關於非法收購國家重點保護的珍貴、瀕危野生動物及其製品的立法解釋認為“明知”是指“知道或者應當知道”。^[38]在其他司法解釋中，“明知”的類型包括：第一，直接規定“知道或者應當知道”。^[39]第二，以列舉方式規定視為“應當知道”的具體情形，^[40]或附加“但有證據證明確屬被矇騙的除外”“但有相反證據或者能夠作出合理解釋的除外”。例如，走私、販賣、運輸毒品犯罪和破壞森林資源刑事案件相關司法解釋採用了此類表述。^[41]第三，較為特殊的是，2013年《關於依法懲治性侵害未成年人犯罪的意

[37] 值得注意的是，《刑法修正案（十一）》將原《刑法》第219條“侵犯商業秘密罪”中的“明知或應知”改為了“明知”。這一改動也說明在立法上推定“應當知道”的做法已被及時糾偏。

[38] 2014年全國人民代表大會常務委員會《關於〈中華人民共和國刑法〉第三百四十一條、第三百一十二條的解釋》規定：“知道或者應當知道是國家重點保護的珍貴、瀕危野生動物及其製品，為食用或者其他目的而非法購買的，屬於刑法第三百四十一條第一款規定的非法收購國家重點保護的珍貴、瀕危野生動物及其製品的行為。知道或者應當知道是刑法第三百四十一條第二款規定的非法狩獵的野生動物而購買的，屬於刑法第三百一十二條第一款規定的明知是犯罪所得而收購的行為”。之後，最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部《關於依法懲治非法野生動物交易犯罪的指導意見》作出了相同的規定，即“知道或者應當知道是國家重點保護的珍貴、瀕危野生動物及其製品，為食用或者其他目的而非法購買，符合刑法第三百四十一條第一款規定的，以非法收購珍貴、瀕危野生動物、珍貴、瀕危野生動物製品罪定罪處罰。”

[39] 2000年最高人民法院《關於審理為境外竊取刺探收買非法提供國家秘密情報案件具體應用法律若干問題的解釋》第五條規定：“行為人知道或者應當知道沒有標明密級的事項關係國家安全和利益，而為境外竊取、刺探、收買、非法提供的，依照刑法第一百一十一條的規定以為境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密罪定罪處罰。”

[40] 2003年最高人民法院、最高人民檢察院、公安部國家煙草專賣局《關於辦理假冒偽劣煙草製品等刑事案件適用法律問題座談會紀要》第二條規定：“‘明知’，是指‘知道或應當知道’。有下列情形之一的，可以認定為‘明知’：1、以明顯低於市場價格進貨的；2、以明顯低於市場價格銷售的；3、銷售假冒煙用註冊商標的煙草製品被發現後轉移、銷毀物證或者提供虛假證明、虛假情況的；4、其他可以認定為明知的情形。”

[41] 2007年最高人民法院、最高人民檢察院、公安部《辦理毒品犯罪案件適用法律若干問題的意見》中第二條規定：“走私、販賣、運輸、非法持有毒品主觀故意中的‘明知’，是指行為人知道或者應當知道所實施的行為是走私、販賣、運輸、非法持有毒品行為。具有下列情形之一，並且犯罪嫌疑人、被告人不能做出合理解釋的，可以認定其‘應當知道’，但有證據證明確屬被矇騙的除外：（一）執法人員在口岸、機場、車站、港口和其他檢查站檢查時，要求行為人申報為他人攜帶的物品和其他疑似毒品物，並告知其法律責任，而行為人未如實申報，在其所攜帶的物品內查獲毒品的；（二）以偽報、藏匿、偽裝等蒙蔽手段逃避海關、邊防等檢查，在其攜帶、運輸、郵寄的物品中查獲毒品的；（三）執法人員檢查時，有逃跑、丟棄攜帶物品或逃避、抗拒檢查等行為，在其攜帶或丟棄的物品中查獲毒品的；（四）體內藏匿毒品的；（五）為獲取不同尋常的高額或不等值的報酬

見》^[42]中規定，對於已滿十二周歲不滿十四周歲的被害人，通過對客觀情況綜合考察“可能是”幼女的，視為“明知”；而性侵害不滿十二周歲的幼女在任何情況下都被視為行為人屬“明知”。應當認為，除了在不滿十二周歲幼女的情況下將“明知”作為一種不可反駁的推定之外，其餘情形都存在提出相反證據的可反駁空間。

作為一種主觀認識狀況，在解釋將“明知”確定為“知道或者應當知道”的情況下，“應當知道”被視為具有法定效力的“強制性推定”。^[43]需要澄清的是，既然法定推定可以提出反駁的證據，那麼“應當知道”只能解釋為法規範意義上的推定，不能被解釋為等同於事實上的“可能知道”。即使第一種情形直接規定“明知”為“知道或應當知道”，且沒有附加例外情形，也可以提出合理的解釋理由，推翻法律上的推定。例如，《關於依法懲治非法野生動物交易犯罪的指導意見》^[44]雖然將“明知”解釋為“應當知道”，但同樣要求設置了例外情形。就現有司法解釋對“明知”的規定而言，僅有“明知”十二周歲的幼女的規定不僅是強制性推定而且是不可反駁的推定。

總之，我國刑法關於“應當知道”“可能知道”的規定，在解釋論上存在實體法和證據法上的可反駁性，“有證據證明確屬被矇騙的除外”可以成為阻卻故意的合理理由。另外，解釋論上，“明知”的內容包括事實與規範兩方面，即可反駁的理由包括不知事實^[45]與不知法兩種情形。理論界普遍承認構成要件事實是“明知”的對象，但如前文所述，我國刑法中的實質故意包括事實與規範兩方面，行為人主觀方面的違法性認識（對行為法律性質的評價）也應當成為“明知”的內容。

2. “明知”的程度與違法性認識

責任階段，故意與過失的區分核心在於認識因素。^[46]關於“明知”的程度，縱向可分為現實

而攜帶、運輸毒品的；（六）採用高度隱蔽的方式攜帶、運輸毒品的；（七）採用高度隱蔽的方式交接毒品，明顯違背合法物品慣常交接方式的；（八）其他有證據足以證明行為人應當知道的。2023年最高人民法院《關於審理破壞森林資源刑事案件適用法律若干問題的解釋》第七條規定：“認定刑法第三百四十五條第三款規定的‘明知是盜伐、濫伐的林木’，應當根據涉案林木的銷售價格、來源以及收購、運輸行為違反有關規定等情節，結合行為人的職業要求、經歷經驗、前科情況等作出綜合判斷。具有下列情形之一的，可以認定行為人明知是盜伐、濫伐的林木，但有相反證據或者能夠作出合理解釋的除外：（一）收購明顯低於市場價格出售的林木的；（二）木材經營加工企業偽造、塗改產品或者原料出入庫台賬的；（三）交易方式明顯不符合正常習慣的；（四）逃避、抗拒執法檢查的；（五）其他足以認定行為人明知的情形。”

^[42] 2013年最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部《關於依法懲治性侵害未成年人犯罪的意見》規定：“知道或者應當知道對方是不滿十四周歲的幼女，而實施姦淫等性侵害行為的，應當認定行為人‘明知’對方是幼女。對於不滿十二周歲的被害人實施姦淫等性侵害行為的，應當認定行為人‘明知’對方是幼女。對於已滿十二周歲不滿十四周歲的被害人，從其身體發育狀況、言談舉止、衣著特徵、生活作息規律等觀察可能是幼女，而實施姦淫等性侵害行為的，應當認定行為人‘明知’對方是幼女”。

^[43] 一般認為，程序上之“推定”分為法律推定（強制性推定）與事實推定（允許性推定），前者是指根據基礎事實導出可反駁的假定事實的一種法律規定；後者則是根據案件的實際情況，由法官根據事實酌定權而做出的推定。參見龍宗智：《推定的界限及適用》，載《法學研究》2008年第1期，第110-116頁。

^[44] 2020年最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部《關於依法懲治非法野生動物交易犯罪的指導意見》第九條：“實施本意見規定的行為，在認定是否構成犯罪以及裁量刑罰時，應當考慮涉案動物是否系人工繁育、物種的瀕危程度、野外存活狀況、人工繁育情況、是否列入國務院野生動物保護主管部門制定的人工繁育國家重點保護野生動物名錄，以及行為手段、對野生動物資源的損害程度、食用涉案野生動物對人體健康的危害程度等情節，綜合評估社會危害性，確保罪責刑相適應。相關定罪量刑標準明顯不適宜的，可以根據案件的事實、情節和社會危害程度，依法作出妥當處理”。

^[45] 這裏的不知“事實”即構成要件“意義的認識”，是行為符合構成要件的必要條件。

^[46] 參見鄭超：《論故意與過失的犯罪論體系性地位——古典立場的堅持與修正》，載《中外法學》2021年第5期，第1368頁。

的認識、不確定的認識以及可能的認識。根據犯罪實現意思不同，故意分為直接或間接故意；與之相對，以認識因素為區分標準，違法性認識則分為違法性認識與未必的違法性認識。^[47]故意的認識因素中，違法性認識是對規範賦予行為價值的認識側面，體現了行為人對規範的認同或背離程度，其“知”反應其“惡”。然而，責任說認為，違法性認識可能性有程度之分，即在認識到事實之時，藉由構成要件故意“提訴機能”，違法性認識的可能性越大越應當承認故意責任。但鑑於故意“提訴機能”的局限性，至少在行政犯中“明知”行為違法性的可能性難以有大小之分，往往只是以“一般人”為參考的擬制結果。換言之，如果沒有現實的“知”，何來其“惡”的程度之分。而根據故意說，僅在行為人具有現實的違法性認識時才能成立故意犯罪，根據認識程度的不同，區分了違法性認識的程度，并對應“明知”認識程度的遞進式分類。當然，責任說指責這種現實程度的證明是困難的。但是，證明困難不是實體法設立判斷類型和標準首要考量的因素，而是訴訟證明的工作，不宜模糊違法性認識程度的界限，放低故意犯的入罪標準。

3. “明知”的形式與違法性認識

自施密特霍伊澤區分了“語言的思考”和“事物的思考”以來，故意中“明知”的認知形式就成為與語言性、事物性和心理性相關的問題。從心理學和語言學的角度，“語言的思考”是指思考者與他人乃至自己言說過程而完成的思考。與此相反，“事物的思考”是指不依賴於語言而與事物本身相關聯的思考，它是基於伴隨著形象的回憶，通過直接體驗事物來完成的。“語言的思考”是一種復述式、構建式的心理活動；而“事物的思考”則是一種接近習慣的、具有實踐經驗性的縮略式思維過程。對此，阿圖爾·考夫曼認為，沒有語言就不可能意識化思維，即使在激情犯的情況下，行為人也是通過縮短形式的語言進行思維的。^[48]通常而言，人們對法的體驗基本以生活實踐為基礎，對行為的知法判斷大都可以脫離具體的文本、語言等語境而存在。也就是說，“知法與否”往往是一種經驗的、潛在的、內化的狀態。例如，行為人看到紅燈，就會知道道路交通法上禁止通行的規則。這種形象到抽象的過程是出於認知的慣性，大多數時間禁止規制效力的發揮有賴於內化於心的事物性思考，而不是完全的語言的思考。“我們大概都有這樣的體驗，即越是對於那些淺顯、直觀和熟識的事物，我們越容易產生事物性思考；而越是對於那些複雜、抽象和陌生的事物，我們就越是需要依賴於語言性思考”。^[49]從“明知”的形式上，我們通常是將行為即刻的思考過程作為考察點，違法性認識“現實性”的判斷只要具有對行為違法的“事物的思考”即可。那種腦海中一閃而過的“行為違法”的明示或隱喻，都能成為存在違法性認識的證明。

四、社會危害性認識與違法性認識之“交叉關係”

社會危害性認識與違法性認識的關聯性是一個具有中國特色的刑法問題。故意說論者認為，我國《刑法》第14條關於“故意”的概念之中包含著違法性認識。由於刑法明文使用了“明知自己的行為會發生危害社會的結果”，因此違法性認識與社會危害性認識之關係成為被重點討論的問題。

[47] 未必的違法性認識是指，當行為人對自己行為的違法性產生懷疑，但因法律狀態不明、沒有明確的法律資訊或者判例、其他法律資訊產生衝突而無法確切判斷其行為是否適法或違法。參見[日]松原久利：《未必的違法性認識——關於違法性認識可能性與期待可能性》，趙天琦譯，載《南大法學》2021年第4期，第151頁。

[48] [日]增田豐「故意・錯誤問題への認知科学的ストラテジー」法律論叢61卷6號（1989年）6頁參照。

[49] 陳璇：《責任原則、預防政策與違法性認識》，載《清華法學》2018年第5期，第110頁。

我國犯罪故意中的“社會危害性”借鑒了蘇俄刑法典中故意的概念，即以一般人立場為基礎的“是非善惡”為價值判斷標準，這一概念具有強烈的政治色彩且不完全以法規範為前提。理論界主張這一概念不能充分擔當犯罪故意標準的理由是：其一，缺乏規範品質。“社會危害性”只能說明為什麼社會普遍承認的規則、條理能夠成為規範，但不意味著所有具有社會危害性的行為都是犯罪。這一概念以日常化、政治化的用語替代了規範表述，其內涵寬泛地涵括了道德、倫理評價等範疇，即使是不具刑事違法性的道德瑕疪行為也可能被認為具有社會危害性。其概念的模糊性、缺乏指示機能等缺陷存在擴張犯罪疆界的危機，失去了法與道德的界限。尤其是在行政犯時代，法與道德既不完全合一，亦未完全分離，二者在他律與自律、外在與內在、合法性與合道德性上具有顯著差異。有學者甚至直指行政犯“法益性的欠缺”，“社會危害性”概念難以應對現實的多變性，尤其是出於社會管理目的創設的新的秩序規則。^[50] 其二，混淆了立法者立場與行為人立場。“社會危害性”是無產階級時代的刑法學家從階級統治立場對犯罪本質的揭示，這一定義立足於立法者、法學家而非一般人的認識視角。^[51] “社會危害性認識”涉及的是以實質理性為基本理念的立法活動。^[52] 上述批判觀點指出了行政犯時代“社會危害性”概念的規範性“失語”。正因為這一缺陷，刑法理論要求一個更加規範化的概念來充當故意的實體，社會危害性概念的局限也成為違法性認識理論出現的外部動因。^[53] 與此相對，“違法性認識”概念最大的優勢在於建立在規範論的話語體系之上，用規範的價值為事實賦值，將可譴責的主觀責任聯結於法規範的評價之上。二者在內涵上存在交叉部分，在外延上又有所區分。刑法理論上有必要進一步明晰其差異，細化分析在行為人認識錯誤場合，兩種認識差異對行為人故意的影響。

（一）已有理論觀點及評述

早期故意說論者對社會危害性認識與違法性認識的關係存在兩種見解：“同一說”認為，二者互為表裏，故意既包括社會危害性認識又包括違法性認識。從實質違法性角度，二者是同一的。^[54] “區別說”認為二者不能等同，一種觀點屬於違法性認識不要說，主張行為人應當具備社會危害性認識，不需要具備違法性認識；^[55] 另一種觀點主張故意中的社會危害性概念應當被違法性認識所替代。^[56] 社會危害性不是、也不可能成為犯罪故意的認識內容，犯罪故意的認識內容應當是、也只能是違法性認識。^[57]

最近的研究在前述兩種路徑基礎上發展出以下三種新觀點：

第一，“一體兩面說”認為，違法性認識和社會危害性認識分別對應著形式違法性與實質違法性。我國《刑法》第14條之“故意”是事實與規範的統一，社會危害性的內涵是實質違法性，對應

[50] 參見劉豔紅：《“法益性的欠缺”與法定犯的出罪——以行政要素的雙重限縮解釋為路徑》，載《比較法研究》2019年第1期，第97頁。

[51] 參見賈宇：《犯罪故意概念的評析與重構》，載《法學研究》1996年第4期，第126-127頁。

[52] 參見閻志強：《明知、社會危害性認識與違法性認識》，載《北方法學》2019年第2期，第61-62頁。

[53] 參見莫曉宇：《知與惡——犯罪故意中的違法性認識》，載《法學評論》2006年第4期，第40頁。

[54] 參見唐稷堯：《域外刑法違法性認識辨析及其與社會危害性認識之比較》，載《現代法學》2006年第3期，第134頁。

[55] 參見姜偉：《罪過形式論》，北京大學出版社2008年版，第117頁；姜偉：《犯罪故意與犯罪過失》，群眾出版社1992年版，第145頁。

[56] 參見賈宇：《犯罪故意概念的評析與重構》，載《法學研究》1996年第4期，第129-131頁；參見賈宇：《論違法性認識應成為犯罪故意的必備要件》，載《法律科學》1997年第3期，第58-64頁。

[57] 參見田宏傑：《違法性認識研究》，中國政法大學出版社1998年版，第35-58頁。

著“法律正當與否的評價性認識”（刑法意義上），最終影響行為人的責任故意；而違法性認識的內涵則是形式違法性，對應著“法律知曉與否的事實性認識”（前置法意義上），最終影響行為人的構成要件故意。^[58]但是，這種將形式違法性和實質違法性分別對應前置法和刑法的觀點與德國帝國法院時期將違法性認識的對象區分為刑法和刑法以外規範的做法類似。既然認為兩者是“一體兩面”的關係，為何對構成要件故意和責任故意要區別對待，為何只有前者阻卻故意，並不清楚。

第二，“位階關係說”認為，社會危害性認識不能為責任非難提供根據，首先應當進行構成要件該當性的“二階評價”，這種評價是關於形式違法性的認識；其次才是違法階層考察行為是否違反了評價規範，這是關於社會危害性的實質違法性認識，並且關於違法性認識的禁止規範只能是刑事法。該說批判過去關於二者關係的說法是混淆了“認識”與“評價”，進而將二者的邏輯關係重構為：構成要件該當性之“二階評價”（形式違法性認識、規制評價、禁止規範、積極判斷）→違法性之“一階評價”（實質違法性認識、價值評價、評價規範、消極判斷）。^[59]應當認為，該說關於社會危害性是評價規範，違法性認識是命令/禁止規範的整體判斷具有啟發意義。與第一種觀點的相似之處是，均採取了概念間的對應思路，但二者的結論卻完全相反。在“位階關係說”看來，違法性認識的內容是關於刑法禁止性的形式違法性，但“一體兩面說”卻將形式違法性的認識定位於對前置法的認識，其共同點都是承認違法性認識是形式違法性的認識。只是，“位階關係說”既然認為形式違法性包含了實質違法性，二者在認識內容上就應當是包含關係，也就是認識了形式違法性理應就認識了實質違法性，但根據此說的結論卻並非如此。

第三，“實質違法性認識可能性與危害社會性等同說”通過對我國刑法故意“明知”對象中的“危害社會”予以解構，論證了“危害社會”與反對動機形成可能性之間的關係。該說認為，規範責任論視野下，我國《刑法》第14條的故意概念包含對構成要件事實和規範評價的雙重認識，“危害社會”具有“歸責機能”。^[60]這一觀點值得肯定之處是結合我國刑法規範，從解釋論角度對“故意”概念進行了實質解構，承認了故意概念中包含著規範意義上的評價性認識。但值得商榷的是，該說既然承認違法性認識的必要性，卻又將違法性認識從故意中排除出去，僅以“實質違法性認識可能性”充當故意內涵，有混淆故意和過失之嫌。另外，區分“形式的違法性認識可能性”和“實質的違法性認識可能性”或許並不必要，因為“可能性”概念本就是擬制的蓋然性概念，沒有實在的可附著標準，再在一種擬制狀態下區分形式與實質似乎缺乏實益。

（二）破除線型邏輯、注重交叉關係

依筆者之見，“社會危害性認識”與“違法性認識”不是形式與實質的簡單對應，除了在規範品質、評價主體方面存在差異之外，在規範聯結程度和認識義務的來源兩個維度具有交叉性。二者的區別不在於形式與實質的僵化對應，而在於與法規範的聯結程度差異。

[58] 參見田宏傑：《走向現代刑法：違法性認識的規範展開》，載《政法論壇》2021年第1期，第72頁。

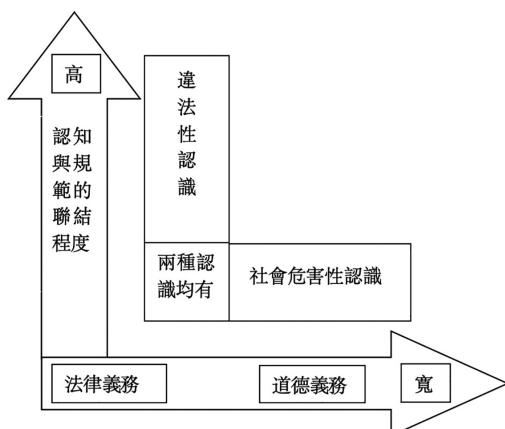
[59] 柏浪濤認為，“形式違法性與實質違法性既不是表面與內容的關係，也不是互不干涉的中立關係，更不是對立排斥關係，而是位階關係。形式違法性（禁止性）包含了實質違法性（社會危害性）的評價”。參見柏浪濤：《違法性認識的屬性之爭：前提、邏輯與法律依據》，載《法律科學》2020年第6期，第20-21頁。

[60] 曾文科批判了既有研究關於“危害社會”的兩種見解：第一，客觀標準說中的“危害社會”是對行為或結果屬性的修飾或表達，不是明知的內容。第二，行為人標準說中的“危害社會”是行為人本人對所實現的構成要件結果的評價，行為人應該明知的內容包括實質違法性、法益侵害性。參見曾文科：《犯罪故意概念中的“危害社會”：規範判斷與歸責機能》，載《法學研究》2021年第5期，第159-174頁。

早在上個世紀90年代賈宇率先提出以違法性認識取代社會危害性價值，時至今日，違法性認識概念在我國刑法理論上已普遍被接受，但二者之關係卻仍不明晰。目前我國刑法學界出現了一種固化形式違法性與實質違法性的趨勢，一是將形式違法性認識等同於對法律條文的認識，將實質違法性認識等同於法律條文以外的法秩序的認識；二是任意切割整體法規範，簡單地將前置法等同於形式違法性，將刑法上的社會危害性等同於實質違法性。但是，此兩種“線型邏輯”推演出來的結論都未能準確揭示違法性認識的內涵。形式與實質的劃分可追溯到李斯特對兩種違法性的區分，形式違法性系行為違反國家規範，實質違法性系行為具有反社會性。然而，在傳統德國刑法上，李斯特並未認為兩者是異質關係，而是針對行為規範無價值判斷的不同考察方法。近代刑法理論上，有觀點主張形式違法性與構成要件該當性相對應，實質違法性與無阻卻違法事由相對應。也有觀點將實質違法性作為補充形式違法性違法判斷不足的存在。^[61]通常所說的形式違法性、實質違法性均是站在裁判者立場，對某一事實評價形式的分類。而事實上，所謂的形式與實質都是對同一客體的描述，不論是形式違法性認識，還是實質違法性認識，之於行為人而言，認識的對象到達行為人時均是一個完整的整體。換言之，站在裁判立場上，我們可以對認識對象、認識過程作出形式與實質的區分，但在行為人立場上，形式違法性認識和實質違法性認識的對象應當是統一的，兩者只是認識程度的不同。

因此，亟需轉變上述線型劃分模式，立體化地考察行為人的認識狀況。筆者認為，二者本質的區別在於“與規範的聯結程度”，“違法性認識”將行為人認識的對象框定於法規範之上，而“社會危害性認識”在描述行為人與規範的關係上則較為鬆散。

從橫向認識義務來源範圍來看，社會危害性認識的內容“寬”於違法性認識的內容；而從縱向認識與規範聯結程度來看，違法性認識的程度“高”於社會危害性認識，二者之間屬於交叉關係。也就是說，“社會危害性認識”是外延較廣、內涵較少的概念，在認識義務來源上不僅包括法律義務、還包括倫理道德義務；“違法性認識”是外延較窄、內涵較多的概念，在認識義務來源上主要是法律義務，但在認知程度上較前者更深，需要認識到高於道德義務的法律義務。一般情況下，違法性認識與社會危害性認識具有一致性，通常有違法性認識就一定具有社會危害性認識。但在行政犯場合，較為特殊的是，行為人可能存在存在規範違反的認識時，卻沒有認識到行為的社會危害性。



社會危害性認識與違法性認識之關係示意圖

[61] 參見余振華：《刑法違法性理論》，元照出版有限公司2001年版，第68頁。

（三）類型化處理方案

或許會有觀點質疑，既然社會危害性認識和違法性認識在內涵和外延是不同的概念，如何立足“交叉關係說”將違法性認識融入我國《刑法》第14條之中？本文認為，在社會危害性認識與違法性認識重合的部分，二者屬於同質概念；而在不重合部分，實質上是需要行為人認識到行為違法。從上文對二者微觀不同的分析來看，也可以說明違法性認識是更規範、更準確的概念。當然，在具體案件的法律適用中，可能會出現行為人的社會危害性認識與違法性認識不一致的情形，這就需要從正確處理二者關係的角度，通過類型化來解決責任歸屬問題。因此，為避免故意說產生處罰漏洞的問題，下文通過細化違法性認識與社會危害性認識之間的交叉關係，推導出三種具體情形。

1.假性的違法性認識錯誤

情形之一是：認識到社會危害性，卻沒有認識到行為違反規範，原則上屬於具有違法性認識，在特別情況下或許涉及罪刑法定問題。過去的觀點存在兩種意見。第一種意見認為這種情況屬於典型地違法性認識錯誤，認為這種情況發生的原因在於存在立法漏洞，由於沒有法律的規定，當然就不能使行為人負刑事責任。^[62]第二種意見也認為這種情形成立違法性認識錯誤，但只要具有避免可能性就仍然成立犯罪，進而反向論證了不需要現實的違法性認識。例如，賣淫女明知自己患有性病，但不知“傳播性病罪”而仍從事賣淫活動，不需要行為人認識到刑法規定了相應的罪名。^[63]

本文認為，上述兩種意見均沒有厘清二者的關係，事實上這兩種情形並非真正地違法性認識錯誤，而是成立假性的違法性認識錯誤。針對第一種觀點，在行為人淺層次地認識到了行為的反社會性或悖德性的場合，不能一概認為“鑽法律空子”是公民的權利而阻卻責任。例如，國家機關工作人員的近親屬向他人索賄，但並不清楚刑法規定了“利用影響力受賄罪”。這種情形下，行為人能夠認識受賄行為違法，但對自己的身份發生了錯誤認識，這時行為人並不是真正地不具有違法性認識。社會危害性所表徵的“禁止性”是人們長久以來形成的基本社會行為準則，這種無價值判斷的標準既是文化規範作為一般標準的歸結，也映射出法規範的生成基礎以基本倫理道德為準則。如果能夠在法益侵害稀薄的行政犯中識別出行為的有害性，必然依據道德與法的生成規律（即二者之間無價值評價的“一致性”），應當肯定違法性認識的存在。又如，民事合同中規定了不得欺詐的準則，即使行為人不知串通投標罪，但只要知道自己的欺詐行為是“不合規的”“不得為的”，就足以肯定其背反基本社會價值的心態成立故意。因此，只要人們能夠認識到行政犯中構成要件行為對社會的危害或危險，原則上足以肯定其違法性認識的存在，在因罪刑法定而產生適用疑問時，才屬於例外。

2.未必的違法性認識

情形之二是：已認識到行為違反規範到或不確定行為是否違反規範，但沒有認識到社會危害性，構成未必的違法性認識。典型如，“陸勇代購假藥案”^[64]中，陸勇明知自己代購的“假藥”沒有取得國家進出口許可，屬於違反法律的情形，但認為藥物具有相同療效而沒有社會危害性。應當說，從實際情況來說，行為人顯然知道自己“不合規”，但仍然以對社會無害而說服自己“不違法”，進而對背反法律抱有輕率心態。這種情形成立對行為產生不法懷疑的未必的違法性認識。但是否應

[62] 參見馮軍：《刑事責任論》，法律出版社1996年版，第225頁。

[63] 參見柏浪濤：《錯誤論的新視角》，中國民主法制出版社2020年版，第226頁。

[64] 參見湖南省沅江市人民檢察院沅檢公刑不訴（2015）1號不起訴決定書；參見杜小麗：《抽象危險犯形態法定犯的出罪機制——以生產銷售假藥罪和生產銷售有毒有害食品罪為切入》，載《政治與法律》2016年第12期，第41頁。

當肯定故意，在行政犯的場合，應當根據行為人的認知程度以及意志放任程度來具體判斷責任的有無及大小。關於司法適用中未必的違法性認識問題的具體處理規則，筆者主張將未必的違法性認識之“後階段”類型化為：客觀不可避免的違法性認識錯誤、因輕信、疏忽導致的違法性認識錯誤、因懈怠、放任而具有違法性認識，這三種情形分別成立無罪、過失與間接故意。^[65]

3. 真正的違法性認識錯誤

情形之三是：既無違法性認識，也沒有認識到社會危害性，屬於真正的違法性認識錯誤，應當阻卻故意。典型如“王力軍倒賣玉米案”^[66]中，王力軍既沒有認識到需要辦理糧食收購證的許可程序性規定，也沒有意識到收購玉米會對社會經濟生活造成嚴重的危害性。在這種情形下，王力軍的行為在客觀上和主觀上具有一致性，既沒有違法的知與欲，也沒有造成嚴重危害社會的結果，這種情形屬於典型的行政犯的違法性認識錯誤。也正是因為行政犯危害社會的反價值性較弱，就現代社會而言，一國之內的公民真正缺乏違法性認識的情況會較多出現在行政犯之中。

總之，行政犯中真正的違法性認識錯誤僅限於既缺乏社會危害性認識，也缺乏違法性認識的情況。而在認識到社會危害性或產生不法懷疑的情況下都可能成立故意犯罪。因此，將違法性認識定位於故意之中，並不必然導致處罰的漏洞，厘清二者之間的區別和聯繫，有助於在不同的認識狀態下判斷行為人違法性認識錯誤的類型，進而對每種情形予以合理地區分處理。

Abstract: In the system positioning of illegality cognition, Theory of Intentional and Theory of culpability take the “interpretation centered theory” and the “legislative amendment theory” as the paths respectively. However, Theory of culpability is not consistent with the concept of substantial intent in our criminal law, and lacks the normative basis in criminal law, which risks becoming a tool of risk control tool. The theory of Intentional is consistent with the concept of substantial intention in Article 14 of the criminal law of China. Through the interpretation of “knowing” in the special provisions of the criminal law and the clarification of the relationship between social harmfulness cognition and illegality cognition, it can not only establish an appropriate positioning of illegality cognition with mitigating regulation effect in the criminal law system of China, but also effectively avoid the loophole of punishment. We should break the linear logic and pay attention to the “cross relationship” between social harmfulness cognition and illegality cognition. Under the guidance of typological thinking, according to different cognitive conditions, it is possible to deduce the false illegality error, cognition of non-necessarily illegality, and the true illegality error. Classifying each situation is an effective way to realize judicial acceptance of illegality cognition.

Key words: Illegality Cognition; System Positioning; Interpretation Centered Theory; Theory of Intentional; Typed Scheme

(責任編輯：馬志遠)

[65] 筆者就此問題已撰寫專門文章予以深入分析，因本文篇幅有限，故不再展開討論。

[66] 參見內蒙古自治區巴彥淖爾盟中級人民法院（2017）內08刑再1號刑事判決書。

《民事強制執行法（草案）》背景下執行債務人異議之訴的中國化圖景

李 帷*

摘要 執行依據生效後發生清償、和解等事由，使執行依據載明的實體權利與實然狀態不符時，應為債務人提供救濟之策。當下我國以執行異議和另行起訴為債務人異議之訴的替代方案。然而，執行異議以書面審查為原則、聽證審查為例外，均無法為當事人提供充足程序保障；另行起訴易與原執行依據衝突，無法排除其執行力，使權利保護遲滯。域外債務人異議之訴的生成與審執分離執行形式化原則密不可分，與我國審執分離改革及實體爭議應由爭訟程序解決的理念不謀而合，可引入債務人異議之訴，《民事強制執行法（草案）》第88條亦明確我國將設立執行債務人異議之訴。具體程序設計應以執行法院為管轄法院，宜在訴訟請求中將對實體權利義務的判斷請求一併提出，不設異議前置程序，債權轉讓時只能以受讓人為適格被告，債務承擔應區分並存和免除分別確定適格原告，異議之訴審理期間一般不中止執行，除非債務人提供擔保且達到疏明標準。

關鍵詞 審執分離 執行形式化 債務人異議之訴 中止執行 異議前置

引言

《中共中央關於全面推進依法治國若干重大問題的決定》提出“推動實行審判權和執行權相分離的體制改革試點”，優化司法職權配置。在審執分離語境下，執行機構啟動強制執行時應遵循形式審查原則，無權審查執行依據上記載的實體權利是否現實存在，只能以審判或公證機關確定的執行依據為基準。而民事實體權利並非一成不變，即使經過嚴密攻擊防禦程序，隨著時間的經過，仍然可能因清償、免除、混同、抵銷、時效屆至、和解等行為而發生變化，致使執行依據載明的權利與實然狀態不符。此時債權人若仍以原執行依據申請執行，執行機構無從知曉和判斷，繼續執行于實體法應然秩序難容，于債務人而言自屬不公，為維持實體權利義務歸屬的正當性，理應給債務人提供足以排除

* 李嫗，法學博士，西南政法大學執行研究院研究員，重慶市人大監察司法委司法監督處幹部。

強制執行的救濟之策。域外對此普遍設立債務人異議之訴，我國並未設立，卻有替代性解決策略。是故，本文研究圍繞以下問題展開：一、現有替代性制度能否妥善化解爭議？二、若現有制度運行欠佳，我國應否引入債務人異議之訴？三、如何建構中國特色的債務人異議之訴？執行債務人異議之訴在我國尚屬立法空白，雖然《民事強制執行法（草案）》意欲設立執行債務人異議之訴，^[1]學界對債務人異議之訴亦多有介紹，^[2]但基本停留在對域外法律的制度描摹層面，對於域外債務人異議之訴的歷史沿革、其設立的深層背景為何？我國是否有設立執行債務人異議之訴的實踐土壤？怎樣建構契合中國國情的執行債務人異議之訴，執行債務人異議之訴的管轄法院、訴訟主體、訴訟請求、與中止訴訟的關係、是否將執行異議前置等問題，尚未有研究涉足，《民事強制執行法（草案）》亦未作出充足回應。本文立足于上述問題，希冀在一定程度上填補既有研究的空白。

一、執行債務人實體權利救濟的現狀檢視

審視我國立法和司法解釋，執行依據生效後實體權利發生清償、抵銷、和解、混同、債權人同意延期等變動時，當下制度為債務人提供的救濟路徑有二：一是在執行中提起執行異議，二是另行起訴。本文從立法和司法實踐兩個層面對上述兩種路徑進行考察，在梳理法律規定的基礎上，從“威科先行”資料平台，以“《最高人民法院關於人民法院辦理執行異議和複議案件若干問題的規定》（以下簡稱《異議複議規定》）第七條第二”、“履行完畢”+“排除執行”等作為關鍵字，檢索出裁判文書1266份，去除刑事、行政案件及撤訴裁定等無效文書，從中篩選出比較有代表性的裁判文書60份，對其進行梳理整合，基本能夠描摹我國執行債務人實體權利救濟的實踐圖景。

（一）立法規定

1.執行異議。根據《執行異議複議規定》第7條第2款，對執行依據生效之後產生的實體爭議，債務人如以債權消滅、喪失強制執行效力等執行依據實體事由提出排除強制執行異議的，人民法院參照《民事訴訟法》第236條進行審查。與此相適應，如對異議不服，可提起複議。同時，《執行異議複議規定》第12條規定：“人民法院對執行異議和複議案件實行書面審查。案情複雜、爭議較大的，應當進行聽證”。由此可知，對執行依據成立後的實體權利義務變動爭議，可由執行異議方式代行處理實體權利爭議，具體適用時，采“一般情形下的書面審查方式為主+特殊情形下的聽證審查方式為輔”模式。

2.另行起訴。裁判發生法律效力後，發生新的事實，當事人可以另行起訴。根據既判力基準時一般理論，生效裁判只對既判力基準時刻的實體權利義務判斷產生既判力，當事人不能在後訴中就已經判決的同一訴訟標的再行訴訟，否則就違反了一事不再理原則。^[3]相反，“在基準時點後所生之新事

[1] 《民事強制執行法（草案）》第88條規定：執行依據生效後，發生消滅或者妨礙申請執行人請求的抗辯事由的，被執行人可以在執行程序終結前，以申請執行為被告，向執行法院提起訴訟，請求不予執行。被執行人知道或者應當知道存在多個異議事由的，應當在異議之訴中一併主張。

[2] 參見陳嫻靈：《我國民事執行異議之訴研究》，湖北長江出版集團、湖北人民出版社2009年版；王娣、孫凌岳：《論債務人異議之訴》，載《北京科技大學學報（社會科學版）》2011年第3期；王娣：《我國民事訴訟法應確立“債務人異議之訴”》，載《政法論壇》2012年第1期；朱新林：《論民事執行救濟》，中國政法大學出版社2015年版；金印：《論債務人異議之訴的必要性——以防禦型司法保護的特別功能為中心》，載《法學》2019年第7期。

[3] [日]高橋宏志：《民事訴訟法制度與理論的深層分析》，林劍鋒譯，法律出版社2003年版，第488頁。

由，既非當事人于前訴中所得主張，自不受既判力遮斷效所遮斷，並不生當事人于後訴中不得加以主張之失權效。”^[4]既判力並不能對未來的權利產生遮斷效，基準時之後當事人之間發生清償、抵銷、和解、免除、債權轉讓、債務承擔等行為，屬於裁判生效之後的新事實，並未被前訴生效判決所確認，亦不在訴訟系屬之中，既不屬於原生效裁判未查明或涉及的事實，也不屬於當事人在前訴中未能提出的事實，自不受前訴生效判決的既判力所拘束，故此類事實應該屬於《民事訴訟法》第248條規定的“新事實”範疇，債務人可以據此另行提起確認請求權不存在或受限制的確認之訴，該規定也成為實踐中執行機構認為執行異議程序無法處理複雜實體爭議時，在異議裁定中為當事人指明的其他慣常解決路徑。

（二）實踐困境

儘管現有法律設計了兩條進路解決執行依據生效之後實體權利義務變動爭議，然而兩種救濟管道均有明顯缺陷。

1. 執行異議審查實體爭議力有不逮

《執行異議複議規定》第7條第2款雖然懷揣了准用執行異議程序解決當事人實體爭議的美好願景，但鑑於236條本身為程序性救濟方式，各地法院在實踐操作中看法並不一致，對於執行異議程序進行實體審理的程度為何、是否進行全面審理抑或僅作形式審查，各自為政、認定不一，呈現三種形態：

一是徑行駁回異議申請。實踐中，多數法院未能正確適用《執行異議複議規定》第7條第2款，認為異議複議只能審查具體執行行為是否違法問題，即程序異議而非實體異議，對當事人提出的實體審查申請置之不理。^[5]二是對實體爭議審查不全面。受形式審查原則所限，很多法院僅對部分事項進行審查，其餘則交由當事人另訴處理，並未實質解決爭議。同時，異議程序對執行實施機構的影響有限，異議程序是否具有排除強制執行的效力不明。

在某案件中，債務人是否已經償還款項、償還了多少顯然是實體審查中的關鍵因素，而兩級法院異議審查機構對異議審查的程度範圍認定不一，成都中院認為具體對賬應由執行實施機構組織進行，四川省高院則認為未經舉證質證無法判斷被告實際支付金額，執行異議複議並未實現審查實體權利義務狀態的預期功能。^[6]三是對當事人之間的實體爭議進行實質審查。但這種情形並不常見，且突破了強制執行基本法理。僅此情形實現了第7條第2款的預期功能，可見執行異議並不能承載司法解釋賦予

[4] 黃國昌：《既判力之時間範圍》，載《月旦法學教室》2005年第32期，第91頁。

[5] 參見鄭州高新技術產業開發區人民法院（2018）豫0191執異348號執行裁定書：在一合同糾紛案中，被執行人以已償還生效法律文書確定的欠款為由向執行法院提出書面異議，執行法院認為，執行行為異議審查的客體是執行實施機構做出的行為，而不是由執行審查機構直接作出執行行為。異議人請求法院對執行案件作出執行完畢決定，不是對執行實施機構執行行為的異議，該院不予審查。根據《執行異議複議規定》第12條，人民法院對執行異議和複議案件實行書面審查。對異議人所歸還欠款的認定是對案件的實體性認定，不屬於執行異議審查範圍。

[6] 參見四川省高級人民法院（2018）川執復247號執行裁定書：在一合同糾紛中，一審判令被告向原告支付590萬元，二審期間雙方和解協議約定被告支付570萬元。後被告向地稅、房產局支付房屋契稅等合計5240523.10元。原告申請執行，被告提起異議，成都中院認為被告已支付費用屬於執行依據生效之後的實體事由，應計算為執行案件已履行部分，但未對當事人之間的實體爭議進行全面審查，而認為因執行標的約為590萬元，應由執行實施機構組織雙方進行對賬，駁回了被告的異議申請。執行實施機構亦未理會相應對賬要求，直接凍結並扣劃了債務人的財產，導致案件在複議期間已執行完畢。四川省高院則認為，對於被告是否實際支付了款項，應當進行舉證質證，成都中院在當事人未舉證情形下認定應予扣除相應款項不當，而因案件已經履行完畢，四川省高院不宜也實際不能進行實體審查。

的代行化解實體爭議作用。

2. 另行起訴化解實體爭議差強人意

執行異議未能發揮預期效果，認為執行異議不能解決當事人實體爭議的法院大多指引當事人另行起訴。然而，另行起訴就能妥善處理問題嗎？

一是回避實質審理。實踐中，另案起訴後部分法院將在先提起的執行異議作為定案依據，而在另案訴訟中直接不予審理，使當事人的實體權利無法得到救濟。^[7]二是易致矛盾裁判。另行起訴後，另案判決可能與原執行依據裁判結果相互矛盾，嚴重影響裁判安定性。比如在一案例中，雙方就履行執行和解協議產生爭議，雙方約定原告于指定日期交付質檢證書等手續後被告付餘款110萬元，若被告未履行，恢復原案件執行；若原告未交付手續，則放棄餘款110萬元。後因質檢證書不具備出具條件，原告未交付手續，被告亦未支付餘款。原告申請恢復執行，鹽城中院認為和解協議約定原告未交付手續則放棄餘款110萬元，對該案應作結案處理。原告不服提起異議，執行異議法院與執行實施法院觀點相同，駁回原告異議請求。複議中江蘇高院認為，被告僅支付400萬元，剩餘110萬元尚未支付。原告未能交付質檢證書的原因是設備品質問題導致特種設備安全監督檢驗研究院不具備出具監督檢驗報告條件，而對設備品質問題維修養護整改主體及其責任歸屬，雙方各執一詞。但鑑於執行異議程序無法解決各方對於協議未能履行是否存在過錯以及違約責任分配等問題，應由另訴厘清各方責任。^[8]

該案江蘇高院指引當事人另訴，能否妥善化解爭議？原告申請恢復執行後無權另訴，被告另訴後，訴訟標的應為和解協議確認的權利義務是否得到實際履行，未能履行的責任主體在何方，不能涉及原糾紛的事實和法律問題，否則構成重複起訴，故訴訟請求只能是請求法院判令確認原告違反和解協議並承擔賠償責任，即使被告勝訴，另訴判決也無法執行。若法院經審理認為設備品質問題維修養護整改責任主體應為原告，過錯在於原告，則原告應承擔違約責任，按照和解協議的約定，應當免除被告110萬元債務。此時原生效法律文書已經恢復執行，執行機構對被告的餘款110萬元繼續執行，另訴判決和原執行依據的執行顯然不可並行，兩個執行依據並存且內容相互矛盾，對於裁判安定性造成損害，可見另訴也無法實現預期效果。

[7] 北京市通州區人民法院（2015）通執異字第7304號執行裁定書：在一離婚後財產糾紛案中，調解書約定王某在指定期間內每月向方某支付8000元。後方某申請執行，王某提起異議稱所載義務已超額履行完畢，是在調解書作出後以另案調解書將其婚前房產轉移給方某的形式履行的，雙方在另案中簽訂了房屋買賣合同。方某認可另案以房抵債是用於履行本案調解書載明義務，其亦未支付房款，但否認債務已清償完畢，稱王某未全部履行房屋買賣協定中的義務。執行法院認為，雙方對房屋買賣協議和訴爭調解書的理解存在爭議，執行異議審查程序不宜審查上述問題，王某無直接和充分證據證明其已全部履行了訴爭調解書載明義務，故駁回王某的異議。後該案執行完畢，王某另案提起3號訴訟，要求方某支付房屋價值高於調解協定金錢部分及執行案件到位款項，一審法院認為“其實質是試圖通過民事訴訟的方式將法院執行的案款要回，其依據仍是原民事調解書主文債務已通過婚前房產作價轉讓形式完全支付到位，但法院生效的裁定書已認定王某未對此提交充分證據，故對王某的主張不予支持。”

該案雙方簽訂調解書後，又通過變更房產所有權抵債調解書債務的形式對實體權利進行了處分，執行法院認為執行異議不宜審查實體爭議，後王某另案起訴，其本質為不當得利之訴，吊詭的是，另案法院卻以“其實質是試圖通過民事訴訟的方式將法院執行的案款要回，法院生效的裁定書已認定王某未對此提交充分證據”駁回王某請求，即賦予了執行異議機構所做裁定類似於既判力的效力，未審理當事人之間的實質爭議。王某是否超額履行了債務，實體請求權的狀態是否已因以房抵債發生了變化？這些事實均處於懸而未決狀態，執行異議程序以執行程序不宜處理此類實體爭議為由未對其進行實質審理，而另行提起的3號案件亦以實質審理會否認執行異議裁定為由不予審理，當事人的實體權利成了執行異議程序和另行起訴兩不管的真空地帶。

[8] 參見江蘇省高級人民法院（2017）蘇執複127號執行裁定書。

二、執行債務人實體權利救濟的困境之源

上述案例折射了債務人異議之訴缺失下，現有替代性制度並不能實現預期功能的窘境，制度預設與實踐運行存在巨大鴻溝。究其原因，制度本身的自有屬性決定了替代性方案只能是杯水車薪，無法從根源上提供解決之策。

（一）執行異議程序保障不足

如前所述，我國執行異議程序呈“通常情形下的書面審查為主+特殊情形下的聽證審查為輔”模式，兩種程序均無法為當事人提供充足的程序保障。

1.書面審查弱化程序保障

《執行異議複議規定》第7條第2款雖然專為處理執行依據生效之後的實體權利爭議而設，但實則只是對《民事訴訟法》第236條的“參照適用”，而236條明確規定審查對象為“具體執行行為違反法律規定”，從中既無法解讀出執行異議能夠突破形式審查原則對實體爭議進行全面審理，也無法解讀出執行機構的具體執行行為能夠與當事人之間的實體權利義務爭議劃等號。實踐中，多數執行異議審查法院認為，執行異議的制度功能本身為解決具體執行行為違法而設，不應用來解決當事人之間的實體爭議。而執行依據作出後，無論發生清償、抵銷、混同等債權消滅事由，還是債權人同意延期、執行和解等事由，均為實體性權利義務爭議。對此類爭議進行審理時，理應賦予當事人充足的程序保障，而程序保障的核心在於辯論權的賦予，^[9]即讓當事人有機會在影響自己實體私權的審判程序中提出裁判基礎資料，獲得主張舉證的權利。^[10]而執行異議通常情形下以書面審查為基準，相較審判程序而言，存在如下問題：

一是注重效率壓榨審限。執行異議本質為非訟程序，與生俱來具有快、略、簡的特點。起草者對其定位如下：執行程序以效率為根本價值遵循，執行異議複議目的為解決執行程序衍生出的爭議，實為執行程序的副程序，同樣應強調效率原則，突出救濟有限特點，處理週期較短，執行法院審查處理執行異議，應當自收到書面異議之日起15日內作出裁定。申請複議的，上級人民法院應當在30日內審查完畢，特殊情況需要延長的，延長期限亦不超過30日。而如果採用另訴的方式處理爭議，則適用普通審判程序的審限規定，簡易案件審理週期為三個月，普通案件審理週期為六個月，在當事人之間的實體權利義務爭議較為複雜的情形下，30日的審限內要處理普通程序180日解決的問題，只能通過弱化當事人程序保障的方式實現。

二是形式審查侵害聽審請求權。書面審查相對以對審口頭公開為主要原則的審理程序而言，容易侵害當事人實體爭議法律審問請求權。書面審查以形式審查為主要標準，核心要義在於不審查私法上權利瑕疵等實體問題，即使當事人提出主張、抗辯，形式審查機構也不加以審究，而僅斟酌外觀上簡單、可直接確認、不需要補充訴訟資料的情形。^[11]但一方面，形式審查與實質審查的界限並不易區分，形式審查原則往往成為限制執行審查法院的牢籠，導致糾紛未完全處理，浪費司法資源。另一方面，以實踐中最容易引發爭議的執行和解為例，執行和解中的爭議分為兩種，第一種是執行和解協議解釋糾紛，源自執行和解協議本身所涉條款不明、容易引起歧義等情形。第二種是執行和解協議履行

[9] [日]谷口安平：《程序的正義與訴訟》，王亞新、劉榮軍譯，中國政法大學出版社2002年版，第10-13頁。

[10] 李彌：《個案舉證釋明問題探討》，載《理論探索》2021年第2期，第121頁。

[11] 許仕宦：《審判對象與適時審判》，新學林出版有限公司2006年版，第507頁。

糾紛，當事人對和解協議條款本身並無爭議，但對履行的方式、期限、條件等有分歧。^[12]無論是哪種爭議，僅靠形式審查都無法作出簡單判斷，對於執行異議能否承載這樣的制度功能，我們不得不打上一個巨大的問號。

2. 聽證審查貶損程序利益

即便實踐中部分法院突破形式審查原則，^[13]利用聽證程序對當事人之間的實體爭議進行全面審查，亦有難以突破的困境。表面看來，聽證審查程序類似於審判程序，亦賦予了當事人陳述、舉證、質證和辯論的權利，具有程序性、公開性和直接言辭性，但與經過正當程序保障的審判程序相比，依然不可同日而語，具體而言：

其一，聽證程序啟動隨意。《最高人民法院關於人民法院執行公開的若干規定》第12條規定：“人民法院對案外人異議、不予執行的申請以及變更、追加被執行主體等重大執行事項，一般應當公開聽證進行審查；案情簡單，事實清楚，沒有必要聽證的，人民法院可以直接審查。”上述規定並未涵蓋被執行人實體權利義務爭議，同時執行聽證的範圍一般由各地法院自行掌握，如天津市高院《關於執行異議、複議案件聽證程序的規範》第一條規定：“屬於重大、疑難案件的，應當聽證；其它案件是否聽證，由執行審查機構視情況決定。”一方面，對於如何判斷案情是否“複雜且爭議較大”，並沒有確切標準，評價依據的主觀性容易導致實踐操作的混亂化；另一方面，異議複議裁決機構對於是否召開聽證掌握著完全的決定權，即使不舉行聽證，亦沒有規定負向懲罰性條款，對當事人的保障不足。而審判程序為當事人設立的程序保障顯然更為完備，對於法院不受理的案件，當事人可以對不予受理裁定向上級法院申請複議。

其二，聽證程序設置單一，無法賦予當事人完備而嚴密的程序保障利益，當事人對聽證結果不服的，除複議外基本無其他救濟措施。相較之下，審判程序擁有一審、二審、再審作為審級保障，能夠通過二審乃至再審糾正下級法院的錯誤裁判，保障法律適用和解釋的統一性，最大程度吸收當事人的不滿，提高司法產品的正當性和可接受度。^[14]而聽證程序的舉行次數則沒有明確規定，即使多次召開聽證程序，審理人員亦不會更換，而審級利益保障下的審判程序擁有不同審判組織，達致客觀真實的可能性更高。因此，聽證程序自身的程序簡陋性無法與審判程序嚴密的程序保障設計相提並論，故無法真正賦予當事人充足的程序保障利益。

（二）另行起訴易與原裁判依據抵牾

其一，無法排除原執行依據執行力。另訴後原判未執行完畢時，另訴判決無法排除原生效文書的執行力。另訴通常形式為確認前訴生效裁判確定的實體請求權已與實際權利狀態不符，但確認判決並不具有執行力。即使債務人獲得勝訴判決，亦不能排除前訴判決的執行力，此時可能出現兩個裁判結果截然相反的判決，此時究竟應執行哪個判決就成為疑問，嚴重影響法的安定性。由於我國當下對此種情況是否能夠終結執行尚屬立法空白，前訴執行法院可以據另訴判決終止執行，亦可以不終止執行，對此並無法律上的法定約束效力，全靠執行機構的主觀判斷，即是否對後訴裁判產生事實上的認同。有觀點認為執行時可將原審判決和另訴判決合併考慮，若原判決已執行，則不執行另訴判決；

[12] 史明洲：《執行和解的法解釋論展開——<民事訴訟法>第230條評注》，載《當代法學》2017年第1期，第148頁。

[13] 參見湖南省岳陽市中級人民法院（2015）嶽中執複字第6號案件。

[14] 傅郁林：《論民事上訴程序的功能與結構——比較法視野下的二審上訴模式》，載《法學評論》2005年第4期，第37頁。

而若原判尚未執行，則將兩個判決金額品疊折抵後執行剩餘金額。^[15]但實際上，一方面，由執行機構調整執行依據有違審執分離原則。另一方面，此種方式可操作性不強，在司法責任制的達摩克裡斯劍之下，執行法院寧可秉持多一事不如少一事的原則，在無明確法律依據情形下將兩個執行依據合併執行，對執行法院而言反而需要面臨較大風險，特別是在另訴審理法院與原審法院並非同一法院的情形，指望執行法院主動依據另案執行依據停止執行，缺乏可操作性。

其二，易使權利保護遲滯。若另行起訴審理中原執行依據已經執行完畢，另訴判決此時應如何處理？可否啟動執行回轉程序對被告進行救濟？根據《民事訴訟法》第244條對執行回轉的相關規定可知，執行回轉的前提是據以執行的執行依據確有錯誤且被人民法院撤銷，此種情況顯然並不符合。判斷原執行依據是否確有錯誤，一般通過審判監督程序進行，而且另訴裁判是基於原執行依據做出後新的權利義務關係作出的，因此也不能認為前訴裁判有錯誤。那麼在前訴裁判執行已經終結的情況下，被告只能在另行起訴的審理程序中變更訴訟請求，即提起不當得利訴訟。但正所謂遲來的正義非正義，即使被告權利最終得到保障，即在不當得利訴訟中取得勝訴判決，亦可能需要經歷漫長的一審、二審甚至再審程序，最終進入執行環節，彼時原告的財務狀況可能已發生惡化而無法償還被告在前訴判決中被強制執行的款項，被告的實體權利無法實現。

由此可知，作為缺失債務人異議之訴的權宜之計，我國現行立法規定以異議複議程序解決實體爭議，固然可以提高效率，卻以犧牲公正為代價，更重要的是，非訟程序並不能實質解決爭議，留下的“後遺症”是當事人不得不以其他方式如不當得利之訴尋求救濟，反而會使程序更加繁複、糾紛久拖不決。反之，另行起訴雖然通過完備的訴訟程序給予了當事人充足的程序保障，卻無法妥善處理與原執行依據之間的關係，亟需尋求更為妥當的化解之策。

三、我國引入債務人異議之訴的正當性分析

放眼域外，與我國執行異議與另行起訴的初衷一致，德國等大陸法系國家和地區普遍設立了債務人異議之訴，以解決執行依據生效之後的執行債務人實體權利義務爭議。所謂債務人異議之訴，是指針對特定債務名義，以口頭辯論的形式主張應審理的該債務名義上顯示的請求權的存在或內容、關於審判以外的債務名義成立的異議以及其他執行永久或延期不允許的事由，宣告不允許強制執行的訴。^[16]

（一）域外債務人異議之訴的歷史沿革

在既有制度運行不暢的前提下，我們自然會思考：域外運行完善的執行債務人異議之訴是否能夠成為破解我國執行債務人實體權利救濟的靈丹妙藥？從歷史溯源來探索執行債務人異議之訴的發展歷程，能夠更為深入地理解域外是在怎樣的特殊歷史時代背景下、基於怎樣的利益博弈、為了解決什麼樣的問題設定了執行債務人異議之訴？進而與我國實踐土壤進行匹配比對，才能深入論證我國究竟有無引入執行債務人異議之訴的可行性。（見表一）^[17]。

[15] 黃金龍：《不履行執行和解協定的救濟程序》，載《人民司法》2005年第11期，第25頁。

[16] [日]山木戶克己：《民事執行保全法講義》，有斐閣1999年版，第89頁。

[17] 周枏：《羅馬法原論》（下冊），商務印書館2001年版，第978-981頁。

[法]艾涅斯特·格拉松：《法國民事訴訟程序的起源》，巢志雄譯，北京大學出版社2013年版，第151頁。

[日]竹下守夫：《民事執行における実体法と手続法》，有斐閣1990年版，第181-182頁。

1. 執行債務人異議之訴的起源

古羅馬城邦時期，債權執行主要依賴私力救濟，執行方式亦十分野蠻，債務人不能償還債務時將被拘押甚至處死，根據《漢謨拉比法典》的規定，債務人在不能償還債務時，債權人可以直接扣押其財產、拘留其本人及妻子、子女及奴隸人身直至清償或抵充債務。^[18]彼時並無執行請求權，債務人實體權利救濟更無從談起。羅馬共和國以降，其訴訟制度的發展經歷了法定訴訟、程序訴訟和非常訴訟三個時期，^[19]國家機關逐步介入私力救濟，為維護公共秩序而執法，^[20]債務人實體權利救濟得以被關照。在法定訴訟時期，債務人不履行債務時，債權人有權將其押解至法庭，若債務人仍不執行，法院才允許債權人進入債務人的私宅內扣押其人身。進入程序訴訟時期，執行以對人執行和對物執行的混合方式為主，債務人于判決作出後30天之內不履行債務的，債權人可攜債務人到法官處請求執行，執行程序的啟動也從法定訴訟時期的直接由債權人拘捕執行轉變為“判決確定之訴”。如果債務人對執行債權沒有爭議，法官可裁定債務人受債權人之勞役或以財物清償，直至償還債務或以勞動抵清債務。反之，債務人有異議，提出已經清償或原判決無效等抗辯時，債權人必須提起“判決確定之訴”，案件由承審員審理，債務人則須提供擔保，如若敗訴，債務人需承擔雙倍賠償責任。^[21]雖然從概率而言，大部分情形下債務人都會承認判決債權的效力，但“判決確定之訴”發揮了確保執行債權正當性的作用，在判決作出之後實體權利發生變化時，債務人得以提出實體抗辯，其功能類似於後世的執行異議或執行異議之訴。其審理重點在於確定判決債權本身是否應當執行，如果在判決作出之後發生了清償、抵銷等情況，則執行程序不會被開啟。

可見，從功能上而言，“判決確認之訴”與執行異議之訴並無二致，都是基於判決作出之後的新的實體權利變化而得以阻卻執行，但從配置而言，“判決確認之訴”前置於執行程序，債務人的實體救濟在執行啟動前就得以保障。

2. 執行債務人異議之訴的演進

在德國普魯士法和普通法時期，審執並未分離，第一審受訴裁判所除了需對案件實體權利義務進行審理之外，還需對強制執行的必要條件進行審查，包括三項：1.有執行力的確定判決；2.當事人的同一性；3.執行物件的特定性，這三者共同構成了強制執行的啟動要件，共同確保強制執行的正當性。^[22]由於判決是否有執行力屬於訴訟法院的調查事項，債務人如有清償債務等使執行力消滅的情況，亦可在執行啟動之前提出。此外，當事人適格與否、期限是否到來、條件是否成就等問題也是訴訟法院的調查事項，因此這一階段債務人的實體權利救濟實則與羅馬法時代並無顯著區別，都是在執行程序正式啟動之前提出。彼時判決作出之後的實體權利義務變化情況，實則作為執行要件的一部分看待，因為在當時的法律觀念中，只有判決的實體正當性得以確保，才能開啟執行程序。

普魯士法和普通法時期審執合一的執行體制運行得並不理想，由判決法院負責執行事務一方面加重了判決法院的負擔，另一方面在判決法院是上級法院但由下級法院代為執行的情況下，由於下級法院沒有獨立判斷許可權，在執行中產生疑問只有在得到上級法院的指令後才能繼續，使執行程序變

[18] [英]愛德華茲：《漢謨拉比法典》，沈大銓譯，曾爾恕勘校，中國政法大學出版社2005年版，第35頁。

[19] 黃鳳：《羅馬法詞典》，法律出版社2001年版，第56頁。

[20] 周枏：《羅馬法原論》（下冊），商務印書館2001年版，第926頁。

[21] 周枏：《羅馬法原論》（下冊），商務印書館2001年版，第978-981頁。

[22] [日]竹下守夫：《民事執行における実体法と手続法》，有斐閣1990年版，第186頁。

得繁複冗長。^[23]受法國法機關分離制度的影響，到了德國漢諾威公國時期，為了保障執行的程序簡化、快捷迅速和低費用化，德國民事訴訟法的立法者有意識擯棄了普通法時期的集中原則，德國1850年頒佈的《漢諾威民事訴訟法》明確確立了審執分離原則，引入了兩項改革：一方面借鑒法國機關分離的權力構造模式，改變過去訴訟法院同時負責執行實施這一權力配置模式，引入了執行吏制度，賦予其獨立的執行機關地位；另一方面引入了執行文制度，雖然執行吏專司執行，但並不一定適合強制執行適法與否的調查，從資料佔有以及調查便利的角度出發，漢諾威法明確由製作債務名義文件的書記官或公證人對債務名義的有效存在、執行力的有無先行進行調查，審查合格時在債務名義正本附注“得以國王之名義立即執行”，執行機關則受執行文付與機關調查結果的約束。強制執行的適法要件也由之前的判決執行力的存在演變為債務名義和執行文有效存在，只要同時滿足這兩個條件，執行吏即可向被執行人發出支付催告。這樣一來，執行吏需要審查的事項變得十分簡單，執行效率得以大幅提升。

但彼時的執行文付與機構審查的執行要件仍然較為簡單，並不審查債務名義附條件、附期限以及執行當事人適格等實質執行力問題，此類事項仍由執行吏調查，需由債權人向執行吏提供公文書證予以證明，不能證明時，則由債權人提起判決債權履行請求訴訟。在強制執行前，同時具備了債務名義和執行文的情況下，執行吏可以向債務人發出支付催告。所謂支付催告，是對債務人進行支付及其他履行的催告和不遵守此催告時強制執行的預告。在發出支付催告後一周內，債務人應該履行或提出異議，提出異議的事由包括實體請求權異議、執行人員在發出催告時應該調查的事項異議、執行文付與機關付與執行文時應該調查的事項的異議。可見，漢諾威法中執行機構調查的事項仍然較為複雜，並未嚴格貫徹審執分離原則。

需要明確的是，在漢諾威法中，債務人關於請求權的異議在支付催告期間內並不是向執行吏提出，而是向第一審受訴裁判所提出。如果異議成立，則可以取得停止執行的效果，功能相當於現在《德國民事訴訟法》第775條^[24]的停止執行。然而，債務人得以提出的異議事由較為有限，根據在支付催告期間內外之分而有所區別。在支付催告期間尚未經過時能夠提出的實體請求權異議僅限於判決後的清償或債權人同意延期的情形，且相應證據必須經過勘驗、書證或者宣誓請求（Eideszuschreibung）可以即時地確定達到證明的程度。與此相對，在支付催告期間經過後提出異議時，得以提出的事由僅限於在該期間後產生的清償或期限的寬限，並且需通過公文或一定的私人文件予以證明。債務人提出異議申請後，受訴法院根據口頭辯論原則審理，如果債務人提出暫時停止的申請，法院可以命令停止執行。^[25]

[23] [日] 鈴木正裕：《私權の強制的實現》，載芦部信喜等編：《岩波講座基本法學8——紛爭》，岩波書店1983年版，第235-238頁。

[24] 該條規定：在下列情況下，停止強制執行，或予以限制：1.提出有執行力的裁判的正本，根據該裁判，應執行的裁判或判決的假執行已被撤銷，或強制執行已被宣告為不合法，或命令停止強制執行；2.提出法院裁判的正本，該裁判命令暫時停止執行，或暫時停止某種執行措施，或命令需在提供擔保後才能繼續執行；3.提出公文書，根據該文書，已為免除執行而提供必要的擔保或已經提存。4.提出公文書或債權人出具的私文書，根據此項文書，在應執行的判決作出後，債權人已受清償或同意延緩履行；5.提出郵局收據或儲蓄銀行的交款證書或匯款證書，根據該證書，為滿足債權人所必要的金額已經支付以供付給債權人或劃給債權人帳戶。

[25] [日] 竹下守夫：《民事執行における実体法と手続法》，有斐閣1990年版，第186頁。

3.現代執行債務人異議之訴的創設

1866年，作為統一民事訴訟法典嘗試的《漢諾威民事訴訟法草案》頒佈，對德國現代民事訴訟法產生了深遠影響。與漢諾威法相比，漢諾威草案有兩項重大變化：一是賦予了執行文授予機構更為廣泛的權利，執行依據條件成就、期限到來以及執行當事人適格問題的審查許可權被轉移到了付與執行文的書記官或公證員處。而執行員應調查的事項與漢諾威法上發出支付催告時應調查的事項相比，也被大幅度地形式化了。在執行吏從債權人處接受執行委託後，僅對以下程序性要件予以調查：1.雙方當事人的姓名記載在債務名義的執行力正本上；2.應執行的請求權確定期限到來；3.債務名義已經交付給債務人或與履行催告同時發出。至此，可以說執行文付與機關全面承包了強制執行的正當性要件調查任務。二是明確了履行催告制度，執行吏在對上述程序性要件進行調查後，即可向債務人發出履行催告並給予其一周的履行期限。但是與漢諾威法中的支付催告制度相比，由於不審查執行依據條件成就、期限到來以及執行當事人適格問題，從觀念上來說，執行機構在發出履行催告後實際上就開啟了執行程序，而漢諾威法需要在催告履行期間經過之後才開始強制執行。同時，與支付催告制度的功能相同，履行催告期間，債務人亦可提出實體異議。而與漢諾威法時期對實體請求權證據方法的諸多限制不同，因為在履行催告發出後就已經開始了強制執行，實體請求權異議的審查重點就放在了能否停止執行的問題上，因此草案起草者認為沒有必要對書面證明的異議事由範圍予以限制，至於緊急停止執行的必要也有臨時停止制度作為保障。^[26] 至此，可以說對債務人實體請求權異議的程序設計已經與現代的債務人執行異議之訴非常接近了。

1871年，德意志帝國建立並於隨後的1877年頒佈了《民事訴訟法》，這部法律基本沿襲了漢諾威草案，成為現代德國民事訴訟法的母本。為了保證強制執行的實體正當性，德國建立了十分複雜完備的事前和事後程序。事前正當性由債務名義+執行文來確保，執行文的授予要件有三：有效的債務名義存在，執行債權的即時請求可能性、執行當事人適格，在滿足這三個條件時，執行文機構授予執行文，從而使得執行的實體債權存在高度可能性，執行機關不再調查執行的適法性要件，只要看到了付與執行文的債務名義正本，在滿足程序性要件的情況下就予以強制執行，從而保證了執行的快捷迅速。^[27] 而作為平衡，為了向當事人提供充分的程序保障，在事後設立了債務人執行異議之訴對實體請求權的存在與否能否排除執行進行救濟。^[28] 同時，設立了付與執行文之訴與付與執行文異議之訴使得當事人對付與執行文中的實體爭議進行救濟。在1877年德國的《帝國民事訴訟法》的基礎上，現代德國執行異議之訴逐步成型，被稱為“執行異議之訴”（Vollstreckungsabwehrklage）或執行反對之訴（Vollstreckungsgegenklage），德國現行《民事訴訟法》第767條規定，針對判決所確定的請求權本身，由債務人以訴的方式向第一審受訴法院提起，異議原因發生時間限定在言詞辯論終結之後，且不能依申請恢復原狀的方式提出時才能提起執行異議之訴，同時，債務人應在異議之訴中將其在起訴時能夠提出的一切異議一併提起。^[29]

[26] [日]竹下守夫：《民事執行における実体法と手続法》，有斐閣1990年版，第198-205页。

[27] [日]竹下守夫：《民事執行における実体法と手続法》，有斐閣1990年版，第206-208页。

[28] 江必新：《比較強制執行法》，中國法制出版社2014年版，第169頁。

[29] 張衛平、齊樹潔主編：《德國民事訴訟法》，丁啟明譯，廈門大學出版社2015年版，第162頁。

表一：

	時期	名稱	主要內容	與執行程序關係	特點
起源	羅馬共和國程序訴訟時期	判決確定之訴	債務人不履行債務→債權人攜債務人到法官處請求執行→①債務人對執行債權無爭議，法官裁定債務人受債權人之勞役或以財物清償。②債務人有異議，提出已經清償或原判決無效等抗辯，債權人必須提起“判決確定之訴”→案件由承審員審理，債務人須提供擔保。	前置於執行程序	審執不分，判決債權是否確定存在為執行啟動前提，若在判決作出之後發生了清償、抵銷等情況，則執行程序不會被開啟。
	德國普魯士法和普通法時期	判決債權履行請求訴訟	判決是否有執行力為訴訟法院調查事項，如有清償債務等使執行力消滅的實體抗辯事由，應在執行啟動前提出，須給債務人就相關事實進行審問的機會，債權人則應提出判決債權履行請求訴訟。	前置於執行程序	審執不分，第一審受訴裁判所除需對案件實體權利義務進行審理，還需審查強制執行必要條件，包括1.有執行力的確定判決；2.當事人的同一性；3.執行對象的特定性，三者共同構成強制執行啟動要件。
演進	德國漢諾威公國時期 1850年《漢諾威民事訴訟法》	實體異議之訴	兩項改革：①執行改由執行吏負責；②執行文機構審查部分強制執行適法要件→債務名義和執行文同時存在→執行吏向被執行人發出支付催告，催告期一周，結束後開啟強制執行→債務人若有請求權異議，在支付催告期間向受訴裁判所提出→受訴法院根據口頭辯論原則審理。	前置於執行程序	1.審執分離卻不徹底，執行機構調查事項較為複雜，支付催告期結束才開啟強制執行。 2.支付催告期短，債務人得以提出的異議事由和證據方法均受限。僅能因判決後的清償或債權人同意延期提異議，證據須經過勘驗、書證或者宣誓請求達到證明的程度。
創設	德國漢諾威公國時期1866年《漢諾威民事訴訟法草案》	執行異議之訴	1.執行機構僅調查程序性事項。 2.明確履行催告制度，只要符合程序要件，執行機構即可向債務人發出履行催告，無需催告期經過，發出催告即開啟強制執行。債務人實體請求權異議事由範圍不再受限。	不再前置於執行程序	1.審執徹底分離，執行文機構全面承包強制執行正當性要件調查任務，執行員應調查的事項被大幅度形式化。只要同時滿足債務名義和執行文，即可發出履行催告開啟強制執行。 2.實體請求權存在與否不再與其他執行要件一併成為執行先決條件，異議之訴的審理重點則在於是否能夠排除執行。
承繼	德意志帝國 1877年《民事訴訟法》	執行異議之訴	債務人在異議之訴中針對判決所確認的實體請求權提出抗辯，認為請求權的實現已經因為履行、免除、延期清償約定而消滅或受阻，以阻礙與實體法相衝突的基於執行名義的強制執行程序的進行。	不再前置於執行程序	1.強制執行事前正當：債務名義+執行文確保：只要有付與執行文的債務名義正本，即可強制執行，保證了執行的快捷迅速。 2.強制執行事後正當性：設立債務人執行異議之訴對實體請求權的存在與否能否排除執行進行救濟，訴的方式確保充分程序保障。

（二）對我國的啟示

其一，債務人異議之訴的設立基礎為審執分離和執行形式化原則。梳理債務人異議之訴的歷史脈絡，我們能清晰看到其生成背景與審執分離密不可分。

審執分離之前，執行機關同為審理判決程序的受訴法院，此種審執不分的程序構造使得執行救濟程序呈現線性模式：在羅馬法和德國普魯士法、普通法時期，執行依據實體請求權是否仍然存在屬於

執行開始前應當查明的要件之一，若實體請求權已然發生變化，債務人可向判決法院提出實體抗辯，債權人需提起確認執行依據具有執行力的裁判——判決債權履行之訴，債務人則通過一定的證據方法迅速證明實體上的事由來取消執行。雖然主張異議的形式亦為實體之訴，但無論從得以提出的異議事由、證據方法的限制以及處理時間而言，與現代執行異議之訴的差異較大。一方面，儘管在強制執行之前先通過判決債權履行之訴確認實體正當，卻以犧牲效率為代價，與執行程序快速實現權利的宗旨格格不入。另一方面，為兼顧效率，對於債務人能在判決債權履行之訴中提出的證據方法和異議事由十分有限，債務人實際獲得的程序保障亦不充分。

隨著法國審執機關分離制度對大陸法系主要法治國家的逐步滲透，為與簡易迅速、經濟的獨立執行機關制度相適應，德國引入了執行名義和執行文制度，實行審執分離，審理機構和執行機關各司其職，各盡其職。執行構造模式如下：首先在主體上實現了審理機構和執行機構的分離，其次在權力配置上，為迅速實現債權，強制執行由獨立於審理機構的專門執行機構統一實行，實體債權的存在不再成為執行要件，改由執行名義制度取代。執行機構奉行形式化原則，形式化原則的核心要義有二：其一，執行行為的種類、方式均經法定化、格式化，執行機關只對外觀上簡單、可直接確認的情形進行審查；其二，執行機關不得審查實體問題，如實體請求權的有無，可執行財產的歸屬。^[30]只要債權人依據附執行條款的執行依據申請執行，執行機構就視申請人的實體權利存在，而不再審查其實體權利真實存在與否。

其法理依據在於，執行名義的成立過程通常有債務人的參與，已經賦予了其充足的程序保障權利，若實體權利不存在，債務人應該能夠在債務名義成立過程中阻止執行名義的成立，故執行名義上載明的實體權利的存在具有高度可能性。除非當事人積極提出反對執行名義，否則強制執行就是合法的，因此執行機關可以根據將給付請求權之存在內容表象化的文書直接執行。如在個別情況下，執行名義表彰的實體請求權不存在，則應由債務人積極主動提起後發性的債務人異議之訴，取得確認實體權利不存在的判決並排除執行依據的執行力，以補足執行形式化正當性不足的隱患。如此一來，一方面，執行名義制度確保了強制執行的快捷迅速，而債務人異議之訴則作為效率原則的平衡之策、確保實體正當的必要補充。

其二，債務人實體權利爭議均以訴的方式解決。無論是羅馬法的判決確認之訴，德國普魯士法和普通法時期的判決債權履行請求訴訟，還是近代德國的執行異議之訴、對於實體請求權發生變化時，均以實體訴訟的方式為當事人提供救濟。審執分離前，執行正當性由作出執行依據的受訴法院審查，故當事人之間發生新的權利變動時，理應由原審法院以訴的方式審理。而審執分離後，從執行機關人員本身的知識結構來看，其並不適合或有能力對執行依據作出之後的實體權利義務變動事項作出實體判斷，^[31]實體正當性的確保由執行機構之外的審理機構以訴的方式處理，如此，實現了審執分離的根本目的，最大限度兼顧了效率與公正。

（三）我國引入債務人異議之訴的制度土壤

1. 審執分離改革的理性回歸

上世紀50到70年代，我國法院系統一直實行一人包案到底的做法，因“說服教育”始終貫穿於

^[30] [德]奧拉夫·穆托斯特：《德國強制執行法》，馬強偉譯，中國法制出版社2019年版，第6-7頁；馬家曦：《執行程序之形式化原則研究》，西南政法大學博士論文，2020年5月，第13頁。

^[31] [德]漢斯·約阿希姆·穆澤拉克：《德國民事訴訟法基礎教程》，周翠譯，中國政法大學出版社2005年版，第354頁。

審判和執行的全過程，執行人員和審判人員從事的工作亦具有高度同質性，在此背景下，審執合一自然更為順理成章，彼時自無審執分離的立足之地。^[32]然而隨著執行案件的膨脹式增長，一人包案到底的模式極易引發司法腐敗，成為執行亂的罪魁禍首。1991年《民事訴訟法》開始授權中級人民法院和基層法院設立執行機構，審理機構和執行機構逐步實現了分離，一人包案到底的局面得以改善。2007年《民事訴訟法》進一步將設立執行機構的許可權擴張到各級人民法院。如今，除深圳前海法院和珠海橫琴法院等少數新類型法院外，執行機構與審判機構已經徹底實現了機構分離，全國法院幾乎都附設了執行局。2015年，黨的十八屆四中全會《中共中央關於全面推進依法治國若干重大問題的決定》明確提出“推動實行審判權和執行權相分離的體制改革試點。在總結人民法院內部審執分離改革經驗的基礎上，研究論證審判權與執行權外部分離的模式”。^[33]在此綱領性文件的指引下，各地法院紛紛作了深化審執分離改革的進一步探索，掀起了審執分離改革的第三次浪潮。^[34]

首先，執行裁決權已逐步從執行機構剝離。學理上，審執分離有幾個層次，第一層也是最基本的實現執行人員和審理人員的分離，此種程度的分離早已實現。第二層是機構分離，也是最具爭議的分離，根據是否將執行機構單獨設立於人民法院外部，有深化內分、徹底外分和適度外分三種模式的爭議。^[35]目前，主流觀點和實踐操作均採深化內分方式，即在人民法院內部實現審判機構和執行機構的分離。^[36]第三層次是執行裁決權和執行實施權的分離，目前各地法院正在積極探索這一層次的審執分離。審執機構分離和審執程序分離僅是較低層次的分離，民事執行權內部亦有判斷性權力和實施性權力的分野，將執行權進一步細分，把其中的判斷性權利剝離出執行機構，將其配置給具有審理資格的法官行使，是這一層次審執分離改革的核心。有學者將執行權分為執行啟動權、執行查控權、執行標的實體權益判斷權、執行標的變價交付權和執行救濟裁判權。其中執行啟動、查控、執行標的變價交付權由執行局行使，執行標的實體權益判斷權和執行救濟裁判權由法官行使。^[37]亦有試點法院將執行權分為執行審查權、執行實施權、執行監督權和執行裁判權，執行實施權由執行機構行使，執行裁判權由執行裁判庭或民事審判庭行使，執行審查權和監督權則因改革方案的不同而劃歸審理或執行機構，但執行裁判權由具有審判資格的法官行使並無爭議。^[38]而對執行依據成立之後的實體權利義務變動情況進行判斷，顯然屬於執行裁判權範疇，不屬於執行實施機構行權範疇。

其次，執行實施機構僅依據形式審查原則開啟強制執行。儘管我國《執行規定》第18條將執行債務人未在“確定的期限內履行義務”列為執行受理前提要件，但一方面，這一規定將不屬於執行受理前提的實體爭議判斷事項置於執行要件審查之中，與強制執行基本原理相悖，已經受到學界的猛烈攻擊。^[39]另一方面在司法實踐中，審執分離改革的不斷深化亦使執行實施機構的職能逐漸清晰，在強制執行啟動之時，執行實施機構僅依據形式審查原則開啟強制執行程序，通常並不調查執行債權是

[32] 王亞新：《社會變革中的民事訴訟》，中國法制出版社2014年版，第186-187頁。

[33] 肖建國：《中國民事強制執行法專題研究》，中國法制出版社2020年版，第77頁。

[34] 馬登科：《案外人救濟制度研究》，法律出版社2016年版，第151頁。

[35] 肖建國、黃忠順：《論司法職權配置中的分離與協作原則——以審判權和執行權相分離為中心》，載《吉林大學社會科學學報》2015年第6期。

[36] 穀佳傑：《中國民事執行年度觀察報告（2017）》，載《當代法學》2018年第5期。

[37] 馬登科：《審執分離運行機制論》，載《現代法學》2019年第4期，第169-172頁。

[38] 肖建國：《中國民事強制執行法專題研究》，中國法制出版社2020年版，第79頁。

[39] 馬家曠：《立案登記制下執行要件之分擔審查論》，載《中南大學學報（社會科學版）》2019年第2期，第60頁。

否已被清償，而更關注執行依據是否生效，特別是在立案登記制改革背景下，只要債權人持生效執行依據申請執行，執行案件就會被受理，這一實踐操作模式與大陸法系的執行名義制度已無二致。如前所述，執行債務人異議之訴是執行形式化原則下彌補執行名義制度可能引起的實體正義不足之必要補充，而我國的現有操作模式已然為執行債務人異議之訴的設立提供了實踐土壤。

2. 執行二元救濟模式的立法蘊涵

建國後，特別是改革開放以後，我國的執行救濟制度經歷了從無到有的發展歷程。但立法者在設計執行救濟制度時並未按照體系化的思維模式予以一體性規劃，而是為適應社會經濟的發展不斷調整變化，很多條款僅是為應對當時當刻的現實需要，缺乏整體考量和一體設計，使得制度之間存在不整合、不協調、碎片化的特點。^[40]不過，隨著立法技術的不斷完善，我國已經逐步建立了程序性救濟方式與實體性救濟方式相分離的執行二元救濟模式，實體爭議由訴訟方式解決的理念已經被立法和司法實務界所接納。

2007年修改《民事訴訟法》時，在執行救濟制度方面有兩大重要進步：一是設立了執行異議複議制度作為執行行為違法的救濟方式；二是設立了案外人異議和案外人異議之訴，首次在民事訴訟法中規定當事人可以通過訴訟程序處理執行中的實體權利義務爭議，這一規定具有劃時代的重大意義，確立了實體爭議應當通過訴訟程序予以解決的典範，為我國執行債務人異議之訴的創設奠定了理論和實踐根基。儘管理論界對於案外人異議之訴以異議程序作為前置程序頗有微詞，但案外人異議之訴的創設、異議前置程序的存廢之爭、其已運行至今十餘年的豐富理論與實踐經驗均可對我國執行債務人異議之訴的創設提供重要的借鑒作用。此外，最高人民法院《適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉執行程序若干問題的解釋》第25、26條規定了執行中參與分配異議也應交給民事訴訟程序解決。可見，最高院已經逐步樹立了實體爭議由爭訟程序解決的理念，為執行債務人異議之訴的創設提供了制度儲備。

2015年，《執行異議複議規定》第7條第2款首次明確了執行依據生效之後出現實體權利義務變化的救濟路徑，雖然該規定確立的救濟方式為參照執行行為異議程序進行審查，實為程序性救濟方式，但已經為實體請求權與執行依據載明的規定不一致的情形提供救濟邁出了重要一步。同時，《執行異議複議規定》第19條還確立了執行中的抵銷規則，對執行中的抵銷持肯定態度，對於主動債權和被動債權同時滿足“已經生效法律文書確定或者經申請執行人認可”，以及執行依據載明的債權種類“與被執行人所負債務的標的物種類、品質相同”的情形，被執行人可以在執行中主張抵銷，該規定進一步豐富了執行中債務人能夠提出實體爭議的事由和情形。2016年最高人民法院《關於民事執行中變更、追加當事人若干問題的規定》（以下簡稱《變更追加規定》）第32條^[41]首次為執行物件認為自己非執行依據效力所及之人提供了訴的方式作為救濟，儘管其範圍僅僅局限於法人人格否認的幾種情形，但逐步踐行了複雜實體性爭議由爭訟程序處理的理念。此外，2018年最高人民法院《關於執行和解若干問題的規定》第19條明確規定，執行中的債務人可依據《民事訴訟法》第236條依執行和解內外協議提起異議，人民法院經審查認為和解協議履行完畢時，可以裁定終結原生效法律文書的執行。雖

[40] 張衛平：《執行救濟制度的體系化》，載《中外法學》2019年第4期，第892頁。

[41] 該條規定：“被申請人或申請人對執行法院依據本規定第十四條第二款、第十七條至第二十一條規定作出的變更、追加裁定或駁回申請裁定不服的，可以自裁定書送達之日起十五日內，向執行法院提起異議之訴。被申請人提起執行異議之訴的，以申請人為被告。申請人提起執行異議之訴的，以被申請人為被告。”

仍以執行異議處理執行和解中的實體爭議，但明確規定了執行異議可以起到終結原法律文書執行的效果。2018年最高人民法院《關於公證債權文書執行若干問題的規定》第22條規定，對於公證債權文書載明的民事權利義務關係與事實不符、公證債權文書具有法律規定的無效、可撤銷等情形、債權文書載明的債權因清償、提存、抵銷、免除等消滅或妨礙請求權原因全部或者部分消滅的情形，債務人可以在執行程序終結前，以債權人為被告，向執行法院提起訴訟，請求不予執行公證債權文書。第12條第2款改變了以往當事人申請不予執行公證債權文書的方式，規定當事人以公證債權文書的內容與事實不符或者違反法律強制性規定等實體事由申請不予執行公證債權文書的，適用第22條的規定。從功能和事由來看，這兩個規定與域外的執行債務人異議之訴的功能已無二致，實際上已經在公證債權文書層面創設了我國的執行債務人異議之訴，開我國無既判力執行依據執行債務人異議之訴先河，雖然範圍僅限於公證債權文書，但為其他無既判力的執行依據參照適用提供了借鑒。2022年，全國人大常委會審議了《民事強制執行法（草案）》，其第88條明確規定我國將設立執行債務人異議之訴，自此，終結了我國執行救濟體系不完善的困局。

四、執行債務人異議之訴的特殊程序規則

橘生淮南則為橘，生於淮北則為枳。引入債務人異議之訴，應回應“中國需要什麼樣的債務人異議之訴”問題，以防制度移植水土不服。立足於中國本土實踐，在異議之訴具體程序規則設計中，本文對審理組織、審級保障等與普通訴訟規則一致的方面不做探討，而將研究聚焦於特殊程序規則設計。

（一）執行債務人異議之訴的管轄

管轄有兩種立法例，一是德日模式，因執行依據種類不同而有所區別，通常以製作執行依據的第一審法院為受訴法院，特殊情況對於家庭法院、建築用地事件法庭、商事法庭又有特殊規則；^[42]二是我國台灣地區，以執行法院為受訴法院，^[43]《民事強制執行法（草案）》明確管轄法院為執行法院，筆者對此較為認同。

首先，執行法院更便於查明能否排除強制執行前提的實體權利義務關係變化情況。異議之訴事由分為兩類，一是請求權消滅和妨礙事由，包括清償、抵銷等，為既判力基準時後出現的新情況，對原執行依據作出過程的依賴程度不高，在執行法院與原審法院審理並無太大區別。但於執行和解而言，其為我國異議之訴最常見事由，當事人達成執行內和解時，因履行和解協議發生爭議由原執行法院管轄，更便於查清達成和解協議時雙方真實意思表示，對於判斷和解協定的履行情況更為有利；二是執行依據不成立事由，對於裁判之外的公證債權文書、實現擔保物權裁定，執行依據成立中的瑕疵也是異議之訴的事由。于公證債權文書而言，並不存在原審法院，故對管轄影響不大。但于實現擔保物權裁定而言，作出許可拍賣裁定的法院也是執行法院，選執行法院更為有利。

其次，從債務人異議之訴的目的來看，排除強制執行為執行債務人異議之訴的最終目的，實際實施強制執行的法院較易調查債務人是否有權排除執行依據的執行力，並撤銷已經進行的執行程序。從

[42] [德]弗裡茨·鮑爾、霍爾夫·施蒂爾納、亞歷山大·布倫斯：《德國強制執行法》（下冊），王洪亮、郝麗豔譯，法律出版社2020年版，第224頁；[日]山木戶克己：《民事執行保全法講義》，有斐閣1999年版，第95頁。

[43] 賴來焜：《強制執行法總論》，元照出版公司2014年版，第618頁。

防止地方保護主義的角度出發，同一法院的審判部門作出的排除強制執行的執行債務人異議之訴勝訴判決更易得到執行，能夠使得不當執行儘快得以糾正，有效減少資訊交流傳遞成本，迅速實現執行債務人異議之訴的訴訟目的，降低不同法院之間司法行為衝突的幾率。

再次，執行法院作為管轄法院更能便利當事人。在我國實踐中，在執行依據為判決書、調解書和裁定時，大部分情形下執行法院與原執行依據一審法院一致，以執行財產所在地法院為執行法院的情形在實踐中較為少見。那麼在大部分情形下，執行法院與原執行依據一審法院一致，兩種立法例並無實質差別。但對於執行依據為仲裁裁決和公證債權文書時，德日立法例規定管轄法院一般為被執行人住所地法院，如無住所地時，則由被執行財產所在地法院管轄，而執行法院則為被執行人住所地法院和被執行財產所在地法院二選其一，如果按照德日立法例，執行債務人異議之訴的受訴法院與執行法院有可能出現不一致的情況，此時被執行人就不得不奔走於執行法院與受訴法院之間，維權成本顯著增加。

（二）執行債務人異議之訴的適格主體

債務人異議之訴的原被告，通常為執行依據載明的債務人和債權人，同時，債權人和債務人的繼受人和因執行名義的效力擴張而受強制執行之人亦為適格原被告。此外，還有幾類特殊情形：

1. 債權轉讓時的適格主體

我國台灣地區學者認為，債權雖然發生轉讓，但是原執行依據載明的債權人仍有持原執行依據申請強制執行的可能，故債務人仍然可以原債權人為被告，也可以受讓人為被告提起異議之訴，同時，儘管異議事由相通，但沒有必要以二者作為共同訴訟當事人。^[44]日本判例則將此種情況下的原債權人和受讓人作為共同訴訟當事人。^[45]

本文不同意上述觀點，我國對於生效法律文書確定的債權能否轉讓持肯定態度，^[46]生效法律文書確認的權利義務轉讓將同時產生實體法與程序法兩個效果，實體法的效果是實體權利義務的轉讓，程序法的效果則是執行請求權的轉讓。^[47]根據《變更追加規定》第九條的規定，受讓人成為執行申請人的前提在於執行機構審查同意，而一旦法院同意了受讓人的申請，原來的權利人就不再擁有申請強制執行的權利。^[48]此時以原債權人作為異議之訴的被告顯然不合適，但如若排除強制執行的異議事由是發生在債務人與原債權人之間，為查明事實的需要，可將原債權人列為無獨立請求權第三人參加訴訟。而如若執行機構並未同意將受讓人列為申請執行人，債務人也只能將原債權人列為異議之訴的適格被告，因為異議之訴的最終目的為排除強制執行，此時只有原債權人才有權利申請和啟動執行。

2. 債務承擔時的適格主體

債務承擔包括免責和並存的債務承擔兩種類型。前者是指第三人取代原債務人的地位而承擔全部

[44] 張登科：《強制執行法》，三民書局有限公司2007年版，第165頁。

[45] [日]中野貞一郎：《民事執行法》，青林書院出版社2010年版，第261頁。

[46] 雖然早期關於該問題存有爭議，但無論是多數觀點還是現在法律規定均認可生效法律文書確定的權利義務關係轉讓的合法性。參見張豔：《對‘買賣判決書’的法律認知》，載《法律適用》2005年第7期；胡道才、李富成：《買賣‘判決書’的經濟分析》，載《法律適用》2005年第9期；黃龍：《關於‘買賣判決書’問題的法理思》，載《安徽大學法律評論》2008年第1輯；張慧峰、闕旭陽：《生效判決書買賣行為的法律分析》，《北京理工大學學報（社會科學版）》，2006年第4期。

[47] 張衛平：《判決執行力主體範圍的擴張》，載《現代法學》2007年第5期，第85-86頁。

[48] 張衛平：《判決執行力主體範圍的擴張》，載《現代法學》2007年第5期，第87頁。

債務，^[49]根據我國《民法典》第551條的規定，只有征得債權人同意的免責的債務承擔才是有效的，如果債務轉讓未經債權人同意，該債務轉讓行為無效，對應執行力的主觀範圍並不會擴張至新的債務人。與之相對，經過債權人同意而轉讓的債務，對債權人、債務人和受讓人同時發生效力，此時受讓人若被追加為被執行人，發生實體請求權變化事由時，新債務人就有權提起執行債務人異議之訴。于後者而言，並存的債務承擔又稱為債的加入，是指第三人加入債的關係中，與原債務人一起向債權人承擔同一債務。^[50]關於並存債務承擔人是否為特定繼受人，我國台灣地區存有爭議。否定說認為此種情況舊債務人並不能免責，承擔人與舊債務人負擔以同一給付為目的債務，因此並不是特定繼受人。肯定說則認為無論是免責的債務承擔還是並存的債務承擔，承擔人都是特定繼受人。^[51]本文認為，因債的加入並不會影響債權人和原債務人之間的債的關係，反而會使債權擔保的責任財產擴張，對債權人有利，因此通常情況下此種轉讓並無額外限制條件，一般而言無須取得債權人的同意。^[52]基於債的加入成為債務人的當事人，自然可以為執行債務人異議之訴的適格原告。

（三）債務人異議之訴的訴訟請求

在執行債務人異議之訴中，採納不同的訴訟性質學說，相應訴訟請求也將有所區別，對應判決主文也不盡相同。《民事強制執行法（草案）》確定的訴訟請求是“請求不予執行”，筆者並不贊同。

1. 訴訟請求的比較法考察

因債務人得以提出的異議事由迥異，故訴訟請求並非固定，域外對執行債務人異議之訴訴訟請求的規定也有所區別。詳言之，如果主張請求權不存在或基於清償、提存、抵銷、免除、混同等原因而已經消滅，訴訟請求就應該是請求法院永久性地排除強制執行，域外的通行做法是請求法院宣告債權人不能依某執行名義對債務人強制執行；如果主張暫緩義務的履行等妨礙請求權事由，則訴訟請求應該是請求法院暫時排除強制執行，即請求法院宣告在一定條件或期限下債權人不得依據某執行名義對債務人強制執行。^[53]在我國台灣地區，有學者認為執行債務人異議之訴的訴訟請求亦可以是請求法院宣告不許就該執行名義對於特定行為或特定財產的執行處分強制執行，即排除某種具體執行行為的效力。^[54]台灣實務界亦有對債務人請求法院判令“某法院民執字第**號執行裁定書對債務人的強制執行應予撤銷”予以支持的判例。^[55]不過大部分學者均認為，撤銷具體執行行為或已經做出的執行措施是執行債務人異議之訴勝訴判決排除強制執行的當然效果，故沒有必要專門將其作為訴訟請求。^[56]

[49] 崔建遠：《合同法總論（中卷）》，中國人民大學出版社2016年版，第528頁。

[50] 崔建遠：《合同法總論（中卷）》，中國人民大學出版社2016年版，第541頁。

[51] 張登科：《強制執行法》，三民書局有限公司2012年版，第88頁。

[52] 我國《民法典》第552條規定：《第三人與債務人約定加入債務並通知債權人，或者第三人向債權人表示願意加入債務，債權人未在合理期限內明確拒絕的，債權人可以請求第三人在其願意承擔的債務範圍內和債務人承擔連帶債務。’

[53] [日]中野貞一郎：《民事執行法》，東京：青林書院出版社2010年版，第262頁；[韓]薑大成：《韓國民事執行法》，朴宗根譯，法律出版社2010年版，第186頁。

[54] 楊與齡：《強制執行法論》，中國政法大學出版社2002年版，第194頁。

[55] 林昇格、陳計男：《強制執行法釋論》，載吳光陸編著《強制執行法》，台北三民書局2015年版，第214頁。

[56] [韓]薑大成：《韓國民事執行法》，朴宗根譯，法律出版社2010年版，第187頁。賴來焜：《強制執行法總論》，元照出版公司2014年版，第618頁。

2.我國執行債務人異議之訴訴訟請求的確定

於我國而言，考察排除強制執行的實體訴訟立法先例，目前我國明文規定的具有排除強制執行功能的訴訟共有三種：案外人異議之訴、公證債權文書執行異議之訴以及變更追加當事人執行異議之訴。案外人異議之訴的訴訟請求一般是請求法院判決停止對某標的物的查封或其他具體強制執行行為，同時可以附帶確權訴訟請求。對於公證債權文書執行異議之訴來說，其訴訟請求為“請求不予執行公證債權文書”。而變更追加當事人執行異議之訴中被變更追加的當事人的訴訟請求是“請求不得變更、追加某人為被申請人或請求變更責任財產範圍”。^[57]因功能不同，案外人異議之訴和變更追加當事人異議之訴的訴訟請求均有很強的個性特徵，與執行債務人異議之訴的訴訟請求有較大差異，但在案外人異議之訴中，《民訴法司法解釋》第310條第2款規定，案外人同時提出確權利請求的，可以在異議之訴中一併進行裁判。同時附帶提起確認之訴一方面能夠防止矛盾裁判，另一方面，能夠使得糾紛得以一次性解決，此種處理方式頗值得借鑒。公證債權文書執行異議之訴本質為執行債務人異議之訴，從現有案例暴露出的問題來看，僅提出“請求不予執行”的申請，並不能使糾紛一次性解決。同時，為徹底解決學界對形成之訴說認為實體權利義務的爭議不產生既判力的顧慮，宜在訴訟請求中將對實體權利義務的判斷請求一併提出，以使當事人之間的爭議在執行債務人異議之訴中得以徹底解決。

綜上所述，參考域外不得對某執行依據強制執行的表述方式，執行債務人異議之訴的訴訟請求可以有如下三種表達方式：1.“請求法院確認某法院**號民事判決書（或其他執行依據）中的**請求權已經消滅，對該執行依據不得強制執行”；2.“請求法院在一定期限或一定條件之下不得對某法院（或其他執行依據）強制執行”；3.“請求法院確認某法院**號民事判決書（或其他執行依據）中的**請求權已經部分消滅，對該部分不予執行，債務人仍應向債權人支付其餘債務（列明具體金額及計息基數）”，至於撤銷查封、扣押等具體執行行為，按照通說觀點，為撤銷強制執行的當然效果，無須在判決中宣告，同時在訴狀中應表明得以排除強制執行的異議事由。

（四）執行債務人異議之訴與原執行程序關係

執行債務人異議之訴審理期間，是否中止強制執行程序？考察域外做法，無論是德國、日本還是韓國，均規定異議之訴期間原則上不停止強制執行程序。^[58]但由於異議之訴審理程序往往趕不上強制執行的速度，導致被執行人即使通過執行債務人異議之訴取得了勝訴判決，而在判決作出之前強制執行已經完畢，也不能起到排除強制執行的作用。為此，大陸法系國家和地區普遍規定了臨時性的停止執行處分制度。（見表二）

[57] 《變更追加規定》第33條第1款規定：被申請人提起的執行異議之訴，人民法院經審理，按照下列情形分別處理：（一）理由成立的，判決不得變更、追加被申請人為被執行人或者判決變更責任範圍；（二）理由不成立的，判決駁回訴訟請求。

[58] [德]弗裡茨·鮑爾、霍爾夫·施蒂爾納、亞歷山大·布倫斯：《德國強制執行法》（下冊），王洪亮、郝麗豔譯，法律出版社2020年版，第229頁；[日]中野貞一郎：《民事執行法》，青林書院出版社2010年版，第262頁。[韓]薑大成：《韓國民事執行法》，朴宗根譯，法律出版社2010年版，第189頁。賴來焜：《強制執行法總論》，元照出版公司2014年版，第628頁。

表二：大陸法系國家和地區關於債務人異議之訴臨時停止制度的規定

	立法規定
日本	日本《民事執行法》第36、37條規定，在請求異議之訴訴訟係屬中，若債務人主張的異議有法律上的理由，且對相關異議事實予以疏明時，受訴法院可以根據當事人的申請在終局判決的臨時處分作出前，以決定的形式，裁量決定是否使債務人提供擔保，停止強制執行；亦可在作出該強制執行命令同時，作出使債權人提供擔保而繼續實施強制執行的命令。甚至可以讓債務人作出擔保，命令撤銷已經實施的執行處分。
韓國	韓國《民事訴訟法》第46條第2項規定，債務人所主張的異議在法律上有正當原因，且債務人對其提出的主張達到疏明程度時，受理法院可以根據債務人的申請，在其提供擔保或特殊情形下不提供擔保時，命令執行機關停止強制執行或者撤銷已經實施的執行處分。同時，為了平衡債權人和債務人的利益，受理法院也可以在債權人提供擔保的情況下作出繼續執行的暫定處分命令。對上述暫定處分，當事人同樣不能申請不服。
我國台灣地區	台灣“強制執行法”第18條第2項、第3項規定，債務人異議之訴的受訴法院可以在有必要的情況下，或根據當事人的聲請並且提供足夠的擔保，作出停止強制執行的裁定，且當事人不得對該裁定提起抗告。如果強制執行依前述規定停止，而執行債務人異議之訴敗訴，則停止強制執行的原因明顯已經消滅，此時執行法院應該依職權或者依債權人申請而繼續強制執行程序。

為防止被執行人以提起異議之訴為策略拖延強制執行，將對強制執行的影響降低到最低限度，我國也應借鑒大陸法系國家和地區，規定異議之訴審理期間，原則上不停止強制執行，否則難以打消不支持建立執行債務人異議之訴者的顧慮。但是，異議之訴作為審理程序畢竟較為冗長，而強制執行則貴在迅速，對於確有提起異議之訴實益的債務人而言，經歷複雜程序未能及時排除執行，即使將訴訟請求改為損害賠償或不當得利，其財產亦已被處置而難以恢復原狀。如此一來，執行債務人異議之訴的功能必將大打折扣。有鑑於此，域外均規定在特定條件下可以停止執行，我國亦可在設置一定門檻的情況下允許被執行人申請中止執行。

第一，被執行人提出主張應達到疏明標準。日本和韓國的規定頗值得我們借鑒，即在同時滿足以下幾個條件時可運用臨時決定停止或撤銷執行程序：一是被執行人主張的異議在法律上有正當原因，二是債務人對主張的事實的證明達到疏明的程度。第一個條件不難理解，對於第二個條件，所謂疏明，是與證明相對的概念，證明需要當事人提出的證據方法使法院產生高度確信的心證，而疏明則使法院產生相對薄弱的心證，達到使法官大致相信的程度即可。^[59]為實現簡易而迅速處理的目的，大陸法系一般將疏明用於權利義務要件事實以外的、需要迅速加以處理的事項或者純粹程序性事件。通說認為，疏明只需達到優越蓋然性的標準即可，即某項事實存在的可能性大於其不存在的可能性。^[60]准此以論，在我國，與域外臨時停止決定最接近的處置方式為中止執行，事實上，我國也有類似情況適用中止執行的規定，比如《民訴法司法解釋》第394條。而中止執行為程序性事項，顯然也有疏明證明標準的適用空間。當存在使實體請求權不存在、消滅或妨礙事由時，若被執行人向審理異議之訴的執行法院舉示證據，使執行法院產生實體請求權與執行依據載明的權利義務關係不一致的可能性大於一致的可能性時，即認為達到了疏明標準。而且參照域外做法，對於中止執行裁定的作出也

[59] 薑世明：《舉證責任與證明度》，廈門大學出版社2017年版，第161頁。張衛平：《民事證據法》，法律出版社2017年版，第232頁。占善剛：《民事證據法研究》，武漢大學出版社2009年版，第75頁。

[60] 吳傑：《民事訴訟證明標準理論研究》，法律出版社2007年版，第5頁。占善剛：《民事證據法研究》，武漢大學出版社2009年版，第75頁。

不需要經過口頭辯論，直接向受訴法院提起即可。同時，按照大陸法系對疏明證據方法上的要求，只有法官能夠即時調查證據時才能採用疏明標準。^[61]適用到異議之訴之中，被執行人提供的證據必須能夠即時調查，若採用書證，須提交全部書證，若以證人為證據方法，則要求證人必須到庭，若達不到上述標準，則只能駁回被執行人的中止申請。

第二，中止執行應要求被執行人提供擔保。對於被執行人是否提供擔保的問題，日本、韓國和我國台灣地區並未採取硬性規定，即允許被執行人在不提供擔保的情況下停止執行，判定標準是受訴法院認為必要，但這一標準較為模糊，且職權主義色彩濃厚。於我國而言，可以想像，如若允許被執行人不提供擔保就中止執行，勢必為被執行人濫用中止執行大開方便之門。鑑於我國執行難現狀，應盡力平衡執行異議之訴和執行效率之間的關係，時刻防止被執行人濫用異議之訴拖延執行。因此也應該抬高中止執行的門檻，要求被執行人提供充實有效的擔保。擔保標準應該能夠覆蓋因停止執行而給債權人造成的損失，但因預期損失不容易估量，因此可參考原給付之訴的執行標的總額確定一定比例的擔保標準，賦予法官自由裁量權。如此一來，從利益導向機制來看，只有確有道理之債務人才更有可能提供擔保中止執行，可以有效防止債務人濫訴。與此同時，若執行債務人異議之訴勝訴，則中止執行自然不會拖延執行。而若執行債務人異議之訴敗訴，于債權人而言，因債務人提供了財產擔保，亦可彌補執行程序被拖延造成的利息或財產損失。

（五）執行債務人異議之訴的程序設置

異議程序前置於異議之訴為我國立法先例，《民事訴訟法》第238條規定，案外人對執行標的主張權利的，應按照“異議前置+案外人異議之訴”的雙階構造模式尋求救濟。在建構債務人異議之訴時，是否類比案外人異議之訴，將異議程序前置於異議之訴？《民事強制執行法（草案）》對此並未涉及，筆者建議補足。

首先，異議前置無法規避濫訴。從利益導向機制考量，因提起執行異議並不需要繳納訴訟費，那麼在可以選擇的情況下，意欲拖延執行的債務人必然會選擇先提起執行異議，因為執行異議對其而言不僅沒有訴訟成本，甚至還能起到中止執行的作用。比照《執行若干問題的解釋》第16條“案外人異議審查期間，人民法院不得對執行標的進行處分”的規定可知，實踐中，鑑於被執行人提起異議時，大部分法院都明確其應向原執行法官提起，由原執行法官收齊材料後轉交執行裁決部門，原執行法官出於對錯誤執行的擔心，也會傾向於將案件中止執行。如此一來，在執行難十分嚴重的我國，執行異議就很容易被惡意拖延執行之人利用，利用異議程序進行博弈，對其而言並無沉沒成本，反而可以額外獲益，取得拖延執行的效果，即使異議被駁回，也無額外損失。兩相比較，即使沒有能夠影響實體請求權的事由，部分心懷不軌之人亦會利用這一法律提供的“法定”救濟措施冠冕堂皇地拖延執行。反之，規定實體爭議只能由異議之訴解決的好處在於，可以將濫用異議程序拖延執行的債務人擋在門外。與執行異議相比，異議之訴需要債務人預先繳納訴訟費，加之異議之訴期間原則上不停止執行，若非基於真實權利保護的必要，妄圖利用異議程序的理性債務人不會隨意提起異議之訴，基本堵上了債務人濫訴的可能。

其次，功能界分模糊導致審查標準混亂。異議前置的初衷是為了分流部分簡單案件，迅速實現債權。^[62]然而能否真正提高效率？實踐中案外人異議的運行經驗表明，由於形式審查與實體審查的界

[61] 薑世明：《舉證責任與證明度》，廈門大學出版社2017年版，第166頁。

[62] 全國人大常委會法工委民法室編：《〈中華人民共和國民事訴訟法〉條文說明、立法理由及相關規定》，北京大學出

限並非清晰可辨，執行異議的審查標準會出現適用混亂，反而會拖延救濟進程。

第一種情況是以執行異議程序進行實質性實體審理。在各項考核指標的壓力之下，異議審查法官並不願意將一個未查明事實的裁定公之於眾，更不願意被扣上“錯案”的帽子，而會盡可能查明事實。立法上形式審查的初衷可能只是一廂情願，而實務則代之以實質實體審查標準，案外人異議之中很多執行法官即持“排除合理懷疑”的審查標準。如此一來，執行異議與異議之訴的功能就出現了混同。一方面，某種意義上後置的異議之訴已然成為一種“二審”或再審，實則構成重複審理，浪費司法資源。另一方面，在實質審查標準之下15天的異議審查期間設置明顯過短，很多涉及到實體爭議的事項完全無法在15天之內完成，執行法官只能想盡辦法延長審限，執行異議程序最終異化為一個無審限的超長救濟程序，立法原本試圖通過執行異議提高救濟效率的意圖將蕩然無存。

第二種情況是嚴格遵循形式審查標準，亦會延長救濟程序進程。對於真正需要靠異議之訴提供救濟的債務人而言，受形式審查原則所困，執行異議能夠審查的範圍十分有限，很多案件最終還是需要通過後置的異議之訴進行全面審理，異議前置對其而言無異於平添了一道障礙，反而增加了救濟時間。反之，不設異議前置程序，就能縮短救濟程序實現進程，省去異議前置審查時間，防止司法資源的過度浪費。

結語

“中國困境（病症）+外國立法例（引子）+移植外國立法例的建議（藥方）”^[63]的八股式比較研究方法早已被拋入歷史的故紙堆，比較法上的差異不足以成為我國建構債務人異議之訴的充分條件，從中國實踐和理論原理出發，執行異議和另行起訴均無法解決執行依據生效之後的實體權利義務變動爭議，是我國建構債務人異議之訴的內生動力。同時，為防陷入“錢穆制度陷阱”的惡性循環之中，債務人異議之訴的具體程序設計也應合理嵌入我國現有執行救濟體系之中，與現有制度相互融合，管轄、適格主體、訴訟請求、是否中止執行以及程序設置，均應立足於我國執行難實踐背景，以期最大限度實現審執分離表彰的效率價值與實體權利真實狀態表彰的公正價值之協調。

出版社2007年版，第256頁。

[63] 傅郁林：《追求價值、功能與技術邏輯自治的比較民事訴訟法學》，載《法學研究》2012年第5期，第37頁。

Abstract: After the enforcement basis takes effect, if there are reasons such as settlement, reconciliation, etc., which make the substantive rights stated in the enforcement basis inconsistent with the actual state, the debtor shall be provided with relief measures. At present, the implementation of the objection and another prosecution are the alternatives to the debtor's objection lawsuit in my country. However, the principle of the written review of the enforcement objection and the exception of the hearing review cannot provide sufficient procedural guarantees for the parties; the separate lawsuit will conflict with the original enforcement basis, and its enforcement power cannot be ruled out, which delays the protection of rights. The formation of foreign debtor objections is inseparable from the principle of formalization of enforcement of separation of trial and enforcement. It coincides with the concept of my country's reform of separation of trial and enforcement and that substantive disputes should be resolved by litigation procedures, and debtor objections can be introduced. The specific procedure design should be based on the enforcement court as the court of jurisdiction, and no pre-objection procedures. Only the assignee can be the eligible defendant in the transfer of creditors rights. The debt obligations should be distinguished from coexistence and exemption to determine the eligible plaintiffs. The trial period for opposition proceedings is general. Execution will not be suspended unless the debtor provides guarantee and meets the standard of lucidity.

Key words: Separation of Trial and Execution; Execution Formalization; Debtor's Objection Suits; Abort Execution; Pre-Objection Procedures

（責任編輯：勾健穎）

台灣地區司法詢問員制度及對大陸“一站式”取證制度之啟示

李延鎖*

摘要 2015年底，台灣地區通過所謂的“性侵害犯罪防治法”修法，正式引入司法詢問員制度，在檢警、法官等主體以外，賦予專業人士詢問性侵被害兒童的權力。“925白玫瑰運動”的推動、社會團體的積極倡導以及修法之前的經驗累積等多種動因疊織，促成了該制度在立法上的確立。目的層面，司法詢問員制度兼顧了性侵被害兒童的權利保護以及優質證言的獲取；實踐層面，司法詢問主體采雙軌制，目前仍以檢警詢問為主，專業人士在詢問過程中的角色呈現多重性。該制度採用了較為固定的詢問架構，保障了詢問的規範性。大陸地區目前正在探索的“一站式”取證制度可以台灣地區的司法詢問員制度為鏡，在注重保護未成年被害人免遭二次傷害的同時，應兼顧對優質證言的獲取，同時賦予專業人士詢問未成年被害人的權力，並可通過創制科學的詢問架構增強詢問的規範性。

關鍵詞 台灣地區 性侵害 司法詢問員 “一站式”取證

2015年12月，台灣地區通過所謂“性侵害犯罪防治法”修法，增訂第十五條之一，^[1] 正式引入施行於英美等國家的司法詢問員制度。根據該條規定，在性侵害犯罪中，兒童或心智障礙被害人於偵查或審判階段的詢問，必要時應由受過訓練的專業人士協助進行。經過一年餘的準備期，該制度於2017年1月1日在台灣地區正式施行。

* 李延鎖，台北大學法律學院博士研究生。

本文系中國法學會部級法學研究課題“基於互聯網平台的數字社會治理路徑研究”[項目編號：CLS（2021）D35]的階段性成果。

[1] 台灣地區“性侵害犯罪防治法”第十五條之一：（第一項）兒童或心智障礙之性侵害被害人於偵查或審判階段，經司法員警、司法員警官、檢察事務官、檢察官或法官認有必要時，應由具相關專業人士在場協助詢（訊）問。但司法員警、司法員警官、檢察事務官、檢察官或法官受有相關訓練者，不在此限。（第二項）前項專業人士於協助詢（訊）問時，司法員警、司法員警官、檢察事務官、檢察官或法官，得透過單面鏡、聲音影像相互傳送之科技設備，或適當隔離措施為之。（第三項）當事人、代理人或辯護人詰問兒童或心智障礙之性侵害被害人時，准用前二項之規定。

一、美國司法詢問員制度概覽

由於台灣地區的司法詢問員制度系參酌英美制度而創設，因此在介紹台灣地區司法詢問員制度之前，有必要對域外制度進行瞭解。而在這之中，又以美國的司法詢問員制度最為成熟和具有代表性，故本文擇其作簡要概覽。

性侵兒童犯罪事實的認定向來是刑事偵查和審判中的荊棘之地：一方面，此類犯罪多發生在較為隱蔽的場所，除了性侵行為人和被害兒童之外，現場並無其他證人，證據天然不足；該類案件中，被害兒童由於年齡低幼，面對成年性侵者，其往往不知或不敢反抗，其身體可能未遭到明顯的損傷，因此缺乏身體傷害情況等客觀證據。另一方面，兒童的行為認知能力不及成年人，在某些案件中，被害兒童並不明白性侵者行為的意義，未意識到遭受性侵的事實，導致延遲報案，此時案發現場已不復存在。加之被害兒童缺乏保存證據的意識，至報案時，性侵者留在被害兒童身上的指紋、體液等已缺乏提取的條件。除此，性侵者往往會惡意利用該類案件缺乏人證的特點，進行無罪辯解，拒絕供述犯罪事實。在各種證據稀缺的情況下，偵查人員為了破案，高度依賴被害兒童的證言。上個世紀80年代的美國，在數個引發社會高度關注的性虐待兒童案件中，偵查人員為了獲取證據，對被害兒童採取多人、多次詢問等不當方式，且這些人員並未接受過針對兒童詢問的專業訓練。前述行為導致被害兒童不得不重複描述遭受性虐待的過程，這種經歷無疑加重了被害兒童的心理創傷，形成二次傷害。該些案件引發了社會反思，為了減少前述情形，保護兒童權益，兒童倡導中心（Children's Advocacy Center，縮寫為CAC）在美國應運而生。^[2]兒童倡導中心的理念是，針對性侵兒童的詢問應由受過訓練的專業人士進行，且應進行一次性詢問，其他需要瞭解性侵經過的人員可以通過單向鏡或遠程視頻監控觀看詢問過程。自此，司法詢問員制度初見端倪。在此之後，隨著兒童倡導中心以及其他各種兒童保護機構在美國各州的推廣，該制度得以逐漸普及。

（一）美國司法詢問員制度之目的

美國少年司法和犯罪預防辦公室官員Robert L. Listenbee在討論“兒童司法詢問”的定義時提出，針對兒童的司法詢問，是一種由受過良好訓練和立場中立之專業人員進行的、旨在收集關於虐待和暴力接觸之信息的、在法律上較為完備的方法。^[3]該定義的著眼點在於收集信息。在美國兒童虐待研究專業協會（American Professional Society on the Abuse of Children，縮寫為APSAC）^[4]看來，司法詢問員制度的宗旨為“從聲稱遭受虐待的兒少受害人處獲取完整、詳盡的報告，以盡可能確認其是否遭受虐待或面臨被虐待之風險。如果虐待事實或風險確實存在，則進一步確認虐待系何人所為。”^[5]在APSAC倫理準則（APSAC Code of Ethics）之下，司法詢問還應恪守兒童最佳利益原則，將詢問可能帶

[2] Victor I. Vieth, *The Forensic Interviewer at Trial: Guidelines for The Admission and Scope of Expert Witness Testimony Concerning an Investigative Interview In a Case of Child Abuse*, William Mitchell Law Review, vol.36, No.1(2009), p.187-188.

[3] Robert L. Listenbee, *Child Forensic Interviewing: Best Practices*, Available:<https://ojjdp.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh176/files/pubs/248749.pdf>, 2023年11月25日訪問。

[4] APSAC创建于1986年，系一个全国性的非盈利组织，其宗旨为提高整个社会对受虐待儿童的关注，并满足受虐待的儿童及家庭对专业性的需要，详见：<https://www.apsac.org/mission-and-vision>.

[5] Cronch, Viljoen, & Hansen, *Forensic interviewing in child sexual abuse cases: Current techniques and future directions*, Aggression and Violent Behavior 11 (2006),p.196-197.

給兒童的傷害降至最低。^[6]從上述層面上講，美國的司法詢問員制度兼具獲取事實真相和保護兒少權益之雙重目的，且以獲取真實信息為重。

（二）美國司法詢問員之範圍和能力要求

司法詢問員通常具有不同的專業和教育背景，亦可能來自不同的機構。美國的第一批司法詢問員系具有心理健康教育背景的專業人士，他們並非是檢警等專司兒童性虐待犯罪調查的人員。之後，司法詢問員的範圍不斷擴大。得益於兒童倡導中心的推動，接受過專業訓練的司法詢問員開始粉墨登場，他們起初僅負責詢問性侵被害兒童，之後詢問的範圍逐漸擴大到遭受其他類型虐待的被害兒童。在此之外，來自權力機關的檢警人員以及兒童保護從業者亦可負責針對被害兒童的司法詢問。^[7]

根據APSAC的實踐指南（practice guidelines），司法詢問員應具有以下能力或特質：其應盡力瞭解涉及司法詢問的既有和最新研究，並能運用這些研究成果指引和改善司法詢問實踐；其應參與到持續性的訓練當中，並接受同行評議，以提高自身技能；在司法詢問過程中，其應保持客觀立場，以從被害兒童處引導出準確、可靠的資訊；針對兒童的不同發展水準，其能使用符合被害兒童認知能力的辭彙和語句；針對不同族群的被害兒童，應尊重他們的文化多樣性；滿足被害兒童的特殊需要，比如他們的日程安排，對於身體有缺陷者，能根據兒童需要提供輪椅、助聽器等。^[8]

（三）美國司法詢問架構

為提高司法詢問員的專業技能，美國已開發出多種培訓計畫。這些培訓計畫多由各種專業組織舉行。比如，前文所提及的APSAC、國家兒童倡導中心（National Children's Advocacy Center，縮寫為NCAC）和各州的CAC機構等。這些不同的專業組織在進行培訓時，通常以不同的司法詢問架構作為藍本。迄今為止，美國已創制出多種司法詢問架構，比較有代表性者包括明尼蘇達州“角屋”（Corner House）兒童倡導中心創設的RATAC架構、美國國家兒童健康和人類發展研究所（National Institute of Child Health and Human Development，簡寫為NICHD）開發的NICHD架構等。當下，這些架構日益呈現出趨同性。比如，基本上所有的架構都涵蓋了司法詢問的三個基本階段：最初的關係建立階段、中間的實質性詢問階段以及結束階段。在關係建立階段，重點關注如何在司法詢問員和詢問對象之間建立起融洽的關係。在這一階段，司法詢問員要告知兒童講真話的重要性，並輔導兒童進行敘說和情景回憶練習。實質性詢問階段通常包括兒童對性侵事實的敘事性描述、尋求細節之策略（detail-seeking strategies）、澄清（clarification）和替代性假設之測試（testing of alternative hypotheses）。結束階段則重點強調關注被害兒童的需求。^[9]當然，各種架構之間在某些具體問題上也存在差異，例如針對在司法詢問過程是否可以使用解剖娃娃（anatomical doll）等媒介問題上，不同的司法詢問架構之間觀點迥異。^[10]

[6] APSAC Taskforce, *Forensic Interviewing in Cases of Suspected Child Abuse*, Available: <https://www.apsac.org/guidelines> , 2023年11月25日訪問。

[7] Kathleen Coulborn Faller, *Forty Years of Forensic Interviewing of Children Suspected of Sexual Abuse, 1974–2014: Historical Benchmarks*, Soc. Sci. 2015(4), p.34-35.

[8] APSAC Taskforce, *Forensic Interviewing in Cases of Suspected Child Abuse*, Available:<https://www.apsac.org/guidelines>, 2023年11月25日訪問。

[9] Jacqueline Goodman, *Forensic Interview Protocols in Child Sex Abuse Cases*, 45-NOV Champion, p.16-22.

[10] Victor I. Vieth, *Anatomical Diagrams And Dolls: Guidelines For Their Usage In Forensicinterviews And Courts Of Law*, 48 Mitchell Hamline L. Rev. p.83-118.

二、台灣地區引入司法詢問員制度的動因

台灣地區引入司法詢問員制度並非是一時興起和追隨英美潮流，多種動因相互疊織，促成了該制度在台灣地區立法上的確立。

（一）“925白玫瑰運動”的推動

2010年2月6日，高雄縣男子林某在高雄縣甲仙鄉圖書館旁性侵一六歲女童，以現行犯遭員警逮捕。高雄“地方法院檢察署”以“加重強制性交罪”起訴，求刑七年十個月。高雄“地方法院”作出一審判決，以被告林某自白並未使用暴力，且證人指出未見女童抵抗呼救為由，認定林某並未違反被害女童的意願，改變指控罪名，以“與未滿十四歲男女性交罪”判處林某有期徒刑三年二月。判決一出，社會譁然，司法不公的輿論一時鼎沸。同年8月，台灣地區“最高法院”在審判另一起三歲女童遭遇性侵案時，認定“女童的證詞、驗傷診斷書均無法證明被告有違反女童意願”，遂以“實際上未違反意願，只能成立與未滿十四周歲男女性交罪”為由發回更審。^[11]

上述兩起對性侵犯予以輕判的案件，擊穿了台灣社會對司法公正認知的底線，民眾自行集結，組成正義聯盟，於2010年9月25日發起了“925白玫瑰運動”，抗議法官判決不當，訴求司法改革，擴大對性侵被害兒童的保護範圍，要求兒童心理專家從偵查到庭審全程參與。“925白玫瑰運動”凸顯出一個頗為重要的問題是，在性侵害案件的刑事訴訟程序中，被害兒童由於語言表達、認知能力方面的欠缺，導致其不能準確、全面陳述被性侵的經過，從而使得被告無法獲得應有的懲罰。因此，如何提升針對性侵被害兒童的詢問品質從而獲取優質證言，成為立法和司法機關面臨的重要議題。

（二）社會團體的積極倡導

伴隨著“925白玫瑰運動”，一系列社會團體也積極參與到保護弱勢少年兒童群體的實踐中。譬如，現代婦女基金會自2013年起即積極推動司法詢問員制度，該會舉辦“兒少及智能障礙者性侵害案件詢問工作國際研討會暨工作坊”，引入國際上廣泛運用的NICHD詢問程序。2014年，該基金會成立修法小組，不斷倡議修訂“性侵害犯罪防治法”，直至台灣地區立法機構通過增訂15條之一。^[12]

（三）修法之前的經驗累積

在“性侵害犯罪防治法”增訂15條之一以前，台灣地區已有聘請專業人士協助司法人員對兒童進行詢問的實踐。在早期的一些案件中，心理咨商師或精神科醫師等兒童心理相關從業人員，會個別接受偵查或審判人員的委託，提供兒童性侵害被害人精神鑒定、幫助詢問或心理輔導等協助。“性侵害犯罪防治法”及“家庭暴力防治法”等立法通過後，台灣地區一些縣市政府陸續成立家庭暴力暨性侵害防治中心，此類中心的宗旨之一即是防止性侵害犯罪行為及保護被害人權益。為實現該宗旨，其在成立後開始投入司法詢問協助領域。2010年，高雄市開始施行早期鑑定制度。在早鑑制度框架下，司法機關與醫院形成固定合作關係，除了對性侵害被害兒童的身心狀況進行鑑定外，醫院的醫療團隊還協助檢察官對被害兒童進行詢問。^[13]這些前期實踐對“性侵害犯罪防治法”引入司法詢問員制度積

[11] 參見維基百科：《925白玫瑰運動集會》，載維基百科網<https://zh.m.wikipedia.org/wiki/925%E7%99%BD%E7%8E%A8%E7%91%B0%E9%81%8B%E5%8B%95%E9%9B%86%E6%9C%83>，2023年9月27日訪問。

[12] 參見台灣地區現代婦女基金會：《司法詢問員制度與培力》，載https://www.38.org.tw/initiative2.asp?p_kind2=%E5%8F%B8%E6%B3%95%E8%A9%A2%E5%95%8F%E5%93%A1%E5%88%B6%E5%BA%A6%E8%88%87%E5%9F%B9%E5%8A%9B，2023年9月27日訪問。

[13] 參見溫翎佑：《司法詢問員制度應用於兒童性侵害案件之實證研究》，台灣地區中央警察大學博士學位論文，2019

累了豐富的經驗。

三、台灣地區司法詢問員制度的運行實踐

台灣地區的司法詢問員制度雖引自於英美等國，但在立法和實踐中並未完全採取拿來主義。其不同於英國和威爾士的“監控者”模式，也不同於美國的“擴音器”模式。^[14]無論是從制度目的層面，還是實踐運行角度，均自成一格。

（一）在立法目的層面，兼顧保障性侵被害兒童的司法程序權利與獲取優質證言

台灣地區立法機構“院總第1642號委員提案第17655號”載明：所增列專家擔任司法詢問員，是參酌英美關於弱勢證人之規定……，修法主要目的是為提升司法對性侵害案件特殊性之專業，並維護弱勢證人之司法程序權益及證言可憑信。^[15]由此觀之，台灣地區引入司法詢問員制度，一方面是為了切實保障性侵被害兒童、智障者等弱勢群體在偵查、審判等司法程序中的權利，防止其被多次、多人反復訊問，以免造成心理上的二次傷害。另一方面則是為了提高司法機關在處理性侵害案件時的專業程度，通過由接受過專門訓練的檢警進行詢問、賦予心理學家等專業人士詢問權力、使用專業化的詢問框架等方式，獲取更高質量的證言，從而發現案件真實，以防止冤獄或放縱罪犯。

（二）詢問主體採取雙軌制，但仍以檢警詢問為主

所謂“性侵害犯罪防治法”第十五條之一第一項規定，兒童或心智障礙之性侵害被害人於偵查或審判階段，經司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官認有必要時，應由具相關專業人士在場協助詢（訊）問。但司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官受有相關訓練者，不在此限。由此觀之，針對性侵被害兒童的詢問主體，司法詢問員制度實行雙軌制：第一類詢問主體為受過專門訓練的司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官；第二類詢問主體為相關專業人士。目前，針對第一類詢問主體的專業培訓機構相對分散。由於“警政署”並未自行辦理司法詢問培訓，針對警察的專業培訓系由台灣地區衛生福利主管機構組織進行。根據“警政署”的計畫，其在未來將參考衛生福利主管機構的課程內容及師資，自行辦理針對警察的司法詢問培訓。針對檢察官的培訓系由台灣地區法務機構負責進行。由於檢察官均有法律知識背景，其培訓主要著重於心理學以及對

年，第90-91頁。

[14] 針對兒童等弱勢證人在刑事司法程序中的困境，台灣地區學者李佳玟將英國和威爾士的救助模式概括為“監控者模式”。在該種模式下，若證人存在18歲以下、有心智或身體等狀況，導致證言價值被貶損的情形，法院可依當事人申請或依職權裁量，安排一名在證人和訊問/詰問者之間居間溝通的中介員。中介員的功能是將那些對證人提出的問題，依其必要，以證人可以理解的語言，將問題解釋給證人理解，並以訊問/詰問者理解的語言，對訊問/詰問者解釋證人的答案。法官與兩方的訴訟代表必須能看到前述過程，除非該過程是發生在預錄證詞的程序中，否則陪審團也必須看到整個過程。李佳玟將美國的救助模式概括為“擴音器模式”。在美國，司法詢問員對案件的協助僅限於審判前的偵查程序。在審判中，或是在審前取證程序中，由訴訟以外的人依照弱勢證人的發展狀況，重新詮釋律師問題或證人答案的作法，被認為是違法了美國憲法第六修正案關於保障被告對質權的規定。因此，在審判過程中，當弱勢證人的語言無法被理解，或弱勢證人在證人席上太過緊張以至於聲音太小的時候，法院准許第三人居間，一字不改地在訊問/詰問者與證人之間傳遞問題與答案，扮演弱勢證人的擴音器，故稱為“擴音器模式”。具體論述參見李佳玟：《刑事審判中的司法詢問員》，載《政大法學評論》第164期，2021年，第61-72頁。

[15] 參見台灣地區立法機構：《院總第1642號》，載，2023年9月21日訪問。

兒童、心智障礙者特性的瞭解。第二類詢問主體主要是指在第一類詢問主體以外，列入衛生福利主管機構司法詢問員名冊的專業人士，其又包含兩種情形：一種情形為經過衛生福利主管機構專業培訓，並通過考核者；另一種情形為接受各界推薦，原本就對兒童或心智障礙者司法詢問具有專業經驗者，其無須進行培訓和考核即可列入衛生福利主管機構司法詢問員名單。^[16]

雖然司法詢問主體在立法上采雙軌制，但實踐中針對性侵被害兒童的詢問仍是以檢警為主，其僅在認為“有必要時”，才會邀請專業人士參與詢問。至於何為“有必要時”，立法上並無明確的規定。有學者經研究後得出，對於較為年幼的被害人、嚴重的心智障礙被害人以及在案情複雜或受到社會廣泛關注的案件中，檢警人員更傾向於邀請專業人士參與詢問。之所以詢問仍以檢警為主，原因主要包括：對於一些辦案經驗豐富的檢警人員來說，其詢問能力並不遜於專業人士；節省經費也是需要考慮的因素。另外，在冊專業人士多為兼職，無法做到隨傳隨到，邀其參與詢問必然會耗費時間，而刑事詢問講究時效性，由檢警人員進行詢問更容易在第一時間獲取證據。^[17]

（三）專業人士有權參與詢問，其角色呈現多重性，定位尚不明確

台灣地區的立法並未明確專業人士作為司法詢問員的角色定位。實踐中，該類司法詢問員在刑事訴訟中通常會承擔多種角色功能。比如，其可能會承擔“通譯”的功能：刑事司法程序具有嚴謹性和複雜性，不宜被弱勢證人理解，專業人士作為司法詢問員可以運用專業技巧，將法庭活動“翻譯”給被害兒童理解，或是將被害兒童的回答“翻譯”給法庭上的辯護人、檢察官或法官等。其還可能成為鑑定人或鑑定證人。比如，法庭在調查檢警詢問被害兒童時有無採用誘導、暗示等不當方式時，專業人士作為司法詢問員可依其掌握的心理學等專業知識就前述詢問程序進行鑑定並如實反饋給法庭，此種場景下，司法詢問員實際上承擔了鑑定人的角色。若其在利用專業知識，就某些問題發表專業意見的同時，還就其參與詢問過程中得知的案件事實進行陳述時，其又兼具有了鑑定人和證人的雙重身份，此時可謂台灣地區所謂的“刑事訴訟法”第二百一十條中所稱的鑑定證人。^[18]

專業人士作為司法詢問員，其模糊不清的角色定位在實踐中產生了若干問題。其中較為突出的是，該制度應如何和既有的刑事訴訟程序相嫁接。比如，在法庭審判過程中，該類司法詢問員應以何種身份具結？倘若法官希望其兼任鑑定人，其是否應分別具結？根據所謂的“性侵害犯罪防治法”第十五條之一第（三）項，法律允許專業人士類司法詢問員協助被害兒童進行交互詰問，其在這種場景下的角色又應是什麼？其權限為何？其僅是代為詰問？還是可以獨立詰問？諸如此類的問題，不一而足。^[19]

（四）司法詢問主要採用NICHD架構

英美等國的司法詢問員制度已運行多年，日本也在2015年正式確立了兒童被害人聯合司法詢問制度。這些國家在制度施行的過程中已發展出多種司法詢問框架。目前在國際上使用較為廣泛的是美國國家兒童健康和人類發展研究所開發的詢問架構（NICHD Protocol）。英國採用的詢問架構則以《刑事

[16] 參見溫翊佑：《司法詢問員制度應用於兒童性侵害案件之實證研究》，台灣地區中央警察大學博士學位論文，2019年，第94-102頁。

[17] 參見溫翊佑：《司法詢問員制度應用於兒童性侵害案件之實證研究》，台灣地區中央警察大學博士學位論文，2019年，第94-102頁。

[18] 參見王子榮：《“我是誰？”作為弱勢證人的聲帶，“司法詢問員”的未竟之路》，載<https://opinion.udn.com/opinion/story/11756/6232293>，2023年9月21日訪問。

[19] 參見李佳玟：《刑事審判中的司法詢問員》，載《政大法學評論》第164期，2021年，第106-107頁。

訴訟最佳證據指南》為主。^[20]在日本，由仲真紀子教授研發的《北海道大學司法詢問指南》和日本厚生勞動省的《兒童諮詢所性虐待應對指南》應用較為廣泛。^[21]

台灣地區的司法詢問員制度效仿美國，其普遍使用的為NICHID詢問框架。在該框架下，司法詢問員對被害兒童的詢問過程主要包括以下步驟：（1）介紹。司法詢問員首先應進行自我介紹，告訴被害兒童自己的身份，並向其介紹詢問室的環境，讓其瞭解詢問室內的人、事、物，從而減輕或消除被害兒童在陌生環境中的緊張和恐懼情緒。在此階段，還要告知被害兒童詢問的目的，觀察孩子的情緒反應。典型的司法詢問過程，一般不需要兒童的家長陪伴，以防對詢問過程造成干擾。（2）建立信任關係。絕大多數被害兒童並無接受司法詢問的經驗，他們在陌生的環境中，面對並不熟悉的司法詢問員，會本能地想要逃離。尤其是要回憶並陳述被性侵的經過，更會加重他們的痛苦體驗，導致他們選擇逃避、抗拒或保持沉默。此種情形下，在司法詢問員和被害兒童之間建立信任關係對於後續的詢問異常關鍵。司法詢問員可以通過引導兒童分享有趣的事情等方式拉近彼此的距離，建立信任。（3）述說練習。被害兒童對過往事實的表達能力直接關係到司法詢問目的的實現。兒童的年齡、認知能力、記憶能力等因素都會影響其敘說的完整性、具體性、流暢性。因此在正式就案件事實詢問之前，有必要訓練兒童的敘說能力。比如，訓練孩子回答對某些特定情節或特殊事情的回憶。這些回憶和敘說練習，目的在於確保兒童對於其經歷的遭遇能夠較為清楚的記憶和表達，從而保證其陳述的證明力。（4）取得指控資訊和真實問案階段。^[22]該階段系司法詢問的核心環節。在被害兒童和司法詢問員建立信任關係並進行敘說練習後，司法詢問員要在該環節引導被害兒童在自然的狀態下陳述被侵害的事實經過。為了達成這一目的，司法詢問員應使用開放式的詢問方式，對兒童避免任何暗示和誘導。在該環節，司法詢問員應避免先入為主，其不應為了核實之前所瞭解的案件事實而就具體問題進行封閉式的詢問。（5）詢問結束。經過詢問，司法詢問員已經獲悉了被害兒童被性侵的事實，或即便再繼續詢問，也無法獲取更多有價值的資訊，或被害兒童的狀態已經不適宜再繼續進行詢問，此時，應結束詢問。詢問結束後，司法詢問員應注意觀察被害兒童的精神狀態，並視情況採取應對措施。比如，如果發現兒童因接受詢問而情緒低落，應進行心理撫慰。

需要特別指出的是，根據司法運作實踐，NICHID詢問架構僅適用於表達能力、認知能力尚可且有述說意願的被害兒童，如果兒童存在認知障礙、表達能力嚴重欠缺或者拒絕陳述，則該詢問框架並不適用。

（五）司法詢問員制度的實施效果以及存在的問題

司法詢問員制度施行至今，已逾七年。雖然台灣地區相關機構並未統一釋出該制度在司法審判中的適用數據，但根據學者的實證研究，該制度已經取得了較為積極的效果。主要表現在：一方面，該制度的施行增進了檢警人員和法官等群體對性侵被害兒童特徵的瞭解，在具體個案中改變了對被害兒童的詢問方式，比如在詢問時使用易被兒童理解的詞語和較為簡短的句子、注重和被害兒童建立信任關係、使用開放式的詢問方式等；另一方面，司法詢問員制度提升了對被害兒童權益的保障水準，減少了對被害兒童的二次傷害等。但該制度也存在許多亟待解決的問題。比如，衛生福利主管機構對專

[20] 參見黃翠紋、溫翎佑：《司法詢問架構運用於兒童性侵害案件偵查之重要性與展望》，載《刑事政策與犯罪研究論文集》2018年第21期，第339頁。

[21] 參見陶建國、謝佳欣：《日本兒童被害人司法詢問制度及啟示》，載《少年兒童研究》2021年第9期，第54頁。

[22] 參見鄭瑞隆：《NICHID 司法詢問技術於兒少性侵害案件之運用》，載《刑事政策與犯罪研究論文集》第20期，2017年，第280-281頁。

業人士的培訓時間不足，即便其通過了考核，某些列冊人員的詢問能力仍可能不符合檢警與審判機關的要求，許多專業人士也缺乏司法詢問的經驗，諸多因素疊加，導致在某些具體案件中，檢警和法官並不願意邀請專業人士協助參與詢問；針對列入衛生福利主管機構的在冊專業人士，目前尚未建立起一套行之有效的管理制度，監督和淘汰機制更是付之闕如，這導致其缺乏提升專業水準的動力；司法詢問員培訓機關和運用機關的二元分離也給實踐帶來挑戰，衛生福利主管機構系司法詢問員的培訓主管機關，但實際運用司法詢問員的則為檢警機關和法院等。這種二元機制導致司法詢問員的實務運用和培訓內容存在偏差，且無法及時調整，也進一步導致檢警及審判機關缺乏和衛生福利主管機構建立司法詢問合作機制的積極性。^[23] 凡此種種，問題頗多。

四、台灣地區司法詢問員制度對大陸地區“一站式”取證制度的啟示

近年來，大陸地區侵害未成年人犯罪持續上升，而性侵則成為其中最突出的犯罪。^[24] 2021年，大陸檢察機關起訴強姦未成年人犯罪17917人，同比上升16.61%。同期，起訴猥褻兒童犯罪7767人，同比上升32.09%。^[25] 2022年，大陸檢察機關起訴強姦、猥褻兒童等性侵未成年人犯罪更是達到了36957人，同比大幅攀升。^[26] 即便如此，由於性侵未成年人案件的隱蔽性而導致的取證困難，上述進入刑事司法程序的案件仍僅是冰山一角，更多的性侵未成年人犯罪並未被處理。為了打擊性侵未成年人犯罪，保護被害未成年人利益，大陸地區已針對性侵未成年人案件探索、試行“一站式”取證制度。早在2017年1月，上海市人民檢察院等部門即聯合發佈了《性侵害未成年人犯罪案件辦案指引（試行）》，明確了“一站式”取證保護的基本原則和具體要求，^[27] 之後各地紛紛效仿。2020年，大陸地區《未成年人保護法》修訂，增加第一百一十二條，該條明確規定，公安機關、人民檢察院、人民法院辦理未成年人遭受性侵害或者暴力傷害案件，在詢問未成年被害人、證人時，應當採取同步錄音錄影等措施，儘量一次完成。自此，“一站式”取證制度從實踐走向立法，獲得了較高位階的法律支撐。

根據各地的實踐，所謂的“一站式”取證制度是指，公安機關接報未成年人被性侵等案件之後，公安機關刑偵部門、技術鑒定部門、檢察機關等同步到達取證場所，一次性開展詢問調查、檢驗鑒定、未成年人權益保護、心理撫慰等工作。在詢問調查的同時，注重對未成年人的心理關愛和隱私保護，避免二次傷害。^[28] 與台灣地區的司法詢問員制度相比，大陸的“一站式”詢問制度呈現出以下特徵：

[23] 參見溫翎佑：《司法詢問員制度應用於兒童性侵害案件之實證研究》，台灣地區中央警察大學博士學位論文，2019年，第132-194頁。

[24] 參見最高人民檢察院微信公眾號：《用好“一站式”辦案區，讓“封閉的心”開口說話》，發佈時間：2023年1月12日，16: 43。

[25] 參見最高人民檢察院：《未成年人檢察工作白皮書（2021）》，載最高人民檢察院網https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202206/t20220601_558766.shtml#2，2023年8月15日訪問。

[26] 參見最高人民檢察院：《未成年人檢察工作白皮書（2022）》，載最高人民檢察院網https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202306/t20230601_615967.shtml#2，2023年11月29日訪問。

[27] 參見吳燕：《貫徹落實<未成年人保護法>的檢察角色思考》，載上海市高級人民法院少年司法保護網https://www.hshfy.sh.cn/shsnw/gweb/wzxy_xxnr_view.jsp?pa=aaWQ9MjAyMzUwMTMmeGg9MSZsbWRtPXNuMDE0JnBkZG09RlIRU1cxNDY2NzM0NjU3MjU4JnR5cGU9d3p4eS2mcGRkbT1GWVFTVzE0NjUxMTY3MzMwMjYPdczz，2023年8月20日訪問。

[28] 參見史洪舉、歐陽晨雨：《未成年人被性侵案“一站式取證”制度將試行》，載《法律與生活》2020年第3期，第5頁。

第一，以保護未成年被害人免受二次傷害為首要宗旨。

無論是立法還是實踐，大陸地區施行的“一站式”取證制度均是以保護未成年人利益最大化為根本出發點，強調對未成年被害人進行一次詢問，以免其因多次詢問而遭受二次心理創傷。以嘉興平湖檢察院等部門聯合制定的《關於建立性侵未成年人刑事案件被害人“一站式”辦案工作模式的實施意見》為例，其第四條規定，辦理性侵害未成年人案件，應當充分體現特殊保護、優先保護理念，防止隱私洩露，最大限度地減少“二次傷害”並落實保護救助措施，切實保障未成年被害人的合法權益。為了實現對未成年被害人的保護，該條確立了四項工作原則：一次全面取證原則、優先保護原則、多方協作原則、隱私保護原則。在一次全面取證原則下，上述意見強調詢問未成年被害人應當盡可能在偵查階段一次性完成詢問，避免在訴訟過程中反復詢問被性侵害的細節。偵查人員可以根據辦案需要，在詢問前制定未成年被害人詢問提綱，並對與性侵害犯罪有關的主體身份、主觀明知、性侵過程、侵害後果、案發經過等影響定罪量刑的關鍵事實進行全面詢問。檢察機關和法院審查未成年被害人陳述，主要採取書面審查詢問筆錄、查看同步錄音錄像資料等方式，一般不再重複詢問或者申請通知未成年被害人出庭作證。除此之外，該實施意見的其他條款，包括資訊通報條款、場所選擇條款、人員要求條款、權利告知條款、到場人員條款、詢問要求條款、檢查取證條款、同步保護條款、綜合救助條款等，無不體現出對未成年被害人的特殊保護。與此相對應的是，除了極其個別的條款之外，整個實施意見並未特別提及如何通過合理地設計問題從未成年被害人處獲取更加可信的、優質的證言。

第二，心理學家等專業人士無對未成年被害人進行詢問的權力。

雖然在“一站式”取證制度中，決策者都強調要發揮心理學家等專業人士的作用，但和台灣地區的司法詢問員制度不同，在大陸地區，該類專家並無對未成年被害人進行詢問的權力，其在整個取證過程中發揮的僅是輔助作用。比如，在湖州市吳興區人民檢察院的工作實踐中，司法機關強調，在對未成年被害人詢問前，提前做好準備工作，必要時將心理專家評估前置，以判斷被害人是否適合接受詢問、是否需要進行心理干預，經評估確定可以接受詢問的，由心理專家全程參與並即時關注，確保被害人在平和正常的心理狀態下，自然完整地表述事發經過。^[29]由此觀之，專業人士的作用僅限於對被害兒童進行心理評估和心理安撫等，其不能直接對被害兒童進行詢問。

第三，對未成年被害人的詢問缺乏規範化，尚未使用科學的詢問架構。

在“一站式”取證制度下，對未成年被害人的詢問主要由偵查人員完成，檢察人員在移送起訴環節原則上僅對偵查人員製作的詢問筆錄作書面審查，不再對未成年被害人進行重複詢問，因此偵查人員的詢問品質變得異常關鍵。雖然，“一站式”取證制度強調偵查人員應具有豐富的未成年人保護經驗，並需要諳熟未成年人心理，但在當下的司法實踐中，多數負責詢問的偵查人員並未進行過專門培訓，僅是憑藉個人經驗對未成年被害人進行詢問，因此缺乏必要的規範化。比如如何設計開放性問題？如何避免誘導性詢問？如何在保護未成年人免受創傷的情況下引導未成年被害人清晰順暢地講述被性侵的事實經過等？這些都需要專業化的詢問技能和規範化的操作流程，而使用科學、固定的詢問架構是保障詢問專業化和規範化的可行選擇。大陸地區目前缺乏提高偵查人員詢問未成年被害人能力的專門培訓課程，亦未引入或創制類似於NICHHD的詢問架構。因此，有學者指出，大陸地區目前的“一站式”取證制度仍處於探索階段，具有強烈的地方性和經驗性色彩，在很多地區，“一站式”

[29] 參見王曉青等：《未成年被害人“一站式”辦案模式專家論證會綜述》，載《青少年犯罪問題》2019年第3期，第117頁。

詢問試點只是大致確立了多部門的聯合工作機制和詢問兒童的一般性原則，還未及關注如何展開具體的詢問程序，如何通過詢問最大限度地獲取準確的資訊。這直接導致“一站式”詢問的功能受到了較大的局限。^[30]

第四，在保護未成年被害人司法程序權利和獲取優質證言之間存在失衡。

如前文所述，未成年人被性侵案件的事實認定猶如迷宮，未成年被害人的陳述對定案頗為關鍵。低質量的證言無法反映事實全貌，可能導致的後果要麼是放縱罪犯，要麼是製造冤獄，抑或是定性錯誤或量刑失衡。因此，無論是台灣地區的司法詢問員制度還是大陸的“一站式”取證制度均應具有雙重目的，一是保障被害兒童的司法程序權利，二是從被害兒童處獲取高質量的證言，二者不應偏廢。但根據大陸地區的司法實踐，“一站式”取證制度在二者之間似乎走向了失衡，其過於強調保護被害兒童免受二次傷害，在一定程度上忽略了對高質量證言的追求。比如，在涉及是否應對未成年人的作證能力進行評估時，即有實務界人士認為，“一站式”辦案模式應將被害兒童的人格權利放在首位。對一個兒童進行心理或者精神障礙評估，需在迫不得已的情況下才能進行，因為這裏涉及到對被害兒童的人格尊重。^[31]但事實上，的確有部分被害兒童在遭受性侵後出現了心理創傷和應激障礙，表達邏輯不清，其證言未必能反映案件的真實情況，在此情形下，偵查人員有必要評估其作證能力。

由上觀之，大陸地區的“一站式”取證制度雖較之以前取得了長足進步，但仍有改進的空間。

第一，在理念上，應在保護被害兒童的司法程序權利和獲取優質證言二者之間取得平衡。

大陸的“一站式”取證制度，將保護被害兒童免遭二次心理創傷作為建構的邏輯起點，因此重點強調一次完成詢問，這自然是保障被害兒童權利的應有之義。但被害兒童的權利不應僅包括司法程序中的權利，還應包括通過國家公權力的力量使性侵者獲得刑罰從而實現和恢復正義的實體權利。有研究表明，幾乎80%遭遇性侵的兒童否認他們曾遭受暴力或不願談及相關的被害經歷。兒童對性侵的細節不願向他人陳述，即使是由受過專業心理訓練的工作人員進行詢問，在一些案件中也難以獲得性侵的具體細節。因此，很多性侵兒童的刑事案件並未進入正式的刑事司法程序，形成相當大的“犯罪黑數”。相較兒童證言因誘導而失實的問題，有效獲取實際遭受性侵的兒童的證詞更困難。^[32]大量的“犯罪黑數”意味著性侵者無法得到應有的制裁，被害兒童因遭受性侵而喪失的實體正義無法獲得修復。從這個層面來講，在保護被害兒童司法程序權利的同時，通過發揮專業人士的作用引導被害兒童提供優質證言應成為“一站式”取證制度的重要理念。在這個理念之下，一次詢問原則不應絕對化，在被害兒童抗拒詢問、情緒激動、緘默不言或出現新證據需要再次核實情況時，司法機關仍應另行尋找合理的時機，儘量再次安排詢問。

與大陸地區的“一站式”詢問制度相比，無論是台灣地區還是美國的司法詢問員制度，均將發現真相和獲取優質證言作為重要的面向，強調以從被害兒童處獲取詳盡、完整的性侵信息作為宗旨。這一點頗值得大陸地區借鑒。面對數量持續攀升的性侵兒童犯罪，若僅重視保護兒童的司法程序權利而忽視了對真相的追尋，則最終的利益受損者仍是被害兒童本身，民眾對司法的信心也會受到打擊。

[30] 參見向燕：《論性侵兒童案件的精密辦案模式》，載《中國刑事法雜誌》2020年第2期，第61頁。

[31] 參見王曉青等：《未成年被害人“一站式”辦案模式專家論證會綜述》，載《青少年犯罪問題》2019年第3期，第119頁。

[32] 參見劉磊：《性侵兒童案件兒童證詞的證據認定與采信標準—以當代兒童心理科學研究為借鑒》，載《青少年犯罪問題》2019年第4期，第8頁。

第二，協調檢察機關和公安機關在處理性侵兒童案件中的關係，調動公安機關在“一站式”取證制度中的積極性。

縱觀大陸多地的實踐，“一站式”取證制度系由檢察機關主導推進，公安機關承擔的是制度執行者的角色，其不僅須負責對被害兒童的詢問，還要負責聯繫檢察官、婦聯、社工、心理專家等人士，在詢問過程中，更要承擔錄音錄像等多種職能。尤其是詢問未成年人，較之詢問成年人更耗時耗力，這無疑影響了辦案效率，甚至還可能因性侵未成年人案件的複雜性而不能最終成功追訴，各種因素交織，導致公安機關在“一站式”取證制度中的作用並不積極，其更願意處理具有較大社會影響的或能夠成功追訴犯罪嫌疑人的案件，畢竟該類案件能為公安機關帶來更大的政治收益和更高的社會評價。在此情形下，協調公安機關和檢察機關在“一站式”取證制度中的微妙關係是無法回避的問題。一個較為有效的路徑是，通過發揮政法委的組織和協調能力，在“一站式”取證制度中建立起檢察機關和公安機關的相互協作關係，並通過聯席會議紀要等形式明確各自的分工和職責。另外，為了提高偵查人員辦理性侵未成年人案件的積極性，可在設定考核、獎勵、晉升機制時予以適度傾斜。

其實，上述問題的實質系不同部門在司法詢問過程中應如何協作。如前文所述，台灣地區也面臨著部門協作的難題。雖然成因各有不同，但若不能妥善解決，必然會影響各自制度的實際效用。無論對於大陸地區，還是台灣地區，找到各部門的協作途徑和模式都將是下一步須重點關注和克服的難題。

第三，從短期來看，應通過專業培訓強化偵查人員詢問被害兒童的專業能力；從長遠來看，應擴大詢問主體的範圍，賦予心理學家等專業人士獨立詢問被害兒童的權力。

在大陸地區目前的“一站式”取證制度下，詢問主體仍以偵查人員為主，但相當比例的偵查人員並未經過系統的兒童心理學培訓，面對性侵被害兒童常常無所適從，不知從何著手開始詢問或通過何種方式獲取高質量的證言。因此，從短期來看，強化對偵查人員兒童心理學等知識的系統培訓，進而提高其詢問被害兒童的專業能力迫在眉睫。但從長期來看，擴大詢問主體的範圍，將心理學家、未成年人保護工作專家納入詢問主體是較為可行的選擇。

目前，儘管台灣地區的司法詢問員制度施行雙軌制，詢問主體仍以檢警為主，專業人士並未廣泛參與到對被害兒童的詢問過程中，但這可能與制度初創有關，亦可歸咎於和司法詢問員制度相互配套的管理機制尚未完善。隨著台灣地區衛生福利主管機構對在冊司法詢問員培訓考核機制、管理機制的成熟，心理學家等專業人士等在詢問過程中發揮的作用將會日益明顯。在“一站式”取證制度下，賦予專業人士詢問主體資格有一定的現實基礎。目前，大陸多地已建立起專門保護未成年人的專家庫，這為擴大司法詢問主體範圍提供了豐富的人力資源基礎。比如，深圳市民政局於2020年6月28日公佈的《關於未成年人保護專家庫專家名單的公示公告》，其中即涵蓋了諳熟兒童心理、兒童教育的多名專家。^[33]另外，專業人士目前雖然不能獨立進行詢問，但已廣泛參與到“一站式”取證程序當中，對偵查人員的詢問流程已較為熟悉，加之其更瞭解兒童的心理，更知曉如何引導兒童積極表達，這些都為其將來獨立進行詢問奠定了基礎，其利用自身專業優勢，可能會產生比偵查人員更好的詢問效果。因此，在未來的制度完善過程中，可通過修改《刑事訴訟法》或制定規章等方式，明確賦予專業人士獨立詢問未成年被害人的權力，以提高“一站式”取證制度的專業化。

[33] 參見深圳市民政局：《關於未成年人保護專家庫專家名單的公示公告》，載深圳市民政局網^{http://mzj.sz.gov.cn/gkmlpt/content/7/7825/post_7825841.html#610}，2023年8月15日訪問。

第四，仿效美國或台灣地區，創制或引入科學的詢問架構，加強對性侵被害兒童詢問的規範化。

事實上，大陸地區的檢察機關早已注意到詢問性侵被害兒童的特殊性，在探索如何保障詢問規範化的議題上亦一直未曾停歇。以上海的司法實踐為例，該市的各級未檢部門在探索“一站式”取證機制過程中，已相當注重規範對未成年被害人的詢問規則，避免反復詢問加深被害兒童的創傷。其中，上海市人民檢察院在制定的《訊（詢）問未成年人規則》中，對詢問性侵案件未成年被害人的詢問次數、詢問方式、詢問要求、隱私保護、中止詢問、心理疏導等均進行了規定。^[34]但前述舉措仍停留於詢問規範化的表層，並未形成系統化的架構。所謂架構，應是經過科學設計的、可以反復適用的、流程化的詢問框架。這種詢問架構除了規範詢問程序，更應包括對詢問過程和詢問問題的科學設計。目前，無論是台灣地區，還是英美、日本等發達國家，均已經引入或創制了各自的詢問架構。大陸地區可以在總結各地司法經驗的基礎上，創制出具有本土特色的詢問架構，或效仿台灣地區，嘗試引入美國等已經較為成熟的司法詢問架構，並結合實踐經驗，以逐漸實現本土化。

五、結語

性侵被害兒童作為刑事司法程序中的弱勢者，應受到優先保護。無論是台灣地區，還是大陸地區，均已注意到詢問性侵被害兒童的特殊性，並已作出努力，分別實施了司法詢問員制度和“一站式”取證制度。目前，兩種制度均處於通過探索加以完善的階段，各自仍有進步和改革的空間。但不論採取何種改革進路，均應兼具保護被害兒童利益和獲取優質證言之雙重目的，而非顧此失彼。於大陸地區而言，更可以借鑒台灣地區及美國等地司法詢問員制度的可取之處，以完善“一站式”取證制度。

[34] 參見樊榮慶等：《論性侵害案件未成年被害人“一站式”保護體系構建—以上海實踐探索為例》，載《青少年犯罪問題》2017年第2期，第42頁。

Abstract: At the end of 2015, the Taiwan region passed the revision of the "Sexual Assault Crime Prevention Act", officially introducing the forensic interviewer system, giving professionals the power to interview children who have been sexually assaulted, in addition to subjects such as prosecutors, police, and judges. Many intertwined factors, such as the promotion of the "925 White Rose Movement", the active advocacy of social groups, and the judicial practice before the revision of the law, contributed to the establishment of this system in legislation. At the level of purpose, the forensic interviewer system takes into account the protection of the rights of sexually assaulted children and the acquisition of high-quality testimony; at the practical level, the subject of forensic interviewing adopts a dual-track system, and at present it is still dominated by prosecutors and police officers. The professionals play multiple roles in the interviewing process. The system adopts a fixed inquiry structure to ensure the standardization of inquiries. The "one-stop" evidence collection system currently being explored in mainland China can draw lessons from the forensic interviewer system in Taiwan region. While focusing on protecting child victims from secondary harm, it should take into account the acquisition of high-quality testimony and empower professionals interviewing rights of child victims, and enhance the standardization of the inquiry by creating a scientific inquiry framework.

Key words: Taiwan Region; Sexual Assault; Forensic Interviewer; “One-Stop” Evidence Collection

(責任編輯：張竹成)

論澳門民法上的一般人格權

吳奇琦*

摘要 本文旨在系統檢視澳門民法上的一般人格權概念。澳門民法典第69條第2款設有“人格一般保護條款”，旨在具體確認新型人格利益補漏。對此款規範的理解，素來眾說紛紜。現存理論模式有“統括主義”與“各別主義”兩類：前者承認“一般人格權”獨立化，又分為“派生主義”與“獨一主義”；後者則拒絕承認“一般人格權”獨立化。然而，三說立論皆有缺陷。本文認為，“一般人格權”是可有可無的中介概念，因“人格一般保護條款”僅經具體化方能被適用，此時權利客體不可能仍然籠統抽象。

關鍵詞 一般人格權 人格一般保護條款 澳門民法 權利客體 類型開放

一、緒言

在澳門人格權法上，“一般人格權”（direito geral de personalidade）^[1]向來是個兼具理論意義與

* 吳奇琦，澳門大學法學院澳門法學系助理教授、人文社科高等研究院禮任年輕駐院學人。

本文為澳門大學科研資助成果。項目名稱：Research and Publication Project on Jurisprudence / Macau Positive law / Legal History；批准文號：SRG2021-00021-FLL。本文作者擔任主研究員。

本稿幸得匿名評審人們給予寶貴建議，得以臻善不少，在此謹向評審人們致謝。

[1] “一般人格權”概念源起於德國。然而，德國法上的討論背景，與澳門法的十分不同，二者不能混為一談。德國民法典總則並不設有人格權法（而只在第12條確立了姓名權〔Namensrecht〕），但債法的不法行為（unerlaubte Handlungen）責任制度第823條則規定，“故意或過失不法侵害他人民生命、身體、健康、自由、所有權或其他權利者，有義務向他人賠償所致的損害。”

（“Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet。”）因此，除了生命、身體、健康、自由、姓名之外，是否尚有其他人格利益可以經由“其他權利”（ein sonstiges Recht）這種籠統規定受保護，即成疑問。戰後，德國基本法（Grundgesetz）第1條第1款即宣示“人性尊嚴不受侵犯”（“Die Würde des Menschen ist unantastbar”），第2條第1款則寫道“每人皆有人格自由發展權”（“Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit”）。學說遂結合基本法與民法的規定，思考如何為人格權提供全面保護，並最終提出名為“一般人格權”（allgemeines Persönlichkeitsrecht）的概念，其對立於各項“特別人格權”（besondere Persönlichkeitsrechte）。然而，在澳門法上，立法者在總則中設有人格權法，並有“人格一般保護條款”，因此人格利益受一般保護，已是立法上的明確選擇，並無疑問。有疑問且備受爭論的是：“人格一般保護條

實務意義的論題。之所以具理論意義，是因為“一般人格權”被傳統學說認為是人格權法的體系架構的根本，統領各項有名與無名的“特別人格權”（*direitos especiais de personalidade*）；之所以具實務意義，則是由於此概念的功能使然，因為根據傳統學說，“一般人格權”機制容許法官類型化立法者未有預見的人格利益，填補漏洞，且多年以來實務界也的確已總結了不少新型人格利益。

然而，學界素來對“一般人格權”這個概念的獨立化有所質疑：要對新型人格利益加以確認，是否非要承認“一般人格權”是一項獨立權利不可？此場爭論曠日持久，近年（2023年）論戰猶存^[2]。然而，即使是葡萄牙語文獻，迄今也尚無專書或專文完整地統合各家學說詳述此論題，本文冀能補白。由於傳統學說的“一般人格權”概念乃是推衍自“人格一般保護條款”所確立的人格權“類型開放”（*numerus apertus*）機制，故下文將先論述澳門民法典“人格一般保護條款”（第67條第2款）的立法淵源，再行分析“類型開放”機制的規範依據、規範目的與規範適用，最後則是逐一詳細檢視學界對“類型開放”機制的既有三種理論構造模式，包括它們各自的主張與論據，最後則是提出本文見解。

款”是否承認一項“一般人格權”（*direito geral de personalidade*），換言之，在各項“特別人格權”（*direitos especiais de personalidade*）以外，再承認有一項這樣的權利存在，是否有其必要。對此問題，法律本身並無明確表態。關於這種討論語境的不同，參見：José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.78,81; Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.62-64; Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade: Dogmática Geral e Tutela Nuclear*, Principia Editora, 2022, p.139-140; António Menezes Cordeiro / A.Barreto Menezes Cordeiro, *Introdução (Artigos 70.º a 81.º)*, § 31, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.272。關於“一般人格權”的概念史發展，參見：Rabindranath V.A.Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p.65-91。

至於內地法典，立法上同樣沒有使用“一般人格權”這樣的表述，但對人格權類型的規制具有開放性，參見《中華人民共和國民法典》（以下簡稱中國民法典）第990條：“人格權是民事主體享有的生命權、身體權、健康權、姓名權、名稱權、肖像權、名譽權、榮譽權、隱私權等權利。除前款規定的人格權外，自然人享有基於人身自由、人格尊嚴產生的其他人格權益。”關於中國民法典語境下的一般人格權，參見楊立新：《中國人格權法研究（上卷）》，中國人民大學出版社2022版，第7章第2節“一般人格權”；王利明：《論一般人格權》，載《社會科學文摘》2023年第5期，第106-108頁。關於中國民法典的“一般人格權條款”（第990條第2款），尚參見朱曉峰：《論一般人格權條款與具體人格權條款的規範適用關係》，載《比較法研究》2021年第3期，第152-169頁；朱曉峰：《人格權編一般人格權條款的具體表達》，載《吉林大學社會科學學報》2020年第1期，第40-49頁。值得一提的是，在我國法學界，早有學者考慮到本國語境與德國不同，認為既然我國在立法上設有人格權一般保護條款，即無必要承認“一般人格權”的概念，參見尹田：《論人格權概括保護的立法模式——“一般人格權”概念的廢除》，載《河南省政法管理幹部學院學報》2011年第1期，第28-30頁。

[2] 最新近的文獻，參見：António Menezes Cordeiro / A.Barreto Menezes Cordeiro, *Introdução (Artigos 70.º a 81.º)*, § 34, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.272; Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.211-216

二、人格一般保護條款

甫從1966年葡萄牙民法典總則起草人^[3] Manuel de Andrade^[4] 教授草擬的人格權法先期草案（Anteprojecto）^[5]開始，人格權制度便在開首設有一款規定，宣示人格受法律保護。

具體言之，Manuel de Andrade在先期草案（第6條第1款）中所建議的行文是“法律保護個體的人格免受任何不法侵犯。本規範亦涵蓋純粹威脅會實行的侵犯，只要憂慮足夠認真而使受法律保護的必要有所依據。”^[6]此款規定經法務部（Ministério da Justiça）第一次修訂後，被不必要地嵌入了民事責任的元素，變成“對個體人身或精神上人格的任何不法侵犯，皆可引致民事責任。此責任亦涵蓋純粹威脅會實行的侵犯，只要憂慮足夠認真而使受法律保護的必要有所依據。”^[7]經法務部第二次修訂後，

[3] 民法典編纂委員會，由主席Vaz Serra、Manuel de Andrade、Pires de Lima、Paulo Cunha組成，各人分工如下：總則負責人是Manuel de Andrade、債法負責人是Vaz Serra、物法與親屬法負責人是Pires de Lima、繼承法負責人是Paulo Cunha。參見António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol.I, 2.^a ed., AAFDL, 1989, p.112-113; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, Almedina, 4.^a ed., 2012, p.240。關於Manuel de Andrade對1966年葡萄牙民法典（因而間接地對1999年澳門民法典）的決定性影響，參見Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil português de 1966*, in Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo-75 anos, Universidade de Coimbra, 2003; Benjamin Herzog, *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien*, Mohr Siebeck, 2014, S.436 ff.

[4] Manuel de Andrade在更早之前的民法學著作，尤其是其被譽為“葡萄牙現代民法學奠基之作”的民法總論教科書《法律關係總論》，並無詳論人格權，參見Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol.I, 8.^a reimpressão, Coimbra, 1997; Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol.II, 9.^a reimpressão, Coimbra, 2003（兩卷皆已由本書作者譯成中文。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；曼努埃爾·德·安德拉德：《法律關係總論（第二卷）》，吳奇琦譯，法律出版社2018年版。因此，Manuel de Andrade在人格權法規制上的各種取態，幾乎皆是見於他當時所負責的立法預備文件，即Manuel de Andrade, *Esboço de um Anteprojecto de Código das Pessoas e da Família/Na Parte relativa ao Começo e Termo da Personalidade Jurídica, aos Direitos de Personalidade, ao Domicílio*, in BMJ 102^o, 1961, p.153-166 (155-161)。現行人格權法的各條規定，基本上都是源自Manuel de Andrade的這部先期草案，參見Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade: Dogmática Geral e Tutela Nuclear*, Principia Editora, 2022, p.138：“其實，現今第70條以下的制度，實質上都是出自那部只被Manuel de Andrade稱為‘綱要’的文案。事實上，它最終成為了現行人格權制度的主要來源。”；亦參見António Menezes Cordeiro, *Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa*, in Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 61, Dezembro 2001 (p.1229-1256), p.1243：“民法典隨後確立的各種人格權[……]全部直接來自Andrade的先期草案”。以上譯文皆由本文作者所譯。

關於“葡萄牙現代民法學奠基之作”一說，參見唐曉晴：《法學、法學教育與澳門法律人的養成》，載湯德宗、鍾騏主編：《2010兩岸四地法律發展》，台灣中央研究院法律學研究所2011年版，第303頁。關於Manuel de Andrade此作對葡萄牙與澳門的立法（兩部民法典總則的結構）與教學（民法總論學科的授課編排）的決定性影響，參見吳奇琦：《澳門民法總論的教學與研究：計劃、內容與方法》，法學院新聞簡報第51期（特刊），澳門大學法學院2020年版，第3頁。Manuel de Andrade《法律關係總論》一書在2015年被譯成中文出版，被認為是葡萄牙民法學經由澳門這道橋樑影響漢語世界的“三個重要時刻”（três momentos importantes）之一，其餘二者分別是葡萄牙民法典中譯本與Carlos Mota Pinto《民法總論》中譯本的出版，參見Tong Io Cheng, *O Código Civil Português e seu Impacto na Re-codificação do Direito Civil de Macau e na Codificação em Curso na República Popular da China*, in António Pinto Monteiro (Coord.), *50 Anos do Código Civil: em Homenagem aos Profs. Doutores Vaz Serra, Antunes Varela e Rui de Alarcão*, 2019 (p.425-439), p.438.

[5] Manuel de Andrade, *Esboço de um Anteprojecto de Código das Pessoas e da Família/Na Parte relativa ao Começo e Termo da Personalidade Jurídica, aos Direitos de Personalidade, ao Domicílio*, in BMJ 102^o, 1961, p.153-166 (155-161)。此先期草案雖是在其在生時已呈交法務部，但在其死後（其卒於1958年）才公佈。

[6] “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita à sua personalidade. Esta norma abrange as ofensas simplesmente recaudas, se se o receio for bastante sério para legitimar a necessidade de tutela jurídica.”以上譯文由本文作者所譯。

[7] “É causa de responsabilidade civil toda a ofensa ilícita contra a personalidade física ou moral dos indivíduos. A responsabilidade

此款被去除第一次修訂所加入的民事責任表述，並將第二句簡化併入第一句，又在“人格”前保留了“人身或精神上”的修飾。因此，最終文本變成“法律保護個體的人身或精神上的人格免受任何不法侵犯或侵犯威脅。”^[8]此即現行葡萄牙民法典的第70條第1款^[9]。它被學說稱為“人格一般保護條款”（cláusula de protecção geral da personalidade）^[10]，又名“人格概括保護原則”（princípio da generalidade de tutela da personalidade）^[11]。

由Manuel de Andrade設計的此款規定，也被澳門民法典延續下來^[12]：澳門民法典第67條（人格之一般保護）第2款規定，“任何人均有權受保護，以免其人身或精神上之人格遭受不法侵犯或侵犯之威脅。”在澳門人格權法修訂者Paulo Mota Pinto^[13]的修訂下，有兩處改動：其一，是將“個體”（os indivíduos）修改成“人”（as pessoas）；其二，是將原本“法律保護”（A lei protege）的說法修改成更加直接的“有權”（têm direito），以強調法律是希望直接賦予權利、承認人格權，而非以賦權以外的方式進行客觀保護^[14]。然而，在本文所關注的論題上，葡萄牙民法典和澳門民法典的規範並無本

abrange as ofensas simplesmente receadas, se o receio for bastante sério para legitimar a necessidade de tutela jurídica.”以上譯文由本文作者所譯。

[8] “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.”葡萄牙民法典的唯一已出版譯本，將此款規定譯為“法律保護個人在人身或精神上之人格遭受不法侵犯或侵犯之威脅”，參見唐曉晴、曹錦俊、關冠雄、鄧志強、艾林芝譯，《葡萄牙民法典》，北京大學出版社2009年版，第70條。然而，本文認為，此處“indivíduos”不宜被譯為“個人”。假如將“indivíduos”譯為“個人”，將會掩藏了此規定所引起的學說爭議（部分學說甚至葡萄牙最高法院判決以此款的“indivíduos”一詞為據，認定人格權主體不必是人，即pessoa，故無礙胎兒有人格權，此乃葡萄牙民法上極富爭議的問題），因而使人無法理解為何澳門民法典會將“indivíduos”修改成“人”。因此，本文選擇將“indivíduos”譯成“個體”。

[9] 關於法務部對此款規定的數次修改，參見António Menezes Cordeiro, Comentários ao Artigo 70.º, § 1, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.277。關於法務部對此先期草案的修訂進程，參見Jacinto Rodrigues Bastos, *Das Relações Jurídicas/Segundo o Código Civil de 1966*, Vol.I, 1967, p.18-19。

[10] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.99; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliiano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.332-333; João Gil de Oliveira e José Cândido de Pinho, *Código Civil de Macau, Anotado e Comentado, Jurisprudência*, Livro I, Vol.II, 2018, Art.n.º 67, § 15; Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário aos Artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012, p.14.

[11] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.72.

[12] 參見João Gil de Oliveira e José Cândido de Pinho, *Código Civil de Macau, Anotado e Comentado, Jurisprudência*, Livro I, Vol. II, 2018, Art.n.º 67, p.5-6; Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95.

[13] 雖然澳門民法典草案統籌人（Coordenador）是時任澳門大學法學院教員Luís Miguel Urbano，但著手修訂人格權法者則另有其人：科英布拉大學法學院教員Paulo Mota Pinto（Carlos Mota Pinto之子，在1998年開始擔任葡萄牙憲法法院大法官），應時任澳門司法政務司（Secretário-Adjunto para a Justiça）蕭偉華（Jorge Noronha e Silveira）之請，為澳門草擬了人格權制度的修訂文本。參見Jorge Noronha e Silveira, *Nota de Abertura*, em *Código Civil (Versão Portuguesa)*, Imprensa Oficial de Macau, 1999, p.IV; Luís Miguel Urbano, *Breve Nota Justificativa* (ao Código Civil de Macau de 1999), em *Código Civil (Versão Portuguesa)*, Imprensa Oficial de Macau, 1999, p.XII, p.XVIII題外話：有趣的是，Paulo Mota Pinto生於1966年，恰巧是現行葡萄牙民法典出台那一年。因此，他是在為與自己同齡的法典進行修訂。

[14] 參見Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.99-100; Paulo Mota Pinto, *Anteprojeto para a Localização do Código Civil em Macau na Parte relativa aos Direitos de Personalidade*, publicado in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 488 (1999) (p.5-37), e in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.369-407), p.373-374。然而，即使1966年民法典的“人格一般保護條款”（第70條第1款）並無提及人格

質不同^[15]。

三、人格權的類型開放

(一) 規範依據：人格一般保護條款

通說認為，“人格一般保護條款”表明，人性尊嚴的一切表現都應受法律保護^[16]：法律既承認那些它有明文提及（而且往往更為其設有特別制度）的人格權，也承認那些它無明文提及的人格權。因此，人格權法的規範模式是“雖有點名，但非窮舉”（designadamente e sem exaustividade）^[17]。法律有明文提及者，謂之“典型（típicos）人格權”（已被〔法律〕類型化的人格權），或曰“有名（nominados）人格權”（有被〔法律〕點名的人格權）；法律無明文提及者，謂之“非典型（atípicos）人格權”（未被〔法律〕類型化的人格權），或曰“無名（inominados）人格權”（無被〔法律〕點名的人格權）。所以，有謂“人格一般保護條款”是一項“統合型規範”（norma de recolha），以一種整體視角統括了全部的人格利益^[18]，起著統領全局的體系化功能^[19]，乃一切人格保護的終極依據^[20]。無論是“典型人格權”還是“非典型人格權”，皆是“人格一般保護條款”的一眾具體化。因此，“非典型人格權”雖是法無明文提及，但絕非於法無據，因為“人格一般保護條款”（第67條第2款）便是承認“非典型人格權”的實定法依據^[21]。相反，若有“典型人格權”的規定可供適用，即無需訴諸“人格一般保護條款”這項“最後手段”（ultima ratio）^[22]。然而，這只是法律適用上的邏

權，但學說普遍也已經認為那是向主體賦予權利，例如參見José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.74.

[15] 澳門民法典尚新增了葡萄牙民法典所沒有一款規定，作為第67條的第1款，宣示人格保護人人平等：只要是人，即有人格權，無關其他因素諸如國族、膚色、語言、信仰等。此款規定，是旨在落實基本法第25條所規定的平等原則，參見Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.99。因此，此款是就人格權的歸屬或保護前提所作的規定，而非關涉人格權的內容本身。先期草案的相應條文，其標題便是“人格權的歸屬”（Titularidade de direitos de personalidade）（先期草案第15條），參見Paulo Mota Pinto, *Anteprojeto para a Localização do Código Civil em Macau na Parte relativa aos Direitos de Personalidade*, publicado in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 488 (1999) (p.5-37), e in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.369-407), p.402。同樣認為第67條第1款旨在規範“人格權的歸屬”的，尚有Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade: Dogmática Geral e Tutela Nuclear*, Principia Editora, 2022, p.45。總言之，第67條第1款無關本文主題。

[16] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.80.

[17] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.61.

[18] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.338.

[19] António Menezes Cordeiro / A.Barreto Menezes Cordeiro, *Introdução (Artigos 70.º a 81.º)*, § 34, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.272.

[20] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.73.

[21] António Menezes Cordeiro / A.Barreto Menezes Cordeiro, *Introdução (Artigos 70.º a 81.º)*, § 34, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.272.

[22] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95, nota 26; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.336, nota 20.

輯即特別規定優於一般規定使然^[23]，無礙“人格一般保護條款”在立法論上起著上述人格保護體系終極依據的作用。

通說之所以認為“人格一般保護條款”涵蓋“典型人格權”與“非典型人格權”，究其原因，是因為此款規定只是籠統地宣稱，人有權免受“人身或精神上之人格”侵害。雖然此款用詞是“人身或精神上之人格”，但精確而言，那是指人格的人身面向或精神面向，亦即人身或精神上的人格利益。而法條所指的“人身”與“精神”之分，乃是對極二分，故涵蓋人格（或更精準而言是人格利益）的全範圍，而非只是論題式（tópico）例示，換言之，並非只是從整體中抽取兩處局部進行例示。因此，此款是向人格或者說全體人格利益確認了一般（全面）保護^[24]。可見，法條的“人身或精神”這種劃分，實屬贅詞，可有可無^[25]。因此，此款規定其實並無為人格權設下任何類型限定（tipicidade）。既然立法上的那些種類描述（especificações），並無窮盡人格保護的內容^[26]，那麼，這就為各種“非典型人格權”躺開了大門。總而言之，人格權並非奉行“類型法定”或稱“數量限定”原則，而是奉行“類型開放”或稱“數量開放”（numerous apertus）原則^[27]。

應當注意的是，雖然都是關乎數量有無限定的問題，但這與物權法上的物權“類型法定”論題並不處於同一個層面上：物權“類型法定”原則，是在禁止私人以法律行為創造非法定類型的物權（第1230條^[28]）^[29]，但人格權的所謂“數量開放”，“並不是在創造不存在的權利，而是在確認‘人格無漏洞保護原則’意味著同樣肯定了某項個別權利”^[30]，因而是法律解釋的問題，換言之，是“被立法創造出來（objecto de criação legal）的權利包括哪些”的問題，而非“由私人可以創造哪些權利”的問題，二者不能混為一談。因此，以“具對世效力的權利只能由立法創造”為由來反對人格權“數量開放”，這樣的觀點並不成立^[31]。

（二）規範目的：確認新型利益補漏

立法上之所以承認人格權“數量開放”，歸根究柢，是因為人格本身的內涵便正是“開放”的。

[23] Rabindranath V.A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p.557, 562-563, 569, 574.

[24] António Menezes Cordeiro / A. Barreto Menezes Cordeiro, Introdução (Artigos 70.º a 81.º), § 32, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.272.

[25] Manuel de Andrade先期草案的最初行文，便沒有“精神或人身”這種贅詞，參見本文註3

[26] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.76.

[27] Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário aos Artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012, p.61; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.79-80; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), Il Nuovo Codice Civile Brasiliano, Milano, 2003 (p.17-61), e in Revista Jurídica, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.337。拉丁語numerous clausus與numerous apertus，分別是指數量（numerous）封閉或者說限定（clausus），以及不限或者說開放（apertus）。前者在漢語法學界常被譯為“類型法定”，字面上並不完全貼切。

[28] 民法典，第1230條（物權法定原則；Numerous clausus）：“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。”

[29] 關於物權類型法定原則，參見唐曉晴：《論物權類型法定原則：兼論〈澳門民法典〉第1230條的淵源與範圍》，載《法學論叢》2006年第2期，第50-80頁。

[30] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.80: “não há portanto criação de direitos que não existiam, mas o reconhecimento de que o princípio da tutela sem lacunas da personalidade implica também a afirmação daquele direito singular.”

[31] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.80.

學說上有謂，這種“開放”具雙重含義，亦即“共時性開放”（aberto sincronicamente）與“歷時性開放”（aberto diacronicamente）^[32]：“共時性開放”是指，即使撇開歷史發展不談，而只就“立法之時”這個單一時點而言，人類人格本身的複雜性便已不可被化約限定，因而不可被盡然析離（出全部人格利益）（irredutível e ilimitável, e portanto indissecável）^[33]；“歷時性開放”則是指，就“立法之後”的一個歷史時段而言，隨著社會發展尤其是科技進步，許多新型侵害會陸續出現，讓人格保護有了新需求，例如人類基因物質操縱便是昔日無法被想及的事情。因此，前者可謂“靜態”（estática）的開放，後者可謂“動態”（dinâmica）的開放^[34]。

上述兩種“開放性”，讓立法者放棄窮盡列舉人格權類型，因為否則便很可能有所遺漏。“人格一般保護條款”，正是立法者為了回應這兩種“開放性”而設的一種預視^[35]，以便人格保護範圍能涵蓋那些在立法時始料不及的人格表現（a personalidade em suas manifestações imprevisíveis）^[36]，讓這些“在既存法定形態中找不到庇護之所”的人格利益，其保護依然於法有據^[37]。因此，“人格一般保護條款”乃是針對兩種漏洞而設：它既旨在堵塞現時已知漏洞，也旨在預防將來出現漏洞^[38]。這兩種漏洞，便是分別對應上述兩種“開放性”。可見，這種立法設計，有其實務上的便利^[39]：如果說，明定“典型人格權”是立法者責無旁貸的己任，那麼，識別“非典型人格權”便是立法者經由“人格一般保護條款”交託給學說與司法見解的任務^[40]。立法者便是以此方法，讓學說與司法見

[32] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95-96; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.337-338.

[33] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95-96; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.338.

[34] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.338.

[35] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.338.

[36] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.337.

[37] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, *As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.76: “não encontram guarida nas fórmulas legais existentes” .

[38] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.62: “colmatar as lacunas que se sentiam já” ; “prevenir as lacunas no futuro” .

[39] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.216: “conveniência prática” .

[40] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.333.

解在法律適用上訴諸“主流法律意識”^[41]，以“逐類揭示權利”，持續界定新型人格權，從而“落實人格的無漏洞保護”，以免動輒需要修法增訂，費時失事，不利於人性尊嚴的保障^[42]。如是者，無論是始料不及的靜態“人的所是”（pessoa-ser），還是始料不及的動態“人的所變”（pessoa-de-vir）^[43]，便都能隨著人們對“人”的思考方式趨向完善^[44]，得以識別出新型人格利益，對抗新型侵犯，從而獲得保護^[45]。

這種完善，在人格權史上屢見不鮮。舉凡休息權、生育自由權、反歧視保護權（direito à proteção contra discriminação）、資訊自決權（direito à autodeterminação informativa）、基因身分識別權（direito à identidade genética），無一不是當初未見於立法，後來才獲學說與司法見解加以承認的人格權^[46]。進一步言之，藉由“人格一般保護條款”讓學說與司法見解參與人格權類型的建構，甚至可以反過來推動立法者加設明文，形成良性互動，促進人格保護。實際上，現行民法典明文承認的一些人格權類型，最初便是在舊民法典時期由學說與司法見解以“人格一般保護條款”之名先予承認，後來再被立法化的（例如第80條第5款所定的“言論權”）。相反，假如要求任何人格面向都必須預先在立法上獲明文具體承認，實不利於人格保護。此即“人格一般保護條款”的潛力所在^[47]。

（三）規範適用：一般條款的具體化

“人格一般保護條款”這種一般條款只有經由具體化才能被適用。換言之，解釋者必須對不確定概念進行填充，以釐清人格的哪個特定面向或者說態樣（o específico aspecto ou modo de ser da personalidade）需受保護，屬於“人格利益”，從而將其獨立化（autonomizar）成一項人格權的客體^[48]。

就思維方式而言，學說與司法見解在法律解釋上對“非典型人格權”所做的這種具體化，無異於立法者在立法上對“典型人格權”所做的具體化。這是因為，二者皆是在構造類型（construir tipos），或者說，皆是在進行類型化（tipificação）。此等類型的形成過程如下：某些侵害個案，基於其嚴重性與重複性，而逐漸被固化，在社會上成為典型（socialmente típicos），此即“現實類型”（ti-

[41] Adriano Vaz Serra, *Requisitos da Responsabilidade Civil*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 92.(janeiro de 1960), p.135: “此項權利關涉其餘可被主流法律意識充分地界定與確認為應當是人格權客體的人格利益”（“este direito refere-se [...] aos demais bens da personalidade que possam ser suficientemente delimitados e sejam reconhecidos pela consciência jurídica dominante como devendo ser objecto de um direito da personalidade”）此段譯文由本文作者所譯。

[42] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.76 e 80: “relação dos direitos tipo a tipo”; “tutela sem lacunas da personalidade”.

[43] Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil.Sumários Desenvolvidos*, Coimbra, 1981 (em fascículos), p.180.

[44] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.76: “apuramento do modo de pensar a pessoa”.

[45] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), Il Nuovo Codice Civile Brasiliano, Milano, 2003 (p.17-61), e in Revista Jurídica, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.338.

[46] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.216.

[47] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.216: “potencialidades da cláusula de tutela geral da personalidade”.

[48] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), Il Nuovo Codice Civile Brasiliano, Milano, 2003 (p.17-61), e in Revista Jurídica, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.333 e 339.

pos reais)；然後，這些“現實類型”再被立法者、學說與司法見解採納、轉化為“法律類型”(tipos jurídicos)給予保護，進而獲得制度上的獨立(autonomia de regime)。因此，有論者形象地將這些類型比喻為人性尊嚴“受的傷所留下的疤”，稱之為一種“體系記憶”^[49]。

這些由立法者、學說與司法見解所建構的類型（“典型人格權”與“非典型人格權”），乃是“人格保護的最重要範式”，或者說，是人性尊嚴原則“最攸關緊要的一些具體化”。然而，這種類型純屬例示性質^[50]。這是因為，這些類型是片斷式的(fragmentários)，亦即並無涵蓋全體可能個案。可見，雖然“人格一般保護條款”乃是根據概念涵攝技術而被構築的(construídos de acordo com uma técnica conceptual subsuntiva)，但其兩種具體化，亦即立法者所設計的“典型人格權”制度，以及學說與司法見解所設計的“非典型人格權”制度，則皆是通過類型而被構築(constuídos tipologicamente)。在這裡採用類型方法(método tipológico)，乃是旨在彌補概念涵攝方法(método conceptual subsuntivo)之不足，提高具體化的質量^[51]。

立法者對“典型人格權”的類型化，純屬實定法的決定。至於學說與司法見解對“非典型人格權”的類型化，則可謂是對實定法的發展(desenvolvimento do direito positivo)，其旨在“揭示人這個[實定法的]絕對基礎所涵蓋的那些指涉面向有哪些”^[52]。正因如此，有謂“人格一般保護條款”是“開在實定法體系的一扇窗口”^[53]，它讓所謂的(哲學)“本體論內容”(conteúdos ônticos)得以介入其中：某種人格權要獲得承認，不必有法律明文規定，只需要它源自“本體論上的人格”(personalidade ontológica)即可^[54]。顯然，這種價值判斷任務並非易事。法律人必須考量實定法的一切徵示(todas as indicações que resultam do direito positivo)，尤其是受規制狀況(即“典型人格權”)和無受規制狀況(即“非典型人格權”)之間的類似性(analogia)^[55]：為某個類型而設的解決方案模型(modelos de solução)可基於類似性而被跨類型地(transtipicamente)轉用，只要這兩個類型的“意義共通或意義相似”容許這樣做即可^[56]。例如，前文提及的言論權，當初便是因為與法有明文規定的肖像權類似，而被學說與司法見解類型化成“非典型人格權”。然而，這樣的類似性也並非必不可少。即使沒有任何“典型人格權”作為參照，也不代表便不能確認“非典型人格權”，因為那歸根究柢是倫理道德的要求^[57]。無論如何，這些新型人格利益，都總是以“人格尊重”為識別準則^[58]。

[49] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.65: “as cicatrizes deixadas pelas feridas”; “memória do sistema”.

[50] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.65: “paradigmas mais importantes da tutela da personalidade”; “concretizações mais relevantes”.

[51] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.66. 關於概念涵攝方法與類型方法的互補，亦參見吳奇琦：《民法中的哲學：民法上實質(substantia)與本質(essentia)理論的古典哲學起源與演變》，澳門大學博士論文，2018，第608-638頁。

[52] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.81: “relevar as incidências que se contêm nesse dado absoluto [do direito positivo]-a pessoa”.

[53] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.72: “janela aberta no Sistema positivo”.

[54] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.72.

[55] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.81.

[56] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.66: “a comunhão ou a semelhança de sentido”.

[57] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.81.

[58] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999

雖然在“人格一般保護條款”剛正式問世（1966年）不久，便有聲音批評其表述籠統。最常被提到的，是Castro Mendes的批評：依其之見，那是“一項過度空泛因而並不十分有用的原則”^[59]（1968年）。然而，這種空泛，實乃保護對象的籠統性使然，是立法上特意為之。而且，“人格一般保護條款”很快便得到了學界重視（無論是在科英布拉學派〔Escola de Coimbra〕抑或里斯本學派〔Escola de Lisboa〕^[60]）。更重要的是，在隨後幾十年間，學界與司法見解以“人格一般保護條款”之名，陸續類型化了為數不少的“非典型人格權”，總算沒有枉費立法者的初衷，也是對Manuel de Andrade當初立法決定的一大平反：無庸諱言，“人格一般保護條款”固然難用，但絕非無用。這些被類型化的“非典型人格權”，計有：

- 生命權
- 身心完整權，尤其休息權（direito ao repouso）
- 自由權
- 名譽權
- 言論權
- 外觀決定權（direito determinar a própria aparência externa）
- 個人身分識別權（direitos à identidade pessoal），諸如：
 - 遺傳身分識別權（direito à identidade genética），尤其先輩知悉權（direito ao conhecimento dos progenitores）
 - 性別身分識別權（direito à identidade sexual）
 - 經歷身分識別權（direito à identidade histórica），包括個人真實權（direito à verdade pessoal）與個人經歷權（direito à história pessoal）
- 配偶性生活權（direito à sexualidade conjugal）
- 追思權（direito à memória do falecido）
- 探親權（direito de visita dos familiares）

而且，澳門立法者藉著1999年澳門民法典出台之機，廣泛吸納了學界與司法見解在三十餘年間的類型化成果，在立法上將上述其中一部分“非典型人格權”（生命權、身心完整權、自由權、名譽權、言論權、經歷身分識別權）轉化成“典型人格權”，使澳門人格權立法有突破性進展，實為世界範圍內罕見，值得認同。這些人格權的保護，自然已不必再求諸“人格一般保護條款”。至於那些並無被澳門立法者轉化成“典型人格權”的人格權方面，立法上的沉默也依然無礙法官訴諸“人格一般

(p.89-125), p.96; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), Il Nuovo Codice Civile Brasiliano, Milano, 2003 (p.17-61), e in Revista Jurídica, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.338.

[59] João de Castro Mendes, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.II, AAFDL, 1968, p.72-75: “um princípio vago de mais para ser muito útil”.

[60] António Menezes Cordeiro, com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV-Parte Geral: Pessoas, 5ª Edição, Almedina, 2023, p.81.

保護條款”予以保護^[61] / ^[62]。

四、各種理論構造模式

(一) 緒說

究竟應如何理解“人格一般保護條款”與各種人格權（無論是“典型人格權”還是“非典型人格權”）之間的關係，學說上眾說紛紜，且至今^[63]爭論未休，並非已過時的學說舊話，值得專門探討。這場爭論，關鍵在於：“人格一般保護條款”是否確立了一項“一般人格權”^[64]；若是，則它

[61] 實際上，這些人格權都獲得司法見解承認：外觀決定權，參見Ac.TC 6/1984, processo n.º: 42/83 (Relator: José Magalhães Godinho); 先輩知悉權，參見Ac.STJ 08-06-2010, processo n.º: 1847/08.5TVLSB-A.L1.S1 (Relator: Serra Baptista); Ac.STJ 17/04/2008, processo n.º: 08A474 (Relator: Fonseca Ramos); 配偶性生活權，參見Ac.RP 26-06-2003, processo n.º: 0333036 (Relator: Gonçalo Silvano); Ac.RP 22-01-2013, processo n.º: 3/09.0TBOBR.C1; 探親權，參見Ac.RC 20-04-2004, processo n.º: 558/04 (Relator: Rui Barreiros)。至於追思權，即使不求諸“人格一般保護條款”，也已可被認為是以第67條為根據，參見Ac.STJ 15-12-2011, processo n.º: 912-B/2002. C1.S1 (Relator: Álvaro Rodrigues)。

[62] 關於澳門民法上種種“特別人格權”，包括訴諸“人格一般保護條款”而被類型化的那些，礙於篇幅，其具體制度無法於此詳論，筆者將另行撰文論述。筆者已就屬於個人資料保護權的一些問題（其與隱私權體系的銜接）撰有專文，參見唐曉晴、吳奇琦：《澳門地區民法上個人信息保護權的體系定位》，載《國家檢察官學院學報》2021年第5期，第75-88頁。

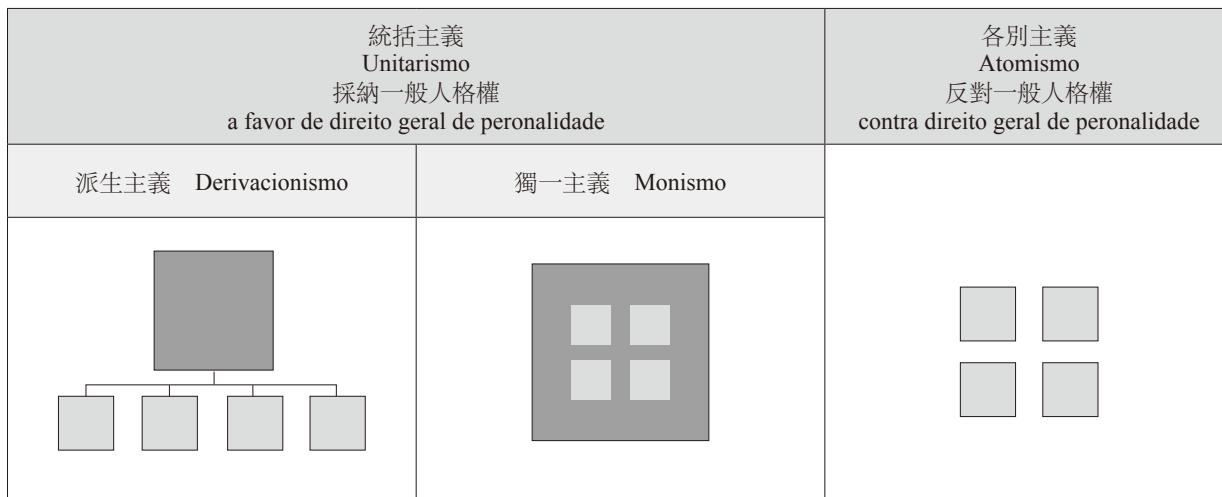
[63] 參見：António Menezes Cordeiro / A.Barreto Menezes Cordeiro, Introdução (Artigos 70.º a 81.º), § 34, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.272; Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.211-216.

[64] 學說上，採納與反對“一般人格權”概念的論者們，參見Paulo Mota Pinto最新近的整理：Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.212-214。亦參見Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário aos Artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012, p.62-63。本文以二人的整理為基礎，列出正反雙方論者（僅文獻列表已可達兩頁之長，故礙於篇幅所限，僅列其人，至於各人具體文獻出處請參見前揭著作），並補充上本地文獻：

採納“一般人格權”概念者有：Adriano Vaz Serra、João de Matos Antunes Varela、Orlando de Carvalho、Carlos Mota Pinto、Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira、Diogo Leite de Campos、Jorge Sinde Monteiro、José Carlos Vieira de Andrade、António Pinto Monteiro、João Calvão da Silva、Joaquim de Sousa Ribeiro、Luís Menezes Leitão、Pedro Pais de Vasconcelos、Heinrich Hörster/Eva Moreira da Silva、Rabindranath Capelo de Sousa、Manuel Januário da Costa Gomes、João A.Alvaro Dias、Filipe Albuquerque Matos、- Cláudia Trabuco、André Dias Pereira、Nuno Manuel Pinto Oliveira、Rafael Vale e Reis、Mafalda Miranda Barbosa、Tiago Figo、Paulo Mota Pinto。這也是本地文獻的通說。本地文獻採納“一般人格權”概念的，包括杜慧芳：《淺談民法對一般人格權的保護》，載《法域縱橫》1998年特別號，第187-196頁；Paula Nunes Correia, *Temas de Direito Civil no retorno de Macau à soberania chinesa: Questões emergentes da Parte Geral do Código Civil: breve análise*, in Meritum, Revista de Derecho de la Universidad FUMEC Vol.2, Nº 01-janeiro/junho 2007 (p.5-44), p.9; Paula Nunes Correia, *Teoria Geral do Direito Civil-Sumários Desenvolvidos*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2021, p.82-83；唐曉晴：《澳門民法》，載劉高龍、趙國強主編，駱偉建、范劍虹副主編：《澳門法律新論（上卷）》，社會科學文獻出版社、澳門基金會2010年版，第190頁；José António Pinheiro Torres, *Introdução ao Regime Geral da Relação Jurídica Civil*, in *Repertório do Direito de Macau*, 1.ª Reimpressão, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2012, p.364；Júlio Miguel dos Anjos, *Dos Direito à Imagem e à Palavra-Alguns Aspectos de Regime no Contexto Contemporâneo*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 40, 2016 (p.193-226), p.197；唐曉晴、蘇建峰、吳奇琦編著：《民法一般論題與澳門民法典總則（下冊）》，社會科學文獻出版社、澳門基金會2020年版，第31頁（該段落由唐曉晴與陳嘉敏撰寫）。

反對“一般人格權”概念者則有：Rita Amaral Cabral、Maria da Glória Carvalho Rebelo、José de Oliveira Ascensão、António Menezes Cordeiro、Ana Filipa Morais Antunes、Guilherme Machado Dray、David Oliveira Festas、Diogo Costa Gonçalves、José Alberto

與各種人格權亦即所謂“特別人格權”之間的關係又是如何。可設想的理論構造模式有兩類，共三種^[65]。為期醒目，本文先自行繪製圖示如下，再依次各論：



(二) 各論

1. 派生主義

(1) 主張：一般人格權是根源性權利

“派生主義”，首先是主張“人格一般保護條款”統括地（uma visão unitária）承認了一項“複合性人格權”（um complexivo direito de personalidade），此即“一般人格權”，其關涉的是整體人格（personalidade no seu todo），更準確言之，是關涉整體人格利益，故其內容是籠統的。因此，“派生主義”乃是屬於“統括主義”的一種。然而，就“一般人格權”與諸項“特別人格權”

González、Luís A.Carvalho Fernandes、Elsa Vaz de Sequeira、A.Penha Gonçalves。

並無表態的則有：João Gil de Oliveira e José Cândido de Pinho, *Código Civil de Macau, Anotado e Comentado, Jurisprudência*, Livro I, Vol.II, 2018, Art.n.º 67, § 6-§ 8。

至於司法見解方面，採納“一般人格權”的例如有：Ac.TC n.º 6/1984, processo n.º 42/83 (Relator: Magalhães Godinho法官)：“任何人格權，亦即一項一般人格權所必然展現出來的任何面向，皆應受法律體制最高度的保護。”（“a todo e qualquer direito de personalidade, isto é, a todo e qualquer aspecto em que necessariamente se desdobra um direito geral de personalidade, deve caber o maior grau de protecção do ordenamento jurídico”）；Ac.STJ 25-09-2003, processo n.º 03B2361 (Relator: Oliveira Barros法官)：“我們的民法確立了一項一般人格權。”（“Está consagrado no nosso direito civil um direito geral de personalidade”）。以上譯文由本文作者所譯。

[65] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.94-95。較詳細的論述，參見Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.336-337。尚參見Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.211-216。本文此處關於三種理論構造模式的框架劃分，乃是主要綜合了其這三篇研究。然而，Paulo Mota Pinto並無詳論，學說上具體而言有哪些人分別屬於這幾個派別的觀點。這一部分是由本文作者在參閱各家見解後加以歸類，補充闡述。此外，值得指出的是，他在第二篇研究中，對第一篇研究的某些觀點默默做了修正：在第一篇研究（p.95）中，他認為“各別主義”必須是“盡數列舉一眾權利”（“pluralidade taxativa de direitos”），但在第二篇研究（p.336）中則改為“無論是否盡數列舉”（“taxativa ou não”）。Paulo Mota Pinto並無為全部三種模式命名（他只提及他不認同的“各別主義”與“獨一主義”，而無為自己的主張命名），亦無圖示。本文為了方便讀者參照起見，故按Paulo Mota Pinto的用詞，將這些模式一律冠以“某某主義”之名，並自行製圖，以期醒目。

的關係而言，“派生主義”的獨特之處在於：此說認為“一般人格權”是“母權”（direito-matriz、-direito-mãe；Mutterrecht）或者說“根源權”（direito fundante、direito-fonte；Quellrecht）。各項獨立的“特別人格權”，皆是衍生自“一般人格權”這個根源。因此，“一般人格權”是一眾特別人格權的“最高建構原則”或者說“建構上的最高始源”（princípio superior de constituição）^[66]。可見，“一般人格權”是一項上位權利（um super-direito）^[67]，由此展開形成樹狀分支結構。換言之，諸項“特別人格權”都是從“一般人格權”這個籠統框架那裡分離出來的，故“一般人格權”也是一種“框架權”（direito-quadro；Rahmenrecht）^[68]。如是者，派生主義構築了“一般人格權”與“特別人格權”兩類權利並存的“二元體系”（sistema dual）^[69]。

此說在學說上追隨者眾，甚至被某些司法見解採納^[70]。科英布拉學派學者多採此說^[71]，其代表為Paulo Mota Pinto：“一般人格權可被設想成‘母權或根源權’，其作為源頭衍生出獨立於它的一眾單項人格權。這些單項人格權與它並存，是人格一般保護個別的展開與具體化”^[72]、“因此，這種觀念堅決拒斥一般人格權的‘獨一主義’”^[73]、“尤其在法律技術層面，有人批評這項權利有著這樣子的‘浮士德式’內容”^[74]。然而，這也不能使人忘記，那些不可被限定的利益，其保護要求新的

[66] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.336-337; Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.213-214; Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.62, 64; Rabindranath V.A.Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p.559; Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário aos Artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012, p.62.

[67] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, *As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.80; Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário aos Artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012, p.62.

[68] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95, nota 26; Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.62; Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário aos Artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012, p.62.

[69] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.62.

[70] Ac.STJ 25-09-2003, processo n.º: 03B2361 (Relator: Oliveira Barros法官)：“我們的民法確立了一項一般人格權，它是‘母權或根源權’與框架權，其分離出各項獨立的特別人格權，但這些特別人格權並無窮盡前者。”（“Está consagrado no nosso direito civil um direito geral de personalidade (allgemeines Persönlichkeitsrecht), ‘direito-matriz ou direito fundante’ e direito-quadro de que, sem o esgotarem, se desentranharam diversos direitos especiais, autónomos, de personalidade (besondere Persönlichkeitsrechte).”）此段譯文由本文作者所譯。

[71] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, *As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.78.

[72] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.337: “O direito geral de personalidade [...] se pode conceber [...] como ‘direito-matriz ou direito fundante’ , em que enraízam direitos singulares de personalidade relativamente autónomos, subsistindo ao seu lado como desenvolvimentos e concretizações particulares da tutela geral da personalidade.”以上譯文由本文作者所譯。

[73] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.214: “uma conceção que rejeita, pois, decididamente, a visão apenas ‘monista’ do direito geral de personalidade”此段譯文由本文作者所譯。

[74] 本文按：Faust（浮士德）是個歐洲傳說人物。他以靈魂向魔鬼換取了無限的知識與享樂。Paulo Mota Pinto在這裡是想

工具，諸如一般條款或不確定概念，它們同樣也只能具體地被精確，或者說，只有經過具體化才可以被精確”^[75]。

(2) 論據：適應人格複雜、法條用語支持

此說依據有二：

其一是理由論據 (argumento racional) 或者說目的論據 (argumento teleológico)，其“關乎人格權的觀念與根據”^[76]。依其之見，這樣的一項“一般人格權”對複雜的人格保護才是合適的：“只有這樣的一項權利 [‘母權或根源權’]，才能夠在實際上適應人類人格不可被化約限定因而不可被盡然析離的複雜性。因此，人類人格只能以一種總體的視角被把握和受保護。而且，也只有這樣的一項權利可以包括那些非典型人格利益。”^[77]

其二是文義論據 (argumento literal)：“我們一向主張，有一項一般人格權存在，其被視為各項特別人格權的‘母權或根源權’，因為就實定法而言 (de iure condito)，它在立法上被確立了，而且就立法論而言 (de iure condendo)，那也是最佳選擇”、“這樣的一般人格權應獲承認，因為這有實定法論據。如果願意的話，我們也可稱之為文義論據（在任何其他我們所知的民法典中，都找不到比我們民法典的規範 [……] 更像是確立一般人格權的立法表述了。我們的民法典甚至到了這樣的一個地步：它在人格權章節中提到了‘人格一般保護’）”^[78]。

2. 獨一主義

(1) 主張：一般人格權是唯一人格權

比喻說，有人批評“一般人格權”論者為了保護人格，不惜以概念不清為代價，承認這樣一項內容空泛、因而等於有著無窮內容的權利。

[75] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), Il Nuovo Codice Civile Brasiliiano, Milano, 2003 (p.17-61), e in Revista Jurídica, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.339: “as críticas, sobretudo de ordem técnico-jurídica, contra um direito com um tal conteúdo ‘fáustico’, não podem fazer esquecer que a proteção de bens ilimitáveis requer novos instrumentos, como cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, também eles só precisáveis em concreto ou através de uma linha de concretizações.” 此段譯文由本文作者所譯。

[76] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.215: “relativo à conceção e fundamento dos direitos de personalidade”.

[77] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), Il Nuovo Codice Civile Brasiliiano, Milano, 2003 (p.17-61), e in Revista Jurídica, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.338: “É que só um tal direito [= ‘direito-matriz ou direito fundante’] é, realmente, susceptível de se adequar à irredutível e ilimitável (e portanto, indissecável) complexidade da personalidade humana-só podendo esta ser apreendida e tutelada numa perspectiva globalizante -, e só ele pode incluir bens da personalidade não tipificados.” 以上譯文由本文作者所譯。

[78] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.214: “Temos defendido, *de iure condito* por estar legalmente consagrado, e *de iure condendo* por ser a melhor opção, a existência de um direito geral de personalidade, visto como “direito-matriz ou direito fundante” dos diversos direitos especiais de personalidade [...]; “no sentido de se dever admitir tal direito geral de personalidade [...] um argumento jurídico-positivo, ou, se quisermos, literal (não se encontra em nenhuma outra codificação civil que conheçamos formulação legislativa mais próxima da consagração de um direito geral de personalidade do que a norma [...] do Código Civil, que chega ao ponto de se referir, na seção relativa aos direitos de personalidade, a uma ‘tutela geral de personalidade’)” 以上譯文由本文作者所譯。

“獨一主義”，同樣主張“人格一般保護條款”統括地承認關涉整體人格利益、內容籠統的“複合性人格權”即“一般人格權”。因此，“獨一主義”同屬“統括主義”。然而，有別於“派生主義”，“獨一主義”將“一般人格權”設想成唯一的一項一般權利（um único e geral direito）。因此，並不存在任何獨立的“特別人格權”^[79]。此說認為，那些被慣常名為“特別人格權”的，其實都只是“一般人格權”的一眾權能（poderes），亦即其內容而已^[80]。

此說是少數見解，頗為獨到，乃Pedro Pais de Vasconcelos的創見。依其之見，“人格一般保護，毫無困難地相當於一項一般人格權”、“我們認為，人格權具有單一性”^[81]、“我們認為，那些所謂的‘特別人格權’，都不是獨立的權利，而是人格權所包含的一眾權能。人格權，由於是旨在保衛每個自然人的人性尊嚴，故在內容上包含原則上數量無限的權能。這些權能構成了其結構。這些權能，要麼是對人格權獲成功實現而言是必要的，要麼只是適宜或有用的。這一切權能，聚合成一個融貫的整體。”、“例如，生命權、名譽權、身體完整權、隱私權、肖像權，都並不構成獨立的權利，而是其擁有人的人格權所包含的一眾法律權能。”、“如是者，所謂一般人格權和特別人格權的二元主義（dualismo）[本文按：指“派生主義”]便被超越了。”^[82]

他認為，儘管實定法本身稱“一般人格權”的那些具體表現為“權利”（direito），但這種立法上的稱呼並不正確。立法上的用詞不當並非決定性的，不應制肘學說。相反，應由學說加以矯正：“正如我們一向反覆提請注意的那樣，學說常將真正意義上的權利，和它們所包含的權能，都稱為‘權利’。這是值得受批評的。例如，債權人對債務人的催告權能，便常被稱為權利，但它只不過是債權所包含的形成權能而已。投票權能也是被包含在公司的股東權內。這種習慣，同樣反映在立法的措辭上。然而，在教義構築上，必須區分權利和它所包含的權能，哪怕法律和學說都錯誤地常稱之為‘權利’。”^[83]

[79] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.336-337; Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.213-214; Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.62.

[80] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.64-67.

[81] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.64: “A tutela geral da personalidade corresponde sem dificuldade a um direito geral de personalidade”; “Em nossa opinião, o direito subjectivo de personalidade tem unidade” 以上譯文由本文作者所譯。

[82] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.67: “Em nossa opinião, os chamados ‘direitos especiais de personalidade’ não são direitos subjectivos autónomos, são poderes que integram o direito subjectivo de personalidade. O direito de personalidade, como direito subjectivo que tem como fim a defesa da dignidade humana de cada uma das pessoas singulares, integra no seu conteúdo um número, em princípio, não limitado de poderes, que constituem a sua estrutura. Estes poderes são queles que forem necessários, ou mesmo apenas convenientes, ou simplesmente úteis, para que o fim do direito de personalidade seja realizado com êxito.”, “O direito à vida, ou à honra, ou à integridade física, ou à privacidade, ou à imagem, por exemplo, não constituem direitos subjectivos autónomos, mas antes poderes jurídicos que integram o direito de personalidade do seu titular”; “O dualismo entre o chamado direito geral subjectivo de personalidade e os direitos subjectivos especiais de personalidade é assim superado.” 以上譯文由本文作者所譯。

[83] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.67: “Como temos repetidamente advertido, tem sido uma constante na Doutrina designar acriticamente por ‘direitos’, quer os direitos subjectivos propriamente ditos, quer os poderes que respectivamente

(2) 論據：人格尊嚴單一

此說論者認為，人格權的這種單一性，乃是因人和人格尊嚴的單一性（unidade da dignidade da pessoa）使然：“我們認為，人格權具有單一性。這種單一性，是因人和人格尊嚴的單一性使然。權利擁有者是單一的，其尊嚴也是單一的。不管是就本質而言，還是就務實而言，都沒有分離的餘地。這個單一體與不同法律中一眾‘人格權’的類型化，既不相悖，也無牴觸。這個單一體是價值論上觀念類型的聚合”、“這個整體，乃是出於保衛其擁有人的尊嚴這個共同目的而被一體化的。”^[84]

3.各別主義

(1) 論點：一般人格權屬於冗餘概念

“各別主義”，則是主張：民法典設有“人格一般保護條款”，並不代表承認存在一項“一般人格權”^[85]。相反，“一般人格權”是個無用的概念^[86]。法律依然是各別地、離散地，或者說“如同一個一個分離原子那樣”（de forma atomística）承認一眾個別的人格權。這些人格權都分別關涉人格的個別面向。因此，有謂這種理論只承認有“特別人格權”的存在^[87]。但其實嚴格言之，既無“一般人格權”，即無所謂“特別人格權”可言。因此，根據“各別主義”，人格權無一般與特別之分。

採此說者為數不少。而且，里斯本學派學者多採此說^[88]，當中最著名論者是Oliveira Ascensão：“在我們看來，一般人格權的適用會造成不安定表現”、“另一種選擇是：以類型開放機制來持續界定新的人格權”、“但是，具體化這種保護需求的技術方法，並不是創造出一項上位權利，增加既存的人格權，而是從那項原則推衍出各項具體的人格保護權。這種推衍同樣可以及於奉行人格保護的一切領域，但就法律安定性而言，它有彌足珍貴的好處。逐案地，或更準確言之，逐類地揭示權利，能夠形成社會認受的範疇。這便阻斷了驚愕效應（corta o efeito de surpresa）。”^[89]

mente os integram. Assim, por exemplo, são usualmente designados por ‘direitos’ o poder do credor de interpelar o devedor, que não passa de um poder potestativo que integra o direito de crédito, ou o poder de voto que integra o direito subjectivo do sócio de uma sociedade. Este hábito reflecte-se também na redacção da lei. Importa, porém, na construção dogmática distinguir o que é direito subjectivo e o que são os poderes que o integram, mesmo que a lei e a doutrina os designe incorrectamente, embora usualmente, por direitos.”以上譯文由本文作者所譯。

[84] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.64-65: “Em nossa opinião, o direito subjectivo de personalidade tem unidade, e essa unidade decorre da unidade da pessoa e da sua dignidade. O titular do direito é uno e a sua dignidade também o é. Não há lugar para uma separação, nem ontológica, nem pragmaticamente. Esta unidade não é contrariada nem antagonizada pela tipificação, em várias leis, de uma pluralidade de ‘direitos de personalidade’. Trata-se de uma constelação de tipos ideais axiológicos”; p.67: “Todos estes poderes se agregam num conjunto coerente, unificado pelo fim comum de defesa da dignidade do seu titular.”以上譯文由本文作者所譯。

[85] António Menezes Cordeiro / A.Barreto Menezes Cordeiro, Introdução (Artigos 70.º a 81.º), § 32, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.272.

[86] José Alberto González, *Código Civil Anotado*, Vol.I, Parte Geral, Quid Juris, 2011, Anotações ao art.70.º, §.2, p.95: “inútil”.

[87] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), Il Nuovo Codice Civile Brasiliano, Milano, 2003 (p.17-61), e in Revista Jurídica, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.336.

[88] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.78.

[89] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.80: “Manifestação desta insegurança nos parecem ser as aplicações que do direito geral de personalidade têm sido feitas. A fórmula alternativa consiste em admitir que se vão delineando novos direitos da personalidade [...] em regime de *numerus apertus*.”; “Mas a maneira técnica de concretizar esta exigência de proteção não está na criação de um super-direito, que duplicaria os direitos de personalidade existentes, mas na derivação a partir daquele princípio de concretos direitos de personalidade. Esta derivação permite igualmente chegar a todos os domínios em que a tutela da personalidade se impõe. Mas tem uma vantagem preciosa, em termos de segurança jurídica. A revelação dos direitos caso a caso, ou melhor,

(2) 論據：不利法律安定、以諸權利具現

此說的依據，歸根究柢，其實便是對“統括主義”亦即“一般人格權”概念的批評：

其一，就實際而言，亦即就“一般人格權”的採納後果而言，此說認為“一般人格權”不利於法律安定性（segurança jurídica）。這是由於“一般人格權”內容流於空泛，無窮延伸：“一般人格權是個異常概念”、“承認一般人格權會造成一些不便。由於它是一項範圍無窮延伸的權利，因此十分難操作。而且，他人也有可能總是會驚訝於一般人格權在具體個案中所致的後果。一般人格權不利於干預形態的類型化，因為那是直接從一般概念到具體適用。這危及了法律安定性。”^[90]

其二，就理論而言，亦即就“一般人格權”的概念本身而言，此說認為所謂“一般人格權”根本不存在，因為它終究還是以個別人格權的形態顯現。這是由於，所謂“一般人格權”有著未被界定的客體（um objeto indefinido），故根本“無適用權利本身機制的餘地”。“人格一般保護條款”所賦予的，是各項以“必然已經存在的利益”為客體的人格權^[91]。換言之，這種保護的具體適用，總是要求受侵害的人格具體面向被個別化^[92]。因此，與其認為它是一項權利，倒不如認為它只是“一項體系基礎原則”（um princípio fundamental do sistema）^[93]：“‘一般人格權’不〔應〕被理解成法定基本權利以外的再一項權利（um direito mais）。它歸根究柢是一項指導原則”、“一般人格權究竟是否可被直接看成‘其他權利’，還是說，在適用上仍然是要求有個別權利被提出，備受討論。後一種取態是佔上風的。”^[94]

4.本文見解

(1) 諸說論據皆各有缺陷

無論是“派生主義”、“獨一主義”還是“各別主義”，其論者們的論據皆有缺陷。

“派生主義”論者認為，其模式在目的上可“適應人格複雜”、在文義上有“法條用語支持”。然而，此二論據皆有問題：

在“適應人格複雜”論據方面，並不只有“派生主義”一途可適應人格保護的複雜性：“各別主義”只是在理論上不承認“一般人格權”，但同樣訴諸“人格一般條款”來類型化特別人格權，這難

tipo a tipo, permite a formação de categorias socialmente reconhecíveis.Isto corta o efeito de surpresa”以上譯文由本文作者所譯。

[90] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, *As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.79: “O direito geral de personalidade é figura anómala.”; “a admissão de um direito geral de personalidade oferece desvantagens específicas.Por ser um direito de desmensurada extensão, torna-se muito difícil trabalhar com ele.E os terceiros podem ser sempre surpreendidos pelas consequências que dele se venham a tirar num caso concreto.O direito geral de personalidade não favoreceria a tipificação de modalidades intervenção, pois se poderia passar directamente da figura geral à aplicação concreta.O que põe em causa a segurança jurídica.”以上譯文由本文作者所譯。

[91] António Menezes Cordeiro / A.Barreto Menezes Cordeiro, Introdução (Artigos 70.º a 81.º), § 32, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.272: “não há lugar para a aplicação do regime próprio dos direitos subjetivos”; “bens necessariamente existentes”.

[92] Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade: Dogmática Geral e Tutela Nuclear*, Principia Editora, 2022, p.142: “a aplicação concreta da tutela exige sempre a individualização dos concretos aspetos de personalidade que tenham sido ofendidos”.

[93] Luís A.Carvalho Fernandes, *Teoria geral do Direito Civil I-Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica*, 6.^a ed., 2012, p.232-233.

[94] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, *As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.81: “o «direito geral de personalidade» não é entendido como um direito mais, além dos direitos fundamentais previstos.O que reconduz a um princípio orientador.”; “se discute se o direito geral de personalidade pode ser tomado directamente como «outro direito» [...] ou se aplicação exige ainda uma formulação de direitos singulares.Esta última orientação [...] tende a prevalecer”以上譯文由本文作者所譯。

道便適應不了人格的複雜性？“獨一主義”只是在理論上不承認“特別人格權”的獨立性，但同樣採納“一般人格權”概念來涵蓋不特定人格利益，這難道也適應不了人格的複雜性？可見，“派生主義”論者所謂“只有這樣的一項權利〔‘母權或根源權’〕，才能夠在實際上適應人類人格不可被化約限定因而不可被盡然析離的複雜性”^[95]，乃是言過其實。

在“法條用語支持”論據方面，第67條只在標題提及“人格之一般保護”，而在法條行文中完全沒有直接使用“一般人格權”這樣的表述。法條向全體人格利益賦予“一般保護”，並不代表一定是確認了有一項“一般人格權”存在。其實，“派生主義”論者也自知這一點論據的不足，故只是稱民法典的行文“像是確立一般人格權（próxima da consagração de um direito geral de personalidade）”^[96]。可見，“派生主義”論者所謂的文義論據，根本並不確鑿，甚至可以說根本不存在。值得強調的是，儘管“派生主義”論者Paulo Mota Pinto是澳門民法典的人格權法修訂人，甚至在事後的立法說明中有此主張^[97]。然而，文義始終是法律解釋的起點。在欠缺最起碼文義基礎的前提下，立法者的個人意圖不可能起決定性作用。更何況，嚴格而言Paulo Mota Pinto也只是修訂者，而非真正意義上的立法者，因為他對Manuel de Andrade所設計的“人格一般保護條款”並無實質改動^[98]。

“獨一主義”論者認為，其模式乃“人格尊嚴單一”的推論。然而，人格尊嚴固然在某種意義上是“單一”的，但這絕不能證成人格權必須是單一的，因為二者完全沒有必然關係。既然人格尊嚴有不同具體面向，便難以理解為何在理論上不能為這些面向各自確立一項獨立權利。這些獨立權利固然都是旨在達致“保護人格尊嚴”這個相同的唯一目的，但並不是非要因而將它們都捆綁化約為同一項權利不可。正如各種財產權歸根究柢都是旨在達致“保護私有財產”這共同目的，但難道便必須因而只能承認僅存在單一項財產權？可見，目的單一，不代表手段同樣必須單一。功能上有同一目的，不見得結構上便必須屬於同一項權利。可見，“獨一主義”論者稱，人格權“不管是就本質而言，還是就務實而言，都沒有分離的餘地”^[99]，這種論斷實屬武斷，經不起推敲。

“各別主義”論者認為，其模式不像承認“一般人格權”的“統括主義”（“派生主義”或“獨一主義”）那樣，會“不利法律安定”。然而，由於“各別主義”同樣是訴諸“人格一般條款”，以“類型開放”機制來構造新型人格權，因此，本文完全看不出來為何“各別主義”便不會有同樣的弊病，亦即“十分難操作”、對他人造成“驚愕效應”、“直接從一般概念到具體適用”^[100]。“各

[95] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica*, São Paulo, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.338: “É que só um tal direito [= ‘direito-matriz ou direito fundante’] é, realmente, suscetível de se adequar à irredutível e ilimitável (e portanto, indissecável) complexidade da personalidade humana”此段譯文由本文作者所譯。

[96] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.214.

[97] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95.

[98] 參見上文第二節。

[99] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.64-65: “Não há lugar para uma separação, nem ontológica, nem pragmaticamente.”此段譯文由本文作者所譯。

[100] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.79: “muito difícil trabalhar com ele”; p.80: “o efeito de surpresa”; p.79: “passar directamente da figura geral à aplicação concreta”此段譯文由本文作者所譯。

別主義”在法律安定性問題上對“統括主義”的批評，全都可以被用來批評其自身。然而，本文則認同“各別主義”的另一項論據，亦即所謂“一般人格權”終究還是必須“以諸權利具現”，詳見下點評論。

(2) 一般人格權語義澄清

本文認為，無論是採納“一般人格權”概念的“統括主義”（“派生主義”或“獨一主義”）而言，還是反對“一般人格權”概念的“各別主義”，都會認同的一點是：諸種模式實際上都是訴諸“人格一般條款”來類型化新型人格權的，而適用“人格一般條款”的結果便是，有獨立的新型人格權獲承認。

由此觀之，是否承認有一項“一般人格權”存在，根本並不重要。這正是“各別主義”對“一般人格權”的批評。這是因為，即使是承認有一項“一般人格權”存在也好，為了達致“人格一般條款”的補漏功能，這種保護最終還是以“特別人格權”（例如“外觀決定權”、“配偶性生活權”）的形態顯現的。換言之，“在適用上仍然是要求有個別權利被提出”^[101]、“這種保護的具體適用，總是要求受侵害的人格具體面向被個別化”^[102]。要給予保護，便必須識別出具體的人格利益。在此情形，權利客體根本不可能是含混不清的，或者說，根本不可能尚是未被界定的狀態，也就是“統括主義”（“派生主義”或“獨一主義”）論者所說的那種抽象籠統的“整體人格”（personalidade - no seu todo）^[103]或者說“不可被限定的利益”（bens ilimitáveis）^[104]。一旦給予保護，人格利益便必須已經被限定了。實際上，即使是“統括主義”論者也承認，這種一般條款或不確定概念只有“經過具體化才可以被精確”^[105]。所以，說這些“特別人格權”（無論是像“派生主義”般認為是獨立權利，還是像“獨一主義”般認為是非獨立權能）是間接地從“人格一般條款”所承認的“一般人格權”那裡分離出來，還是說這些“特別人格權”是直接源自“人格一般條款”，在結論上都不會有區別^[106]。

[101] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra, 1997, p.81: “aplicação exige ainda uma formulação de direitos singulares.”此段譯文由本文作者所譯。相同見解，參見Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade: Dogmática Geral e Tutela Nuclear*, Principia Editora, 2022, p.142.

[102] Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade: Dogmática Geral e Tutela Nuclear*, Principia Editora, 2022, p.142: “a aplicação concreta da tutela exige sempre a individualização dos concretos aspectos de personalidade que tenham sido ofendidos”此段譯文由本文作者所譯。

[103] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 8, 1999 (p.89-125), p.95; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica, São Paulo*, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.336-337.

[104] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica, São Paulo*, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.339.

[105] Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro*, in Alfredo Calderale (org.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milano, 2003 (p.17-61), e in *Revista Jurídica, São Paulo*, Vol.51, n.º 314, 2003 (p.7-34), e também in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Gestlegal, 2018 (p.321-368), p.339: “eles [=cláusulas gerais ou conceitos indeterminados] só precisáveis em concreto ou através de uma linha de concretizações.”此段譯文由本文作者所譯。

[106] 如果說，“一般人格權”對“獨一主義”而言尚起著將一眾權能集合成權利的“集束功能”，那麼對“派生主義”而言，則是連這一種功能都沒有。

因此，本文認為，“一般人格權”只是個可有可無的“中介概念”（“conceito intermediário”）。因此，即使捨去，亦未嘗不可。本文不抗拒使用“一般人格權”一詞，但僅僅是在“可以訴諸‘人格一般保護條款’受保護”這種意義上使用，而不是認為，在向非典型人格利益給予保護時權利客體依然是籠統概括的。換言之，本文不認為“一般人格權”是一項獨立的權利。正如Ana Filipa Morais Antunes所言，把它認定為獨立權利，根本是多餘之舉：“承認人格權的一般保護，不等於要承認一般人格權這樣一個內容空泛不精確的教義範疇。此一區別攸關重要。我們看不到那種獨立化的實益何在。第70條第1款（相當於澳門現行民法典第67條第2款），已是一項足以支持非法定類型化人格利益保護的規範依據。因此，並無理據支持一般人格權的獨立化。”^[107]



實際上，無論是“各別主義”還是“統括主義”哪一派，都不乏論者正確地指出，“各別主義”與“統括主義”之爭，只不過是“假問題”（falsos problemas），“僅僅是法律定性上的差異”（語出“各別主義”論者Oliveira Ascensão）^[108]，“‘一般人格權’與‘特別人格權’二者的關係問題，只是個命名上或者說名稱上的問題而已^[109]。但可惜的是，至今兩派都依然有論者拘泥於這種假問題之爭（例如“各別主義”論者Menezes Cordeiro^[110]、“統括主義”論者Paulo Mota Pinto^[111]）。總言之，本文想要強調的是：“統括主義”與“各別主義”之分並無實質意義。

[107] Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário aos Artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, 2012, p.63: “É importante apartar a tutela geral da personalidade do suposto reconhecimento de uma pretensa categoria dogmática, de conteúdo vago e impreciso, representada pelo direito geral de personalidade. Nem se vislumbra utilidade particular naquela autonomização. O n.º 1 do artigo 70.º constitui um título normativo bastante que legitima a protecção dos bens da personalidade sem tipificação legal. Não se justifica, pois, autonomizar um direito geral de personalidade.”此段譯文由本文作者所譯。

[108] José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.I-Introdução, As Pessoas, Os Bens, Coimbra, 1997, p.81: “ser unicamente de qualificação jurídica”.

[109] Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2023, p.67: “A questão do seu relacionamento [= do relacionamento entre o direito geral subjectivo de personalidade e os direitos subjectivos especiais de personalidade] é apenas designativa e nominal.”此段譯文由本文作者所譯。

[110] António Menezes Cordeiro / A.Barreto Menezes Cordeiro, Introdução (Artigos 70.º a 81.º), § 31-32, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código Civil Comentado I-Parte Geral*, Almedina, 2023, p.272.

[111] Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade na Obra Civilística de António Menezes Cordeiro*, in Pedro Romano Martinez / Pedro de Albuquerque (Coord.), *O Pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro*, Almedina, 2023 (p.197-224), p.211-216.

五、結論

本文系統檢視了澳門民法上的一般人格權概念。民法典第69條第2款設有“人格一般保護條款”，旨在具體確認新型人格利益補漏。對此款規範的理解，素來眾說紛紜。既有理論模式有“統括主義”與“各別主義”兩類：前者承認“一般人格權”獨立化，又分為“派生主義”與“獨一主義”；後者則拒絕承認“一般人格權”獨立化。然而，三說立論皆有缺陷。本文認為，“一般人格權”是可有可無的中介概念，因“人格一般保護條款”僅經具體化方能被適用，此時權利客體不可能仍然籠統抽象。

Abstract: This paper aims to systematically examine the concept of "general personality right" ("direito geral de personalidade") in Macau civil law. Paragraph 2 of Article 69 of the Macau Civil Code consists of a "clause of general protection for personality" ("cláusula de protecção geral da personalidade") designed to specifically recognize new types of personality interests, so as to integrate lacunae. Divergent views have long existed regarding the understanding of this norm. There are two theoretical models, Unitarianism and Atomism: The former admits the independence of a "general personality right" and is divided into two sub-models, namely Derivationism and Monism, while the latter refuses the independence of this right. However, all these three theories have flaws. This paper believes that the concept of "general personality right" is a dispensable intermediary one, because the "clause of general protection for personality" can only apply to a case after being concretized, so the object of right cannot remain general and abstract then.

Key words: General Personality Right; Clause of General Protection for Personality; Macau Civil Law; Object of Right; Numerus Apertus

(責任編輯：唐銘澤)

晚清澳門葡籍華商商事糾紛探究

周迪*

摘要 晚清時期，大批外籍人士輻輳入華，在往返不已的華洋接觸中，頻生諸多華洋糾紛與訴訟案件。這其中，澳門葡籍華商所涉的商事糾紛不勝枚舉。束於資料匱乏，該正題幾乎無人問津。因鑒於此，就不得不以《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代·中文）》為切入點對糾紛做形態、處置及影響方面的探究。通過考察，從一側面加深了對中葡關係史及清朝司法制度史等內容的認知，意義重大。

關鍵詞 晚清 澳門葡籍華商 商事糾紛 國籍 葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案

清季，大量外國人來華投資營商，國內各通商口岸遂形成“華洋雜居，五方共處”格局。中外交往的日益頻繁，就讓各式摩擦相繼衍生，進而構成層出不窮的華洋糾紛案件。個中，因華民改洋籍而起的“華洋糾紛更是日甚於一日”。^[1]而此時期發生的澳門葡籍華商商事糾紛^[2]則又較為引人注目，其不但呈現出諸如貨款、借貸、產業、侵占、委託、圖詐等形態，為使糾紛得到解決，而且形成了一套處置流程，甚至對近代中國法文化產生了獨特影響。探究晚清澳門葡籍華商商事糾紛，有利於深化相關領域的理論研究，是我們重新理解中葡關係史與清朝司法制度史的題中應有之義。

一、葡籍華商商事糾紛生成的歷史語境

19世紀初，英國在基本完成工業革命後，為尋求海外市場的不斷拓展，於是把目光投向中國，龐大的中國市場很快成為世界焦點。^[3]1840年，英國人以林則徐“虎門銷煙”為藉口，公然挑起第一次

* 周迪，重慶電子工程職業學院通識教育與國際學院院聘副教授、歷史學博士。

[1] 蔡曉榮：《晚清內地華民改籍問題探微》，載《甘肅社會科學》2004年第4期，第146頁。

[2] 葡籍華商商事糾紛的兩造情形主要以“葡原華被”，即原告為澳門葡籍華商，被告為內地商人的形式居多，因此本文也就依此為重點研究對象。對於“華原葡被”形式的糾紛案件及其與之相關問題，將於第四部分進行闡述。據筆者對整套16本卷宗的大致統計及梳理，共計有50起以上的“葡原華被”糾紛案件，而“華原葡被”糾紛案件則不足10起。

[3] 參見[美]羅威廉：《中國最後的帝國》，李仁淵等譯，台灣大學出版社2013年版，第174-175頁。

鴉片戰爭。戰敗的清政府就此開啟與西方諸國簽訂各種條約的模式，因而更加無暇顧及遠在千里以外的澳門。

自澳門總督亞馬喇（Joao Ferreira do Amaral）推行殖民政策起^[4]，迄於中葡簽訂《中葡和好通商條約》之前，澳門的實際治權已漸次落入澳葡政府手中。早就對澳門主權垂涎三尺的葡萄牙人自是意欲將居澳華人納入所謂名正言順的管治之中，以國籍來做文章，誘使華人入葡籍，方屬上策。加之香港島被割讓後成為新崛起的貿易港埠，這時的澳門風光不再，居澳華人在隨之而來的社會轉型中慢慢把握了“濠鏡澳”的經濟主動脈^[5]，華商的崛起則起到中流砥柱作用。與此同時，隨著西方列強駐華領事館的相率成立，外國領事有了保護本國籍民的“合法權力”，而葡萄牙人也一直在為落實駐華領事館的成立而為之努力。1886年，澳葡政府再次提出尋求駐華領事館的主張，出使大臣徐承祖知會了總理衙門。^[6]隨後，葡萄牙駐廣州總領事館成立。該館的建立意味著在華葡籍人士獲得了葡國保護的資格，參與處理葡籍人士所涉各種糾紛儼然成為葡國領事工作的重要一環。或許正基於此，居澳華商中的一些人開始選擇加入葡國國籍，然後在內地進行營商生意。不過，但凡從事商業活動，遭遇商事糾紛甚且捲入商事訴訟俱為常態之事，葡籍華商當然亦然。表面上看似由“錢債細故”引起的商事糾葛，實則暗藏深機，這個深機即是下文要去探究的內容。《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代·中文）》^[7]對此提供了文本支撐。

二、葡籍華商商事糾紛的主要形態

葡籍華商商事糾紛的形態可謂形形色色，小到涉案情形相對較輕的因貨款、借貸、產業而起的經營事端，大至案件甚是複雜的由侵佔、委託及圖詐招致的商業爭持。鑑於糾紛形態繁雜，所涉案件甚足，故下面僅臚列各類案件一例，試約略分析之。^[8]

（一）貨款糾紛^[9]

[4] 參見何志輝：《澳門法制史新編》，社會科學文獻出版社2019年版，第89-123頁。

[5] 參見林廣志：《澳門之魂：晚清澳門華商與華人社會研究》，廣東人民出版社2017年版，第484頁。

[6] 參見台北中央研究院近代史研究所：《澳門專檔》（第3冊），中央研究院近代史研究所1994年版，第244頁。

[7] 本文做的是類型化的糾紛分析，主要案例均來源於《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代·中文）》（《葡領檔案》）。

[8] 葡籍華商商事糾紛還存在著碰船、工程款等形態。碰船糾紛可資參見：“譚清溪控廣州穗梧興輪撞船賠償案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第13冊），廣東教育出版社2009年版，第464-496頁。因工程款支付而起的糾紛可參見：“朱裔敏控朱炳麒等拖欠工料銀案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第3冊），廣東教育出版社2009年版，第1-24頁。

[9] 同類案件亦可參見“莊啟衡追討欠款案”“陳鏡川控海口瑞源號欠款案”“沈焯仁控李英煒賴賬吞銀事”與“許若蘇控董子安拖欠貨款事”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第7冊），廣東教育出版社2009年版，第171-235頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第1冊），廣東教育出版社2009年版，第142-201頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第2冊），廣東教育出版社2009年版，第233-251頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第3冊），廣東教育出版社2009年版，第25-39頁。實際上，貨款糾紛涉及到兩種情形，除了本文所述最為常見的定貨類貨款糾紛外，還有賒購類貨款糾紛，相關案件可參見“郭博士控朱澄波賒欠債項不還案”“關貢廷控興隆店賒賬不償案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第13冊），廣東教育出版社2009年版，第133-135頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第8冊），廣東教育出版社2009年版，第399-412頁。

定貨是指由賣家先行出貨，買家按照約定的日期償清貨款。晚清時期，這一買賣行為也頗為流行。按照當時的商事慣例，華籍商民向洋籍商人定貨，“原以成單為憑，而成單只有一紙”^[10]，成單就是揭單或定單憑據。由於定貨交易存在著時間差，賣家在出貨後會不可避免地面臨著一些風險，從而造成貨款糾紛的可能性較大。

光緒年間，有一起葡籍華賈王元彩控內地商人溫傑卿的欠款案。^[11]王元彩，葡籍商人，在香港開有時和店，後被河南德利錢棧東主溫傑卿提貨欠交貨項銀三萬九千零二十一元。當王找溫傑卿索取債款時，溫已亡故。所以王乞請葡領事官照會中方官員將溫傑卿在河南、廣州、連灘、湧口等處的各棧、各店查封以作變抵賠償。為此，中葡雙方進行了持續交涉。後來，由於王元彩自願放棄追債權利，該案得以解決。

可見，這種賣家出貨後討要貨款，買家提貨後不按約定清償錢款的貨款糾紛，反映出賣家在履行自己義務的同時，買家所出現的違約情況。所以，拖欠貨款的糾紛就成了極為常見的商業糾紛。^[12]

（二）借貸糾紛^[13]

從業經營者，往往都會有利用借貸資本的時候，通常情況下，他們會與放貸人訂立字據，標明債權人、債務人、借款數額、利息及還款期限等內容。^[14]不過，這種以借貸的方式所進行的商業經營活動，容易引發相關糾紛，例如：張甲等控陳李濟借款不歸事。^[15]光緒二十八年（1902）七月，張甲、鄭沃泉、黃蘭生、梁毅卿等葡籍商人因陳李濟藥店借貸巨額資本屢討不還遂向葡國領事官控追。隨後，中方官員開始積極介入此事。兩廣總督德壽迅飭南番兩縣儘快辦結。南番知縣判定陳李濟藥丸店可用第三方承頂人梁汝湘的承頂費來償還欠款。只因梁認為陳李濟承而不諾，任意更改承頂方式，所以其不願承頂，因此致使張甲欠款一案懸而未決。光緒二十九年（1903），張甲等人再度提出“關閉陳李濟佛三店，變賣貨物抵償”的請求。兩廣總督岑春煊在反復催請南番二縣按張甲等人要求辦理後，雙方終達成一致協議，即陳李濟償銀11萬兩，第一次償還2萬兩，餘下9萬兩分八次補清，每年五月、十一月各還一次，四年內還完。據檔案顯示，當事人雙方均履行了各自義務，該案於宣統元年（1909）結案。

總的來說，因債務人借款不還所導致的糾葛也較為常見。此時，債權人不僅會為了維護自身權益而將債務人告上官府，而且還會全力要求債務人按照相關約定履行還款義務。

[10] 張家鎮等：《中國商事習慣與商事立法理由書》，王志華校，中國政法大學出版社2003年版，第481頁。

[11] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第9冊），廣東教育出版社2009年版，第350-449頁。

[12] 參見範金民等著：《明清商事糾紛與商業訴訟》，南京大學出版社2007年版，第64頁。

[13] 借貸糾紛還可參見“劉若瑟與利蔭庭”“陳淮囑控範贊廷私吞金錢事”“黃蘭生等訴追陳李濟揭銀賴賬事”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第10冊），廣東教育出版社2009年版，第65-69頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第14冊），廣東教育出版社2009年版，第392-404頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第16冊），廣東教育出版社2009年版，第409-427頁。

[14] 參見範金民等：《明清商事糾紛與商業訴訟》，南京大學出版社2007年版，第80頁。

[15] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第2冊），廣東教育出版社2009年版，第61-194頁。

（三）產業糾紛^[16]

有研究指出，清季“各省通商口岸，每因洋人置倂產業，迭生糾葛”^[17]，而內地亦因洋籍外人“私相購爭地畝情事，華人貪圖重利不顧大局，每至墮其術中，貽後來無窮之患。”^[18]外國人在內地營商，因不動產租賃或買賣行為而發生的糾紛比比皆然，這些糾紛同樣也適用於當時的葡籍華商。譬如：溫銘基控商人趙瑞生等欠租違約案。^[19]

大西洋籍商溫銘基於光緒三十年（1904）五月二十三日為逞惡霸踞叩嗯照會縣主簽差押遷飭繳租事項致信葡總領事。按溫的說法，他在廣州新城小市街九曲巷內將自己父親遺下的鋪屋分別租與趙瑞生、徐宙等人進行居住及生理，雙方均言明，一旦溫銘基需要自用，便可立刻收回，立約為證。誰知，當溫銘基收鋪之際，卻遭到“二人甜言誘緩，繼而逞惡霸踞”，況且其租金尚未交清，因而溫銘基把此事控到了葡領事處，要求葡方照會番禺縣主簽差押遷，飭繳租項。番禺知縣得知此事後派差前往溫銘基處調查取證。一段時間以後，鑑於該案沒有取得實際性進展，葡領事又函告中方，聲稱中方務必儘快理斷。光緒三十年（1904）六月二十一日、七月、七月二十五日，番禺知縣柴維桐三次照復葡方，除強調中方已經派差調查辦理外，還將隨時保護溫銘基的個人安全。當然，因為查驗抄呈文件時並未發現相關立約契據，所以柴維桐覺得此案應該“經俟續飭差查明，如果所稟屬實並無別故，即當飭令搬遷即可”。該案出於檔案不完整，我們無法窺見到中國官府對兩造的具體判處情況。

就產業糾紛而言，商業不動產的租賃行為在整個商事活動中十分普遍，因為大多數行商者身處異地，需要進行商業鋪屋的租借。可是，一些承租人在某種利益的驅使下，往往出爾反爾，不再承擔自己的納租義務。由此，產業糾紛頻繁迭生。

（四）侵占糾紛^[20]

《葡領檔案》中，存在著一種兩造因一方非法侵占另一方標的行為而成糾涉訟的情形，當代把它稱之為“非法佔有”，其形式主要表現為侵占產業。從民法意義上來看，侵占是指侵占不屬於自己的物品。因此像後面所要列舉的案件，就具有民事案件性質的可能，但皆因關乎商人群體，就使得它們與普通民事案件區隔開，如：

陳棠控辛仲堂霸占鋪屋案。澳門葡籍華商陳棠在得知自己的鋪屋被他人侵占後第一時間向葡領事官稟告，說自己曾在光緒十九年（1893）買於廣州的房屋遭到現租戶辛仲堂霸占。他請求葡領事官照會粵督將辛仲堂拘究，要其交回鋪屋，以作己用。兩廣總督張人駿接到葡方照會後，隨即做出“劄南

[16] 產業糾紛還可參見“趙秀石控馮翰修等欠租案”“張甲控黎深翁等拖租案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第12冊），廣東教育出版社2009年版，第295-296頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第14冊），廣東教育出版社2009年版，第337-340頁。

[17] 朱英：《商業革命中的文化變遷：近代上海商人與“海派”文化》，華中理工大學出版社1996年版，第36頁。

[18] 甘厚慈輯：《北洋公牘類纂續編（二）》（卷13）《交涉一》，文海出版社1966年版。轉引自蔡曉榮：《晚清華洋商事糾紛研究》，中華書局2013年版，第72頁。

[19] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第9冊），廣東教育出版社2009年版，第1-5頁。

[20] 侵占糾紛還可參見“陳棠控辛仲堂霸占鋪屋案”“陳淮曬米店埗頭拆築補償案”“梁佐邦為控宏興公司占築案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第2冊），廣東教育出版社2009年版，第455-457頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第7冊），廣東教育出版社2009年版，第236-260頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第16冊），廣東教育出版社2009年版，第369-378頁。

海縣差傳訊辦，稟復察奪”^[21]的決定。此案因沒有中方的調查與審判結果，只能看到該糾紛是由被告辛仲堂侵占鋪屋而起。

不可否認，商業產業被利益攸關方私自侵占的現象在商業活動中常有所見。通常而言，產權持有人往往基於自身產權受到侵犯，會及時將侵權者告上官府並提出索償，以此維護合法權益。

（五）委託糾紛^[22]

有時候，基於人情世故及信任等緣由，商鋪東主或有資本的商人往往會將經營活動或商業往來的重要事宜授予其他人代為打理或經手操辦，慢慢地便在商事交易過程中，漸次形成了一種委託與受託關係。委託與受託關係的存在實際上決定了被委託人只能在委託人授權的範圍內從事符合法律規定的商事活動。然而，委託人委託他人代辦事務，本身就存在著風險，一旦經營者（經手人）背信棄義，就極有可能引發爭執，譬如：

陳淮曠控張子謙等人虧空鋪款案。葡籍商陳淮曠在廣州城西開辦誠昌米店，長期邀張子謙從事財務管理工作，並兼臨時代辦人。豈料，光緒三十年（1904）正月間，由於陳淮曠外出辦事，張子謙糾同本店原股東歐陽香婷、歐陽爍、歐陽華、謝履謙、謝偉相透支誠昌公銀，張子謙還將誠昌之公銀私吞而以作他設公昌米店之用。為此，陳淮曠一紙訴狀將此事告發到葡領事處，要求葡方函照中國官員，交出夥東“歐陽香婷、歐陽爍、張子謙等到案集訊，當堂呈繳數目究追給領，不致惡棍把持。”^[23]葡領事穆禮時發文南海知縣傅汝梅，希望南海官府能夠嚴肅對待，儘快查辦。傅汝梅接案後，迅速展開了調查，並回函了初步的調查結果給穆領事，說歐陽香婷、歐陽爍、謝履謙、謝偉相、張子謙等的說辭與陳淮曠可能存在出入，需要再行審問。後來，歐陽爍、歐陽香婷、張子謙等人又控陳淮曠欺侮捏控。為此，中葡展交涉不斷。直至光緒三十二年（1906）四月，此案在經過中葡雙方反覆提訊認定後，才以廣州知府強判張子謙等人補償一千餘兩而告終。^[24]顯然，作為受託人或代辦經營者的張子謙不僅沒有履行自身責任，反而監守自盜，挪用公款，釀成了這起委託人控受託人的欠空米鋪糾紛。

綜而言之，委託或代辦，本身就是建立在委託人與受託人的情感因素基礎之上的一種重要法律行為，是委託方信賴他人代勞的表現。如果說受託人或代為經營者有背承諾而見利忘義給委託人造成感情上的傷害，那麼，委託人肯定會向受託人或代辦人追究責任，以彌補損失。

（六）圖詐糾紛^[25]

[21] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第2冊），廣東教育出版社2009年版，第452-457頁。

[22] 委託糾紛還可參見“黃二士控朱作壠私吞公款案”“劉展庭（劉展廷）控杜宇川吞款案”“陳炳睿控陳三福等欺壓案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第5冊），廣東教育出版社2009年版，第249-257頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第9冊），廣東教育出版社2009年版，第204-219頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第9冊），廣東教育出版社2009年版，第246-266頁。

[23] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第7冊），廣東教育出版社2009年版，第312-315頁。

[24] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第15冊），廣東教育出版社2009年版，第38-213頁。

[25] 圖詐糾紛亦可參見“陳禮陶控黃亞麟拒遷案”“陸敬南與忠信堂經濟糾紛案”“劉有慶控饒氏晉華莊騙款案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第9冊），廣東教育出版社2009年版，第6-15頁。吳

商業往來，本以和為貴，達成多贏之局面為佳，但也不乏個別從業者要麼因其利益受損，要麼緣於自身的唯利可圖，往往在市場的交易、服務及合作等過程中，透過虛構事實、宣傳虛假資訊的手段，騙取被害人包括錢財在內的各種物質利益，而出現了有損同行、客戶以及其他權益的行為。這樣，因圖詐而起的糾紛乃至訴訟^[26]時而可見。例如：

林咸林（連）為控賭館拒兌彩票案。^[27]光緒三十年（1904）正月十七日，大西洋籍商林咸林向葡國領事官稟稱，說他在今年二月十日花費一元七毫錢，投買了南昌辰廠小圍姓彩票，中得彩銀七百七十四兩四錢。可是，當他前往購彩點兌獎時，被銷售商王朝、黃福亭告知“中彩甚鉅，廠中忙碌，須越日交收”。後來，林按期找到王、黃二人進行兌獎，可他卻再被告知“中彩後須答謝五成”，林當即表示了否決。如此一來，林咸林始終無法兌獎。所以，他請求葡國領事官派人前往蓬萊橋匯利小圍姓館，立拘圖詐者王黃二人，同時照會兩廣總督檄行善後局，轉飭宏遠公司商人盧華富速將其所中彩票進行兌現。該案就此結束。

就圖詐糾紛來看，圖詐方大體上都會以各種手段來騙取本不屬於自己的利益抑或是不按照商事往來的行業規定履職而使得糾紛四起。圖詐方為獲得“不正當利益”或者不履行責任，通常採取“拖延之道”。於是，對這種性質惡劣的行為感到深惡痛絕的原告只能將侵權者告上了官府。

三、葡籍華商商事糾紛的處置之道

既然發生糾紛，也窺見到糾紛產生的原因，那麼找出解決之道就甚為重要。^[28]一般來說，中葡官府的理案交涉成為化解糾紛的關鍵。其大抵由兩個步驟構成：一則葡領事官的函催交涉；二則葡方在提出交涉後，由中國廣東官員所做的調解。

（一）葡方的函催交涉

鴉片戰爭以降，大清與各列強訂約立條，雖從不平等條約中體認到與他國進行交往的各種規範，但這樣的規範又總是讓清政府在和洋人打交道的過程中深陷於一個“泛外交化傾向”的怪圈中。盡心研究晚清中國涉外糾紛問題的姚之鶴就如是宣稱：“勿混華洋訴訟為交涉，訴訟為兩國國民相互之事，而交涉為兩國政府交涉之事，性質本是不同，前清外交失敗，多由於此。”^[29]誤把中西人民間的一般糾紛（因民間交往導致）視作必須由國家發出的外交意志而與外國人進行溝通協商，其實也讓中國的國家權力，尤為是司法審判權最大限度地被西人攫取。此種情況下，外國領事官往往會向清朝地方官府進行照會，打算利用信函催促交涉的方式解決華洋糾紛。本文論述的澳門葡籍華商與內地商

志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第13冊），廣東教育出版社2009年版，第331-345頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第9冊），廣東教育出版社2009年版，第269-290頁。

[26] 參見範金民等著：《明清商事糾紛與商業訴訟》，南京大學出版社2007年版，第175頁。

[27] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第8冊），廣東教育出版社2009年版，第265-270頁。

[28] 就葡籍華商商事糾紛的處置而言，均與“訴訟”有關。晚清時期，基於“西法東漸”，中國法律上遂始以“訴訟”一詞來表示起訴人“打官司的全過程行為”。而糾紛的解決方式除了正文提及的中葡官府的理案交涉外，還存在商會的介入處置。如，“陳淮囑與王伯慎之間互爭寶慶新街房屋一案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第5冊），廣東教育出版社2009年版，第56-243頁。

[29] 姚之鶴編：《華洋訴訟例案例彙編》，商務印書館1915年版，第5頁。

人之間的商事糾紛，葡領事官亦復如是，如：

楊春台呈控邱百福欠款案。光緒三十三年（1907），葡國商民楊春台因邱百福等欠少量債款不還而向葡領事館提請控告。^[30] 葡領事即刻發函中國官府，要求中方速速解決。該案無果，但卻令我們看到葡領事官想以公函催告形式與中方進行交涉期冀解決糾紛的實情。

《葡領檔案》中的類似函催交涉比比皆是，就性質而言，其均屬一般性函催交涉。但不管葡籍華商所涉案情是否複雜，葡國領事官都會以函催形式與中國官府交涉，要求中方全力查辦解決糾紛。說實話，葡方所作所為一方面體現出他們想要通過函催交涉，達到維護籍民權益的目的，另一方面又表現出其意欲向清政府施壓的用心。因此，領事官就連小事亦必見道憲謁撫院^[31]，函催自然成為當時中外之間一種屢見不鮮的交涉方式。^[32]

（二）官府調解

中國古代社會，由於掣肘於儒家和諧至上思想觀念，人們一旦發生糾紛（刑事案件未在其中），一般情況下都不會以對簿公堂的形式來解決彼此間的問題，“調解”幾乎成為首選之道。而官府調解又是其中重要一環。例如：張甲控陳桐君踞鋪拖租案。^[33]

光緒二十九年（1903），葡籍華商張甲向葡領事館呈控陳桐君踞鋪拖租，希望葡領事官能出面向廣東南海知縣討要說法，要求中方驅逐正在該鋪經商的李守仁，並將該鋪及其租戶未交的租金收回。葡領事官接訴後，去函告知南海衙門，南海知縣傅汝梅就此理案。傅在理案時，專門對涉案當事人進行過調解。傅曰：“李既情願以後酌加月租，並將舊租交收，彼此主客各有情誼，似可就此商議了結，不必再有爭執。”令人遺憾的是，張甲始終不願接受傅汝梅的調解。不過，該案最終在耗時三年之後，以張甲做出讓步（同意傅汝梅先前的調解）將鋪屋續租於李守仁而被了卻。就該案而言^[34]，原本纏訟的張甲之所以做出退讓，應該說與傅汝梅的調解有較大程度的關聯。南海知縣傅汝梅以人性中的“真善美”為出發點，“曉之以情，動之以理”地規勸當事人結案了事，這不僅使當事人明白了相關道理，在保全當事人顏面的同時，還使各方都免於繼續纏訟受累，故它成為了一種解決糾紛的較好方法。簡言之，由官府調解解決的案件，在整個檔案中相對常見，這也是古代中國官方基於“兩造既歸輯睦”，傾力以“當予矜全，可息便息”^[35]態度的真實寫照。

[30] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第6冊），廣東教育出版社2009年版，第408-409頁。

[31] 這說明當時外國領事官無處不在，但凡其籍民在中國涉事，他們都會參與其中。參見《論辦理洋務宜得人》，載《申報》，1879年3月27日。

[32] 因某些葡籍華商涉案情節較重，函催交涉的性質也會相應發生變化，如葡籍華商有觸犯清律的亦或是葡籍華商為著名巨賈。相關案例可參見“許若蘇呈告董子安拖欠貨款案”與“盧九案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第3冊），廣東教育出版社2009年版，第24-39頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第11冊），廣東教育出版社2009年版，第267-427頁。

[33] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第7冊），廣東教育出版社2009年版，第44-153頁。

[34] 同類糾紛還可參見“張冠卿控葉國等拖租踞鋪事”與“張甲等控陳李濟欠款事”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第2冊），廣東教育出版社2009年版，第464-467頁。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第2冊），廣東教育出版社2009年版，第60-193頁。

[35] 官箴書集成編纂委員會編：《官箴書集成》（第5冊），黃山書社1997年版，第317頁。

四、葡籍華商商事糾紛的歷史影響

經葡籍華商商事糾紛的形態及處置的探究可知，葡籍華商商事糾紛對近代中國法文化產生了獨特影響。實質上，這不但涉及到法文化碰撞後國民訴訟心態之轉變，而且關涉到中葡司法審判權之爭中中方官員維護國家司法主權權益意識的強化，還關乎中國歷史上第一部國籍法—《大清國籍條例》的出台。

（一）法文化碰撞後國民訴訟心態之轉變

亨廷頓（Samuel Huntington）在其名著《文明的衝突與世界秩序的重建》中，把二戰後世界內部發生的各種衝突歸結為文明與文明之間的衝突，為此他解釋到，文明是人的最高文化歸屬，是人必不可少的文化認同的最大層面，是人區別於其他物種的根本，因此“我認為新世界的衝突根源，將不再側重於意識形態，而文化將是截然分隔人類和引起衝突的主要根源”。在世界事務中，民族國家仍會舉足輕重，但全球政治的主要衝突將發生在不同文化的族群之間。”^[36]亨廷頓強調了（當今世界）衝突的產生不再肇始於意識形態，而是代之以文化上的差異，這種差異可由不同文化的相交呈現出來。作為文化具體形態之一的法文化，它反映的是人們在法律生活中所具備的某種整體觀念。

20世紀之前，國人厭訟、畏訟心理明顯，因為生於傳統“大同理想社會”的世代中國人，幾乎都把對證公堂作為“鄙下的，為君子所不恥”^[37]的行為。西方則與之相反，他們的公民在自身利益遭遇侵犯時抑或說在維護個人的權益方面，毋寧用法律手段解決問題。可以說，敢與洋人打官司甚至是敢於爭訟的華人寥寥無幾。所以，姚之鶴先生就此認為，我國國民但凡遇涉與洋人的糾紛就會有畏畏縮縮甚而退避三舍的念頭。^[38]中西之間的“厭訟”與“好訟”差別實際上是彼此法文化碰撞的結果。此處用《葡領檔案》中的一例商事糾紛，簡單談談法文化碰撞^[39]帶來的差異性表現。

覃如松、覃子淮控李用餘、謝錫瑨慎興餉押鋪案。葡籍華商覃如松、覃子淮與三水李用餘（李國廉）於光緒二十五年（1899）發生了一起典當鋪屋爭奪糾紛。^[40]據覃如松所言，他用覃惠吉堂名義憑其堂弟覃子淮作中，向梁森溪買受德慶州城外當樓一間，從事典當生意。因資金不足，覃將該樓全盤生意及鋪契地批一律按揭予崔荔浦，借得銀三萬五千兩。在此期間，覃如松把當鋪租與李用餘，約定李每年給覃外工銀一百二十兩，後其反悔，每年僅給銀四十兩，並在當鋪即將收回之際，混爭鋪屋，同時把鋪業私受給謝錫瑨。故覃姓以此為由，向葡國領事官控訴。中方兩廣總督隨後收到了葡方領事的照會。光緒二十六年（1900）十二月，兩廣總督德壽在回檄中認為此案頗具名堂，兩造之一可能涉及虛造官函，加之李用餘長期不應飭到案審訊，因此給出“以後州縣各官與貴總領事官若有交涉事件，彼此概用印文，以免匪徒假冒”並“批飭嚴勒李用餘即日投審”的指示。由於李用餘匿躲逃訟，該案懸而未決。迨至光緒二十七年（1901）五月，覃如松再稟葡領事，他懇請葡方照會廣州知府嚴傳李用餘到案受訊，“勿任其狡飾卸脫”，因為覃覺得李借病畏訟，有意拖延。中方隨後對本案進

[36] [美]亨廷頓：《文明的衝突與世界秩序的重建》，周琪等譯，新華出版社1998年版，第382頁。

[37] [美]吉伯特·羅茲曼：《中國的現代化》，陶驥等譯，江蘇人民出版社1995年版，第127頁。

[38] 參見姚之鶴編：《華洋訴訟例案彙編》上冊，上海商務印書館1915年版，“序例”。

[39] 學界並無專門探討中葡法文化交流的成果，廣義範疇的中西文化交流或比較研究可參見張中秋：《中西法律文化比較研究》，法律出版社2009年版；蔡曉榮：《晚清華洋商事糾紛研究》，中華書局2013年版。

[40] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第16冊），廣東教育出版社2009年版，第199-257頁。

行了詳診及復審。復審中，覃如松自始至終都認為自己有理有據，又一次強調李用餘生病造假一事有違常理，並指出整個糾紛是李用餘所造，並非自己有心纏訟。而李用餘卻始終處於不進不退的局面，其支支吾吾半天，無法解釋出自己生病請假不按時參與復審的緣由。在經過中方細緻審查後，中方認為，雖說兩造各執一語，但覃姓之言，更不足以為信，其“逞刁妄辯，咄咄逼人，一味堅執，不可理喻”，還說葡領事可能沒有仔細查驗案情，只因覃係葡國商民，刻意偏袒。隨後在光緒二十八年（1902）二月二十六日，兩廣總督陶模告知葡方，認為該案可以結案了。

本案的最終判決情況檔案並未記載，到底是覃氏得勝還是李用餘贏訟，我們不得而知。但是按照檔案線索，也就是依中方審理意見來看（換句話來說，中方官員實則站在了李用餘一方），覃如松兄弟確有弄虛作假與偽造涉訟之嫌。因為他們為了私利竟不畏訟斷之累，除多番強勢糾結外，還積極爭取自己在整個訴訟過程中的有利地位，其“好訟”之心被反映得淋漓盡致。比如，他未經調查就向葡領事反映被告當事人生病請假一事，在復審時又強力辯解。李用餘則稍顯被動，就算真係生病，也應該在病好之日第一時間將看病的相關憑據上繳官府以作證明，省得被覃氏栽贓誣陷，更何況中方官員秉公具斷，查出了覃氏更不占理的實情，他如此舉動反倒表現出自己的“厭訟”形象。這樣一來，本贏訟機會不大的覃如松兄弟可能就增加了勝算，李用餘則失去了主動性。

不可置否，國民“厭訟”心態除了與中國儒家傳統文化裡的“無訟”價值觀有關外，應該還與他們對官府所存在著的些許畏懼感有關。而澳門葡籍華商則將具有競爭意識的權利觀與法律緊密地結合在一起，在深受葡萄牙制度文化影響之下，選擇通過司法途徑來解決有爭議的事情，自然也就無可厚非，終歸“在西方，法律與權利是密不可分的，甚至可以相互解釋，這是因為法律最早在西方形成於平民與貴族圍繞權利而展開的鬥爭，而一般人之間的糾紛也都是通過訴訟對權利和義務的確立來解決的，所以權利成了西方法律訴訟的核心”^[41]。

當然，內地商民的“厭訟”恰巧在一定意義上助長了洋商們的“好訟”^[42]，並且這樣的情形在1900年之前的華洋商事糾紛中幾乎都能有所見聞。只不過，“厭訟”與“好訟”之別，在被內地人民要麼親身經歷，要麼感同身受以後，開始出現微妙變化。本文收錄的葡籍華商商事糾紛案同樣如此，從1900年起，“華原葡被”形式的案件在數量上大增。^[43]畢竟，法文化的碰撞，讓國人看到了葡籍華商“好訟”帶來的好處，他們新的訴訟心態就此產生。下面以《葡領檔案》第13冊肇慶美玉店控郭冕儔欠款案^[44]為例，略分析之。^[45]

光緒三十二年（1906），肇慶美玉店為因為葡籍華商郭冕儔到店購買玉器欠交貨款一事，而向葡

[41] 張中秋：《中西法律文化比較研究》，法律出版社2009年版，第342頁。

[42] 參見蔡曉榮：《晚清華洋商事糾紛研究》，中華書局2013年版，第59頁。

[43] 這種情況與“西法東漸”使中國舊有司法架構遭受了嚴重衝擊與破壞，捆綁在國人身上那固有的中式法律觀念被削弱有關。對此問題的深入闡釋，可參見蔡曉榮：《晚清華洋商事糾紛研究》，中華書局2013年版，第266-270頁。

[44] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第13冊），廣東教育出版社2009年版，第229-233頁。

[45] 體現國民心態轉變的糾紛案例還可參見“周衍基控孔監黎案”“楊國榮控曾月溪等借錢不還案”“馮佑廷控案”。這幾例糾紛無最終判決結果。但我們可以很清楚地看到，在周衍基、楊國榮、馮佑廷等內地商人身上所體現出的敢訟、勇訟品格。上述案件可分別參見吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第2冊），廣東教育出版社2009年版，第332-337頁；吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第6冊），廣東教育出版社2009年版，第132-134頁；吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第6冊），廣東教育出版社2009年版，第420-429頁。

國駐廣州領事官控訴，要求郭冕儔即刻還款。據肇慶美玉店店東稱，在光緒三十二年（1906）的二月初六日，郭冕儔買到石器一單，共價值銀兩四十五元四毫，約定十天之內買家必須交清貨款。可到了約定時間，郭卻推諉至三月十四日償清。後來，美玉店店東前去收款，郭不但不付賬，反而強恃其葡籍逃撻威脅。事後，美玉店店東向葡領事穆禮時控訴，並最終贏得官司，拿回了貨款。本案裡，肇慶美玉店店東不僅通過“訴訟”維權，而且在整個維權過程中，積極主動，經過努力，終於成功地維護了自身的合法權益。

可見，在歷經法文化碰撞後，尤其自20世紀起，國人不再那麼明顯地畏懼訴訟，更多人漸以訴訟維權，突破了在中國歷史上，在倫理化教條指導之下，“無訟”這種積之既久，成為自周以來中國法律文化中最為重要品質^[46]的思想局限，使權利意識、競爭意識等價值觀念不斷植入人心，人們的訴訟心態有了一個新變化。

（二）司法審判權之辨：中方官員維護國家司法主權權益意識的強化

佈熱津斯基（Zbigniew Brzezinski）在點評中國古代史之清朝部分時提及，19世紀（各列強國）強加給中國的一系列條約、協定及其所衍生的治外法權條款，令人們清清楚楚地看到不僅中國作為一個國家地位低下，而且中國人作為一個民族同樣地位低下。^[47]美國人指證出昔日粉飾在中外條約中的“治外法權”給中國國家和中華民族造成的嚴重危害，使得原本應該歸予中方的中西涉外案件的司法審判權力落入到外國領事手上。加之由於中外條約將本來屬於中國國內法調整範疇的中外民（商）刑事案件納入到國家間的關係問題上^[48]，所以與清政府簽約的各國便和清政府分享了“司法審判權”，形成了所謂“原告就被告原則”。既然如此，那對於“葡原華被”的中葡糾紛與訴訟，中國官員完全可以依照條約行使自己的司法審判權，通過有法可依，防止葡國攫取司法審判權。可是，條約並非無所不包，這時中方官員就會擇用某種帶有一定法律特征的但又不是國家以立法形式表現出來的慣用規則與葡人爭奪司法審判權。

1.不能成為中葡交涉事件的條件：中方依約對通商口岸的甄別

1887年《中葡和好通商條約》的落實標誌著葡萄牙人於法理上開始正式“享有”在華領事裁判權。葡人除在自己掌握的“華原葡被”涉案中極大維護葡籍人士的既得利益外，更是為維護葡籍人士的最大權益而伺機攫取由中方所把持的“葡原華被”案件的司法審判權。鑑於此，中方官員提高了維護國家司法主權的意識，通過援引《中葡和好通商條約》中的相關條款來對葡籍華商所涉商事糾紛案件能否構成中葡交涉事件進行認定。此處以檔案中最具代表性的“劉有慶控饒氏晉華莊欠款一案”為例，試分析之。

葡籍商人劉有慶在光緒二十九年（1903）閏五月因晉華商號店東饒鹿生、饒衍萬兄弟等涉嫌詐騙而向葡總領事官進行控訴。隨後，葡總領事為劉有慶控饒氏晉華莊借款不還一事照會了署理兩廣總督岑春煊。在經過細緻調查後，岑督第一時間復函葡領事官，給出了自己的處置意見，他覺得此案不能按照和約將其認定為中葡交涉事件。因為首先佛山不是通商口岸，其次劉有慶如果是洋商，就不應該在內地開店，既然佛山合聚店的資本係劉所有，那麼按照條約規定，就不被允準。岑春煊言：“查佛

[46] 參見張中秋：《比較視野中的法律文化》，法律出版社2003年版，第227頁。

[47] 參見[美]佈熱津斯基：《大失敗：20世紀共產主義的興亡》，軍事科學院外國軍事研究部譯，軍事科學出版社1989年版，第179頁。

[48] 參見李育民：《晚清中外條約關係的基本理論探析》，載《中國高校社會科學》2016年第5期，第84-88頁。

山係內地不通商口岸，按照約章，洋商不能在內地開設行棧，劉有慶既係西洋國商人，自不應有在佛山內地開店之事，據稱佛山鎮汾寧裡合聚布店生理向係該商資本，是該店即係劉有慶所開無疑，按照約章，殊有不合，礙難認作交涉案件辦理。”^[49]該案就此了結。

從劉有慶一案^[50]發生的時間上來看，它發生在中國政府第一次要求廢除西人領事裁判權收回自身司法主權的20世紀初期。這與清政府自進入20世紀以來，在中外混合糾紛與訴訟案件中加大對治外法權的關注力度，更加主動地維護國家司法主權權益有關。兩廣總督岑春煊所做積極回懇就能充分說明問題。具體到案例上，該案屬於“葡原華被”的涉案情形，其司法審判權按照《中葡和好通商條約》的規定應歸屬中國，但葡領事官卻無理糾纏，不僅竭力維護葡籍華商的權益，更有甚者還打算攫取中方在此案中的司法審判權。只不過，兩廣總督岑春煊對此提高了警惕性，依照《中葡和好通商條約》的規定，維護了中方司法審判權的不被旁落。

2. 葡領事官交涉的失敗：中方依規對葡籍華商國籍的質問

由於《中葡和好通商條約》無法做到面面俱到，中方亦就不能夠每次都照約維護自身的司法審判權，進而只得另闢蹊徑，以對抗葡人攫掠“司法審判權”的行為。這裡將圍繞“吳敏三控案”展開論述。

吳敏三控案^[51]本籍為廣東東莞的吳敏三，於光緒二十四年（1898）與盧勉三、崔保之等在天津合辦東興和花生商號。1900年，因爆發義和團運動，天津東興和華生店被迫關閉，吳敏三返粵。回廣東前，天津東興和華生店尚有一筆欠款未償清於天津天茂祥商號。後來，天茂祥派人赴粵追債，吳敏三償還了一部分欠債。1902年，劉肇元代表天茂祥商號再度來粵討債，並將其控告上了南海縣衙，南海官府便將吳敏三關押了起來，同時查封了吳在廣州的商鋪，吳為此向葡領館申冤，葡方遂介入此事，並提議讓中方交出此案的審斷權。前後任兩廣總督德壽與岑春煊為此疊次復函葡領事官。在回復中，他們一致認為吳敏三在南海縣初審時，自稱東莞人，復審時則改供稱自己是葡籍公民，吳敏三的國籍涉嫌重大違規，因而不承認其葡國公民身份，同時請求葡方領事毋須干涉中方內政事務，本案也不會被認定為中葡交涉事件。該糾紛遂被了卻。^[52]

概而言之，該案屬一則內地商民控告葡籍華商的商事糾紛案件，原告劉肇元以葡籍華商吳敏三欠款不還為由將其告到了中國官府，葡方隨之介入。不過，在中葡纏辯中，兩廣總督德壽與岑春煊均以

[49] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第9冊），廣東教育出版社2009年版，第281-283頁。

[50] 兩廣總督岑春煊依據的是《中葡和好通商條約》第十款之規定：“所有大清國通商口岸均準大西洋國民人等眷屬居住、貿易、工作，平安無疑，船隻隨時往來通商，常川不輟。”參見王鐵崖：《中外舊約章彙編》（第1冊），第524頁。另外，有個問題需要理清。《中葡和好通商條約》所謂的“所有通商大清國口岸”實際上只包括了中英《南京條約》規定的廣州、廈門、福州、寧波及上海五地。歸根結底，是因為葡國只享受“一體均沾”之“五口通商”權益，並非享有英美等國在其他條約中能享受到的諸如像汕頭、天津等通商口岸的權利。也正是基於這一點，葡方曾於1862年與清政府達成了《中葡和好貿易條約》，該條約規定的通商口岸及至汕頭、天津等埠頭，但因存在爭議，隨後被中方廢除。而1887年的《中葡和好通商條約》尚未指明哪些城市為通商口岸，是以岑春煊依約論斷，將佛山排除在“五口通商”之外的做法合情、合理、合法。

[51] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第13冊），廣東教育出版社2009年版，第346-442頁。

[52] 類似中國官員採用某種具有一定法律特征的，但又不是國家以立法形式表現出來的慣用規則來維護司法主權安全的案例還可參見“林璧光被控欠款受拘押案”“盧九案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第1冊），廣東教育出版社2009年版，第229-312頁；吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第11冊），廣東教育出版社2009年版，第267-427頁。

吳敏三的國籍為出發點，對吳及其所在的葡方發出了強有力質疑。其中，岑春煊更是發出“吳敏三在內地置產居家，既受中國人民利益，自應服從中國律法，無論是否曾在澳門入籍，均應由地方官自行審辦，於條約並無干涉，何來交涉。……當在別國入籍之時亦未經貴國允認，則貴國官員將視為本國人民乎？抑是視為別國人民乎？其人設或因事在貴國地方與人涉認訟，則貴國官員將按本國律例審問乎？抑交回其人入籍之國訊辦乎？”等四連追問，霸氣反擊了葡方欲竊中方司法審判權的目的，最後未將吳敏三案交由葡方來審判。由是觀之，岑春煊以一套頗似法度意味的說辭（按：這套說辭就是《大清國籍條例》及其實施細則的相關規定）言明吳敏三案與條約無涉，即吳敏三已在內地享有諸如置業定居等華民權益，故他的國籍仍屬於中國，即使吳取得了葡國國籍，但身為大清子民，此案的司法審判權將毫無疑問地歸屬中方，從而就無須把該案認定為中葡交涉事件而交由葡方處置。

綜上所述，清朝地方官員在葡籍華商商事糾紛中體現出一種強烈的維護國家司法主權權益的意識。^[53]亦即是說，在這些糾紛當中，中方官員幾乎都會積極採取相應措施來與葡領事官爭奪華葡商事案件的司法審判權。顯然，20世紀初，由於對國際公法有了更多認識，更多人希望借助公法維護主權^[54]，尤其在那些原本屬於國內法調整的涉外糾紛問題上，清政府遂始多次運用條約進行維權。只是當相關條約不可援用之時，中方就得再找他法。此時，中國廣東官員往往就會依據某種既有一定法律特徵但又不是國家成文律法形式的同時還被大量沿用的規則來對葡籍華商的國籍進行質詢，最後使得葡領事官交涉失敗。可想而知，中方官員的“維權”作為似乎令葡方顯得束手無策，以至到後來葡人出於對自身在華利益的考量而向清政府表達了妥善解決因澳門葡籍華商國籍問題所起的華葡商事糾紛之意見。故中葡就在光緒三十年（1904）簽訂了《中葡商約》二十款，其中第八款明確規定了已入葡籍的澳門華商在內地營商時所享有的權利與務必遵守的義務。其謂：“已入葡籍之華民，應杜其冒享華民所能獨享之利益，即如在內地或不通商口岸居住貿易等事”，“已入葡籍之華民，在通商口岸居住時，自稱華民，與他華民立有合同者，必杜其嗣後恃已入葡籍，借乘此故，以所立合同與葡國某律例有背，冀以脫卸其責任”。^[55]只可惜《中葡商約》的簽訂並沒有從根本上解決問題，葡籍華商商事糾紛一如既往地發生著。^[56]誠然，在清政府“維權”意識的推動下，中國歷史上第一部國籍法順勢到來。

（三）《大清國籍條例》的出台：被推動的國籍立法

清政府在1909年之前一直都沒有一部緊隨國際潮流與時代發展的國籍律法，此局面終於宣統元年閏二月初七日（1909年3月28日）被打破。因為在清政府為抵制荷屬爪哇當局威逼當地華人加入荷蘭國籍而倉促制定國籍律^[57]的事實面前，在針對20世紀初內地華民蜂擁改籍的問題上^[58]，被朝野各界千

[53] 筆者認為，實際上為了使自己貿易更便利，多數澳門“精英”選擇入籍葡國。因葡國國籍可以使他們更好地維護個人利益。相關研究可參見，陳文源：《近代居澳華人的國民身份選擇與文化認同》，載《暨南學報》2015年第6期，第109-110頁。

[54] 參見孫宏年：《國際法東漸及其對近代中國疆界的影響芻議》，載《思想戰線》2019年第5期，第95-102頁。

[55] 中國第一歷史檔案館等合編：《明清時期澳門問題檔案文獻彙編》（第三冊），人民出版社1999年版，第745頁。

[56] 1904年，中葡雖達成《中葡商約》，但澳門葡籍華商所涉內地商事糾紛依然在持續發酵。譬如：1905年發生的“陳淮囑與王伯慎互爭寶慶新街房屋一案”；1906年發生的“李若龍控福昌隆號東黃天池欠賬不還案”。吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第5冊），廣東教育出版社2009年版，第134-135頁；吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第12冊），廣東教育出版社2009年版，第175-176頁。

[57] 參見喬素玲：《晚清國籍立法動因新探》，載《史海探究》2015年第3期，第64-72頁。

[58] 參見繆昌武、陸勇：《〈大清國籍條例〉與近代“中國”觀念的重塑》，載《南京社會科學》2012年第4期，第151頁。

呼萬喚的《大清國籍條例》及其實施細則得以出台（按：清政府在出台《大清國籍條例》的同時亦頒佈了《大清國籍條例施行細則》。該細則共十條，是對《大清國籍條例》有關條款的補充性說明）。其實，促成清廷下諭的緣由應該還與葡籍華商商事糾紛相關。這些商事糾紛就讓作為“習慣法”的《大清國籍條例》開始運轉起來，並最終為其形塑為大清成文王法奠定了理論基礎與邏輯起點。相關糾紛包括但不限於林璧光被控欠款受拘押案。^[59]

光緒三十二年（1906），葡籍華商林璧光為自己被控受押一事，向葡領事官進行控訴。葡方隨即照會了中方惠潮嘉兵備道沈，要求中方釋放林璧光。其後，沈在復函中說中方不可能將林璧光釋放出獄，他的理由是林璧光雖是葡國籍民，但他在中國內地置擁房業，享受了華人權利，不能按照大西洋籍民的條件來辦理，只能將其按照內地居民來對待。所以，林璧光依然授押在案並終死囹圄。

就該糾紛案件來看，中國官員拒絕交涉的根由是“各國洋人不得在中國內地置有一切產業，中國民人既入洋籍，應照洋人一律辦理，不得享有內地產業權利。倘有違約，仍照中國百姓究辦等因，自應遵照”^[60]。不難看出，中方的判處理由與《大清國籍條例》及其實施細則在某些方面呈現出一種高度吻合狀態，這成為葡籍華商所涉商事糾紛被判敗訴的依據。《大清國籍條例》第十六條與《大清國籍條例實施細則》第四條就分別規定：“凡中國人出籍者，所有中國人在內地特有之利益，一律不得享受”^[61]，“本條例施行以前，中國人有並未批准出籍而入外國國籍者，若仍在內地居住營業或購置承受不動產，並享有一切中國人特有之利益，即視為仍屬中國國籍”^[62]。相似糾紛還有盧九案^[63]及朱裔敵案。^[64]

申言之，《大清國籍條例》及其施行細則在司法審判的效用上具有連貫性與一致性。即清政府還未出台該律及其施行細則以前，廣東官員早已擬用其“相關條款”來作為處置葡籍華商商事糾紛的依據。實際上這旨在解釋《大清國籍條例》及其施行細則的出台不僅對當前發生的葡籍華商商事糾紛有針對作用，而且對先前發生的相關案件一樣有針對性。換句話說，《大清國籍條例》的頒佈與否之於當時的廣東官員並無影響，受影響的反而是葡籍華商及其所在的葡領事官一方，因為《大清國籍條例》的成文條款，有不少來源於廣東官員的判處習慣，它就此對葡籍華商商事糾紛產生了約束力。所說的習慣法，它是指獨立於國家成文法之外，依據某種社會權威所確立的、具有一定強制性和習慣性的行為規範的總和。^[65]說白了，它既非純粹的道德規範，也不是完全的法律規範，而是介於道德與法律之間的法律規範。這種法律規範又是審判者付諸於司法審判的一種慣例性的行為表現，只是慣例在經由法官的確認後是能轉換為“習慣法”而成為案件的判決依據的。^[66]正唯如此，有些習慣法到

[59] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第1冊），廣東教育出版社2009年版，第229-234頁。

[60] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第1冊），廣東教育出版社2009年版，第249-254頁。

[61] 丁進軍：《清末議行國籍管理條例》，載《歷史檔案》1988年第3期，第55頁。

[62] 丁進軍：《清末議行國籍管理條例》，載《歷史檔案》1988年第3期，第56頁。

[63] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第11冊），廣東教育出版社2009年版，第267-427頁。

[64] 吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》（第3冊），廣東教育出版社2009年版，第1-24頁。

[65] 參見高其才：《習慣法與少數民族習慣法》，載《雲南大學學報（法學版）》2003年第3期，第1-9頁。

[66] 參見楊建軍：《慣例的法律適用——基於最高人民法院公報案例的考察》，載《法制與社會發展》2009年第2期，第139頁。

後來就嬗變成制定法的重要內容從而進入到國家法律領域。《大清國籍條例》便脫胎於此情形，始以國家明文規定的形式確立下來，其所具備的法律溯及既往效力就被不證自明。職是之故，就不得不說清朝這一部由習慣法演變而來的成文國籍立法，在遇涉葡籍華商商事糾紛時，不僅實現了有法可依，成為葡籍華商敗訴的依據，更反其道說明了葡籍華商商事糾紛所起到的催化作用，在一定程度上推動了該律法的出台。

結語

翻閱《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代・中文）》，最映入人們眼簾的是晚清時期發生在內地的形態多元化、處置多樣化的澳門葡籍華商商事糾紛。^[67]它對近代中國法律文化產生了獨特影響。首先，自20世紀起，由於法文化碰撞致使越來越多的內地商人，開始採用“訴訟”方式處理商事糾紛，人們的訴訟心態發生了轉變。應該看到，此趨勢是受其時“西法東漸”影響的結果。其次，在中葡司法審判權之辯中，廣東官員積極維護國家司法主權安全，與葡人展開了激烈爭鬥。美國人威羅貝（Westel W. Willoughby）曾對清前期中國官員以理據爭屬於自己之合法權益進行過闡述，他說：“雖然中國不能在所有的案件中行使它以領土主權者資格所具有的全部權力，但它並非放棄這些權利，而且相反地堅持這些權利，對有些案件堅持地極為強硬”^[68]。中國官員的有所為之無疑契合了威氏之言，值得肯定。其對今下各地官員在樹立牢固的國家司法主權安全觀及加強自身愛國主義統一戰線教育方面起到警醒作用。再次，《大清國籍條例》尚未頒佈前，廣東官員已初步擬用該律及其實施細則中的“相關條款”來對葡籍華商所涉商事糾紛案件能否構成中葡交涉事件進行認定。這種做法，實讓人看到《大清國籍條例》既適用於1909年以後華民入葡籍所涉的商事案件，而且又適用於1909年之前所發生的同類涉案，也就不能不說《大清國籍條例》是由“習慣法”嬗變而來。葡籍華商商事糾紛因此成為助推我國第一部國籍法出台的客觀原因之一。此外，鑑於我國制定法在某些領域或群體中的闕如，倘以《大清國籍條例》在形式上的嬗變為起點，進而思考相關出路，恐怕亦會頗具收穫。總之，探究晚清澳門葡籍華商商事糾紛不僅有助於從一面相上加深對中葡關係史及清朝司法運行實態的了解，也許還能為當代中國式法治現代化建設提供可能的參考，意義不小。

[67] 本文是系列研究的一部分，後續將會對諸如澳門華商入葡籍等社會問題做更為深入的探討。

[68] [美]威羅貝：《外人在華特權和利益》，王紹坊譯，三聯書店1957年版，第341-342頁。

Abstract: During the late Qing Dynasty, a significant influx of foreigners arrived in China, leading to numerous disputes and lawsuits arising from interactions between China and foreign countries. Among these conflicts, a considerable number involved commercial disputes concerning Macau Portuguese Chinese businessmen. However, due to limited available information, this particular topic has received minimal attention. In light of this, this research takes as its foundation the *archive of the Consulate General of Portugal in Guangzhou (Part of Qing Dynasty • Chinese)*, which is under the Portuguese Ministry of Foreign Affairs. The research objective is to investigate the nature, resolution, and impact of these disputes. By delving into this subject, this paper aims to provide a deeper understanding of the historical dynamics between China and Portugal, as well as the judicial system of the Qing Dynasty and so on. It has important implications.

Key words: The Late Qing Dynasty; Chinese Merchants with Portuguese Nationality in Macau; Commercial Disputes; Nationality; Archive of the Consulate General of Portugal in Guangzhou

(責任編輯：勾健穎)

香港特區新選舉制度的理論基礎與實踐邏輯

趙偉英*

摘要 選舉行政長官和立法會議員是香港基本法賦予香港居民選舉權與被選舉權等政治權利的集中體現，該等選舉也是對香港特區進行政治整合的重要途徑。香港特區原有選舉制度的發展逐漸偏離其設計初衷，難以實現對香港特區的政治整合。中央依照香港特區實際情況修改香港基本法附件一和附件二，完善香港特區選舉制度，符合香港基本法的規定。新選舉制度遵循循序漸進和均衡參與的原則，以秩序和安全為主要價值取向，修補原有選舉制度漏洞，契合香港特區政治文化特征與民主政制發展需求，也符合香港特區經濟和社會發展需要。

關鍵詞 選舉制度 政治整合 價值取向 功能分析

香港特區立法會從第五屆開始大量出現部分議員挑戰國家主權、安全和“一國兩制”原則的言論及行為，這是香港特區選舉制度漏洞的集中體現。雖然全國人大常委會於2020年對特區議員資格作出決定，^[1]上述人員也被終止議員資格，但香港立法會的生態並未就此修複，且愈加惡化，對香港特區選舉制度進行修改完善已經是不得已的事情。2021年3月11日，全國人大通過《全國人民代表大會關於完善香港特別行政區選舉制度的決定》（以下簡稱《決定》），明確修改完善香港特區選舉制度應當遵循的基本原則和修改完善的核心內容，並授權全國人大常委會修訂香港基本法附件一和附件二，以“決定+修法”的模式完善香港特區選舉制度。本次對香港特區選舉制度的完善有助於恢復香港特區選舉制度的政治整合功能，符合香港基本法的規定，契合香港特區實際情況和政治文化傳統，也是維護香港特區繁榮穩定，提升香港特區管治效能的重要抓手。

* 趙偉英，中山大學粵港澳發展研究院博士研究生。

本研究系教育部人文社會科學重點研究基地重大項目：“一國兩制”基礎理論創新與制度體系發展研究（編號：22JJD820033）的階段性成果。

[1] 參見《全國人民代表大會常務委員會關於香港特別行政區立法會議員資格問題的決定》

一、香港特區新選舉制度完善的背景透視

“九七”以來，香港特區選舉制度經歷過三次重大變化。首先是立法會的規模擴大。香港特區立法會議員人數在第五屆從60人增至70人，並於第七屆增至90人。其次是立法會議員產生方式的變化。第一屆立法會由60人組成，其中選舉委員會選舉產生10人，分區直選產生20人，功能團體選舉產生30人。第二屆立法會改為選舉委員會選舉產生6人，分區直選產生24人，功能團體選舉產生30人。第三屆立法會進一步改為分區直選產生30人，功能團體選舉產生30人，選舉委員會不再承擔選舉立法會議員的職能。此後香港特區立法會由功能團體和分區直選各選舉產生一半立法會議員的方式一直保持不變，直至第七屆立法會。2021年香港特區選舉制度修改完善後，特區第七屆立法會90人，由選舉委員會選舉產生40人，功能團體選舉產生30人，分區直選產生20人。2021年香港特區選舉制度修改完善的最大特點在於選舉委員會重新行使提名立法會議員候選人和選舉部分立法會議員的職能，香港特區行政長官和立法會議員的產生基礎又一次部分重疊。

（一）香港特區原有選舉制度的現實困境

2006年後，香港特區選舉委員會不再選舉立法會議員，香港特區行政長官與立法會議員不再有相同的產生基礎。按照正常的民主政制發展路徑，香港特區的社會和諧度、管治效能和香港居民的國家認同感等各方面均應有所提升。但吊詭的是，香港特區選舉制度朝著更為“民主”的方向改進，政治生態卻逐漸朝著“二元對立”的方向發展。香港特區政治團體不以施政理念定位，不以對經濟和社會問題的解決方案定位，而是以與特區政府和中央的關係劃分為親政府的建制派和反對政府的泛民派，並以此挑動社會對立，香港特區政制發展議題引發的政治對抗和街頭暴力事件時有發生。此種現象揭示了香港特區選舉制度存在漏洞。具體而言，香港特區原有選舉制度存在三方面的問題：

1.進入機制篩選功能不強。香港特區管治主體^[2]須為愛國者，但愛國者的標準在法律化之前尚屬於政治標準，較為模糊，難以適用。且管治主體候選人資格審查缺位，無法有效甄別候選人。香港特區原有的行政長官和選舉委員會選舉缺乏明確的審查機制，難以對候選人進行篩查。立法會議員的選舉雖然規定資格審查，但該規定也較為籠統，沒有配套出台詳細、操作性強的準則和程序，加之選舉主任較難調查立法會議員候選人的曆史和背景，該等資格審查的實際效果並不理想。

2.懲戒機制不健全。香港特區原有選舉制度無法對管治主體內部挑戰“一國兩制”原則和底線的反中亂港分子進行懲戒。以第五屆立法會為例，部分議員的言行涉及分裂國家、勾結境外勢力，嚴重違反香港基本法，但無一人因為上述行為被立法會終止議員資格。上述議員除了未受到任何懲戒外，其中多數甚至在第六屆立法會議員選舉中成功連任，制造“拉布”“宣誓風波”等既嚴重違反基本法，又嚴重擾亂香港特區政治生態的對抗行為。

3.自我調適能力逐漸弱化。香港特區政制發展方向和路徑一直是香港回歸後的重點話題。按照基本法規定，香港特區政制需由中央設計或批准。在2021年以前，中央對香港特區政制發展採取批准模式，即由香港特區內部先行達成共識，提出符合基本法設定的政制發展框架，中央行使批准權。但香港特區內部長期無法就政制發展的原則性問題達成共識，部分反中亂港分子反而以香港特區政制發展為議題煽動香港特區內部政治對立、社會對立以及香港特區與中央的對立，香港特區與內地

[2] 本文中香港特區管治主體的範圍為香港特區行政長官和立法會議員，選舉制度為行政長官和立法會議員的產生方式。

因曆史原因造成的差異被不斷放大，香港特區的地方利益被高度政治化，且被置於國家利益之上，香港特區部分居民對國家的不認同進一步演變成對國家合法性及權威的抵觸。^[3]此種跡象顯示香港特區原有選舉制度已經無法充分實現選舉愛國者的功能，其產生的管治主體也難以實現對香港特區的有效管治，選舉制度亟待完善。但香港特區自身無力對此予以調整，致使管治效能一再下降，社會“泛政治化”現象日益嚴重。

為了修複香港特區原有選舉制度漏洞，全國人大常委會先解釋香港基本法第104條、又發布《全國人民代表大會常務委員會關於香港特別行政區立法會議員資格問題的決定》，上述議員才因違反香港基本法被取消議員資格。不過此舉並未完全改善香港特區立法會的生態，部分議員故意要求清點人數的次數和相應耗時均有所增加，且因行為不檢被責令退席的議員人數也有所增加。這些現象說明香港特區管治主體尤其是立法會的管治能力並沒有因為個別立法會議員的退出而強化，也側面說明香港特區立法會管治能力被削弱並非個別議員的問題，而是選舉立法會的制度存在系統性的缺陷。香港特區立法會中的對抗與分離傾向是地方利益與國家利益割裂的典型例子，是部分港人低國家認同的表征，也是香港特區政治整合不完全的體現。

（二）香港特區選舉制度改革的討論與爭議

根據修訂後的香港基本法附件一和附件二，本次香港特區選舉制度修改完善的主要內容在於調整了選舉委員會的規模、構成和職能。規模上，選舉委員會人數從1200人增至1500人；構成上，選舉委員會組成界別從原來的四個增加至五個，新增了以香港特區全國人大代表和政協委員、有關全國性團體的香港代表構成的第五界別，且對原有界別的名稱進行了更新；職責上，選舉委員會重新行使提名全部立法會議員候選人和選舉40位立法會議員的職能；在選舉委員會的選舉制度上，行政長官候選人不僅需要獲得選舉委員會全體委員的八分之一以上的人數提名，同時還需要在選舉委員會每一個界別中獲得15名以上委員提名方可成為正式候選人。修改後的附件二將香港特區立法會從70人擴充至90人，選舉委員會選舉40人，功能團體選舉30人，分區直選20人。每一類別候選人除需滿足本類別內的提名要求外（其中選舉委員會選舉議員候選人需要得到全體選舉委員會委員中10—20名委員提名；功能界別選舉議員候選人需獲得所在界別10—20名選民提名；分區直選的候選人則須獲得所在選區100—200個選民提名），還需獲得選舉委員會各界別2—4名委員提名。

除此之外，新選舉制度還設置候選人資格審查委員會。香港特區所有選舉委員會成員候選人、立法會議員候選人和行政長官候選人均需通過候選人資格審查委員會的審查。候選人資格審查委員會對香港特別行政區維護國家安全委員會根據香港特別行政區政府警務處維護國家安全部門的審查情況，就選舉委員會委員候選人和行政長官候選人是否符合擁護中華人民共和國香港特別行政區基本法、效忠中華人民共和國香港特別行政區的法定要求和條件作出的審查意見書進行審查，並且審查結果不具有可訴性。

香港特區選舉制度的此次修改較之以往更為注重秩序與安全，強調“愛國者治港”，是對原有選舉制度的系統性完善。本次修改被普遍肯定，也受到廣大香港市民的歡迎。但部分別有用心國際人士及港人對修改持負面評價。總結而言，爭議包括如下幾類：

- 1.新選舉制度是否違背了基本法設置的特區政制民主化進程。例如有觀點認為，民主選舉應當有

[3] 參見李捷、楊恕：《國家認同危機與認同政治——國家統一的視角》，載《蘭州大學學報（社會科學版）》2017年第2期，第27-28頁。

充分的競爭與對抗，不同立場的候選人都能參與其中，不應對候選人設置篩選標準，選舉過程不能被外力控制。而新選舉制度使得支持民主的政治人士被排除在各級選舉之外，中央按照喜好確立候選人資格，對參選人士進行篩選，監督選舉過程，完全確保選舉的結果，對香港特區的民主造成毀滅性打擊。^[4]

2.新選舉制度下產生的管治主體是否具有廣泛代表性。有觀點認為，新選制下香港特區政治光譜收窄，民主派人士參選嚴重受限，而香港國安法的出台更是關閉了民主派人士以“杯葛選舉”的方式表達不滿的渠道。新選舉制度下缺少民主派人士參與，選舉不出真正的“代議士”。對普通選民來說投票和議席不再是一種表態，而缺少民主派的監督與疾呼，許多重要民生議題也難以在立法會被充分討論、科學決策。^[5]

3.新選舉制度是否削弱了立法會的監督功能。香港部分人士認為，新選舉制度對“愛國者治港”的強調是固化的小圈子選舉，在篩選制度下只有建制派能夠參與選舉。由於缺少反對派聲音，建制派一味依從於中央和特區政府的要求，立法會或將淪為橡皮圖章。^[6]

本文認為，香港特區並非獨立的主權國家，用競爭的對抗性來評價其選舉制度是否“民主”屬於用獨立國家的政制標準評價一國之內的地方性選舉，是標準的誤用。就香港特區情況而言，政治整合功能的強化或能解釋本輪選舉制度改革的目的。

二、政治整合需求下的選舉制度改革

“一國兩制”原則下“一國”是“兩制”的前提。“一國”不僅是疆域等實體意義上的“一國”，也是政治共同體上的“一國”，是某一疆域之內對最高政治權威的共識和認同。“九七”之後我國對香港恢復行使主權，而香港居民對國家、香港特區新憲制秩序以及香港特區政制的認同則有賴於後續身處其中所感知到的制度合理性與影響力培育。選舉制度作為香港特區政制的重要組成部分，發揮對特區進行政治整合的功能。香港特區選舉制度幾經更迭，逐漸暴露出偏離政治整合功能的缺陷，導致部分選民與候選人陷入與中央對立的政治陷阱，本次選舉制度改革即是在此背景下啟動。

（一）政治整合的內涵及其路徑

整合並非法學術語，從學術適用上看，其被廣泛使用於地質學、心理學、醫學、哲學、政治學和社會學等自然科學與人文社會科學領域，^[7]其文字涵義通常為整理、組合。具體到國家治理層面，整合的內涵通常指擁有合法地位的主體（通常是政黨或政府）通過一系列制度安排將導致國家裂變、削弱國家政權合法性和國民同質性的各種因素予以削減，以實現國家內部一體化的過程，^[8]這一過程即為政治整合。

[4] 參見 Austin Ramzy,Tiffany May, How China Plans to Control Hong Kong's Elections, The New York Times (Mar.31, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/03/30/world/asia/china-hong-kong-elections.html>。

[5] 陸飛駒：《香港立法會選舉2021：當我們失去民主派參選人時，我們失去了什麼》，載歪腦網2021年12月14日，<https://www.wainao.me/wainao-reads/HK-legislative-election-missing-democracy-12142021>。

[6] 陳祖傑：《強調愛國者治港 香港立法會選舉如何被「完善」？》，載公視新聞網2021年12月17日，<https://news.pts.org.tw/article/558990>。

[7] 參見嚴慶：《解讀“整合”與“民族整合”》，載《民族研究》2006年第4期，第24-25頁。

[8] 參見關凱：《族群政治》，中央民族大學出版社2007年版，第34頁。

1. 政治整合的內涵

新功能主義學派的創始人厄恩斯特·哈斯（Ernst Haas）認為，政治整合是處於獨特族群背景的政治行動者將其政治忠誠、政治期望和政治活動歸屬到一個新的中心的規範進程。^[9]也有學者認為政治整合包含兩部分內容，一是如何使國家的決定具有公信力，被民眾信服且遵從，二是如何增強政治體成員中對統治行為的規範性共識。^[10]按照Myron Weiner對政治整合（political integration）的理解，政治整合包括對不同文化認同的整合、將不同政治勢力吸納進同一政治權威中、對統治者與被統治者的關係調整、把市民吸納進日常的政治程序等內容。盡管含義豐富，但它們的共同目標均為維持一個社會和政治系統的穩定。^[11]

總結而言，政治整合既是狀態也是過程，其目標是為了形成和維持政治共同體。在建構於“想像的共同體”之上的民族國家內部進行政治整合是必不可少的，通過整合不斷重申、強化共同體意識，具有分離傾向的勢力在政治整合過程中被吸納和消化，公民的國家認同感不斷增強，推動現代化國家建設。

2. 政治整合的路徑

根據學者分類，政治整合的路徑主要有三種，分別為通過身份賦予和法制規約為主要手段的制度化整合機制、通過發揮市場配置和利益分配為主要內容的利益整合機制、通過道德建設和意識形態重塑為主要內容的價值整合機制。^[12]

就對香港特區的整合而言，三種整合機制的重要性和效果並不是同質的。比起從計劃經濟轉型到社會主義市場經濟的內地，利益整合機制對香港特區能夠發揮的作用不夠顯著。價值整合機制又受束於該機制本身的長見效周期特征及“一國兩制”的限制而可能在香港特區收效不如預期。相較而言，以身份賦予為主要手段的制度化整合機制對於經歷了憲制基礎變革的香港特區而言則可能發揮更大、更直接的政治整合作用。具體到香港特區的身份賦予，其典型是回歸後絕大部分港人獲得中國公民身份，在憲法與基本法的保障下行使普遍、平等的選舉權。

有關戰爭推動國家民主化進程的論點早已不再陌生。大規模的戰爭需要動員大量平民參與，而稅收也是軍費的重要來源。為了保證人財物的動員效率，讓平民心甘情願做出犧牲，給予被動員者選舉權以培養被動員者對國家、主權者的忠誠度成為重要手段。隨著動員的深入，選舉權也擴大到直接參戰者的女性家屬。戰後，普遍、平等的選舉權深入人心，逐漸成為民主制度的核心內涵。英國、美國和加拿大等國的選舉權發展史均體現了這一規律。^[13]由此可見，選舉權與國家認同感和國家忠誠是緊密掛鉤的，選舉權的賦予有助於培養國家認同感，而行使選舉權的過程又能進一步強化國家認同。

（二）香港特區原有選舉制度與政治整合

香港特區選舉制度是香港特區政制的重要內容，也是香港基本法起草過程中討論最多的部分。完

[9] 參見 Ernst B.Hass, *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Force*, Standford University Press, 1958, p.16.

[10] 參見 Claude Ake, *A Theory of Political Integration*, The Dorsey Press, 1967, p.1.

[11] 參見 Myron Weiner, *Political Integration and Political Development*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol.358, 1965, p.52-64.

[12] 參見吳曉林、戴昌橋：《政治整合研究-概念邏輯、問題與研究展望》，載《社會主義研究》2009年第4期，第84頁。

[13] 參見[美]迪特裏希·瑞徹邁耶、[美]艾芙琳·胡貝爾·史蒂芬斯、[美]約翰·D·史蒂芬斯：《資本主義發展與民主》，方卿譯，複旦大學出版社2016年版，第170、178、182、188頁。

善的選舉制度設計及其良好的運行能有效提升選舉權人的體制認同感與歸屬感，這一點對於經歷了一個多世紀殖民統治的香港而言尤為重要。

1. 選舉制度是香港特區政治整合的重要途徑

無論是從“一國兩制”的設計初衷，還是從憲法與香港基本法對香港政治體制的設計，均可發現中央恢復對香港行使主權絕非僅僅止步於疆域的統一，否則在解放軍1949年即可渡過深圳河，以武力方式收回香港。^[14]之所以在單一制國家結構形式下設計人類史上罕見的“一國兩制”制度，正是為了解決具有較強異質性的地方性區域的特殊發展需求，並將該需求整合到一國之下統一的法治軌道上。中央期望香港在保持繁榮穩定、不發生動亂的情況下平穩回歸，又能在此基礎上通過政治權利的賦予和行使增強香港居民對國家的認同感與向心力，還能實踐一種全新的地方治理模式。所有複雜的制度設計均是為了在祖國疆域統一的同時還能對香港進行有效政治整合，達成“人心回歸”，順利將香港納入國家治理體系。香港回歸前的過渡時期確立的“直通車”方案正是基於前述眾多考量的政治妥協，而後由於彭定康的單方“政改”，“直通車”方案將增大我國對香港特區進行政治整合的難度，故其被取消。^[15]

不同於其他國家以戰爭的行使推動普選權的施行，香港居民普選權的徹底落實是以回歸的方式實現的。以回歸實現的選舉權同樣也能帶來國家認同感的提升。回歸後，絕大部分香港居民完成了從臣民到公民的身份轉換，在憲法與基本法的保障下享有選舉權，這也是香港居民從被統治者變成特區主人的最直接體現。管治香港的不再是被英國委派而來的總督，香港特區行政長官和立法會議員都由港人擔任，香港居民的從政通道第一次如此暢通。港人通過行使選舉權選出代表自己利益的管治團隊，從而對管治主體產生認同感，也對香港特區產生認同感。放大來看，香港特區的選舉制度是中國選舉制度的一部分，香港特區居民行使選舉也是在憲法和香港基本法的保障下進行，隨著選舉權的賦予和行使，港人對國家的認同感也逐步強化。故而，香港特區選舉制度的設計與運行是對其進行政治整合的重要內容，也是香港回歸後最重要的政治整合途徑。

2. 香港特區原有選舉制度難以實現政治整合

香港的選舉制度經基本法起草各方的一致同意而設計，受到港人的高度認可。港人第一次體會到自身各項權利被充分保障，第一次有了“當家作主”的感覺，其國家認同感也出現了一次躍升。然而，隨著“政改”問題的提出與發酵，在國內外各種主客觀因素的綜合作用下，香港特區開始出現政治對立。香港社會陷入“泛政治化”的泥沼，部分極端勢力被標榜為香港社會的“良心”。由於無力就社會問題提出建設性解決方案，極端勢力的認受性皆來源於“監督”功能。為了維持認受性，極端勢力不得不為反對而反對，為監督而監督，香港社會過往積累的政治共識逐漸撕裂，給社會管治造成障礙。^[16]香港特區的政制發展成為部分反中亂港分子引導港人反對中央全面管治權的工具，借“政改”與特區政府和中央對抗，並尋求外國勢力幹預。

換言之，香港特區原有選舉制度不但未能吸納各類政治勢力以樹立政治權威，增強香港居民的國家認同感，反而成為社會撕裂的火山口。選民對社會問題的不滿異化為對選舉制度的不滿，將香港

[14] 參見王振民：《“一國兩制”與基本法：曆史、現實與未來》，三聯書店（香港）有限公司2017年版，第38頁。

[15] 有關“直通車”方案的詳細介紹可參見Johannes Chan SC (Hon) & C.L.Lim, Law of the Hong Kong Constitution, Thomson Reuters Hong Kong Limited, 2015, p.34-35.

[16] 參見田飛龍：《香港基本法與國家建構——回歸二十年的實踐回顧與理論反思》，載《學海》2017年第4期。

面臨的眾多問題單一歸因為政制改革不到位，對選舉制度的不滿又進一步異化為對香港特區甚至國家的不滿，進而產生疏離甚至分離傾向。香港特區原有選舉制度無法承載政治整合功能，對其進行改革以重新發揮政治整合功能已刻不容緩。

三、香港特區新選舉制度的價值取向

任何制度設計都有其自身的價值取向。以選舉制度為例，各個國家或地區的實際情況不同，所要實現的目的也不同，故而在設計選舉制度時的側重點也不同。有些選舉制度追求穩定，有些追求平等，有些則追求選舉人與被選舉人之間的密切聯繫。^[17]但所有國家或地區的選舉制度都無一例外要確保秩序和安全。秩序是國家或地區實現民主、自由和發展的前提，^[18]混亂和失序下的民主制度只能給人關於民主的虛幻想象，無益於國家也無益於民眾。政制發展失序導致的後果香港特區有過切身體會。安全是政制發展的根本要求，缺乏安全保障的政制無論朝向何方發展，都將失去根基。香港特區新選舉制度在憲法與基本法構建的特區政制框架下，遵循循序漸進和均衡參與的原則，最大限度取得各方政治共識，針對原有選舉制度的主要問題和漏洞進行針對性完善，以秩序和安全為主要價值取向，兼而探索適合特區實際情況的政制民主。

（一）香港特區新選舉制度的秩序導向

民主分為實質性內涵和程序性內涵兩個範疇。自20世紀40年代開始，人類社會中再也沒有人宣稱反對民主，絕大多數國家都自稱是民主國家，絕大多數政黨都自稱民主政黨，^[19]故界定民主的實質性內涵變得比較困難，經濟學家熊彼特（Joseph A. Schumpeter）對於民主的程序性定義逐漸被學界接受。熊彼特認為民主是一種通過爭取選票取得作出決定的權力的制度安排。^[20]此後，在部分國家的戰略性宣傳下，民主成為國際鬥爭的武器，許多國家也在國際局勢和國內局勢的雙重作用下開啟了以競爭性選舉為核心的民主化轉型。但在缺乏政治共識的情況下，競爭性選舉可能被扭曲，導致政治系統內的對立、失衡和政治失序，從而導致轉型失敗。^[21]轉型失敗最典型的形態是，一國或一地區內部分極端型政黨有意挑選敏感議題以打破現有的政治平衡，遮蔽社會公共利益，使得社會陷入碎片化和政治對立。在此背景下，選舉的代表性被扭曲，選舉結果偏離公意，選舉成為激化社會矛盾的主要因素，從而導致政治層面甚至國家層面的動亂。政制民主化需要與之相匹配的政治活動制度，以維護有關民主化的共識和秩序，否則政治身份和政治權力容易成為群體間相互壓制和排斥的工具，也使得民眾成為部分政治代表宣揚個人主張和進行權力鬥爭的工具，導致政治對立和分裂。^[22]

[17] 參見[美]史蒂芬·邁尼克：《民主主義與代議制-不同的選舉制度及其優缺點比較分析》，楊支柱、文化譯，杜剛建校，載《外國法譯叢》1996年第3期，第41頁。

[18] [美]塞繆爾·P·亨廷頓：《變化社會中的政治秩序》，王冠華等譯，生活·讀書·新知三聯書店1989年版，第12-13頁。

[19] 參見[美]喬萬尼·薩托利：《民主新論》，馮克利、閻克文譯，上海人民出版社2009年版。

[20] 參見[美]約瑟夫·熊彼特：《資本主義、社會主義與民主》，吳良健譯，商務印書館2007年版，第395-415頁。

[21] 參見Stanley Hoffman, Reflections on the Nation-State in Western Europe Today, Journal of Common Market Studies, Vol.21, No.1, 1982, p.21-38; Benjamin Smith, Life of the Party: The Origins of Regime Breakdown and Persistence under Single-party Rule, World Politics, Vol.57, No.3, 2005, p.421-451.

[22] 參見謝涵冰：《試析國家分離發生的路徑和動力》，載《國際政治研究》2019年第5期，第111頁。

自2004年曾蔭權首次啟動政改後至2021年新選制出台間的十幾年裏，香港特區各方無法就政制發展方向達成共識。反對派在要不要服從中央全面管治權、要不要堅持“行政主導”等關鍵問題上長期割裂對立，部分極端勢力甚至對基本法已經明文規定的內容不予認同，直至發生政治對抗和激烈沖突，最終演變為街頭暴力事件，香港特區社會穩定和經濟發展也受到嚴重影響。頻繁的政治和街頭沖突顯示香港特區政制發展已近失序。香港特區政府不能掌握主導權，反對派雖擅長搶占輿論先機，但無力提出符合“一國兩制”和基本法框架的政制方案。香港特區政制發展無法前進，反而被極端人士引導成為社會問題和經濟問題的發泄口，香港特區逐漸從政治失序走向管治失序。

香港特區新選舉制度便是在努力凝聚政治共識，確保政治秩序的背景下進行政制改革的產物。選舉委員會在構成上具有多樣性和科學性，能充分代表香港特區居民的利益和意見，能最大限度達成政治共識。而資格審查機制和提名機制也從源頭上保證了香港特區的選舉秩序，進而保障香港特區政治活動的秩序。新選舉制度的首次運行即展現了其維護政治秩序的功能。香港特區第七屆立法會的選舉過程中，無論是競選環節還是投票環節，各方均不再以政治立場為標準相互攻擊，而是圍繞專業能力以及施政理念進行辯論，秩序性上均較之以往大為改觀。

（二）香港特區新選舉制度的安全導向

曆史上，敵對勢力通過操縱一國選舉來擾亂一國政局的事情並不罕見。1948年意大利大選過程中，美國聯合羅馬天主教會在國內動員教徒開展“書信運動”，利用宗教途徑幹涉意大利選舉，以支持意大利天主教民主黨，反對意大利共產黨。^[23]21世紀初期，東歐和中亞和北非地區相繼發生“顏色革命”，其共同特點均是在正常進行的選舉過程中，如果選情有利於當政者，反對派便在外國勢力的支持下以選舉存在不公、違法情形為理由發動街頭抗議活動，外國政府也乘機給當政者施壓，致使當政者在國內反對派和外國勢力的雙重壓力下失去政權。^[24]2014年香港特區爆發的“占中運動”有美國幕後策動，此後的“旺角暴動”“修例風波”也有外國勢力插手推動。

學者關於政治安全的內涵有諸多研究，如認為政治安全需要政權性質穩定、政治過程有序、國家權力結構形式合理，^[25]或者強調國家政治制度的安全和穩定的核心價值。^[26]概言之，政治制度安全是政治安全的核心內涵，政治安全是總體國家安全的根本。^[27]在思考香港回歸後的制度安排時，鄧小平便強調，香港不能在西方民主的幌子下成為反對大陸的基地，^[28]作為民主政制的集中體現，特區選舉制度設計也必須高度注重安全。

雖然基本法禁止香港特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性組織或團體建立聯系，但香港特區原有的選舉制度幾乎“不設防”，反對派以黨派或個人名義與外國政治勢力聯系、接受資助，在選舉和日常政治活動中擾亂香港特區管治秩序和政治秩序、妨害特區安全的事時有發生。^[29]

[23] 參見賈付強：《宗教戰略與冷戰初期的美國公共外交--以1948年意大利大選為例》，載《國際關係研究：新發展與新問題--2012年博士論壇論文集》，2012年8月18日於北京。

[24] 參見劉嘉楠：《試述冷戰後美國實施民主輸出戰略的手段及其特點》，外交學院2020年博士學位論文，第49-50頁。

[25] 參見楊寧：《論我國現代化進程中的國家政治安全及其維護》，載《重慶社會主義學院學報》2012年第1期。

[26] 參見鄧衛永、李屏南：《全球化浪潮與國家政治安全》，載《湖南師範大學社會科學學報》2002年第1期；田玉才：《經濟發展方式轉變與國家政治安全》，載《經濟問題探索》2011年第5期。

[27] 參見中共中央黨史和文獻研究室：《習近平關於總體國家安全觀論述摘編》，中央文獻出版社2018年版，第4頁。

[28] 參見《鄧小平文選（第3卷）》，人民出版社1993年版，第221頁。

[29] 參見李曉惠：《邁向普選之路-香港政制發展進程與普選模式研究》，新民主出版社有限公司2013年版，第326-330頁。

且該等人員在參選和參政過程中並未受到限制，使得香港特區政制發展無法完全排除外國幹擾。長此以往，香港特區的政治安全乃至國家安全都將受到威脅。有學者在研究我國的國家分裂風險時提到，導致一國分裂或解體的三個因素為：獨立的政治和文化認同、相對獨立的行政區劃、獨立的政治和文化精英集團。^[30] 雖然該學者的研究是針對以民族為單元分裂的風險，但其提出的分裂因素對香港特區也有參考價值。香港回歸後不僅行政區劃相對獨立，還是單獨關稅區，享有高度自治權，且因“國民教育”不到位致使部分群體高地區認同、低國家認同，如果不對選舉制度進行控制，反中亂港分子則可能在外國的扶持下成為香港特區政治活動中的“領袖人物”，炒作政治議題，並在合適的時機發動分裂。

新選舉制度設計的資格審查制度和提名機制可以有效防止反中亂港分子進入管治隊伍，資格審查也可有效抵制外國對香港政治活動的幹預。而防止外國勢力幹預對於維護香港特區選舉制度安全、維護香港特區政治安全和國家安全都意義重大。

四、香港特區新選舉制度的文化基礎與功能分析

在儒家文化及港英政府特殊殖民統治政策的雙重影響下，港人對民主秉持工具主義觀念。香港特區政制發展的目的是保障香港的穩定繁榮，不能盲目追求激進民主、直接民主。除此之外，香港特區雖然享有立法權、行政管理權、獨立的司法權和終審權，但其政治制度並非“三權分立”，而是“行政主導”。“行政主導”的政制設計既是香港特區作為地方性政權機關的應有之義，也是香港作為一個經濟型城市快速響應經濟、社會發展、保障繁榮穩定的必然要求。

（一）新選舉制度契合香港的政治文化傳統

1.香港政治文化特性解讀

19世紀中英之間長期的貿易順差導致英國難以承受每年向清政府支付大量白銀的壓力，英國遂以對中國出口鴉片的方式扭轉中英貿易順差並從中牟取暴利。清政府以林則徐虎門銷煙為代表的反擊遭到英國報復，其借此發動第一次鴉片戰爭並占領香港島，作為鴉片走私進入中國的中轉站。香港憑借著天然深水良港的自然條件，成為英國對華鴉片貿易的重要據點，經濟價值巨大。^[31] 爾後，隨著英國遠東政策的清晰，其對香港的打算除了商業目的，還包含外交和軍事目的，而非僅僅著眼於殖民統治，這一點有別於英國在世界其他地區的殖民政策。^[32]

鑑於英國對香港功能的特殊定位（非為殖民，而為英國在遠東勢力範圍的據點），加之香港大部分土地均為英國租借而來，英國政府很早就意識到香港的政制發展不可能同其他殖民地一般走向自治或獨立，因此英國在香港統治的絕大部分期間並未給予香港民眾任何民主性權利。^[33] 由於香港獨特的地理位置和自然條件，港英政府在香港進行殖民統治的目的和手段與在全球其他地區存在一定差異。為充分利用香港優越的地理條件，打造英國在亞洲的貿易中轉站和商業中心，英國人在香港統治期間（尤其是殖民統治的中後期）實行“懷柔政策”，港人的經濟自由得到保障，港英政府的

[30] 參見馬戎：《21世紀的中國是否存在國家分裂的風險（上）》，載《領導者》2011年第38期；馬戎：《21世紀的中國是否存在國家分裂的風險（下）》，載《領導者》2011年第39期。

[31] 參見王鳳超：《香港政制發展曆程（1843-2015）》，生活·讀書·新知三聯書店2019年版，第29-30頁。

[32] 參見餘繩武、劉存寬：《十九世紀的香港》，中華書局1994年版，第177頁。

[33] 參見李宏編著：《香港大事記（公元前214年-公元1997年）》，人民日報出版社1988年版，第122頁。

管治效率、廉潔程度以及對個人自由和人權的保護都頗令港人滿意。也即，回歸前香港雖然缺乏民主，但自由程度較高。在此背景下，那些為了爭取“民主”以最終實現上述目標的國家所經歷的鬥爭與混亂在港人看來是遙遠又陌生的。香港未經艱難的民主化過程，卻享受著民主化後的果實，導致了香港民主工具主義觀念的盛行，人們不願意為了激進的民主改革而承受經濟發展、個人生存質量等方面的代價。^[34]

故此，僅從香港居民的民主觀便可知，激進、盲目、一步到位式的民主改革必然不會被大部分香港居民接受。香港居民並未做好承受由此帶來的沉重壓力，也不願意為了過快實行符合所謂“國際標準”的民主政制而做出巨大的犧牲。漸進式民主改革，在保證香港社會繁榮穩定、保障香港民生發展的前提下逐步擴大香港居民的民主權利才是整個香港社會的共識，少數別有用心的反中亂港分子操縱的街頭暴力事件並不能代表香港社會絕大部分民眾的態度。香港的政制民主化發展首先要有利於香港社會的穩定和經濟發展，其次要循序漸進，保障社會各界均衡參與，在符合香港實際情況且在取得港人共識的背景下進行。

2.新選舉制度對香港政治文化特性的回應

香港特區第一、二屆立法會中部分議員由選舉委員會選舉產生，立法會與行政長官的產生基礎部分重疊。此後立法會議員選舉制度改革，選舉委員會不再承擔提名和選舉立法會議員的職能。但改革後僅經歷兩屆立法會，香港特區政治生態便急劇惡化，不僅立法會內對抗愈加嚴重，街頭暴力事件也時有發生。全國人大常委會的“8·31”決定規定了香港特區政改的“五部曲”，為香港特區立法會和行政長官產生辦法定基調。但此舉卻引發反中亂港分子的劇烈反應，後者發動了為期79天的“占領中環”行動，給香港經濟造成重創。此後的“旺角暴動”和“修例風波”更是發展成暴力的街頭對抗，除了經濟損失外還造成巨大人身傷害。根據統計，香港2019年因“修例風波”引發的暴亂導致香港自2009年來首次出現經濟衰退，經濟損失高達4000億港元，包括貿易、旅遊、餐飲、零售等諸多行業在內的從業人員均被波及，生計受損。^[35]

香港特區新選舉制度繼續漸進式改革的步調，在確保香港特區經濟發展和社會穩定的基礎上推進香港特區政制民主化。新選舉制度的漸進式特征一方面體現在其承繼了香港特區原有選舉制度的改革方向，選舉委員會的構成進一步優化，提升其代表性，保障香港特區各界的均衡參與。新選舉制度還恢復選舉委員會提名和選舉立法會議員的職能，並設置了資格審查制度，以提升選舉制度的安全性，確保選舉制度的發展秩序。新選舉制度下香港特區第七屆立法會的選舉及新近的區議會選舉均改觀明顯，一批破壞香港政治生態的反中亂港分子不再有機會參選，候選人的整體狀態改善明顯。另一方面，新選舉制度也並沒有止步不前，仍然在探索適合香港特區的政制發展路徑，不僅制度本身的民主程度增加（選舉委員會的代表性增加、組成結構優化，保障香港特區各界均衡參與），且制度運行的效果也已經展現。如第七屆立法會共有90個席位，而競爭的候選人達153位，每一席位均有競爭，無人自動當選，創造了香港立法會選舉的歷史。候選人以及成功當選者的背景也非常多元，不再有明顯“建制派”“泛民派”的分界線。競選過程也不再有人身攻擊，候選人多辯論民生、經濟、產業發展和社會政策等世紀問題，不再局限於競選者本人的政治傾向。總結而言，新選

[34] 參見劉兆佳：《香港社會的民主與管治》，商務印書館（香港）有限公司2017年版，第321-339頁。

[35] 參見《亂局之下香港損失有多大？這組數字讓人不寒而栗！》載中國青年網2019年11月17日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1650427733161029936&wfr=spider&for=pc>。

舉制度既契合了港人的政治文化特性，守住安全與秩序的底線，確保特區經濟發展和社會穩定，又積極探索符合香港特區實際情況的選舉制度，符合新時代香港特區民主政制發展的需求。

（二）新選舉制度滿足香港特區經濟和社會發展需求

1. 新選舉制度符合香港特區經濟發展的需求

根據基本法設計，香港特區行政長官和立法會二者關係既非英國式的議會內閣制，也非美國式的總統制。前者政府和議會的產生基礎相同，除非多黨聯合執政，政府幾乎不受議會掣肘；後者總統由普選產生，認受性高，且有固定任期，權威和獨立性都強。香港政制的內涵為“行政主導”，行政與立法互相制約、互相配合，重在配合。^[36] 立法會對行政長官制衡的“武器”包括否決政府提出的立法議案和財政預算。雖然行政長官可以解散立法會，但一屆任期内只能解散一次，並且面臨再次選舉的立法會仍然不予通過則行政長官必須辭職的嚴重後果，所以自香港回歸以來行政長官從未解散過立法會。如此，立法會便能在各種議題上對行政長官進行刁難，行政長官自回歸以來一直偏弱勢。

根據迪維爾熱定律，比例代表制下容易產生多黨制，對應到香港立法會的選舉，直選議席採取大選區多議席比例代表制的選舉制度，使得部分極端小黨可以僅靠少數選票進入立法會。例如2008年“社民連”、2012年“社民連”和“人民力量”等激進組織都在立法會獲得過議席。這部分極端勢力多次策劃實施“拉布”以阻礙政府施政，將街頭激進運動的文化帶入立法會，影響立法會良好運作。作為一個高度發達的經濟型城市，以及國際金融、貿易和航運中心，香港特區實行“行政主導”才能迅速應對複雜的國際經濟、政治環境變化，及時響應經濟及社會發展需求。西方“三權分立”的政治體制下，立法機關與行政機關的拉扯、鉗制均可能導致香港特區錯失稍縱即逝的經濟發展機會。

新選制下選舉委員會的提名制度則可以有效避免上述情況。首先，選舉委員會的組成包含工商、金融界，基層、勞動和宗教界，立法會議員、地區組織代表，香港特別行政區全國人大代表、香港特別行政區全國政協委員和有關全國性團體香港成員的代表。是香港整體性利益的廣泛體現。行政長官和立法會議員候選人須在每一個界別都獲得支持才能被提名的制度設計也避免了香港的政治分化，避免選出只代表某幾個利益集團的行政長官和立法會議員，提高行政長官的認受性。其次，立法會議員和行政長官均由選舉委員會提名，二者具有共同的產生基礎，行政長官較容易在立法會取得多數支持，減少施政阻礙。

香港特區第七屆立法會與政府配合已經一年多，目前來看改善明顯。2022年立法年度會期內，立法會共舉行了33次會議，總時數達264小時，運作高效，通過了多項惠民利港的法案及議案。其中，香港特區政府提交25項法案，立法會高效通過其中的17項。^[37] 總體而言，在新管治團隊帶領下，香港特區管治效力已現提升趨勢。如《2022年雇傭及退休計劃法例（抵消安排）（修訂）條例草案》，新一屆立法會僅用不到10小時就完成審議，這在改革之前是不可想象的；而在2011年和2014年均因議員“拉布”而擱置的《版權條例》法案也在2022年獲通過，令香港特區版權制度得以更新；為完善實施《香港國安法》的本地立法而修訂了《刑事訴訟程序條例》，對危害國家安全犯罪

[36] 參見肖蔚雲：《關於香港特別行政區基本法的幾個問題》，載《法學雜志》2005年第2期。

[37] 參見《立法會主席年結記者會開場發言全文》，載香港特區立法會官網2022年12月16日，<https://www.legco.gov.hk/tc/open-legco/press/yr2022/pr20221216-1.html>。

案件做出程序上的規定。立法會會議進行期間也不再有隨意退場，要求“清點人數”等阻撓會議進行的行為，這在前兩屆立法會可以說是常態。此前，為阻止議案通過，以參會人數不足法定人數為由要求清點人數是反對派常用的手法。以2019—2020立法年度為例，反對派要求清點人數501次，耗時87小時，占全屆總會議時長的5%，而2018—2019立法年度則高達1490次，耗時223小時。^[38]本次選舉制度改革後，新一屆行政機關與立法會的關係不再劍拔弩張，還創設了“前廳交流會”機制以促進香港特區政府官員與立法會議員的交流，“行政主導”初步實現，香港特區政府開始可以集中資源處理各類經濟社會民生問題。

2.新選舉制度產生的香港特區政府管治效能提升

香港特區新一任政府上任後，迅速恢復社會穩定，恢復與內地全面通關，並著手解決一系列困擾特區已久的社會問題，積極對接國家發展戰略，管治效能有所提升。

新一屆香港特區政府在平息“修例風波”的餘波、實施《香港國安法》、履行維護國家安全職責、開展“國情教育”方面表現亮眼。根據對曆年香港特區政府施政報告的統計，2020年《香港國安法》通過後，港府開始在施政報告中增設“一國兩制”專章，專門論述香港特區與中央的關係及一國兩制的內涵，強調香港特區維護國家安全的義務以及強化國民教育以進行政治整合的義務。在此之前，盡管香港特區已經持續數年爆發街頭抗議運動和各類衝突，但特區政府的施政報告重點始終一直關注本港的經濟發展和民生改善，並沒有從“一國兩制”的高度審視過香港特區在國家全局中的地位與作用，思考香港特區產生諸多問題的深層次原因，不能跳出香港特區本身的範圍看問題。過去一年香港特區激進的社會氛圍漸趨平靜，特區政府成功逮捕、起訴一批違反《香港國安法》的反中亂港分子，香港社會慢慢告別昔日的泛政治化現象。香港特區全體公務員也完成了效忠國家和特別行政區以及擁護基本法的宣誓程序。在此之前“泛民”不斷以政治中立為借口回避公務員的政治忠誠義務，公務員隊伍中也出現部分同情“泛民”人士，為香港特區政府制止暴力事件造成阻礙。

曾引起遊行反對而一度擱置的“國情教育”、國家安全教育、憲法和基本法教育活動，也在學校和社會穩步推進，特區政府在輿論和宣傳上逐漸掌握主動權。2020年1月香港特區立法會成立小組委員會研究幼稚園、中小學教科書及教材編制，審視校本政策對教科書與教材編制及監管的影響；2022年9月香港特區政府教育局向全港中小學公布新學年的“國民教育活動規劃年曆”，對國慶、國家憲法日等17個重要日子提出詳細的活動建議，並推出諸多參與感強的國情教育措施，幫助青少年深入了解祖國的文化歷史及社會現狀；2022年12月香港特區教育局又向資助學校發出通告，列出加強國民教育的績效指標，制定《加強國民教育：學校自評清單》共計18個項目，要求學校自評是否達到相關要求，及不達標的原因和達標計劃；2023年行政長官會同行政會議接納通訊事務管理局提出的系列建議，其中包括在未來6年，持牌廣播機構必須每周額外播放30分鐘關於國民教育、國民身份認同和正確認識《香港國安法》的節目。

社會治理方面，香港特區政府針對跨代貧窮、地區環境衛生、公營房屋供應和土地房屋統籌幾個領域著重發力，取得預期成績。特區政府成立“香港投資管理有限公司”“共同投資基金”“引進重點企業辦公室”“招商引才專組”，吸引和助力更多企業在港發展；推出了“高端人才通行證計

[38] 參見《立法會主席年結記者會開場發言全文》，載香港特區立法會官網2020年7月17日，<https://www.legco.gov.hk/yr19-20/chinese/press/pr20200717-2.html>。

劃”“人才服務窗口”優化人才服務；提出“簡約公屋”計劃，公營房屋供應持續增加，過去一年獲安置入住公屋的一般申請者平均輪候時間較上一季下跌0.2年；加強安老服務支援，多管齊下完善公營醫院服務。

經濟方面，特區走出疫情陰霾，複蘇轉好，經濟及金融狀況獲得國際貨幣基金組織及國際經濟學家的積極評價。這種轉變一方面來自全面通關後政策刺激，另一方面也離不開港府的主動作為。如自2023年以來，特區政府推出“你好，香港”活動，向內地及海外遊客贈送約50萬張機票以拉動香港旅遊業發展；高覆蓋面發放消費券，並推出“開心香港”活動提供消費場景，助力特區本地消費市場。港交所啟動“港幣—人民幣雙櫃檯模式”，港股成為全球首個實施兩種貨幣櫃檯結構的市場，鞏固香港特區國際金融中心地位。特區還推出“互換通”，允許特區及其他境外投資者通過兩地基礎設施互聯互通而參與內地銀行間金融衍生品市場，提升人民幣債券的國際地位。得益於特區政府的“有所為”，香港經濟逐漸重新煥發昔日活力。

在融入國家發展大局方面，特區政府成立“融入國家發展大局督導組”，由行政長官任組長，三位司長任副組長，強化頂層設計，更積極主動對接國家“十四五”規劃、粵港澳大灣區建設和“一帶一路”高質量發展等國家戰略。2023年以來，特區與內地頻繁互動，特區政府官員來訪內地多省市交流拜會，在科技、經貿、金融等多個領域深化與內地的合作。同時特區政府還出台了“青年發展藍圖”，推出了“青年參與倡議計劃”，並將“大灣區青年就業計劃”恒常化，支持特區青年參與大灣區建設。

Abstract: The elections for the Chief Executive and the Legislative Council are the centralized exercise of political rights, including the right to vote and the right to be elected, granted to Hong Kong residents by the Basic Law of Hong Kong. It is also an important means of political integration for the Hong Kong Special Administrative Region. The evolution of the original electoral system in the Hong Kong Special Administrative Region has gradually deviated from its initial intent, rendering it challenging to fulfill its function of political integration. In response to the actual circumstances of the Hong Kong Special Administrative Region, the central government has amended Annex I and Annex II of the Hong Kong Basic Law, refining the electoral system to align with the provisions of the Basic Law. The new electoral system adheres to the principles of gradual progress and balanced participation, with a primary focus on order and security as core values. It addresses the loopholes in the previous electoral system, aligning with the political culture and democratic development needs of the Hong Kong Special Administrative Region. Moreover, it caters to the economic and social development needs of the Hong Kong Special Administrative Region.

Key words: Electoral System; Political Integration; Value Orientation; Function Orientation

(責任編輯：唐銘澤)

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。