



澳門大學
UNIVERSIDADE DE MACAU
UNIVERSITY OF MACAU

澳門法學（2005年創刊）

2024年第4期（總第58期）

主辦單位：澳門大學法學院

聯繫地址：中國澳門大學大馬路澳門大學法學院E32-1017

電子郵件：macaulawreview@um.edu.mo

聯繫電話：（853）88222076

封面題字：孫保平

印刷：匯豐印務有限公司

出版日期：2024年12月30日

雜誌定價：澳門幣50元（Price MOP 50）



ISSN 2220-2595



9 772220 259001

澳門法學

MACAU LAW REVIEW

二〇二四年第四期（總第五十八期）

北大法寶數據庫收錄期刊

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

2024年

第4期

（總第58期）

澳門法學

哈特為什麼重要？——當代法哲學導引

多數人之債類型的體系性重構

新時代毒品犯罪案件辦理司法理念轉型的考察與思考

澳門特區《保守國家秘密法》研究

《澳門基本法》第9條的再解釋與澳門法律本地化的再思考

大灣區商事仲裁保全司法協助機制：問題與建議

陳景輝

雷秋玉

石經海 邱勝帆

朱應平

金楓梁

吳學艇

澳門大學法學院主辦

創刊於2005年

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 咎晨東

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）

劉仁文教授（中國社會科學院法學研究所）

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、香港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. 以當代法治社會中具有先進性、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、案例評析等形式之來稿，篇幅原則上以 15000-20000 字左右為宜，具體格式要求請參見刊尾之《投稿格式與體例說明》。

二、投稿審稿：

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

來稿須未曾在國內外其他出版物或網站上刊登和發表。

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

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

三、版權聲明：

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

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

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

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

名家特約

- 哈特為什麼重要? 陳景輝 / 003
——當代法哲學導引

論 文

- 多數人之債類型的體系性重構 雷秋玉 / 018
新時代毒品犯罪案件辦理司法理念轉型的考察與思考 石經海 邱勝帆 / 031
污染環境犯罪治理中行政機制完善探究 陳立毅 / 047
我國刑事司法協助中境外證據轉換使用規則的反思與構建 王玫黎 楊逸瓊 / 062
公共圖書館館藏數字化的版權問題及其應對 陳 怡 / 080

港澳法治研究

- 貫徹中央全面管治權維護國家安全的立法典範 朱應平 / 090
——澳門特區《保守國家秘密法》研究
《澳門基本法》第9條的再解釋與澳門法律本地化的再思考 金楓梁 / 109
澳門仲裁發展的政策目標與實現路徑 呂冬娟 / 131

區際法治研究

- 從混合型訴訟邁向融合型訴訟:
粵港澳大灣區內地九市民商事訴訟規則銜接研究 嚴林雅 / 146
大灣區商事仲裁保全司法協助機制: 問題與建議 吳學艇 / 164

域外法治研究

- 比利時陪審團的適用機制及其混合式特徵 高一飛 倪浩然 / 183

[Invited Article]

Why H.L.A. Hart Still Matters?

—An Introduction to Contemporary Philosophy of Law Cheng Jinghui / 003

[Peer-Reviewed Articles]

Reconstruction of the Typology of Multi-Party Obligations in Civil Law Lei Qiuyu / 018

Investigation and Reflection on the Transformation of Judicial Ideals in Handling

Drug Crime Cases in the New Era Shi Jinghai & Qiu Shengfan / 031

Inquiring into the Improvement of Administrative Mechanisms in the Governance of

Environmental Pollution Crimes Chen Liyi / 047

Reflection and Construction of the Chinese Extraterritorial Evidence Rules for the

Conversion and Use in Judicial Assistance in Criminal Matters Wang Meili & Yang Yiqiong / 062

Copyright Issues in the Digitization of Public Library Collections and Their Solutions Chen Yi / 080

[Hong Kong and Macao Legal Studies]

A Legislative Model for Implementing the Central Authorities' Overall Governance

Power and Safeguarding National Security

—A Study on the Law of the Macao Special Administrative Region on

Guarding State Secrets Zhu Yingping / 090

Reinterpretation of Article 9 of the Basic Law of Macao and Rethinking the Localization of

Macao Laws Jin Fengliang / 109

The Policy Objectives and Implementation Pathways for the Development of

Arbitration in Macao Lv Dongjuan / 131

[Interregional Legal Studies]

From Hybrid Litigation to Converged Litigation: Research on the Civil and Commercial

Litigation Rule Connection in the Nine Cities of the Guangdong-Hong Kong-Macao

Greater Bay Area Yan Linya / 146

Judicial Assistance Mechanism for Commercial Arbitration Preservation in the

Greater Bay Area: Questions and Suggestions Wu Xueting / 164

[Extraterritorial Legal Studies]

The Application Mechanism and Authoritarian Characteristics of the Belgian Jury in

the Court Correction Panel Gao Yifei & Ni Haoran / 183

哈特為什麼重要？

——當代法哲學導引

陈景辉*

摘要 由於法律是重要的，所以只有法哲學這種“以哲學或一般化的方式來面對法律”的事業，才能恰當匹配法律的重要性。同時，由於法哲學關心的是抽象的法律性質，所以從事法哲學研究無法僅憑經驗和直覺，其性質也與思想史研究截然不同。相反，這項研究需要回到包含理解該學科之諸多概念工具的學科教科書，並以反復驗算的方式對待它們。鑒於哈特的理論在法哲學仍具有統治性，所以其著作《法律的概念》就是法哲學的學科教科書。最後，本文以《法律的概念》第一章為例，展示了法哲學研究的驗算工作。

關鍵詞 法哲學 思想史 哈特 《法律的概念》

前言

2004年，我完成了自己的第一本書，也是我的博士學位論文《法律的界限：實証主義命題群之展開》，該書其後於2007年公開出版。^[1]雖然這本書的名稱中並沒有哈特（H.L.A. Hart），但由於通篇都是關於哈特的，於是讀過那本書或知道那本書的人，大致上都認為我是研究哈特的或者我就是個“哈特學者”。但我自己並不接受這樣的定位，有時甚至會在公開場合反駁，並且一再重申以下兩點：第一，我關心的是法哲學，由於哈特的理論目前仍然是統治性的，所以我才會關心哈特；第二，我並不是“研究”法哲學或法理學的，這似乎意味着我在研究他人關於法哲學的看法，而是我的工作本身就是法哲學。

你可能很容易會認為，這些看法既矯情、又糾結，實在沒什麼必要。但對我來說，這些才是對於哈特，也是對於法哲學，也是對（我自己理解的）學術的正確態度，甚至是唯一正確的態度。（我總是這麼獨斷，不是嗎？）哈特當然不知道我這些貌似糾結的看法，但他應該會毫不猶豫地支

* 陳景輝，中國人民大學法學院教授，法學博士。該文基於西南政法大學、上海交通大學凱原法學院、吉林大學法學院、北京大學國際法學院等單位舉辦的同名講座，謹此感謝陸幸福、范進學、李學堯、李擁軍、黃卉諸位教授的邀請與在場聽眾的提問！

[1] 陳景輝：《法律的界限：實証主義命題群之展開》，中國政法大學出版社2007年版。

持我的立場：法哲學比他自己更重要，如果能有一天，後來者能夠擺脫他而直面法哲學，就應當毫不留情地從他和他的著作中離開，這才是恰當對待法哲學的態度。所以在《法律的概念》一書的前言中，他才明確寫道，人們總有一種誤解，以為“一本關於法理論的書，主要是一本關於從其他著作中學到什麼的書。只要著者持有這樣的觀念，那麼該主題將鮮少能夠進步；只要讀者持有這樣的觀念，那麼該主題的教育價值將所剩無幾”（p.vii.）。^[2]

但目前已經到了毫不猶豫拋棄哈特及其著作的時候嗎？我並不這樣認為，由於他的想法還是統治性的，因此一再地回到哈特和他的著作，仍然是從事法哲學研究工作的最主要捷徑。所謂“一再回到”，其實是個複雜的態度：一方面，你必須得認為對於法哲學而言，哈特的想法仍然是“目前”最好的，只有這樣，你才能更快地學到法哲學；所以就有了另一方面，你必須還得認為，這些想法並不是那麼得好，以至於仍有改進的餘地，只有這樣，你才是真得在從事法哲學。當有一天，研究者找到或自己創造出一個更好的想法，那麼就可以毫不留情地離開哈特，此時哈特就像他出現之後的奧斯丁（John Austin）一樣，只是思想史中已經逝去的英雄，而不再是依然活着的圖騰。

由於目前仍能夠透過哈特學到法哲學，所以就有理由將他的想法全面展現出來，但這是一本書的容量，^[3]而不是目前這篇導引式文章所能承載的，並且為了真正地導引，我將以《法律的概念》的第一章為主。所以，我將收窄寫作的野心，只將關注點集中在法哲學與哈特的關係上，以法哲學圈定哈特的貢獻，以哈特來推進對法哲學的理解。於是，我將幾乎不提及法哲學之外的哈特，無論他的生活是否多姿多彩，無論他的遭遇是否跌宕起伏，或者他乾脆只是過了一個平淡的學術人生，這些都無關法哲學。我認為，哈特也反對真正的研究者來關注這樣的內容。所以，就讓我從法哲學講起。當寫下這些內容時，我基本上不涉及哈特，但每句話其實都適用於哈特。

一、法哲學的必要性

既然是因為法哲學的重要性，所以才會關注哈特的想法，那麼就不能不稍微具體討論一下法哲學為什麼重要。非常明顯，法哲學之所以重要，一定是因為法律是重要的；並且，如果你像我一樣，將法哲學理解為是一種“以哲學化的方式（philosophical）來面對法律”的事業，那麼這必將意味着該種方式能夠恰當匹配法律的重要性。^[4]所以，我得大致說明兩件事情：第一，法律為何是重要的？第二，以哲學方式對待法律為何是重要的？它們合在一起，就基本完整說明了法哲學的重要性。

（一）法律為什麼重要性？

那麼，法律為什麼重要？這當然也是個巨大的話題，此處我只能給出非常粗略的看法。儘管這個看法是粗略的，但我想它非常符合人們的直覺，而且也是非常基礎的（fundamental），所以應當不會差到哪裡去。如果問人們最關心什麼，以下幾項內容必在其中：生命、自由和財產。生命意味着你正在存在着，自由意味着你有能力謀劃自己想要的生活，財產^[5]意味着你有機會過上自己想

[2] See H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition, Clarendon Press, 1994. 以下行文中，如果涉及到這本書的頁碼，我將在具體部分，以括號方式呈現。

[3] See Matthew Kramer, *H.L.A. Hart, Polity*, 2018.

[4] 有兩點需要提醒：第一，法哲學或以哲學的方式面對法律，並不是唯一恰當的做法，以特定實在法為依歸的法教義學同樣也是重要的；第二，有些人類實踐並未重要到值得以哲學方式對待的程度，例如洗衣服、做飯、駕駛等等。

[5] 財產更通俗的叫法就是金錢，這種一般等價物幾乎可以兌換任何的物品（goods），如果那個物品具有道德含義，那麼它就是某種道德上的“善”（moral goods）。

要的生活。通常而言，生命、自由和財產的失去或受限有兩類原因：第一是自然的原因，例如英年早逝、身心殘障和運氣不佳，同樣作為自然物的人類，是無法徹底對抗這些原因的。但人們還是可以聯合起來，一方面以減低自然風險所帶來的傷害，另一方面以恰（正）當的方式補償風險的受害者。

第二是人為的原因，某人的生命、自由和（或）財產，被他人個別地或者他自己所屬之人類群體聯合地剝奪。人為的剝奪又可分為兩類：一類是被以不正當的方式剝奪，例如某人遭遇傷害、拘禁、搶劫或欺詐；另一類是被以正當的方式剝奪。一般而言，當被剝奪者事先或正在從事不當剝奪他人生命、自由或財產的行動時，那麼他自己的生命、自由或財產也會因此遭遇剝奪，並且後一個剝奪通常被認為是正當的。那麼，怎樣的剝奪才算是正當的？一個當然的答案是道德，另一個當然的答案就是法律。

那麼法律是否只關乎人為的剝奪呢？就像奧斯丁曾經認為的那樣？如果你把前者人類的聯合加進來，或者只是為了尊重後一區分中的正當剝奪，那麼法律就不僅僅只具備“剝奪”的屬性。用羅爾斯的話說，人類的聯合必然需要創設某些基本社會制度，而法律制度必然是其中最主要的部分，甚至法律就是主要社會制度。請忽略這裡面的爭議之處，至少目前可以說，由於法律這件事情關乎人類群體聯合地正當剝奪，所以它不可能不是至關重要的。所以，現在就可理解，為何哈特會在《法律的概念》的一開頭，就明確表示“這本書的目的，是想要促進對於法律、強制和道德的理解，它們是不同、但關聯在一起的社會現象”。（p.vi.）

（二）哲學方式為什麼重要？

那麼，什麼是哲學的方式？我不希望你在“哲學”這個似乎難以定義的名詞面前退卻，也不希望你由此開始鬍鬚亂聯想“愛智慧”這樣無着重點的最初定義，更不希望你認為說着不知所雲的話就是在做哲學。在我看來，“哲學”（philosophy）不過是“一般理論”（general theory）的代名詞，就像康熙之於玄燁，二者是同一回事。所以，如果一個理論是一般性的，那麼它就是哲學的。就此而言，自然科學其實就是（某種）典型的哲學，^[6]因為它具備毫無置疑的一般性；反之，不具備一般性的也不可能是科學的。所以，“哲學式的”就是“一般性的”。就此而言，並不存在中國哲學和外國（西方）哲學的實質差別，即使是作為工作概念（working concept）的中國哲學或西方哲學，也都必須提出一般性的主張，否則那就根本稱不上哲學。

所以，哲學方式的重要性，就是關於一般性方式的重要性。那麼，對於法律而言，一般性方式為什麼是重要的？這在一開始就遇到了困難，道理非常簡單：不同國家目前正在生效的法律（實在法）肯定是不一樣的，儘管它們之間可能存在移植關係。所以在一開始，以法律為對象的法學，主要呈現為有悖於一般性的特殊性，因為它是以特殊的實在法為對象的。而且，即使是關於法律重要性的說法，本身也蘊含着特殊性的要求：無論特定基本社會制度是怎樣的，一個人應當怎樣被恰當地補償，一個人應怎樣被正當地剝奪，這些都必然是由特定的法體系所決定，而這個特殊的法體系就是其所屬或所在的法體系。所以，某些法體系廢除了死刑，而另外一些則保留了這樣的制度，於是處於後者而非前者管轄（jurisdiction）之下的人們，將會面對死刑制裁的可能。^[7]這種以特殊的實在法體系為依歸的法學，今天有了為人熟悉的名字，它被稱為法教義學或法律的教義理論，而且它勢必是特殊的理論，所以中國的民法學與德國的民法學的確明顯不同，儘管其中存在着顯著的移

[6] 如果你認為只有自然科學是普遍的，那麼就只有它才是哲學的；反之，你會認為自然科學只是哲學中的一種類型，而不是唯一的類型。

[7] 所以，理論家才會普遍認為，法律與道德之間的一個關鍵區別就在於，法律是有管轄範圍的、但道德卻沒有這個特徵。

植關係。

因此，法律實踐的作業一定是特殊的，它一定是以本國的實在法體系為依歸的。然而，這並未徹底否定一般理論的意義：如果你應當重視自己的生命、自由和財產，或你必須重視他人的生命、自由和財產，那麼你就必須得思考下面這個問題：那個所謂的實在法體系真的是法律嗎？^[8]顯然，無論這個問題的最終答案是什麼，你都得首先知道“法律是什麼”，然後才能知道那個所謂的實在法體系，到底是不是真正的法律。顯然，“法律是什麼”是個鮮明的一般性問題，它決定着那個被通常被視為法律的實在法體系，是否真的具備法律的資格。如果缺了這個一般性的部分，就無法回答以下這類問題：一個外觀上非常像法律的黑社會規則是法律嗎？一個初級的群體中存在着法律嗎？鄉規民約是法律嗎？如果是的話，背叛組織被剁手、食人族部落成員坦然地吃人、女性財產權的普遍被剝奪，似乎就都是法律的要求。

我相信你肯定不會認同這樣的說法，並且你的理由一定都是同樣的：它們並非法律。儘管每個人對於法律是什麼的看法可能不一，但你都或清楚或含混地有着相關的一般性觀念，因為一般性正是認真對待法律這件重要事情所必需的。再回到前面，由於一般性就是哲學的，於是以哲學的方式對待法律，就是認真對待法律所必須的，這就是法哲學之所以必需的最簡單原因。當然，這並不妨礙如果通過了這個檢驗，那麼那個特定的實在法體系就成為評價他人行動的依歸，於是特殊的法教義學就有了發揮影響的資格。所以，強調法哲學並不等於否定法教義學的意義，但是單純強調特殊的法教義學，並不是法學完整的樣子，那不過是闖割版的法學而已。

（三）法哲學的基本框架

既然法哲學就是以一般性的方式來面對法律，那麼法哲學將包含那些內容呢？這取決於一般性的方式到底有幾種。根據對象的不同，至少存在兩種法哲學：一般法哲學與特殊法哲學。初看起來，這兩個名稱是令人疑惑的：由於法哲學本來就具備一般性，所以一般法哲學是冗餘式的稱呼，而特殊法哲學是自相矛盾式的稱呼。^[9]不過，由於我附加了“根據對象的不同”的限定句，這些疑惑就不是真正的困擾。

所謂一般法哲學，指的是關於“一般法”（Law）、而不是“個別法”（the law）的討論。在經驗中，每個人所能感受到的都是個別法或者個別法的某一部分，例如中國法或美國法、侵權法或刑法。然而，一旦人們追問“法律是什麼”（what is Law？）的時候，他們就在追問一般法的問題，也就是“法律的性質”（what is the nature of Law？）的問題。當你關心事物 X 的性質時，那麼你必然關心 X 身上具備一般性的那些內容，不過這只是最初的門檻式作業，它還包含着一個更重要的部分：這些一般性內容中的哪些部分“使得 X 成其為 X”。典型的例子是關於“人的性質”的討論：這世界上總有一些人類在身體和心靈方面是特殊的，例如長了六根手指或精神、智力殘障，這些部分顯然不是一般性的；幾乎每個人都長着兩只眼睛和一張嘴，這當然是一般性的，但這並未使得人成其為人；所以，只有“理性能力或道德能力”這類內容，才使得人成其為人。於是，理性能力就成為人的性質。

稍微多說幾句。與性質問題關聯在一起的，並不是所有的一般性，而是關於“是其所是”的一般性，它們又被叫做“必然屬性”。既然是必然屬性，那麼它們就不是偶然的。所以，一個智力殘障者不知道 $2+2=4$ ，一條經過訓練的小狗卻可能有這樣的能力，但這都沒有使得智力殘障者不是

[8] 這就說明了為何很多人對法哲學的最初印象，是關於“惡法亦法”或“惡法非法”的爭論。但這個爭論比想象的更複雜，此處已經無法詳細展開。

[9] 有時，為了避免疑惑，學者用一般法理學和特殊法理學的名稱，來代替一般法哲學與特殊法哲學。不過，這只是名詞問題，並不影響實質。

人、而那條小狗是人，因為這兩種情形均屬偶然。同理，一般法哲學所關注的，就是法律的必然屬性。這件事情上的爭議是毫無疑問的，所以你就理解為何會有漫長的思想史伴隨着一般法哲學，就像彗星總是拖着一條漫長的尾巴（一會兒我會來談法哲學與思想史的關係）。如果你理解了一般法哲學關心的是法律的必然的一般性，那麼你就不會認為一般法哲學是個冗餘的名稱了。

所謂特殊法哲學，基本針對的是法律的特殊部分——主要是部門法——所涉及的一般性問題。例如，憲法哲學、公法哲學、私法哲學、刑法哲學、國際法哲學等等。^[10]與一般法哲學距離法律實踐較遠不同，部門法直接地參與法律實踐，並且法律實踐作為人類實踐的一部分，所以特殊法哲學不僅僅只是關於性質的問題，例如什麼是憲法？什麼是公法？什麼是私法？什麼是刑法？什麼是國際法？等等。而且，特殊法哲學同時還是關於價值的問題，尤其是與特定部門法相匹配的特殊價值，例如憲法的價值是什麼？公法的價值是什麼？私法的價值是什麼？刑法的價值是什麼？國際法的價值是什麼？等等。有兩點需要稍作說明：其一，無論以上特殊法哲學的哪個部分，都並不關注特定的實在法體系，所以它們並不屬於法教義學的內容；其二，雖然哈特也被認為是現代刑法哲學的主要開創者，但由於這篇文章關注的重心是一般法哲學，所以我就此打住。讓我做個小結：法哲學的最大範圍，是由一般法哲學和特殊法哲學共同組成。

二、法哲學的標準作業

現在可以直接面對一般法哲學了，學術習慣上經常將它簡稱為法哲學，下文中就是如此使用的。非常明顯，由於法哲學關心的是法律的性質問題，而性質是個無法僅依靠經驗和直覺就能把握的事物，因此對研究者來說，如果不能找到一套有效的方法論，那麼這跟鬍言亂語並沒有實質的區別；對學習者來說，如果不能採用一種有效的學習方式，那麼跟鬍思亂想也沒有實質的區別。由於這篇文章主要是寫給學習者的，所以我將談談學習法哲學的方法，這包括一個經驗，即必須找到學科教科書並進行驗算；一個教訓，即必須區分法哲學與思想史。

（一）發現學科教科書

既然法哲學無法僅依靠經驗和直覺就能把握（其實所有的哲學均如此），那麼為了避免學習者鬍思亂想，他們就必須找到一本“學科教科書”。學科教科書，是用來區別於考試意義的教科書。顧名思義，考試意義的教科書是直接關於考試的，例如當你準備參加法律資格考試時，你就首先必須找到相關的官方教科書，考試的內容和答案就在其中。如果你不能有效地記住（掌握？）那裡面的內容（知識？），那麼就無法在相關考試中獲得理想的成績。儘管學科教科書也有可能用於考試，但它的寫作目標與考試無關，更不是為了讓你記住作為答案的那些內容，而是由於該學科無法僅依靠經驗和直覺就能把握，所以你必須先得掌握一組有效的概念工具，才能夠透過它們進入到該學科的領域。這些概念工具，通常包括本學科的基本問題、基本立場、專門概念。

因此，一個學科越抽象，就意味着越無法僅依靠經驗和直覺就能把握，也就越需要訴諸學科教科書，因為其中蘊含着理解該學科的諸種概念工具。例如，要想進入數學或邏輯學的學習，你就必須得學會運算法則。由此可見，對抽象的學科而言，學科教科書是基礎性的，因為一旦離開它，你將無法參與本學科的學習過程，更加無法參與本學科的高級活動，那就是展開關於本學科的討論。當然，對於日常生活而言，經驗和直覺基本上已經足夠了，所以大字不識的人依然能夠知道一個蘋果加上另一個蘋果是兩個蘋果，也能從與你打交道的經驗中推斷出你可能正在撒謊。如果你的目標

[10] See Jeremy Waldron, *Can There be a Democratic Jurisprudence*, 58 Emory Law Journal 675, 678-679 (2009).

並不局限於日常生活，那麼缺乏學科教科書的輔助，你將無法進入到學習和研究的過程中。

學科教科書經常具備屬人的特性，於是你就會發現，很多學習道德哲學的人就會從康德開始，很多學習政治哲學的人就會從羅爾斯開始，而很多學習法哲學的人就會從哈特開始，因為他們的著作就是各自學科公認的教科書。當然，學科教科書有可能不只一本，但如果它們都能被叫做學科教科書，一定是因為它們共同塑造和提供了理解本學科的概念工具。所以，法哲學的學習者也有可能從凱爾森、德沃金或拉茲的著作開始，他們分別提供或改進了一些概念工具。但是，那些用來說明被這些學科教科書所塑造的概念工具的著作，就只是幫助理解的教輔材料，它們的重要性無論如何都不足以取代學科教科書，對它們的學習也不能替代對學科教科書的閱讀。

（二）法哲学^[11]与思想史

你已經看到了一堆的名字，除了因為“無法僅依靠經驗和直覺就能把握”的理由外，你還可以因為什麼原因遇到這些名字呢？你會因為“思想史”或歷史的（historical）原因，也就是一旦你想知道這些人是在怎樣的背景下得出了這些看法，他們的看法與前人的看法存在怎樣的關係，那麼你也會遇到他們。那麼（法）哲學（the philosophy of law）與思想史（the history of thoughts of law）是一回事嗎？它們之間存在必然的關聯嗎？答案顯然會在“是與否”和“有與無”之間來回擺蕩。

我自己的立場非常極端：法哲學（哲學）與思想史是兩類性質完全不同的工作，它們之間並不存在任何的關聯。這主要取決於對理論工作的認識：所有的理論工作都是面對未來、而不是過去的，所有理論工作都是為了增加人類目前並不知道的知識。就像在愛因斯坦提出相對論之前，人類並不知道時空彎曲和黑洞的存在，科幻小說最多只能是凡爾納的《海底兩萬里》；但愛因斯坦之後，人類才會努力去發現黑洞，才會有使得諾蘭拍出《星際穿越》這樣堪稱偉大電影的可能。因此，思想史上的素材只能告訴後來者，人類是如何發展到今天的，但它們卻無法告訴人類該如何面對未知的未來。除非你想停滯不前，否則你就必須擺脫思想史，勇敢地面對未知。在這一點上，我是知識上的進化論（患？）者：今天的學者肯定比過去的好，因為前者已經知道了後者未曾知道的內容，並且努力向新的未知進軍。如果一個人的想法已經與探索未知無關，那麼它就應當被放到思想史這個“精神博物館”當中，但這只是為了表達對他們功績的尊崇，以及激勵後來人應以同樣的勇氣面對未知。但博物館就是博物館，你總不能把其中的物品拿出來，面對未來接着使用。你已經有了打火機，不用說鑽木取火、就連火柴也不需要了，除非你愚蠢地把打火機徹底禁絕。

已經位列思想史的人物，就一定無法面對未知或未來嗎？並不一定。一個人的肉體可能逝去，但他的想法可能一直活着，或許麥克阿瑟將軍的名言“老兵不死，只是逐漸凋零”是最恰當的表達。我想你會想到柏拉圖、亞里士多德等人，但我前面提到的人物，康德、羅爾斯、德沃金、拉茲其實都是這樣，當然也包括哈特，他們的肉體均已逝去，但他們的想法依然在照亮前程。所以，法哲學和思想史會有人物的重疊，但法哲學之所以關注他們，是因為他們的思想還活着，之所以活着的原因是，那仍是後來者面對未來的主要憑藉。但思想史卻並不關心前程、而是為了要紀念過去，所以才要還原歷史事實。例如，今天的法學者基本認為，奧斯丁的想法主要來自於（拷貝？）邊沁，所以應當將奧斯丁所受到的尊崇還給邊沁，但這件事情與照亮前程無關。

但這些人物畢竟枯萎了，不是嗎？他們已經停留在原地，無法跟後來者同步向前，所以後來者應當拿起他們原本手持的火炬（torch），成為新的火炬手（torch-bearer）。^[12]於是，就必須從康德（Kant）的想法變成一個更好的康德式的（Kantian）想法，儘管康德可能根本沒考慮到這些內

[11] 你可以直接省略“法哲學”中的“法”字，將以下的討論視為對哲學與思想史之差別的討論。

[12] 拉茲就是這樣定位哈特的：哈特是法哲學一個偉大傳統的火炬手。See Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, 1994, p.210.

容，但這一定是他會接受的。思想史卻並不關心康德式的想法，而只關心康德到底是怎樣說的，他為何這樣說，他從哪裏得出了這些想法，他對後來者又有了那些啟發，如此等等。當康德式的想法仍有力量的時候，哲學和思想史的界限並不清晰，但如果有一天，火炬熄滅了或者後來者發明了手電筒，那麼康德式的想法就沒有必要了，那時候他將安靜地待在思想史的博物館中，接受後人的祭奠和紀念。此時，以康德為對象的哲學工作就沒有意義了，但思想史的工作仍可展開，但那是祭奠和紀念的一部分，但這跟面對未來沒有了關係，就像歐幾里得之於今天的幾何學、牛頓之於今天的物理學。

除了是否面對未知（來）、是否致力於某某式的想法之外，哲學與思想史的第三個區別在於，它們的核心任務明顯不同。由於是爲了祭奠和紀念，爲了知道人類如何走到今天，思想史有理由發掘任何已經熄滅的人物，但哲學只關注那些有助於面對未知的枯萎者。正是因爲他們的看法決定着如何面對未來，所以其間就會有對錯的爭議，於是你就會認爲哈特對了或錯了，當然也包括任何已經提到名字的諸位，這就是爲何要發展更好的某某式想法的核心原因。所以，法哲學雖然會談到這些人物，但關心的是誰對誰錯的問題，這明顯是個關於辯護（justification）的工作。然而，思想史的工作具有非常不同的屬性，它承擔的主要是說明（explanation）的工作；也就是說，研究者不但要說明爲何會出現某人的特定想法，而且還要說明該想法與他人（主要是前人）想法之間的關係，以及這個想法對後來者的影響是什麼。思想史當然也會涉及辯護問題，即特定研究者會主張自己對於某個想法的說明爲何優於其他人的說明，但是他們卻並不主要關心這個想法本身的對與錯。^[13]

（三）驗算

如果你已經找到了公認的學科教科書，而且也大致知道了法哲學與思想史的區別，那麼究竟應當怎樣進入法哲學的學習和討論呢？唯一的做法，就是驗算。哪怕只受過初級數學教育的人，都知道驗算的具體含義：你先需要看懂老師在黑闆上演示的做題過程，然後再完整的重現一遍，多次重複之後就熟能生巧，你就具備了做同類試題的能力。因此，當你找到學科教科書，那麼你需要將著者的做題過程看懂，然後再自己重新反復驗算。更具體的做法是：你得知道著者所要解決的問題，他的方法論是怎樣的，他的基本前提（已知條件）是什麼，由此可以得出哪些進一步的推論，這些推論如何相互契合在一起，然後得出了那個最終的結論。簡單說，你必須像自己的數學老師一樣，^[14]將那個最初的做題過程完整的演示出來。這個過程說起來輕而易舉，但做起來會非常艱苦，因爲你有可能在上述每個環節都遇到困難。這時你會不由自主地問道：著者是不是錯了？此時，學科教科書中“教科書”三個字將會發揮作用，這三個字就告訴你：你最好別這樣認爲，因爲那是一本很多比你聰明的人，驗算了無數遍的教科書。因此，唯一合適的態度是，這一定是你的問題，你必須能夠完成這個再現的過程。如果實在無法完成，那基本意味着你不太合適這個哲學的工作。

如果經過一段艱苦的過程，你可以比較容易地就對別人說明學科教科書的問題、方法論、前提、推論和最終結論，並且也能說明它們之間的關聯，那麼你就完成了驗算的最初步驟，這個過程也被叫做“學習”。但這並不是驗算的全部內容，這甚至也不是學習的全過程，你還得反復地重現這個過程，以至於能用非常簡潔的方式重現全部過程，那麼你就把學科教科書“讀薄”了；如果你還能把自己的理解和例子加進來，那麼你就又把這本書“讀厚”了。在此之後，如果你發現了問

[13] 當然，會有一種歷史-哲學（historical-philosophical）的做法，研究者採取一種思想史的做法，但卻是爲了完成辯護性的任務。例如，通過對邊沁法律理論的仔細討論，然後證明這依然是一種能夠面對未知的想法。典型的例子參見Gerald Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, 2019.

[14] 學科教科書的著者因爲某些原因，基本上無法親自給你演示，所以你經常必須得自己這樣做。

題、方法論、前提、推論和最終結論可能存在缺陷，或者它們之間的關聯可能存在不足，並且進一步給出了自己的回答，那麼你就真正進入到驗算的第二個步驟，這就是“研究”或者對學科教科書的反省。所以，你會發現，目前大量的論著做的都是反省的工作，或者反省問題、方法論、前提、推論和最終結論，或者反省論證過程是否自洽。如果最終，你擺脫了學科教科書，自己給出了一套更好的算法，那麼你就熄滅了前人的火炬，其他人就被你照亮前程，思想史就會給你保留一個位置。但別一開始就拿這個作為目標，能力經常追不上野心，而且野心會製造幻象，你會很輕易地否認枯萎的英雄。當你認為自己足以開創全新局面的時候，極有可能只是野心給你製造的心理安慰，所以請反復地驗算吧，那是保持清醒的最可靠方式。

三、哈特及其《法律的概念》

前文說過，我無意介紹哈特的諸多事跡，哈特似乎對此也不太關心。所以一下簡略敘述，只是為了更好地理解他的想法。赫伯特·哈特（Herbert Lionel Adolphus Hart，簡稱 H.L.A. Hart），1907 年生於英國北方的哈羅蓋特（Harrogate），1926 年入讀牛津大學新學院（New College），主要關注哲學，並於 1929 年畢業。自 1932 年開始，擔任過一段時期的出庭律師的工作。二戰後，回到牛津大學擔任哲學研究員（Fellow）。（可能是）因為既有法律經驗、又研究哲學，所以 1952 年接任牛津大學“法理學教授”（Professor of Jurisprudence）的教職。1968 年退出該教職，並轉而整理和研究邊沁的著作。哈特於 1992 年去世。^[15]

如果說現代法哲學（或者你跟我一樣認為真正的法哲學）是由奧斯丁（John Austin）開創的，那麼到哈特之前，法哲學已經公認奄奄一息。我自己的理解是，這一方面是因為奧斯丁的理論，經過無數人長達一百年的反復驗算，不但被證明存在多處嚴重的困難，而且就連整體框架也被認為站不住腳了；其二，伴隨着特殊性之法教義學的逐漸興盛，一般性的法哲學存在的意義大受懷疑，甚至就連凱爾森的純粹法理論也很有可能被理解為某種“一般法教義學”，但法教義學本來就是特殊性的，“一般法教義學”終將自我矛盾，除非能夠給出一種“真正的”、一般性的法哲學。法哲學的這般危機，甚至體現在牛津大學“法理學教授”的教職上，這個最初為了延攬亨利·梅因而創設的職位，在哈特接任之前，長久以來一直被法律史學者掌控。

其實，以上這些帶有評價的描述已經說明，哈特是以怎樣的方式拯救了法哲學，那就是他重新恢復了一般性討論對於法律和法學的重要性，這集中體現在他於 1961 年出版的《法律的概念》這本偉大的著作上。這本已經出版了超過 60 年的著作，在之後的 1994 年和 2012 年分別推出第二版和第三版。1994 年的第二版被認為是標準的版本，但與 1961 年的版本相比並無實質區別。其中所包含的重要術語，例如描述理論、社會規則、內在觀點、承認規則、初級規則、次級規則等等，不但被後來者普遍使用，而且也是法哲學普遍討論的主要話題，以至於不使用這些概念工具，不但很難理解今天法哲學的討論，更難以參與其中。

如果不計算 1994 年版的“後記”和 2012 年版的萊斯利·格林撰寫的“導論”（Introduction），《法律的概念》一書的正文共有十章組成，它們可以被劃分為四個部分：開頭的第一章是主要關於問題，他所提出的三個問題——法律與強制、法律與道德和法律與規則間的關係，已經普遍為人所知，之後的二、三、四三章用來處理法律與強制的關係，中間的五、六、七三章用來處理

[15] 哈特完整的人生和學術傳記見，Nicola Lacey, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004.

法律與規則的問題，然後的八、九兩章用來處理法律與道德關係，最後的第十章關注的是國際法。說的更實質一點，他從第四章中提出了規則的觀念，然後在五、六兩章中得出法律是初級規則和次級規則結合的雙重規則理論，這是一種典型的法實証主義的觀點。

既然哈特從事的是法哲學的工作，那麼他同樣也是按照驗算的方式展開討論。因此你也可以這樣看待這本書：由於哈特之前法哲學的火炬手是奧斯丁，所以反復驗算奧斯丁的理論就成為哈特工作的起點，這主要是二、三、四三章的工作，他最終證明奧斯丁的理論、當然也包括凱爾森的修補方案，存在無可克服的漏洞，所以必須得藉助“規則”的觀念，因為一旦離開規則，就連最基本的法律現象都無法成功說明。然後的整個工作，你都可以視為是提出一個“法律是規則”的全新方案，並證明這個方案能夠解決已有的困難。

我之所以寫下這樣粗糙的內容，並不是為了讓你記住，而且即使你成功地記住了，這也並不等於你就理解了哈特，更不等於你就理解了法哲學。這些文字都是工具性的，只是為了讓你了解一個全貌，尤其是為了避免某些特定的誤解。所以，請謹記：《法律的概念》是一本圍繞着單一話題展開的、真正的“書”，而不是串聯多個相關聯話題的“論文集”，所以你應當從第一個字讀起，這是你能從中學到法哲學的唯一方法。除非你已經能夠像我在前面說的一樣，既能把這本書讀薄、也能讀厚，然後你才能只關注其中的某一章、某一節、甚至是某個特定的概念工具。再次強調一遍，在此之前，你最好從頭開始，一點一點地慢慢推進去；就像讀一本阿加莎或別的作家寫就的偵探小說，為了發現最後的真兇，請你別放過任何的細節。

四、《法律的概念》第一章的第一節和第三節

既然要從頭開始，而且這篇文章的名字叫“導引”，那麼我就從《法律的概念》的第一章開始，把他講過的和應該想講的都拿出來，放在有興趣的後來者面前，這就像我把你扶上一匹高頭駿馬，然後讓它馱着你奔赴前程。這其中自然會有顛簸、挫敗，甚至會從馬上掉下來，但只要你堅持住，就有可能感到刺激、興奮，親身去體驗未知的風景。其實，讀者比我幸運，當年我是自己艱難地爬上了這匹高頭駿馬，等到能穩穩地坐在它的背上，已經花費了不少力氣。第一章一共有三節，第二節是其中的核心，也會花費主要的筆墨，所以本部分我將只來處理第一節和第三節。

（一）“法理論的（諸）困惑”

手邊有《法律的概念》一書者，會發現第一節的名字就是“法理論的（諸）困惑”（Perplexities of legal theory）。按照哈特寫作的順序，它包含以下幾個方面的內容：第一，關於人類社會的問題中，幾乎很少有像“法律是什麼”這個問題一樣，被持續不斷地問到；在其他學科中，“什麼是化學”、“什麼是醫學”之類問題，經常只在初級教科書的開頭部分，花費寥寥幾行文字而已。不但如此，這個問題是由一些嚴肅認真的思想者，以非常多樣、奇怪、甚至相互矛盾的方式來回答。不但那些思想者的確是嚴肅認真的，而且他們還都是當之無愧的法律專家，或者是理論上的、或者是實踐上的。（p.1-2.）

第二，與這些法律專家的意見紛亂相比，另一個奇怪之處在於，大部分的（普通）人卻能輕而易舉地知道法律是什麼。對於受過教育的人來說，他們不難知道法體系有一些顯著的特徵：1. 存在以刑罰禁止和責令某類行為的規則；2. 要求人們就他以某種方式傷害之人予以賠償的規則；3. 規定了通過授予權利和創設義務的方式，使得遺囑、契約和其他自行安排得以生效的規則；4. 存在決定規則是什麼、何時被違反，並因此確定懲罰或賠償的法院；5. 存在制定新規則、廢除舊規則的立法

機關。(p.3.)^[16] 簡單說，法律專家的意見紛亂並未影響普通人的生活，於是就不禁這樣發問：對普通人的生活而言，這個問題和這些紛亂的意見還有意義嗎？我想，如果你已經是法哲學中人，你將很習慣對你工作的這類指責。

第三，之所以存在普通人和法律專家之間的巨大落差，這是不是因為存在着原始法律或國際法這樣的可疑事例呢？哈特提出了這種可能，但基於兩個理由，隨後就予以全面否定：其一，每個人都知道這些可疑事例的存在，所以人們並沒有爭議於它們的可疑；其二，更重要的是，如果把意見紛亂的可疑事例叫做邊緣事例，那麼也會存在清楚的標準事例，並且依據二者的區分標準，就能夠知道哪些事例是標準的、哪些是邊緣的。但法律這件事情遭遇的情形表明，被挑戰的並不是判斷那些事例是邊緣的，而是那個區分標準本身。(p.4.)

正是因為，區分法律之標準事例與邊緣事例的標準本身遭遇了挑戰，因此只是重複普通人知道的那五項內容，並不能消除思想者的意見紛亂，而且這些內容本來就是該標準本身所許可的。或者這樣說，之所以這五項內容是法律鮮明的特徵，其實就是遵照該標準本身得出的答案；反過來講，如果不能明確那個標準，那麼這些內容將會變得不確定，甚至乾脆就是錯誤的。而這個標準，就是“法律是什麼？”這個問題的答案。

或許可以稍微發揮一下：關於法哲學或者法律是什麼的問題，存在着法律專家的意見紛亂和普通人的處之泰然，於是法哲學似乎無關日常生活。然而，如果專家的意見紛亂發生在“什麼是法律的標準事例”上，那麼普通人的處之泰然也將是標準事例的結果；進而，如果標準事例是含混的，普通人的確能得出一些關於法律的正確認知，但這些認知既不全面、也不穩定。如果再加上我前面講的法律的重要性，那麼就意味着普通人的生活必將因此受到影響，所以就理由仔細討論法律的標準事例問題。既然標準事例涉及到區分標準，並且這個區分標準就是對“法律是什麼？”的回答，那麼法哲學就是至關重要的問題。

(二) 定義

第三節的名字叫做“定義”(Definition)。你可以把這一節視為哈特對奧斯丁方法論的驗算過程，所以就很有必要先稍微討論一下奧斯丁的方法論。簡略來說，奧斯丁是這樣展開的討論的：^[17] 恰當(proper)意義的“法律(laws)”，就是命令(commands)；不是命令的法律，就是“法律”一詞的不恰當用法。所有恰當意義的法律和不恰當意義的法律加起來，可以被劃分為以下四個類型：1. 神法或上帝之法；2. 實在法(positive laws)，即作為法學研究對象的、嚴格意義的法律；3. 實証道德(positive morality)；4. 比喻或隱喻的法律。非常明顯，只有神法和實在法是恰當意義的法律，因為它們都是命令，所以就將實証道德和比喻或隱喻的法律，排除在法律的範圍之外。然後，再通過把神法納入到倫理科學，將它也排除在法學之外。最終，在奧斯丁看來，準確意義的法律，就只有實在法。^[18]

從方法論的角度看，奧斯丁採取了一種定義的方法；也就是，將“法律是什麼？”的答案，等同於對“法律(laws)”一詞的分析。簡單說，回答“法律是什麼？”，就等於在發現“法律”一詞的含義(meaning)。理論上講，這被叫做一種語義還原論或者語義化約論(semantic

[16] 我之所以不厭其煩地重述這些文字，是因為如何將它們安排進一個統一的框架中，本來就是驗算概況下是否有有效的標準之一，這涉及對從第三章到第五章很多內容的理解。

[17] See John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Hackett Publishing Company, 1998, p.1.

[18] 之所以前文說“法哲學”是從奧斯丁開始的，就是因為是他將法哲學的對象，即法律，明確為“實在法”。這有別於之前所有關於法律的“哲學討論”。

reductionism)。雖然以上這些抽象說法，你可能根本不熟悉，但中國各式法理學教科書的一開頭，其實普遍採用了這種做法，當討論法律的定義時，它們幾乎不約而同地從法的詞源開始。例如，都會先說明“法”的最初寫法是“灋”，並且由於它在構詞法上由三個不同部分組成，合並對這三個部分的意義的理解，就出現了對“法（律）”一詞的完整含義。

定義法或者語義化約論的做法，存在一些明顯的缺陷。還是拿中國的例子來說。非常明顯，在中國漫長的法律歷史中，用“法”來指代今天的法律，並不是普遍的做法，大致上只有遙遠的戰國時期（李悝制定《法經》六篇）和清末變法之後，其他更長的時間被“刑”和“律”來指代；尤其是“律”，上迄商鞅、下至清末。因此，似乎“律”之“均佈”的含義，才是漢語中“法律”最恰當的意義，但這基本上未獲得充分的關注。而且，由於語詞的含義是變化的，即使“灋（法）”的最初的確由那三個部分的含義組成，但後來也可能發生關鍵性的變化。何況，這個歷史已經說明，用來指代今天法律的語詞，除了法、刑、律之外，未來也有可能出現其他的語詞，例如“規”或“則”，沒人敢徹底否認這種可能性。以上簡短的分析表明，通過語義來分析法律含義的做法，其實意義相當有限。

哈特給出的回答是更加徹底、也更哲學化（一般化）。在他看來，定義法的基本條件就是藉助“屬+種差”（*per genus et differentiam*）來實現的。但很多時候，並不能夠找到這樣的定義，而且就是找到了，該定義也絕非清楚無疑的。因為定義得以成功的條件經常是無法滿足的。這主要表現在“屬”上，即使對於一個事物屬於哪個屬是無疑問的，但如果對該種屬存在着模糊和混亂的觀念，那麼“該事物屬於該屬”的回答，其實並沒有提供實質的幫助。還是使用哈特的例子。如果認為法律屬於“（行爲）規則”（*rules of behaviour*）這個家族，那麼規則就成了法律的屬，似乎接下來只需要找到法律與規則家族中其他成員之間的種差，那麼就足以明確定義法律。然而，規則的概念和法律的概念同樣令人困惑，（p.14-15.）因此“法律屬於規則這個家族”這個定義，即使在表面上當然能夠成立，但它仍絲毫無法推進對法律的理解。

所以，哈特在這一章末尾總結道：本書的目的並不是提供一個法律的定義，即法律一詞必須參照規則來檢驗其正確與否；它試圖通過提供一種關於國內法體系之獨特結構的優越分析（*improved analysis*），來將法理論的研究推進下去。（p.17）至於什麼是哈特的優越分析，這對於初學者來說，是個艱難的話題，它甚至艱難到目前尚難理解的程度。而且，這件事情的爭議性本來就巨大無比，所以我將就此打住，不讓它成爲接下來展開驗算的障礙。你只需要記住一點，雖然哈特的方法論經常被叫做“概念分析”（*conceptual analysis*），雖然你並不知道它就究竟是什麼意思，但它肯定不是“定義”的意思；但很多人在一開始，就直接將概念分析等同於下定義，這是哈特明確反對的。或許，另外一種說法更不像托詞：在驗算的步驟中，方法論的部分通常是處於最後的部分，所以爲了能從學科教科書上學到法哲學，那麼請先把這個部分放在一旁。

五、《法律的概念》第一章的第二節^[19]

現在，需要回到《法律的概念》的第一章第二節了。僅從篇幅上講，這一節的重要性就很明顯，英文版本的第一章總共有17頁，1-6頁（五頁半）是第一節，13-17頁（四頁多一點）是第三節，6-13頁（七頁多一點）是第二節，第二節的篇幅略小於第一節和第三節的總和。從全書的結構

[19] 本節的最初形態參見，陳景輝：《哈特〈法律的概念〉導讀》，載《台灣法學雜誌》第189期（2011年），第29-31頁。（特此感謝王鵬翔教授的撰文約請。）

上，第二節的重要性更加明顯，如前所述，該書的鋪排基本上按照第二節所設定的問題展開，雖然並未完全遵照其中的問題順序安排。因此，是否充分理解第二節的內容和結構，決定着讀者是否能真正讀懂這本書，是否能恰當理解法哲學，所以我將花費一整節的篇幅來處理這一節。

前文已經提過，哈特在這一節中，區分出三個反復發生的主要議題，它們分別是：法律與命令的關係、法律與道德的關係以及法律與規則的關係。哈特的上述區分幾乎人所共知，但一些對他的疑惑，還是不可避免地出現了。第一，哈特應該已經感受到的疑惑：為什麼這三個議題結合在一起，成為對“法律是什麼”這個問題的回答？成為對“法律的性質（nature）或本質（essence）是什麼”這個更晦澀問題的回答？第二，哈特可能並未感受到的疑惑：這些問題，究竟是“哈特的問題”、還是“法哲學的問題”？如果它們只是“哈特的問題”，那麼這似乎在一開始就需要讀者成為一個哈特主義者（Hartian），否則就沒有理由關注這些問題；如果所有對法哲學感興趣者，都有理由來關注這些問題以及它們之間的組合，那麼就必須得證明它們是“法哲學的問題”。^[20]

這兩個疑惑，其實是同一個疑惑：法律與命令的關係、法律與道德的關係以及法律與規則的關係，究竟是三個單獨或相互獨立的問題、還是一個大問題的三個組成部分？如果是後者，那麼這個大問題就是關於“法律是什麼”的法哲學問題嗎？或者說，除了這三個問（議）題之外，法哲學或者“法律是什麼？”就不蘊含其他的問題了嗎？這三個問題及其組合已經窮盡了對法律性質的追問嗎？要想同時解開這兩個疑惑，在上述問題上就必須給出“是”的回答。對此，哈特做出了兩處非常清楚的表述，以下將以這兩個表述為核心展開。

（一）義務性（非任意性）

先來看“法律與命令”和“法律與道德”這兩個問題是如何組合在一起的。當哈特在具體分析這兩個問題之前，寫下一段非常著名的文字：“這些（三個）議題中的兩個，是以如下方式產生的：法律於所有時空中之最突出的一般性特質是，它的存在本身即意味着，某種人類行動不再是任意性的（optional），而是具有某種義務性的（obligatory）。但法律這個貌似簡單的特性，事實上絕非單一的，因為可以將非任意或義務性領域的行動，區分為不同的形式。”（p.6.）如果仔細閱讀這句話，你將會很容易得出以下兩個結論：第一，法律凸出的性質就在於，它的存在使得一些人類行動變成義務性的；第二，義務性的行動可以有不同的形式，且只有兩個不同的形式，所以哈特才會說“三個議題中的兩個”跟這件事情有關，即法律與命令、法律與道德這兩個議題，均與義務性有關。或者說：命令與道德，均直接關係到如何理解法律的義務性。

於是，哈特緊接着上句話，馬上寫到：“一個行動不再是任意的”之最初和最簡單的形式，就是一個人被強迫按照另外一人之所言行事；如果他拒絕，後者就會以不愉快的結果來威脅他。因此，奧斯丁這樣的人士，就從中發現了法律科學的關鍵，因為這種以懲罰為後盾的命令所帶來的非任意性，就是法律的存在所導致的義務性。（p.6-7）正是由於命令引發的非任意性可以匹配法律的義務性，於是法律與命令的關係，就一直潛伏在“法律是什麼”這個問題的背後，成為法哲學上的一個基本議題。簡單說，一旦肯定“其存在必然引發義務性”是法律的核心屬性，那麼用命令的非任意性來解釋法律的這個性質，就成為一個非常合乎情理的自然選擇。

哈特稍微反省了一下法律與命令的說法——例如這幾乎只能匹配刑法——之後，馬上就說：“一個行動不再是任意性、而是義務性”的第二種方式，導致了第二個議題，即法律與道德關係的議題。因為，道德規則通過課予義務，將一個人按其所好自由行事之任意性，排除在某些行為範圍之外。（p.7.）簡單說，當某一行為領域存在相關道德規則時，就意味着該領域的所屬者不再具備任意行為的可能性，他的行動因而具備義務性。所以，以道德的非任意性來說明法律的義務性，就

[20] 按照我的授課經驗，這是讀者在打開這本書時的第一個障礙。

成爲以命令的非任意性來這樣做之外的另一個選擇。採取這種方案的法理論，就是經常所說的自然法理論或者反實証主義。

綜合以上討論將會發現，如果承認義務性或非任意性是法律的核心屬性，並且命令（強制）和道德（規則）同樣且分別具有鮮明的非任意性，那麼要想說明法律的基本性質，其實就只剩下兩個選擇：或者必須藉助命令（法律是命令），或者藉助道德（法律是道德），此外並無其他可能。所以，命令（強制）和道德，看似是兩個完全不同的事物；但它們其實是“法律之義務性”，這個同一問題的兩個不同備選答案而已。於是，你就理解了另外兩件事情：第一，爲什麼無論是將法律視爲命令的奧斯丁，還是將法律視爲道德的自然法論者，他們的主張都具備最初的說服力。第二，儘管這兩個議題的確是由哈特區分出來的，但它們是“法哲學”的問題、而不是“哈特”的問題，因爲它們是回答“法律是什麼”的問題所必需的；既然是必需的，也就意味着，即使你不同意哈特的主張，但也只能接受這個一開始的區分。

（二）更一般

現在，一個極其嚴峻的問題呈現在哈特面前：既然法律與命令和法律與道德這兩個議題，已經壟斷了對於“法律是什麼？”這個問題的可能答案，那麼“法律與規則之間關係”這第三個議題還有存在的必要嗎？當然是有必要的，僅從哈特所花費的篇幅上看就是如此：第三個議題的內容，一共花掉了五頁的篇幅（p.8-13.），這比前兩個議題合在一起的篇幅都大，它們總共只佔據了兩頁多一點的篇幅（p.6-8.）。但篇幅就足以充分說明重要性嗎？

哈特在這部分的一開頭，明確表示說：持續引發“法律是什麼？”這個問題的第三個議題，是個“更加具備一般性”（a more general）的議題。然後，他緊接着就說：“法體系由規則組成”是個很難質疑、也很容易理解的陳述，所以無論是同意“以威脅爲後盾的命令”是理解法律之關鍵的那些人（例如奧斯丁）、還是認同“與道德或者正義之間的關聯”是理解法律之關鍵的那些人（例如自然法論者），他們都會認爲，即使法律可能主要不是由規則構成，但是其中至少也包含着規則。說完了這些內容之後，哈特馬上就轉向了這個陳述所面對的各種質疑，它們主要是：什麼是規則？說“存在一項規則”意味着什麼？法院真得是在適用規則、還是只是假裝這樣做？（p.8.）隨後剩下的所有篇幅，都用來進一步闡明這些質疑，讀者幾乎很難發現任何關於“更具一般性”的進一步線索。這就不能不引起一個關鍵的疑問：憑什麼說相比於第一個和第二個議題而言，第三個議題更具備一般性呢？

顯然，僅提供“奧斯丁和自然法論者都同意法律之中包含規則的主張”這個理由，絕對是不夠的，因爲他們還可能存在其他方面的共識，例如他們都會認爲一定存在法院，但法律與法院之間關係的議題，卻並沒有作爲第四個議題納入討論。所以，還是得回到“更具一般性”這個斷言中做進一步仔細的分析。那麼，應當怎樣理解第三個議題更具一般性呢？如果你將一般和具體作爲一對對稱的範疇，那麼這勢必意味着：“法律與規則”更一般，“法律與命令”和“法律與道德”更具體；同時，由於後兩個議題均來自於“法律的義務性、而非任意性”，那麼就只剩下了兩種可能：或者“法律與規則”比“法律的義務性”更一般，所以它也比兩外兩個議題更一般；或者“法律與規則”就是“法律的義務性”，所以它比兩外兩個議題更一般。

但由於哈特在這一節的一開始就說過：義務性是“法律於所有時空中之最突出的一般性特質”，第一種可能性就必須放棄，因爲這等於說義務性不再是“最突出的一般性特質”了。所以，第二種可能就是唯一的可能，即“法律與規則”的議題所蘊含的內容，就是關於“法律的義務性”的內容。哈特對此给出了一些零散、但清晰的說法：描述規則時，必須使用“必須”（must）、“應該”（should）、“應當”（ought to）之類的語詞（p.10.）；對法官來說，規則不但是他

的“指引”(guide)，而且當違法者違反規則時，規則還成爲施加懲罰的理由(reason)和根據(justification)(p.11.)。現在請思考這樣的問題：“法律的義務性”應如何描述呢？描述者必須得使用“必須”、“應該”、“應當”這樣的語詞；對於法官來說，“法律的義務性”意味着什麼呢？這必然意味着，法律“指引”法官的行爲，或者是其行爲的理由和根據。

這樣一來，已經有充分理由將這三個問題合並成一個問題了，這就是“法律是什麼？”或“法律的性質是什麼？”的問題。一方面，由於法律的突出性質就是義務性或非任意性，(法律與)命令和(法律與)道德，就成爲說明“法律之所以具備這個屬性”的兩個最自然、也是最初的選擇；另一方面，對於“如何理解法律的義務性”而言，(法律與)規則就成爲最主要的概念工具，即如果法律是規則，那麼它就是義務性、而非任意性的。於是，看起來是三個不同的議題，實際上就被合並成一個關於“法律是什麼？”或“法律的性質是什麼？”的單一問題。如果你對哈特所使用的表述或概念不理解，那麼我給你換成今天更常用的語詞：法律的義務性，就是“法律的規範性”(the normativity of law or law's normativity)。

一旦明白了這個關係，那你就理解哈特的論證結構了：緊接着第一章的二、三、四三章，就用來摧毀以命令(強制)來說明法律的義務性的做法，這是奧斯丁這個曾經的法哲學英雄的豐功偉績。然後的五、六、七三章，就通過處理法律與規則的問題，得出法律是初級規則和次級規則的結合，並且其中的關鍵是作為社會規則的承認規則的結論，這就是哈特自己的不可磨滅的貢獻。隨後的八、九兩章，用來處理法律與道德關係，來解釋爲何法律會跟正義這個獨特價值很容易發生關聯，法律和道德到底區別是什麼，以及如果法律就是道德化身，那麼就無法保持對法律的道德批判，而這是至關重要的。最後的第十章，關注的則是國際法這個可疑或邊緣的事例，並且如何用初級規則和次級規則的結合來理解國際法的性質。但這些極爲精彩的內容，只能留待讀者自己去慢慢探索了。

六、結語

如果你能不由自主地讀到了現在，並且已經將《法律的概念》這本書拿在手邊，來驗證我的說法是不是胡亂發揮，然後還有興趣停下來思考一下，哈特究竟是不是這樣想的，那麼恭喜你，你已經具備慢慢進入法哲學的最初可能。接下來，我建議你把這本書慢慢讀下去，就按照我剛才給你展示的那樣，一點一點地驗算下去。我不想以宣揚哈特的貢獻來結束這篇文章，就像我一開始說過的一樣，蓋棺定論，只適合思想史上的沉寂者。肉體已逝的哈特是枯萎的英雄，他雖然只能停留在原地，無法再陪伴着後來者一同前進，但他的火把還沒有熄滅，仍然在黑暗中照亮法哲學的前程。但英雄都是悲壯的，我們這些後來人的任務，就是去努力地熄滅哈特手中的火把。當火把熄滅或哈特位列思想史，那就代表着我們在法律性質問題上的另一個偉大進步，這一定是哈特想要的那個進步，就像他親手熄滅了奧斯丁手中的火把一樣。

Abstract: Since law is important, only the enterprise of philosophy of law, which ‘deals with law in a philosophical or generalised way’, can properly match the importance of law. At the same time, since philosophy of law is concerned with the abstract nature of law, engaging in philosophy of law research cannot be based solely on experience and intuition, and its nature is also very different from the study of the history of ideas. On the contrary, this research needs to go back to the textbooks of the discipline, which contain many conceptual tools for understanding the discipline, and treat them with a repeated verification approach. Hart’s *The Concept of Law* is the discipline textbook for legal philosophy, given that his theory is still dominant in legal philosophy. Finally, this article uses Chapter 1 of *The Concept of Law* as an example to illustrate the verification work of legal philosophy research.

Key words: Philosophy of Law; History of Ideas; H.L.A.Hart; *The Concept of Law*

(責任編輯：張竹成)

多數人之債類型的體系性重構

雷秋玉*

摘要 多數人之債的體系問題是民法研究中的一個難點，前人的研究已經很豐富，但是體系的完備性、清晰性、合邏輯性等方面仍有提升的空間。從債的歸屬層面，建立起共有之債與非共有多數人之債的宏觀體系，切合我國民法規範的現實，也有利於高屋建瓴。在對可分之債、不可分之債進行體系建構時，按照羅馬法傳統，以債的標的是否可分為標準，而非以給付的標的是否可分為標準，始可在混沌的體系中劃出清晰的界線。而在主體關聯的角度，在我國立法制度的按份之債、連帶之債二元體系之外，再加上協同之債或者共同之債作為第三元，才能夠較全面建構起與可分之債、不可分之債體系對應的另一體系，並真實反映共有之債的邏輯對應需求。

關鍵詞 共有之債 非共有多數人之債 不可分之債 協同之債 共同之債

多數人之債是主體為複數的債，不少立法文本與學者論著直接以“多數債權人”和“多數債務人”命名。目前我國《民法典》立法明確確立的多數人之債的類型僅按份之債與連帶之債。這一規範格局與我國學者對於多數人之債的理論設想差距甚大。本文認為，當前多數人之債的學理方案，還存在涵蓋不夠全面、邏輯不夠周延的弊病。本文擬從債的歸屬、債的標的、債的主體關聯三個不同的層面和視角，對我國多數人之債的體系進行體系重構，以期全面清晰地呈現多數人之債的體系，裨益民法知識論與民法制度的發展。

一、文獻回顧

（一）三份民法典草案建議稿的多數人之債體系

該部分主要涉及梁慧星主編的民法典草案建議稿（下稱梁慧星建議稿）、王利明主編的民法典草案建議稿（下稱王利明建議稿）、徐國棟撰寫的綠色民法典草案（下稱徐國棟建議稿）。^[1]

梁慧星建議稿債權總則編以 23 個條文分別規定了按份之債、不可分之債與連帶之債。^[2] 物權

* 雷秋玉，廣西師範大學法學院教授，廣西地方法治與地方治理研究中心研究員。

[1] 選擇這三個草案建議稿，帶有隨機的意義，也因為這三個草案建議稿在中國較具典型性，但並非因為它們是僅有的三個民法典草案建議稿。

[2] 參見梁慧星主編：《中國民法典草案建議稿附理由：債權總則編》，法律出版社2006年版，第61-83頁。

編準共有規則^[3]的總括性規定為第405條。該條之後，草案的相關說明對“所有權以外的財產權”的範圍，明定包括“擔保物權、探礦權、漁業權、水權、著作權、專利權、商標權、債權等”。建議稿第393條第2款、第3款規定：基於按份共有物發生的債權為可分的，各共有人僅能按其應有份額向第三人提出請求；為不可分的，各共有人有權為全體共有人的利益提出請求。因按份共有物產生的對第三人的義務為可分的，由各共有人按其應有份額分擔；為不可分的，由各共有人承擔連帶責任。”建議稿第402條規定：因共同共有物產生的對第三人的權利，各共有人應當為全體共有人的利益行使。因共同共有物產生的對第三人的義務，各共有人應當承擔連帶責任。

王利明建議稿債法總則編以28個條文分別規定了可分之債與不可分之債，按份之債與連帶之債。^[4]通過對全建議稿的檢索發現，該建議稿僅在物權編對共有關係所生之債規則進行了設計處理。準用的總括條款為802條，該條規定：“數人按份共有或者共同共有所有權以外的財產權的，準用本節關於共有的規定。”在立法理由中建議稿說明了準用的財產權範圍：用益物權、擔保物權、智慧財產權和債權。王利明建議稿中欠缺如梁慧星建議稿中第393條第2、3款類似的內容，直接與多數人之債的類型體系有關聯的條文有第792條、第802條。^[5]第792條是關於按份共有分管協定規則，其第2款規定：“因分管物致他人損害，各共有人都應當對受害人承擔賠償責任。”此系按份責任還是連帶責任，並不清楚。第802條是關於共同共有人的權利義務的規定，其第3款規定：“因共有財產的經營管理而對第三人產生義務的，各共同共有人對第三人承擔連帶責任。”

徐國棟在《綠色民法典草案》第二編“財產關係法”第七分編“債法總則”規定了債的類型。^[6]在該部分，按份之債有10個條文，連帶之債有32個條文，可分之債12個條文，不可分之債17個條文，由此構成了多數人之債的基本框架。該建議稿主要在物權法編處理共有之債的問題。物權法編第268條是準用的總括性條款，規定：“所有權以外的財產權歸數人所有時，發生‘準共有’。本章關於共有的一切規定，在性質相宜的範圍內，都準用於準共有。”物權編第286條規定了按份共有所生債務的規則：（1）契約之債。分兩種情況：第一，部分共有人成立的。如果未約定承擔連帶責任，先由成立該債務的共有人清償。先成立的該債務人的共有人如果超過一人，應當為按份之債；如果約定了連帶責任，由全體共有人承擔連帶清償責任。第二，共有人共同成立的。既未明確各自份額也未約定連帶責任的，全體共有人依均等的份額對債權人負責；明確了各自份額而未約定連帶責任的，全體共有人按約定份額對債權人負責；約定了連帶責任的，由全體共有人連帶的對債權人負責。（2）侵權責任：共有物侵害他人人身或財產權益的，全體共有人承擔連帶責任。徐國棟建議稿物權編對於共同共有所生之債未設一般性規定。

（二）民法典建議稿外學者方案中的多數人之債體系

此處選擇王洪亮、李中原與齊雲在其學術論著中提出的方案為代表。

[3] 參見梁慧星主編：《中國民法典草案建議稿附理由：物權編》，法律出版社2004年版，第197頁，第206頁，第208頁。

[4] 參見王利明主編：《中國民法典學者建議稿及立法理由·債法總則編·合同編》，法律出版社2005年版，第88-109頁。

[5] 參見王利明主編：《中國民法典學者建議稿及立法理由·物權編》，法律出版社2005年版，第183頁，第194頁，第200頁。

[6] 參見徐國棟：《綠色民法典草案》，社會科學文獻出版社2004年版，第460-465頁，第476-480頁。該草案分別以“債的當事人”之下規定按份之債與連帶之債，“債的標的”之下規定可分之債與不可分之債。這與梁慧星、王利明主編的民法草案建議稿不同，此草案更為強調可分之債與不可分之債劃分的“物性”標準，強調它的劃分與多數債權人或者多數債務人無涉，例如草案第166條就明確規定，當債權人與債務人僅有一人時，應作為可分之債履行。

按照王洪亮的方案，多數人之債被簡要區分為多數債權人與多數債務人。其中，多數債權人包括按份債權、連帶債權和債權人共同體。債權人共同體的本質在於“僅存在一個受領主管”，也就是說，須共同受領給付，對於債權的處分（例如讓與、免除、解除）也需要共同為之。^[7] 債權人共同體具體可分為共同共有債權人、按份共有債權人、不可分債權人。上述“僅存在一個受領主管”和須共同受領的規則，對按份共有債權人一體適用；上述對於債權的共同處分的規則，不適用於按份共有債權與不可分債權：按份共有人可以自由處分其債權份額。而不可分債權人可以自由處分其債權，例如甲、乙共同租了一輛車，甲可將其租用汽車的權利讓與丙。多數債務人則包括按份債務、連帶債務、不真正連帶債務、債務人共同體。不真正連帶債務與連帶債務共同歸屬於連帶債務的範疇，學術界已有共識。^[8] 債務人共同體可分為共同協力債務、共同共有債務。^[9] 共同協力債務有其特殊性，即需要每個債務人的共同合作，例如樂隊。共同協力債務可表現為按份債務（對具體的每個債務人）、連帶債務（如債不履行後的損害賠償之債）、共同共有之債（例如債務人皆為某合夥的成員，並具以成員身份）。共同共有債務，涉及到共同共有幾種常見形態：合夥、夫妻共有、共同繼承。三種共同共有的形態，“以特別財產承擔責任”為其共同特徵之一，但是合夥是個例外。因為合夥責任包括以合夥財產承擔的責任，也包括合夥人的個人連帶責任。^[10]

在李中原方案中，可分之債與不可分之債被認為是多數人之債的基架。在此基礎上，可分之債被劃分為按份之債、連帶之債；不可分之債被劃分為連帶之債與協同之債。協同之債涵攝“協同關係”與共有關係。共有關係包括按份共有與共同共有。協同之債的核心是“協同性”，協同性的確認有兩種方式：一是當然的協同性，二是推定協同性。確認的基礎是不可分之債，也就是說只有不可分之債，才有可能被確認其協同性。當然的協同性是根據不可分之債的性質或者目的可以當然認定具有協同性的多數人之債。準共有之債與共同共有之債因其觀念上的不可分而具有當然的協同性。其他具有當然協同性的債，可能包括以特定物為給付標的債、有確切證據證明的約定為協同工作的債，等等。推定的協同性，指按照對債權人“最有利”，“最穩妥”的兩條標準推定出來的協同性。該方案認為，不可分債權不能確定其類型時，可能被推定為按份債權、連帶債權和協同債權，但出於最穩妥保護債權人權利的目的，推定其為協同之債，從而具有協同性。如系不可分債務，推定其系連帶債務。這一方案主張將上述推定法則適用於整個債的領域，可分之債會有何種面貌，該文並未提供，只能做一推論：有明確約定的，按照約定，可能被約定為按份之債、連帶之債、協同之債。如果無約定，或約定不明，按照“最有利”，“最穩妥”保護債權人的標準，多數人債務推定順序應是連帶債務、協同債務與按份債務，多數人債權的推定順序應是協同債權、按份債權與連帶債權。^[11]

齊雲的方案與上述兩位學者都不一樣，認為我國在多數人之債的基本類型上，可借鑒2014年《阿根廷民商法典》，增加可分之債和不可分之債這一新的分類，同時將協同之債作為不可分之債的下位概念來特別規定，這樣既保持了立法的簡潔性和經濟性，又保持了立法的完備性和針對性，從而才能建構一個邏輯清晰、體系完備的多數人之債制度：以債的主體的相互關係為標準區分按份之債與連帶之債，以債的標的（給付）的可分與否為標準區分可分之債與不可分之債。^[12]

（三）簡評與問題意識

[7] 參見王洪亮：《債法總論》，北京大學出版社2016年版，第489頁。

[8] 參見鄭玉波：《民法債編總論》（修訂第二版），中國政法大學2004年版，第426頁。

[9] 參見王洪亮：《債法總論》，北京大學出版社2016年版，第485-486頁。

[10] 參見王洪亮：《債法總論》，北京大學出版社2016年版，第503-504頁。

[11] 參見李中原：《多數人之債的類型重構》，載《法學研究》2019年第2期，第42-58頁。

[12] 參見齊雲：《論協同之債》，載《法商研究》2020年第1期，第143-156頁。

首先，現有研究對共有之債^[13]的處理欠妥。就三份學者建議稿而言，梁慧星的三分法與王利明、徐國棟的四分法趨於一致，都沒有專門的章節涉及共有之債的領域。這種做法其實即是現在《民法典》立法格局，這種格局令共有之債地位顯得十分模糊。三位學者方案對共有之債的處理呈現了這種模糊性帶來的後果，且差異巨大。如果不能妥善處理共有之債，多數人之債的體系將失去非常重要的一維。

其次，對不可分之債的界定不合理。《民法典》並沒有明確規定不可分之債，但是從債履行的角度考慮，不可分之債是一種現實的存在，這並不取決於《民法典》的明確規定。然而，從合邏輯的視角看，與不可分之債對應的一元應是可分之債。在債之履行的角度，不可分之債與可分之債涉及到的是債的標的能否部分履行，以及部分履行能否發生部分履行效力的問題。這在方面，我國現行研究執著“可分”與“不可分”角度，望文生義，顯有偏頗，也致其與按份之債與連帶之債產生混淆。

最後，是否的確需要按照按份、協同、連帶之債的體系，建立起與可分之債、不可分之債的關聯多數人之債，還是維繫原有的按份之債、連帶之債的體系，有必要深入討論。從邏輯上講，在多數人之債的語境下，債的履行還涉及到各債權人或者債務人之間因債的履行發生的主體關聯問題，這種人之間的關聯，按照角色分配嚴格程度不同，可以區分為按份、協同、連帶等狀態。按照通俗的表達，按份即各自履行各自的義務，基本上彼此並無關聯；協同即各自履行各自的義務，但是需要彼此配合；連帶即各自履行各自的義務外，對其他債務人的義務也有履行的責任。依此，從多數人關聯狀態的角度，將多數人之債區分為按份之債、協同之債、連帶之債是符合債的實質形態的。但是這種邏輯上的精妙推衍，是否確有必要，對按份之債的必要限制，是否同樣可以達到與協同之債的目的。

二、歸屬層面建構共有之債與非共有多數人之債的區分體系

有必要在進行更為微觀的多數人之債體系建構之前，在宏觀層面承認共有之債與非共有多數人之債二元區分體系。此舉在於令此二種多數人之債的區分顯形，而不是讓這種區分繼續處於多數人之債的模糊混沌的體系之中。

(一) 共有之債與非共有多數人之債是“一債多人”與“多債多人”的區分，對此民法學界並非沒有認識

中國台灣地區學者依“一債多人”與“多人多債”的標準，將兩種不同的多數人之債的體系進行區分，乃是一種學術自覺。

史尚寬的多數人之債體系較為複雜，除通常而言的可分之債、連帶之債與不可分之債外，尚有債權債務的準共有關係及公同共有關係、協同之債。債權債務的準共有關係及公同共有關係之意義在於，在多數人之債中，有數個債權人共有一個債權或數個債務人共承一個債務的情形，各債權人不得單獨請求給付債的全部或一部，而各債務人也需僅得以共同的形態被請求為全部或一部之履行。^[14]由於協同之債在史著中被視為不可分之債的特殊形態，^[15]故史尚寬的多數人之債體系簡化後，乃是一個由可分之債、連帶之債、不可分之債外加準共有關係及公同共有關係的體系。

[13] 本文以共有之債涵攝準共有之債與公同共有之債，或以之統攝按份共有之債、共同共有之債，以吻合我國《民法典》關於共有的規定。

[14] 參見史尚寬：《債法總論》，中國政法大學2000年版，第635頁。

[15] 參見史尚寬：《債法總論》，中國政法大學2000年版，第699頁。

黃立的論述中也可見準共有之債、共同共有之債與可分之債、連帶之債、不可分之債的區分。^[16]

鄭玉波一方面承認由中國台灣地區“民法”第271條至第292條規定確立的可分之債、連帶之債與不可分之債的類型外，認為尚有同樣其“民法”規定而存在的準共有之債及共同共有之債。認為這兩種類型的多數人之債，與前述三種多數人之債在主體為複數上並無不同，但卻存在以下差異：一是前三種主體為複數，債之關係亦為複數，而後兩者主體雖為複數，但是債之關係卻為一個，為單一之債；二是在原因上，認為前三者因給付同一內容或目的而發生，而後二者因債之關係的歸屬相同而發生；三是在債的對外效力、對內效力，以及就當事人之一所生事項的效力，前三者與後二者亦存不同。進一步考察其效力：（1）可以發現準共有之債與不可分之債似多有相似之處，但其與不可分債權仍存在細微區別，例如前者與所有權問題息息相關而不可分債權無此關聯、前者對內對外都有份額觀念而不可分債權對內對外有區別，即前者的應有部分對內對外是一致的，而不可分債權對外是整體性的，對內是有份額的。但是這種份額上的差異，並未影響準共有債權人對外行使權利的整體性，各債權人只能請求債務向全體債權人為給付，債務人也僅能向全體債權人為給付。（2）共同共有之債的特殊性較為明顯，例如：共同共有債權無絕對生效事項與相對事項的區別，都是絕對生效事項，而不可分債權有此區別；共同共有債務人對外負責的財產，通常為共同財產，於共同財產之外，尚須以個人財產負其責任，而不可分債務人之間無共同財產以共同負擔對外債務。^[17]

（二）債的共同體與按份之債、連帶之債並列的方案，存在邏輯層次混淆的問題

王洪亮在其論著中將按份之債、連帶之債（含連帶之債與不真正連帶之債）與債的共同體並列為多數人之債的三元。然而債的共同體成員之間，無論是按份共有還是共同共有，因此種共同關係而發生的債，在人之關聯的角度觀察，如無特殊約定，按照通說，其不是按份之債，就是連帶之債，而按份之債與連帶之債，有因非共有關係而發生者，亦有因共有關係而發生者，這樣一來，被並列共置的按份之債、連帶之債勢必與債的共同體所生之債發生交叉重疊。這種三元並置的方案，邏輯上不妥當之處甚明，徒增困擾。

再者，以上三元之中的共同體之債的設想，是將共同體的概念擴展而同時包含按份共有、共同共有與不可分之債。不可分之債，在給予之債的法律關係裡，系指給予的標的為單一物且不可分，或者指給予的標的雖非單一物，但是其組成部分連結為一體不可分；而所謂的“不可分”，是指不可為部分給付，或者說部分給付無效。^[18]如果系行為之債，則所為之行為或為單一行為，只能完整履行，或為多個行為的組合，但作為完整給付各組成部分的行為，無論是異時完成還是同時完成，亦不能為部分給付，部分給付無效，或者部分給付等同于未給付。在不可分之債的給付可被劃分為數個組成部分，且數個組成部分與特定的債務人或者債權人緊密結合，且不允許角色替代時的確會產生人與人之間的“不可分”現象，但是同一概念指代兩種不同現象的事情，在邏輯上難以成立，勢必需要另一個不同的概念進行置換。再者，需要指出的是，不可分之債如無各個組成部分或者雖有各個組成部分但是其與債權人或者債務人並無嚴格的角色搭配的強制要求的話，這種債可以同時是連帶之債。例如，甲乙丙共同投標，與丁簽訂建設工程合同，其中甲乙丙各自負責建設工程的某個組成部分，但是必須全部完成始視為合同履行完畢。但是對甲乙丙之間的分工，合同並未強

[16] 參見黃立：《民法債編總論》，中國政法大學出版社2002年版，第602-607頁。

[17] 參見鄭玉波：《民法債編總論》（修訂第二版），中國政法大學2004年版，第420-424頁。

[18] 對此下文將詳述。See *The Digest of Justinian*, Vol.4, translated by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1998, p.164.

制性要求必須各自獨立完成。那麼如果工程因為乙的違約不能整體完成時，甲丙可以替代乙完成其建設工程部分，以履行債務，同時丁也可以請求甲丙完成乙未完成的部分建設工程，此時實際上存在甲乙丙之間的連帶債務關係，但是從建設工程分成各部分，且各部分必須組合為一個整體從而整體完成的而不能部分完成的角度看，這種債務亦是一種不可分之債。對於給予之債與行為之債的上述兩種情形，《德國民法典》第431條規定各債務人按照連帶之債負責任，^[19]《日本民法典》第428條與第430條分別規定了性質上不可分的不可分債權與不可分債務準用連帶債權與連帶債務的規則。^[20]最後，因按份共有或者共同共有關係所生之債，未必就能夠避開不可分之債，例如，在我國法律中，合夥人對合夥財產是有份額的，但是合夥對外所生債務，如果在債的標的角度為不可分之債的，那麼按份共有人對此不可分之債應承擔連帶責任，即每個按份共有人均對不可分之債的完整履行負給付義務。在此意義上，在債的共同體中將按份共有、共同共有與不可分之債並置為這一體系三元，也不能保證邏輯上的純粹性，它們之間也可能存在交叉。

(三) 在可分之債與不可分債的基礎上，將不可分之債劃分為連帶之債與協同之債，再把協同之債劃分為“協同關係”與共有關係，邏輯上的矛盾也難以克服

首先，本文不認為不可分之債與連帶之債、協同之債之間是一種邏輯劃分關係。它們之間實質上是一種組合關係，也就是說，不可分之債可能與連帶之債、協同之債組合。可將之描述為，對於某一不可分之債，數人可能連帶負其責任，也可能協同負其責任。例如甲乙向丙賣馬，約定連帶負責，則在丙可請求甲交付所買之馬，亦可向乙請求交付所買之馬，還可以向甲乙兩人請求交付所買之馬。馬之給付不可能部分的，只能是整體的，故賣馬之債為不可分之債，然而甲乙約定向丙負連帶責任，就甲乙之間的債之關聯而言，此為連帶之債。但是不能據此認為，不可分之債可以在邏輯上包含連帶之債。同理，例如甲乙與丙約定，為丙演雙簧，並約定此表演不可用他人替代。在此例中，雙簧的表演這一給付在性質上不可能部分進行的，一人不可能演出雙簧，故為不可分之債；但是同時，雙簧中的兩個角度分別由甲乙充任且不能替代，故甲乙在履行表演合同時，須協力進行，即二人之間有協同關係，故從債務人關聯的角度看，此債應是協同之債無疑。但是同理，不宜據此認為不可分之債可以在邏輯上包含協同之債，而是應當確認，不可分之債可能以協同之債的方式得到履行，這是一種組合關係，而非邏輯劃分的關係。

其次，將“協同之債”劃分為“協同關係”與共有關係，還可發生同語反復、交叉重疊和內涵外延不匹配的邏輯問題。“協同之債”之下被劃分出“協同關係”與共有關係，固然可以看出學者希望借此將“協同關係”與共有關係區分的苦心，但是這番邏輯操作將導致對“協同關係”與“協同之債”的重新界定。這種重新界定有可能導致牽強附會、強行圈定一個只有自己才能夠明瞭其意義的概念體系的現象。畢竟學術概念是需要達成共識的，為了一定的學術目的強行界定只有自己可以明瞭的概念，固然可以達成某種學術目的，但是自己之外的第三人能否認同、能夠理解和掌握，亦應當被考慮在內。在多數人之債的範疇內，“協同關係”與“協同之債”應是同義的。恰如史尚寬所界定的那樣，協同之債是以不分給付為標的，而且一部分債權人或者一部分債務人不得為全部履行請求或為全部履行的債。^[21]一部分債權人或者一部分債務人不得為，則應當由全體債權人或者全體債務協作為之，此種協作為之的關係，即協同關係或者協同之債的關係。同時還應當注意到，“協同之債”與共有關係在概念上並無相通之處，如果以史尚寬的“協同之債”為準，考察

[19] 參見陳衛佐譯：《德國民法典》，法律出版社2015年版，第145頁。

[20] 注意《日本民法典》不可分債權與不可分債務均準用連帶之債的規定，但是《德國民法典》只規定不可分債務準用連帶之債的規定。參見王融擎：《日本民法條文與判例》，中國法律出版社2018年版，第347-349頁。

[21] 參見史尚寬：《債法總論》，中國政法大學出版社2000年版，第699頁。

“協同之債”與共有關係，則“協同之債”涉及到了多個債，而共有之債涉及到的是一個債，兩者有本質差異。

綜上，將共有之債獨立出來，重視共有之債的特殊性，對中國台灣地區學者的認識方案進行修改，建立起共有之債與非共有的多數人之債的宏觀體系，更有利於形成清晰的多數人之債的邏輯體系認知。

三、標的層面以部分履行是否為有效重定可分之債與不可分之債

可分之債與不可分之債在羅馬法的原始文獻中，系從部分給付是否被允許的角度被界定的。這是一種純粹的標的視角，與作為多數人之債的法律關係主體如何履行，是以按份的方式、連帶的方式還是協同的方式，並無直接關聯。但是在各國的民法典中，這種意義卻發生了變化。

（一）羅馬法原始文獻中的可分之債與不可分之債

優士丁尼《學說匯纂》中的 D.45.1.2 pr. 與 D.45.1.2.1 是一個學術片斷中的兩句話。D.45.1.2 pr. 用簡潔的語言闡釋了要式口約中給付的兩種類型：給與為。D.45.1.2.1 句段給出了不可分之債與可分之債區分的二元主義原型。^[22] 這個句段的主要內容是：“在所有這些約定中，有些允許部分支付，例如，當我們約定給予十時；有些不允許，比如那些自然不允許分割的，例如，當我們約定個人或與牲畜通行權時。實際上，有些自然允許部分支付，但如果不給予全部，約定就不算滿足，例如，當我通常約定一個人或一個盤子或任何容器時。因為如果已經支付了包含斯提庫斯的部分，那麼在約定的任何部分都還沒有實現解除，但他可以立即被要求歸還，或者在給予另一個之前，事情是未定的。”^[23] 這個句段所舉的某些例子並不恰當，例如其認為約定交易一個人（例如一個奴隸）或一個盤子或者任何容器的要式口約所創設的債，允許部分給付，但是依現在的理解，以一個奴隸、一個盤子或者一個容器為給付標的的債，其給付自然不允許分割，也無法分割。儘管如此存在此許瑕疵，句段中的“允許”部分給付和“不允許”部分給付成為可分之債與不可分之債的意義核心。^[24]

（二）其他國家和地區法典對可分之債與不可分之債的界定

1. 劃分標準由給付標的向主體關聯轉化的國家與地區立法

《德國民法典》中的可分之債，實質上已經變成了按份之債的表述。其不可分之債則按照不可分債務轉化為連帶之債、不可分債權轉化為債權人的債權行使不可分之債（類似於協同之債權）。^[25] 這樣一來，其立法中的可分之債、不可分之債達到與連帶之債體系協調的目的。中國台灣地區“民法”債編通則第四節規定了“多數債務人及債權人”規則。相續規定了可分之債、連帶

[22] 優士丁尼《學說匯纂》D.45.1.2.1片斷將要式口約分為三種：不接受部分給付的、接受部分給付的、接受部分給付但除非整個事物被給予要式口約不能完成。參見齊雲：《不可分之債理論流變史考》，載《清華法學》2010年第4期，第52-64頁。

[23] *The Digest of Justinian*, Vol.4, translated by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1998, p.164.

[24] 關於《學說匯纂》的地位，張企泰所譯《法學階梯》中有一段引文予以說明：“編纂人員摘錄這些著作中一切實用的東西，剔除過時和多餘的東西，消除法學家之間存在著的意見上的矛盾，必要時對原文進行修改。前人學說未經摘錄輯入的，一律喪失法律效力。”參見[羅馬]查士丁尼：《法學總論——法學階梯》，張企泰譯，商務印書館1989年版，序言第2頁下注①。

[25] 《德國民法典》第420條、第431條與第432條，參見陳衛佐譯：《德國民法典》，法律出版社2015年版，第151頁，第154頁。

之債與不可分之債，其表達方式與《德國民法典》相同。^[26]

《日本民法典》第三編總則第三節中，第一分節用一個條文規定了“分割債權及分割債務”的按份享有或者負擔的規則，第二分節用兩個條文規定了不可分債權與不可分債務準用連帶債權與連帶債務的規則，第三和第四分節接連規定了連帶債權與連帶債務。^[27]其也完成了對可分之債與不可分之債朝向主體性的表述變遷，從而實現了與連帶之債之間的體系協調之目的。

2. 劃分標準上給付標的物質上或觀念上是否可分割取代給付是否可分的國家立法

分兩種情況，一是將債的標的與給付標的混同，並以給付標的在物質上或觀念上是否可分為標準，將債區分為可分之債與不可分之債，這種情況以《法國民法典》為代表。《法國民法典》第1217條對可分之債與不可分之債做了一個總括性規定，就給予之債，以給付的標的物在給付時於物質上或想像上是否可分割為標準，區分出可分之債與不可分之債；而為之債，則以作為標的的行為履行時，在物質上或想像上是否可分割為標準，區分為可分之債與不可分之債。其第1218條進一步拓展了一條標準，則某債雖然性質上可分割，但依債務的本質不可分割時，亦為不可分之債。^[28]《智利民法典》第1524條複製了《法國民法典》第1217條的規定^[29]。採用同樣規定的，還有《馬爾他民法》的第1110條。^[30]

二是將債的標的確立為給付，但是仍然依給付標的在物質上或觀念上是否可分為標準，將債區分為可分之債與不可分之債，這種情況出現在《魁北克民法典》《義大利民法典》與《巴西民法典》的規定中。例如《魁北克民法典》第1373條規定債的標的為債務人須向債權人履行的給付，但是在其第1519條同時規定“債當然可分，明確約定不可分或根據債的標的之性質不能作物理上或觀念分割的情形除外”。^[31]由於物理上或者觀念上分割指向給付的標的，故可認其一方面認同債的標的為給付，但另一方面又以給付的標的是否可以分割為標準區分可分之債與不可分之債。

《義大利民法典》第1147條明定了“形成債務關係標的的給付”，但是其第1316條卻又規定了債務關係“以不能允許分割的物或者行為為其（給付）標的時為不可分”。^[32]

3. 在劃分標準上混合給付標的與給付標準國家的立法

這種情況見於《西班牙民法典》。該法典關於可分之債、不可分之債的條文總計3條，十分簡略且含糊。學者認為其第1149條似涉及標的物的可分與不可分，而第1151條則涉及債的部分履行是否可行，可分之債與不可分之債的區分標準，似乎搖擺其間。^[33]

4. 在劃分標準上完整繼受《學術匯纂》給付標準國家的立法

這主要是指《阿根廷共和國民法典》，其第667條明確規定“債以能部分履行的給付作為標的時，為可分之債。如給付僅能整體履行，為不可分之債”。^[34]《葡萄牙民法典》也屬此類，雖然該法典沒有具體界定可分之債，但是其第535條對不可分之債界定得較為清晰，系以給付不可分定

[26] 參見陳忠五編：《新學林分科六法·民法》，中國台灣新學林出版股份有限公司2012年版，第B482頁-B495頁。

[27] 《日本民法典》第427條、第428條、第430條、第432-445條，參見王融擊譯：《日本民法條文與判例》，中國法制出版社2018年版，第346-359頁。

[28] 參見李浩培等譯：《拿破崙法典（法國民法典）》，商務印書館1997年版，第162-163頁。

[29] 參見徐滌宇譯：《智利共和國民法典》，北京大學出版社2014年版，第237頁。

[30] 參見李飛譯：《馬爾他民法典》，廈門大學出版社2012年版，第235頁。

[31] 參見孫建江等譯：《魁北克民法典》，中國人民大學出版社2005年版，第175頁，第190頁。

[32] 參見陳國柱譯：《義大利民法典》，中國人民大學出版社2010年版，第224頁，第244頁。

[33] 參見潘燈、馬琴譯：《西班牙民法典》，中國政法大學出版社2013年版，第307頁；齊雲：《不可分之債研究》，法律出版社2013年版，第97頁。

[34] 參見徐滌宇譯：《阿根廷共和國民法典》，法律出版社2008年版，第161-162頁。

不可分之債。^[35]

(三) 遵循我國《民法典》既有規範配置以可否部分履行為標準區分可分之債與不可分之債

我國《民法典》的規範配置不同於主要大陸法系國家的民法典，其中並無明確的關於可分之債與不可分之債的規定。但是可分之債與不可分之債的區分體系卻可以從既有的規則體系中推出。

首先，我國《民法典》並沒有採用前述三份民法典草案建議稿中的三分法方案，梁慧星建議稿中的可分之債、連帶之債與不可分之債三元並置的方案，最終並未落實於《民法典》的立法。嚴格來說，王利明建議稿、徐國棟建議稿也並未得到完全實現，但是這兩份建議稿中的按份之債、連帶之債的規範設計卻被現行立法所吸收。這種立法設計，與《阿根廷共和國民法典》《葡萄牙民法典》多數人之債體系極為相似。梁慧星建議稿還涉及到對舊有概念的新闡釋問題，可分之債與不可分之債如果與連帶之債並列為三元，則可分之債、不可分之債的概念必然要在這一特定的語境下進行適應性改造；當然這將造成一個結果，即可分之債與不可分之債即是一個債的標的是否可分層面的概念，又成了一個主體關聯層的概念。這種改造在我國民法中並無必要，因為我國民法對於主體關聯層面的多數人之債，歷來就有按份之債與連帶之債的概念存在，沒有必要對可分之債進行按份之債的改造。如果三者之中有二不需要改造，則不可分之債亦應保持其概念的原始風貌。這一結果並非是繼受他國民法概念而導致的，而是由我國《民法典》的多數人之債立法的既有體系決定的。

其次，我國《民法典》雖然沒有明確規定可分之債與不可分之債，但是這種體系規則其實已經融入的債的適當履行規則之中，即便沒有明確規定，我國《民法典》中也當有此種規則，只需要借助法律解釋與法律行為解釋，即可將此種體系挖掘出來。其中尤其應當注意到，我國《民法典》第633條第3款所規定的分批次交付標的但各批次相互依存的規則可能涉及到不可分之債。

我國在司法實務中對不可分之債的運用往往存在錯誤。在此不妨舉我國司法實務中兩個較有影響力的案例予以闡釋。例如，劉曉光等訴王和平股權轉讓及債權轉讓合同糾紛案，法院的說理中有一段重要的表述：“涉案債權為不可分債權，僅有部分權利人主張全部債權數額，且實際出資人處分權利而簽署涉案《合同》，名義股東並非《合同》相對人的情況下，《合同》相對人即實際出資人並未出具同意意見的情況下，部分名義股東亦無權提起本案全部債權之訴訟。”^[36]再比如高曉莉與上海莘閔榮順房地產開發有限公司、史俊等商品房預售合同糾紛案，法院也有一段很有意思的說理：“原告高曉莉作為不可分債權人之一，在債權人內部意見並不一致的情況下，無權單獨請求被告莘閔榮順公司履行《上海市商品房預售合同》所約定的過戶義務。現原告要求四被告配合其辦理系爭房屋產權過戶手續、將系爭房屋過戶登記至原告及被告史俊、史吉壽、張清娣名下的訴訟請求，尚不符合《中華人民共和國合同法》第一百零七條之規定，本院不予支持。”^[37]這兩個案例中，法官似乎都嫻熟地運用了不可分債權的概念和原理據以判案，但是此兩處所運用的“不可分之債”的概念，其實均非基於給付的不可分，而是基於主體的共同性。可見我國法院和法官對於可分之債、不可分之債的概念、原理等普遍不熟悉，甚至不知悉，這與我國民法歷來的規範體系有關，故司法實踐中自覺並準確運用可分之債與不可分之債區分的原理辦案的情況幾不可見。

最後，既然可分之債與不可分之債的區分體系的存在在我國是個事實，那麼可分之債、不可分之債，按份之債、連帶之債的四分體系在我國的民法體系中也是存在的。這是一套沿襲了羅馬法傳統的多數人之債的體系。而羅馬法傳統中的可分之債與不可分之債的區分標準，並非建立主體關聯之上，亦非建立在給付標的之上，而是建立在債的標的即給付之上，即是以給付的可分與否，或者

[35] 參見唐曉晴等譯：《葡萄牙民法典》，北京大學出版社2009年版，第95頁。

[36] 北京市第一中級人民法院（2013）一中民初字第12179號民事裁定書。

[37] 上海市閔行區人民法院（2015）閔民五民初字第1803號民事判決書。

說是以部分給付是否允許為標準，藉以劃分可分之債與不可分之債的。這一點從《阿根廷共和國民法典》《葡萄牙民法典》中的多數人之債的規範配置即可明瞭，在此不擬贅述。

四、主體關聯層面重度按份之債、連帶之債與協同之債的並置體系及修正

以按份之債、連帶之債與協同之債三元體系置換我國《民法典》確立的按份之債、連帶之債的二元體系，乃是在主體關聯層面進行邏輯圓滿性修正的結果。但是存在以下幾個問題：一是與學理上既存的可分之債、連帶之債、不可分之債三元並置體系相比，這一體系究竟有何優越性？二是與我國立法上既存之按份之債、連帶之債的二元體系相比，又有何不同？三是有學者主張將協同之債併入不可分之債，仍然按照可分之債、不可分之債、按份之債、連帶之債的四元並置體系闡釋民法中的多數人之債的體系，這種說法是否確有依據？

（一）按份之債、連帶之債與協同之債的並置體系對可分之債、連帶之債與不可分之債的替代優越性

2009年德國學者馮·巴爾主持起草的《歐洲示範民法典草案》第3卷“債務及其相應的債權”第4章“多數債務人與債權人”中規定了三種多數人之債，即連帶之債、按份之債與協同之債（solidary, divided and joint obligations/rights）。^[38]

這一體系相較於德國民法中原存的可分之債、連帶之債與不可分之債的類型體系有了實質進步，至少已經不必對可分之債和不可分之債進行主體關聯層面的另類解讀，保持其與羅馬法傳統中概念的一致性。按份之債取代可分之債，協同之債取代不可分之債，使得兩個不同層面的邏輯區分得以彰顯，也使得兩個不同層面的邏輯呼應組合成為合理可能的現實。

協同之債的概念並非歐洲民法的舶來品，正如上文所述，史尚寬教授對此早有分析。但是作為一個與按份之債、連帶之債並置而形成多數人之債體系的組成要素之做法，卻是來自於歐洲。而就歐洲民法的發展來看，它又是對德國民法中多數人之債體系的發展，這客觀使得現代的歐洲民法理論，在多數人之債這一領域中，在尊重傳統與創新發展上保持了相對的協調。

（二）按份之債、連帶之債與協同之債的並置體系對按份之債、連帶之債的二元並置體系的替代必然性

按份之債與連帶之債作為我國民法中的兩類多數人之債的類型，反映了我國最終在立法上的選擇，但是這一體系並不能全面反映多數人之債在主體層面關聯的事實。按份之債和連帶之債只能體現主體關聯的局部，不能兼顧共有之債、不可分之債情形下的主體關聯狀態，對這兩種情形下主體之間共同性、協同性關注不夠，因此有必要在按份之債、連帶之債之外另增加一元，以使邏輯與現實相符。

（三）按份之債、連帶之債與協同之債的三元並置體系本質是對可分之債、不可分之債以及按份之債、連帶之債四元體系的修正

首先，此處擬回應一下齊雲的某一觀點。齊雲認為，對協同之債的體系進行調整，把它置於不可分之債之下，作為不可分之債劃分後的子系。本文認為，這一觀點本質上也與不可分之債的概念相抵觸。

齊雲對李中原方案的修正，是將協同之債置於不可分之債下面。然而，恰如齊雲在其著作中

[38] [德]克利斯蒂安·馮·巴爾、[英]埃里克·克萊夫主編：《歐洲私法的原則、定義與示範規則：歐洲示範民法典草案（全譯本）（第1、2、3卷）》，高聖平等譯，法律出版社2014年版，第843-848頁，第868-872頁。

強調的那樣，不可分之債是給付不可分之債。^[39] 協同之債雖然是以不可分給付為標的的債，但是這一概念的著眼點在於多數債之主體之間的協同關係，一部分債權人或一部分債務人不得為全部履行請求或者為全部履行。協同之債固然對應著不可分之債，但是不可分之債未必對應著協同之債，例如，在給予之債中，如果給付的標的為單一物且不可分，此種給予之債因給付標的不可分而致給付不可分，形成不可分的給予之債。但是此種不可分之債的履行請求或者履行，卻不需要當事人之間的“協同”，它對應著連帶之債。退一萬步講，即便不可分之債只對應著協同之債，由於概念界定的著眼點不同，即前者著眼給付的不可分，即給付的整體性，而後者對應著多數人之間的主體協同，亦不應將協同之債置於不可分之債之下，作為概念劃分的子系。

再者，前文已述，不可分之債可能對應協同之債和連帶之債，但這只是一種對應組合關係，並非邏輯劃分關係。如果不可分之債要進行劃分，可以以其發生的原因為標準，將其劃分為依其性質的當然不可分、依當事人約定的約定不可分以及根據債的目的發生的依目的不可分，或者發生原因的主觀性或者客觀性為標準，將不可分之債劃分為主觀不可分之債與客觀不可分之債。概念劃分的結果是，被劃分的概念成為劃分後形成的概念的屬概念，如果要將不可分之債以協同與否進行邏輯劃分的話，那麼劃分的結果應是，不可分之債被劃分為對應協同之債的不可分之債和對應連帶之債的不可分之債，其劃分的結果絕不應是不可分債被劃分為協同之債和連帶之債。

如果只是簡單修改李中原方案，將協同之債置於不可分之債下面，本質上也沒有解決協同之債被劃分為“協同關係”與共有之債可能導致的邏輯問題。

其次，在歐洲學界還有一種觀點，認為承諾共同給付的協同債務會導致混亂，在按份之債之外加上一條規則，可以達到與協同債務同樣的效果，即“債權人只有在獲得全部給付之後，才必須進行對待給付”。^[40] 這種做法是否可行，是否會導致更多的混亂？本文認為，按份之債對應可分之債，即可部分履行的債，與不可分之債，即不可部分履行的債，二者之間在邏輯上並無交集。即便是給付標的可分，但是債的標的不可分，其仍為不可分之債。但是上述觀點最大的問題就在於，把可分之債與不可分之債的區分標準下移到了給付標的，認為給付標的可分，即為可分之債，然後再按照可分之債與按份之債的體系關聯，在二者之間形成對應。然而，即便是給付標的可分的債，在債的標的即給付層面，也可能是不可分的，這種債其實也是不可分之債，而非可分之債。而如果這種債即是不可分之債，那麼它就不可能是按份之債。不是按份之債，當然就不可能將其化約為按份之債附加某個規則的限制的方式來加以實現了。

（四）基於共有之債與按份之債、連帶之債、協同之債三元並置體系的協調問題，應對這一三元並置體系進行必要修正

近期已有學者撰文論述共有之債與上述三元並置體系的協調問題，提出共有債務以承擔連帶債務為原則；但對於給予之債務，按份共有人應適用按份債務規則，共同共有人則適用協同債務規則；基於法律的特別規定，某些因共有財產產生的債務無須共有人共同負責。共有債權原則適用協同債權規則，但按份共有人對可依數量進行分割的給付標的享有的債權適用按份債權規則，家事代理領域和沒有委託執行人的合夥關係領域的共同共有債權則適用連帶債權規則。^[41] 這一觀點中的細節於此不必深究，但是共同之債中除了按份之債、連帶之債和協同之債外，是否還存在其他多數

[39] 參見齊雲：《不可分之債研究》，法律出版社2013年版，第159頁。

[40] 參見[德]索妮·邁爾：《歐洲合同法中的多數債務人關係（下）》，陳大創譯，載王洪亮等主編：《中德私法研究》第13輯，北京大學出版社2016年版，第182頁。

[41] 參見李中原：《共有之債的理論解析——〈物權法〉第102條之反思》，載《江蘇社會科學》2019年第6期，第155-164頁。

人之債的類型，卻值得深入思考。

“協同”一詞在漢語中有特定的含義，《辭海》的解釋是“同心合力，相互配合”。^[42]《歐洲示範民法典草案》中對“協同之債”的表述是 joint obligations，採用的是複數形式的，而非單數形式的 obligation，這一表達與漢語“協同”一詞意義相近。但是 obligations 這一複數形式表明，《歐洲示範民法典草案》涉及到的協同之債是“多債多人”狀態。如果確乎如此，則“協同之債”不能適用於共有之債，因為共有債權的實行或者共有債權的承擔，更為強調的乃是“共同”，而非“協同”。我國民國時期的學者，對此區分應該有較為清晰的認識，例如史尚寬，其於準共有之債、公同共有之債之外，再專門探討協同之債的問題，作此安排，可見在其理論體系中，必認為協同之債有不同於準共有之債、公同共有之債之處。^[43]

由是本文認為，為與共有之債的特殊法律狀態協調，有必要在“協同”之外另加“共同”以為應對。由是現有的按份之債、連帶之債與協同之債的三元並置體系，應由按份之債、連帶之債與協同之債 / 共同之債替代之，以符合共有之債中在不少情況下並不存在協同關係但須被視為一個整體的現實。共同之債雖因共有之債而發生，但是“共同”處理的乃是主體關聯問題，“共有”處理的則是債之歸屬的問題。

五、結語

多數人之債的體系研究者中，精研連帶之債者，已有王千維、張定軍等先行者，不可分之債有齊雲，多數人之債總的體系研究者有王洪亮、李中原，以及中國台灣地區的諸君。對多數人之債進行專門立法方案設計者又有梁慧星、王利明、徐國棟等先賢。

前人的研究已經定格為前進的豐碑，如何在前人的基礎上進一步拓展既有認知，形成相對完善的多數人之債學理體系？本文不辭鄙薄，提出了在債的歸屬層面建立共有之債與非共有之債的多數人之債二元體系；在債的標的層面，堅持以羅馬法固有的債的標的可分與否即可否部分履行的標準，作為形成可分之債與不可分之債體系的基礎；在主體關聯的角度，修正既有的按份之債、連帶之債與協同之債體系，建構起按份之債、連帶之債與協同之債 / 共同之債，以期應對“多人多債”和“多人一債”的不同情形，實現邏輯體系與現實之間的完全照應。

[42] 參見陳至立主編：《辭海》，上海辭書出版社2022年版，第2504頁。

[43] 參見史尚寬：《債法總論》，法律出版社2000年版，第692-700頁。

Abstract: The issue of the typology of multi-party obligations is a challenging aspect of civil law research. Although predecessors have thoroughly discussed it, there is still room for improvement in terms of the completeness, clarity, and logical consistency. From the perspective of the attribution of obligations, a macro system of multi-party obligations between Joint obligation and Non-Joint Obligation can be established, which aligns with the reality of our country's civil law and benefits for taking a commanding position. During constructing system between divisible obligations and indivisible obligations, in order to draw a clear line in the chaotic system we should abide by the criterion of object of obligations rather than object of performance, which can trace back to Roman Law tradition. And we should construct a ternary system of multi-party obligations from the perspective of the association of subjects by the way adding a new part, called joint obligations or common obligation, to the the binary system of divided obligations and solidatary obligations. Only in this way can a comprehensive system corresponding to the systems of divisible obligations and indivisible obligations be constructed, and by which we can truly reflect the logical corresponding needs of common obligation.

Key words: Multi-pary obligations of Joint Obligation; Multi-party Obligations of Non-Joint Obligation; Indivisible Obligations; Joint Obligations; Common Obligation

(責任編輯：唐銘澤)

新時代毒品犯罪案件辦理司法理念轉型的考察與思考

石經海* 邱勝帆**

摘要 毒品犯罪案件的辦理，需緊跟新時代國家治理方略的轉變，進一步強調將毒品案件審判融入毒品治理體系，加強治罪與治理的融合；全過程突出打擊重點、全方位落實從寬要求，進一步貫徹寬嚴相濟刑事政策的要求；在肯定死刑適用的基礎上，進一步控制和減少死刑的適用，構建結構化、立體化限制和減少毒品案件死刑適用的司法路徑；全面堅持形式與實質、主觀與客觀的有機統一評價，加強對定罪量刑情節的綜合考察；細化對毒品犯罪經濟制裁的實體及程序規範，更強調基於刑罰目的功能進行量刑；更嚴格貫徹證據裁判原則的要求，探究有效打擊毒品犯罪與堅持無罪推定原則的最佳平衡點，突出“質效導向”的目標定位。

關鍵詞 毒品犯罪 理念轉型 昆明會議紀要 寬嚴相濟

隨著新時代國家治理方略的轉變及近年來毒品犯罪形勢的深刻變化，對於毒品犯罪案件的辦理，不能再囿於“重刑治毒”“唯刑法打擊論”的邏輯主線與路徑依賴上，要立足於新時代黨和國家事業發展總體戰略布局的既有框架及有效資源，緊跟從“國家管理”到“國家治理”的社會治理理念的轉變。對此，2023年《全國法院毒品案件審判工作會議紀要》（以下簡稱《昆明會議紀要》）從嚴格控制毒品案件死刑適用、加強對毒品犯罪經濟制裁等十三個方面對毒品案件審理的實體性、程序性問題進行了系統完善，彰顯了新時代毒品案件辦理司法理念的重大轉型。基於此，本文擬從宏觀視角展開，對《昆明會議紀要》所彰顯的司法理念轉型進行剖析與思考。從《昆明會議紀要》的修改內容及核心精神來看，新時代毒品案件的辦理，需從注重毒品犯罪懲治效果向兼顧毒品犯罪治理效果轉軌，^[1]從戰略方向到政策導向再到具體的定罪量刑上均需體現相應的時代性。即在宏觀上，明確“治罪”與“治理”融合的模式轉型，加強寬嚴相濟及控制、減少死刑適用的政

* 石經海，西南政法大學法學院教授、博士生導師。

** 邱勝帆，西南政法大學法學院博士研究生。

本文系2020年國家社科基金重大項目“國家毒品問題治理的實踐困境與模式創新研究”（20&ZD196）階段性成果。

[1] 參見王兆忠：《堅持治罪與治理並重 做好刑事審判“後半篇文章”》，載《人民法院報》2023年8月28日，第2版。

策要求；在微觀上，強調對定罪量刑情節的綜合評價、加大經濟制裁的適用限度、加強證據裁判原則的落實，從定罪與量刑、主刑與附加刑、實體與程序這三對範疇上對毒品犯罪的治理進行全面完善與系統規範，以推動毒品治理體系的健全與完善。

一、加強毒品犯罪“治罪”與“治理”的融合

隨著新時代國家治理方略的轉變，對毒品犯罪案件的辦理需突破“唯打擊論”“重刑治毒”的理念禁錮，正確理解毒品“零容忍”政策的內涵，構建“打-防-治”立體化的毒品綜合治理模式。這既是新時代禁毒工作重要指示的必然要求，也是《昆明會議紀要》總體原則與價值理念的具體體現。

（一）正確理解與全面貫徹毒品“零容忍”政策

“零容忍”政策最早於美國 20 世紀 80 年代為控制毒品犯罪活動而提出，強調對毒品犯罪行為嚴厲懲罰，毫不容忍，^[2] 後逐漸為打擊校園暴力、家庭暴力、街頭犯罪等領域所適用。其核心優勢在於從破窗理論出發，對各種反社會的行為和犯罪採取嚴厲打擊的態度，^[3] 以及時修補微小失範行為，阻止其演化為更嚴重的犯罪行為，從而達到消除違法犯罪行為的效果。

在我國，基於嚴峻的毒品犯罪態勢及毒品濫用問題，一直以來對毒品犯罪採取的是“重刑治毒”的刑事政策，強調“零容忍打擊毒品犯罪”。對於毒品“零容忍”政策的含義，學界及實務界沒有專門的探討與研究，大部分將其等同於美國早期毒品“零容忍”政策，理解為在刑事立法層面及刑事司法層面對毒品“零容忍”，即在立法上對毒品犯罪降低入罪條件、限制從寬處罰，在司法上對毒品犯罪（無論輕微還是嚴重犯罪行為）均無論數量多少一律入罪、從嚴懲處。實際上，從新時代國家治理方略及新時代禁毒工作重要指示的轉變，與我國刑法的立法模式上看，不能將毒品“零容忍”政策趨同於“重刑治毒”。一方面，黨的十八大以來，我國社會治理模式實現了從“國家管理”到“國家治理”理念飛躍。^[4] 在此基礎上，新時代禁毒工作也在傳續早期禁毒鬥爭話語立場的基礎上，更強調“完善毒品治理體系”“堅持多策並舉、綜合治理”的時代要求與目標。可見，其所追求的不再是刑法制裁的“零容忍”而是“堅持多策並舉、綜合治理、社會共治”的治理對策下對毒品的“零容忍”。另一方面，不同於域外“立法定性”的刑事立法模式，我國刑法一般採取“定性+定量”的立法模式，^[5] 罪與非罪的認定還需基於《刑法》第 13 條犯罪概念的“過濾”，涉毒行為即使符合犯罪構成，但結合主客觀等情節綜合考量，只要行為“情節顯著輕微危害不大”，依據罪刑法定原則就可以出罪。

基於此，我國毒品“零容忍”政策，既不是刑事立法上“零容忍”，也非是刑事司法上的“零容忍”（不是治罪上的“零容忍”），而是社會治理過程中的“零容忍”（是治理的“零容忍”），強調的是對毒品犯罪予以打擊的同時，更要結合毒品犯罪的“防”“治”情況進行依法綜

[2] 參見姚計海、張彩雲：《美國學校的“零容忍”懲罰政策述評與反思》，載《外國教育研究》2003年第12期，第31頁。

[3] 參見王世洲、劉淑珺：《零容忍政策探析》，載《中國人民公安大學學報（社會科學版）》2005年第4期，第68-69頁。

[4] 2014年3月5日，習近平總書記在參加十二屆全國人大二次會議上海代表團的審議時，針對推進中國上海自由貿易試驗區建設問題，提出“治理和管理一字之差，體現的是系統治理、依法治理、源頭治理、綜合施策。”

[5] 參見盧建平、司冰岩：《零容忍政策的內涵解讀與實現路徑》，載《北京聯合大學學報（人文社會科學版）》2019年第2期，第72頁。

合施治。這一點，從《昆明會議紀要》的總體要求及修改內容來看也能驗證，如將“各級人民法院要落實好‘打防並舉、綜合施治方針’”寫入總體要求，點明了打擊預防並重、標本兼治的治理策略；又如，加強《刑法》第13條但書、定罪免刑的適用，同時在罪名認定、死刑適用、刑罰執行上全面貫徹區別對待原則，加大對輕微犯的從寬處罰力度。

（二）構建“打-防-治”立體化的毒品治理模式

新時代毒品犯罪案件辦理不再是以“打擊”為中心的治罪思路，而是在正確理解“零容忍”政策的基礎上，將毒品審理工作納入毒品問題治理體系中，強調毒品案件辦理“治罪”與“治理”的並重，構建“打-治-防”的體系性與立體化毒品問題治理模式。這一點從《昆明會議紀要》修改內容上也能得以體現：如，涉毒案件並非一律入罪，對於因治療疾病需要，在自用合理範圍內攜帶受管制的麻精藥品進出境的，不構成犯罪；出於自救、互助性質經營受管制麻精藥品的，一般可不作為犯罪；又如，涉毒案件並非一律重刑，對於不以提煉毒品或非法買賣為目的種植毒品原植物行為，犯罪情節輕微不需要判處刑罰的，可以免予刑事處罰；盡可能兌現自首、立功所具有的從寬政策等。

因此，新時代毒品犯罪案件的辦理，需結合“打”“防”“治”綜合考慮如何“打”（定罪量刑）。具體是，在定罪量刑的過程中，克服“重刑治毒”的治理理念，強調在行為罪與非罪的認定及裁量刑罰的過程中杜絕矯枉過正、片面從嚴，更注重結合“防”“治”情況及相關前置法規定，依法適當地開展定罪量刑，充分適用刑法中積極出罪、定罪免刑、非刑罰處罰措施、宣告緩刑、從寬處罰等規定，綜合考慮犯罪的時空環境、主觀狀態、實際危害、是否具有替代刑罰處罰措施等問題進行定罪量刑，^[6]通過懲戒、預防、教育以實現毒品問題的“標本兼治”。這要求，一方面，跳出“機械治罪”，並非僅用刑法打擊毒品違法犯罪，結合防治情況對於情節顯著輕微危害不大的行為積極出罪。如對於以自吸為目的運輸、走私微量毒品、“以販養吸”式微量販毒等初次犯、輕微犯，需結合對“毒癮”的矯治和預防（回歸社會的幫扶）的考量，防止簡單地以定罪處刑方式予以打擊，陷入入罪機械化、過度刑罰化的負面效應，使涉毒犯罪人陷入復歸社會難，再次走上違法犯罪的惡性循環。對於此類犯罪，應加強與前置法銜接，情節顯著輕微能夠依法不認定為犯罪的，盡量通過相關前置措施進行處理。另一方面，杜絕“重刑治毒”，並非廣泛適用重刑，回歸刑罰目的功能進行量刑。如，強調全過程貫徹寬嚴相濟刑事政策、多維度嚴格控制死刑適用；再如，相對於重刑打擊，從毒品犯罪的生成原因上出發，更加注重從經濟上制裁毒品犯罪，消除毒品犯罪“貪利性”犯罪動因，克服“唯數量論”造成的偏頗評價，進一步貫徹證據裁判原則的要求，在定罪量刑過程中實現“治罪”與“治理”的良性互動。

二、全過程貫徹寬嚴相濟的刑事政策要求

在司法實踐中，對於毒品犯罪寬嚴相濟刑事政策更多地集中體現在刑罰裁量上。新時代毒品案件的辦理，不僅要強調在刑罰裁量中貫徹寬嚴相濟刑事政策，更要強調從刑罰裁量上的寬嚴相濟，走向定罪上的、刑罰執行上的寬嚴相濟，突出對寬嚴相濟的“全階段、全環節、多層次”的貫徹落實，突出全過程依法從“嚴”、全方位依法從“寬”。

（一）在定罪量刑上全過程突出打擊重點

[6] 參見劉樹德、潘自強：《裁判文書說理視角下的“但書”研究——基於157份無罪裁判文書的分析》，載《中國應用法學》2020年第1期，第133-149頁。

在毒品案件辦理過程中，應貫徹總體從嚴的要求，充分考量當前毒品犯罪態勢與特點，突出打擊重點，依據犯罪性質、具體情節、危害後果、犯罪主體類型等因素，從罪名認定、刑罰適用、刑罰執行、涉案財物處置等多方面充分貫徹“當嚴則嚴，嚴以濟寬”。

一是結合毒品犯罪新態勢，全面劃定重點打擊範圍。對於毒品犯罪重點打擊的範圍，一方面需從刑法的正當性出發，加強對涉毒黑惡勢力、茶毒青少年、“源頭性”毒品犯罪等嚴重罪行或主觀惡性深、人身危險性大的行為人的打擊；另一方面需結合社會態勢對打擊重點作出的調整，^[7]針對毒品犯罪由城市向農村地區蔓延的態勢、新型毒品犯罪層出不窮、濫用替代物質危害突出等新態勢新情況，調整重點打擊範圍，以堵塞涉毒犯罪的滋生空間。如在重點打擊的犯罪類型上，結合《昆明會議紀要》最新規定，在強調嚴懲源頭性毒品犯罪之外，還需加大對“新型毒品犯罪、侵害青少年及危害農村地區毒品犯罪”的懲處力度，非法買賣麻精藥品等成癮性物質的行為；在犯罪主體上，重點打擊毒品犯罪集團的首要分子、組織犯、職業犯、再犯等，嚴懲“操縱、經營涉毒活動的黑惡勢力、毒黑交織、槍毒合流的製販毒團伙”及“涉毒黑惡勢力及其‘保護傘’”。

二是以罪刑法定原則為基礎，準確把握涉毒行為的出罪空間。這主要體現在對於以毒品折抵嫖資行為性質、代購毒品行為中的變相加價範圍、代購蹭吸行為罪與非罪等常見爭議問題的認定上。對此，需基於罪刑法定原則、犯罪概念的三性要求、嚴懲源頭性毒品犯罪等多方面考量，結合《昆明會議紀要》的最新規定進行準確定性。如，對於以毒品折抵嫖資行為的認定，既不能簡單地認為嫖資屬於換取非財產性利益，一律不構成販賣毒品罪；^[8]也不能基於性服務事實上體現了一種對價性、有償性，一律以販賣毒品罪定罪處罰。而需從罪刑法定原則出發理解“財產性利益”，結合雙方行為人是否事前就有償性服務達成合意、以毒抵資次數、前科情況等綜合認定，辨清行為人是以毒品折抵嫖資還是單純的以毒品換取他人提供的性服務，以準確定性。再如，對於代購蹭吸行為的定性，應結合《昆明會議紀要》的規定，從嚴把握代購蹭吸行為的出罪條件，結合牟利目的與否、代購者主導與否、託購者吸食目的與否、毒品數量四個方面考量，明確僅在託購者聯繫賣家購買僅用於吸食的“跑腿型”代購中，收取、私自截留少量毒品供自己吸食的情形，才可以出罪。

三是貫徹區別對待原則，在刑罰裁量、執行及涉案財物處置上突出打擊重點。在刑罰裁量上，結合《昆明會議紀要》的相關規定，着重在以下幾方面體現區別對待原則，實現“當嚴則嚴，嚴以濟寬”：其一，在死刑適用上，在進一步加強控制和減少死刑適用的總原則上，對於罪行極其嚴重、不執行死刑無法實現罪刑相當的行為人應依法充分適用死刑，發揮死刑的威懾作用；其二，在運輸毒品犯罪的刑罰裁量上，既要認識到其處於中間環節的輔助性及行為人群體的特殊性等區別於其他走私、製造等源頭性毒品犯罪的因素，^[9]也需認識到運輸毒品行為懲治的必要性，着重打擊紀要劃定的四類打擊重點；其三，重點關注特定人員參與毒品犯罪問題，強調對病、殘、病、孕等特定人員及其組織者、指揮者、教唆者的區別對待。在刑罰執行上，一是，從嚴把握利用自身特殊情況積極實施毒品犯罪者及在非羈押性強制措施、暫予監外執行期間又實施毒品犯罪者的強制措施與暫予監外執行適用條件；二是，嚴格限制毒品再犯或具有多次販毒嫌疑的犯罪人的緩刑適用和具有嚴重情節毒犯的減刑假釋。在涉案財物處置上，加大對涉黑惡勢力毒品犯罪案件、被告人逃匿或者死亡的重大毒品犯罪案件中的涉案財物處置力度。

（二）在定罪量刑上全方位落實從寬要求

[7] 參見馬克昌：《“寬嚴相濟”刑事政策與刑罰立法的完善》，載《法商研究》2007年第1期，第4頁。

[8] 參見王登輝、羅倩：《販賣毒品罪若干基礎理論辨證》，載《中國刑事法雜誌》2016年第2期，第26頁。

[9] 參見莫洪憲、薛文超：《“厲行禁毒”刑事政策下運輸毒品罪的死刑廢止》，載《廣西大學學報（哲學社會科學版）》2016年第2期，第51頁。

從《昆明會議紀要》對往屆紀要的突破和完善來看，新時代毒品犯罪案件的辦理，在突出打擊重點的同時，還需從罪與非罪、輕罪重罪、刑罰裁量等全方位上貫徹“依法從寬處理”的要求。一方面，依法加大對非依法嚴懲的犯罪類型、不具有嚴重情節、主觀惡性及人身危險性不大的犯罪人的從寬力度；另一方面，全方位強調“寬以濟嚴”，貫徹寬與嚴的互濟、互補，以發揮刑罰預防犯罪的最佳效果。

一是加強《刑法》第13條及37條的適用力度，對情節輕微行為懲處輕緩化。實際上，並非所有涉毒行為都具有嚴重的社會危害性，如近年來，司法實踐中對於為治病跨境購買麻精藥品、為治病或飼養牲畜而種植毒品原植物等行為以毒品犯罪定罪處罰，引發情理法理衝突、罪刑難以相適應的巨大輿論爭議與理論分歧。對此，《昆明會議紀要》做出積極回應，強調從犯罪的本質特徵出發，對情節輕微的行為予以出罪或免除刑罰處罰。如，明確出於自救、互助性質經營受管制麻精藥品的，一般可不作為犯罪；因治療疾病需要，在自用合理範圍內攜受管制的麻精藥品進出境，不構成犯罪；不以提煉毒品或非法買賣為目的種植毒品原植物行為，犯罪情節輕微的，可以免予刑事處罰；以吸食為目的互易少量毒品的，不構成犯罪。因此，在實踐中，需充分利用《昆明會議紀要》的相關規定，貫徹“輕罪輕判，無罪不判”的要求，對涉毒行為的定性，在符合刑事違法性的基礎上，深入判斷其是否具有嚴重的社會危害性，是否屬於“情節顯著輕微，危害不大”的情況，是否值得刑罰處罰，現有的社會治理手段、其他部門法懲治措施是否足以懲處。若相應行為不具有嚴重社會危害性或應受刑罰處罰性（前置手段足以懲處），如對於並非出於實施毒品犯罪目的種植少量毒品原植物，或自吸型涉毒行為，情節輕微的，可以依據具體情況予以出罪或免刑。

二是嚴格依據構罪標準認定犯罪，更加注重輕罪與重罪的界分。準確區分重罪與輕罪實際上是罪刑相適應原則在定罪過程中的體現與貫徹，^[10]因而在涉毒品犯罪中，還需結合案件具體情形準確區分毒品犯罪與非毒品犯罪，走私、販賣、運輸、製造毒品罪與其他法定最高刑較低的毒品犯罪，在定罪合理的基礎上探尋量刑合理，實現“罰當其罪”。具體為，第一，注重藥品犯罪與毒品犯罪的界分。隨著麻精藥品的濫用趨勢加重的新現象，在涉麻精藥品案件認定時，要從保障嚴防毒品流通和醫療藥品合理使用平衡的視角出發，糾正“藥毒不分”的現象，結合《昆明會議紀要》關於涉麻精藥品行為的規定，以是否“出於醫療目的”等合法目的來準確辨清涉案受管制麻精藥品的藥毒屬性，^[11]對於醫療等合法目的生產、進口、銷售受管制麻精藥品的行為，以相關藥品犯罪、非法經營罪等認定。第二，注重區分非法持有毒品罪與其他嚴重毒品犯罪。基於“動態持有”行為形式認定的較大模糊性，^[12]及非法持有毒品罪與走私、販賣毒品等嚴重毒品犯罪在法定刑上存在較大差異，如何準確界分二者成為毒品犯罪中的難點與重點，尤其在自吸型涉毒行為的定性上。對此，結合《昆明會議紀要》對吸毒者涉毒行為認定部分的修改與優化，需在堅持罪刑法定原則及存疑有利於被告人原則的基礎上，對自吸型涉毒行為採取審慎認定的態度與形式實質相統一判斷的方法。如，明確雙方以吸食為目的互易毒品的，達到一定數量要求的以非法持有毒品罪論處，不以販賣毒品罪認定；吸毒者運輸毒品被查獲，沒有證據證明其有實施其他毒品犯罪的故意，且數量符合一定要求時，不再一律以運輸毒品罪認定，在結合行為人主觀目的、毒品數量、運輸距離等綜合性實質判斷下，確係行為人所運輸的毒品為自己吸食且不具有外溢風險的情況下，可以認定為非法持

[10] 參見石經海、熊亞文：《何以“以刑制罪”：罪、責、刑相適應原則的定罪意義》，載《社會科學戰線》2015年第2期，第208-218頁。

[11] 參見方文軍：《麻精藥品的雙重屬性對司法定性的影響——兼論妨害藥品管理罪與非法經營罪的關係》，載《法律評論》2024年第2期，第1頁。

[12] 參見何榮功：《運輸毒品罪與非法持有毒品罪的區分》，載《中國刑事法雜誌》2021年第4期，第160頁。

有毒品罪。

三是全面適用法定、酌定從寬處罰情節，加大從寬力度。寬嚴相濟刑事政策中的“相濟”，不是“寬”與“嚴”簡單的相加，而是二者的相互調和與統一，因此對於毒品犯罪在依法從嚴懲處的同時，也需充分適用好法定或酌定的從寬情節，做到“嚴中有寬、寬以濟嚴”。對此，一方面要充分適用《昆明會議紀要》對自首、立功情節規定的修改，儘可能地兌現自首、立功的從寬政策。如，對於自首的被告人“一般應當依法從寬”；加大對積極響應投案自首通告並在通告期限內投案、如實供述的被告人的從寬幅度；肯定“雖不構成自首，但自動投案”的從寬價值。再如，對於立功情節，明確除協助抓捕其他犯罪嫌疑人外“到案後規勸其他犯罪嫌疑人投案”“提供線索協助公安機關查獲大量案外毒品”是“其他有利於國家和社會的突出表現”，屬於立功情形；肯定“雖不認定有立功表現，但提供毒品共同犯罪人、上下家基本情況，公安機關據此抓獲該人員”的從寬價值。另一方面，也需充分結合具體案件，全面適用好酌定從寬情節，防止情節遺漏。如對於“毒品未流入社會”這一情節，從量刑根據及涉毒犯罪未遂標準嚴苛的司法現狀出發，應肯定其酌定從寬情節的地位，這既符合社會危害性低於毒品已流入社會的罪行差異，也可以中和未遂標準嚴苛帶來的量刑過重問題，^[13]以更好地實現“寬以濟嚴”。

三、進一步控制和減少毒品案件的死刑適用

（一）毒品犯罪中死刑適用的政策把握

如何控制和減少毒品案件的死刑適用，是有效減少我國死刑案件數量的重要舉措，更是在刑事司法中全面落實國家治理體系和治理能力現代化的必然要求和重要體現。相較於其他非暴力性犯罪而言，毒品犯罪案件死刑適用數量仍保持高位，毒品犯罪死刑存廢、運輸毒品罪死刑存廢問題成為我國死刑制度改革探討中的熱點問題。對此，《昆明會議紀要》延續了《大連會議紀要》《武漢會議紀要》對毒品犯罪案件死刑政策的把握，既從中國毒品犯罪情勢及毒品治理需求出發，肯定了死刑對於預防與懲治毒品犯罪的重要作用，明確“毫不動搖地堅持依法從嚴懲處毒品犯罪……發揮死刑對於預防和懲治毒品犯罪的重要作用”；又從罪行條件、替代性措施等方面進一步加強死刑適用的司法限制，立體化地貫徹了“嚴格控制和慎重適用死刑”的政策要求，契合了新時代黨和國家“保留死刑，嚴格適用死刑”的死刑制度改革方向，為新時代毒品犯罪死刑適用指明了方向。

具體而言，在毒品犯罪案件辦理過程中，要客觀看待死刑對於預防、懲治毒品犯罪的作用，^[14]既要在必要範圍內依法適用死刑，也需進一步提高毒品犯罪案件死刑適用的標準，加強死刑適用的多元結構限制。一方面仍應發揮死刑對於預防和懲治毒品犯罪的作用。嚴格把握死刑適用標準，對於社會危害性極大、主觀惡性極深、人身危險性大的符合《刑法》第48條“罪行極其嚴重”的毒品犯罪分子，必須適用死刑，應當依法判處死刑。另一方面，應加強毒品案件死刑適用的司法限制。在立法尚未修改毒品犯罪死刑配置的前提下，結合《昆明會議紀要》死刑適用的細化規定，從適用對象、適用情節、政策性考量、綜合考量等方面對死刑適用進行多樣化、結構化的限制。一是僅對觸犯源頭性犯罪、屬於累犯再犯等人身危險性較大及具有嚴重情節的這三類毒品犯罪

[13] 參見王利榮、馬黨庫：《“毒品未流入社會”的從輕依據——兼談販賣毒品既遂標準》，載《法律適用》2016年第12期，第69頁。

[14] 參見李睿懿：《毒品案件刑事政策的理解與把握——以〈全國法院毒品案件審判工作會議紀要〉為切入點》，載《中國應用法學》2023年第6期，第54頁。

分子適用死刑的對象控制；二是在對象控制的基礎上，僅對其中“罪行極其嚴重、依法應當判處死刑的”適用死刑的情節控制；三是在對象及情節控制的基礎上，進行“全面、準確地貫徹寬嚴相濟刑事政策，體現區別對待，做到罰當其罪”的政策性考量；四是對毒品數量、犯罪性質、情節等社會危害性及人身危險性因素進行綜合考量，把握《刑法》第48條“死刑只適用於罪行極其嚴重的犯罪分子”的實質性的總體標準控制；五是結合死刑替代性措施、證據裁判原則要求對死刑適用進行其他限制。同時，在司法審判中，還需不斷明確、統一毒品犯罪死刑適用標準，全面細化運輸毒品罪、涉新型毒品犯罪等重點問題中的死刑適用條件，以通過司法排除對毒品犯罪死刑適用情節加以明確化、具體化，^[15]填補實踐中毒品犯罪無期徒刑與死刑、死緩與死刑立即執行區分標準的缺失問題，減少司法實踐中毒品犯罪死刑適用的隨機性、模糊性。

（二）控制和減少死刑適用的多維路徑

對於毒品犯罪死刑適用的限制路徑，不能簡單地強調廢除毒品犯罪死刑的立法限制，更需從毒品犯罪案件死刑適用的罪行要求、證據要求的把握及死刑替代性措施的改革出發，構建結構化、立體化的司法限制路徑。對此，在毒品犯罪案件的辦理過程中，要充分結合《昆明會議紀要》死刑適用問題及《關於辦理死刑案件審查判斷證據若干問題的規定》等相關規定，從以下幾個方面加強對死刑的適用限制。

一是堅持“數量+情節”的融合式控制標準。《昆明會議紀要》在往屆會議紀要的基礎上，明確提出死刑適用應堅持“毒品數量+其他情節”的標準，劃定了“數量+情節”的死刑適用四級梯度標準。^[16]同時，進一步優化毒品數量與其他情節在死刑適用把握上的配比模式，如將《大連會議紀要》中具有累犯、再犯等嚴重情節可以判處死刑的數量條件由“達到實際掌握的死刑數量標準”調整為“接近實際掌握的死刑適用數量標準”；再如，限制製造毒品犯罪可以判處死刑的情節要求，在“已經製成毒品達到實際掌握的死刑數量標準的”的要求上增加“又無法定、酌定從寬處罰情節的”，全面突出“其他情節”的作用。從《昆明會議紀要》的轉變來看，對於死刑適用的把握已然從簡單的“數量為主，情節為輔”到“數量情節並重”轉變，從毒品數量與其他情節“相加”判斷到“相融”判斷的轉變。換言之，數量條件是死刑適用的必要但不充分條件，情節條件則以數量條件為前提發揮相應的推動（從重處罰情節）或對沖功能（從寬處罰情節），^[17]在毒品犯罪死刑適用與否的判斷中，要將毒品數量與其他情節進行融合式判斷，強調二者的雙向“過濾”，對符合數量條件但具有從寬情節的審慎認定死刑、對具有嚴重情節但遠不滿足數量條件的不能適用死刑。

二是堅持證據審查判斷認定最嚴要求的程序控制。死刑案件的證據適用，乃是死刑適用的重要程序控制之一。^[18]歷屆紀要也逐步提高對毒品犯罪死刑適用的證據要求，如《大連會議紀要》明確僅有言詞證據審慎認定死刑的要求，《昆明會議紀要》進一步明確要求“堅持證據審查判斷認定的最高標準和最嚴要求”，並對毒品死刑案件的證據審查認定、事實推定做出了更為細化要求。

[15] 參見林維：《中國死刑七十年：性質、政策及追問》，載《中國法律評論》2019年第5期，第137頁。

[16] 具體為，“接近實際掌握的死刑適用數量標準，具有……等法定從重處罰情節，可以判處死刑”“剛超過實際掌握的死刑適用數量標準，具有……等情節，可以判處死刑”“達到實際掌握的死刑適用數量標準，具有……等情節，可以不判處死刑”“達到實際掌握的死刑適用數量標準，同時具有法定、酌定從嚴和從寬處罰情節的……審慎決定是否適用死刑”。

[17] 參見李睿懿：《毒品案件刑事政策的理解與把握——以〈全國法院毒品案件審判工作會議紀要〉為切入點》，載《中國應用法學》2023年第6期，第56頁。

[18] 參見郭燦：《死刑案件證據適用實證研究——以200件故意殺人罪判決為例》，載《青海社會科學》2017年第6期，第175頁。

結合現有規範，在毒品死刑案件辦理過程中，應構建證據制度體系下的死刑程序控制路徑，具體可以從以下三個方面展開：一是，證據類型上的限制，重視實物證據的證明價值，依據《昆明會議紀要》的規定，對於“全案未查獲毒品的”一般不判處被告人死刑；對於主要犯罪事實中未查獲毒品的，應當慎重判處死刑；沒有證據證明被告人曾製出毒品成品，不得判處被告人死刑。二是，證明標準上的限制。強調對於可能導致死刑適用的從重量刑情節的證明均需同定罪事實的證明一樣達到“事實清楚，證據確實、充分”的標準適用，^[19]對影響定罪量刑事實認定存有懷疑時，應作出有利於被告的評價。如《昆明會議紀要》中明確的“不排除因受隱匿身份人員引誘”“不能排除受人指使、僱用運輸毒品的被告人”可以不判處死刑。三是，事實推定適用上的限制。基於事實推定的蓋然性、^[20]偏差性、可推翻性及易被濫用性，對於案件採取事實推定的，在認定死刑時需特別慎重，重點審查基礎事實是否有充分證據證明、被告人的相關辯駁是否合理等。

三是加強死緩限制減刑適用的替代性措施控制。《昆明會議紀要》新增死緩限制減刑的適用，增加毒品犯罪死刑裁量的層級空間，既進一步緩解了毒品犯罪裁量中“死刑過重，生刑過輕”的結構性矛盾，也有助於控制並減少毒品犯罪案件中死刑立即執行的適用。對此，在毒品案件辦理過程中，需充分並準確地利用好死緩限制減刑這一死刑代替性措施。一方面，要準確適用死緩限制減刑措施，從罪刑相適應原則及死緩限制減刑的性質出發，結合《昆明會議紀要》關於死緩限制減刑適用的規定及《刑法》第50條第2款、《關於死刑緩期執行限制減刑案件審理程序若干問題的規定》等相關規定，對存在暴力犯罪前科或武裝掩護毒品犯罪、暴力抗拒查緝情節嚴重的，可以考慮適用限制減刑以代替死刑立即執行的適用。另一方面，保持“死刑立即執行-死緩限制減刑-死緩”適用的梯度性，對於死緩與死緩限制減刑的邊界，需重點考量具體的犯罪情節及行為人的主觀惡性，對於犯罪性質嚴重、改造难度大、有較大再犯可能性的應當予以適用限制減刑；^[21]對於死緩限制減刑與死刑立即執行的邊界，結合案件具體情況，對行為人實施毒品犯罪應當被判處死刑立即執行但由於存在證據問題、量刑平衡、死刑政策平衡考量等其他問題的，^[22]符合罰當其罪，可以判處行為人死緩限制減刑。

四是嚴格罪行條件要求的實體性控制。提高毒品犯罪死刑適用的罪行要求是減少死刑適用的重點路徑之一，對此，《昆明會議紀要》在往屆紀要的基礎上，從犯罪主體方面（如犯罪人身份、年齡、特定身份等）、犯罪主觀方面（如犯罪動機、犯罪目的等）、犯罪客觀方面（如犯罪手段、犯罪結果等）等方面進一步提高並細化死刑適用條件。如，在主觀方面，對於運輸毒品罪死刑適用，新增“確因急迫生活困難而運輸毒品”可以不判處死刑。又如，在客觀方面，對於製造毒品罪新增“僅查獲毒品半成品……不得判處被告人死刑”“僅製出粗製毒品的，判處被告人死刑應當慎重”的限制性規定等。

五是基於寬嚴相濟政策要求的分類控制。在相應的實體控制與程序控制之外，毒品犯罪死刑適用還需從寬嚴相濟刑事政策出發，針對特殊犯罪形態、犯罪類型、毒品性質的毒品犯罪進行更為細緻的分類控制。對此，《昆明會議紀要》結合共同犯罪、販賣、運輸、製造、非傳統毒品死刑適用問題進行了分類限制與細化。如針對共同犯罪的共謀性、協作性等特徵，為防止共同犯罪中適用死刑過度的問題，從罪責大小、毒品數量及量刑平衡上劃定了共同犯罪人死刑適用的對象及條件。又如，針對運輸毒品罪危害的間接性、功能的輔助性、性質的兜底性，紀要在保留死刑的基礎上進

[19] 參見陳瑞華：《刑事訴訟中的證明標準》，載《蘇州大學學報（哲學社會科學版）》2013年第3期，第88頁。

[20] 參見何家弘：《司法證明方法和推定規則》，法律出版社2018年版，第197頁。

[21] 參見劉德法：《論我國刑法中的限制減刑》，載《政法論叢》2012年第1期，第113頁。

[22] 參見方文軍：《毒品犯罪如何適用死緩限制減刑》，載《人民法院報》2024年3月14日，第5版。

一步縮減了運輸毒品罪可以判處死刑的情形，全面列舉並新增了運輸毒品罪中不適用死刑的具體情形，重點強調貫徹“兩個區別對待”，區分受指使、受僱用者與組織、指使、僱用者，區分受指使、僱用者中社會危害性、人身危險性較低者與罪行嚴重、罪責極為突出者。再如，針對非傳統毒品犯罪中新型毒品的致癮性、毒害性、濫用性較為模糊，紀要從犯罪性質、毒品數量等方面細化限制了已有定罪量刑數量標準的新類型毒品犯罪死刑適用條件，並嚴格非傳統毒品犯罪的死刑適用要求，上調氯胺酮死刑適用數量標準。

四、更強調對定罪量刑情節的綜合性評價

新時代毒品犯罪案件的辦理，需克服早期“唯數量論”“唯客觀行為論”的片面做法與錯誤觀念，更加注重從整體性、體系性的系統學研究範式展開對定罪情節、量刑情節的評價。^[23]換言之，在定罪量刑過程中，應更加注重從刑罰的正當性根據出發，肯定毒品數量的重要性但也注重對其他情節的考量，肯定客觀行為的重要性但也關注主觀要件的要求。

（一）更強調“數量+情節”的系統性評價

《刑法》第347條將毒品數量作為確定法定刑幅度的主要依據，這直接造成實踐中以毒品數量作為量刑的主要依據及“硬指標”，引發大量輕罪重罰、罪刑不均的問題。^[24]針對此問題，歷屆會議紀要也逐步強調“數量+情節”的融合適用，如《南寧會議紀要》《大連會議紀要》明確提出“毒品數量是毒品犯罪案件量刑的重要情節，但不是唯一情節”的要求；在此基礎上，《昆明會議紀要》進一步強調“毒品數量+其他情節”的綜合判斷原則，並在罪名認定、刑罰裁量等相關規定上對“數量+情節”的整體評價作出了更為具體、明確的要求。實際上，毒品數量僅具有提示個罪“客觀危害程度”之“罪量提示”功能，^[25]並不能反映行為社會危害性及行為人人身危險性的全貌，因此需全面貫徹“不孤立地考察系統的整體性”的系統論要求，^[26]在定罪量刑上強調對“數量+情節”的系統性評價。同時，這裏的“加”並非簡單的相加考察，而是結合《刑法》第61條的規定，將“數量”置於定罪量刑各自的評價體系中進行相互關聯、相互支持的融貫式、系統性的有機評價。

在罪名認定上強調“數量+情節”的融合。在行為罪與非罪的認定上，需克服司法實踐中對於《刑法》第374條規定“無論數量多少，都應當追究刑事責任”的機械、片面理解，將毒品數量與涉案毒品類型、使用目的、毒品流向等其他影響行為社會危害性、行為人人身危險性的情節相融合，展開有機整體評價。如，重視對“涉毒目的”的考量，不能因為案件中出現走私、販賣、運輸、製造毒品的行為即認定行為人構成毒品犯罪，還需重點考察行為人是否存在出於醫療使用、餵養牲畜等其他非實施毒品犯罪的目的。又如，重視對“為自己吸食”情節的考量，對於出於為自己吸食而運輸、購買、代購、代收少量毒品的行為屬於吸毒行為的伴生或衍生行為，不宜以毒品犯罪認定。在此基礎上，雖然紀要及實踐中未對吸毒者為自己吸食而走私毒品行為的定性作出區分，但從條文語境的體系性與協調性、選擇性罪名的“同質性”出發，也應承認為自己吸食而走私少量毒

[23] 參見李佳：《刑法中“情節”的理解誤區與正確認定》，載《量刑研究》2019年第2輯，第63-82頁。

[24] 參見曾軍、熊姿：《堅持罪刑均衡 破解毒品犯罪“輕罪重罰”》，載《檢察日報》2021年5月10日，第3版。

[25] 參見石經海、蘇桑妮：《刑法數額因素之“唯數額論”誤區》，載《重慶大學學報（社會科學版）》，2021年第6期。

[26] 常紹舜：《從經典系統論到現代系統論》，載《系統科學學報》2011年第3期，第1頁。

品行為的特殊性，^[27]對於為吸食而走私少量毒品行為予以出罪。

在刑罰裁量上注重“數量+情節”的融合。在刑罰的裁量上，應結合《昆明會議紀要》新要求及實踐中毒品犯罪案件辦理出現的新情況，進一步貫徹“數量+情節”的系統評價標準，具體可以體現在共同犯罪問題、死刑適用、新型毒品犯罪處罰三方面。一是，在毒品犯罪主從犯的認定與處罰上，要基於犯意提起、具體分工等多因素區分主從犯，不能因為涉案毒品數量巨大不做區分；同時，要綜合考量共同犯罪人實際發揮作用的差別、具體犯罪情節等差異，不能因從犯涉案毒品數量大於主犯，就認定從犯處罰必然大於主犯的規定。二是，在死刑適用上，同前述所提及的，需增加法定從重處罰情形在決定死刑適用中的比重，尤其在受僱運輸毒品犯罪人的死刑適用上，不能單純依據涉案毒品數量大小或所獲報酬決定死刑適用，需結合運輸次數距離、犯罪主動性和獨立性等因素綜合考量。三是，在新型毒品犯罪的量刑上，實踐中出現大量將液體毒品兌水、摻入飲料販賣的案件，若堅持對液體毒品數量的認定不考慮純度折算，則必然會帶來輕罪重判的問題。基於此，對此類案件更應強調“數量+情節”的體系性評價，在量刑考量上充分結合行為造成的危害結果、毒品純度、毒害性等進行綜合判斷，對於純度明顯低於同類毒品的正常純度的，依照《昆明會議紀要》規定“量刑時可酌情考慮”，必要時可以適用《刑法》第63條第2款，予以減輕處罰。

（二）更強調主客觀相統一的體系性評價

在毒品案件辦理過程中，需結合《昆明會議紀要》對毒品犯罪主觀明知的證明方式、認定依據的最新要求，進一步強調對定罪量刑情節要做基於主客觀相一致的評價，既要考慮到毒品犯罪隱蔽性等特殊原因，加強明知推定的運用，也需要避免忽略行為人主觀故意認定、混淆明知認定內容、不當擴張明知認定程度、寬泛適用明知推定等問題，防止架空毒品犯罪主觀要件的判斷，陷入客觀歸罪。

一是明確毒品犯罪中主觀明知的內容及程度。首先，對於毒品犯罪主觀明知的內容，不僅限於行為對象而應為行為性質。對毒品的明知僅是主觀明知中對行為對象的明知，雖然其是明知內容的核心要素，但並非唯一要素，還應包括行為的社會性質、行為結果及其他規範性構成要件要素等法定事實。^[28]用犯罪對象的單一認識代替行為性質的整體判斷，會導致毒品犯罪主觀認識要素限縮，引發認識範圍的擴張。其次，對於毒品犯罪主觀明知的程度，僅限於“知道”或“知道可能”。第一，不能將“可能知道”等同於“知道可能”。“知道可能為毒品”是行為人本身知道的具體內容，即對行為對象的概況性認識；而“可能知道為毒品”則是站立在行為人之外的旁觀者及司法者的角度展開的主觀認識，^[29]以可能作為知道的程度副詞，存在“明確知道”“不知道”的不同客觀情形。第二，不能將過失犯罪中的應當預見等同於“應該知道”。《辦理毒品犯罪案件適用法律若干問題的意見》中所提到的“應當知道”實際上是屬於通過推定來證明行為人主觀明知的情形，其與明知的區別在於證明明知的證明方式的不同，並非行為人認識強弱下的一類，不能將其簡單地等同於實體中的“應知”。

二是規範毒品犯罪主觀明知的推定適用。在推定適用過程中，需糾正司法實踐中主觀證明與主觀推定的錯位使用、運用非常態聯繫的簡單基礎事實進行隨意推定等不當做法，嚴格依據《昆明會議紀要》對於主觀明知認定問題的規定，全面規範毒品犯罪主觀明知推定適用。具體為，其一，明確推定適用的順位，只有依據在案證據無法直接或間接證明行為人主觀明知是毒品時，才能適用

[27] 參見石經海、邱勝帆：《走私毒品罪的擴張適用與理性回歸》，載《重慶大學學報（社會科學版）》2024年第3期，第285-286頁。

[28] 參見張明楷：《刑法學（上）》，法律出版社2021年版，第338-339頁。

[29] 參見張汝鋒：《毒品犯罪“主觀明知”的實質性研究》，載《廣西社會科學》2019年第2期，第115頁。

事實推定。其二，推定的基礎事實必須與待證事實具有常態聯繫。除了《昆明會議紀要》修改、完善所列舉的七項基礎事實之外，對於“其他可以認定被告人明知的情形”，必須是與前幾項具有同類性質，且在一般情況下，依據日常生活經驗，與“明知是毒品”具有常態聯繫的、關聯性強、針對性強的事實，^[30]不能僅憑“係成年人”“經常出入境”“大學生”的簡單事實就推定行為人明知。其三，基礎事實必須有確鑿的證據證明，且必須達到確實充分的程度。如在案證據足以證明行為人“存在刻意繞開檢查站點”或“獲取了高額、不等值報酬”等行為。其四，需注重對被告人合理辯解的審查，考察行為人是否能夠提出反證，防止不當運用推定。

五、全面加大對毒品犯罪的經濟制裁力度

（一）加強經濟制裁的總體要求及限度平衡

新時代毒品犯罪案件的辦理，不能只停留在為了定罪量刑而定罪量刑的淺層追求上，而需更加注重從刑法的目的根據及功能任務出發，結合毒品犯罪的生成機理及核心特點進行“對症下藥”。實際上，從毒品犯罪的生成機理來看，毒品犯罪是圍繞毒品這一非法商品為中心構建的毒品交易經濟運行模型之下的具體犯罪活動，可以為毒品生產、分配、交換和消費四個環節所涵括，如涉及毒品生產方面的犯罪、毒品流通方面的犯罪、促進毒品消費方面的犯罪，具有很強的“貪利性”特點，^[31]尤其對於走私、製造毒品等源頭性毒品犯罪。因此，在毒品犯罪刑事制裁上，在強調利用自由刑等主刑對犯罪人的直接懲罰以實現“報應與預防”的同時，還需從“貪利性”這個核心動因上下手，進一步加大對毒品犯罪的經濟制裁，這既是科學預防與深度懲治毒品犯罪的核心與關鍵，又是“經濟犯罪、經濟解決”刑事經濟制裁功能的現實要求。^[32]對此，從《昆明會議紀要》對涉案財物處置、財產刑適用的關注度上也能得以體現。如，全面強化對毒品犯罪經濟制裁的實體及程序規範要求，對毒品犯罪“涉案財物處理、財產刑適用問題”進行了專章規定，系統性地解決毒品犯罪財產刑的適用、涉案財物的認定、特別沒收程序的適用等經濟制裁問題。

實踐中，對於毒品犯罪的經濟制裁，一方面要充分依法適用財產刑及準確處置涉案財物，確保根源性地截斷貪利型犯罪的犯罪動機與誘因。在財產刑的適用上，要把握以下幾點：一是充分發揮財產刑在懲治和預防毒品犯罪上的獨立價值，加大對毒品犯罪源頭的經濟制裁力度；二是，在罪刑均衡的基礎上，保持財產刑與主刑量刑相匹配的要求；三是，加大對毒品犯罪組織者、犯罪集團首要分子、再犯、累犯、職業犯及所獲違法所得較大、實施大宗型源頭性犯罪犯罪人的財產刑數額；四是，加大執行力度，確保毒品犯罪中財產刑適用率及執結率相平衡。在涉案財物的處置上，要從“偵審執”聯動的視角出發，從處置程序及處置實體上貫徹“任何人不因不法行為獲利”的法理要求，消除反財產分配規則獲得的不當獲利，^[33]斬斷毒品犯罪人“坐牢一陣子，幸福一輩子”“犧牲我一人，幸福一家人”的貪利動因，確保從經濟方面有效懲處犯罪並剝奪再犯的條件。另一方面，也需要把握好經濟制裁的限度，依法保障被告人及相關利害關係人的合法財產權。這就要求，

[30] 參見皮勇、黃琰：《論刑法中的“應當知道”——兼論刑法邊界的擴張》，載《法學評論》2012年第1期，第57頁。

[31] 參見孫航：《充分發揮刑事審判職能 推動新時代人民法院禁毒工作取得更大成效——專訪最高人民法院副院長李少平》，中國法院網：<https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/06/id/5314905.shtml>，2020年6月22日訪問。

[32] 參見[日]川出敏裕、金光旭：《刑事政策》，錢葉六等譯，中國政法大學出版社2016年版，第73頁。

[33] 參見梅傳強、何鑫：《論刑事涉案財物之沒收競合》，載《澳門法學》2024年第1期，第76-77頁。

在財產刑的適用上，需以《刑法》第 52 條、第 61 條及《最高人民法院關於適用財產刑若干問題的規定》等規範為準則要求，既要以罪刑相適應原則為限，不能超過罪行限度，也需結合犯罪分子的財產狀況、地區經濟差異進行綜合認定。判處罰金的，合理判斷是否需要延期、減少和免除罰金刑；判處沒收財產的，做好行為人財產的確權及分割工作，防止侵犯犯罪分子家屬所有或者應有的財產。對於涉案財物的處置，應明確違法所得沒收的目的在於“消除非法獲利”，因此沒收限度需以被告人實際獲得違法所得數額為限，沒收對象以實際受領者為限（原則上以獨立責任為基礎，不對其他實際獲利人承擔連帶責任），既要實現消除非法獲利的目的，也不能使被告人承擔比自己實際獲利更多的不當負累。

（二）加強對毒品犯罪經濟制裁的具體舉措

在具體舉措上，需充分結合《昆明會議紀要》的修改內容與《反有組織犯罪法》《最高人民法院關於刑事裁判涉財產部分執行的若干規定》（以下簡稱《財產執行規定》）等關於毒品犯罪財產刑裁量、涉案財物處置的規範要求，從偵控審全鏈條縱向深入、實體與程序兩方面橫向展開，通過明確加強涉案財物查證、財產刑裁量標準、擴大違法所得認定範圍、降低違法所得的證明標準等途徑，來進一步加大對毒品犯罪的經濟制裁力度。

一是規範毒品犯罪相關涉案財物的前端處置程序。具體為，結合《昆明會議紀要》的規定，從毒品犯罪涉案財物“偵審執”聯動的角度出發，解決好司法實踐中涉案財物查證不到位、查控任意性較大、協同處置不順暢及“模糊判項”“掛而不判”等前端失範問題。^[34] 首先，加強毒品犯罪被告人財產狀況、涉案財物相關證據材料收集、固定的全面性與及時性，健全毒品犯罪涉案財物調查機制，以杜絕因未全面審查毒品犯罪人的財產狀況而導致財產刑執行難。^[35] 其次，加強裁判文書中涉財產判項的明確性，包括對違法所得、毒品或其他違禁品、供犯罪所用的本人財物的具體處置數額及處置方式（沒收、追繳、責令退賠等），防止因審判重點聚焦於毒品定罪量刑事實忽略涉案財物審查而造成涉案財物處置措施失效、涉案財物追繳難，杜絕毒品犯罪財產性判項漏判不判、模糊判決等問題。再者，充分發揮財產刑執行的檢察監督職能，構建多元化監督機制，加強對“偵控審執”涉財產內容的全過程檢察監督。^[36] 如，加強引導、督促偵查機關對被告人財產狀況、涉案財物相關證據材料收集及適時依法採取相應的扣押、保全措施；對審判期間財產刑適用、違法所得等涉案財物處置遺漏或處置不當的，應當提起抗訴等。

二是貫徹財產刑與主刑相匹配的裁量要求。針對當前司法實踐中對於毒品犯罪財產刑適用存在標準缺失、判處不統一、財產刑判處缺乏梯度性等諸多罪刑不均問題，需全面貫徹《昆明會議紀要》明確的財產刑與主刑相匹配的裁量要求。這既是對《刑法》第 52 條、第 61 條規定的自然延伸與直觀體現，也提供了具備實踐可操作性的參照標準，有利於更好地構建以實現精準量刑為導向的財產刑裁量罪刑梯度。但需明確財產刑與自由刑、生命刑的不同，在具體案件中除了關注財產刑與主刑的匹配度之外，還需從財產權益不均等的特殊性出發，^[37] 結合具體案件與行為人財產狀況差異準確裁定財產刑數額，防止過度追求梯度性造成財產刑的“空判”。

三是在合理限度內拓寬毒品犯罪違法所得的範圍。沒收違法所得是剝奪毒品犯罪不當獲利、

[34] 參見梁健：《刑事涉案財物處置的失範與規範》，載《中國刑事法雜誌》2022年第5期，第81-85頁。

[35] 參見朱建華、陳遠平、陳其琨：《毒品犯罪涉案財物處置制度完善》，載《人民司法》2021年第19期，第15-16頁。

[36] 參見董芳興、張小芳、熊金平：《檢察監督視野下毒品犯罪涉案財物處置困境及應對——以J省檢察機關辦理案件為例》，載《江西警察學院學報》2023年第6期，第76-77頁。

[37] 參見阮齊林：《論財產刑的正當理由及其立法完善》，載《中國法學》1997年第1期，第76頁。

消除貪利性犯罪動因的核心處置措施，對此應結合《昆明會議紀要》涉案財物處置及《刑法》第64條、《財產執行規定》第10條等相關法律的規定，在保障公民合法財產權益的範圍內擴大違法所得的認定範圍。主要體現在以下兩個方面：第一，無需扣除毒品犯罪違法所得中的犯罪成本。學界及實務界對於購買毒品的犯罪成本是否需要從違法所得中扣除存在較大分歧，存在“純益法”與“毛利法”之爭。實際上，從加大對毒品犯罪經濟制裁的精神出發，基於購毒資金與毒品犯罪的關聯度、幫助度，即使其不能被違法所得的內涵所涵括，也可以將其認定為供犯罪所用的本人財物，應當依法沒收。第二，加強對毒品犯罪間接違法所得的關注。具體而言，在毒品犯罪違法所得的認定中需注意涉案財物的形態轉變與沒收衍生利益，應當追繳用毒品犯罪涉案財物投資、置業所形成的財產及其收益，以及毒品犯罪涉案財物與其他合法財產共同用於投資、置業所形成的混合財產中與涉案財物對應的份額及其收益。但間接所得應以毒品犯罪違法所得所產生的直接收益為限，對於利用違法所得直接經營、勞動加工產生的收益不宜納入違法所得沒收的範圍。

四是積極適用等值沒收、推定沒收、未定罪沒收等規定。基於對黑社會性質組織、惡勢力組織實施的毒品犯罪案件及重大毒品犯罪的嚴重社會危害性、獲利動因的強烈性、財產的易轉移性及高度隱蔽性等因素，應當依據《昆明會議紀要》及《反有組織犯罪法》第45條第2款、第3款、《刑事訴訟法》第298條、《刑事訴訟法解釋》第609條等相關規定，在財產形態上、沒收程序上降低相應的標準，以消除涉黑惡勢力毒品犯罪及重大毒品犯罪案件中違法所得沒收可能存在的現實障礙。如，強調對有組織毒品犯罪涉案財物的沒收與追繳不拘於毒品不法財產的原始形態，可追繳或沒收其他等值財產或混合財產中的等值部分，以堵塞犯罪分子通過轉移、掩飾、毀滅、混同等手段使不法財產逃避沒收的途徑；^[38]又如，降低涉黑惡勢力實施毒品犯罪及重大毒品犯罪中不法財產的證明標準，以“高度蓋然性”標準代替“排除合理懷疑”標準，彌補實踐中毒品犯罪不法財產的高度隱蔽性及認定取證困難的桎梏；再如，克服重大毒品犯罪中涉毒行為人逃匿而導致的“行為人未受宣判則財產無法被沒收”的法律障礙，以最大程度破除犯罪人的投機心理。

五是加強毒品犯罪中財產性判項履行與減刑假釋的聯動。為了嚴防毒品犯罪中財產性判項空判的問題，使得毒品犯罪人“坐牢一陣子，幸福一輩子”的貪利目的落空，在毒品犯罪中應當貫徹落實《昆明會議紀要》中減刑、假釋適用問題及《最高人民法院關於辦理減刑、假釋案件具體應用法律的補充規定》第1條的規定，將是否履行財產性判項作為減刑、假釋的實質性適用條件。一方面，應突出財產性判項與減刑假釋聯動機制的約束性功能。在毒品犯罪中明確從“積極履行財產性判項，減刑、假釋時可以從寬掌握”的激勵性到“有能力履行而不履行或不全部履行的，不予或者限制減刑、假釋的適用”的限制性、約束性轉變，以此進一步督促、引導毒品犯罪人積極退贓。另一方面，也應該注意到財產性判項與減刑假釋聯動機制具有負向激勵性，應嚴格限制其適用範圍（僅適用於具有客觀履行能力而無主觀履行意願的犯罪人之中）及適用程序，以防減刑假釋淪為提高財產性判項執行率的“工具”，弱化其本身的激勵功能，^[39]減損犯罪人的合法權益，甚至帶來“花錢買刑”的誤解。

六、進一步嚴格貫徹證據裁判原則的要求

（一）嚴格貫徹證據裁判原則的總體要求

[38] 參見萬志鵬：《論〈反有組織犯罪法〉中的刑事特別沒收》，載《江西社會科學》2022年第2期，第106頁。

[39] 參見勞佳琦：《財產性判項與減刑假釋的聯動機制》，載《中外法學》2018年第3期，第720頁。

證據裁判原則是現代法治國家認定犯罪事實時必須遵循的原則，^[40]其核心在於必須依據證據認定案件事實，無證據不得確認有罪。在毒品犯罪案件辦理中進一步嚴格貫徹證據裁判原則，既是刑事訴訟進步與文明在毒品犯罪案件辦理中的體現，又是有效加強毒品案件辦理司法裁判的確定性和權威性的必然方式。對此，歷屆會議紀要中也都逐漸加強嚴格規範審判程序的要求，強調以“有無證據證明”為事實認定的基礎與關鍵。以《昆明會議紀要》為例，其在往屆紀要的基礎上，進一步貫徹落實證據裁判原則，在事實情節用語表述上更加謹慎，修正誘惑偵查案件的救濟模式，完善推定的規範適用，對證據的收集審查、相關事實認定的證據審查要點等細節性問題做出了更為詳細、全面的規定。如將客觀事實進一步統一表述為法律事實，統一以“有無證據證明”限定，全面細化相關事實認定的證據審查要點。

由於毒品犯罪行為方式的隱蔽性（如“人貨分離”“互聯網+寄遞”“螞蟻搬家”式走私等）、犯罪現場的不固定性、缺乏傳統意義上被害人、毒品的易消耗性等特殊性，導致毒品案件辦理過程中往往面臨著案件線索來源受限、偵破難度大、直接證據易滅失、證據獲取難、主觀證明難等現實困境。在毒品犯罪案件辦理中，常常需要突破傳統的偵查手段、證明標準與證明方式，採取誘惑偵查、“高度蓋然性”的證明標準及事實推定的方式來收集證據及認定事實。因此，為防止侵犯公民人權、有違無罪推定原則等的風險出現，需從以下幾個方面加強證據裁判原則的運用。一是，強調依據證據認定案件事實，既無論是定罪事實，還是量刑事實，亦或是涉毒資、非法獲利等財產方面的事實，均需要“根據現有證據能夠認定”的前提要求。二是，強調證據資格的審查，保證毒品案件證據收集的正當性、規範證據審查判斷的程序，充分保障非法證據排除規則、自白規則、品格證據規則的運用，尤其對於誘惑偵查案件中所得的證據材料。三是，嚴格把握證明標準與證明方式，原則上均應運用具有證據能力的證據綜合審查判斷所認定的案件事實是否達到“排除合理懷疑”的標準進而認定案件事實，僅有在立法明確規定的特殊情況下，可以降低證明標準及適用事實推定。

（二）嚴格貫徹證據裁判原則的具體做法

在毒品犯罪案件中進一步嚴格貫徹證據裁判原則，需立足於毒品犯罪的特殊性，在堅持上述總體要求的前提下，從加強證據收集、固定、審查及審慎適用推定等方面，探究有效打擊犯罪與堅持無罪推定原則的平衡點。

其一，強調對證據的全面收集、固定、審查。具體而言，首先，加強證據收集的全面性，包括一切反映定罪情節及量刑情節的相關證據，既包括反映主觀方面（犯罪目的、犯罪故意、使用毒品目的等）也包括客觀方面（如毒品數量、毒品類型、行為類型、客觀危害等）的證據材料，既包括體現定罪情節也包括量刑情節（自首、坦白、退賠等）的證據材料，既包括反映社會危害性大小也包括反映人身危險性大小的證據材料，還包括證明涉案財物及其孳息權屬、性質、來源、流向的證據材料。其次，加強對證據的全面審查、綜合判斷，細化相關事實認定的證據審查要點，對言詞證據與實物證據進行綜合判斷認定相應的案件事實。如對於是否“出於醫療使用目的”，需結合對行為人吸毒史、身體狀況、毒品類型、毒品數量、就醫診療情況等證據材料進行綜合認定；對於製毒廢液廢料的認定，需結合在案查獲的製毒原料、工具、技術配方、毒品成品、半成品、購買記錄、通話清單、交易憑證、證人證言等證據材料綜合認定。

其二，進一步加強誘惑偵查的實體、程序控制。具體而言，在實體控制上，一方面，嚴格控制

[40] 參見陳光中、鄭曦：《論刑事訴訟中的證據裁判原則——兼談〈刑事訴訟法〉修改中的若干問題》，載《法學》2011年第9期，第3頁。

誘惑偵查適用的範圍，結合案件的社會危害性大小、案件類型、手段必要性與否進行約束。^[41]另一方面，完善對誘惑偵查案件的救濟模式，嚴格依照《昆明會議紀要》對隱匿身份人員實施偵查案件在救濟模式、從寬空間上的修改，結合特情引誘行為的啟動方式、強度、範圍及行為人犯罪動機的生成原因、刑事違法程度的高低，基於量刑平衡和刑法倫理的要求，適用從“非法證據排除”到“量刑減讓”的更具梯度性的救濟模式，以加強違反程序法的制裁效果，^[42]以進一步保持打擊犯罪與保障人權之間的平衡。如，對於犯意引誘，不再適用“量刑減讓”的救濟模式，而採取“非法證據排除”；對於數量引誘，拓寬因數量引誘而跨越“量刑幅度或刑種”的從寬幅度。在程序控制上，通過加強對偵查人員的培訓、規範誘惑偵查的審批程序、全流程加強對偵查活動監督來進一步規範誘惑偵查的適用。

其三，嚴格把握限制降低證明標準的情況及審慎適用事實推定。在適用範圍上，僅限於依據《刑事訴訟法》《昆明會議紀要》等相關法律規範上明確規定的有限情形可以適用“高度蓋然性”的證明標準或進行推定認定，對於立法沒有規定的不得適用。具體為，僅在涉黑惡勢力實施毒品犯罪中違法所得及其孳息、收益及重大毒品犯罪未定罪沒收的不法財產的認定中，可以採取“高度蓋然性”的證明標準；僅在從販毒人員住所等處查獲的毒品的定性、行為人是否明知是毒品的認定、吸毒人員運輸較大數量毒品時行為定性（排除特殊情形）、“以販養吸”情形中販賣毒品數量的認定等立法明確規定的情況下可以採用推定。在適用過程中，基於二者均是刑事證明中的非常規現象，需依據法律嚴格規範其適用標準，如準確區分高度蓋然性標準與普通蓋然性標準，及上文提及的推定適用需重視基礎事實的證據證明等。

其四，加強存疑有利於被告人原則在定罪量刑中的運用。在毒品案件的辦理中，應發揮好存疑有利於被告人原則在貫徹證據裁判原則上的保障功能，在窮盡取證手段的前提下，結合現有案件證據材料對案件事實仍然存在合理懷疑的情況下，在定罪量刑上作出對被告人有利的認定和處理。在定罪上，強調“疑罪從無”“罪疑從輕”。對犯罪構成要件事實存疑的情況下，進行無罪推定，如行為人對推定明知的辯解解釋合理、無法排除其存在被矇騙的可能時，應當認定其主觀不知為毒品。有證據證明犯罪構成要件基本事實，但對於重罪事實存疑時，以輕罪認定，如對吸毒者、代收者是否有實施販賣毒品等其他犯罪的故意認定存疑時，達到一定的數量標準的，以非法持有毒品罪定罪處罰；對代購者（未獲利）是否明知他人實施毒品犯罪的認定存疑時，達到一定的數量標準的，以非法持有毒品罪認定。在量刑上，強調“就低不就高”。如上文提到的“不排除因受隱匿身份人員引誘”“不能排除受人指使、僱用運輸毒品的被告人”可以不判處死刑；存在或不排除存在不規範使用隱匿身份人員實施偵查的情形，做出有利於被告人的處理。

[41] 參見張惠芳：《毒品犯罪誘惑偵查問題研究》，載《湖南師範大學社會科學學報》2018年第3期，第79-80頁。

[42] 參見方文軍：《誘惑偵查的類型及其法律後果——以2023年毒品犯罪“昆明”會議紀要為中心展開》，載《法律適用》2024年第2期，第115頁。

Abstract: The handling of drug crime cases needs to closely follow the national governance strategy of the new era, further emphasizing the integration of drug cases trials into the drug control system, and strengthen the integration of punishment and governance. We should highlight the key areas of attack and implement leniency requirements in the whole process, and further embodying the criminal policy of tempering justice with mercy. While recognizing the application of the death penalty, to further control and reduce the use of the death penalty in drug cases and build a structured judicial path to control and reduce the use of the death penalty. And it comprehensively upholds the organic unity of form and substance, subjective and objective evaluation, further enhancing the comprehensive examination of the circumstances of conviction and sentencing. Furthermore, refining the substantive and procedural standards for economic sanctions in drug crimes, placing greater emphasis on sentencing based on the purpose and function of punishment. Additionally, to strictly implement the requirements of the principle of evidence judgment, explore the best balance between effectively cracking down on drug crimes and adhering to the principle of presumption of innocence, and highlight the goal orientation of "quality-effectiveness".

Key words: Drug Crimes; Conception Transition; Kunming Conference Minutes; Tempering Justice with Mercy

(責任編輯：馬志遠)

污染環境犯罪治理中行政機制完善探究

陳立毅*

摘要 污染環境犯罪治理是社會治理一項重要內容。行政犯理論、環境公共權力理論、協同治理理論為行政參與污染環境犯罪治理提供法理正當。當前，污染環境犯罪治理中的行政機制存在諸多現實問題，具體包括行政監管機制的犯罪遏制作用式微、行政協同機制缺陷阻礙行刑有效銜接、責任追究機制缺乏制約監督。為完善污染環境犯罪治理中的行政機制，可以借鑒域外經驗做法，結合問題結因所在，提出如下完善方案：優化監管主體結構，實現監管措施多樣化，完善行政監管機制；以行政調查為核心，同時明確案件移送實體標準，合理配置正負激勵機制，完善行政協同機制；事先設定追責程序、及時跟進“兩法銜接”，強化檢察監督作用，完善案後責任追究機制。

關鍵詞 犯罪治理 污染環境犯罪 行政機制 協同治理

污染環境犯罪是一種嚴重污染環境的行為，其治理涉及多個部門主體。我國《環境保護法》第6、10條分別明確規定：“地方各級人民政府應當對本行政區域的環境品質負責；縣級以上地方人民政府環境保護主管部門，對本行政區域保護工作實施統一監督管理”，污染環境犯罪的後果嚴重性以及行政違法性，共同決定了政府部門必須參與到污染環境犯罪治理過程中。

污染環境犯罪治理中的行政機制是指，生態環境等國家公權力機構在污染環境犯罪治理中的工作方式、工作內容、工作程序、工作規則及與其他治理機制聯繫的作用過程與作用機理。污染環境犯罪治理的行政機制是否具有預期功效，需要結合機制設計和運行情況進行具體考察。筆者將結合行政參與污染環境犯罪治理的基本法理，分析該類犯罪治理中行政機制存在的現實問題，借鑒域外可行之經驗對策，提出行政機制的具體完善方案，以期提升該類犯罪的治理效益，實現環境治理體系與治理能力現代化。

一、行政參與污染環境犯罪治理的法理正當

針對犯罪治理而言，傳統上一般認為其屬於偵查、檢察、審判機關的職能範疇，極少涉及到行政執法機關。但近年來，污染環境犯罪常發的態勢仍將持續，有必要推動污染環境犯罪治理體系多

* 陳立毅，法學博士，華東政法大學刑事法學院博士後，廣西壯族自治區人民檢察院第四檢察部副主任。

元化，部分學者強調發揮行政機制對污染環境犯罪的遏制作用。^[1]那麼，行政機關作為治理主體之一，參與環境犯罪治理的法理正當性何在？圍繞上述命題，需要結合刑法、行政法理論進行展開分析，主要是從行政犯理論、環境公共權力理論、協同治理理論共三個方面切入。

（一）污染環境犯罪與行政犯理論

關於行政犯的概念，是指以違反行政法為前提，符合構成要件的行為。^[2]行政犯的特徵之一是雙重違法性，即行政犯同時具備行政違法性和刑事違法性，^[3]需要承擔行政和刑事雙重責任。依據《刑法》第338條的規定，污染環境罪是指，違反國家規定，排放、傾倒或者處置有放射性廢物的、含傳染性病原體的廢物、有毒物質或者其他有害物資，嚴重污染環境的行為。根據前述概念可知，污染環境犯罪屬於嚴重污染環境的行為，且以違反國家規定作為構成要件之一，必定違反前置法規定，例如我國《環境保護法》第63條明確規定生產經營者違法排放污染物的法律責任，最高可處15日的行政拘留處罰。因此，污染環境犯罪完全符合行政犯的概念特徵，以行政不法為構成要件，需要同時承擔刑事責任和行政責任，屬於典型的行政犯。

關於行政犯的客體要件，一般認為行政犯侵害的是前置法秩序。^[4]行政犯屬於嚴重違法行為，其行政違法性意味著其必定破壞了前置行政法所確立的法治秩序。秩序作為法的基本價值，需要通過對違法行為的預防、懲治予以實現，法的秩序價值實現的程度通常表現為對違法行為的控制效果。^[5]從形式違法層面，我國刑法明確規定污染環境犯罪以違反國家有關生態環境保護的法律、法規為前提，意味著污染環境犯罪行為必然是對《環境保護法》等前置法所形成的行政管理秩序的破壞，其行為所造成結果與環境行政管理目的相悖，可以稱之為行政違法必然性。從實質違法層面，污染環境犯罪行為是對生態環境的嚴重破壞，其不但是違法前置法秩序，更是在特定範圍對社會公民所依賴生存的自然環境造成現實危害，其具有的社會危害性不被刑事法律允許，具有實質層面的行政違法性和刑事違法性。污染環境犯罪行為的行政違法必然性和社會危害性，為行政環保部門參與到該類犯罪治理中提供了正當性。

污染環境犯罪是對前置法秩序的破壞，行政機關參與污染環境犯罪的治理思路亦應當基於法秩序論。換句話說，行政機關對污染環境違法行為的處罰，應當是為了維護相關行政法秩序。為此，行政機關參與污染環境犯罪的治理應當考慮幾個層面：一是對法秩序的恢復，要求犯罪行為人依法恢復被污染環境的原有狀態或承擔相應義務，是堅持法秩序論的應有之義，例如實踐中生態環境恢復費用；二是對破壞法秩序行為的及時懲罰，在犯罪行為被處以刑罰後，不意味行政責任的免除，仍要追究其行政責任；三是對破壞法秩序行為的有效預防，行政職權主動性和治理手段多樣性，可以及時遏制尚未發展為犯罪的一般違法行為，這讓行政參與污染環境犯罪治理更有可為空間，而在設計污染環境犯罪行政治理機制時應當注重發揮預防作用。

（二）污染環境犯罪與環境公共權力理論

關於古代國家權力來源合法性問題，統治者均以“神授權力”構建權力基礎，無論是歐洲中世紀政教合一的“君權神授”，^[6]還是古代中國的“君權天授”，都是“神授權力”的具體表徵。

[1] 參見焦艷鵬：《污染環境犯罪的司法效能提升與多元治理機制構建》，載《中州學刊》2021年第12期，第40-48頁。

[2] 參見張明楷：《行政刑法辨析》，載《中國社會科學》1995年第3期，第94-117頁。

[3] 參見陳興良：《法定犯的性質與界定》，載《中外法學》2020年第6期，第1464-1488頁。

[4] 參見李文吉：《我國刑法中管理秩序法益還原為實體性法益之提倡》，載《河北法學》2020年第5期，第2-19頁。

[5] 參見趙秉志、陳璐：《當代中國環境犯罪刑法立法及其完善研究》，載《現代法學》2011年第6期，第90-98頁。

[6] 參見鄧曦澤：《天命、君權與民心的糾纏——中國古代政治合法性觀念研究》，載《四川大學學報（哲學社會科學版）》2019年第5期，第76-87頁。

近代以來，隨著生產力急劇發展，封建階級與資產階級矛盾進一步激化，資產階級尋求政治上權利擴張，在此刺激下政治權力理論走上民權道路，西方國家開始出現“民授權力”的觀點，得到資產階級認可，其中以盧梭的“社會契約論”、孟德斯鳩和洛克的“分權論”為代表，對西方資本主義國家基礎產生巨大影響，成為資產階級革命的理論背書。社會主義國家同樣批判舊時代的“君權人治”思想，走上了近代的科學、民主道路。以新中國代表，在創新發展馬克思主義國家學說的基礎上，建立起人民民主專政國家，《中華人民共和國憲法》第2條即明確了“國家一切權力屬於人民”，是“民授權力”又一具體表現，而國家機關是代表人民行使權力。馬克思主義國家學說認為：“國家具有特殊的公共權力，國家的本質特徵，是和人民大眾分離的公共權力。”^[7]此處所提到的公共權力，是國家權力的統稱，形象的說是權力的“合集”，其中主要包含立法、行政、紀檢監察、審判、檢察等權力，行政權力是公共權力的具體表現之一，是政府代替國家行使公共管理權的權力依據。風險社會視域下，社會風險的不確定性，導致政府需要通過加強權力部門專業化予以應對，由此產生專門負責環境行政管理的生態保護部門，與之相對應的是環境公共權力。不可否認，環境問題日益突出、人民對美好生態環境的嚮往是環境公共權力從一般政府公共權力獨立出來的直接動因，而進入新發展階段，黨中央對發展品質問題愈發重視，為實現社會發展可持續性，建立美麗的社會主義現代化強國，對環境公共權力運行提出更高要求和期待。

環境公共權力為行政機關參與污染環境犯罪治理提供權利正當。政府的環境公共權力是政府進行環境決策、執行環境法律、管理環境公共事務的專門權力。^[8]政府的環境公共權力有狹義與廣義之分。狹義的政府環境公共權力是指政府執行國家關於環境相關法律法規的權力，即僅指政府對環境管理的執法權。如政府通過行政強制、行政命令、行政監督等權力對生態環境進行行政執法。廣義的環境公共權力除了包括狹義的政府環境權力外，還包括環境行政立法權、環境行政司法權。我國政府的環境公共權力即是狹義的政府環境公共權力。狹義的政府環境公共權力有持續性和主動性，這分別將其與環境行政立法權、環境司法權區分開。與被動司法不同，行政機關參與犯罪治理更能體現執法權的主動性，可以及時發現犯罪或者遏制、預防可能演變成犯罪的違法行為，污染環境犯罪所造成結果的嚴重性和不可逆性，更加考驗環境公共權力的主動發力和精準運行。在我國，與政府環境行政權力相對的是環境司法權，分別由公安、人民法院和人民檢察院所代表行使，三者通過刑事偵查權、審查逮捕權、審查起訴權、審判權對污染環境犯罪行為進行刑事法評價，但環境司法權“就案辦案”的局限性限制了其參與環境治理的質效，更為理想的環境治理格局應當是由行政部門發揮其環境管理職能，對生態環境進行系統、全面、細化的監管，自然也包括污染環境犯罪行為；再由司法部門發揮其依法斷案的職能，破壞生態環境的犯罪行為進行懲治，從而形成“行政監管 - 司法兜底”的環境犯罪治理局面。

國家一切權力來自於人民，環境公共權力是國家權力一部分，也是人民權利讓渡的結果。因此，公民作為社會個體，其自然有權參與環境犯罪治理的過程中。隨著社會發展，許多新生領域的監管問題都需要政府介入監管，特別是環境監管領域涉及公共利益的問題，對監管質效提出較高要求，人手不足的問題開始顯現，需要更多主體力量作為環境治理的人手補充。環境治理事關公共利益，環境公共權力來自於人民，換句話說，人民本就有權參與環境治理，這也符合“建設人人有責、人人盡責、人人享有的社會治理共同體”^[9]的要求。污染環境犯罪治理不應當只是行政機關

[7] 參見[德]卡爾·馬克思、弗里德里希·恩格斯，《馬克思恩格斯選集》1995年版，第114頁。

[8] 參見趙俊：《環境公共權力論》，法律出版社2009年版，第36頁。

[9] 參見求是網：《中共中央關於堅持和完善中國特色社會主義制度、推進國家治理體系和治理能力現代化若干重大問題的決定》，http://www.qstheory.cn/yaowen/2019-11/07/c_1125202003.htm，2024年9月30日訪問。

的單方面行為，而是需要全體公民的共參與，應當鼓勵、號召每一個公民積極承擔起相應環境犯罪治理責任，以合理、合法、可行的各種方式參與到管理和決策中。相比以往，構建全民參與共治可以起到調節作用，能夠充分發揮各主體的優勢和作用，形成政民共治的治理合力，讓不同主體之間相互補充、相互監督，提升治理效率和品質。因此，今後在健全污染環境犯罪的行政機制中可以吸收公民主體的力量，在調查發現、監督制約等方面發揮制度作用。

（三）污染環境犯罪與協同治理理論

2023年7月，習近平總書記在全國生態環境保護大會上曾指出：“重點攻堅和協同治理的關係，強化目標協同、多污染物控制協同、部門協同、區域協同、政策協同，不斷增強各項工作的系統性、整體性、協同性，”^[10]顯然協同治理是習近平生態文明思想的重要組成。協同治理（Collaborative Governance）是指多元主體在跨邊界的多重組織關係中平等地參與公共事務活動，並通過運用政府機制或非政府機制，以保障共同目標實現和公共利益增進的過程。^[11]人類改變自然的能力愈發強大，但許多新興風險不斷威脅現實生活，引起部分學者對傳統社會治理理論的反思，尋求實現對現有理論的新突破，以應對人類社會中的各類威脅。正是在這一社會背景推動下，協同學和治理理論實現有機結合並被賦予新內涵，由此產生協同治理理論。協同治理特徵多樣，其主要強調主體的多元性、子系統的協同性、方式的多樣性、過程的動態性和持續性，多元主體協同共治是這一理論的精髓。^[12]

協同治理主體多元性，同樣為行政參與污染環境犯罪治理提供了理論正當。主體多元性強調，協同治理涉及多個部門、組織、單位或者個人，並充分發揮各自優勢，實現共同的治理目標。污染環境犯罪治理的目標在於“預防打擊犯罪，保護生態環境”。傳統觀念認為，犯罪治理似乎更多是司法機關的職責所在，黨委政法委、公安、檢察、審判等政法機關通過制定司法政策，依法履行偵查、法律監督、審判職能，直接參與到犯罪治理中，也正是我國犯罪協同治理領域中主體多元性的體現。但今後我國污染環境犯罪普發、常發的態勢仍將長期持續，^[13]為消除犯罪對環境品質威脅、進一步提升污染環境犯罪治理的效能，需要充分發揮環保部門的優勢，而在協同治理理論下進一步強化行政部門參與污染環境犯罪治理的正當性。政府生態環境保護部門，負責生態環境綜合治理工作，監督檢查本區域的環境品質問題，在業務專業性、熟悉度上有明顯優勢，能夠及時發現污染環境犯罪，並協同配合政法機關開展司法工作。結合多元主體協同共治理念，生態環境保護部門發揮機制功效，成為污染環境犯罪治理中的關鍵一環，與政法機關協同合作、兼濟互補，可以起到彌補制度漏洞的作用。

除主體多元性外，協同治理理論還強調跨部門的協同治理。從宏觀權力視角進行區分，參與國家治理主要包括行政機關與司法機關，對於公共區域的社會治理分別通過行政手段、司法手段實現。污染環境犯罪治理作為國家、社會治理其中一項內容，同樣包含前述兩種治理手段。在傳統“黨政”體系構造下，環境治理形成了在黨委、政府、上級部門指導下的多線性治理體系，而為貫徹執行具體的治理決策形成了專門的環境執法隊伍。但在協同治理理念下，治理問題不再局限於某

[10] 參見新華網：《習近平在全國生態環境保護大會上強調 全面推進美麗中國建設加快推進人與自然和諧共生的現代化》，https://www.ccps.gov.cn/xtt/202307/t20230718_158686.shtml，2024年9月30日訪問。

[11] 參見李勝：《突發環境事件的協同治理：理論邏輯、現實困境與實踐路徑》，載《甘肅社會科學》2022年第3期，第180-187頁。

[12] 參見張麗艷、夏錦文：《國家治理視域下的區域司法協同治理》，載《南京社會科學》2016年第5期，第83-90頁。

[13] 參見焦艷鵬：《污染環境犯罪的司法效能提升與多元治理機制構建》，載《中州學刊》2021年第12期，第40-48頁。

一政府部門，而是多個部門參與的跨部門協同治理。^[14]此處所述的跨部門治理，既包括公權力部門內部之間的協作治理，也包括行政部門與經濟部門、第三方組織的合作治理。跨部門協同治理是建立在合作治理的思路在公共事務治理中開展多部門合作，“元治理”的角色一般由公共部門來承擔，這些部門之所以願意協同起來、進行合作，主要是因為需要彼此的資源、資訊、能力。^[15]回歸到本文探討的主題，跨部門協同為污染環境犯罪治理提供了理論正當和指導。污染環境犯罪以“嚴重污染環境”為入罪情節，是對自然環境的整體性破壞，其行為模式隱蔽性、行為後果嚴重性、危害對象非現實性，均成為了影響公權力部門治理成效不顯著的原因。有鑒於此，跨部門協同可以污染環境犯罪治理實踐提供兩種思路。一是公權力部門之間的內部協作。內部協作包括司法-行政部門協作和行政多部門協作；司法-行政部門協作最為常見機制被稱為“行刑”銜接機制，以案件的正反向移送，確保違法犯罪分子得到應有制裁，但司法-行政協作絕不僅限於此，雙方以此所搭建的溝通機制，能夠在資訊、資源、活動上共同承擔更多職責。二是行政部門與第三方組織的合作治理。第三方組織包括企業部門、社會組織等，一般由行政部門牽頭負責發起，其他非行政、司法部門共同參與，為實現制定或執行公共環境政策、環境專案的一種制度安排。第三方組織在參與犯罪行政治理中有其獨特的優勢，比如人力、技術、資金等方面可以為行政部門提供強大的外力幫助。尤其是在嚴重違法行為調查、環境監測等方面，第三方組織已有的資訊和技術可以為查實違法行為提供支持，並為污染行為提供準確預預防預點位。

二、污染環境犯罪治理中行政機制存在的現實問題

關於污染環境犯罪治理中的行政機制，具體包括但不限於行政監管機制、行政協同機制、責任追究機制，它們分別在事前、事中、事後三個不同階段發揮作用。為進一步提升污染環境犯罪行政治理效能，下文將結合相關規範文件、研究成果和典型案例，分別剖析前述三個行政機制存在的現實問題。

（一）行政監管機制的犯罪遏制作用式微

環保部門在監管生態環境過程中，通過行政調查、巡查，及時發現違法行為，攔截污染環境犯罪行為，還可以通過行政處罰，防止違法行為進一步發展為犯罪行為，起到遏制、預防犯罪的作用。但在機制實際運行中，行政監管機制對犯罪遏制作用式微，長期存在某些污染環境的犯罪行為未被及時發現、制止，致使部分違法行為質變為嚴重違法、犯罪行為。中央第五生態環境保護督察組督查發現，部分企業存在長期違法排放有毒有害廢物，嚴重污染周邊環境的現象。例如遂寧市某公司自2014年以來，先後從42家污水處理廠接受污泥20餘噸，將10.51噸污泥非法傾倒，嚴重影響周邊土壤品質。^[16]類似的嚴重污染環境現象並非個案，再如中央第一生態環境保護督察組發現山西某某公司，通過私自旁路長期違法排汙，經過監測二氧化硫等工業污染物嚴重超過國家設定

[14] 參見肖克、謝琦：《跨部門協同的治理敘事、中國適用性及理論完善》，載《行政論壇》2021年第6期，第51-57頁。

[15] 參見謝琦、陳亮：《網路化治理的敘事重構、中國適應性及理論拓展》，載《行政論壇》2020年第3期，第34-40頁。

[16] 參見四川省人民政府：《四川省遂寧市監管嚴重缺失 放任有關企業長期嚴重污染周邊環境》，載四川省人民政府官網<https://www.sc.gov.cn/10462/c108659/2021/9/6/b7c3ad5d4f86454782e70b60e4af0fa4.shtml>，2024年10月15日訪問。

相應的排放標準。^[17]此類現象均是企業日常生產經營的過程中，往常用數據造假、私開旁道方式以達到違規排放污染物的目的，是對空氣、江流、海洋等自然環境嚴重破壞，涉嫌構成污染環境罪，但是行政機關對此類現象監管無力、遏制式微，存在原因可能是，環保部門監管機制、技術的落後，導致未能及時發現並糾正該類行為。從深層次的角度看，犯罪遏制作用式微問題，是由於行政監管機制缺陷引起的。第一，監管主體設置分散。生態環境執法領域涉及林業、水利等多個行政部門，導致實際工作效率不高，考慮到資源配置成本問題，執法人員無法做到全覆蓋的有效監管，必須實現監管主體結構總體優化，同時發揮社會公眾、監管相對人的作用，配合行政監管主體，順應監管主體多元化的發展趨勢。第二，柔性監管措施缺失。在環境行政管理中，行政主體與行政相對人處於不平等地位，為實現污染環境犯罪的預防治理，在發現污染環境一般違法行為時，行政主體通常採用罰款、拘留等剛性措施，避免行政違法性進一步惡化。但從功能角度看，過度使用或依賴懲罰性手段，無法指引涉案主體主動走上保護環境的合法道路，不能真正化解涉案主體與環境保護之間的矛盾關係。第三是對執法部門的責任監管不到位。傳統發展理念的掣肘，實踐中環境執法有較大伸縮和變通，在生態環境保護與社會經濟發展的立場中搖擺，直接表現為行政部門的選擇性執法或對執法行為的視而不見，上述山西某某公司違法排汙案例中，相關部門就是存在“督促企業整改落實存在等待觀想思想，表態調門高、行動落實少”等問題，側面反映出對環境執法部門責任機制需要進一步完善的制度需求。所以，上述問題有必要從機制完善層面提出具體對策予以解決。

（二）行政協同機制缺陷阻礙行刑有效銜接

污染環境犯罪治理中的行政協同機制，是行政機關與公、檢、法等司法機關協同配合，移送涉嫌污染環境犯罪案件，支持刑事偵查、起訴、執行工作，確保犯罪分子得以被正確定罪量刑的工作機制總和。行政協同機制運行過程中主要涉及到的是行刑銜接問題，例如案件移送程序、移送標準，需要結合實際運行情況分析協同機制缺陷對行刑銜接形成的阻礙。

第一，案件移送標準模糊。由於執法機關和司法機關的辦案理念、工作體系、知識儲備等差異較大，同時還要求執法人員能夠正確判斷涉案行為已經符合刑事入罪標準。實踐中，大部分污染環境犯罪案件多數是由行政執法機關移送，這就需要有關部門出臺規範文件，明確案件移送的標準，幫助執法人員作出“是否構罪”判斷。為實現行刑流暢銜接，2017年環境保護部、公安部、最高人民檢察院聯合制定並出臺《環境保護行政執法與刑事司法銜接工作辦法》（以下簡稱《工作辦法》），其中第5條規定：“向公安機關移送的涉嫌環境犯罪案件，應當符合下列條件：（一）實施行政執法的主體與程序合法。（二）有合法證據證明有涉嫌環境犯罪的事實發生。”由此可看出，《工作辦法》對移送案件標準的規定過於模糊，並未詳細說明判斷“合法證據”“證明有涉嫌環境犯罪事實”的具體要求，無法為執法人員提供判斷的實質依據。實踐中，為應對案件移送標準模糊性所造成的影響，產生了行政優先論的傾向做法，即對涉嫌行政犯案件優先由行政執法部門以行政程序進行調查，待基本案件事實基本查清後再移送公安機關啟動刑事司法程序，^[18]但是行政機關調查程序、證明標準相比較刑事司法標準而言更為寬鬆，可能影響案件事實真相的查明，而污染環境犯罪的部分客觀證據處於動態變化狀態，進一步影響對污染犯罪行為的懲治。

第二，協作機制的激勵措施缺失。特定情況下，環境部門需要利用專業優勢，協助公、檢、法

[17] 參見中華人民共和國生態環境部：《山西太古恒達煤氣化公司長期違法排汙，太穀區督促整改落實等待觀望》，載中華人民共和國生態環境部官網https://www.mee.gov.cn/ywgz/zyshjhbdc/dcji/202105/t20210517_833035.shtml，2024年10月15日訪問。

[18] 參見謝小劍：《行政犯“行刑銜接”困境破解：從分離式到聯動式》，載《中國法學》2024年第2期，第287-304頁。

機關，支持刑事訴訟偵查、起訴、裁判三個不同階段。《工作辦法》的第四章是關於環保、公安、檢察三個部門之間協作機制的內容，其中第 25 條規定：“公安機關、人民檢察院辦理涉嫌環境污染犯罪案件，需要環保部門提供環境監測或者技術支持的，環保部門應當按照上述部門刑事案件辦理的法定時限要求積極協助……”2014 年國務院辦公廳《關於加強環境監管執法的通知》明確要求：“人民法院在審理環境資源案件中，需要環境保護技術協助的，各級環境保護部門應給予必要支持”。上述規範文件規定了環保部門為刑事訴訟程序提供協助的職責，但執法人員日常管理業務繁重，負責環境品質監管工作量大，導致執法人員支持訴訟行刑的積極性不高，同樣會影響“兩法”的銜接順暢。具體應對可以通過完善激勵機制，實現對執法人員正反激勵，提升污染環境犯罪案件的行刑銜接效率。

第三，缺少對“行刑反向銜接”的關注。實踐中，對於尚未作出行政處罰但涉嫌污染環境犯罪案件，行政機關希望通過刑事程序查清事實後再作出處罰，但在移送至司法機關後行政機關對案件便處於“不聞不問”的狀態，不利於案後追責。“行刑反向銜接”是由檢察機關對行政犯案件作出依法不起訴決定後，將案件移送至有關行政執法部門，再由執法部門對涉嫌行政犯案件嫌疑人作出行政處罰的工作機制。在當下檢察體制，“行刑反向銜接”一般會涉及刑事檢察、行政檢察兩大業務部門，通常是由刑事檢察依法作出不起訴決定後，通過內部機制移送到行政檢察部門，由其向行政執法部門提出行政處罰檢察意見。缺少對污染環境犯罪案件“行刑反向銜接”的足夠關注，導致過程中會出現銜接不暢的問題，特別是刑事檢察部門對案件作出實體性決定後，可能未移送或無法及時移送行政檢察部門，對嫌疑人的跟進處罰不到位問題。在行政優先的實踐做法中，污染環境犯罪案件一般是由行政部門查清案件基本事實後移送司法單位，對於檢察機關依法不起訴的案件，可以建立起相對應的程序機制，既要規定“行刑反向銜接”的時間期限，還要構建溝通機制以便執法部門對該類案件的跟進處罰。

（三）責任追究機制缺乏制約監督

經人民法院裁判後，行政機關仍要參與到污染環境犯罪案件的案後責任追究過程中。有罪必罰是刑事責任追究的基本原則，但“罰”的執行主體範圍不僅限於法院和司法行政機關。部分判決中的刑事責任內容除了自由刑、罰金刑外，還包括修復生態環境的責任。^[19]生態修復責任執行的時間、人力成本較大，且專業技術水準要求高，需要環保部門協助人民法院監督執行。“罰”的形式也不止於刑罰，還可以是行政處罰。現行《刑法》第 37 條規定：“對於犯罪情節輕微不需要判處刑罰的，可以免予刑事處罰，但是可以根據案件的不同情況，予以訓誡或者責令具結悔過、賠禮道歉、賠償損失，或者由主管部門予以行政處罰或者行政處分”。責任追究機制，能夠確保輕微犯罪案件的犯罪分子得到公正處罰，確保判決得以有效執行，但其運轉大多是依靠行政、司法機關之間臨時的溝通、配合，機制本身規範化程度不高，問題也逐漸顯露：第一，程序制約缺位。責任行為直接影響違法行為人權益，但目前尚未出臺有關責任追究機制運行程序的規定，行政機關履行追責職權時缺少程序遵循和制約，容易導致追責行為失範。第二，法律監督缺位。對於環保部門追責不徹底、不主動的情況，需要充分發揮法律監督質效。目前實踐僅寄希望於檢察建議以實現有效監督，缺乏機制強制力。如果行政執法人員不予配合，檢察機關缺乏制度依據干預環境行政執法，此等困局亟待破解。

[19] 參見楊雅妮：《生態環境修復責任：性質界定與司法適用——以環境刑事附帶民事公益訴訟為分析對象》，載《南京工業大學學報（社會科學版）》2022年第1期，第50-61、111-112頁。

三、污染環境犯罪治理行政機制構建的域外經驗

中國特色環境法治歷經七十年餘年的發展，對世界環境治理貢獻巨大，過程中從緊跟世界環境法治建設到引領建設，不乏對其他國家經驗作法的借鑒與發展。^[20]下文將選取美、德、日、加等環境法治發達國家，對域外環境犯罪行政治理的機構設置、主體結構、協同模式、特色機制進行考察，以為完善我國污染犯罪治理行政機制探尋可借鑒之處。

(一) 域外污染環境犯罪治理的行政機制現狀考察

1. 美國

國家環境保護局（以下簡稱“環保局”）是美國負責環境行政管理的最高機關。1988年，美國國會正式授予環保局刑事執法權，有權針對非法排放污染氣體、污水、非法處理有害廢物等嚴重污染環境的違法行為履行調查、處罰權。^[21]環保局或政府發現環境違法行為時，可以通過行政和訴訟（民事\刑事）手段使違法者守法，並採取強制措施。^[22]針對涉嫌污染環境犯罪的行為，環保局可以發揮技術優勢，為聯邦、州級檢察官提供污染環境犯罪的證據，協助檢察官開展起訴工作。為做好調查工作，美國環保局下設刑事調查科，配備一定數量的調查探員和刑事律師，確保調查工作的專業人手力量充足。^[23]不同於我國執法體系，美國環保局可以通過罰款、監禁等剛性手段對嚴重違法者行使刑事處罰權，以達到威懾違法分子的功能，同時借助一系列柔性措施，以實現降低違法風險、預防再犯的目的。例如，美國海洋環境執法部門通過提供法律法規培訓、專家技術指導和財政扶持等輔助方式來幫助企業滿足環境標準和法律法規的要求。但對於經過指導和扶持仍然違法者，則加重處罰，從而達到敦促守法的目的。^[24]在美國環境執法體系中，個人和環保組織扮演重要角色，公民有權監督環境法律的執行，當政府相關部門執行環境法律失職時，公民可以通過法律訴訟督促其履行職責；當環保部門的執法行為與環境法律衝突時，公民可以向法院要求司法審查。^[25]如上所述，環境犯罪治理需要多元主體的參與和有效監督，美國作為環境法治先發地區，可以作為完善我國污染環境犯罪行政治理機制提供借鑒。

2. 德國

德國環境執法體系較為完善，是污染環境犯罪治理的關鍵力量。全面負責環境管理工作的最高國家機構是聯邦環境、自然保護與核安全部，負責制定自然環境保護的政策路線，出臺相應法規、文件對法律進行解釋，對國內各項環境數據進行收集、調研和評估，負責推進環境保護專案、環境保護理論研究工作等。^[26]聯邦環境、自然保護與核安全部及其下設機構、地方政府，共同構成環境執法主體，同時深度參與到污染環境犯罪治理各個環節中去。各部門、機構根據各自職責對不同

[20] 參見呂忠梅：《中國環境法治七十年：從歷史走向未來》，載《中國法律評論》2019年第4期，第40-54頁。

[21] 參見藍艷、彭寧、解然、陳剛：《美國環境執法的實踐經驗及其對中國的啟示》，載《環境保護》2016年第19期，第73-76頁。

[22] 參見呂忠梅、楊詩銘：《美國環境法實施機制之透視—以環境公益損害救濟為例》，載《湖南師範大學社會科學學報》2021年第2期，第18-30頁。

[23] 參見嚴厚福：《美國環境刑事責任制度及其對中國的啟示》，載《南京工業大學學報（社會科學版）》2017年第3期，第64-71頁。

[24] 參見朱暉：《論美國海洋環境執法對我國的啟示》，載《法學雜誌》2017年第1期，第75-83頁。

[25] 參見呂忠梅、楊詩銘：《美國環境法實施機制之透視—以環境公益損害救濟為例》，載《湖南師範大學社會科學學報》2021年第2期，第18-30頁。

[26] 參見李晶：《德國環境執法體系》，載《現代世界警察》2022年第1期，第51-59頁。

環境領域進行監測、監督污染破壞環境的違法行為，如果認為可能涉嫌刑事犯罪的，可以移交檢察機關處啟動刑事程序，也可以通過行政合規手段，達成合規協議，促進違法主體合規守法，同時降低機制運行成本。為加強行政部門與警察、檢察部門合作，德國部分州的環境部門下設了刑事犯罪部，專門負責與檢警部門關於刑事案件的工作對接。^[27]與美國相似，德國環境治理體系同樣構建其多主體共治體系，德國的現代環境問題主要源於現代工業科技發展帶來的風險和副作用，是由於國家對環境領域問題缺少有效措施所導致，除了改善和加強行政監管外，國家、社會與個人之間多層協同治理也是德國環境法的重要原則，其很早認識到實施環保政策十分需要環保積極分子和公民的倡議與支持。^[28]

3. 日本

日本逐步重視環境問題對社會發展的影響，不斷加強環境執法體系建設。二戰後快速產業化，使得日本經濟水準迅速恢復，同時付出巨大的環境代價，日本政府不斷加大環境執法保護力度，著手建立完善的環境執法體系。日本中央政府設立環境省，專門統籌全國環境保護政策制定與落實、環境保護執法等工作，^[29]地方政府相對應設立環境行政管理機構，負責地方環境行政執法工作，包括污染環境犯罪監管工作，但管理機構名稱有一定差異。與美國環境執法體系相似，日本行政環境執法部門有權對環境違法行為直接處以刑罰，但刑罰手段僅限於刑事罰款和拘役，適用條件也較為嚴格，目的是為了通過刑罰手段威懾一般主體，督促其嚴格遵守環境法律、法規，體現出日本法律對執法部門適用刑事手段制裁環境違法行為較為謹慎態度。日本對污染水質、海洋、森林、大氣排放物的排放標準作出詳細規定，規範排放行為的同時，也為環保部門行政執法、行使刑事處罰權提供法律依據。另一方面，日本企業作為第三方組織，在環境治理發揮了主動作用，其經歷了由被動接受政府管制到主動配合政府環境治理的過程，企業對日本戰後經濟恢復作出突然貢獻，但同時造成環境污染不可忽視，日本企業逐步參與政府環境治理過程，“生態企業”的理念被越來越多的日本企業所接納。^[30]美國和日本對環境治理不再局限於政府職能的理念產生同頻，在推進我國污染環境犯罪行政治理進程中，啟發我們應將企業、團體和公民納入治理主體範圍內，形成共建共用的環境格局。

4. 加拿大

污染防治是加拿大環保部門的重要工作內容之一。作為聯邦制國家，加拿大設立環境與氣候變化部執法部門，負責聯邦層面的是環保執法工作，其下設環境執法局，專門負責污染環境防治工作，地區政府同樣設有環境執法部門，負責當地環境執法工作。環境執法工作內容包括對涉嫌構成污染環境犯罪的調查和起訴工作，經過調查後，環境執法官認為違法行為可能構成犯罪的，可以與檢察機關合作開展起訴工作。^[31]特殊之處在於，加拿大環境執法部門可以通過類似“辯訴交易”的機制，對違法主體決定不予起訴，前提條件是違法主體繳納行政罰款，並配合修復環境和承諾整改。加拿大同樣重視公眾的監督作用，設置可觀的金錢獎勵，激勵社會群眾向環保部門舉報違法環境法規的行為。

[27] 參見謝琦、陳亮：《網路化治理的敘事重構、中國適應性及理論拓展》，載《行政論壇》2020年第3期，第34-40頁。

[28] 參見沈百鑫：《德國環境法治的經驗和對我國的啟示—以空氣污染治理為重點比較領域》，載《德國研究》2021年第1期，第97-118頁。

[29] 參見童彬：《環境保護執法的法律困境和權力配置》，載《社會科學家》2018年第7期，第117-123頁。

[30] 參見宮笠俐：《多中心視角下的日本環境治理模式探析》，載《經濟社會體制比較》2017年第5期，第116-125頁。

[31] 參見李晶：《加拿大環境執法力量》，載《現代世界警察》2022年第1期，第32-41頁。

（二）域外污染環境犯罪治理行政機制的啟示

考察各國環保部門參與污染環境治理的工作內容、方式和過程，儘管國家體制和具體規定有所不同，不一定完全適用我國司法現狀，但其中仍存在可值得借鑒之處，對完善我國污染環境犯罪治理中的行政機制有所啟示。

1. 運用合規手段

域外生態環境犯罪治理強調“事前預防，事後修復”。域外環境行政治理引入了行政合規制度，可以通過行政合規，實現污染環境犯罪預防。此處的行政合規主要針對企業犯罪，是指環保部門通過合規激勵手段，實現事前犯罪預防。具體過程是，執法部門與涉案企業達成合規協議，執法部門作出不處罰或不移交案件的決定，涉案企業根據協議內容落實合規整改計畫，完善企業內部的合規體系，充分發揮企業在預防環境犯罪中的能動作用。^[32] 執法部門通常會要求涉案企業限時整改，並修復被污染的生態環境，以換取執法部門的從寬處理，如此可以實現犯罪預防、修復環境、規避刑罰負面效應等多個目的，達到“一舉三贏”的效果，值得借鑒。

2. 重視部門協同

為提升環境犯罪治理質效，十分重視部門之間的合作關係。在國外，環境犯罪治理涉及行政執法、偵查、檢察、法院等多個部門，需要各部門形成緊密合作關係，以實現法律設計目的初衷。其中域外環保部門關於加強部際合作的做法同樣值得借鑒：例如設立專門機構，除上述提到德國環境部門的刑事犯罪部外，美國環保局同樣設置了環境司法辦公室（The Office of Environmental Justice），其任務是保護社會免遭環境犯罪破壞；再如加強人員配備，美國重視環保部門內部專業人才的支撐，配備了大量專業的環境數據監測人員、調查執法人員和環境刑事律師，為涉嫌污染環境犯罪的處理提供依據。

3. 強化監督作用

為了保障環境法律賦予的監督權有效實施，各國均構建起制約監督機制，以督促環保部門積極履行環境執法權。在聯邦制國家中，聯邦政府會利用聯邦與州之間的財政關係，將各州政府環境執法成效與財政直接掛鉤，以達到對各州環境執法情況的總體把控；而在監督具體案件辦理中，會規定一系列制裁措施，如法院禁止令等，避免環保部門的不履行法定職責，其同樣適用於監督環保部門刑事執法。鑒於國情不同，我國不僅要進一步夯實行政內部監督機制，還必須發揮檢察機關的法律監督作用，建立健全法律監督機制，提升污染環境犯罪行政治理領域的監督質效。

4. 多方參與共治

環境治理本就屬於公共領域，公益組織、企業、公民參與環境治理既是客觀需要，也是應然選擇。在政府的人力、物力條件有限情況下，美、德、日、加等國家的環境治理體系中都設計相應的機制通道，為公民參與主動、被動參與治理提供便利。無論是從各國環境治理的經驗，還是當下我國污染環境犯罪治理的客觀進展來看，政府、企業、個人之間所結合形成的有機個體在違法調查、犯罪預防遏制、履職監督等方面發揮重要作用，三者應當充分結合，相互補充，結合中國實際推動環境品質逐步改善。

四、污染環境犯罪治理中行政機制的完善方案

污染環境犯罪治理需要行政部門、司法機關、團體組織、社會公民的通力配合，其中行政執

[32] 參見閔雨：《生態合規與企業環境犯罪預防》，載《廣東社會科學》2022年第5期，第254-262頁。

法的主動性、協同性、專業性造就其不可或缺的作用地位，必須充分審視當下行政治理機制存在問題，結合域外環境執法的啟示，制定出一套中國特色的污染環境犯罪行政治理機制的完善方案。針對污染環境犯罪治理中行政機制存在的現實問題，有必要從行政監管、行政協同、案後追責機制等三個維度進行系統完善，以不斷提升行政部門對污染環境犯罪的綜合治理能力。

（一）完善污染環境犯罪治理中的行政監管機制

1. 優化監管主體結構

污染環境犯罪影響範圍廣、危害性大，其監管治理是一項複雜工程，單一的主體難以保證監管治理實效，必須優化監管主體結構，擴大參與治理的主體範圍，積極調動各部門配合執法，充分發揮各個主體的優勢作用。首先，增設內部機構。統籌不同部門之間的執法職能，整合執法力量，嘗試在環保部門內部下設負責辦理涉嫌污染環境犯罪案件的專門機構，統一負責環境行政執法與刑事執法的銜接工作。其次，構建合作執法機制。生態行政執法部門設置紛繁，面對案情複雜、涉及不同的生態環境，需要執法部門之間共同配合執法。構建合作執法機制，一方面明確協調合作、依法履職的機制原則，各部門明確多元共治、協調合作的核心理念，充分發揮各自專業優勢，依法履行對污染環境違法犯罪行為的監管職責，彰顯對污染環境犯罪預防作用；另一方面，暢通資訊渠道，構建資訊共用機制，尤其針對污染多個不同生態環境的案件，及時通知有關部門，避免因資訊不對稱而致使錯過最佳的介入端口。最後，將企業、個體納入治理體系內。企業參與環境治理在於其技術和專業優勢，尤其對大數據、人工智慧等科技企業，對環境監測、行政調查發揮重要作用；二社會公眾與生態環境緊密相連，可以及時發現並舉報環境違法行為，環保部門與公眾在環境行政監管中形成良好合作關係，可以提高行政監管的工作效率，及時發現並遏制犯罪。暢通、優化企業、公民參與治理的渠道。一是通過物質獎勵方式，鼓勵、邀請相關企業或生態環境周邊公眾積極參與環境犯罪行政監管執法過程中，為配合監管生態環境提供人力、物力、技力支持，重點針對涉嫌污染環境犯罪的進行查處，成為污染環境犯罪中的重要一環。

2. 實現監管措施多樣化

基於預防犯罪、發展可持續的目的，引入行政合規手段，運用行政指導、行政訓誡等機制，實現監管措施多樣化。環保部門通常採取拘留、罰款等處罰方式處理環境違法行為，對違法犯罪分子起到一定懲戒作用，但其負面效應不利於犯罪預防和發展可持續。需要轉變思路，提倡“剛柔並濟”，適用柔性措施機制，改善監管效果。第一，引入行政合規機制。針對企業涉嫌污染環境犯罪案件，可以借鑒域外執法經驗，引入行政合規機制處理案件，與涉案企業、企業負責人達成行政協議，要求限時完成合規整改，並履行修復環境義務。作為激勵手段，執法人員決定不將案件移交至公安或檢察機關，可以避免因刑事訴訟的啟動對企業帶來的負面效應。但行政合規目前處於探索階段，關於合規機制具體內容有待進一步探討。第二，運用行政指導。行政指導是行政監管部門在相對人同意的前提下，對其採取的建議、輔導、提醒、規勸、約談、示範、公示等行政行為。^[33] 企業、公司等單位是污染環境犯罪的主要主體，過重的處罰對單位發展產生不利影響。因此，對於部分情節不嚴重，且態度良好的企業、單位，環保部門可以嘗試轉變執法思路，運用行政指導機制，主動指導違法單位進行內部整改，為單位今後合法合規發展提供建議，既為單位今後發展明確方向和降低整改成本，也能預防再犯，提升行政監管效果。第三，提高行政訓誡適用頻率。訓誡包括行政、司法訓誡，行政訓誡是我國一項重要行政法律制度，^[34] 是通過約談或書面形式，對違法主體

[33] 參見陳瑞華：《論企業合規在行政監管機制中的地位》，載《上海政法學院學報（法治論叢）》2021年第6期，第1-20頁。

[34] 參見曾文遠：《論行政訓誡》，載《學術交流》2021年第1期，第57-71頁。

達到批評教育的效果，不直接侵犯行政相對人的權益，不具備行政處罰性質。環保部門在發現涉嫌污染環境犯罪行為時，可以通過行政訓誡制止行為，並批評教育的方式引導行為主體遵守環境法律法規，以最小成本化解矛盾糾紛。但目前我國法律關於“訓誡”規定較為散亂，適用條件較為模糊，因此在適用時應採取謹慎態度。

（二）完善污染環境犯罪治理中的行政協同機制

1. 構建以“行政調查權”為核心協同機制

構建“協同共治型”環境執法模式，更加符合新時代生態文明建設的發展要求。^[35]對於涉嫌污染環境犯罪的行為，以查清基本事實為治理前提，對於污染環境犯罪事中的協同治理應當以“行政調查權”為機制構建的核心，從而提升行政協同能力。一是提升行政協同調查能力。行政協同調查能力是指行政調查過程不同部門、機構之間相互配合、協作，以提高調查效率和品質的能力。污染環境違法犯罪行為涵蓋森林、海洋、江流、土地、空氣等多個領域，不同領域的資訊、方式、技術需求各不相同，由此不同部門協同配合顯得尤為重要。提升行政協同調查能力，需要特別強調資訊數據跨部門流通，構建環境數據共用理念和流通機制、平台，以消除數據壁壘，是在大數據時代提升調查協同能力的關鍵。二是優化行政協同調查程序。行政調查協同程序優化，應當以效率為價值導向。污染環境事件中的事實證據處於即時變動狀態，從分析協同需求、申請協同調查、制定協同方案、協同調取、固定證據都應當以減少程序梗阻，對於還原污染環境事實尤為關鍵。另一方面，行政協同調查涉及多個部門協同作戰，必然面臨利益協調和職責分配等問題挑戰，過度強調以效率價值為程序優化為導向，可能影響責任分配過度集中、協同部門積極性不強等問題從而影響調查取證品質，需要在優化程序過程充分考慮各部門的聯動關係，尋求更為合理的解決方案。三是完善行政協同調查配套。行政協同調查的核心是查清事實，行政協同調查的核心配套是資訊共用平台。數字政府戰略背景下，環保部門應當利用資訊化技術，內嵌人工智慧、大數據分析、雲存儲等科技手段，建立統一的資訊共用平台，實現各部門之間資訊的快速傳遞和共用，尤其是針對污染環境犯罪建立專門的資訊共用板塊，進步提升行政協同調查的品質和效率，極大提升行政協同調查能力。

2. 明確案件移送實體標準

根據《工作辦法》第5條的規定，環保部門移送涉嫌環境犯罪案件的前提條件是“實施行政執法的主體與程序合法”“有合法證據證明有涉嫌環境犯罪的事實發生”，“主體、程序、證據合法”屬於程序正義的要求，實體層面要求“有涉嫌環境犯罪的事實發生”，該要求規定過於宏觀，環保部門根據該條件進行具體判斷的難度頗高，因此，需要結合《刑法》以及相關司法解釋中的有關規定，以“有涉嫌環境犯罪的事實發生”為核心要件，以行為類型和行為結果為重點，明確污染環境犯罪案件移送實體標準，為環保部門執法人員提供高效的判斷標準。

對於“有涉嫌環境犯罪的事實發生”的判斷，可以將行為類型作為移送依據。除了《刑法》第338條已經規定的犯罪類型外，最高人民法院、人民檢察院出臺的《關於辦理環境污染刑事案件適用法律若干問題的解釋》（以下簡稱《解釋》）額外增加了4種行為類型，分別是：（1）非法排放、傾倒、處置危險廢物三噸以上的；（2）排放、傾倒、處置含鉛、汞、鎘、鉻、砷、鉍、銻的污染物，超過國家或者地方污染物排放標準3倍或10倍以上的；（3）通過暗管、滲井、滲坑、裂隙、溶洞、灌注等逃避監管的方式排放、傾倒、處置有放射性的廢物、含傳染病病原體的廢物、有毒物質的；（4）重點排汙單位篡改、偽造自動監測數據或者干擾自動監測設施，排放化學需氧量、

[35] 參見陳海嵩：《我國環境執法模式的反思與創新》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2024年第4期，第40-54頁。

氨氮、二氧化硫、氮氧化物等污染物的。因此，前述行為類型對環境法益侵害性更大，環保部門在執法過程時，應當以《刑法》和《解釋》中所規定的行為類型作為重點關注對象，一旦發現上述所提到的行為類型，應當立即展開證據收集工作，並移交由公安機關處理。

對於“有涉嫌環境犯罪的事實發生”的判斷，可以將損害後果作為移送依據。《刑法》明確了嚴重污染環境行為的結果表現，《解釋》第1條在刑法條文基礎上進一步細化，列出了10種損害後果情形屬於“嚴重污染環境”，具體需要考慮財產損失、受傷、死亡的程度和人數、環境被影響、破壞的程度和範圍。《解釋》對構成污染環境罪的後果情形作了較為細緻的規定，環保部門在執法過程中可以通過專業技術直接檢測到污染環境行為所造成的損害後果，若其造成後果符合《刑法》和《解釋》所規定的“嚴重污染環境的情形”，或者所造成的後果難以遏制，有發展成“嚴重污染環境”的趨勢，執法部門應當立即將案件移送至刑事司法機關，保證環境執法與刑事執法、司法的流暢銜接。

3. 合理配置正負激勵機制

我國環境治理發展史，對政府激勵不足是影響治理成效的原因之一，堅持多項激勵舉措共同發力，強化政府部門在環境治理中的責任擔當。^[36] 污染環境犯罪治理是環境執法的關鍵一環，有必要通過配置合理的激勵措施，提高環境執法與刑事執法、司法的銜接積極性，提升污染環境犯罪案件行刑銜接效率。首先，構建正向激勵機制，推動行刑高效銜接。將移送案件是否刑事立案、追訴作為考核標準，與執法人員的業務水準、工作成效、績效考核掛鉤，再通過物質獎勵激勵執法人員積極推動行刑銜接；同時還能通過評選優秀執法人員、公佈優秀執法案例等形式，為執法人員提供精神獎勵，並激發其他執法人員的看齊意識，營造良好氛圍，在環保執法機關形成內部激勵，產生自我認同感。其次，堅持正負激勵並重，防止消極執法。完善的激勵體系應同時具備“獎勵”和“懲罰”兩種相反方式。對於消極執法而對污染環境犯罪案件辦理造成不良影響的，應當予以相應的懲罰，具體可以通過人事部門調整、領導批評、行政處分等方式，“鞭策”末位工作人員提升執法水準。

（三）完善污染環境犯罪治理中的案後責任追究機制

1. 事先設定追責程序

行政機關追究責任的行為直接影響被追責人的有關權益，必須事先設定追責程序，是程序正當原則的要求。首先，啟動追責程序的依據。污染環境犯罪案件被定罪量刑後，環保部門決定以行政處罰方式追究罪犯刑事責任的，應依法啟動追責程序。啟動程序的依據是已生效的刑事判決書，且其中關於罪犯刑事責任的判決必須以《刑法》第37條“由主管部門予以行政處罰或者行政處分”為依據。若缺少前述條件，環保部門則不能擅自啟動追責程序。其次，追責程序的內容。追責程序，應明確追責主體是判決法院相對應的政府及下屬環保部門；還應限定行政機關追責期限，督促行政機關及時追責；還應作出規定要求追責的方式必須符合比例原則，嚴格依照判決書的內容執行，一般情況下不得隨意改變執行內容。最後，規定申訴救濟程序。追責行為雖然以法院判決書作為依據，但其仍具有行政行為的性質，要符合行政法的基本原則要求。為維護被追責人的合法利益，規範有關部門的追責行為，若被追責人對環保部門追責的過程和結果有異議的，可以向人民法院提出異議，也可以申請檢察機關履行法律監督職責。

2. 及時跟進“兩法銜接”

[36] 參見王斯一、呂連宏等：《中國式環境治理五十年：從單一主體負向激勵走向多元共治的激勵相容》，載《環境保護》2024年第1期，第54-58頁。

行政機制既是污染環境犯罪查處的前端機制，也是污染環境犯罪制裁的末端機關。^[37] 污染環境犯罪行為的行政違法性，必然需要執法機關對犯罪行為人的案後行政追責，尤其是針對檢察機關不予起訴、審判機關適用緩刑、免予刑事處罰的案件，行政機關應當發揮一定的主動性，確保案後行政追責及時到位。具體路徑需要相關部門與司法機關搭建“兩法銜接”協作機制：一是明確各方職責內容。特別是對單位內部的不同分工進行明確，以確定責任界限。責任可以明確至具體部門，便於管理和監督，有利於下一步案件銜接工作的順暢開展，提高效率。二是構建常態化案件資訊溝通渠道，要求行政機關主動與司法機關對接，重點針對尚未作出處罰決定的案件，行政機關的執法部門分別與刑事檢察、行政檢察部門、刑事審判庭、執行局溝通，瞭解案件程序進展和處理結果，督促案件及時通過“行刑反向銜接”機制返送到行政機關，以便於根據刑事司法程序的處理結果作出處罰。三是規定銜接期限。為確保行政機關對污染環境犯罪的案後追責，進一步規範“兩法”銜接程序，應當規定案件移送的期限問題，即要求司法機關在規定期限內將案件移送行政機關處理，超出期限的，行政機關可進行督促。另一方面，司法機關內部之間的案件移送期限問題（如由刑事檢察部門移送至行政檢察部門）、行政機關收到案件後作出行政處罰的期限間，應當在相關工作意見指導下，通過“兩法銜接”協作框架進一步限縮。

3. 強化檢察監督作用

正如上文分析，對於環保部門責任追究機制的法律監督缺位，作為應對需要進一步強化監督作用，具體路徑為：第一，推動協同監督。檢察機關會同行政追責部門的上級部門或本級政府，合作協同監督環保部門的追責行為。政府和上級部門，對工作評價、績效考核、晉升調任等方面有發言權和決定權，因此，協同監督效果可以破解目前檢察監督手段乏力的尷尬困境。第二，依法調查履職情況。檢察機關認為在追責過程中環保機關可能存在違法行為的，可以依法行使調查權，並將相關材料固定，可以作為將來提起檢察行政公益訴訟的案件證據，追究環保機關的行政責任。第三，實現常態化監督。對污染環境犯罪的責任追責情況納入到常態化監督範圍內，重點監督是否依照程序追責、是否合法合理追究、是否按照比例原則要求進行監督，同時重點關注有關信訪案件，為利益相關主體暢通救濟渠道。第四，移交有關部門追究責任。若環保機關在追責過程出現嚴重違法違紀行為，如怠忽職守、濫用職權、貪污受賄等，為罪犯逃避刑事責任提供便利的，與犯罪主體串通勾結逃避法律制裁的，檢察院應當依法履行法律監督職責，並移交有關部門追究其法律責任。

五、結語

2023年7月，習近平總書記在全國生態環境保護大會上的講話指出“實施最嚴格的地上地下、陸海統籌、區域聯動的生態環境治理制度。”^[38] 習近平總書記還曾強調“用最嚴格制度最嚴密法治保護生態環境”，^[39] “最嚴法治論”成為了習近平生態文明思想中關於生態文明法治的核心闡述，^[40] 為新時代生態文明、生態文明法治建設指明路徑。污染環境犯罪是損害生態環境最嚴重的

[37] 參見陳立毅：《論行政機制在污染環境犯罪治理中的應用》，載《法治現代化研究》2023年第6期，第115-132頁。

[38] 參見新華網：《習近平在全國生態環境保護大會上強調 全面推進美麗中國建設 加快推進人與自然和諧共生的現代化》，載《新華網》<https://china.huanqiu.com/article/4DINIIvaw8>，2024年10月18日訪問。

[39] 參見法治日報評論員：《用最嚴格制度最嚴密法治保護生態環境》，載《法治網》http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2024-07/26/content_9028034.html，2024年10月18日訪問。

[40] 參見呂忠梅：《習近平生態文明思想的“最嚴法治”論》，載《中國法學》2024年第5期，第3-20頁。

行為之一，必須以最嚴格、最周密、最完善的機制對其進行全面、精準、有效的治理，行政機關作為環境治理中重要主體，則必定參與到污染環境犯罪治理進程中，並在行政犯理論、環境公權力理論、協同治理理論中尋求指導，在事前監管、事中協同、事後追責發揮應用作用。污染環境犯罪行政治理是新時代生態文明建設重要一環，是關係人民安康福祉的關鍵舉措，依賴今後更多的理論成果和實踐經驗推動治理成效不斷增進、彰顯和深化，以更加科學、高效、務實的機制設計促進我國生態環境法治建設的又一輪革新。

Abstract: The governance of environmental pollution crimes is a crucial aspect of social governance. Theoretical frameworks such as Theory of Administrative Offenses, Theory of Environmental Public Power, and Theory of Collaborative Governance provide a legal foundation for administrative participation in the governance of environmental pollution crimes. Currently, there are numerous practical issues within the administrative mechanisms governing environmental pollution crimes, including the diminished effectiveness of administrative regulatory mechanisms in deterring criminal activity, defects in administrative coordination mechanisms that hinder effective connection between administrative and criminal proceedings, and insufficient constraints and supervision in accountability mechanisms. To improve the administrative mechanisms in the governance of environmental pollution crimes, it is advisable to draw on international best practices and address the root causes of these issues. The following improvement proposals are suggested: optimizing the structure of regulatory entities to diversify regulatory measures and enhance the administrative oversight mechanism; Focusing on administrative investigations, clarifying substantive standards for case referrals, and reasonably configuring positive and negative incentive mechanisms to improve administrative coordination mechanisms; Setting up accountability procedures in advance, promptly following up on the connection between administrative and criminal proceedings, and strengthening the supervisory role of procuratorial organs to improve post-case accountability mechanisms.

Key words: Crime Governance; Environmental Pollution Crimes; Administrative Mechanisms; Collaborative Governance

(責任編輯：張雨虹)

我國刑事司法協助中境外證據轉換使用規則的反思與構建

王玫黎* 楊逸瓊**

摘要 境外證據轉換使用是我國針對刑事司法協助中跨境取證問題形成的程序性司法實踐，相關規則主要散落在各類司法解釋當中。其中，限定使用形式的境外證據轉換使用有違限定性原則，不符合法定證據種類的境外證據轉換使用的空間有限，不符合收集程序的境外證據轉換使用是“絕對本國法”原則踐行的困境，能夠證明案件事實即可轉換作為證據使用體現“重真實，輕合法”的審查傾向，非法證據排除規則因缺乏域外適用效力導致很難在經轉換使用的境外證據中適用。在構建我國境外證據轉換使用規則體系時，一方面需要觀察歐盟、美國以及國際刑事法院在境外證據規則問題上的探索經驗，另一方面需要抓住當前第四次《刑事訴訟法》修改與我國涉外法治建設的契機。結合法定證據種類與非法證據排除規則的修改方向，考慮涉外刑事案件辦理機制與刑事司法協助實施細則的實際需求，針對境外證據轉換使用的種類、程序與審查提出具體規則方案。

關鍵詞 刑事司法協助 跨境取證 境外證據轉換使用 刑事訴訟法修改 域外適用

一、我國國際刑事司法協助中境外證據使用規則的演化梳理

2005年《海關總署緝私局、最高人民檢察院偵察監督庭、公訴庭、最高人民法院刑二庭關於走私犯罪案件中境外證據的認定與使用有關問題的聯席會議的紀要》[2005]349號（簡稱《聯席會議紀要》）首次對境外證據的審查與轉換問題進行了規定。在境外證據的提供者對證據的使用形式有限定的情況下，例如境外證據不得公開或者不得作為庭審證據使用，偵查機關應當通過工作說明的形式對境外證據予以轉化。《聯席會議紀要》並沒有強調審查過程，而是規定經過偵查機關的工作說明進行轉換便可作為證據在國內審判中使用。自此，境外證據的轉化程序開始通過偵查機關的工作說明完成，但對工作說明中具體內容並沒有明確規定。

2018年出台的《檢察機關辦理電信詐騙案件指引》（簡稱《指引》）要求，偵查機關需要對

* 王玫黎，西南政法大學國際法學院教授、博士生導師，法學博士。

** 楊逸瓊，西南政法大學國際法學院博士研究生。

本文系國家社科後期資助項目“我國陸地邊疆重大安全風險法律問題研究”（22FFXB060）階段性研究成果。

不符合我國證據種類和收集程序要求的境外證據進行轉換，偵查機關通過工作說明形式對境外證據來源、提取人、提取時間或者提供人、提供時間以及保管移交的過程等進行固定。《指引》強調對轉換使用證據的規範性審查，主要集中在證據轉化過程的連續性與真實性審查，並確定轉換使用境外證據可以適用非法證據排除規則。

在 2021 年《關於辦理電信網絡詐騙案件適用法律若干問題的意見（二）》（簡稱《意見二》）中，需要轉化使用的境外證據範圍進一步擴展，境外司法機關因客觀條件限制未提供相關證據的發現、收集、保管、移交情況等材料，經審核能夠證明案件事實，可以進行轉換使用。這一類境外證據屬於收集程序缺失的境外證據，受到客觀條件限制。《意見二》完善工作說明的內容，明確了工作說明必須以書面形式，這裏偵查機關實際承擔著擔保服務功能，補強“瑕疵”境外證據的合法性。

《最高人民法院關於適用〈刑事訴訟法〉若干問題的規定（2021）》（簡稱《規定（2021）》）第 77 條規定檢察機關有隨案移送工作說明的義務，包括材料來源、提供人、提取人、提取時間等情況，同時需要達到“能夠證明案件事實且符合刑事訴訟法規”，即符合我國刑事程序法對於證據“三性”的要求。需要轉換使用的境外證據作為我國刑事境外證據中一種特殊的證據種類，在與專門司法解釋不衝突的情況下，還應當符合我國刑事程序法對一般境外證據的程序與實體規則。但這一實體審查要件與前述司法解釋之間存在明顯的差異。

我國國際刑事司法協助中境外證據轉換使用規則的梳理（作者整理）

司法解釋文件	《聯席會議紀要》	《指引》	《意見二》	《規定（2021）》
證據種類	限定使用形式的境外證據	不符合我國證據種類和收集程序的境外證據	因客觀條件未提供相關材料的境外證據	無
程序要件	偵查機關的工作說明（境外證據的取證過程與具體內容）	偵查機關的工作說明（境外證據來源、提取人、提取時間或者提供人、提供時間以及保管移交的過程等）	偵查機關的書面工作說明（證據材料的來源、移交過程以及種類、數量、特徵等進行說明）	檢察機關隨案移送工作說明（材料來源、提供人、提取人、提取時間等情況）
實體要件	轉換後直接作為證據使用	按照我國證據收集程序進行規範性審查（證據轉化過程的連續性與真實性審查），無法補正的境外證據應予排除	能夠證明案件事實的，可以作為證據使用	能夠證明案件事實且符合刑事訴訟法規

為了進一步瞭解我國刑事司法協助中境外證據轉換使用規則的實踐，筆者通過“中國裁判文書網”進行實證調查，選擇“境外證據”（40 個）、“涉外證據”（9 個）以及“刑事司法協助”（27 個）關鍵詞進行搜索，共計 76 個相關案件。其中，針對刑事境外證據轉換使用進行明確詳細說明的案件僅有 4 個，均是走私類案件，分別是“廣東盈高航運有限公司、林熾強等 28 人走私普通貨物案”^[1]、“林熾堅等 24 人走私普通貨物案”^[2]、“黃武斌、黃艷麗走私普通貨物、物品案”^[3]、“鄭楷熹、葉曉雙走私普通貨物、物品案”^[4]。其餘涉及需要轉換使用境外證據的案件

[1] 廣東省高級人民法院（2016）粵刑終1513號刑事裁定書。

[2] 廣東省高級人民法院（2016）粵刑終1453號刑事裁定書。

[3] 廣東省珠海市中級人民法院（2017）粵04刑初79號刑事裁定書。

[4] 廣東省珠海市中級人民法院（2017）粵04刑初38號刑事裁定書。

均未明確提到對於該規則的具體適用，可見在當前司法判決中該規則的適用是較為缺乏的。

二、我國刑事司法協助中境外證據轉換使用規則的問題凝練

（一）“限定使用形式的境外證據”的轉換使用問題

保密與限制使用原則是國際刑事司法協助條約中最為常見的內容，其設置主要是為了合理控制國際刑事司法協助中敏感信息的知情範圍。我國簽訂的刑事司法協助條約對保密條款的設置大致分為三類，第一類是協商進行，這是保密條款最常見的形式；^[5] 第二類是被請求國單方面決定，這種情況是不需要雙方協商；^[6] 第三類是折中類型，即進行事先通知。^[7] 限制使用條款對於請求國而言有兩重限制，一是通過刑事司法協助獲得的證據不能用於其他刑事案件當中，因為刑事司法協助採取的是“個案審查”制，二是通過刑事司法協助獲得的證據不能用於“其他任何目的”，例如我國與美國簽訂的《關於海關互助的協定》規定，“不得將其移交其他部門或移作他用，包括在行政或司法程序中作為證據使用”^[8]。實踐中還存在多種“其他目的”，例如與刑事訴訟有關但屬於司法和法律以外的事項，故都有必要對限制使用的界限加以澄清。

《聯席會議紀要》對於境外證據轉換使用的突破實質上產生規避限制使用原則的作用。學界關於限制使用條款存在兩派觀點。一種觀點認為，類似“轉換使用”的境外證據突破了特定性原則，可能侵犯到被追訴人的基本訴訟權利，這是出於刑事程序法的人權保障考慮。^[9] 作為《聯合國反腐敗公約》、《聯合國跨國有組織犯罪公約》等國際公約以及多個雙邊刑事司法協助條約的締約國，限制使用條款應當過轉化立法的方式成為我國刑事境外證據轉換的基本原則。《規定（2021）》通過但書方式規定了限制使用原則的遵守方式，即雙邊刑事司法協助條約明確限制證據適用範圍的情況。另一種觀點認為，突破該原則一定程度上能帶來積極的效果，能夠便利國際刑事司法合作。^[10] 這主要出於打擊跨境犯罪的目的。跨境犯罪案件往往涉及的犯罪金額巨大、犯罪情節嚴重，具有強烈的社會影響力，需要司法機關儘快偵破案件，有效改善司法協助效率低下的問題。

遵守“保密與限制使用”條款是“條約必須履行”原則的重要體現。“條約必須遵守”是一項源自古羅馬時期的古老國際法原則，又稱“善意履行”原則。從應然角度看，“條約必須遵守”義務既不是基於利益的考量，也不是基於對強力的服從，而是作為判定規則體系之效力的“承認規則”的存在。^[11] 主權國家必須妥善處理所參加的國際條約和國內法的關係，即主權國家不能以國內法為理由不履行條約。^[12] 我國曾在1997年《刑訴法解釋（試行）》中規定了國際條約的優先

[5] 以《中華人民共和國和加拿大關於刑事司法協助的條約》為例，第21條第1款規定，“被請求方在與請求方協商後，可以要求對其所提供的情報、證據或者這些情報、證據的來源予以保密，或者僅在它所確定的條件和情況下予以公開或使用。”

[6] 以《中華人民共和國和菲律賓共和國關於刑事司法協助的條約》為例，第6條第2款規定，“如果被請求方提出要求，請求方應當對被請求方提供的資料和證據予以保密，或者僅在被請求方指明的條件下使用。”

[7] 以《中華人民共和國和哥倫比亞共和國關於刑事司法協助的條約》為例，第7條第2款規定，“被請求方可要求請求方按照其指定的條件，對依本條約獲得的資料或證據予以保密。請求方應遵守這些條件。如請求方不能接受這些條件，則應通知被請求方，由被請求方決定是否仍執行該協助請求。”

[8] 《中華人民共和國與美利堅合眾國關於海關互助的協定》第12條。

[9] 參見李俊偉：《域外取得的刑事證據之可採性》，載《中國法學》2015年第4期，第261頁。

[10] 參見孫昂：《中美〈刑事司法協助協定〉“保密和限制使用”條款研究》，載《國際法學刊》2019年第1期，第67頁。

[11] 參見王玫黎：《民法典時代國際條約地位的立法模式》，載《現代法學》2021年第1期，第202頁。

[12] 《維也納條約法公約》第27條。

性，即“我國締結或者參加的國際條約中有關於刑事訴訟程序具體規定的，適用國際條約的規定。但是我國聲明保留的除外”。^[13]但該條後來被刪減，導致我國刑事領域國際條約的優先適用失去明確法律依據。在制定《國際刑事司法協助法》時，學者們也曾提出彌補國際條約優先適用在我國刑事訴訟領域的“法律空白”，但最終並未在其中出現。實際上，國際條約與國內法所具有的職能並不相同，前者是參與合作的主權國家需共同遵守的規則，而國內法則是本國在合作中應遵循的內部程序與標準。^[14]兩者之間的配合才能保證國際刑事司法協助中跨境取證的正常運行。

（二）“不符合我國證據種類的境外證據”的轉換使用問題

《規定（2021）》沿用2012年版對刑事境外證據的分類方式，根據證據提供的主體不同來劃分，即“司法機關提供的”和“當事人及其辯護人、訴訟代理人提供的”兩種方式。這種分類方式導致證據本身的個性無從顯現，可能存在控辯雙方義務不平等的情況，缺乏合理性和科學性。但《規定（2021）》將“境外證據的審查”從司法協助章遷移至證據章，為通過非司法協助方式獲得的境外證據容納了空間。更重要的是，明確刑事境外證據的證據屬性，為適用證據的一般原則和制度奠定良好的法理基礎。儘管境外證據是在國際刑事司法協助程序中流轉，我們仍需要“透過現象看本質”，認識到境外證據嚴格意義上屬於刑事證據，是刑事證據中的一種特殊證據類型。在探求境外證據的具體概念時，不能忽視國內刑事程序法對證據相關概念的界定，尤其證據法。刑事證據規則是證據規則在刑事訴訟程序中特定化概念，是對刑事證據收集、運用以及審核的相關法律規範。

《指引》針對“不符合我國證據種類”的境外證據進行轉換使用的做法，背後蘊含著我國法定刑事證據種類劃分的重要問題。我國法定的證據種類總共有八種，除此之外並未規定兜底性條款。這意味著，一旦出現在法定證據種類之外的境外證據，將很難判定其具體的證據類型。根據涉刑事境外證據案件統計，明確適用並說明境外證據轉換使用證據規則的案件均是針對“不符合我國證據種類的境外證據”，偵查機關通過工作說明將境外獲得的情報材料轉換成符合我國證據種類的境外證據。但也有不少案件未明確說明對境外證據的轉換使用。以“李向南留美故意殺人案”為例，美國警方對孫某、KwokSiuKiPaul、晏某、KarenYang等所作並移交的訪談報告，系美國警方偵查人員對相關證人訪談所作的記錄。^[15]美國警方移交的這種訪談報告，主要是採取電話詢問、當面訪談等形式取得，以工作報告的形式記錄。^[16]雖不同於我國司法機關所作的證人詢問筆錄，但若司法機關需要採納該證據，就必須將其轉化歸納為我國法定證據的種類之一，證人證言是最為接近的證據種類。實際上，伴隨著證據種類“多元化”的發展，我國刑事程序法關於法定證據種類的封閉性規定已經無法滿足刑事證據的適用。在第四次刑訴法修訂之際，不少學者呼籲修改我國形式證據種類，採取“列舉+兜底”的半開放式立法模式。^[17]這種優化路徑將為境外證據的採納帶來便利，同時“不符合我國證據種類的境外證據”將可能退出歷史舞臺。

每個種類的證據都有其自身的個性，其審查標準根據其個性而“量身定做”，而證據種類的泛化最終導致證據審查流於形式。一般來說，實物證據的真實性更容易確定，但其需要經過多次轉交以及長時間保存，故對合法性的要求更高；言詞證據在庭審實質化的推動下，更強調被追訴人的質證權；電子證據則因其易變性特徵，對於真實性要求更高，需要經過嚴格的鑒真程序。目前，我

[13] 《最高人民法院關於執行〈刑事訴訟法〉若干問題的解釋（試行）》（1997）第295條。

[14] 參見黃風：《制定我國〈國際刑事司法協助法〉的幾個問題》，載《中外法學》2011年第6期，第152頁。

[15] 《浙江省高級人民法院（2016）浙刑終第337號刑事裁定書》。

[16] 參見金興聰、鄭加佳、余楊凡：《涉外刑事案件的偵查取證探索——以李向南留美故意殺人案為視角》，載《人民檢察》2016年第18期，第72頁。

[17] 參見步洋洋：《論我國刑事證據種類的立法優化》，載《法學雜誌》2024年第2期，第46頁。

國境外證據審查卻模糊現有的證據分類，試圖用同一套標準判斷境外證據的可採性，這導致司法機關對刑事司法協助所獲境外證據的審查無法落在實處。在最高檢第十八批指導案例——“張凱閔等52人網絡電信詐騙案”中，指導意見首先強調了對境外證據審查的重點，其次強調了對境外證據中電子數據審查的重點。^[18]這充分體現出刑事證據法從一元到二元（國內證據與境外證據）的分化發展，以及境外傳統類型證據與境外電子數據在運用規則上的再次分化。^[19]但刑事境外證據內部針對其他法定證據種類的審查規則依然未區分。

（三）“不符合我國收集程序的境外證據”的轉換使用問題

“依據證據所在國法律”模式是跨境取證的國際通用做法。該模式起源於國際私法的“場所支配行為原則”，用來判斷民事行為發生地國家的法律，即“當事人既然在該地為某種法律行為，他對該行為地的法律必定有所了解，如果當事人沒有相反的意思表示，就可以推定他有服從該行為地法的意思”。^[20]國際民商事領域跨境調查取證首先吸收了這一原則，並通過《海牙取證公約》確定下來，即負責執行委託書的司法機關應根據其本國法律規定的方式和程序進行調查取證。^[21]公約為跨境取證選擇“準據法”指明方向，將跨境取證的程序適用推給國內程序法解決。但這也意味，被請求國在其境內的調查取證具有管轄權，即使並未根據請求國國內法進行取證，請求國也必須認可被請求國按照本國法律採取行為。這一模式可以最大程度減少對他國司法主權的干擾，是參與刑事司法協助國家之間為達成執法合作之必要努力和犧牲。但依據“被請求國法律”模式導致不符合我國收集程序的境外證據出現，並且境外證據的收集程序得不到實際保障，尤其在法治水平相對落後的國家。

這一模式的流行是受到主權原則的深刻影響。威斯特伐利亞時期，以領土為主要特徵的主權使得國際法開始在領土單元之間運行。^[22]這意味著，在領土之內的主權具有絕對的權威，而領土之外的主權權利則要受到適當的限制。刑事領域因更多涉及主權國家司法機關而成為司法主權的權威象徵，導致其管轄受到嚴格的領土限制。這意味著，司法機關對案件的偵查、起訴、審判和執行原則上只能在本國領域內進行，不能及於其他主權國家管轄範圍內。這一時期，刑事司法協助被認為是對他國絕對主權的干預，是不被國際社會所允許，僅存的少數司法協助成為強國給予弱國的“恩惠”。二戰以後，相對主權觀念開始盛行，主權從過去的絕對性與至高性朝著更加平等的方向發展。全球化進程的加快推動國家司法權向域外延伸，刑事司法協助成為國家之間司法合作的普遍方式。調查取證作為國際刑事司法協助的主要內容，國家間刑事司法協助主要是相互請求取證與為之提供相應協助，即“旨在從境外調取證據的條約通常稱刑事司法協助條約”^[23]。儘管跨境調查取證需要被請求國的官方許可，被請求國仍然擔心請求國在本國境內的調查取證會破壞本國司法主權。

“不符合我國收集程序的境外證據”規定意涵著“依據請求國法律”進行跨境取證的態度。然而，這一模式首先提升了證據收集的難度，被請求國因為查明外國法而花費大量時間。從國際禮讓的角度來看，請求協助方未免顯得過於強勢；其次，受到屬地原則的限制，我國並不能干預他國在

[18] 《中華人民共和國最高人民檢察院第十八批指導性案例》。

[19] 參見馮俊偉：《境外電子數據的取得和運用——基於第67號檢查指導性案例的展開》，載《國家檢察官學院學報》2021年第4期，第146頁。

[20] 劉想樹主編：《國際私法》（第二版），法律出版社2015年版，第63頁。

[21] 《海牙民商事案件國外調取證據公約》第9條。

[22] M.N. Shaw, *Title to Territory in Africa-International Legal Issues*, Clarendon Press, 1986, p.2.

[23] 美國國務院：《美國國際法實踐文摘》（Digest of United States Practice in International Law），美國國務院第10120號出版物，1994年第1981—88卷第2冊，第1450頁。

自己境內的取證程序，只能通過轉換使用的方式加強證據採集的合法性。此時，國內機關更像是承擔程序“擔保”的角色，並不能完全介入境外證據採集程序；另外，這一模式能否成功落實與本國法域外適用的質效有著關鍵聯繫。根據裁判文書網的案件，共有 28 個案件的辯護人對境外證據的合法性提出異議，其中多數以未經公證、認證程序為由。僅有一個“金某甲職務侵佔罪”一審刑事判決書在出現“未經公證、認證程序”情況時提出由司法機關進行補充說明。^[24]多數案件判決按照我國《國際刑事司法協助法》直接認定境外證據就符合我國境外證據收集程序。

（四）“能夠證明案件事實可作為證據”的轉換使用問題

在絕對主權觀念的影響下，主權國家對通過刑事司法協助所獲得的境外證據奉行著“不審查原則”。《聯席會議紀要》是這一原則在轉換使用問題的具象化，認為轉換後的境外證據可以直接作為證據使用。但不審查境外證據對本國的法律秩序造成一定程度混亂，於是主權國家嘗試建立境外證據的評價體系，一種是基於被請求國整體法治環境，認為法治水平較高的國家在其境內採集的境外證據可以作為證據使用，另一種是基於個案的境外證據審查模式，依據證據使用國法律進行證據審查。我國《刑訴法解釋》對境外證據審查採取嚴格模式，境外證據必須符合我國刑事訴訟法對於一般刑事證據的“三性”要求，即境外證據的收集應當按照我國法律進行。該模式拓展了請求國法律的域外適用，展現了我國司法主權的權威，但實效性卻極為有限，導致境外證據在實踐中形成“重真實，輕合法”證據審查傾向。

從以往的司法實踐來看，境外證據規則都突出強調證據的真實性。法院著重審查境外證據的真實性，強調其他證據之間的佐證，以及與其他境內證據相互佐證。^[25]甚至，司法機關認為只要具有真實性，境外證據就具有可採性。江蘇省高級人民法院規定，境外證據為履行證明手續的，只要真實性能夠被其他證據證明，就可以作為證據使用。^[26]儘管司法機關已經意識到轉換使用的境外證據的規範性審查問題，但從司法解釋的規定來看，司法機關依然放低了對轉換使用境外證據的審查標準。《指引》指出，司法機關需要對轉換使用的境外證據進行規範性審查，真實性審查是證據規範性的核心。《意見二》針對境外證據的轉換使用問題同樣強調真實性，認為在確定真實性的情況下可以採納境外證據作為國內刑事案件的證據使用。《規定》甚至將真實性與符合我國刑事程序法並列作為轉換使用的境外證據的審查標準，一方面再次強調境外證據的真實性，另一方面將真實性與我國刑事訴訟法並列的立法方式並不合理。

以真實性為核心的境外證據審查標準所引發的問題就是弱化了境外證據合法性審查，尤其是對證據收集合法性。境外證據獲取的途徑和方式也是多種多樣，有委託取證、直接取證以及聯合取證等多種形式。以直接取證為例，由於本國人員參與程度深、對證據的控制力大，直接取證的材料幾乎可以等同於國內證據，如果讓該證據經過境外證據的程序與審查流程，未免顯得多此一舉。委託取證內容若在我國申請刑事司法協助之前已經完成，要求其按照我國對境外證據的程序審查要求進行，也顯得有些苛刻。隨著國內司法部門對境外證據審查的重視程度不斷提高，越來越多的司法解釋對境外證據的合法性審查提出要求，重視境外證據的合法性，尤其是境外證據採集的合法性。2020 年，最高檢第十八批指導性案例之“張凱閔等 52 人電信網絡詐騙案”明確指出，該案的指導意義首先是對境外獲取的實施犯罪的證據應當重視合法性的審查。^[27]但除非請求國派員參與被請

[24] 山東省威海火炬高技術產業開發區人民法院（2014）威高刑初字第66號刑事判決書。

[25] 《廣東省高級人民法院、廣東省人民檢察院、海關總署廣東分署加強查辦走私犯罪案件工作第八次聯席會議紀要》第3項。

[26] 江蘇省高級人民法院等制定的《關於刑事案件證據若干問題的意見》（2008）第15條。

[27] 《最高人民檢察院第十八批指導性案例》。

求國取證的全過程，否則國內法院很難確保境外證據採集的合法性。在“李向南故意殺人案”中，辯護人曾提出境外證據的公證認證程序不能證明證據合法性，司法機關以無證據證明美國警方取證有違法之處為由，確認境外證據的程序合法。^[28]

（五）“無法補正應予排除”轉換使用問題

《指引》規定“無法補正的境外證據應予排除”是非法證據排除規則在境外證據中適用的體現。作為刑事程序性法律後果，司法機關排除適用境外證據是對境外證據在程序法意義上的否定。^[29]在我國跨境犯罪案件的審判中，司法機關面對辯護人針對境外證據可採性提出的質疑，儘量避免適用非法證據排除規則。實際上，整個大陸法系對於非法證據排除規則的適用都十分謹慎，加之各國被迫訴人權利保障水平依然存在差距，使得被迫訴人在跨境取證問題上的救濟權利無法得到全面的保障。在裁判文書網提供的相關案件樣本中，有28個案件的辯護人對境外證據的可採性提出異議，最終僅有8個案件對境外證據採取排除態度，其中僅有1個案件說明在無法補足的情況下才進行排除，其餘案件都是直接進行排除。

造成這一問題的根本原因是國家主權與個體權利之間的張力，導致個體地位在以國家為主體的刑事司法協助程序中被邊緣化。傳統國際法將國家作為國際法的主體，刑事司法協助也被認為屬於國際法範疇，個人只是國際法的客體而非主體。在以主權國家為主體運行的國際法體系中，人權依然顯得十分邊緣。^[30]儘管新的法律秩序規定個人可以求助的補救方法，但僅從“權利”本身出發，主權國家具有天然不被剝奪的利益與便利。在域外取證過程中，國家通過國際條約開展跨境調查取證，整個過程僅有雙方官方國家機構之間參與，個人通常被排除在刑事司法協助之中。在中國與美國、比利時、英國等多國簽訂的刑事司法協助協定中，明確規定不賦予任何私人當事方個體權利，使其能夠取得、隱瞞或排除任何證據或妨礙執行請求。^[31]該條款隱含著排除個人參與跨境調查取證的觀念。被迫訴人在跨境刑事程序參與中處於十分被動的地位，通過跨境取證所獲得證據無法保證程序的合法性而參與國內審判，導致被迫訴人陷入“弱勢地位”並最終承擔這一風險引發的實體效果。實際上，在“權利本位”的範式中，公權力主體之間進行的跨境取證與司法協助，只不過是實現個體權利的過程。^[32]

造成這一問題的現實原因則是本國法的域外適用。程序法被認為屬於公法範疇，其適用嚴格以領土為基礎，一般不具有域外效力，僅對本國執法人員有拘束力。因此通說至今都認為，基於請求國國內法的證據禁止制度不適用於被請求國的跨境取證。^[33]固守以領土為界限的傳統刑事管轄權體系，遠遠無法滿足國內日益增長的對外關係之需。西方國家通過本國刑事法追訴我國公民與實體，我國法律卻因為域外效力不足而導致域外執行的缺位、錯位。由於刑事司法域外適用機制的缺乏，導致我國在應對域外管轄時處於被動地位，很難有效採取海外維權。^[34]有學者曾指出，中國刑法域外適用的法律體系不僅只有刑法這一種法源，還應包括確立中國法域外效力的規則和實施中

[28] 浙江省高級人民法院（2016）浙刑終第337號刑事裁定書。

[29] 參見陳光中：《〈刑事訴訟法〉再修改的若干問題重要問題探討》，載《政法論壇》2024年第1期，第43頁。

[30] [加]約翰·漢弗萊：《國際人權法》，龐森譯，世界知識出版社，第5頁。

[31] 《中華人民共和國政府與美利堅合眾國政府關於刑事司法協助的協定》、《中華人民共和國和比利時王國關於刑事司法協助的條約》、《中華人民共和國和大不列顛北愛爾蘭聯合王國關於刑事司法協助的條約》第1條第3款。

[32] 參見王克玉：《域外取證法律衝突下證人權益保障問題的審視》，載《政法論壇》2015年第4期，第87頁。

[33] Steven H., *Theisen, Evidence Seized in Foreign Searches: When Does the Fourth Amendment Exclusionary Rule Apply?*, 25 Wm. & Mary L. Rev. (1983), p.166.

[34] 參見蔣娜：《中國特色刑法域外適用規則的問題與完善》，載《中國法學》2022年第6期，第219頁。

國法域外適用的規則兩部分。^[35] 這就意味著，我國刑事法域外適用的法律體系應當包括《刑法》與《刑事訴訟法》中關於涉外刑事訴訟程序的規定、《國際刑事司法協助法》以及中國締結的國際條約等。^[36] 伴隨著本國法域外效力的增強，包括我國在內的不少國家對非法證據排除規則在跨境取證中的適用提出要求。

四、國際刑事司法協助中境外證據使用的域外經驗

（一）歐盟刑事司法協助中境外證據使用的經驗

“自由、安全與司法的領域”是歐盟刑事訴訟法一體化發展的目標。^[37] 《馬斯特里赫特條約》生效後，刑事司法協助被納入歐盟事務範圍。除了“第一支柱”與“第二支柱”之外，條約為歐洲聯盟建立“第三支柱”（司法與內務合作的政策）（後更名為“刑事領域警務與司法合作”）^[38]。這一領域的事務屬於國際法性質上合作，所採取的法律措施和決議的前提是需經過全體成員國一致同意。^[39] 為了推進刑事一體化，歐盟決定從證據法一體化入手進行突破，一方面要提高歐盟範圍內跨境取證的效率，另一方面還要保證在境外所獲證據能夠在國內法院使用。為此，歐盟跨境調查取證立法經歷從統一規則模式，到相互承認模式、最低權利保障標準模式的轉變。

1. 統一規則 (uniform rules) 模式

歐盟經濟一體化的發展促使成員國打開邊境的同時，也為跨境犯罪分子的流動帶來便利。為了有效打擊跨境犯罪，跨境取證立法成為歐盟刑事法一體化的關鍵。歐洲學者認為，儘管各成員國證據法存在不同程度的差異，但這種差異不應被過分誇大，只有制定統一的歐盟跨境取證規則才能解決各國證據法之間的衝突。於是，歐盟選擇了“統一規則”模式。這一模式旨在設立單一的超國家規則，以此來對應各國證據立法存在的不同差異。1997年，歐盟出台《保護歐盟財政利益刑事規定的〈法典〉（草案）》。其中，第31、32與33條對刑事境外證據的證明責任、證據可采性與非法證據排除規則的適用進行了規定，極大地簡化歐盟跨境取證的程序。

該草案第32條規定，在歐盟成員國內部通過跨境取證獲得的證據在整個歐盟所有法院都具有可采性，具體包括證人證言、對被告人的直接詢問、被告人陳述、由專家證人所提出的文件以及被告人或第三人在行政調查中提交的文件。^[40] 此外，草案還引入兩種新證據形式，即“歐洲聽證筆錄”和“歐洲訊問筆錄”，並對這兩種新證據種類的相關程序提出要求。為了提高歐盟跨境取證的可采性，該條第2款規定不排除其他形式證據的使用，只要判決請求國法院國內法認為境外證據具有可采性即可。草案第33條規定遵循了“場所支配行為”原則，按照被請求國法律收集證據。草案認為，即便境外所獲證據的收集程序不符合請求國法律規定，請求國也應當承認該證據的可采

[35] 參見廖詩評：《中國法域外適用法律體系：現狀、問題與完善》，載《中國法學》2019年第6期，第20頁。

[36] 參見張磊，梁田：《中國特色刑法域外適用規則的問題與完善》，載《河南大學學報（社會科學版）》2022年第5期，第48頁。

[37] 《歐盟運行方式條約》第67條第1項。

[38] 主要內容包括九大領域：避難政策；控制管理從第三國跨越外部邊界入境的人；移民政策及對第三國國民的政策，包括居民、家庭權利、就業以及非法移民；打擊吸毒；打擊國際詐騙；在民事問題上的司法合作；在刑事問題上的司法合作；海關合作；阻止和打擊毒品走私、恐怖主義和其他形式的嚴重國際犯罪。參見歐共體官方出版局：《歐洲聯盟條約》，蘇明忠譯，國際文化出版公司1999年版，第121頁。

[39] [德]赫爾穆特·查致格：《刑事法的歐洲一體化及其挑戰》，程捷譯，載《國家檢察官學院學報》2017年第2期，第159頁。

[40] 《保護歐盟財政利益刑事規定的〈法典〉（草案）》第32條。

性。^[41]然而，歐盟成員國的證據立法存在較大差異，一味強求統一規則的適用反而難以獲得成員國支持。由於缺乏歐盟基礎條約的授權，統一規則模式給成員國司法主權帶來的巨大衝擊。在成員國的一片反對聲中，草案最終並未生效。

2. 相互承認 (Mutual Recognition) 模式

相互承認模式是指，成員國司法機關作出的判決和其他司法意見在其他成員國將被自動認可。^[42]該模式建立在尊重成員國法律差異的基礎上，將證據的相互承認作為規則的前提與核心。這一模式更加關注跨境取證的程序性事項，而對境外證據的可采性問題並未作出規定。對於歐盟成員國來說，相互承認原則避免了對成員國主權的威脅，最大程度降低了國家間跨境取證法律衝突所帶來的爭議。這一原則最早適用於歐盟統一市場競爭當中，由英國首次提出將其引入“第三支柱”的司法與內部事務合作，後被確立為歐盟民事與刑事領域司法合作的基石。隨後，歐盟通過的《關於執行歐盟凍結財產和證據的命令》2008/978/JHA 框架決定，成為相互承認原則建立之後的第一項證據立法，但內容僅涉及成員國之間凍結證據的環節。^[43]歐盟又先後通過了《為獲得刑事司法中使用的物品、文件和數據的歐盟證據令》(European Evidence warrant or EEW，簡稱《歐盟證據令》)與《刑事程序中的歐盟調查令指令》(European Investigation Order or EIO，簡稱《歐盟調查令》)，對於跨境取證以及證據可采性進行全面規定。

從跨境取證角度來看，《歐盟證據令》規定了證據令的標準格式，對拒絕執行證據令的理由進行了嚴格限制，並對證據令的具體程序期限進行了規定。《歐盟調查令》則是彌補《歐盟證據令》的不足，不僅擴張了跨境取證的證據種類，還將規定適用於任何形式的跨境取證。從證據可采性角度來看，《歐盟證據令》選擇通過程序性事項進行規制，包括保護公民基本權利的程序機制、歐盟證據令執行的法律依據、歐盟證據令的簽發條件以及規定執行國的通知義務四個方面緩解證據可采性問題。《歐盟調查令》則是進一步提高了跨境取證中被追訴人權利保障標準，一旦有實質理由相信調查措施違背了歐盟人權保障標準，執行國應當拒絕執行。2009年，《里斯本條約》將“第三支柱”納入“超國家範疇”，成員國之間證據可采性的相互承認被確定在歐盟立法的範疇中。^[44]儘管如此，歐盟內部有關相互承認原則適用於“第三支柱”的爭議卻從未停止。反對者認為，不同於主體平等的民事領域，刑事領域存在的是政府與公民這一對不平等的關係。儘管相互承認模式降低了歐盟成員國之間的跨境取證的障礙，卻存在犧牲被追訴人的權利的可能。除了保護政府利益，更要關注公民基本權益不受權力機關的侵犯，因而相互承認原則不能發揮如期的效果。^[45]

3. 最小可采性模式

如何在相互承認的基礎上保障被追訴人的權利成為接下來的重要問題。《里斯本條約》在相互承認模式的基礎上規定，為促進跨境案件中的刑事司法合作和警務合作，歐洲議會和歐盟理事會可通過指令的形式制定證據可采性相互承認的最小規則。^[46]這一模式認為，只有在滿足了最低權利保障標準的境外證據，在歐盟範圍內才有可采性。歐盟在構建最低權利保障的界定標準時，主要以

[41] 《保護歐盟財政利益刑事規定的〈法典〉(草案)》第33條。

[42] Communications from the Commission to the Council and the European Parliament, *Mutual Recognition of Final Decisions in Criminal Matters*, COM (2000) 495 final, 26.7.2000, p.2.

[43] Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, OJL 196, 2.8. 2003, p.4.

[44] 《里斯本條約》第82條第3款。

[45] Valsamis Mitsilegas, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, 43 *Common Market Law Review*, 1278 (2006), p.453.

[46] 《里斯本條約》第82條第2款。

《歐洲人權公約》與歐洲人權法院為出發點考慮。

《歐洲人權公約》第3至8條明確規定對被追訴人權保障，被追訴人具有最低限度的權利，在跨境取證中有權享有無罪推定、獲得律師幫助、獲得免費翻譯、不被強迫自證其罪等基本訴訟權利保障。^[47]然而，公約的約束力極為有限，部分成員國依舊公然違反規定，認可非法境外證據的可採性。歐盟立法者開始轉變思路，決定在歐洲人權法院的相關判決基礎上，制定出刑事境外取證的最低權利保障標準。

歐洲人權法院在跨境取證過程中的人權保障奉行“國家裁量餘地”原則，即境外證據的可採性問題應當由國內法院決定，他們僅關注證據的使用是否使得審判在整體上有違公正。^[48]歐洲人權法院通過相關案例推動最小可採性模式的建立。在 *Stojkovic* 一案中，歐洲人權法院強調刑事司法協助中境外證據合法性審查的重要性，以及跨境取證中被追訴人權保障的重要性，明確指出“取證國當地之法律，不可作為國家解除人權責任的借口”。^[49]在此基礎上，歐盟嘗試通過《歐盟刑事訴訟權利框架決定（草案）》設定最低權利保障的要求，後又專門針對境外證據問題出台《刑事訴訟中的解釋權和翻譯權》、《刑事訴訟中的信息權》等文件來解決境外證據相關問題。目前，這一模式還處在探索之中，對被追訴人權保障的關注無疑促進了跨境取證以及證據可採性規則的不斷變革。

（二）美國刑事司法協助中境外證據使用的經驗

1. 非法證據排除規則的域外適用

對域外取證活動的介入需要具有合法性基礎的支撐，這既包括國際法中的合法性，還包括國內法中的合法性。^[50]美國為了保護本國的海外利益，在本國法域外適用領域有著豐富的實踐，但大多適用於經濟領域。隨著美國法域外適用範圍的擴張，非法證據排除規則被納入域外適用的範圍。

（1）非法證據排除規則的例外

在威斯特伐利亞時期，法律與領土之間存在著密切的聯繫，主權國家法律也選擇堅持堅持這一立場，以嚴格領土性構建各自國內法。對於域外管轄，美國在早期堅定地認為，本國法不應超過國際法設定的管轄範圍限制。^[51]美國霍姆斯大法官卻認為，這並非出於國際法的假定，而是出於國際禮讓。^[52]美國法院曾在1804年的相關案例中對嚴格領土性進行詮釋，認為對美國法律的理解應當在不違反國際法的基礎上進行。^[53]這一時期，美國在絕對主權觀的影響下，嚴格按照屬地性對案件進行解釋。

程序法屬於公法範疇，原則上更加受到領土帶來的嚴格限制。傳統觀點認為，境外獲取的刑事證據應當屬於非法證據排除規則的例外，不適用非法證據排除規則。^[54]這一觀點在今天的司法實踐中依然有著較大的影響力。更深層次來說，這意味著跨境案件中被追訴人不受美國憲法第四、五

[47] 《歐洲保障人權和根本自由公約》第6條第2款。

[48] [瑞]Sabine Gless：《共同之人權標準——談〈歐洲人權公約〉、〈公民與政治權利國際公約〉與跨境刑事追訴》，王士帆譯，載《月旦法學雜誌》第224期（2014年），第365頁。

[49] 參見林鈺雄：《司法互助是公平審判的化外之地？以歐洲人權法院的兩則標杆裁判為借鑒》，載《歐美研究》2015年第4期，第231頁。

[50] 參見孫南翔：《美國法律域外適用的歷史源流與現代發展——兼論中國法域外適用法律體系建設》，載《比較法研究》2021年第3期，第171頁。

[51] John H. Knox, *A Presumption against Extrajurisdictionality*, 14 Am. J. Int'l L. 351, 352 (2010), p.6.

[52] *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 357 (1909).

[53] *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. 64, 118 (1804).

[54] 參見楊宇冠：《非法證據排除規則的例外》，載《比較法研究》2003年第3期，第60頁。

修正案的保護。第四修正案主要保護公民免受本國偵查人員的非法搜查，第五修正案則主要涉及法定程序來防止政府權力的濫用，但這並不涉及外國政府的偵查人員。美國通過一系列判例來重申這一認識，外國執法者通過此途徑獲得的境外證據不受權利法案所提供的憲法保障。^[55] 這種將境外證據排除在外的做法，無疑是將相關被追訴人放在“次等地位”，破壞了美國“人人生而平等”的憲法基本精神。

(2) “銀盤理論”下非法證據排除規則的實踐

嚴格領土性導致美國法很快面臨新的挑戰。一方面，嚴格領土性並沒有讓國家間衝突得到緩解，另一方面，海外擴張所帶來的現實利益也讓美國有所動搖。於是，美國開始為本國法的域外適用尋求合法性基礎，尤其是管轄權基礎。從國際法角度而言，“荷花號案”為主權國家突破以領土為界限的傳統管轄權的束縛提供了合法性依據。國際法院認為，在缺乏具體規則限制的情況下，國家有拓展本國立法管轄權的自由。從國內法角度而言，美國域外相關行動具有相應的國內法律基礎。^[56] “美國訴鮑爾曼案”中，美國法院首次越過國境，適用聯邦刑事法律對在巴西的美國公民進行法律保護。^[57] 以效果為導向的域外管轄權開始在美國反托拉斯法中得到適用，並迅速地擴展到其他法律部門。

法律域外適用的前提是首先具有域外效力。在刑事訴訟法中，非法證據排除規則的域外效力得到有限承認。由於主權國家有關非法證據排除規則的具體使用不同，規則適用的衝突將加劇。為緩解這一衝突，美國在實踐中逐漸形成“銀盤理論”(silver platter doctrine)，並且根據適用對象的不同分為“國際銀盤”和“州際銀盤”。“國際銀盤”是指，外國執法人員在美國領域外進行跨境取證，所獲證據自外國執法人員轉交給美國執法人員後具有可採性。^[58] 這一實踐與美國默認境外證據具有可採性的傳統做法相吻合，排除非法證據規則的適用。“州際銀盤”則是在聯邦非法證據規則不能適用於各州的情況下，聯邦人員未參與跨境取證，州執法人員將違反美國憲法收集的證據轉交給聯邦執法人員，該證據就可以在聯邦法庭使用。然而，這一做法遭到美國聯邦最高法院的批評，認為“銀盤理論”下的司法實踐違反了美國憲法第四修正案，非法取得的證據在聯邦法院不具有可採性。^[59] 州際銀盤處於同一主權之內，規則適用的衝突更容易被化解，非法證據排除規則逐漸適用於聯邦法院與州法院的訴訟之中。^[60] 但對於身處於不同主權之下的國家而言，“國際銀盤”在美國司法實踐中屢見不鮮，妥善解決非法證據排除規則的適用衝突問題仍然是個難題。

(3) 非法證據排除規則的救濟權保障

無論是否認非法證據排除規則的域外效力，還是實踐中“銀盤理論”，都是默認境外證據的可採性，導致境外證據最終失去救濟權的保障。考慮到境外證據的收集涉及他國執法人員，美國聯邦法院重申美國憲法的權利保障並不適用他國執法人員的取證行為，但如果符合“本國偵查人員參與其中”或者“採納的境外證據使得法院達到‘震撼良知’的程度”，應當將其排除。^[61] 這一規定

[55] M. Mackarel & C. Gane, *Admitting Irregularly or Illegally Obtained Evidence from Abroad into Criminal Proceedings: A Common Law Approach*, *Criminal Law Review* 722 (1997), p.56.

[56] 參見宋傑：《刑法修正需要國際法視野》，載《現代法學》2017年第4期，第140頁。

[57] *U.S. v. Bowman*, 260 U.S. 94, 94 (1922).

[58] Robert L. King, *The International Silver Platter and the “hocks the Conscience” Test: U.S. Law Enforcement Overseas*, *Washington University Law Q*, Vol. 67, 1989, p.494.

[59] *Elkins v. United States* 364 U. S. 206 (1960).

[60] *Mapp v. Ohio* 367 U. S. 643 (1961).

[61] C. Gane and M. Mackarel, *The Admissibility of Evidence Obtained from Abroad into Criminal Proceedings The Interpretation of Mutual Legal Assistance Treaties and Use of Evidence Irregularly Obtained*, 4 *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Jus t.* 110 (1996), p.56.

促進法院對境外證據的審查，從過去“不審查”走向“相對審查”，但這一標準仍然存在較大的模糊性，需要法官憑藉自由裁量權對“震撼良知”進行判斷。

2. 限制使用條款的突破

限制使用原則對境外證據的限制並不利於國際執法與司法合作的發展，一些主權國家開始嘗試突破這一規則的限制。《聯合國跨國有組織犯罪公約》與《聯合國反腐敗公約》均規定了限制使用規則的例外情況，即“不妨礙請求締約國在訴訟中披露可證明被告人無罪或罪輕的資料或證據”。^[62]“911事件”後，美國在與他國的刑事司法協助中也展開積極嘗試，對限制使用條款的突破顯得尤為明顯。

(1) 境外證據使用範圍的突破

美國與瑞士的刑事司法協助條約規定，相關證據和資料用於“刑事附帶民事訴訟”時不受制於限制使用條款。^[63]這實質上拓寬條款適用程序的範圍。在美國與歐盟的刑事司法協助條約中，相關證據與信息可用於“防止對公共安全緊急而嚴重的威脅”和“用於與刑事偵查直接有關的非刑事或行政程序”。^[64]美國大法官在“約翰普爾案”中表示，只要證據被用於條約涵蓋的罪行，就可用於起訴條約未涵蓋的其他相關罪行。^[65]該條款適用程序的限制已經突破原有的刑事審判程序，除了行政程序外，還涉及其他領域的事項，甚至產生不屬於刑事司法程序的效果。以國際法院“吉布提訴法國案”為例，法方披露吉國際元首被傳喚作證的消息，損害其榮譽與尊嚴。^[66]這也是限制使用原則設立的主要目的之一，防止請求國利用被請求國提供的證據與資料損害被請求國的合法利益。

(2) 被請求國同意免除義務

在我國與美國的刑事司法協助中，條約明確規定在請求國提出請求後，被請求國可以同意請求國免除限制使用的義務，允許所獲證據與資料用於其他目的。刑事司法協助是國家間有明確範圍、用途與程序的合作，是雙方合意的結果。這種“同意”門檻的設置是對限制使用規則的變通處理，不存在違反國際法的情形。為了進一步提高刑事司法協助的效率，美國與甚至直接取消“同意”前提，在無需被請求國同意的情況下針對特定案件突破限制使用條款。^[67]這破壞了請求國與被請求國之間原本平等的合作關係，對被請求國的主權安全帶來一定風險。於是，協定又補充規定“被請求國可就特定案件追加額外條件”的條款，以平衡被請求國所承擔的風險與利益。^[68]

(三) ICC 刑事司法協助中境外證據使用的經驗

國際刑事法院(The International Criminal Court)是聯合國為懲治嚴重國際犯罪所設立的機構。國際刑事法院對國際犯罪案件僅具有“補充管轄權”，即“如果一個或多個國家是本規約締約國或接受本法院管轄權，本法院即可以行使管轄權”^[69]。就司法程序中所需的證據而言，基本來源於主權國家或者相對獨立的司法主權地區，因此其在外觀上符合“境外證據”的特徵。^[70]《國際刑

[62] 《聯合國打擊跨國有組織犯罪》第18條第19款。

[63] 《美國與瑞士刑事司法協助條約》第12條。

[64] 《美國與歐盟刑事司法協助條約》第9條第1款。

[65] *United States v. Johnpoll case*.

[66] *International Court of Justice, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France) case*, <https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-2008-2012-ch.pdf>, 2023年3月1日訪問。

[67] 《美國與歐洲刑事司法協助協定》第9條第1款、《美國與德國刑事司法協助協定》第15條第3款。

[68] 《美國與歐洲刑事司法協助協定》第9條第2款。

[69] 《國際刑事法院羅馬規約》第12條第2款。

[70] 溫克志：《涉外刑事證據規則研究》，中國政法大學出版社2016年版，第149頁。

事法院羅馬規約》（簡稱《羅馬規約》）以及《國際刑事法院程序和證據規則》（簡稱《程序和證據規則》）確立了證據規則。

1. “控辯平等”的取證規則

按照《羅馬規約》“國際合作與司法協助”章的規定，締約國應確保其國內法中已有可供採納的程序，以執行各種刑事的合作。^[71]這一規定暗含著“場所支配行為”原則下的證據收集模式。從證據收集的主體來看，國際刑事法院充分體現出英美法系對抗制的特點。一方面賦予檢察官收集證據的權利，^[72]另一方面確定被告方的舉證權。但考慮到被告方在收集證據方面的劣勢地位，法院賦予檢察官“客觀公正義務”，在調查取證過程中應當同等地調查證明被追訴人有罪和無罪的情節。^[73]這保障了控辯雙方在國際犯罪案件中的平等性，具有大陸法系模式的特色。

2. 證據可採性審查的標準

對於在締約國收集的國際刑事案件證據，國際刑事法院需要判斷證據的可採性，但是按照哪一規則進行衡量成為問題的關鍵。《羅馬規約》規定，國際刑事法院不得裁斷締約國國內法的適用情況，也不得適用締約國國內證據法規則。^[74]這意味著，國際刑事法院在證據可採性問題上摒除國內法的影響，試圖建立起自身對證據審查的具體標準。在此基礎上，國際刑事法院為證據可採性審查畫出“紅線”，對於違反《羅馬規約》以及國際公認人權手段所獲得的證據不予採納。具體包含兩種情形，一是針對可靠性，違反的情節將導致證據可靠性極為可疑的，二是針對完整性，採納該證據將違反和嚴重損害程序完整。^[75]能夠看出，證據的可靠性與程序的完整性是國際刑事法院判斷證據是否可採的重要考量，兩者的程度都需要達到較為嚴重的程度。但是，這一判斷標準賦予法官極大地自由裁量權，需要法官在個案當中對於違反證據可靠性與程序完整性的程度作出評估。

（四）域外經驗給我國境外證據轉換使用規則的啟示

1. 前提：承認各國法律差異，避免“絕對本國法”趨勢

歐盟對跨境取證態度的變遷大致經歷了三個階段。最初，歐盟致力於形成區域內“統一規則”，卻發現各國在跨境取證方面制度的不同，於是轉向“相互承認”階段。這一思路的變化為我國刑事司法協助中境外證據制度的發展提供“前車之鑒”。我國刑事程序法對境外證據審查的要求是“符合我國刑事訴訟法要求”，這種“絕對本國法”的證據審查規則與歐盟“統一規則”階段的態度類似，忽略國家間法律制度與法治水平與規則的差異。當然，也不是要求我國按照“相互承認”模式，毫無門檻地承認境外證據的證據能力，而是要求我們在承認差異的基礎上，建立系統化、層次化的境外證據使用制度。

轉換使用作為境外證據制度中的關鍵一環，在過去的司法實踐中較少得到重視。在構建境外證據轉換使用規則之前，我們應當確立境外證據轉換使用規則的合理性。境外證據的轉換使用實際上是在承認法律差異的前提下的靈活實踐。這一規則的適用不僅可以極大提高境外證據參與國內審判的可能性，同時能夠維護本國司法主權的有效性，使得這一規則成為對接國內外證據規則的“中轉站”。

2. 底線：保障被追訴人救濟權利，設置“非法證據排除”規則

歐洲人權法院與國際刑事法院承認被追訴人在國際刑事司法協助中的主體地位，並向被追訴人

[71] 《國際刑事法院羅馬規約》第88條。

[72] 《國際刑事法院羅馬規約》第54條第3款。

[73] 《國際刑事法院羅馬規約》第54條第1款。

[74] 《國際刑事法院羅馬規約》第69條第8款。

[75] 《國際刑事法院羅馬規約》第69條第7款。

提供救濟渠道。儘管救濟手段與方式需要自行裁量，可能導致實施效果不良。^[76]美國法院對境外證據的態度經歷了從絕對“不審查”到相對“不審查”，“震撼良知”標準更是成為國內法保障被迫訴人救濟權的重要體現。歐盟與美國在設置被迫訴人的救濟條款時並沒有採取較為具體且苛刻的條件，而是通過較為抽象且籠統的措辭賦予法官自由裁量權，這一做法主要考慮到境外證據採集的難度以及國內審判的需要，對於未達到“嚴重非法”程度的境外證據予以採納。這提醒我們，儘管國際刑事司法協助是國家之間對接的程序，但個體權利的保障問題仍然值得關注。

我國有必要為轉換使用的境外證據畫下這一“紅線”。境外證據的轉換使用本身就是為了提高境外證據的可採性，促進其參與國內審判的靈活做法。它更像是國內證據法中的“補足”程序，因此我國有必要對於“無法補足”的具體情況以及救濟渠道進行明確規範，使其構成一套完整的證據使用規則。目前，我國司法解釋已經規定了對“無法補足”的境外證據進行排除的條款，但是司法實踐對這一條款的運用卻不夠理想。通過對裁判文書網中相關案件的觀察，筆者發現多數司法機關並沒有在法律文書中對境外證據需要轉換使用的情況進行詳細說明，僅有廣東省珠海市中级人民法院、廣東省高級人民法院共裁判的四起案件對境外證據的轉換使用進行了明確說明。司法機關對境外證據轉換使用規則的適用應當通過書面表達進行充分體現，這樣才能夠為其他案件的辦理提供示範效應，促進這一規則適用的普及。

3. 突破：促進跨境取證效率，擴大限制使用的例外範圍

刑事犯罪的全球化趨勢提升了主權國家司法協助的緊密程度。美國在“9·11事件”以後，加快與其他國家的刑事司法合作，突破“特定性原則”的限制，通過雙邊刑事司法協助協定進行例外規定，擴大跨境取證合作的範圍，拓寬境外證據參與國內審判的規則通道。在限制使用原則逐漸被突破的背景下，我國受到這一趨勢的影響。在我國與馬來西亞、哥倫比亞的協定中，限制使用條款的例外範圍不斷擴張，從“提供的資料或者證據可以用於針對由請求所涉及的同一犯罪行為構成的罪名的指控”^[77]擴大到“只要所指控的犯罪屬於根據本條約可就此提供相互協助的犯罪，則仍可使用所提供的資料”^[78]。

對此，我國應當在境外證據的轉換使用規則中考慮這一問題。首先，特定性原則應當是境外證據使用的重要原則，不能通過轉換使用的方式突破這一原則。如若雙邊刑事司法協助協定對此有例外規定，司法機關能夠通過轉換使用對境外證據加以運用，但有必要在工作說明或司法裁判文書中對這一問題進行明確說明，確保境外證據轉換使用不存在突破限定使用的違法性。

4. 平衡：強化司法機關義務，規範轉換使用的流程

國際刑事法院在證據處理上，體現出充分保障控辯雙方平等的理念，不僅賦予被告舉證權，同時加強了檢察官“公正客觀”義務，確保被告無罪的情節也被調查。我國《刑訴法解釋》對境外證據採取簡單的二分法，即“刑事司法協助渠道獲取的”與“被迫訴人獲取的”境外證據。跨境取證需要高額的時間與金錢成本，對於主權國家而言並非易事，對於被迫訴人這一個體而言更甚。加之，我國對於被迫訴人獲取的境外證據設置了較高的證明義務，這一做法加劇了控辯雙方的不平等。儘管新修訂的《規定 2021》增加了檢察機關對境外證據的說明義務，但這與被迫訴人所承擔的義務依然存在差距。在這種情況下，境外證據的轉換使用進一步壓縮被迫訴人權利生存空間，因此有必要加強司法機關在境外證據轉換使用中的義務。

[76] Corri Longridge, *In Defence of Defence Rights: The Need for Common Rules of Criminal Procedure in the European Union*, 6 (2) *European Journal of Legal Studies* (2013) . p.191-192.

[77] 《中華人民共和國與馬來西亞刑事司法協助協定》第9條第4款。

[78] 《中華人民共和國與哥倫比亞刑事司法協助協定》第7條第3款。

境外證據的轉換使用作為一種程序性規則，主要體現在偵查、檢察機關的具體工作中，但在庭審階段不少辯護人都會對境外證據的程序合法提出質疑，而司法機關對於境外證據轉換使用的說理顯然不夠充分，這很大可能是偵查、檢察機關對境外證據的轉換使用沒有提供詳細的工作說明。由於前期工作說明不夠詳細，直接導致最後司法裁判缺乏裁判依據。從統計的相關案件來看，大多案件對於境外證據可採性的說明較為籠統，對境外證據相關規則的引用也不明確，而境外證據轉換使用的說理能夠提供回流作用，促使司法機關規範、完善境外證據轉換使用流程。

五、我國刑事司法協助中境外證據轉換使用規則體系的構建思路

（一）我國刑事司法協助中境外證據轉換使用規則體系的構建契機

1. 第四次刑事訴訟法的修改

我國即將迎來第四次刑事訴訟法的修改，其中證據規則部分的修改是主要內容。目前，我國刑事訴訟法中證據規則佔比顯著不足，僅有 16 個條款。對此，有學者主張證據規則獨立成章，吸納司法解釋中科學合理的證據規則，形成具備完善證據種類、證明、審查等體系性規則。^[79]此次刑事訴訟法的修改將繼續貫徹懲治犯罪、保護人權、控辯對抗、訴訟公正與效率等基本原則，同時要注意原則之間的相互平衡，例如懲治犯罪與保護人權、訴訟公正與訴訟效率，實現刑事訴訟法原則價值的動態平衡。在相關原則的指引下，學者們提出對跨境取證以及境外證據資格問題做出規定。^[80]這與我國境外證據轉換使用規則體系的構建有著密不可分的聯繫。

第一，法定證據種類問題。目前，我國採取封閉式的立法模式，規定了八種法定證據種類，超出規定的證據種類無法在刑事訴訟中使用。這一問題在境外證據中尤為突出，進而導致司法機關對不符合我國證據種類的境外證據進行轉換使用的做法出現。未來，法定證據種類的修改應當考慮採取開放態度，為不符合我國證據種類的境外證據進入刑事訴訟提供法律依據，也為境外證據的轉換使用奠定合法性基礎。此外，我國對於境外證據審查採取的“兩分法”模糊了不同證據種類的客觀特徵與審查重點，應當將證據種類加入境外證據審查的環節當中，根據不同證據種類著重審查。

第二，非法證據排除問題。我國“非法證據排除規則”具有特殊含義與適用條件，主要針對言詞證據與實物證據，尚未覆蓋到所有證據。因此，拓寬“非法證據排除規則”的適用範圍也是此次證據規則修改的重點之一，這直接關係到該規則在境外證據轉換使用問題上的適用效果。同時，承認“非法證據排除規則”的域外效力是境外證據適用該規則的基本前提，若該規則沒有域外效力，境外證據即便經過轉換也無法適用這一規則。這一規則的域外適用是我國境外證據轉換使用的底線，為被迫訴人提供救濟渠道，但要注意避免引發國家間執法管轄權衝突的激化。

2. 涉外法律法規體系的完善

《對外關係法》的出臺意味著我國涉外法律法規體系化的形成，執法、司法合作是其中必不可少的內容。《反外國制裁法》等涉外法律也為司法機關在涉外工作中的職能發揮提出更高的要求。對此，有學者提出完善辦理涉外案件的程序規定，^[81]檢察機關也正在摸索構建辦理涉外刑事案件的工作機制。我國司法解釋規定，涉外刑事案件是界於我國領土、船舶、航空器以及我國駐他國使領館內的外國人犯罪與中國人對外國人犯罪，也包括中國公民在域外犯罪或者被害人是中國公民受

[79] 參見陳衛東：《關於〈刑事訴訟法〉第四次修改的幾點思考》，載《政法論壇》2024年第1期，第30頁。

[80] 參見韓旭：《第四次〈刑事訴訟法〉修改的法治現代化期待》，載《政法論叢》2024年第1期，第53頁。

[81] 參見劉志遠：《當好檢察機關涉外法治工作的積極推動者和建設者》，載《人民檢察》2024年第2期，第42頁。

到中國法院管轄的案件。^[82] 境外證據將會成為涉外案件辦理的重要環節，轉換使用作為現存於司法解釋中較為科學的境外證據規則，有必要將其納入工作機制中，進一步明確司法機關需要遵守的轉換原則、程序要求、審查標準等。

另一方面，海外利益體量的激增加劇了我國海外利益保護的需求，而我國刑事司法協助體制機制亟待完善。2018年，我國制定的《國際刑事司法協助法》規定調查取證作為刑事司法協助的重要組成部分，並在第四章進一步細化請求調查取證的程序和內容，但並沒有對境外證據的取證與審查作出規定。目前，中國已與65個國家簽訂了刑事司法協助條約，有的以民事和刑事司法協助合一的條約表現，有的則以單一的刑事司法協助條約表現出來。但這些司法協助條約與我國《國際刑事司法協助法》之間的銜接出現“斷點”情況，主要原因是缺乏配套措施及實施細則。^[83] 境外證據的轉換使用被規定在辦理電信詐騙案件的專門司法解釋當中，實踐中並沒有引發司法機關對這一問題的關注。

（二）我國刑事司法協助中境外證據轉換使用規則體系的構建方案

證據規則的充實將是第四次《刑事訴訟法》修改的重要問題，境外證據作為特殊證據種類理應被納入其中。最理想的情況就是在刑事訴訟法的證據章節中，對境外證據的轉換使用進行明確規定，承認轉換使用的合法性，對境外證據轉換使用的定義、條件、程序以及審查等進行詳細規定。如若證據章節容納不下，也應當在刑事訴訟法中承認轉換使用的合法性，再通過制定專門的司法解釋進行細化規定。

1. 境外證據轉換使用的種類

根據我國法律文件的規定，需轉換使用的境外證據大致有三類：一是限制使用形式的境外證據，二是不符合我國證據種類和收集程序的境外證據，三是因客觀原因未移交相關材料的境外證據。

首先，限制使用形式的境外證據是否繼續需要轉換使用的範圍當中？限制使用原則已經納入我國刑事程序法的原則，這一做法不僅違背國際條約，同時也存在國內法律內部的衝突。雙邊刑事司法協助協定可能存在突破限制使用原則的規定，只能作為限制使用原則的例外規定。針對突破限制使用原則的雙邊刑事司法協助協定，偵查、檢察機關有必要通過工作說明對這一情形進行明確說明，避免在司法裁判中因違反該原則而存在程序違法，規範境外證據的流轉程序。

其次，不符合我國證據種類與收集程序的境外證據是涉外案件辦理難以迴避的現實問題。隨著我國第四次《刑事訴訟法》修訂的展開，修改“封閉式”證據種類立法模式的呼聲不斷出現。^[84] 越來越多學者主張設立證據種類的兜底性條款，以便更多“法外證據”進入審判，促進案件事實的查明。一旦存在兜底性條款，不符合我國證據種類的境外證據也將不復存在。筆者認為轉換使用依然有必要。雖然境外證據不受到法定證據種類的限制，但不同證據種類的審查標準不一致，司法機關能夠通過轉換使用將境外證據與更為類似的法定證據進行類比，採取更接近境外證據自身特徵的證據審查標準。

對於“不符合我國證據收集程序”的境外證據，我們應當以本國司法機關的介入程度進行區分。如果是經他國司法機關同意，由我國偵查機關按照我國程序規定進行採集的境外證據可以直接依照國內普通證據規定參與刑事訴訟程序，如若是他國司法機關按照本國法律進行的證據採集，轉換使用就是必經程序。司法機關通過工作說明對境外證據的真實性、關聯性以及合法性進行詳細的

[82] 《最高人民法院關於適用〈刑事訴訟法〉若干問題的規定（2021）》第475條。

[83] 阮丹生等：《加強國際刑事司法協助 提升涉外執法司法效能》，載《人民檢察》2023年第12期，第22頁。

[84] 參見陳衛東：《關於〈刑事訴訟法〉第四次修改的幾點思考》，載《政法論叢》2024年第1期，第34頁。

說理，補足境外證據採集程序中可能缺失的證據能力。

另外，對於因客觀原因未移交相關材料的境外證據，司法機關應當採取更為謹慎的態度。司法機關有義務針對缺少的證據材料進行補足，可以採取實地走訪、尋找證人等方式彌補證據鏈，並在工作說明中提供相應材料。對於無法彌補的境外證據也要進行詳細說明，給予證據排除的結果。

2. 境外證據轉換使用的程序

轉換使用本身屬於程序規則。從轉換主體來看，偵查、檢察機關是境外證據轉換使用的主體。需要確定轉換境外證據的義務主體，強化偵查、檢察機關對於境外證據轉換的說明義務。賦予檢察院、法院監督職能，出現不同意見可記錄在案，同時法院有必要在判決文書中對證據轉換使用的過程進行說明；從轉換流程來看，轉換手續是特定境外證據的前置程序，未經轉換無法進入國內刑事訴訟程序。對於未達到要求的工作說明，可以退回偵查機關，要求其進行補充說明，重新對境外證據進行轉換固定。

從轉換形式來看，工作說明需要採取書面形式，滿足兩位以上偵查人員簽字蓋章；從轉換內容來看，需要對境外證據的來源、移交過程以及種類、數量、特徵等進行詳細說明。同時，根據需要轉換使用的境外證據種類，針對不同情況進行著重說明。最終，對境外證據的證據能力給出評估結果，判斷其是否能夠參與刑事訴訟程序。

3. 境外證據轉換使用的審查

證據審查是境外證據規則的核心部分，需要構建體系化的證據審查體系，才能確保轉換使用的境外證據符合我國法律規定，順利參與國內審判。首先，需要判斷境外證據是否存在違反限制使用原則的情況。這裏主要考慮國際條約中是否存在突破限制使用原則的規定。如有例外規定，應當遵守雙邊刑事司法協助協定，不構成對限制使用原則的違反。

其次，需要對轉換使用的境外證據“三性”進行審查，在確定證據的真實性與關聯性以後，著重審查證據的合法性。在審查境外證據的合法性時，先對境外提交的相關證據材料進行逐一審查，對於缺少部分與偵查機關出具的工作說明進行逐一比對，並對工作說明的形式與實質要件進行審查。對於因客觀原因境外司法機關未能提供相關材料的境外證據，偵查機關應當詳細說明出於何種客觀原因，並要求境外機關出具無法補足相關材料的說明。在境外證據能夠證明案件事實的情況下，司法機關可以放寬對其合法性審查。

此外，需要承認“非法證據排除規則”的域外效力。考慮到境外證據的複雜性，給予轉換使用境外證據的“補足”空間，在不能確定境外證據的來源、真實性、程序合法性的境外證據時，明確適用“非法證據排除”規則，排除境外證據進入國內審判。

Abstract: The conversion and use of extraterritorial evidence is a procedural judicial practice in China for the issue of cross-border evidence collection in criminal judicial assistance, and the relevant rules are mainly scattered in various judicial interpretations. The conversion and use of extraterritorial evidence in the form of limited use is contrary to the principle of limitation. The conversion and use of extraterritorial evidence that does not conform to the legal types of evidence is limited. The conversion and use of extraterritorial evidence that does not conform to the collection procedures is the dilemma of practicing the principle of “ absolute national law ” . The fact that it can prove the facts of the case can be converted into evidence reflecting the tendency of “emphasizing truthfulness over lawfulness” in the review. It’s difficult to apply the rule of exclusion of unlawful evidence to converted extraterritorial evidence due to lack of extraterritoriality application. When constructing Chinese extraterritorial evidence rules system for the conversion and use, on the one hand, we need to observe the European Union, the United States and the International Criminal Court in the exploration experience of extraterritorial evidence rules, on the other hand, we need to seize the opportunities of the current fourth Criminal Procedure Law revision and the Chinese construction of rule of law in matters involving foreign parties. Taking into account the directions of the revision of the legal types of evidence and the rules on the exclusion of illegal evidence, and considering the actual needs of the mechanism for handling criminal cases involving foreign countries and the implementation rules for judicial assistance in criminal matters, a specific rules program is proposed for the types, procedures and review of the conversion and use of extraterritorial evidence.

Key words: Judicial Assistance in Criminal Matters; Cross-border Evidence Collection; Conversion and Use of Foreign Evidence; Amendments to the Criminal Procedure Law; Extraterritorial Application

（責任編輯：馬志遠）

公共圖書館館藏數字化的版權問題及其應對

陳怡*

摘要 公共圖書館館藏的數字化是智慧圖書館建設的基礎與重要環節，但在現行版權制度之下，我國公共圖書館館藏資源的數字化受到嚴格的限制。為推進智慧圖書館的建設，未來我國在修改版權制度時，有必要從維護社會公共利益的角度出發，適度擴大公共圖書館對館藏作品的合理使用權，賦予公眾對孤兒作品的使用權，將無主作品納入公有領域。

關鍵詞 館藏資源數字化 合理使用 信息網絡傳播權 智慧圖書館 著作權法

一、引言

隨著信息技術的迅猛發展，我國公共圖書館正在經歷著數字化、智慧化建設的巨大變革。為推進圖書館的數字化、智慧化建設與發展，近年來，國家先後推出不少相關政策。早在 2011 年，國家在《關於進一步加強公共數字文化建設的指導意見》中就提出，政府要重點實施包括數字圖書館推廣工程在內的公共數字文化惠民工程，為社會公眾提供多層次、多樣化、專業化、個性化的數字圖書館服務。近幾年，在國家的大力支持下，我國公共圖書館的數字化建設在數字資源的豐富性、服務模式創新性等方面都取得了顯著的發展。例如，據不完全統計，截止 2022 年，我國數字圖書館資源建設總量達 19537.13TB。^[1] 其中，作為國家數字圖書館的數字資源總量於 2022 年 6 月底已達 2532.34TB，主要包括：電子圖書約 219 萬種，電子期刊約 5.6 萬種，電子報紙 3553 種，音頻資料約 192 萬份，視頻資料近 20 萬小時等。^[2] 但與此同時，國家在 2021 年發佈的《“十四五”公共文化服務體系建設規劃》中亦指出，與其他領域相比，公共文化服務領域的數字化、網絡化和智慧化建設仍顯滯後，未來仍須加強公共文化機構數字資源建設，力爭到“十四五末”，公共文化數字化網絡化智慧化發展取得新突破——“公共數字文化資源更加豐富，智慧圖書館體系建設取得明顯進展”。公共圖書館館藏數字化是智慧圖書館建設的基礎與重要組成部分，是推動圖書館創新

* 陳怡，澳門城市大學法學院助理教授，碩士生導師。

[1] 《中國數字圖書館行業現狀深度研究與發展前景分析報告（2023-2030年）》，<https://www.chinabaogao.com/detail/637586.html>，2024年1月25日訪問。

[2] 《中國國家圖書館館長熊遠明在第四屆絲綢之路國際圖書館聯盟論壇上的報告》，https://www.nlc.cn/web/dsb_footer/gygt/guoneiwaijiaoliu/jltx/mlb/jltx074/chbg_074/20230415_2568802.shtml###，2024年1月25日訪問。

服務、提高服務品質、實現知識共享與傳播的重要手段。公共圖書館的智慧化建設，既需要資金與技術的支援，亦需要法律制度的保障。本文旨從法律制度層面，分析當前我國公共圖書館館藏數字化過程中，在版權方面存在的障礙與問題，並探討未來我國版權制度的完善之道，以期為公共圖書館館藏的數字化建設提供有力的制度支持。

二、智慧圖書館與館藏數字化

所謂智慧圖書館是指在數字化時代，借助互聯網、大數據、雲計算以及人工智能等現代信息技術手段，對圖書館的資源、管理、服務及其環境進行智慧化的一種新型圖書館形態。^[3]與傳統的圖書館相比，智慧圖書館的進步性及優越性在於其資源的數字化及服務的智能化。依託於互聯網、大數據、人工智能等各種信息技術，智慧圖書館能夠跨越時間、地理空間上的限制，隨時隨地地滿足不同用戶個性化的信息需求，這不僅提升了用戶獲取、使用館藏資源的便利性和體驗感，而且也有助於向社會公眾提供更加豐富、多元的信息資源，促進知識的共享與傳播。

一般認為，數字化資源庫是智慧圖書館的核心。具體而言，數字化資源是智慧圖書館通過智能設備向用戶提供更加豐富、多元的信息的前提與基礎。智慧圖書館的建設與發展需要大量的數字化資源支撐。數字化資源庫的建設情況直接關係到智慧圖書館的建設及其服務品質。對於傳統的公共圖書館而言，數字化資源庫的建設是其智慧化建設過程中非常重要的一個環節。從實踐來看，公共圖書館獲取數字化資源的途徑主要有以下幾種：一是從市場上向商業機構直接購買各種電子化、數字化的作品，或者是電子資源數據庫；二是通過與其他圖書館或學術機構、組織合作，通過資源共享的方式，獲得其他圖書館或者組織、機構的數字化資源；三是利用現代信息技術，將傳統的館藏資料（如紙版文獻、錄音錄像等音像製品）進行數字化、電子化處理後轉化為數字化的資源。因此，館藏的數字化建設構成公共圖書館智慧化建設的重要組成部分。

三、現狀檢視：公共圖書館館藏數字化中的版權障礙

通常而言，公共圖書館館藏的數字化建設主要涉及兩方面的內容：一是在館藏資源收集階段，如何獲得數字化的館藏資源；二是在獲得數字化的館藏資源之後，圖書館如何向社會公眾或者用戶提供訪問的途徑與權限，使其可以使用這些數字化的館藏資源。因此，下文將分別從這兩個方面，分析公共圖書館館藏數字化中面臨的版權問題。

（一）館藏資源數字化中的版權問題

傳統公共圖書館的館藏資源，主要表現為紙質的文獻作品，如圖書、期刊、報紙等。然而，隨著數字技術的發展與應用，圖書館資源的建設已由文獻資源建設轉變為信息資源建設。圖書館的智慧化強調通過網絡通信技術及數字技術傳播信息，因此，與傳統的公共圖書館不同，智慧化的公共圖書館的館藏資源具有電子化、數字化的特點。這就意味著，公共圖書館在智慧化建設過程中，首先要建立起電子化、數字化的館藏資源，即需要用數字技術把存儲於物理介質上的文字、圖像、聲音等信息資料轉換為數字信息。

從作品的版權狀態來看，公共圖書館的館藏資源一般可以分為兩類：（1）受版權保護的作品；（2）已超過版權保護期限，進入公有領域的作品。其中，根據版權人明確與否，受版權保護

[3] 張春春、孫瑞英：《智慧圖書館使用者數據合規治理機制研究》，載《圖書情報工作》2024年第4期，第16頁。

的作品又可以進一步分為：（1）在版權保護期限內，且權利人明確的作品；（2）在版權保護期限內，但是因為缺乏足夠信息，權利人難以確定或者不明的作品，即孤兒作品。由於作品的版權狀態不同，公共圖書館在將不同類型館藏作品數字化過程中，面臨的法律問題也存在顯著差異。一般來講，對於已經超過版權保護期限的作品，由於這些作品已經進入公有領域，任何人都可以自由使用，因此公共圖書館可以無版權限制地將其數字化並對外傳播。而對於尚處於版權保護期限內的作品，其數字化則因版權限制面臨複雜的法律障礙。事實上，公共圖書館在館藏資源數字化過程中所遇到的主要版權問題，正是源於這類尚在保護期內的作品。

1. 受版權保護作品數字化的版權問題

複製權是版權所有人的一項專有權利。我國《著作權法》第十條第一款第（五）項規定，複製權是指“以印刷、複印、拓印、錄音、錄像、翻錄、翻拍、數字化等方式將作品製作一份或者多份的權利”。因此，任何人以印刷、複印、拓印、錄音、錄像、翻錄、翻拍、數字化等方式對作品再現的，都必須要經過版權人的同意或者授權。由此可見，在我國現行版權制度之下，公共圖書館將傳統的館藏文獻數字化的行為，屬於受複製權控制的複製行為。就那些仍在版權保護期限內的傳統館藏作品而言，公共圖書館若要將其數字化，原則上必須徵得版權人的許可，否則會構成侵權。

需要指出的是，雖然公共圖書館可以通過合理使用制度豁免版權人同意將館藏作品數字化，但是在這一制度之下，只有當後續使用行為構成合理使用時，公共圖書館才能未經版權人許可數字化複製館藏作品。具體而言，根據我國《著作權法》第二十四條之規定，公共圖書館可以在未徵得版權所有人許可及不支付報酬的情況下，直接對本館的館藏作品進行數字化複製，但是立法上也對該複製行為的目的作了嚴格的限制——豁免許可的複製只能是出於陳列或保存作品版本的需要。除此以外，根據《信息網絡傳播權保護條例》第七條之規定，公共圖書館基於信息網絡傳播目的而數字化複製館藏作品的，也無需獲得版權人許可。然而，為了避免數字化複製可能會對版權所有人造成不利的影響，該條也對圖書館可以數字化複製館藏作品的範圍作出了特別限定，^[4] 要求這些作品必須是“已經損毀或者瀕臨損毀、丟失或者失竊，或者其存儲格式已經過時，並且在市場上無法購買或者只能以明顯高於標定的價格購買的作品”。由此可見，在我國現行法律框架下，除了陳列或保存作品的目的，公共圖書館基於其他使用目的而得以直接數字化複製館藏作品的情形很少，而且適用的作品範圍十分有限。

在數字化時代，公共圖書館數字化複製館藏作品，不僅僅是為了陳列和保存作品，最重要的是，可以通過網絡利用數字化作品，為社會公眾提供更多的信息服務。由前述分析可以看出，公共圖書館基於使用目的而對館藏作品進行大規模數字化時，絕大多數情況下仍然需要先徵得版權人的許可與授權。雖然這是尊重和保護版權人利益的一種體現，然而，從經濟效益的角度來看，存在交易成本過高，效率低下的問題。例如，據有關資料統計，截止 2022 年底，我國共有 3303 個公共圖書館，公共圖書館的總藏量有 135959 萬冊。^[5] 面對如此之多的傳統館藏資源，如果需要圖書館與版權人逐個一對一談判獲得授權許可，不僅不利於充分發揮公共圖書館保存文化遺產、傳遞信息以及促進文化傳播的功能與職能，某種程度上也會削弱數字技術所釋放的商業紅利。^[6]

2. 館藏孤兒作品數字化的版權問題

孤兒作品是由美國學者首創的一個學術概念，通常是指版權所有人無法識別或者無法找到的作

[4] 王遷：《著作權法（第二版）》，中國人民大學出版社2023年版，第436頁。

[5] 《文化和旅游部：2022年全國公共圖書館總藏量達135959萬冊》，https://www.gov.cn/govweb/lianbo/bumen/202307/content_6891866.htm，2024年1月25日訪問。

[6] 參見汪東麗：《絕版作品著作權規則研究》，載《河南財經政法大學學報》2020年第3期，第149-156頁。

品。目前我國立法上尚未對孤兒作品的認定、使用規則等相關內容作出明確的規定，只是在《著作權法實施條例》第13條中規定了作者身份不明的作品，由作品原件的所有人行使除署名權以外的著作權。因此，在現行法律之下，除非是基於合理使用，否則公共圖書館原則上還是要遵循“先許可，後使用”的規則，只有在獲得權利人（版權人或原件所有人）的授權許可後，方可將孤兒作品數字化。然而，由於年代久遠、信息缺失等原因，公共圖書館在數字化孤兒作品過程中，往往面臨著權利人難以查明的困境。此外，即使最終能查找及聯繫到權利人，往往還面臨著交易成本高昂、不成比例的問題。例如，曾有實證研究表明，為了將1114份孤兒作品數字化，英國國家檔案館曾經花費兩年的時間以及35000英鎊用於明晰版權，結果只有不到一半的作品被找到權利人並獲得授權許可。^[7]在荷蘭一個將1000本孤兒作品數字化的項目中，相關機構5個月內只清理了50本的版權。相關人員估算，按照該速度，清理全部作品的版權至少需要8年的時間。^[8]由此可見，將孤兒作品數字化使用，明晰版權，並獲得權利人授權許可成本高昂，程序複雜，而且很多時候結果還是未知數。

3. 國家所有作品數字化的版權問題

我國《著作權法》第21條規定：“著作權屬於自然人的，自然人死亡後，其本法第十條第一款第五項至第十七項規定的權利在本法規定的保護期內，依法轉移。著作權屬於法人或者非法人組織的，法人或者非法人組織變更、終止後，其本法第十條第一款第五項至第十七項規定的權利在本法規定的保護期內，由承受其權利義務的法人或者非法人組織享有；沒有承受其權利義務的法人或者非法人組織的，由國家享有。”我國《民法典》第1160條之規定，無人繼承又無人受遺贈的遺產，歸國家所有，用於公益事業。

根據上述規定，一般認為，我國立法上確立了無人繼承著作財產權的作品歸國家所有的制度。這一制度雖然可以緩解公共圖書館在數字化無人繼承著作財產權的作品時由於作品無主所面臨的困境，但是由於立法上缺乏具體可操作的規則，導致實踐中公共圖書館在使用這些作品時面臨著諸多問題。譬如，雖然國家名義上對無人繼承的作品享有所有權，但實踐中沒有代表國家統一行使著作財產權的特定機構，也沒有任何登記或公示程序表明哪些作品屬於國家所有。^[9]國有資產權利行使主體虛化的問題^[10]使得包括公共圖書館在內的潛在使用人根本無從知悉哪些作品屬於國家所有；即使知悉，也不知道具體該如何向哪些部門取得這些作品數字化的授權與許可。^[11]

(二) 提供數字化館藏資源時的版權問題

公共圖書館同時具有資料保存與信息提供的功能。就傳統的館藏資源數字化而言，除了具有保存文獻的作用外，更重要的是公共圖書館可以更便捷地為社會公眾提供公共文化服務。因此，無論是通過版權人授權許可，抑或經過合理使用制度豁免許可將館藏資源數字化，公共圖書館在將館藏資源數字化以後，與之密切相關的另外一個問題是，公共圖書館如何向社會公眾或使用者提供這些數字化作品的訪問。在前數字化時代，在發行權一次用盡原則之下，公共圖書館主要通過向使用

[7] Anna Vuopala, Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance, http://cultivate-cier.nl/wp-content/uploads/2012/03/vuopala_report.pdf, 2023年11月29日訪問。

[8] Ibid.

[9] 參見董慧娟：《孤兒作品的利用困境與現行規則評析》，載《中國出版》2010年第18期，第36-39頁。

[10] 參見趙力：《孤兒作品法理問題研究——中國視野下的西方經驗》，載《河北法學》2012年第5期，第149-155頁。

[11] 參見秦珂：《“孤兒作品”版權問題對圖書館數字化建設的制約與解決之策》，載《情報理論與實踐》2014年第3期，第41-45頁。

者出借作品有形複製件（如紙質圖書）的方式來體現其具有的信息提供功能。^[12]在數字化時代，隨著數字技術的發展以及館藏資源種類的多元化，公共圖書館提供信息服務的方式日益多樣化，譬如可以直接透過網絡向使用者提供數字化作品。然而，由於發行權針對的是作品的有形載體，發行權一次用盡原則難以適用於網絡環境，我國立法上又創設了信息網絡傳播權，用以調整通過網絡向公眾提供作品的行為。與此同時，考慮到如果社會公眾足不出戶就可以通過圖書館的網站閱讀或下載作品，勢必會影響作品在有形市場的銷量，^[13]因此，為了避免圖書館通過網絡傳播作品給版權人帶來的不利影響，我國《信息網絡傳播權保護條例》中對圖書館通過網絡提供作品的場所、對象作出了嚴格的限定。首先，圖書館只能在館舍內通過網絡向使用者提供數字化作品；其次，圖書館能夠在館舍內通過網絡向使用者提供的作品僅限於本館合法收藏的數字作品和依法為陳列或者保存版本的需要以數字化形式複製的作品。^[14]因此，除非經過權利人特別授權許可，否則公共圖書館超過上述場所、作品範圍提供數字化館藏作品將可能會構成侵權。例如，在2018年的北京三面向公司訴國家圖書館（以下簡稱國圖）著作權權屬、侵權糾紛一案中，針對國圖將涉案館藏圖書電子化後，通過局域網向館內讀者提供全文線上閱讀，以及通過互聯網向館外用戶提供正文24頁線上閱讀的行為，二審法院和再審法院均認為，涉案圖書不存在已經損毀或者瀕臨損毀的情形，因此國圖將其數字化複製，並通過局域網向館內讀者提供全文閱讀，均不構成合理使用；國圖通過互聯網向公眾提供圖書部分內容線上閱讀，使得公眾無需進入國圖的館舍內即可通過互聯網在其選定的時間、地點線上閱讀涉案圖書部分內容，其對象、範圍超出了《信息網絡傳播權保護條例》第七條規定的情形，亦不構成合理使用；國圖應當就其前述行為承擔侵權責任。^[15]

由此可見，與館藏資源的數字化處理一樣，除了有限的合理使用範圍，原則上，公共圖書館還是要依賴於授權許可制度來通過網絡向使用者提供數字化作品。如前所述，面對大量的館藏資源作品，如果要圖書館逐個與權利人聯絡、談判並獲得許可，方可通過網絡提供給使用者使用，不僅效率低下，影響公共圖書館的智慧化建設與服務進程，而且勢必會產生巨大的交易成本，而這對於經費來源主要依靠財政撥款的公共圖書館來說，也未必能夠承擔與應付。

四、應對之道：關於修改我國版權制度的若干思考

（一）擴大公共圖書館複製館藏作品的合理使用範圍

合理使用是平衡著作權人利益與社會公共利益的一項制度。從立法背景來看，我國現行《著作權法》中的合理使用制度主要是因應傳統的紙質作品制定的。然而，隨著科技的發展，人類社會已經進入了數字化社會，作品的表現形式以及傳播方式呈現出多樣化的趨勢。從前述的分析不難看出，當前的合理使用制度已經難以滿足數字化時代公共圖書館履行其文化傳播與服務職能的要求。因此，合理使用制度的範圍與內容亟需與時俱進，進行相應的調整與修改。對於公共圖書館而言，未來有必要進一步擴大其合理使用範圍內複製館藏作品的權限。^[16]具體而言，除了《著作權法》

[12] 王遷：《著作權法》（第二版），中國人民大學出版社2023年版，第436頁。

[13] 同上註，第437頁。

[14] 同上註。

[15] 參見北京知識產權法院（2019）京73民終3384號民事判決書；北京市高級人民法院（2021）京民申3405號民事裁定書。

[16] 周剛志、王星星：《論信息網絡時代下公共圖書館的合理使用權配置——以深圳圖書館信息網絡傳播權侵權案為視角》，載《圖書館建設》2021年第2期，第85頁。

第 22 條第 1 款第 8 項中規定的圖書館有權“為陳列或者保存版本的需要”而複製館藏作品外，還應當明確公共圖書館有為通過信息網絡向公眾提供作品而數字化複製館藏作品的權利。從比較法的角度來看，這也是有例可援的。例如，《日本著作權法》第 31 條中就明確規定，為了避免館藏資料原件丟失、毀損或污損，或者為了通過自動公共傳輸系統傳輸稀有或絕版的資料，圖書館可以以數字化形式複製有關資料，以替代原件供公眾使用。^[17]因此，在數字化時代，為了實現公共圖書館向社會公眾提供文化服務的目的，原則上應當允許公共圖書館為向公眾提供作品之需要而數字化複製所有的館藏作品。當然，為了兼顧著作權人的利益，立法上可以根據作品類型、屬性的不同，對公共圖書館通過信息網絡向公眾提供這些數字化作品的權利作出必要的限制。

（二）賦予公眾對孤兒作品的使用權

在孤兒作品的使用上，保護版權人的利益固然重要，但同時也應當兼顧社會公共利益。在作品權利人不明的情況下，若過於強調版權人的利益，會導致孤兒作品資源的大量閒置與浪費。有鑑於此，世界各國都試圖通過積極的措施來克服法律障礙，使得在保護版權人利益的同時，大量的“孤兒作品”能夠被使用，以造福社會。從域外的實踐來看，目前對孤兒作品的使用主要有以下幾種做法：（1）以加拿大、日本為代表的“強制許可模式”，即當作品使用者依法進行合理勤勉查找後仍未找到版權人時，向有關主管機關申請，由該主管機關審查後授權其使用孤兒作品，但使用者同時需向主管機關支付作品使用費。^[18]（2）歐盟的“法定許可模式”。根據歐盟 2012 年 9 月 20 日發佈的《歐洲議會與歐盟理事會關於孤兒作品許可利用特定問題的指令》，公共文化機構在進行勤勉查找後未找到版權人時，基於公共利益目的使用孤兒作品的行為不構成侵權，使用者使用孤兒作品無需支付任何費用，但在版權人出現後有權從使用者處獲得合理的補償。^[19]（3）美國的“侵權限制救濟模式”。在 2018 年通過的《音樂現代化法案》中，美國對孤兒音樂作品設立了許可使用制度。對於未能確定版權所有者的錄音製品，用戶在採取合理嘗試尋找版權所有者但未成功的情況下，並在一段公開通知期內給予版權所有者提出使用異議的機會後，可對這些作品進行非商業性使用。^[20]除此以外，截至目前，美國尚未就孤兒作品頒布全面的立法。儘管如此，在 2006 年至 2015 年期間，美國曾多次嘗試通過立法解決孤兒作品的使用問題。^[21]在相關立法報告及草案中，美國版權局認為，使用孤兒作品雖然構成侵權，但若使用者在使用前已盡到善意、勤勉查找權利人的義務，並向版權登記處提交了使用聲明，則在權利人重新出現時，可以通過限制救濟措施減輕或免除其侵權責任，但使用者需向權利人支付合理的補償。此外，若孤兒作品的使用者為非營利性的教育機構、博物館、圖書館、檔案館或公共廣播實體，並且其使用目的屬於非商業性的教育、宗教

[17] See Article 31(2), Copyright Law of Japan, <https://www.cric.or.jp/english/clj/cl2.html#chapter2sect3sub5>, 2024年7月3日訪問。

[18] 參見吳高：《數字環境下圖書館孤兒作品合理使用規則設計研究》，載《圖書館建設》2023年第1期，第84-94頁。

[19] Directive 2012/28/Eu of The European Parliament and of The Council of 25 October 2012 On Certain Permitted Uses Of Orphan Works, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0028>, 2023年12月20日訪問。

[20] See Title II, An act to modernize copyright law, and for other purposes. <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/1551/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22music+modernization+act%22%5D%7D&r=3>, 2024年7月1日訪問; Mitch Stoltz, The New Music Modernization Act Has a Major Fix: Older Recordings Will Belong to the Public, Orphan Recordings Will Be Heard Again. <https://www.eff.org/deeplinks/2018/09/new-music-modernization-act-has-major-fix-older-recordings-will-belong-public>, 2024年7月1日訪問。

[21] 美國版權局曾分別於2006年、2008年向國會提出《孤兒作品法案》，但均未獲通過。2015年，美國版權局再次針對孤兒作品的立法問題發佈了《孤兒作品與大規模數字化》並提出孤兒作品的立法建議。

或慈善活動，則可以免除支付合理補償的責任。^[22]（4）北歐國家的“延伸性集體許可模式”，即在一國範圍內，由具有代表性的著作權集體管理組織與使用者達成作品使用協議。在這一模式之下，著作權集體管理組織可以代表孤兒作品的版權人行使權利，從而緩解孤兒作品缺乏授權導致的各種使用障礙與困境。^[23]

總體來看，上述幾種模式對於需要將大量孤兒作品數字化的公共圖書館而言，仍然存在諸多局限。譬如，不管是強制許可、法定許可抑或延伸性集體許可模式，使用者都需要支付作品使用費。公共圖書館是具有公益性質的機構，實踐中，孤兒作品數量通常較多，如果公共圖書館複製孤兒作品需要支付費用，這對公共圖書館而言將是一筆相當大的財務負擔，不利於發揮公共圖書館的職能。雖然侵權限制救濟模式中豁免了公共文化機構支付補償的責任，但是由於勤勉查找標準不明確，需要個案判斷，因此對於公共文化機構而言，使用孤兒作品是否可以免責亦充滿了不確定性。此外，為了盡到勤勉查找義務，公共文化機構在時間、人力、財力方面往往面臨著巨大的成本。^[24]然而，不可否認的是，域外國家的上述作法一定程度上都可以緩解孤兒作品由于缺乏授權而導致的使用困境。就我國而言，無論採用哪種模式，但有一點是肯定的，即為了避免孤兒作品的閒置，未來有必要效仿域外經驗，通過立法賦予社會公眾對孤兒作品的訪問、使用權。應當指出的是，就孤兒作品而言，由於作者的缺位，實際中往往很難將其進一步商業化使用，因此，相較於其他作者明確的作品，其商業價值比較有限。此外，有研究亦指出，許多孤兒作品，如紀實照片、書信和錄音等，商業價值並不高，但學術、文化和歷史價值卻很高。^[25]因此，允許公眾直接使用這些作品，並不一定會損害權利人潛在的經濟利益。就公共圖書館將孤兒作品數字化對權利人的影響而言，無非是數字化使用可能會影響孤兒作品的銷售量，進而影響其從中可獲得的收入。然而，一些法經濟學研究表明，由於市場上存在著比較好的但並非完全的替代品，因此市場對某一圖書複製件的需求曲線是逐漸遞減的。^[26]一些實證研究亦指出，在沒有法律干預的情況下，隨著時間的推移，任何特定圖書的需求量通常都會下降。^[27]孤兒作品的作者不明，除了作者身份不明外，很重要的一個原因在於作品出版的時間有些久遠，無法找到作者。因此，從作品出版年齡會影響需求量的角度來看，允許公眾使用孤兒作品，也不會對權利人的經濟利益造成實質性影響。相反，公共圖書館及社會公眾可自由地獲取和使用孤兒作品，一方面，有利於確保作者的作品不會被遺忘，甚至可能會增加公眾對作者其他已知作品的關注，從而為其帶來其他經濟利益；另一方面，亦有利於其他創作者免受版權限制地從這些作品中汲取創新靈感，或者在這些作品上進行再創作。如此，既可以避免這些作品在版權保護之下的效用損失，又可以擴大孤兒作品在促進文化傳播與創新方面的社會效益。當然，為了平衡社會公共利益與孤兒作品創作者的利益，在確定使用者對作品權利人的勤勉查找義務時，有必要根據孤兒作品的性質和年齡確立靈活的標準。譬如，孤兒作品越古老，勤勉

[22] Orphan Works and Mass Digitization: a report of the register of copyrights, <https://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works-2015.pdf>, 2023年12月20日訪問。

[23] 參見吳高：《數字環境下圖書館孤兒作品合理使用規則設計研究》，載《圖書館建設》2023年第1期，第84-94頁。

[24] Sarid, Eden and Ben-Zvi, Omri, A Theoretical Analysis of Orphan Works. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 40, No. 3, 2023, p.597-599.

[25] *Ibid.*, p.587-588.

[26] [美]威廉·M·蘭德斯、理查·A·波斯納：《知識產權法的經濟結構》，金海軍譯，北京大學出版社2016年版，第45頁。

[27] Buccafusco, C., & Heald, P.J., *Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain?: Empirical Tests of Copyright Term Extension*, *Berkeley Technology Law Journal*, Volume 28, Issue 1, 2013, p.1-43.

查找標準應該越低。除此以外，當孤兒作品的權利人重新出現時，包括公共圖書館在內的使用者應當停止對作品的使用。至於是否需要對作品權利人予以經濟補償，則取決於使用者對孤兒作品的使用目的與性質。如果公共圖書館等公共文化、教育機構是基於非商業目的使用孤兒作品，宜豁免支付相應的使用費或經濟補償。

（三）將無主作品納入公有領域

為了避免社會資源閒置浪費，促進物的利用以及安定社會秩序，我國民法中確立了無主物歸國家所有的規則，我國現行《著作權法》沿襲民法上關於無主物的這個原則性方案，規定無人繼承之著作財產權歸國家所有。^[28] 國家所有本質上是全民所有。根據我國的民法理論，作為物權的客體主要是有形物。由於有形物在事實層面上難以為全民共同占有、使用，因此立法上將無主物規定由國家統一行使所有權具有一定的必要性與合理性。然而，與物權的客體不同，作為著作權客體的作品與其物質載體分離，具有無形性，^[29] 因此，多個主體可以在事實上毫不衝突地共同利用作品。此外，無主物之所以歸國有，是因為物不用附加任何東西即可給人帶來利益，因此“需要有人看著”，但是著作權中的知識要變為財產，需要人追加勞動，只有追加了具體的勞動和物質財富以後才能產生新的利益。^[30] 從這個角度來看，立法者沿襲物權的思維，規定無人繼承著作財產權歸國家所有的作法，完全忽視了著作權與物權之不同。將無人繼承之著作財產權收歸國家，難以真正實現著作權法的立法目的。^[31] 從創造性成果的產生過程來看，人類任何具有獨創性智力成果的創造，都不同程度地汲取了公有知識的營養，有借用和複製才有創新。賦予智力成果創造者一定期限的壟斷權是社會對其創造性勞動的回報，期滿或者無主狀態後應當再回歸知識的海洋，為新的智力創造活動再提供營養，這是知識積累的必然規律。^[32] 因此，讓作品進入公有領域的狀態可能更有利於實現無主財產國有制度以及著作權法所追求的目標，“在不引起利益爭奪的前提下促進作品的利用”。^[33]

在比較法上，也不乏將無人繼承著作權的作品納入公有領域的例子，如我國台灣地區《著作權法》第 42 條就明確規定，當著作財產權人死亡，其著作財產權依法應歸屬國庫或者作為著作權人的法人消滅後，其著作財產權依法應歸屬於地方自治團體時，著作財產權消滅。澳門地區《著作權及相關權利制度》第 37 條中則明確規定，包括著作財產權在內的遺產在成為無人繼承之遺產時起之十年內，澳門特別行政區並無使用或許可他人使用作品，則作品歸入公產範圍。為了進一步促進無人繼承作品的利用，在數字化時代，我國立法有必要因應文化傳播數字化的時代發展，將無人繼承作品納入公有領域，由此，公共圖書館在將該類作品數字化使用過程中面臨的制度難題也將迎刃而解。

（四）調整公共圖書館在信息網絡傳播權中的合理使用範圍

我國《公共圖書館法》第 40 條第 2 款規定，“政府設立的公共圖書館應當加強數字資源建設、配備相應的設施設備，建立線上線下相結合的文獻信息共用平台，為社會公眾提供優質服務。”公共圖書館作為我國公共文化服務體系的組成部分，肩負著傳承、發展中華民族優秀傳統文

[28] 李琛：《論無人繼承之著作財產權的處理》，載中國民商法律網<http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=46514>，2023年12月20日訪問。

[29] 參見王遷：《著作權法（第二版）》，中國人民大學出版社2023年版，第11-13頁。

[30] 參見劉春霖：《無主知識產權範疇的理論構造》，載《法律科學》2011年第1期，第84-92頁。

[31] 同上註。

[32] 同上註。

[33] 李琛：《論無人繼承之著作財產權的處理》，載中國民商法律網<http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=46514>，2023年12月20日訪問。

化的法定職責，承擔著利用數字化及信息網絡技術向社會公眾提供公共文化服務的法定義務。《信息網絡傳播條例》第7條對公共圖書館通過信息網絡傳播館藏資源的場景、對象和方式作了嚴格的限制，不利於公共圖書館利用信息網絡技術向社會公眾提供優質的公共文化服務。為了充分實現公共圖書館的法定職責與義務，未來立法有必要在兼顧版權人利益的同時，適當放寬對公共圖書館通過信息網絡傳播館藏資源的限制。

首先，擴大公共圖書館在信息網絡中可傳播的數字化作品範圍。在數字化時代，公共圖書館將紙質館藏資源數字化的意義除了可以保存文獻，更重要的是，可以以更便捷的方式向社會提供更豐富的公共文化服務。向社會公眾提供數字化館藏資源是公共圖書館實現館藏資源數字化的終極目的與最大意義所在，^[34]因此，除了圖書館合法收藏的數字化作品，以及依法為陳列或保存版本而以數字化形式複製的作品外，公共圖書館不需獲得許可而直接通過信息網絡傳播的作品還應當包括前述提及的基於合理使用制度而數字化的其他館藏作品。但為了兼顧作品版權人利益，避免對作品在有形市場的銷量造成實質性影響，可以根據作品性質、屬性的不同，對公共圖書館通過信息網絡提供這些數字化作品的場所、範圍作出區分。對此，下文將進一步展開論述。

其次，適當將公共圖書館通過信息網絡傳播館藏資源的場所範圍擴大到館舍之外。正如前面所述，除了資料保存，公共圖書館還肩負著傳播文化、為社會公眾提供信息的職責與功能，因此，在圖書館通過信息網絡傳播館藏資源問題上，應當將公共圖書館和其他不具有公益性質的圖書館區分考慮。公共圖書館具有公益性，如果將公共圖書館通過信息網絡傳播數字化館藏資源的合理使用嚴格限制在其館舍內，會大大限制數字化時代公共圖書館向社會公眾提供公共文化服務的功能。同時，為了平衡社會公眾以及著作權人之間的利益，可以根據作品屬性的不同，對公共圖書館通過信息網絡傳播館藏資源的場所範圍進行區分：對於受版權保護的作品，公共圖書館可以在館舍內向讀者提供全文線上閱讀服務；與此同時，基於館際合作協議及館際互借服務，應當允許其他非盈利性圖書館的用戶從他館遠端訪問、使用公共圖書館的數字化館藏資源。

要特別指出的是，對於其中的絕版作品，由於絕版作品已經是不再印行的作品，將這類作品數字化並通過信息網絡向公眾傳播並不會對該作品的潛在市場或價值產生實質性的影響。相反，此舉可以有效緩解絕版作品與社會公眾需求之間的矛盾，使公眾獲得更多的信息，在促進文化傳播的同時又為社會研究、創新提供了更多的參考資料。有鑑於此，公共圖書館通過信息網絡提供數字化的絕版作品時，其場域也就沒有必要僅限於館舍內，而是應當允許所有的註冊使用者在館外通過網絡直接訪問、閱覽有關數字化作品。同理，對於無主作品，如前所述，如將其納入公有領域，那麼公共圖書館自然也可以不受限地通過信息網絡傳播該類作品，其適用的場域當然是既包括館舍內，也包括館外。對於孤兒作品，如果立法可以賦予公眾使用權，那麼公共圖書館自然可以自由將其數字化，並可以通過信息網絡向社會公眾開放使用。但與絕版作品及無主作品不同的是，一旦孤兒作品的版權人重新出現，孤兒作品的性質將變成作者明確的作品，公共圖書館後續對該類作品的數字化使用應當遵循作者明確且受版權保護的作品的使用規則。

另外，對於那些作者明確且受版權保護的作品，在不會取代原版作品市場的前提下，應當允許公共圖書館通過信息網絡向館外用戶提供一些使其識別相關來源所必需的作品信息，如作品的名稱、作者簡介、目錄、內容摘要或者少部分正文內容。其理由在於，在這種情況下，公共圖書館對作品的使用行為本質上是一種信息檢索服務，其作用旨在說明用戶識別與他們需求相關的信息的來源，使用者訪問、獲取這些信息後，並不會對原作品產生實質性替代，因此自然不會對該作品的潛在市場或價值產生任何不利的影響。恰好相反，這實際上也是一種幫助潛在消費者認識、瞭解作品

[34] 參見周志剛、王星星：《圖書館信息網絡傳播權研究》，載《圖書館工作與研究》2018年第5期，第5-9頁。

的方式，從這個角度來看，對作品的潛在市場及價值甚至還會產生積極、正面的影響。因此，在這種情形下，無需將服務場所局限於館舍內，而應許可所有讀者通過網絡查閱。

五、結語

公共圖書館館藏資源的數字化建設與使用是智慧圖書館建設的重要環節。然而，在現行版權制度之下，我國公共圖書館在館藏資源的數字化建設與使用過程中，面臨著諸多障礙與問題。在數字化時代，當前的版權制度已經難以滿足我國公共圖書館充分發揮職能的要求。為持續推進公共圖書館的智慧化建設，未來我國有必要因應公共數字文化的建設需求，重新設計有關版權制度，在保護版權人利益的同時，兼顧社會公共利益，從而為國家公共圖書館館藏資源的數字化、智慧化建設提供有力的制度保障。

Abstract: The digitization of public library collections is crucial in developing smart libraries. However, under China's current copyright legal system, the digitization of public library resources faces significant restrictions. To promote the development of smart libraries, China must revise its copyright legal system to safeguard public interests in the future. Specifically, this includes expanding the scope of fair use rights for public libraries, allowing public access to orphan works, and incorporating unclaimed works into the public domain.

Key words: Digitization of Library Collection; Fair Use; Right of Communication to the Public on Information Networks; Smart Library; Copyright Law

（責任編輯：管晨東）

貫徹中央全面管治權維護國家安全的立法典範 ——澳門特區《保守國家秘密法》研究

朱應平*

摘要 澳門特區通過制定澳門《保守國家秘密法》，維護中央全面管治權、正確行使高度自治權，很好地堅守了“一國”的原則底線，有力地維護中央權力和基本法權威。在立法落實“中央全面管治權”政策方面，其經驗主要有：第一，立法須全面準確貫徹“一國兩制”方針。特區深刻認識到，保守“國家秘密”首先是保守有關鞏固社會主義制度方面的秘密。將《中華人民共和國保守國家秘密法》中由國家確立的“國家秘密”確立為該法律保護的“國家秘密”，是該法維護國家根本制度的表現。第二，澳門《保守國家秘密法》不只是簡單地對澳門本地機關秘密予以保護的問題，更是涉及國家安全、主權和發展利益的大事情，因此將其作為2023年修改澳門《保守國家秘密法》的配套措施。第三，積極對標對表《中華人民共和國保守國家秘密法》的內容設計澳門《保守國家秘密法》中的具體內容，維護中央全面管治權。基於憲法和《中華人民共和國保守國家秘密法》的精神，在該法中將《澳門基本法》中的“竊取國家機密”，調整為“侵犯國家秘密”，是與時俱進地貫徹“中央全面管治權”最突出的體現。第四，根據澳門特區實際情況，補充了由澳門特區定密的範圍、設計相關保密措施、明確特區的具體職責，體現特區有效行使高度自治權的負責任的態度。第五，孜孜追求立法科學水準的提升，助力特區維護中央全面管治權和保障特區依法行使高度自治權有機統一的實現。

關鍵詞 澳門特區 保守國家秘密法 中央全面管治權 高度自治權

黨的二十大報告對未來中央在港澳特區發展上的政策作了規定：“堅持和完善‘一國兩制’制度體系，落實中央全面管治權，落實‘愛國者治港’、‘愛國者治澳’原則，落實特別行政區維護國家安全的法律制度和執行機制。堅持中央全面管治權和保障特別行政區高度自治權相統一，堅持行政主導，支持行政長官和特別行政區政府依法施政，提升全面治理能力和管治水平，完善特別行政區司法制度和法律體系，保持香港、澳門資本主義制度和生活方式長期不變，促進香港、澳門長期繁榮穩定。”^[1] 在短短的政策中兩次提到“中央全面管治權”，可見其在落實“一國兩制”方

* 朱應平，華東政法大學教授，法學博士。

[1] 習近平：《高舉中國特色社會主義偉大旗幟 為全面建設社會主義現代化國家而團結奮鬥》，載《人民日報》2022年10月26日，第1版。

針中的重要地位。2014年國務院新聞辦公室發表《〈“一國兩制”在香港特別行政區的實踐〉白皮書》^[2]，第一次明確提出“中央全面管治權”概念。規定“憲法和香港基本法規定的特別行政區制度是國家對某些區域採取的特殊管理制度。在這一制度下，中央擁有對香港特別行政區的全面管治權，既包括中央直接行使的權力，也包括授權香港特別行政區依法實行高度自治。對於香港特別行政區的高度自治權，中央具有監督權力。”據此，“全面管治權”有憲法和基本法依據，來源於其中的“特別行政區制度”，把中央對香港特區的全面管治權分為三方面，中央直接行使的權力、中央授權特區行使高度自治權以及中央的監督權。2021年國務院新聞辦《“一國兩制”下香港的民主發展》^[3]指出：“憲法和基本法共同構成香港特別行政區的憲制基礎，賦予中央對香港特別行政區的全面管治權，既包括中央直接行使的權力，也包括授權香港特別行政區依法實行高度自治以及對特別行政區高度自治的監督權。”這是對中央全面管治權政策的再次強調和內容的明確。2019年12月20日，習近平主席《在慶祝澳門回歸祖國20周年大會暨澳門特別行政區第五屆政府就職典禮上的講話》^[4]中，兩次提到中央全面管治權。第一，澳門回歸祖國20年來，以憲法和澳門基本法為基礎的憲制秩序牢固確立，治理體系日益完善。澳門特區堅決維護中央全面管治權，正確行使高度自治權。這是對澳門貫徹二者統一政策的高度肯定。第二，特別行政區行政、立法、司法機關堅持把維護中央對特區全面管治權和保障特區高度自治權有機結合起來，堅守“一國”原則底線，自覺維護中央權力和基本法權威。這是對澳門特區國家機關提出的要求。前文所引兩個文件中的內容是從中央對香港特區享有全面管治權、中央要行使好此項權力的角度作出的規定，後者講話從澳門特區角度肯定特區維護中央全面管治權和要求特區繼續維護，並將中央全面管治權與高度自治權行使結合起來。可見，中央對特區全面管治權包括三個內容：中央直接行使的權力、特區通過行使高度自治權維護中央全面管治權和中央對特區的監督權。這三方面的含義在澳門特區《保守國家秘密法》^[5]（以下簡稱《澳門保密法》）中得到了很好地體現，是落實中央全面管治權的法律典範。

一、用“國家秘密”替代“國家機密”體現中央全面管治權的理念

保守國家秘密是維護國家安全、主權和發展利益的重要舉措。《中華人民共和國憲法》（以下簡稱憲法）、《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》（以下簡稱《澳門基本法》）、《中華人民共和國國家安全法》（以下簡稱《國家安全法》）、《中華人民共和國保守國家秘密法》^[6]（以下簡稱《國家保密法》）等直接或間接規定了中央對國家安全的全面管治權的要求。澳門特區則在《澳門保密法》中予以全面貫徹落實。

[2] 參見中華人民共和國國務院新聞辦公室：《〈“一國兩制”在香港特別行政區的實踐〉》，載《人民日報》2014年6月11日，第13版。

[3] 中華人民共和國國務院新聞辦公室：《〈“一國兩制”下香港的民主發展〉》，《人民日報》2021年12月21日，第10版。

[4] 參見習近平：《在慶祝澳門回歸祖國二十周年大會暨澳門特別行政區第五屆政府就職典禮上的講話》，載《人民日報》2019年12月21日，第2版。

[5] 澳門特別行政區第21/2023號法律《保守國家秘密法》，《澳門特別行政區公報——第一組》2023年12月27日第52期，第2892-2901頁。

[6] 《中華人民共和國保守國家秘密法》（1988年9月5日全國人大常委會通過，2010年4月29日第一次修訂，2024年2月27日第二次修訂）。《澳門保密法》依據的是2010年第一次修正的條文，該版本參見《人民日報》2010年10月12日，第15版。2024年修正版參見《人民日報》2024年2月28日，第10版。

2023年制定《澳門保密法》，就是瞄準維護國家的安全和利益這一目的的，立足於維護中央全面管治權。特區政府在向立法會提交的《保守國家秘密法（法案）》的理由陳述明確指出：“為落實《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第二十三條的規定，澳門特別行政區透過本地立法的方式，於2009年制定並通過了第2/2009號法律《維護國家安全法》，當中第五條規定了竊取國家機密的罪行，為保守國家秘密，維護國家的主權、安全和發展利益，提供了相應的法律保障。”“隨著國家安全形勢的發展變化和總體國家安全觀的確立，澳門特別行政區政府向立法會提交了《修改第2/2009號法律〈維護國家安全法〉》法案，該法案規定有關‘國家秘密’將由專門法例規範。為此，澳門特別行政區政府草擬了《保守國家秘密法》法案，以配合《維護國家安全法》的修法工作，並確保國家秘密得到適切和嚴格的保護。”^[7]據此，《澳門保密法》是為了更好地落實總體國家安全觀，在國家安全領域落實中央全面管治權的方針政策。

（一）“國家機密”概念的放棄和替代

制定《澳門保密法》是為了配合2023年修改澳門特區《維護國家安全法》（以下簡稱《澳門維護國家安全法》），第2/2009號法律《維護國家安全法》中的“竊取國家機密”改為“侵犯國家秘密”，並對“國家秘密”作出界定，設定完整的國家秘密保護制度。

第2/2009號法律《澳門維護國家安全法》第五條竊取國家機密內容如下^[8]：“……五、在本條中，‘國家機密’指涉及國防、外交或《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》規定的其他屬於中央和澳門特別行政區關係的有關事項且已經被確定為應予以保密的文件、資訊或物件。如有需要，司法機關可向行政長官或通過行政長官向中央人民政府取得前述文件、資訊或物件是否已經被確定為國家機密的證明文件。”上述條文不僅對“竊取國家機密”作了刑事責任規定，還對“國家機密”作出界定。這一規定在當時完全符合《澳門基本法》的規定，因為《澳門基本法》第二十三條使用的就是“竊取國家機密”：“澳門特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密的行為，禁止外國的政治性組織或團體在澳門特別行政區進行政治活動，禁止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關係。”

2023年《澳門維護國家安全法》第六條修改表述規定：“第2/2009號法律及其他法例的中文文本所表述的‘國家機密’改為‘國家秘密’。”還明確“國家秘密”的定義不再由《澳門維護國家安全法》規定，有關罪名改為更合適的“侵犯國家秘密”。修改該法時，將該法定位為維護國家安全的基礎、主幹和核心法律，就國家秘密事宜作基礎性、原則性規定，著重規範侵犯國家秘密的犯罪行為，以及相關刑事訴訟程序。第五條規定，“侵犯國家秘密：……六、本法律規定的‘國家秘密’由專門法例另行規範。”這為制定《澳門保密法》奠定了基礎。

《澳門保密法》與《澳門維護國家安全法》相適應，在其中使用“國家秘密”，未使用“國家機密”概念。且不限於這一部法律，還包括了其他法律，第二十三條規定了更新提述：“在法律、規章、合同及其他法律上的行為中對‘澳門特別行政區機密’的提述，經作出必要配合後，視為對‘國家秘密’的提述。”這樣就實現了在澳門特區對“國家機密”的全面取代。

（二）“國家機密”概念有特殊的背景

以“國家秘密”替代“國家機密”是否違反《澳門基本法》？研究表明，這一做法不違反《基本法》。《澳門基本法》使用“國家機密”具有歷史性、本地性和局限性，第二十三條使用“國家

[7] 《理由陳述：保守國家秘密法（法案）》，<https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2023-01/4826663bb7c48ea542.pdf>，第1頁，2024年10月7日訪問。

[8] 澳門特別行政區第2/2009號法律《維護國家安全法》，《澳門特別行政區公報——第一組》2009年3月2日第9期，第520-521頁。

機密”，“本條與1990年全國人大制定的《中華人民共和國香港特別行政區基本法》（以下簡稱《香港基本法》）第二十三條規定相同。”^[9]當時制定的《澳門基本法》為什麼沒有使用“國家秘密”，目前官方資料還未見到有明確的說明。按說兩部《基本法》都在序言中強調，《基本法》是根據憲法制定，如1993年《澳門基本法》序言規定：“根據中華人民共和國憲法，全國人民代表大會特制定中華人民共和國澳門特別行政區基本法，規定澳門特別行政區實行的制度，以保障國家對澳門的基本方針政策的實施。”在此之前1990年《香港基本法》序言中有同樣的規定。既然都依據憲法制定，其用語應該與憲法保持一致。1982年憲法第五十三條規定，“中華人民共和國公民必須遵守憲法和法律，保守國家秘密，……。”就是說，《憲法》並未使用“國家機密”，而是使用了“國家秘密”。為什麼兩部《基本法》沒有使用“國家秘密”而是採用了“國家機密”。

1. 受《香港基本法》第23條“國家機密”概念的影響。

1990年《香港基本法》中使用“國家機密”，與當時香港立法中的名稱有關。甚至《香港基本法》第二十三條也是因為香港原有法律不予適用而增加的。在制定《香港基本法》時，第一稿條文最初將該條置於第二章第十二條：“香港特別行政區應以法律禁止任何導致國家分裂和顛覆中央人民政府的活動。”寫上這一條是因為，“委員們考慮到香港現行的《刑事罪條例》中關於禁止危害英國皇室和背叛英國一類的規定，在1997年後肯定不能繼續沿用。香港特別行政區作為中華人民共和國的一部分，有義務維護國家的統一和安全，屆時應該有相應的法律來代替，因此認為有必要作出原則的規定。”^[10]前六稿都沒有提到“國家機密”，直到第七稿才在第二十三條出現“香港特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂及竊取國家機密的行為。”第八稿第九稿與現在的第三十三條完全一致。在討論第八稿時，有人提出“竊取國家機密的行為”時指出：“中央一九八八年九月五日通過（一九八九年五月一日實施）的保守國家秘密法第八條列出了六項秘密：……以上是無所不包，且第七項又規定：‘其他經國家保密工作部門確定應對保守的國家秘密事項’。在這種規定下，特別行政區人的言論、新聞自由（草案第二十七條）將受到嚴格限制。”^[11]由此可以推測，當時在《香港基本法》中沒有使用“國家秘密”而使用“國家機密”，理應不是立法的疏忽，可能有以下幾點考慮。首先，考慮到《國家保密法》中的“國家秘密”範圍太廣，擔心影響香港的言論、新聞自由等，所以沒有採用這一術語。其次，1979年大陸《刑法》中沒有洩露國家秘密罪，直到1997年刑法才有該罪名。可以推測，《香港基本法》中的“國家機密”不大可能受大陸《刑法》的影響。再次，可能受英國立法影響。關於竊取國家機密的行為，港英政府早有規制。港英政府在1992年以前沿用英國1911年訂立的《官方保密法令》，而在1992年以後則適用英國於1989年修訂的《官方機密法令》。^[12]港英政府為了將聯合國《1911至1989年官方機密法定》當時適用於香港的條文當地語系化，提出了一部當地語系化條例草案，即《官方機密條例草案》。條例草案主要涵蓋間諜活動及非法披露資料兩大類罪行，與《基本法》第23條禁止“竊取國家機密的行為”的規定相符。^[13]1997年6月27日，《官方機密條例》（香港法例第521章）在回歸前夕正式通過。不過這部法律只有保護香港特區政府機密的條文，但沒有任何保護國家機密的規定。^[14]可見，1990年《香港基本法》使用“國家機密”而沒有採納1982年

[9] 駱偉建、江華、趙英傑著：《澳門特別行政區基本法解析》，社會科學文獻出版社2020年版，第90頁。

[10] 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191頁。

[11] 同上注，第195頁。

[12] 參見羅敏威：《香港人權法新論》，香港城市大學出版社2009年版，第173頁。

[13] 《官方機密條例草案委員會會議紀要》，1997年1月16日。

[14] 參見李浩然、尹國華、王靜著：《國安法二十三條安全與自由？國家安全法之立法及比較研究》，三聯書店（香港）有限公司2020年版，第12頁。

憲法的“國家秘密”概念，最有可能與當時在香港生效實施的《官方機密法令》使用“機密”的名稱有關。1997年香港制定的《官方機密條例》也是以英國《1911年官方保密法令》為依據可以從一個方面佐證這一點。

《香港基本法》這一概念影響了《澳門基本法》。關於《澳門基本法》第二十三條的表達，1990年9月9日中央與特區關係小組第五次會議紀要明確《澳門基本法》的規定應與《香港基本法》的規定一致。^[15]對澳人來說，第二十三條很難理解，有不少意見希望寫得詳細，對七項行為做出具體而清晰的界定，有的意見甚至提出無需明文立法。基本法起草委員會通過多次徵詢澳人意見和反復討論，認為第二十三條寫入基本法是應有之義，問題是怎麼寫，因為澳門有自己的具體情況，澳人有自己的認識，如果基本法起草委員會對七項犯罪行為——在基本法內做出具體規定的界定，恐怕會偏離澳門的實際和澳人的思想意識，反而不好。最後決定還是採用香港基本法同類條文的寫法，把這個事關國家安全的大問題，開放給澳門特區“應自行立法禁止”，屆時由澳門人廣泛參與、民主討論制定。^[16]

2.《澳門基本法》使用“國家機密”概念，與其出臺之前在澳門生效的其他法律規定用語保持一致。如《葡萄牙共和國憲法》第三十五條第一款規定：所有公民均有權知悉載於有關其本人情況之資訊檔案或資訊紀錄之資料及其用途，並得要求更正及更新之，但如影響有關國家機密及司法保密之法律規定，不在此限。^[17]可見，當時在澳門實施的《葡萄牙共和國憲法》使用“國家機密”。

《澳門基本法》之前的其他一些法律規範文件也使用“機密”這個詞語。如第1/76號法律《澳門組織章程》（澳門憲章）第三十八條第二款規定：對於按上款規定請求解釋或諮詢，如基於國家機密方得拒絕作答，但各官方機構未預先獲得總督許可時，概不得作答。^[18]第7/90/M號法律《關於核准出版事宜》第五條（接近資訊來源的自由）第二款規定：在下列情況接近資訊來源的權利即行中止：b.有許可權的實體視為國家機密的事實和文件；c.法律規定為機密的事實和文件。^[19]

（三）使用“國家秘密”更符合憲法，還可以彌補《澳門基本法》不足

2023年《澳門維護國家安全法》將原“竊取國家機密”修改為“侵犯國家秘密”體現了中央總體國家安全觀的要求，也更符合憲法和中央立法的精神，還可以彌補《澳門基本法》的不足。

1.主動對接中央法律，是落實全面管治權的體現。

《澳門保密法》是配合《澳門維護國家安全法》的實施制定的。2009年《澳門維護國家安全法》具有局限性，這部法律“誠然對澳門特別行政區維護國家安全和社會公共秩序起到了重要的促進作用，然而法律僅限於透過懲治若干危害國家安全罪行，以維護國土、政治和軍事等傳統利益安全，與之相配套的刑事訴訟制度和預防性措施有待健全，也未能對澳門特別行政區維護國家安全的各項工作起到引領和促進的作用，故確有需要及時予以完善，以貫徹中央‘總體國家安全觀’所提出的要求，從而更有效應對今後的內外安全形勢。”“借修訂《澳門維護國家安全法》由目前的單行刑法，提升定位成為澳門特區維護國家安全法制的基礎、主幹和核心法律，從而讓特區政府據以進一步提升統籌管理維護國家安全事務的能力，全面預防和懲治危害國家安全犯罪，有效防範和遏制外來干涉，切實維護國家主權、安全和發展利益，確保澳門社會持續繁榮穩定。”^[20]可見，澳

[15] 駱偉建、江華、趙英傑著：《澳門特別行政區基本法解析》，社會科學文獻出版社2020年版，第90頁。

[16] 參見黃漢強：《論澳門基本法的澳門特色》，載駱偉建、王禹主編：《澳門人文社會科學研究文選：基本法卷》，社會科學文獻出版社2009年版，第194頁。

[17] 《葡萄牙共和國憲法》，https://bo.io.gov.mo/bo/i/crpen/crpp1t2_cn.asp，2024年10月8日訪問。

[18] 《第1/76號法律澳門組織章程》，https://bo.io.gov.mo/bo/i/76/09/leiar01_cn.asp，2024年10月8日訪問。

[19] 《第7/90/M號法律八月六日出版法》，https://bo.io.gov.mo/bo/i/90/32/lei07_cn.asp，2024年10月8日訪問。

[20] 《理由陳述：修改第2/2009號法律〈維護國家安全法（法案）〉》，第1頁，<https://www.al.gov.mo/uploads/>

門 2023 年修改這部法律，明確要貫徹中央“總體國家安全觀”。

“總體國家安全觀”規定於 2015 年全國人大常委會制定的《國家安全法》。第三條規定：“國家安全工作應當堅持總體國家安全觀，……”第四十條第三款規定：“香港特別行政區、澳門特別行政區應當履行維護國家安全的責任。”該法沒有使用“國家機密”，兩處使用了“國家秘密”。第十五條第二款：“國家防範、制止和依法懲治任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆或者煽動顛覆人民民主專政政權的行為；防範、制止和依法懲治竊取、洩露國家秘密等危害國家安全的行為；防範、制止和依法懲治境外勢力的滲透、破壞、顛覆、分裂活動。”該款規定了“依法防範、制止和懲治危害政治安全行為的三項任務，……這些規定體現了鮮明的問題導向，同憲法、反分裂國家法、反間諜法、反恐怖主義法、保守國家秘密法、刑法、香港和澳門特別行政區基本法等相銜接和呼應。”^[21]據此，我國形成了一個以憲法為基礎的多部法律共同防範、制止和懲治竊取、洩露國家秘密的危害國家安全的行為有機法律體系。第七十七條規定：公民和組織應當履行下列維護國家安全的義務：（六）保守所知悉的國家秘密。該法雖然沒有要求以《基本法》附件的形式在港澳特區加以實施，但是立法者的意圖非常明確，在維護國家安全上，特區與全國其他地方政權機關的職責是一樣的。只不過在特區，維護國家安全責任，由特區根據本地實際情況加以貫徹實施。澳門特區修改 2009 年《澳門維護國家安全法》體現了這一要求，是澳門特區主動維護在國家安全問題上的中央全面管治權的行動。2023 年《澳門維護國家安全法》以《國家安全法》確立的總體國家安全觀為指導思想，這就意味著，澳門堅持的國家安全觀與憲法、基本法等形成一個完整的體系，而不只是孤立地以《國家安全法》作為修改的指導思想。

2020 年全國人大常委會制定的《香港維護國家安全法》第二十九條規定：“為外國或者境外機構、組織、人員竊取、刺探、收買、非法提供涉及國家安全的國家秘密或者情報的；……”。該條使用了“國家秘密”，侵犯國家秘密的形式包括“竊取、刺探、售賣、非法提供”等形式。該法第一條規定：“……根據中華人民共和國憲法、中華人民共和國香港特別行政區基本法和全國人民代表大會關於建立健全香港特別行政區維護國家安全的法律制度和執行機制的決定，制定本法。”從某種意義說，這部法律對《香港基本法》“竊取國家機密”作了與時俱進的調整和補充，彌補了《香港基本法》的不足。雖然這部法律對澳門沒有約束力，但其精神對澳門立法會 2023 年修改 2009 年《澳門維護國家安全法》的完善具有重要的指導意義。如學者指出：“全國人民代表大會授權全國人大常委會從國家層面制定香港維護國家安全法就是履行憲制責任，在維護國家安全方面建立有法可依，執法必嚴，違法必究的法律制度和執行機制，以堵塞漏洞。香港維護國家安全法的實施，取得了由亂到治的效果。澳門特區吸取香港的教訓，借鑒全國人大常委會制定香港維護國家安全法的經驗，及時修改澳門維護國家安全法。根據總體國家安全觀，針對國家安全的新情況，對原有的規定作出一些修改，……使國家安全法更加完善，更好地發揮維護國家安全的作用。”^[22]從實際情況看，澳門特區 2023 年修改《澳門維護國家安全法》，已經對該法中的“國家秘密”及其侵犯形式作了相應列舉，不局限於“竊取”。

2. 將《基本法》中“國家機密”理解為“國家秘密”更符合憲法。

雖然全國人大常委會沒有對兩部《基本法》中的“國家機密”作出解釋，但是在相關決定和立法中體現其不限於兩部《基本法》中原有規定含義的意旨。如前指出，1993 年《澳門基本法》受到《香港基本法》的影響，考慮到香港、澳門本地多使用“機密”或“國家機密”，所以當時在

attachment/2022-12/720986392ad3b86faf.pdf, 2024年10月8日訪問。

[21] 喬曉陽主編：《中華人民共和國國家安全法釋義》，法律出版社 2016 年版，第 71 頁。

[22] 駱偉建：《“一國兩制”與國家安全》，載《澳門警學》2023 年第 4 期，第 11 頁。

《基本法》中使用了“國家機密”沒有採用憲法中的“國家秘密”。在2015年《國家安全法》、2020年《香港維護國家安全法》確立了總體國家安全觀並且採用與憲法一致的“國家秘密”的背景下，2023年修改《澳門維護國家安全法》，主動放棄使用《澳門基本法》中“竊取國家機密”的表達，改為“侵犯國家秘密”，可以說是回歸《憲法》精神。這種修改符合在國家安全問題上的“中央全面管治權”政策，這種修改有利於對《澳門基本法》中的“竊取國家機密”作出與時俱進的解讀和理解。

在2023年修正的《澳門維護國家安全法》中作出的這些調整不僅不違反《澳門基本法》，恰恰是結合了澳門本地的實際情況和維護國家安全的新形勢作出的補充。這一修法也為正確理解《澳門基本法》中的相關規定提供了難得的立法實例。有學者對此作了這方面的探索。“在澳門特區的法律體系中，《基本法》是一個憲制性法律，因此《基本法》規定的內容也類似於憲法，專門規定事關澳門特區運作的‘大事’，如中央與特區的關係、政治體制、居民的基本權利和義務等‘大事’，一句話，《基本法》也不可能去規定具體犯罪。其實，《基本法》第二十三條作為憲制性法律的條款，它的本質屬於一種政治宣示性的條款。……至於《基本法》第二十三條規定的三種禁止，其性質仍然屬於一種宣示性的規定，並非屬於具體犯罪的規定。……《基本法》第二十三條規定的三種禁止，其指導意義僅在於提醒刑事實體法的立法者在規定具體的危害國家安全犯罪時，尤其應當注意某些不法行為的表現形式，同時還要注意維護國家主權是國家安全的應有之義務，但這並非就是刑事實體法上的具體犯罪規定。由此表明，準確理解憲制性法律與刑事實體法之間的關係，對於‘新國安法’如何以刑事立法理論為指導，一切從實際出發來規定具體的危害國家安全犯罪是非常重要的。我們完全可以這樣認為，刑事實體法為維護國家安全法益，無論規定什麼樣的具體犯罪，只要這些犯罪行為侵害的法益是國家安全法益，只要這些犯罪行為對國家安全法益的侵害達到了一定程度，那麼，將其規定為危害國家安全的具體犯罪就具有無可置疑的合法性，根本不存在什麼違反《基本法》第二十三條規定的問題。為此，‘新國安法’在規定具體的危害國家安全的犯罪時，既尊重《基本法》第二十三條三個禁止性規定，同時又有所突破，如將‘顛覆中央人民政府’修訂為‘顛覆國家政權’，將‘竊取國家機密’修訂為‘侵犯國家秘密’，同時還增設了‘教唆或支持叛亂罪’和‘與境外組織或團體或個人建立關係危害國家安全罪’兩個新罪名。”^[23]應該說，趙教授這一解釋，不僅符合憲法法律的精神，也可以克服《澳門基本法》原條文的局限性，更明確闡明了具有憲法性法律地位的《基本法》規定的刑事犯罪與刑法實體法規定的刑事犯罪之間的密切聯係和區別。

總之，2023年《澳門維護國家安全法》將“國家機密”改為“國家秘密”，順應了總體國家安全觀背景下的中央全面管治權的要求，目前《澳門基本法》第二十三條“竊取國家機密”尚未修改，但對於該條的理解須進行調整。只有如此理解，才與憲法保持一致，且可以避免與包括《國家保密法》《國家安全法》等法律規定之間的衝突。需要說明的是，《國家保密法》並沒有列於《澳門基本法》附件三，不在澳門特別行政區實施。因此不能將《澳門基本法》第二十三條的“國家機密”理解為就是《國家保密法》的第二密級“機密”。《憲法》第五十三條規定中華人民共和國公民有保守國家秘密的義務，第七十五條規定全國人大代表必須模範地遵守憲法和法律，保守國家秘密，只有將《澳門基本法》第二十三條裏的國家機密理解為就是國家秘密的意思，才能與憲法第五十三條、第七十五條的規定相銜接。^[24]2023年制定的《澳門保密法》使用的“國家秘密”不僅與憲法保持一致，也給依憲理解《澳門基本法》中的“國家機密”提供了法律依據。

[23] 趙國強：《略論澳門“新國安法”的三大立法特徵》，載《澳門警學》2023年第4期，第20-21頁。

[24] 參見王禹：《總體國家安全觀是澳門推進國安法制建設的指導思想》，載《澳門警學》2023年第4期，第52頁。

二、維護中央全面管治權的制度設計

中央通過多種途徑將維護中央全面管治權和特區依法行使高度自治權有機地結合起來，《澳門保密法》嚴格按照中央政策，基於憲法和《澳門基本法》，在《國家保密法》不適用於澳門特區的情況下，主動將這部維護國家安全和利益的法律精神通過《澳門保密法》在澳門予以實施，不僅完善了澳門特區維護國家安全和利益的法律制度，而且在國家安全問題上將維護中央全面管治權和保障特區行使高度自治權二者有機結合，成為二者有機統一的立法典範。

(一) 將特區層面“國家秘密”納入《國家保密法》的“國家秘密”中

《澳門保密法》將“國家秘密”的外延範圍明確規定為兩部分：由大陸中央、大陸地方國家機關依法確定的秘密作為主要部分，此外將澳門特區自身確定的“國家秘密”也納入其中。這是根據國家秘密在空間地域上分佈的不同作出的區分，這是“一國兩制”方針在“國家秘密”地域範圍上的具體化，遵循了中央全面管治權的政策。

1. 來自國家層面的“國家秘密”。

《澳門保密法》第二條定義規定了兩款，對國家秘密兩個來源作了規定。第一款規定：為適用本法律的規定，下列用語的含義為：（一）“國家秘密”：是指關係國家安全及利益，經國家有許可權實體根據國家法律確定或由行政長官根據本法律確定，在一定時間內只限一定範圍的人知悉的秘密事項；（二）“國家”：是指中華人民共和國；……。據此，第一款第一項界定的“國家秘密”，是指關係國家安全及利益，經國家有許可權實體根據國家法律確定在一定時間內只限一定範圍的人知悉的秘密事項，也就是來自國家層面的國家秘密。具體說來自於《國家保密法》中所指的大陸從中央到地方國家機關依法確定的國家秘密。

2. 來自特區層面的“國家秘密”。

《澳門保密法》另一個貢獻是確立了澳門特區層面的“國家秘密”，克服了之前法律不足，將特區的重大利益等與國家利益統一起來，凸顯了“一國”和中央全面管治權的重要地位。

《澳門保密法》第二條第一款規定，為適用本法律的規定，下列用語的含義為：（一）“國家秘密”：是指關係國家安全及利益，……或由行政長官根據本法律確定，在一定時間內只限一定範圍的人知悉的秘密事項；……。據此，澳門特區範圍內的國家秘密納入整體國家的“國家秘密”範圍。第二十四條規定：“廢止《刑事訴訟法典》第一百二十四條第二款及第三款。”這一廢除為將澳門特區內部的國家秘密納入整體的“國家秘密”提供了便利。因為，在澳門特區的法律體系中原已有“本地區機密”即“澳門特別行政區機密”的概念。《刑事訴訟法典》第一百二十四條第二款規定：“澳門特別行政區機密尤其包括即使透露並不構成犯罪，但一旦透露仍可能對澳門特別行政區內部或對外安全又或對澳門特別行政區基本原則之維護造成損害之事實。”現在廢止這一規定，為將特區的國家秘密納入《國家保密法》中的“國家秘密”提供了便利。

(二) 採用《國家保密法》的立法標準

基於國家安全上維護中央全面管治權的指導思想，《澳門保密法》採用了與《國家保密法》一致的立法標準，表現如下。

1. 採用與《國家保密法》相同的“國家秘密”標準。

制定《澳門保密法》時，政府和立法會都確定，該法中的“國家秘密”須與《國家保密法》保持一致。立法者認為，“選擇上述的立法策略具有其合法性：在一國之內，對‘國家安全及國家利益’在法律上不應有不同的定義，首先，其所指的必然是中華人民共和國的國家安全及國家利益，

相應地，本法案對‘國家秘密’的定義也應採用和遵循國家保密法所確立的標準。”^[25]這是澳門特區政府和立法機關貫徹中央全面管治權的表現，明確使用《國家保密法》界定的“國家秘密”標準，以此作為維護國家的安全、主權和發展利益的標準。

2. “國家秘密”的核心實質與《國家保密法》一致。

《澳門保密法》第二條規定：“國家秘密”是指關係國家安全及利益，經國家有許可權實體根據國家法律確定或由行政長官根據本法律確定，在一定時間內只限一定範圍的人知悉的秘密事項。上述定義來自於《國家保密法》第二條：“國家秘密是關係國家安全和利益，依照法定程序確定，在一定時間內只限一定範圍的人員知悉的事項。”據此規定，“國家安全及利益”是“國家秘密”的核心實質。可見，《國家保密法》中的“國家秘密”的核心實質要素成為《澳門保密法》界定“國家秘密”核心實質的依據。這也體現這部法律在國家秘密的保護上維護中央全面管治權。

《澳門保密法》中“國家秘密”的實質核心是國家安全和利益。關於“國家安全”的含義和內容，澳門本地法律也是根據國家法律予以確定。2023年《澳門維護國家安全法》第一-B條規定：為適用本法律的規定，下列用語的含義為：（一）“國家安全”：是指國家政權、主權、統一和領土完整、人民福祉、經濟社會可持續發展和國家其他重大利益相對處於沒有危險和不受內外威脅的狀態，以及保障持續安全狀態的能力；（二）“國家”：是指中華人民共和國。該法律中的定義來自於《國家安全法》第二條，“國家安全是指國家政權、主權、統一和領土完整、人民福祉、經濟社會可持續發展和國家其他重大利益相對處於沒有危險和不受內外威脅的狀態，以及保障持續安全狀態的能力。”至於“國家利益”，澳門的法律沒有對此作出界定，可以根據我國憲法的含義來進行理解。根據憲法學者理解，“國家利益”通常又被稱為“祖國的利益”：“‘祖國的利益’相對於集體利益和個人利益而言，對國家有益各種物質的東西。國家利益是全國人民共同利益的最集中體現，它代表著每個公民的最高利益和長遠利益”。^[26]可見，《澳門保密法》無論對“國家安全”還是對“國家利益”的界定，都來自於國家的憲法或者法律。

3. 《澳門保密法》規定的來自澳門特區的國家秘密的事項內容借鑒了《國家保密法》的規定。

“本法案參考了國家保密法中的一些重要規定，比如法案第十條所列舉保密事項範圍的規定即顯然是以國家保密法第九條的規定為藍本。”^[27]《澳門保密法》第十條第一款規定了國家秘密的範圍：“下列任一事項，一旦洩露可能危及國家安全及利益，應確定為國家秘密：（一）澳門特別行政區政府重大決策中的秘密事項；（二）澳門特別行政區為配合中央人民政府履行國防和外交等職責所開展的活動中的秘密事項；（三）澳門特別行政區經濟及社會發展中的秘密事項；（四）澳門特別行政區科學技術發展中的秘密事項；（五）澳門特別行政區維護國家安全活動和追查刑事犯罪中的秘密事項；（六）澳門特別行政區對外事務中的秘密事項；（七）行政長官執行中央人民政府根據《澳門特別行政區基本法》發出的有關事務指令而開展的活動中的秘密事項；（八）其他發生於或源自澳門特別行政區並對國家安全及利益具重要性而應確定為國家秘密的事項。”上述規定的事項範圍借鑒了2010年修正的《國家保密法》第九條：“下列涉及國家安全和利益的事項，洩露後可能損害國家在政治、經濟、國防、外交等領域的安全和利益的，應當確定為國家秘密：（一）國家事務重大決策中的秘密事項；（二）國防建設和武裝力量活動中的秘密事項；（三）外交和外事

[25] 《第一常設委員會第8/VII/2023號意見書》，<https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2023-12/76396656d5b39949c9.pdf>，第16-17頁。

[26] 全國人大常委會辦公廳研究室編：《中國憲法精釋》，中國民主法制出版社1996年版，第183頁。

[27] 《第一常設委員會第8/VII/2023號意見書》，<https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2023-12/76396656d5b39949c9.pdf>，第18頁。

活動中的秘密事項以及對外承擔保密義務的秘密事項；（四）國民經濟和社會發展中的秘密事項；（五）科學技術中的秘密事項；（六）維護國家安全活動和追查刑事犯罪中的秘密事項；（七）經國家保密行政管理部門確定的其他秘密事項。”“政黨的秘密事項中符合前款規定的，屬於國家秘密。”2024年修改的《國家保密法》將該條改為第十三條，但內容沒有改變。《澳門保密法》只是將《國家保密法》中涉及的地域變成了“澳門特別行政區”範圍。

4.《澳門保密法》所設定的保密措施及相關的具體規定，提案人說明其目標是為了確保與國家保密法所採取的保密措施具備同等的保護水準。^[28]

據此，澳門立法對國家秘密保護的水準以《國家保密法》的保護水準為衡量標準。

綜上，《澳門保密法》的立法標準是以《國家保密法》規定的為準。

（三）採用《國家保密法》規定的定密效果

《國家保密法》第二條規定：“國家秘密是關係國家安全和利益，依照法定程序確定，在一定時間內只限一定範圍的人員知悉的事項。”這一規定表明其效果體現在對被確定為國家秘密的事項在知曉的時間、空間和人員方面加以限制。《澳門保密法》據此予以體現。

1. 確定保密期限。

《澳門保密法》第十二條保密期限及解密條件規定：“一、國家秘密的保密期限應根據事項的性質及特點，按維護國家安全及利益的需要限制於必要的期限內，最長三十年，但不影響下款規定的適用。二、如有需要，上條所指的公共部門或實體可向行政長官建議延長按上款規定訂定的保密期限，並將相關決定通知獲許可接觸相關國家秘密的人或實體。三、如因國家秘密事項的性質及特點而無法確定保密期限，則應訂定相關的解密條件。四、國家秘密的保密期限自國家秘密事項定密之日起計算。”這一規定借鑒了《國家保密法》第十五條規定：“國家秘密的保密期限，應當根據事項的性質和特點，按照維護國家安全和利益的需要，限定在必要的期限內；不能確定期限的，應當確定解密的條件。國家秘密的保密期限，除另有規定外，絕密級不超過三十年，機密級不超過二十年，秘密級不超過十年。機關、單位應當根據工作需要，確定具體的保密期限、解密時間或者解密條件。機關、單位對在決定和處理有關事項工作過程中確定需要保密的事項，根據工作需要決定公開的，正式公佈時即視為解密。”當然也有區別，《澳門保密法》沒有像《國家保密法》第十四條規定：“機關、單位對所產生的國家秘密事項，應當按照國家秘密及其密級的具體範圍的規定確定密級，同時確定保密期限和知悉範圍。”因為澳門特區的國家秘密不分級別。

2. 關於受限制人員。

《澳門保密法》第三條定密效果：“某一事項一旦被確定為國家秘密，即限制可接觸者的範圍，且禁止未經許可者接觸，並須根據本法律的規定採取保密措施。”本條從“可接觸者”和“未經許可者”兩個不同的角度明確接觸秘密的人員，前者特定後者不特定。這一規定有《國家保密法》第十六條作為參考：“國家秘密的知悉範圍，應當根據工作需要限定在最小範圍。”“國家秘密的知悉範圍能夠限定到具體人員的，限定到具體人員；不能限定到具體人員的，限定到機關、單位，由機關、單位限定到具體人員。”“國家秘密的知悉範圍以外的人員，因工作需要知悉國家秘密的，應當經過機關、單位負責人批准。”只不過《澳門保密法》不同於《國家保密法》使用的詞語。

3. 保密義務。

《澳門保密法》第四條規定：“一、因職務、勞務的身份，或者有許可權當局對其所授予的任務而接觸國家秘密的人或實體，均負有保密義務，並須遵守本法律規定的一切保密措施，即使職

[28] 同上註。

務、勞務或任務終止後亦然。二、除上款所指的人或實體外，其他人或實體不論以何種方式接觸國家秘密，亦負有保密義務。”該條設定的保密義務分為兩種。第一款為具有對特定身份者（職務或勞務身份）的義務。第二款為不具有特定身份者（任何人或實體）的義務。不論前者或後者，都以實際“接觸”國家秘密為義務基礎。

這一規定借鑒了《國家保密法》第三條規定：“國家秘密受法律保護。”“一切國家機關、武裝力量、政黨、社會團體、企業事業單位和公民都有保守國家秘密的義務。”“任何危害國家秘密安全的行為，都必須受到法律追究。”《澳門保密法》指向具體明確。特別是第一款針對職務、勞務的身份或有權當局對其所授予的任務接觸國家秘密的人或實體。其中強調其“遵守本法律規定的一切保密措施，即使職務、勞務或任務終止後亦然。”這一規定表明，即使國家秘密解密了，相關主體仍有保密的責任。而第二款則表明，即使國家秘密解密了，曾經接觸過國家秘密的任何人也有保密義務。

把《澳門保密法》第四條規定與第六條結合起來解讀，能得出全面正確的結論。因為第六條明確規定了解密效果的含義：“屬國家秘密的事項一旦解密，隨即不屬國家秘密，並解除第三條規定的限制及措施，以及第四條所指的義務，但不影響其他法例有關保密義務規定的適用。”這一條借鑒了《國家保密法》第十九條的解密制度，但《國家保密法》並沒有規定解密的效果，而是規定：“國家秘密的保密期限已滿的，自行解密。”“機關、單位應當定期審核所確定的國家秘密。對在保密期限內因保密事項範圍調整不再作為國家秘密事項，或者公開後不會損害國家安全和利益，不需要繼續保密的，應當及時解密；對需要延長保密期限的，應當在原保密期限屆滿前重新確定保密期限。提前解密或者延長保密期限的，由原定密機關、單位決定，也可以由其上級機關決定。”

（四）其他。

《澳門保密法》規定的“保密措施”規定在第四章《保密措施》，對應的是《國家保密法》第三章《保密制度》，有很多相同措施。第六章《處罰制度》有兩條，規定了刑事責任、紀律責任和民事責任。其中，對紀律責任和刑事責任規定有與《國家保密法》相似之處。

綜上，《澳門保密法》將國家的安全、主權和發展利益放在第一位，在該法中，將《國家保密法》中體現的“中央全面管治權”予以細化。

三、高度自治權的制度設計有助於中央全面管治權的實現

根據《澳門基本法》和中央授權，澳門特區要對接落實中央全面管治權。《澳門保密法》在保守國家秘密上，設定的制度體現了中央全面管治權與特區行使高度自治權的有機統一。一方面，來自澳門特區層面的國家秘密的界定標準、保護措施等都要採取與來自國家層面的國家秘密達到同樣的保護水準，這是中央全面管治權的要求。另一方面，澳門特區對於屬於特區層面的國家秘密，以及對來自兩個層面的國家秘密保護採納的措施等具有高度自治性。這種自治性體現了法律符合澳門特區的實際，更有利於全面管治權制度的落實。《澳門保密法》第三章至第六章從程序和實體等方面對特區保守國家秘密等作了嚴格規範。

（一）程序方面的設計

1. 一般程序

《澳門保密法》確立了行政長官集中行使定密等主要權力的制度，集中規定在第三章《行政長官確定的國家秘密》。

（1）確立了程序運行的前提條件：定密等許可權。

《澳門保密法》第九條“許可權”和第十一條“定密建議”明確規範了特區確定國家秘密的程序要求。具體說，第九條規定與國家秘密相關的許可權主要歸屬於行政長官。這個內容本身屬於實體問題，但與程序密切相關。第九條許可權規定：“一、行政長官具下列許可權：（一）確定屬國家秘密的事項；（二）訂定及延長保密期限；（三）訂定及變更解密條件；（四）作出解密決定；（五）根據第五章的規定確認國家秘密事項及解除保密義務；（六）訂定執行本法律的規則；（七）指定為履行職務而需要接觸國家秘密事項的人或實體；（八）行使本法律規定的其他許可權。二、上款（一）項至（六）項所指的許可權不得授予他人。”其中第一款第1-6項屬於核心性許可權。第七項涉及對具體承擔接觸國家秘密事項的人或實體的指定權。第八項屬於兜底權力。這說明，澳門特區涉及國家秘密確定權實行集中授權的原則，這一制度不同於《國家保密法》授予中央國家機關、省級國家機關、設區的市等國家機關，法律授權多層級多個不同類型的國家機關。

上述第九條第二款強調第一款第1-6項中的權力不得授權他人，專屬於行政長官。這種限制性規定體現了澳門設置此項制度考慮了以下幾點：第一，定密權集中可以避免多主體不適當地擴大“國家秘密”的範圍，防止主體過多可能帶來的影響資訊公開等制度的實施。如第十條第二款規定：“按照法律規定必須對外公開的事項，不得確定為國家秘密。”第二，符合《澳門基本法》的精神。《澳門基本法》第五十條規定澳門特區行政長官行使諸多重大事項權力，不少職權事項與澳門特區確定國家秘密職權有關，授予行政長官行使符合《澳門基本法》的精神。第三，授權行政長官過多權責不會導致行政長官負擔太重。根據《國家保密法》規定，來自國家層次的國家秘密的定密或者其他相關職權主體具有多層次多主體的特點，多個層次、比較分散。澳門特區行政長官集中行使涉及國家秘密確定職權，是否負擔過重？政府認為不會導致負擔過重，理由包括：其一，法案嚴格限定在符合第十條情況下的秘密事項，才會被確定為國家秘密，故定密行為適宜由行政長官作出決定，並且由於預期澳門特區處理的國家秘密事項不會如國家那樣複雜繁多，應不會帶來過重負擔，反而可確保定密工作的嚴謹性和專門性。故從工作量考慮，沒有需要設立新的專責跟進國家秘密範疇工作的主管部門。其二，透過現有部門之間充分運用職能可處理各項與國家秘密相關的工作，也會減輕行政長官的負擔。例如在保密措施行政管理方面，由各公共部門或實體按照法案的規定執行，而行政長官將就保密措施訂定具體規定以供各公共部門或實體遵守；刑事調查方面，2020年修訂司法警察局的組織法及行政法規，調查危害國家安全的範圍屬司法警察局的專屬職權；在調查或訴訟程序中確認某一事項是否屬國家秘密事項，亦由當局向行政長官，或透過行政長官向中央人民政府確認。其三，有些情況下，行政長官可授權他人行使，包括《澳門保密法》第九條第一款第七項列明的“指定為履行職務而需要接觸國家秘密事項的人或實體”，還有第八項“行使本法律規定的其他許可權”。

（2）確立了定密建議的制度。

《澳門保密法》第十一條確立了定密建議制度。設立這一制度是因為，公共部門或實體在履行職務過程中所產生或獲悉的事項，屬於其本身的職能及專業範疇，是職能部門熟知的事宜，職能部門比其他實體更能掌握事項的性質及重要性，由有關部門提出將其確定為國家秘密的建議更適宜。但這不意味著，在程序上一定需要先有公共部門或實體的定密建議，行政長官才能作出定密行為。根據第十一條規定，行政長官有權將符合第十條規定的事項確定為國家秘密。即使沒有公共部門或實體的建議，如行政長官認為某事項符合第十條，可直接將其確定為國家秘密。

（3）設立了預防性保護措施。

《澳門保密法》第十一條第三款規定了預防性保護。使用“預防性保護”這一術語是為了有別於第四章的《保密措施》。“預防性保護”最初的名稱為“臨時保密措施”，其特殊性在於：其

一，“臨時保密措施”主要是在公共部門或實體向行政長官建議將某事項確定為國家秘密時，發揮臨時保護的作用，故有關措施的期限是直至行政長官作出定密或不定密決定時便屆滿，因為如行政長官確定有關事項為國家秘密，則隨即適用第四章所指的保密措施，如行政長官認為有關事項不屬國家機密，則須解除此前所適用的臨時保密措施。其二，雖然在建議定密階段有關文件或資訊內容仍未被確定為國家秘密，但由於有關文件或資訊將有可能成為國家秘密，因此亦需嚴格保護有關事項，故須採取臨時保密措施。其三，具體臨時保密措施會參照法案有關保密措施的規定及要求，以及行政長官訂定的具體規定進行保護。這一做法區別於《國家保密法》，是澳門立法的特色。《國家保密法》第七條第三款則使用“先行採取保密措施”，其中的“保密措施”並未與其他保密措施加以區分。

(4) 設立了通知制度。

《澳門保密法》第十一條第四款規定：“在行政長官將該事項確定為國家秘密後，將有關決定通知第一款所指公共部門或實體，而該部門或實體應將定密決定通知為履行職務而需要接觸該事項的人或實體。”這一款與前述建議制度相呼應。《國家保密法》中沒有對應的條文內容。

(5) 根據實際通報國家。

法律中並未寫明通報制度，但根據《澳門基本法》規定，澳門特區行政長官依照規定對中央人民政府負責。行政長官作出確定國家秘密的決定之後，會按照實際需要及具體情況而通報國家相關部門。

2. 特別程序規定。

《澳門保密法》第五章《特別程序規定》是其特色，《國家保密法》沒有類似的規定。這是特區行使高度自治權的體現。第十九條對“作證言或聲明”作了規定：任何接觸國家秘密事項的人，被傳召向司法當局作證言或聲明時，不得向其詢問涉及國家秘密事項的內容，且該等人士亦不得披露有關事項的任何內容。如上款所指被傳召作證言或聲明的人士提出有關事項屬於國家秘密而拒絕披露其內容，在司法當局認為必要的情況下，可向行政長官確認，還規定了其他相關要求。第二十條對“嫌犯”保密的規定：任何接觸國家秘密事項的人，如在刑事訴訟程序中成為嫌犯，亦不得披露有關事項的任何內容。如作為嫌犯的人認為履行保密義務損害其行使辯護權，應向司法當局作出聲明，司法當局則向行政長官確認或者由行政長官直接將有關決定通知司法當局。

上述兩條內容對於國家秘密的保護和當事人權利的保護都有利，體現了國家利益和個人合法權益保護的有機統一，也是《澳門保密法》的特色。

(二) 實體制度的設計

1. 澳門特區國家秘密範圍的確定。

前文第二部分已經指出，《澳門保密法》第十條規定了範圍，本條規定的事項範圍參考了《國家保密法》的規定，但並非簡單地照搬，而是根據澳門特區的情況確定了範圍。

(1) 特區內部“國家秘密”須“對國家安全及利益具有重要性”。

《澳門保密法》第十條第一句話規定：“下列任一事項，一旦洩露可能危及國家安全及利益，應確定為國家秘密”，這是對澳門特區範圍“國家秘密”實質性要件的界定。前文對“國家安全及利益”作過分析。理解其含義要明確：第一，“國家安全”的界定更廣。《澳門維護國家安全法》確立了在總體國家安全觀指導下，“國家安全”屬於廣義上的安全，其含義與《國家安全法》第二條界定的含義一致。第二，“國家利益”也與《國家安全法》和《國家保密法》保持一致。2010年《國家保密法》第九條規定：“下列涉及國家安全和利益的事項，洩露後可能損害國家在政治、經濟、國防、外交等領域的安全和利益的，應當確定為國家秘密：……”，據此，“國家利益”涉

及政治、經濟、國防、外交等多個領域。根據《澳門保密法》第七條第一款第八項，這些事項須“對國家安全及利益具有重要性”，這在《國家保密法》中沒有作此強調，體現了澳門的特點。

(2) 擬確定為“國家秘密”的事項必須“發生於或源自澳門特區”。

這是地域條件的規定，符合《澳門基本法》有關澳門特區享有高度自治權的地方行政區域範圍的規定。有關範圍的劃定已透過第 128/2015 號行政長官公告命令公佈《中華人民共和國國務院令第 665 號及中華人民共和國澳門特別行政區行政區域圖的中文本及葡文譯本》。至於根據全國人大常委會決定，澳門特區租賃廣東某些地區，根據法律規定，該等區域視同位於澳門特區以內的地域。如 2013 年《訂定在橫琴島澳門大學新校區適用澳門特別行政區法律的基本規範》第三條、2020 年《訂定在橫琴口岸澳方口岸區及相關延伸區適用澳門特別行政區法律的基本規範》第三條、2024 年《訂定在廣東省珠海市拱北口岸東南側相關陸地和海域適用澳門特別行政區法律的基本規範》第三條等。在這些地區涉及的“國家秘密”的定密及其管理，也適用《澳門保密法》。

(3) 符合《澳門保密法》第十條第一款劃定的事項範圍。

雖然這些事項範圍參考了《國家保密法》，所列事項範圍基本相同，但也因應澳門特區自治權的範圍，作了適當的配合調整。

2. 密級的規定。

《澳門保密法》未完全採納《國家保密法》秘密密級的規定。《國家保密法》第十條規定，國家秘密的密級分為絕密、機密、秘密三級。

《澳門保密法》沒有對密級進行區分。原因是，2023 年修改後的《澳門維護國家安全法》未針對侵犯不同密級的國家秘密訂定不同的刑罰，但這並不會影響《澳門維護國家安全法》的落實及執行。再者，澳門特區需要處理的國家秘密事項的種類及數量不會如國家秘密複雜繁多，故在考慮到實務操作及減低制度的複雜性後，認為行政長官設定的國家秘密可以不設密級。但無論屬於何種秘密（國家或行政長官確定），已在法案中明確規定應採取符合本法律規定的最高保密標準的保密措施，即受到嚴格的保護。這是具有澳門特色的制度。

3. 解密制度。

既有實體內容也有程序內容。本文將此置於實體部分說明。《澳門保密法》第十二條規定了保密期限及解密條件。關於保密期限，如前文指出，主要借鑒了《國家保密法》第十五條的內容。其中，《澳門保密法》第十二條未包含《國家保密法》第十五條第四款內容，但類似內容規定在第十三條第四款。

在解密制度上，澳門立法有自己的特點。《澳門保密法》第十三條規定了延長保密期限及解密。對照該條與《國家保密法》第十九條規定，可以發現，《澳門保密法》第十三條第一款“國家秘密事項符合解密條件時，自行解密。”比《國家保密法》規定的“國家秘密的保密期限已滿的，自行解密。”更為簡便。因為在訂立解密條件時會以清晰及明確為原則，解密條件成就時會較保密期限屆滿時的確定性更大，不需要再作出評估。同時，這一規定與《澳門保密法》第十三條規定的延長保密期限以及在解密前都進行審核制度相適應。

4. 保密措施。

《澳門保密法》專設第四章“保密措施”，具體包括第十四至十八條等 5 條，包括採取保密措施的原則，指定專責人員，定密標誌，製作、複製及傳遞，保密及銷毀等。

《澳門保密法》規定的保密措施比《國家保密法》簡單。2010 年《國家保密法》第三章《保密制度》包括第二十一至四十條達 20 條之多。

《澳門保密法》規定的保密措施較簡單的原因是：澳門特區預期處理的國家秘密事項不會如國

家般複雜繁多，考慮到減低制度的複雜性。但法案的目標仍是以最嚴格的標準保護國家秘密，除法案規定的保密措施外，將由行政長官訂定保密措施的具體規定，進一步落實有關措施的實施，以確保與國家保密法所採取的保密措施具備同等的保護水準。行政長官訂定的具體措施中會包括載體的管理、電腦資訊系統等事宜。《澳門保密法》第十四條規定：“公共部門或實體應採取符合本法律規定的最高標準的保密措施對國家秘密進行保護，以防範任何人侵犯國家秘密。”這意味著，雖然本法設定的保密措施比《國家保密法》簡單，但保護水準不會低於國家水準。

《澳門保密法》第十五條規定了“指定專責人員”制度。與《國家保密法》相比，規定過於簡單。《國家保密法》第三十五至三十九條為涉密人員的管理。詳細規定了分類、審查和條件及合法權益保護；教育培訓；出境批准；脫密期管理；單位管理制度等。《澳門保密法》規定較為簡單，主要是考慮到國家秘密相對較少，再者可以由行政長官在相關規定中作出要求。

《澳門保密法》第十六條規定了“定密標誌”。其內容比《國家保密法》第十七條（2024年修改的第二十二條，內容完全相同）更具體詳細。

《澳門保密法》第十七條規定了不得或獲許可“製作、複製及傳遞”的相關要求。本條只是規定了公共部門或實體或其所指定的專責人員的處理規則，並未對第三方人員如包裝、搬運人員或實體等進行規管。作出這種制度安排是因為，關於處理國家秘密的工作人員，均嚴格規定由公共部門或實體的專責人員負責，不會出現由第三方執行相關工作的情況。即使在實際操作上可能會存在一些外判的情況，例如運輸，但其強調，所有操作流程均會嚴格遵循法律法規的保密規定，確保國家秘密不會洩漏，有關國家秘密的工作的具體操作將由行政長官訂定的具體規定作進一步細化，將透過行政長官以內部批示的形式訂定相關的具體規定。這說明澳門特區設立此一制度也有自己的特點。

《澳門保密法》第十八條規定了“保存及銷毀”措施，內容具體明確。

5. 處罰制度。

《澳門保密法》第六章《處罰制度》規定了兩條。政府最初提交的法案中沒有這一章內容。而是在不同部門規範紀律責任，以及透過援引《澳門維護國家安全法》提及刑事處罰制度。最後增加這部分內容，是因為，立法機關認為，國家秘密是由國家憲制法律層面保障的一項基本價值，應得到最大程度的保護，以預防可能危害或實質侵犯基本法益的行為。法案為了具體體現上述義務，訂定了國家秘密的法律制度，而透過法律給予國家秘密的保護亦反映在法案中。^[29]而設立專門的懲罰制度章則更有利於保護國家秘密。設立獨立的一章規範關於違反職業保密義務的紀律處罰制度，並具體加入准用已規定在《澳門維護國家安全法》中的刑法保護。違反國家秘密的責任形式多種多樣，具體取決於違犯國家秘密的行為人的身份或地位，甚至是其本身所擁有的法律關係。

第二十一條規定了刑事制度：“侵犯本法律規定的國家秘密的刑事制度，由第2/2009號法律《維護國家安全法》規範。”作出這一規定，突出了《澳門維護國家安全法》的重要性，既要遵循該法的立法原則和規範，也可以避免法案重複已有刑事規範，還由於《澳門維護國家安全法》是保護國家安全法益的根本性、基礎性法律，最適當的方案自然是在該法中訂定侵犯國家秘密不法行為的罪狀。

第二十二條紀律處罰規定：一、公共部門或實體的公務人員或其他工作人員因違反本法律規定的義務而構成違紀行為，根據《澳門公共行政工作人員通則》及其他專有紀律制度處罰。二、公共部門或實體的公務人員或其他工作人員如違反本法律規定的義務，在被科處紀律處分時必須科處

[29] 參見《第一常設委員會第8/VII/2023號意見書》，<https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2023-12/76396656d5b39949c9.pdf>，第73頁。

比原來可科處於該個案者較高一級的處分等級。三、科處紀律處分不影響因違反保密義務而引致的其他處罰的適用。本條也有特點：第一款規定了與紀律責任有關的內容。對於在職務法律關係範圍內違反規定的義務，尤其是違反國家秘密的保密義務的公務人員，適用《澳門公共行政工作人員通則》所訂定的紀律制度。如屬受本身紀律通則規範的公務人員，則適用相關的紀律制度。如2021年《保安部隊及保安部門人員通則》第七十四條及後續條文所規定的紀律制度。該條並未對違反本法律所規定的義務的情況訂定具體制度。這一點不同於《國家保密法》，後者集中列舉了一些違法行為，但並沒有規定適用什麼法律加以追責。第二，對公職人員違反保密義務處罰更重。第二款規定：“公共部門或實體的公務人員或其他工作人員如違反本法律規定的義務，在被科處紀律處分時必須科處比原來可科處於該個案者較高一級的處分等級。”作出此規定的原因是，由於有關行為性質更嚴重，相對違反單純職業保密義務，應規定更加嚴厲的紀律處罰，從而在過錯層面體現更強烈的譴責判斷。《國家保密法》中沒有類似的規定。第三，第三款“科處紀律處分不影響因違反保密義務而引致的其他處罰的適用。”為追究其他法律責任提供了依據，特別是民事責任。因為除了產生刑事責任或紀律責任，侵犯國家秘密的行為可能導致合同關係或非合同關係的民事責任，正如侵犯國家秘密對國家以及澳門特區本身造成危害，如果具體個案滿足有關法定要件，也就是發生違反合同義務的事實，或者以作為或不作為的方式侵犯某種權利，造成損害，也會導致民事責任，不論是合同民事責任，還是非合同民事責任。《國家保密法》沒有對應的規定。

四、經驗總結

憲法和《澳門基本法》中沒有規定“中央全面管治權”的政策，這一政策既是“一國兩制”方針的重要內容和實現體制機制，又是指導中央和特區依法履職、促使二者形成良性關係的重要制度。澳門特區積極按照中央的要求，通過制定《澳門保密法》來堅決維護中央全面管治權、正確行使高度自治權，很好地堅守了“一國”的原則底線，有力地自覺維護中央權力和基本法權威。

澳門特區成功立法的經驗值得總結和借鑒。

（一）特區立法須全面準確貫徹“一國兩制”方針。

習近平總書記在慶祝香港回歸祖國25周年大會暨香港特別行政區第六屆政府就職典禮上的講話中指出：“‘一國兩制’方針是一個完整的體系。維護國家主權、安全、發展利益是‘一國兩制’方針的最高原則，在這個前提下，香港、澳門保持原有的資本主義制度長期不變，享有高度自治權。社會主義制度是中華人民共和國的根本制度，中國共產黨領導是中國特色社會主義最本質的特徵，特別行政區所有居民應該自覺尊重和維護國家的根本制度。全面準確貫徹‘一國兩制’方針將為香港、澳門創造無限廣闊的發展空間。‘一國’原則愈堅固，‘兩制’優勢愈彰顯。”這段講話不只是針對香港特區說的，也適用於澳門特區。特區已經深刻認識到：“維護國家主權、安全、發展利益是‘一國兩制’方針的最高原則”。《澳門保密法》正是落實這一最高原則的一部法律。雖然澳門不實行社會主義制度，但是特區要有很強的意識：“社會主義制度是中華人民共和國的根本制度，中國共產黨領導是中國特色社會主義最本質的特徵，特別行政區所有居民應該自覺尊重和維護國家的根本制度。”保守“國家秘密”首先是保守有關鞏固社會主義制度、中國共產黨領導制度方面的秘密。《澳門保密法》將《國家保密法》中由國家確立的“國家秘密”確立為法律的“國家秘密”範圍，就是維護國家根本制度的表現。

（二）充分認識《澳門保密法》的重要地位和作用。

澳門特區深刻認識到，《澳門保密法》不只是簡單的對澳門本地機關機密予以保護的問題，更

是涉及國家安全、主權和發展利益的大事情。正因如此，澳門按照國家法律的要求開展立法，即使有些法律並未在澳門特區實施。如《國家安全法》第四十條第三款規定：“香港特別行政區、澳門特別行政區應當履行維護國家安全的責任。”這部法律並沒有作為《澳門基本法》的附件，在澳門並不實施。《香港特別行政區維護國家安全法》只是對香港特區提出的要求。可見，這兩部法律在澳門特區都不適用，但是澳門特區政府和立法會正是在站在維護國家安全、主權和發展利益這樣的高度將這些法律的精神落實到澳門法律中，在2023年修改2009年《澳門維護國家安全法》，同時制定配套的《澳門保密法》。可見，澳門特區正是將《澳門保密法》關係到國家安全、主權和發展利益的高度，才會積極開展立法，並且根據國家的法律開展工作，即使這些法律在澳門並不實施。

(三) 積極對標對表《國家保密法》的內容設計《澳門保密法》中的具體內容，維護中央全面管治權。

雖然《國家保密法》並不在澳門特區實施，但是澳門在具體制定《澳門保密法》的過程中，對於法律框架結構的安排、概念的界定、國家秘密的範圍、保密措施、處罰制度等都與《國家保密法》進行對照。如最初的結構沒有第六種《處罰制度》，後來增加了一章。再如對“國家秘密”的界定，核心要素的把握，都基於《國家保密法》的規定。根據前文第二部分分析，可以說，《澳門保密法》把《國家保密法》的主體內容基本納入其中，而且多次強調，要確保“國家秘密”在澳門獲得最高程度的保障。

(四) 根據澳門特區實際情況設計相關保密措施、明確特區的具體職責，體現特區有效行使高度自治權的負責任的態度。

前文作了分析。尤為突出的有以下幾點：第一，對於由國家層面確立的國家秘密，明確設定保密措施。此外，對特區行政長官則既要依法設定國家秘密，也要設定保密措施。第二，反復強調要處理好國家秘密的保護和公開政府資訊、避免給居民帶來過多不便二者之間的關係。第三，對於保密措施的規定相對簡單，更多交由行政長官制定規範進行調整。

(五) 孜孜追求立法科學性的提升，助力維護中央全面管治權與保障特區依法行使高度自治權的有機統一。

立法科學性是立法品質的重要標準。“在法治過程中，立法是法律實施的前提，沒有法律，談不上法的實施。但是，法律是實踐理性，立法只能從實際出發，實事求是，反映社會發展的客觀規律，才能達到預期的社會效果。通過技術角度認識立法過程，實現立法科學化，破解社會各階層利益糾葛導致的立法困局，是推進社會法治發展水準的重要手段。”^[30]澳門立法會注重運用立法技術提高立法的科學性，追求立法完美。澳門立法沒有簡單地照抄《國家保密法》，且有特色。舉例說明如下。

1. 第二條第二款規定：“上款（一）項所指秘密事項包括任何事實、行為、文件、資訊、物件、活動或其他紀錄，以及因公共部門或實體執行或處理已定密事項而產生的涉及國家秘密事項內容的其他事項，不論其形式或載體為何。”該款內容是對政府提交的最初草案第二條第二款和第十一條內容整合優化來的。最初的草案文本第二款規定為：“上款（一）項所指秘密事項包括任何事實、行為、文件、資訊、物件、活動或其他紀錄，不論其形式或載體為何。”最初的草案第十一條與國家秘密事項相關的其他載體：“如公共部門或實體在跟進及處理已確定為國家秘密的事項時，有需要製作或產生涉及國家秘密事項內容的其他載體，該等載體亦視為國家秘密，並採取必要的保密措施。”正式條文第二條第二款整合了這兩個部分的條文內容。這一調整優化了條文，對國家秘密的保護更完善。第一，明確了兩個不同來源的國家秘密受到同等保護。國家秘密來自於國家

[30] 李燕萍：《澳門特別行政區立法技術反思》，載《“一國兩制”研究》2013年第1期，第107頁。

的層面和特區自身的層面。雖然來源不同，但在澳門效果完全相同，也應當獲得一致標準，以最高規格加以保護，防範任何人侵犯國家秘密。

第二，將國家秘密實施的派生事項納入國家秘密，也受同等保護，而國家秘密可以以任何形式存在。因為原草案第十一條規定的內容“如公共部門或實體在跟進及處理已確定為國家秘密的事項時，有需要製作或產生涉及國家秘密事項內容的其他載體，該等載體亦視為國家秘密，並採取必要的保密措施。”借鑒了國家保密局於2023年《派生國家秘密定密管理暫行辦法》第七條規定的事項。^[31]而該條內容因為處於第三章，只是對行政長官確定的國家秘密規定，不包括對來自國家層面國家秘密的派生事項的保護。將其合併到第二條第二款之後，來自國家層面的和來自澳門特區層面的國家秘密及其派生事項可以獲得同等的保護，對國家秘密的保護更周全。2024年修正的《國家保密法》第十八條確認了派生定密。

第三，明確了“任何形式或載體”的含義。立法機關對第二條第二款“不論形式或載體為何”進行了深入討論。有議員關注：是否要求國家秘密必須有載體，結合法案第十六條、第十七條及第十八條可以得知，本法案所指“載體”必然為某種性質或形式的實物，“不論其……載體為何”只是強調不論其是哪種性質或形式的實物載體，但其前提是均要有實物載體存在。如果是這樣的話，恐怕會限縮本條的適用範圍。有議員舉例，如果有人私下互相“傾談”當中涉及到國家秘密，既無任何媒介記錄談話的內容（即使是有記錄存在，記錄改談話內容的媒介也不屬於本法律所指的載體），也不觸及任何承載相關國家秘密的載體，但這一“傾談”行為也會導致洩密。此種情況所涉及的即為無任何實物載體的國家秘密，是否亦應該同樣受到本法律保護？提案人就此說明，提案意向是希望本條可適用於更大的範圍，想表示的意思是不論是否有載體均可視為國家秘密，提案人認為國家秘密的表現形式可以是有形的或無形的，涉密的口頭資訊無需基於載體亦受到保護。因此，如有人在違規情況下以口頭方式傳播國家秘密，只要相關事項之前已被定密，被傳播的標的便是國家秘密，有關行為受本法律規範及處罰。實際上，本條款的葡文本行文清晰表述出“不論有無任何載體”的意思，因而更加符合以上所述原意。而這樣一個含意，在第四條第二款保密義務中得到表達：“除前款所指的人或實體外，其他人或實體不論以何種方式接觸國家秘密，亦負有保密義務。”^[32]其中“不論以何種方式”尤其體現出這個含義。

上述科學的立法技術使《澳門保密法》一方面很好地體現出澳門特區維護中央全面管治權的政策，另一方面很好地保障特區依法行使好高度自治權，並且實現二者之間的有機結合。

[31] 如第七條規定：“機關、單位因執行或者辦理已定密事項而產生的事項（以下簡稱派生事項），符合下列情形之一的，應當確定為國家秘密：（一）與已定密事項完全一致的；（二）涉及已定密事項密點的；（三）是對已定密事項進行概括總結、編輯整合、具體細化的；（四）原定密機關、單位對使用已定密事項有明確定密要求的。”第八條規定：“派生國家秘密的密級應當與已定密事項密級保持一致。已定密事項明確密點及其密級的，應當與所涉及密點的最高密級保持一致。”

[32] 《第一常设委员会第8/VII/2023号意见书》，<https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2023-12/76396656d5b39949c9.pdf>，第26-27页。

Abstract: By formulating the “Law of the Macao Special Administrative Region on Guarding State Secrets”, the Macao Special Administrative Region has safeguarded the Central Authorities’ overall governance power, exercised its high degree of autonomy correctly, firmly adhered to the bottom line principle of “one country”, and effectively safeguarded the authority of the Central Authorities and the Basic Law. In terms of implementing the policy of the “Central Authorities’ overall governance power” through legislation, its main experiences are as follows: Firstly, legislation must fully and accurately implement the principle of “one country, two systems”. The special administrative region deeply realizes that safeguarding “state secrets” primarily means safeguarding secrets related to strengthening the socialist system. Establishing the “state secrets” defined by the state in the National Security Law as the “state secrets” protected by this law is an manifestation of this law in safeguarding the fundamental system of the country. Secondly, the Law of the Macao Special Administrative Region on Guarding State Secrets is not merely about simply protecting the secrets of local organs in Macao. Instead, it is a major matter that involves national security, sovereignty and the interests of development. Therefore, it was adopted as a supporting measure for the amendment of the Law of the Macao Special Administrative Region on Safeguarding National Security in 2023. Thirdly, actively benchmark against the content of the National Security Law to design the specific content in the Law of the Macao Special Administrative Region on Guarding State Secrets, so as to safeguard the Central Authorities’ overall governance power. Based on the spirit of the Constitution and the Basic Law of the Macao Special Administrative Region, adjusting the term “theft of state secrets” in the Basic Law of the Macao Special Administrative Region to “infringing upon state secrets” in this law is the most prominent manifestation of implementing the “Central Authorities’ overall governance power” in line with the times. Fourthly, in light of the actual situation of the Macao Special Administrative Region, it has supplemented the scope of classification of secrets determined by the Macao Special Administrative Region, designed relevant confidentiality measures, and clarified the specific responsibilities of the region, demonstrating the responsible attitude of the region in effectively exercising its high degree of autonomy. Fifthly, it has been constantly striving to improve the scientific level of legislation, helping the special administrative region to achieve the organic unity of safeguarding the Central Authorities’ overall governance power and ensuring that the special administrative region exercises its high degree of autonomy in accordance with the law.

Key words: The Macao Special Administrative Region; Law on Guarding State Secrets; The Central Authorities’ Overall Governance Power; High Degree of Autonomy of the SARs

(責任編輯: 張竹成)

《澳門基本法》第9條的再解釋與澳門法律本地化的再思考

金楓梁*

摘要 《澳門基本法》第9條並沒有明確中文與葡文的主次地位，而是確立了績效取向的雙語制。一方面，澳門特區機關在使用中文與葡文兩種正式語文享有自主形成空間，另一方面，中文與葡文的雙語使用也受到治理績效與保護語言基本權利的雙重制約。澳門以五大法典作為代表的中文法律體系非法律編纂產物，而是在缺乏高質量中葡雙語法律人才的歷史背景下法律翻譯而成。這也造成澳門雙語法律體系也至少存在重疊型、交互否定型與葡式中文三種類型化的衝突。在葡文翻譯成中文歷史條件的限制下，解釋論方案只會造成葡文版本效力優於中文版本，而不會出現中文版本優於葡文版本的結果，從而與治理績效提升和保護語言基本權利的要求相悖。雙語法律文本的衝突只能回歸到立法論，通過法典編纂完成。澳門特區政府可以考慮從《澳門基本法》第9條確立的客觀秩序出發，充分利用澳門、內地、葡國等不同地域的法學家群體與實務界的專業力量，實現中文法律體系從法律翻譯向法典編纂的轉化。

關鍵詞 正式語文 中文 葡文 解釋論 立法論 法律編纂

一、問題的說明

（一）《澳門基本法》第9條地位

法律本身就具有高度的複雜性與技術性，當同一法律體系以兩種完全不同的語言進行表達與運作時，法律制定與適用的複雜性更甚，由此引發的中葡法律文本之間的主次地位與效力衝突，一

* 金楓梁，德國柏林自由大學法學博士，華東政法大學中國法治戰略研究院副研究員。本文是作者在已結項的全國人大常委會香港澳門基本法委員會特別委託專案《澳門回歸20周年中葡語言政策的反思與展望》（JBF201909）的報告《澳門法律體系的再中文化：中葡法律文本衝突的解決路徑》基礎上的進一步深化，部分內容也曾於2023年在中山大學承辦的中國法學會香港基本法澳門基本法研究會的年會上宣讀。再次感謝全國人大常委會香港基本法委員會澳門基本法委員會辦公室對青年學者的扶持，感謝課題成果匿名評審人與論文匿名評審人對課題與論文的寶貴意見，同樣感謝的是朱應平與徐靜琳兩位前輩對晚輩的提攜與課題上的幫助。當然，所有文責蓋由本人承擔。

直是澳門回歸以來澳門學界與居民反復爭論的焦點。早在2012年5月，澳門特區政府行政公職局局長發佈的“對外發佈資訊注意事項”的傳閱公函，要求“各部門對外發佈公開信息時，應同時適用中文和葡文這兩種正式語文”，該公函被認為與《澳門基本法》第9條的表述不一致而引起爭議。^[1]但這同樣屬於自我形成空間。在2017年第六屆立法會選舉重複提名案件中，澳門特區立法會選舉管理委員會在審查提名委員會名單時，發現有118名選民重複簽署不同的提名委員會。根據澳門《選舉法》中文版第150條第1款與第186條第2款規定，這118名選民無需受到處罰；根據葡文版的相應條款則應當處罰。最終，選舉管理委員會根據葡文版的條款認定該行為構成刑事違法，並將部分選民移交治安警察局。^[2]該決定引起了澳門社會與學術界的巨大爭議。^[3]

與一般性法律最大的不同是，憲制性法律調整的是政治生活中最重要與最根本的事項，因而被稱為政治基本法。語言條款不規定在憲制性法律，意味著語言僅僅屬於一般性政治議題，通過諸如語言立法等下位法的就可以解決。儘管德國二戰後引入了大量土耳其等國家的移民，但正式語文並未成為一個最重要與最根本而需要上升到憲法層面的議題，德國基本法也並沒有正式語文條款，而是通過下位一般法律予以規定。語言條款規定在憲制性法律，則意味著正式語文是具有根本性政治意義的議題，需要上升到憲制性法律予以規範與調整。最典型的是新加坡，1965年新加坡被迫從馬來西亞獨立後，新加坡成為以華人（76%）為主體、馬來族等多種族並存的國家。如何通過正式語文的規定避免族群的衝突維持新加坡的穩定成為新加坡極為重要的政治議題。為此，新加坡憲法第154A條獨創立了正式語文（official languages）與國語（national language）的區分，將馬來語、漢語、泰米爾語與英語規定為正式語文，而將馬來語規定為國語。

《澳門基本法》是憲制性法律文件，^[4]該法第9條規定，“澳門特別行政區的行政機關、立法機關和司法機關，除使用中文外，還可使用葡文，葡文也是正式語文”。該條款具有雙重含義：一是，中葡語言的正式語文地位在澳門具有極其重要的政治重要性；二是，它本身成為澳門特區具有最高效力的語言條款，同時也是處理澳門語言問題評價標準與指引。因而，對於中文與葡文文本之間的衝突，以及未來的語言立法規劃，也同樣必須探討該條款的規範內涵。

（二）《澳門基本法》第9條研究現狀

對該條款有兩個值得研究的面向。首先，學界普遍主張《澳門基本法》第9條明確了中葡主次說。可以列舉的觀點包括：“《澳門基本法》第9條作為一條剛性的語言政策，當中蘊含有著“中文為主，葡文為輔”的意思”^[5]，“中文作為第一位正式語言”、^[6]“以中文為主的含義和地

[1] 許昌：《關於葡文作為正式語文問題的研究》，載《“一國兩制”研究》2012年第3期，第27頁。

[2] 立法會選舉管理委員會：《重複提名的懲罰性規定是按立法原意及目的理解 不涉及正式語文優先的問題》，<https://www.gov.mo/zh-hans/news/148696/>，2024年10月10日訪問。

[3] 參見郭濟修：《中葡文版本差異與語文立法問題》，載《澳門日報》2017年6月7日，第E08版；王榮國：《論澳門法律文本雙語差異的解釋——以“重複提名案”為例》，載陳金釗、謝暉主編：《法律方法》2019年第4期，研究出版社2020年版，第127頁以下；姜鐘鳴：《澳門法律中葡文本歧義的法律解釋論分析》，載《“一國兩制”研究》2018年第3期，第66頁。

[4] 蔣朝陽：《論基本法在國家法律體系中的法律地位》，載蔣朝陽著：《澳門基本法與澳門特別行政區法治研究》，社會科學文獻出版社2016年版，第13頁以下；駱偉建：《澳門特別行政區基本法新論》，社會科學文獻出版社2012年版，第57頁以下。冷鐵勛：《關於〈澳門基本法〉作為憲制性法律定位的認知》，載《“一國兩制”研究》2018年第2期，第40頁以下。

[5] 梁淑雯：《語言矛盾與對基本法的正確理解》，載《“一國兩制”研究》2013年第4期，第109頁；參見姜鐘鳴：《澳門法律中葡文本歧義的法律解釋論分析》，載《“一國兩制”研究》2018年第3期，第66頁。

[6] 趙國強：《關於法律改革若干問題的思考》，載米健主編：《澳門法律改革與法制建設》，社會科學文獻出版社2011年版，第89頁。

位，這是比較明確的”^[7]；“以中文為主，兩者有主有次”^[8]是正確反映了《澳門基本法》的本意。^[9]同時反對“中葡雙語制”的表述，^[10]基於“中葡雙語制”是葡萄牙方提出的，似乎更增加了否定“中葡雙語制”的份量。該問題值得進一步深入研究。

其次，中葡法律文本發生衝突時，《澳門基本法》第9條如何發揮其規範作用？具體而言，又存在兩個問題。一是，中葡文本效力優先性問題。肖蔚雲認為，《澳門基本法》第9條說明“當中葡兩種語文出現解釋或者理解方面的一致時，應以中文為準”。^[11]駱偉建與關冠雄等學者則認為，該條文並沒有論及中葡雙語何者優先的問題，^[12]該說成為主流學說。二是，解決路徑問題。關冠雄主張，通過解釋論解決中葡法律文本衝突問題，應該尊重文義的客觀表達和法律解釋的固有規則，^[13]這一觀點得到了澳門學界與實務界的普遍贊同。雖然冷鐵勛主張原則上以中文文本為準，但也主張需要通過解釋結合具體問題具體分析。^[14]

（三）本文的任務

筆者不揣淺陋，針對葡文法律文本翻譯成中文文本的這一現象，嘗試就《澳門基本法》第9條規範內涵與適用性做出新的解釋。首先，主張《澳門基本法》第9條並沒有明確規定主次說，而是賦予了澳門特區機關使用正式語文的自主形成空間，但同時負有提升績效治理與保護語言基本權利的制約（第二、三部分），此即為績效取向的雙語制。其次，在對中葡法律文本之間衝突類型化的基礎上，指出中葡法律文本衝突本質上不是解釋論問題，而是立法論問題（第四、五部分）；最後，針對“去葡化”與“強葡萄牙化”爭議，指出未來25年澳門特區政府可以借助澳門本地、葡萄牙與其它歐盟國家、以及內地的法學家群體的專業力量，出臺對澳門法律進行系統性的法律改革規劃，採用通過法典編纂技術實現澳門法律體系的本土化（第六部分）。

針對同一法律文本具有不同的解釋，往往是因為採用不同的法律解釋方法。根據法律解釋的目的，法律解釋存在主觀解釋與客觀解釋的區分。前者要求對法律條文的解釋回歸到立法者的立場，客觀解釋則要求解釋者同時能照應到現實。筆者在尊重《澳門基本法》條文文義的前提下，在採用主觀解釋的同時，充分顧及到現實而採用客觀解釋。澳門回歸二十五周年以來，中文與葡文關係早已從最初的脫離殖民統治回歸祖國的“祖國統一”的政治語境脫離出來，轉到融入澳門發展服務於

[7] 肖蔚雲：《論澳門基本法》，北京大學出版社2003年版，第190頁。

[8] 楊允中：《澳門基本法釋要》，澳門基本法推廣協會2011年版，第42頁。

[9] 唐曉晴：《澳門法制發展之路——在後殖民的困惑中探索澳門一國兩制的法治理想》，載《中研院法學期刊》第17期（2015年），第53頁；冷鐵勛：《基本法關於中葡使用的規定》，載冷鐵勛著：《“一國兩制”與澳門的良政善治》，時事出版社2018年版，第92頁以下。

[10] 參見駱偉建、江華、趙英傑：《澳門特別行政區基本法解析：立法背景和立法原意的探究》，社會科學文獻出版社2020年版，第59頁；冷鐵勛：《基本法關於中葡使用的規定》，載冷鐵勛著：《“一國兩制”與澳門的良政善治》，時事出版社2018年版，第93頁；王偉華：《論中文在澳門特區的官方地位》，載於北京大學憲法與行政法研究中心編著：《憲法與港澳基本法理論與實踐研究：紀念肖蔚雲教授華誕志慶集》，北京大學出版社2004年版，第329頁。贊同的有陳德鋒：《澳門中葡雙語立法的困境與對策》，載《“一國兩制”研究》2014年第1期，第162頁以下；楊允中：《澳門基本法釋要》，澳門基本法推廣協會2011年版，第43頁。

[11] 肖蔚雲：《一國兩制與澳門特別行政區基本法》，北京大學出版社1993年版，第77-78頁。

[12] 參見駱偉建、江華、趙英傑：《澳門特別行政區基本法解析：立法背景和立法原意的探究》，社會科學文獻出版社2020年版，第59頁；關冠雄：《從法律解釋學看澳門立法中的中葡文本的效力》，載駱偉建、王禹主編：《澳門人文社會科學研究文選·基本法卷》，社會科學文獻出版社2009年版，第403頁。

[13] 參見唐曉晴：《澳門法制發展之路——在後殖民的困惑中探索澳門一國兩制的法治理想》，載《中研院法學期刊》第17期（2015年），第54頁。

[14] 參見冷鐵勛：《基本法關於中葡使用的規定》，載冷鐵勛著：《“一國兩制”與澳門的良政善治》，時事出版社2018年版，第96頁。

國家大局的“澳門與祖國共同發展”的建設語境中。中共中央、國務院印發的《粵港澳大灣區發展規劃綱要》對澳門“一中心，一平台，一基地”的定位中，“中國與葡語國家商貿合作服務平台”與“以中華文化為主流、多元文化共存的交流合作基地”兩項與澳門語言政策具有直接相關性。這使得澳門的語言政策具有了超越澳門本土的意義，《澳門基本法》第9條的解釋也需面對這一變遷。

二、《澳門基本法》第9條對中文與葡文關係的規範意旨

（一）《澳門基本法》第9條並沒有明確規定中葡主次說

1. 語言憲法條款解釋的特殊性

與一般性法律不同的是，憲制性法律的條款本身具有高度的政治性、抽象性與開放性，相應地憲法性條款的解釋也必然存在多種可能性。然而，當立憲者試圖明確表達出某項政治立場時，必然會用明確與不容質疑的詞語來表達這一立場。因而，立憲者需要通過憲法條款明確表達不同語言的主次地位時，會以很明確的語言確定主次關係。在極端的情形下，甚至剔除其他語言的正式語文地位。最典型的是烏克蘭獨立後頒佈的《烏克蘭憲法》第10條第1款明確將烏克蘭語正式規定為唯一的官方語言，而將俄語排除在官方語言之外，以去俄羅斯化。^[15]

從全球語言憲法文本上看，明確規定語言主次的立法例至少可以分為如下三種類型，有關基本法第9條諸如“主次說”、“第一第二語言說”均能在當中找到文本：

第一種，以效力關係與替代關係表達主次關係。最典型的是汶萊憲法第82條，規定了馬來語與英文是正式文本，但出現衝突時以馬來語為主。《巴基斯坦憲法》第251條第1款也明確規定，“巴基斯坦的官方語言是烏爾都語，本憲法生效之日起15年內應作出將其作為公務或者其他目的的使用語言的安排”，第2款則指出“根據第1款，英語可以用於公務活動，直到其被烏爾都語替代”。^[16]烏爾都語作為第一官方語言，英文則處於被替代語言的主次地位顯而易見。

第二種，以位序詞清晰的詞語表達主次地位。1949年愛爾蘭經過長久鬥爭從英國分離出來成為一個獨立國家後，《愛爾蘭憲法》第8條明確將愛爾蘭語作為第一官方語言，英語為第二官方語言。^[17]2004年頒佈的《阿富汗伊斯蘭共和國憲法》第16條列舉了至少8種國內族群使用的語言，但僅僅規定普什圖語和達裏語為官方語言，其他語言僅僅是“作為普什圖語和達裏語的補充，——在普遍適用該語言的地區作為第三官方語言”。^[18]

第三種，採用明確的對比關係表達主次關係。最典型的是新加坡，該國憲法第154A條創立正式語文（official languages）與國語（national language）的區分，其中正式語文是指馬來語、漢語、泰米爾語與英語，而國語僅僅指向馬來語一種。這種對比表明，馬來語與其他語言的主次關係也是比較明確的。

2. 《澳門基本法》第9條並未規定主次說

很顯然，《澳門基本法》第9條並沒有就中葡雙語之間的地位關係有“第一、二”序數詞與“主次”乃至“替代”的描述，中葡文本主次說等觀點更多是“解釋”的結果，而非第9條的明確表述。從全球語言憲法文本上看，各國語言憲法條款明確規定語言的主次地位是很少見的。我國憲

[15] 參見戴曼純：《烏克蘭語言政治與烏克蘭化》，載《俄羅斯東歐中亞研究》2013年第2期，第26-35頁。

[16] 趙蓉暉、張琛：《世界各國憲法中的語言條款彙編》，商務印書館2023年版，第13頁。

[17] 同上註，第221頁。

[18] 同上註，第5頁。

法第 19 條第 5 款有關“國家推廣全國通用的普通話”的表述，雖很明確表達了將“普通話”作為主要口語，但是“推廣”的動詞與憲法第 4 條第 4 款與第 121 條又限制了該傾向：第 4 條第 4 款賦予“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”；第 121 條又規定“民族自治地方的自治機關在執行職務的時候，依照本民族自治地方自治條例的規定，使用當地通用的一種或者幾種語言文字”。

對正式語文不作主次之分，是因為語言同時涉及到民族、歷史、文化、政治等諸多因素，屬於“當今世界最敏感的問題”。^[19] 尤其對於一個多語種並存、面積極小的國家與地區而言，採取正確的語言政策可以促進社會和諧、經濟發展與政治穩定。最典型的是新加坡的語言政策，新加坡擁有 76% 的華人，卻規定了馬來語、中文、英文與泰米爾語四種正式語文，同時將馬來語作為國語。這種特殊的語言政策不僅使得新加坡的政治與社會高度穩定，也成為新加坡經濟發展的關鍵因素，以至於新加坡的立國政策被稱為是語言政策的成功。^[20] 而狹隘的語言政策則不僅容易產生經濟崩潰，甚至成為引發政治共同體解體的導火線。^[21] 上世紀 80 年代，前南斯拉夫米洛舍維奇領導的塞爾維亞民族主義運動黨，採取激進的塞爾維亞-克羅地亞語優先的語言政策，任何對該政策的批評都被視為非法。1988 年法院在審理四名母語為斯洛文尼亞語的記者叛國罪案件時，刻意不使用被告人的母語（斯洛文尼亞語），而採用塞爾維亞-克羅地亞語。該案件不僅直接刺激了非塞族群對反塞族的立場，並成為斯洛文尼亞獨立戰爭爆發的重要因素。^[22]

（二）第 9 條的目的在於確認葡文的正式語文地位

1. 葡文的正式語文地位作為重點

《澳門基本法》第 9 條的重點在於確認葡文的正式語文地位，具體理由有三點。

首先，就語法結構而言，第一個陳述句中，句子的主謂賓是在“澳門行政機關、立法機關和司法機關”與“還可以使用葡文”之間展開的，而“除……外”僅僅是輔助性狀語從句；第二個陳述句“葡文也是正式語文”是對“還可以使用葡文”的性質補充而已。

其次，從“涉葡”“涉中”的字數比較與含義豐富性而言，共計 45 個字的條款中，涉及到中文的狀語從句也僅有 6 個，僅占 13%，而涉葡文的字數為 39 個，佔據了 87%，規範重心對比一目了然。狀語從句並沒有“正式語文”的字眼，中文作為正式語文的命題是經“葡文也是正式語文”的表述而被凸顯傳遞的。事實上，內地法律的語言立法從未有“正式語文”的法律概念。該概念成為一個法律概念純粹是為照顧葡文（以及英文）的地位。這是因為中文作為正式語文原本是個事實狀態（*Sein*），並沒有特地規定為法律概念的必要，但由於澳門與香港特殊歷史形成的葡文與英文問題，使得這種事實狀態需要轉變為“應然”（*Sollen*）而需要提出“正式語文”這一概念。如果該條的目的不是確認葡文的正式地位，那麼正式語文作為法律概念是存疑的。

最後，“除……外，還可”語法結構對“還可”內容的強調，也能在《澳門基本法》第 10 條得到驗證。《澳門基本法》第 10 條指出，“澳門特別行政區除懸掛和使用中華人民共和國國旗和國徽外，還可懸掛和使用澳門特別行政區區旗和區徽”。澳門回歸後，澳門作為不可分離的一部分

[19] Williams, Colin H. Language Policy and Planning Issues in Multicultural Societies, in Pierre Larrivé (Ed.), *Linguistic Conflicts and Language laws: Understanding the Quebec Question*. New York: Palgrave Macmillan, 2003.1.

[20] 張學謙：《新加坡語言地位規畫及其對家庭母語保存的影響》，載《台灣國際研究季刊》第 9 卷第 1 期（2013 年），第 1-32 頁。

[21] 語言是南斯拉夫的內戰與解體的重要因素，參見 James Tollefson, *The language debates: Preparing for the war in Yugoslavia*, *International Journal of the Sociology of Language* 154, 2002, p.65-82.

[22] See James Tollefson, *The language debates: Preparing for the war in Yugoslavia*, *International Journal of the Sociology of Language* 154, 2002, p.65-82.

自然具有懸掛國旗國徽的義務；但如果不突出澳門特區的區旗與區徽，甚至《澳門基本法》制定時，沒有考慮制定區旗與區徽的專門條款，那麼該條款也無需存在。正基於此，梁淑雯認為，“在《澳門基本法》中刻意有這樣一條表達‘還可使用葡文’，實際上是‘強勢語言’用戶對‘弱勢語言’用戶表示的一種尊重、‘大語種’明確給予‘小語種’的一個生存空間”。^[23]

2. 葡文作為正式語文地位的考量

第一，葡文作為正式語文是葡萄牙文化得以延續的重要載體。無論在葡澳政府殖民統治時期還是澳門回歸後，葡語從未成為絕大多數澳門居民日常用語，澳門回歸後以葡文為日常用語的人更是不到澳門居民人口的1%。澳門回歸後，98%的澳門居民母語為中文，而對葡文則完全陌生；以葡文為日常用語的人口（主要是葡萄牙的後裔）只占0.7%，連同其他會葡萄牙語的人數僅占全澳人口的3.1%。^[24]

就立法政策而言，將使用者如此小眾的葡文作為正式語文，是存在商榷空間的。許昌提出了三大論斷：“一是缺乏足夠的能力切實保障，澳門政府內部能夠具備雙語運作能力的人員絕非多數；二是會造成巨大的翻譯資源浪費，拖慢整個公共管治機構的行事效率，增大公帑耗費；三是並無此等必要，在同聲同氣的華人社會中機械地增加翻譯葡文的環節，無異於畫蛇添足”。^[25]事實上，葡澳政府在澳門回歸前夕也意識到，隨著葡語作為正式語文與葡萄牙法律所依附的主權基礎喪失，在一個絕大多數居民懂中文而不懂葡文未來大多數官員母語也為中文的澳門社會，要求法律的運作僅僅使用葡萄牙語是不符合實際的。^[26]當時的葡澳政府司法事務室主任高樹德悲觀地表示，中國對澳門恢復主權後，葡萄牙的法律將會被中國內地法律或者香港法律所取代，依然保持葡萄牙法的結果則很渺茫。^[27]

因而，葡文作為正式語文已經成為葡萄牙文化在澳門得以延續的重要因素，一旦葡文不再作為正式語文，《澳門基本法》第24條第2款第3、4項^[28]有關澳門永久居民包括符合條件的葡萄牙人、第42條葡萄牙後裔居民利益保護條款^[29]與第99條澳門葡萄牙籍公務人員^[30]等條款就不再必要，澳門特別行政區也將與內地粵語城市無異。

第二，葡文作為正式語文不具有表彰國家主權的功能，也並不直接涉及到民族感情的問題。^[31]正式語文固然是主權的重要標誌，但主權最根本的標準在於國家對其管轄區域所擁有的至

[23] 梁淑雯：《論澳門特別行政區的正式語文——以功能語篇分析為切入點》，載《“一國兩制”研究》2012年第3期，第88頁。

[24] 同上註，第38頁。

[25] 許昌：《關於葡文作為正式語文問題的研究》，載《“一國兩制”研究》2012年第3期，第31-32頁。

[26] 賈樂龍：《澳門的法律翻譯：經驗與展望》，載《行政》第27期（1995年），第213-224、220頁。

[27] Contributo para a definição de uma política do direito de Macau, 1989. 轉引自唐曉晴：《澳門法制發展之路——在後殖民的困惑中探索澳門一國兩制的法治理想》，載《中研院法學期刊》第17期（2015年），第6頁。

[28] 澳門特別行政區永久性居民為：“（三）在澳門特別行政區成立以前或以後在澳門出生並以澳門為永久居住地的葡萄牙人；（四）在澳門特別行政區成立以前或以後在澳門通常居住連續七年以上並以澳門為永久居住地的葡萄牙人”。

[29] 第42條：“在澳門的葡萄牙後裔居民的利益依法受澳門特別行政區的保護，他們的習俗和文化傳統應受尊重。”

[30] 第99條：“澳門特別行政區可任用原澳門公務人員中的或持有澳門特別行政區永久性居民身份證的葡籍和其他外籍人士擔任各級公務人員，但本法另有規定者除外。澳門特別行政區有關部門還可聘請葡籍和其他外籍人士擔任顧問和專業技術職務。”

[31] 只有在涉及葡文優於中文時才會涉及到民族感情，參見王榮國：《論澳門法律文本雙語差異的解釋——以“重複提名案”為例》，載陳金釗、謝暉主編：《法律方法》2019年第4期，研究出版社2020年版，第133-134頁。

高無上的、排他性的政治權力。《澳門基本法》對我國恢復對澳門行使主權，澳門是中國不可分割的一部分，已經做了很明確的規定。民族感情與主權地位不僅僅由我國對澳門排他性的管轄這一事實所表徵，還在語言領域通過“除使用中文外”吸納。

只有在葡文為唯一正式語文的前提下，才會涉及到主權與民族感情問題；在中文是正式語文的前提下，將葡文作為正式語文並不表徵我國未全部恢復對澳門行使主權，反而是國家主權的體現。類似地，芬蘭在歷史上曾被迫正式成為瑞典的一部分，但芬蘭憲法第十七條第一項明確規定，“芬蘭語和瑞典語是芬蘭的正式語言”，此時瑞典語作為芬蘭的正式語文顯然並不意味著瑞典對芬蘭享有任何主權，而是基於境內適用芬蘭語等現實因素的考慮。^[32]

第三，葡文作為正式語文承載著其他政治功能，並受到 2018 年憲法修正案的支持。首先，全球使用葡語的人口約 2.6 億，以葡萄牙語為正式語文的葡萄牙語國家共同體國家為 9 個國家，分佈在歐洲、亞洲、拉美州。隨著澳門不斷融入國家發展大局，在全國範圍內，沒有任何一個行政區劃單位比以葡文作為正式語文的澳門更適合承擔建設中國與葡萄牙語言國家交流的重要橋樑的功能。2003 年 10 月 12 日在澳門成立“中國－葡語國家經貿合作論壇”，2019 年 2 月澳門又被中央定位為“建設世界旅遊休閒中心、中國與葡語國家商貿合作服務平台”。^[33]澳門回歸 20 年以來，通過中葡論壇的多邊機制、澳門特區各個權力機關、學術機構與葡語國家的互訪交流，為促進中國與葡語國家合作中作出了重要的貢獻，^[34]澳門法律學者甚至已經開始參與到對同屬於葡語系的東帝汶司法官員的培訓。對此，澳門特區也於 2021 年設立了“融入國家發展工作委員會”，^[35]統籌澳門特區政府參與助力國家“一帶一路”建設與粵港澳大灣區建設的總體設計及工作部署。

葡文的正式語文地位及其功能也受到 2018 年憲法修正案的支撐。儘管學界對憲法與基本法之間的關係提出了諸多學說，諸如作為多數說的“上位法與下位法關係說”、作為少數說的“一般法與特別法關係說”^[36]以及新出現的“主體法與附屬法關係說”，^[37]但《澳門基本法》是根據憲法制定，憲法的內容與修訂都會對《澳門基本法》的解釋產生影響。憲法 2018 年修正案在序言第 12 自然段加入了“推動構建人類命運共同體”的表述。而“一帶一路”正是構建人類命運共同體的具體實踐。目前葡萄牙、巴西等葡語國家大多地處“一帶一路”沿線，澳門作為葡文的正式語文地位所發揮的作用只會越來越重要。澳門面積狹小與法律服務市場體量過小決定了澳門的法律供給與法學教育僅僅用來滿足澳門本地法律需求不具有規模經濟效應，同樣需要滿足中國與葡語世界乃至全球的需求。

（三）中葡主次說的新解釋：績效取向的雙語制

1. 中文作為正式語文的政治考量

從《澳門基本法》第 9 條的表述上看，作為狀語從句的“除使用中文外”位於作為主語的“澳

[32] 2006年為530萬的芬蘭人口中，占92%的人口使用芬蘭語，僅占5.5%、約29萬人使用瑞典語。具體參見張學謙：《語言平等與少數語言權利——芬蘭瑞典語的語言地位規劃》，載《台灣國際研究季刊》第5卷第4期（2009年），第91-121頁。

[33] 《澳門特區公報》刊登第67/2021號行政長官批示，設立“融入國家發展工作委員會”，統籌澳門特區政府參與助力國家“一帶一路”建設與粵港澳大灣區建設的總體設計及工作部署。

[34] 參見丁浩、莊玲玲：《澳門回歸二十年中國與葡語國家的合作：澳門的貢獻、作用與展望》，載《“一國兩制”研究》2020年第4期，第68頁以下。

[35] 《澳門特區公報》刊登第67/2021號行政長官批示。

[36] 參見李琦：《特別行政區基本法之性質：憲法的特別法》，載《廈門大學學報（哲學社會科學版）》2002年第5期，第15-23頁。

[37] 朱世海：《憲法與基本法關係新論：主體法與附屬法》，載《浙江社會科學》2018年第4期，第36頁以下。

門特別行政區的行政機關、立法機關和司法機關”與作為謂語賓語的“還可使用葡文”之間，從方式、範圍和程度等方面對謂語中心詞進行修飾與限制。從語法上看，狀語從句不僅並非陳述句的必備要素，沒有狀語從句，陳述句也能組成一個完成的句子傳遞資訊；將“除使用中文”外置於狀語從句地位而無需再刻意通過主謂賓的位置強調，這種語法安排意味著“‘澳門特別行政區的行政機關、立法機關和司法機關使用中文’是一個已知的、不言而喻的、不必討論的內容”。^[38]申言之，《澳門基本法》第9條強調的是確認葡文的正式地位，並沒有強調中文的主導地位，而僅僅陳述中文作為正式語文是具有天然的正當性。

中文作為正式語文的天然正當性是由語言與國家主權的本質關聯性決定的。語言既是族群身份認同與文化載體的標誌，同時具有將政治邊界與語言共同體邊界緊密重合的政治功能。^[39]現代國家並不是純粹的行政統一體，而是“觀念共同體”，只有當政治邊界與語言共同體邊界緊密重合成“觀念共同體”時，民族國家與民族主義才能沒有摩擦地融合起來。^[40]正基於此，語言與國家主權的本質關聯性，領土管轄權的變遷那常常伴隨著語言政策的變遷。^[41]

1999年澳門正式回歸祖國，意味著葡澳治下的澳門也轉變為中華人民共和國治下的澳門特別行政區，葡澳治下的“澳門總督”與各權力機關也被澳門特區“行政長官”與相應權力機關所取代，澳門特區機關的成員也從葡國人轉為澳門永久居民。與此同時，絕大多數澳門居民僅僅懂中文而不懂中文的語言結構並沒有發生變遷，這決定了澳門特區政府必須面向這些澳門居民提供中文的法律體系。申言之，立法者採用中文去創制法律，法律適用者需要用中文進行。中文作為正式語文所承載的恢復行使主權的政治功能決定了中文作為正式語文具有“理所當然，不容質疑”^[42]的天然政治正當性。

2. 中葡語言地位的新解釋：績效取向的雙語制

在葡萄牙對澳門100多年的殖民統治中，葡文成為了澳門政府、司法、行政等領域的唯一的正式語文，葡語能力作為公務員錄取和晉升的必備條件，^[43]中文的正式語文地位被廢止。因而，如果確定要明確提出中文的主導地位的論斷，那麼所針對的僅僅是針對澳門回歸前葡澳治下權力機關不使用中文作為正式語文、也不存在中文作為公務運行的秩序這一過往事實而言的。申言之，並不是針對葡文在事實上的主導地位而言的。對此，唐曉晴有著敏銳的見解，“望文生義的話，基本法第9條的重點在於用中文！這一表述的背景是，過往葡澳政府在立法、司法與行政機關中不用或者很少用中文，而澳門特別行政區是中華人民共和國的特別行政區，所以當然要而且首先要在這些機關中使用中文”。^[44]

《全國人民代表大會常務委員會關於根據〈中華人民共和國澳門特別行政區基本法〉第一百四十五條處理澳門原有法律的決定》第五條第（五）項指出，澳門原有法律中“有關葡文的法

[38] 梁淑雯：《論澳門特別行政區的正式語文——以功能語篇分析為切入點》，載《“一國兩制”研究》2012年第3期，第88頁；楊允中：《澳門基本法釋要》，澳門基本法推廣協會出版2011年版，第43頁。

[39] 參見[以]博納德·斯波斯：《語言管理》，張治國譯，商務印書館2016年版，第208頁。

[40] 參見[英]安東尼·吉登斯：《民族—國家與暴力》，胡宗澤等譯，生活·讀書·新知三聯書店1998年版，第264頁。

[41] 參見[以]博納德·斯波斯：《語言管理》，張治國譯，商務印書館2016年版，第208頁。

[42] 楊允中：《澳門基本法釋要》，澳門基本法推廣協會2011年修訂版，第43頁。

[43] 葡澳政府1960年11月26日《政府公報》第48期的第33號批示規定，“a)所有將進入公職編制職位的人士必須懂得閱讀及講葡語。”

[44] 唐曉晴：《澳門法制發展之路——在後殖民的困惑中探索澳門一國兩制的法治理想》，載《中研院法學期刊》第17期（2015年），第53頁。

律效力高於中文的規定，應解釋為中文和葡文都是正式語文；有關要求必須使用葡文或同時使用葡文和中文的規定，依照《基本法》第九條的規定辦理”。有學者據此認為，雙語制的提法與該條款有衝突。^[45] 管見以為，該決定不僅沒有排除《澳門基本法》第9條確認了雙語制的解釋空間，反而確認了績效取向的雙語制。首先，該條款涉及到依據《澳門基本法》第9條與第145條對“澳門原有法律”的中葡語言問題進行審查的問題，而不是對《澳門基本法》第9條的解釋。其次，前句“有關葡文的法律效力高於中文的規定，應解釋為中文和葡文都是正式語文”的表述，不僅否認了葡文主導地位說，釋放了中文具有平等地位的空間，反而以“中文和葡文都是正式語文”

——這一與《澳門基本法》第9條完全不同的表述確認了雙語制。再次，後句則涉及到“有關要求必須使用葡文或同時使用葡文和中文的規定”，實質上是交由《澳門基本法》第9條進行評判。而必須使用葡文，或者同時使用葡文和中文，則完全取決於不同的場景下的績效考量。^[46]

因而，中文與葡文作為正式語文並不存在此消彼長的零和博弈關係，而是共存於澳門法律體系內。《澳門基本法》第9條已經以“除了使用中文外”的方式明確了中文的天然正當性，澳門特區政府要做就是將中文正式語文的地位落實，但葡文作為正式語文及其在公務運行中的地位則可以保持不變。從該意義而言，並不是將葡文地位降低到目前與中文事實上的弱勢地位，而是將中文的事實地位抬高到與葡文同等的主導地位。正基於此，《澳門基本法》第9條關於中葡雙語制的表述是可以成立的，只不過需要以“績效取向”作為限制——這正是下文要闡述的內容。

三、澳門特區機關使用正式語文自主空間與界限

《澳門基本法》第9條規範的是行政機關、立法機關與司法機關這些澳門特區機關使用正式語文的行為，但該條款並沒有規定如下問題：（1）澳門機關在什麼領域、何種情形下使用何種正式語文，在使用正式語文時是否需要“同時使用中葡”^[47] 以及如何體現中文與葡文的關係？（2）中文的書面體是否包括繁體字、簡體字，或者口語是否是粵語還是普通話，葡語是否包括歐葡、巴葡還是快要消亡的土生葡語？（3）雙語制是否真如同學者所言意味著“行政、立法和司法機關無論對內或對外以中葡雙語運作”？^[48]

（一）澳門特區機關具體化第9條的自主形成空間

《澳門基本法》對行政機關、立法機關與司法機關的職權做了不同的分工，且該條款並沒有採用“必須使用”的表述，而是“還可使用”，^[49] 這意味著澳門行政機關、立法機關與司法機關在執行公務時可以依據受眾與領域的不同而享有自主形成空間。從不同角度觀察，可以發現目前中葡雙語的使用存在不同的差異。

1. 根據行為對象不同，無需同時使用中文與葡文。行政長官向國家領導人進行一年一度的述

[45] 參見駱偉建、江華、趙英傑：《澳門特別行政區基本法解析：立法背景和立法原意的探究》，社會科學文獻出版社2020年版，第59頁；論文匿名評審人也認為，雙語制並不適當。

[46] 對績效取向的解釋，參見下文。

[47] 冷鐵勛：《基本法關於中葡使用的規定》，載冷鐵勛著：《“一國兩制”與澳門的良政善治》，時事出版社2018年版，第92頁。

[48] 王偉華：《論中文在澳門特區的官方地位》，載於北京大學憲法與行政法研究中心編著：《憲法與港澳基本法理論與實踐研究：紀念肖蔚雲教授華誕志慶集》，北京大學出版社2004年版，第329頁。

[49] 冷鐵勛：《基本法關於中葡使用的規定》，載冷鐵勛著：《“一國兩制”與澳門的良政善治》，時事出版社2018年版，第95頁。

職，顯然只能使用中文，而不能是葡文。根據《澳門基本法》第17條第2、3款^[50]、《法規、司法解釋備案審查工作辦法》第56條^[51]、《全國人民代表大會常務委員會關於完善和加強備案審查制度的決定》第21條^[52]規定，澳門特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。澳門立法會制定的法律向全國人大常委會備案時，必然只能以中文文本為主，葡文文本不可能得到同等程度的重視與審查。

2. 依據適用領域與職業資質等因素，有關中文與葡文的要求可以與《澳門基本法》第9條表述不同。因而，澳門特區行政公職局局長2012年發佈的“各部門對外發佈公開信息時，應同時適用中文和葡文這兩種正式語文”的傳閱公函屬於自我形成空間。立法會頒佈的《在制定立法會規範性文件時應遵從的立法技術形式上的規則》對如何使用中文與葡文的立法技術的規定完全是平行的，不存任何主次關係。立法會在第10/1999號《司法官通則》第16條第1款第2項中規定，第一審法院法官及檢察院司法官的人選必須“熟悉中、葡文”。儘管這一表述與《澳門基本法》第9條的表述不同，但並沒有與《澳門基本法》第9條構成直接的抵觸與衝突，屬於立法者自主形成空間應當予以尊重；畢竟澳門的法律體系是對葡國法律體系的翻譯並經審查通過後的產物，澳門的司法機關的法官與檢察官必須精通葡文。事實上，《澳門基本法》第87條也規定，澳門特別行政區各級法院的法官選用以其專業資格為標準，符合標準的外籍法官也可聘用。

3. 同時使用中葡雙語，但中文存在使用版本上的差異。各權力機關的官方主頁提供了較好的視角。澳門特別行政區行政長官辦公室的官方主頁則使用中文（繁體與簡體）與葡文，^[53]這說明它的受眾不僅考慮到葡文的受眾，繁體字與簡體的細緻區分更是將受眾拓展至全國人民。這與《澳門基本法》第45條^[54]、第61條與第62條^[55]對行政長官的身份是相稱的：行政長官是澳門特別行政區的首長，也是澳門特別行政區行政機關的首長。而澳門特區立法會與法院的官方主頁則採用繁體中文與葡文同步使用，但不包括簡體中文。^[56]一種合理解釋是由於澳門特區的立法會與法院通常處理的是澳門地區人民內部的糾紛，而澳門居民主要使用繁體字。^[57]正基於此，澳門特區法院的裁判文書與立法會的法律文件公開件的中文通常採用繁體中文。

（二）治理績效的界限

居民使用語言屬於先於法律存在而具有自然權利的性質。而澳門特區機關使用正式語文與行使

[50] 即“澳門特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的澳門特別行政區基本法委員會的意見後，如認為澳門特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和澳門特別行政區關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立即失效。該法律的失效，除澳門特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。”

[51] 對香港特別行政區、澳門特別行政區依法報全國人大常委會備案的法律的備案審查，參照適用本辦法。

[52] “加強對特別行政區立法機關制定的法律的備案審查工作，維護憲法和基本法確定的特別行政區憲制秩序”。

[53] <https://www.gce.gov.mo/>，2024年8月1日訪問。

[54] 第45條規定，“澳門特別行政區行政長官是澳門特別行政區的首長，代表澳門特別行政區”。

[55] 第61條規定，“澳門特別行政區政府是澳門特別行政區的行政機關”；第六十二條規定，“澳門特別行政區政府的首長是澳門特別行政區行政長官。澳門特別行政區政府設司、局、廳、處”。

[56] 立法會：<https://www.al.gov.mo/zh/>，2024年8月1日訪問。法院：<https://www.court.gov.mo/zh/>，2024年8月1日訪問。

[57] 對1104份對澳門居民日常生活用語的調查問卷表明，81.97%的居民日常生活中主要使用的是繁體字，主要使用簡體字的占調查人數18.03%；在將來統一兩岸四地使用的漢字的議題上，43.75%的受訪者認為應該選用繁體字者居多；僅有11.96%受訪者認為應該選用簡體字占少數，26.72%受訪者認為應該綜合繁簡兩體的精華形成新的體系。參見黃翊：《澳門地區漢字認知及使用狀況報告》，<http://www.icm.gov.mo/rc/viewer/10090/2467>，2024年8月1日訪問。

公務行為具有直接的相關性，需要受到法秩序的約束。儘管《澳門基本法》第9條賦予了澳門特區機關根據職權與主管領域使用正式語文的自主形成空間，但這種空間並不是恣意與無限的，它首先受到治理績效的制約。

首先，這是澳門行政主導的政治體制追求績效決定的。澳門特區第9條對使用正式語文主體的位置是以行政機關、立法機關、司法機關的位序依次排序的，行政機關位於首位是由於澳門行政主導的政治體制決定的。行政長官不僅是行政機關的首長，也是澳門特區的首長，行政長官享有的諸如委任7名立法會議員、制定與執行行政法規、任免法官和檢察官、赦免或減輕刑事罪犯的刑罰等方面的權力分別涉及到立法機關與司法機關。^[58]這種行政主導制強調的是治理績效，它的規範效力遍及澳門所有公務機關。因而，所有公務機關在使用正式語文時，出發點不僅包括本部門的視角，也應顧及到與該部門銜接的效率需求，這樣才能提高法律運行整體績效。這在客觀上需要就立法者的立法與作為法律適用者的行政機關與法院達成良性互動機制。

其次，治理績效要求法律制定與法律適用的高度配合。法律運行至少可以分為立法者制定（修訂）符合體現民意的法律、行政機關與司法機關填補法律規範與個案事實的鴻溝的法律適用兩階段。法律作為公共產品是以整體運行的，只有當法律制定與法律適用能夠良性合作實現功能上的無縫對接時，高效的法律運行基本框架才可能建立。在中葡均為正式語文情形下，如果立法者能較好地處理中文與葡文的關係，形成高質量的中葡法律文本，就能減少法律適用時的困擾，法律定分止爭的功能就能得到較好的發揮。然而，當立法者制定的中葡法律文本的交互對應性上存在結構性品質缺陷時，固然立法者可以自認為已經完成了立法任務，但實質上將結構性的品質缺陷產生的壓力完全傳遞給了法律適用端，從而使得法律運行成本過高。最典型的是如果中文版本依附於葡文版本，而法律適用又主要面向僅懂中文的澳門居民，法律運行不能滿足澳門居民的需求。

最後，治理績效意味著需要從語文受眾的角度去使用正式語文。葡澳時期葡文作為唯一正式語文，這導致絕大多數澳門居民通常通過訴諸於各種自治社團而非法律解決糾紛，^[59]葡澳法律體系僅僅是一種依靠政治力量所維持的存在而從未成為澳門社會治理機制的組成部分。^[60]澳門回歸後，澳門公務機關使用正式語文不能僅僅從公務行為者的視角出發，而需要從受眾中心主義立場考慮問題。只有從受眾中心主義立場出發，澳門居民的糾紛才可能更多通過“購買”法律這一公共產品，而不是借助自治社團解決；澳門的法律也不再是高高在上的存在，而是貼近居民的實際需求。

（三）語言基本權利的限制

澳門特區機關行使正式語文不僅僅受到治理績效的制約，也受到語言作為基本權利的制約。

1. 憲法性範疇的生成：權力機關使用正式語文的權力與公民使用語言基本權利

依德國哲學家海格德爾的觀點，人不是生活在現實的世界裏，而是生活在語言世界中；通過語言這一仲介，現實世界的形態才得以向我們顯現。^[61]這同樣適用於法律。正是依靠法律語言所界定的周遭世界，人們才可能根據自己的自由意志通過語言與他人達成各種法律關係，或根據自由意志從事各種事實行為與法律行為，或者與公權力機關發生各種公法上的行為。從發生學角度而言，人民基於對自身語言的信賴拓展行為空間是先於法律與公權力而存在的自然權利。公權力機關在涉

[58] 澳門特區行政長官的權力甚至大於香港特區行政長官。參見朱世海：《港澳特別行政區行政主導體制比較研究》，載《國家行政學院學報》2016年第4期，第119頁以下。

[59] [葡]Eduardo Nascimento Cabrita：《法律翻譯：保障澳門法律政治自治之核心工具及遵守聯合聲明之必要條件》，載《行政》第16期（1992年），第535頁。

[60] 謝耿亮：《法律移植、法律文化與法律發展》，載米健主編：《澳門法律改革與法制建設》，社會科學文獻出版社2011年版，第124頁以下。

[61] Vgl. Martin Heidegger, *Unterwegs zur Sprache*, Klett-Cotta Verlag, 1. Auflage, 2022.

及到語言的法律議題，不僅需要通過立法的方式將之上升到法律權利，同要也要保障公民利用自己的語言去理解與規範各種法律的權利。

正基於此，當作為澳門居民基本權利的語言權是與澳門特區機關正式語文相對的；只要《澳門基本法》第9條規定正式語文地位，那麼澳門居民就享有相應的與語言相關的基本權利。^[62] 只要澳門特區機關存在以雙語言運作，那麼澳門居民就適用自己的語言去與澳門特區機關進行交流的權利，而澳門特區機關也具有保障澳門居民行使該權利的義務。

2. 《澳門基本法》對語言基本權利的承認

儘管《澳門基本法》並沒有明確規定語言權作為單獨的基本權利，但從《澳門基本法》第40條與聯合國大會1966年頒佈的《公民權利和政治權利國際公約》《經濟、社會與文化權利的國際公約》的關係上看，《澳門基本法》已經承認了語言作為一種基本權利。

首先，《公民權利和政治權利國際公約》第27條與《經濟、社會與文化權利的國際公約》第2條第2款分別規定少數人的語言基本權利與語言平等權。前者指，“凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之”。^[63] 後者指，“本盟約締約國承允保證人人行使本盟約所載之各種權利，不因種族、膚色、性別、語言、家教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等而受歧視”。^[64]

其次，根據《澳門基本法》第40條規定，《公民權利和政治權利國際公約》《經濟、社會與文化權利的國際公約》在澳門具有效力，通過澳門特別行政區的法律予以實施。《澳門基本法》顯然屬於澳門特別行政區的法律。《澳門基本法》已經通過第25條平等權^[65]中列舉“語言”的方式將《公民權利和政治權利國際公約》第27條納入到澳門的法律體系。《澳門基本法》並沒有明確規定少數人的語言基本權利，結合第42條葡萄牙後裔利益保護條款^[66]規定，決定了第41條“其他權利與自由”應當包括少數人的語言基本權利。

最後，第25條語言平等權，決定了除少數人的語言基本權利外，基於澳門的特殊語言結構與葡文作為正式語文的歷史傳統，還應當存在多數人的基本權利，即不懂葡文、佔據多數人的澳門居民也應當享有這種語言權。由此，《澳門基本法》第41條“其他權利與自由”應當包含了一個完整的基本權利。

3. 語言基本權利的內容

作為一種獨立的基本權利，語言權的功能具有雙重面向：一是作為防禦權，即禁止澳門特區機關恣意使用正式語文的方式侵害居民使用語言基本權利；二是作為請求權，要求澳門特區機關提供具有可理解性的法律文本。反映在澳門特區機關在制定法律、尤其是制定限制澳門居民權利或者施

[62] 朱琳則持反對意見，認為澳門基本法第9條“尚不足以推論出當事人擁有對應要求司法機關提供中文判決‘基本權利’”。參見朱琳：《論中文在澳門司法判決中的地位：基本權利的視角》，載於駱偉建、王禹主編：《澳門人文社會科學研究文選·基本法卷》，社會科學文獻出版社2009年版，第440頁。

[63] 《公民權利及政治權利國際公約》，<https://www.un.org/zh/documents/treaty/A-RES-2200-XXI-2>，2024年9月23日訪問。

[64] 《經濟、社會與文化權利的國際公約》，<https://www.un.org/zh/documents/treaty/A-RES-2200-XXI>，2024年9月15日訪問。

[65] 即“澳門居民在法律面前一律平等，不因國籍、血統、種族、性別、語言、宗教、政治或思想信仰、文化程度、經濟狀況或社會條件而受到歧視”。

[66] 澳門基本法第42條特別指出，“在澳門的葡萄牙後裔居民的利益依法受澳門特別行政區的保護，他們的習俗和文化傳統應受尊重”。

加義務的條款時，首先必須意識到，絕大多數居民將只會依據中文法律文本指導自己的行為，中文文本不能違反基本的語法結構與語言規律，且中等能力或者平均能力的讀者能正確理解。^[67]在司法領域，案件當事人的母語為中文不懂葡語時，法庭的主審法官必須達到精通中文或者有機制保障當事人的中文能被準確地理解。如果當事人雙方僅懂中文或者葡語的一種時，主審法院必須精通中文或者葡文，如果不懂時法院必須提供翻譯服務。法律個案的適用者在適用法律時，尤其是在對澳門居民施加諸如刑罰等不利益的義務時，必須適用減輕其責任與義務的版本。在這方面，澳門特區法院的成績是有目共矚的。早在2000年10月，時任澳門終審法院院長岑浩輝《在2000年至2001年澳門特別行政區司法年度開幕典禮上的講話》就指出，“各級法院及法官委員會也充分理解廣大市民對法院使用中文的強烈要求，但考慮到各界法院法官、律師界、司法文員以及翻譯力量等客觀存在的因素，為確保司法正常運作，避免延誤案件的審理，法院只能慎重並按部就班地推廣中文”，僅僅製作了雙語表格。^[68]澳門回歸20多年來，終審法院多年前決解決了中文在審判活動中問題，初級法院中文使用率為90%，終結法院形式所能夠案件和行政裁決達到了60%。^[69]

“關於待被審查判決不具《民事訴訟法典》第1200條第1款a項規定的可理解性的問題，合議庭引用多名學者的觀點，認為可理解的裁判指的是好理解、易懂的裁判，是清楚明白的裁判，可理解性是就裁判本身層面即其主文部分提出的要求，而非針對其理據。在本案中，待被審查判決在其可理解性方面沒有任何疑問，判決的內容十分清晰，能夠讓人輕易地理解其所作的決定。因此，不存在乙所提出的《民事訴訟法典》第1200條第1款a項規定的必要前提不成立的情況。”^[70]

語言基本權與平等權的競合構成了語言平等權。根據《澳門基本法》第25條規定的平等權，澳門特區機關從事公務行為時就相同事項相同對待與不同事項不同對待，禁止不同事項相同對待與相同事項不同對待。它不僅約束立法者，也約束法律適用者，而可以區分為立法平等與適用平等。審查是否侵犯如平等權可以大致通過恣意禁止與比例原則等公式進行。^[71]反映在語言平等權上，同樣包括立法平等與適用平等。就立法平等而言，立法者以中葡雙語就同一事項制定法律文本時，不得對不同的語言受眾作出不平等的對待。申言之，在語言問題上，立法者制定的中文與葡文針對各自的受眾，需要具有同等的可讀性，對僅懂中文的澳門居民而言，禁止澳門特區機關僅僅使用葡文，或者難以理解的中文；禁止澳門特區機關對僅懂葡文的澳門居民僅僅使用中文，或者難以理解的葡文。立法者制定的中文與葡文的法律文本必須推定具有相同的法律效力，而不能總是產生中文版本優先於葡文文本，或者葡文文本優於中文文本的效果。

2004年，某離婚案件的原告曾經多次請求澳門終審法院提供有關判決的中文判詞但均遭拒絕。法官的理由是“原告已清楚知悉敗訴的原因；倘若要繼續提出訴訟，必須再次聘請律師，代表的律師應具有理解中文或葡文的專業能力。為免浪費資源，否決原告索取中文譯本的申請”。^[72]

[67] 美國紐約州為了讓所有紐約民眾都有公平機會接觸和使用市政府提供的各項服務，時任紐約市長彭博於2008年7月正式簽署行政命令，要求所有市府機關要把必要的公共文件翻譯成6種外國語言，包括西班牙、中、俄、韓、義大利和法國克裏奧爾語。轉引自楊焯：《語言權利在我國法律中的歷時和共時體現》，載《民族翻譯》2009年第4期，第83頁。

[68] 《澳門特別行政區法院司法年報（2000-2001）》，第14頁，<https://www.court.gov.mo/ebook/2000-2001/index.html>，2024年10月13日訪問。

[69] 《澳門特別行政區法院司法年報（2018-2019）》，第20頁，<https://www.court.gov.mo/ebook/2018-2019/index.html#book/page/20-21>，2024年10月13日訪問。

[70] 終審法院第18/2024號案的合議庭裁判。

[71] 參見[德]福爾克爾·埃平等：《基本權利》，張冬陽譯，北京大學出版2023年社第8版，第375-402頁；王鏞：《比例原則在憲法平等權分析中的運用》，載《法學》2023年第2期，第35頁以下。

[72] 《澳門訊報》2004年3月20日，轉引自朱琳：《論中文在澳門司法判決中的地位：基本權利的視角》，載駱偉

拋開法院翻譯資源等客觀因素的限制，僅僅保護語言作為基本權利的角度而言，當時對原告的語言權的保護顯然是不足的。公佈向不懂葡文僅能中文的當事人提供葡文文本，或者需要通過律師再次起訴才能獲得中文文本不當地侵害了語言基本權。

四、中葡法律文本衝突的類型化與解釋論方案

（一）澳門中文法律體系作為法律翻譯而非編纂的產物

在同一部法律的起草、辯論與起草過程中，採用雙語平行進行，最後共同通過雙語的法律文本，是立法品質的重要保證。然而，如果就法律的立法目的、規範構成要件、法律後果等同時進行雙語平行辯論，勢必會導致立法冗長與低效。^[73]最經濟的做法是採用一種共同的語言為起草文本的語言，再以此為基礎，翻譯成其他語言。無論是1945年成立的聯合國，^[74]還是1950年歐洲經濟共同體（EEC）^[75]無不例外。而歐盟27個成員國與24種官方語言，英語與法語已經成為歐盟機構日常操作中使用的主要工作立法語言，^[76]能夠理解英語或法語是成為一名有效的歐洲議會議員的必要先決條件。^[77]這些雙語與多語的立法受到高水準的翻譯界與法律界群體的專業支持。這在歐盟尤其明顯。語言上，歐洲的24種官方語言均屬於印歐語系，語系分支的語言大致相通，同時並不缺乏精通英文與法文甚至其他語種的多語法律翻譯人才。專業上，大陸法系本身就具有法學家法的特徵，各個成員國的法律文化呈現高度的同質性，各國就存在具有悠久歷史傳統與多語種能力的高水準法律職業共同體。以歐洲民法典的編纂為例，丹麥學者蘭多（Lando）、義大利學者甘多芬（Gandofi）、德國學者巴爾（Christian von Bar）各自分別主持起草了《歐洲合同法典通則》《歐洲合同法典》《歐洲示範民法典草案》。專業人士的積極參與使得歐盟不同語言的法律文本的品質能得到最大限度的保障，法律制定與法律適用的區分也在結構上得以維持。

1988年1月13日成立的法律翻譯辦公室^[78]將當時葡語版本的法律系統地翻譯成中文，截止1999年9月28日共翻譯了855部中文版本的法律，它們通過審查後構成了澳門的中文法律體系，其中就包括了目前作為澳門法律體系主幹部分的五大法典。在澳門特別行政區成立後的一段時間內依然採用“先用葡語草擬，然後翻譯為中文”的法律翻譯路徑，^[79]直到近年來才開始“先用中文草擬，然後翻譯為葡文”。^[80]因而，澳門目前實施的絕大多數中文立法文本也是對葡語文本事後翻譯、再由立法會確認為正式法律的結果。然而，與歐盟不同的是，葡萄牙語與漢語本質上屬於完全不同的語系，葡萄牙語屬於印歐語系羅曼語族，漢語屬於漢藏語系，兩者本質上屬於完全不同的

建、王禹主編：《澳門人文社會科學研究文選·基本法卷》，社會科學文獻出版社2009年版，第430頁。

[73] Mowbray, Jacqueline F, *Language in the UN and EU: Linguistic Diversity as a Challenge for Multilateralism*. New Zealand Journal of Public and International Law, Vol. 8, No. 1, p.91-115, (2010)

[74] 主要是英文與法文起草，再翻譯成其他正式語文。

[75] 法國、西德、義大利、荷蘭、比利時、盧森堡6個成員國，語言分別為英語、法語、德語、荷蘭語與英語。實際上是以法文與英文為主，其他語言文本不過對英文或者法文文本的翻譯。

[76] Phillipson, R., *English-Only Europe?: Challenging Language Policy*. London: Routledge, 2003, p.20.

[77] Wagner, E., Bech, S. & Martínez, J. M. *Translating for the European Union Institutions*. Manchester: St. Jerome Publishing, 2002, p.136.

[78] 賈樂龍：《澳門的法律翻譯：經驗與展望》，載《行政》第27期（1995年），第213-224頁。

[79] 何志輝：《法律本地化之回顧與反思》，載米健主編：《澳門法律改革與法制建設》，社會科學文獻出版社2011年版，第119頁。

[80] 此點是論文的匿名審稿人提醒。

語系而不具有相通性與相似性；葡萄牙法律對於最初的澳門而言，更是一種外來的法律文化。但更大的問題是，葡澳政府自 1887-1987 年的殖民統治期間，既沒有開設中文與葡文翻譯專業的學校，也沒有建立一所培養澳門本地法律人才的法律學院。^[81] 澳門歷史上第一所現代大學東亞大學的成立也不是葡澳政府推動的，而是 1981 年由何賢、黃景強、胡百熙和吳毓璘等社會賢達創辦的。直到 1987 年《中葡聯合聲明》簽署生效後，葡澳政府才意識到培養澳門本地法律人才的重要性，設立法律暨公共行政課程辦公室，收購東亞大學後才開設法律與葡文課程，將私立的東亞大學改名為公立的澳門大學後，澳門第一所法學院才正式設立。^[82]

葡澳政府對澳門本地中葡法律人才與澳門法學的忽視，導致澳門過去的 100 多年內並沒有發展出澳門法學知識體系。這使得澳門先天缺乏精通中葡雙語與法律專業群體及其學術傳承，更遑論高素質的、精通中葡雙語法律職業共同體。^[83] 正如學者指出的：“澳門法律界長期仰賴葡國法學家之話語系統，至今未形成初具規模的本土法學家群體。澳門本土法學家更未能建構起獨立的有關澳門法的相關理論與學說，即便是對本地化後的幾大法典的事後闡釋，亦未形成系統化的理論體系。”^[84] 澳門中文版本的法律體系最終不得不在缺乏中葡雙語與法律專業的群體完成。從這個意義而言，中文版本的法律體系並不是法律編纂的產物，而僅僅是法律翻譯的產物。無論是“對澳門現行法律進行清理、分類、修訂、翻譯（中譯）和過戶”的表述^[85]，還是“清理、翻譯、修訂、過戶”^[86]的概括，最接近法律編纂內涵的“修訂”也是與“翻譯（中譯）”並列的。

（二）中葡文法律文本衝突的類型化與解釋論的方案

1. 中葡文法律文本衝突的類型化

（1）重疊衝突型

一種語言中的法律專業術語所指涉的內容在另外一種語言中不具有完全的對應概念，由此產生重疊衝突類型。其特徵是兩個版本所表示的內容存在外延重疊與交集之處，但並未發生類似數學上的一一映射的完全對應關係（即“滿射”），從而在個案適用時兩個文本之間產生限縮與擴展的關係。

這種類型的產生是由法律翻譯本地性與民族文化性決定的。理工科等科技型翻譯本質上是人與自然的關係，具有超越民族性而具有普適性的特徵。例如葡文“cálculos”與中文“微積分”是不同的表達，但其指代內容是精確固定與通用的。但法律語言植根於文化中，其本身具有強烈的民族性、專業性與文化依附性。“那些透過不斷構想、解釋及施行而使澳門的法律制度具有生命力的法律，都是由主要從葡語構想出來的法律概念組成的規範所構成的”。^[87] 即便存在精通中葡雙語的法律專家群體，這種類型也會較為頻繁的出現。2004 年，國際會計準則理事會（IASCF）批准了由

[81] 賈樂龍：《澳門的法律翻譯及過渡》，作者一九九七年五月於北京舉行的研討會上發表之論文<https://www.dsaj.gov.mo/MacaoLaw/cn/Data/prespectiva/issued5/pg4c.pdf#:~:text=%E5%B0%87%E6%B3%95%E4%BE%8B%E7%BF%BB%E8%AD%AF%E6%88%90%E4%B8%AD%E6%96%87>，第2頁，2024年10月7日訪問。

[82] 1991年總督韋立奇簽署50/91/M號法令，又參見https://library.um.edu.mo/um_archives/memorabilia.html#item1，2024年9月15日訪問。

[83] 參見蔡肖文：《懷舊還是超越：澳門法律改革的現在與未來》，載《河南財經政法大學學報》2014年第3期，第159頁以下。

[84] 郝雨凡、吳志良：《澳門經濟社會發展報告藍皮書2009—2010》，社會科學文獻出版社2010年版，第32頁。

[85] 黃漢強、吳志良主編：《澳門總覽》，澳門基金會出版1996年版，第528頁。

[86] 冷鐵助：《澳門法律近三十年之發展》，載《澳門研究》2018年第3期，第55頁。

[87] 賈樂龍：《澳門的法律翻譯及過渡》，作者在一九九七年五月於北京舉行的研討會上發表之論文，<https://www.dsaj.gov.mo/MacaoLaw/cn/Data/prespectiva/issued5/pg4c.pdf#:~:text=%E6%B3%95%E5%BE%8B%E7%BF%BB%E8%AD%AF%E6%98%AF%E5%AF%A6%E7%8F%BE%E4%B8%8A>，2024年8月1日訪問。

國際會計師聯合會發佈的關於翻譯標準和指南的政策聲明。儘管翻譯過程組織良好、相當嚴格，但對不同語言版本的審查表明，這些術語已經深受英文原文的影響，並因錯誤和使用糟糕和過時的翻譯而遭到批評。^[88] 2003年精通英語的德國會計師對國際財務報告準則中的20種表述進行英語原文和德語翻譯的對照研究發現，至少有8個案例在兩種語言版本之間存在顯著差異。^[89] 此外，由於遺漏或誤譯，德語文本的範圍比英語文本更寬或更窄。^[90]

重疊型衝突類型屬於是基於法律語言的模糊性與地方性產生的“誤差”，而無法避免，這是各國法律翻譯常見現象。英國法學家哈特曾經以“禁止公園內駕駛車輛”的例子，闡述法律語言的不確定性與含糊性。對“車輛”的翻譯也成為法律翻譯的經典例子。葡文版澳門民法典第496條中的“veículo”一詞精確含義是指“交通工具”，而中文版卻將之限縮式翻譯為“車輛”。在歐盟的 *Fonden Marselisborg Lystba dehavn v Skatteministeriet* 案中，作為案件當事人的丹麥公司運營停車場為車主提供停車服務，其主張歐盟法律中的“車輛”一詞不包括“船”。歐盟法院在審查歐盟法律各種語言版本時，發現法語、英語、義大利語、西班牙語、葡萄牙語、德語和芬蘭語版本並不一致。^[91]

(2) 交互否定型

交互否定型是指就同一法律條文內容，中文與葡文的版本存在交互否定的碰撞衝突，此類衝突在法學方法論上稱之為碰撞漏洞。《民法典》第311條第1款c項中文版規定家政服務之外產生的債權的中止期間為該家政服務終止後的一年。然而，在葡文版本中，無論是家政服務還是非家政服務，時效中止期間均為2年。《立法會選舉法》第150條第1款與第186條第2款的中文文本並無重複提名案作出明確罰則，但葡文版本卻存在罰則。由於中葡法律文本是具有同等效力的，中文與葡文版本之間不可調和的矛盾否定了兩個版本的效力。因而，它已經不是屬於法律解釋層面的問題，也完全超越了重疊型衝突類型所能容忍的誤差範圍，而需要借助於立法解決。

(3) 葡式中文型

立法者作為代議制機關，必須向選民負責，只有符合絕大多數選民意志的法律，才具有民主正當性。而採用大多數人均能懂的語言進行議會辯論、徵求意見，成為保證立法文本品質的重要路徑。澳門中文版的大部分法律並沒有經過這一層，而是通過翻譯葡澳治下的法律體系的方式轉化而來。基於精通中葡法律專業群體的資源限制，中文版本法律條款“在用詞、造句、行文等方面都好像是從葡文直接翻譯而來的中文作品”，^[92] 呈現明顯的“葡式語法、中文表述”葡式中文的特徵。王榮國發現，《澳門刑法典》葡文本“actos sexuais de relevo”更適合翻譯為“猥褻”或者其他詞語，但在中文版本中卻被翻譯成“重要性欲行為”，這一“怪異表述”對葡文的“呼應程度堪稱完美”，但無論語法還是內容都不具有可理解性。^[93] 正基於此，不僅澳門普通居民無法輕易讀懂

[88] The Institute of Chartered Accountants in England and Wales, *EU implementation of IFRS and the fair value directive, A Report for the European Commission*, 2007, p.46.

[89] Timothy S. Douplik and Martin Richter, *Interpretation of Uncertainty Expressions: A Cross-National Study*, *Accounting, Organizations and Society*, vol. 28, issue 1, p.15-35(2003).

[90] Andreas Hellmann, Hector Perera, *Chris Patel: Equivalence in IFRS Across Languages: Translation issues from English to German*. Macquarie University, 2010.

[91] C-428/02 *Fonden Marselisborg Lystbadehavn v Skatteministeriet*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0428>, 2024年9月20日訪問。

[92] 黃翊：《澳門語言研究》，商務印書館版2007年版，第193頁。

[93] 王榮國：《論澳門法律文本雙語差異的解釋——以“重複提名案”為例》，載陳金釗、謝暉主編：《法律方法》2019年第4期，研究出版社2020年版，第133頁。

葡式中文，即便法律專家也無法通暢高效地閱讀，而不得不借助於葡文。^[94]極差的可讀性與可理解性直接導致中文版本法律體系應當具備的規範功能消失殆盡，以至於“葡式中文”被語言學家成之為幽靈”。^[95]

2. 解釋論作為澳門學界與實務的通說

(1) 法律解釋方法的實證化

澳門法律沿襲了歐陸法系，嚴格堅守法律制定與法律解釋的二元區分。當立法文本存在不足時，通常會採用解釋論來填補立法上的不足。澳門現行法律 101/99/M 號法令第 5 條^[96]與民法典第 8 條^[97]甚至將法律解釋方法成文化，而成為具有“必須適用”的強制性條款。解釋論的通說還得到《維也納條約法公約》第 33 條與香港特區政府《釋義及通則條例》第 5 條的域外法的支持，主張兩種文本具有同等效力，但允許以一種文本為依據。這也得到擁有 24 種官方語言的歐盟法實踐經驗的支持。^[98]正基於此，通過解釋論來解決中葡法律文本的衝突成為澳門學界與實務界的通說。

(2) 學界通說

王千華主張，“中文作為澳門司法過程中的正式語文的優先地位，最終還是要靠在法律解釋和適用過程的實踐積累來確立”。^[99]王榮國在解析 2017 年立法會選舉衝突提名案中，亦主張採用 101/99/M 號法令進行解釋。^[100]對解釋論正當性與操作性論述最全面與深入的是關冠雄的《從法律解釋學看澳門立法中的中葡文本的效力》一文。該文在詳實地分析中葡法律文本效力兩種截然對立觀點論據基礎上，明確指出“中葡法律文本差異與優先問題，是個假問題，其本質實為一個法律解釋問題，並非能從簡單抽象的分析或一般的具體分析中找到答案，亦非簡單地強制規定中文法律文本優於葡文，或者葡文法律文本優於中文等便可以充分解決雙語現象的問題”。^[101]隨後，主張沿著“考究出立法者意圖”的路徑，依次查閱政府公報內容及其更正歷史，或者找出當年立法者的會議討論稿或者意見稿找出法條增刪的原因。如果都不可行，則根據各種解釋方法去理解立法者是否特意在中文法律文本中如此表述。^[102]

(3) 實務觀點

將中葡法律文本衝突問題轉為法律解釋問題在 2017 年立法會重複提名選舉案有著明顯體現。

[94] 參見趙國強：《關於發展與完善澳門法律的幾點思考》，載吳志良、楊允中主編：《澳門2000》，澳門基金會2000年版，第98頁。

[95] 程祥徽主編：《澳門人文社會科學研究文選·語言翻譯卷》，社會科學文獻出版社2009年版，第1頁。

[96] 第5條：“（規範性文件之解釋）一、規範性文件是單一的，兩種正式語文文本之任一文本均具公信力，且推定各文本相同之意義及範圍。二、上款所指之文件，得以其任一文本為依據，按法律之一般規定予以解釋。三、規範性文件文本間出現意義差異時，應考慮在解釋法律方面通常採用之規則，採納各文本均含有之意義；如該方法不能解決問題，則採納最能符合該文件之目的之意義”。

[97] 《澳門民法典》第8條規定：“法律解釋不應僅限於法律之字面含義，尚應尤其考慮有關法制之整體性，制定法律時之情況及適用法律時之特定狀況，從有關文本得出立法思想”。

[98] Kreße, Bernhard, Mehrsprachigkeit im Recht der Europäischen Union, Zeitschrift für Rechtspolitik, ZRP 2014, S.11 ff.

[99] 王千華：《澳門特區法制建設中的正式語文問題》，載於楊允中主編：《“一國兩制”與法律法律體系完善（學術研討會論文集）》2013年版，第107頁。

[100] 王榮國：《論澳門法律文本雙語差異的解釋——以“重複提名案”為例》，載陳金釗、謝暉主編：《法律方法》2019年第4期，研究出版社2020年版，第139頁。

[101] 關冠雄：《從法律解釋學看澳門立法中的中葡文本的效力》，載駱偉建、王禹主編：《澳門人文社會科學研究文選·基本法卷》，社會科學文獻出版社2009年版，第428頁。

[102] 同上註，第421頁。

立法會選舉管理委員會認為，“針對法律解釋方面，不存在所謂正式語文優先的問題，因為規範性文件的兩種正式語文文本的任一文本均具公信力，重點在於厘清有關條文的立法原意”，據此語言問題轉為法律解釋問題。具體操作如下：首先採用歷史解釋，即將該條款追溯到回歸前頒佈的第4/91/M號法律通過的選舉法；其次，採用體系解釋，即透過對第27條第3款等方式，“解釋到為何立法者要求每一選民只可簽名支持一份候選人名單，正因為按照《立法會選舉法》150條或186條的葡文表述所規定，一旦在同一選舉中提名相互之間存在競爭的候選名單者，即構成違法”，因而“透過對選舉法作系統性解釋，選管會認為葡文版本比較貼近立法原意”。^[103]最後，“在法律解釋上，可見《立法會選舉法》150條或186條的中文表述並不符合立法原意”。

（三）解釋論與《澳門基本法》第9條的不相容性

1. 葡文版本優於中文版本的後果

中文與葡文均是正式語文，立法者固然可以將採用原始立法語言形成的原始文本與譯本均規定為具有同等效力的正式法律。^[104]但兩個法律文本只要存在法律翻譯關係，必然會導致原本效力大於譯本的結果。1993年7月頒佈的《全國人民代表大會常務委員會關於〈中華人民共和國澳門特別行政區基本法〉葡萄牙文本的決定》亦如此。該決定指出，全國人民代表大會法律委員會主持審定的《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》葡萄牙文譯本為正式葡文本，和中文本同樣使用；葡文本中的用語的含義如果有與中文本有出入的，以中文本為準。有學者主張該規定是澳門法律中文效力大於葡文效力的依據，而忽視了該條款只是就《澳門基本法》的中文與葡文存在的“中譯葡”這一關係而言的。這也體現在司法裁判上，基於法院“葡翻中”的關係，澳門特別行政區終審法院辦公室對香港律政司諮詢有如下答復，“法院發出的（葡文）裁判書的（正文）譯文被視為極具參考價值，但仍是作為譯本。（中文）譯本與（葡文）原文如有任何意義差歧，得以原文為主”。^[105]

澳門中文法律作為法律翻譯產物這一路徑依賴，決定了中文表面上是正式語文，但事實上僅僅是葡文文本的譯本，只要存在“葡文譯中文”的關係，葡文版本效力幾乎必然大於中文版本。首先，就重疊型衝突而言，澳門民法典第496條葡文“veículo”與中文版“車輛”的解釋取捨上，依據文義解釋、歷史解釋與目的解釋最終還是要返回到葡文版本，取“veículo”的原義“交通工具”。其次，就交互否定型而言，它固然是由法律解釋發現的，但最終已經屬於立法論層面大問題。2010年歐盟與韓國簽署的自由貿易協定的英文文本規定，韓國生產的玩具和蠟製品的原材料最多可以享受50%的關稅優惠。但是，韓國政府批准的韓文版本的關稅優惠上限分別為40%和20%。該事件發生後，政府公信力受到嚴重質疑，韓國不得不對所締結的國際條約文本的正確性進行審查並通過修法的方式予以改正。最後，就葡式中文而言，以葡式語法表達出的中文版本是對葡文版本直譯的，各個法律術語與條款也停留在對應的“葡文”上，這破壞了中文版本整體意義的完整性與有機聯繫性。文義解釋與體系解釋等以文本為基礎的解釋方法也無法順利展開，而只能依附於葡文文本。

2. 對治理績效提升與語言基本權利的影響

[103] 法會選舉管理委員會：《重複提名的懲罰性規定是按立法原意及目的理解 不涉及正式語文優先的問題》，<https://www.gov.mo/zh-hans/news/148696/>，2024年10月10日訪問。

[104] 第101/99/M號法令第5條就規定，兩種正式語言的法律文本原則上應具備同等尊嚴，原則上應推定具備同等法律效力。

[105] 香港律政司給香港立法會之《翻譯法院判詞》（香港特別行政區立法會 CB(2) 2566/02-03 (01) 號文件。轉引謝耿亮：《法律移植、法律文化與法律發展——澳門法現狀的評判》，載米健主編：《澳門法律改革與法制建設》，社會科學出版社2011年版，第138頁。

(1) 並未達到治理績效最大化

立法者採用法律翻譯而不是法律編纂的方式制定中文法律，固然從形式上完成了法律體系的文化，但卻將責任往後推向法律適用者，這導致法律適用者也只能依據葡文版來裁判。

(2) 損害語言基本權利

葡文正式語文地位得以繼續維繫的同時，中文的正式語文地位依然停留在表面，其造成的葡文文本優於中文文本的客觀效果，也侵犯了語言基本權利。

首先，違反了澳門居民利用自身母語進行活動的能力。在立法會選舉案中，《立法會選舉法》是源於葡文版本，“立法機關於2008、2012及2016年對選舉法部分條文作出修訂，但在數次的修法中，基本上沒有對《立法會選舉法》150條及186條作出實質修改”，^[106]

關冠雄以澳門民法典第311條為例，就中葡法律文本衝突曾經提出了受眾的語文主義，即懂葡文的人使用葡文版本，不懂葡文的人採用中文版本。然而，界定對中文與葡文的熟悉程度，是通過葡萄牙語等級考試(CAPLE測試)，還是漢語會所語言水準考試(HSK)，還是日常用的母語？即便通過語言等級考試，或者懂得母語能理解高度法律性的法律文本嗎？這實質上將整個澳門法律體系根據語言的不同一分为二，從而有違反《澳門基本法》第25條的“在法律面前一律平等”與“不因語言而受到歧視”的立場。論者也承認更複雜的情形時，“既懂得中文又懂得葡文”會“涉及更深入的司法和訴訟問題”。^[107]

五、從解釋論邁向法典化的立法論

(一) 正確繼受葡萄牙法律文化

中葡法律文本的衝突並不是個單純的解釋論問題，而是需要從立法論角度才能徹底解決的問題。相應地，澳門法律體系的本地存在兩種進路：一種是通過法律翻譯完成的形式本地化；第二種是，通過法典編纂實現的內容本地化，即強調澳門的法律本地化需要充分反應與解決澳門居民的需求。^[108]需要指出的是依據芬蘭法學家圖奧裏得出通過“去葡化”實現澳門法律本地化可能的局限性。

芬蘭法學家圖奧裏提出批判法律實證主義理論討論三個層次。法律結構中的“表層”（法律條文）與“中層”（法律文化）指向由立法者、律師和法官組成的“狹義”法律共同體所進行的立法、訴訟和裁決活動，這兩個層面可以歸結到哈特與凱爾森關注的主題屬於法律的最上層。而深層結構則是決定“表層”與“中層”的決定性因素。^[109]謝耿亮依此為理論，從人口數量、經濟關聯

[106] 立法會選舉管理委員會：《重複提名的懲罰性規定是按立法原意及目的理解 不涉及正式語文優先的問題》，<https://www.gov.mo/zh-hans/news/148696/>，2024年11月22日訪問。

[107] 關冠雄：《從法律解釋學看澳門立法中的中葡文本的效力》，載駱偉建、王禹主編：《澳門人文社會科學研究文選·基本法卷》，社會科學文獻出版社2009年版，第421頁。

[108] 就此而言，趙燕芳對澳門法律本地化的描述更為貼切。即“澳門法律本地化是指澳門法律由本地立法機關制定、立法形式和立法程式合乎本地的立法傳統，法律的制訂符合本地社會的實際需要，其內容能反映出本地的特點和本地的政治、經濟和社會環境，立法語文為本地廣大市民所掌握的語文以便使法律為人們所遵守，法律教育的授課語言為本地廣大市民所掌握的語言，立法者和執法者均為本地人等。總括而言，澳門法律本地化是指澳門的立法從內容到形式，都必須具有澳門本身的特點，適應澳門當今的政治、經濟和社會發展的實際需要”。趙燕芳：《澳門法律本地化之回顧與前瞻》，載《行政》第17/18期（1992年），第837-839頁。

[109] 謝耿亮：《法律移植、法律文化與法律發展——澳門法現狀的評判》，載米健主編：《澳門法律改革與法制

性、與現代性角度，主張“葡萄牙法律文化是歐洲後進的法律文化”，“澳門並無葡萄牙法律文化存在的合理基礎”：葡萄牙法律文化與絕大多數本地居民與境外利益相關者存在“利益衝突”，甚至會“排斥和限制澳門本地法律文化”，由此需要“改變澳門法中文本存而不用狀態，承擔起促使澳門法獨立發展的使命”。^[110]該立場對澳門法的發展困境有著深刻的認識，但無論是方法論還是內容都過於跳躍。^[111]

首先，比較法研究本身就隱含著對先進/落後及其背後的精英主義中心論保持足夠警惕的價值觀。功能性比較方法是比較法公認的研究方法，它首先要求研究者打破某法律體系先進與落後的觀念，將研究的出發點放在本國需要解決的問題，去探究各國法律如何去解決。從這個意義上，法律移植從來不是一種規範的移植，而是帶有問題導向的移植。因而，澳門法律發展問題是不能用國別來界定，而是需要用功能來界定。申言之，只要能解決澳門法律本地化與發展問題，合適的法律制度或者法律條款乃至司法實踐屬於哪個國家與地區的並不重要。對於已經是沿襲葡萄牙法律體系澳門而言，葡萄牙法律是否先進與落後是屬於“前現代”的議題，甚至是假命題；真命題反而應當是：在沿襲葡萄牙法律文化的澳門，無論是解決目前法律發展困境，還是具體法律制度與條款的困境，哪些比較法上的資源可以採用。這與芬蘭並不是傳統意義上的法學知識的輸出國，但論者卻可以利用芬蘭法學家提出的理論去分析澳門法律發展困境在方法論上是一致的。

事實上，從全球而言，作為歐洲法律文化組成的葡萄牙法律文化並不落後，張禮洪甚至認為“葡萄牙民法體系的科學性和民法學研究水準也具有不可爭議的先進性”。^[112]首先，葡萄牙法不僅僅是對法國法與德國法的一次融合和折中，^[113]隨著各成員國法律的不斷歐盟化，葡萄牙法律本身成歐盟法律體系的一部分。其次，葡萄牙法律文化在2.6億人口的葡萄牙語國家共同體內的主導地位，本身也屬於重要的法學知識輸出國。如果從香港與新加坡作為亞洲英文世界的法律爭議解決中心地位上看，澳門完全可以利用其葡萄牙法律文化成為全球中葡法律爭議解決的中心。

其次，圖奧裏理論是在歐陸高度同質的法律文化下的建構，當它運用到異質性的中華文化圈時可能忽略了這點：法律在東亞從來不是高度獨立於政治的封閉存在，而是高度依附於政治，是政治導向而不是法律的深層次結構，決定了法律表層與中層。無論是1901年清帝下詔“變法”，還是1978年以來我國告別法律虛無主義重建法治，無一不是對西方法律知識的法律移植。這些法律移植都是在不具備西方法律所對應的“深層結構”下進行的：前者對應的是自然經濟與儒家文化，後者是高度集中的計劃經濟及其相適應的“人治”。

葡萄牙法律的“強制直接接入”還是“準強制直接接入”，反而使得澳門這一地理面積狹小但國際性城市獲得了獨一無二的橋樑與實驗室^[114]的比較優勢。誠如張禮洪所言，“中文和葡萄牙文同為澳門特區官方語言，這使得相對於德國民法、法國民法而言，通過學習葡萄牙民法而獲取大陸法系民事法律制度的先進經驗變得更為直接、便捷和有效”。^[115]澳門法律的改革方向不應當是

建設》，社會科學出版社2011年版，第126頁以下。

[110] 同上註，第132-138頁。

[111] 相關的總結與評論唐曉晴：《澳門法制發展之路——在後殖民的困惑中探索澳門一國兩制的法治理想》，載《中研院法學期刊》第17期（2015年），第30頁。

[112] 張禮洪：《物權制度設計現代化的幾點思考——以葡萄牙民法為視角》，載《環球法律評論》2012年第2期。

[113] 最典型的是葡萄牙民法典是法國民法典與德國法民法典折中的產物，參見《葡萄牙民法典》，唐曉晴等譯，北京大學出版社2009年版。

[114] See Tong IC, Neuwirth RJ, Li K. *Polyjurialism Meets Polyglotism: An LL.B. in Chinese Law and Global Legal Studies in the English Language*, *Asian Journal of Law and Society* (2024), p.11, 21, 195-215, 209.

[115] 張禮洪：《物權制度設計現代化的幾點思考——以葡萄牙民法為視角》，載《環球法律評論》2012年第2期。

削弱葡萄牙語在澳門法治秩序的中地位與作用，而是立足於本地化，繼續強化研究包括葡萄牙法律文化在內各國法律文化，儘快通過學術與實務的良性互動機制積累起建立起澳門本地的中文法律文化。

（二）澳門中文法律體系編纂的比較優勢

從歷史維度而言，法律翻譯使中文法律體系首次出現在澳門。只不過葡澳過渡時期準備過於倉促與當時澳門法學孱弱與才延伸出結構性衝突。然而，澳門回歸 25 年以來，推進法律中文文化本來就是《澳門基本法》第 9 條的義務，最重要的是澳門回歸初期法學研究孱弱與中葡法律人才稀缺的局面已經得到根本性改觀。首先，澳門以葡萄牙法律文化為基調、多種法系背景的法學家群體已經形成，並有著穩定的法律期刊與法學文獻出版物。^[116]就整體而言，具有了用中文、葡文、英文、甚至德文等多語種研究與發展中文法學與法律的能力。與此同時，大量的葡國法學著作^[117]與葡萄牙法律^[118]也被翻譯成中文，尤其值得矚目的是開始翻譯葡國法學教授撰寫的澳門法律的法典評注。^[119]其次，澳門大學法學院、澳科技大學法學院等為代表的法學教育界已經為澳門實務界培養了大批中葡雙語或者中英雙語的法律人才，這為學術與實務良性互動機制中的實務側提供了堅實的基礎。最後，內地法學發展也為澳門法律發展帶來強有力的中文法學的支持。1978 年以來內地法律與法學的發展存在兩個知識源泉：一是，我國台灣地區繼受他國形成的法學知識體系，二是，通過大量法律翻譯德國與美國等域外法學知識體系。^[120]這不僅為澳門本地法學法學知識提供了豐富的比較法資源，也為如何發展澳門的本地法學提供了很好的視角。尤其是直接從事港澳法研究的內地學者也是重要的主體。作為港澳基本法的研究重鎮深圳大學港澳基本法研究中心也已經開始重新翻譯澳門民法典，並於 2018 年 12 月完成了《澳門民法典（一）》。

（三）未來的政策建議：從法律翻譯邁向法律編纂

澳門法律體系的本地化或者再中文化是一個長期的系統工程，需要通盤考慮訂立法律改革規劃。短期內，可以不斷擴大中文在條文草擬與法律適用中的作用，儘量先採用中文草擬文本，再翻譯成葡文，從而在源頭上杜絕“葡式中文”。^[121]長期而言，澳門特區政府需要加強法學教育，充分利用澳門、內地、葡國等不同地域的法學家群體與實務界的專業，實現澳門法律體系從法律翻譯向法典編纂的轉化。

[116] 相關統計參見賴冠儒：《澳門法實證研究簡析》，載《“一國兩制”研究》2016年第4期，第86頁以下；王國強：《回歸十年來設計澳門法律範疇的圖書出版狀況與分析》，載《澳門法學》2011年第3期，第93頁。

[117] 例如社會科學文獻出版社與澳門基金會出版的澳門特別行政區法律叢書；唐曉晴為主編、法律出版社出版的葡萄牙法律經典譯叢。

[118] 《葡萄牙民法典》，唐曉晴等譯，北京大學出版社2009年版。

[119] 目前翻譯成中文最新的有法律及司法培訓中心：《澳門刑法典註釋及評述》，盧映霞譯，2024年版。https://www.cfjj.gov.mo/zh_CN/web/guest/-7，2024年10月11日訪問。

[120] 德國有米健主編的《當代德國法學名著》，李昊主編的《外國法學精品譯叢》，《法律人進階譯叢》的五個系列；“中美元首法治計畫”（Presidential Rule of Law Initiative）下展開的“美國法律文庫”。更早的包括中國大百科全書出版社出版的《外國法律文庫》。

[121] 梁淑雯：《語言矛盾與對基本法的正確理解》，載《“一國兩制”研究》2013年第4期，第110頁。

Abstract: Article 9 of the Basic Law of Macao establishes a performance-oriented bilingual system. The MSAR authorities enjoy the autonomy to form their own space for the use of the official languages, but at the same time they need to be subjected to the double constraints of the performance of governance and the protection of the fundamental right to language. The Chinese version of Macao's legal system is not a product of codification, but rather of a lack of high-quality Chinese and Portuguese bilingual legal professionals, and as a result, the Macao bilingual legal system is characterized by at least three typological conflicts: the overlapping type, the reciprocal negative type, and the Portuguese-Chinese type. Methods of legal interpretation will only result in the Portuguese version being more effective than the Chinese version, but not in the Chinese version being more effective than the Portuguese version; it will not fulfill the requirements of governance performance improvement and the protection of linguistic fundamental rights, and the conflict of bilingual legal texts can only be returned to the legislative theory, which will be accomplished through codification. The Macao SAR Government may consider to make full use of the group of jurists from different geographical regions, such as Macao, the Mainland, and Portugal, and the professions of the practice, in order to realize the transformation of the Chinese legal system from legal translation to codification.

Key words: Official Language; Chinese; Portuguese; Legal Interpretation; Legislative; Codification of Law

(責任編輯: 管晨東)

澳門仲裁發展的政策目標與實現路徑

呂冬娟*

摘要 今年是澳門地區回歸祖國25周年，得益於“一國兩制”的基本原則，澳門地區享有高度的自治權，這為澳門地區的仲裁優勢的持續發揮提供了法治土壤，但澳門仲裁法及仲裁機構仍有空間提升其對公眾的吸引力。因澳門現行仲裁制度在設計上與域外優秀的仲裁制度還存有比較大的差距，從而影響了澳門仲裁公信力和區際和國際競爭力。這些問題在一定程度上制約了澳門仲裁的高質量發展和仲裁在打造中葡經貿爭議國際仲裁中心方面作用的發揮，亟須修改完善。基於此，本文擬在梳理澳門仲裁制度的基礎上，分析澳門仲裁法和仲裁機構中存在的問題及提出優化的建議，希冀對澳門仲裁制度進行適度創新，使仲裁逐步上升為公眾認可的爭議解決方式，以期推動澳門仲裁的發展，以此提升澳門仲裁公信力和區際及國際競爭力。

關鍵詞 仲裁法 仲裁機構 仲裁規則 仲裁員

引言

仲裁（Arbitragem）作為國際通行且獨特的訴訟外爭議解決方式之一的，因其中立性、保密性、程式的靈活和自由、高效、跨法域承認與執行便捷等多項優勢，已成為解決國際商事爭議最常用的方式或首選方式。澳門早在上個世紀60年代初就已引入仲裁制度^[1]，但實施效果一直不甚理想。近年來，澳門政府一直致力於促進經濟適度多元化的各種努力，尤其是在後疫情時代，澳門博彩業和旅遊業等產業遭受了嚴重衝擊的背景下，探索經濟多元化就顯得尤為重要和緊迫。其注意到仲裁的獨特優勢和仲裁對澳門經濟多元化經濟的重要作用，因而對仲裁寄以厚望，制定了一系列政策目標。如《澳門特別行政區經濟和社會發展第二個五年規劃（2021-2025年）》提出推動完善多元糾紛解決機制^[2]和持續提升中葡平台實效^[3]的目標與任務，編制“二五”規劃目的是構建未來發展藍圖，以推動澳門特色“一國兩制”實踐行穩致遠，到2025年，中國與葡語國家商貿合作服務平台功能將進一步擴展。澳門《2024年財政年度施政報告》也明確提出了“進一步拓展澳門中

* 呂冬娟，法學博士、澳門城市大學法學院助理教授。

[1] 參見魏丹：《論澳門仲裁制度的發展與潛力》，載《澳門法學》2011年第3期，第25-26頁。

[2] 《澳門特別行政區經濟和社會發展第二個五年規劃（2021-2025年）》，第68頁。

[3] 同上註，第92頁。

葡平台功能”。^[4]又比如《仲裁法》修訂理由陳述中所說的，“澳門特別行政區有益推動澳門成為中國與葡語國家商貿爭議仲裁中心”，澳門特區政府的施政目標之一是建設和推動澳門作為替代性爭議解決方式的平台，打造中葡國際商貿爭議仲裁中心。^[5]

筆者認為，澳門本土有能力提供非常優秀的仲裁服務。用以下例子來詮釋這一觀點，如對於專業化的要求，據澳門第19/2019號法律《仲裁法》第22條第1款之規定，對於仲裁員的要件，仲裁員若是自然人，僅要求仲裁員具備完全民事行為能力，對仲裁員任職資格沒有做特別的限制。與中國澳門地區不同，內地《仲裁法》（2017年修正）第13條規定了仲裁員選任的條件，立法者對仲裁員的任職資格設定了很高的法定門檻，通俗的表達為“三八兩高”的強硬性標準。儘管內地實行如此嚴格的仲裁員准入條件，但當筆者查閱內地多個在全球都極富盛名的仲裁機構的仲裁員名冊時，發現澳門地區的仲裁員（以居住地為澳門地區作為查詢索引）已悄然出現在很多知名度高、影響力廣的著名仲裁機構的仲裁名冊上，如中國國際經濟貿易仲裁委員會（2021年名冊）^[6]有6名、中國海事仲裁委員會（2021年名冊）^[7]有1名、北京仲裁委員會（名冊更新至2024年）^[8]有3名、上海仲裁委員會（名冊更新至2024年）^[9]有2名、廣州仲裁委員會（更新至2024年）^[10]有40名、深圳國際仲裁院（更新至2024年）^[11]有17名、珠海國際仲裁院（更新至2024年）^[12]有90名以上。其中以珠海國際仲裁院為典型代表，該仲裁機構現有仲裁員接近960名，之中澳門地區仲裁員有90名以上，總占比超過9%，澳門地區仲裁員人數居內地仲裁機構之首。^[13]面對如此嚴格的仲裁員准入條件，仍有這麼多澳門地區的仲裁員被選上，這本身也說明澳門本土有能力提供非常優秀的仲裁員，完全有能力向本地或全球提供優質的仲裁服務。

考量澳門仲裁要在經濟多元中扮演什麼樣的角色，筆者認為，澳門仲裁其實應有雙重角色，澳門仲裁在服務於其他產業時，也可發展成為澳門的新興支柱產業。在“一國兩制”的基本原則下，全面考量澳門面對國內國際雙向開放的地位、可依託粵港澳大灣區、橫琴粵澳深度合作區發展的契機，將澳門仲裁產業化成了非常重要的現實務實之選。第一，從國際層面，在疫情和後疫情時代，全球很多產業都受到了毀滅性的打擊，而全球的仲裁業卻芝麻開花節節高，很多國際仲裁機構實現受案總標的額的顯著增長，表明國際仲裁的獨特作用在國際上得到了更為廣泛的認可。第二，從國家層面而言，根據貿仲最新的統計資料，2023年，我國仲裁機構提供的仲裁服務中所涉案件標的額總額首次突破萬億元。^[14]第三，從地方層面，如深圳國際仲裁院（以下簡稱為“深國仲”）2023年受理案件總爭議金額人民幣1383億元，國際商事仲裁個案最高金額超過人民幣250億元。^[15]

[4] 《中華人民共和國澳門特別行政區政府2024年財政年度施政報告》第43頁。

[5] 澳門特別行政區立法會：《第一常設委員會第5/VI/2019號意見書》，轉引自汪超：《粵港澳大灣區背景下澳門特別行政區仲裁協議的效力擴張問題》，載《中國應用法學》2023年第5期，第158-159頁。

[6] 參見<http://www.cietac.org/index.php?g=User&m=Arbitrator&a=index&l>，2024年9月28日訪問。

[7] 參見<https://arb.e arbitration.org.cn/arbitrator/list>，2024年9月25日訪問。

[8] 參見<http://www.bjac.org.cn/arbitrator/list>，2024年8月28日訪問。

[9] 參見<https://file.00dao.com/ShangHai/2024/10/2024102471729760409892.pdf>，2024年12月14日訪問。

[10] 參見<https://www.gzac.org/zcymc>，2024年9月3日訪問。

[11] 參見<http://www.scia.com.cn/Home/index/searchbook>，2024年9月5日訪問。

[12] 參見<http://zcia.pro/list/38.html#nyner>，2024年9月8日訪問。

[13] 參見<http://www.zcia.pro/list/38.html>，2024年11月8日訪問。

[14] 參見“2023年我國仲裁機構仲裁案件標的總額首次突破萬億元”，https://legal.gmw.cn/2024-09/26/content_37583170.htm，2024年10月28日訪問。

[15] 參見<https://www.scia.com.cn/index.php/Home/index/aboutdetail/id/15.html>，2024年9月20日訪問。

一方面，澳門地區可以配合國家仲裁業的蓬勃發展，利用好澳門這個開放平台或窗口，實現優秀的區際和國際仲裁人才的彙集；另一方面，在為澳門其他產業提供仲裁服務的同時，將仲裁產業化亦可為國家強大仲裁業開拓新的市場，打造中葡經貿爭議國際仲裁中心。之所以筆者認為澳門可將仲裁產業化，是基於多方面因素的綜合考慮，澳門本身有成為一個理想的國際仲裁之地的巨大優勢，如澳門在受理涉葡語國家商事糾紛案件仲裁方面具有得天獨厚的優勢。同時，澳門地區為促進國際仲裁做了很多努力，仲裁業有與國際接軌的標準體系。近年來，政府在制定了一系列政策目標的同時，也多次在立法上進行改革。澳門經濟多元轉型的關鍵是要增強產業競爭力，澳門仲裁業的競爭力如何設計和強化就顯得尤為重要了。當然，澳門地區要實現政策目標，立法當然是首要的，修法亦是非常重要的，新法的修訂為促進澳門仲裁制度的現代化、區際化及國際化有非常重要的作用。但僅僅立法和修法是遠遠不夠的，還必須要仰賴於其他因素的配合，有關方面應積極行動起來也是解決問題的關鍵所在，以保證法律最終的貫徹實施。鑒於此，本文在檢視澳門仲裁的法律環境和行業現狀的基礎上，給出實現澳門仲裁業的政策目標的可行性路徑。

一、法律環境與行業現狀之檢視

（一）法律環境

如前所述，澳門早在上個世紀 60 年代初就已引入仲裁制度。1991 年又透過澳門第 112/91 號法律《司法組織綱要法》開始認可仲裁制度作為非司法性質的解決爭議的一種方式。^[16] 1996 年，澳門通過第 29/96/M 號法令《核准仲裁制度》，屬於《內部仲裁法》。同年通過第 40/96/M 號法令《訂定進行機構自願仲裁之條件》規定了設立仲裁機構的規則。1998 年，澳門參照 1985 年《聯合國貿易法委員會國際商事仲裁示範法》，制定並通過第 55/98/M 號法令核准《涉外商事仲裁專門制度》，從而形成了澳門地區內外雙軌同時並存的仲裁制度。

2019 年，上述《核准仲裁制度》和《涉外商事仲裁專門制度》被澳門現行第 19/2019 號法律《仲裁法》^[17] 所廢止。《訂定進行機構自願仲裁之條件》則被第 36/2019 號行政法規《仲裁機構的設立與運作制度》所廢止。為了更好地推廣和普及仲裁制度，第 19/2019 號法律《仲裁法》的修訂幅度非常大。其立足於澳門地區的實際情況，參照 2006 年修訂版本的《國際商事仲裁示範法》的規定和參考了熱門仲裁地的仲裁法，將原內部仲裁和涉外商事仲裁合二為一，同時引入了大量國際商事仲裁中已廣泛適用的制度和概念，目的是優化具有中國澳門特色的、與國際接軌的仲裁法律制度，提升澳門仲裁的公信力和提高爭議解決的效率，以冀澳門特區成為中葡經貿爭議仲裁中心。

另外，自澳門回歸祖國以來，在“一國兩制”的基本原則之下，最高人民法院和我國澳門地區簽署了一系列區際民商事司法協助協議，如《最高人民法院關於內地與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書和調取證據的安排》（2020 年修訂）；《最高人民法院關於內地與澳門特別行政區相互認可和執行民商事判決的安排》（2006 年）；《最高人民法院關於內地與澳

[16] 參見魏丹：《論澳門仲裁制度的發展與潛力》，載《澳門法學》2011年第3期，第25-27頁。

[17] 根據澳門特別行政區第19/2019號法律《仲裁法》的規定，在澳門可仲裁範疇非常寬泛，包括民商事仲裁，以及行政仲裁等。值得關注的是，除了機構仲裁外，在澳門地區，當事人還可以選擇更為靈活和自主的臨時仲裁（*ad hoc arbitration*）。另外，若是以仲裁發生的依據作為判斷標準，仲裁可分為自願仲裁及必要仲裁。在澳門地區，絕大部分仲裁是基於意思自治原則達成的自願仲裁。對於必要仲裁，如澳門第9/2023號法律《樓宇滲漏水爭議的必要仲裁制度》就規定了解決樓宇滲漏水爭議的必要仲裁制度。第137/2023號行政長官批示指定澳門世界貿易中心仲裁中心為負責第9/2023號法律規定的必要仲裁程序的仲裁機構。

門特別行政區相互認可和執行仲裁裁決的安排》（2008年）；《最高人民法院關於內地與澳門特別行政區就仲裁程序相互協助保全的安排》（2022年）等，使得內地與澳門特區之間在民商事方面的司法協助更加緊密和規範，對解決區域經濟一體化形勢下日益增多的區際司法協助需求起到了非常積極的推動作用。

我國於1987年加入《承認及執行外國仲裁裁決公約》（以下簡稱為《紐約公約》）。2005年，內地將《紐約公約》在互惠保留的前提下擴展適用於中國澳門地區。當然，毋庸置疑，內地與澳門之間的區際司法協助屬於一個主權國家內部之間的區際司法協助。內地與澳門之間一系列的區際司法協助大大增加了澳門地區作為仲裁地的吸引力，有利於澳門仲裁業的長遠發展，其是在遵循《憲法》和《澳門基本法》前提下，凸顯中國特色、充分展現出“一國兩制”的制度優勢，同時也充分詮釋了中央對澳門地區仲裁業的大力支持。

（二）行業現狀

根據澳門地區《仲裁法》的相關規定，澳門地區的仲裁機構是依據法定條件和程序組成的^[18]，其是為了解決當事人之間的民商事或行政爭議而設立的一種社會糾紛解決機構。雖澳門政府在回歸前後分別設立了5家仲裁中心，其中有3家是專門性的仲裁機構，分別為澳門消費爭議調解及仲裁中心、保險及私人退休基金爭議仲裁中心，以及樓宇管理仲裁中心；2家提供綜合服務的一般性的仲裁機構，即澳門律師公會自願仲裁中心、澳門世界貿易中心仲裁中心，但目前有2個專門性的仲裁機構已被撤銷。

對於保險及私人退休基金爭議仲裁中心，澳門透過第192/2001號行政長官批示及第259/2002號行政長官批示設立，其屬於澳門金融管理局下設的專門性質的仲裁中心。但令人遺憾的是，由於該中心自設立之後一直沒有達到當初立法的目的，即有效解決有關保險以及私人退休基金的民商事爭議或糾紛。2020年，據澳門第128/2020號行政長官批示，保險及私人退休基金爭議仲裁中心被撤銷。另外，同樣是在2020年，依據第112/2020號行政長官批示，澳門房屋局下設的樓宇管理仲裁中心（該仲裁中心按照第66/2011號行政長官批示設立）作為一家專業性的仲裁機構也被依法撤銷。對於透過行政長官批示撤銷樓宇管理仲裁中心的原因的詮釋，運輸工務司司長對此回應時表示，樓宇管理仲裁中心於2011年成立，但直至2020年，一筆生意都沒有做過，過往曾有數單個案，但最終因為無人簽名和解，沒有完成一個個案。^[19]綜上，澳門地區有2家仲裁機構黯然退場，目前僅存3家常設型的仲裁中心，即澳門律師公會仲裁中心、澳門世界貿易中心仲裁中心，以及澳門消費爭議調解及仲裁中心。

對於澳門律師公會仲裁中心，相關的受理仲裁案件的信息非常少。目前，該仲裁機構的仲裁員名冊還在更新之中，所以也無法查詢到仲裁員的總數和地域覆蓋度。澳門消費爭議調解及仲裁中心是澳門消費者委員會下設的仲裁中心，其是具有專門性的仲裁機構。截止到目前的統計數據，從1998到2020年的20多年間，在澳門消費爭議調解及仲裁中心立案總數為647例，總標的額約為368萬澳門元。^[20]澳門消費爭議調解及仲裁中心原稱為“澳門消費爭議仲裁中心”，其在2020年經第228/2020號行政長官批示更名為“澳門消費爭議調解及仲裁中心”，根據更名後的仲裁統計數據，在2021和2023年總共約為115萬澳門元。^[21]澳門世界貿易中心仲裁中心是目前澳門運

[18] 澳門特別行政區第19/2019號法律《仲裁法》第2條第（三）項。

[19] 參見<https://www.exmoo.com/article/148235.html>，2024年9月2日訪問。

[20] 參見澳門特別行政區政府消費者委員會：《消費爭議調解及仲裁服務簡介》，<https://www.consumer.gov.mo/CAC/Statistics.aspx?lang=zh>，2024年9月28日訪問。

[21] 同上註。

營得較好的綜合型仲裁機構。澳門世界貿易中心仲裁中心原稱為“澳門世界貿易中心自願仲裁中心”，該中心自 2006 年成立至 2018 年的 12 年間僅處理了幾個案件。^[22]但在 2021 年，該仲裁中心收到多個仲裁、調解申請，總標的額超過 1 億 6 千萬澳門元。^[23]

通過對澳門法律環境和行業現狀的檢視，筆者認為，就整體而言，儘管本身澳門有諸多的優勢，但目前仲裁業本身在澳門本土仍沒有得到較好的發展，澳門的這 3 家仲裁機構沒有發揮仲裁機構應有的作用，其表現差強人意，澳門的仲裁機構使用率非常低。這首先說明人們對仲裁作為一種爭議解決方式的認識非常不足，人們普遍對仲裁缺乏信任感。第二，也反映出澳門仲裁法本身存在一些問題，澳門現行仲裁制度在設計上與域外優秀的仲裁制度還存有比較大的差距，如缺乏仲裁機構的內部監督保障和制約制度、網上仲裁制度，第三方資助仲裁制度等也都是闕如的，可操作性不強，從而影響了澳門仲裁公信力和區際和國際競爭力，其仍有待進一步完善；第三，仲裁機構本身也有很多優化的空間。第四，政府對仲裁的重視不夠。《仲裁法》尊重當事人意思自治原則是高度值得肯定的，但澳門市民社會本身對仲裁不太瞭解，若政府和仲裁機構不大力推動，而是過分地依賴於當事人自治，對建立完善的仲裁制度和發展仲裁業是極為不利的。

二、實現澳門仲裁發展政策目標的路徑思考

鑒於上述檢視和反思，本文結合國際仲裁目前的發展趨勢、推進粵港澳大灣區和橫琴粵澳深度合作區建設的大背景及我國澳門地區擬構建中葡經貿爭議國際仲裁中心的政策目標，筆者認為政府應在強調澳門仲裁的服務功能的同時，應將其產業化，同時提出如下實現澳門仲裁發展政策目標的路徑。

（一）在立法上應優化仲裁制度

1. 完善仲裁法的基本原則

建議在仲裁法當中增加“法院依法支持和監督仲裁”原則的表述。依照英國倫敦瑪麗女王大學（Queen Mary, University of London）所發佈的《2021 年國際仲裁調查報告》，對於什麼是當事人在選擇仲裁地的首要考慮因素，調查問卷顯示是當地法院和司法體制對仲裁的支持度、當地司法系統所秉持的中立性程度，說明法院依法支持和監督仲裁是非常重要的。^[24]因為在國際商事仲裁中，仲裁地的選擇是非常重要的，因為其關係到仲裁裁決受哪一法域的司法審查，透過立法來清晰表達法院支持仲裁，仲裁制度的有效運行離不開法院的支持，加入該原則之後使得仲裁法律宏觀制度框架更加完善，以此來增強澳門地區仲裁的國際公信力和競爭力，讓“去澳門仲裁”正在成為一種可靠的選擇。

2. 完善仲裁員披露義務和回避制度

澳門地區應堅持高標準和嚴要求，打造和夯實專業、獨立及公正的高素質的仲裁員（Árbitro）隊伍，優化仲裁員披露義務和回避制度，保障仲裁員提供專業、獨立及公正的仲裁服務，完善符合仲裁特點的人才選拔培養使用機制，以增強當事人對仲裁的信心，使仲裁逐步上升為公眾都認可的爭議解決方式。

[22] Lai, T. (2019, August 25). 法庭之外. Macau Business. <https://www.macaubusiness.com>, 2024年9月15日訪問。

[23] 參見http://www.macaodaily.com/html/2021-11/24/content_1559074.htm, 2024年9月10日訪問。

[24] See ABBY COHEN SMUTNY, NORAH, GALLAGHER, *2021 International arbitration survey: Adapting arbitration to a changing world*, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

對於仲裁員的道德水準，為了規範仲裁員的行為，目前澳門 19/2019 號法律《仲裁法》第 5 條第（七）項規定了“公正獨立原則”，規定“仲裁員執行職務時，應以公正和獨立的方式行事，不得使任何一方當事人受益或受損，並且不受制於任何性質的影響或壓力”。^[25]目前澳門 19/2019 號法律《仲裁法》沒有具體規定仲裁員利益衝突，只是概括規定了公正（*imparcialidade*）、獨立（*independência*）和披露（*revelação*）的一般標準，如《仲裁法》第 27 條規定了仲裁員的披露義務，“某人就其可能獲指定為仲裁員一事被詢問時，須說明可能導致對其公正性或獨立性產生合理懷疑的所有情況”，可知其在判斷仲裁員是否有披露義務及相關的披露標準概括地採用主觀判定標準。^[26]仲裁員在履行披露義務時因明確指引的缺乏很難準確拿捏披露的分寸和火候，從而導致對披露制度的明確性及完整性大打折扣。鑒於此，《仲裁法》對“公正性”“獨立性”“合理懷疑”這 3 個判定仲裁員是否應披露的關鍵性要素應給出明確具體的界定；在判斷仲裁員的公正性和獨立性時，應透過引入“理性人”規則來判定。另外，對仲裁員的披露義務及披露標準也應在現有一般原則性規定的基礎上，對削弱“公正性”“獨立性”和產生“合理懷疑”的情形做出細化補充規定，使其具有更強的實操性，以便更好地指導仲裁實踐。對此，《國際律師協會國際仲裁利益衝突指引（2024 版）》（“IBA 指引”）在明確性、具體性及完整性方面對仲裁員披露義務的履行具有很強的仲裁實踐指引示範作用，其獲得了國際仲裁界的廣泛認可，^[27]值得澳門地區借鑒，其第一部分提供了公正性、獨立性和披露的一般標準，第二部分針對該一般標準的實際適用，分別列舉了紅色、橙色及綠色 3 類清單事由，目的是為適用一般標準提供了具體指引。^[28]

對於仲裁員應回避的情形，第 28 條作了一般性規定，規定了當事人拒卻（*recusa*）仲裁員的理由。同時，其第 33 條列舉了 1 項被動回避的情形。可知，仲裁法對此是採用概括 + 列舉式的立法模式，這是值得肯定的，其概括條款不失靈活性，但彈性較大，回避情形較為模糊，而且採用的判斷標準和國際通說觀點有較大差異，既不利於當事人行使申請回避權，也有損於仲裁員的合法權益的保護。根據澳門《仲裁法》第 27 條和第 28 條的規定可知立法者在表述上用的都是“可能”（*likely*）導致對其公正性或獨立性產生合理懷疑的情況，這和國際上通說觀點是有很大的差別的，依據國際通說觀點，仲裁員負有披露義務的範疇和可申請仲裁員回避事由的範疇其實是有區別，前者顯然要遠大於後者。^[29]具體而言，如前所述，《仲裁法》第 27 條在判斷仲裁員是否有披露義務時，採用的是主觀標準說，即“可能導致對其公正性或獨立性產生合理懷疑的所有情況”，這和國際通行的標準是統一的^[30]。但在申請仲裁員回避，可借鑒《國際商事仲裁示範法》的經驗，^[31]在判斷仲裁員是否真的存有利益衝突時採用“客觀標準說”，即在 28 條規定回避或拒卻事由時，應將“僅當存在可能導致對仲裁員的公正性或獨立性產生合理懷疑的情況……”表述中的“可能”去掉，回避範疇（*only if*）應要比披露範疇（*likely*）小得多。

另外，澳門《仲裁法》在第 33 條規定了仲裁員應被動回避（*impedimento*）的情形，即“如當

[25] 以《澳門世界貿易中心仲裁中心內部規章》（2024年版）為例，規章附錄1也做了“公正無私、誠信、稱職及保密”的原則性規定。

[26] 根據《澳門世界貿易中心仲裁中心內部規章》（2024年版）第52條可知，其採用的也是主觀標準。

[27] 中國國際經濟貿易仲裁委員會主編：《中國國際商事仲裁年度報告（2020-2021）》，法律出版社2021 年版，第167頁。

[28] See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2024).

[29] 中國國際經濟貿易仲裁委員會主編：《中國國際商事仲裁年度報告（2020-2021）》，法律出版社2021 年版，第169頁。

[30] See UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, article 12.

[31] Ibid.

事人約定在設立仲裁庭前進行調解，曾擔任調解員職務的人不得擔任仲裁員，但當事人另有約定者除外”。列舉條款具有可操作性，但又過於單一，僅規定一種情形。對此，2017年內地《仲裁法》第34條規定了仲裁員4項必須回避的情形。另外，《澳門世界貿易中心仲裁中心內部規章》（2024年版）第51條所列的情形，即“（一）為爭議案件的當事人或為當事人、代理人的近親屬；（二）與爭議案件有利害關係；（三）與爭議案件的當事人及/或代理人有其他關係而可能影響公正仲裁”，該內部規章和2017年內地《仲裁法》第34條所規定的前3項必須回避的事由基本相似，澳門仲裁法應將其法定化。同時，澳門《仲裁法》也可借鑒內地《仲裁法》第34條的經驗，將其所列第4個回避事項也納入其中，即“私自會見當事人、代理人，或者接受當事人、代理人的請客送禮的”的情形。

3. 應建立仲裁機構的內部監督保障和制約制度

澳門仲裁法應建立仲裁機構的內部監督保障和制約制度。總體而言，澳門地區仲裁的監督體系還不夠完備，監督機制還不夠健全，內部監督本身發揮着司法監督和法務局的監察不可替代的作用，但它還沒有真正建立起來。為了保障仲裁的品質和仲裁業的健康發展，應加強對仲裁工作的監督，其可分為外部監督和內部監督。根據內地《仲裁法》規定，我國內地仲裁監督體系涵蓋司法監督、行業自律監督^[32]等外部監督及內部監督等多種監督方式。在澳門的仲裁監督體系中，仍存有監督盲區，其涵蓋了司法監督，即澳門法院對仲裁的監督，但缺乏內部監督和行業自律監督。除此之外，第36/2019號行政法規《仲裁機構的設立與運作制度》規定由法務局來監察仲裁機構的運作等內容。

首先，澳門仲裁缺乏行業自律監督。澳門仲裁協會（Associação de Arbitragem de Macau）早在2014年就已設立，但澳門仲裁法也沒有賦予其行業監督權，因為澳門仲裁協會是一個民間社團。在缺乏行業自律監督的情況下，仲裁機構的內部監督就顯得更為重要了。但澳門19/2019號法律《仲裁法》和第36/2019號行政法規《仲裁機構的設立與運作制度》都沒有規定內部監督，內部監督主要是指澳門的仲裁機構對仲裁員和仲裁程序的監督等。內地《仲裁法》規定了內部監督，同時，內地的仲裁委員會也一般都設立了監督機構^[33]。對此，澳門地區可借鑒學習內地的經驗。內部監督是澳門仲裁監督體系中不可缺失的關鍵型的一環，在監督體系中對仲裁機構指定仲裁員及仲裁員在仲裁過程中的公正性進行內部監督是非常有必要的。第36/2019號行政法規規定了仲裁機構須設有理事會、執行委員會及秘書處，但沒有規定設置內部監督機構。另外，根據《澳門世界貿易中心仲裁中心內部規章》第7條、《澳門消費爭議調解及仲裁中心規章》第5條之規定，中心組織架構由理事會、執行委員會及秘書處組成。依據《澳門律師公會仲裁中心章程》第4條之規定，中心組織架構由理事會、執行委員會、秘書處及諮詢委員會構成。據此可知，沒有一家仲裁機構設立監督機構。內部監督是仰賴於內部監督機構形成的，其與決策機構、執行機構應分別設立，且互相制約。相對於理事會作為決策機構和作為執行委員會的執行機構，內部監督機構的作用被忽視。沒有內部監督機構，同時也缺乏監督機構與決策機構及執行機構相互監督制約的問題，這說明澳門的仲裁機構總體上缺乏內部監督機制。鑒於此，澳門19/2019號法律《仲裁法》或第36/2019號行政法規應規定仲裁機構的內部監督制度。而仲裁機構也應向內地的仲裁機構學習，要積極改革完善內部治理結構和管理機制，調整其組織架構。在制定章程，設立理事會、執行委員會的同時，也要設

[32] 內地早在1994年《仲裁法》就對中國仲裁協會的作用作了明確的規定。根據我國《仲裁法》（2017年修訂版）第15條之規定，作為仲裁委員會的自律組織，中國仲裁協會依據章程對仲裁機構及其仲裁員的違紀行為進行監督。2022年，中國仲裁協會登記成立。

[33] 如珠海國際仲裁院（以下簡稱為“珠國仲”）由理事會、執行機構及監督審計委員會組成。

置監督機構，並規定其職能及運作方式，以此來建立內部監督保障和制約機制，要求機構要切实履行職責，進一步強化對仲裁員的管理和監督，如對其在冊仲裁員進行管理監督，對仲裁員審理裁決進行監督等。

4. 建立網上仲裁制度

鑒於當事人選擇仲裁的重要考量因素之一是效率，尤其是在後疫情時代，澳門《仲裁法》和《澳門民事訴訟法》應對網上仲裁做出規定；同時，澳門的仲裁機構也應積極推動網上仲裁，制定網絡仲裁規則，以加快網上仲裁業務的佈局。

全球一些著名的仲裁機構早已開始大膽探索網上仲裁服務模式^[34]，如結合倫敦瑪麗女王學院的國際仲裁調查報告來看，國際仲裁界對於網上開庭的看法是非常積極的。^[35] 依照英國倫敦大學瑪麗女王大學（Queen Mary, University of London）所發佈的《2021年國際仲裁調查報告》，對於什麼措施會使其他機構或仲裁規則對用戶更具吸引力，調查問卷顯示排名最高的選擇是“網上開庭的行政/後勤支持”（38%），其次是“致力於提供更多元的仲裁員名單”（32%），^[36] 在內地多家仲裁機構發佈仲裁規則推動網上仲裁，如中國國際經濟貿易仲裁委員會《網上仲裁規則》（2009年）、中國海事仲裁委員會《網上仲裁規則》（2020年）、深圳國際仲裁院的《網上開庭操作指南》（2020年）和《網絡仲裁規則》（2022年修訂）等。目前，澳門《仲裁法》和3家仲裁機構的章程中都沒有涉及網上仲裁。在此背景下，相較於其他的區際或國際仲裁機構，無疑會影響國際商事爭議案件的當事人對澳門仲裁機構的選擇。

在後疫情時代，網上開庭有可能會成為未來國際仲裁的主流趨勢。其一，雖網上仲裁程序是一種在虛擬空間所進行的虛擬程序，但不影響其實現接近“數字正義”；^[37] 其二，網上仲裁程序可有效節約當事人的時間和其他成本費用，彰顯網上仲裁的高效便捷性，及仲裁機構在民商事領域的務實性；其三，將原本應線下進行的開庭延伸到線上，有過良好網上開庭體驗的仲裁當事人會趨向於選線上開庭，這對於促進仲裁與互聯網的深度融合具有重要意義，同時也可更好地為參與區際或國際競爭奠定堅實的基礎。^[38] 澳門《仲裁法》和《澳門民事訴訟法》沒有對網上仲裁做出明確的規定，但也沒有禁止網上仲裁在仲裁領域的適用，這為網絡仲裁的成長提供了一定的包容空間，但澳門作為成文法地區，法律上的不確定本身就是一種立場的表明，必然會對網絡仲裁的發展製造法律上的障礙，潛在的當事人必須要對這種政策風險進行考量，這不僅有損於澳門仲裁業的持續發展，也會削弱澳門仲裁機構的區際競爭力和國際競爭力。鑒於此，筆者認為，澳門《仲裁法》和《澳門民事訴訟法》應對網上仲裁程序上的合法性予以明確化，應對網上仲裁做出規定，如明確網上仲裁概念、受案範圍和適用條件；搭建網上仲裁平台，明確電子證據認定規則；同時規定線上和線下開庭的轉換銜接制度等。

[34] See ICC, ICC Arbitration Rules (2021), article 26 (1)

[35] See Wolff, R. *E-Arbitration agreements and e-awards: Arbitration agreements concluded in an electronic environment and digital arbitral awards*. In Piers, M., & Aschauer, C. (Eds.), *Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration*, Cambridge University Press, 2018, p.151-181.

[36] See ABBY COHEN SMUTNY, NORAH, GALLAGHER, *2021 International arbitration survey: Adapting arbitration to a changing world*, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/08/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

[37] 汪超、陳雪兒：《網絡仲裁程序的司法審查檢視——以接近“數字正義”為視角》，載《中國應用法學》2022年第1期，第156-160頁。

[38] See Labanieh, Mohamad Fateh, Mohammad Azam Hussain, and Nazli Mahdzir. *The legal capacity of international conventions and laws to legalise e-arbitration*. *Journal of International Studies* 17 (2021): 213-215; Datla, Anvita. *Enforceability, Advantages, and Disadvantages of Online Arbitration*. *Jus Corpus LJ*, Vol.2, (2021): 239-242.

5. 加快引入第三方資助仲裁制度

為了增強澳門地區的仲裁機構在國際市場的競爭力及達成中葡經貿爭議國際仲裁中心的角色定位的目標，應進一步完善澳門仲裁法，建議在仲裁中引入第三方資助仲裁制度（Third Party Funding，英文簡稱為“TPF”）。作為仲裁領域中的一種比較新的模式，其在性質上類似於融資，可有助於減輕仲裁當事人仲裁成本的壓力。^[39] 概言之，仲裁中的第三方資助是指與仲裁案件無利害關係的第三方主體為仲裁案件當事人提供資助以參與仲裁，資助者可以得到一定比例勝訴的仲裁裁決收益作為回報。^[40] 目前，澳大利亞、美國、英國、新加坡及中國香港地區等多個法域都涵蓋了第三方資助制度，^[41] 或透過立法或通過判例來確立，但在澳門地區屬於相對來說比較新穎、亟待開拓發展的領域。疫情在給全球帶來了前所未有的不確定性的同時，在後疫情時代也給國際商事仲裁帶來第三方資助的快速增長。相較於訴訟，國際仲裁成本較高，尤其是之前的新冠疫情在後疫情時代對全球經濟造成的影響仍在加劇，而第三者資助仲裁則有助於減輕仲裁當事人經濟壓力。為了因應國際仲裁發展的大趨勢，同時也為了與全球其他仲裁機構競爭，原來禁止助訟和包攬訴訟的法域，如新加坡和中國香港地區對第三方資助的態度也逐漸發生了轉變，第三者資助仲裁不再受助訟及包攬訴訟的普通法原則所禁止。新加坡《2017年新加坡民法法案》^[42] 明確了第三方資助仲裁的合法地位。而我國香港地區則是以2017年《仲裁條例》（香港法例第609章）為核心，以《第三者資助仲裁實務守則》（2018年）為指引，規定了香港仲裁程序中的第三者資助制度。從實踐來看，為應對國際商事仲裁第三方資助的發展趨勢，一些全球知名的國際仲裁機構的仲裁規則近些年以來也開始逐漸認可第三者資助仲裁，如《ICC 仲裁規則（2021）》^[43]、《SIAC 投資仲裁規則》（2017年版）、《中國國際經濟貿易仲裁委員會國際投資爭端仲裁規則（2017年版）》^[44]、《香港國際仲裁中心機構仲裁規則（2024年版）》^[45]、《北京仲裁委員會/北京國際仲裁中心國際投資仲裁規則（2019年）》^[46]、《迪拜國際仲裁中心仲裁規則（2022年）》^[47] 等都對第三方資助仲裁採取接納的立場。

鑒於澳門以成為中葡經貿仲裁中心為其角色定位，為了與國際仲裁規則接軌，第三方資助本身是國際仲裁中一個不可回避的問題，同時也是為了搶佔第三者資助仲裁發展的先機，澳門地區也應對投資仲裁中的第三方資助問題作出回應，其可借鑒和參考中國香港地區和新加坡的立法經驗，儘快建立科學有效的制度體系，以吸引更多的當事人選擇澳門作為仲裁地提供立法支持。澳門現行仲裁法尚未對第三方資助仲裁做出規定。但筆者認為，澳門地區的法律並不禁止第三方資助在仲裁領域的適用，只是澳門作為成文法地區，相關法律的缺失必然會對第三方資助仲裁的發展形成一定的阻力。基於此，應透過立法來支持和鼓勵第三者資助仲裁，以此提升澳門仲裁的吸引力。故而，為了增強自身的國際或區際競爭力，澳門應借鑒新加坡和中國香港地區等法域的立法經驗，在現有的

[39] See Jillani, M. A. H. S., Saqib, K. M., Rasheed, A., & Rizvi, S. J. H. (2021). *A Preliminary Study of Third-Party Funding Regulation for International Commercial Arbitration*. *Journal of the Research Society of Pakistan*, 58(4), 172.

[40] 參見北京仲裁委員會《國際投資仲裁規則》第39條。

[41] See Jillani, M. A. H. S., Saqib, K. M., Rasheed, A., & Rizvi, S. J. H. (2021). *A Preliminary Study of Third-Party Funding Regulation for International Commercial Arbitration*. *Journal of the Research Society of Pakistan*, 58(4), 172.

[42] See Civil Law(Amendment) Act 2017.

[43] See ICC, ICC Arbitration Rules (2021).

[44] 如《CIETAC國際投資爭端仲裁規則》第4章第27條。

[45] 如《香港國際仲裁中心機構仲裁規則》（2024年）第44條。

[46] 如《北京仲裁委員會/北京國際仲裁中心國際投資仲裁規則（2019年）》第39條。

[47] See DIAC, DIAC Arbitration Rules (2022), Article 22.

仲裁法的基礎上對第三方資助仲裁作出規定，或對第三方資助進行專門立法，為仲裁申請人尋求第三方資助提供法律依據。當然同時要加以正確的引導和監管，不能放任自流。^[48]其一，將“合格第三方資助者”的概念引入，同時進一步細化對其的判定標準，並同時規定了第三方資助的範圍；其二，制定第三方資助的監管規範，並設定法定的監管機構。其三，建構第三方資助仲裁資訊的披露規則。

（二）進一步完善仲裁規則和提升仲裁服務品質

對於仲裁機構的章程、仲裁規則及仲裁員守則的設置及內容方面仍有優化的空間，當然，這對於仲裁機構本身是極大的考驗。筆者僅以綜合性的澳門世界貿易中心仲裁中心為例，因為無論從市場占有率，還是它本身制度的構建，其都非常的有代表性。該中心可在如下幾個方面吸收內地仲裁機構的先進經驗。

1. 加快制定嚴格的《仲裁員聘用管理辦法》和《仲裁員守則》

如前所述，澳門世界貿易中心仲裁中心可在章程、仲裁規則及仲裁員守則分別制定的思路下，制定《仲裁員聘用管理辦法》和《仲裁員守則》，其在遵守澳門仲裁法的基礎上，可參考《國際律師協會國際仲裁利益衝突指引（2024版）》（“IBA指引”）和中國貿仲《仲裁員守則》、深國仲《仲裁員守則》等有關仲裁員守則，修訂其有關仲裁員行為規範，對所聘仲裁員的專業性、道德規範及獨立性和公正性等職業操守作出明確具體的規定。《內部規章》應在更加具體的立法的基礎上，對具體情形進行盡可能詳盡的解釋和列舉，為仲裁員披露義務制度和回避程序規定的仲裁實踐應用提供更具體的參考依據。並在此基礎上，建立長效合理的內部監督機制，加強仲裁員的監督工作，以最大限度地保證仲裁員嚴格遵守該仲裁中心有關仲裁員的行為守則，保持獨立公正的立場，以勤勉審慎地履行仲裁員的職責。同時，仲裁中心應加強仲裁員的業務培訓和考核，以強化職業操守教育，提升仲裁員的專業水準、溝通協調能力和區際化及全球化視野。

2. 完善仲裁規則

（1）擴大仲裁庭許可權

在規則適用方面，根據深國仲《仲裁規則》（2024年修正）第3條第7項的規定，而深國仲明確對“本規則未明確規定的事項，仲裁院或仲裁庭有權按照其認為適當的方式處理”，澳門世貿中心仲裁中心則沒有關於無明確規定的事項的處理規則，其應在未來獨立出來的仲裁規則中對此進行補充規定，以利於在保障仲裁當事人的意思自治的前提下，減少規則適用的不確定性。

（2）提供與仲裁服務相關的指引性文件

為了與國際主流實踐接軌，深國仲還發佈了如《深圳國際仲裁院立案指南》《網上立案流程視頻指引》《仲裁案件財產保全指引》《仲裁保全材料清單》等一系列指引性文件，並在仲裁實踐中對其進行廣泛運用。澳門的仲裁機構也應制定並公佈類似的指引性文件來規範機構對仲裁的專業協助與服務，如《當事人申請仲裁材料準備指引》《申請財產保全流程指引》等，以有效地提高仲裁的品質和保證仲裁裁決的效率。同時，澳門的仲裁機構應積極探索制定《網上仲裁規則》或《網上開庭指引》，提供網上仲裁示範條款，推出互聯網仲裁、實現仲裁全流程線上進行。當然，網上仲裁應嚴格遵守澳門仲裁法和仲裁機構的網上仲裁規則，遵守正當程序的要求，避免出現程序上的瑕疵導致一方當事人申請撤銷或申請不予執行仲裁裁決。同時，此種程序也對仲裁機構的管理水準提出了更高的要求，既要發揮網絡技術對國際仲裁程序的加速作用，也要儘量防範或避免可能出現的

[48] See Jillani, M. A. H. S., Saqib, K. M., Rasheed, A., & Rizvi, S. J. H. (2021). *A Preliminary Study of Third-Party Funding Regulation for International Commercial Arbitration*. *Journal of the Research Society of Pakistan*, 58(4), 174-180.

風險及障礙。^[49]

3. 應提升仲裁服務品質

(1) 加快建設一流的仲裁信息網絡平台

仲裁機構應加快研發“互聯網+仲裁”新模式。該服務平台應包含電子合同簽署及存證、電子證據梳理、網絡仲裁系統服務及申請法院強制執行等，為仲裁當事人提供“一站式”便利化服務，更好地發揮仲裁高效快捷的優勢。

(2) 加快引入域外優秀的仲裁員，優化仲裁員結構

澳門的仲裁機構應加快仲裁機構人才隊伍建設。在立法和仲裁規則優化仲裁員選任標準之後，建議澳門的仲裁機構在增加本土優秀的仲裁員數量的基礎上，同時加快引入域外優秀的仲裁員，構建區際化和國際化的仲裁員結構，並持續加大仲裁員結構的區際化和國際化力度。因為本法域的仲裁員非常少，更缺乏域外優秀的仲裁員。

在構建和優化仲裁員結構的佈局方面，內地的仲裁機構有很多的經驗值得澳門地區借鑒。如深國仲（SCIA）早在上個世紀80年代就率先聘請境外仲裁員。深國仲目前的仲裁員名冊覆蓋全球114個國家和地區，仲裁和調解當事人覆蓋141個國家和地區，覆蓋周密無際，國際化比例在全國居於領先地位。^[50]又如隔壁城市的珠國仲，現有仲裁員接近960名，其中居住地位於澳門地區的仲裁員人數為90名以上，總占比超過9%，高居內地仲裁機構之榜首。^[51]反觀澳門本土的仲裁機構，截止到2024年10月，以澳門世界貿易中心仲裁中心的仲裁員名冊來舉例，如前所述，仲裁員名冊共有仲裁員68名，其中有44名是本土的仲裁員，17名來自於中國香港地區，6名來自中國內地，還有1名來自於葡萄牙。^[52]可知，不僅僅是可供選任的仲裁員整體人數比較少，本土的仲裁員也不多，而且仲裁員的結構非常單一，另外對於外籍的仲裁員，也僅有1名葡萄牙籍的，仲裁員的結構非常單一，地域覆蓋度嚴重不足。鑒於此，筆者認為，如前所述，應選任本土更多優秀的仲裁員；與此同時，澳門的仲裁機構應進一步明確其全球化措施，其要打造精通仲裁領域的專業人才庫，要重點研究仲裁員的國際化佈局，要增加仲裁員的人數和拓寬仲裁員的地域覆蓋度，仲裁員名冊除了要涵蓋中國內地、澳門本土、中國香港地區的仲裁員之外，還應有一定比例的來自於我國台灣地區的仲裁員，同時也應涵蓋一定比例的外籍仲裁員。同時鑒於“一帶一路”倡議的不斷深入推進，加之澳門地區以建立中葡經貿中心為定位，仲裁員的國際化佈局應覆蓋部分葡語國家的仲裁員。

(3) 實施“走出去”戰略，去域外建立分支機構

澳門的仲裁機構需更深層次地搭建對外合作平台。在和內地的多家仲裁院進行合作方面，澳門的仲裁機構開啟了很多有益的嘗試或探索，如2018年，其參與共同倡議成立粵港澳大灣區仲裁聯盟；又如2022年，澳門的仲裁機構參與共建珠澳跨境仲裁合作平台，共同開通了該平台線上辦案系統。^[53]澳門的仲裁機構的以上舉措必將極大地有助於推動澳門商事仲裁的創新發展，但在交流與合作仍需進一步深耕。澳門的仲裁機構要盡可能走出去，實施“走出去”戰略，去域外建立分支機構、代表處、仲裁聯絡室或以其他方式，立足於內地、連接大灣區、放眼全球，助推粵港澳大灣

[49] 汪超、陳雪兒：《網絡仲裁程序的司法審查檢視——以接近“數字正義”為視角》，載《中國應用法學》2022年第1期，第165-166頁；See Datla, Anvita. *Enforceability, Advantages, and Disadvantages of Online Arbitration*. *Jus Corpus LJ*, Vol.2, (2021): 237-245.

[50] 參見<https://www.scia.com.cn/index.php/Home/index/aboutdetail/id/15.html>，2024年9月20日訪問。

[51] 參見<http://www.zcia.pro/list/38.html>，2024年11月8日訪問。

[52] 參見<https://www.mac.org.mo/zh-hans/arbitrator>，2024年8月31日訪問。

[53] 參見<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1698287419204286681&wfr=spider&for=pc>，2024年8月28日訪問。

區的国际仲裁創新與發展，提升澳門仲裁的區際和国际知名度。同時要有更加開放的區際或國際合作平台，要積極探求與國際或國內的知名仲裁機構，如 UNCITRAL、ICSID、ICC、SIAC 等及我國的 CIETAC、HKIAC 等國際知名仲裁機構建立緊密合作關係，建立與國際知名仲裁機構的常態化聯繫機制，同時也要加強和葡語國家仲裁機構的合作，參與共建“中葡聯合仲裁中心”，發揮其在中葡經貿往來中的關鍵性作用。

(4) 創新業務機制

澳門本土的仲裁機構要參與區際或國際競爭，仲裁服務水準的區際或國際化仍是其核心競爭力，所以，在尊重當事人的意思自治的基礎上，據市場需求的變化，仲裁機構應與時俱進，應持續深耕對規則的創新，如推進“澳門調解+香港/珠海/廣州/深圳仲裁”機制，又或“香港/珠海/廣州/深圳調解+澳門仲裁”來解決糾紛，以給仲裁當事人更好的服務體驗。

(三) 政府應在澳門境內營造更好的仲裁服務環境

1. 政府應加大對仲裁服務的宣傳力度

鑒於澳門公眾對仲裁的認識過於貧乏，建議政府加大對仲裁服務的宣傳力度，讓社會進一步瞭解仲裁制度及其優點，從而逐漸信任和接納仲裁這一爭議解決方式。為了提升澳門仲裁的國際或區際知名度，建議在政府網站上，用創新合作方式建設多語言版本的仲裁服務門戶網站，充分實行多種方式，多角度、多管道、全方位地宣傳澳門仲裁，為仲裁活動參與人及公眾提供仲裁資訊查詢服務，擴大宣傳推廣的深度和廣度，逐步建立起“低成本、零障礙、高效率”的宣傳推廣平台，為貫徹實施打造中葡國際仲裁中心提供仲裁法律保障。

2. 加快設立“澳門國際仲裁中心（或澳門國際仲裁院）”

如前所述，澳門特區政府的施政目標之一是建設和推動澳門作為替代性爭議解決方式的平台，能提供一流的國際仲裁服務始終是仲裁機構吸引國際當事人的優先考量，優質的仲裁機構有助於增加澳門地區作為仲裁地的吸引力。內地的仲裁機構因發展到一定的程度了，所以，很多專家或學者在考慮“去行政化”，但澳門地區的情況不一樣，澳門仲裁業的發展反而需要政府加大推動力度。澳門政府可指定現有的某一家機構來推動仲裁工作的大力開展。當然，更好的方式是在政府的推動或支持幫助下，加快設立名為“澳門國際仲裁中心（或澳門國際仲裁院）”的常設性仲裁機構，同時受理本地、區際和国际仲裁案件，以吸引全球的仲裁當事人。該仲裁中心應以澳門第 19/2019 號法律《仲裁法》和第 36/2019 號行政法規《仲裁機構的設立與運作制度》為依據，可借鑒貿仲、香港國際仲裁中心及深國仲的仲裁規則，同時可借鑒其他優秀的仲裁機構在仲裁規則的制定和仲裁實踐的經驗，制定自己的仲裁規則，優化其仲裁員結構。其可選聘澳門本地和我國內地、我國香港地區、我國台灣地區，乃至全球的優秀仲裁員，尤其是葡語國家的法律專家或其他領域的知名專業人士擔任“澳門國際仲裁中心”或“澳門國際仲裁院”的仲裁員，仲裁員名冊應覆蓋全部葡語國家，並在此基礎上建立覆蓋多領域的全球大部分法域的仲裁員名冊。對於澳門國際仲裁中心的管理體制，筆者認為，應採用以理事會為核心的管理體制。澳門目前的仲裁機構所採取的其實也都是理事會管理體制，但澳門仲裁機構採取理事會治理機制的優勢沒有完全顯現出來，理事的來源也比較單一。中國香港國際仲裁中心、中國內地的知名仲裁機構，如深國仲、珠國仲等也是採取理事會管理體制的，啟用理事會管理體制本身應是有巨大優勢的。根據《深圳國際仲裁院條例》（2020 年）第 9 條及《珠海國際仲裁院條例》（2021 年）第 8 條之規定，理事除了來自內地，還有不少於 1/3 的來自港澳特區的人士及其他境外人士。筆者認為，澳門國際仲裁中心的理事中應有一定比例的來自我國內地、我國香港地區、我國台灣地區等及其他境外人士。理由如下：其一，來自不同法域的更為廣泛的理事會成員，帶來多元的法律文化和制度，在此基礎上可形成更多碰撞和融合，從而更

能滿足區際或國際仲裁的多元化需求。其二，能有效地保障仲裁機構在管轄權決定和仲裁員回避決定等重大事宜的決策時集思廣益。其三，彼此之間因不具有隸屬關係而更具超然性，易打消境內外當事人對澳門的仲裁機構及仲裁公信力的顧忌，從機制上保障機構決策的獨立性和中立性的貫徹，從而更易得到區際和國際仲裁用戶的認可和信賴。另外，如前所述，澳門的仲裁機構缺乏內部監督，澳門國際仲裁中心應設立內部監督機構，加強仲裁員自律和職業操守教育，將廉政問責制度延伸到仲裁員隊伍，完善仲裁員培訓、考核等常態化機制，不斷提升仲裁員的區際和國際化水準。對於澳門國際仲裁中心的管理體系，為了提升境內外當事人對澳門地區法治和仲裁的信心，建議仲裁中心引入 ISO 系列認證標準，成為通過 ISO9001 國際品質管理體系認證的仲裁機構。

3. 積極引入境外知名的仲裁機構落戶澳門地區

澳門本土的仲裁機構缺乏在仲裁市場的競爭意識，應適時引入境外知名的仲裁機構入駐落戶澳門地區。根據第 36/2019 號行政法規《仲裁機構的設立與運作制度》第 2 條之規定，擬在澳門特別行政區設立仲裁機構的實體，應透過法務局提交申請材料，向行政長官申請許可，可知澳門是允許境外仲裁機構在澳門地區設立業務機構的，其對此是不排斥的。對此，中國香港地區的經驗值得澳門地區借鑒和學習，香港因其法律服務業的開放性備受一些知名境外仲裁機構的青睞，除香港國際仲裁中心等本地仲裁機構以外，部分全球知名仲裁機構紛紛在香港地區設立分支機構，如國際商會國際仲裁院香港仲裁中心（ICC-HK）、中國貿仲香港仲裁中心（CIETAC-HK）、中國海仲香港仲裁中心（CMAC-HK）等。澳門本土也應透過引入境外仲裁機構來提升本土仲裁公信力和國際仲裁競爭力。第一，仲裁將來作為澳門法律服務業的支柱性產業，其一，自由開放的商業氛圍和充分的競爭能為澳門仲裁機構的發展構築夯實的基礎；其二，澳門的仲裁機構若能吸引全球的仲裁用戶又將對澳門地區仲裁法律服務行業的水準有進一步提升的作用。第二，允許境外仲裁機構在澳門境內仲裁將有助於澳門地區涉外法律服務業的發展，同時有助於擴展中國澳門地區的法律在全球的適用，透過對國際或區際仲裁和澳門本土仲裁寬鬆、自由的互動氛圍的培養，可吸引更多國際或區際商事爭議到澳門仲裁，尤其是要充分發揮澳門地區作為中國與葡語國家經貿合作平台的作用，從而擴大澳門地區在國際商事仲裁的市場規模和提升其影響力。簡言之，涉外知名仲裁機構在澳門本土開展仲裁，將有益於提高其區際仲裁和國際仲裁競爭力。當然，毋庸置疑，在短期內更多的國際或區際競爭可能會使澳門本土的仲裁機構備感壓力，但從長遠來看，將會吸引更多國際或區際業務在澳門本土的展開，並讓澳門本土的仲裁機構獲得新的經驗，從而提高其國際或區際化程度和進一步提升服務水準。另外，激烈的競爭也可促使澳門仲裁業務品質上的提升，有利於高素質涉外法律人才培育，尤其是高端涉外仲裁人才的培養，促進澳門商業爭議解決習慣與國際慣例接軌，從而進一步優化澳門地區的營商環境。與此同時，澳門本土的各種專業性人才也可透過代理案件、被指定為仲裁員等多種多樣的方式參與到境外仲裁機構在澳門本土的仲裁實踐，從而提升自身涉外法律專業水準和素養。當然，毋庸置疑，境外仲裁機構在澳門本土的業務機構開展涉外仲裁活動應遵守我國《憲法》和《澳門基本法》及其他相關的法律制度。如何適應澳門地區的仲裁法，並處理好其自身的仲裁規則與澳門仲裁法當中的衝突，是其來澳門開展業務面臨的又一大挑戰。基於此，境外仲裁機構應對上述問題予以考量，其可考慮推出適應澳門的業務機構發展的示範仲裁條款或單行仲裁規則等。

通過以上立法的修改、仲裁規則的修訂或政府政策的調整，不斷完善仲裁法和仲裁規則及提升對仲裁案件的管理水準，持續提升仲裁服務水準可將更多的民商事爭議引向仲裁機構，從而節約更多的司法資源以緩解澳門法院案件審理的壓力；同時逐漸提高澳門仲裁機構的知名度，從而擴大本土仲裁中心的區際影響力及國際影響力，充分發揮澳門作為中國與葡語系國家和地區的經貿合作平

台的紐帶作用，推進中葡整體合作，共同促進大灣區、我國乃至全球仲裁事業的發展。

結語

澳門地區因其便利的地理位置、在中央授權下的獨立且支持仲裁的司法體系，又恰逢“粵港澳大灣區”和“橫琴粵澳深度合作區”所帶來的仲裁發展契機，^[54]有望成為中國企業和葡語國家的企業所青睞的仲裁地之一，其應提升自己在中國和葡語國家共建“中國 - 葡語國家命運共同體”中的紐帶作用，彰顯和強化其在區際和國際仲裁中的新定位。澳門的仲裁業雖起步較晚，有很大的進步空間，但同時潛力也很大。澳門地區要在“一國兩制”的基本原則下，以《憲法》和《澳門基本法》為根據，堅持現實性和前瞻性的契合，在進一步參考或借鑒域外優秀的仲裁法及相關的區際或國際仲裁實踐經驗的基礎上，對澳門仲裁制度進行適度創新。同時，澳門的仲裁機構也應有區際化和國際化的視野，透過積極創新來不斷深化機構體制改革來不斷優化其仲裁規則、管理制度體系及制定相應的仲裁員守則等。再者，政府要始終以區際和國際視角和標準來研判澳門仲裁的發展思路，結合澳門的優勢提供仲裁服務，全面提升仲裁對澳門多元化經濟發展的服務功能，同時也要把握好仲裁將自己產業化角色定位，以期進一步提升澳門在中葡經貿平台乃至全球作為仲裁地的吸引力，把澳門仲裁打造成為澳門多元化發展的新名片。

[54] 唐曉晴、李可：《橫琴粵澳深度合作區經濟協同立法：動機、問題與路徑》，載《澳門法學》2022年第1期，第1-12頁。

Abstract: 2024 marks the 25th anniversary of Macao's return to the motherland. Based on the foundational principle of "one country, two systems", the MSAR enjoys a high degree of autonomy, which confers the befitted breeding ground for MSAR's endeavors in the remit of arbitration. However, the MSAR's arbitration law and arbitration institutions still have room for improvement. There is still a yawning gap between the MSAR's current arbitration system and the top-notch arbitration systems in force in other countries, which is detrimental to both the MSAR's arbitration system credibility and its regional and international competitiveness. To some extent, the foregoing drawbacks have impaired the development of the MSAR's arbitration. By the same token, the MSAR is not playing a pivotal role in the realm of international arbitration center for Sino-Portuguese economic and trade disputes as initially envisioned, which is something that deserves both to be remarked upon and frowned upon. Against this background, this paper seeks to parse the plethora of legal shortcomings that beset MSAR's arbitration law and arbitration institutions while bringing forward a host of suggestions to overcome the pinpointed insufficiencies. Bearing this assertion very firmly in mind, this paper aims to unlock the multitudinous advantages of conciliatory means of dispute resolution (arbitration) in the MSAR. In this vein, this paper's overriding goal is to spur the overall development of the MSAR's arbitration system with a view to augmenting the MSAR's arbitration credibility as a platform for solving disputes in the arena of international arbitration.

Key words: Arbitration Law; Arbitration Institution; Arbitration Rules; Arbitrator

(責任編輯：勾健穎)

從混合型訴訟邁向融合型訴訟：粵港澳大灣區內地九市民商事訴訟規則銜接研究

嚴林雅*

摘要 粵港澳大灣區內地九市針對民商事訴訟規則的不同類型發展出了不同的銜接方式。流程規則旨在減少流轉對接成本；審判規則銜接表現為吸納港澳陪審員與對港澳具體訴訟制度的單方面接入；證據規則以“直通車”式銜接賦予港澳與內地同類主體同等法律地位；合意規則的設立可實現個案實體規則的靈活化適用。民商事訴訟規則的多樣化銜接路徑形成了混合型訴訟。訴訟規則深度銜接需要從混合型訴訟邁向融合型訴訟，增強規則銜接的融貫性，並從建設類案資料庫、建立域外法查明與辯論機制、加強司法交流等方面予以保障。

關鍵詞 民商事規則 訴訟規則 規則銜接 融合型訴訟 粵港澳大灣區

一、問題的提出

訴訟規則銜接是關係粵港澳大灣區糾紛解決、聯動實體法規則銜接的關鍵問題。《粵港澳大灣區發展規劃綱要》（以下簡稱《綱要》）施行以來，粵港澳大灣區區域一體化發展成效顯著。規則銜接與要素流動互為表裡，^[1]生產要素跨境低成本順暢流動的背後是各類銜接規則及其機制保障。經貿領域快速發展帶動各類民商事實體規則和程序規則高頻適用，但內地與港澳三地規則各不相同，彼此的差異性和異質性很大，對接起來存在很大難度，這已經成為大灣區合作過程中最難啃的“硬骨頭”，^[2]“深化粵港澳大灣區合作需要在創新通關、貿易、投資、金融等管理制度，甚至在訴訟制度、司法體制等方面有一些便利化改革”^[3]。其中，訴訟制度作為公法改革難度較大。既有關於法律規則銜接的研究主要聚焦于立法協同，示範法、統一立法等路徑選擇也主要服務於實

* 嚴林雅，法學博士，中山大學馬克思主義學院助理教授、碩士生導師。

本文為國家社會科學基金重點項目“惡勢力的生成機理及其阻斷機制研究”（20AFX013）、廣州市哲學社會科學規劃課題“粵港澳大灣區區際刑事司法協助關鍵問題研究”（2023GZGJ208）的階段性研究成果。

[1] 參見文雅靖、王萬里：《論粵港澳大灣區的規則銜接》，載《開放導報》2021年第2期，第72頁。

[2] 楊麗：《關於推進粵港澳大灣區建設、支持香港更好融入國家發展大局的思考和建議》，載《港澳研究》2022年第1期，第66頁。

[3] 陳雪珍：《粵港澳大灣區協同立法的困境與出路》，載《地方立法研究》2020年第4期，第103頁。

體法或調解等軟法，暫未關注到作為公法的訴訟規則的特殊性及其銜接後的運行機理。學界對橫琴示範區民商事法律規則銜接的方式做出如下區分：在特定條件下承認依澳門民商事規則形成的法律效果、允許澳門民商事規則在橫琴直接適用、有選擇地實現在橫琴實施的內地民商事規則與澳門民商事規則的逐漸趨同。^[4]這一觀點立足于民商事法律規則的銜接實踐指出，在規則趨同外銜接方式還包括直接適用港澳民商事規則或承認其法律效果。這種類型化研究對於民商事規則銜接的具體化具有一定的啟發性，但仍然難以充分揭示訴訟規則銜接的具體特徵。

構建粵港澳大灣區互聯互通互鑒的民商事訴訟規則體系，有助於快速、高效、公正地處理跨境民商事糾紛；司法的類案指引功能也有利於三地對接互鑒，縮小粵港澳三地程序法差異，增強港澳居民對內地司法的認同感，為融合大陸法系、英美法系訴訟模式提供了示範空間；訴訟規則銜接的底層思路還可遷移至調解、仲裁，有利於完善粵港澳大灣區多元化糾紛解決機制。此外，訴訟規則銜接是匹配、制約實體規則銜接順暢度的重要因素，“矯正正義”的實現不僅需要依據實體權利義務規範，也要遵循搭建爭議解決程序空間的程序性規範，兩者結合才能更好實現銜接的目的。作為“看得見的正義”，訴訟規則銜接還能夠為實體規則趨同或相同預留時間和空間。鑒於此，本文以粵港澳大灣區內地民商事訴訟規則銜接為研究對象，從前海法院、橫琴法院、南沙法院的試點探索切入，基於訴訟法學理論提煉不同訴訟規則的銜接方式及其運行機理，挖掘制約訴訟規則深度銜接的理論、制度、實踐因素，為內地九市深化民商事領域訴訟規則銜接、構建粵港澳大灣區融合型訴訟規則體系提供具有針對性的對策建議。

二、粵港澳大灣區訴訟規則銜接的實踐探索及其總結

2019年《綱要》實施前，港澳與內地的司法合作以區際司法協助的方式進行。區際司法協助包括“一國中獨立法域之間送達訴訟文書、代為詢問證人、調查取證、法院裁決（判決等）和仲裁機構裁決的承認和執行。”^[5]港澳回歸以來，內地與港澳初步形成了具有中國特色的區際司法合作制度體系。在“一國兩制”方針以及《香港基本法》第95條及《澳門基本法》第93條規定指引下，最高人民法院與港澳特區圍繞民商事司法協助先後簽署了多項安排。^[6]司法協助是不同法域司法機關之間發生的相互請求行為，相應的司法協助安排也旨在促進、規範三地司法機關之間的交往活動，是典型的“公對公”行為。

[4] 伍俐斌：《論橫琴粵澳深度合作區的民商事規則銜接》，載《港澳研究》2023年第2期，第87頁。

[5] 李漢昌：《修改民事訴訟法應增設區際民事訴訟程序》，載《法學論壇》2005年第3期，第9頁。

[6] 按簽署時間或最高人民法院審判委員會會議的通過時間，2019年《綱要》實施前最高人民法院與香港簽署6項、與澳門簽署3項司法協助安排。

①內地與香港：《關於內地與香港特別行政區法院相互委託送達民商事司法文書的安排》（1998.12.30）；《關於內地與香港特別行政區相互執行仲裁裁決的安排》（1999.6.18）；《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行當事人協議管轄的民商事案件判決的安排》（已廢止）（2006.7.14）；《關於內地與香港特別行政區法院就民商事案件相互委託提取證據的安排》（2016.12.29）；《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行婚姻家庭民事案件判決的安排》（2017.5.22）；《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行民商事案件判決的安排》（2019.1.14）。

②內地與澳門：《關於內地與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書和調取證據的安排》（已修改）（2001.8.7）；《關於內地與澳門特別行政區相互認可和執行民商事判決的安排》（2006.2.28）；《關於內地與澳門特別行政區相互認可和執行仲裁裁決的安排》（2007.10.30）。

③香港與澳門：《關於香港特別行政區與澳門特別行政區相互認可和執行仲裁裁決的安排》（2013）；《香港特別行政區與澳門特別行政區對民商事案件相互委託送達司法文書的安排》（2017）。

2019年《綱要》實施後，港澳與內地的區際司法協助繼續推進，^[7]尤其是《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行民事案件判決的安排》意味著90%的案件可以互認，“標誌著內地與香港民商事領域司法協助基本全覆蓋的目標終於達成。”^[8]同時，內地單方面制定銜接規則的探索也逐漸展開，如廣東省高級人民法院公佈的《關於粵港澳大灣區內地人民法院審理涉港澳商事糾紛司法規則銜接的指引（一）》《關於粵港澳大灣區內地人民法院審理涉港澳商事糾紛司法規則銜接的指引（二）》（以下分別簡稱《指引（一）》《指引（二）》）。《指引（一）》突破了傳統司法協助的路徑，針對粵港澳大灣區跨境民商事訴訟的現實難題，及時固定、轉化大灣區內地法院改革的成果經驗，“不僅僅是程序的優化、更有機制的創新”^[9]，《指引（二）》聚焦證人出庭作證這一重要環節對交叉詢問制度等進行了規定。橫琴粵澳深度合作區、前海深港現代服務業合作區、南沙粵港澳全面合作示範區在民商事訴訟規則銜接方面也有相關探索。

（一）各合作區的實踐探索

1. 橫琴粵澳深度合作區：致力於多維度完善一站式多元化糾紛解決機制

“橫琴打造琴澳跨境法律服務新模式”與訴訟規則銜接相關的做法是提供一站式多元化糾紛解決和訴訟服務體系，建立“港澳陪審員+港澳調解員”聯動解紛模式，探索速裁快審新模式。此外，最高人民法院還授權橫琴法院與澳門法院建立直接委託送達和調取證據機制，“點對點”司法協助提速效果明顯。^[10]《橫琴粵澳深度合作區規則銜接工作指引》提出了12類規則銜接路徑。^[11]這12類銜接路徑又可進一步分為銜接立法的路徑（推動國家立法、申請綜合授權、協同立法、簽署合作協定）、銜接方式的路徑（法律轉化、單向認可、司法協助）、爭議解決的路徑（引導以非訴方式解決爭議）、銜接保障的路徑（運用科技手段實現規則與標準銜接）等。該指引適用於市場准入、監管制度、標準規則、專業資格、法律衝突、爭端解決等各項社會制度，其中的司法協助、科技助力與訴訟規則銜接高度相關。

2. 前海深港現代服務業合作區：創新實體與程序聯動的跨境商事法律規則銜接機制對接

前海法院跨境商事法律規則銜接制度體系包含訴訟規則銜接和實體規則銜接。實體規則方面，前海法院以成文法和司法裁判比較研究為切入點，結合涉港澳商事審判實踐，為商事主體開展跨

[7] 按簽署時間或最高人民法院審判委員會會議的通過時間，2019年《綱要》實施後最高人民法院與香港簽署2項司法協助安排與1項會談紀要，與澳門簽署2項司法協助安排。

①內地與香港：《關於內地與香港特別行政區相互執行仲裁裁決的補充安排》（2020.11.9），《關於內地與香港特別行政區法院就仲裁程序相互協助保全的安排》（2019.4.2）。2021年5月最高人民法院與香港特別行政區政府簽署《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和協助破產程序的會談紀要》。

②內地與澳門：《關於內地與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書和調取證據的安排》（2019.12.30）；《關於內地與澳門特別行政區就仲裁程序相互協助保全的安排》（2022.2.15）。

③廣東省與香港：廣東省高級人民法院在最高院的指導下與香港律政司簽署《粵港澳大灣區法律交流與互鑒框架安排》（2019）。

④粵港澳三地：廣東省司法廳、香港特區政府律政司、澳門特區政府行政法務司聯合制定了《粵港澳大灣區跨境爭議調解示範規則》（2023）。

[8] 鄒平學：《內地與香港民事判決全面互認執行意義重大——評〈民事判決互認安排〉的生效實施》，載《人民法院報》2024年2月7日，第2版。

[9] 方泉：《大灣區跨境商事糾紛司法規則銜接的新實踐》，載《人民法院報》2023年1月5日，第8版。

[10] 橫琴委託澳門成功送達的平均辦理時長從獲得授權之前的194天縮短為108天，委託送達和調取證據最快僅需33天。參見《橫琴粵澳深度合作區人民法院：“三新”模式助力提升涉港澳訴訟服務質效》，廣東法院網，https://www.gdcourts.gov.cn/sifagaige/content/post_1363953.html，2024年1月15日訪問。

[11] 分別是推動國家立法、申請綜合授權、協同立法、法律轉化、簽署合作協定、單向認可、司法協助、引導以非訴方式解決爭議、運用科技手段實現規則與標準銜接等。

境商事活動提供指引。^[12] 程序規則方面則包括制定《關於深入推進跨境商事訴訟規則銜接工作指引》與建立司法誠信體系、簡化涉港澳訴訟程序、專家協助查明域外法等 8 個配套制度，通過吸收借鑒香港地區屬實申述、證據開示、轉交送達等有益經驗，構建內地與香港地區商事訴訟規則的制度對接。前海法院實行的證據開示制度，庭審效率顯著提升。^[13]

3. 南沙粵港澳全面合作示範區：構建“N+4+2”粵港澳司法規則銜接機制

自 2016 年探索跨境商事規則銜接以來，南沙法院先後出臺了《涉港澳臺民商事案件庭前事實清理規程》《涉港商事案件屬實申述規則適用規程》《委託當事人送達實施細則》《民商事案件證據開示指引》《關於智慧財產權民事案件要約和解程序的適用指引》等 N 項訴訟規則對接探索，將香港、澳門司法程序的典型制度接入南沙法院，提高了港澳居民對內地司法制度的認同感。^[14] 南沙還在全國率先通過聘任港澳人民陪審員、制定《港澳人民陪審員管理辦法》、邀香港執業大律師運用香港規則調解涉外商事案件、深化港澳專家諮詢機制等創新港澳人士參與司法的管道。此外，南沙還打造了 2 個粵港澳司法合作交流平台，邀請粵港澳三地司法實務人員、學者等開展比較模擬庭審。

（二）訴訟規則銜接的類型化分析

訴訟規則依調整的事項不同大致可分為調整訴訟流轉的流程規則、保證事實認定運轉的審判規則、貫徹證據裁判原則的證據規則，及允許當事人約定適用域外法的合意規則。不論是《指引（一）》《指引（二）》還是三個合作區的實踐探索均可歸入上述其中。

1. 流程規則銜接旨在提升流轉效率

流程規則包括立案通知、送達、傳喚等。因客觀上存在司法法域的區隔，跨境訴訟在流程推進上存在難度，必須依靠特定的推進通道，因而規則銜接服務於打破互動壁壘，提升訴訟流程的推進效率。典型的流程規則就是司法協助，傳統的“倒 u 型”司法協助機制並未區分內地與港澳、廣東與港澳之間司法合作的不同情形與需求，因涉及主體多樣、審批流程複雜、時效緩慢難以充分支撐粵港澳大灣區一體化發展。為了提升訴訟程序的流轉速率，減少流轉主體、簡化審批流程、縮短流轉期限是關鍵。一方面，最高人民法院通過單方面簡化內地上報流程、減少審批主體的方式提高效率。最高人民法院通過授權橫琴法院、前海法院、南沙法院與澳門直接展開司法協助的方式減省內地轉遞環節。另一方面，由於“安排沒有直接適用的效力，其還需要完成兩個特區的內部程序後才可能生效，”^[15] 司法協助的落實、推進或增加耗時較長，與粵港澳大灣區規則銜接的目的還有一定差距。當前內地通過與港澳簽署關於送達、承認與執行的合作安排，形成常態化合作機制，促使港澳提高流轉效率。

平行訴訟的處理規則也可放置於本情形進行討論。由於涉及多法域可能出現的平行訴訟，包括

[12] 《探索跨境法律規則銜接 前海法治“金字招牌”越擦越亮》，載《南方都市報》2023年10月23日，第A06版。

[13] 《深入探索跨境司法規則銜接與機制對接》，廣東法院網，https://www.gdcourts.gov.cn/sifagaige/content/post_1363952.html，2024年1月15日訪問。

[14] 廣東自由貿易區南沙片區人民法院發佈的全國首個《民商事案件證據開示指引》借鑒了我國香港地區“文件透露規則”，引導和鼓勵當事人在庭前自主進行證據開示，及時固定爭議焦點，防止證據突襲。

《涉港商事案件屬實申述規則適用規程》借鑒我國香港地區“屬實申述規則”，要求涉港商事案件當事人簽署書面承諾書，向法院確認提交的文件和陳述的內容屬實，無虛構或隱瞞，並明確告知屬實申述承諾的法律效果和責任，宣導誠信訴訟。

事實清理是指在涉港澳臺民商事案件審理過程中，通過引導當事人在庭前明確訴辯意見，完成證據交換和質證，由法院製作事實清理清單固定既證事實，明確待證事實的程序。

[15] 張淑鈿：《香港特區與澳門特區民事司法協助模式的突破與缺憾——兼評〈關於香港特區與澳門特區相互認可和執行仲裁裁決的安排〉》，載《暨南學報》2013年第12期，第72頁。

對抗型平行訴訟和重複型平行訴訟。^[16]《指引（一）》規定了此情形下內地法院可以裁定不予受理。英國法也規定了禁止反言規則以處理該情形，包括訴因禁止反言和爭點禁止反言。前者是指原告在先前訴訟中敗訴的，無權啟動新的訴訟重新提出自己的請求；原告勝訴的，也無權就同一訴訟請求再次起訴以獲得更大的訴訟利益。後者是指原告勝訴時，如果法院對某些爭點未作出有利於原告的認定，那麼原告也被禁止再次就該爭點提起訴訟。^[17]平行訴訟處理規則不涉及三地訴訟規則的變動，通過雙方達成協議維持對方已生效判決效力和節約司法資源。

2. 審判規則旨在增強港澳當事人對內地司法的認同

審判規則是圍繞事實認定的各類規則，包括審判組織的構成、事實調查、法庭辯論等，與訴訟模式高度相關。

“專業法官＋港澳陪審員＋行業專家”的專業化審判模式通過主體擴容吸納港澳籍的陪審員和行業專家。前海法院設立“選任香港地區陪審員”改革專案，制定了《香港地區陪審員選任實施辦法》《香港地區陪審員管理辦法》。根據相關規定，香港地區陪審員不僅要符合人民陪審員法規定的擔任陪審員的基本要求，還應當具有金融保險、智慧財產權、互聯網、現代物流或融資租賃等方面的專業知識或從業經驗。^[18]港澳專家陪審員對港澳地區或域外的交易習慣、行業情況較為熟悉，可以充分發揮專業優勢並提供專業意見，協助法官厘清查明案件事實。普通陪審員可以基於自身的文化背景提升當事人的親切感，協助法官進行調解或幫助法官瞭解域外法。

當事人主義一項重要的程序規則——交叉詢問通過單方面接入的方式實現銜接。南沙法院在2017年開始探索交叉詢問制度，即在案件事實複雜的涉港澳民商事案件中，允許訴辯雙方對證人進行交叉式詢問，充分保障當事人訴辯權利，貫徹正當程序原則。《指引（二）》第6條規定，“人民法院可以根據案件情況，組織當事人及其訴訟代理人對證人進行交叉詢問”。又如，《涉港澳臺民商事案件庭前事實清理規程》設置了創新型的庭前程序，即借鑒澳門的“清理批示”規定了“事實清理”。根據澳門民事訴訟法第429條，訴辯書狀階段完成後進入到“清理及準備階段”，法官必須做出“清理批示”以為下一階段的開庭審理做準備，與內地“交換證據及整理爭點”類似，^[19]但事實清理程序處理的內容還包括審理延訴抗辯及訴訟上之無效、立即審理實體問題、列出既證事實與待證事實，所作之批示於確定後，即對已具體審理之問題，構成在訴訟關係上裁判已確定之案件。《涉港澳臺民商事案件庭前事實清理規程》的“事實清理”與澳門的“清理批示”並不完全一致，但兩者均具有明確的法律後果，這一特徵與我國的庭前會議制度並不相同。通過將大量的可獨立處理的事項放置於審前程序中，可以保障庭審的集中和高效。

審判規則作為訴訟規則的重要組成部分，是典型的公法。在國際法律衝突理論中，一國司法機關只適用本國的公法，即法院地法。除公法具有屬地性外，適用法院地法的正當性還有“其符合訴訟經濟的要求”。^[20]如果在特定程序問題上，適用外國程序法更有助於當事人的程序保障，那麼我們也應當允許外國程序法的適用。^[21]這一理論適用於一國之內的區際法律衝突難度更低，即如

[16] 鄭鵬：《內地與澳門民事管轄權的衝突與協調》，載《澳門法學》2023年第1期，第120頁。

[17] 參照胡萌：《訴訟法中禁止反言規則研究》，法律出版社2019年版，第55頁。

[18] 2018年6月，前海法院選任了第二批19名香港地區陪審員。其中，12名為普通陪審員，7名是專家陪審員。兩批陪審員大學以上學歷29人，其中13人具有碩士學位，5人具有博士學位。參見《強化深港司法交流與合作 提升國際區際司法公信力 深圳前海法院推進港籍陪審員制度成績斐然》，中國法院網，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/09/id/4478782.shtml>，2024年1月15日訪問。

[19] 賴建國：《澳門與內地新民事訴訟程序比較研究》，北京大學出版社2015年版，第84-85頁。

[20] 林強：《國際民事訴訟程序問題法律適用論綱》，載《法學》2023年第8期，第176頁。

[21] 同上註，第184頁。

果程序法的變通適用具有更重要的價值，也更能夠獲得當事人的認同，則可以部分適用其他法域的程序法。交叉詢問是當事人主義重要的訴訟制度，與我國內地民事訴訟中的質證規則有明顯不同；庭前事實清理程序是澳門民事訴訟程序中重要的審前程序，雖然內地同樣具有大陸法系的訴訟傳統，但兩者關於審前程序的設計仍然存有區別。通過引入交叉詢問制度和事實清理程序這種直觀的“拿來主義”可以提升港澳當事人對內地司法的熟悉感和認同感。

3. 證據規則的“直通車”式銜接

證據規則是調整證據收集、使用、審查判斷及證明活動規則的總和。證據規則是事實認定的關鍵規則，也是證據裁判原則的規範載體。證據規則銜接有兩種方案，一是直接適用域外證據規則。證據規則一般被視為公法，法官應當依據法院地法進行證據審查活動。部分證據規則並不直接規範調整法院的相關審判行為，因而可依據證據形成時與其關係最密切的法律進行審查。^[22]二是將域外證據看做本地證據並適用本地證據規則。依據《指引（一）》第7、8、9條的規定，大灣區證據規則銜接包含三種類型。一是內地法院直接認定港澳公文書證的證明力。《關於民事訴訟證據的若干規定》（2019）第16條規定，“當事人向人民法院提供的證據是在香港、澳門、台灣地區形成的，應當履行相關的證明手續。”《指引（一）》規定了在此情形下內地法院可經審查認定其證明力，不僅節省了當事人的成本，“更是對特區憲法地位的一種確認”。^[23]二是內地法院確認港澳生效裁判、仲裁裁決認定的事實。三是在港澳訴訟中的陳述，內地法院經庭審質證可將其作為事實認定的依據。這三種方式均是通過“一視同仁”使港澳相關的公權力主體獲得與內地同類主體的法律地位，從而降低乃至消除因相互轉換而產生的對接成本。

4. 合意規則的開放式銜接

《指引（一）》第11條規定符合條件的港資、澳資等投資企業可以協議選擇域外法解決合同糾紛。民商事訴訟中合意規則的正當性基礎是平等主體間的意思自治。降低合意門檻、擴大域外法選擇適用是促進規則銜接的重要方式，其直接法律效果是將港澳、外國的各類實體權利、義務規則作為訴訟主體解決爭議的實體法依據，客觀上導致排除適用內地實體法如民法典等法律所規定的權利、義務條款。

合意規則本身屬於衝突條款，並不直接作用於訴訟程序，但其所帶來的接入域外實體法規則的效果卻對整體的訴訟制度產生了重要影響。一是內地司法人員、訴訟程序與域外實體法規則的相容性挑戰。內地司法人員依據自身較為熟悉的訴訟程序規則推進訴訟，但實體判決的作出卻需要依據自身並不熟悉的域外實體法。二是對民商事實體法規則銜接的波及效應。對於民商事實體法領域的規則銜接，一般通過協同立法或單方面接入的形式達到規則內容的相同或趨同，但在訴訟中通過擴大雙方合意可以將港澳或域外民商事實體法規則直接適用於個案，從而繞過變動實體法規則。同時，由於不同案件雙方合意不同，同一糾紛適用的實體法可能不同，判決結果也可不同，這與通過實體法規則的相同或趨同實現銜接的區別較為明顯。與修改或制定新的實體法規則相比，通過訴訟這一軌道進行規則銜接具有較大的彈性，既能實現個案結果的多樣化，也可避免制定法律的複雜流程，為實體法銜接預留空間。

（三）內地九市混合型訴訟模式具有特殊性

1. 內地訴訟模式具有混合型的特徵

內地民事訴訟在職權主義內核之上形成了混合型訴訟模式。我國內地民事訴訟制度形成之初具

[22] 馬自強：《域外證據適用外法域法的必要性與可行性研究——以1500份涉域外證據案例為樣本》，載《南開法律評論》2022年第1輯，中國檢察出版社2022年版，第108頁。

[23] 方泉：《大灣區跨境商事糾紛司法規則銜接的新實踐》，《人民法院報》2023年1月5日，第08版。

有職權主義的傳統，這一基調與民事司法在國家治理中的定位相吻合。隨著處分原則的發展、自認制度的建立等，訴訟雙方平等對抗色彩愈加濃厚。在中國式法治現代化的進程中，民事訴訟體制被期待“從干預型訴訟體制轉向當事人主導型的民事訴訟體制”^[24]，但訴訟模式的變化並非一夕之功，我國並未真正確立具有“約束性”的處分原則，^[25]內地“仍在總體上以職權干預型訴訟模式為內核”^[26]。對法院職權行為的堅守與對當事人處分行為的尊重繪就了內地混合型訴訟模式的基本輪廓。

2. 大灣區內地九市的混合型訴訟模式注入了新元素

內地民事訴訟制度在自發演進的過程中吸收了當事人主義訴訟的特點，形成了混合型的訴訟模式，現在以外力驅動的方式接入交叉詢問、庭前事實清理等港澳訴訟規則，又進一步形成了新的特徵：

第一，大灣區內地九市的混合型訴訟包含了主體混合和規則混合。當事人主義訴訟理念、制度對內地訴訟制度的影響具有整體性。以處分原則為典型特徵的當事人主義訴訟模式在彰顯正當程序上具有優勢，我國民事訴訟法制發軔轉型中也對當事人主義的訴訟理念、制度有諸多借鑒。然而，這種借鑒是一種整體性的，即尊重當事人的處分權、辯論權從理念上對職權主義訴訟中法官依職權干預有所鬆動，為尊重原被告雙方意思表示與拓展合意空間提供了依據，呈現出對當事人主義有所吸收的外觀，但這種轉型並不徹底，如我國民事訴訟法中保留了法院依職權收集和調查證據；原告撤訴需取得法院同意，但無需被告同意；法官詢問證人被置於當事人詢問證人之前。大灣區內地九市的混合型訴訟則不然，一方面，交叉詢問被明確規定為法庭審理的程序規則，原被告雙方經由交叉詢問制度，在推進訴訟進程、形塑訴訟結果中的主體地位得以凸顯，審判人員詢問證人被嚴格限定在特定事項中；另一方面，天然具有港澳法治思維事實認定者的加入，使得審判組織心證形成的過程本身就是不同法治思維主體合意的過程。

第二，大灣區內地九市的混合型訴訟具有鮮明的问题導向，混合的進程較快、廣度和深度較大。從訴訟模式演進的視角而言，內地民事訴訟模式具有單一性，形成混合型訴訟的原因在於“我國民事審判方式面臨的改革是從體現計劃經濟的職權干預型訴訟模式轉換為符合商品經濟發展的當事人主導型訴訟模式”^[27]，意思自治、處分原則在解決私人糾紛的場域中日益受到重視。《綱要》實施後，大灣區各領域規則銜接與機制對接快速推進，具有明顯“自上而下”的政策驅動色彩，訴訟作為糾紛解決的重要方式，在發揮法治對粵港澳大灣區發展的支撐和保障作用的背景下，必須對如何讓港澳當事人有動力瞭解、適用、認同、傳播內地司法制度迅速作出回應。在此背景下，大灣區內地九市從提升訴訟效率、引入港澳訴訟主體或規則等多方面進行銜接實踐。試點探索經過若干年發展，形成對本地法院有約束力的程序規則，“實踐-規則-案件”的多輪互動下，規則混合已經成為內地九市訴訟制度的外顯化特徵。

3. 各類訴訟規則在混合型訴訟中的作用不同

流程規則、審判規則、證據規則與合意規則採取了不同的銜接路徑，各自在混合型訴訟模式中發揮的作用也不相同。

① 流程規則對混合型訴訟的影響較為間接

從運行機理看，民商事司法協助並不直接改變三地各自適用的程序法規則，而是基於一部分訴

[24] 張衛平：《民事訴訟的現代化：理念、體制與制度》，載《中國法治》2023年第12期，第19頁。

[25] 王次寶：《民事訴訟處分原則研究》，上海人民出版社2020年版，第58頁。

[26] 張衛平：《訴訟體制或模式轉型的現實與前景分析》，載《當代法學》2016年第3期，第4頁。

[27] 任重：《改革開放40年：民事審判程序的變遷》，載《河北法學》2018年第12期，第15頁。

訟要素超出了本法域管轄範圍這一現實需求，在公權力主體之間架起溝通的橋樑，“對三地程序法律衝突具有協調作用”^[28]，是一種較為傳統的司法合作方式。與此類似的銜接方式還包括適用簡易程序和速裁程序。通過構建“集中證據交換、集中排期開庭、當庭調解宣判”的速裁快審模式，可以大幅縮短涉港澳案件審理週期。^[29] 流程規則銜接的順暢度雖然並不改變三地事實認定的規則，但可直觀提升港澳當事人在內地訴訟的效率，增強三地的司法交流，有利於形成互聯互通互鑒的法治環境。

送達規則的銜接具有一定的特殊性。跨境送達通常借由司法協助完成，即便通過簡化流程也需要兩地司法機關相互合作，但《指引（一）》規定，大灣區內地法院審理涉港澳商事案件，可以按照符合港澳法律或慣例的方式向特區當事人送交訴訟文書。通過借鑒當事人主義送達規則，在涉港民商事案件中，法院可根據一方當事人的申請，委託其向其他當事人送達司法文書。“符合港澳法律或慣例的方式”是一種港澳規則的接入機制，即內地法院單方面適用港澳的規則。這一做法的優勢較為明顯，不僅直接消除了雙方或多方司法機關的協商成本，也能夠提高港澳當事人對內地司法過程的熟悉感，進而增強對訴訟結果的認同感，有利於訴訟順利推進。送達規則銜接這一類特殊情況表明，流程規則可通過由“公對公”向“公對私”的轉變，借助私主體的靈活性，實現尊重雙方合意、提高訴訟認同、提升訴訟效率等多元功能。

②審判規則直接形塑混合型訴訟

審判組織混合是混合型訴訟的典型表現之一。陪審團與陪審員作為司法民主的體現，在各法域中承擔的職能不同。當事人主義訴訟模式中部分民商事案件可適用陪審團審理，大部分民商事案件適用獨任制。在“事實認定-法律適用”的二階審判流程下，由外行人組成的陪審團承擔事實認定的角色；“歐陸制法官與參審員被視作‘裁判共同體’，對事實認定與法律適用享有同等的表決權，而不會存在裁判權行使的割裂感”^[30]；內地法院實行人民陪審員制度，法官與陪審員共同組成合議庭；澳門沒有陪審員制度。

“專業法官+港澳陪審員+行業專家”的組成中，港澳陪審員承擔的職責既不同于當事人主義下的陪審團，也不同于內地傳統的人民陪審員。當事人主義訴訟中陪審團的職責被嚴格限定在事實認定中。根據《中華人民共和國人民陪審員法》，民事案件適用陪審員加法官合議審判的，需符合涉及公共利益、社會影響較（重）大等，對事實認定、法律適用，獨立發表意見，行使表決權。^[31] 在共同表決之外，基於陪審員的特點，審判長對事實認定、證據規則、法律規定等事項及應當注意的問題有義務向陪審員進行解釋和說明。港澳陪審員與專業陪審員承擔著向內地法官解釋和說明相關證據規則、程序規則、法律規定的職能，與內地陪審員有所區別。

“專業法官+港澳陪審員+行業專家”的專業化審判模式下，審判組織中的行業專家實際上是

[28] 張淑鈿：《粵港澳大灣區民商事司法協助的現狀與未來發展》，載《中國應用法學》2019年第6期，第121頁。

[29] 如在一宗涉澳民事案件中，適用速裁機制審理案件，從法院立案受理到當事人領取判決書僅歷時19天，大大提高了審判質效。參見《橫琴粵澳深度合作區人民法院：“三新”模式助力提升涉港澳訴訟服務質效》，廣東法院網，https://www.gdcourts.gov.cn/sifagaige/content/post_1363953.html，2024年1月5日訪問。

[30] 王星譯：《〈人民陪審員法〉第20條法官指示條款的程序化塑造》，載《法學》2023年第12期，第142頁。

[31] 根據《中華人民共和國人民陪審員法》第二十一條和第二十二條，人民陪審員參加三人合議庭和七人合議庭時職責並不相同。三人合議庭中，陪審員對事實認定、法律適用，獨立發表意見，行使表決權；七人合議庭審判案件，對事實認定，獨立發表意見，並與法官共同表決；對法律適用，可以發表意見，但不參加表決。鑒於三人合議庭適用率較高，且三人合議庭與七人合議庭之別對本文的研究物件無實質影響，本文未單獨討論七人合議庭。

專業陪審員。^[32] 為了解法官既有知識的不足而出現的“專業型人民陪審員”在內地法院審理特定民商事案件中已有體現。^[33] 雖然內地人民陪審員制度以司法民主化為目標，但實踐中陪審員的人員構成上呈現一定的“精英化”態勢，“司法民主化”的制度初衷並未得到充分貫徹。^[34] 英國也存在技術陪審員，“它是指經由法庭邀請，與法官一起聽審案件的具有專門科學或技術知識的專業人員。技術陪審員以其專門知識幫助法官解決案件中的專門問題”。^[35] 專業型人民陪審員的出現是為了應對各類專業型糾紛出現時法官在事實認定過程中的知識短板，與司法民主的目的已經出現了分化。港澳陪審員在此基礎上與內地人民陪審員職責相同，參與認定事實和決定法律適用，但英國技術陪審員既不是專家證人，無需接受交叉詢問，也無權裁決案件爭議事項。

庭審規則混合是混合型訴訟的另一重要表現。雖然同為民事訴訟糾紛解決機制，兩大法系庭審規則區別較大。普通法系民事審判具有“集中性”的特點，大陸法系國家則不然。^[36] 其中，交叉詢問制度在保障“面對面”式對抗式庭審的推進中發揮重要作用，“沒有交叉詢問規則，沒有傳聞規則等相關配套措施的保障，‘對抗制’審判方式無法運行。”^[37] 基於此，交叉詢問被視為大陸法系和英美法系民事訴訟的核心區別。內地職權主義訴訟模式在借鑒當事人主義訴訟規則時並未引入交叉詢問，因而被視為依然保有職權主義的內核。面對內地還在繼續的當事人主義訴訟改革趨勢，對當事人主義庭審規則能否借鑒及借鑒後的效果無疑非常重要。大灣區內地九市通過明確引入交叉詢問的制度規範及運行規範，為在職權主義基礎上混合當事人主義提供了示範空間。

③證據規則銜接通過特定情形下承認行為的法律後果確認特區憲法地位

當前關於證據規則銜接是指《指引（一）》第7、8、9條所規定的使港澳相關的公權力主體獲得與內地同類主體的法律地位，並未涵蓋所有的證據規則。依據高度自治理論，三地證據法相互獨立，對於形成於港澳的證據，內地必須依據內地民事訴訟法及相關證據規定進行審查。但對於特定類型的證據種類，《關於民事訴訟證據的若干規定》（2019）對其證明力進行了特別規定，涉及生效裁決、裁判、公文書證等。前述證據均由公權力主體製作，證據審查可予以簡化。根據憲法，特別行政區由全國人民代表大會設立，是地方行政機構。形成於港澳的生效裁決、裁判、公文書證同樣形成於“一國”下的公權力主體，簡化證據審查並無障礙。證據規則銜接的法律效果超出了訴訟規則銜接這一部門法的範疇，借由法治融入這一管道對特區融入國家發展大局有積極作用。

④合意規則通過銜接域外實體法間接影響大灣區內地九市的訴訟規則

與實體規則的相同或趨同不同，合意規則通過域外實體法規則銜接的個別化體現了對當事人合

[32] 前海法院將香港地區陪審員分為普通陪審員和專家陪審員兩大類，專家陪審員按照金融、貿易、財會、股權、智慧財產權等類別分為5個組。參見《港澳人士這樣參與內地法院辦案》，載《法治日報》2022年5月6日，第A4版。

[33] 由於生態環境侵權中事實的查明需要借助環境科學領域專業知識，生態環境修復涉及大量專業技術性問題，環境損害司法鑒定週期長、費用高，法官缺少專業知識的情況下審查、相信鑒定結論也存在一定困難，2023年最高人民法院制定了《關於具有專門知識的人民陪審員參加環境資源案件審理的若干規定》。專門知識的人民陪審員既要履行普通陪審員的職能，也具有一定的特殊性：由於司法民主主要體現在審判活動中，人民陪審員不參與執行活動，但有專門知識的人民陪審員可以參與專業技術性較強的案件執程序。參見《〈關於具有專門知識的人民陪審員參加環境資源案件審理的若干規定〉的理解與適用》。

[34] 李辭、詹曉琪：《陪審制運行效果實證研究——以F區法院刑事審判實踐為樣本》，載《福州大學學報》2023年第5期，第118頁。

[35] 杜聞：《持續“遇冷”及“邊緣化”處境：論英美民事訴訟中的法院任命專家制度》，載張衛平、齊樹潔主編：《司法改革論評》2020年第1輯，廈門大學出版社2021年版，第55頁。

[36] 參見[美]約翰·亨利·梅利曼：《大陸法系》，顧培東等譯，法律出版社2021年版，第129頁。

[37] 陳瑞華：《證據法學研究的方法論問題》，載《證據科學》2007年第Z1期，第13頁。

意的尊重。著眼於實體規則相同或趨同的銜接方式遵循先立法後司法的順序，法官作為法律適用者必須在同類案件中統一適用實體法，但雙方當事人約定適用域外法時，內地法院面臨域外實體法適用多樣化、變動化的挑戰，催生了對港澳陪審員、行業專家的需求，因而對審判主體這一審判規則的銜接方式具有一定的影響力。搭配證據規則、審判規則的銜接，示範區法院客觀上形成了“混合型審判規則+域外實體法+內地證據法”的統一體。

三、粵港澳大灣區訴訟規則銜接的目標：從混合邁向融合

（一）混合型訴訟的內生缺陷

誠然，大灣區內地九市混合型訴訟制度的形成與發展對增進港澳當事人主觀認同、推進三地司法交流與合作具有明顯的積極作用，但當前階段形成的混合型訴訟仍然有待完善。“混合”意即摻雜、合併，是指兩種以上的事物摻和在一起，彼此仍保留原來的性質。其最終產品永遠是“混合物”。^[38]混合雖然為兩種不同類型的事物之間的互相作用提供了空間，但只是一種粗糙的、起步的作用力。由於流程規則銜接並不直接作用於訴訟模式、合意規則對訴訟模式的影響仍具體化為審判規則，下文僅討論審判規則銜接和證據規則銜接在混合型訴訟制度中的挑戰。

1. 當事人主義審判規則與職權主義內核的契合性有待提升

內地民事訴訟模式的自然演進過程引發有關當事人主義訴訟規則與職權主義訴訟模式內核契合性的思考。長久以來，關於內地民事訴訟是否已經完成當事人主義轉型的討論不絕於耳，上文指出，較有影響力的觀點認為目前內地仍然是職權主義訴訟模式。雖然內地民事訴訟對當事人主義的借鑒較為明顯，但從規則變動到體系更新再到理念轉變的聯動反應要複雜的多。當事人主義訴訟模式注重對抗，“由於普通法長期浸淫在一個有特許命令（令狀）構建的制度環境當中，司法程序受到了極端的重視”^[39]，由此發展出的正當程序是普通法的重要原則，庭審被視為雙方公平競爭的場合。而在職權主義訴訟模式下，法院的任務是為了查明事實真相，包括證據調查在內的各項庭審規則均服務於法官的心證。兩種不同的事實認定機制能否無縫銜接是關注的焦點。我國內地的法庭調查和法庭辯論階段更加關注法官，雖然調查的對象同樣是證據，辯論的主體同樣是雙方當事人，但這一流程均服務於為法官的心證過程添磚加瓦，最終輔助法官做出支持原告或被告的判決。

在對抗制訴訟中，“當事人通過舉證和交叉詢問，積極地引導法庭認定事實真相。”^[40]“交叉詢問一般是以控辯兩大陣營的對抗為背景。在詢問過程中，證人一般也被劃分為兩大陣營中的某一方”，^[41]“交叉詢問制度包括主詢問、反詢問、再主詢問、再反詢問等步驟並可依次進行多輪”^[42]，各方在程序規則的約束下，主詢問的主體、範圍，反詢問的主體、對象，再主詢問等被嚴格限定，爭點通過不斷地辯論被逐項解決。交叉詢問並非簡單的雙方辯論，還配有約束規則，“主詢問一般不得以誘導方式提問，但在反詢問中允許採用誘導方式提問，該詢問方式是不可或缺的手段。”^[43]由此不難看出，交叉詢問若要順利推進，必須以證人在場、詳細的詢問推進程序、

[38] 羅健豪、肖建紅：《從“混合”到“化合”：中國民事訴訟機制變革理想試解》，載《當代法學》2000年第2期，第69頁。

[39] [美]塔瑪爾·赫爾佐格：《歐洲法律簡史》，高仰光譯，中國政法大學出版社2019年版，第161頁。

[40] 高鴻鈞：《比較法律文化視域的英美法》，載《法律文化研究》2020年第1期，第49頁。

[41] 尚華：《論質證》，中國政法大學出版社2013年版，第126頁。

[42] 房保國：《專家證人制度研究》，中國政法大學出版社2020年版，第190頁。

[43] 畢玉謙：《民事訴訟專家輔助人制度研究》，中國政法大學出版社2017年版，第297頁。

不間斷的程序管理為前提。此外，證據開示是交叉詢問的基礎，證據的收集和調查被置於庭審前的證據開示程序（discovery）並由當事人及其律師主導，法官原則上不予介入。^[44]日本在引入交叉詢問時忽略了配套的證據開示，導致實踐中交叉詢問“也不過是累積對自己不利的證言”^[45]。

如果僅將交叉詢問制度嵌入法庭調查和法庭辯論階段，雖然表面上雙方當事人取代法官成為詢問的主體，但可能因無法為法官心證提供足夠的資料與空間而陷入表面的針鋒相對，造成交叉詢問制度適用的虛化。雙方當事人平等對抗以充分的證據披露為前提，當事人可在充分瞭解對方證據的情況下向對己不利的證人進行有針對性的詢問，己方當事人則可基於充分的訴訟預案快速進行回應並加強論證。法官必須在交叉詢問環節逐一確認爭點事項是否得到解決。集中審理、即時心證對習慣於主持舉證、質證的內地法官而言存在一定挑戰，由此可能導致將熟悉證據材料的時間提前至開庭前或推遲至庭審結束後。此外，交叉詢問制度的重要地位受到集中式庭審的保障，但大陸法系中只要訴訟雙方有機會提供反駁證據並“對抗”對方的證明結果即可，而不必在證據被提交法庭時在場^[46]，由此還可引申出是否承認庭外證據的證據資格問題。《指引（二）》也並未對交叉詢問之外是否還存在其他證據認定環節作出限制。如果忽略了交叉詢問制度與證據規則的內在聯繫，可能導致交叉詢問即便呈現出“你來我往、針鋒相對”之勢，法官心證仍舊遵循職權主義的慣性。

此外，內地法院對交叉詢問的認識還存在部分誤區。《指引（二）》第15條規定，“人民法院認為有必要的，可以要求證人與證人、當事人之間進行對質。”職權主義區別於當事人主義主要在於當事人訴權與法官職權在運行過程中如何協調。當事人與對己不利的證人之間進行對質即是為了保障當事人的對質權，與交叉詢問的要求相一致。然而，證人與證人之間對質可能會衝擊交叉詢問制度。《指引（二）》的上述規定並非是基於粵港澳大灣區民商事訴訟規則銜接的需求而創設的新規則，《最高人民法院關於民事訴訟證據的若干規定（2019修正）》於第74條第3款規定，“人民法院認為有必要的，可以要求證人之間進行對質。”該條是由《最高人民法院關於民事訴訟證據的若干規定（2001）》（已失效）第58條“人民法院認為有必要的，可以要求證人之間進行對質”稍做變動而來。因此，證人與證人之間進行對質在內地民事訴訟中早已有之。即便從保障對質權出發，證人也不是對質權的適格主體，但在我國內地民事訴訟的職權主義模式下，證據調查服務於法官心證的過程，只要法官認為何種調查手段有助於查明案件事實，那麼適用該調查手段就有必要性，圍繞同一爭點，證言內容存在不一致的證人之間進行對質被視為是去偽存真的有效手段，自然可以適用。證人與證人之間的對質只可能由法官主導，雙方當事人退回到了訴訟參加人的地位，允許證人之間相互對質導致交叉詢問被明顯弱化。

2. 單一證據規則的適用需要植根於體系化的證據規則

當前內地關於證據規則銜接採取的是承認對等主體行為的法律效果，即《指引（一）》第7、8、9條。雖然該項做法可以避免重複取證從而提升訴訟效率，但仍應當置於證據規則的體系性中進行考察。

一是內地法院質證“在港澳訴訟中的陳述”的適當性。當事人的陳述是指當事人在訴訟中就與本案有關的事實向法庭所作出的主張或陳述。作為法定的證據種類之一，當事人的陳述應當經庭審質證才能作為認定案件事實的依據，這也是證據裁判原則的當然要求。然而，在涉港澳案件中，出

[44] 歐明生：《試論兩大法系民事訴訟模式之分野——以民事訴訟法律關係為視角》，載《廣西社會科學》2010年第4期，第72頁。

[45] 李凌：《集中審理視角下民事證據調查階段化研究》，載《中外法學》2023年第2期，第495頁。

[46] [美]米爾建·R·達馬斯卡：《漂移的證據法》，李學軍等譯，何家弘審校，中國政法大學出版社2003年版，第112頁。

現了在港澳訴訟中的陳述和涉港澳訴訟中的陳述並存的情況，如果在涉港澳訴訟中對在先的港澳訴訟中的陳述進行質證，有違直接審理原則，交叉詢問也難以貫徹。雖然《指引（一）》第7條和第8條同屬證據規則銜接，但第7條的對象是公文書證、第8條的對象是生效裁判認定的事實，兩者都可歸入廣義的書證，消除了主體差異後，對內地的質證規則並不會形成挑戰。

二是這種“直通車”式的銜接方式是《廣東省高級人民法院推進粵港澳大灣區建設第二個三年行動方案（2022—2024年）》中所指出的“推進內地與港澳民事訴訟證據效力相互認定制度”的前期探索。因而，應對“證據效力互認”這一證據規則銜接的方式進行前瞻性的研究。從最終目標看，“證據效力互認”並未對證據的種類作出限定，因而對於《指引（一）》第7、8、9條之外的其他證據種類同樣適用。實際上，《指引（一）》第7、8、9條所涵蓋的證據種類十分有限，對於更廣範圍內的證據，如私文書證、物證、證人證言、鑒定意見等並未涉及。因而，對何為證據效力、何為互認進行分析確有必要。

證據效力並不是通行於職權主義和當事人主義的內涵明確的表述。學界曾在公證文書的研究中使用證據效力，認為證據效力又稱證據力，包含“形式證據力”與“實質證據力”，前者即承認一方當事人所提供的文書即實為作成人曾經記載相關陳述或報告之文書，後者是指文書所載內容能證明待證事實。^[47]除此之外，並未有關於證據效力的專門研究。學界關於證據基礎理論、基本概念的研究由來已久，通說認為我國內地證據審查包括客觀性、關聯性、合法性，英美法系證據制度是從可采性和關聯性審查證據，大陸法系證據審查包括證據能力和證明力，^[48]三者各自成體系。結合證據效力包含了形式與實質兩個方面，證據效力可大致對應為證據審查的要素，“證據效力互認”可進一步理解為承認三地不同的證據審查規則的前提下，直接確認港澳關於證據審查的判斷，即承認其法律效果。

這種觀點忽視了證據審查規則與審判規則的密切關係。證據法作為公法，相同或趨同難度較大，“效力互認”這一銜接方式看似可以繞過證據規則的相同或趨同，還能夠減少因轉換產生的對接成本，但忽略了證據規則並不是靜態的證據審查這一事實。英美法系以證據可采性為中心形成了一系列的判斷規則。^[49]英美法系的證據規則以複雜性和精密性著稱，“對抗制和陪審團制加劇了證據法的重要性和複雜性”，^[50]導致“眾多被廣泛採用的證據規則只有被放置於二分式法庭背景下才能獲得普通法的意味”^[51]。以傳聞規則為例，“反對傳聞最為重要的理由是傳聞無法接受交叉詢問並以此檢驗它的可信度”。^[52]相對應的，大陸法系以嚴格證明為內核串聯了對證據能力和

[47] 占善剛、楚哈旗：《公證文書的證據效力探析》，載《證據科學》2016年第1期，第62頁。

[48] 客觀性、關聯性、合法性是我國內地司法機關審查證據的通說。

根據美國《聯邦證據規則》401條，“相關證據”是指證據具有某種傾向，使決定某項在訴訟中待確認的爭議事實的存在比沒有該項證據時更有可能或更無可能。402條確立了相關的證據一般可採的原則，403、404列舉了不可採的排除情形和例外下可採的特別情形。

關於證據能力和證明力，證據能力是證據可以在訴訟中使用的資格，是一種證據准入門檻，證明力則由法官根據心證自由判斷。

[49] 墨菲將英美法系的證據規則分為八大類：結構性規則、優先性規則、推理性規則、預防性規則、簡單化規則、數量規則、政策性證據規則、自由裁量規則。證據法的功能包含了保障訴訟中真實的發現、加強裁判事實的可接受性、加強英美法系法庭審判的對抗性特徵。參見易延友：《證據法的體系與精神——以英美法為特別參照》，北京大學出版社2018年版，第50-51頁。

[50] [美]艾倫·法恩斯沃斯：《美國法律體系》，李明倩譯，上海人民出版社2018年版，第83頁。

[51] [美]米爾建·R·達馬斯卡：《漂移的證據法》，李學軍等譯，何家弘審校，中國政法大學出版社2003年版，第35頁。

[52] 李培鋒、潘馳：《英國證據法史》，法律出版社2014年版，第91頁。

證明力的判斷，被認為事實認定遵循自由裁量模式，證據規則並不發達。不論是交叉詢問，還是嚴格證明，均是重要的審判規則，證據審查的法律後果只能經過真正的庭審才可能獲得，由此產生兩種可能的結果：一是內地法院在審判時依照英美法系或大陸法系的證據規則進行審查，二是內地法院將港澳證據一視同仁，視為內地證據並適用內地民事訴訟規則進行審查。前者事實上就是適用港澳的證據規則，即證據規則的相同，並不現實；後者與《指引（一）》的探索方向相一致，是指承認其可以作為證據的資格。與證據資格這一概念相比較，證據效力的判斷內涵更加豐富，也必須依靠真正的訴訟進程。以證據關聯性規則和可採性規則為例，關聯性規則的判斷較為簡單，僅指出證據與待證事實存在關聯性即可，無需判斷關聯性的大小。但當事人主義為證據是否可採提供了對抗式的庭審空間，雙方可對對方證據是否可採提出異議，法官還應根據辯論做出認定，後續關於原告是否達到證明標準的判決更是依賴事實認定者的自由心證。在大陸法系關於證據能力和證明力的證據審查中，這種互認的難度表現的更為明顯：證據證明力的判斷必須依靠法官的自由心證。要求內地法院法官以域外法官關於證據證明力的判斷作為自己的心證，並不可能。

（二）法治融合目標下粵港澳大灣區訴訟規則銜接的具體目標

1. 法治融合是粵港澳大灣區法律規則銜接的目標

各類規則銜接的實踐均是立足區際法律衝突這一粵港澳三地民商事交往的現實法治背景，促進要素最小成本跨區域流動。“複合法域國家的存在，為一國之內各法域之間發生區際法律衝突提供了可能性”。^[53] 法律規則銜接致力於為區際法律衝突提供協調方案，減少不同法域的民商事主體在大灣區內部的參與成本、認知成本、認同成本和交往成本。

粵港澳大灣區法律規則銜接以促進法治融合為目標，有利於保障港澳融入國家發展大局。雖然區際法律衝突可以借鑒國際法律衝突的解決方案制定區際衝突法，但“區際法律衝突法是通過確定唯一適用的法律規範，排斥其它法律規範的辦法，規避不同法律的衝突。”^[54] 這一做法雖然可以有效解決“適用何種法律”這一問題，但是一種“相對靜止”的銜接方式，無法促進三地法律的融合發展，不利於保障港澳融入國家發展大局。

法治融合以法治差異為前提，有利於保障“一國兩制”的生命力。“規則銜接預設了對差異規則的承認與尊重，‘銜接之’而非‘統一之’”^[55] 在促進各要素跨區域流動的統一目的之下，應當認識到“訴訟規則銜接既不是完全消除差異，也不能因差異而形成制度壁壘，而應在保持各自特色和優勢的基礎上，將差異轉化為動力，實現有效銜接，為要素跨境高效便捷流動創造良好的司法環境”。^[56] 規則相同或趨同是減少流動成本的最理想狀態，但合作區建設的使命是要豐富“一國兩制”的實踐，^[57] 法律規則銜接“是承認接受而不是否定法律制度的差異”。^[58] 因此，包括訴訟規則在內的法律規則銜接並不是以消除差異為目的，而是以法治差異為發展背景，促進內地法治借鑒、融合港澳法治，增強港澳居民對內地法治的認同，實現法治融合發展。

2. 融合型訴訟是粵港澳大灣區民商事訴訟規則銜接的具體目標

訴訟規則的相同或趨同相較於實體法難度更大，在此意義上，訴訟規則銜接在“求同存異”

[53] 黃進主編：《中國的區際法律問題研究》，法律出版社2001年版，第26頁。

[54] 陳欣新：《大灣區框架內澳門與珠海法律銜接與協同立法》，載《港澳研究》2020年第1期，第89頁。

[55] 薛宇：《粵港澳大灣區規則銜接的基本原理》，《深圳社會科學》2024年第3期，第49頁。

[56] 司艷麗：《粵港澳大灣區法律規則銜接疑難問題研究——以多元化糾紛解決機制為切入點》，載《中國法律評論》2022年第1期，第215-216頁。

[57] 參見涂廣建：《“橫琴粵澳深度合作區”法治構建——以民商事法律制度銜接為例》，載李雙元主編：《國際法與比較法論叢》2022年第1輯，武漢大學出版社2022年版，第82頁。

[58] 鄒平學：《粵港澳大灣區法治合作和規則銜接的路徑探討》，載《青年探索》2022年第4期，第11頁。

式的法治融合目標中更具典型意義。2020年9月，歐洲法學會與國際統一私法協會制定了《歐洲民事訴訟程序示範規則》，被視為歐洲地區民事訴訟程序一體化發展的重要事件。雖然該示範規則致力於實現民事訴訟程序這一公法的一體化，但適用率並不高。^[59]梅因曾說過，“在法院發展的孩提時代，訴訟法的支配地位是如此之大，以至於實體法首先是從程序法的縫隙中逐漸滲透出來的。”^[60]“正如民法是大陸法系實體法的核心一樣，民事訴訟法是大陸法系程序法的核心。”^[61]民事訴訟程序在兩大法系中的重要性可見一斑。

融合型訴訟與法治融合發展的目標一脈相承。一方面，基於跨境糾紛解決的現實需求，促進相互獨立的司法系統與司法制度之間的接觸與互動，減少三地司法的疏離與隔閡是發展的必然。另一方面，承認接受而不是否定乃至消除三地訴訟制度的差異是尊重訴訟制度客觀規律的體現，在積極引入港澳訴訟規則的銜接實踐中，應當避免將通過“無差別複製港澳訴訟規則”進而複製港澳訴訟模式作為銜接的目標。

融合型訴訟的核心理念是在混合型訴訟模式的基礎上，以增強港澳當事人的訴訟認同、增進三地司法交往與互動、促進內地民事訴訟制度完善等多元價值為目標，遵循訴訟模式的運行規律，採取聯繫的、體系化的、過程化的思維持續完善訴訟規則。由於法域內部各項訴訟制度之間是有機統一的整體，訴訟規則作為一個整體運轉且與訴訟程序緊密相關。因此，對域外訴訟規則的借鑒必須放置於整體中觀察效果。

融合型訴訟的探索與推進具有兩方面積極意義。一是通過推動大灣區法治現代化發展釋放法治生命力，彰顯大灣區的發展活力。港澳回歸二十多年以來，“一國兩制”從理論走向實踐日益豐富，粵港澳大灣區承載新時代推動形成我國全面開放新格局的戰略使命，如何在“一國兩制三法域”的現實背景下實現全面開放是大灣區發展繞不開的命題。法治是世界現代化發展的共同成果，構建大灣區內開放互通的法治環境有利於完善大灣區發展的制度性優勢，確保大灣區可持續發展。二是為內地訴訟制度改革提供示範空間。改革開放四十多年來，內地民事訴訟制度在回應社會治理需求變化的使命驅動下，經歷了若干次改革與發展，對當事人主義訴訟的理念、制度有所借鑒。職權主義內核與當事人主義訴訟規則能否有效銜接是混合式訴訟模式面臨的理論和實踐難題。“民事司法改革是我國民事司法制度或民事訴訟制度的試驗田”，^[62]在內地民事司法改革暫未採取直接引入典型的當事人主義訴訟規則的情況下，順應內地訴訟制度發展的趨勢，大灣區先行先試可為內地訴訟制度發展提供示範空間。同時，大灣區訴訟制度的發展不僅借鑒了當事人主義訴訟規則，還包括不同于內地傳統職權主義的大陸法系職權主義訴訟規則，示範意義更加凸顯。

（三）發展融合型訴訟的挑戰

引入當事人主義訴訟規則並非意味著徹底當事人主義化，應當將目標設定為保障接入的核心程序與制度可以順利運轉。實體法規則銜接中較為重要的協同立法、示範立法等方式無法直接適用於程序法，涵蓋實體法和程序法在內的法治一體化“缺乏法律基礎和現實基礎”。^[63]內地實行社會主義民事訴訟制度，香港與澳門分屬英美法系和大陸法系，不同法系之間區別較為明顯。除此之外，引入的訴訟規則是制定法，但普通法是英美法系的一大特色。“在普通法的環境下，法治

[59] See Mańko, R. (2015). *Europeanisation of Civil Procedure: Towards Common Minimum Standards?*. Brussels: European Parliamentary Research Service, PE, 559.

[60] 梅因：《早期法律與習慣》，第389頁，轉引自[英]梅特蘭：《普通法的訴訟形式》，王雲霞、馬海峰、彭蕾譯，商務印書館2017年版，第18頁。

[61] [美]約翰·亨利·梅利曼：《大陸法系》，顧培東等譯，法律出版社2021年版，第112頁。

[62] 張衛平：《改革開放四十年民事司法改革的變遷》，載《中國法律評論》2018年第5期，第114頁。

[63] 李晟：《粵港澳大灣區民商事司法協同機制研究》，載《甘肅政法大學學報》2023年第6期，第126頁。

不等於立法，相反，法治主要是指司法。”^[64]司法形成的判例法的發展內容豐富，除了本法域的先例外，“外法域的判例雖不是有拘束力的判例，但是具有說服力，因此也能對本地案件形成影響。”^[65]可以說，普通法傳統下的司法制度、司法傳統、司法土壤與英美法系訴訟規則的發展密不可分。由此引出了兩大法系事實認定的不同，普通法中“事實先於規則，規則是在案件發生後並來到法官面前時由法官‘現場’總結出來的”，^[66]而大陸法系中則是對案件事實進行裁剪以尋求匹配的制定法規範。對於同為職權主義的內地與澳門，雖然“澳門特區與內地法律傳統具有同質性，但其在法律淵源方面體現著更為明顯的多元性”。^[67]粵港澳三地“法律淵源、法律語言、法官作用、訴訟程序均有區別。”^[68]訴訟規則具有的“作繭自縛”效應形塑了司法的過程和結果。內地司法具有遵循制定法的傳統，訴訟規則適用的效果還有待進一步檢驗。

審判規則和證據規則與各自植根的訴訟模式具有千絲萬縷的聯繫。引入港澳陪審員、交叉詢問、庭前事實清理規程等具有鮮明港澳元素的訴訟規則雖然能夠降低港澳當事人適用內地訴訟規則的難度，但由於訴訟規則的特殊性，單項規則接入後形成的“內地訴訟規則+港澳訴訟規則”的混合式訴訟規則體系仍然需要放置於內地民事訴訟模式下予以系統性的考察與完善。

四、持續推進粵港澳大灣區訴訟規則深度融合的措施

應當增強訴訟規則銜接的融貫性。由於流程規則和合意規則並不直接作用於混合型訴訟，此處關於訴訟規則銜接融貫性的探討僅包括審判規則和證據規則。

（一）注重審判規則之間的關聯性

1. 關於審判組織的融合

當前“內地法院+港澳陪審員+行業專家”的組合採取的是優勢互補的組合策略，即將精通內地法律、港澳法律與行業規則的主體組合成審判組織。為了避免決策過程中出現“流水式作業”“各管一段”“機械組合”等形式化的混合，應當從加強常態化溝通、加強對事實認定和法律適用的討論、協商等角度推進融合，即通過在具體的司法程序中加強溝通與論證，增強本地主體對其他法域法律的熟悉程度和適用技藝。

2. 關於交叉詢問等審判規則的融合

為了增強交叉詢問與職權主義訴訟模式的契合性，首先應當建立充分的證據開示制度，並明確賦予雙方當事人參與權和異議權，即在審前程序中要求雙方當事人完全披露證據。為了保障證據開示制度的法律效果，應當嚴格限定法官依職權調查、收集證據及雙方當事人補充新證據。其次，應當注重法官在庭審中的角色轉換。法官的角色應當由詢問者轉變為組織詢問者，保障雙方辯護律師的主詢問權和反詢問權，並將交叉詢問的對象嚴格限定為證人證言，輔之以傳聞規則、意見規則和證人豁免權規則等。最後，應當嚴格遵守證據裁判原則，保障證據審查和認定時原被告雙方的在場權，即將證據審查和認定限定在庭前會議和庭審程序中。

（二）明確證據效力互認的限度，貫徹直接言詞原則

根據證據裁判原則，法院應當在庭審過程中對證據進行充分的評價並最終根據證據調查的情況做出判決。能夠進行互認的是證據的資格，即以證據生成地對證據是否能夠進入訴訟所做的判斷。

[64] 王振民：《“一國兩制”與基本法：二十年回顧與展望》，江蘇人民出版社2017年版，第300頁。

[65] 李大朋、文雅靖：《域外民事法律規則銜接的路徑及對粵港澳大灣區的啟示》，載《澳門法學》2023年第3期，第106頁。

[66] 李紅海：《普通法的司法解讀：以法官造法為中心》，北京大學出版社2018年版，第156頁。

[67] 郭天武、盧詩謠：《“雙循環”新發展格局的法治支撐與保障——以粵港澳大灣區建設為例》，載《特區實踐與理論》2021年第1期，第23頁。

[68] 陳朋親：《粵港澳大灣區規則相互銜接的制度複雜性與行為策略》，載《學術論壇》2023年第3期，第37頁。

對超出公權力背書的證據其進入訴訟的資格進行互認，背後的邏輯是放棄對跨法域證據進行身份轉換的要求，尊重證據的自然屬性，即證據何以成為認定案件事實的依據。至於證據是否一定具有可采性以及最終能夠在多大程度上影響法官的心證則必須以具體的訴訟程序為載體，考慮到“事實認定者對證據分量的評價是一個純粹的認識論活動”，^[69]法官對證明力的認定應放置於個案中進行具體判斷而非直接認定其他主體所做的判斷。

此外，從內地視角而言，對港澳證據效力的互認可能涉及證據範圍的縮小。根據《指引（二）》， “港澳證人可以依據香港特別行政區法律或者澳門特別行政區法律，免於對特定事項在人民法院作證”，即作證豁免權，但內地並無此項規定。因此，此類材料在香港並不符合可采性要求，無法成為法官認定案件事實的依據，自然也不存在效力互認。

（三）推動頂層設計，確保重大改革於法有據

法治融合既需要底層司法實踐提供源泉，也離不開頂層設計的推動與確認。“重大改革於法有據”是提高國家治理能力和水準的現實要求^[70]，這裡的“法”不僅包括全國人民代表大會或全國人民代表大會常務委員會所制定的基本法律，也包括全國人大及其常委會針對具體事項所做的決定。^[71]《綱要》實施後，粵港澳三地的司法合作由最高人民法院主導型過渡到雙軌制司法合作，即在保留內地與港澳的司法合作的前提下，廣東省高級人民法院、內地九市基層人民法院分別與港澳進行司法合作。相關探索實踐和依據“碎片化、針對性、弱和低位階化的痛點，掩蓋（了）我國相關法治的缺失問題。”^[72]廣東省高院的許可權範圍、內地九市基層人民法院對《憲法》《民事訴訟法》所規定的基本訴訟制度的變通處理均需要最高國家權力機關的授權，應當“在法律最大限度內或充分發揮地方立法權，允許和促進地方法院進行有價值的探索和突破。”^[73]這裡說的“有價值”是指前期的探索和後續可能的突破應當及時由“試點”轉化為“示範”，成為效力範圍更廣、規則穩定性更強的制度性安排。一種方案是由全國人大及其常委會及時出臺相關決定以明確變通訴訟規則的合法性，另一種方案則是通過修改《民事訴訟法》，以設置“涉港澳臺訴訟程序”專編的方式將當前的做法予以固定。前者可以將訴訟規則的變動限定在粵港澳大灣區內地九市中，較為合理，後者可能模糊粵港澳大灣區內地九市與內地其他法院的區別，目前來看可行性較低。

（四）關聯配套措施

融合型訴訟的發展離不開訴訟文化的融合，涉及司法理念、人員交流、案例互鑒等多個領域。為了讓港澳當事人從協定管轄、訴訟程序到判決結果等多環節實現對內地司法制度的更高認同，進一步提高粵港澳三地的司法融合程度，不僅要讓內地法官更熟悉港澳規則，尤其是普通法規則，還應當讓港澳主體更熟悉內地訴訟規則。

1. 推進粵港澳大灣區案例庫建設

案例在普通法中的作用舉足輕重，生效的裁判文書可為訴訟當事人、審判主體提供高度相關的訴訟材料。通過豐富裁判文書說理、建立類案檢索制度、固定典型案例制度、完善港澳專家諮詢機制等不斷深化以司法適用推動規則銜接。案例庫建設既是大灣區法治發展的重要內容，也能夠豐富司法判決的參照管道，為跨境民商事訴訟提供源源不斷的參照對象。

[69] [美]阿列克斯·斯坦：《證據法的根基》，樊傳明等譯，中國人民大學出版社2018年版，第139頁。

[70] 沈國明：《“重大改革於法有據”：習近平法治思想的重要論斷》，載《學術月刊》2021年第7期，第5頁。

[71] 根據《立法法》第16條，全國人民代表大會及其常務委員會可以根據改革發展的需要，決定就特定事項授權在規定期限和範圍內暫時調整或者暫時停止適用法律的部分規定。

[72] 湯維建、林涓：《涉港澳臺民事訴訟程序特別規則的體系建構》，載《法律適用》2023年第9期，第29頁。

[73] 謝雯、丘概欣：《粵港澳大灣區建設中司法合作與司法保障的路徑——以涉港澳民商事審判為視角》，載《法律適用》2019年第9期，第53頁。

2. 進一步降低雙方當事人選擇適用域外法的門檻

增強港澳主體對內地司法系統的選擇意願是推進三地訴訟規則銜接不斷適用的直接驅動力。通過降低雙方當事人選擇適用域外實體法的門檻可為內地法院適用“混合型審判主體+混合型審判規則+承認域外證據法效力”的訴訟規則體系提供更多的案件，增強訴訟規則銜接的適用頻率，有利於培育融合型訴訟文化。放寬適用的法院、減少訴訟雙方約定適用域外法的身份限制、增加管轄連接點從而擴大內地法院對涉港澳案件的管轄權均可以達到擴大域外法適用的效果。

3. 以較寬鬆標準審查相互認可與執行判決

三地相互認可與執行判決一方面可增強港澳主體在內地訴訟的主觀意願，另一方面可促進三地司法機關的交流，同樣有利於培育融合型的訴訟文化。基於保護本國法院管轄權和重大公共利益不受損害的原則，絕大部分國家都規定了間接管轄權的審查標準。^[74]在大灣區融合發展的背景下，一國之內可放寬對相互認可與執行其他法域判決的審查限制。當前粵港澳三地之間適用“公共秩序保留”對判決予以審查，但“公共秩序具有模糊、多義、開放的特性”。^[75]應當嚴格限制適用公共秩序保留制度的範圍，以“明顯違背”本法域的公共秩序作為程度限制，^[76]減少以違反公共政策為由拒絕相互認可與執行標準的情形。

4. 完善域外法查明和適用機制

完善域外法查明和適用機制有利於降低港澳當事人和審判主體準確適用域外法的門檻，從源頭和過程兩個方面提升域外法適用活力。一方面，應當採取寬口徑域外法查明機制。通過整合域外法查明資料庫為當事人查明域外法提供便利，法院也應當為當事人查明域外法提供必要的指引。另一方面，應當匹配符合正當程序理念的域外法適用機制。查明是為了保障法律的正確適用，應當“建立域外法資料的審查及確認規則”^[77]，完善以域外法辯論為中心的域外法爭議解決機制。

結語

我國法治現代化的發展必須回應治理中的現實問題。“當下中國的法治應該是一種治理型的法治，其法治現代化進而應該是一種國家治理體系與治理能力的現代化。”^[78]《綱要》發佈以來，粵港澳大灣區制度創新和改革開放不斷推進，“一國兩制”內涵日益豐富。爭議解決機制的完善是支撐法治作為最好宜居環境、營商環境的關鍵保障。粵港澳大灣區內地法院對港澳訴訟規則的多重銜接形塑了專屬於內地九市的混合型訴訟，形成了粵港澳大灣區內地法院的兼容型司法系統，即主要依《民事訴訟法》的非涉港澳訴訟程序與受規則銜接驅動的涉港澳訴訟程序。內地司法程序的慣性和穩定性是訴訟規則銜接的現實框架，港澳訴訟規則的相異性是訴訟規則銜接的重點問題，內嵌於不同司法制度的訴訟規則在重新組合後能夠協同發揮作用是規則銜接意欲實現的目的。

[74] 沈紅雨：《我國法的域外適用法律體系構建與涉外民商事訴訟管轄權制度的改革——兼論不方便法院原則和禁訴令機制的構建》，載《中國應用法學》2020年第5期，第127頁。

[75] 黃文婷：《公共秩序的界定：基於香港判例的分析》，載《港澳研究》2022年第11期，第36頁。

[76] 賀曉翊：《內地與澳門民商事判決相互認可和執行制度研究》，載《澳門法學》2023年第4期，第145頁。

[77] 麥芷：《域外法查明規則研究》，中國法學會，<https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/31053/cid/990999.html>，2024年1月15日訪問。

[78] 李擁軍：《法治現代化的“中國式”內涵及其具體面相》，載《法學評論》2023年第5期，第52頁。

Abstract: The Civil and Commercial Litigation Rules of the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area have developed different ways of connection. The procedural rules aim to reduce the cost of circulation and docking; The convergence of trial rules includes the introduction of Hong Kong and Macao jurors and litigation rules; The rules of evidence are connected in a "through train" manner, granting relevant entities in Hong Kong and Macao and similar entities in the Mainland the same legal status; The establishment of consensual rules can realize the flexible application of individual substantive rules. The diversified convergence paths of civil and commercial litigation rules have formed a hybrid type of litigation. The in-depth convergence of litigation rules needs to move from hybrid litigation to integrated litigation, enhance the coherence of the convergence of litigation rules, and be guaranteed in terms of database of similar cases, identification and debate of extraterritorial laws, and judicial exchange activities .

Key words: Civil and Commercial Rule; Litigation Rules; Rule Connection; Convergence Litigation; Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area

(責任編輯：唐銘澤)

大灣區商事仲裁保全司法協助機制： 問題與建議

吳學艇*

摘要 大灣區商事仲裁作為非訴訟糾紛解決機制的重要組成，既是實踐“一國兩制”的重要平台，又是大灣區融合發展的法律支撐。商事仲裁的發展離不開司法輔助、司法保障和司法促進，隨著大灣區建設的深入推進，商事仲裁跨境實踐產生了加大司法支持力度的緊迫需求。對照之下，現行仲裁保全互助的制度框架存在整體化設計不足、精細化程度不高的缺陷，實踐中還存在一些亟需打通的阻滯環節，協調機制滯後于大灣區跨境仲裁的發展需要。本文從制度和實踐層面，分析了現行仲裁保全司法協助機制在適用條件、保全措施範圍、保全程序等方面存在的問題，提出了解決方案。

關鍵詞 大灣區 商事仲裁 保全 司法協助

大灣區商事仲裁作為非訴訟糾紛解決機制的重要組成，既是實踐“一國兩制”的重要平台，又是大灣區融合發展的法律支撐。商事仲裁的發展離不開司法輔助、司法保障和司法促進，最高人民法院與香港和澳門分別簽署了有關仲裁司法保全的安排，在司法支持、促進和保障跨境商事仲裁方面邁出了關鍵性步伐。但隨著大灣區建設的深入推進，商事仲裁跨境實踐產生了加大司法支持力度的緊迫需求。對照之下，現行仲裁保全互助的制度框架還存在整體化設計不足、精細化程度不高的缺陷，實踐中還存在一些阻滯環節，不利於促進大灣區跨境仲裁的協調發展，有必要從制度和實踐層面梳理、查找問題並提出解決方案。

一、大灣區商事仲裁保全跨境司法協助的實踐

商事仲裁是以意思自治為基礎的解決糾紛的私力程序，但卻具有公力效力，是一種“可以產生

* 吳學艇，法學博士，珠海國際仲裁院黨組副書記、副院長，廣東省法學會金融法學研究會副會長，珠海市法學會副會長。

公共後果的私人程序”^[1]，正因為其“半公半私”的屬性^[2]，以法院司法權為代表的公權力介入成為各國商事仲裁制度的組成部分。司法權的介入通常為監督和協助兩種方式，隨著國際商事仲裁制度的發展，“法院的監督和干預明顯減弱，法院更強調對國際商事仲裁的支持與協助”^[3]。保全機制是司法支持和協助仲裁的一項重要措施，是民事訴訟制度和仲裁法律制度的重要組成。商事仲裁基於其民間性特徵，具備法律適用選擇性大、程序運行靈活度高、規則慣例國際性強等特點，在推進大灣區制度對接、規則銜接方面具有獨特的優勢和作用，通過跨境仲裁保全制度的建立和完善，能強化仲裁服務大灣區發展的特有功能。

（一）大灣區商事仲裁跨境保全司法協助的制度需求

保全制度在商事仲裁中起輔助性的作用，但這種作用十分重要，有時候甚至是影響當事人決定提起仲裁的關鍵性因素。日本學者認為：“在涉外案件中，構建適時且有實效的保全措施的必要性，要比國內案件還要大得多”^[4]。從廣東省珠海市的數據來看，有約三分之一的商事仲裁當事人申請了保全^[5]，有數據顯示，大灣區內一些城市商事仲裁保全的平均標的和適用的比例略高於民事訴訟案件^[6]。

儘管國際商法具有一定的超越國家法律體系的自治性^[7]，可是“就世界範圍來看，商法在許多方面還存在著相當程度的差異”^[8]。在商事仲裁領域，《承認和執行外國仲裁裁決公約》《國際商事仲裁示範法》等國際條約或推廣性文件在統一商事仲裁法律制度上發揮了巨大的作用，但不同的國家或者不同的法域根據自身的法制傳統和法律框架，又作了不盡相同的商事仲裁制度安排。涉及到商事仲裁保全制度，國際上並無統一的或者相對統一的定義或概念，“民事保全措施是一項從名稱開始就存在差異的救濟措施”^[9]。《國際商事仲裁示範法》將民事保全措施稱為臨時措施，但“無論是我國還是他國的民事訴訟法典，乃至歐盟規範和國際協定均未能對臨時措施作出確切定義”^[10]。大灣區地處三個法律體系的交匯點，在商事仲裁保全制度方面體現出巨大差異，根據《香港仲裁條例》第45條的規定，與保全相對應的概念是臨時措施，根據《澳門仲裁法》，由法院命令採取的防範措施稱為保全措施，由仲裁庭命令採取的防範措施稱為“臨時措施”，但最高人民法院與香港和澳門分別簽署的兩個安排則統稱為保全（為方便論述，本文保全、臨時措施的表述指同一概念），制度的差異給商事仲裁的跨境發展帶來障礙，為此，在大灣區發展戰略的框架之

- [1] 艾倫·雷德芬、馬丁·亨特等：《國際商事仲裁法律與實踐》，林一飛、宋連斌譯，北京大學出版社2005年版，第12、147頁。
- [2] 法學學者認為：“仲裁的全部合理性，植根於這一制度的雙重性：從起源上來說，它具有協議性；從目的上來說，它具有司法性”。參見洛伊克·卡迪耶：《法國民事司法法》，楊藝寧譯，中國政法大學出版社2010年版，第686頁。
- [3] 于喜富：《國際商事仲裁的司法監督與協助——兼論中國的立法與司法實踐》，知識產權出版社2006年版，第54頁。
- [4] 本間靖規、中野俊一郎、酒井一：《國際民事訴訟法》，柴裕紅譯，商務印書館2020年版，第152、153頁。
- [5] 以珠海國際仲裁院2023年數據為例，保全案件數占該院受理案件總數的32%。
- [6] 筆者在大灣區某市某城區法院瞭解到，2023年該院全年共收保全案件6762件，占民事初審案件總數的30%，保全總標的159億，保全平均標的235萬，其中仲裁保全案件290件，保全標的7.7億，保全平均標的266萬。
- [7] 有學者認為：“自治性是國際商法（商人法）的一個首要的和顯著的特徵”，而國際商事仲裁在其中扮演著“主要支柱”的角色。參見向前：《國際商法自治性研究》，法律出版社2011年版，第57、162頁。
- [8] 勒內·達維：《英國法與法國法：一種實質性比較》，潘華仿、高鴻鈞、賀衛方譯，清華大學出版社2002年版，第163頁。
- [9] 張文亮：《國際民事訴訟中的臨時措施研究》，武漢大學法學院2015年博士學位論文，第8頁。
- [10] 周翠：《中外民事臨時救濟制度比較研究》，清華大學出版社2014年版，第1頁。

下，有必要就商事仲裁保全的司法互助作出適當的制度安排。

需要注意的是，內地與港澳有關司法協助的安排均在國家法律制度層面予以推進，內地與港澳協助仲裁保全安排也由最高人民法院與港澳分別簽訂，但從大灣區的發展定位來看，建設“內地與港澳深度合作示範區”是大灣區建設的目標和使命，把堅持“一國”原則和尊重“兩制”差異有機結合起來，堅守“一國”之本，善用“兩制”之利，是大灣區建設必須秉持的基本原則，可以說，大灣區是“一國兩制”實踐最為重要的區域。從2022年的統計數據來看，全國辦理涉香港的仲裁案件1228件，涉澳門的仲裁案件199件^[11]，其中廣東省仲裁機構辦理的涉香港案件達626件，占全國總數的51%，辦理的涉澳門案件達180件，占全國總數的90%，廣東涉港澳案件又集中在廣州、深圳、珠海三地仲裁機構。數據表明，大灣區是內地與港澳協助仲裁保全的重要實踐場所，其制度需求和法律實踐中的問題均具有典型性和代表性。考慮到相關制度的完善、創新只能在國家法律制度的層面統籌，其結果也不僅僅針對大灣區，通常還會輻射到全國範圍，大灣區的廣東區域在法域概念上附屬於內地，因此，本文在論及仲裁保全司法協助時，“內地與港澳”的表述與“大灣區”的表述具有同等意義。

此外，《關於內地與香港特別行政區相互執行仲裁裁決的補充安排》規定，“有關法院在受理執行仲裁裁決申請之前或者之後，可以依申請並按照執行地法律規定採取保全或者強制措施”。

《關於內地與澳門特別行政區相互認可和執行仲裁裁決的安排》第十一條規定，“法院在受理認可和執行仲裁裁決申請之前或者之後，可以依當事人的申請，按照法院地法律規定，對被申請人的財產採取保全措施”。這些規定都涉及到了保全，可以視為是保全互助機制在執行階段的延伸，鑒於這一機制是在執行程序中體現，本文所探討的保全互助的共通性問題也可運用於這一環節，因此不再對其單獨分析和討論。

（二）大灣區商事仲裁跨境司法保全的實踐

2019年4月，最高人民法院和香港特別行政區政府律政司簽署《關於內地與香港特別行政區法院就仲裁程序相互協助保全的安排》（以下簡稱《香港仲裁保全安排》）；2022年2月最高人民法院和澳門特別行政區政府行政法務司簽署《關於內地與澳門特別行政區就仲裁程序相互協助保全的安排》（以下簡稱《澳門仲裁保全安排》）。

根據《香港仲裁保全安排》，香港律政司公佈了7家合資格申請保全措施的機構及常設辦事處名單^[12]。《香港仲裁保全安排》自生效以來，截止2023年10月，香港的仲裁機構已經處理了超過100件安排項下的保全申請，包括財產保全、證據保全和行為保全。仲裁保全申請覆蓋內地27個城市35家中級人民法院，其中獲得批准的財產保全申請所涉財產價值達157億元人民幣^[13]。向內地人民法院申請仲裁保全的香港仲裁案件，主要來自於香港國際仲裁中心，據相關資料顯示，

[11] 中國國際經濟貿易仲裁委員會主編：《中國國際商事仲裁年度報告（2022-2023）》，法律出版社2023年版，第8-9頁。

[12] 香港律政司公佈合資格申請保全措施的機構及常設辦事處名單包括：香港國際仲裁中心、香港海事仲裁協會、華南（香港）國際仲裁院、一邦國際網上仲調中心、亞非法協香港區域仲裁中心、中國國際經濟貿易仲裁委員會香港仲裁中心、國際商會國際仲裁院亞洲事務辦公室。參見https://www.doj.gov.hk/tc/community_engagement/press/20230331_pr1.html，2024年5月2日訪問。

[13] 李兆娣：“2023年香港仲裁週‘兩地保全安排四週年：回顧與展望’研討會在香港舉辦”，法治日報-法治網，http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2023-10/18/content_8915029.html，最後訪問日期：2023年12月13日。根據香港國際仲裁中心官方網站發佈的最新數據，自《安排》於2019年10月頒行至2023年底，HKIAC共處理105例保全申請，其中99項為財產保全，2項為證據保全，4項為行為保全，並獲悉內地法院裁定准許保全金額達158億人民幣。參見HKIAC發佈2023年數據：HKIAC官網，<https://www.hkiac.org/zh-hans/node/3307>，2024年5月2日訪問。

截止 2023 年 7 月，貿仲香港仲裁中心只處理了 1 宗安排項下的保全申請^[14]。

截至 2022 年底，香港國際仲裁中心（HKIAC）獲悉內地法院發佈了 58 項裁定。在這 58 項裁定中，有 54 項批准了申請人提供擔保的財產保全申請，有 4 項被駁回^[15]。目前筆者尚未收集到內地仲裁案件當事人向香港法院請求協助保全的案件數量、獲支持或者被駁回的情形等數據。

因《澳門仲裁保全安排》實施的時間不長，且澳門商事仲裁機構所辦案件數量還很少，目前尚無澳門仲裁機構所辦案件的當事人向內地法院請求協助保全的情形，據瞭解，也還沒有內地當事人基於《澳門仲裁保全安排》請求澳門法院協助保全的案例。

以上數據表明，大灣區跨境協助仲裁保全所涉保全財產價值巨大，涉及的保全法院數量眾多，兩個安排為打通內地與港澳因仲裁制度差異而形成的阻滯發揮了重要作用。

二、現行仲裁保全司法協助機制在適用條件上的衝突

《香港仲裁保全安排》於 2019 年 10 月生效，《澳門仲裁保全安排》於 2022 年 3 月生效，目前，香港和澳門之間尚無相互協助仲裁保全的制度安排。兩個安排雖然有很高的相似度，但又體現出一定的獨立性和差異性，其中在適用條件上作了不同規定。立足大灣區仲裁實踐的視角，適用條件上的差異在應用時存在一些問題，會折損兩個安排的實際效果，不足以為大灣區建立司法保障仲裁協作機制提供充分支撐。

根據《香港仲裁保全安排》規定，在香港，以香港特別行政區為仲裁地，並且由香港特別行政區政府向最高人民法院提供並經雙方確認的仲裁機構或者常設辦事處辦理的仲裁案件，當事人可以依據安排尋求內地法院協助保全。在內地，所有仲裁機構均能依據該安排向香港法院尋求協助保全。簡單說，在香港，適格的當事人以仲裁地和特定仲裁機構兩個要素確定；在內地，只以內地仲裁機構一個要素確定。

根據《澳門仲裁保全安排》規定，安排項下的案件，在澳門是指按照澳門特別行政區仲裁法規向澳門特別行政區仲裁機構提起民商事仲裁程序的案件。在內地是指依據《中華人民共和國仲裁法》向內地仲裁機構提起民商事仲裁程序的案件。簡單說，在澳門，適格的當事人以澳門仲裁法和澳門仲裁機構兩個要素確定；在內地，以內地仲裁法和內地仲裁機構兩個要素確定。

由此兩個安排共涉及到保全法院地^[16]、仲裁地、香港仲裁機構、澳門仲裁法律、澳門仲裁機構、內地仲裁法律、內地仲裁機構等連接點。安排的出台針對的是單線的內地與香港或者內地與澳門的案件關聯性，但當上述連接點在三個法域發生混合時，會出現兩個安排不能覆蓋或產生衝突的情形，下面分別考察分析：

（一）內地與香港協助機制適用條件的問題

1. 仲裁地在內地，仲裁機構在香港，保全財產在內地的情形

因仲裁地不在香港，不具備適用條件，這種情形無法適用安排。既然仲裁地在內地，能否直

[14] 參見“貿仲香港仲裁中心首次依據《保全安排》向內地人民法院轉遞財產保全申請”，貿仲上海分會，https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzUyMzQyNTQ2OA==&mid=2247489572&idx=5&sn=46622b259b003dfc04d407f3a0069a19&chksm=fa3d9bf7cd4a12e12952595596f1a42ed89377b44290f81d2ed1f98b5e18545e04bbe24351bd&scene=27，2023 年 12 月 13 日訪問。

[15] 參見 HKIAC 官網，<https://www.hkiac.org/zh-hans/about-us/statistics>，2023 年 12 月 13 日訪問。

[16] 保全法院是指基於保全財產所在地、保全行為實施地、保全證據所在地等因素而擁有管轄權的法院，為方便分析，本文以保全財產所在地舉例。

接向內地人民法院申請保全呢？依據內地《仲裁法》和《民事訴訟法》的相關規定，內地人民法院只能受理內地仲裁機構轉遞的仲裁保全申請，因此，人民法院沒有受理前述保全申請的依據^[17]。境外仲裁機構以內地為仲裁地開展的仲裁活動受什麼法律規制，內地法律並無明確規定。《全國法院涉外商事海事審判工作座談會會議紀要》第100條指出：“境外仲裁機構以我國內地為仲裁地作出的仲裁裁決，應當視為我國內地的涉外仲裁裁決。當事人向仲裁地中級人民法院申請撤銷仲裁裁決的，人民法院應當根據仲裁法第七十條的規定進行審查；當事人申請執行的，根據民事訴訟法第二百八十一條的規定進行審查”，但這一意見只涉及仲裁裁決的定性，並未明示仲裁活動也視為內地的涉外仲裁活動，從而得到相應的司法支持。因此這種情形已經形成制度空白，成為跨境仲裁的阻礙因素。

2. 仲裁地在澳門，保全財產在內地，仲裁機構在香港的情形

這種情形無法依據安排的規定向內地法院申請保全，因為既不符合《香港仲裁保全安排》中仲裁地為香港的要件，也不符合《澳門仲裁保全安排》中澳門仲裁機構的要件，同樣形成制度空白，是推進大灣區法治協調需要解決的問題。

概言之，只要保全法院地在內地，兩個安排的適用條件就不能交叉混合，否則就無法援引兩個安排予以保全支持。

（二）內地與澳門協助機制適用條件的問題

1. 保全財產在內地，仲裁地在內地，仲裁機構在澳門的情形

這種情形下，若要適用《澳門仲裁保全安排》，必須具備該仲裁活動是依澳門仲裁法規開展的前提條件。通常理解，澳門仲裁機構的仲裁規則是在澳門仲裁法的框架下制定，當然是具備這一前提的，似乎無需證明。但對照法律規定會發現這種理解存在問題，《澳門仲裁法》第三條規定《澳門仲裁法》的強行性規範只適用於仲裁地在澳門的情形（即便當事人選擇了仲裁程序適用澳門仲裁法，仍然不能實現適用《澳門仲裁法》的實際效果，比如，指定仲裁員環節，如果仲裁地不在澳門，澳門法院無法介入指定仲裁員的活動中），因此，不以澳門為仲裁地的仲裁不符合“按照澳門仲裁法規……提起仲裁程序”的要件，不能適用《澳門仲裁保全安排》。需要指出，這種情形下的仲裁活動，也不能由內地仲裁法予以調整，因為內地《仲裁法》規定其適用範圍只及於內地仲裁機構開展的仲裁活動^[18]。實際上這種情形已經形成了仲裁法律適用範圍的消極衝突，即內地和澳門的仲裁法都不能適用。

2. 保全財產在澳門，仲裁地在內地，仲裁機構在澳門的情形

這種情形下的保全申請不能通過《澳門仲裁保全安排》獲得澳門法院支持，因為不具備內地仲裁法加內地仲裁機構的適用要件。但《澳門仲裁保全安排》第十條規定：本安排不減損內地和澳門特別行政區的仲裁機構、仲裁庭、仲裁員、當事人依據對方法律享有的權利。根據《澳門仲裁法》第十五條第四款的規定，不論仲裁地是否為澳門特別行政區，澳門法院均有管轄權命令採取與仲裁程序有關的保全措施，因此當事人可以通過該規定向澳門法院提出保全申請。

儘管《澳門仲裁保全安排》也要求當事人“證明權利受威脅以及解釋恐防受侵害的理由”，似乎與澳門民訴法的要求一致，但考慮到安排的初衷是要簡化程序，放寬要求，方便協助保全的司法

[17] 內地《仲裁法》第68條規定：涉外仲裁的當事人申請證據保全的，涉外仲裁委員會應當將當事人的申請提交證據所在地的中級人民法院。內地《民事訴訟法》第289條規定：當事人申請採取保全的，中華人民共和國的涉外仲裁機構應當將當事人的申請，提交被申請人住所地或者財產所在地的中級人民法院裁定。

[18] 在內地《仲裁法》的修改討論中，已經關注到了這一問題，在官方公佈的徵求意見稿中，已增加了仲裁地的連接因素。

程序的推進，因此不能使用安排還是會給跨境仲裁的當事人帶來不便利。

3. 仲裁地在香港，保全財產在內地，仲裁機構在澳門的情形

這種情形在尋求保全協助時存在障礙。如前所述，澳門仲裁機構的《仲裁規則》是依據澳門仲裁法律法規制定的，表面上看似似乎可以視為符合《澳門仲裁保全安排》的適用要件，但由於《香港仲裁條例》中的強行性規範適用於仲裁地在香港的仲裁，而《澳門仲裁法》中的強行性規範不適用於仲裁地在澳門以外的仲裁（即便當事人特別約定，也不能實現適用強行法的實際效果），因此適用《澳門仲裁保全安排》是有瑕疵的。儘管仲裁地在香港，但不符合《香港仲裁保全安排》的機構要件，也不能適用《香港仲裁保全安排》，導致兩個安排都不能用，留下了制度空白。

即便放寬解釋，將使用澳門仲裁機構的仲裁規則視為符合“按照澳門特別行政區仲裁法規”要件而適用《澳門仲裁保全安排》，由於仲裁程序適用《香港仲裁條例》的強行性規定，仲裁庭的組成是否正確、仲裁協議是否有效等問題受香港法院管轄，其作出的決定會影響到保全申請的正當性和合理性。

4. 仲裁地在澳門，仲裁機構在內地，保全財產在澳門的情形

這種情形不涉及安排適用問題，可依據澳門法律直接向澳門法院申請保全。但《澳門仲裁法》第三條規定了該法律適用於仲裁地在澳門特別行政區的仲裁，若無當事人的特別約定，內地仲裁機構的仲裁程序應受《澳門仲裁法》管轄，在仲裁依據內地仲裁機構的仲裁規則展開的情形下，以《澳門仲裁法》為參照，仲裁規則天然存在瑕疵，會出現仲裁法（強行法）和仲裁規則分離的情形，如果當事人以程序瑕疵為由提出抗辯，就會給保全的成功帶來一定障礙。

三、不同法域保全措施種類的差異對仲裁保全司法協助的影響

香港法屬普通法體系，澳門法屬歐洲大陸法體系，內地法律體系有自身傳統和特點，明顯區別於兩大法系，三個法域保全和臨時措施的種類差別較大，給跨境仲裁中當事人尋求保全司法協助帶來困難。

（一）香港法中強制令和臨時措施的種類

《香港仲裁保全安排》第一條規定，可向香港特區法院申請的保全包括“強制令以及其他臨時措施”，“以在爭議得以裁決之前維持現狀或者恢復原狀、採取行動防止目前或者即將對仲裁程序發生的危害或者損害，或者不採取可能造成這種危害或者損害的行動、保全資產或者保全對解決爭議可能具有相關性和重要性的證據”。從文義上看，後一句是對“強制令以及其他臨時措施”的目的性解釋，不能視為具體保全措施的列舉，最高人民法院專家在解讀安排時，進一步描述了在香港法院的保全範圍主要包括：要求當事人維持現狀或恢復原狀；採取行動防止目前或即將對仲裁程序發生的危害或損害，或不採取可能造成這種危害或損害的行動；提供保全資產；保全對解決爭議具有相關性和重要性的證據；頒發強制令以禁制當事人移走或以其他方式處理資產、防止損壞或侵入行為；頒佈命令指定財產接管人^[19]，雖然列舉進一步細化了，但仍然不足以明晰具體的保全措施種類，具體保全措施的種類還得從《香港仲裁條例》和《高等法院條例》（含《高等法院規則》）中去尋找依據。

[19] 姜啟波、周加海、司艷麗、劉琨：《〈最高人民法院關於內地與香港特別行政區法院就仲裁程序相互協助保全的安排〉的理解與適用》，載《人民法院報》2019年9月26日，第3版。

普通法系的民事保全被稱為臨時救濟措施，以種類繁多為特色^[20]，香港地區沿襲了這一傳統。《香港仲裁條例》第 45 條規定了高等法院原訟庭擁有的採取臨時措施的權力，並通過援引第 35 條明確了臨時措施的具體種類；第 60 條規定了原訟庭就仲裁程序所具有的特別權力，這些權力包含了採取保全證據在內的相關措施。

《香港仲裁條例》第 35 條援用聯合國貿法會《國際商事仲裁示範法》的規定，列舉了四種類型的臨時措施，即：“(a) 在爭議得以裁定之前維持現狀或恢復原狀；(b) 採取行動防止目前或即將對仲裁程序發生的危害或損害，或不採取可能造成這種危害或損害的行動；(c) 提供一種保全資產以執行後繼裁決的手段；或 (d) 保全對解決爭議可能具有相關性和重要性的證據”^[21]，在援引《國際商事仲裁示範法》規定之外該條又補充解釋了臨時措施包括強制令，但對於強制令的概念、範圍，《香港仲裁條例》沒有做進一步的說明。香港《高等法院條例》正文部分共有二十處提到強制令，也未就強制令做出定義或解釋，包括強制令在內的臨時措施只能從具體規定中予以梳理。

香港《高等法院條例》與保全或臨時措施有關的規定主要有：原訟法庭施加押記令（第 20 條）、就債項作扣押（第 21 條）、禁止債務人離開香港（第 21B 條）、扣押債務人財產或其他貨物（21C）、對因欠交租金而藉訴訟沒收租賃權的濟助（第 21F 條）、禁制任何人擔當其無權擔當的職位的強制令（第 21J 條）、委任財產或土地權益接管人的強制令（第 21L 條第一、五項）、禁制轉移資產的強制令（第 21L 條第三項）、消除威脅的強制令（第 21L 條第四項）、對無理纏擾的法律程序的限制（第 27 條），此外，《高等法院條例》第 42 條規定的“原訟法庭的權力擴及命令披露文件、檢查財產等”，包含有原訟庭以命令的形式扣押文件、財產的內容。《高等法院規則》第 29 號命令中，規定了非正審強制令、財產的暫時保存、中期付款等內容，包括：標的物的扣留及保存、命令抽取樣本、出售易毀消的財產、儘早進行審訊、受留置權等規限的非土地財產的討回、對財產進行檢查、中期付款等；第 30 號命令規定了接管人的相關內容；第 43 號命令規定了帳目及查訊的相關內容。

上述高等法院條例和規則中涉及到的強制令及中間措施在司法機構的《實務指示》中進一步具體化，如《實務指示 11.1》詳細規定了“單方面、中期及非正審的濟助”的內容及程序，《實務指示 11.2》詳細規定了“資產凍結令（Mareva Injunctions）及容許查察令（Anton Piller Orders）”的內容及程序。

根據《高等法院規則》第 43 號命令的規定，如果訴訟請求項包含要求作出帳目或者訴訟請求項涉及製備帳目的內容，則當事人可在令狀送達後請求法官作出相同內容的命令。從訴訟程序的階段看，這一請求仍處於非正審程序中，理論上說仍屬於一種中間措施，但《香港仲裁條例》第 60 條明確規定，如果當事人所請求的某種措施同時也是仲裁程序的標的，則法官可以拒絕該請求。

尚無充足的理由說明上述列舉的措施都能為《香港仲裁保全安排》所覆蓋，但有些措施已經得到判例的支持，如“頒佈命令指定財產接管人”措施。香港《高等法院條例》第 21L 條的標題為“強制令及接管人”，字面無法判斷該措施是否屬於強制令範疇，但最高法專家在解讀《香港仲裁保全安排》時將“頒佈命令指定財產接管人”列入香港保全措施的範圍^[22]，這一解讀以香港判例為依據。資料顯示：“2017 年，在中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁一起股權糾紛案件的過程中，當事人向香港特區法院申請委任臨時接管人並頒佈禁制令以禁止被申請人轉讓股權，香港特區法院

[20] 賀萬忠：《民事保全措施的國際私法協助問題研究》，世界知識出版社2022年版，第34頁。

[21] 《國際商事仲裁示範法》第17條。

[22] 姜啟波、周加海、司艷麗、劉琨：《〈最高人民法院關於內地與香港特別行政區法院就仲裁程序相互協助保全的安排〉的理解與適用》，載《人民法院報》2019年9月26日，第3版。

作出 HCMP962/2017 號命令予以批准”^[23]。

有一些措施是否納入《香港仲裁保全安排》項下仍然存疑，例如中期付款措施。香港《高等法院規則》在 29 號命令中將“非正審強制令、財產的暫時保存、中期付款”並列，字面上和邏輯上均難以判斷中期付款能否被“強制令和臨時措施”覆蓋。香港《高等法院規則》第 73 號命令第 4 條規定，申請與任何在香港以外地方進行的仲裁程序有關的臨時措施時，應適用第 29 號命令中的相關規定，其中明確排除了儘早進行審訊（第 5 條）、受留置權等規限的非土地財產的討回（第 6 條）兩項措施，同時也未提及第 29 號命令中的中期付款措施可以適用。從這一規定來看，中期付款不在可適用的措施當中。高等法院原訟庭在 HKK 訴 N 案中，認為法院沒有命令中間付款的管轄權，但是根據《仲裁條例》第 35 條的規定，法院有權命令向法院付款^[24]，這樣的處理和解讀似乎是支持了半個中期付款請求。因此，在適用《香港仲裁保全安排》時，《香港仲裁條例》《高等法院條例》《高等法院規則》所提及的具有保全功效的措施是否都能得到香港法院的支持，只能以相應判例的出現方能最終確定。

通常認為，保全措施分為實體權利保護型和程序權利保障型兩大類，內地民事訴訟中的財產保全和行為保全對應第一類，證據保全對應第二類。香港民事訴訟中二者的劃分不十分清晰，根據《香港仲裁條例》第 60 條的規定，“原訟法庭可應任何一方的申請，就已在或將會在香港或香港以外地方展開的任何仲裁程序，作出命令：(a) 指示由仲裁庭、仲裁程序的一方或專家檢查、拍攝、保存、保管、扣留或出售任何有關財產；或 (b) 指示從任何有關財產檢走樣本，或對任何有關財產進行觀察或試驗”，這些權力中有一部分可以歸入上述第二類保全措施。然而《香港仲裁條例》第 45 條又明確了臨時措施不包括第 60 條所指的命令，是否意味著這些保全證據的措施不能得到法院支持呢？結論是否定的，也就是說不能將這些措施排除在保全措施範圍之外，因為《香港仲裁條例》第 35 條有“保全對解決爭議可能具有相關性和重要性的證據”的概括性規定，結合《高等法院條例》和《高等法院規則》的規定來看，類似保全證據的規定都在強制令和其他中間措施的覆蓋範圍。雖然規制法院權限的第 45 條和第 60 條的內容有所交叉，但並不構成衝突，這一問題在針對仲裁庭權限的第 35 條和第 56 條的規定中同樣存在。參考原香港高等法院原訟庭法官芮安牟的解釋，第 56 條（適用於仲裁庭）和第 60 條（適用於法院）是針對程序性事項的權力，仲裁庭或法官不能發佈禁制令，但交叉重疊部分則可借用第 35 條（適用於仲裁庭）和第 45 條（適用於法院）的規定，以禁制令的方式幫助當事人實現濟助^[25]。

（二）澳門法中臨時措施的種類

《澳門仲裁保全安排》界定了保全的定義，即所稱的保全，“在澳門特別行政區包括為確保受威脅的權利得以實現而採取的保存或者預行措施”。而對“保存或者預行措施”的種類則無具體描述，需要借助澳門法律的規定予以確定。

《澳門仲裁法》第十五條沿用聯合國貿法會《國際商事仲裁示範法》的表述，規定“在仲裁程序開始前或進行期間，一方當事人向法院聲請採取保全措施，以及由法院命令採取該等措施，並不與仲裁協議相抵觸”。但未明確規定保全措施的種類，第三十六條規定了與《國際商事仲裁示範法》的表述相一致的仲裁庭可採取的臨時措施種類，但沒有明確規定法院採取保全措施種類是否與此相同。

[23] 同上註。

[24] See Samuel Wong & CK Kwong JP, *Hong Kong Arbitration Judgments and Commentaries*, Published by Hong Kong Institute of Arbitrators, 2023, p.135.

[25] 參見芮安牟：《淺談香港仲裁法》，陳星楠譯，法律出版社2014年版，第48、49頁。

澳門《民事訴訟法典》第三編將保全分為普通保全和特定保全兩種類型分別予以規定。其中，普通保全是指任何人有理由恐防他人對其權利造成嚴重且難以彌補之侵害，而特殊保全措施又不能適用時，為確保受威脅之權利得以實現，得聲請採取具體適當之保存或預行措施。普通保全措施的範圍規定得十分概括，澳門學者說：“基本上可以想到的方法都可以用，但須為事實上及法律上可能且不違背善良風俗”，“比如斷水斷電，不允許穿申請公司制服遊行示威”^[26]等。除此之外，澳門《民事訴訟法典》第三百二十六條規定了法院有權命令採取“非為所具體聲請採取之措施”。

特定保全措施則採取列舉方式，包括占有之臨時返還、法人決議之中止執行、臨時扶養、裁定給予臨時彌補、假扣押、新工程之禁制、製作清單等七種。

占有之臨時返還措施在侵權行為存在的情形下適用，具體規定為“遇有暴力侵奪之情況，占有人得請求獲臨時返還其占有；為此，須陳述構成占有、侵奪及暴力之事實”^[27]。法人決議之中止執行適用於法人侵犯其成員權益的情形，即社團、合夥或公司作出違法或違反章程或成立文件的決議。臨時扶養適用於扶養給付的訴訟中。裁定給予臨時彌補是附屬於以死亡或身體受侵害為依據提起損害賠償訴訟中的一項措施。假扣押是對債務人相應財產臨時扣押用以擔保相應債權的措施。新工程之禁制在基於新工程、新工作或新勞務對他人造成損失或有造成損失的威脅時適用。製作清單是附屬於訴訟的一項措施，在有合理理由恐防文件遺失，或財產被隱藏或被浪費時適用。

對商事仲裁而言，上述七種措施中除假扣押、製作清單兩項措施外，其他措施主要涉及侵權行為和婚姻家庭法中的義務行為，不具有典型意義，一般情況下，甚至不具有真實的仲裁應用場景。因此，商事仲裁所尋求的保全措施屬於普通保全措施和特定保全中的部分措施。

（三）內地保全措施的範圍

內地的保全措施包括財產保全、行為保全和證據保全。內地《民事訴訟法》規定的財產保全措施是指查封、扣押、凍結或者法律規定的其他方法，但類似指定財產接管人的措施找不到可對應的法律規定，司法實踐中也沒有支持這種保全申請的先例。行為保全籠統規定為責令其作出一定行為或者禁止其作出一定行為。證據保全的範圍或種類沒有明確的法律規定，原則性地規定了“證據保全的其他程序，參照適用本法第九章保全的有關規定”。在商事仲裁實踐中，財產保全是常用到的保全措施，行為保全和證據保全的使用則較少^[28]。

內地《民事訴訟法》中規定了先予執行制度，類似於香港的中間付款措施和澳門的裁定給予臨時彌補措施，雖然先予執行與保全規定在同一章，但由於存在制度設計邏輯上的差異，是否能將先予執行歸入到保全措施中並無定論^[29]，在無明文規定的情況下，實踐中難以將先予執行納入兩個安排項下。

從內地仲裁制度來看，仲裁庭及當事人並無申請法院調取證據的權利，對涉及第三方的證據檢查、拍攝、觀察、試驗、扣留以及出售財產等程序性工作，如果不符合“證據可能滅失或者以後難以取得”的條件（仲裁前保全還必須具備情況緊急的條件），仲裁庭和當事人不能得到法院協

[26] 邱庭彪：《澳門民事訴訟法概論——宣告之訴》，社會科學文獻出版社、澳門基金會2019年版，第302、303頁。

[27] 《澳門民事訴訟法典》第338條。

[28] 筆者向相關部門瞭解到，廣東省法院系統2023年非訴保全總計40835件，其中財產保全40785件，行為保全12件，證據保全38件；珠海國際仲裁院2023年的仲裁保全案件共有442件，其中只有一件證據保全案件，沒有行為保全案件。

[29] 賀萬忠認為：由於不存在能為各國所普遍接受的民事保全措施的概念，在一些國家立法中所存在的與我國先予執行相類似的臨時支付令是否屬於民事保全措施，也存在爭議。賀萬忠：《民事保全措施的國際私法協助問題研究》，世界知識出版社2022年版，第73頁。

助^[30]。因此，對內地跨境仲裁案件而言，將上述措施納入保全協助機制的範圍，擴大了內地仲裁庭獲得司法支持的範圍，有助於增強大灣區仲裁有效解決跨境爭議的能力。

另一個實踐中的問題是香港民事訴訟中常用到的禁訴令（包括禁止仲裁令）能否納入內地行為保全的範圍。禁訴令制度起源於英國^[31]，理論上說，禁訴令在內地可歸入行為保全範疇，在香港可歸入強制令範圍（香港《高等法院條例》第27條）。從有關民事訴訟的案例來看，內地法院已有在知識產權和海事案件中適用禁訴令的嘗試，其中，有關知識產權的禁訴令適用的法律根據是《民事訴訟法》關於行為保全的有關規定，海事領域中禁訴令的依據是內地《海事訴訟特別程序法》中的海事強制令制度^[32]，至於境外司法機構的禁訴令，則多持不予承認的態度^[33]。那麼仲裁案件中的禁訴令能否納入兩個安排項下呢？若香港仲裁當事人通過《香港仲裁保全安排》向內地法院申請禁訴令，是否會得到支持呢？目前尚無審判案例可供參考。結合仲裁法和民事訴訟法的相關規定和慣常的司法態度來看，除知識產權領域和海事領域外，其他領域案件的禁訴令不應納入保全範圍，不能通過保全協助來解決。由於禁訴令涉及到仲裁協議效力和管轄權問題，如果符合請求人民法院確認仲裁協議效力和仲裁管轄權的相關規定，可通過提起訴訟來解決。事實上，香港的仲裁當事人如果通過香港法院取得禁訴令，同樣不能在內地人民法院得到執行，根據《關於內地與香港法院相互認可和執行民商事案件判決的安排》的規定，確認仲裁協議效力的裁定、保全裁定、禁訴令、臨時濟助命令均不在此《安排》的執行範圍內，並不能通過該安排得以執行。但內地仲裁案件的當事人意圖向香港法院尋求獲得禁訴令時，並不為《香港仲裁保全安排》所禁止，也不會被香港的民事訴訟制度所排斥。

（四）兩個安排中保全措施種類存在的問題

因為顧及到三個法域的獨立性，兩個保全安排並未對保全措施種類做統一規定。但大灣區商事仲裁實踐對通過司法協助消除制度阻隔的需求是緊迫的，兩個保全安排在保全措施的種類規定上還未能完全因應實踐中的困難。

內地民事訴訟中的保全種類的規定較為籠統、粗疏，很多措施能否使用只有在個案中提出具體申請時才能知道。作為普通法體系的香港民事訴訟制度，成文法系統不發達，雖然涉及程序問題時還是有成文法的規定，但從香港有關保全措施的規定來看，涉及條文多，規定較為零散，相關概念不夠明晰，不熟悉普通法體系的當事人在尋求仲裁程序中的保全協助時，會有較大的困惑和不便。澳門法律規定的保全措施範圍較為寬泛，但到底哪些措施能用，主要也取決於實踐中對於個案的司法判斷。由於三個法域基於不同的訴訟理念和採用不同的判斷尺度，會形成保全措施範圍上的不對等。此外，對指定財產接管人、禁訴令、中間付款、先予執行、裁定臨時彌補以及其他針對人或行為的保全措施，三地法律規定差異較大，仲裁當事人缺乏預判的基礎，增加跨境仲裁獲取司法幫助的實際困難。

[30] 內地仲裁制度的改革中，上海、廈門等地注意到了法院協助仲裁取證的問題，在地方性條例或者內部工作規範中規定了人民法院依據仲裁當事人的申請出具調查令的取證機制。

[31] 香港的禁訴令措施來源於英國，脫歐前，依照歐盟關於民商事管轄權法律規定即1968年《布魯塞爾公約》和《布魯塞爾條例》的規定以及歐盟法院的解釋，歐盟成員國法院不得作出禁訴令，限制在另一個歐盟成員國法院進行的訴訟。脫歐後，英國將不受此限制。參見《脫歐後，英國法院做出禁訴令是否不再受限？》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1719995455834622777&wfr=spider&for=pc>，2024年1月2日訪問。

[32] 張衛平：《我國禁訴令的建構與實施》，載《中國法律評論》2022年第2期，第177、178頁。

[33] 2017年7月21日，武漢海事法院針對香港特別行政區高等法院（以下簡稱“香港高等法院”）出具了一份海事強制令，責令被申請人向香港高等法院申請撤回此前為其出具的禁訴令，這是內地司法機構針對境外禁訴令的首次回應，在這之前，內地司法機構對境外禁訴令多採取不予理睬的做法。

四、不同法域保全程序的差異對仲裁保全司法協助的影響

保全措施的應用需要一整套程序性規範及慣例予以支持，三個法域基於不同的司法習慣和制度體系，在形成各自特色的同時也產生了巨大的差異，一定程度阻滯了大灣區一體化發展目標下跨境仲裁保全的開展。

（一）關於仲裁前保全

內地與港澳的民事訴訟制度均支持仲裁前的保全，而兩個保全安排也都兼容仲裁前保全制度。但實際操作中，仲裁前的保全在內地法院很難得到實現，對於訴前（包括仲裁前）財產保全和證據保全，法院通常會以非情況緊急為由拒絕當事人的請求；對於訴前（包括仲裁前）行為保全，“申請難不僅是當事人的主觀感受，而且是切實存在於我國司法實踐中的現象和問題”^[34]，因此，內地仲裁前保全制度雖有民訴法的規定和兩個保全安排的再次強化，仍需司法政策的改變才能真實實現。實踐中，內地仲裁機構為了彌補當事人仲裁前保全的手段不足，會在立案後暫緩送達立案通知書至被申請人，為仲裁申請人留出一定時間辦理保全事宜，但這一做法與仲裁法的規定有所衝突。相比仲裁前保全在內地只具備理論上的可能性，香港和澳門地區仲裁前保全獲得批准的實際可能性更大。

此外，兩個安排項下的仲裁前保全同樣涉及到要素交叉的問題。如果獲取保全後，仲裁未按某一安排要求的時間和地點提起，但在另外兩個法域提起，那麼已經獲得的保全措施是否有效？比如，當事人在內地獲得保全協助時，依據的是將在香港申請仲裁的事由，但最終卻在澳門申請仲裁，或者直接就在內地申請仲裁，此時，該保全措施是否繼續有效？香港的現行機制解決了這一問題，香港《實務指示》要求，申請人在申請臨時措施時，需要承諾“如無法庭許可，原告人不會在任何其他司法管轄區向被告展開法律程序，也不會把因本司法管轄區之法庭命令所取得的資料作為在其他司法管轄區展開民事或刑事法律程序之用”^[35]。但對這一問題，兩個安排均未明確規定，形成了制度空白，並且由於兩個安排之間的聯繫尚未打通，涉及同時跨越粵港澳三地的保全措施，也不能通過兩個安排予以解決。

（二）關於保全必要性審查

從法律規定上看，三地對保全是否具有必要性均給法院（法官）留下審理和判斷的空間，但內地的做法通常是以擔保代替必要性審查^[36]。需要指出，《香港仲裁保全安排》和《澳門仲裁保全安排》均規定，當事人應提供包括如下內容的文件：“請求所依據的事實、理由和相關證據，包括關於情況緊急，如不立即保全將會使申請人合法權益受到難以彌補的損害或者將使仲裁裁決難以執行的說明等”，但這一要求僅僅是與內地現行法律規定的匹配，並不能理解為內地法院會因此而改變以擔保代替必要性審查的現狀。比較而言，仲裁程序開始後的財產保全申請，在內地較易獲得批准，但同時也存在當事人濫用保全制度的風險，尤其實踐中允許使用第三方出具的保函，更是賦予了當事人“以小博大”的手段。

仲裁保全申請在香港和澳門地區則需要經歷法官的審查判斷才有可能獲批，難度增加。

[34] 任重：《我國訴前行為保全申請的實踐難題：成因與出路》，載《環球法律評論》2016年第4期，第95頁。

[35] 參見香港《實務指示11.2》中“禁止處置在香港的資產”附表2“原告人對法庭的承諾”第8條的規定。

[36] 有學者指出：“在我國的民事保全訴訟程序尤其是財產保全中，保全的必要性這一保全訴訟程序獨有的實體要件基本上未得到法院應有的審查”。占善剛：《民事保全的必要性及其司法審查》，載《法學》2023年第10期，第145頁。

《香港仲裁條例》第四十五條規定了法院採取臨時措施必須以“該仲裁程序能引起一項可根據本條例或任何其他條例在香港強制執行的仲裁裁決（不論是臨時裁決或最終裁決）”為前提，第三十六條規定仲裁庭採取臨時措施的條件包括兩點：一是“不下令採取這種措施可能造成損害，這種損害無法通過判給損害賠償金而充分補償，而且遠遠大於准予採取這種措施而可能對其所針對的當事人造成的損害”；二是“根據索賠請求所依據的案情，請求方當事人相當有可能勝訴”，雖然第四十五條關於“法院下令採取臨時措施”部分並沒有援引上述第三十六條內容，但援引了第三十五條臨時措施種類的內容，可以認為該三十六條起碼具有參考意義。《香港仲裁保全安排》第七條要求當事人向香港法院提供的文件應當載明“被申請人就申請作出或者可能作出的回應以及說法”，“可能會導致法庭不批准所尋求的保全，或者不在單方面申請的情況下批准該保全的事實”，其用途就是供法官做必要性審查時參考。

實行普通法的國家及地區，其民事訴訟中臨時措施的處理原則和機制經歷了理論和實踐的演化過程，從而形成一套行之有效的機制和體系。有學者指出，在決定是否發佈臨時禁制令時，法官通常會考慮相關因素：一是存在一個有待審理的嚴肅問題，也就是說，“原告提起的訴並非瑣碎無聊或無理取鬧”；二是公正平衡，包括損害賠償能否補救以及對雙方權利和利益的適當平衡等；三是原告是否可能會勝訴。^[37] 這些因素的考量體現出了當今普通法地區保全適用的一般原則，香港高等法院原訟庭前法官芮安牟就香港民事訴訟中的臨時濟助問題也做了相類似的描述^[38]。

根據澳門《民事訴訟法典》的規定，法官在採取保全措施前需進行必要性審查，但澳門《民事訴訟法典》和《澳門仲裁法》都沒有直接規定法院拒絕採取保全措施的具體條件。《澳門仲裁法》只是在第四十五條和第七十一條中規定了法院拒絕認可和執行仲裁庭採取的臨時措施的條件，該條件與《紐約公約》第五條的要求完全一致，意味著在確認和執行臨時措施時採用了嚴格的審查標準。理論上說，澳門法院並不能直接依據《澳門仲裁法》的上述規定去審查是否批准保全措施。但從澳門《民事訴訟法典》第三百三十條第一款“法院須于命令採取保全措施前聽取聲請所針對之人陳述”的規定來看，如果保全措施針對的當事人以《澳門仲裁法》第四十五條所涉事項為由提出了抗辯，法院可以據此決定是否採取保全措施，此時《澳門仲裁法》第四十五條規定的條件從法定變為酌定。

內地與港澳在保全條件中所使用標準的差異造成獲取仲裁保全司法協助的難易程度不一，不利於公平和便利地推進跨境仲裁。

（三）關於仲裁庭採取的臨時措施

仲裁庭採取的臨時措施本質上也是一種保全機制，對保障仲裁程序的推進和仲裁裁決的執行發揮著舉足輕重的作用，在國際商事仲裁中運用廣泛。這些措施通常包括三種類型，其一為證據保全；其二為維持現狀；其三為確保終局裁決有效執行的措施^[39]。大多數國家或地區的法律均允許仲裁庭做出臨時措施的決定或發佈相關的命令，聯合國貿法會的《國際商事仲裁示範法》第十七條對此做了相應的規定。香港和澳門地區的仲裁法律採納了國際通行的做法，允許仲裁庭發佈臨時措施。內地《仲裁法》沒有賦予仲裁庭採取臨時措施的權力，內地主要仲裁機構在仲裁規則中加入臨時措施內容時，均附加上類似“符合仲裁程序所適用的法律”的前提條件。

儘管《國際商事仲裁示範法》第十七條的規定代表了法院和仲裁庭均有權採取臨時措施的一般趨勢，但二者的關係卻有不同的制度規定和實踐做法。在英國，法院行使這一權力通常在仲裁庭無

[37] 周翠：《中外民事臨時救濟制度比較研究》，清華大學出版社2014年版，第113、114頁。

[38] 芮安牟：《淺談新民事司法訴訟》，陳星楠譯，三聯書店（香港）有限公司2012年版，第57頁。

[39] 杜新麗：《國際商事仲裁理論與實踐專題研究》，中國政法大學出版社，2009年版，第143、146頁。

力行使該權力的情形下才有正當性，此外，如瑞士、美國俄亥俄州的法律均持相同立場^[40]，考慮到香港適用普通法的司法習慣，英國的做法會對香港法院在實踐中的態度產生影響。

如果仲裁庭已經做出某一臨時措施決定，則法院對仲裁程序的支持不再是重複保全，而是通過確認等方式賦予仲裁庭的臨時措施以強制執行的效力。在香港，“仲裁庭就仲裁程序而作出的命令或指示，不論是在香港或香港以外地方作出的，均可猶如具有同等效力的原訟法庭命令或指示般，以同樣方式強制執行，但只有在原訟法庭許可下，方可如此強制執行”^[41]。仲裁庭關於採取臨時措施的命令在香港法院許可後所產生的效力是否及於內地呢？答案是否定的，《關於內地與香港法院相互認可和執行民商事案件判決的安排》明確規定了判決的範圍“在香港特別行政區包括判決、命令、判令、訟費評定證明書，不包括禁訴令、臨時濟助命令”。

法院對外國仲裁的支持範圍各國立法始終存在著較大的差異，大多數國家立法明確規定法院僅對本國仲裁所作出的中間措施予以協助^[42]。我國香港和澳門地區的仲裁法律持支持境外仲裁中臨時措施的態度，是國際上少有的單方面支持外國（外地）仲裁臨時措施的立法模式，但在具體機制上港澳又有差異。《國際商事仲裁示範法》支持外國仲裁中的臨時措施，其承認和執行的機制與《承認和執行外國仲裁裁決公約》（《紐約公約》）的規定在核心內容上基本一致，因此有學者認為，按照《示範法》的態度，“仲裁庭就臨時性措施作出的裁決，可以作為《紐約公約》項下的裁決加以承認與執行”^[43]。國際商事仲裁實踐中，有案例顯示，一份關於臨時措施的決定或裁決，如果符合“由仲裁員作出”、“以終局方式解決或部分解決爭議”以及“具有約束力”三個要件，是可以成為《紐約公約》項下的裁決加以執行的^[44]。儘管如此，在是否將中間裁決納入《紐約公約》項下的問題上，“絕大多數國家還是將中間裁決與仲裁裁決區別對待”^[45]，在澳大利亞昆士蘭州的一個案件中，法院的解釋比較具有代表性，法院認為，仲裁庭發佈的禁令從本質上具有臨時性和程序性，不能構成《紐約公約》意義上的仲裁裁決^[46]。作為立法體例，採用《國際商事仲裁示範法》相關規定的國內法，通常也屬單方給與的支持仲裁措施，而非履行條約義務，香港和澳門地區的立法體例即是如此。澳門採用《國際商事仲裁示範法》的模式，將“確認和執行在澳門特別行政區以外作出的仲裁裁決”的相關規定准用於確認和執行仲裁臨時措施的部分。香港則採用另一模式，不區分仲裁是本地仲裁還是香港外的仲裁，統一規定了香港法院執行或拒絕執行臨時措施的程序。

在內地與港澳有關認可和執行仲裁裁決的安排中並不包括臨時措施。兩個保全安排將三地的保全請求全部納入直接向法院申請的渠道，一定程度避開了因法律制度差異而產生的衝突，但港澳仲裁庭作出的臨時措施得不到內地的司法支持，相反卻能得到《國際商事仲裁示範法》影響下的國家或地區的司法支持，不符合大灣區對標國際規則和慣例的發展要求。此外，比較之下，認可和執行一般並不涉及過多的實質性審查^[47]，直接審批則需全面審查，兩個保全安排並未達到區際司法協

[40] 艾倫·雷德芬、馬丁·亨特：《國際商事仲裁法律與實踐》，林一飛、宋連斌譯，北京大學出版社2005年版，第359、360頁。

[41] 《香港仲裁條例》第六十一條。

[42] 杜新麗：《國際商事仲裁理論與實踐專題研究》，中國政法大學出版社2009年版，第167頁。

[43] 趙秀文：《國際商事仲裁現代化研究》，法律出版社2010年版，第237頁。

[44] 中國國際仲裁30人編著：《1958年〈承認和執行外國仲裁裁決公約〉（〈紐約公約〉）理解與適用》，法律出版社2020年版，第10-13頁。

[45] 杜新麗：《國際商事仲裁理論與實踐專題研究》，中國政法大學出版社2009年版，第171頁。

[46] 同上註，第173頁。

[47] 如《澳門仲裁法》第45條第3款規定：“收到確認或執行請求的法院不得在裁決中重新審查臨時措施的理由。”

助應更為簡單和便利的效果。

（四）關於臨時仲裁中的保全

臨時仲裁是機構仲裁的對稱，指雙方當事人不經過常設仲裁機構，直接推選仲裁員臨時組成仲裁庭進行的仲裁，二者以是否由機構管理仲裁案件為分水嶺。當代具有代表性的商事仲裁立法大都兼容臨時仲裁和機構仲裁兩種形態。雖然臨時仲裁並非仲裁實踐中的主流形態，但“即使在目前常設仲裁機構遍佈世界各地的情況下，仍有相當數量的爭議被交付臨時仲裁解決”^[48]。從《國際商事仲裁示範法》到《紐約公約》，其所稱的仲裁都包含臨時仲裁，我國香港和澳門地區的仲裁法律制度與國際接軌，均支持臨時仲裁。但內地沒有臨時仲裁制度，內地《仲裁法》只適用於機構仲裁，不適用於臨時仲裁。由於《香港仲裁保全安排》和《澳門仲裁保全安排》均以機構仲裁為適用要件，因此臨時仲裁的情形不在兩個安排的適用範圍內。

香港和澳門的民事訴訟制度在保全問題上對仲裁的支持是較為全面和典型的^[49]，對於臨時仲裁中仲裁庭採取的臨時措施，其法律機制不與機構仲裁相區分，甚至也不區分本地仲裁與外地仲裁，一概予以支持^[50]。雖然內地《仲裁法》不適用於臨時仲裁情形，但依據最高人民法院2016年發佈的《關於為自由貿易試驗區建設提供司法保障的意見》，允許自由貿易試驗區當事人有條件地使用臨時仲裁方式解決爭議^[51]，2023年上海市人大常委會通過的《上海市推進國際商事仲裁中心建設條例》第二十條規定：“本市按照國家部署，探索在具有涉外因素的商事、海事領域，可以約定在上海、按照特定仲裁規則、由特定人員進行臨時仲裁”，2024年7月1日施行的《海南自由貿易港國際商事仲裁發展若干規定》也規定了臨時仲裁的內容，廣東省人大常委會2024年9月26日通過的《關於加強法律服務工作促進粵港澳大灣區建設的決定》提出“鼓勵粵港澳大灣區內地九市仲裁機構參考國際通行規則制定並公開發佈臨時仲裁規則供當事人約定適用”，因此，內地已經有開展臨時仲裁的制度空間^[52]。依據香港和澳門的仲裁制度，內地臨時仲裁的仲裁庭作出的臨時仲裁措施，可以在香港、澳門得到認可和執行，而港澳臨時仲裁的保全措施既不能依據“保全安排”得以實現，又不能依據“認可和執行安排”得以執行，在制度銜接上留下“硬傷”。

（五）關於保全可否依當事人單方申請而適用

香港民事訴訟制度中的強制令及臨時措施包括通知對方當事人和不通知對方當事人兩種情形。作為基本要求，在對任何人下禁令或命令前一定要聽他的申辯，除非當事人能證明不通知對方當事人具有必要性或者提供擔保。而有一些強制令及臨時措施則不需要通知對方當事人，如瑪瑞瓦禁令和安東皮勒令^[53]。

[48] 沈偉、陳治東：《商事仲裁法——國際視野和中國實踐》，上海交通大學出版社2020年版，第10頁。

[49] 以澳門法為例，其基於仲裁的保全和基於訴訟的保全有區別，基於仲裁的保全不要求以國際法上的義務為前提，但根據《澳門民事訴訟法》第328條的規定，基於訴訟的保全則須以“依據適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協議之規定”為前提。

[50] 《香港仲裁條例》第21條規定了法院採取臨時保全措施的權限。第5條規定了該21條適用於仲裁地不在香港的情形。《澳門仲裁法》第15條規定了不論仲裁地是否為澳門特別行政區，法院均有管轄權命令採取與仲裁程序有關的保全措施。

[51] 依據該《意見》，珠海仲裁委員會會同橫琴自貿區管委會於2017年3月18日出台了國內第一部臨時仲裁規則——《橫琴自由貿易試驗區臨時仲裁規則》。參見珠海國際仲裁院官網，<https://www.zcia.pro/list/32.html>，2024年11月13日訪問。

[52] 內地《仲裁法》的修訂過程中已關注到增設臨時仲裁機制的問題，在提交全國人大常委會審議的《中華人民共和國仲裁法（修訂草案）》中，臨時仲裁被表述為專設仲裁庭仲裁，適用於涉外仲裁。參見澎湃新聞網，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_29326848，2024年11月13日訪問。

[53] 楊良宜、楊大明：《禁令》，中國政法大學出版社2000年版，第18、235頁。

《澳門民事訴訟法典》第三百三十條第一款規定“法院須于命令採取保全措施前聽取聲請所針對之人陳述，但聽取其陳述可能嚴重妨礙該措施達致其目的或產生其效力者除外”，可見採取措施前聽取對方當事人陳述是原則，不驚動對方僅依當事人申請而作出保全則是例外。

根據內地《民事訴訟法》的相關規定，申請保全無需通知對方當事人，僅依一方當事人的申請即可啟動，實踐中在絕大多數情況下，法院會要求申請方提供擔保，以此作為平衡被採取保全措施的一方當事人利益的手段。

保全前是否通知對方當事人以便聽取其申辯，三個法域的做法不相一致，依單方行動啟動保全，香港和澳門都要求須以較高的證明標準證明必要性，確保保全措施不會被濫用。在實行普通法的地區，除了規定嚴苛的條件外^[54]，還實行嚴格的針對當事人及律師的追責制^[55]。內地不僅以單方申請為唯一形態，而且實踐中又以擔保替代必要性審查，體現出司法政策的取捨上偏向於保護申請人一方的訴求。觀念和司法政策的差異，增加了跨境仲裁中獲取保全支持的不確定因素。

五、完善大灣區協助仲裁保全機制的構想

在大灣區推進不同法域規則、機制的銜接，是國家戰略層面的部署和安排，《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》《全面深化前海深港現代服務業合作區改革開放方案》《廣州南沙深化面向世界的粵港澳全面合作總體方案》均明確要求，要充分發揮“一國兩制”制度優勢，探索不同法系、跨境法律規則銜接，通過完善多元化糾紛解決機制，打造規則銜接機制對接高地。基於此，針對大灣區跨境仲裁保全司法協助機制在實踐中存在的困難和障礙，提出如下解決方案。

（一）建立灣區協調一致仲裁保全協助機制的思路

大灣區是實行一國兩制三法域的特殊區域，面臨著協調法律衝突的實踐需求，在商事仲裁保全司法協助方面，應明確協調發展的總體思路，發揮先行先試作用。

1. 協助機制整體化設計

在大灣區戰略背景下謀劃和推進仲裁保全的相互協助機制，應將大灣區的三個法域作為一個整體對待。現有的兩個安排分別針對香港與內地、澳門與內地的協作，但沒有考慮作為整體的香港、澳門與內地之間的統一協調，以至於出現要素混雜時，兩個安排無力解決的情形。在作整體化的制度設計時，既要考慮獨立性和差異性，也要提煉和發展共同性。大灣區仲裁保全的司法協調不光是區域發展層面的協作，更是推進我國區際司法協作的重要內容，只有上升到推進法治體系建設的高度，才能真正實現這一機制的整體性、戰略性和制度性，發揮這一機制應有的作用。

2. 增加便利性和確定性

大灣區仲裁保全司法協助本質上是區際司法協助，面對的是大灣區“單一制國家內的中央法制區與地方法制區的法律衝突”^[56]，雖然存在多元法系的交叉，但不存在根本性問題的衝突和對立，與國際司法協助相比較，協作中的制約因素較少，可協商的範圍更大，所面對的困難在程度上更低。因此，建立統一的商事仲裁保全司法協助機制，應更多將目光聚焦在便利性和確定性方面，應對照國際標準和現實需求，最大限度消除法域差異給仲裁當事人帶來的不便，讓大灣區民商事主

[54] 主要是申請方必須對“所有重要資料和事實”作出稱述，同時“對原告不利”以及“被告會有的抗辯”也必須陳述。楊良宜、楊大明著《禁令》，中國政法大學出版社2000年版，第348、350頁。

[55] 楊良宜、楊大明在《禁令》一書中介紹，全面與坦率陳述責任也在律師頭上，如果出錯會導致被追責，以至於律師會謹慎作出決定。參見楊良宜、楊大明：《禁令》，中國政法大學出版社2000年版，第353-356頁。

[56] 章尚錦、杜煥芳：《國際私法》，中國人民大學出版社2019年版，第356頁。

體在經貿往來、社會融合過程中更有條件對法律介入作合理預判。

3. 借鑒國際社會處理類似問題的經驗

一是充分參考聯合國貿法會《國際商事仲裁示範法》的相關規定。正如該《示範法》在序言中所說，其作用在於“為公平而有效地解決國際商業關係中出現的糾紛建立一個統一的法律基礎”，建議“所有國家鑒於統一仲裁程序法的需要和國際商業仲裁實際執行的具體需要，對國際商業仲裁示範法給予適當的考慮”。該《示範法》第17J條還規定“法院發佈與仲裁程序有關的臨時措施的權力應當與法院在法院訴訟程序方面的權力相同，不論仲裁程序的進行地是否在本國境內”。鑒於《國際商事仲裁示範法》廣泛的影響力，司法支持仲裁的理念已被大多數國家或地區所接受，大灣區可以《示範法》為參照，搭建符合國際通行規則和實踐需要的仲裁保全司法協助機制。

二是借鑒歐盟處理民商事案件保全措施管轄權的做法。《布魯塞爾關於民商事案件管轄權及判決執行的公約》第二十四條規定，“即使按本公約規定，某一締約國法院對案件的實質性問題有管轄權，亦得向另一締約國法院申請該國法律所允許的臨時措施或保護措施”^[57]。這一規定明確了歐盟範圍內一國法院對他國法院管轄的民商事案件，可以在自身無管轄權的情況下提供保全。關於在歐盟範圍內提供跨國保全的規定，還出現在歐盟《知識產權指令》和《歐洲帳戶保全令程序條例》中^[58]。有學者認為，引起國際民事管轄權衝突的因素包括主權因素、法律因素、利益因素^[59]，按照這一觀點，歐盟內部存在主權、利益等複雜因素，尚且可以就保全管轄權問題達成一致，大灣區需要考慮的僅僅是法律因素，更有理由制定靈便高效、協調一致的仲裁保全司法協助機制。

4. 吸收轉化內地法律框架下跨境仲裁保全的制度創新

根據內地《海事訴訟特別程序法》及司法解釋的相關規定，申請海事請求保全、海事強制令、海事證據保全的臨時措施適用於境外展開或即將展開的仲裁程序。上述規定是域外仲裁保全司法協助的重要突破，開啟了與國際接軌的司法支持仲裁的新路徑。對這些國際司法協助的創新性措施，大灣區仲裁保全協助機制應予吸收和轉化。

(二) 建立灣區仲裁保全司法協助機制的重點內容

1. 明確保全措施種類

目前兩個安排對保全措施範圍或種類採取了分別表述的辦法，將內地與港澳的保全措施以三種定義予以圈定。這種做法使得本就存在文字語意和措施種類不一的法域差異問題更為凸顯，給實踐運用造成障礙。參考歐盟做法，可以統一定義為保全及臨時措施，臨時措施的範圍以聯合國貿法會《國際商事仲裁示範法》17條的表述為基本規定，增加保全法院地法律允許的其他措施作為兜底規定。為確保司法政策的統一，可以作原則性統一要求，規定保全措施所針對的人應在保全法院地有住所（或居所），或者保全所針對的物在保全法院地，或者保全所針對的行為在保全法院所在法域執行。至於先予執行、中間支付、禁訴令等容易產生法律衝突的具體措施，規定在符合原則要求的條件下，按照保全地的法律處理。

2. 統一適用條件

如前所述，兩個安排由於使用了不同的確定適用範圍的條件，使得三個法域多因素交叉時的情形不能得到有效調整。其實，就仲裁保全而言，只需仲裁地和仲裁機構所在地兩個因素就可以滿足制度設計。可以規定前述兩個因素都在大灣區，即可在大灣區的任一法域請求司法保全協助，由保

[57] 歐盟《布魯塞爾條例》第35條作了相同的規定。

[58] 賀萬忠：《民事保全措施的國際私法協助問題研究》，世界知識出版社2022年版，第95-98頁。

[59] 丁小巍、王吉文：《國際民事訴訟管轄權協調問題研究》，中國人民公安大學出版社2022年版，第42-45頁。

全法院識別後按本法域仲裁保全或非本法域仲裁保全予以處理。如果要突破大灣區的範圍，上升到內地與港澳的協助層面，同樣只需以仲裁地和仲裁機構所在地為確定適用範圍的條件。

3. 明確保全措施的域外性和附屬性

仲裁保全的協助從屬於在境外已開展或即將開展的仲裁程序，因此，理念上說，不應喧賓奪主。制定協助機制時，可參照《香港仲裁條例》的規定，在決定予以協助之前，首先考慮是否會干擾到仲裁程序的自行推進，其次考慮是否干擾到仲裁所屬法域的司法支持，由此實現司法對仲裁支持的效果最大化。

4. 將臨時仲裁中的保全納入協助機制範圍

《紐約公約》項下的仲裁裁決涵蓋了臨時仲裁，香港澳門的仲裁制度均兼容臨時仲裁，紐約公約成員國中只有極少數國家的國內法不支持臨時仲裁，內地《仲裁法》是其中之一，但如前所述實踐中已有突破。內地《海事訴訟特別程序法》沒有排除境外臨時仲裁程序中的海事保全請求，最高人民法院出台的司法意見和上海市人大出台的地方立法文件均有條件地支持臨時仲裁，正在修訂的仲裁法也在考慮有條件地吸收臨時仲裁制度。基於此，可以將臨時仲裁的保全納入協助機制，其中，可以要求臨時仲裁由指定的仲裁機構代為轉交申請，但仲裁前保全可由當事人自行提交申請。

5. 明確公共利益保護的適用原則

社會公共利益的保護是解決法律協作問題的安全閥，是維護本地法治秩序的最後手段，在三個法域中均有相應規定^[60]，在法律協作的實踐中也有體現和運用。兩個安排雖然並未明確可以以違反公共政策為由拒絕予以保全協助，但按照各自的法律原則和慣例，均可運用公共政策標準判斷是否予以保全。在大灣區仲裁保全司法協助中，有必要將保護社會公共利益作為能否採取保全措施的兜底性條款。但由於公共政策的考量因素具有較大的彈性和靈活性，應明確規定公共利益的考量只作為例外情形使用，並且應有充分的說理作為支撐，避免僅以違反本地法律規定或司法習慣為由拒絕協助。

6. 增加規定仲裁庭所作臨時措施的執行

程序法的拘束力通常只及於境內，一般而言法院作出的保全措施不產生法域外的承認和執行效果。所以現行的兩個安排沒有採用認可和執行港澳法院或仲裁機構所作臨時措施的方法，而是採用由當事人直接申請，或由仲裁機構轉送的路徑。考慮到港澳仲裁法律制度均支持域外仲裁庭所作臨時措施的認可和執行，以及直接處理案件爭議的仲裁庭更有條件判斷臨時措施申請的合理與否，仲裁保全的協作機制應該包含港澳仲裁庭所作臨時措施的認可與執行。由於港澳仲裁法律均規定了緊急仲裁員制度，緊急仲裁庭作出的臨時措施決定等同於正式仲裁庭作出的臨時措施決定，同樣應當予以協助執行。當然，依據現行法律，內地仲裁機構無採取臨時措施的權力（仲裁法的修改已關注到這一問題，在《仲裁法修訂草案》中，仲裁庭已被賦予了採取臨時措施的權力），只能由當事人直接向境外法院申請保全。

7. 統一保全的程序性要求

對影響當事人重要權利的程序，如保全措施所針對的當事人的救濟途徑、違反禁令的法律後果等，允許各方依各自的法律規定推進相關程序；對不影響當事人重要權益的仲裁程序，應盡可能統一規定。一是針對仲裁前保全統一規定30日的提起仲裁期限，超過期限未提起仲裁的，保全措施失效。二是仲裁中的保全統一規定由機構轉交保全申請，屬臨時仲裁的由指定的仲裁機構轉交，實踐中由仲裁機構出具證明再由當事人一併提交的做法應予允許。三是採用依單方申請即可予以保全

[60] 三個法域所使用的公共秩序、公共利益、公共政策等表述基本都是同一語義，概念上沒太大差別。

的機制^[61]，對港澳不適宜依單方申請採取保全的措施，採用具體列舉的辦法作為例外。四是統一規定申請人提供擔保和法院必要性審查並重的保全控制機制，既兼顧不同法域的法律規定和訴訟慣例，又儘量縮小獲取保全難易程度的差異。

（三）建立灣區協調一致仲裁保全協助機制的實踐路徑

建立完善大灣區仲裁保全協助機制的實踐路徑包括宏觀層面、區域層面和司法層面三個維度，宏觀層面協調三個法域涉及根本性問題的法律衝突，區域層面協調具體機制，司法層面協調司法政策。

1. 宏觀層面

在宏觀層面將兩個安排合併，統一出台內地與港澳就仲裁程序相互協助保全的安排。在商事仲裁領域，由於受《紐約公約》和《國際商事仲裁示範法》的影響，三個法域有關仲裁法律制度的差異並不顯著，尤其是香港和澳門的仲裁法律制度均以《國際商事仲裁示範法》為基本框架，沒有實質性差別。近年來，最高人民法院通過一系列司法解釋和司法意見，不斷推動內地仲裁制度與國際接軌，仲裁機制與國際通行規則的差距不斷縮小。因此，完全可以將兩個安排合併為一個安排，增大內地司法支持仲裁的力度和範圍，提升商事仲裁保全司法協助的確定性和便利度，推動跨境商事仲裁的發展。

2. 區域層面

利用大灣區協調機制，就保全協助機制所涉及的法律問題予以協商和協調。早在2017年，國家發展和改革委員會、廣東省人民政府、香港特別行政區政府、澳門特別行政區政府就共同簽署《深化粵港澳合作推進大灣區建設框架協議》，開啟了聯席會議機制。2019年9月香港特區政府律政司、廣東省司法廳及澳門特區政府行政法務司在香港召開粵港澳大灣區法律部門首次聯席會議，達成建立聯席會議機制的共識，迄今已召開五次聯席會議，商討和協調了一系列法律問題。除此之外，大灣區還有涉及具體領域或板塊的其他多種協調機制。借助上述這些機制可就仲裁保全司法協助涉及的法律問題深入商討，讓保全協助機制更加精細和便利。除了法律制度層面的協調外，應當在統一的仲裁保全司法協助安排出台後，利用大灣區協調機制，出台仲裁保全司法協助指引，明確各法域的具體要求，方便當事人使用跨境保全措施推進仲裁程序。

3. 司法層面

通過司法政策增加確定性和可操作性。最高人民法院分別出台了支持和保障橫琴、前海、南沙建設的司法意見，推出了許多支持大灣區建設的措施；最高人民法院與澳門特別行政區簽署了《關於進一步加強司法法律交流合作的會談紀要》，會談紀要對內地與澳門共同推進司法法律規則銜接、機制對接，建立完善跨境商事多元化糾紛解決機制作出了規劃和規定；廣東省高級人民法院出台了《關於粵港澳大灣區內地人民法院審理涉港澳商事糾紛司法規則銜接的指引》^[62]，這些方式對統一司法政策和法律見解發揮著重要的作用，對解決仲裁保全司法協助實踐中的問題無疑同樣有效。因此可以利用出台司法政策、司法解釋、司法判例等方式，進一步規範仲裁保全司法協助的程序，解決具體操作中的問題，推動大灣區跨境仲裁的發展。

[61] 《歐洲帳戶保全令程序條例》前言第(15)條規定了不讓被採取保全措施的當事人知曉而採取保全措施是基本形態。

[62] 該《指引》第6條規定：“內地法院審理涉港澳商事案件，可以按照符合香港特別行政區、澳門特別行政區法律或者慣例的方式向香港特別行政區、澳門特別行政區當事人送交訴訟文書”，這一條可運用于仲裁保全的司法協助實踐中。

Abstract: As an efficient ADR method for handling disputes, commercial arbitration in the Greater Bay Area acts not only an important platform for the practice of “one country, two systems”, but also a legal support for the integrated development of the Greater Bay Area. The development of commercial arbitration can’t be separated from the strong support of judicial assistance, judicial protection and judicial promotion, and the further construction of the Greater Bay Area also urgently asks for more judicial support in the cross-border practice of commercial arbitration. In contrast, the current institutional framework for mutual assistance in preservation in arbitration suffers from deficiencies of insufficient holistic design and lack of refinement, and its coordination mechanism lags behind the development needs of cross-border arbitration in the Greater Bay Area, with some obstacles urgently requiring to be cleared up in practice. This paper analyzes the problems of the current judicial assistance mechanism in providing preservative measures in arbitration proceedings in terms of applicable conditions, scope of preservation measures, and preservation procedures, and proposes corresponding solutions from institutional and practical perspectives.

Key words: Greater Bay Area; Commercial Arbitration; Preservation; Judicial Assistance

(責任編輯：勾健穎)

比利時陪審團的適用機制及其混合式特徵

高一飛* 倪浩然**

摘要 1790年比利時作為法國領土引進了陪審團制度，2009年和2016年比利時對陪審團說理制度、管轄範圍等作了較大變革。比利時陪審團制度體現出了更多職權主義特徵：陪審員在庭審中擁有庭審調查權和記錄權；法官在定罪程序中參加評議不參加裁決；陪審員與職業法官共同決定量刑；要求陪審員用適當的方式進行說理；對陪審團裁判嚴格堅持禁止雙重危險原則。從比利時引進陪審團付出政治經濟成本很大，但收效甚微的現狀可以看出，大陸法傳統下的國家引進英美式陪審團，存在天生的水土不服的問題，應當特別謹慎。相較比利時，我國當前更加缺乏引進陪審團制的文化條件和制度條件，中國不宜引進英美式陪審團。

關鍵詞 比利時陪審團 陪審員資格 職權主義 事實問題

當前世界各國陪審制度可分為以下兩類，一類是以英美兩國為代表的“分工式陪審制度”，即英美法系的傳統陪審團模式；另一類是以法國和德國為代表的“無分工式陪審制度”，即大陸法系的參審模式。^[1]近年來國內學者對這兩種主流陪審制度的研究著述頗豐，但主要集中在英、美、法、德、俄、西等主流陪審制國家，對頗具特色的比利時陪審團制度卻沒有專門的論文研究。

以“比利時陪審團”為“篇關摘”，在中國知網上僅找到兩篇涉及比利時陪審團制度的文獻。一篇是報紙短文，且並未將比利時陪審團制度在2009年和2016年發生的兩次重大改革納入其中；^[2]另一篇僅對比利時陪審員說理制度的發展及現狀進行了簡要介紹，其研究側重於歐洲人權法院案例，並未涉及具體的比利時法律條款^[3]。為此，本文將全面研究比利時陪審團的產生背景、適用機制和獨有特點，以期為中文學界的陪審團研究作出知識上的貢獻。同時，通過比較比利時和我國適用陪審團的文化條件和制度條件，為中國陪審制模式選擇建言，提出中國不宜引進英美

* 高一飛，廣西大學法學院教授、博士生導師，《法制與經濟》雜誌主編。

** 倪浩然，《法制與經濟》雜誌助理編輯。

本文為中國法學會2021年度部級法學研究課題“司法權運行機制和運行規律研究”[CLS（2021）B03]的階段性成果。

[1] 參見何家弘：《中國的陪審制度向何處去——以世界陪審制度的歷史發展為背景》，中國政法大學出版社2006年版，第1頁。

[2] 參見禹得水：《比利時陪審團案件適用範圍及機制研究》，載《人民法院報》2021年12月17日，第8版。

[3] 參見劉婷：《刑事案件陪審員裁判說理研究》，西南政法大學2018年碩士學位論文。

式陪審團的觀點。

一、比利時陪審團制度的產生與發展

事物發展有其必然規律，法律是政治的工具，對政治具有從屬性；因此一國法律史通常與該國的政治史息息相關。比利時自 1830 年獨立至今不到 200 年，此前曾多次發生政權更迭。因此，其法律制度呈現出反復性特徵，該特徵也體現在了其陪審團制度上。如今比利時陪審團雖適用較少，但仍舊保留，該制度在比利時這片土地上有著頑強的生命力，有其必然原因。

（一）比利時陪審團的產生及早期發展

現代意義上的陪審團制度起源於英國。1066 年諾曼第公爵統一英吉利王國後，陪審團作為一種鄰里作證制度從法蘭克被引入英國。1215 年，英國《自由大憲章》確立了陪審團制度，規定了起訴陪審團起訴的形式以及人民享有接受同儕審判的權利。在英國，陪審團被視為保護個人自由不受王權專制主義影響的保障，陪審團的判決是反對國王任何壓迫性和自由裁量行為的潛在堡壘。與此同時，這一制度的保存和成功有一個更務實的原因：當時英國法律對相對較輕的罪行規定了嚴厲的刑罰，包括死刑，陪審團被用來“軟化被告的命運，即宣告他們無罪”^[4]，或將他們所犯的罪認定為不太嚴重的罪行。

陪審團在政治和司法上的特殊作用使其受到了法國啟蒙思想家們的親睞。在 1789 年法國大革命後，1790 年 4 月 30 日，法國“國民議會”（革命後的第一個議會）受英國模式啟發，引進了人民陪審團。比利時當時是法國領土的一部分，人民陪審團制度由此在比利時這片土地上開始傳播。1814 年，比利時被荷蘭吞併，荷蘭頒佈皇家法令宣佈廢除陪審團制度。1828 年，一些比利時代表提議恢復巡迴法院^[5]設立的陪審團制度，但被眾議院多數否決。^[6]1830 年比利時宣佈獨立後，成立了屬於自己的國民議會負責修訂新憲法。1830 年 10 月 27 日公佈的《比利時憲法》初稿中提議恢復陪審團制度。1830 年 11 月 25 日的另一項提案建議為政治和新聞犯罪以及最嚴重的普通犯罪設立陪審團。1831 年 1 月，國民議會接受了這一建議，同意將政治和新聞犯罪納入陪審團管轄範圍，而對於最嚴重的普通犯罪是否必須引入陪審團的問題則留給了後來立法者。當月，國民議會的一名成員再次提議將最嚴重的普通罪行納入管轄範圍，這一提議得到了國民議會大多數成員支持。1831 年 2 月 7 日，國民議會結束了工作，公佈了比利時王國的第一部憲法，《比利時憲法》第 98 條（現第 150 條）規定，所有犯罪（crimes）中的重罪、政治罪和通過新聞手段犯下的涉及新聞自由的罪行都需要有陪審團。^[7]

（二）2009 年比利時陪審團制度的改革

2004 年 11 月，當時的比利時司法部長洛萊特·翁克林克斯 (Laurette Onkelinx) 成立了巡迴法院改革委員會，該委員會的任務是“反思比利時現行巡迴審判程序的意義和品質，並在必要時提出改革的建議”^[8]。對於巡迴法院的存廢問題，委員會通過一個臨時報告提出了兩個基本方向：一

[4] See F. GRAHAM, Le jury de jugement au Etats-Unis, Revue électronique du département d'Etats des Etats-Unis, vol. 14, n°7, 2009, p.4.

[5] 比利時是一個獨具特色的聯邦制國家，巡迴法院是比利時用於陪審團審判的專門一審法院，如今的巡迴法院已經不再具有巡迴流動審判的意義，而是指國家在地方設立的固定的基層法院。

[6] See Philip Traest, The jury in Belgium, Revue International de Droit Pénal, Vol. 56: 1, 2001, p.27.

[7] Ibid.

[8] M. PREUMONT, Contexte socio-historique de la réforme de la Cour d'assises, in WUSTEFELD A, GUILLAINCH eds.,

是直接取消巡迴法院，用“市議會”內設的法院取而代之；二是保持巡迴法院的形式，同時對其程序進行深刻的現代化變革。最後，司法部長選擇了第二個方向，即將現有機構現代化。

2008年，參議員菲利普·馬胡克斯（Philippe Mahoux）向該委員會提交了一份法案，該法案明確支持保留巡迴法院，這份法案正式明確了比利時陪審團制度接下來的方向，即：保留巡迴法院並對其進行現代化改造。

（三）2016年比利時陪審團制度的變革

2016年比利時司法部長科恩斯·吉恩斯（Koens Geens）領導頒佈了《修改刑法和刑事訴訟法並在司法領域作出各種規定的法律》（pot-pourri II 法案），再次發起了針對陪審團制度的變革，主要體現在以下兩方面。

第一，再次縮小了比利時陪審團的管轄範圍。根據《比利時憲法》之規定，陪審團的設立適用於可判處至少5年監禁的犯罪、影響社會穩定的犯罪和涉及民主社會基本價值觀的政治和涉及新聞自由類犯罪。^[9]由於將所有《比利時刑法典》載有的上述可判處至少5年監禁的罪行均提交陪審團審理是不可能的，1867年10月4日比利時政府頒佈了《關於減輕情節的特別法律》^[10]，將陪審團審判的範圍限制在最嚴重的罪行上。^[11]這一法律允許檢察官將大多數可被判處5年以上監禁的罪行認定為不太嚴重的罪行，以使他們避開陪審團而改由“輕罪法院”（tribunal correctionnel）^[12]審判。但同時《關於減輕情節的特別法律》也限制了輕罪法院的管轄範圍，該名單禁止可被判處20年以上監禁的罪行適用社區矯正。^[13]上述立法意味著判處5年以上、20年以下監禁的犯罪都可由輕罪法院進行審理，陪審團只審理可被判處20年以上監禁的罪行，其管轄範圍被大幅縮小。2016年，pot-pourri II 法案廢除了《關於減輕處罰情節的特別法律》第2條第3款設置的適用社區矯正刑的罪名清單，^[14]除保留針對觸犯特殊群體利益（如員警、未成年人）的犯罪^[15]外，允許檢察官對所有其他罪名適用社區矯正刑。後來，國務委員會又裁定前述例外情形的設置具有歧視性，司法部最終取消了這些例外情形，決定所有罪行都可適用社區矯正刑。此次變革說明原本歸屬於陪審團的管轄範圍被再次縮小。2017年12月，憲法法院應律師協會的申請，宣佈 Pot-Pourri II

La réforme de la Cour d'assises, Anthémis, Collection du Jeune barreau de Charleroi, 2011, p.17.

[9] 比利時法律將所有的刑事事項分為三類，其中可判處5年以上監禁的罪行稱為犯罪（crimes），可判處8天至5年監禁和（或）25法郎以上罰款的罪行稱為輕罪（délits），而可判處1至7天監禁和（或）最高25法郎罰款的罪行稱為違法行為（overtredingen）。參見Philip Traest, *The jury in Belgium*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 56: 1, 2001, p.27.

[10] See Claire M. Germain, *Trials by Peers: The Ebb and Flow of the Criminal Jury in France and Belgium*, in *Juries, Lay Judges, and Mixed Courts: A Global Perspective*, in Sanja Kutnjak Ivković et al., eds., Cambridge University Press, forthcoming 2019, p.5.

[11] See Philip Traest, *The jury in Belgium*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 56: 1, 2001, p.27.

[12] 直譯為矯正法院，即專門裁判輕罪、可以適用社區矯正刑罰（社區矯正刑罰是比較輕的刑罰）的法院。

[13] See Declève A, *Le jury populaire a-t-il encore un sens dans la société du 21^{ème} siècle? Etude du jury populaire en Belgique et aux Etats-Unis à la lumière des différentes réformes et jurisprudence*, Université Catholique Louvain de Master's thesis, juin 2016, p.19.

[14] 參見pot-pourri II 法案第121條。pot-pourri II 法案翻譯自pot-pourri II 法案法文版，https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-05-fevrier-2016_n2016009064.html，2022年12月28日訪問。

[15] See *Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice*, Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n°54-1418/001, p.112.

法中規定所有犯罪都可由輕罪法院審理的條款違憲，^[16]並於2019年正式廢除了相關條款，^[17]到此，司法部門2016年想擴大輕罪法院管轄範圍而縮小陪審團適用範圍的計畫宣告失敗。陪審團審判意味著人民參與審判的權利擴大，可能導致無罪案件的增加和訴訟效率的降低^[18]，上述改革過程反映了比利時司法部門對陪審團審判的排斥態度。

第二，對巡迴法院審判程序作出改變。考慮到“與人民陪審團相比，專業法官的專業化和經驗也構成了一種附加值，以便能夠正確估計所提供證據的價值和合法性”^[19]。2009年改革時比利時法律只允許法官在陪審團審議並作出定罪決定後與之共同退庭並輔助其完成裁判說理。但2016年Pot-pourri II法案修改了《比利時刑事訴訟法》第326至327條，允許三名法官直接參與陪審團對被告人罪行的審議，但審議結束後仍然只有陪審員才能參加投票，即三名法官議而不判，法官參與審議的目的是幫助陪審員進行裁判。

(四) 比利時陪審團審判的案件越來越少

從統計數字來看，陪審團審判在比利時的司法活動中並不常見。在1835-1944年間，巡迴法院審理的案件約佔所有刑事案件的1%；1955年後，這部分下降到0.01%。^[20]從能找到的資料來看，21世紀以來比利時陪審團適用情況相關的資料如下表：^[21]

年份	陪審團審理案件數	輕罪法院審理刑事案件數	刑事案件總數	陪審團案件佔所有刑事案件比值
2000-2013	年均 83	50000-55000	50083-55083	0.16%-0.15%
2016	73			
2017	30			
2018	17			
2019	51	47203	47254	0.107%
2020	43	41500	41543	0.104%
2021	72	51914	51986	0.138%

由上表可知，21世紀以來，不論是陪審團審理案件數量還是陪審團審理案件佔所有刑事案件的比值都處於下降態勢。2019年憲法法院廢除了Pot-Pourri II法中規定所有犯罪都可由輕罪法

[16] See Claire M. Germain, *Trials by Peers: The Ebb and Flow of the Criminal Jury in France and Belgium*, in *Juries, Lay Judges, and Mixed Courts: A Global Perspective*, in Sanja Kutnjak Ivković et al., eds., Cambridge University Press, forthcoming 2019, p.5.

[17] See Statistiques des cours et tribunaux, Site officiel de la cour suprême de Belgique, Enligne: https://justice.belgium.be/fr/statistiques/statistiques_des_cours_et_tribunaux, Date de la dernière visite 28 décembre, 2022.

[18] 關於為什麼陪審團審判會導致無罪率提高和效率降低，參見高一飛：《陪審團的價值預設與實踐障礙》，載《北方學》2018年第4期，第103-115頁。

[19] See *Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice*, Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n°54-1418/001, p.102.

[20] See Philip Traest, *The jury in Belgium*, *Revue International de Droit Pénal*, Vol. 56: 1, 2001, p.27.

[21] 表中2000-2013年的數據引自：Claire M. Germain, *Trials by Peers: The Ebb and Flow of the Criminal Jury in France and Belgium*, in *Juries, Lay Judges, and Mixed Courts: A Global Perspective*, in Sanja Kutnjak Ivković et al., eds., Cambridge University Press, forthcoming 2019。2016-2021年數據摘自比利時最高法院官網，https://justice.belgium.be/fr/statistiques/statistiques_des_cours_et_tribunaux，2024年6月1日訪問。目前數據只更新至2021年。

院審理的相關條款，陪審團審理案件數量有所回升，2021年陪審團審理的案件是2018年的4倍多^[22]。但仍然低於2016年之前的數字。綜上，比利時陪審團審判的案件越來越少，這一現狀產生的原因有兩個：一是作為一個以保護人民權利為目的的制度，在實踐中往往會遭到職業司法階層和統治者的抵觸，如陪審團可以不適用自己不喜歡的法律而故意把一些有罪案件判決為無罪而不需要說明理由，這一機制被稱為“陪審團廢法”^[23]；二是由於陪審員是法律的外行，陪審團審理案件需要更加複雜的程序讓其瞭解案情，往往耗費更多的司法資源，這也會讓司法管理階層反感。

(五) 比利時陪審團制度產生的原因

綜合而言，世界諸國移植陪審團的緣由主要來自兩方面：有的國家是曾作為他國領土或殖民地，獨立後仍沿用宗主國的法律制度，典型如澳大利亞，澳大利亞曾是英國殖民地，自英國開始對澳大利亞殖民開始，就成立了由6名軍官和一名軍事法官組成的陪審團，後其陪審團制度在此發展^[24]；有的國家則是認可陪審團的價值而移植，典型如俄羅斯，俄羅斯在沙俄時期和蘇聯解體後的俄羅斯聯邦時期兩度移植西方陪審團制度。^[25]比利時由於其複雜的歷史背景，其陪審團產生的緣由兼具上述兩種因素。

1. 法國法律對比利時陪審團制度的影響

法國作為典型大陸法系國家，以其輝煌燦爛的法律文化影響了周邊諸國乃至全世界。法國法律對比利時陪審團制度的影響，可以從比利時獨立前和獨立後兩個時期來闡述。

1795年以前，荷蘭南部（即現比利時地區）已經在政治上統一了幾個世紀，但卻並未形成法律上的統一。^[26]1795年法國吞併比利時後，《梅林法典》（Code Merlin）廢除了所有比利時原有立法，代之以法蘭西共和國法律，陪審團制度亦在此時由法國傳入比利時。1815年至1830年，比利時儘管被荷蘭短暫吞併，然而，以法國五大法典為中心的法國法在比利時仍舊有效。^[27]在此期間，整個比利時地區盛行的仍舊是法國法律文化。因此，雖然陪審團制度在此期間遭到官方廢除，但這並未影響比利時人對陪審團制度的支持和接納，這一點從1828年一些比利時代表提議恢復陪審團制度這一事件上可見一斑，這也為陪審團制度後來的恢復打下了基礎。

比利時於1830年獨立時，法國法律仍然通行，除1831年頒佈的《比利時憲法》外，並未制訂新的立法。^[28]即便是在當時被認為是非常進步的《比利時憲法》也有45%是從法國法律文本中複製的（法國1830年憲法、1814年憲法和1791年憲法），^[29]陪審團制度也被引入《比利時憲法》中。比利時獨立時，在立法上產生這種現象的原因被學者總結為實用主義，^[30]具體表現為以下三

[22] 本文作者在比利時最高法院官網找到了2016年以後的陪審團審理案件相關數據，但是2016-2018年輕罪法院審理刑事案件數比利時最高法院沒公佈，最高法院的理由是系統出了問題，導致數據錯誤。

[23] 參見高一飛、賀紅強：《美國陪審團廢法的正當性考察》，載《學術論壇》2013年第6期，第92-99頁。

[24] See Michael Mhetherman, *Criminal Trial Juries in Australia: From Penal Colonies to A Federal Democracy*, 62 Law & Contemp.Probs. 69, spring 1999, p.69.

[25] See Stephen C. Thaman, *Europe's New Jury Systems: The Cases Of Spain And Russia*, 62 Law & Contemp.Probs. 233, Spring 1999, p.233.

[26] See Heirbaut D & Storme M E, *The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence*, European Review of Private Law, Vol. 14: 5-6, 2006, p.645-683.

[27] See Praet P, *Belgian Legal Journals between 'Pragmatic Laziness' and Political Accommodation*, Juridica International, Vol. 1 (2010), p.77.

[28] Ibid.

[29] See Heirbaut D & Storme M E, *The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence*, European Review of Private Law, Vol. 14: 5-6, 2006, p.645.

[30] Ibid.

個方面：第一，在 1830 年及其後很長一段時間裏，比利時都盛行法國文化；第二，自 1795 年以來，整整一代法律從業者，都在學習和實踐法國法律，比利時獨立後繼續採用法國法，既有利於商業貿易，又能降低因額外創制新法帶來的社會動盪；第三，在比利時獨立後最初幾年，比利時缺乏屬於自己的法律出版物，只能依靠法國的法律評論和雜誌，且此時由於缺乏版權法保護，比利時的盜版法語資料非常廉價，這意味著法國法律制度在比利時傳播的成本低廉，在比利時盡可能多的適用法國法律制度是一種相對低成本而高效的方式。

直至今日，法國法律仍對比利時有重大影響。這種影響不再體現為對法國文化的直接移植，而體現為學術共用、文化交流等間接方式。一方面，比利時獨立後較長時間裏，學術界關注的外國法律基本上為法國法。在許多情況下，只有通過法國的仲介才能獲得外國法律，例如，比利時在 19 世紀和 20 世紀上半葉僅通過法國接收了一些德國法律的介紹。^[31] 另一方面，比利時是一個小國，與大多數大國相比，學界和政界在個人層面上的分離程度較低，議會中一直有相當比例的法學教授。法學教授會定期與法國法學界以青年學者交流、學術會議等方式進行法律思想和制度溝通，這種學術交流也間接使法國法律影響了比利時法律的發展。

2. 比利時立法者對陪審團制度功能的認可

比利時立法者對陪審團功能的認可也是比利時產生陪審團制度的重要原因。從歷史上看，法國和比利時的陪審團都是法國大革命的產物。^[32] 如果說法國佔領時期比利時地區適用陪審團制度是基於殖民地對宗主國法律的被動繼承，那麼，比利時獨立後再次恢復陪審團制度就完全是其對陪審團功能價值的認可而進行的主動移植。

陪審團制度具有“人民民主”“自由人道”“審判公正”的功能。^[33] 陪審團制度的功能總體可分為政治功能和法律功能。政治功能包括維護民主和自由、架起溝通社會與司法的橋樑；法律功能包括維護審判公正和達到司法真實。比利時引入陪審團的原因更多是出於政治需要。人民陪審團在比利時的成立是本國人民反抗荷蘭政府野蠻司法和政治專橫的工具。1830 年比利時宣佈獨立後，作為曾經的法國革命者，比利時憲法立法者意識到人民陪審團制度首先是對人民在革命中獲得的自由的政治肯定，也是人民主權的象徵。當時作為憲法委員會成員的杜波特提到：“必須記住，沒有陪審員，一個國家就沒有自由和民主。”^[34] 當然，比利時引進陪審團也基於維護審判公正的需求。

綜上，比利時陪審團制度整體發展經歷了產生——廢除——恢復——改革的過程。像比利時這種陪審團制度出現反復的情況實際上在其他適用陪審團的大陸法系國家也存在。俄羅斯在克裏米亞戰爭失敗後，沙皇亞歷山大二世在沙俄推行了一系列的改革，其中司法領域改革就是在汲取英法等國司法實踐的基礎上確立了陪審團制度；1917 年十月革命後，蘇維埃政府廢除了陪審團制度，代之以人民陪審員制度；蘇聯解體後，1993 年 12 月陪審團制度被重新寫進《俄羅斯聯邦憲法》。除俄羅斯外，西班牙也出現過相似的情況。但是相同的情況卻並未在諸如英國和美國這樣的英美法系國家中出現。其原因在於，儘管上述大陸法系國家對陪審團制度的價值持贊同態度，但是仍舊會在以下兩方面障礙前顯得猶豫不決：一方面而言，陪審團制度要求同儕審判，這與職權主義國家要求代表國家的職業法官積極主動審理併發現真相的法律文化相齟齬；另一方面，陪審團制度與大陸法系國家的其他法律制度不相融合，要在大陸法系國家採用陪審團制度，就必須對陪審團制度及其配

[31] Ibid.

[32] See Philip Traest, *The Jury in Belgium*, *Revue International de Droit Pénal*, Vol. 56: 1, 2001, p.27.

[33] 參見高一飛：《陪審團的價值預設與實踐障礙》，載《北方法學》2018年第4期，第103頁。

[34] Philip Traest, *The Jury in Belgium*, *Revue International de Droit Pénal*, Vol. 56: 1, 2001, p.27.

套措施在立法和司法上“重起爐灶”，這必然要付出更高昂的成本。

二、比利時陪審員的選拔機制

擁有足夠數量的陪審員是比利時陪審制度運作之基礎，自其恢復以來，陪審員選拔範圍經歷了一個不斷擴大的過程。目前，與陪審員資格和陪審員候選人清單產生相關的規定主要在《比利時司法法典》^[35]中，而具體案件的陪審員選拔流程主要由《比利時刑事訴訟法》^[36]加以規定。

（一）比利時陪審員的資格條件

《比利時司法法典》第 217 條規定成為陪審團成員的必要條件包括：一、在選民登記冊上登記；二、享有公民權利和政治權利；三、28 歲以上，65 歲以下；四、具有讀寫能力；五、未被判處 4 個月以上監禁或六十小時以上勞動刑罰。而《比利時司法法典》第 224 條在第 217 條的基礎上，對不能成為陪審員的情形進行了補充規定，除應當滿足 217 條規定外，以下情形也不得擔任陪審員：一、不懂得巡迴法院審理程序中所使用的語言（在比利時，不同的地區使用的語言也不同，可能是法語、荷蘭語或者德語）；二、從事特定職業（包括特定公職人員、軍人和神職人員）。

陪審團價值需要一個來自普通公民的、具有廣泛代表性的陪審團方可實現。因此各國在設置陪審員資格時都注重盡可能讓更多的本國普通民眾參與其中。在英國，獲得陪審員資格的積極條件包括：在議會或地方政府選舉中登記為選民、年齡為 18-70 周歲、13 周歲起在大不列顛及北愛爾蘭聯合王國、海峽群島及人島居住 5 年以上。消極條件則設置為：被判處 5 年以上監禁者、受女皇之命而遭受拘留者、在過去十年中因犯罪而受監禁或拘役者、曾受到青少年犯教養院管訓、緩刑判決或拘禁令者、在過去 5 年中被處於緩刑期者、刑事訴訟中獲得保釋者、職業與審判工作相關可能會對案情有偏見或對陪審團評議產生不當影響的人及從事神職工作者、精神缺陷者。^[37]俄羅斯規定，25 周歲以上 70 周歲以下的俄羅斯公民可擔任陪審員。但正受刑事責任追究、生理或精神上存在缺陷不適宜擔任陪審員的公民被排除在陪審團之外。此外，從事特定職業的人士一般也不能擔任陪審團成員。^[38]從上述各國規定來看，各國在設置陪審團資格的積極條件時，會盡量寬鬆，通常只限制年齡、選舉權、基本讀寫能力和所使用的語言，以便更廣泛的人群加入陪審員這個“池子”中來；而在設置消極條件時，則盡量縮小範圍，盡量讓更少的人被排除在“池子”外，通常僅包括正受到或受到過刑事處罰、從事特定職業、有精神病等不適合擔任陪審員的疾病。

相較各國通用模式而言，比利時對陪審員資格的規定顯得大同小異。“大同”在於，其都對陪審員年齡、選舉權、文化程度、語言、是否受過刑事處罰、職業等方面作出了規定。“小異”則體現在《比利時刑事訴訟法》第 287 條規定在庭審時法官有權對明顯不能勝任陪審員任務之人員予以免職，賦予了法官較大的自由裁量權。

（二）比利時陪審員候選人清單的確立程序

《比利時司法法典》第 218 條至 241 條規定了比利時陪審員清單的確定程序，大體上採用的也是“隨機抽取”方式，但仍有所不同，具體分為以下三步：

[35] 《比利時司法法典》翻譯自法文版，<http://superdroit.be/files/Code%20judiciaire%20version%20consolid%C3%A9e%2025jan16.pdf>，2022年12月28日訪問。

[36] 本文引用的《比利時刑事訴訟法》條文參見：《世界各國刑事訴訟法》編輯委員會編譯：《世界各國刑事訴訟法——歐洲卷》，中國檢察出版社2016年版，第141-222頁。

[37] 參見高一飛、顏尤龍：《英美陪審員選擇制度比較》，載《司法改革論評》2021年第2期，第7頁。

[38] 參見陳瑞華：《陪審團制度與俄羅斯的司法改革》，載《中外法學》1999年第5期，第110-116頁。

第一步，形成陪審員候選人市政名單。陪審員每四年選拔一次，在當年一月份從選民登記冊上進行選拔。在選拔前，須先由司法部長確定抽選陪審員程序的一些細節，特別是在每個省和布魯塞爾首都行政區隨機抽籤的次數，以獲得必要的陪審員人數。每個市分配到具體抽籤次數後，抽籤活動正式開始，抽籤日期和時間由市政廳以海報形式公佈。抽籤在市政廳公開舉行，由市長在兩位市議員協助下進行操作，被抽到編號的人將被納入陪審員候選人市政名單的預備名單。其後，市長得以發放調查表的形式對預備名單的每位成員進行調查，以確定其符合成為陪審員的條件，並根據調查表的填寫情況將不符合條件者從名單中刪除，對於沒有填寫調查表或填寫不準確的名單成員也應當將其保留在名單上。在有些通行多種語言的省份，市長還需要根據回復結果將名單進一步劃分為不同語言的名單，如布魯塞爾首都大區的各位市長要將名單分為法語名單和荷蘭語名單，韋爾維耶（Verviers）和奧伊彭（Eupen）司法區則要將名單劃分為法語名單和德語名單。經過對預備名單進行刪除和按語言分類後，陪審員候選人市政名單正式生成，隨後市長會將其交給司法部在各省的常設代表。

第二步，形成陪審員候選人省名單。各省常設代表收到市政名單後要將名單上的名字進行匯總，並重新編號排序，對於通行多種語言的省份，省常設代表要將名單再次按照語言將名單進行劃分，形成陪審員候選人省名單，並將名單按照語言分類交給使用不同語言的省會初審法院法官。

第三步，形成最終清單。陪審員候選人省級清單到達省會各初審法院院長手中後，初審法院院長將委託一名最年長的法官編制陪審員最終清單。法官編制最終清單時，需要和當地檢察官辦公室進行聯席會議，在與檢察官充分溝通後，初審法院法官會對名單作再次刪減，刪減人員主要包括：一、被錯誤納入市政名單者或推定缺席者；二、沒有填寫調查表或填寫不準確，且明確無法出席巡迴法院會議者；三、在填寫調查表時提出了確實無法成為陪審員的其他障礙；四、被判處四個月以上監禁，並被判處電子監視四個月以上、勞動時間六十小時以上或者緩刑一年以上者。完成刪除工作後，初審法官還要依據發放調查表的調查結果，將經過刪除後的名單中具有一定教育水準（這裏的“受過一定教育的人”指的是擁有大學學位和高中教育、技術教育或教師文憑的人）並曾經擔任過國會議員、省或市議會議員、社會經濟領域某些知名議會成員的人篩選出來，組成一個清單；再從同一名單中選出同等數量不滿足前述條件的人，組成另一個清單。兩份清單（精英人群清單和非精英人群清單）組成陪審員候選人最終清單。最終清單有效期四年，四年內最終名單上列出的公民都有權成為陪審員。

與英美等傳統陪審團國家以“完全隨機”方式確立陪審員候選人名單不同，比利時確立陪審員候選人的方式可以定義為“半隨機”方式。因為其在確立最終清單時，實際上經過挑選，使得精英人群和非精英人群在陪審員候選人最終名單中各占一半。比利時之所以採用這種模式與其陪審員組成的發展歷史有關。在過去 200 餘年裏，比利時陪審團人員經歷了從“由精英階層組成”向“在普通平民中隨機選擇”之過渡過程。起初，只有具有一定身份者（醫生、公證人等）才能成為陪審團成員。根據 1869 年 6 月 18 日的法律，繳納一定數額稅款的人也可以成為陪審團成員。^[39]目前比利時陪審團依舊處於該過渡過程中，依舊用特殊方式保護精英階層在陪審團成員中的占比。陪審團應當是“社區的縮影”，它通過大眾化體現民主價值、社區倫理，防止職業法律人士（專業法官）的思維固化、防止統治者用立法壓迫人民。由於精英人群在所有人羣中比例不到一半，而“半隨機”的方式相對提高了精英人群成為陪審員的可能性，影響了陪審團的廣泛代表性，值得進一步審視。

[39] See Philip Traest, *The Jury in Belgium*, *Revue International de Droit Pénal*, Vol. 56: 1, 2001, p.27.

(三) 具體案件中陪審團成員的確定

1. 比利時陪審團規模

比利時陪審團由 12 名陪審員組成，由 3 名職業法官主持審判並參與調查和審議，但專業法官沒有裁判權。同時，允許巡迴法院視情況和檢察官建議選取 1 到 12 名候補陪審員（《比利時司法法典》第 123 條）。英國確立了 12 人規模的陪審團傳統，同時不設立候補陪審員^[40]。如果出現陪審員生病、死亡等情況，允許表決的陪審員人數少於 12 人，但最少不能少於 9 人。^[41] 比利時陪審團的規模基本沿用了英國的傳統，但不同的是，比利時法律允許設置較多數量的候補陪審員，這一模式有助於應對突發情況

2. 具體案件陪審團選拔

比利時具體案件的陪審團採取“一案一選”的形式，分為抽籤和聽證會兩步。首先是抽籤，即從本地區最終名單中隨機抽取一定人數。考慮到可能存在陪審員候選人申請豁免以及被控辯雙方申請回避的情況，《比利時司法法典》第 237 條規定抽籤確定的人數不得少於六十。然後是舉行陪審團組成聽證會，目的是選拔出正式陪審員和候補陪審員。聽證會具有公開性和對抗性，必須在“庭審之前至少兩個工作日”舉行，主要有兩項程序。第一項是申請義務免除程序，在該程序中被傳喚的候選人可主動申請免除陪審員義務，案件的首席法官可以依職權或依申請對候選人的陪審員義務進行豁免。第二項則是回避申請程序，在該程序中控辯雙方可要求相應候選人進行回避，這是聽證會的主要工作。比利時法律只賦予了控辯雙方當事人申請無因回避^[42]的權利。庭長會從抽籤箱中依次抽取陪審員姓名，由控辯雙方決定該名成員是否需要回避。根據候補陪審員人數的不同，控辯雙方可以要求 6-12 名陪審員候選人進行無因回避；如有多名被告人，則所有被告共用回避名額。^[43] 由於比利時並未像美國和俄羅斯那樣允許控辯雙方向每一位候補陪審員進行提問，因此，控辯雙方通常只能通過每位陪審員被納入市政名單時填寫的調查表來決定無因回避的人選。當抽取陪審員達到 12 名時，陪審團即告組成。同時，陪審團組成必須遵守性別平等規則，法律規定陪審團組成後最多三分之二的成員為同一性別。隨後，重罪法庭庭長按照同樣的流程抽取一定數量的候補陪審員。^[44] 陪審員就職時，應當進行宣誓。

目前，幾大主要採用陪審制的國家針對陪審團設置的回避制度各有不同，有的國家只允許有因回避，例如英國，^[45] 而有的國家既允許有因回避，也允許控辯雙方申請一定數量的無因回避，例如美國，依《聯邦刑事訴訟規則》的規定，“如果被指控的犯罪有可能被判處死刑的，則控辯雙方都有 20 次無因回避機會。而如果被指控的犯罪可能被判處一年以上有期徒刑的，則控方至多行使 6 次無因回避權，而辯方則可以使用 10 次。當被告被指控犯有可判處罰金、一年或一年以下有

[40] 英美陪審團通常設有候補陪審員。由於在一個案件的審判中，應當堅持審判人員不可更換原則，但在人數較多的陪審團審判中，陪審員可能存在生病、死亡等情況發生，因而會預先選取 2 名以上的候補陪審員與 12 名正式陪審員一起參加審判，如需要替補則替補，如不需要替補則候補陪審員只參加審判，不參加表決。

[41] 參見高一飛：《陪審團法理》，知識產權出版社 2022 年版，第 5 頁。

[42] 無因回避即不需要說明理由的回避，目的是為了保護被告人要根據感覺排除可能影響公正審判的人進入陪審團。

[43] 《比利時刑事訴訟法》第 289 條第 2 款。

[44] 同上註，第 289 條第 3 款。

[45] 1888 年之前，律師要求陪審員回避並不需要理由。隨著時間推移，辯方的無因回避權利逐漸被侵蝕。在 1925 年，辯方對陪審員提出無因回避的機會由 25 個減少到 20 個，到 1949 年進一步減少為 7 個，在 1977 年這個數字被修改為 3 個，1998 年《刑事司法法》徹底廢除了這項權利。參見英約翰·斯普萊克：《英國刑事訴訟程序》，徐美君等譯，中國人民大學出版社 2006 年版，第 393 頁。

期徒刑或兩者兼有的罪行時，控辯雙方都有權使用 3 次無因回避權”。^[46] 雖然無因回避在申請理由上具有很大的自由，但申請無因回避不得以種族和性別為理由。俄羅斯除規定有因回避外，引入了美國的無因回避制度，《俄羅斯聯邦刑事訴訟規則》幾乎照搬了美國的規定，“如果被控之罪可判處死刑，則各方當事人有權行使 20 次的無因回避。而如果被控之罪可判處 1 年以上有期徒刑，則政府方有權使用 6 次無因回避權，而被告人或所有共同被告人有權使用 10 次無因回避權”。^[47] 相較而言，比利時只允許控辯雙方有 6-12 名無因回避名額的做法更有利於提高效率。

三、比利時陪審團的審判程序與糾錯機制

由於比利時陪審團僅適用部分重大刑事案件，因此，除陪審法庭管轄範圍由《比利時憲法》及相關修正案加以規定外，其餘關於陪審法庭審理案件的庭審、評議、裁決以及上訴等程序主要由《比利時刑事訴訟法》第二卷第二編“重罪法庭”和第三編“對判決提出上訴的方式”加以規定。

（一）比利時陪審團管轄範圍

如前所述，目前陪審法庭的實際管轄範圍僅集中在可被判處 20 年以上監禁的嚴重普通犯罪上。陪審團管轄範圍是英美法系國家和具有大陸法傳統的國家的陪審團制度的重要區別。一般來說，前者從管轄範圍上大於後者，從實際上審理的案件數量上也多於後者。以美國和俄羅斯為例。美國目前不僅可以對可能處以監禁以上的刑事案件適用陪審團審理，甚至對部分民事案件亦可適用陪審團。^[48] 而俄羅斯自陪審團重建以來，陪審團只能審理重大刑事案件。1993 年通過的《俄羅斯聯邦憲法》第 20 條第 2 款規定：“只有特別嚴重的犯罪才為被告人提供陪審員參加審理案件的權利。”比利時在陪審團管轄範圍上沿用了大陸法系傳統的同時立足於本國在政治上的需要，在立憲時增加了陪審團對政治類犯罪和新聞自由類犯罪的管轄權。但較為遺憾的是，由於後來判例法對新聞犯罪和政治犯罪定義的縮小導致這一立法未能實際發揮作用，這無疑大大削弱了比利時陪審團在政治上對抗政治專橫，保護民主自由之功能。

（二）陪審法庭的庭審程序

在正式進入陪審團審理前，巡迴法庭庭長應主持庭前預備程序，該程序類似我國的庭前會議制度，是陪審團法庭開庭前的準備工作，並非所謂“預審”程序。在比利時有專門的預審程序用於決定案件的管轄法院，而庭前預備程序設置目的則是為正式庭審做準備，以盡可能縮短公開審判的時間。^[49] 庭前預備程序的主要工作是確立證人名單。預備庭審開始前，檢察長會向被告人及其他當事人送達起訴書及預備庭審傳票，傳票中應當附有案件移送裁定的副本。

《比利時刑事訴訟法》第 280 條規定了巡迴法院審理的基本原則，包括言詞原則、公開審理原則和訴訟程序連續性原則。在上述基本原則指導下，巡迴法院的審理程序整體流程分為定罪程序和量刑程序。整個庭審過程中庭長應負責引導陪審員行使其職責，遵守其義務，並維持法庭秩序。定罪審理程序包括法庭調查和定罪評議裁決兩部分。

1. 法庭調查程序

[46] Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 24.

[47] 參見施鵬鵬：《陪審制研究》，中國人民大學出版社2008年版，第142-159頁。

[48] 參見高一飛：《陪審團法理》，知識產權出版社2022年版，第226頁。

[49] See Heremans & Nicolas, A Comparative Perspective on the Trial by Jury in Japan and Belgium: Trust in the Justice System, SSRN(December. 28, 2022), <https://ssrn.com/abstract=3744726>, Last visit date: November 11, 2023.

法庭調查由庭長主持，陪審員聽審，主要目的是通過證據調查以查明事實真相，大體可分為前期準備、聆聽證據、陳述和辯論三個環節。定罪評議裁決則是由三位職業法官和陪審員共同評議後，由陪審員最終裁決被告人是否有罪，主要分為確定問題列表、評議和裁決、對裁決進行說理三個環節。

聆聽證據環節是法庭調查程序的核心環節。證人按照庭長確定的順序作證，在作證前，證人應當宣誓不懷仇恨與惡意，說出一切真相並只說真相，否則以無效論。庭長在詢問證人基本情況後，由證人開始口頭作證。親屬和未成年不得成為證人，全場當事人都不反對的除外。依法應當隱匿身份的證人不得被傳喚出庭作證（其本人同意出庭作證的除外），而改由庭長當庭宣讀其證言。有時為查明事實真相，庭長可以令預審法官依照對待匿名證人的規定再次聽取該證人或其他新證人的陳述。在庭長詢問證人時，法院的陪審員、檢察官均可直接向證人和被告提問，在不影響庭審的情況下，陪審員還可記錄證人證言或其認為被告人辯護中重要的部分，而被告和受害人則必須通過庭長向證人提問，庭長可以拒絕讓證人回答某些問題。證人每一次陳述後，庭長都會詢問被告是否就是他所說的那個人，庭長還有權在必要時向證人和（或）被告出示一些證據，或要求其對聲明作出澄清，也可以向陪審團展示一些照片，庭長亦可參觀犯罪現場，如果陪審法庭作出這樣的決定，所有各方和陪審團都將陪同法院參觀。另外，允許同時詢問兩名證人或讓證人對質。

在聽取了所有證人和專家的證詞後，法庭開始調查階段的陳述和辯論環節。發言順序先後分別為受害人或其律師、檢察官、被告及其律師。如果審判中有一名以上的被告，則由法院院長決定他們的發言順序。在陳述過程中，每一方都有權提出辯論，但這一階段，結案陳詞和辯論只能涉及被告對案件事實是否有罪的問題。被告本人獲得最後發言權，隨後法院院長宣佈結束。

2. 定罪評議裁決程序

陳述和辯論結束，法庭定罪審議裁決環節開始。確定問題列表是陪審法庭展開定罪評議裁決的起始工作，目的是為了幫助陪審員理清案件事實並理順思維邏輯。根據《比利時刑事訴訟法》第323至325條之規定，在陪審員退出法庭進行合議之前，庭長提醒其應當履行的職責，並按照下述方式提問並完成問題列表：首先應當就起訴書上出現的問題進行提問，因為在起訴書中已經描述了案件事實，法院有權判斷這些事實；如果經法庭審理發現有起訴書中沒有提及的一項或數項加重情節，庭長應補充提問；如果被告人提出法律認可的事實，還應當作如下提問：“是否可以確信這一事實？”

在英美法系國家，只存在法官對陪審團給出法律指示，而不存在問題列表制度。^[50]與之不同的是，諸多大陸法系國家，如俄羅斯和西班牙，卻都採用了問題列表制度以輔助陪審員作出裁判。問題列表確定後，陪審員與三名法官共同前往審議室，由庭長主持對被告人罪行進行評議和裁決。在評議開始前，庭長應對評議小組宣讀訓言，並將訓言以粗體大字張貼在評議室最明顯的位置。^[51]陪審團評議時使用的桌子應當以“任何人都無法看到其他陪審員的行為”的方式擺放。^[52]法官和陪審員一起先對被告人的主要犯罪事實進行評議，再評議各項情節。

評議後，庭長交給陪審員需要其各自單獨回答的問題列表，要求其按順序首先對主要犯罪事實，隨後對每項加重情節作出回答，如果有被告人提出法律認可的事實，還應對上述事實作答，同時發給每位陪審員一張未折疊的表決票，表決票上印有“是”和“否”的字樣，陪審員通過表決票

[50] 參見高一飛、陳人豪：《英美陪審團指示制度及其借鑒意義》，載《光華法學》2021年第1期，第3頁。

[51] 《比利時刑事訴訟法》第327條。

[52] 同上註，第329條（5）款。

對問題列表上的問題進行作答。^[53]

在陪審員表決方面，比利時並未採用傳統英美法系國家所採用的“一致裁決”的做法，而是採用了類似俄羅斯的“多數裁決”原則，但和俄羅斯不同的是，在下列特殊情況下比利時法律允許職業法官也參與定罪裁決：比利時陪審團形成的有利於或不利於被告人的表決，應當達到多數票通過（即 12 票中至少 7 票），否則以無效論。如果雙方票數相等，則視為作出有利於被告人的意見。但如果關於案件主要犯罪事實的問題的答案僅以 7 票對 5 票得出肯定結論，則 3 名專業法官必須加入陪審團與之一起投票，以最終以總票數的簡單多數決定被告是否有罪。

裁決作出後，由三名法官和陪審員組成的審議小組將共同制定裁決理由，小組不必對提交的所有結論作出答覆，只說明主要原因即可，並將載有陪審團決定的調查表附在原因之後。^[54]如果在草擬理由時，三名法官全體一致確信陪審員的主要論據，尤其在證據、法律條文內容或法律規定適用方面存在明顯錯誤，法庭得宣告將案件推延至下一庭期，由新的陪審團與新的法庭進行審理。初次審理的陪審員或職業法官均不得參加下一次的庭審。前述決定只能在被告被判處有罪的情況下，由職業法官在草擬判定有罪之理由時依職權作出。^[55]範·朗根霍夫（Van Langenhove）是研究比利時陪審團的著名學者。他使用所謂的“雪球法”找到了比利時陪審團的六名前成員，並就他們的參與審案的情況採訪了他們。範·朗根霍夫得出的結論是：陪審團定罪程序並不是目前最佳的審判程序。陪審員預設了自己心中的正義規範和價值觀，因此他們不太能容忍與自己相悖的意見，過於堅持某個觀點的陪審員可能會被其他人孤立；陪審團內部進行的討論太少，陪審員之間不能很好地瞭解他人的想法，他們有時會對小組內發生的事情有偏見；大多數陪審員更重視程序的順利進行，而不太關注必須做出的決定（他們會思想放空，想“我去哪里買食物？”，“我什麼時候可以回家？”）；一旦做出具體判斷，與決定矛盾的新資訊通常不會導致意見的改變。大多數陪審員要麼 100% 相信被告有罪，要麼 100% 相信他或她無罪。^[56]根據《刑事訴訟法》第 338 和 339 條之規定，一旦被告人被宣告無罪，庭長應立即宣佈對其當庭釋放，並不得再因相同事實以任何罪名對其提起追訴。

3. 量刑程序

如果被告人在定罪裁判中被宣告有罪，則法庭審理進入量刑程序，量刑程序大體可分為量刑審理、評議裁決和判決宣告三個環節。

和法庭調查程序類似，量刑審理環節也由庭長主持，陪審員參加聽審。由於在定罪程序中，陪審法庭已將案件事實整體調查清楚，因此量刑審理相比法庭調查程序較為簡單，一般只包括各方陳述和辯論，大體流程如下：首先由檢察官按照法律提出意見，再由被告人和律師發言，被告人及其律師不得再對犯罪進行辯護。

量刑審理程序結束後，如果被告人的罪行不應被處以刑罰，或者其公訴時被告的追訴時效已過，法官將對其宣告免予刑罰。^[57]如果該行為應受懲處，即使不屬於陪審法庭管轄，庭長也可以令被告人退出審判庭，三名法官與陪審員進入評議室，根據刑事法律規定對應宣告的刑罰及理由

[53] 同上註，第329條。

[54] 同上註，第334條。

[55] 同上註，第336條。

[56] Malsch, Marijke, *Democracy in the Courts: Lay Participation in European Criminal Justice Systems*. Abingdon: Taylor & Francis Group, 2009, Pro. Quest Ebook Central, Accessed March 11, 2022, p.173.

[57] 《比利時刑事訴訟法》第342條。

進行評議。^[58] 然後，由庭長徵集各方的意見：陪審員首先發言，從最年輕者開始，其次是兩位陪審的職業法官發言，從最後被任命的法官開始，庭長最後發表意見。在各方都發表意見後，陪審員和三名法官將以共同投票表決的方式決定被告人的刑期，該決定仍舊通過簡單多數票作出。若第二輪投票後仍存在兩種以上意見，任何一方均無法獲得簡單多數票，作出最不利於被告人的意見的法官或陪審員得集中支持其他意見之一。若此後仍存在兩種以上意見，且任何一方均無法獲得多數票，應當再次執行前述方式，直至一種意見獲得簡單多數票為止。^[59] 範·朗根霍夫 (Van Langenhove) 的研究表明，主審法官在量刑方面起決定性作用。在許多情況下，他們似乎能夠引導決策向他們希望的方向發展。^[60]

確定最終判決後，三名法官和陪審員還需確定判決之理由，並形成最終判決。^[61] 一般情況下，各國陪審團只認定事實，不參加量刑，量刑是專業法官的權力。除了美國在 2002 年通過判例確立由陪審團對是否判處死刑進行裁判的制度外^[62]，比利時是各國陪審團中唯一允許陪審員參與量刑裁決的陪審團，其將法國在參審制中用於法官和陪審員共同裁決被告量刑的方式引進至傳統陪審團之中，^[63] 這無疑是個巨大的創舉，發揮了陪審員在量刑中的作用。

達成量刑意見後，法庭及陪審員進入審判庭，回到自己的座位。庭長令人將被告人帶回法庭並宣讀判決和理由，同時告知其享有的上訴權利和期限。宣告判決後，庭長可以根據情況，勸誡被告人保持堅定、順從或改正其行為。至此，庭審宣告結束。

(三) 對陪審團裁判錯誤的糾正機制

陪審團嚴密而精細的審判程序使陪審團最大可能地體現了公正。但“人民不會犯錯”只能是理想。為此，比利時在國內主要採用了上訴和再審來對巡迴法院的裁決進行糾正。此外，比利時作為《歐洲人權公約》簽約國，還有針對歐洲人權法院裁判的特殊上訴程序，在歐洲人權法院裁判國家敗訴後，還有國內的重新審判程序進行糾錯。

1. 只能對法律問題提起上訴

上訴是比利時針對陪審團裁判最主要的常規糾錯手段。在比利時，陪審團作出的有罪判決和無罪判決均可被提起上訴。不論是對有罪裁決還是對無罪裁決，申請人都僅能就法律方面的內容提起上訴，因為“最高上訴法院根本無權重新評估證據”^[64]，即上訴法院不能審理事實問題，但在這兩類上訴中，具有上訴資格的人、上訴理由、裁判結果均有差異。

對於有罪判決而言，根據《比利時刑事訴訟法》第 359 條之規定，被判刑人或檢察官均可在判決宣告後十五日內通過向巡迴法院書記室就陪審團作出的刑事判決向最高司法法院提起上訴，^[65] 法定上訴理由通常包括違反法律規定程序和刑罰適用錯誤。^[66] 最高司法法院在收到上訴申請後如

[58] 同上註，第343條。

[59] 同上註，第343條。

[60] See Malsch, Marijke, *Democracy in the Courts: Lay Participation in European Criminal Justice Systems*. Abingdon: Taylor & Francis Group, 2009, Pro. Quest Ebook Central, Accessed March 11, 2022, p.173.

[61] 《比利時刑事訴訟法》第345條。

[62] RING V. ARIZONA (01-488) 536 US 584 (2002).

[63] 在法國刑事審判中，如果經過前兩輪表決，任何刑罰均未達到簡單多數，即進行第三輪表決。其中，法庭應當排除前一輪投票中建議的最高量刑。如此依次進行，直至法庭最終確定被告人的量刑。參見施鵬鵬：《陪審制研究》，中國人民大學出版社2008年版，第170-171頁。

[64] Philip Traest, *The Jury in Belgium*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 56: 1, 2001, p.27.

[65] 《比利時刑事訴訟法》第359條。

[66] 同上註，第408條、第410條。

果認為上訴理由不足，則會駁回上訴。此後，申請人不得再以任何理由和方式再對同一判決提起上訴。^[67]反之，若最高司法法院認為巡迴法院的刑事判決存在法律錯誤，基於對陪審團裁決的尊重，法院只能撤銷該判決，改由另外的陪審員組成新的陪審法庭進行審理，而不能直接予以改判。^[68]如果最高司法法院撤銷前述判決是為了調整刑罰，則新的陪審法庭只能依照量刑程序，重新對前一陪審團作出的有罪裁決進行量刑裁判；如果是由於其他原因撤銷判決，則新陪審法庭要重新進行法庭調查。^[69]在後一種情況下，儘管上訴申請人的上訴理由只能是法律問題，但是新陪審法庭可以對事實部分同時進行重新裁判。

而就無罪判決而言，《比利時刑事訴訟法》第409條規定：在被告人被判處無罪釋放的情況下，檢察院只有為法律的利益才可提起上訴^[70]，且不得有損被判無罪釋放的人的利益。根據上述條款，對於無罪判決只能由檢察官以維護法律利益為由提起上訴。這種由檢察機關發起的針對發生既判力的裁判提起的上訴，其目的是對下級法院所作裁判中發生法律上的錯誤進行審查、糾正，以此保證法院判決的統一和對法律的尊重。它是一種純理論上的撤銷原判，不會對案件產生重審效果，也不會對被判無罪的被告人地位產生影響。實際上傳統英美法系陪審團也有類似制度。

比利時的陪審上訴制度相較其他國家而言，最大的特點在於比利時最高司法法院對於其認為法律適用上有誤的陪審團判決不具有改判的權利，而是只能撤銷後指定另外的陪審法庭重新審理後重新作出判決。這種“讓陪審團推翻陪審團”的糾錯模式和法國的輪轉上訴制度（即由一個重罪法院上訴到另一個平級的重罪法院，上訴審也由有陪審員參加的審判庭審理）非常類似，體現了最高司法法院對陪審員裁判的尊重。

2. 嚴格限制再審

除了上訴制度，比利時國內對巡迴法院的裁判還有一種非常規救濟途徑，即再審。根據《比利時刑事訴訟法》第443條至445條之規定，只有在以下三種情形下允許被判刑人及其近親屬或者司法部長申請再審：一是不同判決因同一事實對不同被告人作出無法吻合的定罪量刑的宣判，判決的矛盾性可以得出被判刑人之一無罪的結論的；二是由於證人在審判中提供了虛假證言而被刑事處罰，已經產生即判力的；三是出現新的事實或原審程序中未能確認的情況，能夠證明被告人無罪或者應當判處更輕刑罰的。在申請人提出再審後，如果最高司法法院認為確實應當再審，應當撤銷原判並根據情況移送案件至上訴法院或由一個重罪法院（即巡迴法院）上訴到另一個平級的重罪法院。

3. 對歐洲人權法院裁判比利時敗訴的案的重審

上訴制度是國家層面可以訴諸的最後常規救濟途徑，最高司法法院裁決只能在歐洲人權法院受到申訴。根據《比利時刑事訴訟法》第442（5）條之規定，如果歐洲人權法院作出的最終判決認定比利時最高司法法院的決議違背了《歐洲人權公約》，被告人及其近親屬或駐最高司法法院檢察長可以向最高司法法院申請重審程序，申請應當在歐洲人權法院最終判決下達之日起6個月內提出。如果最高司法法院對當事人的申請進行審查後認為，被提起上訴的判決本質上違反了《歐洲人權公約》或作出判決的過程存在嚴重程序錯誤或故障導致該結論存在重大疑點，被判刑人或其近親

[67] 同上註，第438條。

[68] 同上註，第429條。

[69] 同上註，第434條。

[70] 控方上訴在我國稱為抗訴，但根據刑事訴訟法學界的慣例，對國外的控方上訴我們並不翻譯成抗訴；同樣，在英文中沒有與抗訴對應的詞語，我們將抗訴翻譯成英文時，只能翻譯成控方上訴（Prosecutor's appeal）。

屬遭受的嚴重不利後果唯有重新開啟程序才可以修復，則最高司法法院^[71]得命令重新開啟程序。決定重啟程序後，最高司法法院將撤銷相關判決，如果原判由其作出，最高司法法院在歐洲人權法院認定的違法範圍內重新對撤銷之訴作出決定。在其他情況下，最高司法法院應撤銷原判決，將案件移送至與原審重罪（即巡迴法院）平級的另一個重罪法院，或者直接撤銷原判決（即無罪）而不再移送。在重審的情況下，最終裁判也應當遵循有利於被告的原則，只能作出無罪或者比原判決更輕的判決。

四、比利時陪審團制度的混合制特徵

比利時是具有大陸法系傳統的國家。因此，儘管比利時引進了陪審團制度，但相較於傳統英美陪審團強調控辯雙方積極對抗，法官消極中立不同，比利時在其陪審團制度中要求法官在整個庭審過程中更加積極，更強調對案件真實性的追求，更多大陸法系職權主義特徵，體現了程序上的混合制特徵。同時，在對陪審團裁決的救濟程序上又嚴守禁止雙重危險原則，具有當事人主義的特徵。

（一）陪審員在庭審中擁有庭審調查和記錄權

比利時陪審員在陪審法庭審理過程中有兩項重要權利，包括向證人直接發問的權利和在法庭上做筆記的權利。在英美傳統陪審團審判中，陪審團成員坐在專門的陪審團席位上，只能在庭審中保持沉默，不能發問和做筆記，即便是職業法官，其詢問證人的目的僅僅只是澄清事實，讓陪審團更好理解證人所作回答。而大陸法系國家基於法官積極參與調查的職權主義傳統，在移植陪審團制度時，在庭審中賦予了陪審員更多的權利，以期激發陪審員的主動性。例如，俄羅斯陪審員有權在控辯雙方詢問之後提問，問題由陪審員用書面形式敘述並通過首席陪審員交給審判長，同時《俄羅斯聯邦刑事訴訟法典》第 335 條第 4 款所規定：“問題由審判長進行整理，並可以將有些問題作為與指控無關的問題予以排除”，避免了不必要的回答問題。

相較於俄羅斯而言，比利時陪審團制度有更強的職權主義特徵。比利時陪審員不僅可以直接向證人提問，還被允許在不影響庭審的情況下在法庭上作筆記。這一做法可以防止陪審員在評議時遺忘關鍵案情，有利於陪審員深入瞭解案情並形成準確的自由心證，是大陸法系國家刑事訴訟追求實體真實的體現。但應指出的是，比利時允許陪審員直接發問的作法仍存在瑕疵，即缺乏對陪審員自由發問權作出必要限制。由於陪審員未受過專業訓練，因此在庭審中容易提出一些與案件無關的問題，影響庭審效率和流暢性。

（二）法官在定罪程序中參加評議不參加裁決

在 2016 年改革以前，比利時要求陪審團應在單獨的房間審議被告人罪行，通常情況下，在做出裁決前，他們不得離開房間，任何人也不得進入房間。即使是候補陪審員也必須待在一個單獨的房間裏，在審議結束之前不得與他人接觸。2016 年比利時對陪審團制度進行改革後，採取了與之前截然不同的新模式。新制度允許三名職業法官與陪審團共同對被告的定罪問題進行審議，但在審議結束後，仍然只有陪審員才能參加投票。

這一新模式也是比利時在傳統陪審團制度中加入更多職權主義特徵之體現，這意味著相較於其他要求陪審員在庭審結束後獨立回到審議室對被告是否構成犯罪進行評議的國家，比利時法官在定罪程序中能產生更大影響力。法官相較於非專業陪審員，更專業和權威，儘管其在定罪裁決中不享有投票權，但他們在參與審議時較為容易說服非專業陪審員，進而影響甚至左右非專業陪審員的最

[71] 比利時還有比利時最高行政法院，所以最高司法法院不能用最高法院簡稱。

終定罪裁決。比利時這一制度實際上影響了陪審法庭審判的獨立性。

(三) 陪審員與職業法官共同決定量刑

比利時陪審團在量刑程序中不僅能參與量刑程序的審議，還擁有對被告的最終量刑的裁決權。

法官和陪審員在定罪和量刑問題上有明確分工是傳統陪審團的重大特徵之一，當前除俄羅斯外，幾乎所有採用傳統陪審團制度的國家都嚴格遵守這一原則。俄羅斯儘管允許陪審團參與量刑，但也做了嚴格限制。根據《俄羅斯刑事訴訟法典》第339條之規定，陪審團只能對“受審人是否應受到從寬處罰”這一量刑問題作出裁決，該裁決儘管對法官具有強制力，但對被告人的最終量刑權仍舊掌握在法官手中。比利時陪審團在量刑程序中既參與量刑審理和評議，還參與最終的量刑裁決，其在量刑程序中與職業法官“同職同權”，這可謂是比利時陪審團相比英美法系傳統陪審團和其他大陸法系陪審團而言最有特色的地方之一。在比利時陪審團中，英美陪審團中職業法官與陪審團的明確分工已被打破。

(四) 要求陪審員用適當的方式進行說理

比利時在2009年以前只要求陪審員填寫問題列表，而並不要求陪審員對其裁決進行說理。陪審團不說理這一傳統首先源於“人民不會犯錯”的理念。有學者評價說：“陪審團審判繼承了神明裁判身上的神秘性，即無需為其裁決給出理由，不需要為其認定的事實提供書面上的論證。”^[72]此外，要求傳統陪審團說理也存在技術操作上的問題，如傳統陪審團國家陪審員在法庭上處於“被動狀態”，僅僅靠聽審而缺乏相應發問、紀錄等權利。2009年以來，歐洲人權法院對幾個比利時案件的裁判引導了比利時陪審團說理制度的改革。

實際上，在2009年以前歐洲人權法院就已通過案例對各簽約國的法庭說理制度作出了一系列規定。例如，在法庭是否應當對其裁決說理這一問題上，在1992年的哈賈納斯塔希烏訴希臘案（*Hadjianastassiou v. Greece*）中，人權法院審判庭即指出“締約國在選擇適當手段以確保其司法制度符合第6條的要求方面享有相當大的自由。但是，國家法院必須足夠明確地說明其裁決所依據的理由。”^[73]在法庭說理範圍問題上，歐洲人權法院儘管認為“（《歐洲人權公約》）第六條第6款要求法院說明其判決的理由，但不能理解為要求對每一個論點作出詳細答覆”^[74]，但法庭仍強調“必須從判決中清楚地看出，案件的基本問題已經得到解決”^[75]。在法庭說理方式的選擇上，歐洲人權法院要求“包含陪審團認定申請人有罪的事實清單、對這些事實的法律分析，以及出於量刑目的影響刑事責任程度的事實情況。”^[76]

2009年1月，在塔克斯奎特訴比利時案（*Taxquet v. Belgium*）中，歐洲人權法院審判庭認為，“判決理由的說明和保障公正審判密切相關，因為它維護了辯護方的權利。這種推理對司法品質至關重要，並提供了防止恣意的保障。”^[77]2010年人權法院大審判庭指出，雖然一國對某一特定刑事司法制度的選擇原則上不屬於人權法院的監督範圍，但在陪審團審理的案件中，有些因素可以補償陪審團沒有說理的問題，包括：由首席法官就所引起的法律問題或所引證的證據向陪審員提供指示或指引；由法官向陪審團提交精確、明確的問題，由陪審團進行回答；最後，必須注意向被告開

[72] 參見李昌盛：《論對抗式刑事審判》，西南政法大學2008年博士論文，第10頁。

[73] ECHR: *Hadjianastassiou v. Greece*, Judgment of 16/12/1992, at para.33.

[74] ECHR: *Van de Hurk v. the Netherlands*, Judgment of 09/12/1994, at para.29.

[75] ECHR: *Boldea v. Romania*, Judgment of 05/02/2007, at para.30.

[76] ECHR: *Bellerín Lagares v. Spain*, Judgment of 04/11/2003.

[77] ECHR: *Taxquet v. Belgium*(GC), Judgment of 16/01/2009, at para.43.

放各種上訴途徑。^[78] 在 2015 年的萊爾米特訴比利時 (LHERMITTE v. BELGIUM) 案中^[79]，歐洲人權法院認可成員國以這種方式說明裁判理由：專業法官起草，陪審團成員認可、簽字，並沒有提出異議。

歐洲人權法院的裁判無疑為比利時陪審團“現代化”改革指明了方向，比利時在 2009 年和 2016 年對其陪審團說理制度進行了改革。2009 年 12 月 21 日，新《比利時刑事訴訟法》第 334 條作出要求陪審團“闡明他們作出決定的主要原因”；第 336 條第 (1) 款則規定了陪審員說理的具體流程，陪審團要先退席，就是否有罪進行討論，在做出裁決後，他們將邀請三名法官到陪審團房間，幫助他們起草判決理由。2016 年，pot-pourri II 法案第 102 條再次對陪審團審議規則進行變革，允許三位職業法官在定罪程序中和陪審團共同退席和評議判決理由，由法官再起草判決並說明裁判理由。

比利時“專業法官起草，陪審團成員認可”的說理模式彌補了陪審員在說理時邏輯思維和表達方面的短板，一定程度上解決了傳統陪審團說理時的技術難題，這一制度符合其大陸法系國家追求司法真實的特徵。當然，比利時並未設置如同西班牙一樣的明確而有層級的說理標準，因此陪審員在說理時，在不同案件中存在參差不齊的現象，這可謂當前比利時說理制度在設計上的紕漏。

(五) 糾錯程序堅持禁止雙重危險原則的傳統

對陪審團裁判的救濟是大陸法系和英美法系陪審團重要的分水嶺，體現了兩大法系在基本理念上的差別。英美法系國家強調程序公正和對被追訴者的保護，因此傳統英美法系陪審團通常堅持“禁止雙重危險”原則，基於對陪審團裁決的尊重而不允許就事實問題提起上訴，即堅持“事實審一次性”規則。但是，走入 21 世紀以來，採用傳統陪審團制度的英美法系國家從片面強調程序公正和對被追訴者的保護逐漸向兼顧程序公正和實體公正發展，英國議會於 2003 年對已有 800 年曆史的禁止雙重危險原則進行了修正，2003 年 11 月 21 日，女王伊麗沙白二世簽署了修改後的《刑事司法法》，新法規定，對特定六大類犯罪可以因為錯誤而進行再審，加重被告人的刑罰。^[80] 大陸法系國家更強調實體公正和發現真實，移植陪審團的大陸法系國家在對陪審團裁判的救濟制度上通常不會有“禁止雙重危險”和“事實審一次性”的限制。以西班牙為例，西班牙上訴審法院在審理案件時，對案件進行全面審理，包含事實審和法律審，如果上訴法院認為陪審團的裁決不是根據證據或是根據不合理證據作出的，就可以認定其為“異常裁決”而予以推翻，既可以推翻陪審團作出的不當有罪裁決，也可以推翻陪審團作出的無罪裁決，作出不利於被告人的新裁判。^[81] 西班牙的這一做法與中國的“實事求是、有錯必糾”的糾錯機制非常相似。

相比其他大陸法系國家，盡比利時陪審團審判程序中，儘管採用了有利於發現真相的職權主義程序機制，但在實體上採用了堅持禁止雙重危險原則的糾錯模式。如前所述，比利時在三類救濟程序中都不允許對被告作出不利的變更，對陪審團裁判的糾錯結果只能是無罪或者減輕處罰，這一做法遵守了《〈歐洲人權公約〉第七議定書》第四條第一款所規定的“禁止雙重危險原則”，不會使判處無罪的被告人“再次受到刑事程序的判決或處罰”^[82]，這與美國刑事訴訟程序所堅持的糾錯

[78] Ibid, at para.92.

[79] ECHR: LHERMITTE v. Belgium(GC), Judgment of 19/11/2016, at para.82.

[80] 參見李昌盛：《禁止雙重危險原則在英國的發展》，載《人民檢察》2006年12月（上）第23期，第54頁。

[81] 參見高一飛：《懲罰犯罪與保障人權的艱難平衡——西班牙對陪審團的移植與改造》，載《澳門法學》2021年第3期，第138頁。

[82] 參見《〈歐洲人權公約〉第七議定書》第四條第一款。《〈歐洲人權公約〉第七議定書》全文摘錄自中華人權協會官網，<https://www.cahr.org.tw/?p=27636>，最後訪問日期2022年12月28日。

原則完全相同，也是對陪審團裁判的救濟程序上比利時與其他大陸法系國家陪審團審判機制最大的區別。

代結語：我國不宜引進英美式陪審團制度

中國是否應引進英美式陪審團制度，在我國學界一直是一個被廣泛討論的話題。部分學者支持在部分重大案件中實施陪審團制，例如，何家弘教授提出了“三元一體”的陪審模式，建議在基層人民法院設置人民陪審員制度，保持現有的參審制模式，而在中級人民法院則設置人民陪審團，僅適用於重大刑事案件審判，^[83]部分學者則對中國引入陪審團制度持否定態度，認為從文化、理念和具體制度三個角度來看，中國為代表的東亞文化圈難以接受陪審團制度，中國的傳統法律文化和具體制度不適合引進陪審團制度。^[84]結合比利時陪審團制度在比利時的發展變革歷程，中國當前並不具備類似比利時的引進陪審團的條件。

從法律文化角度上而言，比利時屬於西歐國家，其文化地受到了法國的影響，在1830年以後的很長一段時間裏，比利時文化都是由法國主導的，即使在講荷蘭語的佛蘭德斯，精英們也說法語，追隨巴黎人的時尚。^[85]而法國自1941年才從陪審制走向參審制，即使是現在法國的參審制，事實上亦是陪審團制的延申，^[86]這足以證明法國擁有實施陪審制的文化土壤，因此從根上說，比利時具有實施陪審制的文化土壤。2005年，比利時政府曾在全國做過一次調研，調研顯示73%的民眾表示支持由人民陪審團伸張正義，^[87]這足以證明即便是在陪審團適用率不斷下降的今天，比利時民眾仍對陪審團制度及其背後的寧縱不枉（陪審團裁決後不得做不利於被告人的變更）的實體公正理念予以認可，比利時陪審團裁判後，無論是上訴審還是再審，都不能作不利於被告的變更，如果對被告人作了不當的無罪判決或者從輕判決，國家沒有機會進行糾正。與比利時相比，我國幾千年來根深蒂固的訴訟真實觀、實體公正觀是“實事求是、有錯必糾”原則，這與陪審團制度所需要的法律理念無法相容。

從訴訟模式來看，陪審團制的存在需要充分對抗化的庭審制度，需要以對抗制訴訟、直接言辭原則等一系列制度為前提。在法國吞併比利時前，比利時各城鎮和地區長期保留基於當地習俗的各種法律制度，使得比利時長期以來缺乏國家層面的統一和穩定法律傳統和制度。^[88]這一情況降低了比利時移植他國法律制度的阻礙，讓比利時較為容易建立與陪審團制度相關的一系列配套制度。反觀經歷了數千年職權主義訴訟模式的我國，近些年來雖一直在努力向對抗制訴訟不斷變革，但仍然缺乏對抗式庭審、直接言辭方式作證等制度。因此，相較比利時而言，我國當前缺乏陪審團制度存在的必要制度基礎，這種制度基礎也很難在短時間內形成。

[83] 參見何家弘：《中國的陪審制度向何處去——以世界陪審制度的歷史發展為背景》，中國政法大學出版社2006年版，第334頁。

[84] 參見高一飛：《東亞文化背景下的建議性陪審團》，載《財經法學》2015第1期，第79頁。

[85] Heirbaut D, Storme M E, *The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence*, *European Review of Private Law*, Vol. 14: 5-6, 2006, p.645.

[86] 參見施鵬鵬：《陪審制研究》，中國人民大學出版社2008年版，第65頁。

[87] See Declève A, *Le jury populaire a-t-il encore un sens dans la société du 21^{ème} siècle ? Etude du jury populaire en Belgique et aux Etats-Unis à la lumière des différentes réformes et jurisprudence*, Université Catholique Louvain de Master's thesis, juin 2016, p.10.

[88] See Heirbaut D, Storme M E, *The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence*, *European Review of Private Law*, Vol. 14: 5-6, 2006, p.645.

從比利時引進陪審團付出政治經濟成本很大，但收效甚微的現狀可以看出，大陸法傳統下的國家引進英美式陪審團，存在天生的水土不服的問題，應當特別謹慎。相較比利時，我國當前更加缺乏引進陪審團制的文化條件和制度條件，強行引進不適合的制度最終只會帶來適得其反的效果。

Abstract: In 1790, Belgium introduced the jury system as a French territory. In 2009 and 2016, Belgium made significant changes to the jury reasoning system and jurisdiction. The Belgian jury system reflects more authoritarian features: jurors have the right to investigate and record the trial during the trial; Judges participate in the deliberation and not in the ruling during the conviction process; Jurors and professional judges jointly decide on sentencing; Require jurors to reason in an appropriate manner; Strictly adhere to the principle of prohibiting double jeopardy in jury verdicts. The current situation where the introduction of juries from Belgium incurs significant political and economic costs, but has little effect, shows that countries under the tradition of civil law have inherent problems with the introduction of Anglo American style juries, and should be particularly cautious. Compared to Belgium, China currently lacks the cultural and institutional conditions to introduce the jury system, and it is not suitable for China to introduce English and American style juries.

Key words: Belgian Jury; Juror Qualification; Authoritarianism; Factual Issues

（責任編輯：張雨虹）

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 chinesisches 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。**