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、域外法治研究等形式之來稿，篇幅原則上以 15000-20000 字左右為宜，具體格式要求請參見刊尾之《投搞格式與體例說明》。

二、投稿審稿：

本刊投稿郵箱為（macaulawreview@um.edu.mo），本刊將直接通過電子郵箱接收來稿。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。

澳門法學

MACAU LAW REVIEW

2024 年 | 第 3 期 | (總第 57 期)

專欄：慶祝澳門回歸25周年

主持人語：深化法律改革，推進澳門特別行政區法律體系建設 ..... 王　禹 / 003

澳門回歸後民事法律制度的發展變化 ..... 唐曉晴 / 004

聚焦澳門刑法的改革之路 ..... 趙國強 / 019

——以若干急需反思與完善的立法問題為視角

論　文

法人犯罪規範構造的解構與重塑：從行為意志到義務違反 ..... 聶立澤　劉林群 / 038

人民陪審員實質性參審的理論闡釋與實踐路徑 ..... 張　偉 / 050

民法典時代我國婚姻犯罪的刑法適用 ..... 錢　蕙 / 062

港澳法治研究

特區本地法律備案審查的啓動、程序和標準探析 ..... 胡錦光　蘇　鍇 / 078

論香港法院對香港國安法與香港本地法律關係的處理 ..... 江　輝 / 094

澳門統一司法見解：制度淵源與司法實踐 ..... 張若城 / 108

區際法治研究

粵港澳大灣區法治合作模式的分析與檢討 ..... 郭天武　呂嘉淇 / 127

粵港澳大灣區碳市場一體化法治保障研究 ..... 張葉東 / 140

粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接的路徑探索 ..... 李夢雲 / 158

域外法治研究

論非洲國家“吹哨人”保護立法及其啟示. ..... 張小虎 / 176

法哲學的新觀念與新基礎 ..... [智利]阿爾瓦雷斯 著　邢溫迪　姚遠 譯 / 186

MACAU LAW REVIEW

2024 No.3 (Serial No.57)

[Column: Celebrating the 25th Anniversary of Macao's Return]

Column Host's Comments: Deepen Legal Reform and Promote the Construction of the Legal System of the Macao SAR ..... Wang Yu / 003

The Development and Changes of the Civil Legal System after the Return of Macao ..... Io Cheng TONG / 004

Approach to Criminal Law Reform in Macao
—— A Perspective on Urgent Legislative Issues ..... Zhao Guoqiang / 019

[Peer-Reviewed Articles]

Deconstruction and Reconstruction of the Structure of Unit Crime: From Behavioral and Will to Obligation Violation ..... Nie Lize & Liu Linqun / 038

Theoretical Interpretation and Practical Path of the Substantive Participation in the Trial of Jurors ..... Zhang Wei / 005

The Application of Criminal Law to Marital Crime in China in the Era of the Civil Code ..... Qian Hui / 062

[Hong Kong and Macao Legal Studies]

An Analysis of the Initiation, Procedures and Criteria of the System of Regulations Recordation and Review in the Special Administrative Region ..... Hu Jinguang & Su kai / 078

How Did the Hong Kong Courts Address the Relationship between the Hong Kong National Security Law and Local Laws? ..... Jiang Hui / 094

Unification of Jurisprudence: Theory and Practice in Macao SAR ..... Zhang Ruocheng / 108

[Interregional Legal Studies]

Analysis and Review of the Legal Cooperation Mode in Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area ..... GuoTianwu & LvJiaqi / 127

Exploring Legal Safeguards for the Integration of Carbon Markets in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area ..... Zhang Yedong / 140

Exploration on the Docking of Labor Dispute Resolution Procedures in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area ..... Li Mengyun / 158

[Extraterritorial Legal Studies]

Study on African Whistleblower Protection Legislation and its Enlightenment ..... Zhang Xiaohu / 176

New Conception and New Bases of Legal Philosophy ..... Alejandro Alvarez (Author) Xing Wendi & Yao Yuan (Translator) / 186

慶祝澳門回歸25周年
主持人語：深化法律改革，推進澳門特別行政區法律體系建設

王禹*

澳門當前適用的第 58/95/M 號法令《刑法典》、第 48/96/M 號法令《刑事訴訟法典》、第 39/99/M 號法令《民法典》、第 55/99/M 號法令《民事訴訟法典》和第 40/99/M 號法令《商法典》是回歸前夕將葡萄牙相關法典，通過總督以法令的形式轉變為本地法典的法律本地化產物。這場匆忙的法律本地化，还仅是“法律过户”，滿足了原有法律基本不變中的原有法律必須是回歸前本地機關制定的法律而非葡萄牙法律的形式要求。從廣義上來說，澳門的法律本地化還沒有完成。廣義的法律本地化，不僅是指通過本地立法程序將葡萄牙法律轉化，還包括要根據澳門的實際情況進行必要的清理和修訂，以及翻譯和推廣，使其成為真正植根於澳門当地、與澳門社會需求相符合的現代法律。

澳門回歸後，五大法典作了一些修改，如第 8/2017 號法律修改《刑法典》，第 6/2000 號法律、第 16/2009 號法律、第 4/2015 號法律修改《商法典》，第 9/2013 號法律修改《刑事訴訟法典》等，但是這些修改限於枝枝葉葉，並沒有對五大法典進行系統性修改。五大法典本身來自葡萄牙相关法典轉譯的中文，文法生澀难懂，不易為民眾理解，妨礙法律的普及化和在民间的生命力。現澳門“一國兩制”經過二十五年发展，經濟社會發生了天翻地覆變化，原有五大法典已難以符合當下社會生活的法律需求和澳門經濟適度多元發展的法律需求。

深化澳門的法律改革，應當以著手推進五大法典的全面修訂為出發點和落腳點。澳門回歸祖國，憲制基礎發生了根本性變化，憲法和澳門基本法共同構成澳門特別行政區的憲制基礎。澳門特別行政區法律體系已經成為中國特色社會主義法律體系的一個重要組成部分。澳門的法律改革應當與憲法和澳門基本法設定的法理概念相銜接、在憲法和澳門基本法鋪設的法理軌道上運行。應當在澳門回歸祖國 25 年法律改革和法制建設經驗上，進一步推進澳門特別行政區法律體系建設：夯實法律體系的憲制基礎、端正法律體系的發展方向、明確法律體系的淵源構成、完善法律體系的部門劃分、改進法律體系的技術制度。

加強法理研究是深化法律改革，建設以憲法和澳門基本法為基礎、保持和發揚原有法律制度的優勢特色的現代法律體系的基礎和前提。本期《澳門法學》發表的兩篇有關澳門民法典和澳門刑法典的學術論文，由澳門民法學、刑法學兩位權威專家唐曉晴和趙國強撰寫。對進一步深化法律改革，完善澳門特別行政區法律體系建設有重要的啟發意義。

* 王禹，全國人大常委會澳門基本法委員會委員、澳門大學法學院教授。

澳門回歸後民事法律制度的發展變化

唐曉晴*

摘　要　今年是澳門特別行政區回歸祖國第二十五週年，脫胎於1966年《葡萄牙民法典》的《澳門民法典》也隨著社會發展而不斷修訂，逐漸發展出了一套具有澳門特色的民事法律制度。澳門民事法律制度的發展，不僅反映了民法理論的更新，也體現了社會、科技與經濟的進步以及價值觀的改變。本文系統回顧了澳門回歸後民事法律制度的發展變化，以期通過對現有制度的反思，更好地迎接未來澳門民法面臨的新挑戰，為高度自治、依法治澳的下一個二十五年作準備。

關鍵詞　澳門民法典　法律繼受　法律本土化　民法總則　民法分則

一、引言

在回歸以前，葡萄牙頒布的兩部民法典基本上直接延伸適用於澳門。[1] 1987 年中葡兩國政府通過和平談判簽署了《中華人民共和國政府和葡萄牙共和國政府關於澳門問題的聯合聲明》，宣示中國政府將於 1999 年 12 月 20 日以“一國兩制”的政策對澳門恢復行使主權，澳門從此開始了以“過戶”“修訂”“翻譯”“清理”為主的法律本地化進程。[2] 澳門特別行政區《民法典》（以下簡稱《澳門民法典》）於 1999 年 11 月 1 日起正式生效，儘管其內容及體例上仍較多延續了 1966 年《葡萄牙民法典》，但總算具體落實了澳門依據《中華人民共和國憲法》及《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》（下稱《澳門基本法》）享有的立法權。此後澳門立法會不斷根據社會需求訂立新法以及修訂原有法律，至今已多次對澳門民法制度進行修訂。[3] 而《葡萄牙民法典》也因

*　唐曉晴，澳門大學法學院院長、教授、博士生導師。

本文的初稿首次發表於澳門法律工作者聯合會2024年5月19日舉辦的“澳門回歸祖國25周年法治建設與展望研討會”。特別感謝譚致寧、唐銘澤、勾健穎、昝晨東、范笑鼎在寫作過程中所做的資料搜集、整理與糾錯工作。

［1］ 參見唐曉晴：《民法基礎理論與澳門民法的研究》，中山大學出版社2008年版，第261-262頁。

［2］ 參見劉高龍、趙國強主編：《澳門法律新論（上卷）》，社會科學文獻出版社2010年版，第8-12頁。

［3］ 特區成立後的大部份法律雖未直接修訂民法典，但須與民法典配合適用或建立有別於民法的特別法，例如第10/2012號法律《規範進入娛樂場和在場內工作及博彩的條件》規定未滿二十一歲之人不得進入娛樂場和在娛樂場內工作，對自然人之法律能力進行了補充限制；根據第11/2013號法律《文化遺產保護法》，特區政府在取得被評定或待評定或位於緩衝區的不動產時具有優先權；第18/2022號法律《都市更新法律制度》亦有規定一特別優先債權，當中規定為所有權人支

其本國與歐盟的關係以及其他原因而不斷修改，澳門民法開始漸漸與葡萄牙法律文化脫勾，各自的發展也分道揚鑣。[4]

今年是澳門回歸祖國第二十五週年，值此歷史時刻，本文將回顧澳門民事法律制度在過去二十多年的發展變遷，為高度自治、依法治澳的下一個二十五年作準備。

二、澳門民法典總則制度的變遷

總則作為一部法典抽象規則最集中的部份，內容一般比較穩定，除非發生重大的價值變遷，否則不容易修改。《葡萄牙民法典》總則自 1967 年生效至 20 世紀末的幾十年間變化不大，重大的修訂均發生在 21 世紀以後。《澳門民法典》儘管在生效以來未曾對總則作出修訂，但是在該法典制定之際，立法者一開始就回應了葡萄牙學界在二十世紀後半葉提出的一些問題，對衝突規範、人格權、意思表示、代理及時效等規定進行了大量的修改。由於《澳門民法典》是在回歸之前制定，而在回歸之際生效，從制度變遷的角度，這些修改也算是澳門民法的本地化發展。除此以外，回歸後一些單行法規的制定雖然沒有明確指出要修改《民法典》，但也对總則的相關制度產生了一定影響。具體而言，和 1966 年《葡萄牙民法典》相比，《澳門民法典》的總則部分的主要變更如下：

（一）衝突規範的變更

《澳門民法典》在總則部分的重要修訂在於將常居地（residência habitual）確定為屬人法的主要連接點。屬人法是衝突法中的特有概念，即以當事人的國籍、住所或常居地等為連接點確定的準據法。在回歸之前，澳門沿襲了葡萄牙遵循的大陸法系傳統，以“國籍”作為確定屬人法的根據。[5] 然而在回歸之後，澳門仍將“國籍”作為屬人法的連接點便會不合時宜。首先，澳門作為中華人民共和國的一個特別行政區，並無法授予國籍給當地居民。其次，多數澳門居民擁有中國國籍，也有很多具有葡萄牙國籍的居民繼續留在澳門居住，如果繼續沿用國籍國法作為屬人法，便會影響澳門法律的正常適用。[6]

為了解決上述問題，在澳門回歸前的過渡時期，澳葡政府通過第 32/91/M 號法令[7]，在原有屬人法僅依據“國籍國”判斷的基礎上，增加了一款：“澳門之現行法律適用於本地區之常居者”，並在該法令中明確了《民法典》中所稱“葡萄牙”均為“澳門”。1999 年，在政府的努力下，澳門實現了《民法典》的本地化，將屬人法的依據明確規定為“常居地”，不再將“國籍”作為連結點。《澳門民法典》對屬人法連接點的修訂，不僅滿足了現實的政治需要，也符合了當代國際私法的發展趨勢。[8]

付其重建後獨立單位應攤分的重建負擔者，有權向該獨立單位的所有權人請求償還，而該債權，具有從該所有權人獲分配的重建後的獨立單位享有優先受償的權利；又例如第15/2022號法律《信託法》第39條規定，為歸扣的效力，受益人在委託人在生時所取得的信託利益視為贈與，而為因損害特留份而扣減的效力，合同信託及遺囑信託的設立分別等同生前所作之慷慨行為及遺贈，並以納入信託財產時財產及權利的價值為限。

［4］ 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》2015年第17期，第1-80頁；Tong Io Cheng, Wu Yanni, Legal Transplants and the On-going Formation of Macau Legal Culture, *Revue Juridique de L'Rivista Giuridica del Isaidat Law Review*, Vol.1, Issue 2. p.645.

［5］ João Nuno Riquito, Problemas de Determinação da Lei Aplicada às Matérias que compõem o estatuto pessoal no quadro do ordenamento conflitual vigente no território de Macau, *Colóquio realizado por Associação dos Advogados de Macau*, 1991, p.109.

［6］ 參見涂廣建：《澳門國際私法》，社會科學文獻出版社2013年版，第197-198頁。

［7］ 該部法令現已被第20/2019號法律廢止。

［8］ 參見李大朋：《論屬人法的演變——以屬人法連接點的變化為出發點》，載陳景良、鄭祝君主編：《中西法律

（二）人格權保護範圍的擴大

繼1960年《埃塞俄比亞民法典》首次區分人格與人格權之後，1966年《葡萄牙民法典》也明確採納了人格權的概念，並以人格權一般保護和特別保護並行立法，對後世的《巴西民法典》、《澳門民法典》和《東帝汶民法典》皆產生了重要影響。[9]然而，葡萄牙法律對人格權的保護並非僅由民法典實現，人格權的條款被分散地規定在憲法、刑法典等多部法律之中。例如，1966年《葡萄牙民法典》並未明確規定自然人的生命權，保護生命權的具體規範是由《葡萄牙共和國憲法》第24條所規定。由此可見，葡萄牙法的人格權制度並未對人格權憲法保護、刑法保護和民法保護作嚴格區分。

然而隨着時間的推移，法學界逐漸意識到民法典所規定的私人交往中的人格權並不等同於憲法中的基本權利，民法典與其他部門法列舉的具體人格權之間也並非互補關係。在民法領域，人格權對應的義務是他人的不侵犯義務，而不包含國家與社會積極作為的義務。[10]《澳門民法典》草案負責人米爾格·烏巴努（Miguel Urbano）對此曾指出，《葡萄牙民法典》中的特別人格權僅僅是列舉了憲法和刑法沒有規定的人格權，其對人格權的保護並不充分。[11]負責修改《澳門民法典》人格權章節並提出草案的葡萄牙學者保羅·莫達·賓圖（Paulo Mota Pinto）也指出，葡萄牙一直利用憲法和刑法填補和落實一般人格權條款，而澳門在回歸後不再適用葡萄牙相關法律，因此在制定《澳門民法典》中的人格權條款時，應特別考慮葡萄牙憲法等其它部門法所規定的人格權，以實現對人格權的完整保障。[12]

在上述立法理念的支撐及《澳門基本法》第30條的保障下，《澳門民法典》相較《葡萄牙民法典》擴大了對人格權的保護範圍，更加詳細地規範了數項新的人格權類型。例如：生命權（第70條）、身心完整權（第71條）、自由權（第72條）、名譽權（第75條）、個人歷史權（第78條）、個人資料保護權（第79條）和個人資料真實權（第81條）。

此外，《澳門民法典》在人格權歸屬、胎兒人格利益的保護以及人格權自願限制上也進行了制度上的更新。在第67條一般人格權的條款中，《澳門民法典》新增了對人格權歸屬的規定，特別強調任何人均獲承認具有人格權，對人格權的保護禁止基於國籍、居住地、血統、種族、民族、膚色、性別、語言、宗教、政治或意識形態等因素進行不合理區分（第67條第1款）。這一條款符合《澳門基本法》第25條所規定的平等原則。[13]《澳門民法的》第63條第3、4款規定，人格保護的範圍包括對胎兒造成的損害，如果是故意而為之，生父母也應當就受孕時對子女造成的畸形、疾病及損害承擔民事責任。這兩個條款回應了人格權領域“錯誤出生”（wrongful birth）和“錯誤生命”（wrongful life）的問題，預設了作為準父母及協助孕婦分娩的醫療機構應承擔一系列清晰的義務。[14]

在人格權自願限制的問題上，1966年《葡萄牙民法典》將不得違反公共秩序作為自願限制的前提，《澳門民法典》在此基礎上增加了不得違反善良風俗的要求。同時，《澳門民法典》參照了

傳統》（第13卷），中國政法大學出版社2017年版，第39-41頁。

［9］ 參見唐曉晴、蘇建峰、吳奇琦編著：《民法一般論題與<澳門民法典>總則》（下冊），社會科學文獻出版社2021年版，第24頁。

［10］ 參見馬光華：《物權法》，唐曉晴譯，澳門大學法學院2000年修訂版，第209頁。

［11］ Cfr. Miguel Urbano, Nota de Abertura, Código Civil (Versão Portuguesa), Imprensa Oficial de Macau, 1999, p.xviii.

［12］ Cfr. Pinto, Paulo Cardoso Correia da Mota, Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau, Bol. Fac. Direito U. Coimbra 76, 2000, p.215-216.

［13］ *Idem*, p.216.

［14］ 參見唐曉晴、蘇建峰、吳奇琦編著：《民法一般論題與<澳門民法典>總則》（下冊），社會科學文獻出版社2021年版，第43-44頁。

《澳門刑法典》第 37 條受害人同意的規定，對人格權的自願限制在權利人年滿 14 歲，且具有必要辨別能力以評估限制內容和範圍時方才生效（第 67 條第 2 款）。但《澳门民法典》也承認未滿 14 歲的未成年人提出反對意見的重要性，只要未成年人具有上述辨別能力，即可反對其法定代理人作出的同意（第 67 條第 3 款）。

（三）失蹤與保佐制度的調整

失蹤是民法中保護失蹤人和利害關係人利益、維護社會財產關係穩定的重要制度。目前各主要國家和地區現行失蹤制度的立法模式大體上可歸為三類。[15] 第一類以德國為代表，將失蹤分為對下落不明者規定財產管理（無期限要求）和宣告死亡兩個階段。第二類以前蘇聯和我國內地為代表，將失蹤分為宣告失蹤（有期限要求）和宣告死亡兩個階段。第三類以葡萄牙、意大利為代表，將失蹤分為對下落不明者規定財產管理（無期限要求）、宣告失蹤（有期限要求）以及宣告死亡三個階段，對應了 1966 年《葡萄牙民法典》在失蹤一節中規定的臨時保佐、確定保佐和推定死亡三個分節。《澳門民法典》並未繼承《葡萄牙民法典》中失蹤制度的立法模式，轉而採取了更接近於以德國為代表的兩分法，不再區分臨時保佐和確定保佐。

《澳門民法典》也不再以失蹤作為大標題，統領保佐和推定死亡制度，而是將後兩者規定為單獨的兩節。《澳門民法典》第 89 條規定，下落不明或因患病或其他類似原因，而明顯不能親自作出行為及指定受權人，如無法定代理人或受權人，法院則應根據需要進行保佐人的指定。得益於保佐章節的獨立，《澳門民法典》整合了對下落不明之人和對無行為能力之人的兩種情況下的保佐制度，“將保佐制度的實施基礎擴大至（葡萄牙）民法典內現有的遺漏情況，尤其是一個人因病而無能力管理其財產”，[16] 在立法上更加具有體系性與邏輯性。

（四）法人類型的調整

在法人的類型上，《澳門民法典》吸收了葡萄牙學說的一些成果，[17] 在原有基礎上作出了較大的改動。儘管改動的條文不多，但是重構了法人制度的理論基礎。在原有的社團（associações）和財團（fundações）兩分的基礎上，增加了合營組織（sociedades）[18] 這個新類型，下設民事合伙和商事合伙（《澳門民法典》中文版表述為公司）。[19]《澳門民法典》第 154 條明確規定社團乃是以人為基礎，“非以社員之經濟利益為宗旨”的法人，第 173 條規定財團乃是以財產為基礎，“以社會利益為宗旨”的法人，二者限均為非營利性法人。在此基礎上，以經濟利益為宗旨，作為營利性法人的合營組織得以作為一個獨立的法人類型，與社團與財團進行了明確區分。

（五）“物”的概念與分類更新

《葡萄牙民法典》中“物”的定義在學界一直頗具爭議，《澳門民法典》參考了葡萄牙學界的討論，更新了物的定義。無論是《葡萄牙民法典》還是《澳門民法典》，皆把法律關係作為民法總則的基本結構，並直接將法律關係作為總則第二編的標題。兩部民法典皆在“法律關係”編的第一分編規範了人，在第二分編規範了物。在法律關係理論中，法律關係包含主體、客體、法律事實及保障四個元素，總則中的“人”和“物”分編分別佔據了法律關係主體和法律關係客體的位置。由

［15］ 參見尹田：《論宣告失蹤與宣告死亡》，載《法學研究》2001年第6期，第84-86頁。

［16］ 《大法典彙編之民法典》（中文版），澳門特別行政區立法會2003年版，第639頁。括號內文字為筆者所添加。

［17］ [葡]曼努埃爾·德·安德拉德：《法律關係總論》（第一卷），吳奇琦譯，法律出版社2015年版，第85-91頁。

［18］ 按葡萄牙語的表達，“sociedades”應譯為“合伙”，但“合伙”一詞已有約定俗成的用法，所以立法者創造了一個新詞。

［19］ 合伙與法人的關係在葡萄牙一直爭議頗大，參見Raúl Ventura, Apontamentos sobre Sociedades Civis, Almedina, 2006。

於自然人和法人基本涵蓋了法律關係中的所有主體，以“人”編作為法律關係編的第一分編是符合法律關係理論的。然而，“物”僅僅是物權關係的客體，並無法代表一切法律關係客體，這種體例結構便也影響到了法律對“物”的定義。1966 年《葡萄牙民法典》第 202 條第 1 款規定，“任何可成為法律關係客體之事物，均稱為物。”但顯然法律關係的客體並非都是物（如給付），這一定義就遭到一些學者的批判。[20]

《澳門民法典》在立法過程中對“物”的定義進行了更新，其第 193 條規定“凡屬獨立、人身以外、具有用處及能以所有權形式成為法律關係標的之客觀存在事物，均稱為物。”這是受到了曼努埃爾 · 德 · 安德拉德（Manuel de Andrade）等學者之學說的影響，將具有獨立性、人身以外、具有用處以及能以所有權形式成為法律關係標的幾個特征搬到法條之上。[21] 另外，或許是受到《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第 7 條關於土地國有規定的影響，《澳門民法典》還在物的定義中特別列明了什麼是公產，更加明確了民法範圍內“物”的概念，而公產雖屬於物，卻由特別法來規範。對比兩部民法典對物的定義之不同，會發現 1966 年《葡萄牙民法典》的規定並能不算是對物作出了定義，因為第 202 條是如此寬鬆，幾乎容納法律世界以內的一切事物。經《澳門民法典》重新定義之後，物的概念便完全不同了。

《澳門民法典》對《葡萄牙民法典》中關於物的分類也進行了修訂。

首先是非融通物概念的修訂。對於非融通物與融通物的區分，兩部民法典都是在物的概念中通過定義完成的。然而，在葡萄牙民法典中，非融通物被分為“因性質使然的非融通物”和“因法律規定使然的非融通物”，這種分類存在邏輯問題。例如，那些基於本身性質而無法被占有的物如海洋整體、如日月星辰，本就並不符合法律意義上的物的要件，它們既然不屬於物，便更不應被視為非融通物。及至《澳門民法典》，非融通物被限定在“不可成為私權標的物者”，把非融通物限定在了“物”之內。

其次是對動產與不動產區分適用的修訂。因二者的物權變動模式截然不同，進而導致物權保護方式不同、取得的時效不同等一系列影響，不動產與動產的區分實屬物的分類中最為重要的一環。兩部民法典均採用列舉的方式說明了何為不動產，非屬於不動產的就是動產。比較特別的是，兩部民法典雖然都明確認為與農用房地產及都市房地產聯結的物是不動產。[22] 但在《澳門民法典》第 195 條第 4 款的框架下，尚未與土地分離的自然產物或與土地緊密相連的之建造物的法律屬性（動產或不動產）取決於交易雙方的約定。如果雙方協議將之視為動產，那麼其轉移就按照動產的規則進行。這是因為既然某些東西的性質會因是否與其他不動產相聯繫而在動產和不動產之間變化，那麼必須要解決的問題是：在其尚未與不動產分離但終究會分離時，要如何轉移這些東西的所有權？當然，產生這一問題的原因根本上是來自於在葡萄牙、澳門的法律與日常交易中均被廣泛認可的將來物交易。雖然 1876 年和 1966 年的《葡萄牙民法典》都沒有對此作出規定，但早在 1876 年《葡萄牙民法典》生效期間，Manuel de Andrade 便已經主張，它們應被視作動產般對待，因為當事人們所著眼的並非其當前的不動產狀態，而是其將來的動產狀態；若當事人們另有意圖，則另當別論。[23]《澳門民法典》遵循了這一解決方案。

最後是對物的構成部分界定的修訂。根據《澳門民法典》第 200 條，物的構成部分可分為本

［20］ José de Oliveira Ascensão, Direito Civil Reais, 5.ª ed., revista e ampliada, Coimbra editora, 1993, p.38, 43-45.

［21］ [葡]曼努埃爾 · 德 · 安德拉德：《法律關係總論》（第一卷），吳奇琦譯，法律出版社2015年版，第203-204頁；參見唐曉晴編著：《民法一般論題與<澳門民法典>總則》（上冊），社會科學文獻出版社2014年版，第204頁。

［22］ 在這一點上，兩部民法典的表述略有不同。《澳門民法典》第195條一、a）稱之為“農用房地產及都市房地產之附着部分”；《葡萄牙民法典》第204條一、a）稱之為“農用房地產及都市房地產之非本質構成部分”。

［23］ Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. 1, reimpressão, Coimbra, 1997, p.236.

質構成部分和非本質構成部分。本質構成部分是構成一物的各部分，如果欠缺這些部分，該物將不存在或不完整，例如一間房屋的門。非本質構成部分是與物體恆久相連但不構成其本質構成部分的具動產性質的物，例如一間房屋的避雷針。《葡萄牙民法典》唯在不動產的界定中指出：“與房屋在物質上恆久相連的物是房屋的非本質構成部分”。因此，葡萄牙學界也僅僅將非本質構成部分和房地產放在一起討論。然而，邏輯上看，非本質構成部分的概念同樣適用於動產，所以《澳門民法典》對該條作了相應的調整，選擇將構成部分的分類單列為第 200 條。[24] 當然，如果考慮到物的定義中“具有獨立性”之要件，那麼無論是本質構成部分還是非本質構成部分，都並不屬於法律上的物。不過二者的區分在抵押物的管理、買賣及贈與的交付義務、配偶財產制度、遺贈的範圍等方面均具有重要意義，因此葡、澳民法典還是在物的分類對構成部分的不同進行了說明。

（六）意思表示瑕疵制度

《澳門民法典》的意思表示瑕疵制度較 1966 年《葡萄牙民法典》作出了較多更新，尤其是錯誤制度“從結構到內部均作了翻天覆地的改變。”[25] 第一，《葡萄牙民法典》將“表示錯誤”作為錯誤範疇的原型，把判斷是否構成錯誤的要件規定在該條款之中，《澳門民法典》則將錯誤範疇的原型改為“瑕疵錯誤”（第 240 條）。第二，《澳門民法典》調整了錯誤的構成要件。[26]《葡萄牙民法典》第 247 條規定，只要受意人明知或不應忽視有關錯誤成分對表意人的重要性，錯誤的意思表示即可撤銷。這一要件曾遭受葡萄牙學界的強烈批評，被指過分犧牲了受意人的利益，且不利於交易安全。[27]《澳門民法典》在立法過程對該要件進行了調整，將受意人對錯誤重要性已知或應知，修改為了一般受意人可察覺有關錯誤，即錯誤具有可認知性。同時由於受到歐洲立法新見解的影響，《澳門民法典》將錯誤由受意人提供的資訊而產生作為了錯誤可認知性的法定替換要件。[28] 第三，《葡萄牙民法典》將“動機錯誤”視為屬“瑕疵錯誤”的類別，《澳門民法典》的立法者放棄了“動機錯誤”的概念，統一規定後不再對“瑕疵錯誤”進行此分類，這樣《葡萄牙民法典》直接與羅馬法對應的錯誤類型就不再見於《澳門民法典》當中。

此外，《澳門民法典》對脅迫的規定也與《葡萄牙民法典》不盡相同。《葡萄牙民法典》第 246 條規定受人身脅迫的意思表示不產生任何效力，而精神脅迫的效果僅為可撤銷。《澳門民法典》則在第 239 條第 1 款 c 項規定，當出現無法反抗的精神脅迫時所作的意思表示亦不產生效力。也就是說，《澳門民法典》將不產生效力的範圍延伸至無法反抗之精神脅迫的情況。

（七）時效制度的修訂

《澳門民法典》對時效制度也有重要的改動。首先，一般時效期間從二十年縮短到十五年（第 302 條）。其次，《澳門民法典》在時效的效果條款中新增規定，一旦主債權的時效完成，相關的收取利息權和其他從屬權利的時效也隨之完成（第 297 條第 2 款）。此外，《澳門民法典》針對定期給付新增條款，如果債權人的整體權利時效完成，即便是個別或某些給付的時效尚未完成，各期

［24］ 參見馬光華：《物權法》，唐曉晴譯，澳門大學法學院2000年修訂版，第117頁。

［25］ 參見唐曉晴、蘇建峰、吳奇琦編著：《民法一般論題與<澳門民法典>總則》（下冊），社會科學文獻出版社2021年版，第275頁。

［26］ Io Cheng Tong, *A Reconstrução do Regime do Erro no Código civil de Macau*, Boletim da faculdade de direito da universidade de Macau, ano XV, n.º 30, 2011, p.145.

［27］ 參見[葡]卡路斯·莫達·賓圖（Carlos Mota Pinto）：《民法總論》（第三版），林炳輝等譯，法務局、澳門大學法學院2001年版，第287頁及續後頁。

［28］ 如1995年出版的《歐洲合同法原則》第4:103條規定，“在下列情況中，在合同成立後，當事人可因事實錯誤或法律錯誤的存在而撤銷合同：a）（i）錯誤是由他方所提供的信息造成的；……”Ole Lando, Hugh Beale, Principles of European Contract Law, *Parts I and II, Kluwer Law International*, 2000, p.229.

給付的時效也被視為已經完成（第 300 條第 2 款）。

（八）影響民法典總則規範體系的其它新立法

儘管澳門在回歸後並未直接修改民法總則的條文，但這並不代表澳門民法典總則內的制度二十多年來毫無變化，後歸回一些新制定的法律已經對總則內的若干制度作出了補充與修訂。例如，根據《澳門民法典》第 116 條及第 121 條規定了未成年人無行為能力的例外及因解除親權而獲得完全行為能力的情形，而第 16/2001 號法律《娛樂場幸運博彩經營法律制度》除了無行為能力人以外，還特別規定未滿 18 周歲之人禁止進入博彩廳或區域，第 10/2012 號法律《規範進入娛樂場和在場內工作及博彩的條件》則將對進入娛樂場博彩、參觀或工作的年齡限制上調至 21 歲。上述規定實質上即是以特別法的形式調整了《澳門民法典》行為能力制度。[29] 又例如第 5/2005 號法律《訂定電子文件及電子簽名的法律制度》以及後續一系列的相關立法，均對《澳門民法典》意思表示制度與證據制度有所補充。再如第 8/2005 號法律《個人資料保護法》的出台以及稍後設立的保護機構則是對人格權制度[30] 保障的完善。

三、澳門民法典債法制度的變遷

債法與經濟生活中的交易環節關係密切，通常是一部民法典的最活躍部份，因此法典的修訂很多時候也發生在債法範疇。《澳門民法典》的第一次正式修訂也是發生在債法範疇。以下將按相關條文的順序進行論述：

（一）澳門民法典生效前對預約合同制度的調整

受葡萄牙 1986 年第 379/86 號法令的影響，早在上世紀八十年代，澳門就出現了關於預約合同制度的本地立法。[31] 為了保障預約合同中買方及消費者利益，第 20/88/M 號法律對於不動產預約合同的制度予以修訂，引入了諸如涉及預約出賣人違約後抵押貸款[32]、買方優先權[33]、特定執行制度[34]、分層樓宇登記[35] 等創新制度，簡化了形式要件[36]。在 1999 年通過了第 39/99/M 號法令

［29］ 參見澳門特別行政區立法會第一常設委員會：第2/IV/2012號意見書。

［30］ 關於澳門個人資料保護權的性質與體系，參見唐曉晴、吳奇琦：《澳門地區民法上個人信息保護權的體系定位》，載《國家檢察官學院學報》2021年第5期，第75-88頁。

［31］ 雖然葡萄牙關於預約合同制度的兩次改革均未有延伸到澳門適用，可是澳門1988年的第20/88/M號法律的誕生實際上是受到葡萄牙相關法律的改革所影響的，尤其是1986年第379/86號法令所採取的措施。參見黃顯輝：《探討澳門現行的預約合同制度》，載《澳門法律學刊》1995年第2期，第65頁。

［32］ 第20/88/M號法律《為維護消費者合法權益而更新購置不動產承諾合約法律制度》，第1條。

［33］ 同上註，第2條。原提案建議效法葡萄牙規定獲得本約標的物交付的預約買受人享有該標的物的留置權，但最終立法會採取了一個折衷方案：賦予獲得本約標的物交付的預約買受人一種特別的優先權。這種優先權不會優於任何擔保物權，僅優於其他的一般債權人。參見唐曉晴，《預約合同法律制度研究》，澳門大學法學院出版2004年版，第249頁。

［34］ 第20/88/M號法律《為維護消費者合法權益而更新購置不動產承諾合約法律制度》，第3條。20/88/M號法律關於特定執行的設計可謂獨樹一幟。在改革之前，1966年《葡萄牙民法典》的制度是定金的存在可排除預約合同的特定執行，葡萄牙1980年的改革則是撇清定金與特定執行的關係，無論有無定金的存在，不影響立約人請求強制執行。20/88/M號法律第3條的規定，定金不僅完全沒有被推定為排除特定執行的協議，相反更是預約買受人請求特定執行所必須的條件，預約買受人申請特定執行時更是需要將價金的差額存放法院。這一作法實際現實了預約買受人請求特定執行的權利，反而違背了“为维护消费者合法权益”的初衷。

［35］ 同上註，第5條。

［36］ 同上註，第4條。

核准民法典以後，第 20/88/M 號法律隨即被廢止，僅保留了第 5 條分層樓宇登記制度。[37]

在制定《澳門民法典》的時候，預約合同的有關規定被重新納入法典，預約合同制度又經歷了一次重大改革。在這次修訂中，《澳門民法典》的立法者廣泛參考了葡萄牙兩次預約合同制度修訂的經驗，在制度設置上吸收了不少葡萄牙法學的理論與實踐成果，並吸收了 1966 年《葡萄牙民法典》生效以來的有關學說，在預約的要式制度[38]、定金制度[39]、留置权制度、[40]特定執行制度[41]等處均作了較大的調整，並將分層所有權制度重新納入《澳門民法典》。

回歸後，澳門立法會又分別制定了多部涉及預約制度的立法。

第 15/2001 號法律《不動產的轉讓預約和抵押預約》設立了一套針對買賣預約及設定意定抵押權預約的消費借貸合同的特別制度。根據該法第 3 條，此類俗稱“三方約”的合同可獲物權效力，前提是滿足明確的意思表示和法定的登記要求。三方約的成立不受《澳門民法典》第 407 條第 2 款有關合同成立文件類型的規定影響，即合同可以透過只需經公證認定簽名的私文書來成立，而無須使用經認證的文書（Documento autenticado）。

2011 年制定的第 10/2011 號法律《經濟房屋法》明確了預約合同制度之適用於經濟房屋的買賣。[42] 2013 年 6 月 1 日生效的第 7/2013 號法律《承諾轉讓在建樓宇的法律制度》建立一套涉及承諾轉讓在建樓宇的法律制度，主要旨在保障購房者的合法權益，尤其是正在建設或計劃建設的房地產（俗稱“樓花”）的預約合同進行規範。該法律規定，對已獲發整體建築工程准照、已完成地基工程、地庫及地面層樓板的結構工程，已完成設定分層所有權的臨時登記，方可獲發預先許可。[43]同時，該法律還著重規範“樓花”合同的形式、內容，[44]完善了公證制[45]、登記制度[46]，改善了澳門多年來在不動產交易方面存在的監管不足問題。隨著社會發展帶來對不動產交易市場的不同認知，尤其是住房作為生活要素與投資商品兩種性質所產生的矛盾而引起的價值爭論，有關制度在將來可能要作出進一步的修訂。

（二）違約金條款

---

［37］ 同上註，第5條。“倘樓宇當初未經申請為分層樓宇之設定登記而有任何獨立單位權利轉移或責任承擔者，任何小業主得申請為有關登記及注記而免付稅捐及手續費。”

［38］ 《澳門民法典》第404條。該條第2款採納了葡萄牙1986年第379/86号法令修改後的條文，澄清了關於拘束一方的預約合同究竟需要一方還是雙方簽名的問題；此外，關於具有物權效力的預約合同所要求的方式，相較於葡萄牙法，《澳門民法典》規定只需要以經確認的私文書作出。

［39］ 《澳門民法典》第436條。《澳門民法典》第436條第1款和第2款基本保留了1966年《葡萄牙民法典》的規定，但第3款完全放棄了毀約定金制度，定金的交付與接受不影響當事人行使特定執行的權利。

［40］ 《澳門民法典》第755條。《澳門民法典》追隨葡萄牙1980年及1986年預約合同改革後從做法，明確賦予預約買受人對本約標的物的留置權。

［41］ 《澳門民法典》第820條第4款規定，“如須特定執行之預約係涉及訂立移轉或設定房地產或其獨立單位上物權之有償合同，而在有關房地產或其獨立單位上設有抵押權者，則為着消除抵押權，預約中之取得人得聲請在第一款所指之判決中，亦判違反預約之人向其交付被抵押擔保之債務款項，又或交付作為合同標的之單位所涉及之債務款項，並向其交付已到期及未到期之利息，而該等利息係計至上述款項清付時為止。”這一規定明顯繼承自葡萄牙1980年和1986年修訂的制度，但在此基礎上，《澳門民法典》在其第5款內細化了適用條件：“a）有關抵押權之設定後於預約之訂立；b）有關抵押權之設定旨在就違反預約之人對第三人之一項債務作擔保，且預約中之取得人非與該債務人共同承擔該債務；c）抵押權之消滅既不先於上述移轉或設定，亦非與其同時者。”

［42］ 第10/2011號法律《經濟房屋法》，第31條。

［43］ 第7/2013號法律《承諾轉讓在建樓宇的法律制度》，第5條。

［44］ 同上註，第7條。

［45］ 同上註，第9條。

［46］ 同上註，第10條。

在《澳門民法典》中，違約金條款的設立是為了提供一種靈活的方式來強迫債務的履行，允許當事人事先約定在不履行或違約情況下的賠償金額。這些條款涵蓋在第 798 條至第 801 條下的“債權人權利於合同中之訂定”的附屬規定。第 799 條第 1 款開始明確允許當事人設定補償性違約金條款以及更為嚴格的強迫性違約金條款。這一款條文指出，當事人可以透過協議定出在特定情況下可要求的損害賠償或可適用的制裁。

然而，此修改在法律上看似新增的規範，實際上更接近於對現有法律實踐的澄清。在之前的法律框架中，基於合同自由原則及法律未明確禁止的事實，當事人已經可以約定這類協議。因此，新的規定並未引入前所未有的法律原則，而是確認了當事人在設定違約金方面的自由度，這有助於提高法律透明度和預見性。

《澳門民法典》推定其屬補償性違約金（第 799 條第 2 款），作出這樣的推定是可以理解的，因為補償性違約金不但是之前制度所明文規定的唯一一種違約金，亦是實踐中最常用的一種違約金。法典亦新增一推定：倘就不履行情況定出一項違約金，且其屬補償性質，則推定該違約金抵償一切損失，如其屬強迫性質，則推定該違約金抵償一切可適用的制裁（第 799 條第 3 款）。[47]

此外，立法者亦澄清一個在葡萄牙學界長久的爭論，即債權人可否既要求履行違約金條款又要求強制履行違約金所針對的給付（兩者是相互矛盾的主張），亦不可既要求履行違約金條款，同時又要求賠償已被違約金抵償的損害（第 800 條第 2 款第 1 部分）。但在遲延履行或瑕疵履行的情況中，債權人既可要求履行為上述情況所定的違約金條款（賠償）又可一併要求履行合同的主債務。另一制度革新是，規定當事人可透過協議排除以違約當事人之可歸責性作為要求履行違約金條款的要件（第 800 條第 1 款）。

（三）強迫性金錢處罰功能的擴大

強迫性金錢處罰是一種有別於傳統損害賠償制度的機制，為確保債務得以有效履行，它通過法院強制債務人履行其法定義務，並促進法院的判決執行和司法程序的迅速推進。

在強迫性金錢處罰的受益人方面，葡萄牙和澳門存在明顯差異。《葡萄民法典》第 829-A 條第 3 款規定，強迫性金錢處罰的收益由債權人和國家平均分配，《澳門民法典》第 333 條第 1 款則規定強迫性金錢處罰的收益全歸受害人所有，屬私法上的制度。[48]

另一項主要差異在於這兩項法律規定的位置。在《葡萄牙民法典》中，第 829-A 條設於第二卷、第一編、第七章的第三分節；《澳門民法典》第 333 條則被位於第一卷、第二編、第四分編的第一章。澳門的法規不僅適用於未履行的義務情況，還擴展到當絕對權利如物權或人格權遭受侵犯時的情況，允許採取強制性的金錢賠償，從而使得澳門法律在應用上顯得更為廣泛。這也反映了這些規定適用範圍的不同設計。

另一差異點在於強迫性金錢處罰的適用範圍。澳門的制度適用範圍更廣，包括對不可替代事實的給付義務、可替代事實的給付義務、特定物品的給付義務以及特定金額的給付義務。而葡萄牙的法律則明確指出僅適用於不可替代的給付義務。

（四）不動產租賃合同的修改

在澳葡政府時期，澳門第 12/95/M 號法律針對都市不動產租賃進行了較為完整的規定，詳細規定了不動產租賃雙方當事人的權利義務、合同形式、租賃期限、租金、合同解除、合同失效、違約責任等內容，並針對居住用途的不動產和工商業用途的不動產設計了不同的制度。隨著《澳門民法

［47］ Cfr. Pinto Monteiro, *A Cláusula Penal no Ordenamento Jurídico de Macau, em Um Diálogo Consistente - Olhares recentes sobre temas do direito português e de Macau*, Vol. I (2016), Fundação Rui Cunha, p.25-47.

［48］ João Calvão da silva, Cumprimento e sanção pecuniária compulsoria, Coimbra, 1997, p.443-447.

典》頒布，該部法律被廢止，相關內容回歸民法典。

自澳門回歸後，社會經濟迅速發展，激活了住宅、商業及專業用途不動產的租賃市場。然而，隨著市場的不斷發展，一些問題逐漸浮現，主要包括：租金的合理性與調整問題：隨著澳門經濟特別是旅遊博彩業的興盛，各類不動產的租金普遍上漲。但由於缺乏有效的租金調整機制，這種持續的租金上漲對居民生活質量和中小企業的經營環境均造成了壓力；“租霸”現象的市場障礙：“租霸”是指那些不按合約履行義務的承租人，如逾期付租和拖延搬離等行為。這種行為不僅影響租賃市場的正常運作，而且由於訴訟過程緩慢且成本高昂，使得出租人面臨重大損失。這種現象使得出租人對於出租行為變得非常謹慎，進而抑制了市場的活力；租賃合同的監管不足，引發住宿亂象：租賃合同通常由出租人和承租人私下自由訂立，法律也允許轉租。這種監管不足的情況使得各種身份的人士均可進行租賃，從而導致租賃市場出現各種問題和混亂現象。

這些問題的出現促使澳門特區政府於 2017 年出台第 13/2017 號法律《修改〈民法典〉不動產租賃法律制度》（第 1 次修訂）；對不動產租賃合同簽訂時的形式要件和雙方協議終止合同時的形式要件予以明確，不動產租賃合同應以私文書訂立，且合同中之各簽名均須經公證認定，都市不動產租賃合同，載有該協議之文書須具有經對照認定之簽名。此外，明確了不動產租賃爭議仲裁中心可以獨立方式或在澳門現有機構性的自願仲裁中心下運作，該運作由行政長官批示予以規範。

（五）民事責任制度

為調整因貨幣貶值而早已不合時宜之風險責任最高限額，故通過第 36/96/M 號法令修改當時民法典第 508 條關於交通事故無過錯責任人侵權賠償的最高限額和第 510 條其他無過錯責任人侵權賠償的責任限額，兩個限額的上限均進行了大幅調整。

《澳門民法典》生效後，對此限額又進行了下調，現行法典第 501 條與之前的 508 條相比沒有變化，第 503 條對原 510 條進一步調整為每一事故中死亡或身體受傷害之每一人，上條所指責任之最高限額為有關強制保險之最低金額之十分之一，又或在無此強制保險之規定時為輕型汽車之汽車民事責任強制保險之最低金額，而最高總限額則為上述金額之十倍，對房地產造成損害的賠償責任限額也相應降低。其後，澳門通過第 20/2019 號法律正式廢除第 36/96/M 號法令。

四、澳門民法典物法制度的變遷

《澳門民法典》制定時，在物權法領域的修改主要包括刪除永佃權及農用房地產的分割和重新劃分，修改、更新或補充先占、添附、用益權、地上權、地役權以及將規範分層所有權的規定重新編入法典（1313 條至第 1372 條）。[49]

（一）永佃權制度移出民法典

核准《澳門民法典》的第 39/99/M 號法令在其第 25 條第 1 款明確規定：“新《民法典》開始生效後，凡在屬私產範圍之私人財產上新設定之永佃權均屬無效”。為此，《澳門民法典》從享用物權的類型中刪除了永佃權，而只認可四類享益物權，包括用益權、使用及居住權、地上權、地役

［49］ 澳門對於農用土地制度並無修訂，本地區面積細小及人口密度高，幾無農作業，可動用的地段及計劃填海取得的地段均主要作為都市用途，建築物的高空發展及城市舊有部分的佔用已達飽和，木屋及其他臨時建築物散布在無主土地上，離島地區有不少面積非細小的地段單憑私文書（所謂「紗紙契」）主張所有權或占有等等，均為澳門一些特有的情況。針對這些情況，七月五日第6/80/M號法律《土地法》予以特別規制，以期適應澳門現狀，符合澳門利益。後被第10/2013號法律取代，本法律訂定管理澳門特別行政區境內屬於國家所有的土地，尤其是在使用及利用方面的權利的設定、行使、變更、移轉及消滅的法律制度。

權。但第 39/99/M 號法令還允許已設定的永佃權繼續適用 1966 年《葡萄牙民法典》之相關制度。

葡萄牙自康乃馨革命後便廢止了永佃權制度，並於憲法層面內明確禁止有關制度，但廢止該制度的法規卻從未能延伸適用至澳門。直至《澳門民法典》出台，方才移除永佃權。但《澳門民法典》的這一做法並非是因為引入了葡萄牙的意識形態，而是在試圖使制度合理及簡單化。因單純形式上的廢除將會引來巨大的爭議。因為如果將永佃權制度完全廢除，那麼土地法上的長期租借制度卻也會因此喪失制度支持。所以最終《澳門民法典》也加以強調：永佃權制度並未廢除，僅僅是不得新設罷了。[50]

（二）分層樓宇管理的法律制度

分層樓宇管理的法律制度是社會民生高度關注的制度，在 1966 年民法典中，相關部分原屬物權卷、所有權編、分層所有權章的內容。不過就在回歸前不久，澳葡政府嘗試以制定單行法律的方式進行規管。第 25/96/M 號法律於 1996 年 10 月 1 日生效，通過 6 章共 48 條規定，包含了什麼是分層樓宇、分層所有人的權利及負擔、分層樓宇共有部份的管理、分層樓宇的登記等內容。

隨著澳門回歸，關於分層樓宇管理的法律制度內容便被重新放置到了民法典之中。然而，這一做法的弊端很快便凸顯出來，並在司法層面上產生了非常大的糾紛。因此，在社會的強烈需求之下，經過較為漫長的調研討論，相關制度再次修訂。澳門於 2017 年正式頒佈第 14/2017 號法律《分層建築物共同部分的管理法律制度》[51] 如此一來，分層樓宇中最為重要的部分即共有部分的管理再次由單行法規制。在半個世紀中，分層樓宇的有關制度實現了兩次由“入典”至“出典”的循環。

誠然，《澳門民法典》是澳門回歸過程中法律本地化的成果之一，第 14/2017 號法律涉及的制度本屬於《澳門民法典》的一部分，將其獨立出來會影響民法典的完整性。但當時提案人建議將這些規範從法典中分離出來，並將其重組為一個獨立的法律體系，是為了更專門和靈活地處理分層建築物的管理問題。澳門的都市房地產通常以分層所有權制度建設，獲得獨立單位的業權人同時成為樓宇共同部分的共有人。為提高樓宇共同部分管理的意識，特區政府一直進行宣傳活動並推出計劃來促進管理機關的成立。然而效果並不明顯，並且澳門持續的經濟發展給樓宇共同部分的管理帶來挑戰，尤其是面臨所謂的「一廈兩管」或「一廈多管」問題。

第 14/2017 號法律對共同儲備基金的管理、分層建築物的管理規章、廣告和招牌的安裝、業主大會的召開程序以及管理機構的組成要求等均有明確規定。為分層建築物的管理提供了清晰的指引，明確規定“管委會”的組成及作出法律行為的範圍、釐清“管委會”與提供樓宇管理服務公司的關係及權責，以及引入關於在樓宇共同部分進行工程的特別規則。避免過去出現的管理混亂，並確保大廈維修保養和管理費的及時收取，同時強化小業主的權益保障。新法的一個最獨特之處是加強了公權機關（即房屋局）的參與，這在某種程度上偏離了私法自治的原則，所以其最終抽離《澳門民法典》並以單行法形式規範也順理成章。[52]

澳門分層樓宇管理制度實施後所產生的效果是顯著的；在新法的推動與房屋局的努力下，所有新建分層樓宇以及大量舊樓都設立了管理機關，而樓宇管理權與管理費等糾紛亦有了較清晰的判決標準。此次“出典”順應了澳門的現實情況，切實解決了澳門的民生問題。這部立法的部分解決方

［50］ 參見唐曉晴：《澳門特別行政區土地法中的長期租借制度——以dominium directum和dominium utile的區分為視角》，載《北方法學》2012年第1期，第63-66頁。

［51］ 該草案建議稿的負責人乃本文作者。

［52］ 參見唐曉晴：《關於如何完善多層大廈管理的若干法律與非法律思考》，載《澳門新視角》創刊號，第46-48頁。

案甚至被葡萄牙的新立法仿傚。

（三）第 18/2022 號法律《都市更新法律制度》

澳門特區政府於 2006 年開始推動舊區重整的立法工作，期間社會上對“舊區”概念的清晰度和明確性提出了質疑。為此，政府轉向更全面的“都市更新”概念，這涵蓋了根據新的城市發展理念對城市的規模、功能區劃、空間布局和建築分佈進行整體檢視和更新。都市更新的目的是為了保留原有的城市價值，同時反映當代特色，有效利用土地，增強城市功能，並改善居住環境及城市風貌。隨後，“都市更新”被納入澳門的《2016-2020 五年規劃》中，主要關注的是澳門 30 年或以上樓齡的舊大廈。由於澳門面積小，且街道狹窄，使得找到大型土地進行重建較為困難。此外，許多舊樓宇的業權分散，有的業主已過世或無法聯繫，增加了自願重建的難度。儘管大型重建計劃具有商業吸引力，因為可以顯著增加建成面積並提供更大的功能用途彈性，但現實挑战令許多開發商選擇了較為簡單的建築修復和維護工作，而非全面重建。

2022 年，第 18/2022 號法律《都市更新法律制度》終於出台（第 3 次修訂），正式刪除了《澳門民法典》難以執行的第 1337 條（建築物的損毀），並設定啟動強制參與重建程序的業權百分比。例如樓齡滿三十年但未滿四十年，最低百分比為百分之八十五，但如該分層建築物由少於七個獨立單位組成，則最低百分比為百分之八十；樓齡滿四十年，最低百分比為百分之八十；分層建築物屬殘破或危害公共衛生及人身安全而被主管實體令拆卸，最低百分比為百分之六十。在立法過程中曾有對比例的合理性進行爭論：不僅取得部分百分比的所有權人同意，便可啟動強制參與重建程序，並且第 18/2022 號法律還進一步降低了所需同意者的比例，是否會導致侵犯私人所有權？[53] 但實際上，被強制參與重建的所有權人可透過必要仲裁制度對重建方案是否公平進行衡量，並且考慮到實際運行過程中，未有見到相關訴訟爭議，因此最終在尊重業主意願與都市更新的需求進行了平衡的原則下，都市更新法降低了這一比例要求，設定了一套具備可行性的重建程序。

（四）其他物權的更新

《澳門民法典》出台時已廢除一些與地理特點不相符的特定條款，如與河流、湖泊相關的規定。水權的相關條款也經過調整，刪除了不適用於澳門的某些條文，明確特定水流的私人所有權。用益權的規定也進行了修改，廢除樹木、礦場等的條款，重新定義用益權的期限和轉讓方式。修訂還明確了用益權通常假定為無償，且可選擇一次性支付或按年金方式支付。關於用益權的消滅，新增了若干條件，包括因未行使而縮短的期限、解除負擔後的時效獲得，以及在用益權人濫用權利的情況下，所有人可請求法院予以消滅。

地上權與役權的規定也經過了顯著調整以更符合澳門的實際需要。有關地上權規定，《澳門民法典》吸收了葡萄牙的經驗，容許地上權以地上或地下建造或保留工作物為標的，並明確排除了種植，同時取消了由國家或公法人設定的地上權規定，並去除了地上權在出售或代物清償時原所有人的優先權，反映了對法律上存在的優先權批評的接受。此外，地上權的設定現在也可以涵蓋地下結構，並可用於建立分層所有權制度的樓宇。至於地上權年金支付制度，則不再援引永佃權的規則，而是部分借鑒了用益權的規定。[54] 關於役權，刪除了多項與澳門特點不符的規定，例如涉及水利用的多條役權，並取消了行政方式設定的法定役權，同一人擁有供役地及需役地不再作為役權消滅的原因，而是允許在同一所有權下設定役權。

這些修訂不僅精簡了法典，更貼近澳門的社會及經濟實際，顯示了法律隨著時代而進行必要的調整。

---

［53］ 參見澳門特別行政區立法會第二常設委員會：第5/VII/2022號意見書。

［54］ 參見馬光華：《物權法》，唐曉晴譯，澳門大學法學院2000年修訂版，第307-311頁。

五、澳門民法典親屬與繼承制度的變遷

在民法典的各個制度中，婚姻家庭制度是最為價值敏感的。在二十世紀中期，葡萄牙還是一個傳統的天主教國家，其婚姻制度直接與教會法掛鉤，因而被譽為西方最保守的姻婚家庭制度。進入二十一世紀以後，整個人類社會的價值觀均急劇變化（尤其是在宗教、個人與家庭倫理方面），這些變化最終演變為政治動力，推動立法者實施制度改革。在此背景下，葡萄牙的親屬法修訂可謂是革命性的，通過改革，一下子從最保守的立法例變為最激進的立法例之一。

澳門的親屬法從一開始就放棄了與教會法掛鉤的方案，因而與葡萄牙法有本質上的不同，而回歸後的澳門在價值觀方面與葡萄牙已經大相徑庭，未受到葡萄牙親屬法激進改革的波及，反而因澳門人口結構及地理因素向鄰近地區的法制靠攏。

《澳門民法典》誕生於現代社會，彼時男女平等、未成年人保護的觀念已深入人心，在立法之初就已大量藉鑒了葡萄牙第 496/77 號法令以及當時婚姻家庭制度的規定，包括夫妻關係、權利義務、財產制、親子關係、收養等，增設並完善了以司法程序確認父親母親身份的規則、否認了僅提供生育物質的一方對所生子女享有親子關係、要求收養人必須在收養前已經通過司法或行政交托而照顧被收養人等。同樣，為了適應澳門社會、人口結構及價值觀，亦廢止天主教婚姻，減少結婚障礙，摒棄待婚期[55]，但礙於華人社會的傳統觀念，未對諸如同性婚姻等作詳細規定。

（一）婚姻財產制度

新民法親屬卷對夫妻財產制度進行了重要修改，引入了源自加拿大魁北克省、德國、北歐及美國一些州份的“取得財產分享制”（第 1581 條及續後條文）作為侯補財產制。在此制度下，夫妻雙方對婚前及婚後所得財產各自擁有所有權，包括管理、使用及處分權。然而，一旦婚姻關係結束，例如通過離婚或一方的死亡，或者夫妻雙方同意採用其他財產制度，那麼夫妻間在此期間各自增加的財產將進行評估，增加較多的一方需將多出的一半財產分給另一方。這種制度既保護了夫妻在婚姻期間的經濟獨立性，亦確保婚姻解除時的財產公平分配。[56]

《澳門民法典》亦增強了夫妻財產協議的靈活性，允許夫妻通過婚前協議選擇或自定財產制度，且取消婚前協議不可變更的限制 （Princípio de imutabilidade），引入婚後協議的概念，使夫妻可於婚後任何時候協議更改財產制。這些改革增強了夫妻之間的締約自由，使他們能更靈活地根據變化的生活情況和需要調整財產關係。此外，法典亦廢除了未有進行公佈程序或一方結婚人年逾 60 歲，其婚姻財產制度必須採用分別財產制的規定，亦廢止了司法分居及分產的規定，再次顯示立法者追求自由與公平的平衡。

（二）簡化結婚的要求

立法者對《澳門民法典》中關於結婚要件的相關條文（第 1478 條至第 1484 條）進行了簡化，包括取消了特定的結婚期間法律障礙，以及在確認婚姻當事人結婚能力的過程中免除了公告的要求。然而，《澳門民事登記法典》仍保留了兩項專門的程序，分別是處理結婚障礙程序（第 189 條至第 196 條）及免除障礙程序（第 197 條至第 199 條），確保結婚登記的法律要求得到妥善處理。這些改動旨在讓結婚過程更加順暢，同時減少行政負擔。《葡萄牙民法典》規定，姻親關係與血親

［55］ 葡萄牙僅於2019年透過第85/2019號法律（第77次修訂）廢除民法典中有關待婚期的規定，即第1604條b項及1650條第1款。

［56］ Guilherme de Oliveira, A reforma do direito da família de Macau, RLJ, ano 132.º, 1999, p.103-109.

關係都是相對禁止性障礙。在《澳門民法典》中，直系姻親已不構成相對禁止性障礙，只有直系血親及二親等內的旁系血親屬相對禁止性障礙。

（三）輔助生育制度的發展

澳門立法者早於 1999 年於《澳門民法典》第 1723 至 1728 條規範體外受精及相關生殖技術的制度。首先，這些新規定保障了透過醫學輔助生殖技術出生的孩子的親子關係不會因為生殖細胞的捐贈而引起爭議（第 1724 條），除非特定情況發生。此外，明文禁止任何第三方代孕協議的有效性（第 1726 條），並要求與孩子醫學輔助生育有關之人必須保密（第 1727 條），以及規定在使用已故人士的生殖物質時，不得認定該死者為孩子的法定父母。

雖然這些法律規範仍顯稚嫩，但無疑在確立體外受精及其他生殖技術的法律框架方面，為澳門法制向前邁出了重要一步，增強法律的明確性和可預見性，也在一定程度上保護了受孕兒童的權益。

回歸 24 年後，第 14/2023 號法律《醫學輔助生殖技術》於 2024 年 2 月 11 日正式實施，專門規範醫學輔助生殖技術的應用。根據法律規定，進行這些技術的地點必須是公立醫院或經衛生局局長特許的醫學輔助生殖單位，且設施需配備急救和婦科設備。法律明確列舉可實施的技術，包括人工授精、體外受精和胚胎植入前基因檢測等，並指出這些技術僅為補充性生殖方法。

使用者必須是具有澳門事實婚關係的夫妻，並需滿足特定條件，如年齡超過十八歲且無精神失常宣告等。醫學輔助生殖技術的使用僅限於診斷為不育的夫婦、治療遺傳性疾病或其他嚴重病症的情況。受益人必須在接受治療前提供書面同意，一旦治療開始，同意書將不可撤銷。

（四）完善收養制度

直至第 143/2015 號法律的出台，《葡萄牙民法典》仍把收養分為兩種制度：完全收養和不完全收養。在不完全收養中，之前的親屬關係不會消滅，被收養人也不會完全融入收養人的家族，被收養人可以在法律限制下維持之前的親屬關係，並在特定範圍內融入收養人的家庭，也就是同時存在自然親屬關係及與收養人家庭的關係。[57]《澳門民法典》出台時便刪除了“不完全收養”制度，只留下“完全收養”制度，更貼近中國傳統的立嗣觀念，將被收養人視為自己的子女，有助於澳建立符合中國文化情感需求的家庭倫理關係。

（五）繼承制度的修訂

在繼承法方面，鑒於技術性較高，原法典的解決辦法已足夠嚴謹，故變動亦較少。《澳門民法典》收窄了遺產中總體特留份的份額：非與卑親屬或尊親屬共同分享的配偶特留份由遺產的一半減至遺產的三分之一（第 1996 條）；配偶和子女或配偶和尊親屬的特留份共同分享時，特留份由遺產的三分之二減至一半（第 1997 條及第 1999 條）；倘若沒有生存配偶，子女由佔遺產的一半或三分之二的特留份視乎僅有一子女或兩名或以上而分別降至佔遺產的三分之一或一半（第 1997 條）；尊親屬共享的特留份（這裏指沒有卑親屬及生存配偶的情況），《澳門民法典》規定是遺產的一半或三分之一，現時則視乎是父母或第二親等或第二親等以後的尊親屬而分別降至佔遺產的三分之一或四分之一（第 1999 條）。

《葡萄牙民法典》第 2133 條規定，配偶在可繼承遺產之人中位列第四，依次後於直系血親卑親屬、直系血親尊親屬、兄弟姊妹及其直系血親卑親屬，而且配偶作為正當受遺贈人有權享有遺產的終生用益權。

《澳門民法典》修改了生存配偶的繼承地位，也賦予了與死者有事實婚關係的人法定繼承權，因而調整了其他法定繼承人的繼承順序。與死者有事實婚關係的人位於第三順序，優先於死者的兄

［57］ 尹思哲：《親屬法及繼承法教程》（第一冊），朱琳琳譯，澳門大學法學院2019年版，第288頁。

弟姊妹及其直系血親卑親屬、四等親內之其他旁系血親以及澳門特別行政區（第 1973 條）。歸扣制度亦有調整，目的是將子女及配偶一視同仁。此前，不對死者生前贈與配偶的財產進行歸扣，法典出台後明確將歸扣制度也適用於配偶。

六、結語

綜上所述，《澳門民法典》雖然在結構上與原來的葡萄牙民法典相差不大，但是在具體制度以及條文上已經作出了頗多修改，修改的範圍涵蓋了法典的全部五個編章以及一系列過渡規定。《澳門民法典》的修改主要有以下幾個原因：

第一，民法理論的更新（這裏指的理論更新主要以 20 世紀中後期葡萄牙學者對 1966 年《葡萄牙民法典》的觀察、批評與建議為依據，其中不乏對民法核心概念或基礎制度的調整，例如物的概念、意思表示、訂金與違約金以及預約合同等制度）。

第二，價值觀的改變（例如婚姻制度的完全世俗化）。

第三，科技、經濟和社會的新發展（例如電子簽名制度、分層所有權制度及租賃制度）。

當然，《澳門民法典》相對於《葡萄牙民法典》作出的更新以及其生效後頒布的修訂是否足夠完善，仍屬見仁見智，但至少展示了澳門民法制度並不是在法典化以後就靜止不動，而是積極地回應社會變遷的。

展望未來，澳門民法和民法學面對的挑戰仍然很大；一方面，還需繼續消化雙語運作所帶來的成本；另一方面，面對 21 世紀以來人類社會在經濟模式、科技、環境和價值等各個方面所發生的的急劇變化所帶來的新問題（例如，國際人權公約對禁治產制度產生的影響，胚胎、動物的法律地位爭議，輔助生育技術對人格權的影響，網上交易，數字財產權的規制，以及性別認同所引發的一系列法律問題），還需要澳門廣大法律工作者共同努力應對，而不是將責任推給歷史，畢竟特別行政區成立都已經滿二十五年了。

Abstract: This year marks the 25th anniversary of Macao's Reunion with its motherland. The Macao Civil Code, which was derived from the Portuguese Civil Code of 1966, has been continuously revised with the development of society, and has gradually developed a set of civil law system with Macao's characteristics. The development of Macao's civil law system not only reflects the updating of civil law theories, but also reflects the progress of society, technology and the economy, as well as the change of values. This article systematically reviews the development of Macao's civil law system after the return, with a view to reflecting on the existing system, better meeting the new challenges facing Macao's civil law in the future, and preparing for the next twenty-five years of a high degree of autonomy and the rule of law in Macao.

Key words: Macao Civil Code; Legal Succession; Legal Localization; General Provisions of Civil Law; Specific Provisions of Civil Law

（責任編輯：唐銘澤）

聚焦澳門刑法的改革之路
——以若干急需反思與完善的立法問題為視角

趙國強*

摘　要　作者旨在從法律改革的角度，針對澳門《刑法典》及特別刑法中若干值得反思與完善的立法問題進行論證、反思，並提出相關的完善建議。這些問題包括：關於輕罪立法，作者結合刑法的謙抑理念，對澳門刑法中相關輕罪的立法提出質疑，認為應當適當提高“入罪”門檻以及設置必要的“出罪”路徑。關於“輕微違反”，作者從大陸法系的“行政犯”入手，論證了澳門刑法中“輕微違反”的產生源頭，並指出“輕微違反”概念極易混淆違法行為之間的界限，刑法規定“輕微違反”實屬“得不償失”之舉，故建議廢除“輕微違反”概念。關於“刑罰之延長”，作者以1886年葡萄牙《刑法典》與1982年葡萄牙《刑法典》對“傾向性不法分子”的相關規定作切入點，對“刑罰之延長”制度提出質疑，認為該項制度明顯違反罪刑法定原則，應當廢除。關於罰金刑立法，作者借鑒了德國《刑法典》總則關於可將徒刑和罰金刑並科的授權性規定，對澳門《刑法典》關於徒刑和罰金刑的絕對選科制提出質疑，認為澳門《刑法典》應參照德國《刑法典》的立法模式，授權法官必要時可以並科罰金刑。關於附加刑立法，作者在列出澳門刑法中附加刑的立法特徵後，從附加刑的立法方式和立法內容兩個方面提出質疑，並提出在內容上應對澳門刑法中的附加刑進行歸類整理，在立法上應由澳門《刑法典》總則對附加刑作統一規定的立法建議。

關鍵詞　輕罪　輕微違反　刑罰之延長　罰金刑　附加刑

引言

澳門回歸之後，曾幾何時，法律改革成為廣大市民極為關注的一個社會熱點問題，而法律改革的重點就是要消除澳門原有法律的滯後性，使之適應澳門社會的發展，並向大陸法系先進的法學理論看齊，在此基礎上，逐步構建起一套足以反映澳門本地特色的法律架構體系。時至今日，在澳門回歸 25 周年之際，關於法律改革的呼聲似乎“銷聲匿跡”了，這是不是意味著法律改革的任務已經完成，或者說目標已經達到？當然不是。應當肯定，澳門回歸之後，澳門特區政府對法律改革給予了充分的重視，也傾注了大量的人力和物力，故而法律改革工作取得了很大的成績。但不容置疑

* 趙國強，澳門大學法學院客席教授，澳門科技大學法學院兼職教授、博士生導師。

的是，法律改革之路並沒有走完，尤其是在大法典的改革與完善方面，尚有很多改革工作等著我們去做。下面，筆者以一個長期從事研究澳門刑法的學者身份，不揣淺陋，就澳門刑法中若干急需反思與完善的立法問題，談幾點個人看法，以求教於學界同仁。

一、關於刑法謙抑性與輕罪立法

刑法必須保持謙抑理念，這在當代大陸法系刑法理論中已成為一項基本原則，[1]學者們通常稱其為刑法的“謙抑性原則”或“必要性原則”，在澳門本地也有一些葡國學者稱其為“比例原則”。刑法謙抑理念最通俗的解釋就是：由於考慮到刑罰是一種最嚴厲的處罰措施，因此要求立法者在制定刑法時必須盡力克制，要極其謹慎地使用刑罰。對某種違反法律秩序的行為，只要通過民事、經濟或行政等處罰措施即可有效控制和防範的，就不要輕易入罪。只有在不動用刑罰尚不足以維護法律秩序的前提下，才能將某種違反法律秩序的行為規定為犯罪。由此可見，刑法謙抑理念的核心是“罪的謙抑”，也就是反對“犯罪圈”的過度擴張化。刑法謙抑理念作為刑法的一種價值屬性，充分揭示了刑法的寬容性和補充性特徵，[2]體現了刑法的人性的一面。動輒入罪，不該入罪的也入罪，無論刑罰如何輕緩，都是一種過度干預，都會帶來侵犯人權的負面效應。

在大陸法系刑事立法中，儘管刑法的謙抑理念已取得學界共識，但由於大陸法系傳統的三階層犯罪論體系本身所具有的致命缺陷，使得刑法的謙抑理念在“罪的謙抑”方面很難得到全面的落實，甚至受到挑戰。大陸法系傳統三階層犯罪論體系最致命的缺陷就是不區分可罰的違法性和不可罰的違法性，在這種犯罪論體系結構中，只要行為具有了侵犯法秩序的違法性，無論大小，都足以成為“入罪”的依據。誠然，行為具有違法性是犯罪的本質特徵，但不區分違法性的大小或輕重，只要有違法性就可以“入罪”，這種觀點顯然不符合刑法的謙抑理念，如此一來，犯罪行為與民事、行政上的違法行為又有什麼本質的區別呢！正因為如此，學者們通過批判，明確提出，違法性必須區分可罰的違法性（或稱之為“可入罪的違法性”）和不可罰的違法性（或稱之為“不可入罪的違法性”）。尤其是在日本發生“一厘事件”[3]之後，可罰的違法性理論得到了很大的發展，甚至在理論上促成了大陸法系“二階層定罪論”[4]的興起，並且極大地推動了世界刑法領域的非犯罪化改革運動。

毫無疑問，在“罪的謙抑”中，與刑法謙抑理念密切相關的就是有關輕罪立法的理念。換句話說，面對某些比較輕微的違反法秩序的行為，立法者首先考慮的是要不要入罪，即便要入罪，還要考慮應在什麼情況下可入罪，也就是要設置一個合理的“入罪”門檻，或設置一種“出罪”的路徑。帶著這些問題我們來考察一下澳門刑法關於輕罪立法的理念，就會發現在澳門刑法的輕罪立法中，確實存在著一些需要我們反思和完善的問題。

---

［1］ 甚至有學者將刑法謙抑性原則同罪刑法定原則放在一起，視其為刑法最基本的原則之一。參閱季衛東、李潔等：《刑法謙抑在中國——四校刑法學高層論壇》，載《當代法學》2007年第1期，第3頁。

［2］ 所謂刑法的補充性，就是指刑法作為最後一道防線，只有當其他法律解決不了時，刑法才會“登場”，故謂之為“補充性”。

［3］ 所謂“一厘事件”，是指受當時的日本政府（專賣局）委託栽培煙草的被告人甲負有將生產的煙葉全部交給政府的義務，但其卻隨意吸食了其中一葉——按當時的價值值一厘錢。該事件被以違反煙草專賣法而起訴，但日本大審院最後否定了犯罪的成立。檢視“一厘事件”的背景，不難發現當時的日本刑法在定罪論體系上完全繼受了德國古典三階層定罪論體系，因而在違法性階層僅以具備違法性為必要條件，至於違法性的大小、程度則不在考慮範圍之內。

［4］ 所謂“二階層定罪論”，簡單地說，就是指分析行為是否構成犯罪，須從客觀的違法性和主觀的責任性兩個方面入手。

（一）關於要不要“入罪”

在要不要“入罪”問題上，澳門刑法對某些輕微的違反法秩序的行為，其“入罪”門檻明顯過低，不符合刑法的謙抑理念。舉例來說，澳門的《道路交通法》（第 3/2007 號法律）第 89 條規定了“逃避責任罪”，根據該條規定，凡“牽涉交通事故者意圖以其可採用的法定方法以外的其他方法，使自己免於承擔民事或刑事責任，科處最高一年徒刑或最高一百二十日罰金”，可見，在澳門刑法中，“逃避責任罪”是一個典型的輕罪。於是乎，立法者既然“開了口”，執法者就不得不嚴格執法，致使“逃避責任罪”在澳門幾乎成了一種“常見罪”。

筆者以《澳門日報》2023 年刊登的案件為例：2023 年 1 月 7 日報載，甲在駕駛重型電單車倒車離開時，車尾撞到乙的重型電單車左邊車頭後駕車離開，甲被控觸犯“逃避責任罪”。2023 年 7 月 6 日報載，一名澳門男子因開車撞及用作分隔行車道的“雪糕筒”不顧而去，涉嫌“逃避責任罪”移送檢察院偵辦。2023 年 11 月 1 日報載，一名七旬男子疑倒車時撞及後方汽車不顧離去，涉嫌“逃避責任罪”移送法辦。2023 年 11 月 4 日報載，一名年逾六旬本地男子因停泊電單車時不慎撞跌他人電單車而將其扶正後離去，案件移送檢察院偵辦。2023 年 11 月 29 日報載，一名香港男子因開車撞及一個符號標誌柱後駛離現場，另一名澳門男子因在停車時撞及他人車輛發現沒明顯損毀而離開現場，均以“逃避責任罪”移交檢察院偵辦。

筆者認為，諸如上述開車撞及他人車輛或財物後不顧而去的行為，確實有悖於做人的基本道德準則，但有沒有必要將其“入罪”，有沒有必要使其成為澳門現實生活中的“常見罪”，則值得我們反思。主要理由是：第一，雖然，犯罪行為與不道德行為之間並沒有一條明確的界限，但對於一般的、單純違反道德準則的行為，刑法不應該輕易介入，因為刑法不屬於單純以維護道德準則為宗旨的法律，比如，男子抱著不正確的戀愛觀與多名女子談戀愛、已成婚的男子或女子搞“一夜情”，對這些單純違反道德準則的行為，刑法不會介入。第二，對不道德行為，刑法更關注的是行為的性質以及刑法所要保護的法益。比如，盜竊、詐騙是不道德的行為，但由於此類不道德的行為主觀上是有意為之，也就是具有刑法上的故意，主觀危險性大，客觀上又侵犯了受刑法保護的財產法益，因此將此類不道德行為“入罪”就有了必要性和合理性。但對於“逃避責任罪”所涉及的不道德行為，其情況就不同了。因為無論是兩車相碰還是撞及他人車輛或財物，其行為都不是有意為之，談不上主觀危險性，即便會涉及他人的財產利益，但幾乎所有國家或地區的刑法，都不會將過失毀損他人財產的行為“入罪”。第三，將某種行為“入罪”，還必須全面考察除刑法之外的其他處罰措施。如果使用民事、行政等處罰措施就足以達到預防效果，就完全可以不採用刑罰措施，也就是不宜“入罪”，否則就是違反了刑法的謙抑理念。就“逃避責任罪”所涉及的行為性質而言，使用行政處罰措施明顯是合適的。第四，對於情節嚴重的逃避責任行為，澳門的《道路交通法》第 88 條“遺棄受害人罪”已規定了“入罪”機制，行為人將依法承擔刑事責任。

綜上所述，筆者建議立法者對《道路交通法》第 89 條規定的“逃避責任罪”有必要進行深入檢討，將其從“犯罪圈”中剔除出去，以行政處罰方式取而代之。值得一提的是，在有的英美法系國家，如英國會將“違章停車”、美國部分州會將“超速駕駛”視為犯罪，但這並不值得我們去效仿，畢竟兩大法系理念有所不同。這也說明開展非犯罪化改革運動對於強化刑法的謙抑理念、防止刑事司法氾濫具有重要的現實意義。

（二）关于轻罪的“出罪”路径

眾所周知，任何一種違法行為，在情節方面必然會有輕有重。在刑法中，對即便可“入罪”的比較輕微的違法行為，往往也會根據情節的輕重來設置一個“出罪”的路徑，這樣做的目的實際上也就是為了提高“入罪”的門檻，為了更充分地體現刑法的謙抑理念。筆者認為，在對輕罪如何設

置“出罪”路徑這個問題上，澳門刑法規定的某些輕罪確實也是值得我們反思的。

舉例來說，根據澳門《刑法典》第200條第2款規定，“將拾得或發現之他人之物，不正當據為己有者”，即構成“對拾得物之不正當據為己有罪”，可處最高一年徒刑，或科最高一百二十日罰金。此罪顯然也是典型的輕罪。對其稍加分析便可得知，這個罪的“入罪”門檻是相當低的，主要是因為立法者沒有為其設置任何“出罪”的路徑。換句話說，只要你撿到東西不還，無論多少，也不問你是否願意交出，即可定罪。於是，在澳門的刑事司法實踐中，此罪的發案率也可說是“榜上有名”了。在澳門，經常可以在報紙上看到“某某人撿到東西不還被查實而移送檢察院處理”的報導，大到撿一個手機或皮夾，值幾千元，小到撿一個“澳門通”，只值幾十元，從撿到東西的人來看，有本地居民，也有來澳門打工的外勞，本地居民中，有的都是六旬左右的老年人。有時在報紙上看到這些涉嫌犯罪的人——尤其是六旬左右的老年人——被送往檢察院的照片時，哪怕是背影，筆者作為一個刑法學者都會產生一種難以言表的感覺：有這個必要嗎？

將拾得物不正當據為己有的行為“入罪”非澳門“獨創”，其他國家或地區的刑法也有規定，但對此罪往往會設置一個“出罪”的路徑。比如，根據《中華人民共和國刑法》第270條第2款規定，將他人的遺忘物非法占為己有，數額較大，拒不交出的，會構成“侵佔罪”。由此表明，同樣是將拾得物不正當據為己有，在內地要“入罪”，其門檻就高多了，不僅要“數額較大”，而且還要“拒不交出”，符合這兩個構成要件的，才可“入罪”。這就是說，內地刑法為該罪設置了兩個“出罪”路徑，即數額不大或自願交出的就不會構成犯罪。相比之下，澳門刑法因對該罪沒有設置數額多少以及是否願意交出這樣的“出罪”路徑，所以對撿到東西的人來說，“入罪”的門檻就太低了。筆者認為，內地刑法為該罪設置“出罪”路徑是非常合理的，它不僅充分體現了刑法的謙抑理念，而且也在相當程度上展現出內地刑法人性的一面。須知，撿到東西不還的行為與盜竊、詐騙行為在性質上是不能相提並論的，兩者雖然都會涉及侵害他人財產關係，但前者是被動的無意得之，而後者是主動的有意為之，所以，為前者設置一個是否願意交出的“出罪”路徑，完全符合刑法的謙抑理念，這一點值得澳門立法者深刻反思。

（三）關於例外情況的“出罪”

在刑法中，有些本應“入罪”的輕微違法行為，基於某種例外情況也是可以“出罪”即不構成犯罪的，為此，立法者在將該等輕微違法行為“入罪”時，就要充分考慮到這種例外情況的出現，一旦出現，就要“出罪”。否則，將應該“出罪”即不應該“入罪”的例外情況也予以“入罪”，就會違反刑法的謙抑理念以及刑法本身所應體現的公正及合理性。

舉例來說，根據澳門《刑法典》第174條規定，因誹謗他人構成“誹謗罪”的，處最高六個月徒刑，或科最高二百四十日罰金，可見，“誹謗罪”也是一種典型的輕罪。為體現刑法的謙抑性和公正性，第174條第2款設置了一個“出罪”的例外情況，即如果行為人是為實現正當利益而作出歸責，且行為人能夠證明其所歸責的事實為真實的事實的，則不構成“誹謗罪”。這一例外性規定本來是符合世界立法潮流的，即基於主觀目的的正當性和事實的真實性可不構成“誹謗罪”，如意大利《刑法典》、日本《刑法典》都有類似的規定，但令人遺憾的是，澳門《刑法典》第174條第3款又對第2款規定的可“出罪”的例外情況給予了否定，即如果行為人歸責的事實是關於私人生活或家庭生活隱私的事實的話，則第2款規定的可“出罪”的例外情況就不再適用。比如，在議員選舉過程中，甲出於實現正當利益的目的，在報刊上揭發參與競選議員的乙私生活不檢點、對家庭不負責任的真實事實，在此情況下，哪怕甲歸責目的具有正當性，所披露事實具有真實性，甲也會構成“誹謗罪”。

筆者認為，澳門《刑法典》第174條第3款規定是一個令人極其驚訝的規定，這涉及到公共利

益和個人隱私之間的價值取向問題。須知，在這個問題上，除葡萄牙外，幾乎所有大陸法系國家或地區的刑法，都毫無例外地表達了以社會公共利益為重的價值取向。比如，根據日本《刑法典》第 230 條之 2 第 1 款規定，當歸責的事實“經認定是與公共利益有關的事實，而且其目的純粹是為謀求公益的，則應判斷事實的真偽，證明其為真實時，不處罰”。但從澳門《刑法典》第 174 條第 3 款規定來看，似乎只要歸責的事實是關於私人生活或家庭生活隱私的事實，不管行為人目的是否為了實現正當利益，也不管歸責的事實是否真實，都不能阻卻“誹謗罪”的成立。像這種將社會公共利益完全置於個人隱私之下的價值取向，難道不值得澳門立法者反思嗎？

綜上所述，在輕罪立法問題上，如何堅持刑法的謙抑理念，嚴格、科學地掌控好“入罪”標準，合情合理地設置“出罪”路徑，這是一個非常重要的值得澳門立法者反思的問題。曾有學者根據“罪與刑”與“嚴與厲”的對應關係，將罪刑結構分為“嚴而不厲”和“厲而不嚴”兩種組合。[5] 這裏講的“嚴”，當然是指由刑法組成的刑事法網，而所謂“厲”，則指刑罰的輕重程度。筆者認為，將罪刑關係籠統、簡單地劃分為“嚴而不厲”和“厲而不嚴”兩種類型，缺乏科學性，不符合刑法的謙抑理念，且具有誤導性。以“嚴”為例，刑事法網難道一定是越“嚴”越“好”嗎？難道把一些違法程度顯著輕微，或把一些完全可以通過刑罰以外的處罰措施來解決的違法行為，統統升格為犯罪，以此來建立起一張“嚴密”的刑事法網，這樣的罪刑結構就是“完美”的罪刑結構嗎？當然不是。如果“嚴而不厲”是指這樣的意思的話，那刑法的謙抑性又從何談起。很顯然，當我們講“嚴而不厲”的罪刑結構時，這個“嚴”字應當是有“分寸”的，也就是“嚴”字必須嚴格遵守刑法的謙抑理念，“嚴”字要符合社會發展的實際情況，“嚴”字要有利於保障基本人權，否則，“嚴”字過了頭，這樣的刑法就會變成“惡法”，就會不適當地侵犯人權。英國哲學家邊沁有一句名言，稱“溫和的法律能使一個民族的生活方式具有人性，政府的精神會在公民中間得到尊重。”[6] 這句話雖沒有直接提及刑法的謙抑性，但刑法的謙抑理念已根植於其哲理之中。

二、關於“輕微違反”制度的取捨

澳門《刑法典》第一卷第七編標題是“輕微違反”。所謂“輕微違反”，就是指“單純違反或不遵守法律或規章之預防性規定之不法行為”，對“輕微違反”，不得科處超逾六個月的徒刑。澳門《刑法典》所規定的“輕微違反”是一種很難界定其違法性質的違法行為。

首先，就刑事犯罪而言，“輕微違反”雖因與刑罰掛鉤，被抹上了刑事違法的色彩，但它與普通犯罪又有很大的區別。如對普通犯罪而言，過失作出的行為必須是法律有特別規定的才會構成犯罪，但對“輕微違反”來說，有過失就必須受到處罰。正因為如此，《刑法典》第七編一方面規定對犯罪所作之規定適用於“輕微違反”，另一方面又規定對“輕微違反”的不法行為若可科處超逾六個月徒刑的，則不再是“輕微違反”，而被視為犯罪，此外還特別規定如果同一行為既構成犯罪又構成“輕微違反”的，則以犯罪處罰行為人。於是，澳門的刑事犯罪因有了“輕微違反”這一不倫不類的違法行為的介入就變得複雜起來，以至於“輕微違反”究竟是不是刑事犯罪，成了一個說不清、道不明的難題。[7]

---

［5］ 參見何榮功：《輕罪立法的實踐悖論與法理反思》，載《中外法學》2023年第4期，第947頁。

［6］ 屈學武：《正確理解刑法的謙抑性原則》，載光明網2003年11月4日，https://www.gmw.cn/01gmrb/2003-11/04/12-D8BCA9ED06FA2AB548256DD30080A1F7.htm。

［7］ 為此，在澳門刑法學界，有學者認為，澳門的刑事犯罪可分為兩類：一類是普通犯罪，另一類是“輕微違反”性質的犯罪。

其次，就行政違法而言，澳門《刑法典》對“輕微違反”所下的定義，其實與澳門的《行政上之違法行為之一般制度及程序》（第 52/99/M 號法令）所規定的行政違法行為的定義是完全相同的，因為根據該法令第 2 條第 1 款規定，“行政上之違法行為系指單純違反或不遵守法律或規章之預防性規定之不法事實”，唯該條又將行政違法行為與“輕微違反”作了明確區分，即規定凡構成行政違法行為的事實必須“不具輕微違反性質，且規定之處罰屬金錢上之行政處罰，稱為罰款”。由此可見，如果我們將澳門《刑法典》關於“輕微違反”的規定與《行政上之違法行為之一般制度及程序》第 2 條第 1 款關於行政違法行為定義的規定進行比較就不難發現，在澳門的違法行為體系結構中，對“輕微違反”的處罰是六個月以下徒刑（刑罰），對行政違法行為的處罰是罰款（行政處罰），兩者概念相同，性質則明顯不同。但令人費解的是，《行政上之違法行為之一般制度及程序》第 2 條第 2 款又規定，“稱為行政上違法行為之不法事實，如可處以徒刑，則視為犯罪；如可處以可轉換為監禁之罰款，則視為輕微違反”。請問：這裏講的“可轉換為監禁之罰款”究竟是罰款還是罰金？從澳門的立法實踐來看，如果說以前舊的法律對“輕微違反”的處罰還使用罰款的話，回歸後新制定的法律則對“輕微違反”的處罰都是使用了罰金，哪里還有罰款？[8] 於是，對“輕微違反”究竟是處以罰款還是罰金，連立法者都搞不清，又何況一般市民呢！“輕微違反”究竟是不是行政違法行為，又有了說不清、道不明的關係。

筆者認為，對澳門《刑法典》所規定的“輕微違反”究竟應當怎麼看，是保留還是廢除，最關鍵的是先要搞清楚澳門《刑法典》中的“輕微違反”究竟是怎麼來的。

十九世紀初，歐洲大陸法系國家的刑法典中出現了關於違警罪的規定。比如，根據 1810 年法國《刑法典》規定，犯罪可分為重罪、輕罪和違警罪，對違警罪處以刑罰，監禁最低為一日，最高不得超過兩個月，為此，法國還設立了專門受理違警罪案件的警察法庭，以便於將違警罪和普通犯罪分開。1871 年，德意志帝國《刑法典》也將犯罪分為重罪、輕罪和違警罪三類，由此違警罪問題就引起了大陸法系刑法學界的關注和研究，很多學者基於違警罪的性質，往往也將違警罪稱之為“警察犯”。1902 年，德國學者郭特希密特撰寫了《行政刑法》一書，書中將“警察犯”的概念替換為“行政犯”，從而在大陸法系刑法學界引起了關於“刑事犯”（犯罪）與“行政犯”（“警察犯”）的性質究竟如何界定的爭議風波，並形成三種不同的觀點：一種觀點認為“行政犯”的性質就是一種具有刑事違法性質的“刑事犯”，另一種觀點認為“行政犯”的性質就是具有行政違法性質的違法行為，還有一種觀點認為“行政犯”的性質具有雙重性，即既具有刑事違法性質，也具有行政違法性質。此爭議風波一直延續不斷，誰也說服不了誰，以至對“行政犯”性質的界定一直是大陸法系刑法學界面臨的重大難題，有學者甚至悲觀地將其視為一個“導致刑法學者絕望”的議題。

有爭議不等於沒有改革的措施，這種改革主要表現為德國模式的行政違法性質的改革和日本模式的刑事違法性質的改革。比如，德國刑法通過改革，在 1975 年重新頒佈的德國《刑法典》中，刪除了原刑法典第 29 章規定的全部違警罪，並將其“一分為二”，即原違警罪中的一部分違法行為納入《刑法典》輕罪體系中規定，原違警罪中的另一部分違法行為則統一放到同年制定的《秩序違反法》中規定，由此就開始了德國《刑法典》規定的“刑事犯”與《秩序違反法》規定的“行政犯”的分離。受德國“行政犯”立法的影響，其他國家如奧地利、捷克和匈牙利也相繼制定了《行政刑法典》。這些國家的“行政犯”雖規定於行政刑法之中，並冠以“犯罪”之名，但其性質上還是屬於行政違法行為。

［8］ 事實上，在澳門現行的法律體系中，對“輕微違反”都是科處罰金，而後特別規定對“輕微違反”所規定的罰金可按《刑法典》的規定易科徒刑，如《道路交通法》所規定的“輕微違反”。

在日本，有關“行政犯”的立法也得到了發展。二戰後，在日本逐步形成了不同於傳統大陸法系國家的、具有融合特點的新大陸法系體系，包括獨具特色的“行政犯”理論與立法體系。[9] 日本採用了分散式刑事立法模式，在行政刑法中完整規定了罪刑內容的刑事責任條款，目的是為了體現行政刑法與刑法典的分立關係；在此立法理念下，日本行政刑法最明顯的改革成果就是在日本《刑法典》之外制定了一部《輕犯罪法》。顯然，日本學界對“行政犯”的研究重點在於是以“行政法指導原理的合目的性”為主，還是以“作為刑法指導原理的法的安定性”為核心，而從日本的《輕犯罪法》來看，後者成為主流觀點。[10]

綜上所述，我們可以毫不猶豫地判斷，澳門《刑法典》中的“輕微違反”完全源自當時法國、德國《刑法典》中的違警罪，相當於大陸法系中的“警察犯”或“行政犯”。瞭解了“輕微違反”的歷史淵源，並結合澳門的實際情況，筆者認為，澳門《刑法典》中關於“輕微違反”的規定以及相關單行法律中規定的“輕微違反”實有刪除、廢止之必要。主要理由如下：

第一，從理論上分析，關於由違警罪、“警察犯”演變而來的“行政犯”，就其性質而言，學者們爭論了數十年一直未有定論，而從各個國家或地區的立法實踐來看，既有按行政違法認定的，如德國，也有按刑事違法認定的，如日本，當然，更有不少國家或地區根本就沒有“行政刑法”所涉及的“行政犯”問題，刑事違法和行政違法涇渭分明，犯罪就是犯罪，行政違法就是行政違法，如中國內地。因此，既然“行政犯”的性質是一個極其複雜的問題，理論上有分歧，立法上不一致，那麼，對澳門這樣一個法學理論基礎相當薄弱、法學人才極其匱乏的地區，當以不趟這種“渾水”為妥。

第二，從 1982 年的葡萄牙《刑法典》考察，“輕微違反”並非是葡萄牙刑事立法的傳統，因為葡萄牙《刑法典》實際上也經歷了一個從有到無的過程。澳門回歸前，在澳門地區適用的 1886 年的葡萄牙《刑法典》確實規定了“輕微違反”制度，但 1982 年的葡萄牙《刑法典》則廢止了“輕微違反”制度。[11] 澳門某大學一位刑法教授去葡萄牙訪問時，曾就“輕微違反”問題同一位葡萄牙學者討論，當這位葡萄牙學者聽說澳門《刑法典》居然還有關於“輕微違反”的規定時，感到十分驚訝。至於當時葡萄牙學者受託為澳門地區起草澳門《刑法典》時，為什麼明知 1982 年的葡萄牙《刑法典》已廢止了“輕微違反”制度，卻還要參照 1886 年的葡萄牙《刑法典》繼續保留“輕微違反”制度，我們實在是不得而知。澳門法律源自葡萄牙法律，這是不爭的事實，既然如此，為什麼人家都已不用了的制度，我們還要當“寶貝”一樣抱著不放呢。

第三，從實際效果來看，廢止“輕微違反”決不會引起什麼法律適用上的“地震”。從目前立法情況來看，澳門《刑法典》總則第七編只是對“輕微違反”的一般制度作出了原則性的規定（一共才 5 個條文），具體的“輕微違反”行為都是規定在其他單行法律之中。但事實上，單行法律規定有“輕微違反”的情況並不多，大多數單行法律要麼是規定了刑事犯罪和行政違法行為，遠的如《個人資料保護法》（第 8/2005 號法律），近的如《醫學輔助生殖技術》（第 14/2023 號法律）；要麼是只規定了行政違法行為，如《聘用外地雇員法》（第 21/2009 號法律）和《禁止非法提供住宿》(第 3/2010 號法律)。即便是少數規定了犯罪、“輕微違反”和行政違法三種違法行為或只規定了“輕微違反”和行政違法兩種違法行為的單行法律，其對“輕微違反”的處罰也都是罰金

［9］ 參見陳金林：《法定犯與行政犯的源流、體系地位與行刑界分》，載《中國刑事法雜誌》2018年第5期，第25-42頁。

［10］ 參見周佑勇、劉艷紅：《行政刑法性質的科學定位（上）——從行政法與刑法的雙重視野考察》，載《法學評論》2002年第2期，第58頁。

［11］ 因政治方面的原因，1982年的葡萄牙《刑法典》並沒有延伸到澳門地區生效，在1996年之前，澳門地區仍然適用已被葡萄牙廢止的1886年的葡萄牙《刑法典》。

刑。前者如《道路交通法》（第 3/2007 號法律），該法就比較典型的規定了 5 種犯罪、12 種“輕微違反”和其他行政違法行為。[12] 對“輕微違反”科處罰金最低是澳門幣 600 元，最高是澳門幣 25000 元，然後特別規定罰金可按《刑法典》的規定易科徒刑。後者如《勞動關係法》，該法第 85 條規定了“輕微違反”，對“輕微違反”可處以澳門幣 20000 元至澳門幣 50000 元的罰金，該等罰金可按《刑法典》的規定轉換為監禁；該法第 88 條則規定了行政違法行為，對行政違法行為可處以澳門幣 5000 元至澳門幣 10000 元的罰款。由此可見，一旦在澳門《刑法典》中廢止了“輕微違反”，則只要在規定有“輕微違反”的單行法律中，將“輕微違反”修訂為行政違法行為並科以罰款即可，立法上並不複雜。如果認為個別“輕微違反”性質嚴重，足以規定為犯罪的，就按普通犯罪處理。至於在個別訴訟法典如《刑事訴訟法典》和《勞動訴訟法典》中有關於“輕微違反”訴訟上的若干規定，也不是什麼問題，一旦“輕微違反”實體制度被從違法行為體系中剔除了，訴訟方面的規定又有什麼保留的必要呢！

第四，從司法實踐考察，廢止“輕微違反”有利於減輕、緩和澳門司法機關的結案壓力。以澳門初級法院為例。據澳門法院網站統計資料顯示，2022 年度澳門初級法院受理刑事案件一共是 5927 宗，其中包括合議庭普通刑事案 2083 宗，獨任庭普通刑事案 2301 宗，簡易刑事案 132 宗，簡捷刑事案 14 宗，“輕微違反”案 1397 宗。可見，“輕微違反”案件在所有刑事案件中的占比是相當高的，幾乎達 24%。澳門初級法院共有 32 名法官，負責刑事審判的法官是 17 名，本來壓力就很大，再加上這麼多“輕微違反”案，壓力可以說“火上澆油”。如果廢止“輕微違反”，將其轉化為行政違法行為，這對於舒緩澳門司法機關的壓力顯然是有幫助的。

三、關於罪刑法定與“刑罰之延長”制度

澳門《刑法典》總則第三編第五章規定了“刑罰之延長”制度，“刑罰之延長”制度適用的主要對象是“傾向性不法分子”。對此類“傾向性不法分子”來說，當行為人以往曾故意實施兩個或兩個以上犯罪，且每一犯罪被科處超逾兩年實際徒刑的，在刑滿或首次延長期屆滿時，法院經考慮案件情節、行為人人格及服刑期間的表現等因素後，若認為行為人一旦獲釋仍不能以對社會負責之方式生活而不再犯罪屬有依據的，就可以三年為期延長刑罰，連續延長兩期為限。此外，“刑罰之延長”制度也可以適用於“酗酒者及等同者”。

要準確認識“刑罰之延長”制度的來龍去脈，首先必須瞭解的一個理論問題就是如何看待刑罰與保安處分之間的關係。在大陸法系刑法理論中，主流觀點認為，保安處分不是刑罰，它是對刑罰的補充，目的是為了彌補刑罰的不足。比如，精神病人殺了人，你不能對其科處刑罰，但可將其收容於特定場所，以防其繼續危害社會。為此，學者們一致認為，雖然從終極目的來說，刑罰與保安處分的目的並無本質的區別，都是為了保護社會的安全，但兩者在適用的條件及依據上還是有著很大的差別，不能相提並論。刑罰針對的是已經實施的犯罪行為，也就是已然的犯罪行為，而保安處分針對的是具有人身危險性的人，也就是未然的犯罪行為。正如德國學者羅克辛所說，“對於報應理論來說，刑罰著眼於過去的行為並且指向罪責，而保安處分是面向未來並且僅僅用於防止將來的危險”。[13] 由此可見，適用刑罰，前提是行為人必須作出了某種觸犯刑法的行為，但適用保安處

［12］ 根據《道路交通法》規定，凡觸犯該法律的違法行為，如不構成該法所規定的犯罪或不構成該法所規定的“輕微違反”的，則一概被視為行政違法行為。

［13］ [德]克勞斯羅克辛著：《德國刑法學總論（第1卷）》，王世洲譯，法律出版社2005年版，第52頁。

分，並不以行為人作出某種觸犯刑法的行為為條件，而只是以行為人通過以往的危害行為所表現出來的對社會的人身危險性為條件，這已成為刑法理論界的共識。

圍繞著刑罰與保安處分的適用條件，對諸如累犯、慣犯、職業犯等“傾向性不法分子”如果刑罰執行完畢但仍然具有人身危險性的，究竟是釋放還是繼續關押，理論上有不同的觀點，立法上也有不同的處置。一種觀點認為，此類“傾向性不法分子”因刑滿後並沒有作出已然的犯罪行為，失去了對其適用刑罰的前提，所以不能再對其延長刑罰，但可以換個地方繼續關押，這種關押不是刑罰，而是保安處分，如德國《刑法典》專門為此類“傾向性不法分子”規定了繼續關押在特定場所的名為“保安監禁”的保安處分。另一種觀點則認為，保安監禁屬於“變相”地適用刑罰，故延長刑罰與保安監禁無本質區別，對此類“傾向性不法分子”延長刑罰，目的也是為了保衛社會。如1886年的葡萄牙《刑法典》顯然採納了後者觀點，故規定了“刑罰之延長”制度。

筆者認為，要對澳門《刑法典》規定的“刑罰之延長”制度作一個客觀的、公正的評價，我們可以從以下三個方面進行剖析：

（一）葡萄牙《刑法典》立法模式的演變

如上所述，1886年的葡萄牙《刑法典》明確規定了“刑罰之延長”制度，但其刑罰延長的期限經歷了一個從“無期限”向“有期限”的轉化過程。如根據1954年的葡萄牙《刑法典》第67條規定，“對具有危險及難於糾正的不法分子適用重監禁及監禁的刑罰，將以3年為一期連續延長刑罰，直至被判刑者顯示出能夠適當以誠實方式生活或不再具有危險為止”，這無疑是一種“無期限”延長刑罰制度。但1972年經過修訂，葡萄牙立法者針對“傾向性不法分子”，又將“無限期”的延長刑罰制度修訂為“有期限”的延長刑罰制度，明確規定每期可延長3年監禁，最多延長兩期。[14]

到了1982年重新修訂葡萄牙《刑法典》時，“刑罰之延長”制度則被廢止了，取而代之的是一種“相對不定期刑”制度。根據1982年葡萄牙《刑法典》總則第三編第五章規定，“對因為故意實施犯罪而應當被判處超過2年實際徒刑的罪犯，如果其以往曾實施了兩個或兩個以上均已被或者將被判處超過2年實際徒刑的故意犯罪，並且對其所實施的行為和行為人的人格同時進行評估顯示其在被判刑時仍然具有明顯的犯罪傾向的，適用相對不定期刑”。而“相對不定期刑”的下限為適用於所實施犯罪的法定最高刑的三分之二，上限為該犯罪法定最高刑再加6年，但總和不得超過25年。如果任何先前所犯之罪的實施距後罪的實施超過了5年，則該先前所犯之罪不再考慮在內。行為人被剝奪自由的期間，不計入在該5年期間內。[15]很顯然，根據這種“相對不定期刑”的立法模式，葡萄牙法院在對符合法定條件的“傾向性不法分子”量刑時，並不會判決一個確定的刑罰，而只會判決一個有上、下限幅度的相對不定期刑，在這個相對不定期刑幅度內，被告人什麼時候可以“出獄”，須由法院對其人身危險性作出評估後才能決定。

由此自然會產生一個問題：葡萄牙立法者為什麼在對待“傾向性不法分子”問題上，其立場會從“刑罰之延長”制度轉化為“相對不定期刑”制度呢？據有的葡萄牙學者解釋，葡萄牙立法者之所以棄舊的“刑罰之延長”制度不用而採用新的“相對不定期刑”制度，除了是要規避國內理論界對“刑罰之延長”制度的批評（如認為被延長的刑罰乃是一種披上了刑罰外衣的保安處分）外，最重要的原因還是受到二次世界大戰後新的相關刑事政策的影響所至，因為這種新的刑事政策主張可以將刑罰與保安處分“合一”在“相對不定期刑”模式之中，它既可以避免受到將保安處分刑罰化的批評，同時也可以使監獄更自覺地承擔起對罪犯實施再教育的責任，鼓勵不法分子努力改造自

［14］ 參見[葡]Manuel Leal-Henriques：《澳門刑法典注釋及評述》，盧映霞、陳曉暳譯，法律及司法培訓中心2019年版，第334頁。

［15］ 參見陳志軍譯：《葡萄牙刑法典》，中國人民公安出版社2010年版，第37-38頁。

己。正因為如此，有葡萄牙學者將這種“相對不定期刑”制度稱之為是刑罰和保安處分“在實務上的一元論”，並認為“儘管形式上所呈現的是一種刑罰，但是實質上是一種保安處分”，其“實務上的目的是要使囚犯接受唯一的處罰種類……，即便處罰所包含的部分已不再是刑罰，而是保安處分亦然”。[16]

（二）澳門《刑法典》對“刑罰之延長”制度的維持

在澳門過渡期進行的葡萄牙五大法典本地化過程中，澳門《刑法典》的本地化首當其衝。[17]當時澳門《刑法典》草案的起草背景是：1982年葡萄牙新的《刑法典》頒佈後，葡萄牙政府考慮到澳門回歸即將擺上中葡關於澳門前途的議事日程，因而決定新的1982年葡萄牙《刑法典》不再延伸至澳門地區生效，澳門地區繼續適用舊的1886年的葡萄牙《刑法典》，而這部舊的葡萄牙《刑法典》如前所述對“傾向性不法分子”採用的是“刑罰之延長”制度。

澳門《刑法典》草案的起草者為葡萄牙著名刑法學家迪亞斯教授。針對“傾向性不法分子”，迪亞斯教授原本是“相對不定期刑”制度的擁護者，他一直認為，“不論是因為不定期刑在任何情況下均存在不可逾越的最高期限，對被判刑人的權利與保障的保護更為優勝，還是因為，在刑罰執行上讓東西變得更容易及簡潔，使融入社會顯得更有利”。[18]但遺憾的是，結果在澳門《刑法典》草案的起草過程中，迪亞斯教授對“傾向性不法分子”並沒有參照1982年葡萄牙《刑法典》的立法模式採用“相對不定期刑”制度，而是繼續採用了1886年葡萄牙《刑法典》採用的“刑罰之延長”制度。正如當時的澳葡政府代表在向當時的澳門立法會引介通過澳門《刑法典》的立法許可法律時指出的那樣，“就有關所謂的相對不定期刑制度，該制度在葡萄牙生效，並旨在解決因危險性而歸責的被判刑人士在服刑後仍然存在危險性狀態的問題，當時的執行權明確排除了該方案。FIGUEIREDO DIAS教授的草稿並沒有規定該制度，而所引入的是目前在澳門生效的能延長刑罰的制度。在服刑後如有強烈懷疑該人仍不具備條件獲釋，可延長刑罰”。[19]

那麼，究竟是什麼原因促使當時的澳葡政府不接納新的“相對不定期刑”制度而要採用舊的“刑罰之延長”制度呢？據有的葡萄牙學者解釋，“比較真實的原因或許是，當局之所以強烈選擇此制度是因為擔憂透過不定期刑模式會使負責服刑的實體的權力過剩，從而影響到司法當局；另一方面，也基於當時政府不願意冒險採取一個與之前不相同的模式，以及當時意識到本地司法官比較年輕和缺乏經驗（同時亦考慮到沒有一個專門法庭——刑罰執行法庭——來處理）；此外，亦基於擔心負責服刑的行政部門初期在制度及技術方面未能有效及毫無閃失地確保工作達標，以及刑事司法行政未能達到一個非常嚴緊的制度所要求達到的目的，再者亦未有任何實踐經驗”。[20]

（三）評析與建議

坦率地說，筆者對葡萄牙學者的上述解釋抱深信不疑的態度，因為當時的澳葡政府不可能也沒有這個能力從刑法專業的角度就“傾向性不法分子”的處置問題作出合理、專業的判斷。也正是在當時的澳葡政府的干預下，澳門《刑法典》草案的起草者迪亞斯教授才違心地在澳門《刑法典》中

［16］ [葡]Manuel Leal-Henriques：《澳門刑法典注釋及評述》，盧映霞、陳曉疇譯，法律及司法培訓中心2019年版，第334、338頁。

［17］ 當時的澳葡政府於1993年向中葡聯合聯絡小組提交了澳門《刑法典》草案，經中葡磋商後，該草案由當時的澳門總督以法令頒佈，並於1996年1月1日正式生效。

［18］ [葡]Manuel Leal-Henriques：《澳門刑法典注釋及評述》，盧映霞、陳曉疇譯，法律及司法培訓中心2019年版，第339-340頁。

［19］ [葡]Manuel Leal-Henriques：《澳門刑法典注釋及評述》，盧映霞、陳曉疇譯，法律及司法培訓中心2019年版，第339頁。

［20］ 同上註，第340頁。

繼續採用舊的“刑罰之延長”制度。

關於這個問題，筆者的觀點很明確，即對“傾向性不法分子”採用“刑罰之延長”制度是不妥當的，應當加以改變。因為哪怕是有期限的延長刑罰，都是明顯違反了罪刑法定基本原則的。眾所周知，罪刑法定基本原則作為法治社會最基本的一項刑事政策，它起碼包含三重意思：一是沒有行為就沒有犯罪，二是什麼樣的行為可以構成犯罪要由法律明確規定，三是刑罰只能適用於作出犯罪行為的人。而就“刑罰之延長”制度考察，當犯了罪的人在刑滿後，單憑其具有人身危險性就繼續延長、適用刑罰，上面三重意思哪一點都不符合，連行為都沒有，怎麼可以動用刑罰呢？把保安處分直接當作刑罰來適用，這是違反罪刑法定原則的。澳門是一個法治社會，不僅基本法規定了罪刑法定原則，[21] 而且澳門《刑法典》也有明確規定。[22] 澳門回歸已有 25 年，而澳門《刑法典》仍然這樣公然地違反罪刑法定基本原則，難道不值得立法者反思嗎？想當初，德國《刑法典》對“傾向性不法分子”採用保安監禁的保安處分都受到歐洲人權法院的批評，且被德國憲法法院判定有違憲之嫌，[23] 更何況“刑罰之延長”制度呢！

有鑒於此，筆者建議，澳門立法者應當在罪刑法定基本原則的引導下，實有必要當機立斷，對“傾向性不法分子”廢除“刑罰之延長”制度，即便是為了保護社會，也不應以犧牲罪刑法定基本原則為代價。至於刪除後對“傾向性不法分子”究竟採取何種刑事措施，筆者也不贊成採用現行葡萄牙《刑法典》規定的“相對不定期刑”制度，而是建議在澳門《刑法典》第三編第六章規定的保安處分種類中，增設“保安監禁”性質的保安處分，其適用對象就是“傾向性不法分子”。這樣，把保安處分與刑罰明確分離，比起葡萄牙《刑法典》將刑罰和保安處分按“實務上的一元論”處理形成的“相對不定期刑”來說，應該是更為合理。當然，基於德國《刑法典》規定“保安監禁”的“前車之鑒”，在澳門《刑法典》中設置“保安監禁”的保安處分時，要明確規定監禁機構的性質是對行為人進行矯正和再教育，監禁的期限也必須是有期限的監禁。

四、關於刑罰目的與罰金刑選科制

在大陸法系刑法理論中，關於刑罰的目的，素有“報應刑”論和“教育刑”論兩種觀點。但不管是“報應刑”還是“教育刑”，在懲治和預防犯罪這一點上並無分歧，即對犯罪人科處刑罰，既要使犯罪人得到應有的懲治，同時也要突出刑罰的一般預防和特別預防作用，這就是刑罰目的的雙重性理論。

（一）徒刑和罰金刑關係的立法模式

與剝奪自由的徒刑相比，罰金刑作為一種財產刑，在實現刑罰目的方面，有其獨特的長處，這種長處主要表現在二個方面：一是對於一些輕罪（尤其是過失犯罪）而言，適用罰金刑不僅可以避免監獄內的惡性感染，不影響家庭關係而有助於犯罪人的社會適應化，而且經濟上也可為政府節約行刑開支。二是對於貪利性犯罪尤其是嚴重的貪利性犯罪來說，適用罰金刑既能夠大大增加刑罰

［21］ 根據澳門基本法第29條第1款規定，“澳門居民除其行為依照當時法律明文規定為犯罪和應受懲處外，不受刑罰處罰”。

［22］ 根據澳門《刑法典》第1條第1款規定，“事實可受刑事處罰，以作出事實之時，其之前之法律已敘述該事實且表明其為可科刑者為限”。

［23］ 在德國，由於保安監禁性質的保安處分在理論上存在無期限監禁的可能，且執行中無法將這種監禁與刑罰中的監禁區分開來（本來保安處分帶有矯正治療的意思），因此受到歐洲人權法院的批評。參見劉仁文：《保安處分與中國行政拘禁制度的改革》，載《法治研究》2014年第6期，第16頁。

的威懾力，也有助於剝奪犯罪人的再犯能力，增強刑罰的特殊預防功能。正因為罰金刑有其自身的優勢，所以目前在大陸法系的刑罰體系中，罰金刑都被規定為主刑，其作用和影響不可低估。正如德國學者所指出的那樣，“在今天的刑事司法實踐中，罰金刑是運用最為廣泛和頻繁的制裁手段”。[24]

將罰金刑規定為主刑，自然就會涉及徒刑和罰金刑的關係問題，即兩種主刑能不能放在一起並科。關於這個問題，理論上有分歧，有人認為不能並科，有人認為可以並科，繼而在立法上也形成不同的立法模式。從大陸法系國家或地區的刑法來看，關於徒刑和罰金刑能否並科的問題，大致有三種立法模式：

第一種立法模式為絕對的選科制，即在刑法典分則和特別刑法中，只要某種犯罪的法定刑中有徒刑和罰金刑兩種主刑的，法官在科刑時就只能兩者選其一，而刑法典總則不作任何可以並科的例外性規定。如葡萄牙刑法就是採用絕對的選科制。

第二種立法模式為混合制，即在刑法典分則和特別刑法中既有選科制，也有並科制，而且通常都是以並科制為主要的立法模式，至於刑法典總則，有的沒有並科的例外性規定，有的則會有並科的例外性規定，授權法官自由裁定是否並科罰金刑。比如，西班牙《刑法典》分則採用的是混合制，而《刑法典》總則不對並科作任何例外性規定。還比如，義大利《刑法典》分則採用的也是混合制，但《刑法典》總則第 24 條第 2 款則授予法官採用並科的權力，即“對於以營利為目的而實施的重罪，如果法律只規定處以有期徒刑，法官可以增處 5 歐元至 2065 歐元的罰金”。

第三種立法模式為相對的選科制，即刑法典分則和特別刑法全部採用選科制，但為了突出罰金刑對貪利性犯罪的懲治和預防作用，又在刑法典總則中對徒刑和罰金刑的並科作出授權性的例外性規定。比如，德國《刑法典》分則採用的全部是選科制，但德國《刑法典》總則第 41 條又特別規定，如果犯罪人用透過犯罪而獲利或獲利未遂，並且通過對其個人或經濟狀況的考量，認為並科罰金仍屬適當的，即使法定刑中未規定罰金或僅能選科罰金，法官也可以並科罰金刑。

（二）澳門刑法關於徒刑和罰金刑關係的立法模式

在澳門，立法者又是如何處理徒刑和罰金刑關係的呢？從澳門刑法的演變來看，在澳門回歸前，立法者並不認為兩種主刑不能並科，所以在澳門的特別刑法中，徒刑和罰金刑並科的立法例比比皆是。但是，自澳門《刑法典》於 1996 年開始生效後，情況就不一樣了，因為澳門《刑法典》分則基本上都是參照了 1982 年的葡萄牙《刑法典》，所以在徒刑和罰金刑的關係問題上，也完全照搬了葡萄牙刑法的絕對選科制模式，不再允許徒刑和罰金刑並科制的存在，而且特別強調，如果對犯罪可選科剝奪自由的刑罰（徒刑）或非剝奪自由的刑罰（其實就是罰金刑）的，只要科處罰金刑可適當足以實現處罰目的的，法院就應優先選科罰金刑。對此，有葡萄牙學者在書中埋怨道，“事實上，儘管罰金有多種的好處，但徒刑仍會被經常所採用，而罰金刑則被遺忘及作為判決者次要的選擇，因而沒有落實立法者希望藉著罰金的制度來避免市民的基本權利被犧牲的要求，尤其是人身自由”。[25]

為了堅決執行澳門《刑法典》分則所確立的選科制模式，立法者對特別刑法中的並科制也進行了修訂。比如，2003 年制定的《財產申報法》中第 24 條規定的“違反取閱程序罪”和第 30 條規定的“違反配偶的合作義務罪”，原來採用的都是徒刑和罰金刑的並科制，2013 年在修訂此法時，

［24］ [德]漢斯·海因裏希·耶賽克、托馬斯·魏根特：《德國刑法教科書》，徐久生譯，中國法制出版社2001年版，第979頁。

［25］ [葡]Manuel Leal-Henriques：《澳門刑法典注釋及評述》，盧映霞、陳曉疇譯，法律及司法培訓中心2019年版，第45頁。

上述兩種犯罪的法定刑都被修訂為徒刑和罰金刑的選科制。更有甚者，2006 年，澳門特區政府曾向立法會提交過一份法案，其中一項內容就是建議對規定在單行刑事法律[26]中的“貨物欺詐罪”的法定刑採用徒刑和罰金刑的並科制，但在討論時，有葡萄牙法律專家認為這樣做是“澳門法律不允許的”，因而被否決。這就涉及到徒刑和罰金刑究竟能不能在一起並科的價值取向問題了。

筆者並不想質疑這位葡萄牙法律專家說得對還是說得錯。從澳門《刑法典》分則採用徒刑和罰金刑的選科制來看，他說得並沒有錯，因為特別刑法怎麼能違反刑法典分則體現出來的原則呢！[27]但筆者想說的是，這位葡萄牙法律專家顯然對刑法是似懂非懂，因為他所推崇的為葡萄牙刑法所採用的徒刑和罰金刑絕對不能並科的立法模式及其理念並非是“放之四海而皆准”的硬道理，如前所述，在大陸法系國家或地區，允許徒刑和罰金刑並科的立法例比比皆是，說“澳門法律不允許”，那要看這種“不允許”是否有道理，是否應當改革。

（三）澳門刑法關於徒刑和罰金刑關係的立法完善

為了說明這個問題，我們不妨先來分析一下澳門《刑法典》分則以及特別刑法中關於徒刑和罰金刑的適用情況。從澳門《刑法典》分則以及特別刑法所規定的罰金刑來看，對非獲利性的犯罪（包括故意和過失犯罪）來說，凡法定刑最高限度超過 3 年徒刑（不包括 3 年徒刑）的，立法者就只規定徒刑，不再規定罰金刑。比如，同樣是傷害，普通傷害罪因法定刑最高限度正好是 3 年徒刑，所以其法定刑就包括了徒刑和罰金刑；而重傷害罪因法定刑最高限度超過了 3 年徒刑，所以其法定刑就只有徒刑，沒有罰金刑。其次，對獲利性的犯罪來說，凡法定刑最高限度超過 5 年徒刑（不包括 5 年徒刑）的，立法者就只規定徒刑，不再規定罰金刑。比如，澳門《刑法典》第 211 條規定的“詐騙罪”的法定刑有三個檔次，分別是 3 年徒刑以下、5 年徒刑以下和 10 年徒刑以下三個檔次，前兩個檔次中都有徒刑和罰金刑，最後一個檔次就只有徒刑，沒有罰金刑。又比如，《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》（第 17/2009 號法律）所規定的與毒品相關的犯罪，一旦法定最高刑超過 5 年徒刑，就沒有了罰金刑。

由上可知，澳門刑法對徒刑和罰金刑所採用的絕對選科制存在著一個致命的弊端，即對某些以貪利為目的的嚴重貪利性犯罪，因其法定刑最高限度往往超過了 5 年徒刑，所以就沒有了罰金刑的規定，於是，結論就是：對這些嚴重的貪利性犯罪就不能科處罰金刑。比如，在澳門，諸如販毒、清洗黑錢、販賣人口等具有明顯貪利性質的嚴重犯罪以及常見的嚴重的盜竊、詐騙等侵犯財產的犯罪，都因其法定刑最高限度超過了 5 年徒刑，所以法官也只能“望洋興嘆”，想判罰金刑都不行，否則就是違反了罪刑法定原則。這合理嗎？筆者認為，像澳門刑法這樣對嚴重貪利性犯罪絕對放棄罰金刑的立法模式，無疑就是廢了罰金刑最重要的“武功”，因為罰金刑本來應有的對那些嚴重的貪利性犯罪的懲治與預防功能，在澳門刑法中就“蕩然無存”了，那位說“澳門法律不允許”的葡萄牙法律專家，他有沒有考慮過罰金刑對貪利性犯罪尤其是對嚴重的貪利性犯罪的懲治和預防作用呢？

為此，筆者認為，從刑罰目的是為了懲治和預防犯罪這樣一種至關重要的刑事政策出發，立法者對澳門刑法中關於徒刑和罰金刑關係所採用的絕對選科制應當作出深刻的反思並予以完善。當然，筆者並不贊同對法定刑最高限度超逾 5 年徒刑的嚴重貪利性犯罪也規定罰金刑，因為這樣做沒

［26］ 即指第6/96/M號法律《妨害公共衛生及經濟之違法行為之法律制度》。

［27］ 遺憾的是，當澳門特別刑法違背了澳門《刑法典》總則的規定時，為什麼就沒有葡萄牙法律專家站出來說：“這是澳門法律不允許的”呢？比如，澳門《刑法典》總則明確規定對犯罪的障礙未遂應當減輕刑罰（第22條第2款），但澳門的《選民登記法》（第12/2000號法律）在修訂時（9/2008號法律），卻對四種犯罪的障礙未遂明確規定“科處於既遂犯的刑罰，適用於犯罪未遂”。這是不是一種“雙重標準”呢？

有實際意義（法官對這些嚴重的貪利性犯罪幾乎沒有可能去優先選用罰金刑）。為此，筆者建議，在繼續保持澳門《刑法典》分則和特別刑法對徒刑和罰金刑採用選科制的前提下，在澳門《刑法典》總則中參照德國《刑法典》總則第 41 條規定，也設置一個授權性條款，即授權法院對嚴重的貪利性犯罪經考慮案件事實及犯罪人個人情況後，認為有必要對犯罪人並科罰金的，法官就可以對其並科罰金刑，即使該等犯罪的法定刑中沒有規定罰金刑亦然。這樣既不會改變澳門《刑法典》分則和特別刑法對徒刑和罰金刑所作的選科規定，同時又授予法官對嚴重的貪利性犯罪並科罰金刑的權力，從而可以最大限度地發揮罰金刑對嚴重貪利性犯罪的懲治與預防作用。

五、關於附加刑立法

大陸法系國家或地區的刑罰種類通常分為主刑和附加刑兩種，附加刑就是指附加在主刑後面適用的刑罰。澳門《刑法典》規定的刑罰種類同樣分為主刑和附加刑。

附加刑在學理上通常也叫“資格刑”，即指剝奪犯罪人某項資格的刑罰。從目前大陸法系國家或地區關於附加刑的立法實踐來看，作為剝奪犯罪人某項資格的附加刑主要涉及剝奪犯罪人的三種資格：一是剝奪犯罪人的公權，如剝奪政治權利（包括選舉權和被選舉權），剝奪擔任公務員的權利；二是剝奪犯罪人的私權，如剝奪親權、監護權或保佐權；三是剝奪犯罪人的職業權，如剝奪從事律師、醫生職業的權利。在刑法理論上，關於附加刑的利弊優劣，是存是廢，爭議頗大，大致可分為“主存論”和“主廢論”。“主存論”認為剝奪犯罪人某項資格的附加刑對犯罪人在政治上的否定最為明顯，如剝奪政治方面的權利，對國家機關的信譽也有保障作用，如剝奪擔任公務員的權利，同時還有利於剝奪或限制犯罪人的再犯能力，如剝奪犯罪人從事某項職業的權利。“主廢論”則認為剝奪犯罪人某項資格的附加刑具有過剩性，不利於犯罪人的再社會化，且不具有足夠的威懾力。儘管理論上對附加刑的存廢存在爭議，但大陸法系國家或地區的刑法典對附加刑還是持認同的態度，只不過在具體種類方面有多有少。

（一）澳門刑法中附加刑立法之現狀

目前，澳門刑法中關於附加刑的立法主要呈現出以下三個主要特徵：

一是立法分散。所謂立法分散，就是指澳門刑法中的附加刑，是由澳門《刑法典》總則、澳門《刑法典》分則和其他單行法律（特別刑法）分別作出規定。比如，澳門《刑法典》總則對公務人員作出的犯罪，規定了“禁止執行公共職務”和“中止執行公共職務”兩種附加刑；其中，“禁止執行公共職務”的附加刑還可以適用於“須具公共資格或須獲公共當局許可或認可方得從事之職務或業務”[28]者作出的犯罪。澳門《刑法典》分則針對特定的三類犯罪規定了兩種附加刑，即對 14 種性犯罪規定了剝奪親權、監護權或保佐權的附加刑，對“危害和平及違反人道罪”以及對 8 種“妨害政治、經濟及社會制度罪”規定了剝奪選舉立法機關成員或被選為立法機關成員資格的附加刑。除此之外，其他附加刑則都由各種單行法律分別針對本法律規定的犯罪作出規定。

二是名目繁多。澳門刑法中附加刑的名目繁多直接與其他單行法律規定的附加刑有關。因為如上所述，澳門《刑法典》總則和分則一共才規定了四種附加刑，但如果認為澳門刑法中的附加刑就是這四種，那就大錯特錯了。據筆者初步統計，澳門刑法中的附加刑有二十四種之多，其中絕大部分附加刑規定在各種單行法律之中。比如，就澳門《有組織犯罪法》（第 6/97/M 號法律）一個單行法律就規定了 11 種附加刑，包括：中止政治權利、禁止擔任公共職務、禁止從事須具公共憑

［28］ 如律師、醫生、會計師等職業。

證或獲公共當局許可或批准方得從事的職業或活動、禁止在公法人或在純為公共資本或大多數為公共資本的企業以及在公共服務或財貸的承批企事業擔任管理或監察或其他性質的職務、禁止在專營公司執行任何職務、禁止與某些人士接觸、禁止進入某場合或地點、停止行使親權或監護權或保佐權及財產管理權、停止駕駛機動車輛或飛行器或船隻的權利、禁止離開本地區或未經許可下離境、將非本地居民驅逐出境及禁止其進入本地區。這些附加刑除禁止擔任公共職務、禁止從事須具公共憑證或獲公共當局許可或批准方得從事的職業或活動以及停止行使親權、監護權或保佐權三種附加刑外，其餘附加刑都是《刑法典》沒有規定的附加刑。除此之外，還有不少單行法律規定了《刑法典》所沒有規定的附加刑，如良好行為的擔保、暫時剝奪參加直接磋商或有限查詢或公開競投的權利、暫時剝奪參加交易會及展銷會的權利、暫時封閉場所、永久封閉場所、司法解散、禁止進入賭博場地、剝奪獲公共部門或實體給予津貼或補貼的權利、受法院強制命令約束、公開有罪裁判、撤除公共官職或職務。澳門刑法中居然有如此之多的附加刑，真是令人眼花繚亂，或可冠之以“世界之最”的稱號了。

三是各自為政。所謂各自為政，就是指澳門刑法中的附加刑不但立法分散，名目繁多，而且《刑法典》與其他單行法律重複規定的附加刑彼此之間缺乏一致性。比如，同樣是禁止擔任公共職務，澳門《刑法典》總則規定的期限是二至五年，而《有組織犯罪法》規定的期限是十至二十年；同樣是禁止從事律師、醫生、會計等職業的附加刑，澳門《刑法典》總則規定的期限是二至五年，而《有組織犯罪法》規定的期限是二至十年；同樣是剝奪政治權利的附加刑，《有組織犯罪法》、《立法會選舉法》（第 3/2001 號法律）、《行政長官選舉法》（第 3/2004 號法律）規定的期限為二至十年，而《關於遵守若干國際法文書的法律》（第 4/2002 號法律）規定的期限則是一至十年；同樣是禁止從事某種職業或業務，《懲治妨害公共衛生及經濟違法行為法》（第 6/96/M 號法律）規定的期限為二個月至三年，而《關於遵守若干國際法文書的法律》規定的期限是一至十年，《著作權法》（第 43/99/M 號法律）規定的期限是二個月至二年，《人體器官及組織之捐贈、摘取及移植法》（第 2/96/M 號法律）規定的期限是一至五年，至於《出版法》（第 7/90/M 號法律）更是靈活，不同情況不同期限，少則一個月，多則五年；同樣是將非本地居民驅逐出境的附加刑，《有組織犯罪法》規定的期限是五至十年，而《關於遵守若干國際法文書的法律》規定的期限是一至五年；同樣是良好行為擔保的附加刑，《懲治妨害公共衛生及經濟違法行為法》規定的擔保金額是五千元至一百萬元，《出版法》規定的擔保金額是五千元至二萬五千元，而《著作權法》規定的擔保金額是一百萬元至三百萬元。以上種種在附加刑期限和金額方面的差異，明顯表明澳門立法者在規定附加刑時，頗有各自為政的色彩，立法隨意性很大。

（二）澳門刑法中附加刑立法之反思

通過對澳門刑法中附加刑立法特徵的分析，筆者認為，針對澳門刑法中附加刑的立法方式和立法內容，有必要對其作深刻反思。

首先，就立法方式而言，澳門立法者實有必要重視刑法典總則的指導作用。

眾所周知，在大陸法系國家或地區，刑法典作為刑事實體法的匯總，其指導意義主要表現為對特別刑法的指導作用，尤其是刑法典總則，只要刑法典總則沒有特別授權，特別刑法就必須嚴格遵守刑法典總則規定的各項原則和其他各種規則，不得違反。而從大陸法系刑事立法實踐來看，有關刑罰種類的立法，當由刑法典總則統一立法，刑法典總則沒有規定的刑罰種類，特別刑法就不能“染指”。比如，澳門《刑法典》總則沒有規定死刑和無期徒刑，這就表明澳門沒有死刑和無期徒刑，特別刑法決無可能去“特別”規定死刑或無期徒刑。附加刑同樣如此。附加刑雖然是附加於主刑適用，但它的性質仍然是刑罰，屬於刑罰種類的範疇，刑法典總則對附加刑作出統一規定，不僅

名正言順，而且刑法典總則一旦對附加刑作出統一規定，特別刑法就必須嚴格遵守刑法典總則關於附加刑的規定，無須再自行規定附加刑。

筆者認為，由澳門《刑法典》總則對附加刑作出統一規定，不僅完全符合刑事立法的科學性和合理性，而且具有顯著的立法優勢：第一，能夠使附加刑立法受到嚴格的制約和監督，防止刑罰被任意濫用，以此來強化刑法對人權的保障，提升澳門社會的法治形象。第二，有利於形成一套嚴密、科學的附加刑體系。立法者通過統一立法，就可以根據每一種附加刑的特點，具體規定附加刑的內容以及適用條件，真正實現附加刑在立法上的明確性和協調性，從而使罪刑法定原則在刑罰種類上得到充分體現。第三，有利於提高廣大市民的守法意識。由《刑法典》總則統一規定附加刑，不僅明確，而且完整，使人一目了然，這樣就可以大大提高市民的普法效率，讓更多的市民知法、懂法、守法。

順便指出，澳門刑法中附加刑立法之所以會出現附加刑之間互不協調、互不一致的現象，這與立法者採用分散的立法方式是直接相關的，同時也間接地反映了澳門立法者在附加刑立法上對刑法典總則的指導作用缺乏應有的認識。試想，如果由澳門《刑法典》總則對附加刑統一立法，怎麼還會導致像現在這樣雜亂無章的立法亂象呢！

其次，就立法內容而言，澳門立法者實有必要對附加刑的種類進行“清理”。

筆者在前面談到澳門的輕罪立法時，曾對刑法的謙抑理念進行了認證，指出刑法的謙抑性原則作為刑法的一項基本原則，是刑法學界的共識。正是在這一原則指導下，非刑事化成為上世紀刑法改革運動的主題，而非刑事化除了在犯罪方面要嚴格收縮刑法干預的範圍外，[29] 在刑罰方面就是要堅決抑制刑罰的濫用，嚴格收縮法定刑罰的範圍，並廣泛適用刑罰的替代措施，在能不適用刑罰、採用其他非刑罰處理方法也能達到預防和控制犯罪的目的的情況下，盡可能排除刑罰的適用，改用非刑罰方法處理。

這一在刑罰方面的謙抑理念在附加刑立法上也得到了體現，主要表現為逐步縮小附加刑的範圍和種類，甚至將諸多附加刑非刑罰化。舉例來說，1871 年德國《刑法典》規定的附加刑有剝奪公權、私權等十多項附加刑，以後則逐步縮小到僅限於剝奪選舉和被選舉權以及擔任公職資格兩種附加刑。而根據現行德國《刑法典》的規定，附加刑的非刑罰化得到了進一步加強，立法者除了將禁止駕駛規定為附加刑外，其他剝奪犯罪人資格的附加刑都被轉化為處罰的“附隨後果”，因而使不少附加刑脫離了刑罰的範疇。因為在德國學者看來，德國《刑法典》規定的這些處罰的“附隨後果”，很難被納入刑罰的軌道，所以才被表述為一種中性的概念即處罰的“附隨後果”[30]。由此可見，縱觀大陸法系國家或地區關於附加刑的立法，逐步減少附加刑的種類，有利於防止刑罰的濫用，體現了刑法的謙抑理念，故已成為附加刑立法的發展趨勢。

然而，反觀澳門刑法中的附加刑，其種類之多，恐怕在大陸法系國家或地區的刑法中很難找到同其“相匹配”者。難道澳門刑法規定的附加刑都具有“入列”刑罰範疇的必要性嗎？筆者認為，這恰恰是值得我們認真反思的問題。事實上，從目前澳門刑法規定的刑罰種類來看，主刑和附加刑形成了一個巨大的反差：在主刑方面，立法者不僅力主輕刑，而且廢棄死刑和無期徒刑，但在附加刑方面，立法者卻津津樂道，唯恐用得太少。在立法者看來，似乎附加刑根本就不是刑罰，故什麼

［29］ 對此，德國學者漢斯·海因裏希·耶塞克曾說過，“應當使警察和司法機關的工作集中於較嚴重的犯罪，至於輕微的犯罪則委託給行政機關通過簡易程序予以處理”。[德]漢斯·海因裏希·耶塞克：《世界性刑法改革運動概要》，載《法學譯叢》1981年第1期，第19頁。

［30］ 參見[德]漢斯·海因裏希·耶賽克、托馬斯·魏根特：《德國刑法教科書》，徐久生譯，中國法制出版社2001年版，第947頁。

非刑罰化措施，什麼刑罰的替代措施，與附加刑沒有任何關係。筆者認為，這種關於附加刑的立法觀是與刑罰的謙抑理念格格不入的，也有悖於大陸法系國家或地區關於附加刑立法的發展潮流。因此，對澳門刑法中的附加刑進行反思，必須從附加刑種類方面進行“限縮”和改革。

（三）澳門刑法中附加刑立法之建議

通過對澳門刑法中附加刑立法方式和立法內容的反思，筆者認為對附加刑立法的完善可以分兩步走：

第一步：對現有附加刑種類進行歸類整理。

所謂歸類整理，就是指在刑法謙抑理念的指導下，順應附加刑的世界立法潮流，對現有的各種附加刑進行分析、整理，該保留的繼續保留，該轉化為其他非刑罰措施的就用非刑罰措施替代，該調整為其他處分的就進行調整，該廢止的就予以廢止。總之，通過歸類整理，盡可能減少附加刑的種類，限制附加刑的適用範圍。對現有附加刑種類的歸類整理，大致可包括以下幾個方面：

一是將有的附加刑轉為行政處罰措施。比如，在現有的附加刑種類中，諸如撤銷公共職務、暫時剝奪參加直接磋商或有限查詢或公開競投的權利、暫時剝奪參加交易會及展銷會權利、剝奪獲公共部門或實體給予津貼或補貼的權利、場所之暫時封閉或永久封閉，此類附加刑帶有明顯的行政處罰色彩，故可將其規定為行政處罰措施，以替代附加刑。

二是將有的附加刑轉為保安處分。保安處分不是刑罰，這在理論上不存在問題。既然如此，將有的附加刑轉為保安處分，同樣可以達到用非刑罰措施替代附加刑的目的。比如，在現有的附加刑種類中，諸如禁止從事某些職務或業務、禁止進入特定場所、禁止同某些人接觸都可轉化為保安處分，使其不再成為刑罰。這裏特別需要指出的是關於禁止從事某些職務或業務的附加刑，其實在澳門《刑法典》總則關於保安處分的規定中，已經將“業務之禁止”視為保安處分，因此，將禁止從事某些職務或業務的附加刑轉化為保安處分，可謂是“順理成章”。

三是對有的附加刑作必要的調整和清理。比如，剝奪政治權利這種附加刑就有必要進行調整，不能簡單地稱之為剝奪政治權利。因為政治權利作為一種類概念，不僅範圍相當廣泛，如關於言論、出版、集會、遊行、選舉等等，都可視為政治權利，而且政治權利究竟包括多少種權利理論上也有分歧。所以，當法官對某個被告人作出科處剝奪政治權利的附加刑宣告時，客觀上是很難執行的，誰也不清楚究竟有多少種權利屬於政治權利。更何況在重視刑法對基本人權的保障作用的今天，不少學者認為，不能使犯罪人因犯某種罪行而喪失所有的政治權利，因而反對將政治權利籠統地作為一種附加刑使用，並主張僅將剝奪選舉權和被選舉權規定為附加刑。筆者認為，這些學者的觀點是有道理的，值得澳門立法者思考。[31] 還比如，關於禁止離境的附加刑是不是可以廢止，也是值得考慮的問題。因為此種措施通常是作為刑事偵查過程中的一種強制措施使用的，目的是防止犯罪嫌疑人逃跑。但犯了罪的人一旦服刑完畢，也沒有犯下任何罪行，僅憑以前他犯過罪就禁止其離境，這從法理上很難說得通。須知，澳門居民享有的出入境自由是受基本法保護的基本權利，如果僅憑過去犯過罪而剝奪其出入境自由的基本權利，有悖於刑法對人權的保障功能。再比如，諸如受法院強制命令約束、良好行為的擔保、有罪裁判的公開這樣的措施是不是能夠作為刑罰哪怕是附加刑規定，也是值得考慮的。

第二步：將歸類整理後的附加刑在澳門《刑法典》總則中作出統一規定。

筆者建議，通過嚴謹的歸類整理，澳門刑法中的附加刑主要應當限制為剝奪三種權利的附加

[31] 《中華人民共和國刑法》雖然使用了“剝奪政治權利”這一概念，但立法者對“政治權利”的外延作了相當明確的規定，即“政治權利”包括四個方面的權利：一是選舉權和被選舉權，二是言論、出版、集會、遊行、示威自由的權利，三是擔任國家機關職務的權利，四是擔任國有公司、企業、事業單位和人民團體領導職務的權利。

刑，即剝奪選舉權和被選舉權的附加刑，剝奪擔任公務員權利的附加刑，剝奪親權、監護權或保佐權的附加刑。除此之外，考慮到交通領域的重要性及澳門地區的實際情況，也可將禁止駕駛和驅逐非本地居民規定為附加刑。

澳門《刑法典》總則應對以上幾類附加刑作出具體的適用性規定，包括附加刑的期限、適用的條件。一旦澳門《刑法典》總則對附加刑作出了統一規定，各單行法律就只能適用而不得再另行規定其他的附加刑。當然，考慮到澳門的實際情況，比如規定獨立罪名的單行法律比例很大，有的犯罪情況可能比較特殊，為此，可在《刑法典》總則規定附加刑的章或節之後加上一個授權性條款，即“法律另有規定者，不在此限”，以便於其他單行法律在有需要的特別情況下，自行規定特別的附加刑，但這種例外能不用盡可能不用，用多了難免會破壞《刑法典》總則的指導地位。筆者認為，只有通過認真地歸類整理和必要的立法方式的調整，澳門刑法中的附加刑立法才能形成一個符合刑法謙抑理念、符合現代附加刑立法潮流的科學體系。

結語

澳門的法律改革任重而道遠。回歸以來，在特區政府的重視和支持下，澳門法律改革的重點主要集中在一些與基層民眾生活聯繫比較緊密的法律方面，包括廢止或修訂原有法律，也包括適時制訂新的法律。但遺憾的是，由於回歸前澳門本地的法學基礎理論研究過於薄弱，回歸後本地法律人才的培養和成長畢竟需要一定的時間，法學理論研究也要有一個不斷積累的過程，因此，涉及幾個大法典——如刑法典、民法典、刑訴法典、民訴法典和商法典——的改革工作，相對來說，改革步伐走得就比較慢。舉例來說，現行葡萄牙《刑法典》頒佈於 1982 年，40 來年的時間，已經經歷了大大小小數十次的修訂，但澳門《刑法典》自澳門回歸之後，總共才有 6 次修訂，而且主要都是為配合單行刑事法律所作的個別修改。[32]

令人欣慰的是，回歸 25 年來，澳門法學界發生了相當巨大的變化，這種變化主要表現在法律人才輩出和法學研究成果豐碩兩個方面。筆者認為，正是這樣的變化，為澳門法律改革的持續性，尤其是為大法典的深化改革打下了堅實的基礎，提供了改革的契機。必須指出的是，對於源自葡萄牙本國大法典的澳門五大法典，我們並不是要排斥外來的法律文化，反而應當盡可能多地吸取其中的精華，但我們不能永遠抱著二十多年前人家留給你的大法典在原地踏步不動，為此，我們需要去研究、去探索、去改革、去努力構建一套適合本地社會發展、向世界先進法律看齊、具有澳門特色的自主法律體系，這才是澳門法律改革的最終目標。

［32］ 回歸25年來，澳門《刑法典》的修訂概況如下：（1）2001年根據第6/2001號法律《因利用不可歸責者犯罪情節的刑罰加重》，在《刑法典》中增設第68-A條。（2）2006年根據第3/2006號法律《預防及遏止恐怖主義犯罪》，廢止了《刑法典》第289條“恐怖組織”和第290條“恐怖主義”。（3）2008年根據第6/2008號法律《打擊販賣人口犯罪》，在《刑法典》中增設第153-A條“販賣人口”，並對《刑法典》第5條（空間效力）進行修改。（4）2009年根據第11/2009號法律《打擊電腦犯罪法》，廢止了《刑法典》第213條“資訊詐騙”。（5）2016年根據第2/2016號法律《預防及打擊家庭暴力法》，修改了《刑法典》第146條“虐待未成年人、無能力之人或配偶又或使之過度勞累”。（6）2017年根據第8/2017號法律《修改<刑法典>》，對《刑法典》分則第一篇第五章“侵犯性自由及性自決罪”進行修改。

Abstract: From the perspective of legal reform, a number of legislative issues within the Macao Penal Code and special criminal laws should be reflected on, and academic proposals should be made. The first issue is legislation on misdemeanours. Considering the principle of ultima ratio in criminal law, the misdemeanour provisions in the Macao Penal Code should be rethought, and the threshold of incrimination should be raised appropriately, as well as the necessary grounds for exoneration should be established. The second issue to be raised is that of contraventions. The concept of contravention in Macao Penal Code could be traced back to administrative offences in the continental European law. Since the concept blurs the lines between different illegal conducts, and the gains do not make up for the losses, it is suggested to be abolished. Another issue is related to the extension of penalties. Taking as a starting point the provisions of the Portuguese Penal Code of 1886 and of 1982 on tendency offenders, the institution of extension of penalties is in clear violation of the principle of nulla peona sine lege, and thus should be repealed. Legislation on penal fines is also an issue worth discussing. Compared with the German Penal Code, which provides for a facultative combination of imprisonment and fines, the obligatory selection between imprisonment and fines in the current Macao Penal Code must be criticised. The German legislative model should be adopted in the Macao Penal Code, which authorises the judges to impose additional fines when necessary. Legislation on accessory penalties also needs to be discussed. The characteristics of accessory penalties in the Macao Penal Code are questionable in terms of legislative mode and content. They should be categorised in accordance with their content, and uniformly regulated by the General Part of the Macao Penal Code.

Key words: Misdemeanours; Contraventions; Extension of Penalties; Penal Fines; Accessory Penalties

（責任編輯：張竹成）

法人犯罪規範構造的解構與重塑：從行為意志到義務違反

聶立澤* 劉林群**

摘　要　由於法人犯罪規範構造的立法闕如，司法實踐求諸自然人犯罪構造衍變出“法人行為+法人意志”的規範構造，卻導致將自然人罪責平移作為法人罪責、異化為法人對自然人的替代責任，有違罪責自負原則。而“法人名義+利益歸屬”認定路徑存在結果歸罪嫌疑。立基於罪責自負原則，法人罪責在於違反擬制主體的合法義務，即擬制主體組織結構疏失而導致內部自然人實施失範行為。組織結構疏失的消弭取決於合規體系的整飭：事前的合規關乎法人是否構成犯罪的判斷；事後的合規關乎法人特殊預防必要性大小的認定。循此，法人犯罪規範構造為“雙層義務違反”：法人違反事前合規義務—合規人員違反具體的事前合規構建義務—特定人員實施具體犯罪行為。

關鍵詞　法人犯罪　規範構造　結構疏失　合規體系　雙層義務違反

一、路徑檢討：法人責任的貌合與神離

（一）法人行為疊加法人意志路徑之形成

經濟社會中的法人，無論其性質是財團還是社團，本質上均屬於規範層面上的擬制主體。申言之，法人行為能力的有無，法人犯罪能否成立等問題，均取決於一國立法與政策的考量。正因為如此，法人是否具備犯罪主體資格、在何種範圍內具有犯罪主體資格在不同國家亦不盡相同。即便在大陸法系國家之中，也出現法國“承認法人犯罪”而德國“否認法人犯罪”的分野。反觀我國，1979 年《刑法》並未承認法人犯罪，直到 1987 年《海關法》[1] 率先在走私罪中承認部分組織體的

*　聶立澤，中山大學法學院教授。

**　劉林群，中山大學法學院博士研究生。

本文係國家社會科學基金重大項目“健全支持民營經濟發展的刑事法治研究”（項目編號：20&ZD198）、國家社會科學基金一般項目“辯證思維視角下單位犯罪司法適用的邏輯與共識研究”（項目編號：19BFX096）階段性成果。

［1］《中華人民共和國海關法（1987）》第四十七條第四款，企業事業單位、國家機關、社會團體犯走私罪的，由司法機關對其主管人員和直接責任人員依法追究刑事責任；對該單位判處罰金，判處沒收走私貨物、物品、走私運輸工具和違法所得。

犯罪主體資格，才開啓法人犯罪[2]的先河。儘管1997《刑法》正式承認法人（單位）的犯罪主體地位，卻並未明文界定法人犯罪的概念、規範構造、認定路徑，而僅有“法律規定為單位犯罪的，應當負刑事責任”這寥寥數語。

司法實踐關於犯罪的認定路徑一般遵循“立法條文—概念—構成要件—衍生罪責”的邏輯進路，但這一抽象性的立法模式未能揭露法人犯罪“之所以成為單位（法人）犯罪而不是其他犯罪”[3]的屬性所在，難以為法人犯罪規範構造和認定路徑提供有效的法源供給和規範指引。對此，我國學者更是直言“《刑法》第30條的規定‘虛化得不成其為單位犯罪的概念，幾乎只是對單位犯罪應當追究刑事責任的宣言式規定’”[4]。與此同時，由於法人主體資格在犯罪體系中的長期缺位，也促使司法實踐關於犯罪路徑的認定習慣於“行為疊加意志”這一單一的自然人犯罪認定範式。在此雙重因素影響下，司法實踐直接因襲自然人犯罪的認定路徑，並演化為“法人（單位）行為疊加法人（單位）意志”的法人犯罪認定路徑。

由於刑法理論研究與刑事司法實踐存在交互影響，司法實踐以“法人行為疊加法人意志”認定法人犯罪的實操也在無形中影響、乃至引導傳統刑法理論關於法人犯罪認定路徑的研究，而刑法理論對這一路徑的認定也反過來強化了司法實踐對這一路徑的選擇和適用。在自然人犯罪構造與認定路徑思想的影響下，我國傳統刑法理論認為“法人（單位）犯罪實際上是法人管理人的犯罪、法人行為說到底是自然人個人的行為、法人過錯歸根結底是法人管理人的過錯”[5]，並選取了“通過法人內部自然人意思與行為來認定法人意志與行為”的“代位型間接歸責路徑”[6]。一旦“法人行為”和“法人意志”均得以證立，便徑直宣告法人犯罪的成立。

（二）法人行為疊加法人意志路徑之檢討

然而，“法人行為疊加法人意志”的認定路徑看似妥適，實則背離了刑法的罪責自負原則，變相讓法人為自然人承擔罪責。原因有二：其一，與自然人不同，法人並不存在“行為”與“意志”，以法人行為疊加法人意志作為法人犯罪認定路徑實際上是對“自然人行為疊加自然人意志”的自然人犯罪認定路徑的簡單套用，且引發法人行為的認定、法人意志的認定、疊加單位利益等多重問題，模糊了法人犯罪與自然人犯罪的邊界；其二，讓法人對自然人的過錯承擔責任這一“替代責任”係民商事領域基於保護相對人利益等特殊考量，且賦予法人以事後追償權，但刑事領域秉持的“罪責自負原則”意味著法人只能就自身過錯承擔刑事責任，若未釐清法人是否存在過錯就徑直藉由自然人行為認定法人行為、藉由自然人意志認定法人意志並據此認定法人犯罪成立，明顯與罪責自負原則相悖。

如英美法諺所言“法人既沒有應當墜入地獄的靈魂，也沒有應當受到鞭笞的肉體”[7]。法人

---

［2］ 有別於自然人犯罪，作為擬制犯罪的法人犯罪自誕生伊始便伴隨著概念界定和主體範圍釐定的問題，可謂是“在爭議中產生與發展的犯罪類型”。在1997年《刑法》出台之前，作為與自然人犯罪相對的“組織體犯罪”在理論上存在“法人犯罪”“單位犯罪”“企業犯罪”“公司犯罪”等多種稱謂，而我國立法與司法規範性文件對“組織體犯罪”也存在“法人犯罪”與“單位犯罪”的概念之爭。直至1997年《刑法》出台，“單位犯罪”正式取代“法人犯罪”概念而取得我國刑法體系的話語權，並確立起與自然人犯罪相對的“組織體犯罪”的刑法體系地位。考慮到域外刑事法律體系及相關理論研究多采用“法人犯罪”概念，出於學術交流與行文方便，本文採“法人犯罪”的表述，僅在相關法條使用“單位犯罪”時遵從法條原文。應當指出的是，我國《刑法》的“單位”範圍並不限於“法人”，而是擴張至不具有法人資格的“分支機構”、“內部機構”以及“合作經營企業”等主體。

［3］ 黎宏：《單位刑事責任論》，清華大學出版社2001年版，第327-332頁。

［4］ 陳興良：《刑法適用總論（上卷）》，法律出版社2006年，第527頁。

［5］ 張克文：《法人本質與法人刑事責任》，載《刑法論叢》2009年第4期，第149頁。

［6］ 耿佳寧：《單位固有刑事責任的提倡及其教義學形塑》，載《中外法學》2020年第6期，第1494頁。

［7］ 參見許佳：《試論英美法系法人犯罪的歸責路徑及其對我國的啓示》，載《刑法論叢》2018年第1期，第381

作為擬制主體，並不存在肉眼可見的“肢體”與“行為”，更不存在統一的“想法”和“意志”。這意味著，建立在擬制主體之上的“法人行為”與“法人意志”也因其“擬制”色彩而面臨認定難題。亦即，“法人行為疊加法人意志”的認定路徑需要進行二次拆分：一是“法人行為”的認定路徑；二是“法人意志”的認定路徑。就法人行為而言，無論是將範圍延伸至所有內部自然人的行為，抑或是範圍限縮至高管、乃至董事長的行為，都面臨將“自然人行為”等同於“法人行為”的理據是否充足的問題。誠然，在民商事領域存在“替代責任”使“使行為人就別人實施的侵權行為對受害人承擔侵權責任”[8]，但適用“替代責任”的規範目的在於“保護受害人的利益”[9]，且賦予承擔替代責任的雇主以“追償權”以保護雇主的合法權益。然而，刑事領域向來奉行“罪責自負原則”[10]，即任何人只能就自己犯罪行為承擔責任，不能因他人的犯罪行為而遭受株連。換言之，“將內部自然人（普通員工、高管等人員）的行為以及‘具有權利外觀的人員（包括表見代理）’的行為等同於‘法人行為’、並將責任歸屬於法人”係民法領域出於維護交易安全的考量，但在固守“罪責自負原則”的刑法領域卻難以直接採用這一邏輯進路要求法人就內部自然人的行為承擔刑事責任。《刑法》具有“懲罰犯罪”與“保障人權”雙重面向，將行為人的罪責延伸至其他主體不僅無益於懲罰犯罪機能的實現，而且與保障人權機能嚴重背反。就“法人意志”的認定而言，理論上提出“經法人（單位）決策機構決定，或經法人（單位）負責人員決定”[11]的標準，並為司法實踐所認可[12]。吊詭的是，一方面借助同一視、替代責任等理論將“法人集體決策”理解為“法人意志”的典型形式，又將範圍延展至“個別高管、負責人員的意志”；另一方面又認為“為了犯罪成立法人（單位）、或法人（單位）成立後以犯罪為主要活動”的情形不屬於法人犯罪，但這種情況下的“所思所想”恰恰是“統一的法人意志”的凸顯。

將自然人犯罪的認定路徑簡單套用於法人犯罪的認定，不僅模糊了法人犯罪的本質、構造與歸責模式，在法人犯罪的規制中也帶來了諸如“法人意志的認定”、“法人罪過的認定”、“法人犯罪與自然人犯罪的區分”、“雙罰制懲罰自然人的正當性”、“單罰制是否導致替代責任”等問題。對這些問題的爭論更是莫衷一是，不僅徒增理論上的繁複，也無助於實務中對法人犯罪的規制。既然立法上承認法人犯罪作為與自然人犯罪相對的犯罪樣態，那麼法人便與自然人一樣具有獨立的犯罪主體資格。但與自然人不同的是，作為擬制主體的法人在主體資格、權利範圍、行為能力等方面均取決於立法與政策的傾向。這意味著為自然人固有的行為與意志並不同樣為法人所具備，是故，對於法人犯罪路徑的選擇也難以盲目套用“行為疊加意志”自然人犯罪認定路徑。相反，應當從法人本身的獨立性出發去還原法人犯罪的本質、構造與歸責模式，進而從規範上釐清法人犯罪固有的認定路徑。由此可見，法人行為疊加法人意志的認定路徑看似環環相扣、兼顧主客觀相統一，實則簡單粗暴地將自然人罪責平移作為法人罪責，實際上異化為與罪責自負原則背道而馳的“替代責任”。然而，這種堅持企業替員工受過歸責理念的代位責任論在違反刑法基本原理的同時也導致刑罰目的的落空，不應採納。[13]

頁。

［8］ 張民安：《替代責任的比較研究》，載《甘肅政法學院學報》2009年第5期，第50頁。

［9］ 孫鴻亮：《企業雇主責任的性質與僱員保護》，載《南大法學》2023年第1期，第42頁。

［10］ 李希慧：《試論我國刑法基本原則的幾個問題》，載《河北法學》1993年第4期，第13頁。

［11］ 周光權：《新刑法單位犯罪立法評說》，載《法制與社會發展》1998年第2期，第38頁；石磊：《單位犯罪意志研究》，載《法商研究》2009年第2期，第67頁。

［12］ 最高人民檢察院、最高人民法院、公安部、司法部、生態環境部發佈5起環境污染刑事案件典型案例“司法實踐中，經單位實際控制人、主要負責人或者授權的分管負責人決定、同意，實施環境污染行為的，應當認定為單位犯罪，對單位及其直接負責的主管人員和其他直接責任人員均應追究刑事責任”。

［13］ 袁方：《企業犯罪刑事責任論的基礎與具體展開》，載《河南社會科學》2024年第7期，第78頁。

（三）以利益歸屬認定法人責任理據不足

儘管有學者提出“應建立‘企業獨立意志理論’，承認法人作為獨立生命體、具有獨立行為和獨立意志的能力”[14]，但通過“從自然人行為到法人行為的因果論歸屬、進而認定責任承擔意義上的主觀責任歸屬來實現法人（單位）犯罪刑事責任”[15]的邏輯，本質上還是自然人犯罪的認定路徑。換言之，這種觀點事實上並未跳出我國法人犯罪傳統認定邏輯進路的窠臼：所謂的“法人行為與法人意志”最終仍回歸到法人內部“自然人行為與自然人意志”的審視與判斷。由於作為擬制主體的法人無法靠自身實施行為、也不具有自身意識想法，而只能依託於內部自然人的行為與意志，但將所有內部自然人的行為與意志均等同於法人行為與意志又存在法人動輒得咎的泛化傾向，因此，“法人行為與意志”的認定也面臨範圍限定的問題。亦即，法人行為疊加法人意志路徑的判斷，最終還是取決於對具體的自然人行為和自然人意志的判斷，即何種情況下二者能夠“等同”的判斷。對此，最高人民法院以“會議紀要”[16]的形式確定了“以單位名義實施犯罪，違法所得歸單位所有”的標準。然而，所謂“以單位名義實施犯罪”在實踐中效用有限：一方面，其在“以個人名義實施犯罪”對立意義上上使用，但“以個人名義實施犯罪”本來就不涉及是否構成法人犯罪的判斷；另一方面，“以單位名義實施犯罪”本身也不能等同於“法人實施了犯罪”，仍需求助於其他標準。換言之，“以單位名義實施犯罪”難以起到積極證立法人犯罪或消極限定法人犯罪範圍的效用，僅具有與“以自然人名義實施犯罪”這一本來的自然人犯罪相區分的形式意義。與之相反，“違法所得歸單位所有”則提供了積極判斷法人犯罪是否成立的標尺，即以“利益歸屬”對“自然人行為與意志”和“法人行為與意志”是否“等同”進行積極判定。

但這一標準並非毫無疑問。誠然，從表面上看“具體案件的違法所得最終歸屬於法人所有”似乎就等同於“法人獲利”，但這種獲利僅僅只是暫時性、就該特定時間段而言的“獲利”。與合法法人所追求的長久、乃至永續經營目標相比，這種“短暫的‘獲利’”所帶來的潛在法律風險與商業風險遠遠大於其在該特定時段的現金價值。法人更關注整體利益而非局部利益，更關注長遠結果而非短期結果。[17]

從法人依法經營的時間維度上看，夾帶著認定構成法人犯罪、引發法人吊銷、破產等法律風險的“短期利益”往往是微不足道的，而合法長期存續樣態所帶來的“長期利益”才是至關重要的。顯然，即便在承認“法人具有意志”的情況下，也難以認定“獲得夾帶法律風險的短期違法利益”符合“法人意志”；相反，這種違法利益往往因其潛在的法律風險而被排除在法人意志之外。可見，以“利益歸屬”認定法人行為和意志、進而認定法人犯罪成立的邏輯，在現實中卻往往與“法人意志”反向而行，出現“推定的法人意志”與“實際的法人意志”大相徑庭的窘況。與此同時，以“利益歸屬”作為是否將“個人行為與意志”等同於“法人行為和意志”的標準，不可避免地將“違反法人意志的情況”泥沙俱下地認定為“法人犯罪和意志”進而認定所謂的“法人犯罪”，而這實際上是“結果歸罪”邏輯的凸顯。一如我國臺灣地區學者所言，對於企業組織體之刑事責任，如不能脫離現今刑法個人責任的傳統理論，另謀尋求其解決辦法之根據，實難收其效果。[18]

---

［14］ 陳瑞華：《合規視野下的企業刑事責任問題》，載《環球法律評論》2020年第1期，第23頁。

［15］ 參見孫道萃：《單位犯罪刑事責任中行為歸責與責任歸責理論之整合》，載《中國刑事法雜誌》2012年第8期，第29頁。

［16］ 最高人民法院《關於印發全國法院審理金融犯罪案件工作座談會紀要的通知》（法〔2001〕8號）第二條第一款，以單位名義實施犯罪，違法所得歸單位所有的，是單位犯罪。

［17］ 陳金林：《民營企業內部犯罪的治理邏輯——〈刑法修正案（十二）〉的突破及其司法展開》，載《中國法律評論》2024年第4期，第93頁。

［18］ 陳樸生：《企業犯罪與組織責任》，載《軍法專刊》1979年第1期，第10頁。

二、構造重塑：擬制主體違反合法義務

（一）法人主體資格與犯罪能力的擬制性

與自然人不同，包括法人、合夥組織等在內的“人、財、物”集合體並非天然具有經濟社會的合法主體資格、也並非天然具有刑事領域的犯罪能力，而是取決於一國立法與政策的選擇。這意味著，並非所有的“人、財、物”集合體均為立法所肯認，而為立法所肯認的“人、財、物”集合體也僅僅只是取得特定的經濟活動主體資格，並不必然具備刑事領域中法人犯罪的“法人”這一主體身份與犯罪能力。具言之，“人、財、物”集合體既包括合法設立運行法人、合夥組織等組織體，也包括違法組成、存續的黑惡勢力、黑社會性質組織、犯罪集團等非法組織體。其中，僅前者依《公司法》、《合夥企業法》等規範性文件而取得經濟社會的主體資格，而後者顯然並不具有經濟社會的活動主體資格。而據我國現行刑事立法規定可知，取得經濟社會主體資格的組織體中除“法人”之外，“不具有法人資格的合作經營企業”與“法人內部的分支機構、內設機構”均具備法人犯罪的主體資格。由於法人並不具有自然人般的“手腳”與“意識”，因此，是否承認法人犯罪、法人（單位）的涵攝範圍、法人犯罪的範圍等問題均需要借助於立法的擬制性規定。對此，台灣地區司法實踐亦持類似觀點，如“89 年台上 115 號判決”認為“公司為法人，並不具有‘犯罪能力’、‘犯意’或‘概括故意’，但得以法律規定其為‘受罰主體’”[19]。正因為如此，法人的主體資格和犯罪能力也並非一成不變，在特定情況下也存在被否定法人犯罪主體資格和犯罪能力的可能性，如“為了犯罪成立法人（單位）、或法人（單位）成立後以犯罪為主要活動”便是刑事領域“揭開法人面紗”的典例。除此之外，這些主體也僅在“法律明確規定為法人（單位）犯罪”的範圍內具有法人犯罪的主體資格。由此可見，組織體是否具有法人犯罪主體資格、以及具有法人主體資格的主體的犯罪能力範圍，均取決於一國立法的擬制性規定。

法人主體資格和犯罪能力之所以取決於立法的擬制，原因在於法人缺乏自然人固有的手腳和意識，而這也決定了法人犯罪的規範構造難以簡單等同於自然人犯罪“行為疊加意志”的規範構造。誠然，法人犯罪的實施最終也取決於內部自然人的行為與意志。就此而言，法人犯罪與自然人犯罪在事實層面上似乎不存在差異，即均是由特定數量的自然人的行為與意志所導致的危害結果。然而，法人犯罪作為擬制主體實施的擬制犯罪，除卻犯罪客體（罪名範圍）外，在主體、主觀、客觀層面上均區別於“普通的自然人犯罪”和“法人內部自然人間的共同犯罪”。首先，在主體層面上，儘管法人犯罪在存在論上呈現多主體的樣態，但在規範論上仍屬於單一主體的犯罪；其次，在主觀層面上，作為擬制主體的法人並不存在自然人固有的意識或意志，僅在存在論上呈現內部自然人故意、過失、無過失等多種主觀心態交錯的情況；最後，在客觀層面上，法人本身並不存在自然人固有的行為與舉止，僅在存在論上呈現內部自然人作為與不作為多種行為樣態交織的情況。可見，對於法人犯罪這一擬制主體實施的擬制犯罪而言，其在主體、主觀、客觀等維度上與自然人犯罪存在的種種差異，決定了其規範構造難以簡單套用自然人犯罪“行為疊加意志”的規範構造。儘管借助於“行為疊加意志”來認定法人責任的進路在民商事領域廣泛適用，但這一進路背後凸顯的是民商事保護交易相對人的合理信賴、維持市場交易穩定性的特殊規範目的。在這一目的導向下，雖然法人利益的位序被後移，但也賦予了法人以事後求償權。然而，刑事領域向來奉行罪責自負原則，讓法人替內部自然人承擔刑事責任的“株連”做法難以獲得正當性依據。

［19］ 王皇玉：《法人刑事責任之研究》，載《輔仁法學》2013年第46期，第16頁。

（二）法人犯罪的規範構造在於義務違反

既然法人屬於擬制主體，而法人犯罪屬於擬制主體實施的擬制犯罪，那麼，對法人犯罪規範構造的分析也應著眼於此。遺憾的是，在日積月累的“自然人一元犯罪主體”刑事立法影響下，刑事司法習慣了自然人犯罪在事實與規範認定上的一致性，忽視了法人這一擬制主體實施的法人犯罪在事實與規範上的差異性，使得對法人犯罪規範構造的探尋迷失於對自然人犯罪“行為疊加意志”認定路徑的依賴之中。然而，法人不僅需要“事實上的出生”，也需要“法律上的出生”[20]，即法人的實體人格得到規範的合法性承認、獲得具有規範意義的權利與義務、從而在現實社會中作為主體進行活動。人、財、物的集合固然在事實上呈現一個組織體的樣態，但由此形成的組織體並不必然具有規範上的意義、更不必然獲得規範上的積極評價。立法的承認與否，取決於相應組織是否滿足法定的條件、履行法定的程序、契合法定的目的，即相應組織是否符合法規範的目的、是否履行法定義務。在實定法的視角下，由人、財、物集合而成的組織體可以分為“非法組織”、“合法組織”和“法律未予評價的組織”三種類型，其中，非法組織指其成立、維繫已屬違法、乃至犯罪的人、財、物集合，對此，黑社會組織、黑社會性質組織、黑惡勢力等便是適例；合法組織指其成立、維繫得到法律的認可、乃至鼓勵，如商事企業、行業協會、群眾自治組織等；除此之外，還有一些組織在成立和維繫上雖缺乏法律的授權與許可，但也不在法律的禁止之列，如日常生活中的“登山組合”等。

由於法人犯罪作為由擬制主體實施的擬制犯罪，那麼，無論是“法人”的範圍抑或“法人犯罪”的範圍，均取決於立法的明文限定。換言之，若涉事組織體不在立法所規定的“法人”行列，則無法認定法人犯罪的成立。對於法律未予評價的組織，其既不屬於應被依法取締的範圍，也不需要通過法定程序以維持法律的認可，其並不在“法人”範疇之內，也不會面臨是否構成法人犯罪的判斷。非法組織的成立與維繫本身已屬違法、乃至犯罪，不僅不在法人犯罪的“法人”行列，還可能因其“成立與維繫”而單獨構罪。需要注意的是，一方面，合法組織體並非全部都屬於“法人”行列，仍需依據現行刑事立法[21]明文進行限縮；另一方面，我國刑事立法語境下的“單位”範圍也不局限於“法人”，而是擴張至“不具有法人資格的合作經營企業”[22]和“涉互聯網金融犯罪、受賄等領域的法人（單位）‘分支機構’[23]、‘內設機構’[24]”。可見，只有成立和維繫

［20］ 仲崇玉：《論基爾克法人有機體說的法理內涵和政治旨趣》，載《現代法學》2013年第2期，第60頁。

［21］ 《中華人民共和國刑法（1997年）》第三十條，公司、企業、事業單位、機關、團體實施的危害社會的行為，法律規定為單位犯罪的，應當負刑事責任。最高人民法院《關於審理單位犯罪案件具體適用法律有關問題的解釋》（法釋〔1999〕14號）第一條，刑法第三十條規定的公司、企業、事業單位，既包括國有、集體所有的公司、企業、事業單位，也包括依法設立的合資經營、合作經營企業和具有法人資格的獨資、私營等公司、企業、事業單位。

［22］ 《中華人民共和國中外合作經營企業法實施細則》第四條，合作企業包括依法取得中國法人資格的合作企業和不具有法人資格的合作企業。

［23］ 最高人民法院《關於印發全國法院審理金融犯罪案件工作座談會紀要的通知》（法〔2001〕8號）第二條第一款第一項，以單位的分支機構或者內設機構、部門的名義實施犯罪，違法所得亦歸分支機構或者內設機構、部門所有的，應認定為單位犯罪。最高人民檢察院《關於辦理涉互聯網金融犯罪案件有關問題座談會紀要》（高檢訴〔2017〕14號）第22條，對參與涉互聯網金融犯罪，但不具有獨立法人資格的分支機構，是否追究其刑事責任，可以區分兩種情形處理：（1）全部或部分違法所得歸分支機構所有並支配，分支機構作為單位犯罪主體追究刑事責任；（2）違法所得完全歸分支機構上級單位所有並支配的，不能對分支機構作為單位犯罪主體追究刑事責任，而是應當對分支機構的上級單位（符合單位犯罪主體資格）追究刑事責任。

［24］ 最高人民檢察院研究室《關於國有單位的內設機構能否構成單位受賄罪主體問題的答復》，（2006）高檢研發8號），國有單位的內設機構利用其行使職權的便利，索取、非法收受他人財物並歸該內設機構所有或者支配，為他人謀取利益，情節嚴重的，依照刑法第三百八十七條的規定以單位受賄罪追究刑事責任。上述內設機構在經濟往來中，在賬外暗中收受各種名義的回扣、手續費的，以受賄論。

得到立法承認的合法組織才可能具備“法人犯罪”的主體資格。正因為如此，“為了犯罪而設立法人（單位）”以及“法人（單位）成立後以犯罪為主要活動”[25]的情形因“成立”和“維繫”未能滿足立法的要求而喪失“法人犯罪”的主體資格。儘管部分合法組織體因不具有法人犯罪主體資格等因素而被排除在法人犯罪的“法人”範圍之外，但毫無疑問的是，只有在成立和維繫上得到立法承認的組織，才具備構成法人犯罪的“法人”資格。

法人一經合法設立，便具備合法的民商事主體資格與刑法上的犯罪主體資格，這也意味著法人負有履行法定義務、從事符合法規範的行為、自我約束違法犯罪行為實施的責任。換言之，合法義務的履行既是法人維繫自身合法社會主體地位的憑依，也是判斷法人犯罪是否成立的關鍵。反觀既有的“法人行為疊加法人意志”抑或“法人名義疊加利益歸屬”的法人犯罪認定路徑，徑直將事實層面上的“‘自然人’行為、意志”與“利益”等同於規範層面上的“法人犯罪構造”，或導致法人替內部自然人承擔刑事責任的“替代責任”，或導致法人承擔“結果責任”。事實上，法人內部自然人的行為與意志，與自然人犯罪中自然人的行為和意志一樣僅徵表存在論意義上的犯罪樣態，不能直接等同於規範論意義上的犯罪構造。正如在自然人共同犯罪中，囿於“共同故意”、“原因力”等因素的影響，自然人共同犯罪中中止、脫離、既遂等問題的認定也不單純取決於單一行為人事實上的行為與意志。因此，法人犯罪的罪責在於：涉事法人是否違反了自身所承擔的義務。就義務範圍而言，既有不同法人均需遵守的共同義務，如不得實施行賄、走私、洗錢等行為；也有基於法人特性和行業特徵而個別承擔的特殊義務，如食品領域需承擔不得生產銷售有毒有害食品義務，又如建築行業需承擔安全作業義務。諸如此類，不勝枚舉。涉事法人是否違反法人所承擔的義務，既是判斷是否構成法人犯罪的根本標準，也是判斷法人所承擔的刑事責任到底是自身責任還是替代責任的唯一標尺。

儘管法人犯罪在存在論層面上呈現法人主體、自然人主體等多方參與的“合力犯罪”樣態，但從規範論層面上講，法人犯罪是獨立於自然人個別犯罪與共同犯罪的一種擬制犯罪形態，即“法人自身的犯罪”。因此，“法人犯罪”的首要特徵當屬有機整體的法人犯罪與參與人員個體犯罪的雙層犯罪構造的有機統一體。[26]亦即，在“法人本身為擬制主體、法人犯罪為擬制犯罪”的場域下，“內部自然人行為和過錯”本就是判斷是否構成法人犯罪的基礎素材，其意義也僅限於此，不能經由“同一視或上級責任理論”而直接等同於“法人犯罪”。正因為如此，“內部自然人的行為和過錯”並不能直接等同於“法人行為和過錯”、更不能直接等同於“法人犯罪的認定＝法人行為＋法人意志”，而必須通過“法人是否違反本應遵守的合法義務”進行判斷。

三、義務具象：合規體系的構建與維繫

（一）義務違反形式在於組織結構的疏失

囿於法人的擬制性，法人在事實上表現為特定組織結構下的“人、財、物集合體”。由於法人缺乏自然人固有的“手足”，因此，法人對法定義務的遵守也與自然人存在差異：法人難以自行實施“作為”或“不作為”以履行法定義務，只能通過法人內部自然人的“行為”來實現對法定義務的遵守。值得注意的是，儘管法人違反法定義務的認定需要借助內部自然人實施的特定行為，但這

［25］ 最高人民法院《關於審理單位犯罪案件具體應用法律有關問題的解釋》（法釋〔1999〕14號）第二條，個人為進行違法犯罪活動而設立的公司、企業、事業單位實施犯罪的，或者公司、企業、事業單位設立後，以實施犯罪為主要活動的，不以單位犯罪論處。

［26］ 聶立澤：《過失犯罪與故意犯罪之關係新解》，載《法學雜誌》2010年第12期，第69頁。

並不意味著將“內部自然人行為和意志”等同於“法人行為和意志”、也不意味著將“內部自然人的犯罪”等同於“法人犯罪”。要決定具體自然人是否實施或不實施特定的行為，需要從法人的組織結構上對法人內设部門、自然人職務、自然人職責、自然人行為等內容進行預設和安排。據此，法人需要合理設置內部組織結構並以之驅動具體自然人實施特定行為，以此實現對法定義務的遵守。與之相對，一旦法人未能有效構建和維繫足以實現遵循法定義務的組織結構，則需承擔因此而產生的法律責任。循此邏輯，法人犯罪在規範層面上的樣態為：法人未構建並維繫足以遵守法定義務的組織結構，導致內部自然人得以實施具體的違法行為、或未實施依法應當實施的行為。在此樣態中，內部自然人的過錯在於實施了具體的作為或不作為，而法人的過錯在於“未履行構建和維繫‘足以阻止內部自然人實施特定行為’和‘未推動內部自然人實施特定行為’的組織結構義務”。從法人責任與個人責任的分離上，強調法人承擔的是因管理漏洞和制度隱患而形成的失職責任（監督過失）[27]。可見，法人違反法定義務的形式，只能是內部組織結構的構建和維繫出現疏失，使內部自然人得以錯誤實施或不實施特定行為並引起危害社會的後果。亦即，法人承擔刑事責任的根據在於其內部治理結構和運營方式出現了與法律相抵觸的情形。[28]當然，由於組織結構屬於法人內部治理事宜，因此，單純內部組織結構存在疏失並不會直接導致法人承擔刑事責任。但若因法人存在組織結構疏失而引發嚴重後果，則法人應當該組織架構疏失而承擔責任。此時，組織結構的疏失已經不再是單純的“法人內部治理事宜”，而是通過“具體的危害行為和危害後果”上升為《刑法》所關注的“犯罪行為”。

將法人犯罪罪責限定為違反法定義務，即法人在組織結構上存在疏失，不可避免面臨“義務來源”的詰問。傳統義務來源理論對於義務的來源多采取法律規定、職務要求、合意設定、先行行為的四分法，或法律規定、合意設定、先行行為的三分法。由於義務來源的形式性劃分難以涵攝所有的義務來源，實質性的義務來源劃分理論將義務分為“對危險源的監督義務”與“對特定法益的保護義務”，以彌補形式性義務來源劃分理論的不足。通常情況下，法人較自然人而言具有更多的人力、物力、財力資源，一旦實施犯罪行為常常能造成比自然人犯罪更為嚴重的法益侵害後果。由是，法人需要避免內部的資源被自然人利用、濫用、誤用，也因此承擔“對內部人、財、物等資源的監督義務”這一“對危險源的監督義務”。誠然，現行《刑法》並未明確法人負有何種義務，但這並不意味著法人無需承擔具體的義務或無需因為違反具體的義務而承擔刑事責任。相反，法人真真切切負有法定的義務，且應當因其違反法定義務而承擔包括刑事責任在內的法律責任。例如，《公司法》要求公司在從事經營活動時“必須遵守法律、行政法規”[29]；又如，《食品安全法》要求食品生產經營者“應當依照法律、法規和食品安全標準從事生產經營活動”[30]。實際上，在法人成為具體犯罪的主體之前，都是以民商事主體、行政主體、準行政主體的身份。進一步講，刑事主體身份於法人而言也只能是臨時性、而不能是常態性的身份：如前所述，若法人“基於犯罪而成立”或“成立後以犯罪為主要活動”，則將被“揭開法人面紗”並以自然人犯罪論處。因此，法人所遵守的法定義務只能來源於民商法領域和行政法領域，並因法人類型、行業等因素而承擔差異化的法定義務。將法人違反本應遵守的民商法義務或行政法義務的行為定性為法人犯罪行為，不僅

［27］ 陳瑞華：《單位犯罪的有效治理——重大單位犯罪案件分案處理的理論分析》，載《華東政法大學學報》2022年第6期，第7頁。

［28］ 時延安：《單位刑事案件合規不起訴的實體條件》，載《政法論壇》2023年第1期，第62頁。

［29］ 《中華人民共和國公司法》第五條第一款，公司從事經營活動，必須遵守法律、行政法規，遵守社會公德、商業道德，誠實守信，接受政府和社會公眾的監督，承擔社會責任。

［30］ 《中華人民共和國食品安全法》第四條第二款，食品生產經營者應當依照法律、法規和食品安全標準從事生產經營活動，保證食品安全，誠信自律，對社會和公眾負責，接受社會監督，承擔社會責任。

是對法人犯罪這一擬制主體實施的擬制犯罪的正確歸責，也是民刑銜接、行刑銜接的具象化。以《食品安全法》第136條[31]為例，食品經營者切實履行“進貨查驗”和“如實說明進貨來源”義務的，便可以免除相應法律責任；但是，若食品經營者未通過有效的內部組織結構安排來保證這一義務的履行，則可能因此構成生產、銷售不符合安全標準的食品罪等罪名。

（二）疏失的消弭取決於合規體系的整飭

為了避免構成法人犯罪，法人應當積極履行法定義務：構建並維繫足以有效防止內部自然人得以實施具體的違法行為或避免內部自然人未實施依法應當實施的行為的內部組織結構，即構建並維繫行之有效的合規體系。無論小微企業還是大型企業，均負有整飭合規體系以消弭組織結構疏失的合法義務，這也是對適用法律平等原則的貫徹。[32]所有法人都負有合規義務，但並非所有法人所要構建的合規體系均完全相同。原因在於，不同法人因其所在行業、類型等因素而承擔不同的法定義務。因此，不同法人所承擔的具體合規義務並非千篇一律，而是基於各自行業特性與運營狀況而構建“量體裁衣式”[33]的合規體系。在個案中，則表現為圍繞法人存續中可能出現的問題而構建對應的合規體系，如防止企業行賄、防止銷毀會計憑證、防止資助恐怖活動等具體的義務。可見，合規的範圍並非毫無邊界、毫無目的。需要明確的是，合規體系並不僅限於刑事合規，而是包括行政合規。亦即，合規體系的構建與維繫，不僅關係到法人刑事責任的認定，也關係到法人行政責任的認定。當然，刑事責任視野下關於合規體系得到有效構建、內部組織結構是否存在疏失的判斷，只能著眼於“刑事合規”本身。就刑事合規而言，行之有效的合規體系意味著法人內部組織結構的疏失得到整飭，而法人也因法定義務的全面履行而被排除在法人犯罪之外。

應當明確的是，疏失的消弭分為“事前的疏失消弭”和“事後的疏失消弭”，與之相對應，合規的整飭也分為“事前的合規”和“事後的合規”。循此，法人內部組織結構疏失的消弭也分為兩種類型：其一，法人的內部組織結構存在疏失，但尚未出現危害行為和危害後果；其二，法人的內部組織結構存在疏失，且已出現危害行為並造成危害後果。在“尚未因組織結構疏失而引發危害行為或造成危害後果”的情況下，此時的法人組織結構疏失仍屬於法人內部治理結構混亂的層面，《刑法》不應提前介入，否則存在將“法人內部治理問題‘刑法化’”的嫌疑。當然，否定《刑法》介入並不妨礙對法人內部結構疏失的情況是否構成行政違法的判斷。此時通過合規體系整飭內部治理結構疏失，既是法人履行合法義務的表現，也是法人據以阻斷刑事責任的理由。例如，任何從事生產的法人都應依據《消防法》的消防安全標準採取配置消防器械、放置安全標準等措施，而未履行這一法定義務的法人在組織結構上顯然存在疏失。在此情況下，由於未構建合規體系、組織結構疏失未得到整飭，即便未發生消防事故，也不妨礙職能部門依據《消防法》的規定追究該法人的行政責任，但只要未因此引發消防安全事故，或引發的消防安全事故尚未達到《刑法》“消防責任事故罪”的入罪標準，則絕對不能認定該法人構成消防責任事故罪。若法人已建立合規體系使組織結構疏失得到整飭，即便發生消防事故且造成嚴重後果，法人也因已履行法定義務而被排除在消防責任事故罪之外。此時，合規體系的構建與維繫意味著“法人本身不存在過錯”，即法人本就不構成消防責任事故罪。但在“因組織結構疏失引發危害行為或造成危害結果”的情況下，再行建立合規體系只是“事後悔過改正”，即通過“避免以後類似事件發生”來徵表法人“再犯可能性

［31］《中華人民共和國食品安全法》第一百三十六條，食品經營者履行了本法規定的進貨查驗等義務，有充分證據證明其不知道所採購的食品不符合食品安全標準，並能如實說明其進貨來源的，可以免予處罰，但應當依法沒收其不符合食品安全標準的食品；造成人身、財產或者其他損害的，依法承擔賠償責任。

［32］毛逸瀟：《合規不起訴的公共利益衡量理論》，載《法學論壇》2024年第4期，第51頁。

［33］孫娟娟：《從規制合規邁向合作規制：以食品安全規制為例》，載《行政法學研究》2020年第2期，第124頁。

小”，卻不能改變法人先前未履行法定義務的行為已達到《刑法》中消防責任事故罪入罪標準的事實。可見，儘管合規體系存在“事前的合規”與“事後的合規”之分：前者關係到個案中法人是否存在刑法上的過錯的認定，直接影響到對法人是否構成犯罪的判斷；後者僅關係到個案中法人特殊預防必要性大小的認定，也只能影響到是否對法人採取酌定不訴、是否減輕處罰（預防刑）的裁量。但無疑問的是，法人內部組織結構疏失的消弭，依賴於合規體系的構建與維繫。

要求法人通過合規體系整飭內部組織結構疏失，是對法人承擔自身刑事責任的理性回歸，並不會導致法人因此承擔過重的負擔。因為，合規體系的構建並不意味著所有的企業構建同等規模、同等類型的合規體系，而是應遵循個別化原則，即“保證人義務不能被無限擴展”[34]。相反，法人的合規義務受到兩方面的限制：一方面，並非所有法人均承擔相同的合規義務、均須構建相同的內部組織結構，而是依據法人特性、行業特徵、經營範圍等因素構建契合自身的內部組織結構、履行個別化的合規義務；另一方面，即便對於同類型、同行業的不同法人而言，由於不同法人經濟實力、成立時間等因素存在差異，不同法人實施完善內部組織結構、履行合規義務的適法行為的能力也存在差異。基於比例原則限制，部分法人犯罪具備客觀不法而不予歸責具有正當性。[35]因此，當法人犯罪的防治超過企業自身合理承擔能力時，則可以通過“缺乏他行為可能性”認為涉事企業缺乏非難可能性，進而排除或減輕法人的刑事責任。事實上，相對成熟的合規並非對所有風控點的“平衡供給”，而是會借助於繪制適合企業所在國家、地區和自身實際的“風控熱力圖”，標識出風控點的重要性水平差異，以決定投入的關注程度或風險應對的時間和力度。[36]正如法國於2016年通過的《關於透明度、打擊腐敗和經濟生活現代化的法律》（Loi Sapin Ⅱ，也稱“薩潘Ⅱ法案”）僅對“用工人數超過500人、營業收入超過一億歐元”的企業設置了強制合規義務，這一做法顯然也是正是基於合規成本和企業實施適法行為可能性的考量。當然，這並不意味著其他企業不負有刑事合規的義務，相反，企業應當在自己能力範圍內構建與自身運營情況相適應的合規體系，以整飭自身內部組織結構的疏失，防止因組織結構疏失而引發危害社會後果。

（三）“雙層義務違反”構造的規範展開

從法人犯罪的發生進程來看，事先存在法人違反合法義務的狀態，即存在法人未有效構建、實施合規體系這一狀態，才使內部自然人得以在缺乏有效規制的情況下利用法人的人力、物力、財力資源實施具體的犯罪行為。一方面，由於法人並不具有自然人固有的“手足”，因此，法人對合法義務的履行只能通過要求具體的內部自然人承擔具體的合規體系構建和維繫義務來實現。正因如此，法人對合法義務的違反，在微觀層面上體現為負有合規義務的人員對具體的合規體系構建和維繫義務的違反。另一方面，法人罪責的追究具有被動性，依賴於自然人罪責。在內部自然人未利用法人的人力物力財力等資源實施具體犯罪行為之時，即便法人尚未構建、實施有效的合規體系或既有合規體系存在嚴重漏洞，也難言“存在法人合法義務的違反”。具體的法人犯罪之所以得以發生：首先在於，法人未履行合法義務，即未構建和維繫行之有效的合規體系導致自身組織結構存在疏失；其次在於，法人內部負有合規義務的人員未履行對應的合規體系構建和維繫義務；最後，具體的人員憑借法人合規體系的疏失，得以實施具體的犯罪行為。循此邏輯，法人犯罪的規範構造為“雙層義務違反”：內部自然人憑借法人組織結構疏失得以實施具體犯罪行為—法人違反構建與維繫合規體系以整飭內部組織結構疏失的合法義務—法人內部負責合規義務的自然人違反構建和維繫

［34］ 李本燦：《刑事合規的制度邊界》，載《法學論壇》2020年第4期，第138頁。

［35］ 董文蕙、尹銳平：《涉單位犯罪的刑事歸責與合規適用》，載《蘇州大學學報（法學版）》2023年第1期，第122頁。

［36］ 楊力：《中國企業合規的風險點、變化曲線與挑戰應對》，載《政法論叢》2017年第2期，第4頁。

行之有效的合規體系的義務。

循此，個案中關於是否構成法人犯罪的判斷應當經由“雙層義務違反”的法人犯罪規範構造漸次展開。首先，內部自然人的具體犯罪行為必須與法人存在關聯（與法人所處行業、經營領域相關，或與個人職務相關），至於是否為了法人利益以及是否實際為法人爭取到了利益則在所不論。如果內部自然人的行為與法人不存在任何關聯，那麼該犯罪行為單純只是個人的犯罪行為抑或其他組織體的犯罪，而絕不能構成該法人本身的犯罪。舉例而言，在法人僅從事跨境電商業務的情況下，內部自然人自行實施“生產銷售假藥、劣藥”的行為無論如何都與所在組織體無關；再如，內部自然人“集體決定實施殺人行為”僅僅屬於內部自然人的個人行為，顯然“防止內部自然人、內部決策殺人”難言與法人存在關聯，也無從據此認定法人存在義務違反。因此，“是否與法人所處行業、經營領域相關”不僅是判斷是否將“內部自然人具體犯罪行為”作為判斷是否構成法人犯罪的啓動程序和基礎素材，更是劃定法人的合法義務範圍（合規義務）的標尺。其次，在內部自然人的具體犯罪行為與法人相關聯的情況下，判斷法人是否構建了相應的合規體系防堵內部組織結構疏失，以確保合法義務的履行。如果法人並未構建防止內部自然人實施（與法人相關）的犯罪的合規體系、或法人構建了相應合規體系但未得到有效落實（流於形式）、或法人構建的合規體系並不全面（如未依據時代和行業變化構建“數據合規”）等情況，即法人未憑借合規體系對內部自然人的犯罪行為予以抑制，那麼，法人便違反了“合法義務”，而法人罪責也由此而生。最後，在法人存在“合法義務違反”的情況下，還需要判斷法人是否具有他行為可能性，即是否具有“構建合規體系”的可能、合規體系是否具有“阻止內部自然人（尤其是實控人）犯罪”的可能性。如法諺所言，“法不強人所難”。在法人不具有實施適法行為可能性的情況下，也應當以缺乏期待可能性排除對法人的歸責。舉例而言，在法人“人力物力財力”都不足以構建完善合規體系的情況下，即法人並不具有“履行合法義務之能力”，此時應當以“缺乏他行為可能性”為由排除對法人的歸責。再如，在法人實控人（或“不法集體決策”）利用職權決定實施具體犯罪行為的情況下，如果在結果發生前法人可以通過合規體系中的“舉報、報案”這一風險應對程序予以制止而未制止時，仍應當對法人進行歸責。此時，涉案法人所開展的也是“具有針對性的合規整改方案”[37]，而非泛化的全方位合規體系。

“雙層義務違反”這一規範構造不僅是認定法人犯罪是否成立的判斷標準，也是劃定“責任人員（法人犯罪中需要承擔責任的自然人）”範圍的判斷標準。“直接實施具體犯罪行為的人員”自然應當納入“責任人員”的範疇，但除此以外，法人犯罪內部對於“法人犯罪”的成立存在因果關聯且具有可歸責性的人員還包括“負有合規體系構建與維繫義務的人員”，即法人或部門領導或分管領導，以及合規部門人員。需要注意的是，儘管法人領導人與合規部門人員（合規師[38]等）均負有“構建與維繫合規體系”的義務，但二者的“義務來源”並不相同。就法人領導人而言，其基於“法人領導者”身份而處於第一性的保證人地位，並承擔“構建與維繫行之有效的合規體系”的義務；就合規部門人員而言，其保證人地位來源於“業務部門分工”以及“法人領導人授權”[39]，前者屬於第一性的保證人地位，後者屬於“派生的”第二性保證人地位[40]。無論是法人領導人抑或合規部門人員，無論合規人員基於業務分工抑或法人領導人授權而取得“保證人地位”，均共

［37］ 姚莉：《中國刑事訴訟法治現代化的進程與展望》，載《東方法學》2024年第4期，第73頁。

［38］ 敬力嘉：《單位犯罪刑事歸責中數據合規師的作為義務》，載《北方法學》2021年第6期，第97頁。

［39］ 李本燦：《企業視角下的合規計劃建構方法》，載《法學雜誌》2020年第7期，第83頁。

［40］ Dannecker/Dannecker, JZ, 2010, S.990.轉引自李本燦：《刑事合規的制度邊界》，載《法學論壇》2020年第4期，第143頁。

同承擔“法人履行合法義務”的落實義務。因此，這些人員也屬於“責任人員”的行列，但其罪責在於“未構建與維繫行之有效的合規體系”。

結語

以“雙層義務違反”作為法人犯罪的規範構造，不僅能準確釐清法人犯罪與自然人犯罪的邊界、貫徹罪責自負原則，而且能精準區分法人犯罪內部法人本身、負有具體合規義務人員、直接責任人員等主體各自的罪責。循此，在法人已通過有效構建並運行合規體系以履行合法義務的情況下，應徑直阻卻法人犯罪的成立；在法人因未有效履行合法義務的情況下，合規體系的整改方案也應針對法人組織結構疏失展開，使合規體系整改方案能通過“糾正法人過錯”實現預防“法人再次實施相同或類似犯罪行為”的規範目的。由於事後合規整改在於徵表涉案法人擬制主體人格的完善、彰顯特殊預防必要性降低或消失，因此，經由合規體系適用不訴、緩刑等輕緩化處遇的範圍也應當限定在通過合規體系整改方案足以體現特殊預防必要性的主體範圍內，不能泛化適用於與此無關的其他涉案自然人，否則不僅輕縱了部分責任人員，也難以實現預防法人犯罪這一事後合規整改的規範目的。

Abstract: Since the unit crime normative structure is lacking in legislation, judicial practice relies on the natural person crime structure to evolve the unit crime normative structure of “unit behavior + unit will”. However, this structure transfers the natural person's guilt to the unit's guilt and alienates the unit’s vicarious liability to the natural person, which violates the principle of self-responsibility; and the “unit’s name + interest attribution” identification path is suspected of resulting in guilt. Based on the principle of self-responsibility, the unit's liability lies in the violation of the legal obligations of the fictional subject, that is, the negligence of the internal organizational structure of the fictional subject leads to the implementation of anomalous behavior by internal natural persons. The elimination of organizational structural failures depends on the rectification of the compliance system: ex-ante compliance is related to the judgment of whether the unit constitutes a crime; ex-post compliance is related to the determination of the unit's need for special prevention. Following this, the structure of unit crime norms is a “double-layered violation of obligations”: the unit violates prior compliance obligations - compliance personnel violate specific prior compliance obligations - specific personnel commit specific criminal acts.

Key words: Unit Crime; Normative Structure; Negligence of the Internal Organizational Structure; Compliance System; Double-layered Violation of Obligation

（責任編輯：馬志遠）

人民陪審員實質性參審的理論闡釋與實踐路徑

張 偉*

摘　要　人民陪審制承載著彰顯司法民主、將來自社群的集體智慧注入司法裁判以及強化司法監督等重要價值功能，但這些價值功能的實現應以人民陪審員實質參審為制度前提。作為陪審制改革試點單位的C縣法院圍繞“選好、用好和管好陪審員”而開展的改革工作，在一定程度促進了陪審員實質參審，其經驗值得推廣。然而，從長遠看，若要促進人民陪審員實質性參審，除了推廣C縣法院的既有經驗外，還需進一步優化陪審員隨機選任程序，完善合議庭結構，以及強化對陪審員邏輯推理能力和證據分析等方面的培訓。

關鍵詞　人民陪審制　實質性參審　陪審員

引言

人民陪審制承載著依靠人民實現司法民主和保障司法公正的價值功能。然而，該制度實踐中存在的“陪而不審”、“審而不議”[1]等現象無疑影響了其價值功能的實現。為了有效應對人民陪審制功能虛化問題，最高人民法院和司法部于2014年聯合印發了《人民陪審員制度改革試點方案》以及《人民陪審員制度改革試點工作實施辦法》，試圖探索人民陪審員制度改革的有效路徑。改革歷時四年，立法機關在總結全國10個省50家試點法院相關經驗的基礎上，於2018年制定了專門的《人民陪審員法》。該法所承載的重大歷史使命之一是促進人民陪審員實質性參審。[2]根據該法第21條和22條的規定，人民陪審員參加三人合議庭審判案件，對事實認定、法律適用，獨

*　張偉，西藏民族大學法學院副教授，碩士生導師。

本文係西藏文化傳承與發展協同創新中心一般項目“習近平法治思想指導下西藏公正司法的理論闡釋與實踐路徑”（項目編號：XT-ZB202231）、西藏民族大學校內科研項目“數字化時代西藏法院區塊鏈應用生態研究”（項目編號：23MDY023）階段性成果。

［1］ 有關“陪而不審”現象的相關研究，參見劉昂、楊征軍：《人民陪審員實質性參審的要求及實現》，載《河北法學》2016年第7期，第179頁。

［2］ 有關這一命題的相關研究，參見施鵬鵬：《人民陪審員制度的改革歷程及後續發展》，載《中國應用法學》2018年第4期，第17頁；左衛民：《七人陪審合議制的反思與建言》，載《法學雜誌》2019年第4期，第108頁。

立發表意見，行使表決權；人民陪審員參加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。從這兩條規定不難看出，所謂人民陪審員實質性參審，是指陪審員對其所參審案件的事實認定和法律適用能夠獨立發表意見，並行使表決權。然而，在司法實踐中，由於陪審員和法官之間存在信息差量、陪審員權責不一導致內在動力缺失及陪審員對法官存在認知依附等因素，[3] 使得陪審員難以實質性參與審判。《人民陪審員法》實施之後，地方法院紛紛開展人民陪審員實質性參審試點工作。習近平總書記強調：“對已經出台的改革舉措，要加強改革效果評估，及時總結經驗，注意發現和解決苗頭性、傾向性、潛在性問題。要下功夫凝聚共識，充分調動一切積極因素，形成推進改革強大力量。”[4] 在該法實施五周年之後的後立法背景下，進一步探尋人民陪審員實質性參審的理論基礎，以及通過考察地方法院人民陪審員實質性參審的試點實踐，總結其中的經驗，分析存在的問題，並基於相關問題提出有針對性的對策建議，是貫徹習總書記重要指示和進一步深化人民陪審員制度改革的現實需求。

一、人民陪審員實質性參審的理論基礎

（一）陪審員實質性參審，彰顯司法民主

在美國國家科學基金會（National Science Foundation）的資助下，John Gastil 及 Hiroshi Fukurai 等七位法律學者對當今陪審制度之于司法民主和公正產生的影響進行了系統研究。其中一項研究結果表明，社會大眾從其不斷地陪審經驗中培養和塑造了他們的法律觀和政治觀。試想，如果每年有一百萬美國公民能夠獲得陪審的機會，那就意味著有更多的人能夠從陪審經驗中，形成其公民責任及合法政府的意識，並在日後對公民積極參與司法表現出更多的興趣。[5]

陪審員代表人民參與到國家的司法活動中，正如同議會成員代表人民參與國家的行政活動那樣，社區成員通過行使投票權及作為陪審員參與到司法活動中，使得他們切身感受到了，作為普通公民對法律的制定和實施所肩負的責任和使命，而不再認為法律是強加於每個社會成員的。所謂民主，是基於這樣一種信仰，即通過大眾參與政治的過程，使得一種集體的智慧得以產生，並使人們認識到法律是可以接近的。[6] 社區成員直接參與審判活動，使得社會大眾能夠在司法活動中以主人自居，並在事實認定的過程中切身感受到法律和法官的公平正義，並將參與陪審的經歷與感受與身邊的同事、朋友及鄰居等分享，這能增進人們對於司法活動的認同感，提升司法公信力。同時，陪審團的集體商議過程集結了眾人的智慧，使法律更加貼近生活和體現民意，促進人們對法律的信仰。其實，關於陪審制度這一樸素地內在價值，彭真也表達了類似觀點，由群眾選舉公正的陪審員參加審判，不僅容易在較短時間內把案情弄清。因而使案件容易得到正確處理，並且可以密切法院與群眾的聯繫，使群眾切實感到自己是國家的主人，增強群眾對國家的責任感。[7]

（二）陪審員實質參審，將來自社群的集體智慧注入司法裁判

從證據法的角度看，“社群的集體智慧”主要是指來自於社區代表的陪審員運用其“知識

［3］ 參見謝澎、周梓睿：《科學化與圖示法：人民陪審員實質性參審的司法證明基礎》，載《江淮論壇》2022年第4期，第142-144頁。

［4］ 習近平：《論堅持全面依法治國》，中央文獻出版社2020年版，第149頁。

［5］ See John Gastil& Hiroshi Fukurai, *Seeing is Believing: The Impact of Jury Service on Attitudes Toward Legal Institutions and the Implications for International Jury Reform*, 48 Court Review 124, 124-131(2012).

［6］ *The Civil Jury*, 110 Harvard Law Review 1408, 1408-1536 (1997).

［7］ 彭真：《彭真文選》，人民出版社1991年版，第238页。

庫”，在審判的事實認定過程中進行經驗推論，從而使案件事實更加接近真相。從西方國家的陪審制經驗來看，有專家陪審員和普通陪審員之分，他們所分別對應的“知識庫中”的知識是，科學知識或專家意見及一般知識、經驗和綜合直覺。一般知識（常識），由於其在一個共同體內被廣泛的知曉、相信或分享，相對而言具有較高的認知共識，“它們將直接出現在論證中，其中許多屬於司法認知範疇，它們將在審判的時間和場合中被無可爭辯地接受。”[8] 從知識可靠性的屬性來看，本文強調的“集體智慧”是指陪審員的常識。因為，常識性概括表現出的較高確定性，使得各國試圖通過陪審制實現司法公正的願望變得更可能。以英美法傳統為例，大多數法官曾經都是男性、中產階級並產生於盎格魯撒克遜，使得這些來自於“特權”階層的法官們不能充分理解來自普通社群的世界觀或價值標準。而陪審團成員卻是從普通公民中任意挑選出來的，他們擁有區別於“特權”階層的最一般的常識或共識，能在事實認定過程中運用更可靠的常識性概括進行經驗推論，促進司法過程被廣泛信任和認同。法國學者托克維爾在對美國的民主文化進行實地考察時發現：一個國家的法律若要保持穩定，必須以國家的民俗風情為基墊。只有民俗風情才是存在於人民當中最持久和最堅固的力量。刑事法律事務完全取決於案件事實的構建，而事實的構建得益於常識的運用[9]。在美國，陪審團運用常識（common sense）進行事實認定的實踐，甚至被視為一種與宗教和經濟同等（有可能還高於宗教的地位）的文化制度。Geertz 教授認為[10]，常識是最易接近的。任何人（不論男女，不論出身，也不論受教育程度高低及富有還是貧窮）都可以運用常識得出可靠的結論。可見，陪審制是一種運用普通公民“常識”的文化，集結眾人智慧，以促進準確裁判。

（三）陪審員實質性參審，強化司法監督

通常，相比外行的陪審員，法官更容易受到政治及特殊利益集團的影響，而且在法官審的法庭上，法官往往會給予檢察官更多的指控被告有罪的機會。法官與檢察官之間似乎形成了天然的結盟關係，比起被告方來，法官更容易相信和採納檢控方的證據，即使在作為法治發達國家的美國也不例外[11]。因此，當大陸法系國家重新掀起新一輪陪審制改革運動時，不得不思考如下問題：如果一個法官在庭審正式開始前，已經研習了包含了充足地有罪認定證據的偵查卷宗，他（她）還能秉持無罪推定並成為不偏不倚地事實認定者嗎？為了客觀地查明事實真相，法官必須獨立於行政或偵查機關，陪審制審判能成為法官獨立的有效催化劑嗎？對於這些問題，俄羅斯的陪審制改革實踐給出了清晰注解。俄羅斯在其 1993 年的聯邦憲法中明確規定了對抗程序和陪審團審判，並在其同年頒佈的陪審法律中，給予對抗制和陪審團審判高度認可[12]。俄羅斯之所以在新一輪陪審制改革中如此看重對抗制和陪審團審判，是建立在這樣的理性認識之基礎上的，即只有對抗制才能實現直接審理，而直接審理強調審判人員在法庭上直接調查核實證據，不允許依賴偵查卷宗而展開預斷，從而減少了法官在閱讀了偵查卷宗後進行有罪推定的可能性。同時，社會大眾以陪審員身份參與審判進行事實認定，對法官形成監督制約，也有利於抑制法官基於偵查卷宗進行有罪預斷，促成直接審理。

---

［8］ [美]特倫斯·安德森等：《證據分析》，張保生等譯，中國人民大學出版社2012年版，第356-357頁。

［9］ Alexis de Toqueville, *Democracy in America*, New York: Vintage, 293 (1960).

［10］ Geertz, *Common Sense as a Cultural System*, p.75-77.轉引自Richard H. Thompson, *Common Sense and Fact-Finding: Cultural Reason in Judicial Decisions*, 19 Legal Studies Forum, 119-138 (1995).

［11］ See Taylor E. Whitten, *Under the Guise of Reform: How Marijuana Possession Is Exposing the Flaws in the Criminal Justice System's Guarantee of a Right to a Jury Trial*, 99 Iowa Law Review 919, 919 (2013-2014).

［12］ 關於歐洲大陸國家陪審制改革的相關內容，參見Neil Vidmar, *Would Jury System*, Oxford University Press, 2000, p.319-351.

二、人民陪審員實質性參審的實證研究

S省在全國的人民陪審員制度建設方面卓有成效，該省C縣人民法院（以下簡稱“C縣法院”），是自《人民陪審員法》正式實施以來S省法院率先推選出的6家人民陪審員制度改革試點法院之一，且C縣法院是6家試點法院的“領頭羊”，在人民陪審員實質性參審的制度化建設方面積極創新，取得了一定成效。[13] C縣法院通過建立“縣委、縣政府協調、省高院指導、人民陪審員自主管理委員會”協同試點工作體系，出台了包括人民陪審員選任、履職、培訓、職業尊榮感保障、罷免等一系列促進人民陪審員實質性參審的試點檔和制度規範，形成了落實人民陪審員實質性參審的“基本流程圖”。

筆者與C縣法院簽署橫向課題委託協議，探索人民陪審員制度創新發展模式。在針對人民陪審員實質性參審的調研中，課題組通過收集C縣法院有關人民陪審員實質性參審的規範性檔和工作辦法、觀摩人民陪審員參審案件的庭審、對試點法院相關工作人員和人民陪審員進行訪談、以及發放電子調查問卷，獲取了較充分的實證材料。實證分析表明，C縣法院的改革較為明顯地推動了人民陪審員的實質性參審，其經驗值得肯定。

（一）人民陪審員實質性參審的經驗與成效

人民陪審員的選任、具體的參審規則和程序以及後續管理環環相扣，任何一個環節的設計不合理或出現紕漏，都會影響到人民陪審員參審的積極性和參審績效。C縣法院促進人民陪審員實質性參審的試點實踐，就是從“選好、用好和管好”人民陪審員三個層面系統性展開的。

1. 選好陪審員

（1）凸顯人民陪審員選任的隨機性

第一，縣司法局、人民法院和公安局聯合隨機抽選。選任出熱心並具有正義感的民眾擔任人民陪審員，是實現人民陪審員實質性參審的基礎。為了有效開展人民陪審員選任工作，C縣司法局、人民法院和公安局於2018年10月份聯合印發《C縣人民陪審員選任工作實施意見》，督促各基層司法所、人民法院派出法庭及各派出所做好轄區內符合條件的常駐人口的人民陪審員隨機抽選工作。

第二，人民法院的雙重隨機抽選。為了進一步凸顯人民陪審員選任的隨機性，C縣法院嚴格實行“一案一選”工作機制，其基本抽選流程如下：由審判長根據案件具體情況確定所需要參與審判的人民陪審員人數，人民陪審員管理辦公室根據法官的申請從該縣的人民陪審員名單中隨機抽選。如果被抽選出的某個陪審員因客觀原因不能參與審判，陪審員管理辦公室會從“人民陪審員應急庫”再次隨機抽選，以抽選出法官所申請的人民陪審員人數。另外，為了貫徹落實該法院“人民陪審員參審案件流程規範”所規定的“每名陪審員每年陪審最多不得超過20案”，陪審員管理辦公室製作了“人民陪審員搖號記錄表”，對每次被抽選出的人民陪審員進行記錄，以免重複選用。

（2）凸顯人民陪審員選任的廣泛性

［13］ 在2014年至2018年的人民陪審員制度改革試點階段，S省屬於10個試點省份的其中之一，其先前的試點經驗為《人民陪審員法》正式實施後的人民陪審制度深化改革打下了良好基礎。

表一：C縣人民陪審員的“行業”和“地域”分佈情況

行業	黨政幹部	企業職工	教師	自由職業	農民
人數	8	6	8	12	14

地域	一個街道辦	4個便民服務中心	6個鎮
人數	11	7、3、3、2	9、6、4、2、2、1、1

為了踐行《人民陪審員法》關於陪審員選任“廣泛性”的規定，如表一所示，C縣法院從陪審員選任的“行業”和“地域”兩個層面進行落實：一是陪審員的範圍基本涵蓋了各個行業；二是根據下轄各行政區域的規模大小按比例分配陪審員數量。

2. 用好陪審員

（1）有效的制度保障

第一，縣政法委與法院形成合力，保障人民陪審員依法履職。C縣法院的改革試點經驗顯示，人民陪審員所在單位或所屬組織對於人民陪審工作的積極支援和配合，是促進人民陪審員實質性參審的原動力，至關重要。課題組通過調研瞭解到，2019年3月正式啟動改革試點工作後，C縣法院積極爭取縣委、縣政府的支持，聯合縣委政法委員會制定“關於切實保障人民陪審員依法履職的通知”[14]。該通知將人民陪審員參審工作納入其所在單位的考核體系，使得參審工作不再是一種純義務的個人行為，而是與其所屬單位榮辱與共的集體行為。一方面，由縣黨委政法委對相關單位和組織形成強制力，由人民陪審員所在單位督促其依法積極履職；另一方面，由所在單位為人民陪審員依法履職提供相關便利，並根據法院出具的證明材料對人民陪審員進行工作考核。從應然的層面看，如果以上這兩方面配套舉措得以落實，可以促進人民陪審員由“被動應付”轉變為“積極參審”。在“積極參與”的心理支配下，可以提升人民陪審員參與審理案件的質效。

第二，組建人民陪審員自主管理委員會，抑制人民陪審員的屈從心理。在司法實踐中，人民陪審員與法官在權力層面的非對等性，使得人民陪審員參審案件時可能存在基於法官權力的屈從心理，進而影響其實質性參與審理案件。為了有效抑制人民陪審員的屈從心理，C縣法院試圖通過組建人民陪審員自主管理委員會（一個與法院平等對話的自治組織），以抑制人民陪審員參審時的屈從心理。通過制定“人民陪審員自主管理委員會章程”，C縣法院對該委員會的組織機構及成員（主任、副主任和秘書長各1名）和各機構分別對應的工作職責進行明確規定。

（2）以流程規範保障人民陪審員實質性參審

為了促進和凸顯人民陪審員實質性參審，C縣法院開展了一系列人民陪審員參與審理案件的規範化建設，即對人民陪審員是否進行庭前閱卷、是否在庭審中單獨發問，以及在合議時是否率先發

［14］該“通知”的主要內容是：各鎮黨委，各區、辦、中心黨工委，縣委各部門，縣級國家機關各部門黨委（黨組），各直屬機構、人民團體黨支部（黨組）：人民陪審員制度是社會主義民主政治的重要組成部分，是人民群眾瞭解司法、參與司法、監督司法的直接形式，也是人民法院弘揚司法民主、促進司法公開、保障司法公正、增強司法公信的有力保證。為依法保障人民陪審員按時參加審判活動，現就有關事宜通知如下：一、各單位在接到縣法院關於人民陪審員參審通知函後，應合理安排該人民陪審員的分管工作，確保其按時參審；二、在縣法院通知人民陪審員參審後，如因工作原因確實無法協調人民陪審員按時履職的，人民陪審員所在單位或所在單位的主管部門，應當在通知參審日的5日前以書面形式函告縣法院具體情況；三、在縣法院通知人民陪審員參審日前的3日內，遇有緊急工作任務致使該人民陪審員無法按時履職的，人民陪審員所在單位或所在單位的主管部門負責同志，應先行電話告知縣法院具體情況，並在10日內以書面形式函告。各人民陪審員出庭參審的具體情況，由縣法院向各人民陪審員所在單位適時通報，各單位應將人民陪審員履職參審的情況，作為其本人工作考核的重要事項予以考慮。

表意見進行評價和考核。C縣法院的“人民陪審員參審案件流程規範”中明確規定：

第一，開庭前3日，審判人員通知人民陪審員閱卷，並將案件事實清單交予陪審員。疑難複雜案件法官認為需要召開庭前會議的，可告知陪審員召開庭前會議。

第二，案件審理過程中，人民陪審員應當依照問題清單等主動圍繞爭議焦點、事實認定等問題進行庭審發問，不得陪而不審。庭審發問應當注意用語規範正確，注意保持中立，不得帶有傾向性和誘導性，引起當事人的合理懷疑。人民陪審員應當認真聽取訴辯主張、理由及質證意見，形成事實認定、證據採信等基本判斷，便於發表合議意見。對於人民陪審員在庭審中的發問，或在庭前會議上的發問，書記員應明確記錄在案，陪審員需在相應筆錄上署名。案件事實清單陪審員將內容簽完並簽名後交書記員進行歸檔。

第三，審判長應當履行與案件審判相關的指引、提示義務，但不得妨礙人民陪審員對案件的獨立判斷。合議庭評議案件，審判長應當對本案中涉及的事實認定、證據規則、法律規定等事項及應當注意的問題，向人民陪審員進行必要的解釋和說明。

第四，合議庭評議案件，實行少數服從多數的原則。人民陪審員同合議庭其他組成人員意見分歧的，應當將其意見寫入筆錄。合議庭組成人員意見有重大分歧的，人民陪審員或者法官可以要求合議庭將案件提請院長決定是否提交審判委員會討論決定。必要時人民陪審員也可列席審判委員會發表意見。

3. 管好陪審員

對人民陪審員進行有效激勵，是保障其實質性參審的根本條件。C縣法院主要通過經濟保障和提升人民陪審員的職業尊榮感，從物質和精神兩個方面有效激勵其實質性參與案件審理。

（1）給予陪審員經濟保障

C縣法院“人民陪審員考核管理辦法”主要從以下幾方面為人民陪審員提供經濟保障：第一，人民陪審員參加審判活動，按照每件100元予以補助，因此支出的交通、就餐等費用據實報銷，按當地國家機關工作人員出差補助標準執行；第二，參與培訓、庭審觀摩等院內組織的有關陪審員活動，每次按參審一件案件計算予以補助；第三，有工作單位的人民陪審員因參加培訓、審判活動，被所在單位克扣或者變相克扣工資、獎金及其他福利待遇的，由院政工科向其所在單位，或所在單位的主管部門提出糾正意見。建立人民陪審員補貼增長機制，適時提高人民陪審員補貼標準。

（2）提升陪審員的職業尊榮感和認同感

提升陪審員的職業尊榮感和認同感，是一種有效的職業激勵機制，不僅可以優化職業隊伍，還可以激勵職業人員創造出更好的“產品”[15]。在C縣法院的試點改革舉措中，就包含了一系列有助於提升陪審員職業尊榮感和認同感的激勵機制：一是為人民陪審員統一定制高檔制服；二是為每名人民陪審員購買一份人身意外保險；三是表彰優秀陪審員[16]。這一系列的激勵機制，使得陪審員們在陪審工作中獲得較強的滿足感，並以對陪審工作的熱情反哺滿足感。[17]

---

［15］ 有學者認為，“如果司法改革能夠通過制度改革提供更為有效的職業激勵環境和更高的工作滿意度，那麼不但能夠使現有人力資源得到更好的激發從而創造出更好的司法產品，而且能夠不斷吸引其他法律職業的優質人力資源來優化司法職業隊伍。能否提供一個相對優化的法律職業激勵環境應該成為衡量本輪司法改革效果的一個重要指標。”吳洪淇：《司法改革與法律職業激勵環境的變化》，載《中國法學》2019年第4期，第166頁。陪審制改革是我國司法改革的其中一個環節，優化陪審員參審激勵機制，也理應成為陪審制改革成效的一個重要指標。

［16］ B縣法院“人民陪審員考核管理辦法”第七條規定：年終各業務庭室根據人民陪審員參與審理案件的工作情況進行打分，對於積極參與庭審、參與案件調解、積極發表合議意見、廉潔自律的優秀陪審員給予表彰，或者向其所在單位發函請求予以表彰。

［17］ 美國學者霍波克表示，工作滿意度“是工作者本身及工作的心理和生理方面對環境因素的一種態度或情緒反應，

自 2019 年 3 月開始人民陪審員實質性參審改革試點，至 2020 年 9 月，C 縣法院共受理各類案件 2245 件，在其中適用普通程序審理的 240 件案件中，人民陪審員參與審判的案件 194 件（其中刑事案件 44 件，民事案件 137 件）。通過與改革試點前一段時間（2017 年 9 月至 2019 年 2 月）的相關資料進行對比，可以更加直觀地評估改革試點效果。

表二：C 縣法院改革試點前後相關資料對比

時間維度	受理案件總數	人民陪審員參與審判案件數	人民陪審員參與審判刑事案件數	人民陪審員參與審判民事案件數
201709-201902	2459	98 （其中上訴案件 20 件）	36	60
201903-202009	2245 （其中適用普通程序審理案件 240 件）	194 （其中上訴案件 18 件）	44	137

表二的資料表明，C 縣法院關於陪審員實質性參審的改革試點取得了明顯成效，具體表現為：相較改革前的相同時間段，改革後的 C 縣法院在案件受理總量略有下降的情形下，人民陪審案件數卻翻了一倍，且陪審案件的上訴率也低於改革前。這表明，C 縣的陪審員不僅積極參與審判工作，且對審判工作產生了實質性影響，提升了審判質效。

（二）人民陪審員實質性參審的實踐困境

為了進一步檢驗 C 縣法院促進人民陪審員實質性參審試點改革效果，以及深挖陪審員實質參審所面臨的困境，課題組面向 S 省下轄各縣（區）登記在冊的人民陪審員發放電子問卷，收回有效問卷 2540 份。最能反映人民陪審員實質參審所面臨困境的是問卷最後一道開放式問題，即“您在參與審理案件的過程中，遇到的困難有哪些？”針對該問題，2540 名參與填寫問卷的人民陪審員中，有 66% 的陪審員將自己在參與人民陪審工作中遇到的問題及相關意見進行了描述，其餘 34% 的陪審員表示沒有困難和意見。值得一提的是，在這 66% 的陪審員中，僅有 3 名來自 C 縣。對 1000 多名人民陪審員所反映的問題和意見的梳理發現，人民陪審員實質性參審的困境主要體現在以下幾方面：

第一，人民陪審員參審頻率呈現“非均衡性”。所謂參審頻率的非均衡性，是指絕大部分的陪審工作由少部分人完成，而很大一部分陪審員沒有或者鮮有機會參與陪審。[18] 許多來自非 C 縣的陪審員表示，“從來沒參加過陪審，很希望獲得陪審機會”；或者是“偶爾參加過陪審，希望能有更多機會參與到陪審工作中”。從問卷中所反應的這些問題來看，不少非試點法院並沒有貫徹落實《人民陪審員法》關於人民陪審員選任程序的隨機性，依然延續了“誰好用用誰”的傳統模式。

第二，陪審員未能參與庭前閱卷，也未收到其參審案件的判決書。在 C 縣法院促進陪審員實質性參審的試點改革舉措中，包括邀請陪審員參與庭前閱卷和向陪審員送達其參審案件的裁判文

也可以稱為工作者的滿足感受，即工作者對工作情境的一種主觀反應。”Robert Hoppock, *Job Satisfaction*, NewYork & Row, 41 (1935). 轉引自吳洪淇：《司法改革與法律職業激勵環境的變化》，載《中國法學》2019年第4期，第166頁。筆者曾對C縣50多名陪審員進行法律培訓，在培訓過程中，能從這些陪審員們眼睛裡所散發的光芒深切感受到他們對於陪審工作的激情與熱愛。在授課過程中，陪審員們不斷發問與授課老師進行互動，所呈現的活躍氣氛甚至超越了法學院的課堂。

［18］ 有學者基於大資料研究表明，“少部分陪審員完成了絕大多數案件的陪審工作，而高達八成的陪審員對於整個陪審制度的貢獻相對有限”。王祿生：《人民陪審制改革成效的非均衡性困境及其對策》，載《中國刑事法雜誌》2020年第4期，第149頁。

書，這些舉措有利於提升陪審員參審積極性和促進其實質性參與案件審理及評議。然而，不少來自非 C 縣的人民陪審員在問卷中表示：一是從未參加過庭前閱卷，致使在案件審理過程中對案情一無所知，不敢進行庭審發問，也未能在案件評議階段發表有效意見；二是從未收到過法院寄送的其參審案件裁判文書，致使缺乏對於陪審工作的認同感和成就感。

第三，參與陪審的補貼太少，缺乏工作動力和積極性。針對參審工作的補貼問題，不少非 C 縣法院的人民陪審員表示：參與一個案件的陪審，只能獲得 50 元補貼。有時參與陪審一個案件，需要往返法院好幾次，這 50 元補貼還不夠來回幾次的停車費。如果偶爾幾次參與陪審，熱心的陪審員們或許可以不計較利益得失。但若從長遠來看，缺少利益驅動的陪審工作，必將逐漸將陪審員們的工作熱情和積極心消磨殆盡，進而使陪審工作成為民眾疲于應付的“苦差”。

第四，陪審員所在單位不支持其參與陪審工作。陪審員所在單位是否支援職工參與陪審工作，是影響陪審員能否實質性參審的重要因素。通過對問捲進行分析，有不少非 C 縣的陪審員表示：由於所在單位不是很支援其參加陪審工作，致使不能順利從單位獲得批假。同時，法院往往臨近開庭日才通知陪審員參與陪審，導致陪審員所在單位本職工作和陪審工作時間相衝突，進而不能實質性參與陪審。

第五，陪審員未獲得法官的應有尊重和認同。陪審員能否實質性參與審判工作，除了來自陪審員一方的各種影響因素外，法官對於人民陪審制度的態度和價值取向，也是重要影響因素。一些非 C 縣的人民陪審員在問卷中反應：有些法官對陪審員很不友好，在庭審和案件評議過程中幾乎不徵求陪審員的意見，使得陪審員淪落為只負責在裁判文書中簽字的“擺設品”。法官對待陪審員的消極態度，不僅遏制了陪審員實質性參審，也極大挫傷了陪審員對於陪審工作的積極性，甚至有可能瓦解陪審制度意欲構建的司法民主之基石。

非 C 縣法院人民陪審員在問卷中所反應的以上五點主要困境，恰好反襯出 C 縣法院在改革試點工作中探索出來的一些促進陪審員實質參審的經驗是有效的，這些經驗分別為：一是盡可能借助“三隨機”選任程序，保障參審陪審員的均衡性；二是盡可能邀請陪審員參與庭前閱卷和向陪審員送達其參審案件的裁判文書；三是通過構建精神和物質層面的雙層激勵機制而調動人民陪審員實質參審的積極性；[19] 四是在縣政法委的引領下，通過協同機制促進各單位積極支援其單位員工參審；五是通過組建人民陪審員自主管理委員會而構建陪審員與法官的分權制衡機制。該委員會隸屬於人民法院政工部門，委員會設置主任 1 名、副主任若干名（依據人民陪審員人數而定）、秘書長 1 名。在日常工作中，委員會成員可輪流值崗或隨機抽取人民陪審員輪流值崗，負責陪審員的日常管理事務。其主要職責包括：隨機抽取陪審員並發出到庭通知，協助法官庭前閱卷，回收雙向測評表，計件和經費申請，宣傳工作，制定培訓計劃，維護人員信息等。通過這些工作，人民陪審員自主管理委員會可以更好地推動人民陪審員參審的實質性工作。截至 2023 年 6 月，S 省 109 家基層法院已全部建立了人民陪審員自主管理委員會。該項制度創新最高人民法院的認可，被視為推動人民陪審員實質性參審的一項有益嘗試。自主管理委員會的存在，使得人民陪審員能夠抑制因自身“弱勢地位”對法官產生的屈從心理，進而促進其實質參審。

［19］ 課題組瞭解到，C縣法院在上級撥付的陪審制專項經費基礎上，額外投入經費支持陪審制改革，並對經費進行了富有成效的分配：一是為參與培訓的陪審員發放補助，即除了“以案定補”的普遍性做法外，C縣法院還為每次參與業務培訓的陪審員每人發放100元補貼，這不僅提升了陪審員的業務能力，也提高了陪審員參與審判工作的待遇，提升了陪審員的參審積極性；二是為陪審員定制制服，使陪審員獲得來自參審工作的職業尊榮感；三是為陪審員統一購買商業保險，使陪審員獲得履職安全感；四是對庭審積極發問和合議時積極發表意見等表現優秀的陪審員給予一定的精神和物質獎勵。

三、關於促進人民陪審員實質性參審的進一步思考

基於前述實證研究，通過將S省陪審制改革試點法院C縣法院的有效經驗和其他非試點法院的問題和困境進行對比，我們不難發現，基層法院在促進人民陪審員實質性參審方面，已經探索出一些值得推廣的經驗，在一定程度上克服了“陪而不審”與“審而不議”等人民陪審員制度的功能虛化傾向。然而，C縣法院的改革試點經驗也存在一些問題和不足，有待進一步探索和完善。

（一）進一步優化陪審員“隨機性”選任程序

有學者指出，“陪審制最強大的力量在於其獨立之特性，而保障其獨立性的根本手段在於陪審員選拔的隨機性”。[20]我國《人民陪審員法》的一個重大創新，是關於人民陪審員選任的“三個隨機”規定，使得更加廣泛的普通老百姓可以參與案件審理。然而，在我國實行“參審制”而非“陪審團審判”的背景下[21]，如果所有陪審員均由“完全隨機選任”而產生[22]，恐怕難以實現上述有關陪審制的應然功能。從C縣法院的試點經驗所呈現的問題來看，陪審員的隨機選任程序還需從以下兩方面進行優化：

1. 優化專業陪審員的隨機選任機制

前述C縣法院作為陪審制改革試點法院，其試點經驗是嚴格遵循《人民陪審員法》規定的“三隨機”模式選任人民陪審員。然而，該法院在對改革試點經驗進行總結和反思時一再強調，希望縣政法委領導下的陪審員選任工作組，能夠在下一步的陪審員選任工作中增加專業類人民陪審員的比例。艾倫教授也認為，當面對科學和技術領域的專業化事實裁判時，多人組成的決策團隊實際上優於個體的決策者。多人決策團隊的價值在於其作為一個整體，是否擁有或者能夠學習掌握作出理智決策所需要的知識。[23]可見，司法裁判尋求專業陪審員的根本原因在於，為涉及專業領域的事實裁判提供作出理智決策所需要的知識，是為了追求司法裁判準確性價值。因此，為了促進陪審員實質參審及追求司法裁判準確性價值，專業陪審員的選任就不可能過多強調體現司法民主的“廣泛性”與“隨機性”，專業陪審員選任的“隨機性”也只能僅限於專業人士範圍之內的“隨機性”。

2. 借鑒英美法系的“陪審面試”程序

筆者曾對C縣的部分陪審員進行訪談，在與陪審員交流時，有些來自農村的陪審員顯得有些緊張和害羞。不難想像，在私下交談時尚且緊張和害羞的這些陪審員，其在參審時恐怕也很難獨立發表意見。可見，如果完全遵循“三隨機”程序選任陪審員，難以真正促進其實質性參審。因此，為了促進陪審員實質性參審，可以借鑒英美法系的相關經驗，在現有“三隨機”選任程序的基礎上，再增加一個陪審員正式參審前的“初步面試”程序，從先前隨機選任的陪審員中挑選具有參審

---

［20］ Findlay M & Duff P, *Jury Vetting – Ideology of the Jury in Transition*, 6 Criminal Law Journal 138, 138-148 (1982) .

［21］ 在英美法系的陪審團審判中，負責事實審的陪審團與法官之間有著明顯的分權，陪審團對事實問題享有獨立的裁判權，隨機抽選的普通民眾往往可以從容自信地對事實問題獨立發表意見。但是，在“參審制”背景下，作為公權力機關的法官主導著整個庭審，隨機抽選的普通民眾因忌憚“權威”而附和法官，使得陪審制司法民主和促進準確裁判的功能落空。

［22］ 有學者認為，我國2015年《陪審試點辦法》中有關陪審員“100%隨機選任”的方案被2018年《人民陪審員法》所修改，進而導致了我人民陪審員參審頻率的非均衡性影響，即陪審員參審頻率的“二八效應”。參見王祿生：《人民陪審制改革成效的非均衡性困境及其對策》，載《中國刑事法雜誌》2020年第4期，第152頁。

［23］ 參見[美]羅奈爾得.J.艾倫著：《艾倫教授論證據法（上）》，張保生等譯，中國人民大學出版社2014年版，第355頁。

能力的陪審員。在美國等英美法系國家，其陪審團成員的選任不是“完全隨機”，在針對具體案件選任陪審員時，還有一個“陪審員宣誓說出真相”（voir dire）的程序，即在正式陪審之前，具體案件中的律師或檢察官會對從“陪審員池”中隨機抽選出的陪審員就其背景知識和是否可能存在偏見等進行“面試”，並排除不適合任職的陪審員，以促進案件事實的準確認定。

（二）探索有助於陪審員實質參審的合議庭結構

最新的研究成果表示，合議庭結構對陪審員實質參審存在影響，即在規模越大、陪審員所占比例越高的合議庭中，陪審員更能實質參審。[24] 這一基於心理學的研究成果，與筆者針對 C 縣法院陪審員的訪談結果是基本一致的。C 縣法院的陪審員表示：當獨自一人參與到兩名法官組成的三人合議庭時，感覺到不自信，不敢輕易發表意見。

為了有效化解諸如 C 縣陪審員面臨的困境，建議從以下兩方面完善我國合議庭的結構：一是完善我國現有“三人合議庭”參審形式[25]，即剔除現有的“兩審一陪”合議庭組織形式，將“三人合議庭”統一設置成“兩陪一審”模式[26]，不僅可以擴充參審陪審員的比率，保障最基本的司法民主，還可以抑制陪審員對法官的“屈從心理”，促進陪審員實質參審。[27] 二是在“抽選 + 推選”模式基礎上，進一步推行“雙線平行”陪審員隨機選任機制。所謂“雙線平行”選任模式，是指通過“抽選和推選”兩條平行線，分別構建“抽選陪審員庫”和“推選陪審員庫”，且兩類陪審員的比列均為陪審員總數的 50%。進而，三人合議庭的組織形式為“1 名抽選陪審員 +1 名推選陪審員 +1 名審判員”，七人合議挺的組織形式為“2 名抽選陪審員 +2 名推選陪審員 +3 名審判員”。對於“抽選陪審員”的選任，依然沿用先前的“三隨機”原則，以彰顯陪審制的司法民主功能。而對於“推選陪審員庫”的構建，則需要從各個行業中推選一定比例的佼佼者，並根據案件性質有針對性地分配推選陪審員，使得被分配的陪審員能夠實質性參與審判，幫助法官就疑難案件進行事實認定。

（三）對陪審員進行事實認定給予有效培訓和指導

隨著社會大眾參與陪審的人數增多，如何規範這些未曾接受過正規法律訓練的外行陪審員在事實認定過程中學會依託證據及相關證據規則[28]進行經驗推論，是促進人民陪審員實質參審所不容忽視的問題。筆者通過對 C 縣陪審員進行訪談，以及對 S 省 2343 名陪審員進行問卷調查瞭解到，絕大部分陪審員都希望在參審過程中獲得有關事實認定的證據分析指引。

---

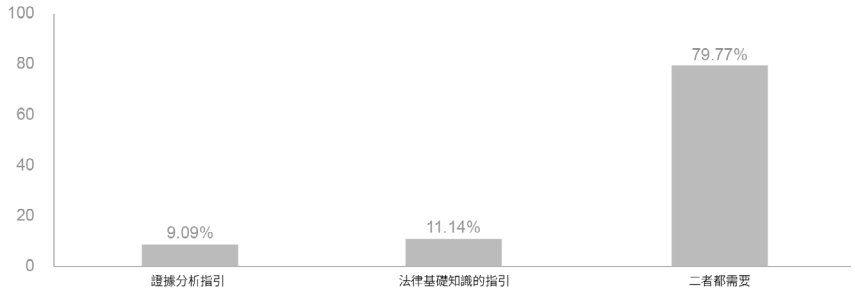
［24］ 高通：《合議庭結構對陪審員實質參審刑事案件的影響》，載《中國應用法學》2024年第3期，第167頁。

［25］ 筆者最新針對S省2343名陪審員的問卷調查顯示，其中70.47%的陪審員從未參與過7人合議庭，26.63%的陪審員只是偶爾參與過7人合議庭。可見，在司法實踐中，我國合議庭模式是3人合議庭。

［26］ 參見王祿生：《人民陪審制改革成效的非均衡性困境及其對策》，載《中國刑事法雜誌》2020年第4期，第154頁。

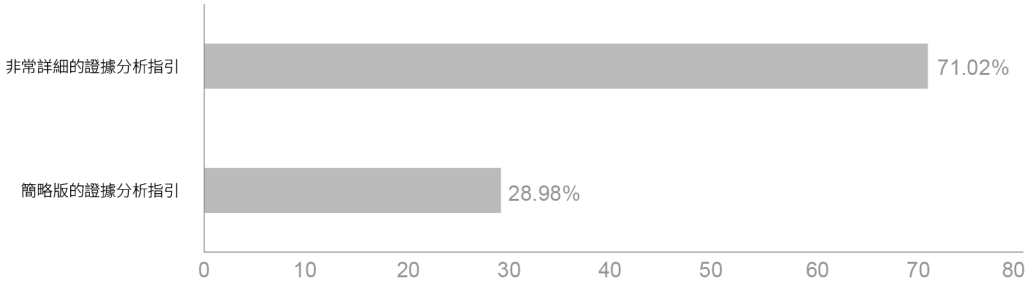
［27］ 有實證研究顯示，增加合議庭陪審員人數，可以增強陪審員的心理優勢，有助其獨立判斷案件事實。參見劉方勇等：《人民陪審員只參與事實審立法機制評析》，載《湖南大學學報》2019年第1期，第131頁。

［28］ 達馬斯卡認為，“當與陪審團審判相結合時，對抗制的本質包含了許多簡明扼要的時代特徵”。Mirjan Dakaska, *The Faces of Justice and State Authority*, 轉引自Neil Vidmar, *Would Jury System*, Oxford University Press, 14 (2000) .在對抗制體制下，雙方當事人為了贏得訴訟，往往會積極提供證據。但對於未曾受過專業法律訓練的外行陪審員來說，面對雙方當事人在法庭上提供的眾多繁雜的證據，往往會顯得有些無所適從，不知道哪些證據值得採信。為了避免陪審員受到一些不合邏輯或者是非法證據的影響，必須建立起相應的證據規則對當事人提交的證據進行篩選。因此，英美法傳統中至今得以盛行的傳聞證據規則及非法證據排除規則等相關證據規則，正是在陪審團審判的對抗制體制下創建起來的。也使我們更加明瞭，為什麼以英國和美國為代表的英美法系國家，會有法官負責證據的可採信及陪審團負責證據可信性的分工合作。



圖一：您在參審過程中，最想獲得哪方面的指引？

如圖一所示，參與問卷調查的 2000 多名陪審員中，絕大部分人都想獲得證據分析和法律基礎知識的指引。而且如圖二所示，絕大部分陪審員希望獲得非常詳細的證據分析指引。



圖二：如果您想獲得證據分析的指引，希望在多大程度上獲得指引？

基於改革試點法院陪審員的參審經驗總結和反思，我們可以借鑒國外關於陪審員培訓和指引的先進經驗，進一步推動陪審員實質參審。

1. 對外行的陪審員進行邏輯推理培訓。雖然發現真相不是法庭審判的唯一目的，卻是最重要的目的之一。相比依靠直覺等非理性的“捷徑”，只有建立在證據基礎上的事實認定，才會盡可能還原某個案件中到底實際發生了什麼。但遺憾的是，在陪審團審判中，未受過專門法律和邏輯訓練的外行陪審員們，很多時候更願意通過“捷徑”而非證據進行判斷，從而得出錯誤的結論，在某種程度上影響了整個陪審制度的信譽。事實認定的本質是運用證據進行經驗推論。因此，喬納森（Jonathan）教授建議那些致力於陪審制改革的政策制定者和研究人員，對陪審員開展關於重要法律原理和運用證據進行經驗推論的培訓。通常，可以通過速成（short order）的方式對人們進行邏輯推理培訓。具體來說，對於陪審員的培訓包括關於用來分析科學證據的合取（conjunction）和析取（disjunction）概念的區分；相關性（relevance）、概率（probability）、似然率（likelihood）等相關概念的界定，甚至包括貝葉斯定理的學習。在美國，包括加利福尼亞州在內的不少州都開展了類似的陪審制改革，筆者也從來自德克薩斯州的某些律師瞭解到，他們除了代表當事人出庭外，平時對陪審員進行相關培訓也是其重要職責這一。相關研究結果顯示，關於對陪審員進行培訓的改革成效中最吸引人的是，經過培訓的陪審員在法庭審判過程中表現的更加積極活躍。[29]

2. 明確法官對陪審員如何運用證據進行指導的職責

除了法庭外針對陪審員的邏輯推理能力進行培訓外，法官在審判過程中給予陪審員嚴格的指

[29] See Jonathan J. Koehler, *Train Our Jurors*, Northwestern Public Law Research Paper No. 11-21 (2006).

導，特別是關於證據運用及事實構成相關知識的指導，對於幫助陪審員樹立起證據裁判理念，減少錯誤的事實認定，必不可少。俄羅斯和西班牙（歐洲大陸其它大部分國家後來都紛紛效仿之）之所以否棄英美法系陪審團“罪與非罪”的籠統裁決模式，並借鑒法國模式（在陪審團進行商議和裁決之前，由法官提供一份書面的包含了事實和證據等相關要素的問題詳單‘question list’，由陪審員進行回答）[30]，是因為認識到了陪審團在事實認定過程中的隨意性和非理性因素，即忽視運用證據進行裁判，喜歡感情用事。以西班牙為例，其歷史上有名的 Mikel 案[31]，使得其更加明確規定弱化陪審團就案件事實進行裁決的功能，進而強調法官對陪審團進行指導，以抑制其隨性進行裁決的行為。

結語

作為地方法院中促進陪審員實質參審改革的示範，C 縣法院圍繞“選好、用好和管好陪審員”進行一系列制度創新，相關試點經驗可以在其他法院進行推廣。相比其他地方法院，C 縣法院的試點經驗呈現出更強的技術規範性和以人為本的人文關懷精神，所取得的改革成績值得肯定。然而，推進我國陪審員實質性參審是一項系統工程，不僅需要從技術層面對陪審員選任、參審程序細節及後續的管理和保障機制等每個環節進行科學合理地設計，也需要對陪審制固有的相關制度架構予以審視和調整，否則無法呈現試點效果的全貌。從長遠來看，若要促進陪審員實質參審，除了“選好、用好和管好陪審員”這些來自基層試點法院的樸素經驗外，還需要進一步優化現有的“三隨機”陪審員選任程序，重新審視和調整合議庭的組織形式，以及強化針對陪審員邏輯推理能力的培訓，並針對陪審員參與案件事實認定制定出系統的證據分析指引。

Abstract: The people's jury system carries important values such as highlighting judicial democracy, injecting collective wisdom from the community into judicial adjudication and strengthening judicial supervision. However, the realization of these values should be based on the substantive participation in the trial of jurors.C county court is one of the pilot unit of the reform of people's jury system, the reform which focus on the effective selection and management of jurors has to some extent promoted the substantive participation in trial of jurors. However, in order to further promote the substantive participation in trial of jurors, it is necessary to further optimize the random selection procedure of jurors, improve the collegial bench structure, and strengthen the training of evidence analysis of jurors, in addition to learn from the existing experience of C County Court.

Key words: People's Jury System; Substantive Participation in the Trial; Jurors

（責任編輯：馬志遠）

［30］ See Neil Vidmar , *Would Jury System*, Oxford University Press, 338 (2000).

［31］ 在該案中，陪審團無視被告人明顯有罪的證據，而裁定被告無罪。See Neil Vidmar, *Would Jury System*, Oxford University Press, 341 (2000).

民法典時代我國婚姻犯罪的刑法適用

錢 蕙*

摘 要 《民法典》的頒佈是我國婚姻犯罪刑法適用模式的重要轉捩點。就適用理念而言，在民法典時代，傳統以重刑主義為導向的刑法適用理念應被民刑一體化的新理念取代，後者要求在婚姻犯罪中堅持民刑有序的價值順位和民刑協調的運行方針，確保前置法民法對刑法適用的輔助、制約，保證婚姻犯罪的刑事違法性判斷遵循法秩序統一原理。在具體的個罪適用上，首先，通過“重婚”“婚姻自由”“同居”等概念要素的民刑一體化研判和對實害法益的定位還原，準確界定婚姻犯罪刑事犯罪性的有無。其次，借助公序良俗原則和民間習慣法的配合，在歸責層面確認婚姻犯罪可遣責性的高低。最後，檢視當前辦理民刑交叉案件時“先刑後民”的程式順位，在最終的責任承擔上確保民事責任與刑事責任的有效銜接。

關鍵詞 婚姻犯罪 民法典 民刑一體化 法秩序統一

“群婚制是與蒙昧時代相適應的，對偶婚制是與野蠻時代相適應的，以賣淫和通姦為補充的一夫一妻制是與文明時代相適應的。”[1] 恩格斯這一關於人類婚姻演進規律的經典表述，充分展現了婚姻制度與社會文明進程的緊密相連。在所有對婚姻制度、婚姻關係產生破壞的行為中，針對婚姻的犯罪通常被視為最嚴重的一種，對其的規制因而也被納入刑法調整範圍。在傳統社會，婚姻犯罪不僅罪名數量多、入罪門檻低且懲罰手段異常嚴苛。如《唐律》規定：同姓緦麻以上親屬通婚，外姻有服屬而尊卑共為婚姻，娶同母異父姊妹或妻前夫之女，以及小功以上親屬間通婚，皆以和奸罪論處。[2] 但隨著社會的演進，傳統以重刑主義為導向的刑法適用模式越發與時代脫節，尤其自我國進入民法典時代以來，民法在社會治理中作用的強化，使民法規範作為前置法對刑法婚姻犯罪的構成要件該當判斷、違法性確認乃至責任追究的影響日漸突出。基於此，在民法典時代，以新的視野探討民刑部門法在婚姻犯罪中的適用顯得尤為重要。為避免討論過於發散，本文將所探討的婚姻犯罪限定為現行《刑法》中三個與婚姻制度直接關聯的罪名，即重婚罪、暴力干涉婚姻自由罪，破壞軍婚罪，通過對以上三項婚姻犯罪定罪機制與責任追究的分析研討，展現民法典時代公私法之

* 錢蕙，東南大學法學院博士研究生。

［1］ [德]弗里德里希·恩格斯：《家庭、私有制和國家的起源》，人民出版社2018年版，第57頁。

［2］ 參見彭炳金：《論元代對<唐律>奸罪立法的繼承與發展》，載《河北法學》2013年第9期，第25-26頁。

間的相互影響，人性民法與物性刑法之間的滲透與融合。[3]

一、民法典時代我國婚姻犯罪刑法適用的基本理念

婚姻犯罪刑法適用的基本理念既是一國刑事法治理念在婚姻家庭領域的具體投射，也是其國婚姻制度價值觀念的重要體現。總體而言，在前民法典時代，我國婚姻犯罪的刑法適用所秉持的乃是一種重刑主義理念，刑法的適用具有單向性、壟斷性，缺少前置法民法的制約，並且在制裁上也偏向重刑化，難以在民事責任與刑事責任之間達到平衡。上述重刑主義理念因《民法典》的出台而漸趨動搖、因《民法典》的頒佈而受到衝擊，在民法典時代，我國婚姻犯罪的刑法適用的基本價值理念走向新階段。

（一）民法典時代我國婚姻犯罪刑法適用的理念嬗變

《民法典》的法律溢出效應決定了其具有重大的法治價值和社會意義，對於《民法典》價值的解讀不應僅停留在私法層面，還應關注其對其他部門法的影響，其中，刑法作為民法的保障法，在民法典時代必然會產生刑法理念、體系、結構、適用等多方面的應激性回應與反思。[4] 因此，對於我國婚姻犯罪的刑法適用而言，《民法典》的頒佈應當成為其理念更新的一個重要轉捩點，具體而言，其原因包含以下兩方面：

其一，《民法典》的頒佈對我國婚姻制度本身具有重要影響。在傳統社會，以三綱、男尊女卑、三從四德、從一而終等為基本原則的婚姻制度，[5] 形塑了封建婚姻的等級格局。父權家長制下，家庭或家族中的男性長輩控制了家族成員的人身與財產，妻子、子孫還有奴婢被視為屬於家長的財產，其婚姻制度具有鮮明的不平等、不自由特質。[6] 與不平等、不自由的婚姻制度相伴的，是國家在婚姻犯罪刑法適用中的長期奉行的重刑主義理念，這種理念並未隨著封建婚姻的落幕而徹底退出歷史舞臺。在 1950 年《婚姻法》確立的社會主義婚姻家庭制度基礎上，《民法典》對於平等、自由婚姻制度的確立更進一步，為婚姻犯罪刑法適用的理念嬗變提供了前置法制度上的保障。比如，相較於原《婚姻法》，《民法典》“婚姻家庭編”不僅刪除禁止“患有醫學上認為不應當結婚的疾病患者”結婚的規定，還完善了訴訟離婚制度，規定“經人民法院判決不准離婚後，雙方又分居滿一年，一方再次提起離婚訴訟的，應當准予離婚”，顯然在保障當事人的結婚、離婚等的意思自由上，《民法典》更具有時代意義。

其二，《民法典》的頒佈為我國刑事法治理念的轉變提供了契機。封建社會不平等、不自由的婚姻制度下，刑法介入婚姻關係的調整不僅範圍廣泛且手段嚴苛。一方面，“法律只不過是父權本位的表達”，[7] 婚姻犯罪的治理過程中充斥著公權的張揚和對私權的漠視；另一方面，在對待婚姻家庭相關的法律問題時，刑法與民法沒有明顯的界分，甚至民法的作用最終還是要通過刑法來發揮。例如，在婚姻解除問題上，《宋刑統》規定：“諸妻無七出及義絕之狀而出之者，徒一年半；

［3］ 參見劉艷紅：《人性民法與物性刑法的融合發展》，載《中國社會科學》2020年第4期，第114-137頁。

［4］ 參見莊永廉、于改之、苗生明等：《民法典對刑法和刑事檢察工作的影響》，載《人民檢察》2020年第17期，第37頁。

［5］ 參見王歌雅：《中國婚姻倫理嬗變研究》，中國社會科學出版社2008年版，第50-75頁。

［6］ 參見姚建龍：《齊家治國的法治塑造——主要基於家庭教育立法的研究》，載《政法論壇》2024年第2期，第100頁。

［7］ 姚建龍：《齊家治國的法治塑造——主要基於家庭教育立法的研究》，載《政法論壇》2024年第2期，第101頁。

雖犯七出有三不去而去之者，杖一百追還。”[8] 通過刑罰威嚇的方式來確保百姓依律離婚。即便在封建婚姻終止後，刑法適用中的重刑主義理念也未終結，如在 1979 年《刑法》施行時期，婚內通姦、婚前性行為等既可能構成流氓罪，[9] 也有可能被納入妨害婚姻家庭罪的懲處範圍。[10]

《民法典》的出台使得對婚姻犯罪的治理理念由傳統的單向度依賴刑法的重刑主義模式，轉向民刑一體化的共治理念。《民法典》的前置法性質，決定了《民法典》相較於《刑法》具有優越法律地位，一方面，如果民法能夠對某一違法行為加以規制，就沒必要用刑法加以規制，只有在民法不足以規制某種違法行為的情況下，才有必要運用刑法加以規制；另一方面，在《民法典》優先之下，除非經授權並確有必要，刑事立法或司法不能濫設例外，不能隨意限縮或者剝奪基本民事權利。[11]

這種民刑一體化的治理理念既可以是對於婚姻領域法律調整的整體性理念，同時也可視為婚姻犯罪刑法適用的指導理念。在民刑共治時代，即便在過去認知中屬於純粹刑法領域的婚姻犯罪，也需摒棄純粹的刑治邏輯、強化民法的參與，經由民刑一體化理念保證對婚姻犯罪的刑法適用合理、科學，經得起法秩序統一原理的檢驗。作為典型的民刑交叉案件，婚姻犯罪不僅要在程式上做好民刑銜接，在實體法上也應堅持民刑配合。從性質上看，刑法中的三個涉婚罪名皆屬於民事犯，即以違反民事法規為前提條件而構成的犯罪。[12] 以重婚罪為例，其既涉及《刑法》第 258 條的罪刑規範，也與《民法典》第 1041 條、1042 條、1051 條等條款中關於重婚的禁止性規定密切相關，因此，對行為人是否構成重婚罪的判斷絕不能脫離《民法典》而僅依靠《刑法》條文來得出結論，否則既無法把握好重婚的形式概念，在重婚罪實質侵害法益的認知上亦會發生偏差。可以說，民法與刑法作為一國法律體系中的兩大支柱，對婚姻犯罪的處理必須協調好民刑間的關係，擺脫重刑主義的陳舊思路，促治理能力與治理體系的現代化。

（二）民法典時代我國婚姻犯罪刑法適用的理念展開

傳統的重刑主義刑法適用理念下，婚姻犯罪不僅入罪範圍廣、處罰手段重，且一旦刑法介入就基本摒棄了以民事方式調和當事人婚姻關係的可能。在民法典時代，民刑一體化的理念要求合理規劃婚姻犯罪刑法適用中的民刑界分，秉持民刑有序的價值順位和民刑協調的運行方針。

1．民刑有序：婚姻犯罪刑法適用的價值順位

民刑有序是現代婚姻犯罪民刑一體化共治的基礎與前提。它一方面要求在處理涉婚失範行為時堅持民法先行，防止民刑間的錯位和民刑倒掛；另一方面，要求在責任承擔上堅持民進刑退，做好民事責任與刑事責任間的合理調配，杜絕婚姻犯罪中的重刑主義導向。

首先，在規制範圍上，對待與婚姻相關的違法失範行為需堅持民法先行的順位排序，只有在民法對相關行為無法處理的情況下，刑法才能發揮其補充作用，以恪守刑法謙抑性、防止刑法越過前置法對違法行為率先打擊。比如，晚近有論者提出，為強化對婚姻關係的保護，應強化重婚罪的刑法應用，在行為人擁有法律婚或事實婚配偶的前提下，有下列行為之一的即構成重婚罪：1．與第三人舉行結婚儀式；2．與第三人生育兒女；3．與第三人保持比較穩定的同居關係，並共同生活 6 個月以上的或者居住地鄰居誤以為其為夫妻的；4．與第三人以夫妻名義共同生活的。[13] 這種做

［8］ 參見張邦煒：《宋代婚姻家族史論》，人民出版社2003年版，第160頁。

［9］ 參見中華人民共和國最高人民法院駁回申訴通知書，（2019）最高法刑申35號。

［10］ 參見陳澤憲：《試析流氓罪類型》，載《法學研究》1984年第3期，第25頁。

［11］ 參見莊永廉、于改之、苗生明等：《民法典對刑法和刑事檢察工作的影響》，載《人民檢察》2020年第17期，第38頁。

［12］ 參見陳興良：《民法對刑法的影響與刑法對民法的回應》，載《法商研究》2021年第2期，第28頁。

［13］ 參見張維維：《刑民法律衝突視角下的重婚罪認定》，載《山東社會科學》2020年第6期，第191頁。

法無疑極大擴展了重婚罪的適用範圍，造成重婚規制上的民刑倒掛。同理，對於主張將婚姻中出現的“包二奶”、婚外情等行為升格為刑事犯罪的觀點，也需審慎看待。以上行為儘管違背了民法公序良俗原則和夫妻間相互忠誠的法律義務及道德要求，但從民刑有序立場來看，只有在民法調整不了的領域刑法方可介入，因為刑罰本質系一種惡害，其適用並非總能帶來正向社會效果。一旦“包二奶”等行為入刑，公權力對兩性關係的干涉將被極大強化，舉報男女獨處的風氣以此推開，正常的社會交往也會受到妨礙。[14] 因此，對婚姻中失範行為的規制應將民法適用置於刑法之前，這同時也契合了尊重與保障人權的現實需求。

其次，在責任追究上，對婚姻犯罪的制裁應秉持民進刑退的基本理念，即民法要多發揮作用，刑法要消極退後少發揮作用。[15] 對於某一行為，即便其已然符合犯罪的各項要件，且不具備法定的出罪事由，但在法律責任的最終承擔上，應只有在追究民事責任不足以實現對此種損害婚姻行為的懲罰和預防效果時，才進一步考慮對其刑事責任的追究。這種“有罪但不一定罰”的思維顯示了對私人領域公民基本權利與自由的尊重，且在現行刑法婚姻犯罪的刑事啟動程式設置中已有所體現。如重婚罪與暴力干涉婚姻自由罪大多被納入刑事自訴案件範疇，[16] 國家將決定是否追訴犯罪的權利交由被害人本人，這樣不但更有利於維護被害人利益，也有利於維護國家和被告人利益，為被害人與加害人間的自行和解創設條件。[17] 不僅如此，考慮到婚姻犯罪屬家事類犯罪，多發於夫妻、子女、父母、兄弟姐妹等家庭成員及近親屬之間，在我國未建立起普遍意義上的前科消滅制度的情況下，犯罪前科等附隨後果帶來的負面效果有時並不亞於刑罰，各種犯罪附隨後果疊加的損失甚至相當於某種形式的“民事死亡”。[18] 一旦婚姻犯罪中一方因罪獲刑，被害方及其近親屬的就職、入學、入伍等活動也有很大可能受到影響，顯然這樣的刑法發動遠稱不上社會治理的最佳手段。

綜上，民刑有序的基本定位既是民法典時代“民法要擴張，刑法要謙抑”的應然歸屬，同時，婚姻犯罪上的民刑有序也能夠在一定程度上改進司法機關對刑事犯罪的認知，從而在諸如家暴、買賣婦女等真正惡性的犯罪事件發生時，不因當事人間存在婚姻家庭關係為由而輕率定性、草草處置。

2．民刑協調：婚姻犯罪刑法適用的運行方針

除確立民刑有序的理念外，如何在法秩序統一框架內推動兩大法域的協調與融合，是實現婚姻犯罪民刑一體化適用的關鍵。尤其對於兼具民事違法性與刑事違法性的婚姻犯罪，須突破違法一元論、違法相對論、違法多元論等繁複學說爭論的遮蔽，[19] 厘清其間民刑違法性的關係。總體而言，主張“一法域合法則必然在其他法域合法、一法域違法則必然在其他法域違法”的嚴格的違法一元論，因抹除了民刑間違法性的區別而不具有適用性；主張各個法域可以各自獨立地判斷違法性、民法或行政法允許的行為在刑法上也可能違法的違法多元論，一定程度上割裂了法秩序統一，在合理性上亦有所欠缺，因此目前的觀點對壘主要集中在緩和的違法一元論與違法相對論之間。

事實上，不管是緩和的違法一元論還是違法相對論，均皆在原一元論、多元論的基礎上做出了

［14］ 參見王利明：《民法要擴張 刑法要謙抑》，載《中國大學教學》2019年第11期，第34-35頁。

［15］ 參見劉艷紅：《民刑共治：國家治理體系與治理能力現代化路徑》，載《法學論壇》2021年第5期，第46頁。

［16］ 其中暴力干涉婚姻自由罪屬於告訴才處理的刑事案件，重婚罪屬於可公訴可自訴的刑事案件。

［17］ 參見熊秋紅：《論公訴與自訴的關係》，載《中國刑事法雜誌》2021年第1期，第24-25頁。

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

［19］ 相關討論參見王昭武：《法秩序統一性視野下違法判斷的相對性》，載《中外法學》2015年第1期；于改之：《法域衝突的排除：立場、規則與適用》，載《中國法學》2018年第4期；周光權：《論刑法所固有的違法性》，載《政法論壇》2021年第5期；陳文濤：《犯罪認定中的法秩序統一性原理:內涵澄清與規則構建》，載《華東政法大學學報》2022年第2期。

折中調和並達成了基本共識，儘管二者在諸如是否承認一般違法性等概念判斷上有所不同，但不可否認其已具備的基本共識足以使我們厘清絕大多數婚姻犯罪中的民刑關係問題，這也是這兩種理論之所以成為現階段解決刑民法域衝突的通常方案的原因。[20] 在共性上，緩和的違法一元論與違法相對論均以法秩序統一為前提，主張在實然和應然的往返中尋求法秩序統一的“最佳調和點”。[21] 那麼在理想的狀態下，作為前置法的民法和作為後置法的刑法在面對同一婚姻犯罪案件時，其規範秩序不會發生矛盾而出現民刑倒掛、錯位的現象，其對民刑關係的處理可做如下展開。

第一，堅持先民事違法後刑事違法的判斷邏輯，即刑事違法性的判斷以民事違法性的成立為前提。對於婚姻犯罪這類民事犯，刑法對民法具有一定程度上的從屬性。首先在構成要件上，婚姻犯罪相關概念的解釋，需參照前置法民法的定義，這是其作為規範的構成要件要素在釋義時的必然路徑。就僅“婚姻”一詞而言，《民法典》第 104 6 條規定“結婚應當男女雙方完全自願”；第 1049 條規定“男女雙方應當親自到婚姻登記機關申請結婚登記”，說明我國民法承認的婚姻僅限於男女兩性間的異性婚姻而不包含同性婚姻，因此不管重婚罪中的前婚抑或後婚、事實婚還是法律婚，都需以異性婚姻為前提。同理，暴力干涉婚姻自由罪中被干涉的婚姻以及破壞軍婚罪中的婚姻也需受此限制。其次，在違法性層面，具備刑事違法性、構成婚姻犯罪的行為也必然具有民法上的違法性，能夠在民法中找到其違反前置法的依據，如《民法典》1042 條明確規定了禁止干涉婚姻自由、禁止重婚、禁止有配偶者與他人同居等內容，與刑法中三個婚姻犯罪的違法性分別形成了對照。再以“假離婚”為例，在《民法典》明確對婚姻實行登記主義，即只要在婚姻登記機關登記離婚，無論動機如何都不影響婚姻效力，且《民法典》刪除了“以合法形式掩蓋非法目的”的民事行為無效的前提下，雙方合意假離婚或者通過欺騙方式解除婚姻，也當視為婚姻關係的合法解除。[22] 此後一方再與他人締結婚姻的，就不能認為其構成重婚罪，由此保持違法判斷上的統一性。

第二，對於前置法民法允許的情形，即便其在形式上符合刑法的罪狀描述且具備一定的法益侵害性，也不能將之作為犯罪處理。這是法秩序統一原理的剛性要求，避免法律向國民提供相互衝突的“方向性規範”，造成國民行動的不可預期和無所適從。[23] 比如，某人在存在合法婚姻的情況下又與他人締結婚姻，而其前一婚姻關係中的配偶採取一定手段對此結婚行為予以制止，在性質上，這種制止行為屬於行使夫妻關係中配偶權利的正當行為，系民法上的合法行為，那麼即便該行為涉及一定的暴力，也不能將之視為干涉他人結婚自由的暴力干涉婚姻自由罪，只有在該暴力手段達到輕傷程度時以故意傷害罪對其定罪。

第三，在具有一定從屬性的同時，刑法也保有自身的相對獨立性。因此即便行為具有民事違法性、屬於民法上的違法行為，該行為也不一定具有刑事違法性並成立刑事犯罪。[24] 在確認行為人違反民法規定的情況下，判斷其是否構成犯罪，必須根據罪刑法定原則，結合具體犯罪的構成要件與規範目的（包括法條位置、法益種類等）、刑法謙抑性等進行刑事違法性上的實質判斷。[25] 比如，通姦行為在古代社會一直被視為重罪，且其也違反了民法對夫妻相互忠實的要求，但我國現行刑法並不存在所謂通姦罪，即便行為人實施多次通姦也不能以刑罰加以制裁。再如，刑法中破壞軍

［20］ 參見于改之：《法域衝突的排除：立場、規則與適用》，載《中國法學》2018年第4期，第88頁。

［21］ 參見馬春曉：《法秩序統一性原理與行政犯的不法判斷》，載《華東政法大學學報》2022年第2期，第35頁。

［22］ 參見陳興良：《刑法教義學中的形式理性》，載《中外法學》2023年第2期，第298頁。

［23］ [德]拉德布魯赫：《法哲學》，王樸譯，法律出版社2005年版，第76頁。

［24］ 緩和的違法一元論傾向於認為，造成這種差別的原因在於民事違法與刑事犯罪間“量的不同”，因為在民刑關係上，對民事犯的處理應當是前置法定性、刑法定量；違法相對論則認為前置法無法為犯罪認定提供“質”的根據，刑法對行為違法性的認定必須在民事違法之外，再做一次獨立的違法性判斷或過濾。

［25］ 參見周光權：《法秩序統一性原理的實踐展開》，載《法治社會》2021年第4期，第3-4頁。

婚罪的適用主體，一般認為，本罪語境下擁有軍籍一方與（無軍籍）配偶在婚姻關係中呈現出非對稱的主體地位，因此，儘管軍人與他人同居違反了《民法典》與《軍隊人員婚姻管理若干規定》，也不能認為其符合破壞軍婚罪的構成要件。

總之，在民法典時代，婚姻犯罪的刑法適用要求確立民先刑後、民進刑退的價值理念順位，堅持法秩序統一，協調好具體犯罪中違法性判斷的邏輯運行，最終實現婚姻犯罪的科學有效治理。

二、民法典時代婚姻犯罪刑事犯罪性的具體研判

在確立民法典時代婚姻犯罪刑法適用基本理念的基礎上，對我國《刑法》中三個典型婚姻犯罪的分析還需回歸其犯罪構成本身，首先就是對其犯罪性展開民刑一體化研判。所謂犯罪性，在階層犯罪論語境下，大致相當於二階層論中的刑事不法階層以及三階層論中的構成要件和違法性階層，在不考慮有責性的前提下，談刑事違法性其實就是在討論犯罪性。[26] 基於法秩序統一原理，對婚姻犯罪犯罪性的探討需綜合民刑兩大部門法規範，遵循從形式到實質的路徑，通過與具體個罪相結合，將民法典時代民刑一體化的價值理念落實到位。

（一）婚姻犯罪相關概念的要素研判

婚姻犯罪作為民事犯的一大特徵在於，其在民刑之間架構了一個法律概念的共用空間。在民法典時代，基於法秩序統一性原理，刑法中的概念釋義需參照前置法民法的指引，在此基礎上再考慮自身的特殊性，並在解釋時應盡可能防範減少刑法工具主義對法治的危害，強化人性民法引導下的刑法解釋人文化。[27]

1. “重婚”概念的要素研判

以重婚罪為例，其首先需厘清的是民法中的重婚概念與刑法重婚的聯繫。從字面上看，重婚即兩個以上婚姻的重複疊加。婚姻包含法律婚姻與事實婚姻兩種類型，後者指男女雙方未經結婚登記但以夫妻名義公開同居。通說認為，在行為人已締結法律婚姻的前提下，再與他人締結法律婚或事實婚，以及明知他人已有法律婚而再與其締結法律婚或事實婚的，成立重婚罪。這種解釋造成了民刑之間的割裂。儘管婚姻法一度保護過事實婚姻，但隨著 1994 年《婚姻登記管理條例》的公佈，事實婚姻這一概念不再為婚姻法所承認。[28] 因此，民法體系中的重婚僅指兩個以上的法律婚。雖然同年 12 月最高人民法院發佈《關於〈婚姻登記管理條例〉施行後發生的以夫妻名義非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪處罰的批覆》，指出對事實婚姻仍可按重婚罪處理，但該司法解釋已在 2013 年被正式廢止。即便如此，在這之後的司法實踐在處理重婚刑事案件時依然承認事實婚姻的效力。[29] 這種做法直接導致了法律體系內部的邏輯矛盾。有學者直言指出，基於體系解釋，《刑法》重婚罪規定中的婚姻概念應與《婚姻法》中的婚姻概念保持一致，在《婚姻法》廢除事實婚概念以後，《刑法》也應停止使用事實重婚的概念。[30]

---

［26］ 參見周光權：《論刑法所固有的違法性》，載《政法論壇》2021年第5期，第38頁。

［27］ 參見劉艷紅：《人性民法與物性刑法的融合發展》，載《中國社會科學》2020年第4期，第120-125頁。

［28］ 《婚姻登記管理條例》規定：男女雙方符合結婚實質要件的，人民法院應當告知其在案件受理前補辦結婚登記；未補辦結婚登記的，按解除同居關係處理。

［29］ 相關案例可參見安徽省高級人民法院(2018)皖刑終84號刑事判決書；雲南省武定縣人民法院(2019)雲2329刑98號；安徽省高級人民法院刑事判決书(2018)皖刑終84號；雲南省武定縣人民法院刑事判決书(2019)雲2329刑初98號；甘肅省天水市中級人民法院刑事判決书(2020)甘05刑初18號；河南省永城市人民法院刑事判決书(2023)豫1481刑初20號。

［30］ 參見陳興良：《刑法教義學中的體系解釋》，載《法制與社會發展》2023年第3期，第44-45頁。

那麼，能否認為基於刑法的相對獨立性、可對重婚概念進行與前置法不同的解釋？如有學者提出：當婚姻作為刑法保護對象時（暴力干涉婚姻自由罪），此時的婚姻僅限於法律婚；當婚姻作為侵害他人利益的手段時（重婚罪與破壞軍婚罪），婚姻概念就包含了事實婚。[31] 然而，這種區分在合理性上存在一定疑慮，從民法禁止重婚、禁止有配偶者與他人同居的角度，也可以說重婚罪與破壞軍婚罪中的婚姻就是這兩個罪的保護對象。刑法的概念確實不一定要與民法完全一致，但從民先刑後立場來看，這種不一致需使得刑法的保護圈相對民法而言更小，如刑法侵佔罪適用於侵佔他人遺忘物，而《民法典》第 314 條規定：“拾得遺失物，應當返還權利人。”刑法在此採用遺忘物而非遺失物的概念，主要目的就在於限縮侵佔罪的範圍。[32] 而且，即便是上述支持事實婚的論者也承認，刑法修正案（九）在第 120 條之四的“婚姻”前限定了“國家法律確立的”，明確了刑法只保護法律婚、不保護事實婚的定位。[33] 以此觀之，在重婚的概念定性上，不管出於民刑一體化下刑法對民法的從屬，還是從刑法自身的體系出發，重婚罪所涉及的兩個以上婚姻均僅限於經過正式登記的法律婚姻。

2. “婚姻自由”的要素研判

婚姻自由作為現代婚姻的基本原則，與刑法中的暴力干涉婚姻自由罪直接相關。一般認為，婚姻自由包括結婚自由與離婚自由，干涉婚姻自由主要表現為強制他人與某人結婚或離婚以及禁止他人與某人結婚或離婚。[34] 因此，婚姻自由的本質即指締結與解除婚姻關係上的行為自由。

在結婚自由方面，民法上的結婚指締結自願、合法的有效婚姻，而不包括締結不被民法所承認的婚姻以及存在效力瑕疵的婚姻。不被民法所承認的婚姻指我國民法未規定的婚姻形式，如事實婚姻在現行民法中沒有明確規定；同性婚姻儘管在不少域外區域已合法化，但我國民法尚未對此有回應，亦不屬於正式婚姻之列。因此，以暴力手段強制阻礙或者促成上述婚姻的，不能構成暴力干涉婚姻自由罪。而效力有瑕疵的婚姻指可撤銷婚姻與無效婚姻，對於可撤銷婚姻而言，《民法典》實際規定了兩種類型，一種是因脅迫而結婚的，一種是患有重大疾病而在結婚登記前未如實告知的。強制締結可撤銷婚姻屬於暴力干涉婚姻自由罪規制範圍，因為就效力而言，可撤銷婚姻在被撤銷前本就具備與有效婚姻同等的效力，脅迫結婚也是暴力干涉婚姻自由最典型表現之一。問題在於，以暴力手段阻礙締結可撤銷婚姻的是否構成該罪。從民法規定看，結婚自由僅指締結效力完備婚姻的自由，阻止當事人締結可撤銷婚姻的行為帶有一定的私力救濟和避險屬性，除非影響婚姻可撤銷的事項已經消失，否則不應當認定為暴力干涉婚姻自由罪。同理，強迫他人締結存在重婚、禁止結婚的親屬關係、未到法定婚齡等無效事由的婚姻可構成對他人結婚自由的刑事侵犯；但對於阻礙他人締結無效婚姻的行為，由於結婚自由並不涵攝締結無效婚姻的自由，故而其行為不成立暴力干涉婚姻自由罪。

在離婚自由的釋義上，民法除規定了協議離婚、訴訟離婚外，還包含了行使婚姻撤銷權以及申請確認婚姻無效等消滅婚姻關係的形式。可撤銷婚姻在撤銷前與有效婚姻具有同等效力，行使撤銷權可等同於解除婚姻，但無效婚姻自始便無效力，能否將之與一般離婚等視需要討論。無效婚姻儘管自始無效，但並非當然無效。《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉婚姻家庭編的解釋（一）》（下稱“司法解釋一”）第 20 條明確規定，無效婚姻與可撤銷婚姻一樣，只有在依

［31］ 參見車浩：《刑事立法的法教義學反思——基於<刑法修正案(九)>的分析》，載《法學》2015年第10期，第15頁。

［32］ 參見陳興良：《民法對刑法的影響與刑法對民法的回應》，載《法商研究》2021年第2期，第38-39頁。

［33］ 車浩：《刑事立法的法教義學反思——基於<刑法修正案(九)>的分析》，載《法學》2015年第10期，第15頁。

［34］ 參見張明楷：《刑法學（下）》，法律出版社2021年版，第1188頁。

法被確認無效時，才確定該婚姻自始不受法律保護。因此申請確認婚姻無效這一行為能夠產生否認婚姻關係並溯及既往的效力，以暴力手段對此予以妨礙的可以構成犯罪。此外，在《民法典》新增離婚冷靜期制度後，根據規定：在收到離婚登記申請之日起三十日內，任何一方不願意離婚的，可以向婚姻登記機關撤回離婚登記申請；上述期限屆滿後三十日內，雙方未親自到婚姻登記機關申請發給離婚證的，視為撤回離婚登記申請。可見，在離婚冷靜期內，使用暴力手段強迫他人撤回或不撤回離婚申請的，同樣屬於阻礙他人在離婚上的行為自由，可以成立暴力干涉婚姻自由罪。

3. “同居”概念的要素研判

破壞軍婚罪包含同居型與結婚型兩種類型，作為一個民刑共用的概念，對刑法中同居的理解也必須結合民法規範。在民法中，同居一般指“非婚同居”，即未依法辦理結婚手續而共同居住的兩性關係。[35] 通說認為，同居型破壞軍婚指行為人在一定時期內與現役軍人配偶公開或秘密地共同生活的狀態。[36] 但這種釋義未對同居與結婚之間的區別予以明確。前文業已指出，民法與刑法指涉的結婚僅限法律婚姻，按此邏輯，結婚型破壞軍婚罪不包括與現役軍人配偶締結事實婚姻，問題由此轉化為，能否將事實婚姻置於同居型破壞軍婚中探討。

根據“司法解釋一”第 2 條：“與他人同居”指有配偶者與婚外異性，不以夫妻名義，持續、穩定地共同居住。按照這條解釋，似乎《民法典》中的同居並不包含事實婚姻，因為後者要求雙方以夫妻名義相處，但這與目前民法對事實婚姻的定位並不契合。從效力來看，民法中的事實婚姻分為兩類，一類是 1994 年 2 月 1 日前形成的事實婚姻，這種事實婚姻具有與法律婚姻同等的效力；一類是 1994 年 2 月 1 日後形成的事實婚姻，除非其補辦了婚姻登記手續，否則不承認其具有婚姻效力。對於第二類事實婚姻，“司法解釋一”第 7 條也指出對其的處理需參照同居關係進行。在民法已將事實婚姻與法律婚姻予以明確區分、並將 94 年 2 月後的事實婚姻關係以同居關係處理的情況下，應當認為，《民法典》中的同居既包含“司法解釋一”第 2 條所指的不以夫妻名義的同居，同時，對於男女雙方以夫妻名義相處（甚至辦理了結婚儀式）、但未進行正式的婚姻登記的事實婚姻，也應認為其構成同居關係。[37]

除此之外，還需厘清同居與通姦行為之間的關係。當前司法實踐不乏將與現役軍人配偶通姦作為同居型破壞軍婚入罪處置的現象，但通姦與同居並不能夠劃上等號。在《民法典》中，同居往往與重婚一道出現，如第 1042 條的婚姻禁止事項，以及 1079 條的離婚事項，說明在有配偶的情況下，同居至少在外觀形式上是與重婚接近的，司法解釋也認為只有“持續、穩定地共同居住”方能成立同居。反觀通姦，即便是最為嚴重的長期通姦，對於長時間保持不正當關係的雙方而言，其通姦行為也只是間斷性地多次發生，不能將之等同於多次短時間同居。比如，在“林某破壞軍婚案”、“曹某破壞軍婚案”[38] 等案件中，行為人與軍人配偶在賓館等地多次發生不正當關係，其既無共同居住的場所，也無共同生活的經歷，將這種通姦行為以同居型破壞軍婚論處，不僅背離了民法中的同居概念，於刑法自身文義而言也構成了類推入罪，不符合罪刑法定的原則指引。

（二）婚姻犯罪保護法益的實害研判

除概念釋義外，婚姻犯罪在其保護法益的定性上，也需堅持民刑一體化的體系分析，借由法益研判進一步強化對婚姻犯罪的實害認知。

---

［35］ 侯學賓、潘國瑞：《非婚同居中財產給付性質的裁判邏輯》，載《法律適用》2022年第10期，第46頁。

［36］ 參見高銘暄、馬克昌主編：《刑法學》，北京大學出版社2019年版，第485頁。

［37］ 參見曹薇薇：《後法典時代婚俗引致糾紛司法解決路徑的審視和優化》，載《東方法學》2023年第2期，第183頁。

［38］ 參青海省西寧市中級人民法院刑事判決书(2018)青01刑終265號；甘肅省涇川縣人民法院(2019)甘0821刑初107號刑事判決書。

1. 婚姻犯罪的保護法益屬於個人法益

在婚姻犯罪指向的法益性質上，根據刑法自身體系，應當認為刑法中與婚姻直接相關的三個犯罪，其所保護的法益均屬於個人法益。從章節設置來看，三大婚姻犯罪都位於《刑法》分則第四章“侵害公民人身權利、民主權利罪”，刑法典作為刑法規範的有機組合，各個章節條文之間以及各個具體規範之間都具有內在的邏輯關係，立法者通過將相同或相類似法益的不法構成要件同列在一個罪章之中來保持內部體系的邏輯融貫。[39] 每一章的犯罪都有一個同類保護法益，一般來說，對具體犯罪保護法益的確定不能超同類法益。[40] 因此，罪名處於《刑法》分則哪一章節不僅是一個形式問題，還能直指該罪保護法益的實際內容。如第四章中的故意殺人罪、故意傷害罪、強姦罪，對應著公民生命健康權、性自主權等人身法益；拐賣婦女、兒童罪，收買被拐賣的婦女、兒童罪等，對應著婦女兒童的人身權利。

當立法者已經明示本章罪名所侵犯的是人身權利，就沒有理由在人身權利中添加其他模糊的利益內容，否則必將導致定罪量刑的混亂。[41] 同理可推，位於同一章中的暴力干涉婚姻自由罪、重婚罪、破壞軍婚罪，也屬於侵害公民人身權益的個人法益犯罪。

除章節位置外，三大婚姻犯罪的自然犯屬性，也決定了其所保護的法益屬於個人法益。自然犯具有自體惡，自體惡涉及對個人權益與社會倫理道德文化規範的侵害，這使其有別於法定犯之禁止惡。《刑法》分則第四章的人身犯罪與第五章的財產犯罪即屬於傳統意義上最典型的自然犯。[42] 明確這一點有助於在探討婚姻犯罪主要保護的法益時不至於偏離方向。比如，有論者提出破壞軍婚罪屬於“具有自然犯氣質的法定犯”，其保護的法益應被界定為國防利益這一超個人法益。[43] 且不論該觀點顯然與該罪在《刑法》中處於第四章而非第一章或第六章的實際情況不符，但就其將破壞軍人婚姻與損害國防利益劃上等號的做法，在合理性上就未必充分。2021 年，最高人民檢察院曾印發一批涉軍犯罪典型案例，其中破壞軍婚罪被列入侵犯軍人軍屬合法權益的犯罪，而危害國防利益犯罪則主要指向破壞武器裝備、軍事設施、軍事通信罪等犯罪。[44] 可見在官方態度中並不認為破壞軍婚罪與國防利益直接相關，該罪主要的保護法益仍需錨定在軍人個人法益上，部隊安定、軍民和諧等秩序利益只是保護個人法益過程中附加產生的影響。同樣，從立法者並未選擇將重婚罪歸入第六章妨害社會管理秩序犯罪中也可推知，該罪主要保護的法益並非一夫一妻的婚姻制度，而是公民基於合法夫妻身份所享有的配偶權益，否則就無法說明為什麼對兩個事實婚姻現象不以重婚罪論處，只因在這種情況下，行為人儘管實際違反了一夫一妻的婚姻秩序，但其行為並未對作為配偶的身份法益造成威脅與損害。

2. 婚姻犯罪中的個人法益可被還原為民法權利

在確定婚姻犯罪所保護法益系個人法益後，還需從民法角度對上述個人法益予以闡明。刑法中的法益與民法中的權利具有同源性，作為法益侵害行為的犯罪即源於民事侵權行為。[45] 溯源來看，法益本身並非一個刑法特有的概念，它由全體法秩序所共用，法益保護乃一切部門法共同擔負

［39］ 參見林山田：《刑法各罪論(上冊)》，北京大學出版社2013年版，第11-12頁。

［40］ 張明楷：《侵犯人身罪與侵犯財產罪》，北京大學出版社2021年版，第4頁。

［41］ 參見羅翔：《論買賣人口犯罪的立法修正》，載《政法論壇》2022年第3期，第137頁。

［42］ 參見田宏傑：《罪狀結構的開放性與罪狀類型化的反思》，載《法商研究》2023年第2期，第67頁。

［43］ 參見馬文博：《破壞軍婚罪的定罪機理澄清與出罪路徑建構》，載《中國社會科學院大學學報》2023年第2期，第148-151頁。

［44］ 參見杜洋、張昊：《懲治涉軍犯罪保護軍人合法權益和國防利益》，載《檢察日報》2021年7月31日，第3版。

［45］ 參見劉艷紅：《人性民法與物性刑法的融合發展》，載《中國社會科學》2020年第4期，第120頁。

的使命。[46] 因此婚姻犯罪的保護法益亦能在民法的權利體系中找到對應。儘管在性質上都屬於個人法益，但三大婚姻犯罪在保護的具體法益及與之對應的民事權利上並不完全一致，如暴力干涉婚姻自由罪，主要指向婚姻自由等人格權法益；而重婚罪與破壞軍婚罪的保護法益系配偶身份權法益，只不過後者在保護對象、保護力度上較普通重婚罪有所差別，但這種區別源於刑事政策影響，並不意味著兩者在保護法益性質上有質的不同。

就暴力干涉婚姻自由罪而言，其保護的法益在民法上可被還原為婚姻自由、身體權、人身自由等人格權。婚姻自由既是調整婚姻家庭關係的基本原則，也是民事主體的一項基本人格權利，雖然“人格權編”沒有對婚姻自主權作出規定，但民法總則明確規定了個人享有婚姻自主權，彰顯了對個人人格尊嚴的保護。[47] 除婚姻自由外，其他人身權利則被“人格權編”明確記載，該編第 1003 條規定：自然人享有身體權，其身體完整和行動自由受法律保護，任何組織或者個人不得侵害他人的身體權；第 1011 條規定：以非法拘禁等方式剝奪、限制他人的行動自由，受害人有權依法請求行為人承擔民事責任。明確上述權利，有助於區分暴力干涉婚姻自由罪與民法中的脅迫結婚，因為暴力干涉婚姻自由既嚴重侵害了自然人的婚姻自由，還對身體權、人身自由等人格權有所妨害，使得該行為在性質上由一般違法行為升格為刑事犯罪。

對於重婚罪與破壞軍婚罪，其所侵害的身份法益在民法中所對應的權利為身份權利，即被害人基於婚姻關係產生並享有的配偶權利。在法治現代化進程中，配偶權取代夫權，親權取代父權，是民法於婚姻家庭領域貫徹平等理念的一個明證。[48] 在《民法典》編纂中，就有學者提出應當確認包含配偶權、親權、親屬權在內的身份權，以保護特定的親屬身份利益這一客體。[49] 儘管《民法典》最終沒有對配偶權、親權等做出細化，但總則第 112 條也明確指出了：自然人因婚姻家庭關係等產生的人身權利受法律保護。在具體內容上，根據民法現有規定，因配偶身份產生的特定權益包括但不限於配偶間的相互照顧、扶助，家事代理，夫妻共同財產權、配偶繼承權以及要求對方履行同居義務、忠實義務，要求第三人不得侵犯婚姻關係等。對上述利益的侵害程度是否達到入罪標準，是判斷婚姻犯罪能否成立的實質關鍵所在。

3. 婚姻犯罪保護法益的民刑協調

從上述分析可知，法益以保護個人核心權益為其實質內容，對婚姻犯罪法益的實質保護，既要避免把純粹民事違法行為作為刑事犯罪處理，也要防止將個人法益與集體法益相混淆，從而導致對未造成法益實質侵害的行為輕易入罪。

其一，區分暴力干涉婚姻自由罪與民法可撤銷婚姻。二者間的關係屬於交叉關係，重合部分即為以暴力手段強制締結婚姻。刑法上的暴力有致人死亡、重傷、輕傷、輕微傷等類型，暴力干涉婚姻自由罪的輕罪屬性首先決定了其指涉的暴力不包括造成重傷、死亡的暴力，不要求暴力的程度能夠徹底壓制被害人反抗。[50] 其次，暴力不同於以暴力相威脅，暴力要求對被害人實施物理攻擊、產生身體上的強制。[51] 而以暴力威脅達成的婚姻屬於民法脅迫行為，通過對被害人施加精神上的

［46］ 參見陳璿：《法益概念與刑事立法正當性檢驗》，載《比較法研究》2020年第3期，第55-56頁。

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

［48］ 參見郭明瑞：《人格、身份與人格權、人身權之關係——兼論人身權的發展》，載《法學論壇》2014年第1期，第8頁。

［49］ 參見楊立新：《對修訂民法典婚姻家庭編30個問題的立法建議》，載《財經法學》2017年第6期，第6-7頁。

［50］ 以致人重傷、死亡的暴力手段干涉他人婚姻自由的，可以成立故意傷害罪、故意殺人罪與暴力干涉婚姻自由罪的想像競合。

［51］ 參見劉艷紅：《催收非法債務罪“催收”行為的法教義學展開》，載《比較法研究》2023年第2期，第

強制迫使其就範，同時，民法中的脅迫結婚也不僅限於暴力脅迫，還包含諸如揭露秘密、公開隱私等非暴力方式。此外，暴力干涉婚姻自由中的暴力應當是硬暴力而非軟暴力。硬暴力系單向度的物理性強制行為；軟暴力多表現為糾纏、哄鬧、恐嚇、潑灑污物、斷水斷電等強制性與非強制性滋擾行為。[52] 但即便是強制性滋擾，其對人的強制也主要是以施加心理精神強制來完成的，在發生輕微推搡、拉扯等軟性暴力場合，其行為不足以構成對人身權利的侵害，不應認為構成暴力干涉婚姻自由罪。

其二，區分重婚罪、破壞軍婚罪與婚姻過錯行為。重婚罪與破壞軍婚罪均屬民事違法行為，但並非所有的婚姻過錯行為都能被認定為婚姻犯罪。比如重婚罪保護法益所對應的民事權利為配偶權，實務中習慣將法律婚與事實婚都作為重婚成立的條件，由此產生的問題是：締結事實婚姻對配偶身份權益的侵害，能否與法律婚姻相提並論？如前文所述，在1994年2月之後形成的事實婚姻，民法只將其認定為同居關係而非婚姻關係，儘管司法解釋也有對同居析產、子女撫養等做出規定，但在保護力度上與法律婚仍無法相較。如在一起重婚自訴案中，被告人前後存在兩個事實婚姻，而其辯稱的理由則是第一個事實婚姻已通過雙方口頭自認的方式予以解除，法院採納了該理由並宣告其無罪。[53] 事實婚姻的脆弱由此可見一斑。事實上的夫妻關係與法律上的婚姻關係的差異在於，後者負有同居、協助、扶助等義務並不能被隨意撤銷，且一方死亡時另一方自然成為繼承人；而在事實婚中，不能因為存在著共同生活的實質就發生上述法律效果。[54] 因此，在存在法律婚的情況下，被告人再行締結事實婚對配偶權益造成的侵害，顯然不及締結兩個法律婚姻造成的損害，將之一道作為重婚罪處理不僅造成部門法間的混亂，也有悖罪刑均衡原則。

而在破壞軍婚罪上，需要承認的是，該罪的保護法益雖仍屬個人法益，但由於軍人職業的特殊性，對其配偶權的保護力度較普通自然人更大，因而該罪可說是一個法定犯化的自然犯。儘管如此，基於“法益概念作為對犯罪構成事實限制解釋的手段”[55]，一般的通姦行為不足以符合同居所要求的“以兩性關係的結合為基礎，同時形成了經濟、生活等方面的特殊關係”[56]，無法產生同居行為中形成的財產、子女關係，對配偶權的損害既達不到法律重婚的程度，也不能與事實婚姻並論。因此，儘管通姦行為具有民事違法性和道德可譴責性，但從刑法法益侵害程度和實質可罰性角度，不應認為其成立犯罪。

三、民法典時代婚姻犯罪責任評價的分析判斷

除犯罪性外，責任評價亦是婚姻犯罪刑法適用中的重要環節。此處的責任系廣義上的責任，既指對犯罪有責性的評價，也包括在犯罪成立之後對其最終承擔的法律責任的確認。民法是形式思維，強調法律關係，刑法是實質思維，重視實質判斷；[57] 民事法律趨向於個體權利保護，以平

43-45頁。

［52］ 參見陳毅堅：《軟暴力刑法性質的教義學展開》，載《中國刑事法雜誌》2020年第4期，第88-91頁。

［53］ 參見付建國：《重婚罪中事實婚姻解除效力的司法認定——黑龍江大慶高新區法院判決自訴人王某訴被告人常某、高某犯重婚罪案》，載《人民法院報》2016年12月15日，第6版。

［54］ 參見[日]佐伯仁志、道垣內弘人：《刑法與民法的對話》，于改之、張小寧譯，北京大學出版社2018年版，第379-381頁。

［55］ [德]米歇爾·庫賓希爾：《對法益概念內涵的最新判例評述》，江溯譯，載趙秉志等主編：《當代德國刑事法研究》（2016年第1卷），法律出版社2017年版，第206頁。

［56］ 參見張明楷：《刑法學（下）》，法律出版社2021年版，第1210頁。

［57］ 參見陳興良：《刑民交叉案件的刑法適用》，載《法律科學》2019年第2期，第168頁。

等、自由為首要價值，刑事法律側重於社會利益保護，側重於公正和秩序維繫。[58] 如果說婚姻犯罪的犯罪性研判旨在實現民刑部門法的規範銜接，那麼在責任領域，除規範銜接外，還尤為強調民刑之間在法理、思維、邏輯等方面的一體化配合。

（一）婚姻犯罪刑法適用的歸責分析

從心理責任論到規範責任論，是犯罪論發展的一個重要成果，它實現了心理事實與規範評價的分離，確立了可遣責性作為責任的本質。[59] 根據規範責任論，實施違法行為的意思決定還需經過規範的再度評價，才能確定能否對之進行法律譴責。從民刑一體化角度，此處之規範不僅指刑法規範，還包括各項民法規範，以防止將民法看來不具有可遣責性的行為進行不當入罪。

前文已對以婚姻家庭編為主的民法規則與婚姻犯罪之犯罪性進行了關聯，事實上，除婚姻家庭編外，民法總則確認的基本原則於婚姻犯罪入出罪亦影響重大，其中尤以公序良俗原則最為突出。婚姻本就起源於風俗，而公序良俗原則描述了一幅人類行為理想的價值藍圖，具有與合法、公平、平等等法律原則相通的功能，早已突破部門法限制，在刑事立法與司法實踐中得到了廣泛運用。[60] 除公序良俗原則外，散逸各地的民間習俗與亦對民法體系起著重要的補充作用，與成文的規則一道調整著現實的婚姻家庭關係，法治現代化絕不意味著不加甄別地拋棄這些習慣風俗，而是取其精華、去蕪存菁，以此構建起多元規範共存共治的社會秩序新格局。

1. 公序良俗原則與婚姻犯罪可遣責性

就立法而言，刑法設置的三個婚姻犯罪因背離了現代婚姻平等、自由的倫理秩序，毫無疑問具有公序良俗上的悖德性。但由於公序良俗在運用於實踐時缺乏確定的標準，由此產生的後果便是：一個客觀上違反公序良俗的行為，在責任評價層面未必一定為公序良俗所不容，未必一定值得動用刑罰譴責。因此，公序良俗的高度抽象性和主觀易變性，為婚姻犯罪的責任阻卻留下了適用空間。

在歸責方面，民法公序良俗原則與刑法期待可能性理論具有共通性。期待可能性意指在行為時的具體情況下，期待行為人不實施違法行為而實施合法行為的可能性。[61] 從民刑共治角度，這種期待包含了公序良俗的期待，當公序良俗認為在同等情況下無法期待行為人不違反法律規定時，儘管行為客觀上符合構成要件、具備違法性，且在主觀上具有犯罪故意，但行為人本身並不具有公序良俗上的可譴責性。以重婚罪為例，根據司法實踐經驗，對於遭受自然災害、生活難以維持而被迫外流，為謀生而與他人重婚的；或者婚後一貫遭受虐待，被迫逃亡外地而重婚的；因反抗包辦婚姻而外逃，在包辦婚姻解除前，又與他人結婚的；以及因配偶長期外出，生死下落不明，家庭生活發生嚴重困難而重婚的，一般不按重婚罪處理。其免責依據即源於行為人因客觀條件所迫而喪失期待可能性。[62] 在確定其責任阻卻事由時，公序良俗是一個極其重要的參考，通過將公序良俗認可的社會秩序作為標準，綜合彼時行為人所處的客觀條件和行為人自身情況，判斷其有無從事適法行為的可能。對於一個受天災人禍迫害的婦女，當其為求生存與自由而再次締結婚姻時，公序良俗應對此保持一定的容宥，現代民法在以人為本價值導向下，早已摒棄了婦女守節、從一而終等陳腐倫理，也並不要求在極端情況下還嚴格恪守原婚姻關係約束。至於有觀點認為不具有期待可能性的重婚只能是事實婚姻，該見解在此有待商榷。一方面，根據前文對重婚概念與法益的剖析，事實重婚本就不具有犯罪性，其出罪不必後置到責任階層；另一方面，這種做法壓縮了適用期待可能性的

［58］ 參見紀格非：《論刑民交叉案件的審理順序》，載《法學家》2018年第6期，第157頁。

［59］ 參見陳興良：《刑法中的責任: 以非難可能性為中心的考察》，載《比較法研究》2018年第3期，第24-26頁。

［60］ 參見劉艷紅：《公私法一體化視野下公序良俗原則的刑法適用》，載《現代法學》2020年第7期，第140-147頁。

［61］ [日]前田雅英：《刑法總論講義》，曾文科譯，北京大學出版社2017年版，第262頁。

［62］ 參見張明楷：《期待可能性理論的梳理》，載《法學研究》2009年第1期，第74-75頁。

空間，如在一些拐賣案件中，被拐賣婦女辦理結婚證是通過收買者偽造證件，或者一些包辦婚姻中的出逃者為掩藏身份而偽造證件，以及被拐賣婦女受到他人脅迫而結婚的，其婚姻雖屬於可撤銷婚姻，但在形式上也滿足法律婚的要件。[63] 在上述成立兩個法律婚姻是完全可能的，但就其行為可遣責性而言，在公序良俗視域下並未達到需要罪責評價的程度。

在破壞軍婚罪上，對其行為可譴責性的分析可從心理強制方面闡述。缺乏可遣責性的破壞軍婚情形常見於軍人配偶主導的親密關係中，即軍人配偶具備一定的“優勢地位”。“優勢地位”常見於職務犯罪中對身份犯主體地位的證成，[64] 此處指行為人在受到心理強迫情形下被迫與軍人配偶保持不正當關係。如甲與乙為同居情人關係，當甲瞭解到乙實為現役軍人之配偶後，因擔心觸犯法律多次要求與乙分手斷絕關係，但乙拒絕分手且以死相逼。[65] 或者甲本身並不想與軍人配偶乙同居，但其因受到乙的要脅或誘導，在自身並不堅定的情況下插足軍婚。由於破壞軍婚罪通常並不處罰軍人配偶方，因而只能對非自願地開始或持續不正當關係的行為人進行刑事歸責，但這種追責並不能說與公序良俗十分契合，一方面寬縱了主要的過錯方，另一方面按照行為人當時所處情境，難以期待其突破心理強制合法行事。因此，在存在上述情由時，應當以行為人不具有期待可能性為由阻卻其刑事責任。

2. 民俗習慣與婚姻犯罪可遣責性

除正式法律外，我國還存在大量的民間習慣法。習慣作為一種權威且有效的非正式行為模式或規範形式，隨著人類社會的發展而萌生、躍動和流變，是“人類生活的樣法”。[66] 在一些較為偏遠的少數民族地區，風俗習慣對社會生活的影響並不亞於成文法，諸如搶婚、一夫多妻、一妻多夫等婚俗在部分民族區域至今仍未消失。儘管這些習俗能否稱得上公序良俗尚待考辯，但在影響行為人可遣責性上，不應忽視其存在，而需一分為二地看待。

以苗族、藏族等民族的“搶婚”習俗為例，據相關學者考察，除違背女方意願以暴力手段實施的搶婚外，搶婚情形還包含了女方為了避免舅權的強迫婚姻而讓其中意的男方“搶去”成婚的婚姻慣例，以及為反抗過重財禮而實施的搶婚。[67] 第一種情形顯然是一種原始陋俗而非公序良俗，應當嚴厲取締並對相關行為人追究暴力干涉婚姻自由乃至強姦的刑事責任。但對於後兩種搶婚行為，則應結合具體情形分析，協調好制定法與習慣法的關係。根據《民法典》規定，處理民事糾紛，法律沒有規定的情況下可以適用習慣，但不得違背公序良俗。從公序良俗角度，後兩種搶婚實際與民法反對包辦婚姻、反對過高彩禮具有共通性，雖然從形式來看手段明顯違法，但實質是家長制環境下男女雙方為捍衛婚姻自由的私力救濟之舉，很難說這種搶婚行為具有社會危害；在當地對此類搶婚普遍容認的情況下，也不應認為搶婚者對其行為的違法性具有充分認識。因此，行為人在表面上雖有搶婚舉動，但其行為實質上維護了婚姻自由，並且在主觀層面也不具有充足的違法性認識，那麼無論是在不法還是有責層面，都不應認為這種民間習慣下的搶婚行為具有可遣責性。

此外，在西藏、四川等交界的藏族邊遠牧區，還存在著兄弟共妻、姐妹共夫等婚姻現象。[68]

---

［63］ 參見蘭楠：《民法典視域下受刑民交叉因素影響的婚姻效力評價》，載《人民檢察》2023年第5期，第33頁。

［64］ 參見趙桐、劉艷紅：《職務犯罪身份要素的認定、射程與機能——以“勾結型”共同騙取國家補償款為視角》，載《鄭州大學學報（哲學社會科學版）》2023年第5期，第34-35頁。

［65］ 參見馬文博：《破壞軍婚罪的定罪機理澄清與出罪路徑建構》，載《中國社會科學院大學學報》2023年第2期，第158頁。

［66］ 參見梁漱溟：《東西方文化及其哲學》，商務印書館1999年版，第60頁。

［67］ 參見李向玉、徐曉光《“搶婚”習俗的現代遺留及其民間法處理》，載《政法論叢》2010年第6期，第88-89頁。

［68］ 參見許韶明：《多維度與重節點——喜馬拉雅山麓及青藏高原腹地一妻多夫制婚姻形態的人類學闡釋》，載

在提倡一夫一妻、男女平等的現代社會，這種民族習慣絕稱不上公序良俗。然而，其風俗的存在確也是一種事實，這一點也得到了司法實踐的肯認，因而鮮少以犯罪論處。有論者提出，只有多次重婚，行為動機不純，造成嚴重後果，社會反應強烈，才依法追究刑事責任，其他情形應主要通過對少數民族公民進行思想教育或通過調解的方式來解決。[69] 在其出罪的理論依據上，實際還應回到行為可遣責性方面進行論證。多夫制、多妻制等現象的存續，在根本上屬於文化、經濟領域的社會治理問題，應當通過大力發展經濟、宣揚法律法規、推行現代婚姻價值觀等途徑予以解決，而不是因循傳統的刑法主導思維，動用刑罰處罰因法治意識不足而對自身行為違法性不具有充分認知的重婚者。

（二）婚姻犯罪刑事責任的銜接與承擔

與此同時，在犯罪成立的基礎上，婚姻犯罪的刑事責任承擔亦需要秉持民刑有序的運行思維，處理好民事責任與刑事責任之間的銜接。民法重補償與恢復，側重協調、分配個體之間的利益關係；刑法重懲罰與預防，重視調整、規制國家與個體之間的利益關係。在婚姻犯罪這一牽涉倫理、血緣、家庭等諸多私密事務的場域，需盡可能地少動用刑罰這一不可逆的制裁手段，在最終的刑事責任履行環節，刑法的謙抑與克制仍應得到強調。

在確認婚姻犯罪的法律責任時，需首先對當前辦理民刑交叉案件時的“先刑後民”司法習慣進行一定的反思。作為處理刑民交叉案件時常用的審理順序，“先刑後民”所導致的種種問題廣為學界詬病，其背後既隱含著“重刑輕民”的司法理念，也反映了對刑事案件優先審理的制度支持。[70] 在訴訟程式中，“先刑後民”有兩種表現，一種是指在民事訴訟活動中發現涉嫌刑事犯罪時，先由偵查機關查清涉嫌刑事犯罪的事實，並由法院對刑事犯罪進行審理後，再就涉及的民事責任問題進行處理；另一種則是法院在審理刑事犯罪的同時附帶審理民事責任問題，在此之前法院不應單獨就其中的民事責任予以審理判決。[71] 就第一種情形而言，其直接的法律依據源於《民事訴訟法》第 153 條（五）所規定的中止訴訟條件：“本案必須以另一案的審理結果為依據，而另一案尚未審結的。”然而，一般涉婚案件中民事訴訟並不需要以刑事訴訟的審理結果作為依據，因為原告的權利主張本身不建立在犯罪行為的基礎上，缺乏中止訴訟的必要性，訴訟進程的延誤也不利於當事人權益的及時救濟。而且就結果來看，這樣的“先刑後民”也無法使民法中的免責事由適用於刑事裁判。相較於刑法，民法創設了豐富的免責事由，因為民法往往需要在平等主體之間做利益衡量，雙方當事人的過錯都被納入衡量範疇。許多涉婚刑民交叉案件中，被害人方也有著相當程度的不當舉動，如重婚案的自訴人自身有賭博、吸毒等惡習，雖不足以構成重婚方的責任阻卻事由，但可以在重婚罪的刑罰裁量中予以考量；軍婚案件中軍人一方存在家暴、冷暴力、出軌等舉動，其婚姻關係本就搖搖欲墜，民法雖然考慮到軍婚的特殊性也對之予以了特別保護，但同時也規定了軍人一方存在重大過錯時的例外，儘管刑民案件的證明標準不同，但在刑罰裁量中，未嘗不能作為法官考量的情節，以貫徹民刑一體的統一邏輯。

另一種情形，也即婚姻犯罪的刑事附帶民事訴訟，當前對此的爭議主要集中在附帶民事訴訟的救濟不到位上。我國《民法典》明確賦予了無過錯方在“婚姻無效或者被撤銷”，以及因“重婚或者與他人同居”等事宜導致離婚等情形下請求損害賠償的權利。然而，根據《最高人民法院關於適

《青藏高原論壇》2019年第1期，第1-7頁。

［69］ 參見向鵬：《衝突與調適：刑法與民族習慣法的關係研究》，載《理論月刊》2018年第3期，第135頁。

［70］ 參見紀格非：《論刑民交叉案件的審理順序》，載《法學家》2018年第6期，第148頁。

［71］ 參見肖建國、宋春龍：《責任聚合下民刑交叉案件的訴訟程式——對“先刑後民”的反思》，載《法學雜誌》2017年第3期，第23頁。

用〈中華人民共和國刑事訴訟法〉的解釋》的相關規定，刑事案件被害人（包括其法定代理人、近親屬）提起附帶民事訴訟或單獨提起民事訴訟，要求賠償犯罪造成精神損失的，一般不予受理；而且，除駕駛機動車致人傷亡或者造成公私財產重大損失的案件外，原則上也不應將死亡賠償金、殘疾賠償金納入判決賠償的範圍。與之相對的，是《民法典》對民事侵權造成損失的全面賠償，無論精神損害還是死亡賠償金、殘疾賠償金，均在賠償範圍內。以一起2021年天津高院發佈的典型案例為例，在該案中，甲與乙婚姻存續期間，使用外省戶籍信息與丙登記結婚。2017年，甲因存在兩個法律婚姻構成重婚罪被判有期徒刑；與此同時，丙提起訴訟要求確認與甲的婚姻關係無效，並作為無過錯方要求甲支付精神撫慰金，法院對上述請求予以支持。在“董某與韓某等同居關係析產糾紛”中，法院認為，“董某在與韓某進行結婚登記時其對於韓某與李某的婚姻狀況不知情，其與韓某處於同居狀態時屬於善意的無過錯方”。[72]對重婚時無過錯當事人的保護，除對其進行析產照顧外，目前的民事審判中已有判決認可了無過錯當事人可以取得基於配偶身份的繼承權。[73]但在刑事附帶民事案件中，這種賠償請求並不能得到認可，如“閻某重婚案”中，法院認為上訴人提出的要求賠償精神損害撫慰金及經濟損失10萬元的請求，依法不屬於附帶民事訴訟受案範圍；[74]在“董某某暴力干涉婚姻自由案”中，被告人董某某使用暴力干涉他人婚姻自由，致使被害人孫某某服毒死亡，此後孫某某的家屬提起附帶民事訴訟，要求被告人支付死亡賠償金、精神損害賠償金，同樣，被法院認為死亡賠償金、精神損害賠償金不屬附帶民事訴訟的賠償範圍，其請求未得到支持。[75]就後兩個案件與第一個案件的區別來看，僅因起訴方式、順序的不同就造成結果的顯著差異，人為造成了民刑責任間的割裂、損害了體系融貫，不僅不利於穩定法律主體的行為預期，還存在著合理性、合法性的缺陷。為解決這個問題，一些地方法院開始自發轉向調解、和解等非訴制度，通過從寬量刑的許諾促成當事人達成賠償協議，待協議履行或部分履行後作出較輕的刑事判決，形成了“以刑促賠”的激勵機制。[76]

在本質上，這種“以刑促賠”確認了民事責任對刑事責任的影響，將民事責任的履行作為刑事責任減免的重要參考因素。從責任填補的角度，被告人履行民事責任、支付撫慰金可視為在事後對法益損害的補償，是一種法益恢復的積極表現，可以起到一定的刑事責任“熔斷”效果，將既遂狀態下的“基準刑”責任進行稀釋乃至消除。[77]例如在環境犯罪發生後，行為人可以通過修復生態環境來大幅折抵其刑事責任。《民法典》規定的民事侵權行為“賠償損失”與刑法規定的犯罪情節輕微的“賠償損失”具有相似之處，在有違反行為規範的場合下，刑罰與民事賠償都服務於恢復被違反的行為規範；且如果被告人認識到在與被害人達成和解賠償損失後能夠獲得從輕處理，在民事賠償方面也會有更積極的表現。[78]這一點也得到了立法和司法機關的承認，如《刑事訴訟法》第290條的規定，以及最高人民法院《關於常見犯罪的量刑指導意見》對賠償、和解成為輕罪刑罰減免事由的認可等。對行為人刑事責任的減免，既可以通過刑期長短反映出來，也可以通過刑事責任

［72］ 北京市第一中級人民法院民事判決書，（2021）京01民終3966號。

［73］ 參見婁愛華：《論無效婚姻中的無過錯方保護》，載《蘇州大學學報（哲學社會科學版）》2023年第5期，第105頁。

［74］ 參見山西省太原市中級人民法院刑事裁定書，（2021）晉01刑終771號。

［75］ 參見甘肅省定西市（地區）中級人民法院刑事裁定書，（2015）定中刑一終字第45號。

［76］ 參見聶友倫：《刑事附帶民事訴訟賠償範圍限制的制度邏輯》，載《環球法律評論》2023年第3期，第186-190頁。

［77］ 參見莊緒龍：《“法益恢復”刑法評價的模式比較》，載《環球法律評論》2021年第5期，第144-147頁。

［78］ 參見孫國祥：《民法免責事由與刑法出罪事由的互動關係研究》，載《現代法學》2020年第4期，第168-170頁。

的承擔方式予以體現，如對被告人適用緩刑，單處罰金刑，或者只適用非刑罰處罰。由於婚姻犯罪基本屬於輕罪範疇，對其寬緩量刑既符合了寬嚴相濟刑事政策“當寬則寬”的要求，也貫徹了民法典時代民刑有序、協調的刑法適用理念，是婚姻犯罪有效治理治的應有之義。

四、結語

從傳統到現代，人類自我解放的本質力量和主體性特徵日漸彰顯，社會行為與社會關係發生深刻變革，婚姻關係自然也在此重塑與變革之列。在對婚姻制度的種種研究中，婚姻犯罪是一個並非熱門但卻不可忽視的重要領域，對其的研究既折射出婚姻形態的古今之變，同時，從重刑主義的刑法單向適用到民刑一體化下民刑有序、民刑協調的刑法適用轉變，也反映了新時期平等、自由的價值理念下我國對於民刑關係的反思與調整，反映出民法典時代的犯罪治理充分尊重以獨立個體存在的人的自由與權利，重視對人的權利的保障。總之，在《民法典》頒佈的背景下，各部門法的法典化漸成趨勢，刑法之外的其他部門法力量將日益強大，多法並治將成為國家治理現代化的重要體現，法秩序的統一性會更趨於完備，刑法與其他部門法在規範意義上的協同治理將會進一步加強，[79] 刑法的適用也將走出單一的重刑主義思維，向著最終的良法善治目標不斷趨近。

Abstract: The promulgation of the Civil Code marks a significant turning point in the application mode of criminal law regarding marital crime in China. In terms of application philosophy, during the era of the Civil Code, the traditional concept of criminal law application guided by severe punishment should be replaced by the new concept of integration of civil and criminal laws. This new concept demands adherence to the orderly value hierarchy of civil and criminal laws and the coordinated operational approach in marital crime, ensuring that the preliminary civil law assists and constrains the application of criminal law, and guaranteeing that the judgment of criminal illegality in marital crime follows the principle of unity of legal order. In the specific application of individual crime, firstly, an accurate determination of the criminal nature of marital crime is made through the integrated civil and criminal examination of conceptual elements such as "bigamy", "marital freedom" and "cohabitation" as well as the restoration of the positioning of actual harmed legal interests. Secondly, with the aid of the principles of public order and good customs and the cooperation of customary laws, the degree of blameworthiness of marital crime is confirmed at the level of attribution. Lastly, the current procedural sequence of "criminal first, civil second" in handling cases involving both civil and criminal matters is reviewed, ensuring effective coordination between civil and criminal liabilities in the final accountability.

Key words: Marital Crime; Civil Code; the Integration of Civil Law and Criminal Law; Unity of Legal Order

（責任編輯：昝晨東）

［79］ 參見劉艷紅：《中國刑法的發展方向：安全刑法抑或自由刑法》，載《政法論壇》2023年第2期，第71頁。

特區本地法律備案審查的啓動、程序和標準探析

胡錦光* 蘇 鍇**

摘 要 特別行政區立法機關制定的法律（以下簡稱“特區本地法律”）的備案審查是維護基本法地位和權威、維護國家主權統一與完整、落實中央全面管治權的重要制度，其運行狀況是在法制層面反映中央與特區關係的晴雨表。根據近幾年全國人大常委會法工委備案審查情況工作報告，可以得知特區本地法律備案審查一直在切實運行，但其仍然存在審查的規範依據、標準和程序等尚付闕如的疏漏。完善特區本地法律備案審查機制，就具體的制度建設而言，應當從審查啓動、審查程序、審查標準等具體問題加以謀劃和設計，從而更好地維護憲法和基本法確立的特別行政區憲制秩序，發揮法治在特別行政區治理中的重要作用，提升全面管治能力和水平。

關鍵詞 特區本地法律 備案審查 基本法審查權 全國人大常委會 審查程序

一、問題的提出

全國人大常委會在委員長會議制定的《法規、司法解釋備案審查工作辦法》（以下簡稱《工作辦法》）的基礎上，根據備案審查實踐經驗和需要，於 2023 年 12 月 29 日通過了《關於完善和加強備案審查制度的決定》（以下簡稱《決定》），這一法律性決定對於我國備案審查制度的健全完善具有里程碑意義。《決定》明確要求，要健全特別行政區本地法律備案審查機制，加強對特區本地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。這表明，做好對特區本地法律的備案審查工作，完善特區本地法律的備案審查機制，已成爲推動社會主義法治國家建設、全面貫徹實施憲法、維護憲法法律權威和國家法治統一的重點任務。

《決定》將健全特區本地法律備案審查機制單獨作爲完善和加強備案審查制度的一個重要方面，依據在於內地規範性文件備案審查制度與特區本地法律備案審查制度的權力基礎並不完全一致，這構成二者最爲關鍵的差異。規範性文件備案審查的權力基礎是全國人大常委會的監督權，其制度內容主要關涉到單一制國家內中央如何通過憲法監督的手段與方式保障憲法法律實施、維護社

* 胡錦光，中國人民大學法學院教授。
** 蘇鍇，中國人民大學法學院憲法學與行政法學博士研究生。

會主義法治統一，在制度屬性上屬於立法監督。而特區本地法律備案審查機制的權力基礎則較爲不同，對特區本地法律進行備案審查的權力並非全國人大常委會在一般規範性文件備案審查中行使的監督權，而應當被理解爲中央對特區行使全面管治權。國務院新聞辦公室 2014 年發佈的《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》白皮書（以下稱爲白皮書），明確“憲法和香港基本法共同構成香港特別行政區的憲制基礎”。[1] 並且指出，全國人大常委會對特區本地法律的監督既屬於中央依法直接行使管治權，也屬於對特區依法實行高度自治權的監督，具有雙重屬性。全國人大常委會對特區本地法律進行備案審查作爲中央行使全面管制權的涵蓋範圍，首先，在規範依據上來源於憲法和基本法賦予全國人大常委會進行憲法監督和對特區本地法律進行備案審查的權力與職責，這些規範依據是中央依法直接行使管治權的法律化表達。其次，中央對特區的全面管制權是中央基於對香港與澳門恢復行使主權而產生的對特別行政區進行管轄和治理的權力。[2] 全面管治權的內涵中包含了中央對特區行使高度自治權進行監督的權力。根據授權理論，中央對特別行政區的授權並不意味着對自身所固有全面管治權力的放棄，而是在確保自身居於授權主體地位的基礎上將部分中央擁有的權力轉移給特別行政區行使。爲了監督被授權者是否超越授權界限而越位行使本沒有被授予的權力以及被授權者是否遵照授權目的良好地行使被授予的權力，中央保有對高度自治權的監督權是非常必要的，全國人大常委會對特區本地法律的備案審查權就是對特區本地法律權的監督權的重要表現形式。[3] 因此，特區本地法律備案審查制度的權力基礎主要是中央的全面管治權。

在“一國兩制”方針指引下通過備案審查機制既維護國家法治統一又維護特區享有的高度自治權，顯然已超出了內地規範性文件備案審查機制具有的制度功能。而兩部基本法中規定的特區本地法律備案審查機制較爲原則，全國人大常委會也未制定公開的特區本地法律備案審查工作程序，僅在《工作辦法》中規定特區法律備案審查“參照適用”本辦法，但因“在‘一國兩制’原則下特區本地法律與其他規範性文件之間存在制度性差異，導致備案審查機制中大部分規定不能直接適用於特區本地法律”。[4] 自 2019 年起，全國人大常委會法工委在歷年的關於備案審查工作情況的報告中都以一定篇幅介紹對特區本地法律進行備案審查的有關情況，[5] 特區本地法律備案審查的制度輪廓也得以被勾勒出來。但是這一制度的健全仍有賴於學界對其中的重大理論問題提供理論支撐。筆者認爲，僅就特區本地法律備案審查的啓動、程序和標準，就有以下幾個問題亟待明晰：

在特區本地法律備案審查的啓動方面，從備案審查報告所披露的情況來看，特區將制定的本地法律向全國人大常委會備案後，由全國人大常委會法制工作委員會（以下簡稱“法工委”）具體負責對其的審查。這是一種主動審查的模式。然而，從特區本地法律備案審查作爲行使全面管制權的角度來看，基本法僅規定了由全國人大常委會進行審查，法工委作爲全國人大常委會的工作機構能否代表中央行使全面管制權，也即由其對特區本地法律機關制定的法律是否符合基本法進行審查而維護基本法的最高法地位，其主體資格是否適格，能否直接承擔主動審查的職責。此外，完善特區本地法律備案審查制度是否存在被動審查的空間？如果存在，基於“堅持中央全面管治權和保障特

［1］ 國務院新聞辦公室：《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》，人民出版社2014年版，第32頁。

［2］ 參見王禹：《“一國兩制”下中央對特別行政區的全面管治權》，載《港澳研究》2016年第2期，第6頁。

［3］ 參見胡錦光、劉海林：《論全國人大常委會對特區本地法律的備案審查權》，載《中共中央黨校（國家行政學院）學報》2019年第3期，第69頁。

［4］ 楊曉楠：《“一個制度體系，兩種備審方式”：全國人大常委會對特別行政區本地法律的監督》，載《中國法律評論》2024年第3期，第187頁。

［5］ 參見沈春耀：《全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會關於2019年備案審查工作情況的報告》，載中國人大網2023年1月13日，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202301/t20230113_423336.html。

別行政區高度自治權相統一”[6]的立場，還需要明確哪些中央國家機關和特區的機關、組織和居民可以提出審查建議甚至審查要求？

在特區本地法律備案審查的程序方面，徵詢基本法委員會的程序動作構成特區本地法律備案審查與內地的規範性文件備案審查制度的明顯差異。並且，從基本法條款和立法資料來看，徵詢已構成全國人大常委會針對特區本地法律行使發回權的必要前置條件。那麼，基本法委員會在特區本地法律備案審查中究竟發揮怎樣的作用，處於什麼樣的地位。基本法委員會所發表意見的性質和效力是怎樣的？此外，既然由法工委承擔對特區本地法律的備案審查職責存在正當性疑問，那麼由憲法和法律委員會承擔此項職責是否恰切？憲法和法律委員會在行使審查職責時應當與基本法委員會保持怎樣的關係？

在特區本地法律備案審查的標準方面，兩部基本法第 17 條中規定的“本法關於中央管理的事務及中央和香港 / 澳門特別行政區的關係的條款”是對特區本地法律進行備案審查的法律依據。而什麼是關於中央管理的事務，中央和特區之間在基本法上有着怎樣的關係，需要進一步加以解讀和分析，在特區高度自治範圍外劃定一個相對清晰的界限與標準。這決定了全國人大常委會應當對分處高度自治範圍內外的特區本地法律採取不同的處理方式。這些是在完善審查標準時應當重點考慮的。

推進特區本地法律備案審查機制，既要考慮到其作爲“一國兩制”偉大實踐的一部分，充分平衡中央全面管治權和特區高度自治權的特殊要求，也可以在此基礎上適當借鑑內地備案審查制度的成熟經驗和有效做法。本文提煉出特區本地法律的備案審查制度在啓動、程序和標準上的若干關鍵問題，並提出相應的理論支撐，爲完善特區本地法律的備案審查制度提供對策和思路。

二、特區本地法律備案審查的啓動：主體與方式

（一）法工委作爲審查主體的正當性與適格性分析

2019 年的備案審查工作報告以專題的形式介紹了對特區本地法律進行備案審查的有關情況，其中說明目前由法工委具體承擔對兩個特區法律的備案審查工作職責。[7]並且從報告中使用“初步審查”、“尚未發現”的表述來看，目前在特區本地法律的備案審查機制中尚無應國家機關和公民、法人和其他組織的審查要求和審查建議對特區本地法律進行審查的制度形式，只有主動對特區本地法律進行的審查。也就是說，在目前運行着的特區本地法律備案審查機制當中，是由法工委對特區報送備案的本地法律進行主動審查的。特區本地法律備案審查與內地規範性文件備案審查都是我國憲法監督制度的重要組成部分，二者具有制度構建的一體性。由法工委對特區本地法律進行審查也具有《工作辦法》中“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”的規範依據。並且，法工委因其擁有較強的專業能力、適當的人員配備和備案審查的成熟經驗可以較好地完成這項工作，目前來看由法工委作爲主要的審查主體似乎最爲適合。但是，從落實中央全面管治權與維護特區高度自治權的角度而言，法工委是否具有基本法中“中央”的規範地位，是否具有代表中央行使全面管制權的資格，關係到其作爲審查主體是否正當與適格。

［6］ 習近平：《高舉中國特色社會主義偉大旗幟　爲全面建設社會主義現代化國家而團結奮鬥——在中國共產黨第二十次全國代表大會上的報告（2022年10月16日）》，載《人民日報》2022年10月26日，第1版。

［7］ 參見沈春耀：《全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會關於2019年備案審查工作情況的報告》，載中國人大網2023年1月13日，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202301/t20230113_423336.html。

首先，從規範依據而言。《工作辦法》第 5 條規定：專門委員會、常委會法制工作委員會負責對報送備案的法規、司法解釋的審查研究工作；第 18 條規定：對法規、司法解釋可以採取依職權審查、依申請審查、移送審查、專項審查等方式進行審查；第 19 條則規定專門委員會、法制工作委員會對法規、司法解釋依職權主動進行審查。聯繫這三個條文，法工委對特區本地法律進行審查是參照適用了《工作辦法》中關於依職權審查主體的規定。問題在於，《工作辦法》只是拘束全國人大常委會機構的內部工作流程與規範，[8] 並不具有對外效力。在兩部基本法並未明確賦予法工委審查權限的情況下，由《工作辦法》以“參照適用”的形式將法工委對法規、司法解釋的審查權限“複製”到特區本地法律備案審查機制當中，其權力來源的正當性值得推敲。

其次，雖然《決定》在法工委的審查權限問題上沿襲了《工作辦法》的規定，[9] 一定程度上補足了法工委審查權的正當性。但以下兩點決定了法工委不宜繼續承擔對特區本地法律的審查職責。第一，在加強憲法實施和監督，落實憲法解釋程序機制，推進合憲性審查工作的背景下，由專門委員會分享合憲性審查職權的模式存在着審查標準不統一、專業能力有欠缺的弊端。因此，我國合憲性審查的職能分配正在由各專門委員會分享模式逐步轉向集中協助模式，即由全國人大憲法和法律委員會在合憲性審查中作爲唯一的協助機關。[10] 第二，法工委本身的性質和地位與作爲落實全面管治權形式之一的特區本地法律備案審查並不相符。《全國人大組織法》第 28 條規定，全國人大常委會可以根據需要設立工作委員會。工作委員會的主任、副主任和委員由委員長提請常委會任免。法工委屬於全國人大常委會的工作機構，自身並不具有獨立的法律地位。[11] 並且，其組成人員並不要求必須是人大代表。在內地規範性文件備案審查制度中，法工委審查的權威性不足，其性質和地位尚不足以承擔與行政法規、地方性法規、司法解釋、規章制定機關溝通、協調的工作，[12] 遑論在作爲全面管治權制度形式之一的特區本地法律備案審查中擔任主要的審查角色。還有學者指出，“全國人大法工委由於不具有直接的民主屬性，在合憲性審查問題上只發揮有限的輔助功能。”[13] 特區本地法律備案審查是“一國兩制”方針在法治領域的制度抓手，關乎落實中央全面管治權與維護特區高度自治權的統一。政治權威性和民主代表性都顯然不足的法工委作爲主要的審查主體難稱適格。

最後，筆者認爲從性質與地位上，憲法與法律委員會較之法工委更適合作爲在特區本地法律的審查中擔負主要的審查職責。憲法第 70 條與《全國人民代表大會常務委員會關於全國人民代表大會憲法和法律委員會職責問題的決定》（以下簡稱《職責決定》）共同確定了憲法與法律委員會的性質和職責。作爲全國人大專門委員會，憲法和法律委員會的組成人員由全國人大任命，並且均爲全國人大代表和全國人大常委會委員。全國人大常委會專門作出《職責決定》賦予憲法與法律委員會推進合憲性審查的職責，回應了在常委會內部設立專門負責合憲性審查的專業性、權威性機構，強化合憲性審查的訴求，彰顯了憲法與法律委員會在推進合憲性審查、加強憲法監督工作中的重要地位。因而，憲法與法律委員會在民主代表性和政治權威性上都與特區本地法律備案審查機制的重要性更爲契合，法工委則在這項機制中更適合承擔輔助角色。在本文第三部分將會從對憲法與法律委員會與法工委就特區本地法律備案審查中的職責分工與關係的審查進行詳細的討論。

---

［8］ 參見王鍇：《合憲性審查與國家治理體系和治理能力現代化》，載《人大研究》2020年第7期，第19頁。

［9］ 《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4條規定：“全國人民代表大會專門委員會、常務委員會工作機構負責審查工作”。

［10］ 參見胡錦光：《論我國合憲性審查機制中不同主體的職能定位》2020年第5期，第77頁。

［11］ 參見胡錦光：《論我國合憲性審查機制中不同主體的職能定位》2020年第5期，第79頁。

［12］ 參見胡錦光：《論設立“憲法和法律委員會”的意義》，載《政法論叢》2018年第3期，第8頁。

［13］ 李少文：《備案審查與合憲性審查關係重構》，載《政治與法律》2023年第2期，第57頁。

（二）依申請審查的制度空間

首先，在缺乏依申請審查的情況下，具體承擔審查職責的法工委對報送備案的特區本地法律只能採取抽象的原則審查，即對於提交備案的法律從條款字面的含義上審查其是否符合兩部基本法中關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款（以下簡稱審查依據條款），對於香港基本法和特區本地法律的理解，均是純條款字面的意義，並不聯繫具體的訴訟上的爭議、爭議雙方的利益衝突及爭議雙方的利益主張和理據。[14] 在這種抽象審查中，基於文義解釋將特區本地法律文本與法律草案兩相對照、從字義上判斷牴觸與否的文面判斷是唯一的審查方式。顯然，這種脫離具體系爭之法律關係與法律適用情境的審查方式發現彰顯於法律文義的牴觸點較爲容易，而發現特區本地法律在適用中出現的違反基本法之情形難度則較大，類比“適用違憲已經成爲憲法爭議的主要形式”[15] 之機理，特區本地法律在適用中違反基本法的情形應是健全特區本地法律備案審查制度主要加以重視和解決的。因此，應在主動審查之外充分發揮被動審查的優勢，即在法律適用過程中由管理相關事務、身處相應法律關係的相關國家機關、組織和個人就實踐中出現的牴觸點提請審查機關進行鍼對性的審查，從而及時發現並化解特區本地法律與基本法的牴觸風險，避免審查泛化、提升審查效果。

其次，在特區本地法律的備案審查中引入被動審查存在可行的制度空間。原因在於：

其一，《立法法》《監督法》《工作辦法》以及此次全國人大常委會作出的《決定》均採取依職權審查和依申請審查相結合的規範性文件審查機制，《工作辦法》第 56 條規定對兩個特別行政區報全國人大常委會的法律的備案審查，參照適用該工作辦法。也就是說，將依申請審查引入特區本地法律的備案審查機制在規範層面並不存在障礙，相反有着紮實的規範基礎。

其二，在內地的備案審查體系當中存在着多位階、多類型的審查主體，其中，全國人大常委會是唯一既可以進行依職權審查又可以進行依申請審查的審查主體。其在運用兩種審查方式的過程中已經形成了較爲成熟的制度設計，也積累了相當豐富的實踐經驗。因此，在特區本地法律的備案審查中加入依申請審查對於審查的可操作性和審查主體的專業能力上並不存在障礙，也不會過多增加制度成本。

其三，香港基本法和澳門基本法分別於第 158 條和第 143 條規定基本法的解釋權屬於全國人大常委會，同時規定全國人大常委會授權香港、澳門特區法院在審理案件時對兩部基本法中關於香港 / 澳門特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。以上述兩個條文的授權爲基礎，各級法院享有了對基本法自治條款的解釋權，加之香港特別行政區因歷史原因所固有的判例法傳統，其對基本法的解釋以及在這種解釋的基礎上對本地法律是否符合基本法進行的審查都因先例約束原則而具有普遍效力，從而特別行政區的各級法院獲得了司法審查權。這種“分工負責審查模式”一定程度上解決了“異質機構如何分享立法監督權”的難題，[16] 但是作爲審查依據的“中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款”並不明確，這讓同時擁有基本法審查權的兩方之間產生了權限交叉爭議，也給特區法院運用自身的司法審查權侵蝕全國人大常委會的立法審查權埋下了隱患。將依申請審查引入特區本地法律備案審查機制中，能夠促使全國人大常委會在審查中就審查依據、審查程序等問題作出更爲明確和清晰的規定，平息化解備案審查與司法審查的權限衝突，維護全國人

［14］ 胡錦光：《論香港基本法審查權及其界限》，載《武漢大學學報（哲學社會科學版）》2017年第6期，第61頁。

［15］ 黃明濤：《最高人民法院與具體審查——合憲性審查要求權的制度建構》，載《中國法律評論》2020年第1期，第72頁。

［16］ 參見孫成：《備案審查制度在香港的運行空間》，載《港澳研究》2023年第3期，第24頁。

大常委會進行合基本法審查的權威。另外，通過被動審查的引入，能夠有效解決相關主體對特區法律審查的需求。例如，近些年來就澳門《土地法》是否違反澳門基本法的爭議，[17] 澳門特區中存在着希望中央對此展開審查的呼聲。[18] 可見，依申請審查方式的引入也是對特區法律審查實踐需求的有效回應。

參考《立法法》第 110 條第 1、2 款規定，結合維護特區高度自治權的考慮，應當確定國務院、中央軍事委員會和特區政府爲有權提出審查要求的主體。筆者認爲，對特區本地法律備案審查的依據是中央人民政府管理的事務或中央和特別行政區關係的條款，根據基本法、《中華人民共和國香港特別行政區駐軍法》與《中華人民共和國澳門特別行政區駐軍法》規定，特區直轄於中央人民政府，中央人民政府負責管理與特區有關的外交事務和國防事務，香港、澳門駐軍由中央軍事委員會領導。可見，中央管理的事務、中央與特區的關係主要在國務院、中央軍事委員會對特區外交事務和國防事務的管理職能上得以直接體現。基於此，國務院、中央軍事委員會在行使管理職能過程中，更易於發現特區本地法律中存在的不符合中央管理的事務或中央與特區關係的規定。另外，根據香港基本法與澳門基本法第 22 條與第 158 條（澳門基本法爲第 143 條）的規定，其他國家機關沒有解釋基本法與干涉特區本地法律事務的權限，因此不能提出審查要求。因此，賦予國務院、中央軍事委員會提出審查要求的權力，能夠增強對特區本地法律審查的針對性，能夠保證“一國兩制”方針的貫徹施行以及特區統一的憲制秩序，也有助於中央國家機關管理職能的的妥善行使。[19] 而確定以特區政府作爲提出審查要求主體的原因則在於以下兩點，一是目前在實踐中特區本地法律都是由行政長官向全國人大常委會報送備案，賦予特區政府提出審查要求能夠與備案相銜接；二是特區政府作爲特區的行政管理機關，能夠較爲及時地在特區本地法律的實施過程中發現法律與基本法中關於中央管理的事務或中央與特區關係之條款的提出風險，因此賦予特區政府向全國人大常委會提出審查要求的權力也是必要的。此外，也可以考慮賦予特區居民提出審查建議的主體資格，這既是對特區法院基本法解釋權與審查權的一種制約，避免特區法院在普通訴訟案件中通過對基本法的解釋“越界”行使合基本法審查權，也能夠提升特區居民對中央備案審查權的認知度和信任度。

三、審查程序：各機構權力分配和職責分工的明晰

根據上文討論，憲法和法律委員會是比法工委更爲適格的審查主體。針對特區本地法律的備案審查是對憲法中規定的“一國兩制”方針的貫徹落實情況以及特別行政區高度自治權行使情況進行監督而作出的憲制性安排。合基本法審查中針對中央管理的事務及中央和特別行政區的關係的解釋關係到憲法秩序的統一。從這個意義上說，特區本地法律的備案審查也涉及合憲性的審查維度。根據兩部基本法第 17 條的規定，全國人大常委會在徵詢所屬的基本法委員會後可將特區本地法律機關制定的不符合基本法關於中央管理的事務及中央與特別行政區關係之條款的法律發回。這就涉及到作爲具體承擔審查職責的憲法和法律委員會在特區本地法律備案審查中承擔的角色、與法工委的權限分配以及與基本法委員會之間的關係，這些都是必須進行明晰的問題。

［17］ 參見薄燕娜：《完善澳門土地法律制度的思考——解讀澳門〈土地法〉》，載米健主編：《澳門法律改革與法治建設》，社會科學文獻出版社2011年版，第200-221頁。

［18］ 參見張強：《中央對澳門特區法律備案審查的機制探討》，載《廣州大學學報（社會科學版）》2018年第7期，第53頁。

［19］ 參見胡錦光：《論啓動合憲性審查程序主體資格的理念》，載《國家行政學院學報》2017年第6期，第35頁。

（一）憲法與法律委員會和法工委之間的權限分配

明確法工委與憲法與法律委員會的職權分配與職責分工，需要釐清基本法的性質、地位和功能，以及特區本地法律備案審查機制所蘊含着的合憲性審查功能。

首先，兩部基本法都是全國人大依據憲法制定的基本法律，在效力上低於憲法。並且兩部基本法與其他基本法律在屬性和功能上存在差異，即兩部基本法是依據創設特別行政區制度的憲制性法律，在特別行政區具有最高法律效力，與憲法共同構成兩個特別行政區的憲制基礎。合法性審查權的“法”特指特別行政區基本法中有關中央管理的事務或中央與特區關係的條款。[20] 其次，合憲性審查權的行使具有維護基本法在特別行政區的最高法律地位的目的，其是中央行使對特區高度自治權的監督權的表現形式。從國家結構的角度來說，全國人大常委會作爲國家權力機關對國家局部地區的法律進行審查和解釋是一種國家主權行爲，體現了一種主權宣示。[21] 因此，特區本地法律備案審查制度具有的特殊性在於，其雖然是一種合法性審查，但是從維護憲法法律秩序統一和行使中央行使對特區高度自治權的監督權的角度上，實際上蘊含着合憲性審查層面的功能。

綜上，筆者認爲，由於基本法是依據憲法制定的，是憲法中關於特別行政區之精神、原則和規定的具體化、制度化，特區本地法律中出現違反基本法中關於中央管理的事務或中央與特區關係的條款之爭議，可能對統一的憲法秩序造成損害。此時須首先從憲法層面理解基本法，才足以準確判斷和處理違反基本法之爭議的性質。加之兩部基本法第 17 條確立的審查依據較爲模糊，在對其進行理解和運用時，聯繫基本法其他部分的規範乃至憲法規範的體系化思維才能將基本法的內涵理解透徹。因此，有必要賦予憲法和法律委員會在特區本地法律備案審查機制中主要的審查權限。另外還應注意的是，備案審查程序分爲備案程序和審查程序兩個前後相繼的程序階段，“備案”與“審查”的功能既有交叉也有不同。備案的功能主要在於“告知”和“監督”，告知功能體現爲，上級機關通過備案對下級機關遵守、執行上位法律的情況能夠確切地把握和控制，甚至對於上級機關自身制定規範性文件或者政策都具有參考借鑑意義；監督功能則體現爲，備案的存在能夠令下級機關在制定規範性文件時更大程度上恪盡謹慎和注意義務，不違法、不恣意。審查則主要體現對特區行使立法權的監督功能。有學者認爲，爲貫徹依法治港治澳原則，應區別“備案”和“審查”不同的制度功能，全面管治權的行使限於對特區本地法律違反中央事務相關條款的審查監督，而對於特區高度自治範圍內、合法行使自治權制定的本地法律“只備案、不發回”。[22] 筆者認爲這種區分有利於有針對性地行使全面管治權，且能夠集中審查力量、減輕審查負擔。可以由法工委對接收備案的特區本地法律進行預審，由其對需要進行實質性審查的特區法律進行篩選。

具體到審查程序中的制度設計如下：第一，特區本地法律報送常委會辦公廳並由其接收備案之後，由法工委進行初步審查。初步審查的內容爲檢查報備材料是否齊全以及判斷是否屬於前述應進行實質性審查的法律類型。基本法並未規定特區本地法律報送備案時應當同時報送哪些相關材料。此處可以參照適用《工作辦法》的規定，在報送備案時將備案報告、國務院令或者公告、有關修改廢止或者批准的決定、法規或者司法解釋文本、說明、修改情況彙報及審議結果報告一併報送。基於特區本地法律的特殊性，還須一併提交是否涉及基本法關於中央管理事務與央地關係條款的說明

［20］ 參見胡錦光、劉海林：《論全國人大常委會對特區本地法律的備案審查權》，載《中共中央黨校（國家行政學院）學報》2019年第3期，第68頁。

［21］ 參見胡錦光、劉海林：《論全國人大常委會對特區本地法律的備案審查權》，載《中共中央黨校（國家行政學院）學報》2019年第3期，第69頁。

［22］ 楊曉楠：《“一個制度體系，兩種備審方式”：全國人大常委會對特別行政區本地法律的監督》，載《中國法律評論》2024年第3期，第189-190頁。

材料。[23] 在根據這些材料對特區本地法律進行初步審查後，如果法工委認爲特區法律屬於高度自治權範圍內的，並且對中央管理事務和中央與特區之間關係不會負面影響的，則可以向委員長會議提出不啓動審查的建議，由委員會會議決定是否啓動審查程序。[24] 而如果法工委認爲特區法律存在超越授權界限、違反授權目的行使高度自治權對國家主權、憲法秩序和中央全面管治權等造成重大的損害風險，則由法工委提請委員長會議決定交憲法和法律委員會進行合憲性審查。如果法工委對是否存在上述重大情況不能做出明確判斷，則可以將審查情況反饋憲法和法律委員會，雙方經過溝通作出移交憲法和法律委員會審查抑或仍由法工委審查的決定，這有助於避免重複審查，形成一致意見。如果法工委認爲在審查過程需要對中央管理的事務或中央與特區的關係做出正式解釋以做出符合或違反基本法的判斷時，憲法和法律委員會應當承擔具體的解釋工作。這與憲法和法律委員會所具有的“開展憲法解釋”的工作職責要求相合。

（二）基本法委員會在審查中的地位

1. 設立基本法委員會的歷史回溯

香港基本法起草委員會“中央與香港特別行政區的關係”專題小組具體負責就特區本地法律的備案審查問題進行起草。圍繞中央對特區本地法律監督的主體、方式和程序，《香港基本法》第 17 條在起草過程中經歷了數次修改，[25] 設立“基本法委員會”的設想發端於第二稿的起草過程。爲了平衡全國人大常委會享有的立法監督權與香港自身的高度自治，受同屬普通法系的美式普通法院審查模式的影響，有委員提出建議，當全國人大常委會認爲有關立法不符合基本法時，應當將相關問題轉交終審法院審議，如果意見一致，該法律失效。如果兩者意見不一致，可將該法律交給一個隸屬全國人大的特別委員會審理，全國人大將採納該委員會的決定，不做修改。[26] 在這裏的特別委員會被賦予類似於憲法法庭的角色和地位，擁有最終仲裁權。但這樣的建議顯然不符合我國人民代表大會制度的政治體制。因此，於第三稿中首次出現的“基本法委員會”仍是一個諮詢機構。[27] 在 1987 年 8 月 22 日《中央與香港特別行政區的關係專題小組工作報告》中，設想中的基本法委員會隸屬於全國人大常委會，其所應承擔的職能爲：負責就基本法的解釋和修改、香港特別

［23］ 參見張強：《中央對澳門特區法律備案審查的機制探討》，載《廣州大學學報（社會科學版）》2018年第7期，第52頁。

［24］ 李崢列舉了經過法工委初步審查後不啓動審查程序的幾種情況，包括：（1）在當前情況下特區法律內容不存在涉及基本法“高度自治範圍外”條款的可能；（2）不需要進一步研究即可對特區法律符合基本法“高度自治範圍外”條款作出肯定結論；（3）特區法律違反基本法“高度自治範圍外”條款的內容已經修改或廢止；（4）此前進行過審查，已有審查結論的。參見李崢：《論中央對特區本地法律備案審查制度的完善路徑》，載《港澳研究》2022年第4期，第24頁。

［25］ 李浩然主編的《香港基本法起草過程概覽》認爲《香港基本法》第17條前後共產生了10稿，而孫成在《備案審查制度在香港的運行空間》一文中認爲該書部分內容存在重複統計問題。因此該文是以條文內容是否存在修改爲統計標準，認爲相關條款在起草過程中先後出現了6稿，本文采孫成文的觀點，詳見孫成：《備案審查制度在香港的運行空間》，載《港澳研究》2023年第3期，第17頁。

［26］ 參見《中央與香港特別行政區的關係專題小組工作報告》（1987年8月），載《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會第五次全體會議文件彙編》，第15-16頁。轉引自李浩然主編：《香港基本法起草過程概覽（上冊）》，三聯書店（香港）有限公司2012版，第116頁。

［27］ 第三稿：“香港特別行政區享有立法權。”“香港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諮詢香港特別行政區基本法委員會後，如果認爲香港特別行政區的任何法律不符合本法或法定程序，可將有關法律發回重議或撤銷，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回重議或撤銷的法律立即失效。該法律的失效無溯及力。”參見《中央與香港特別行政區的關係專題小組工作報告》（1987年8月），載《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會第五次全體會議文件彙編》。轉引自李浩然主編：《香港基本法起草過程概覽（上冊）》，三聯書店（香港）有限公司2012版，第115頁。

行政區制定的法律是否符合基本法及法定程序，以及少數全國性法律在香港的適用等問題，向全國人民代表大會或其常務委員會提供意見。

第四稿相比第三稿只修改了一個字，將“諮詢香港特別行政區基本法委員會”，修改爲“徵詢香港特別行政區基本法委員會”。從“諮詢”到“徵詢”這一表述上的轉變揭示了全國人大常委會在作出特區本地法律機關的立法與香港基本法特定條款不符合的判斷前，負有問詢基本法委員會之意見的義務。此外，還有委員對基本法委員會的職權和構成提出了相當數量的建議和爭論，具有代表性的有：①基本法委員會的名額和比例，從全部由特區法院法官組成到內地可以有少於半數的司法界人士參加再到此委員會成員應當不限於法律界等等，不一而足。②基本法委員會是否應當在基本法中予以規定，支持一方認爲，該委員會對本地法律是否符合基本法以及全國性法律在香港的實施都提供重要的意見，既然該委員會涉及到對香港有關鍵性影響的法律，那麼其結構、行政、職權、成員等應當明確地列於基本法中。反對方則認爲基本法委員會作爲全國人大常委會下屬機構，其組成、職權和性質等問題最終應由全國人大常委會決定。③基本法委員會應當具有政治和法律的雙重功能，政治方面的功能就是考慮全國性法律的實施問題和修改基本法的建議，法律方面的功能就是負責違憲審查和基本法的解釋問題。有的委員還建議基本法委員會下設“政治委員會”和“法律委員會”等分別負責兩項功能。④基本法委員會究竟屬於什麼性質，在諮詢性質外，還有許多其他的建議，例如認爲基本法委員會擁有實質的決定權、基本法委員會具諮詢性質但其意見通常被採納、基本法委員會類似各國憲法法庭解釋法律的功能以及基本法委員會應負責對中央人民政府對基本法的實施問題進行監督等等。[28]

第五稿於第四稿的基礎上，在香港特別行政區基本法委員會之前添加了“其所屬的”，確認了其屬於全國人大常委會。這一修改否定了香港法律界將基本法委員會打造爲“全國人大常委會”與“香港法院”之間獨立第三方仲裁者的觀點。[29] 爲了回應香港法律界對“全國人大常委會專享香港本地立法的審查權可能損害特區的高度自治權的擔憂，在後續的修改中將審查標準改爲“本法關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款”。第六稿就是準備提交全國人大審議的《中華人民共和國香港特別行政區基本法（草案）》，有關基本法委員會的部分未再作修改。

從上述的修改歷程來看，基本法委員會並不是一個具有實際審查權的機構，而是一個諮詢機構。其設置目的在於爲中央與特別行政區之間架起一座發揮緩衝作用的橋樑，負責就中央與特別行政區關係所產生的法律問題向人大或人大常委會提供意見。[30] 這體現了在特區本地法律備案審查中既保證全國人大常委會享有對特區本地法律的審查權，又充分聽取特區方面意見，尊重特區高度自治權的審查原則。

2. 基本法委員會意見的效力

按照兩部基本法和全國人大分別關於設立香港基本法委員會和澳門基本法委員會的決定，兩個基本法委員會的任務是：分別就有關香港基本法第 17 條、第 18 條、第 158 條、第 159 條和澳門基本法第 17 條、第 18 條、第 143 條、第 144 條實施中的問題進行研究，並向全國人大常委會提供意見。香港基本法委員會和澳門基本法委員會分別由 12 名和 10 名委員組成，內地和香港、澳門特區委員各佔半數，任期 5 年。所有委員均由全國人大常委會任命。兩個特區的委員由特區行政長官、立法會主席和終審法院首席法官（澳門特區爲終審法院院長）聯合提名，報全國人大常委會任命。從公開披露的情況可知，兩個基本法委員會目前主要是就全國性法律在特區的實施以及、解釋兩部

［28］ 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版，第117-122頁。

［29］ 參見孫成：《備案審查制度在香港的運行空間》，載《港澳研究》2023年第3期，第20頁。

［30］ 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版，第126頁。

基本法中有關條文的法律問題，向全國人大常委會提供研究意見。[31]

兩部基本法涉及到基本法委員會的作用時基本全部使用了“徵詢”。結合其職權和組成人員來看，基本法在特區本地法律備案審查機制中設計了一個義務與諮詢相結合的規範結構。“徵詢”二字表明全國人大常委會在作出特區本地法律不符合基本法中審查依據條款的判斷後，有義務聽取相應基本法委員會關於該問題的意見。這是全國人大常委會在審查過程中的必經程序，也是其行使發回權的前置條件。基本法委員會作爲諮詢機構，其所提供的意見僅供全國人大常委會參考，而非作出審查結論的依據。這是因爲基本法委員會的設立理念更側重於因其民主代表性產生的思辨權衡，而非產生對特區法律是否違背基本法相關條款的一致性結論。內地和特區委員從各自的立場和知識背景出發，針對特定的問題進行充分深入的探討，不一定能夠達成共識性意見，因此基本法委員會提供的意見對全國人大常委會行使發回權並不具有法律約束力。但將徵詢基本法委員會作爲行使發回權的必經程序，可以使審查主體充分全面地瞭解內地和特區雙方委員對特區本地法律是否符合審查依據條款的意見，避免審查主體因立場和法律思維作出偏頗片面的判斷，保證全國人大常委會審慎、正確地作出判斷和發回決定。

（三）特區本地法律備案審查與法律解釋權的關係

香港基本法和澳門基本法分別於第 158 條和第 143 條分別針對基本法的解釋權進行了規定。[32]從一般性的憲法 / 法律監督與憲法 / 法律解釋之間的關係而言，[33] 明確作爲審查依據的憲法 / 法律規範的準確意涵是進行審查的基礎。因此，依據憲法進行合憲性審查必然以對憲法擁有權威性解釋的權力爲必要前提。憲法解釋與合憲性審查雖然在功能上存在差異，憲法解釋不一定是爲了合憲性審查，但合憲性審查必須進行憲法解釋則是必要的條件。同理，全國人大常委會對特區本地法律的監督權也必然以有權對基本法進行解釋爲必要條件。對特區本地法律的備案審查權與基本法解釋權都是內在於中央對特區高度自治權進行監督的制度裝置，它們之間具有內在聯繫。只不過，因基本法的特殊性，全國人大常委會在行使基本法解釋權時，在解釋範圍、情形和形式上與內地的法律解釋機制有一定的差異。同理，全國人大常委會在行使特區本地法律的審查過程中如要作出基本法解釋，也必須顧及到這些差異，審慎剋制地行使基本法解釋權。

---

［31］ 參見全國人大常委會港澳基本法委辦公室：《全國人大常委會香港基本法委員會、澳門基本法委員會依法履職爲新時代“一國兩制”行穩致遠護航》，載《中國人大》2022年第5期。

［32］ 《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第158條規定：“本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院在審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。香港特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。但如香港特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由香港特別行政區終審法院請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，香港特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋爲準。但在此以前作出的判決不受影響。全國人民代表大會常務委員會在對本法進行解釋前，徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會的意見”。《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第143條規定：“本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。 全國人民代表大會常務委員會授權澳門特別行政區法院在審理案件時對本法關於澳門特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。澳門特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。但如澳門特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和澳門特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由澳門特別行政區終審法院提請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，澳門特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋爲準。但在此以前作出的判決不受影響。全國人民代表大會常務委員會在對本法進行解釋前，徵詢其所屬的澳門特別行政區基本法委員會的意見。”

［33］ 憲法監督與法律監督有着不同的功能，而憲法解釋廣義上屬於法律解釋的一種，但也有其獨立的方法和功能。基本法解釋權與依據基本法對特區本地法律的審查權屬於法律監督和法律解釋，但因基本法具有的憲制性，本文在此處類比憲法監督和憲法解釋進行闡述。

我國憲法規定，全國人大常委會擁有解釋法律的職權。基本法解釋權屬於全國人大常委會，這與我國的法律解釋體制相符。但是按照授權理論，中央對於授予地方的權力還可以自行行使，但須受到原來授權所依據的基本法律的限制。[34] 全國人大常委會將解釋自治範圍內條款的權力授予特區法院，並不意味着其喪失了對這部分條款的解釋權，只是出於尊重特區擁有的高度自治權和普通法傳統，全國人大常委會一般不主動解釋自治範圍內的條款。而對於自治範圍以外的條款，全國人大常委會享有完全的解釋權，而特區法院對基本法其他條款雖然有解釋權，但從條文中規定來看。“也可解釋”的措施表明特區法院不可以“自行解釋”，全國人大常委會具有對非自治範圍內的條款的最終解釋權和主動解釋權。[35] 這一點在吳嘉玲案判決和劉港榕案判決中也得到了香港特區終審法院的認同。[36] 因此，全國人大常委會在特區本地法律備案審查機制中對基本法的解釋以關於中央管理的事務及中央與特區關係的條款爲限，並且可以以此爲基礎判斷特區本地法律是否符合上述條款。這有着堅實的規範依據。

不過，現實中全國人大常委會自香港、澳門回歸至今僅僅作出過 6 次基本法解釋（香港基本法解釋 5 次，澳門基本法解釋 1 次，且與第 2 次香港基本法解釋內容相似）。主動釋法更是隻有 3 次。顯示出全國人大常委會在行使基本法解釋權上的自我剋制。這種剋制背後既顯示出內地和特區（尤其是香港特區）對法律解釋性質理解的不同，也凸顯了平衡中央全面管治權和特區高度自治權的現實需要。首先，全國人大常委會對法律的解釋稱爲立法解釋，針對的是法律實施中一般性的含義不明和法律制定後的具有普遍性的一類新情況作出解釋，是一種抽象性解釋權。[37] 而香港特區受普通法傳統影響很深，認爲法律解釋本質上是司法行爲，“解釋法律顯而易見是司法部門的職責”[38]，法律解釋應當由司法機關在具體的案件審理中作出，全國人大常委會作爲一個政治機關行使對基本法的解釋權會損害香港獨立的司法權和終審權。爲調和這種觀念衝突，有學者建議將釋法行爲視爲一種司法行爲。[39] 儘管如此，基於解釋觀念的差異和維護中央與特區關係穩定的角度考慮，全國人大常委會也不宜頻繁地釋法。這就涉及到全國人大常委會在何種情形下必須主動釋法。縱觀全國人大常委會主動作出的 3 次釋法，都是在事關特區政治體制發展和維護“愛國者治港”原則、打擊“港獨”勢力的重大情形下作出的。對於維護《基本法》的有效實施、維護“一國兩制”方針的有效貫徹都具有很大的意義。因此，全國人大常委會的主動釋法，在情形的限制條件上宜確定爲維護特區穩定，防範對“一國兩制”方針和中央的全面管治權造成重大損害或風險等情形。在特區本地法律備案審查機制中，全國人大常委會也要注意這一限制，當報備的特區法律對中央管理的事務和中央與特區的關係的理解產生重大偏差，其實施可能會造成上述的重大不利影響時，才需要通過解釋法律所涉的相關條款之含義明確特區法律是否違反了審查依據條款。

在程序上，如何合理安排基本法解釋與審查的次序與效力是一個難題。有學者認爲，審查機關只需在審查過程中隱性地解釋憲法，無需單獨就憲法概念或條文作出抽象解釋。並在審查決定中

［34］ 參見胡錦光、劉海林：《論全國人大常委會對特區本地法律的備案審查權》，載《中共中央黨校（國家行政學院）學報》2019年第3期，第68頁。

［35］ 參見劉海林：《〈香港基本法〉第 158 條：起草過程、規範含義與解釋實踐》，載《華東政法大學學報》2020年第5期，第52頁。

［36］ Ng Ka Ling and another v the Director of Immigration [1999] 1 HKLRD 315,（1999）2 HKCFAR 4. &Lau Kong Yung and others v the Director of Immigration [1999] 3 HKLRD 778.

［37］ 《立法法》第48條規定：“法律有以下情況之一的，由全國人民代表大會常務委員會解釋：（一）法律的規定需要進一步明確具體含義的；（二）法律制定後出現新的情況，需要明確適用法律依據的。”

［38］ See Marbury v.Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2L.Ed 60 (1803).

［39］ 參見胡錦光、朱世海：《香港行政長官與基本法解釋》，載《江漢大學學報(社會科學版)》2012年第6期。

涵蓋解釋憲法的有關內容即可。[40] 而在目前的解釋與審查實踐中，全國人大常委會目前的 6 次釋法都是以規範性文件形態表現出的抽象解釋，並且還未出現針對特區法律是否違反審查依據條款而對基本法作出解釋的先例。如果按照現有的制度慣性，無論是將作出一個抽象性的基本法解釋作爲審查程序的環節之一，或者在審查程序中穿插一個專門的基本法解釋程序，制度成本都比較高。但是，發回權的行使屬於中央對特區法律效力的否定，必須具有堅實的法律依據。作出抽象性的基本法解釋，將其作爲行使發回權的法律依據符合特區法律界的心理預期。因此，還需要探索基本法解釋與特區本地法律備案審查結合的具體形式。但有一點需要明確，即使選擇將基本法解釋嵌入特區本地法律備案審查機制中，在將來可能出現的需發回的情形中作出依附性的具體解釋，也要注重實質性的論證和說理，使解釋充分翔實、具有說服力。

四、審查標準：合法性與適當性

（一）釐定邊界：審查標準的辨析

基本法並未完全明確中央管理的事務、特區自治範圍內的事務以及中央和特別行政區關係所涉的事務，三者的內涵和邊界並不明確。例如，筆者就曾分析過基本法第二章“中央與特別行政區的關係”中的條款並非都是規範中央與特區之間的關係。[41] 通過基本法章節標題來梳理和明確雙方所管轄事務的內涵和邊界是不太可能的。而實踐中對於中央與特區管理事務的劃分和雙方關係的明晰也曾有很多爭論，比較具有代表性的莫過於“莊豐源訴入境事務處處長”案，關於該案的過程本文不再贅述。作爲香港回歸之初釐定中央與特別行政區對基本法解釋權限的系列案件之一，該案對於解釋何爲中央管理事務以及辨析中央與特區關係具有啓示意義。該案的主要爭點之一即基本法第 24 條第 2 款第 1 項“在香港特別行政區成立以前或以後在香港出生的中國公民”是否屬於第 158 條第 3 款“關於中央人民政府管理的事務或中央和特區關係”以外的條款。如若不屬於，則根據第 158 條第 3 款之規定，終審法院須就有關條款向全國人大常委會提請作出相應法律解釋。

針對中央事權、央港關係、特區自治範圍等條款的判斷標準，雙方代理律師及香港終審法院分別提出了形式判斷標準、實質性影響標準和特性標準。形式判斷標準認爲基本法第 24 條第 2 款第 1 項位於“居民的權利與義務”一章，是對享有香港居留權的永久性居民的某個類別的規定，因此不涉及央港關係，只是特區管理的內部事務。實質性影響標準認爲如果實施某項條款會對中央管理的事務或者央港關係造成實質影響，則應當認爲該條款屬於特區自治範圍之外的條款。[42] 第三種觀點認爲特區自治範圍內的條款的判定，應該以“該條款是否具有涉及中央人民政府管理的事務或者中央與特區關係的特性”[43] 爲判斷標準。

辨析三種觀點仍然要從基本法整體的文本意涵和立法目的乃至超越基本法而上升到憲法整體秩序進行考察。形式判斷標準囿於文本本身，顯然與明晰事務內容和權力邊界所要求的體系思維不相

---

［40］ 參見李少文：《如何落實憲法解釋程序機制——兼論抽象解釋的不可能性和專門立法的不必要性》，載《學術界》2022年第5期。

［41］ 參見胡錦光、劉海林：《論全國人大常委會對特區本地法律的備案審查權》，載《中共中央黨校（國家行政學院）學報》2019年第3期，第73頁。

［42］ 參見張晉邦：《中央立法審查權與香港司法審查權的潛在衝突芻議——以香港基本法第17條發回權條款不確定性爲視角》，載《江漢大學學報（社會科學版）》2017年第3期，第8頁。

［43］ 鄒平學等：《香港基本法實踐問題研究》，社會科學文獻出版社2014年版，第345頁。

符。筆者認爲後兩種觀點需結合起來看待，實質性影響標準提出了更爲全面和更具實踐價值的解釋方案，可以有效防止遺漏文本上空缺而實踐中可能造成實質影響的情形。但是問題在於，這種觀點僅僅強調了判斷的要點在於對中央事權和中央與特區關係造成實質性影響，而未明確究竟以何種標準界定中央事務、理順中央與特區關係。套用英國法哲學家哈特提出的觀點，日常語言具有明確的“意思中心”和處在邊界地帶的模糊、存在爭議之“開放結構”。[44] 實質性影響標準只是從解釋方法的角度對開放結構進行了修補，但未能以涵義明確的“典範”（paradigm）形成清晰的意思中心。從而陷入到這樣一種困境：即解釋規則因其本身利用之一般化語彙也需要解釋，從而只能減少而不能完全消除開放結構的不確定性。[45]

香港終審法院所提出的特性標準則在一定程度上彌補了這種缺憾。所謂特性，即指“某人或某事物特殊的性質”。[46] 基本法中規定的中央管理事務和雙方關係所具有的特殊性質，要充分考慮到基本法作爲憲制性法律的性質，並和內地法律體制中關於中央事權和央地關係作對比才能得出。基本法根據憲法制定，爲通過法制形式確保“一國兩制”方針平穩落地和特別行政區原有的社會制度和生活方式得以保留，中央授出的高度自治權在基本法中以詳細列舉的方式作了規定。正如有學者指出的，因應“一國兩制”和基本法的需要，全國人大常委會發展出一種有別於其傳統憲法地位的新地位。[47] 在基本法所框定的相對封閉的系統中，全國人大常委會承擔了與內地法律體系中所不同的法律任務，基本法所規定的全國人大常委會在特別行政區享有的權力來看，基本是涉及維護國家主權和憲法秩序之統一的事項。[48] 這也體現出其“在基本法體制中，全國人大常委會的任務主要是確保國家主權統一，因此基本法的授權原則是，儘量不會將特區內部無關主權意義的事務性的權力授予全國人大常委會，而在體現主權性質的事務上必須對其委以角色”。[49] 在內地法律體系中，全國人大常委會以最高國家權力機關之常設機關的身份行使各項權力時並沒有如此強調主權意義。至於國務院和中央軍委負責的特別行政區外交和國防等事務，本來就有濃厚的主權性質。此外，就央地關係而言，全國人大常委會可以通過事先批准、事後撤銷、備案審查和執法檢查等方式對地方立法事務進行監督。特別是執法檢查，已經成爲全國人大在憲法未賦予其對下級人大一般性的領導權的情況下監督地方人大和政府貫徹中央意志、督促其依法履職的重要手段。[50]

而在中央與特區的關係圖景中，特別行政區對除涉及國家主權事項以外的大部分本地事務是擁有高度自治的權力的，中央並不加以干涉。關於這一點的典型表述即爲“特別行政區享有的高度自治權，比中國的民族自治地方的自治權要大，比聯邦制國家的成員國的某些權力也要大”。[51] 但是，基於單一制國家原理，中央雖不再行使依據基本法本已授予特別行政區的高度自治權，但保有

［44］ 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第121-124頁。

［45］ 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第121-122頁。

［46］ 中國社會科學院語言研究所詞典編輯室：《現代漢語詞典》，商務印書館1996年版，第1235頁。

［47］ 參見黃明濤：《論全國人大常委會在與香港普通法傳統互動中的釋法模式》，載《政治與法律》2014年第12期，第78-79頁。

［48］ 這些權力主要有：接受香港特區本地法律備案（基本法第17條）、接受有關人事任免備案（第90條）、宣佈戰爭狀態（第18條第4款）、決定列入基本法附件三之全國性法律（第18條第3款）、 解釋基本法（第158條）、提出基本法修正案（第159條）等。

［49］ 黃明濤：《論全國人大常委會在與香港普通法傳統互動中的釋法模式——以香港特區“莊豐源案規則”爲對象》，載《政治與法律》2014年第12期，第79頁。

［50］ 關於執法檢查是如何在法秩序統一層面塑造央地關係的，詳見林彥：《合作型聯邦制執法檢查對央地關係的形塑》，載《中外法學》2017年第4期。

［51］ 參見郝鐵川：《香港特區享有的是單一制國家結構下的高度自治權》，載《江漢大學學報（社會科學版）》2017年第6期，第5頁。

對高度自治權的監督權。在特定情況下，中央作出授權後，對於地方行使獲授權力的行爲，有權根據自身的實際需要，經特定程序進行適當監督。[52] 其表現形式就是中央對特別行政區行政長官及政府主要官員的任命、財政預算、決算報中央人民政府備案、特區本地法律的備案審查等。這就是中央和特別行政區關係的實質，即特別行政區在較爲寬鬆的外部監督下享有高度自治權。

在上文的分析基礎上，我們可以綜合實質性影響標準與特性標準對中央管理的事務和中央與特區的關係劃定一個較爲明確的標準。釐清這一條款的內容和邊界，在於判斷特區本地法律某一（些）條款的實施是否會剝奪或妨礙中央對國防、外交等具有主權意義之事務的管理權，或者讓中央對授予特別行政區之高度自治權進行監督變得不具實際可行性、可能性。因此，審查主體就要格外關注特別行政區立法的實踐效果，就特區本地法律實施後是否出現或有極大可能出現上述情況做出針對性審查。

（二）合法性、合理性審查標準的分別適用

兩部基本法第 17 條“不符合本法關於中央管理的事務及中央和香港 / 澳門特別行政區的關係的條款”須結合第 11 條“特區本地法律機關制定的任何法律，均不得同本法相牴觸”之規定進行體系解釋，方可得出此處“不符合”的涵義主要是位階關係上的牴觸與違反，而不是同一位階立法之間的規範衝突。

根據法工委的解釋，“牴觸”主要有以下幾種情形：（1）上位法有明確規定，與上位法的規定相反的；（2）雖然不是與上位法的規定相反，但旨在抵消上位法的規定的，即搞“上有政策下有對策的”；（3）上位法沒有明確規定，與上位法的立法目的和立法精神相反的；（4）違反了《立法法》關於立法權限的規定，越權立法的；（5）下位法超出上位法規定的處罰的種類和幅度的。[53] 王鍇教授認爲牴觸本質上是上下位階的規範衝突，而規範衝突主要有邏輯衝突、實踐衝突和評價衝突三種表現形式。[54] 由此可以看到，牴觸主要是下位法缺乏立法權限、違反上位法的明確規定、立法目的和原則精神。事實上，隨着立法技術的提高，與上位法形成邏輯衝突和實踐衝突的規範性文件已經愈發少見，真正需要注意的是下位法的規定與上位法的立法目的、原則精神相牴牾。

因此，在特區本地法律的備案審查中，審查機關應當將審查重點放在特區本地法律是否實質上超越了對其的授權、是否通過某些委任性規範、準用性規範等架空中央的管理權限、是否存在不符合“一國兩制”方針和統一憲法秩序的情形。在審查方法上，除了“文面判斷”的審查方式外，[55] 也可以綜合使用目的解釋、體系解釋、歷史解釋等解釋方法對基本法和報送備案的特區本地法律進行理解，並在此基礎上判斷後者是否符合前者。依據“中央和特區的關係的條款”進行審查存在着發現中央全面管治權和特區高度自治權間存在衝突的可能，此時應當採取權衡的方法進行審查判斷，在結合基本法文本、立法過程與目的、經濟社會形勢等進行權衡、比較的基礎上，明晰雙方的權力邊界。爲了尊重特區本地法律機關職權的獨立性和其享有的高度自治權，參考合憲性解釋的理念和操作規則，只要未對主權統一和中央行使全面管制權造成實質影響，可以在多種解釋可能中通過採用“合基本法解釋”的方式確保其符合基本法。

至於對特區本地法律的合理性審查，則應當以一種謙抑的態度對待。合理性審查主要是指立

［52］ 參見胡錦光、劉海林：《論全國人大常委會對特區本地法律的備案審查權》，載《中共中央黨校（國家行政學院）學報》2019年第3期，第69頁。

［53］ 全國人大常委會法工委國家法室編著：《中華人民共和國立法法釋義》，法律出版社2015年版，第231-232頁。

［54］ 參見王鍇：《合憲性、合法性、適當性審查的區別與聯繫》，載《中國法學》2019年第1期，第11頁。

［55］ 審議主體在審議過程中運用文面判斷方法的實踐類型，參見邢斌文：《論法律草案審議過程中的合憲性控制》，載《清華法學》2017年第1期。

法在滿足合法性要求之外，還應當具備其他的正確性標準。比如經濟性、促進公共福祉、便民性、透明性、可接受性、效率性、平等對待、公平性、可預見性、可靠性、可操作性、可持續性、靈活性和創新性等等。[56] 在立法事項上，在落實上位法對特定構成要件規定的明確的規範後果之外，立法機關還必須針對規制的對象確定相應的法效果，這要求立法機關綜合考慮能爲立法目的及其實現手段的合理性提供支持的社會、經濟、文化方面的一般事實，也即“立法事實”。[57] 顯然，地方性立法中需考慮的立法事實滲透着當地經濟、文化、觀念等方面的特色，往往有着很強的“在地性”，體現高度自治權的特區本地法律就更是如此。所以，對立法事實的考量與取捨是立法程序中立法機關行使裁量權的重要表現。在缺乏充分調研考察和評估的情況下，全國人大常委會很難對特區法律中相關立法事實的考量是否合理、正當、有針對性做出判斷。並且這樣的審查也將有過度介入特區自治範圍內的事項之嫌。因此，爲充分保障特區高度自治權、尊重特區本地法律機關的裁量權和特區的制度、政策與文化觀念，將合理性審查交給特區法院進行更爲適宜。

（三）審查的期限

如果採用實質性影響和特性標準結合的界定方法，就意味着需要在特區本地法律生效之後，觀察其實施對中央事務和中央與特區關係是否產生不利影響。如果發現存在這種情況，就應當在一定期限內審查併發回。這就涉及到審查權行使的期限問題。應當明晰在全國人大常委會行使一次審查權的過程中相對確定的時間期限。這是因爲，缺失發回權相對明確的期限，中央監督權的有效落實和特別行政區法律的合基本法性都無法得到保證。2019 年以來的備案審查工作報告明確了審查權處於運行狀態，並且經審查暫未發現須行使發回權的規範情形。由此，爲發回權的行使設計合理、科學的期限限制，不但能夠促使全國人大常委會及時行使審查權，還提升了發回的可預期性，有利於維護中央立法監督權的權威。爲達成這個目標，就需要確定兩個期限，一個是在特別行政區報請備案之後多長時間內進行審查，另一個就是完成審查的時間期限。

上文提到，結合實質性影響和特性標準進行審查，需要觀察特別行政區立法在實施後是否會產生對中央事權和中央與特區關係的實質性不利影響。同時，及時審查是基本法對全國人大常委會賦予的法律義務，在審查過程中做出對基本法作出權威解釋可以統一立法審查和司法審查的結論，因此這個觀察的過程也不能過長。參考內地法律有關期限的規定，《立法法》第 13 條規定授權立法的期限不超過五年，被授權機關應當在授權期限屆滿的六個月以前，向授權機關報告授權決定實施的情況。授權期限的明確界定也是授權立法須接受監督所決定的。授權機關在期限內可以充分觀察授權立法的實施情況，在授權期限屆滿後，根據實施的情況判斷需要繼續授權還是收回授權的時機已成熟。實踐中，自 2014 年以來全國人大常委會的授權決定所規定的授權時間期限多爲兩至三年。例如，《全國人民代表大會常務委員會關於授權國務院在部分地方開展藥品上市許可持有人制度試點和有關問題的決定》明確授權期限爲三年，《立法法》第 93 條規定地方政府規章先行試驗立法期限爲兩年。因此，筆者建議可以在未來制定的《特別行政區立法備案審查工作辦法》中規定全國人大常委會應當在接收特區備案的法律之後的三年內依據基本法第 17 條進行審查。這樣既可以督促審查主體及時展開審查工作、提高審查效率，又能讓審查主體對實施效果進行充分觀察判斷，保證審查的效果。

而關於審查程序開始後的時間限制，則可以參考《工作辦法》，規定特區本地法律原則上在審

［56］ Matthias Jestaedt, Mastbe des Verwaltungshandelns, in: Hans--Uwe Erichsen und Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, De Gruyter, Berlin /New York, S. 330.

［57］ 參見[日]安西文雄：《立法事實論》，載《法律家》第1037號（1994年），第217頁。轉引自陳鵬：《合憲性審查中的立法事實》，載《法學家》2016年第6期，第2頁。

查程序啓動後三個月內完成。由於基本法委員會組成人員較多且法律思維、知識背景和立場不同，爲充分保證委員的民主參與，徵詢基本法委員會的時間不計算在內。

五、結語

對特區本地法律進行備案審查是伴隨着備案審查制度在我國法律體系中的建立和完善逐步發展的。在黨的二十大報告強調全面準確、堅定不移貫徹“一國兩制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的方針，堅持依法治維護憲法和基本法確定的特別行政區憲制秩序，在落實中央全面管治權的要求下，絕不應將特區本地法律備案審查機制視作與內地備案審查制度相獨立、割裂的制度，而是要將特區本地法律備案審查制度納入到目前正在推進的備案審查體系建設中去，統籌加強備案審查制度和能力建設。制度的演化是循序漸進的過程，立足於內地與特區本地法律備案審查機制的共性，並以特區本地法律備案審查制度的個性爲指向，釐清理論癥結、明確制度設計、強化程序保障，纔能有效回應《決定》關於健全特別行政區本地法律備案審查機制的要求。爲維護兩部基本法分別在香港、澳門特別行政區的最高法律效力和憲制基礎地位提供切實的制度保障。

Abstract: The record review of laws enacted by the legislature of the Special Administrative Region (hereinafter referred to as “SAR legislation”) is an important system for upholding the status and authority of the Basic Law, safeguarding the unity and integrity of national sovereignty, and realizing the Central Government's overall power of governance, and its operation is a barometer reflecting the relationship between the Central Government and the SAR at the legal system level. According to the reports of the Standing Committee of the National People's Congress (NPCSC) on the review of legislative filings in recent years, it can be seen that the review of legislative filings in the HKSAR has been operating effectively, but there are still omissions in terms of the normative basis for the review, the criteria and the procedures for the review, and so on, which are still lacking. To improve the mechanism for reviewing the filing of legislation in the SAR, in terms of specific system construction, specific issues such as the initiation of the review, the review procedures, and the criteria for review should be planned and designed, so as to better safeguard the constitutional order of the SAR as established by the Constitution and the Basic Law, to give full play to the rule of law in the governance of the SAR, and to enhance the capacity of exercising overall jurisdiction.

Key words: SAR Legislation; Recordation Review; Review Power on the Basic Law; the Standing Committee of the National People's Congress; Review Procedure

（責任編輯：張竹成）

論香港法院對香港國安法與香港本地法律關係的處理

江 輝*

摘　要　《香港國安法》是主要在香港實施的法律，需要置於香港法律體系之下適用。如何處理其與本地法律的關係，是能否準確適用的關鍵。立法時，《香港國安法》已充分考慮本地法律，儘量與本地法律銜接、相容和互補。但實施過程中，仍遇到了一些較為複雜的具體問題。香港法院處理時，一方面堅持本地法律具有適用性的原則；另一方面則按照《香港國安法》優先適用的規定小心謹慎地處理本地法律與《香港國安法》的衝突。在規則衝突時，優先適用《香港國安法》；在適用結果與《香港國安法》不符時，則按照符合《香港國安法》的方式解釋和適用本地法律。同時，香港法院認為，依據《香港國安法》制定的實施細則亦具有優先效力。

關鍵詞　香港國安法　本地法律　香港法院　衝突解決　優先效力

《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（以下簡稱“《香港國安法》”）雖不僅僅是但主要是在香港特別行政區（以下簡稱“香港”）實施的法律。其實施時自然離不開香港本地法律。《香港國安法》立法時已盡可能採取一系列措施以保證它與香港本地法律能夠銜接、相容和互補，但本質上仍是按照內地法律傳統制定的全國性法律，與基於普通法傳統形成的本地法律制度，畢竟存在差異，在實施中難免存在融合困難的情形。這在呂世瑜煽動分裂國家案、譚得志發表煽動文字案、黎智英等串謀勾結外國或者境外勢力危害國家安全案等案件中均有體現。而恰當地處理《香港國安法》與本地法律的關係，是《香港國安法》準確適用的關鍵。香港法院明確提出，《香港國安法》與香港本地法律的關係問題，是具有重大價值的問題。[1] 為此，本文以《香港國安法》實施四年以來香港法院處理的危害國家安全案件為研究對象，對香港法院如何處理《香港國安法》與香港本地法律的關係進行梳理總結和分析評議。

需要交待的是，本文考察的案件，均是無需適用香港立法會制定的《維護國家安全條例》的案件。2024 年 3 月 23 日刊憲生效的《維護國家安全條例》，在制定時對香港法院在處理危害國家安全案件時發現的《香港國安法》與香港本地法律之間存在的融合困難作了回應。例如，在不少案件中，關於《香港國安法》規定的相關程序（如指定法官制度、毋須陪審團審理制度、保釋制度）是

*　江輝，中國社會科學院大學法學院講師。

［1］ See HKSAR v. TAM TAK CHI [2024] HKCFA 25, para. 2; HKSAR v. TAM TAK CHI [2024] HKCA 649, para. 6.

否適用於非《香港國安法》創設的危害國家安全罪行是爭議焦點。[2] 為免疑義，《維護國家安全條例》第 99 條明確規定“為免生疑問，任何與本條例所訂罪行相關的案件，均屬《香港國安法》第 41 條所述的案件，《香港國安法》第四章所訂程序，適用於該等案件。”再如，在光城者案中，被定串謀實施《香港國安法》相關罪行時，《香港國安法》針對該罪行的刑事責任規定是否適用於該串謀罪是案件的一個爭議焦點。[3] 為避免疑義，《維護國家安全條例》第 109 條規定，“如任何人被裁定串謀犯任何《香港國安法》所訂罪行（國安法罪行），則《香港國安法》下關于該項國安法罪行的罰則的條文，亦適用于該項串謀犯罪的罰則”。因此，隨著《維護國家安全條例》刊憲生效，本文討論所涉具體法律問題可能適用新的法律規則，文章將在涉及相關問題時作必要說明。《維護國家安全條例》對已有案件所暴露問題的回應，使得《香港國安法》與香港本地法律更加和諧。不過，《維護國家安全條例》的制定不可能完全消彌《香港國安法》與香港本地法律（含新制定的《維護國家安全條例》）之間可能存在的融合困難。可以預見，未來案件仍然極可能需要繼續處理《香港國安法》與香港本地法律之間的複雜關係。而香港法院在《維護國家安全條例》生效前處理《香港國安法》與香港本地法律關係的態度與思路，仍然具有參考性。拋開所涉具體法律問題，本文基於《維護國家安全條例》生效前的系列案件總結形成的四個結論，[4] 不會因《維護國家安全條例》的生效而發生改變。

一、香港本地法律的適用性

《香港國安法》沒有排除在涉《香港國安法》案件中適用香港本地法律的意圖。相反，《香港國安法》的起草說明，明確將兼顧兩地差異處理好《香港國安法》與本地法律的“銜接、相容和互補”作為一項重要的起草工作原則。[5]《香港國安法》的條文亦盡可能做好與本地法律的銜接，部分條文明確規定香港本地法律具有適用性。例如，第 3 條第 3 款明確規定 “香港特別行政區行

［2］ See HKSAR v. NG HAU YI SIDNEY [2021] HKCFA 42（終審法院明確，危害國家安全案件的保釋規則，不僅適用於《香港國安法》規定的罪行，亦適用於香港本地法律規定的危害國家安全罪行）；HKSAR v. LEUNG KAM WAI and others [2021] HKCFI 3214（原訟庭裁決，違反《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法第四十三條實施細則》的犯罪，適用《香港國安法》第42（2）條關於保釋的規定）；HKSAR v. LAI MAN-LING and others, [2022] HKDC 355（區域法院裁決，香港本地法律規定的危害國家安全罪行，適用《香港國安法》規定的指定法官制度）。

［3］ 香港特別行政區訴蔡永傑等 [2023] HKDC 214。該案中，辯方律師認為，由於串謀罪在《香港國安法》第23條並不存在。因此, 即使被告串謀犯的實質罪行是由《香港國安法》規定, 但被告被指控的罪行是根據《刑事罪行條例》提出。因此, 在這種“雙重初步罪行”（double inchoate offence）的情況下，《香港國安法》下的“兩級制處罰機制”（區分情節嚴重與情節較輕）不能自動全部轉化為《刑事罪行條例》有關串謀罪的處罰機制。其認為，法庭如以普通法一般判刑考慮, 即使有5年的強制性最低刑期, 法庭仍然可以判處任何時間的監禁刑罰來滿足《香港國安法》的首要目的和刑罰學考慮。控方則認為在呂世瑜案判決後, 假若罪行情節嚴重,《香港國安法》第23條訂明的強制性刑罰下限監禁5年也是適用的。就該問題，區域法院認為，原則上串謀罪不適用最低刑期不應被突破的規則。但區域法院同時強調，在串謀的實質罪行已經實施的情況下，法官應通過行使酌情裁量權確保最低刑期不被突破。其認為，被告人“並不是被裁定《香港國安法》第23條有罪, 而是違反《刑事罪行條例》的串謀罪。因此，《香港國安法》第23條的判刑機制並不直接或強制性適用, 而根據《刑事罪行條例》第159C(4)條的訂明, 法庭可以對被告判處的刑罰不能高於有關控罪的最高刑罰, 而這一點是強制性的, 但判刑沒有強制性的下限。換言之, 在相關罪行的最高刑期的限制下, 法庭有酌情權判處任何恰當的刑罰……”。

［4］ 即香港本地法律具有適用性；香港本地法律與《香港國安法》衝突時適用《香港國安法》；本地法律應以符合《香港國安法》的方式進行解釋和適用；《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法第四十三條實施細則》繼受取得《香港國安法》的優先適用效力。

［5］ 參見沈春耀：《關於〈中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法（草案）〉的說明》（2020年6月18日在第十三屆全國人民代表大會常務委員會第十九次上），載《全國人大常委會公報》2020年第3期，第602頁。

政機關、立法機關、司法機關應當依據本法和其他有關法律規定有效防範、制止和懲治危害國家安全的行為和活動。”其中的“其他有關法律規定”包括了香港本地法律。第 41 條規定，香港在處理危害國家安全犯罪時，程序上除了適用《香港國安法》外，同時適用香港本地法律。第 64 條則對《香港國安法》中的刑罰種類與香港本地法律中的刑罰種類的對應關係作了規定。

根據《香港國安法》的立法目的和相關條文的具體規定，香港法院在大部分案件中均無需說理地直接適用香港本地法律，或者引用《香港國安法》第 41 條或其他相關條文後適用本地法律。例如，在某人申請變更證據提交令案中，[6] 原訟庭未加說理亦未引用《香港國安法》而直接認定，本地法律中的法律專業保密權規則可以適用于危害國家安全案件。再如，大部分量刑案件，均不加說理地直接適用香港本地法律關於量刑的規則考慮求情因素。[7] 還如，《香港國安法》並未規定串謀煽動他人實施顛覆國家政權罪的“串謀”類型犯罪。但香港法院均未加說理地直接將《香港國安法》第 22 條和第 23 條與本地法律《刑事罪行條例》第 159A 及 159C 條結合，形成了一項“新罪”，即串謀煽動他人實施顛覆國家政權罪。[8] 又如，區域法院未加說理地直接適用本地法律關於區域法院最高可判刑期的規則，認定其在處理分裂國家罪的量刑問題時，無需考慮被告人是否屬於首要分子。因為根據《香港國安法》第 20 條，對首要分子的量刑起點為 10 年，而區域法院可以判處的最高刑期是 7 年。[9]

在涉《香港國安法》案件中適用本地法律，有時可能實質性地改變案件結果。不過，即便在這種情況下，香港法院仍然會適用本地法律，前提是相關適用與《香港國安法》不存在衝突。光城者串謀恐怖活動罪案[10] 即是一例。該案中，七名被告人被控串謀恐怖活動罪（《香港國安法》第 24 條結合本地法律《刑事罪行條例》第 159A 及 159C 條形成的罪名）。律政司為確保能夠順利定罪，同時適用本地法律檢控另一項罪行，即串謀導致相當可能危害生命或財產的爆炸罪。後者是作為串謀恐怖活動罪的替代罪行，即串謀恐怖活動罪定罪不成時再判斷後者是否成立。案件審理過程中，除第三被告人何裕泓選擇承認串謀恐怖活動罪外，其他六名被告人均承認的是串謀導致相當可能危害生命或財產的爆炸罪。律政司綜合權衡後選擇接受七名被告人的認罪方案。但基於本地法律的串謀導致相當可能危害生命或財產的爆炸罪，對最終量刑產生了實質影響。如果是串謀恐怖活動罪，那麼根據《香港國安法》第 24 條[11]，各位被告人在量刑時只能被判處監禁，且考慮認罪可得的減刑折扣（通常三分之一）後刑期不得低於 3 年。[12] 然而，本地法律規定的串謀導致相當可能危

［6］ A, B v. COMMISSIONER of POLICE [2021] HKCFI 1801. 在該案中，警務處國家安全處依照《香港特別行政區維護國家安全法第四十三條實施細則》向法院申請了證據提交令。申請人接到證據提交令後，認為證據提交令所涉材料屬於法律專業保密特權或新聞材料而不應提交，故提起該案程序。

［7］ See HKSAR v. AU ALEXANDER and others [2023] HKCFI 1659; HKSAR v. LUI SAI YU [2022] HKDC 384; HKSAR v. WONG DENIS TAK KEUNG and others [2023] HKDC 168; 香港特別行政區訴陸挺崋 [2022] HKMagC 10.

［8］ 見香港特別行政區訴阮嘉謙等 [2022] HKDC 1147（案涉串謀煽動他人實施顛覆國家政權罪）。

［9］ 香港特別行政區訴鐘翰林 [2021] HKDC 1484，第14段（“由於區域法院的判刑限制，本席只會考慮第（2）及第（3）項的判刑類別”。）

［10］ HKSAR v. AU ALEXANDER and others [2023] HKCFI 1659; HKSAR v. KWOK MAN-HEI and others [2024] HKCFI 280.

［11］ 《香港國安法》第24條規定，犯恐怖活動罪，致人重傷、死亡或者使公私財產遭受重大損失的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；其他情形，處三年以上十年以下有期徒刑。

［12］ 在呂世瑜案之量刑終審案中，終審法院認可了區域法院和上訴庭的處理，明確了最低刑期規則：對於《香港國安法》規定的最低刑期，香港法院在量刑時考慮所有加刑與減刑因素後，最終確定的刑期不得低於最低刑期，除非構成《香港國安法》第33條規定的減輕處罰情形（HKSAR v. LUI SAI YU [2023] HKCFA 26）。而在光城者串謀煽動他人實施顛覆國家政權罪案中（香港特別行政區訴阮嘉謙等 [2022] HKDC 1147），區域法院提出，對於串謀《香港國安法》規定的罪

害生命或財產的爆炸罪卻沒有這樣的限制。最終認罪的被告人中有三名被告人，因為年齡未滿 21 週歲而被判處進入教導所，該刑罰種類既不是監禁刑亦無 3 年最低刑期的限制。[13]

在一些案件中，本地法律中的一些規則可否適用於涉《香港國安法》案件，並非十分清晰，會成為案件爭議焦點。在呂世瑜案中即出現了這一問題。上訴庭認為，《香港國安法》的首要目的是維護國家安全，防範、制止和懲治危害國家安全的罪行。在這一首要目的下，結合有關條文，可以明確香港本地法律中量刑時應當考慮的一些求情因素（類似於內地法律中的從輕情節）不應予以考慮，只有那些無損於首要目的的求情因素才能納入考慮。[14] 但終審法院卻明確指出，關於採取一切所需措施以維護國家安全的首要目的，“藉著檢控危害國家安全的犯罪人士已能達到。有關罪行一經證實，被告人便會受處罰。在量刑時，法庭須決定適當的刑罰種類和程度，當中須考慮加刑和減刑因素以及被告人的個人情況。整個量刑過程均是執行‘首要目的’。因此，本院實在難以理解為何某些求情因素，在與其他因素作權衡考慮時，須被視為損害‘首要目的’。”[15] 亦言之，終審法院採取了與上訴庭不同的立場，認為香港本地法律中量刑時考慮的所有求情因素在涉《香港國安法》案件量刑時均可以適用。

二、香港本地法律與《香港國安法》衝突時適用《香港國安法》

香港法院總體接受並直接適用香港本地法律。但有時，本地法律可能與《香港國安法》存在衝突。此時，應當根據《香港國安法》第 62 條[16]，排除本地法律的適用而僅適用《香港國安法》。香港法院在若干案件中，明確認定本地法律中的有關規則與《香港國安法》不符，因而應當適用《香港國安法》。

（一）《香港國安法》第 46（1）條毋須陪審團程序的優先效力

在唐英傑案之毋須陪審團決定司法覆核案[17] 中，法院認定，因《香港國安法》的優先效力，使在原訟庭處理的刑事案件中，增加了無陪審團審理程序。原訟庭指出，按照《刑事訴訟程序條例》，在原訟庭處理的刑事案件只有一種程序，即有陪審團審理的程序。但《香港國安法》第 46（1）條規定，律政司司長在存在該條規定的情形時，可以發出毋須在有陪審團的情況下審理的指示；司長一旦發出該指示，刑事訴訟將以無陪審團的程序進行處理。因此，《香港國安法》第 46（1）條規定的無陪審團程序，與《刑事訴訟程序條例》規定的原訟庭刑事案件均應由陪審團參與，存在不一致。因為《香港國安法》第 62 條明確規定《香港國安法》效力高於本地法律，因此《香港國安法》第 46（1）條具有優先效力。據此，隨著《香港國安法》的實施，原訟庭審理的刑事案件，增加了無陪審團審理的程序。

（二）《香港國安法》第 42（2）條保釋規定的優先效力

《香港國安法》第 42（2）條規定，“對犯罪嫌疑人、被告人，除非法官有充足理由相信其不

行，原則上串謀罪不適用最低刑期不應被突破的規則；但對於串謀的實質罪行已經實施的情況，法官應通過行使酌情裁量權確保最低刑期不被突破。2024年3月23日刊憲生效的《維護國家安全條例》第109條已經明確規定，串謀《香港國安法》規定的罪行適用最低刑期規則。

［13］ HKSAR v. AU ALEXANDER and others [2023] HKCFI 1659.

［14］ HKSAR v. LUI SAI YU [2022] HKCA 1780, para.58.

［15］ HKSAR v. LUI SAI YU [2023] HKCFA 26, para. 39.

［16］ 《香港國安法》第62條規定，“香港特別行政區本地法律規定與本法不一致的，適用本法規定。”

［17］ HKSAR v. TONG YING KIT [2021] HKCFI 1397, para 40；也可參見上訴庭在該案上訴程序中的裁決，HKSAR v. TONG YING KIT [2021] HKCA 912, para 27, 81.

會繼續實施危害國家安全行為的，不得准予保釋。”根據這一規定，只有法院有充足理由相信被告人不會繼續實施危害國家安全行為，才予以保釋。這與香港本地法律《刑事訴訟程序條例》規定的原則上應予保釋，除非存在《刑事訴訟程序條例》第 9G 條規定的三種例外情形才不予保釋並不一致。第 9G 條規定的例外情形是，法庭有實質理由相信被告人會不按照法庭的指定歸押；或在保釋期間犯罪；或干擾證人或破壞或妨礙司法公正。第 9G 條的規定與《香港國安法》第 42 條的規定明顯存在區別，適用於具體案件後很可能得出不同的結果。例如，在黎智英案之保釋覆核案中，原訟庭適用第 9G 條得出應予保釋；[18] 而終審法院厘清《香港國安法》第 42 條的含義後，原訟庭在黎智英案之保釋覆核第二案中適用《香港國安法》第 42 條得出不予保釋的結論。[19] 因此，《香港國安法》第 42 條與本地法律關於保釋的規定並不一致。根據《香港國安法》第 62 條，應當以《香港國安法》第 42 條為準，而不應適用本地法律關於保釋的規定。終審法院在黎智英案之保釋終審案中對此作了明確。[20]

（三）《香港國安法》第 41（3）條規定的審判循公訴程序的優先效力

《香港國安法》第 41（3）條規定，“香港特別行政區管轄的危害國家安全犯罪案件的審判循公訴程序進行。”根據黎智英案之保釋終審案[21] 以及羊村繪本案之保釋程序申請終審案[22]，《香港國安法》規定的危害國家安全案件，除非該法明確表述為“本法”規定的危害國家安全罪（如《香港國安法》第 55 條[23]），否則原則上應當解釋為既包括《香港國安法》創設的危害國家安全罪行，亦包括本地法律創設的危害國家安全罪行。[24] 只有在有特殊的語境和目的時，才可以作例外解釋。[25] 在羊村繪本案之保釋程序申請終審案中，終審法院明確將第 41 條例舉為同時適用於本地法律創設的危害國家安全罪行的法條。據此，《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪行，[26] 似應屬於第 41（3）條的危害國家安全案件，相應地應循公訴程序處理，屬於可公訴罪。[27] 但《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條本身並未有“一經循公訴程序定罪”的表述，按照本地法律的理解，它將是簡易罪行。在這裡，依據《香港國安法》第 41（3）條，《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪應屬可公訴罪；可依據本地法律，煽動罪應屬於簡易罪行，

［18］ HKSAR v. LAI CHEE-YING [2020] HKCFI 3161.

［19］ HKSAR v. LAI CHEE-YING [2021] HKCFI 448c

［20］ HKSAR v. CHEUNG KIN CHUNG [2021] HKCFA 34.

［21］ HKSAR v. CHEUNG KIN CHUNG [2021] HKCFA 34.

［22］ HKSAR v NG HAU YI SIDNEY [2021] HKCFA 42.

［23］ 《香港國安法》第55條“有以下情形之一的，經香港特別行政區政府或者駐香港特別行政區維護國家安全公署提出，並報中央人民政府批准，由駐香港特別行政區維護國家安全公署對本法規定的危害國家安全犯罪案件行使管轄權……”。

［24］ HKSAR v. NG HAU YI SIDNEY [2021] HKCFA 42, paras. 26-27.

［25］ HKSAR v. NG HAU YI SIDNEY [2021] HKCFA 42, paras. 27.

［26］ 已經移至《維護國家安全條例》第三部的第四分部之中。

［27］ 在香港法律體系中，根據《刑事訴訟程序條例》第14A條等，成文法規定的刑事罪行區分為可公訴罪和簡易罪。作為一項一般性規則，對於成文法規定的罪行，在法條上有“一經循公訴程序定罪”字樣的定語時，罪行為公訴罪；普通法罪行則為可公訴罪。罪行的分類將決定案件由哪一法院管轄。簡易罪原則上由裁判法院管轄，只有特殊情形下（與可公訴罪一起）才可由區域法院管轄。相較之下，可公訴罪則由原訟庭或區域法院管轄，在《裁判官條例》第五部分的特定條款適用時可由裁判法院管轄。原訟庭可以管轄全部可公訴罪；區域法院可以管轄大部分可公訴罪，但法律規定了部分例外，如謀殺罪、強姦罪等。具體管轄法院由檢方根據案件嚴重程度、可能判處的刑罰等因素選擇。管轄法院不同，審理程序不相同，可以判處的最高刑期不同。原訟庭管轄的案件可能由陪審團審理，但區域法院和裁判法院均無陪審團程序。裁判法院就單一罪行通常最高可判處2年監禁，數罪並罰最高可判處3年監禁；區域法院則通常最高可判處7年監禁；原訟庭則無特殊限制。

二者出現了不一致。

在譚得志案之區域法院管轄權案中，譚得志即主張二者出現不一致，而基於《香港國安法》的優先效力，應當認定煽動罪為可公訴罪。[28] 律政司為確保案件能夠以符合《裁判官條例》的形式轉移至區域法院，對譚得志的主張持異議。[29] 區域法院陳廣池法官裁決認為，因《香港國安法》的優先效力，使原屬簡易罪行的煽動罪轉為可公訴罪。[30]

目前，關於《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪到底屬於簡易罪行還是可公訴罪尚無結論。同是區域法院的裁決，在陳泰森案之區域法院管轄權案中（該案裁決日期為 2022 年 8 月 1 日，晚於 2021 年 4 月 9 日的譚得志案之區域法院管轄權案），郭偉健法官得出了不一樣的結論。郭偉健法官認為，《香港國安法》制定以後，不會改變煽動罪為簡易罪行現狀。因為《香港基本法》第 23 條已經明確規定由香港自行立法禁止危害國家安全的行為，《香港國安法》並沒有改變本地法律的意圖。因此，雖然《香港國安法》第 41（3）條規定危害國家安全案件依公訴程序進行，但第 41（3）條中的危害國家安全案件，應當屬於羊村繪本案之保釋程序申請終審案中所說的存在特殊語境和目的的例外情形，應當根據語境和目的解釋為未包括《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條創設的煽動罪。據此，煽動罪仍然屬於簡易罪行。[31]

在譚得志案之上訴案中，上訴庭認為郭偉健法官在陳泰森案之區域法院管轄權案的結論是正確的，而陳廣池法官在譚得志案之區域法院管轄權案中的觀點是錯誤的。上訴庭認為，根據終審法院在黎智英案之保釋終審案中的裁決，《香港國安法》的主要立法意圖是與香港本地法律並行運作，共同維護國家安全，旨在尋求與本地法律的銜接、相容和互補。《香港國安法》明確規定，香港特區各級法院將繼續依據《香港國安法》及本地法律對涉及危害國家安全的罪行行使司法管轄權。此外，關於訴訟程序的相關本地法律，包括與審判相關的法律，將繼續適用。在考慮上述因素的基礎上解讀《香港國安法》第 41（3）條，其立法意圖顯而易見，即該條並不影響當前關於危害國家安全的簡易罪行的審理制度。《刑事罪行條例》中關於煽動罪的規定，《刑事訴訟程序條例》第 14A 節對法定罪行的分類，《裁判官條例》中關於案件轉介至不同級別法院的程序機制，以及《區域法院條例》中賦予區域法院審理轉介案件的刑事管轄權的相關條款，均繼續與《香港國安法》第 41（3）條並行運作。因此，《香港國安法》第 41（3）條並無將《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪變更為可公訴罪行的意圖。據此，《香港國安法》第 62 條沒有適用餘地，煽動罪並未因為《香港國安法》轉為可公訴罪。[32]

2024 年 8 月 14 日，終審法院決定受理譚得志關於該問題的上訴。終審法院上訴委員會和上訴庭均認為，雖然《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條已經修改轉移至《維護國家安全條例》並明確規定為可公訴罪，但煽動罪在《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條框架下到底是否屬於可公訴罪，涉及到《香港國安法》與本地法律的關係應當如何處理的問題，屬於具有重大意義的問題，因此終

［28］ 譚得志如此主張是為了否定裁判法院將該案轉至區域法院的效力。具體分析見本文第三部分第（一）點。譚得志在上訴案中，增加主張認為煽動罪為普通法罪行，根據本地法律其亦為可公訴罪。但上訴庭駁回了該項論點。HKSAR v. TAM TAK CHI [2024] HKCA 231, para. 82.

［29］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2021] HKDC 424, para. 16-19.

［30］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2021] HKDC 424, para. 46. 該案是由陳廣池法官處理，終審法院已經在該案中受理了關於該問題的上訴。在區域法院另一個案子中，郭偉健法官做出了不同的判斷，認為煽動罪仍是簡易罪行。See HKSAR v CHAN TAI-SUM [2022] HKDC 815, paras. 70-80.

［31］ HKSAR v. CHAN TAI-SUM [2022] HKDC 815, paras. 70-79.

［32］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2024] HKCA 231, para. 89.

審法院有必要受理關於該問題的上訴。[33] 因此，關於《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪到底屬於簡易罪行還是可公訴罪，尚需等待終審法院作出最終結論（預計在 2025 年一季度作出）。

不過，筆者大膽預計，區域法院陳廣池法官認為《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪屬於可公訴罪的觀點最終會被終審法院採納。理由在於：終審法院在黎智英案之保釋終審案及後來的羊村繪本案之保釋程序申請終審案中，均高度依賴《香港國安法》對於“危害國家安全案件”是否有“本法”之限定語予以區分案件是僅指《香港國安法》規定的罪行還是同時包括本地法律規定的危害國家安全罪行。第 42（2）條正是因為表述“危害國家安全案件時”未有“本法”之限定語，因而被認定為包括本地法律規定的危害國家安全罪行。而在第 41（3）條（“香港特別行政區管轄的危害國家安全犯罪案件的審判循公訴程序進行”）中，“危害國家安全案件”並無“本法”的限定語。為保證相關解釋的融貫一致，第 41（3）條中的“危害國家安全案件”應當解釋為包括本地法律規定的危害國家安全罪行。如此解釋後，《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪則屬於可公訴罪。雖然終審法院在羊村繪本案之保釋程序申請終審案中對《香港國安法》規定的“危害國家安全案件”是否包括本地法律規定的危害國家安全罪行的解釋規則提到了例外情況，提出可以在個案中基於特殊的語境和目的而得出與此不同的結論，[34] 但這種例外應當屬於極特殊的情況並且應當有充分的理由。在將煽動罪認定為可公訴罪不會導致區域法院對煽動罪沒有管轄權的情況下，[35] 為維護《香港國安法》的優先效力，確保解釋規則的融貫一致，似沒有必要將第 41（3）條作為有特殊語境和目的的例外解釋為僅限於《香港國安法》創設的罪行。實際上，《維護國家安全條例》將《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪轉移至《維護國家安全條例》第 3 部第 4 分部時，明確規定煽動罪為可公訴罪。[36] 這亦說明將《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪確定為可公訴罪是更為合理的。

三、本地法律應以符合《香港國安法》的方式進行解釋和適用

就同一事項，如果香港本地法律的規定與《香港國安法》的規定不一致，根據《香港國安法》第 62 條，自然應當適用《香港國安法》。然而，有時會出現只有香港本地法律規定而無《香港國安法》規定的情況。例如，就裁判法官可否將某一案件以命令形式轉移至區域法院，《香港國安法》僅規定適用香港本地法律規定的刑事訴訟程序，而未有專門規定；但香港本地法律《裁判官條例》則有明文規定。在這種情況下，根據法律適用的基本原理和《香港國安法》規定的銜接性規定（如《香港國安法》第 41 條），似應適用香港本地法律。因此，就裁判法官可否將某一案件以命令形式轉移至區域法院，自然應適用對此作出明文規定的香港本地法律《裁判官條例》。但這只是邏輯上的結論。在具體適用時，情形變得更為複雜。如果適用香港本地法律的結果與《香港國安

［33］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2024] HKCFA 25, para. 2; HKSAR v. TAM TAK CHI [2024] HKCA 649, para. 6.

［34］ HKSAR v. NG HAU YI SIDNEY [2021] HKCFA 42, paras. 27.

［35］ 正如區域法院在譚得志案之區域法院管轄權案中所說的，將《刑事罪行條例》第9條和第10條規定的煽動罪從法理上界定為可公訴罪後，以符合《香港國安法》的方式予以適用後，不會導致區域法院缺乏管轄權。隨著《維護國家安全條例》的制定，相關問題已經不再存在。《維護國家安全條例》不僅將《刑事罪行條例》第9條和第10條規定的煽動罪移至《維護國家安全條例》第23條和第24條相應刪除《刑事罪行條例》第9條和第10條，同時刪除了《裁判官條例》附表2第III部的第5項，相應意味著裁判官將煽動罪轉移至區域法院時已經不受《裁判官條例》第88條限制。

［36］ 參見《維護國家安全條例》第23條和第24條。

法》有關規定相抵觸，則應當類似於合憲性解釋的方法，對香港本地法律採取合《香港國安法》的解釋；或者在對香港本地法律進行適用時，以符合《香港國安法》的方式進行適用。

（一）以符合《香港國安法》的方式解釋《裁判官條例》

在譚得志案之區域法院管轄權案[37]中，法院採取了符合《香港國安法》的方法解釋《裁判官條例》第88（1）（a）條，以確保裁判法官可以將成為可公訴罪的煽動罪轉移[38]至區域法院。[39]該案中，譚得志被控《刑事罪行條例》第9條和第10條規定的煽動罪。譚得志認為，根據終審法院在黎智英案之保釋程序案[40]中的裁決，《刑事罪行條例》規定的煽動罪屬於危害國家安全的犯罪。根據《香港國安法》第41（3）條，危害國安案件屬於可公訴罪。因此，煽動罪屬於可公訴罪。相應地，將觸發《裁判官條例》第88（1）條[41]規定的例外情形的適用。即裁判官將案件轉移至區域法院時，不得將《刑事罪行條例》第1部和第2部規定的可公訴罪行（煽動罪屬於第2部規定）轉移至區域法院，而只能轉移至原訟庭。因此，裁判官無法將涉及煽動罪的該案有效地轉移至區域法院。換句話說，區域法院對該案沒有管轄權，該案涉及的煽動罪應由原訟庭管轄。

但法院審理後認為，對《裁判官條例》第88（1）條的解釋和適用不能過於機械。在《香港國安法》以前，裁判官有權審理作為簡易罪的煽動罪，其亦可以根據《裁判官條例》第88（1）（b）條隨案件中的其他公訴罪將其一並轉移至區域法院；《裁判官條例》第88（1）（a）條規定的裁判官將可公訴罪移交區域法院的限制並不存在適用可能。然而，煽動罪成為可公訴罪後，因為《裁判官條例》第88（1）（a）條明確規定《刑事罪行條例》第1部和第2部中規定的可公訴罪（煽動罪

---

［37］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2021] HKDC 424. 該案中，法院雖然以效力不一致適用效力更高的規定得出結論，但深入分析背後的邏輯並不是這麼簡單。因為從《香港國安法》中並不能得出煽動罪應由區域法院審理，或裁判官有權將煽動罪轉移至區域法院的結論。法官雖然認為其是依據《香港國安法》第62條規定的優先效力而認定裁判官有權依據第88（1）（a）條將煽動罪轉移至區域法院，但其實法官是將《香港國安法》第41（3）條、第45條、第62條等整合進《裁判官條例》第88（1）（a）條，對《裁判官條例》第88（1）（a）條進行綜合解釋後得出結論。

［38］ 在香港，刑事案件通常在裁判法院開始。如果檢方決定案件應由區域法院或者原訟庭管轄，則向裁判法院申請將案件“轉移”至相應法院，裁判法官則根據檢方的申請和法律規定頒令轉移。譚得志案之區域法院管轄權案中，檢方申請將案件轉移至區域法院。

［39］ 需特別注意的是，目前關於《刑事罪行條例》第9條和第10條規定的煽動罪是可公訴罪還是簡易罪行尚需等待終審法院的終審結論。該案區域法院是以《刑事罪行條例》第9條和第10條規定的煽動罪為可公訴罪為前提作出裁決。

［40］ HKSAR v. CHEUNG KIN CHUNG [2021] HKCFA 34.

［41］ 《裁判官條例》（2023年11月8日版）第88條某些可公訴罪行的移交

（1）即使本條例其他條文有任何規定，除第（3）款另有規定外，任何人如在裁判官席前被控任何可公訴罪行，而該可公訴罪行並不包括在附表2第III部所指明的類別內，則裁判官在律政司司長或其代表提出申請後——

（a）須作出命令，將與該可公訴罪行有關的控罪或申訴移交區域法院；及

（b）如該人亦被控任何只可循簡易程序審訊的罪行，則可作出命令，將與該項簡易程序罪行有關的控罪或申訴移交區域法院。

（2）根據第（1）款作出的申請，可以口頭方式在公開法庭作出或以書面方式作出。

（3）第（1）款不適用於依據《刑事訴訟程序條例》（第221章）第65F條或《區域法院條例》（第336章）第77A條移交由裁判官循簡易程序處理的任何法律程序，或依據《區域法院條例》（第336章）第77A條移交作初級偵訊的任何法律程序。

《裁判官條例》附表2第III部

……

5.違反《刑事罪行條例》（第200章）第I及II部的任何罪行。

……

屬於第 2 部規定）不屬於可以移交區域法院的情形，因此從字面意思來看，正如譚得志所主張的，裁判法官確實無法依據第 88（1）（a）條將煽動罪移交區域法院。[42]

但是，這種字面理解過於機械，將會使得《香港國安法》的有關規定落空。按照譚得志的機械理解，要不然是否定煽動罪屬於可公訴罪行，要不然是剝奪區域法院審理煽動罪的管轄權。然而，一方面，如前述，《香港國安法》的優先效力，決定了煽動罪屬於可公訴罪。另一方面，《香港國安法》第 45 條規定，香港各級法院，包括區域法院，均有權審理危害國家安全案件。《香港國安法》並沒有將煽動罪移出區域法院的意圖。[43] 對《裁判官條例》第 88（1）（a）條規定的理解與適用，應當將《香港國安法》帶來的情勢變化考慮在內，綜合考慮《香港國安法》的實施。因此，《裁判官條例》第 88（1）（a）條規定的排除情形不應包括作為可公訴罪的煽動罪，裁判官有權依據第 88（1）（a）條將煽動罪轉移至區域法院。[44] 實際上，因為當時制定《裁判官條例》時，煽動罪尚屬於簡易罪行，第 88（1）（a）條規定的排除情形不存在適用於煽動罪的可能，立法者根本無需考慮裁判官可否將煽動罪轉移至區域法院的問題。如果在煽動罪屬於可公訴罪的前提下讓立法者再次考慮，必定不會選擇將煽動罪排除出裁判法官可轉移至區域法院的罪行範圍。[45] 事實上，《維護國家安全條例》在制定時，既明確規定原由《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條規定的煽動罪為可公訴罪，同時對《裁判官條例》的附表 2 第 III 部進行了修改，刪除煽動罪相關內容，使得裁判官可以將煽動罪轉移至區域法院。[46]

（二）以符合《香港國安法》的方式適用本地量刑原則

在呂世瑜案之量刑終審案中，終審法院基於《香港國安法》的立法目的及關於與本地法律銜接適用的相關規定，明確提出《香港國安法》的立法原意是其條文應與本地量刑法律及原則銜接、相容和互補。因此，本地法律關於量刑的規則應當充分發揮效力。[47] 因此，作為一項一般規則，本地法律中的量刑規則在危害國家安全案件中可以且應當適用。從已有的案件情況來看，香港法院均是適用本地量刑規則對案件進行量刑考慮並作出最終的刑期判斷。

而從規則衝突的角度，很難說本地量刑法律中的某一具體規則與《香港國安法》中的某一條規定相衝突。例如，根據本地量刑規則，法官通常是根據被告人的犯罪情況的嚴重程度等綜合確定一個量刑起點後，再考慮相關減刑因素。而在考慮減刑因素時，被告人的認罪通常可以獲得五分之一至三分之一的減刑。這一量刑中的減刑規則本身，與《香港國安法》中的任何規定均不衝突，似乎不會觸發《香港國安法》第 62 條的適用。

然而，規則本身不衝突，並不意味著可以直接適用規則得出結論。因為規則結合法律體系中的其他規定得出的法律後果，可能與《香港國安法》產生衝突。適用本地量刑規則中的認罪減刑規則即可能產生與《香港國安法》衝突的結果。這在呂世瑜案中體現得非常明顯。在呂世瑜案中，法官基於呂世瑜的犯罪情節等因素確定屬於情節較重的煽動分裂國家罪，但屬於情節較重的煽動分裂國家罪中較輕的犯罪，因此在五年以上十年以下有期徒刑中確定五年六個月的量刑。但因為呂世瑜具有認罪情節，根據本地法律中的量刑規則，其可以獲得三分之一的減刑，[48] 相應地最終量刑應確定為三年八個月。根據《香港國安法》第 21 條，情節嚴重的煽動分裂國家罪，最終刑期應為五年

［42］ 第88（1）（b）條規定的是簡易罪行的附帶移送，因此煽動罪亦無法依據第88（1）（b）條移交區域法院。

［43］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2021] HKDC 424, para. 40.

［44］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2021] HKDC 424, para. 54.

［45］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2021] HKDC 424, para. 45.

［46］ 《維護國家安全條例》第150條。

［47］ HKSAR v. LUI SAI YU [2023] HKCFA 26, para. 29.

［48］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2022] HKDC 384, para. 47.

以上十年以下，除非有減輕處罰或免除處罰情節。而在《香港國安法》中，依據第 33 條，認罪並不構成減輕處理或免除處罰的情節。因此，在沒有減輕或免除處罰情節時，情節嚴重的煽動分裂國家罪，最終刑期不得低於五年。這與呂世瑜基於認罪減刑確定三年八個月的量刑出現了明顯衝突。

面對本地法律規則不衝突但結果衝突的情形，因為《香港國安法》的優先效力，香港法院認為應當以符合《香港國安法》的方式適用本地法律中的規則，以符合《香港國安法》的方式對適用規則後的結果進行調適。基於此，在呂世瑜案中，區域法院對認罪減刑規則的適用進行了調適，認定雖然根據本地法律規則，呂世瑜應獲三分之一的減刑考慮，但受制于《香港國安法》第 21 條和第 33 條等規定，在認罪不屬於減輕處罰情節的情況下，最終刑期不得低於五年。相應只能獲得六個月的減刑考慮。[49] 呂世瑜對此不服而提出上訴，上訴庭維持了區域法院的判斷。[50] 終審法院亦維持了區域法院的判斷，並明確指出：

> “然而，立法的原意也是，在無損刑罰學考慮和不損害首要目的的前提下，有關求情的本地判刑法律應與《香港國安法》並行。因此，正如周副專員正確地接納，沒有在《香港國安法》第 33 條第一段中訂明但為普通法認可的其他求情因素（例如認罪），可充分發揮作用，供法庭考慮‘從輕處罰’，也就是在較低檔次及較高檔次各自的幅度內從輕處罰。這是因為無論法庭就那些求情因素給予多少扣減，最終刑罰仍是在其中一個檔次的幅度之內，仍然符合法律草擬者就《香港國安法》第 21 條罪行的嚴重性及刑罰學考慮所作的判斷。就此而言，該等求情因素並不損害首要目的。然而，該等其他求情因素不能應用於‘減輕處罰’，即不能用於將刑罰減至低於較高檔次罰則的五年最低刑期。原因是，若應用此等因素將刑期扣減至低於五年，將有違法律草擬者就情節嚴重的《香港國安法》第 21 條罪行嚴重性的判斷，亦有損有關此類罪行的刑罰學考慮，因而損及此方面的首要目的。就此而言，該等求情因素與《香港國安法》第 21 條或第 33 條第一段都不能相容。”[51]

規則不衝突但結果衝突，是規則的體系性所決定的。本地法律中的認罪減刑規則在本地法律適用中的結果通常不會出現與法律規定的最低刑期相衝突的結果。因為，本地法律關於罪行的刑事責任，往往只規定最高量刑而交由法官在量刑時自由裁定，通常沒有下限規定。[52] 例如，《維護國家安全條例》第 18 條規定的協助中國武裝力量成員放棄職責或擅離職守罪，規定的是“一經循公訴程序定罪，可處監禁 10 年”；第 12 條規定的隱匿叛國罪，規定的是“一經循公訴程序定罪，可處監禁 14 年。”因此，在本地法律中，認罪減刑規則的適用結果通常不會與法律規定相衝突。然而，《香港國安法》作為全國人大常委會制定的全國性法律，雖然充分考慮了香港本地法律的特點，但仍然保持了全國性法律的傳統與特點。它遵循《中華人民共和國刑法》的傳統，區分情節嚴重與否規定了最低刑期。在這種情況下，本地法律中認罪減刑的結果與最低刑期的規定產生衝突也就難以避免了。

---

［49］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2022] HKDC 384, para. 54.

［50］ HKSAR v. TAM TAK CHI [2022] HKCA 1780.

［51］ HKSAR v. LUI SAI YU [2023] HKCFA 26, para. 72-73.

［52］ 但也有極少數的例外情形。在呂世瑜量刑上訴案中，呂世瑜提出，《道路交通條例》第36(2)及36(2A)條即屬例外。它們規定，如屬首次被定罪，駕駛資格取消期為至少 5 年；而如屬再次被定罪，則駕駛資格取消期為至少10年。但上訴庭認為，《道路交通條例》的文意及目的與《香港國安法》完全不同。有關第36(2)及36(2A)條的詮釋，與《香港國安法》第21條的詮釋並無關係。HKSAR v. TAM TAK CHI [2022] HKCA 1780, para. 77.

四、《四十三條實施細則》繼受取得《香港國安法》的優先適用效力

《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法第四十三條實施細則》(以下簡稱“《四十三條實施細則》”）是香港行政長官會同香港維護國家安全委員會依據《香港國安法》第43條制定，性質上是本地法律。當它與香港本地其他法律發生衝突時，亦需要一定的衝突解決規則予以解決。《香港國安法》本身並未對如何解決該衝突規定具體規則。

香港法院本有機會在黎智英案之警方搜查新聞材料案[53]中正面回應處理該問題。在黎智英案之警方搜查新聞材料案中，上訴庭裁決《四十三條實施細則》附表1第1條和第2（2）條中的指明證據包括新聞材料，意味著裁判法官可自行通過對新聞自由與其他利益進行權衡後依據《四十三條實施細則》發出針對新聞材料的搜查令。[54]上訴庭裁決作出後，黎智英對此不服，申請向終審法院上訴。其認為，其上訴涉及兩項十分重要且具有重大社會價值的法律問題。第一，如果《四十三條實施細則》附表1第1條和第2（2）條中的指明證據包括新聞材料的話，它是否受制於《釋義及通則條例》第XII部規定的保護程序；第二，如果第一個問題的答案是否定的，那麼裁判法院在依據《四十三條實施細則》附表1第1條和第2（2）條發出搜查手令時，應當採取哪些措施以確保警方搜查新聞材料是正當的。[55]黎智英提出的第一個問題，即涉及《四十三條實施細則》與《釋義及通則條例》存在衝突時應當如何處理的問題。但上訴庭在處理黎智英的申請時，其認為黎智英在原訟庭和上訴庭的程序中，並沒有提出這兩項理由，根據法律規定上訴至終審法院的申請不應被允許。[56]因此，終審法院並未對黎智英提出的該兩項問題予以處理。相應地，香港法院未對《四十三條實施細則》與本地法律存在衝突時應當如何處理明示性地給出答案。

即便如此，上訴庭和原訟庭就黎智英案之警方搜查新聞材料案的處理結果，其實已經暗含了《四十三條實施細則》應當優先於本地其他法律（包括立法會制定的本地條例）適用的處理思路。《釋義及通則條例》第XII部對新聞材料的搜查與檢取規定了特殊保護規則。第83條規定，“凡任何條例的條文賦權予任何人進入任何處所及搜查該處所或任何在該處所發現的人或檢取任何材料（不論是一般的或特定的種類，亦不論是否在該條文內使用‘材料’一詞），或授權發出賦權予任何人作出以上作為的手令或令狀，則如無明文的相反規定，該條文不得解釋為賦權予任何人或授權發出手令或令狀以賦權予任何人為搜尋或檢取被知為或被懷疑是新聞材料的材料的目的而進入處所。”此外，第XII部還規定涉及新聞材料的搜查令的申請需要紀律部隊首長級人員批准方可作出；亦只有區域法院法官或原訟庭法官才可發出搜查令（區別于普通搜查令裁判法官可以發出）。如果按照《釋義及通則條例》第83條的規定，《四十三條實施細則》中規定的由裁判法官發出的搜查指明證據的手令不應包括新聞材料；黎智英案之警方搜查新聞材料案中裁判法官于2022年發出的搜查令作為裁判法官而不是區域法院法官或原訟庭法官發出的手令，不可能涵蓋新聞材料。然而，上訴庭和原訟庭在該案中均認定，《四十三條實施細則》中的“指明證據”包括新聞材料，裁判法官于2022年依據《四十三條實施細則》發出的搜查令有權授權警方獲取新聞材料。上訴庭和

［53］ LAI CHEE-YING v. COMMISSIONER of POLICE [2022] HKCFI 2688; LAI CHEE-YING v. COMMISSIONER of POLICE [2022] HKCA 1574; LAI CHEE-YING v. COMMISSIONER of POLICE [2023] HKCA 777.

［54］ LAI CHEE-YING v. COMMISSIONER of POLICE [2022] HKCA 1574.

［55］ LAI CHEE-YING v. COMMISSIONER of POLICE [2023] HKCA 777, para.1.

［56］ LAI CHEE-YING v. COMMISSIONER of POLICE [2023] HKCA 777.

原訟庭的裁決，在本質上是認定《四十三條實施細則》並不受制於《釋義及通則條例》第 XII 部，亦即《四十三條實施細則》與《釋義及通則條例》第 XII 部存在衝突時，《四十三條實施細則》仍應被優先適用。

如果香港法院正面回應《四十三條實施細則》與《釋義及通則條例》發生衝突時應當如何處理的問題，應當得出《四十三條實施細則》應被優先適用的結論。相信在未來合適的案件中，法院會得出相同的結論。因為從理論上說，《四十三條實施細則》將繼受《香港國安法》的優先效力而應被優先適用。效力位階規則，是一項法律適用過程中的衝突解決規則，需要綜合考慮影響法律適用的事實因素和規範因素後確定如何適用。雖然低位規範 A 與高位規範 B 存在衝突，但低位規範 A 可以基於條件關係（即低位規範依據另一高位規範 C 制定）繼受取得其所依據的高位規範 C 相對於高位規範 B 的優先適用地位，從而在與其他高位規範 B 比較時，突破效力等級差異而被優先適用。高位規範 C 相對於高位規範 B 的優先適用地位，可以是因為 C 的效力等級高於 B，也可能是因為 C 相對於 B 屬於特別法。例如，在中國法律體系中，《憲法》具有最高的法律效力，效力位階高於法律《香港特別行政區基本法》。不過，《香港特別行政區基本法》是依據《憲法》第 31 條和 62（14）條制定。而在《憲法》中，第 31 條和 62（14）條相較於《憲法》其他條款具有特別規定的地位，因而具有優先適用性。[57]《香港特別行政區基本法》相應繼受取得《憲法》第 31 條和 62（14）條的優先適用性，當它的部分條款與《憲法》條款不一致時，可以被優先適用。

就《四十三條實施細則》而言，其在性質上應當屬於香港本地附屬法例。在香港特別行政區，條例是指立法會制定的法例；而附屬法例是指“根據或憑藉任何條例訂立並具有立法效力的文告、規則、規例、命令、決議、公告、法院規則、附例或其他文書。”（《釋義及通則條例》第 3 條）《四十三條實施細則》不是根據立法會制定的條例制定，因此不屬於《釋義及通則條例》所定義的附屬法例。但從原理上來說，《四十三條實施細則》是由行政機關制定，它在性質上似與立法機關（立法會）制定的條例存在區別，與行政機關依據條例制定的附屬法例更接近。如果《四十三條實施細則》在性質上屬於附屬法例，根據《釋義及通則條例》第 28（1）（b）條規定的附屬法例不得與條例的條文互相矛盾，可以認定《四十三條實施細則》在效力位階上低於條例。但效力位階更低，並不意味著《四十三條實施細則》與條例衝突時必然不被優先適用。根據前述理論邏輯，並參考高等法院在《禁止蒙面規例》案[58]中的邏輯，《四十三條實施細則》將繼受取得《香港國安法》的優先適用地位，而在與香港本地條例存在衝突時仍應被優先適用。在《禁止蒙面規例》案中，依據《緊急情況規例條例》（性質為條例）制定的《禁止蒙面規例》第 3（2）條設定了最高可處 25000 元和 1 年監禁的處罰；但《釋義及通則條例》（性質為條例）第 28（1）（e）條規定，附屬法例設定的罰款不得超過 $5,000，監禁不得超過 6 個月。因此，《禁止蒙面規例》第 3（2）條與《釋義及通則條例》第 28（1）（e）條似存在衝突，不應當被適用。但香港特別行政區高等法院認為，《緊急情況規例條例》基於《釋義及通則條例》第 2（1）條[59]在條例中具有優先適用地位，《禁止蒙面規例》依據《緊急情況規例條例》制定因而具有優先適用性，《釋義及通則條例》第 28（1）（e）條不應被適用。[60]對於《四十三條實施細則》而言，《香港國安法》的效力高於香港本地法律，而《四十三條實施細則》依據《香港國安法》制定，其將繼受取得《香港國安法》

［57］ 關於《中華人民共和國憲法》第31條和第62（14）條作為特別規定的法律地位，參見喬曉陽：《論憲法與基本法的關係》，載《中外法學》2020年第1期，第5-18頁。

［58］ LEUNG KWOK HUNG v. SECRETARY for JUSTICE etc. [2020] HKCA 192.

［59］ 該條規定，“除非在本條例或其他條例、文書的內容出現用意相反之處，否則本條例的條文適用於本條例、其他現行的條例（不論其實施日期早於或遲於本條例的生效日期）及根據或憑藉這些條例而訂立或發出的文書。”

［60］ LEUNG KWOK HUNG v. SECRETARY for JUSTICE etc. [2020] HKCA 192, paras. 143-146.

的優先地位，而優先於香港本地法律適用。

五、結語

法律是具有體系性的事物，它的適用永遠不可能脫離整個法律體系。《香港國安法》雖然是依據內地傳統制定的法律，但它是主要在香港實施的法律，因此它的適用必然要置於香港整體法律體系中考慮。從香港法院在相關案件中的態度亦可以清楚地看到，香港法院在適用《香港國安法》時，明確提出應當按照普通法的方法解釋和適用，特別強調與本地法律而非全國性法律的銜接。相較之下，香港法院對《香港國安法》與其他全國性法律的關係則不是採取“銜接”“融合”的態度，而更多是採取“隔離”的態度。重點強調“一國兩制”下《香港國安法》對兩種制度差異和香港具體情況的充分考慮。

正是因此，香港法院在解釋《香港國安法》中使用的一些內地刑法概念時，甚至明確拒絕參考內地刑法。例如，終審法院在呂世瑜案之量刑終審案中對《香港國安法》第 33 條規定的“減輕”進行解釋時，明確拒絕了內地刑法的參考作用。終審法院認為，《香港國安法》與國家有關法律的銜接，是指《香港國安法》與維護國家安全的全國性法律的銜接，而不是與無關的內地法律的銜接。即使內地《刑法》在字面上使用了與《香港國安法》相似的概念，亦沒有參考作用。香港法院無需在詮釋《香港國安法》時尋找及考慮字面上相似的內地法律。[61]

Abstract: The Hong Kong National Security Law is a legislation enforced mainly in the Hong Kong. Therefore, its application should be within the framework of the Hong Kong legal system. Proper handling of its relationship with the local laws of Hong Kong is pivotal to its accurate implementation. During its drafting, the National Security Law took into full account of the existing local legal landscape, striving for coherence, compatibility, and complementarity with local laws. Nonetheless, the implementation has encountered some intricate practical issues. Adhering to common law principles, the Hong Kong courts have addressed these matters by upholding the applicability of local laws on one hand, while meticulously managing conflicts between local laws and the National Security Law based on the principle of the latter's precedence. In instances of rule-conflict, the National Security Law takes precedence; where the result of the application of local laws would contravene the National Security Law, the Hong Kong courts would interpret and apply the local law in a manner consistent with the provisions of the National Security Law. Furthermore, the courts recognize that implementation rules formulated under the National Security Law also have precedence.

Key words: The Hong Kong National Security Law; Local Laws; Hong Kong Courts; Conflict Resolution; Precedence of Legal Effect

（責任編輯：張雨虹）

［61］ HKSAR v. LUI SAI YU [2023] HKCFA 26, para.47.

澳門統一司法見解：制度淵源與司法實踐

張若城*

摘　要　澳門統一司法見解制度源於葡語法系中獨有的“判例”（Assento）制度，以類似先例的形式消解合議庭裁判間的對立，達到統一法院內部的歧義見解目的。自法律本地化以來，本澳借鑒葡國的訴訟法規定建立了屬於澳門本土的統一司法見解機制，該制度在緩解社會矛盾、提高司法效率、穩定法律秩序等方面起到了不可忽視的作用。作為審級救濟制度的結果，終審法院的統一司法見解對下級法院扮演著重要的司法解釋和司法指引角色。然而，強制性司法見解的規範效力不僅懸置了“依法”審判原則，亦在實踐過程中帶有法之續造行為。正值澳門回歸25周年之際，本文就澳門統一司法見解的制度實踐為研究對象做進一步的總結與反思，以求教於方家。

關鍵詞　判例/Assento　統一司法見解　程序主義　拘束效力　司法解釋

客觀的方法只是一種手段，它使司法造法偽裝成客觀解釋的產物。
——[德] 伯恩 • 魏德士 [1]

區別於馬克思韋伯的“自動售貨機”隱喻，南歐大陸更注重法官在司法活動中所扮演的角色。義大利著名學者法蘭西斯科（Francesco Ferrara）認為法官是法律的活聲音 (viva vox iuris)，是站在法律和生活之間的連接人。[2] 在西方資產階級思潮的影響下，根據邏輯、理性、經驗和科學知識 [3] 所確立的自由心證法則成為法官履行審判職責的重要依據。因此，法官就同一法律存在不同的解讀成為了常見的司法現象。“同案不同判”的現象不僅影響當事人對於法律穩定性和可預見性的追求，也在一定程度上造成法官群體對法律解釋權的專斷。為解決審判活動中的不一致問題，葡國傳統理論界高度重視司法機構在審判活動中發揮“統一”之功效（função de uniformização）。在長期的制度實踐中，司法審判的“統一”往往具象為兩個層面的特徵：1. 由司法系統中最高層級的法院合議庭擔任彌合司法判決對立的角色；2. 由訴訟程序所產生的判決，其解決對立的方式不僅適

*　張若城，中山大學粵港澳發展研究院博士研究生。

［1］ [德]Bernd Rüthers著、汪西興譯：《方法問題即憲法問題》，載《南大法學》2024年第3期，第167頁。

［2］ Ferrara Francesco, Interpretação e aplicação das leis, Coimbra Sucesso, 1963, p.111.

［3］ 參見終審法院第13/2001號合議庭判決，第11頁。

用於具體個案，對當事人以外（ultra partes）的案件亦產生影響力，即所謂的“通案效力”。

一、從“*Assento*”到“*Uniformização de Jurisprudência*”

早在國王法院時期，葡國便確立了以“判例”的方式統一法院內部不同見解的現實情況。判例制度最早起源於十二世紀卡斯蒂利亞王國的“法桑雅”（Façanhas）制度，“法桑雅”特指對將來的類似案件具約束力的判決。[4] 著名的《七章法》（Sete Partidas, Liv. III-ley XIV）規定一項判決在具備顯著參考價值或填補規則漏洞的情況下，方被稱為“法桑雅”。[5] 而判例（Assento）一詞最早出現於 1518 年 12 月 10 日國王法院大議會[6]（Mesa Grande da Casa de Suplicação）所通過的關於“如何解釋含義模糊法律”的決議，[7] 期間首次確立了以判例的形式處理法律中理解歧義的問題。同一時期的司法實踐中出現將具體案件的解決方案記錄在判例薄冊（Livro de Assentos）中，並對將來的同類案件具有強制力的做法。[8] 封建時期的判例主要以自然法為價值導向，[9] 其中所衍生的對既得利益保護、[10] 禁止因債坐牢[11] 及法不溯及既往[12] 等諸多法治原則，至今仍發揮著重要的影響力。1521 年《曼努埃律令》(Ord. Manuelinas) 授權司法機構代為行使“真實解釋”（interpretação autêntica）的權限，[13] 經國王法院頒佈的判例具有法定拘束力，法官如違反判例薄冊上記載的規則、決定將會受到停職懲罰（no §1º do Título LVIII, do Livro V）。[14] 1603 年生效的《菲利普律令》（Ord. Filipinas，Livro I, Título V, §5º）再次確認法院有權透過判例進行法律解釋，适用範圍也從葡萄牙本土延伸到了海外殖民地。[15] 隨著殖民帝國版圖的急劇擴張引發了司法系統內部的混亂，在未經授權的情況下波爾圖高等法院、果亞高等法院、巴伊亞高等法院以及里約熱內盧高等法院等地方性法院出現爭奪解釋性判例的制定權。[16] 直到 1769 年約瑟一世《良好理據法》（Lei da Boa Razão）的頒佈，強調僅國王法院發佈的判例具有解釋性效力[17] 的同時，判例逐漸成為具有規範意義的法律淵源。[18] 據官方統計，自 1556 年到 1833 年期間，國王法院至少已

---

［4］ 參見[葡]Mário Júlio de Almeida Costa：《葡萄牙法律史》，唐曉晴譯，法律出版社2014年版，第145頁。

［5］ João Mendes de Almeida Junior, Direito judiciário brasileiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1960, p. 442.

［6］ 國王法院的大議會是合議機構，由Regedor召集全體法官就法律歧義或司法程序中的問題召開會議，早期時候葡王亦會出席國王法院的大議會。

［7］ Fernando José Bronze, Lições de introdução ao direito, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 703.

［8］ 參見[葡]Mário Júlio de Almeida Costa：《葡萄牙法律史》，唐曉晴譯，法律出版社2014年版，第241頁。

［9］ Gustavo Cesar Machado Cabral, Direito natural e iluminismo no direito português do final do Antigo Regime, Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2011, p. 153.

［10］ Assento CCLXV, de 9 Abril 1772. Cfr. LC da Suplicação Collecção, Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Civel, v 1, Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1791, p. 499-501.

［11］ *Cf.* Acórdão 631/04, Tribunal Constitucional Portugal.

［12］ Assento CCXLIX, de 23 Nov 1769. Cfr. LC da Suplicação Collecção, Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Civel, v 1, Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1791, p. 470-471.

［13］ Maria Cristina da Silva Carmignani, O direito judiciário lusitano- os assentos da casa da suplicação, Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, vol. 111, 2017, p. 22.

［14］ *Cf.* Ordenações Manuelinas, Arquivo Nacional Torre do Tombo, de 30 Agosto 2024, Disponível em: https://digitarq.arquivos.pt/details?id=4223263.

［15］ Rodolfo de Camargo Mancuso, Divergência jurisprudencial e súmula vinculante, 2 ed, São Paulo: RT, 2001, p. 212.

［16］ [葡]Mário Júlio de Almeida Costa：《葡萄牙法律史》，唐曉晴譯，法律出版社2014年版，第243-244頁。

［17］ 同上註。

［18］ Fernando José Bronze, Lições de introdução ao direito, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, p.703.

頒佈 377 宗有拘束效力的司法判例。[19]

表 1 封建時期判例數據統計

名称	年份	制定主體	法律生效後產生的判例數
《菲利普律令》	1603 年	國王法院	273 宗
《良好理據法》	1769 年	國王法院	90 宗
《葡萄牙憲法》	1822 年	國王法院	13 宗

***** 數據來源於《*Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Civel*》1867 年第 4 版。

19 世紀初，在法國大革命的影響下葡國開始從君主專制向君主立憲過渡。1822 年 9 月 23 日頒佈的首部憲法規定葡國的行政權、司法權和立法權實行三權分立。直到 1933 年葡萄牙最高法院的投入使用，過渡時期國王法院制定的 13 宗判例[20]悉數被廢除，判例制度也因帶有創設規範的立法屬性而被禁止。新建立的最高法院僅有權在具體案件中適用或解釋法律，實踐中所產生的法律解釋問題交由國會處理。君主立憲時期兩次司法改革（1836、1841）以及 1876 首部民事訴訟法典，都未再提及任何關於判例或司法見解統一的話題。面對審判實踐中越來越多的判決不一致的現象，有學者認為應在最高法院內部設立專門機構來處理個案的法律適用和法律解釋不一致問題，相關的權威指引下級法院必須遵守。鑒於最高法院在司法系統內的特殊地位，該做法將促進司法見解逐漸走向標準、統一。[21]由於最高法院的司法判決在性質上始終是勸服性，並不具備法律約束力，加上各級法院法官的自由傾向，導致司法見解自然標準化的樂觀預期並未實現，[22]之後相繼出台的第 706 號、第 4620 號法令也都再次印證了指引型判例模式並不能令到葡國司法系統最終走向統一。故而，訴訟程序主義的理论學說，成為後續司法改革的關注對象。

1926 年國民革命後，軍事獨裁政府委託法學家雷伊斯（José Alberto Dos Reis）進行民事訴訟領域改革。同年葡國司法部頒佈第 12.353 號法令並在序言中提到：“最高法院的判決始終具有確定性（tornou-se sempre definitivo），應結合相關措施確保司法見解的統一……力求使司法見解具有穩定性的同時又不陷入停滯與不變的缺陷。”[23]所謂的相關措施，即《民事訴訟法典》第 66 條針

［19］《Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Civel》一書先後有四個版本，第一版本出版於1791年，記載了《菲利普律令》生效後國王法院所頒佈的判例。書中提及的最早判例是1603年8月15日，最後的一個判例是1791年2月15日，時間跨度接近兩個世紀。第二版本於1817年出版，由Joaquim Inácio de Freitas教授組織編寫，在第一版本的修改基礎上增添了33個判例。本文採用的是1867年Imprensa da Universidade出版的國王法院判例集冊，其中判例時間最早追溯到1556年8月28日，最晚到1832年8月30日，時間跨度長達276年，較為接近現實情況。不過有學者指出在官方判例集冊發佈前的印刷技術並不普及，故存在統計遺漏的情況。

［20］分別是1822年3月28日判例、1824年2月24日判例、1824年4月27日判例、1825年6月14日判例、1825年11月26日判例、1825年12月10日判例、1826年6月15日判例、1826年10月24日判例、1827年2月13日判例、1828年12月23日判例、1829年4月11日判例、1831年6月28日判例、1832年7月11日判例及1832年8月30日判例。

［21］José Alberto dos Reis, Código de processo civil anotado, Volume VI, Coimbra: Coimbra editora, 1985, p. 235.

［22］A natural uniformização da jurisprudência partia do pressuposto que colocando, no ponto mais alto da hierarquia judicial, um órgão destinado a conhecer somente questões de direito, pouco a pouco haveria de ser estabelecido uma estrutura padronizadora da jurisprudência, dada à supremacia e autoridade deste órgão. O Supremo diria o propósito de cada caso particular, em qual sentido a lei devia ser interpretada e aplicada. Os tribunais inferiores teriam de acatar as determinações, presumindo-se que as determinações também fossem seguidas em casos semelhantes que se apresentassem no futuro. *Cf.* Antônio Castanheira Neves, O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao acórdão no 810-93 do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1994, p.14.

［23］Decreto nº 12.353, de 22 Setembro 1926.

對最高院合議庭間就同一法律問題所作出的判決對立情況時，利害關係人可向擴大評議會（Tribunal Pleno）提起訴訟的法律機制。擴大評議會做出的判決應立即刊登《政府憲報》，其中所確立的司法見解（jurisprudência）對下級法院和最高法院具有約束力，直至其被最高法院宣示的另一司法見解取代。（第 66 條第 2 款）[24] 1926 年《民事訴訟法典》第 66 條所建立的不具名上訴機制在維持司法見解穩定方面起到了一定的作用，以“新”代“舊”的程序設定更靈活的保留了變更司法見解的空間。此外，1933 年 2 月 25 日第 22.257 號法令下令重組審計法院，該法令第 6 條第 9 款更率先規定：當判決與先前確立的司法見解在同一法律觀點相矛盾時，即可在《政府憲報》上刊登具代表性的“判例”（Assento）。[25] 1934 年 10 月 24 日審計法院就案件中的解釋性分歧首次制定了有拘束力的判例，並刊登在 1934 年 12 月 22 日《政府憲報》I 版生效。[26] 因實踐中越來越多的法院合議庭重新使用“Assento”的稱呼，[27] 雷伊斯一改此前保守態度，在 1939 年《民事訴訟法典》的修訂過程中將第 66 條合議庭的作出的判決（Acórdãos proferidos em tribunal pleno）從立法層面命名為判例（Assento）。自此，舊時的“判例”再次回歸葡國的法律制度中。但這種命名方式引起了不少的爭議，政治學家費爾南多（Fernando Martins de Carvalho）認為國王法院時期的“舊判例”（velhos assentos）制度帶有規範屬性，其中所確立的原則得到人們普遍性地遵守。如今三權分立政體下的最高法院不具備立法權限，而《民事訴訟法典》中的擴大評議會裁判與“判例”一詞存在明顯的區別，合議庭的裁判也不是真正的立法解釋。[28] 無論如何，判例命名方式已成為既定事實。

在 1961 年的訴訟改革下，新判例體制逐漸走向僵化，特別是 1939 年《民事訴訟法典》第 769 條判例之變更（Alteração do assento）條款的刪除，令到最高法院自身也失去對判例的修改權限，判例一經發佈便無人能修改。[29] 這種愈加僵化的制度體系引起了當時葡國最高法院蒙泰羅（Antero Alves Monteiro Diniz）法官的批評，他認為 1961 年的《民事訴訟法典》修改已經背離了 1926 年所確立的設計初衷，也明顯地違背了法學功能最真實的意義。[30] 為保持判例的修改與更新，1967 年《葡萄牙民法典》加入了以法律變更判例的做法，即：新的法律是修訂性法律，則被修訂的判例遂告失效。新法律如果是解釋性法律，則有關判例被撤銷。[31] 依據《民法典》第 2 條，法院有權就司法見解的衝突，通過判例的形式確定具有強制性和普遍效力的學說（doutrina）。判例的效力範圍也從 1939 的“全體法院”變為具有“普遍約束力”的司法規範。康乃馨革命後的 1976《葡萄牙共和國憲法》從憲制層面追認了葡國法院頒佈判例的權力，其生效條件如同法律、法令等規範性文件，需刊載於《共和國公報》後方才具備普遍約束力（122 條 2 款 g 項）。另外，革命委員會（Conselho da Revolução）在一定條件下亦有權宣告任何“具有普遍約束力”的規範違憲（第 281 條）。

［24］ Tribunal Constitucional Portugal, Tribunal Constitucional Acórdãos, 105.º volume, 2019, p. 288.

［25］ Decreto nº 22.257, de 25 Fevereiro 1933.

［26］ *Cf.* Assento, de 22 dezembro 1934, Tribunal de Contas.

［27］ 除1927年12月16日最高院首次援引“判例”一詞外，1932年第023578、047202、046425、046791號案件；1932年第047139、047315、046850、047132、046770號案件；1934年第047836、047532、023902、023739號案件；1935年第023987、023938、023992、047526、024078、047843、047781、048564、024095、048045號案件；1936年第024074、024057、024227、048655、049041號案件；1937年第049104、024559、024319、049140號案件及1938年的第024666、049664號案件在內的三十多宗司法判決都相繼使用“Assento”冠名。

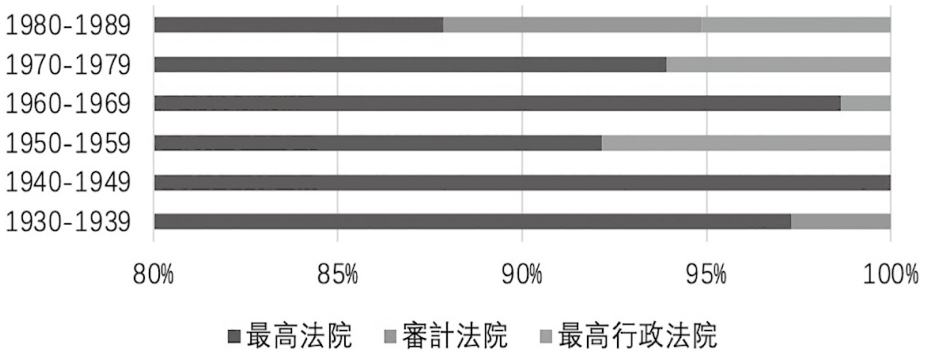
［28］ Fernando Martins de Carvalho, Algumas tendências dos nossos tribunais - os chamados “assentos” do Supremo, O Direito, Ano 68º, nºs 1 e 2, Janeiro e Fevereiro de 1936, p. 3 e 34.

［29］ 蘇建峰：《澳門判例史研究》，載《法律適用》2017年第16期，第66頁。

［30］ *Cf.* Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional Portugal.

［31］ 參見郭成華：《澳門法律導論》，澳門基金會1997年版，第61頁。

圖 1 葡國高級法院判例制定比重（1930-1989）



* 數據來源於葡萄牙共和國政府公報

隨著最高法院、最高行政法院以及審計法院制定的判例數量逐日遞增，判例的規範效力引起了社會的廣泛關注。[32] 1993 年 12 月 7 日葡國的憲法法院正式就判例制度的合憲性問題進行審查，並通過第 810/93 號判決認定 1966 年《葡萄牙民法典》第 2 條所確立的判例制度違反了 1992 年《葡萄牙共和國憲法》第 115 條第 5 款“具立法效力的行為系指法律、法令及地區性的立法命令”的規定，進而宣佈該條款無效。[33] 隨後同一法院的第 407/94 號、第 410/94 號及第 743/96 號判決都維持了判例普遍約束力違憲的觀點。為落實憲法法院第 743/96 號判決要旨及重返訴訟程序上的“統一”目標，葡國政府發佈第 329-A/95 號法令啟動司法改革，旨在建立一項新的法律制度再度發揮“統一”功效。1995 年民事訴訟領域引入“對上訴之擴大審判”（Julgamento ampliado da revista）代替此前的“向擴大評議會提起的訴訟”（Recurso para o tribunal pleno），[34] 作為新的解決司法見解衝突的上訴機制，其所產生的判決被改稱為“統一司法見解”（Uniformização de Jurisprudência）。雖然在制度名稱上取代了原來的判例稱呼，但是其本質上遵循了 1926 年的訴訟改革初衷，合議庭的判決效力僅對“全體法院”有效。直到 2001 後最高法院才逐漸以“統一司法見解”的名稱發佈強制性司法見解。2007 年民事訴訟改革在擴大審判的上訴提起中添加了檢察院及當事人，改變了最高法院在程序啟動方面的單一主體地位，統一司法見解之上訴（recurso para uniformização de jurisprudência）逐漸成為程序上的第四級審判。現行的《葡萄牙刑事訴訟法典》亦規定最高法院解決衝突的司法決定不再對法院構成具有強制力的司法見解（第 445 條第 3 款）。[35] 有學者認為現如今葡國的統一司法見解制度不再起到統一的作用，只能形成一些解釋上的傾向。[36]

［32］ 面對質疑聲音，最高法院在1993年的判決中主動自我澄清判例實現司法見解標準化的規則並不違憲。*Cf*. Processo:083295, de 25 Fevereiro 1993, Supremo Tribunal de Justiça.

［33］ *Cf*. Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional Portugal.

［34］ Alexandre Isabel, Do recurso para julgamento ampliado da revista ou do agravo: a uniformização da jurisprudência no Código de processo civil português revisto, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 10, 2000, p. 26.

［35］ CODIGO DE PROCESSO PENAL. LIVRO IX. TÍTULO II. CAPÍTULO I. Artigo 445.º 3- A decisão que resolver o conflito não constitui jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, mas estes devem fundamentar as divergências relativas à jurisprudência fixada naquela decisão.

［36］ 參見João António Valente Torrão：《司法見解對法律解釋和／或對統一法律內涵的貢獻》，載《行政》2018年第120期，第51頁。

二、統一司法見解在澳門的移植與發展

1887年清政府與葡國政府簽訂《中葡和好通商條約》以來，葡國憑藉不平等條約取得對澳門的永居管理權，澳門進入澳葡政府管治時期，中國法律不再適用於澳門。在此後的一個世紀的時間裡，澳門一直沒有本地立法權，其適用的法律包括葡國本土的法律及由葡國立法機關制定的特別適用於澳門的法律。[37] 在此背景下，1929年《葡萄牙刑事訴訟法典》、1939年《葡萄牙民事訴訟法典》、1963年《葡萄牙勞動訴訟法典》、[38] 1967年《葡萄牙民法典》等程序或實體法中的判例規定，分別通過海外延伸適用或本地法典化路徑生效於葡國管治下的澳門地區。1967年《澳門民法典》延續了1967年《葡萄牙民法典》第2條規定，判例被賦予法源地位的同時也規範着司法系統內外的一切公、私實體，[39] 判例作為“類法律”的拘束效力在澳葡時期得到了廣泛的認可和遵循。自1991年《澳門司法組織剛要法》（第112/91號法律）頒佈以來，澳門獨立設立的審計法院、高等法院開始承擔制定適用於本地的有拘束力判例，其中《澳門司法組織剛要法》第10條5款f項規定澳門審計法院的合議庭運作時，有權透過判例定出司法見解；第14條1款d項規定澳門高等法院以全會運作時，有權依據訴訟法律之規定，統一高等法院之司法見解。自1993年兩院投入運作以來，僅澳門高等法院制定出3宗有拘束力的判例（第295號、第328號和第614/97號判決）。自葡國憲法法院第810/93號判決宣佈判例制度違憲以來，雖有本地法官質疑判例在澳門的規範屬性問題，[40] 但並未引起社會的廣泛注意。直到回歸後期的法律本地化，1999年《澳門民法典》才將判例從法之淵源章節中刪除。同時本澳立法者在葡萄牙1926年司法改革的基礎上將統一司法見解的上訴機制分別引入1997年《澳門刑事訴訟法典》、1999年《澳門民事訴訟法典》以及1999年《澳門行政訴訟法典》。

（一）民事司法領域統一司法見解

以葡萄牙1995年民訴改革中的擴大審判上訴（Julgamento ampliado da revista）為藍本，1999年《澳門民事訴訟法典》在第652條A、B、C、D四項引入屬於本澳的“對上訴之擴大審判”(Julgamento ampliado do recurso) 機制，其中A項的（一）、（二）、（三）三款詳細規定了啟動的前提條件、發現主體。民事司法領域的“對上訴之擴大審判”制度規定除終審法院院長作為“同一法律基本問題所作之合議庭裁判之解決方法互相對立者”的提出主體，當事人、檢察院、裁判書製作人或任何助審法官亦可作為提出上訴之擴大審判的主體。上訴之擴大審判後，卷宗須送交檢察院檢閱十日，以便其就引致有需要統一司法見解之問題提交其意見書。有實務界人士曾質疑將當事人、檢察院列為上訴之擴大審判提出主體的合理性，[41] 因為檢察院無法通過法定程序提前檢閱合議庭裁判書中是否存在符合上訴之審判的先決要件，當事人更不在此列。此外第652條A第1款規定了對立的對象僅限定在終審法院，[42] 進一步縮小了實踐中提起上訴之擴大審判的可能。相

［37］ 方泉：《國家法治進程中的澳門刑法現代化》，載《法學》2023年第11期，第75頁。

［38］ 1963年12月30《勞動訴訟法典》第195條至197條（Da fixação de interpretações）規定透過1970年2月2日第87/70號訓令適用於海外地區且公佈於《澳門政府公報》1970年3月14日第11期生效，後被《回歸法》廢止。

［39］ 參見黃顯輝：《澳門政治體制與法淵源》，Publicações O Direito 1992年版，第96頁。

［40］ 具體參見澳門高等法院第614/97號合議庭判決。

［41］ João António Valente Torrão：《司法見解對法律解釋和／或對統一法律內涵的貢獻》，載《行政》2018年第120期，第48頁。

［42］ 正常情況下終審法院組成的三人合議庭在判決中很少就同一法律問題做出對立判決。

比於葡萄牙的民事統一司法見解的雙軌訴訟機制，[43] 澳門當前的統一司法見解的訂立僅允許通過平常上訴的方式提起。

《民事訴訟法典》的第 583 條（二）規定了兩種平常上訴的例外情形，即：d. 屬終審法院之合議庭裁判，而此裁判與該法院在同一法律範圍內，就同一法律基本問題所作之另一合議庭裁判互相對立，但如前一合議庭裁判符合具強制性之司法見解者除外；e. 屬中級法院所作之合議庭裁判，而基於與該法院之法定上訴利益限額無關之理由不得對該裁判提起平常上訴，且該裁判與該法院在同一法律範圍內，就同一法律基本問題所作之另一裁判互相對立，但該合議庭裁判符合具強制性之司法見解者除外。值得注意的是雖然《民事訴訟法典》的第 583 條（二）d 項、c 項均是不受利益值約束定出司法見解的上訴路徑，但仍受民訴法中“雙重確認”原則（Regra da dupla decisão）的約束。經第 4/2019 號法律修改，“雙重確認”的管轄範圍已被縮小。[44] 新的《民事訴訟法典》第 638 條第 2 款規定：“對中級法院在表決時一致確認第一審所作的不審理案件實體問題或不終結訴訟程序的裁判的合議庭裁判，均不得提起上訴，而不論確認第一審的裁判時是否基於其他依據；但該合議庭裁判違反具強制性的司法見解則例外。”[45] 如欲通過第 583 條（二）d 項、c 項訂立司法見解，須在中級法院一致確認第一審裁判的情況下，如果該裁判審理了案件的實體問題，或終結案件的訴訟程序，則針對中級法院的裁判才滿足向終審法院上訴的前提。相比於葡萄牙民訴法典中的“雙重確認”原則，例外的允許了中級法院與其他法院之間的裁判，或中級法院與最高法院之間的裁判，都可成為定出統一司法見解的標的。[46]

當前民事司法領域中的上訴機制保留了 1961 年澳門民訴法及 1991 年《司法組織剛要法》[47] 中的立場原則，僅就最高級法院先後宣示互相對立的裁判為依據進行統一司法見解。[48] 作為歷來司法改革的重點方向，民事司法領域的統一訴訟機制卻有選擇性地忽視了現實生活中頻繁出現的終審法院與中級法院判決對立的情形，造成本澳當事人訴諸法律上的困難。截至 2023 年底，僅有第 16/2009 號及第 4/2001 號兩宗民事統一司法見解的上訴，前者被駁回，後者則較為特殊的受理了來自中級法院和終審法院間的合議庭裁決對立。[49]

（二）刑事司法領域統一司法見解

因受 1926 年葡國民訴改革影響，1929 年《葡萄牙刑事訴訟法典》第 668 條、第 669 條規定了統一司法見解的非常上訴機制，[50] 並於 1931 年 1 月 24 日通過第 19271 號法令延伸至澳門生

［43］ 即平常上訴（1926年建立）與非常上訴（2007年建立）都適用的民事司法領域的統一司法見解上訴機制。

［44］ 參見澳門終審法院第3/2023號合議庭判決，第5頁。

［45］ 1999年《民事訴訟法典》第638條第2款規定：即使案件利益值高於中級法院的法定上訴利益限額，對該法院在表決時一致確認第一審裁判的合議庭裁判不得提起上訴，而不論確認第一審裁判是否基於其他依據；但該合議庭裁判違反具強制性的司法見解則例外。

［46］ 參見鄧志強：《論本澳民事訴訟法中統一司法見解的制度》，澳門大學法學院2016年碩士學位論文，第54頁。

［47］ 《澳門司法組織剛要法》（第112/91號法律）第十五條第一款a)項規定：高等法院以全會運作時，有權受理對於合議庭裁判而提起的上訴之案件，而該裁判系就同一法律依據，且在法律規範無實質修改之情況下，其體現之解決辦法與本庭或其他分庭之合議庭裁判相異者。

［48］ 參見澳門終審法院第4/2001號合議庭判決，表決落敗聲明，第937頁。

［49］ 該案件上訴依據是1961年《澳門民事訴訟法典》第765條至第767條並結合《澳門行政法院訴訟法》第109條第2款和第111條第1款e)項。

1961的澳門《民事訴訟法典》。

［50］ *Cf.* Decreto nº 16489, de 15 Fevereiro 1929.

效。[51] 1987 新的《葡萄牙刑事訴訟法典》雖未在澳門適用，[52] 但其文本中的“為定出統一司法見解”（Da fixação de jurisprudência, CPP Artigo 437º- Artigo 448º）的訴訟機制[53] 對之後葡萄牙和澳門的刑事司法領域統一司法見解上訴機制都產生了巨大的影響。如今澳門刑事司法領域的統一司法見解上訴是基於第 9/1999 號法律修改後的《刑事訴訟法典》，主要以非常上訴的形式提起。

《澳門刑事訴訟法典》中規定了三種司法見解定出路徑：為定出統一司法見解的上訴、對違反具強制性的已定出的統一司法見解而宣誓之裁判的上訴及為法律一致性的利益而提起的上訴三種。[54] 以為定出統一司法見解的上訴為例，《刑事訴訟法典》第 419 條規定了四種上訴依據（一）在同一法律範圍內，如終審法院就同一法律問題，以互相對立的解決辦法為基礎宣示兩個合議庭裁判，則檢察院、嫌犯、輔助人或民事當事人得對最後宣示的合議庭裁判提起上訴，以統一司法見解；（二）如中級法院所宣示的合議庭裁判與同一法院或終審法院的另一合議庭裁判互相對立，且不得提起平常上訴，則得根據上款的規定提起上訴，但當該合議庭裁判所載的指引跟終審法院先前所定出的司法見解一致時除外；（三）在該兩個合議庭裁判宣示之間的時間內，如無出現直接或間接影響受爭論法律問題的解決的法律變更，則該等合議庭裁判視為在同一法律範圍內宣示；（四）僅得以先前已確定的合議庭裁判作為上訴的依據。相比民事的對上訴之擴大審判制度，刑事訴訟中的上訴人負有較多的審前舉證義務。上訴人須在最後做出合議庭裁判之日起三十天內提起為定立司法見解的上訴，在提起上訴申請書中，上訴人被賦予指明與上訴所針對之合議庭裁判互相對立之合議庭裁判的義務。此外，如合議庭裁判已公佈，亦須指明其公佈之處，上訴人還須解釋導致司法見解衝突的對立情況。終審法院在收到包括上訴申請及答覆、證明等卷宗材料交送檢察院作為期五日的檢閱。隨後由裁判書製作人針對該上訴可否受理、上訴之制度，以及有關已作出的合議庭裁判之間是否存在對立情況作為期八日的初步審查。初審後，卷宗須連同合議庭裁判書草案一併送交其餘法官五日內檢閱，就是否駁回上訴召開評議會。如出現使上訴不可受理的理由，或理據的合議庭裁判之間並無對立情況，則駁回上訴，反之上訴須通知有利害關係的訴訟主體在十五日期間內以書面提出陳述。裁判書製作人將卷宗及合議庭裁判書草案再交送終審法院院長及其餘法官進行為期十天的檢閱。檢閱完畢後方進入終審法院審判階段。

對違反具強制性的已定出的統一司法見解而宣誓之裁判的上訴和為法律一致性的利益而提起的上訴作為刑事司法領域統一司法見解訴訟的另外兩條路徑，更多的是強調“維護”而非“定出”。對違反具強制性的已定出的統一司法見解而宣誓之裁判的上訴是針對法院裁判違背具強制力的統一司法見解而制定的訴訟機制，其機制的亮點在於對已確定、不能提起平常上訴的統一司法見解裁判，依然可以根據《刑事訴訟法典》第 428 條提起訴訟。雖然對違反具強制性的已定出的統一司法見解而宣誓之裁判的上訴只規定了檢察院必須提起上訴且上訴必須予以受理，[55] 但基於平常上訴的存在，相關的適格主體[56] 亦有權對違反統一司法見解的裁判提起上訴。為法律一致性的利益而提起的上訴亦分為兩種情況：定出司法見解以及審查已生效的司法見解。前者是為定出司法見解，檢察長得決定對確定生效已超逾 30 日的裁判提起上訴。後者是基於先前定出的司法見解存在不合時宜的情形，檢察長依職權提起訴訟。為法律一致性的利益而提起的上訴所產生的裁判對提起上訴

［51］ 周士敏：《澳門刑事訴訟制度論》，國家行政學院出版社2001年版，第9頁。

［52］ 參見米健等著：《澳門法律》，澳門基金會1994年版，第197頁。

［53］ *Cf.* Decreto-lei 78/87, de 17 Fevereiro 1987.

［54］ 邱庭彪：《澳門刑事訴訟法分論》，社會科學文獻出版社2012年版，第277頁。

［55］ 邱庭彪：《澳門刑事訴訟法分論》，社會科學文獻出版社2012年版，第292頁。

［56］ 其中包括嫌犯、輔助人、民事當事人以及依據刑訴法典規定被判處繳付任何款項之人或欲維護受裁判所影響之權利之人。

所針對的訴訟程序不產生效力。

在過往的司法實踐中，檢察院提起的統一司法見解上訴有 7 例，大多數是作為檢方控訴的嫌犯提起的統一司法見解上訴，被駁回的概率高達 70％以上，輔助人與民事當事人在極少情況下單獨提起統一司法見解的上訴。[57] 相比於平常上訴，《刑事訴訟法典》第 420 條第 3 款規定統一司法見解的非常上訴不具中止效力。其原因在於，不能因為統一司法見解的提出而拖延訴訟的進程。[58] 此外，基於上訴不加刑原則的規定，經刑事訴訟訂立的統一司法見解不得加重當事人刑罰。但如果檢察院或輔助人在原判程序中曾提出對嫌犯不利的上訴的，則不受該原則約束。[59]

（三）行政司法領域統一司法見解

行政司法領域的統一司法見解訴訟制度起步較晚，直到 1999 年第 110/99/M 號法令頒佈，《行政訴訟法典》中才引入解決合議庭裁判對立的非平常上訴機制。[60]

《澳門行政訴訟法典》中的上訴類型分為平常上訴、以合議庭裁判互相對立為依據提起的上訴（Recurso com fundamento em oposição de acórdãos）與再審上訴，其中後兩者的上訴客體是已經確定的判決。[61] 基於行政訴訟所針對主體的特殊性，行政法院、中級法院以及終審法院都有概率成為受理案件的第一審級，為此《行政訴訟法典》的“以合議庭裁判互相對立為依據提起之上訴”機制規定了三種個前提要件：（一）在法律規範未有實質變更之情況下，終審法院作為第一審級或第二審級作出之合議庭裁判，就同一法律基本問題所採取之解決方法，與該法院作出之另一合議庭裁判所採取之解決方法互相對立；（二）在上項所指之情況下，中級法院作為第二審級作出之合議庭裁判，其所採取之解決方法與該法院或終審法院作出之另一合議庭裁判所採取之解決方法互相對立；（三）在法律規範未有實質變更亦無具強制性之司法見解之情況下，中級法院或行政法院作為第一審級作出之裁判，就同一法律基本問題所採取之解決方法，與終審法院或中級法院作出之另一合議庭裁判所採取之解決方法互相對立，且基於第一百五十條第一款 a 項及 b 項之規定對前者不得提起平常上訴時，亦得對其提起上款所指之上訴。

以合議庭裁判互相對立為依據提起的上訴機制中上訴人須指明其指稱與被爭議裁判互相對立之合議庭裁判，並附具證明該合議庭裁判之內容及該裁判已屬確定之文件，此外亦須在所附具的上訴陳述中說明存在所指之對立情況及案件之實體問題。如上訴申請書未被駁回，被上訴人則需十日內提交陳述書，附具被上訴人陳述書或陳述期間完結後，須將不在終審法院之卷宗移交該法院。終審法院所作之任何對立合議庭裁判之裁判書製作人，在擴大審判中無須回避擔任助審法官之職務，但不得擔任裁判書製作人之職務。在依據關於司法體系組織之法律分發卷宗以進行擴大審判後，由檢察院作出檢閱，以便在七日內發表意見，尤其是就陳述中所提出之問題發表意見。然而在擴大評議會就案件實體問題做出裁判前，裁判書製作人仍需在十日期間內，就所指稱之裁判互相對立情況是否存在作出裁判。

［57］ 如第69/2010號、第12/2023號案件。

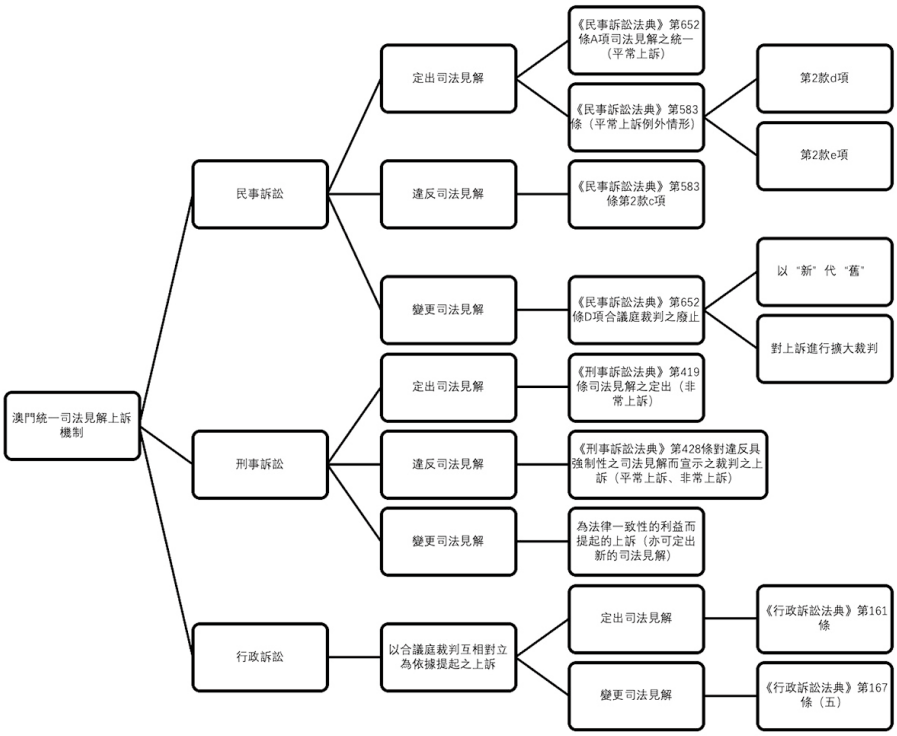
［58］ 李哲、林海彤：《澳門統一司法見解制度的法律建構與現實考察--以刑事訴訟統一司法見解制度為例》，載《法律適用》2017年第12期，第36頁。

［59］ 參見徐京輝、程立福：《澳門刑事訴訟法》，澳門基金會1999年版，第199頁。

［60］ 參見米萬英、何偉寧：《澳門地區行政訴訟：制度、立法與案例》，浙江大學出版社2011年版，第14頁。

［61］ 同上註，第44頁。

圖 2 澳門統一司法見解上訴機制



除具體案件在訴訟程序的啟動方面存在不同，民事、刑事及行政訴訟法典都是在法律未有變更的前提下，以合議庭裁判在同一法律範圍內以互相對立的解決辦法為上訴要件。依據三部訴訟法典訂立的統一司法見解須刊登在《澳門特別行政區公報》，方可對澳門法院構成強制性拘束力。雖然司法見解的定出程序嚴格遵循著當事人處分原則，[62] 但對於已訂立的統一司法見解，檢察機關扮演著重要的監督作用，特別是對違反強制性司法見解的情形澳門檢察院負有提起上訴的法定義務。然而回歸以來，統一司法見解極少被更新或推翻，三部訟法典中也僅定出司法見解的條款得以援引和使用，下級法院合議庭出於不同觀點而做出違反統一司法見解的判決更是聞所未聞。[63] 這也意味著在保守型司法系統內部，最高審級法院做出的強制性司法見解一經確立，將會成為澳門本地不可撼動的學說見解。除非相關法律被廢除或變更，否則統一司法見解仍是廣義上的“法律”。[64]

三、澳門終審法院的審判規則與司法實踐

在澳門終審法院過往 25 年的審判實踐中，統一司法見解作為一項揭示審判核心命題的權威參考，呈現出高度的專業化與工具化的發展趨勢。依據《司法組織剛要法》（第 9/1999 號法律）第 44 條 2 款澳門終審法院依據訴訟法律的規定統一司法見解，澳葡時期兩院（審計法院、高等法院）

［62］ 參見最高人民法院案例指導制度考察團：《香港判例制度、澳門統一司法見解制度考察報告》，載《人民司法》2008年第15期，第42頁。

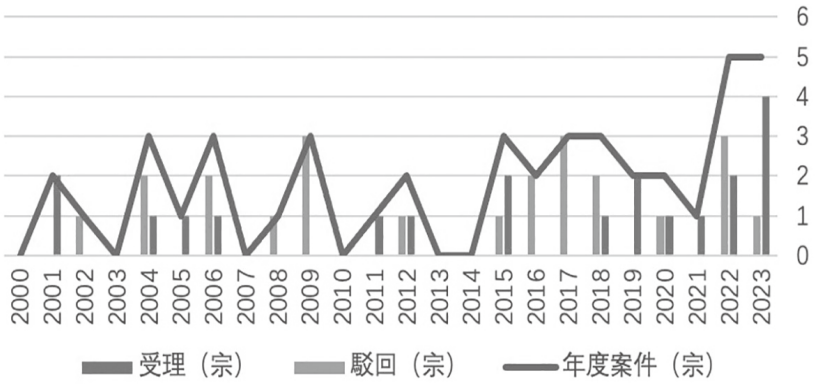
［63］ 與澳門相比，葡國的強制性司法見解基於社會的飛速發展經常被法定程式更新或推翻。即便如此，基於每個案件的特殊性，司法系統內仍會出現與統一司法見解相左的觀點。*Cf.* Assento, de 17 maio 1986, Supremo Tribunal de Justiça.

［64］ 參見馮彥龍：《澳門統一司法見解制度之研究》，澳門科技大學法學院2021年博士學位論文，第3頁。

共同發佈強制性判例的局面不復存在。作為事實上的抽象審查，回歸以來終審法院共受理相關當事人提起的統一司法見解上訴 43 宗（數據截至 2024 年 1 月 1 日），依據相關程序法規定，成功訂立統一司法見解判決 18 宗。涉及刑事訴訟 33 宗，受理 12 宗；行政訴訟 8 宗，受理 6 宗；民事訴訟 2 宗，受理 1 宗。在過去的 2022/2023 司法年度期間終審法院共受理統一司法見解案件 8 宗，經擴大合議庭審理後共作出了 4 個統一司法見解，是歷年來統一司法見解案件最多的司法年度。[65]

訂立的 18 宗統一司法見解大致分為兩類：指引性司法見解及解釋性司法見解。指引性司法見解往往對負責執法的社會機構在進行實務活動時適用法律方面作出指引 (orientações)。[66] 例如終審法院第 17/2004 號判決中指出治安警察局打擊非法移民所作出的驅逐令中應載明禁止被驅逐者再次進入本地區的確定期限，否則該行政行為違法。[67] 自從判例普遍約束力之學說違憲以來，葡萄牙理論界關於強制性司法見解對法院外的規範效力如何多有爭論。目前司法實踐中認定統一司法見解的合議庭裁判雖然沒有普遍約束力，但對法律執行者起到勸服性（persuasivo）作用。[68] 解釋性司法見解作為彌合法院合議庭判決對立的重要解決方式，通常以抽象的法律解釋形式規範法院的相關審判。實踐中，解釋性司法見解主要發揮揭示法律內涵、統一學說見解以及填補法律漏洞三重作用。前兩者都為後續的審判工作提供了明確導向，後者則是司法機構對法律的“真實解釋”。

圖 3 統一司法見解上訴（1999-2023）



* 數據來源於澳門特別行政區法院官網

過往的 43 宗統一司法見解案件中，終審法院駁回上訴的判決高達 26 宗，占總比的 60％。其中，刑事訴訟的 33 宗上訴中 21 宗被終審法院駁回，占比高達 64％。可以看出，統一司法見解並非是純粹依賴各方當事人主動性的訴訟程序。[69] 作為決策中樞，終審法院在回歸 25 年的司法實踐中形成了嚴格的訴前審查機制，其中主要涉及到 5 個方面：1. 合議庭對立的裁判必須針對相同的事實（As questões decididas em dois acórdãos são idênticas）；相比於普通法的類案審查，法官運用“從個案到個案”的類比比對思維，將眼前的案件與先例進行比較找出共同點，然後判斷是否屬於

［65］ 澳門終審法院：《2023/2024年司法年度開幕典禮》，載中華人民共和國澳門特別行政區法院網站2023年10月20日，https://www.court.gov.mo/zh/subpage/news?id=2997。

［66］ 參見[葡]João Castro Mendes：《法律研究概述》，黃顯輝譯，澳門大學法學院1998年版，第48頁。

［67］ 參見澳門終審法院第17/2004號合議庭判決。

［68］ *Cf.* Processo nº 06A2334, de 3 Outubro 2006, Supremo Tribunal de Justiça Portugal.

［69］ *Cf.* Abrantes Geraldes, Uniformização de Jurisprudência, Supremo Tribunal de Justiça Portugal, de 25 junho 2015, Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2015/07/painel_3_recursos_abrantesgeraldes.pdf.

同類案件。在現實情況中，澳門本地法院採取更為嚴格的形式審查標準，即兩個裁判所決定的問題應是相同的，而不僅僅是相類似的。有關裁判所立足的基本事實，或者說對法律問題的解決是核心和必需的事實應該是相同的。[70] 基於相同事實的原則要求，終審法院駁回了第 53/2018 號、第 16/2004 號、第 6/2017 號、第 20/2009 號在內的多個上訴。2．互相對立的問題應該是法律問題（Oposição de acórdãos sobre a mesma questão de direito）；在兩個判決是基於相同事實的基礎上，終審法院就上訴合議庭裁判與理據合議庭裁判中的對立問題屬於事實問題還是法律問題做出區分。在第 78/2015 號判決中終審法院法官認為判斷含有圖像、言詞和 / 或描述的卡片是否屬於色情或猥褻物品不是一個法律問題，而是事實問題，因而不在統一司法見解的範圍之內。兩個不同的合議庭裁判中已經認定的事實事宜，法院就相關案件中被扣押的卡片是否含有色情或猥褻內容作出判斷，那是在對具體事實情況作出評價，完全不涉及對法律規定的解釋。[71] 值得一提的是將事實問題與法律問題進行區分最早起源於普通法，[72] 終審法院僅就法律問題進行抽象審查亦證明了兩大法系混合的趨勢。3. 出現互相對立的問題應該是基本的問題（A questão sobre a qual se verifica a oposição deve ser fundamental）；在確認相同事實以及對立的是法律問題後，仍需核對該法律問題在具體判決中是否表現為根本性或決定性。終審法院通過第 53/2018 號、第 59/2015 號、第 109/2023 號案等系列駁回上訴的判決書中強調了基本問題的重要性。須強調的是根本、決定性的問題需存在於對立的雙方判決內，即上訴主張的司法見解衝突在被上訴的裁判和作為理據的裁判中皆表現為根本性或決定性的法律問題。在第 53/2018 號判決中，終審法院在審理當事人所主張的第 755/2016 號與第 131/2001 號判決對立的材料後認為：“出現對立的問題雖然在被上訴的裁判中是基本問題，即對於該具體案件的裁判具有決定性，但在作為理據的裁判中卻並非如此。”[73] 並以此為由駁回統一司法見解的上訴。雖然“互相對立的問題應該是基本的問題”是終審法院訴前審查的重點問題，實際司法實踐中亦有例外情形的出現。2014 年上訴人朱植豪就中級法院審理的第 160/2014 號判決中輔助人是否具有針對科處之刑法的種類和幅度向終審法院提出上訴。雖然該法律問題屬於第 160/2014 號被上訴合議庭裁判中附隨的非決定性問題，但終審法院仍破例地受理了來自上訴人所提出的統一司法見解訴訟請求，並成功定出強制性司法見解。[74] 可以說，在統一司法見解的上訴實踐中，終審法院享有較大的自由裁量權。4. 裁判中的對立應是明示的而非隱含（A oposição de acórdãos deve ser expressa e não apenas tácita）；合議庭裁判中的對立應是明示的，而不僅僅是隱含的，在一個裁判中看到默示地接納一個與另一個裁判抵觸的理論是不足夠的。葡國學者雷伊斯 （Reis）認為法院應拒絕判決中默示的對立，相反，亦無必要要求是絕對明示。倘若一判決明確就一法律問題作出法律理解，而另一判決雖無明示作出與之相對立的理解，但若其判決主文是具有必然與另一裁判所表述的意思相互對立的意思時，則對立情況成立。[75] 然而在早期澳門特區的司法實踐中，默示抵觸現象常常被終審法院排除在審查範圍之外，取而代之的是以“同一法律問題採取相反解決辦法”來認定判決的對立。例如第 23/2005 號判決，[76] 即便統一司法見解的上訴所依據的理據合議庭裁

［70］ 參見澳門終審法院第53/2018號合議庭判決。

［71］ 參見澳門終審法院第78/2015號合議庭判決。

［72］ 李紅梅：《普通法的司法解讀》，北京大學出版社2018年版，第175頁。

［73］ 參見澳門終審法院第53/2018號合議庭判決。

［74］ 參見澳門終審法院第218/2014號合議庭判決。

［75］ José Alberto dos Reis, Código de Processo Civil anotado, Volume VI, Coimbra, 1981, p. 246.

［76］ 第23/2005號判決所涉及的是行政當局的行為責任屬於非合同民事責任或合同民事責任的討論，然而在理據合議庭中上訴人具體提出請求法院審理的問題並不涉及非合同民事責任專有問題。基於明示對立原則，參與擴大評議會的賴健雄法官認為第23/2005號上訴並不具備《行政訴訟法典》第161條第1款b項所規定的對立前提。

判[77]並未明示地提出與被上訴合議庭裁判[78]相對立的司法見解，終審法院仍選擇受理該上訴的同時並成功定出統一司法見解，其背後的原因是因為終審法院認為裁判對立的標準應當滿足“對同一事實狀況適用了相同的法律規定，但賦予該等規定的含義相反”[79]這一要件。5. 司法裁決的規範性部分僅僅是判決理由，或者是作出決定的理由（A parte preceptiva da decisão judicial é apenas a ratio decidendi）；統一司法見解的判決具有規範性的部分僅是判決理由，或者是作出決定的理由，即法官為了得出結論認為必要的法律規則。判決中的附論（不是作出判決的根本性法律規則，即那些不是為了作出裁判絕對需要提到的法律規則）不起約束作用。[80]終審法院在第 6/2009 號案判決中認為檢察院所提的清洗黑錢行為是附論內容，以此駁回當事人所提起的統一司法見解上訴。

表 2 澳門終審法院受理統一司法見解訴訟列表（1999-2023）

序號	年份	案號	類別	上訴主體	上訴是否得直	統一司法見解是否訂立	上訴的合議庭裁判	理據的合議庭裁判
1	2023	94/2022	刑事	檢察院	否	是	中級法院 288/2022	中級法院 663/2021
2		40/2023	行政	檢察院	是	是	中級法院 639/2022	中級法院 426/2022
3		12/2023	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 356/2021	中級法院 620/2017
4		19/2022	刑事	檢察院	否	是	中級法院 372/2021	中級法院 504/2021
5		69/2022	刑事	檢察院	是	是	中級法院 248/2021	中級法院 580/2013
6	2022	90/2022	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 233/2021	中級法院 10/2006、798/2018
7	2022	50/2021	行政	訴訟當事人	是	是	中級法院 938/2020	中級法院 576/2017
8		160/2021	刑事	檢察院	是	是（賴建雄不認同合議庭裁判、蔡武彬對被上訴的決定表示理解，但不認同本案中的部分觀點）	中級法院 928/2020	中級法院 540/2010
9		36/2022	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 891/2020	中級法院 457/2019
10		9/2022	刑事	檢察院	否	否	中級法院 242/2021	中級法院 60/2019
11	2021	156/2021	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 920/2019	終審法院 105/2014

［77］ 參見澳門中級法院第85/2003號合議庭判決。

［78］ 參見澳門中級法院第117/2005 號合議庭判決。

［79］ 參見澳門終審法院第17/2001號合議庭判決。

［80］ 參見澳門終審法院第6/2009號合議庭判決。

序號	年份	案號	類別	上訴主體	上訴是否得直	統一司法見解是否訂立	上訴的合議庭裁判	理據的合議庭裁判
12	2020	26/2020	行政	訴訟當事人	否	否		
13		130/2019	刑事	訴訟當事人	否	是	中級法院709/2018	中級法院712/2011
14	2021	15/2017	刑事	訴訟當事人	否	是	中級法院755/2016	中級法院385/2013
15		7/2017	行政	檢察院及訴訟當事人（財政局副局長）	是	是（賴建雄表決不贊同本裁判）	中級法院573/2016	終審法院32/2014
16	2018	53/2018	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院486/2017	中級法院131/2001
17		84/2017	刑事	訴訟當事人	是	是（賴建雄不贊同合議庭裁判、蔡武彬附表決聲明）	中級法院821/2017	中級法院76/2016
18		2/2018	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院874/2015	中級法院827/2009、639/2012、453/2009
19	2017	13/2017	刑事	訴訟當事人	否	否	中級 286/2016	中級法院656/2013
20		6/2017	刑事	訴訟當事人	否	否	中級 626/2014	中級法院323/2015
21		65/2016	刑事	訴訟當事人	否	否	中級 264/2016	中級法院993/2009
22	2016	81/2015	刑事	訴訟當事人	否	否	中級 368/2014	中級法院572/2008
23		78/2015	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院625/2015	中級法院832/2013
24	2015	59/2015	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院220/2015	中級法院12/2015
25		128/2014	刑事	訴訟當事人	是	是（賴建雄不贊同合議庭裁判、蔡武彬附表決聲明）	中級法院160/2014	中級法院43/2014
26		126/2014	行政	訴訟當事人（行政長官）	是	是（賴建雄、蔡武彬不贊同合議庭裁判）	中級法院601/2013	終審法院4/2003
27	2012	57/2012	行政	訴訟當事人（房屋局局長）	上訴部分勝訴	是（賴建雄表決落敗聲明）	中級法院115/2012	中級法院26/2001
28		17/2012	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院551/2011	終審法院11/2005
29	2011	69/2010	刑事	訴訟當事人	是	是	中級法院598/2009	中級法院43/2005

序號	年份	案號	類別	上訴主體	上訴是否得直	統一司法見解是否訂立	上訴的合議庭裁判	理據的合議庭裁判
30	2009	20/2009	刑事	檢察院	否	否	中級法院 572/2008	中級法院 450/2008
31		16/2009	民事	訴訟當事人	否	否	終審法院 13/2008	原澳門高等法院 640 號、1243 號
32		6/2009	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 450/2008	中級法院 437/2006
33	2008	10/2008	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 752/2007	中級法院 219/2002
34	2006	4/2006	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 284/2005	中級法院 141/2004
35		31/2005	行政	上訴當事人	否	否	中級法院 298/2004	中級法院 212/2003
36		23/2005	行政	訴訟當事人（衛生局）	否	是（賴建雄維持表決聲明中的立場）	中級法院 117/2005	中級法院 85/2003
37	2005	30/2004	刑事	訴訟當事人	是	否（引用 17/2004 統一司法見解裁判）	中級法院 83/2004	中級法院 87/2000
38	2004	29/2004	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 300/2003	中級法院 1/2003
39		17/2004	刑事	訴訟當事人	是	是（賴健雄表決落敗聲明）	中級法院 66/2004	中級法院 87/2000
40		16/2004	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 38/2004	原高等法院第 675
41	2002	17/2001	刑事	訴訟當事人	否	否	中級法院 89/2000	中級法院 65/2001
42	2001	4/2001	民事	訴訟當事人（財政局局長）	是	是（賴健雄表決落敗聲明、蔡武彬表決聲明）	中級法院 177/2000	終審法院 10/2000
43		1/2001	刑事	檢察院	是	是	中級法院 132/2000	原高等法院第 911 號

四、澳門統一司法見解的制度反思

司法見解（Jurisprudência）是法院在審理所受理的具體案件時視為指引而遵循的一組裁決，[81] 其原意側重強調判決本身在解釋法律上面適用的是什麼樣的“方法”，以及法官在尋求的解決方案的途徑是用什麼樣的“習慣”去構成。[82] 統一司法見解是廣義的司法裁判在適用法律層面採用的解決方法（法律適用、法律解釋）上的趨同。相比於先例制度（Precedent），統一司法見解是以抽

［81］ 參見[葡]J. Baptista Machado：《法律及正當論題導論》，黃清薇、杜慧芳譯，澳門基金會、澳門大學法學院1998年版，第121頁。

［82］ 月旦法學雜誌編輯部：《終審機關統一法律見解功能之再檢視會議綜述》，載《月旦法學雜誌》2013年第4期，第72頁。

象的規範形式做出的專業指引，具有司法管轄屬性（natureza jurisdicional）。[83] 形式上，統一司法見解的司法適用遵循着演繹推理的邏輯從“一般”（規範）到“特殊”（個案），並非“特殊”（個案）到“特殊”（個案）的類比推導方式，具有典型大陸法系思維特徵。[84] 自回歸以來，葡系特徵的統一司法見解制度以原有法律制度形式保留（基本法第 19 條第 2 款）。然而在本地的實踐中，統一司法見解呈現出異化的拘束屬性，對司法系統內的法官群體構成法定拘束力，對司法系統外的法律執行機構亦構成“勸服”效力，[85] 成為事實上的“規範”。理論層面，統一司法的制度化實踐在歐洲長期飽受爭議，[86] 尤其自權力分離理論建立以來，為防止司法權侵犯立法權力，法院作出的包含通用規則的判決（Arrêt de règlement）及判例等司法方法便被立法所排除在外。葡國亦是受分權理論影響，在 1822 年首部憲法及 1993 年憲法法院的司法判決中先後廢除了舊判例及判例制度。雖然二戰後歐洲各國的司法機關重新獲得法律解釋的權力，諸多所謂的“客觀”法律方法風極一時，但背後所掩蓋的是對“法官法”問題的再討論。目前來看，受法律程序主義影響的澳門統一司法見解制度可能存在以下問題：

（一）審判獨立原則的懸置

審判獨立作為一項重要的原則性規定，是法官獨立的重要體現。個體意義上的審判獨立主要體現在法官審理個案時不受任何壓力、威脅或利誘及干涉的情況下，自由公正地履行審判職能。《澳門特別行政區基本法》第 89 條規定：澳門特別行政區法官依法進行審判，不聽從任何命令或指示，但本法第十九條第三款規定的情況除外。《澳門基本法》指出法官應當在國防、外交等國家行為外具有管轄權的事務上，依“法”獨立地行使審判權。須强调的是統一司法見解並不是“法”，[87] 亦不構成法律淵源，[88] 統一司法見解本质上是法院內部的司法指令（ordem jurisdicional）[89]，既可以被立法修訂也可以被立法撤銷。《澳門特別行政區法院司法官通則》（10/1999 號法律）和《澳門民法典》也分別強調了獨立審判的重要意義。《通則》第 4 條規定澳門特別行政區法官依法進行審判，不聽從任何命令或指示；《民法典》第 7 條第 1 款規定法院及法官均為獨立，且僅受法律拘束。可以得出，審判獨立是法官依據法律規定，結合自由心證所作出的司法判決，而這一過程不受任何命令或指示干涉。基於司法判決並非團體性的意思表示，僅是合議庭或獨任制法官自由意志的表現。終審法院訂立的統一司法見解，在效力上對全體法官發揮著法定拘束力的作用。雖然對

［83］ Fernando Martins de Carvalho, Algumas tendências dos nossos tribunais - os chamados “assentos” do Supremo, O Direito, Ano 68º, nºs 1 e 2, Janeiro e Fevereiro de 1936, p. 39.

［84］ António Castanheira Neves, O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais, Coimbra Ed, 1983, p. 13.

［85］ 法律執行機構特別是行政部門對統一司法見解的遵守不僅僅是因為說理層面的考量。作為法律適用與法律解釋的執行者，行政部門如不遵守相關強制性司法見解的指引可能會遭遇法院系統內部一致性排斥的尷尬處境，並通過判決敗訴的形式表現出來。雖然統一司法見解對法院外部的社會主體並不具備實定法依據，但考慮到相關公共訴訟判決結果，法院發佈的強制性司法見解依然對行政部門構成權威指引。

［86］ 實質上是擔憂司法機關以’統一’之名，行造法之實，故此統一司法見解的模式並非被所有的大陸法系國家和地區的司法機關所接受，例如法國《民法典》第5條明確規定：Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.即：法官對於其審理的案件，不得以確立一般規則的方式進行判決。臺灣地區大法官鄭玉波教授形象的說道：法官職在司法，不在立法，故應嚴守分際，祇能就具體案件，宣告所適用之法律及見解，不可以抽象方法，決定其法律見解後，而加以宣佈，俾日後遵循；否則即屬越權矣。鄭玉波：《法諺》（二），三民書局1988年版，第235頁。

［87］ 既不是廣義也不是狹義上的法律。

［88］ 米萬英、何偉寧：《澳門地區行政訴訟：制度、立法與案例》，浙江大學出版社2011年版，第215頁。

［89］ Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, Lisboa, 1973, Tomo I, p. 122.

法律原意及類案審理起到重要的揭示、參考作用，但判決中抽象的統一司法見解以法律制裁[90]形式限制下級法院法官在個案中行使獨立審判的權利，在形式和實質上都存在著憲制層面的質疑空間。究其原由，司法系統內部自行制定的司法指令並非法律本身，統一的規範效力亦未有得到來自憲制性法律層面授權，僅具有道德上的次級法律義務。單憑審級救濟制度推導統一司法見解的“法”拘束效力的合法性，本質上忽略了《澳門基本法》中的法治價值預設。此外，葡萄牙的高等法院也曾多次澄清司法判決並非法律淵源（acórdão uniformizador não é fonte de direito）。[91]其實早在澳門回歸前的過渡時期，本澳高等法院的白富華（Sebastinão José Coutinho Póvoas）法官就注意到了相關制度的合憲性問題，他曾在第 614/97 號判決中提出澳門高等法院統一司法見解的方法違反了《澳門組織章程》第 53 條第 2 款第 1 項（法院“只受法律約束”），[92]質疑高等法院統一司法見解的權限存有違憲的可能。自澳門特別行政區成立以來，相關的上訴案件數量有限。而基於法秩序穩定的現實需要，功能化的統一司法見解被作為特例排除在“上級法院判決對下級法院判決沒有約束力”的原則之外，[93]加上判例制度的深入人心以及 1967 年《民法典》第 2 條，統一司法見解時常被解讀為本澳地區的間接法律淵源。[94]正如蘇格蘭哲學家休謨（David Hume）在其倫理學命題中指出實然推不出應然，“是”（is）推不出“應該”（ought）[95]的事實 \ 價值二分代碼。故此，統一司法見解經法定程序所得的實然拘束力（事實）並不能必然地推導出應然層面合法性（價值）基礎。

（二）司法場域的法律續造

關於統一司法見解的制度前身 -- 判例（Assento）的性質問題，葡國學界大致分為兩種觀點：立法性質說和非立法性質說。前者立足於拘束力特徵認為判例具有立法性質，[96]而後者則認為判例並非傳統意義上的法律規範。[97]自判例制度違憲以來，葡國當局對於統一司法見解的制度拘束力進行弱化改革，其適用範圍從“普遍約束力之學說”縮小到“全體法官”，再到現如今僅對個案

---

［90］ 具體表現為當法官判決違反統一司法見解時，派駐該院的檢察官必須依法提起上訴。

［91］ João Marcelo Torres Chinelato, Interpretação dos acórdãos uniformizadores de jurisprudência, Teses de Doutoramento (Ciências Jurídico-Civis), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2023, p. 241. por exemplo: Processo no 1551/12.0 TBBRG-E.G1, de 08 Marcha 2018 e Processo no 135/12.7TBMSF.G1.S1, de 16 Fevereiro 2016, Supremo Tribunal de Justiça Portugal. 此外，葡國憲法法院第 839/2013 號判決亦指出：“已確立司法見解的判決不具備規範效力，也不對其他司法判決構成約束力。如出現判決背離已確立司法見解的情況下，審理法院有義務提供理據說明。”*Cf.* Acórdão 839/2013, Tribunal Constitucional Portugal.

［92］ 參見澳門高等法院第614/97號合議庭判決。

［93］ 具體參見岑浩輝：《澳門特別行政區民事訴訟中的上訴制度》，載中華人民共和國澳門特別行政區法院網站，https://www.court.gov.mo/uploads/attachment/88/pdf/1376907788uuity.pdf，2024年8月30日訪問；邱庭彪：《司法獨立與司法行政》，載《“一國兩制”與澳門法律體系完善學術研討會論文集》，澳門理工學院一國兩制研究中心2013年12月版，第231頁；蘇建峰：《澳門判例史研究》，載《法律適用》2017年第16期，第63頁，等。

［94］ 具體參見黃顯輝：《澳門政治體制與法淵源》，Publicações O Direito 1992年版，第96頁；郭成華：《澳門法律導論》，澳門基金會1997年版，第61頁；李煥江、歐陽潔儀：《澳門法律淵源概況》，《粵港澳法律論叢II》，澳門法學協進會2022年5月版，第396-397頁，等。更有觀點認為依據三部訴訟法典的相關條文規定，統一司法見解是澳門直接的法律淵源。具體參見王瑩瑩：《澳門混合法律體系特徵考察》，載《“一國兩制”研究》2014年第4期，第53-54頁。

［95］ See David Hume, A Treatise of Human Nature, London: John Noon, 1739, p. 335.

［96］ por exemplo：Gazeta da Relação de Lisboa, ano 47º, p. 81; Ernesto de Castro Leal, O Problema da Aplicação da Jurisprudência no Tempo, Revista da Ordem dos Advogados, ano 1º, p. 536; J. Alberto dos Reis, Anotado, cit., vol. VI, p. 233.

［97］ por exemplo：Ferrer Correia, Disposições a favor de terceiros em convenções antenupciais, p. 51 e ss; Pires de Lima - Antunes Varela, Noções Fundamentais de Direito Civil, vol. I, Coimbra, 1965; Oliveira Ascensão, A tipicidade dos direitos reais, p. 253 e ss.

的當事人產生效力。[98] 在法律移植與實踐過程中，以 1995 年司法改革为蓝本的統一司法見解制度仍對澳門的法官群體發揮著“類規範”的效力。現有的政治框架下，相關問題顯得較為突出。

隨著憲政基礎的根本性改變，行政主導體制成為澳門特別行政區的政體特徵，本地的立法模式也從澳葡時期“雙軌制立法”過渡到“單軌制立法”。立法會作為特區法定立法機關履行立法職能，其中包括制定、修改、暫停實施和廢除法律。此外，行政部門亦保留一定創制規範的權力。作為特區行政權的代表，行政長官有權制定行政法規並頒佈執行。行政法規作為低於法律的規範，要在法律優先和法律保留原則的前提下制定。故此，特區立法會所制定的法律以及行政長官所頒佈的行政法規，構成特區內部兩種最為主要的規範淵源。[99] 在傳統型立法模式的框架設定下，[100] 澳門的司法機關獨立於行政機關和立法機關之外，僅負責審判權的行使（基本法第 82 條），不能於審判中作立法工作。[101] 即便《澳門民法典》第 9 條規定了法官在個案中有權填補法律漏洞，[102] 但終審法院在法律缺失的情形下訂立具有通案效力的統一司法見解行為仍值得商榷。例如在終審法院第 57/2012 號合議庭判決中法官在判定第 115/2012 號案件與第 26/2001 號案件互為對立判決的基礎上指出對立來源是基於《行政訴訟法典》第 167 條第 4 款對上訴期應被追溯於何時的問題未做出明文規定。在審理過程中，終審法院採用了被上訴法院在第 115/2012 號判決中以指派訴訟代理人的申請之日為追溯起點的解決方式，繼而以統一司法見解的形式刊登在《澳門特別行政區公報》第 50 期第一組。終審法院在面對法律漏洞的情形時以補充性司法見解的方式在個案中創設權利義務規則，[103] 並通過有約束力的司法見解對個案內、外的當事人主體、全體法官及行政執法機構形成權威性的規範指引。雖然上訴案件中的法律解釋實現了法的續造，但針對立法缺失情況下司法機關主動發佈帶有規範效力的統一司法見解事實上已超越了司法權的邊界，不再是純粹意義的法律方法論的适用。受制於禁止拒絕裁判原則，[104] 這種帶有規範創制性質的司法行為即便不違反《回歸法》第 4 條第 1 款（八）項及《基本法》等相關憲制性規定，也需在尊重法律保留和法律優先的前提下行使。[105]

此外，澳門統一司法見解的制定程序過於傾向固定層級的法官群體。依據《司法組織綱要法》的規定，制定統一司法見解判決的擴大合議庭由 5 位法官組成。除澳門終審法院 3 位法官必定出席外，還有無須回避的澳門中級法院院長及在中級法院年資最久且無須回避的法官也參與審理。如遇

［98］ O acórdão de uniformização de jurisprudência vale inter partes mas não tem efeito vinculativo extra-processual, sem prejuízo do seu caráter orientador e persuasivo. *Cf*. Acórdão de uniformização de jurisprudência STJ, Diário da República, de 30 Agosto 2024, Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/acordao-uniformizacao-jurisprudencia-supremo-tribunal-justica.

［99］ 劉德學：《澳門基本法框架下特區內部立法體制若干問題研究》，載《“一國兩制”與憲政發展—慶祝澳門特別行政區成立十周年研討會論文集》，澳門理工學院一國兩制研究中心2009年12月版，第107頁。

［100］ 立法模式可分為傳統型立法與現代型立法，傳統型立法模式指立法機關立法為主，現代型立法則在前者的基礎上包括司法性立法。

［101］ 邱庭彪：《司法獨立與司法行政》，載《一國兩制”與澳門法律體系完善學術研討會論文集》，澳門理工學院一國兩制研究中心2013年12月版，第231頁。

［102］ 《澳門民法典》第9條規定：一、法律無規定之情況，受適用於類似情況之規定規範。二、法律規範某一情況所依據之理由，於法律未規範之情況中亦成立時，該兩情況為類似。三、無類似情況，則以解釋者本人定出之規定處理有關情況；該規定係解釋者假設由其本人根據法制精神立法時，即會制定者。值得注意的是《澳門民法典》第9條並不意味著法官擁有創設規範的權力，權填補法律漏洞的行為本質上是法律解釋，僅對個案產生拘束力。

［103］ 參見澳門終審法院第57/2012號合議庭判決。

［104］ 澳門《民法典》第7條第2款：法院不得以法律無規定、條文含糊或對爭議之事實有不可解決之疑問為藉口拒絕審判。

［105］ 參見澳門終審法院第28/2006號合議庭判決。

回避，則由按年資順序在其之後的法官參與。[106] 事實上，自回歸以來統一司法見解的訂立過程中，澳門中級法院法官與澳門終審法院合議庭意見相左的情形至少出現了 9 次，[107] 由於在擴大合議庭的投票席位中終審法院始終過半數，即便來自中級法院的法官對統一司法見解的制定或对終審法院作為被上訴合議庭的司法見解持反對意見，最後仍是投票落敗。而在此過程中，來自第一審級法院法官的專業意見更是長期處於缺位狀態。

五、結語

澳門統一司法見解的制度意義是在維護法制的統一與權威的同時，推動特區法制隨社會發展而更新和統一行政執法及司法裁判標準，讓社會有所適從。[108] 诚然，在司法高度組織化的今天，審判的統一理念已成為各地司法機關所奉行的主流思想。從個體角度出發，審判者在裁判過程中必然會遇到新的問題。由於現實世界中沒有兩片相同的樹葉，過於強調統一理念勢必會影響審判者在個案中自由心證的發揮，亦會导致司法部門整體趨向官僚主義及保守主義。雖然統一司法見解的本地實踐尚未脫離功能主義定位，但仍需對涉及法律漏洞、規範合憲性[109] 等司法見解對立的案件予以更加謹慎的態度處理，並在拘束力弱化、擴大制定主體等方面推進制度改革，弘揚法治精神的同時亦能更好的服務於本澳社會。

［106］ 最高人民法院案例指導制度考察團：《香港判例制度、澳門統一司法見解制度考察報告》，載《人民司法》2008年第15期，第42頁。

［107］ 參見第160/2021號、第84/2017號、第7/2017號、第128/2014號、第126/2014號、第57/2012號、第23/2005號、第17/2004號、第4/2001號合議庭判決。

［108］ 參見澳門終審法院：《2023/2024年司法年度開幕典禮》，載中華人民共和國澳門特別行政區法院網站2023年10月20日，https://www.court.gov.mo/zh/subpage/news?id=2997。

［109］ 葡國傳統理論認為建立判例或統一司法見解的訴求不能以宣佈某項規範違憲為最終目的（Processo: 40/14.2ZRCBR.C1-B, de 26 Outubro 2022, STJ）。早在1985年4月24日最高法院第000613號判決就曾指出，禁止法院通過判例的方式對某項規範的合憲或違憲問題進行司法見解標準化。該司法傳統與禁止填漏規則意在將統一司法見解或判例維持在客觀的法技術層面，避免法學方法論走向法律政治化，引發制度層面的合憲性問題。

Abstract: The system of Unification of Jurisprudence (Uniformização de Jurisprudência) traces its origins to a unique precedent system within the Portuguese legal framework, known as Assento. This mechanism resolves conflicting judgments among collective tribunals by unifying decisions within the highest court. However, in 1993, the Portuguese Constitutional Court questioned the legitimacy of Assento, rendering the original system no longer carries binding force in general. Anticipating the return of sovereignty to China, farsighted Macao legislators introduced the Uniformização de Jurisprudência to replace Assento in the procedural codes. This newly established institution conferred binding legal force upon all courts within the Macao SAR, aligning with the localization of the legal system. In the practice of SAR courts, judgments imbued with mandatory jurisprudence serve as vital references, providing guidance not only for judicial interpretation but also for courts at all levels. Furthermore, the Unification of Jurisprudence system plays an indispensable role in mitigating social conflicts, enhancing judicial efficiency, and bolstering the courts' credibility within society. As we approach the 25th anniversary of the establishment of the Macao SAR, it is timely to explore the theoretical foundations and to review the judicial practices of the Unification of Jurisprudence within the Macao jurisdiction.

Key words: Assento; Uniformização de Jurisprudência; Proceduralism; Binging Force; Judicial Interpretation

（責任編輯：唐銘澤）

粵港澳大灣區法治合作模式的分析與檢討

郭天武* 呂嘉淇**

摘　要　當前粵港澳大灣區規則銜接機制對接根據不同地方權限和地方需求，在實踐中探索出試驗型、服務型和一體化三種法治合作模式。這三種法治合作模式既有利用市場優勢、政策優勢和特殊地域背景優勢，但也存在滯後性、高成本和區域性等不足，以及港澳地區主動對接的積極性未能有效調動等問題，難以回應大灣區高質量發展對生產要素流動的高要求，對港澳融入國家發展大局的支持仍有待提高。本文整合借鑒當前粵港澳大灣區不同法治合作模式的優勢，結合灣區建設實際，為粵港澳大灣區法治合作模式的創新提供新思路，為灣區規則銜接機制對接重點領域提出新設想。

關鍵詞　粵港澳大灣區　法治合作模式　規則銜接　機制對接

一、粵港澳大灣區法治合作模式的類型化分析

生產要素的流動對經濟增長有著重大影響。[1] 促進生產要素的流動有利於促進區域經濟增長。[2]《粵港澳大灣區規劃綱要》明確了制度創新改革與要素流動的相關性，提出以全面深化改革來促進灣區內生產要素高效便捷流通，建立國際一流灣區。雖然“一國兩制三法域”的制度差異和規則衝突長期存在，但粵港澳大灣區在政策支持下進行制度創新和改革，初步探索形成了類型化的法治合作模式。

（一）試驗型法治合作模式

試驗型法治合作模式，以深圳、珠海為典型代表。試驗型法治合作模式依託經濟特區“雙重立法權”即地方立法權和經濟特區立法權，以及自貿區優勢，能根據與港澳合作的實踐需求，突破原有的上位法，探索制定與港澳規則對接的法規，為粵港澳合作提供了立法保障。[3]

*　郭天武，中山大學法學院教授，博士生導師。

**　呂嘉淇，中山大學法學院博士研究生 。

［1］ 張幼文、薛安偉：《要素流動對世界經濟增長的影響機理》，載《世界經濟研究》2013年第2期，第3-8頁。

［2］ 張治棟、吳迪、周姝豆：《生產要素流動、區域協調一體化與經濟增長》，載《工業技術經濟》2018年第11期，第58-66頁。

［3］ 郭天武、呂嘉淇：《粵港澳大灣區法治合作的立法路徑》，載《地方立法研究》2020年第4期，第90頁。

1. 試驗型法治合作模式的合作依據：經濟特區的“立法變通權”

雖然我國《立法法》第 81 條規定設區市的立法權限行使範圍限制於城鄉建設與管理、生態文明建設、歷史文化保護、基層治理，且其制定的地方性法規不能與原有法律法規相衝突。但中央通過《憲法》《立法法》等授予經濟特區多重立法權，如《立法法》第 84 條和第 101 第二款規定的經濟特區立法權和立法變通權，可在經濟特區內制定和施行對現行法律法規作出的變通規定。[4]《立法法》第 84 條賦予的經濟特區立法權明顯不同於第 81 條規定設區市的立法權，其僅對授權主體和法律實施範圍作出限制，但無立法內容的限制，可見廣東省、深圳市和珠海市的人民代表大會及其常務委員會在經濟特區內享有較大的立法權限，制定法規對接港澳規則，發揮“立法試驗田”的作用，也可以變通內地法律的方式弱化內地法律與港澳的規則差異，打破制度“堵點”，加快生產要素流動的進程，為粵港澳大灣區合作提供法治保障。

2. 試驗型法治合作模式的合作特點：以市場為導向

市場導向原為市場學概念，強調以市場需求為中心，強調對客戶信息的獲取和利用。[5] 在試驗型法治合作模式中對接港澳規則以市場為導向，在市場數據獲取方面有天然的地理優勢。深港 2023 年 2 月全面恢復通關後，深港陸路口岸年度累計通關旅客 15042.23 萬人次，[6]，2023 年拱北海關進出口貨物達 1.55 億噸，大量的物流、人流和資金流等生產要素跨境流動，為粵港澳大灣區金融科技貿易、優化營商環境、法律對外服務、社會治安保障等領域的合作提供了海量的數據樣本。[7] 面對海量的數據樣本，試驗型法治合作模式主要採取了自下而上的法治合作路徑，從中提取市場需求，利用市場需求推動與港澳的法治合作。地方法規規章一般由立法機關、政府部門制定後向社會和市場推行，但試驗型法治合作模式“自下而上”的路徑則是通過成立獨立機構，或利用學界和行業協會的力量，盡可能貼近市場，聽取市場的“聲音”，由獨立機構或行業、學界制定規則草案，以市場和社會的力量推動立法機關、政府制定地方法規規章，突出了市場而非行政在法治合作中的作用。如深圳前海成立了半獨立的前海管理局以加強與企業、事業單位的聯繫，深度聯動香港，與香港聯動發佈風投創投十八条措施等系列金融合作規定；珠海調動學界專家的力量，在調解、金融發展、網路監管等方面形成對接港澳規則的立法專家建議稿。[8]

3. 試驗型法治合作模式的合作內容：發揮經濟特區引擎作用

粵港澳大灣區試驗型法治合作模式，更關注市場建設的需求和動向，需要在實踐中不斷探索灣區內生產要素流通和市場建設的制度堵點，有效利用經濟特區立法權和立法變通權制定規則，解決粵港澳三地因法制差異帶來的合作障礙。由於選擇試驗型法治合作模式的地區主要為經濟特區，其法治合作內容以充分發揮經濟特區引擎作用為要點。一方面，經濟特區以發展外向型經濟為目標，持續在科技創新、金融市場、對外貿易、法律服務對外開放等一系列構建開放型新經濟體制領域上

［4］《中華人民共和國立法法》第八十四條規定：經濟特區所在地的省、市的人民代表大會及其常務委員會根據全國人民代表大會的授權決定，制定法規，在經濟特區範圍內實施。《中華人民共和國立法法》第一百零一條第二款規定：經濟特區法規根據授權對法律、行政法規、地方性法規作變通規定的，在本經濟特區適用經濟特區法規的規定。

［5］參見陽銀娟、陳勁：《開放式創新中市場導向對創新績效的影響研究》，載《科研管理》2015年第3期，第103-110頁。

［6］數據來源於《深圳市口岸辦2023年工作總結及2024年工作計畫》，https://www.sz.gov.cn/szzt2010/wgkzl/jggk/lsqkgk/content/post_11166228.html，2024年5月18日訪問。

［7］參見毛豔華、信超輝、榮健欣：《粵港澳大灣區中心城市空間結構與集聚擴散特徵》，載《華南師範大學學報(社會科學版)》2021年第6期，第26-37頁。

［8］《珠海經濟特區法治協同創新中心“大灣區法治研究專案研討會”在珠海成功舉行》，載中國法學網2021年7月18日，http://iolaw.cssn.cn/xshy/202107/t20210721_5349042.shtml。

發力，進一步深化與港澳合作和與國際接軌。另一方面，經濟特區立法權由中央授權，受中央政策指引。《關於支持深圳建設中國特色社會主義先行示範區的》、《前海深港現代服務業合作區總體發展規劃》等也明確為深圳、前海深合區的建設提出要求，進一步深化與港澳合作，建設體現高質量發展要求的現代化經濟體系，通過發展現代服務業促進產業升級，為國家構建“雙循環”新發展格局提供示範作用。

（二）服務型法治合作模式

服務型法治合作模式，以廣州、佛山等城市為典型代表，通過政策創新和優化政府服務的方式，積極對接和服務港澳，推進內地與港澳在科技、青創和公共服務等方面的合作。

1. 服務型法治合作模式的合作依據：中央行政放權

粵港澳大灣區九市中除了深圳和珠海，其他城市如廣州、佛山等均不享有《立法法》賦予的經濟特區立法權和立法變通權，僅能在《立法法》第 81 條和第 93 條授權範圍內制定地方性法規和規章。故廣州、佛山等城市難以通過突破現行法律法規的方式實現港澳規則對接。但基於當前粵港澳大灣區建設需要，中央可以通過行政放權的方式將權力下放到粵港澳大灣區，由大灣區自主制定規則對接港澳。行政放權指中央通過暫停、調整粵港澳大灣區內的法律，將有關行政權力下放到地方。如 2022 年為推動“港車北上”和“澳車北上”，國務院下達《國務院關於同意在廣東省暫時調整實施有關行政法規規定的批覆》，同意暫停廣東省暫停實施有關全國性條例，促進粵港澳大灣區客流車流的流通，為灣區發展提供新機遇。

2. 服務型法治合作模式的合作特點：以政策為導向

服務型法治合作模式下，粵港澳大灣區各市通過《立法法》授予的設區市立法權在法定範圍內制定法規規章，或通過中央行政放權方式進行政策創新，均具有明顯的政策導向性和單向性。[9] 一方面是受設區市立法權行使範圍的影響，城鄉建設、基層治理屬於城市管理，地方性法規多由行政管理部門提出立法議案，通過自上而下方式制定法規和規章，優化政府服務，積極引入港澳人才、企業、投資和科技成果。另一方面，服務型法治合作模式下，粵港澳大灣區各市也可以通過中央權力下放實現政策創新，主動對接港澳規則，深化內地與港澳合作。但中央放權的範圍並非無的放矢，而是出於推動港澳融入國家發展大局、“一帶一路”倡議以及“雙循環”新發展格局等國家建設需要。[10] 當前服務型法治合作模式主要旨在搭建平台，通過主動制定優惠政策和便民設施等吸引港澳生產要素流入，與港澳規則的對接具有單向性，如“港車北上”或“澳車北上”等，港澳車輛可來往內地，但內地與港澳車輛雙向流通仍難實現。

3. 服務型法治合作模式的運作方式：優化政府服務

服務型法治合作模式受限於立法權限和中央行政放權的範圍，其法治合作以政策為導向，通過優化政府服務行使中央下放的權力以及實現宏觀政策是服務型法治合作模式的主要運作方式。一方面，中央將部分行政權力下放到地方，由粵港澳大灣區地方政府通過靈活高效的行政手段與港澳對接，作為內地與港澳對接的“中轉站”，更能凸顯出“一國兩制”方針的正確性和遠見性。而粵港澳大灣區建設等宏觀政策文件的實施，也需要地方政府通過優化政府服務、提高行政效率等手段進行細化和落實。社會主義市場經濟理論指出，推動經濟發展不僅要強化市場機制，也要重視政府推動發展的作用。[11] 重視政府在粵港澳大灣區建設中發揮的重要作用，是有為政府與有效市場結

［9］ 參見薛宇：《粵港澳大灣區規則銜接的基本原理》，載《深圳社會科學》2024年第3期，第45-54頁。

［10］ 參见郭天武、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22-29頁。

［11］ 任保平、李培偉：《從建立社會主義市場經濟體制到構建高水準社會主義市場經濟體制》，載《政治經濟學評

合，推動粵港澳大灣區高質量發展的關鍵支撐。[12] 如上文提及國務院下達《國務院關於同意在廣東省暫時調整實施有關行政法規規定的批覆》推動港車北上和澳車北上，需要廣東省政府對接港澳政府，完善車輛預約出行系統等，提高行政審批效率，促使相關政策的實施達到預期效果。又如國務院出台的《廣州南沙深化面向世界的粵港澳全面合作總體方案》明確支持南沙片區進行科技創新、金融市場互聯互通。而南沙片區科學城等高新科技聚集設施建設、港澳金融企業落戶審批“快車道”等均屬於政府服務職能的履行和優化。

（三）一體化法治合作模式

一體化法治合作模式，以橫琴粵澳深合區為典型代表。這種合作模式突破了城市間的行政和制度邊界，[13] 探索跨境治理機制的創新，實現粵澳共商共建共管共享。

1. 一體化法治合作模式形成的獨特背景

當前一體化合作模式僅限橫琴粵澳深度合作區內適用。有學者指出了橫琴粵澳深合區一體化建設的背景：在全球經濟格局巨變下，澳門產業結構單一的問題暴露，成為澳門繁榮穩定乃至粵港澳大灣區建設的重要隱患。[14] 橫琴島隸屬珠海，毗鄰澳門，且橫琴自貿區建設較為成熟，基礎設施相對完善，一直是珠海與澳門開展深度合作的重要陣地，能為澳門產業多元發展提供廣闊空間和強有力的支點。《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》也明確提出了促進澳門經濟適度多元化是橫琴粵澳深度合作區建設戰略定位之一。

2. 一體化法治合作模式的特點：社會治理跨境性

一體化法治合作模式具有社會治理跨境性。有學者指出，橫琴深合區實施一體化法治合作是中國特殊經濟區域的法治創新。[15] 其一，橫琴深合區治理空間具有跨境性，其通過制度設計構建出一個特殊的跨境治理空間。《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》明確橫琴島實施分線管理，放開貨物在橫琴深合區和澳門間的流通審批，人員通關聯合查驗一次放行；人員在橫琴深合區與內地間的進出不受限制。橫琴正式封關後，形成了一個獨特的境內關外生產、生活空間，粵澳貨物、人員在琴深合區內自由流通，形成兩種制度在一個領域空間共生的特殊政治單元。[16] 其二，橫琴深合區治理主體具有跨境性。橫琴深合區的治理由中央、廣東省、珠海市和澳門特區的多級行政主體合作，是“一國兩制”實踐的新示範。橫琴深合區實施一體化法治合作由中央領導，以國家力量注入到橫琴深合區成為其改革創新的核心動力[17]，堅守“一國”之本。另一方面橫琴深合區內既有珠海經濟特區立法權為規則銜接機制對接作支撐，也有澳門特區在共商共建共管共享下的主動對接，善用“兩制”之利。

3. 一體化法治合作模式的內容：跨境治理與區域建設一體化充分結合

一體化法治合作模式中“一體化”指區域內建設決策、建設責任、管理主體、區域收益一體

論》2024年第2期，第17頁。

［12］ 參見陳雲賢：《中國特色社會主義市場經濟：有為政府+有效市場》，載《經濟研究》2019年第1期，第4-19頁。

［13］ 王世福、練東鑫、吳婷婷：《跨界一體化導向下的橫琴粵澳深度合作區規劃與治理創新》，載《規劃師》2024年第3期，第95頁。

［14］ 參見周平、李威辰：《澳門推動橫琴粵澳深度合作區建設中的挑戰與對策》，載《中國市場》2023年第27期，第1頁。

［15］ 李可：《論橫琴粵澳深度合作區規則銜接的示範法路徑：以合同法為例》，載《中國應用法學》2024年第2期，第193頁。

［16］ 李福映、方煜：《跨境合作區的尺度重構與空間回應——以橫琴為例》，載《規劃師》2024年第6期，第46-52頁。

［17］ 陳宏勝、李志剛、肖揚等：《基於區域功能視角的邊界新區發展研究——對深圳前海合作區與珠海橫琴合作區的比較》，載《城市規劃》2022年第4期，第21-29頁。

化，其作為一種新型組織機制，創新地解決跨境治理產生的合作問題。“共商”指決策一體化，在中央領導下由廣東省和澳門政府統籌決策合作區內重大事項。我國是單一制國家，地方權力來自中央授權，中央可以決定授予、監督和收回對地方的授權，[18] 香港澳門特區的高度自治權也不例外。中央對粵港澳大灣區 9+2 城市享有全面管制權，通過中央授權、授權監督方式解決灣區內的法律衝突，論證了跨境區域一體化建設的可行性。[19]“共建”指責任一體化，橫琴深合區的建設責任由廣東省、珠海市和澳門特區共同承擔，共同負責招商引資、土地開發等合作區建設事宜。當前廣東省、珠海市和澳門特區正探索適度減少行政干預，採用市場合作的模式進行開發共建，減少行政對接的冗長程序，充分利用跨境投資開發公司在市場經濟合作中的靈活性和高效性。如粵澳中醫藥科技產業園的建設，就是通過澳門政府設立的澳門投資發展股份有限公司與內地國有獨資公司珠海大橫琴投資有限公司合作開發運營。“共管”指橫琴深合區由珠海管理上升到廣東省實施屬地管理，抓好黨的建設、國家安全、刑事司法、社會治安等工作。社會穩定是橫琴深合區乃至粵港澳大灣區發展建設的基礎，琴深合區上升到廣東省進行屬地管理，其行政級別與澳門特區相對應，減少因不同行政級別政府就區域管理問題的層報溝通，提高合作效率。“共享”指粵澳雙方在合作區內的利益一體化，探索建立合作區收益共享機制。一方面，橫琴深合區的開發建設需要長期、大量的資金投入，合作區內投資收益再次投入到開發區的建設中，可形成良性循環，且減少了多層級政府收益分割以及後續開發要投入資金責任、比例等協商過程。另一方面，橫琴深合區的開發建設所產生的投資收益共享，也有利於提高各方積極性，共同投入到橫琴深合區的建設合作中。

二、粵港澳大灣區法治合作模式的問題與難點

隨著粵港澳大灣區建設不斷加速，灣區內對生產要素跨境流動的效率提出了更高的要求。然而粵港澳大灣區當前法治合作模式的實踐存在不足，尚未能滿足灣區高質量發展的需求。

（一）多層級立法主體消弭粵港澳大灣區多重立法權優勢

粵港澳大灣區多重立法權的行使，能夠充分發揮灣區內立法制度、創新能力、地理環境等巨大優勢，為粵港澳大灣區的經濟合作、法治合作提供了巨大的活力，也提供了重要的法治保障。然而，粵港澳大灣區各地的地方利益不同，導致了各立法機關和政府機關制定法規規章的目的、理念不同，且港澳特區有其獨特的立法程序，進一步延緩了粵港澳大灣區法治合作的進程。

一方面，粵港澳大灣區 9 市地方利益不同，若僅站在自身建設立場上與港澳進行法治合作，可能出現港澳生產要素的引入競爭，不利於粵港澳大灣區產業分區、分工的有序發展。城市為促進轄區內經濟發展，吸引周邊人流、物流、資金流向轄區內流動，是城市發展的基本路線，粵港澳大灣區 9 市也不例外。港澳地區作為國際性大都市，人才、資金、技術高度聚集，毗鄰城市越迅速、越全面地對接港澳規則，優先引入港澳生產要素，則越能優先發展，形成城市虹吸效應。故粵港澳大灣區 9 市對於立法權力有著天然的、迫切的追求，希望通過拓寬地方立法權限範圍，優先對接港澳規則，引入港澳生產要素加速城市發展，形成優勢良性循環。然而粵港澳大灣區內區域協同發展離不開 9 市的相互合作，意味著粵港澳大灣區 9 市的法治合作離不開地方人大和地方政府的合作和協商。然而，人大立法或政府制定規章限於自身行政區劃內，代表著地方民主的意志，對自己行政轄區內的選民利益負責，粵港澳大灣區 9 市的法治合作聯動意味著地方政府和人大需要在協商過程中

［18］ 參見程潔：《香港新憲制秩序的法理基礎：分權還是授權》，載《中國法學》2017年第4期，第88-103頁。

［19］ 參見王禹：《全面管治權理論：粵港澳大灣區法治基石》，載《人民論壇 · 學術前沿》2018第21期，第48頁。

明確合作事項的範圍邊界、事權邊界，或進而形成新的管理權限和機制，是對當前地方民主制度實踐的新挑戰。

另一方面，港澳特區行政層級和立法程序均與粵港澳大灣區其他城市不同。在涉及中央事權不可下放、不可授權的事項合作時，如涉及領土完整和政權實施的“一地兩檢”問題、再如涉及國家司法主權的法律適用、律師執業問題時，仍需要由中央決策，前期工作的探索、醞釀、驗證耗時較長。以港澳律師在粵港澳大灣區執業為例，2014 年深圳市港澳聯營律所正式獲准成立，但於六年後即 2020 年全國人大常委會授權國務院在粵港澳大灣區開展港澳律師取得內地執業資質試點，到首批港澳律師獲得執業證，已是兩年後了，港澳律師在內地的執業已滯後於粵港澳大灣區法律事務對外開放的要求，滯後於國際化營商環境的優化要求。又如港澳邊境“一地兩檢”，不同於深圳灣口岸“一地兩檢”是全國人大常委根據《香港基本法》直接、單向授予香港執法機關在內地限定區域執法的權力，西九龍站的“一地兩檢”，需要香港特區自治權的縮減，為內地執法機構在香港特區內提供執法權力和環境。該項通關規則的對接，由代表內地的廣東政府和香港特區政府磋商，再分別提交給全國人大常委決定和香港特區立法會立法，其中牽涉主體之多、流程之複雜，不僅需要耗費大量的沉默成本，且還面臨著突發意外導致提案流產的風險。然而，在“一地兩檢”僅僅是灣區內人流、物流高效流動的基礎要求，未來關口的優化還需要更多創新改革措施。

（二）試驗型法治合作模式的帶動力不足

微觀上，試驗型法治合作模式下對接港澳規則依賴於經濟特區立法權和立法變通權，區域性明顯，在粵港澳大灣區內部亦難以複製借鑒。在粵港澳大灣區內僅深圳、珠海經濟特區能適用“雙重立法權”制定創新性、突破性的規定對接港澳。經濟特區內的經濟體量大，樣本容量大，其對市場動態、生產要素流動要求的反應速度更快，且能根據地區特色制定因地制宜的規則機制，但也在事實上導致相關規則機制的區域性明顯，[20] 具有突破性、先行性的規則機制難以覆蓋到立法權較弱的城市，經濟特區與港澳深度合作方面遙遙領先但帶動作用卻不顯著。在粵港澳大灣區高質量建設中，經濟特區具有引擎作用，但也離不開其他城市的建設和發展。其原因在於，經濟特區的城市容量始終是有限的，其為灣區發展提供引擎動力的同時，也需要增強發展的協調性，利用好粵港澳大灣區的腹地，實現灣區城市群的高質量發展，提高灣區的整體競爭力。由於當前粵港澳大灣區 9 市與港澳規則銜接的情況並不平衡，與港澳合作的差距明顯，這不僅可能使粵港澳大灣區 9 市區域性規則政策的差異阻礙生產要素流動，更甚者若城市和城市間的制度差異和經濟水準不斷拉大，或造成粵港澳大灣區法治建設的木桶效應，[21] 不法分子利用不同城市間規則差異和城市規則短板，選擇性使用規則謀取不當利益。

宏觀上，試驗型法治合作模式的合作內容集中於科技、金融、法律等高端服務業領域，未能進一步與國家發展大局貼合，推進“一帶一路”倡議。《粵港澳大灣區發展規劃綱要》指出灣區發展要與推進“一帶一路”聯動，然而試驗型法治合作模式以市場為導向，經濟特區以發展外向型經濟為目標，受市場影響較大，其合作均為高端服務業領域，雖然使得粵港澳大灣區在國家整體產業鏈發展中承擔現代服務業產業結構改革的示範作用，然而粵港澳大灣區 9+2 城市均不屬於“一帶一路”六大經濟走廊與節點城市，[22] 相比於節點城市對“一帶一路”建設的高度重視和大量投入，

［20］ 參見毛豔華、信超輝、卓乘風：《粵港澳大灣區及周邊城市生產性服務業空間網路結構及經濟效應研究》，載《廣東社會科學》2022年第4期，第37頁。

［21］ 陳舒筠：《統一法治背景下的法治高地建設》，載《東方法學》2023年第5期，第194頁。

［22］ 張勵：《新時代下港澳引領式參與“一帶一路”高質量發展的安全環境、發展條件與實施路徑》，載《港澳研究》2023年第4期，第52頁。

粵港澳大灣區缺乏相應政策扶持和地理優勢，試驗型法治合作模式下集中發展高端服務業領域，缺乏完整產業鏈條將不利於灣區參與到“一帶一路”建設中，難以利用“一帶一路”經濟走廊內的市場資源，為推進粵港澳大灣區高質量發展賦能，長遠來看並不利於港澳融入國家發展大局。

（三）服務型法治合作模式難以充分調動港澳資源

服務型法治合作模式與港澳規則對接具有單向性，表現為粵港澳大灣區 9 市吸納港澳特區的法律制度、立法意見為主，由內地立法機關或政府主動制定規則或簡化程序以對接港澳，這種單向性規則對接雖然能夠避免雙向立法合作的程序繁雜問題，但難以調動港澳合作積極性。[23]

其一，內地單向對接港澳規則可能面臨港澳的認同和回應問題，諸如民商事司法規則銜接，如法律查明、跨境公證、跨境調解仲裁、網上訴訟平台等建設，有利於跨境民商事糾紛的解決，但單向性的民商事司法規則銜接下，調解、仲裁裁決乃至訴訟判決書，仍需要經過港澳現行民事司法程序才可得到承認與執行。而近年來香港法院對於內地仲裁裁決的審查不斷收緊，並展開部分實質審查，在承認內地仲裁裁決之外，給予了其他的執行救濟；新《澳門仲裁法》實施後，涉外仲裁在澳門申請執行，需要根據澳門《民事訴訟法典》規定由法院進行全案審查。粵港澳大灣區建設中各市場主體關注的不僅是跨境民商事糾紛的解決過程，更重要的是跨境民商事糾紛的解決結果，即有關調解、仲裁裁決乃至訴訟判決書能不能在港澳高效執行。同理，粵港澳大灣區建設中各市場主體關注的不僅是內地為引入港澳生產要素而制定的優惠政策，更重要的是有關規則能否得到港澳當地的認同和回應，生產要素需要雙向流通而非僅單向流入內地。

其二，服務型法治合作模式容易面臨“小門不開”的情形。服務型法治合作模式理論上是最適合粵港澳大灣區其他城市借鑒的合作模式。雖然中央、廣東省以及九市政府針對灣區特定領域出台並實施了相關政策，確保港澳居民在灣區內享受到內地居民同等待遇。但是政策的出台到落地實施，需要不斷細化實踐。比起南沙片區和廣州深圳等中心城市來說，其他城市缺乏大量的樣本和實踐數據，出現大門開，小門不開的政策落地問題。如為了讓港澳居民能自主、便捷地通行於粵港澳大灣區，內地先後開通港澳車牌申請、橫琴車牌、“港車北上”“澳車北上”等，但以上通行方式的申請程序不一，且車牌間不互通不互認，在港澳居民在灣區內通行或需申請多個牌照，造成行政冗餘。又如粵港澳大灣區內鼓勵跨境教育文化交流，但教師實際公務出境指標少，特別是中小學沒有權限直接與外事管理部門聯繫，[24] 基礎教育的跨境交流仍面臨政策鼓勵但實際落地難的問題。

其三，服務型法治合作模式下內地單向對接港澳規則，雖然短期內能打破制度堵點，促進港澳生產要素的流入，但宏觀上地方單向銜接港澳規則、對接港澳機制，難以體現粵港澳大灣區政策優越性，不利於支持香港、澳門更好融入國家發展大局。目前我們對接港澳國際化、先進性規則，引入港澳資金和人才，但並不意味著內地規則的落後。在“雙循環”新發展格局下，我們要以國內大循環為主體，擴內需擴容，促進國際國內雙循環，[25] 單向對接港澳規則並不利於“雙循環”新發展格局的構建。

（四）一體化法治合作模式擴大適用的不現實性

由於橫琴粵澳深合區建設有其獨特的背景，其適用的一體化法治合作模式難以在粵港澳大灣區其他城市和自由貿易片區擴大適用，粵澳共商共建共管共享的模式難以複製。究其根本，在於粵港

［23］ 參見王春業：《將清單式批量立法授權引入粵港澳大灣區法治建設》，載《法學雜誌》2021年第7期，第102-111頁。

［24］ 梁鶴、艾德洲：《粵港澳基礎教育跨境合作面臨的問題及對策研究》，載《港澳研究》2023年第4期，第88頁。

［25］ 參見孫久文、殷賞：《“雙循環”新發展格局下粵港澳大灣區高質量發展的戰略構想》，載《廣東社會科學》2022年第4期，第17-25頁。

澳法治一體化具有不現實性。橫琴深合區的建設承載了推動澳門產業多元化發展、打造澳門居民就業生活新空間等戰略任務，然而粵港澳大灣建設的目標是成為國際規則對接試驗地和“一國兩制”下港澳融入國家發展大局的實踐地[26]，堅持“一國”之本的同時，也要善用“兩制”之利。對於粵港澳大灣區其他城市而言，與港澳特區的規則差異，不能也沒必要實現完全協同。

中央對粵港澳大灣的定位可總結為開放、示範、融入三個關鍵字，這三個關鍵字也透露著粵港澳大灣區建設堅持“一國”之本和善用“兩制”之利的聯繫。粵港澳大灣的定位是：在“一國兩制”方針新實踐和全面開放格局新嘗試下，推進灣區建設為國家發展提供支撐，發揮示範引領作用，支持香港、澳門融入國家發展大局。其中，“開放”體現了中央對粵港澳大灣區建設的放權目的，在經濟、科技等領域賦予粵港澳大灣區更多權限，將內地市場逐步向港澳開放，一方面通過引入港澳生產要素促進區域協調發展，發展外向型經濟，提高灣區國際競爭力；另一方面為港澳經濟發展提供廣闊腹地，為港澳居民到內地發展提供更多機會，保持港澳長期繁榮穩定。故粵港澳大灣區才能夠在中央放權下突破一定的全國性法律法規，先行先試，善用“兩制”之利。“示範”和“融入”則體現了粵港澳大灣區堅持“一國”之本，也是灣區規則與港澳規則不能也沒必要實現完全對接的原因之一。“示範”和“融入”指粵港澳大灣區對全國性法律法規的突破是為了國家發展服務，一方面，粵港澳大灣區對全國性法律法規的突破是為了國家發展服務，即粵港澳大灣區先行先試的經驗，大部分需要轉化到國家發展建設中，而非“一枝獨秀”，拉大城市和城市間的制度差異和經濟水準。這要求粵港澳大灣區對全國性法律法規的突破，不能完全脫離國家法秩序的統一，而是在我國法治統一下的有序探索。另一方面，粵港澳大灣區與港澳的規則銜接機制對接，是為了支持香港、澳門融入國家發展大局。若粵港澳大灣區 9 市一味單向對接港澳規則，雖然短時間內能有效引入港澳乃至國際人才、資金、技術，但生產要素的流入難以擴散到其他領域，限制了港澳融入國家發展大局進程。

三、粵港澳大灣區法治合作模式的思路與探索

粵港澳大灣區不同法治合作模式雖各有利弊，但已有的合作模式尚未滿足灣區高質量發展需求。粵港澳大灣區不同法治合作模式的運用，有其地域特色、權限依據等深層邏輯。下文嘗試結合三種法治合作模式的優勢和粵港澳大灣區高質量發展的實踐情況，探索粵港澳大灣區法治合作新模式，創新規則銜接機制對接的方式。此外，《粵港澳大灣區發展規劃綱要》明確指出，灣區的發展要以“四個全面”戰略為指導思想之一，粵港澳大灣的高質量發展需要在法治框架下推進。[27]故粵港澳大灣區的法治合作不僅要創新規則銜接機制對接的方式，還需要聚焦灣區內規則銜接機制對接的重點領域，進一步提升制度創新、法治先行對粵港澳大灣發展的引領作用。

（一）整合粵港澳大灣區法治合作模式的優勢

當前粵港澳大灣區三種法治合作模式均有其優勢，對粵港澳大灣區各市推進法治合作具有借鑒意義。

第一，試驗型法治合作模式充分利用了經濟特區的市場優勢，在與港澳規則銜接機制對接中緊緊把握住了市場需求。雖然粵港澳大灣區其他城市並沒有經濟特區立法權和立法變通權，但可借鑒

［26］ 參見陳朋親、毛豔華：《粵港澳大灣區跨域協同治理創新模式研究——基於前海、橫琴、南沙三個重大合作平台的比較》，載《中山大學學報(社會科學版)》2023年第5期，第168頁。

［27］ 參見石佑啟、陳可翔：《粵港澳大灣區治理創新的法治進路》，載《中國社會科學》2019年第11期，第64-85頁。

試驗型法治合作模式下對市場需求的關注和重視，結合自身城市特色和優勢，推動法治化營商環境建設。深港、珠澳聯合發揮極點帶動作用，廣州和佛山也可加快同城建設，強強聯合在粵港澳大灣區內形成多中心發展格局，其他節點城市可結合自身城市特色和優勢進行規則對接，如江門、肇慶等先後出台《“粵味”涉僑糾紛多元化解實施方案》《關於建立肇慶市涉僑糾紛多元化解工作機制的意見》等，因地制宜針對涉僑糾紛提出一系列糾紛解決機制，提高城鄉跨境法律服務水準，不斷加強與僑胞的聯繫，積極鼓勵和引導海外華僑華人、港澳同胞回家鄉投資，共同參與粵港澳大灣區的建設和發展。

第二，服務型法治合作模式利用好粵港澳大灣區的政策優勢，在中央指導和政策指引下實現自上而下的區域協調發展規劃。一方面服務型法治合作模式主要圍繞政府服務的優化和政府職能的轉變，地方政府具有一定自主權限，服務型法治合作模式適用範圍廣，有利於粵港澳大灣區腹地的法治建設，提高大灣區的整體競爭力。另一方面，服務型法治合作模式是在中央指導和政策指引下進行規則銜接機制對接，有利於國家法制統一和協調，有關對接規則更貼合國家宏觀政策，為國家發展服務，粵港澳大灣區先行先試的經驗能夠大部分轉化到國家發展建設中。

第三，一體化法治合作模式產生於澳門迫切需要進行產業結構改革提高其經濟適度多元化的背景下，與粵方達成共商共建共管共享的一體化法治合作。可見粵港澳大灣區內法治合作若更深入瞭解港澳發展的迫切所需，可以充分調動港澳積極性，促使港澳主動投入到規則銜接機制對接中，進一步深化內地與港澳合作，為“雙循環”新發展格局擴容。

（二）打造規則銜接機制對接創新平台

通過反思當前粵港澳大灣區法治合作模式的現實困境，整合法治合作模式的優勢，本文進一步探索打造規則銜接機制對接創新平台，嘗試設計具有地區特色、集齊權威性、高階性、適時性、靈活性於一體的粵港澳大灣區法治合作新模式，深化內地與港澳合作，全面貫徹“一國兩制”方針，並提升粵港澳大灣區在國家經濟發展和對外開放中的支撐引領作用。

1. 規則銜接機制對接創新平台的主體構思

規則銜接機制對接創新平台，指探索建立作為國家發展戰略和粵港澳大灣區發展服務的官方區域統籌協調機構和平台，為粵港澳大灣區 9 市和港澳規則銜接機制對接提供方向性指引，推動跨境事務協作治理。

粵港澳大灣區規則銜接機制對接創新平台由中央統籌，在粵港澳大灣區建設領導小組領導下參與決策，有利於粵港澳大灣區法治合作中央地事權的劃清，也有利於各地有效貫徹粵港澳大灣區的政策優勢，貼合國家宏觀發展需要。[28] 一方面，由中央在規則銜接機制對接中宏觀考慮粵港澳大灣區 9 市的權限差異和發展速度差距，保持基本的法治統一。有學者認為區域協調發展實踐中的政策性本身內含隨意性，需要法治化的保障以避免各行政區域對市場和社會的過度干預，影響事權。[29] 另一方面，中央統籌並參與粵港澳大灣區規則銜接機制對接的創新，符合央地立法權配置和事權劃分的規定，[30] 由中央決定是否授權地方立法或是否由中央直接立法，符合《憲法》和《立法法》對中央和地方機構職權、立法權限等劃分。

廣東省、粵港澳大灣區 9 市是實現粵港澳大灣區規則銜接機制對接的主要力量，也是構建規則

［28］ 參見朱國斌：《推進粵港澳大灣區建設的法律困境與進路》，載《深圳社會科學》2024年第3期，第39-40頁。

［29］ 參見郭天武、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》，《特區實踐與理論》2021年第1期，第25-26頁。

［30］ 參見封麗霞：《中央與地方立法事權劃分的理念、標準與中國實踐——兼析我國央地立法事權法治化的基本思路》，載《政治與法律》2017年第6期，第16-32頁。

銜接機制對接創新平台的重要主體。在粵港澳大灣區地方建設方面，需要中央直接立法的事項少，主要通過中央授權和地方事權的能動治理，可由粵港澳大灣區 9 市在自身權限內根據地區需要與港澳規則對接，優化政府服務和基礎設施建設，不需要上升到中央立法層面。因此充分發揮廣東省、粵港澳大灣區 9 市的地方事權在灣區法治合作中至關重要。此外，地方通過平台與中央溝通，有利於明確中央事權和地方事權的界限，保證地區與港澳對接的規則符合憲法和其他上位法的規定。

香港澳門特區雖然具有高度自治權，在一定程度上無須參與中央與粵港澳大灣區 9 市的事權分配。但作為灣區的成員，港澳在粵港澳大灣區法治合作中發揮重要作用。一是在粵港澳大灣區由中央直接立法的合作事項，仍需要由港澳進行立法轉換，方能在港澳實施。港澳參與到規則銜接機制對接創新平台中，能直觀地為有關決策提出程序和實體建議。二是在粵港澳大灣區由地方立法推進的合作事項，港澳的參與能為地方決策提供有關數據和材料，真實表達港澳當前需求，提高港澳對規則銜接機制對接的積極性，促進灣區內法治合作的效率。

2. 規則銜接機制對接創新平台的關鍵機制

上文提出了規則銜接機制對接創新平台的主體，包括中央、廣東省、粵港澳大灣區九市以及香港澳門。如何確保有關權力機關和行政機關，能夠在規則銜接機制對接創新平台下發揮作用，使粵港澳大灣區法治合作兼具地方能動性、適時性、合作積極性等優勢，需要一套明確的平台組織運行制度。

其一，構建央地權責明晰的協商機制，在粵港澳大灣區法治合作中探索民主集中制和磋商式的單一制創新實踐。構建能夠促使多層級權力主體充分協商的區域平台，首先要釐清各權力主體的權責範圍，什麼屬於中央事權需要中央集中領導，什麼屬於地方事權可以發揮地方民主與港澳合作，充分發揮民主集中制的優勢。我國是單一制國家，地方權力由中央授予。不同於舊金山灣區、東京灣區等，粵港澳大灣區的形成是國家公權力整體部署而非市場自發的鏈結，[31] 粵港澳大灣區規則銜接機制對接的前提是堅持中央的統一領導，服務國家發展需求。《立法法》第 8、73 和 82 條大致劃分了中央事權和地方事權的事項，但由於存在法律保留事項，在粵港澳大灣區規則銜接機制對接的實踐中不乏需要中央授權的事項以及需要劃分央地事權的模糊地帶。故規則銜接機制對接創新平台可通過召開定期會議，制定法治合作工作計劃等方式，由地方主動提出晰權、授權申請，確保央地事權劃分在規則銜接機制對接的前期完成。對於需要中央集權的事項，可由中央直接立法，也可探索一事一授權、批量清單式授權、立法文件審批制等磋商授權的方式授權地方自主與港澳進行法治合作；[32] 需要地方事權充分發揮能動性的領域，地方可自主與港澳磋商進行規則對接，通過平台在前期工作中獲得港澳的市場動向和對接意見，在後期工作推動相關規則對接的宣傳，加強港澳居民對粵港澳大灣政策的認識和瞭解。

其二，設計地方行政部門的專項對接機制，妥善處理粵港澳大灣區 9 市與港澳的橫向權力關係以及粵港澳大灣區 9 市之間的橫向權力關係。在處理粵港澳大灣區 9 市與港澳橫向權力關係中要尊重港澳特區高度自治權，承認內地與港澳社會制度的底層邏輯不同，[33] 部分規則難以達成統一，亦無需統一。粵港澳大灣區建設是“一國兩制”方針的新實踐，在改革開放下內地市場與國際對接中，容易出現“水土不服”，而港澳特區在“一國兩制”方針下，長期保持資本主義制度生活方式，對外開放性強，是內地改革開放的窗口陣地，也是內地與國際接軌的“中轉站”。港澳在規

［31］ 參見葉必豐：《區域治理的“中央統籌與地方負責”原則》，載《行政法學研究》2023年第2期，第7-12頁。

［32］ 陳奎、董寬：《論授權立法視閾下的區域協同立法》，載《法學雜誌》2024年第3期，第140頁。

［33］ 參見王振民：《“一國兩制”實施中的若干憲法問題淺析》，載《法商研究(中南政法學院學報)》2000年第4期，第3-12頁。

則銜接機制對接中的“和而不同”，是維持“兩制之利”，灣區不斷發展融入全球化的基礎之一。設計地方行政部門的專項對接機制，在不觸動港澳基本政治經濟制度前提下，對接港澳專職行政部門，小範圍、針對性地借鑒和對接港澳成熟的、國際化的規則，並藉此加強與港澳業務部門的聯繫，推動內地規則在港澳的認知度和認同度。對於港澳尚未制定或完善的新興領域的規則制度，通過地方行政部門的專項對接機制，加強內地與港澳在新興領域規則制定的協商，共享新興領域發展動態，推動港澳主動對接和融入粵港澳大灣區新興領域的建設和發展。在處理粵港澳大灣區 9 市之間的橫向權力關係中要分配好區域內部核心利益，避免粵港澳大灣區 9 市產業結構、經濟發展定位趨同帶來的惡性競爭，降低各地利益壁壘。當前粵港澳大灣區主要有廣佛、廣深、澳珠三個核心區，五大中心城市，各地根據城市發展歷史和宏觀經濟需求，通過地方行政部門的專項對接機制與港澳合作，制定和分享規則對接計劃和進程，及時反饋建設的需求和不足，有利其他城市及時關注其與港澳規則對接的現狀，加強城市間的互補與合作，完善粵港澳大灣區產業鏈，也有利於城市間立法經驗的借鑒和立法效率提升，避免粵港澳大灣區多重立法權導致的地區立法利益衝突和失衡。[34]

其三，設置政府合作和民間合作雙軌並行機制，发挥社會多元治理的力量。一方面粵港澳大灣區法治建設具有複雜性，由於粵港澳大灣區各地經濟發展、與港澳合作緊密程度不同，與港澳規則銜接機制對接的需求度也不同，若僅通過單一、自上而下地行政、立法推動粵港澳大灣區合作，以單一標準評價地方治理能力，可能導致法律工具主義異化，地方與港澳的法治合作不是出於地方需要，而是成為了“政績工程”，灣區的規則銜接機制對接將趨於形式化。[35] 另一方面，粵港澳大灣區通過行政規章、地方法規等硬規定實現與港澳規則對接，這些硬規定的制定涉及多層級權力主體，行政、立法溝通成本高，容易出現“大小門”問題。故粵港澳大灣區規則銜接機制對接不能單一依賴政府的力量，還需要加強民間如企業、行業協會等市場主體、學界的力量，多元主體共同推進粵港澳大灣區法治合作，為灣區規則銜接機制對接提供實質內容和創新動力。重視市場主體在粵港澳大灣區規則銜接機制對接中的作用，對於內地來說，是發展社會主義市場經濟優勢的新實踐，通過國有企業和港澳政府設立的公司合作、共同開發管理合作區等，減少政府行政干預，充分發揮企業在市場中的靈活性，與港澳資本主義制度適配度更高。對於港澳來說，其立法會設工商、金融界別，選舉委員會功能團體也包含工商、金融業代表，商界、金融界人士對港澳立法和行政的影響力大。可在規則銜接機制對接創新平台的定期會議、政府部門專項對接工作中邀請港澳商界、金融界行業協會、代表參與，拓寬規則對接工作的政務公開途徑，一方面可以保證規則銜接機制對接創新平台能及時獲得港澳市場信息和政策需求，刺激港澳特區主動合作的熱情，另一方面促進港澳相關行業自下而上推動港澳立法，高度適配香港澳門立法機制。此外，也有學者建議加入學界的力量，[36] 借鑒美國洲際示範法，制定軟規定協調粵港澳大灣區複雜主體間的立法衝突，[37] 政府借助社會力量的參與完成公共任務，发挥社會力量的治理能動性。[38]

（三）粵港澳大灣區規則銜接機制對接的重點領域

由於當前粵港澳大灣區規則銜接機制對接主要以內地單向對接為主，要推進粵港澳大灣區法治合作，需要推動粵港澳大灣區 9 市的合作，還需要調動港澳特區規則銜接的主動性和積極性，把

［34］ 任爾昕等：《地方立法品質跟蹤評估制度研究》，北京大學出版社2011年版，第23頁。

［35］ 參見李少文：《中央和地方關係視角下地方立法權擴容的治理效能》，載《法學論壇》2024第2期，第137頁。

［36］ 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93頁。

［37］ 參見王春業：《論粵港澳大灣區立法協調的示範法方法》，載《法學雜誌》2022年第5期，第80-90頁。

［38］ 參見石佑啟、陳可翔：《合作治理語境下的法治化營商環境建設》，載《法學研究》2021年第2期，第185-187頁。

握港澳經濟發展的核心需求，在“急切需要”和“經驗借鑒”兩個領域內激發港澳主動合作的積極性，在“先行先試”領域內探索粵港澳大灣區 9 市的合作。

其一，“急切需要”領域是指在粵港澳大灣區在進一步深化合作中需要迫切解決的問題，能有效刺激粵港澳合作，如民生建設、經濟發展等領域。在民生領域內，目前港澳正積極推進“專才計畫”“優才計畫”“高才計畫”等人才引入政策，加大對內地人才的引入，填補高科技人才和專業化勞動力不足的缺口。因此，粵港澳大灣區內人才引進、安置和交流等成為了當前粵港澳大灣區民生領域法治合作的熱點，粵港澳就人才引入帶來的居民身份對接、勞動保障對接、稅收規則對接、醫療保險規則對接等進行磋商，有利於加快粵港澳大灣區內人才的雙向流動。再者，由於港澳地區毗鄰廣東省，在生態環境治理方面與內地合作的迫切性高，[39] 特別是河流上下游治理、毗鄰土地生態治理、填海問題及後續管理等等，部分問題可以通過行政管理對接完成，如上文所述的深圳河治理問題，但有關港珠澳大橋的生態保護問題、港澳填海造地或毗鄰土地租借等，都涉及國家領土主權，有必要通過中央立法進行。在經濟領域內，雖然香港相關經濟制度和金融規則更具國際化，在世界銀行發佈的全球營商環境排名中名列前茅，但近年來面對新加坡的競爭壓力，香港特區也迫切需要進行金融創新改革，在粵港澳大灣區建設中尋求新的增長極。[40] 在 2022 年香港特首施政報告中也提出，探索與內地金融機構在碳市場發展合作，加強與內地的數據要素流通。

其二，“經驗借鑒”領域是指在粵港澳大灣區高質量發展中，內地已率先進行探索、試驗的領域，如金融科技、5G 網路建設和數字政務服務等，可通過雙向立法合作提供給港澳規範經驗和實踐經驗，共同探索制定法治化、國際化的規則機制。如深圳建設中國特色社會主義先行示範區，在建立現代化經濟體系示範上重點發力，出台了《深圳經濟特區數字經濟產業促進條例》《加快推進 5G 全產業鏈高質量發展若干措施》等創新制度，立法探索數字化交易創新，釋放數字經濟動能，加快推進 5G 全產業鏈高質量發展。與此同時，香港特區正準備對相關領域進行立法修例，2022 年香港特首施政報告中也提出：在金融科技領域，要提高香港金融科技競爭力，開展數碼港幣準備工作，加強與內地合作打造數字人民幣跨境支付工具；在 5G 通訊領域，香港特區也正準備修例擴大 5G 網路建設；在優化政府服務方面，香港加強智能政府建設，提出在未來實現政府服務全面電子化……[41] 這一系列的規劃都為內地與香港在金融科技、5G 網路建設和政務服務等方面的雙向法治合作提升可能性和動力。

其三，“先行先試”領域指促進粵港澳大灣區內其他城市地區對經濟特區、自由貿易區等先行先試對接港澳規則的經驗借鑒。在粵港澳大灣區面臨行政管理問題時，根據地方事權範圍和地區需要與港澳規則對接，不需要上升到中央立法層面。如深圳與香港在河流治理規則衝突上，探索建立了共同的機構，實現分區治理的做法，屬於地方事權範圍。“先行先試”領域包括探索專業資質互認，突破技術壁壘，實現專業人才的自由流動；優化營商環境，打造粵港澳大灣區“一站式”商事政務服務建設，提高服務效率；在糾紛解決方面，加強跨境糾紛解決平台的數字化建設，並鏈接其他城市已有的數字平台；提高科技轉化為生產力的效率，以創新驅動發展，探索建立大灣區知識產權信息的共享機制，培育粵港澳大灣區知識產權專業中介機構，解決信息不通問題，加強與港澳特區進行知識產權保護合作；在教育、養老、醫療等民生領域一方面切實解決港澳人才在內地的子女教育、長者養老等核心問題。

---

［39］ 參加陳潤羊：《多元互動型區域環境協同治理模式研究：以粵港環境合作為例》，載《港澳研究》2022第2期，第55頁。

［40］ 參見張立真：《2021年香港經濟形勢報告》，載《港澳研究》2022年第2期，第62-70頁。

［41］ 《行政長官2022年施政報告》，http://www.hkstv.tv/index/detail/id/103621.html，2022年10月20日訪問。

Abstract: At present, the docking mechanism of rules in Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area has explored three modes of legal cooperation in experimental, service-oriented and integrated, according to different local authorities and local needs. These three modes of legal cooperation not only take advantage of market advantages, policy advantages and special regional background advantages, but also have some shortcomings, such as lagging behind, high cost and regional defect, and the initiative of Hong Kong and Macao to actively dock has not been effectively mobilized, which makes it difficult to respond to the high requirements of the high-quality development of the Great Bay Area for the flow of production factors. The support for the integration of Hong Kong and Macao into the overall situation of national development still needs to be improved. This paper integrates and draws lessons from the advantages of different legal cooperation modes in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area, explores the innovation of the legal cooperation mode in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area, puts forward new ideas for the system of rule convergence docking to key area in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area.

Key words: Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area; Mode of Legal Cooperation; Rule Convergence; Mechanism Docking

（責任編輯：勾健穎）

粵港澳大灣區碳市場一體化法治保障研究

張葉東*

摘　要　粵港澳大灣區碳市場一體化的實現亟需有力法治保障，包括立法、執法和司法三個層面。粵港澳大灣區作為“一國兩制”背景下的特色城市群，為助力區內“雙碳”目標實現，需要各方密切合作，其中促進粵港澳大灣區碳市場法治一體化無疑是引領區內“雙碳”合作的法治之基，也是區域法治合作在粵港澳的生動實踐。囿於法律制度的差異，粵港澳大灣區碳市場法治合作面臨著立法層面碎片化、執法層面分散化、司法層面沖突化的困境，導致粵港澳三地碳市場法治合作交流不暢通，難以實現一體化法治保障。為此我國應當在尊重港澳高度自治權的基礎上，發揮中央全面管治權與中央對地方（內地）統一領導的作用，以“授權＋協商”的方式加強粵港澳大灣區的法治合作，並靈活運用多種立法協調技術，建構系統完整的粵港澳大灣區碳市場合作法治體系。

關鍵詞　粵港澳大灣區　碳市場　區域法治合作　央地關系　制度型開放

一、問題之提出

粵港澳大灣區碳市場一體化法治建設既是生態文明建設的重要依托，也是涉外法治建設的重要內容。黨的二十大報告指出：“要提升我國的對外開放水平……穩妥有序地擴大規則等制度型開放。”同時，“積極穩妥推進碳達峰碳中和”也已被列入黨的二十大報告，是推動綠色發展，促進人與自然和諧共生部分所要開展的重點專項工作。推進“雙碳”工作將成為我國中長期生態文明建設的關鍵戰略任務。[1] 可以預見的是，黨中央與國務院在經濟發展、能源轉型、生態環境保護、技術革新等領域將繼續作出決策部署並予以貫徹實施，以堅定信念與有力舉措持續推進氣候變化應對工作，尤其是碳市場建設工作，以國內大循環吸引全球資源要素，增強國內國際兩個市場兩種資源聯動效應。從法治的角度來看，碳市場建設的制度化和規範化程度，將決定“雙碳”目標

*　張葉東，復旦大學法學院博士研究生，復旦大學環境資源與能源法研究中心助理研究員。

本文係國家社科基金一般項目“‘雙碳’目標下上市公司綠色治理法律制度研究”（項目編號：23BX102）階段性成果。

［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》，載中華人民共和國中央人民政府網，https://www.gov.cn/gongbao/content/2022/content_5722378.htm，2024年1月19日訪問。

能否順利實現。在這一過程中，區域碳市場法治一體化是重點工作，[2]有其實現的必要性。因為一體化能夠有效整合粵港澳大灣區內的法律資源，減少制度沖突，提高執法效率，從而推動區域內碳排放的統一交易和統一監管，為實現“雙碳”目標提供堅實的法治保障，促進區域經濟的綠色低碳發展。這裏必須要交待的是，碳市場一體化法治保障具有不同於其他生態環境法治保障的全球性、流動性、金融性特征，其影響範圍更廣、涉及區域更多。本文所提出的碳市場一體化法治保障包含兩個維度的內容，一是通過法治保障來處理大灣區碳市場一體化，側重於在粵港澳大灣區實現碳市場的一體化運行，即在不同法域下尋找共同的法治基礎，以規則銜接和機制對接來促進三地碳市場的協調與統一；二是碳市場的法治一體化，強調建立統一的法律體系，通過一體化的立法、執法和司法體系，確保碳市場的有效運作。兩者的區別在於前者關注區域內的合作與銜接，後者側重於整體法律框架的統一。兩者的聯系在於前者是實現後者的基礎和前提，區域規則銜接和機制對接是法治一體化的重要步驟，最終目的是通過法治保障實現大灣區碳市場的有效一體化運作。碳市場一體化的法治保障離不開兩個維度的融合，其實質在於法治一體化與市場一體化的制度互鑒，不能僅框定一種監管模式，而是要在改革與實踐中不斷創新發展。國家之所以高度關注區域合作問題，並對這一問題高度重視，是由於特定區域內的環境因素會對區域環境造成共同影響，中國碳市場的法治一體化必然要先從各區域碳市場法治一體化開始破局。我國長三角、京津冀等區域都在通過合作以開展區域治理工作。在我國推行“一國兩制”的形勢下，粵港澳大灣區設置了特色城市群，在國際合作方面擁有制度以及關鍵支點優勢，這將助力我國更好地在一定時間內實現“雙碳”目標、積極參與各種環保活動，進而為全球綠色治理做出傑出貢獻。2024 年 1 月 5 日召開的國務院常務會議審議通過了《碳排放權交易管理暫行條例（草案）》，形成了碳排放權交易管理相關制度，進一步規範碳排放權交易，為我國碳市場的有序發展提供了法律保障。[3]在上位法已經提升到行政法規的基礎上，我國接下來在碳市場法治領域要做的就是區域法治一體化直至最終形成法治統一。2024 年 1 月 11 日，中共中央、國務院發布的《關於全面推進美麗中國建設的意見》指出，要“深化粵港澳大灣區生態環境領域規則銜接、機制對接，共建國際一流美麗灣區”。[4]中共中央、國務院於 2021 年 10 月出台《關於完整準確全面貫徹新發展理念做好碳達峰碳中和工作的意見》，其中提到對粵港澳大灣區進行進一步規劃，將該區域作為改善區域布局的一個區域，助力該區域更好地實現低碳發展目標，走綠色發展路線，應進一步加強對當地發展方向的有力引導，明確當地的發展要求。[5]毋庸置疑，粵港澳大灣區也將在綠色低碳政策的引導下，在碳市場法治融合發展的方向上提升一個層次。本文的問題意識在於探討在“一國兩制三法域”的特殊背景下，如何通過法治手段實現粵港澳大灣區碳市場的一體化建設。既有文獻要麼聚焦某個具體的法律問題，要麼集中於粵港澳大灣區合作立法機制構建，[6]要麼涉及粵

［2］ 參見陳梓銘：《碳排放控制制度體系的構建理路》，載《法治論壇》2023年第2期，第104頁。

［3］ 參見《要聞：國務院常務會議審議通過<碳排放權交易管理暫行條例（草案）>》，載搜狐網，https://www.sohu.com/a/750392681_121719042，2024年1月17日訪問。

［4］ 參見新華社：《中共中央 國務院關於全面推進美麗中國建設的意見》，載中華人民共和國中央人民政府網，https://www.gov.cn/zhengce/202401/content_6925405.htm，2024年1月17日訪問。

［5］ 參見新華社：《中共中央 國務院關於完整準確全面貫徹新發展理念做好碳達峰碳中和工作的意見》，載中華人民共和國中央人民政府網，https://www.gov.cn/gongbao/content/2021/content_5649728.htm?eqid=9f75dcd300031f7e0000000264644303，2024年1月17日訪問。

［6］ 參見張緊跟：《論粵港澳大灣區建設中的區域一體化轉型》，載《學術研究》2018年第7期，第58頁；參見陳欣新：《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88頁；參見董皞、張強：《推進粵港澳大灣區建設的法律制度供給》，載《法學評論》2021年第5期，第101頁。

港澳大灣區環境司法執法協調工作，[7]要麼聚焦於粵港澳大灣區標準規則銜接，[8]要麼僅對內地“雙碳”立法[9]和碳市場建設有所提及，[10]研究視野均較為局限，尚缺乏針對粵港澳大灣區碳市場法治一體化建設的專門文獻，因此有必要進一步深入研究探索。那麼，如何積極穩妥推進碳市場一體化工作，如何破解當前各地碳市場工作各自為政的碎片化現狀，尤其是在粵港澳大灣區範圍內，三地碳市場存在立法、執法、司法適用沖突的現狀，如何破解這樣的難題，有待進一步分析研究。因此，仍需從立法等層面對粵港澳大灣區進行梳理，基於對當地現行法治“存量”的了解，在不久的將來，進一步從擴大法治“增量”入手，為碳市場合作提供有力的法治保障。隨後，筆者將從實證考察、法理基礎和實現路徑三個層面入手，促進粵港澳大灣區碳市場法治一體化發展，為粵港澳大灣區碳市場一體化建設提供學理支撐。

二、粵港澳大灣區碳市場法治一體化的實證考察

區域協同法治化是推動新時代法治發展和進步的重大戰略舉措，[11]粵港澳大灣區法治一體化建設更是這一戰略實施的重中之重。盡管“雙碳”目標是近期提出的新興概念，但在法治層面促進粵港澳地區達成法治合作以實現綠色低碳發展是我國的長期夙願。國家發改委、三地政府共同簽訂的協議，[12]或者國務院印發的文件，[13]均將“綠色發展”作為基本原則以達成粵港澳大灣區發展合作，並為這一區域的發展提供有力指導，而要想更好地實現綠色原則，就應改變現有的發展模式，走綠色低碳的發展路線。在中央及及珠三角九市、香港特別行政區和澳門特別行政區碳市場一體化法治建設過程中，有不少粵港澳大灣區三地碳市場法治合作的鮮活實踐，筆者對此做了詳細梳理和分析。

（一）中央及珠三角九市碳市場法治現狀

在中央及珠三角九市的碳市場法治建設中，珠三角地區的獨特性尤為顯著。盡管全國各地普遍面臨監管體制碎片化和信息披露單一的問題，但珠三角地區的碳市場法治建設在某些方面更具挑戰性和複雜性。其主要問題在於立法、執法、司法等多個層面缺乏協調與統一。這一地區需要在“一國兩制三法域”的背景下進行跨區域協同立法，然而由於法律制度差異和缺乏上位法依據，這一過程並無太多先例可循。僅靠生態環境部應對氣候變化司這一部門，無論在職權範圍還是專業能力上，都難以全面監管碳交易。相比全國其他地區，珠三角地區由於其特殊的法律環境和經濟結構，必須通過更加深入的立法創新和實證分析，以實現有效的碳市場法治一體化。

1. 立法層面

［7］ 參見謝偉：《粵港澳大灣區環境行政執法協調研究》，載《廣東社會科學》2018年第3期，第246頁。

［8］ 參見陳欣新：《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88頁；參見單菁菁、張卓群：《粵港澳大灣區融合發展研究現狀、問題與對策》，載《北京工業大學學報（社會科學版）》2020年第2期，第1頁。

［9］ 參見張梓太、張葉東：《實現“雙碳”目標的立法維度研究》，載《南京工業大學學報（社會科學版）》2022年第4期，第14頁。

［10］ 參見賓暉、張葉東：《關於中國碳市場建設和發展的若幹思考》，載《環境保護》2022年第22期，第11頁。

［11］ 參見金夢：《立法者心智：區域協同立法機制構建的動因》，載《法學》2021年第1期，第78頁。

［12］ 《深化粵港澳合作 推進大灣區建設框架協議》，載粵港澳大灣區門戶網，http://www.cnbayarea.org.cn/introduction/content/post_165588.html，2024年1月17日訪問。

［13］ 《粵港澳大灣區發展規劃綱要》，載中華人民共和國中央人民政府網，https://www.gov.cn/gongbao/content/2019/content_5370836.htm，2024年1月17日訪問。

在分析中央與珠三角九市碳市場的立法現狀時，首先需關注的是中國碳市場制度體系的構建過程，尤其是從中央到地方的制度架構。[14] 層級性立法是我國法律體系構造的主要特點。對中央的制度架構進行分析，我國將《憲法》作為根本大法，為《憲法》賦予了至高無上的法律地位，其中與國家義務等相關的規範是我國碳市場立法框架的立根之本。[15] 而在《憲法》之下，我國內地碳市場立法框架目前由行政法規、行政規章以及規範性文件等共同構成，尚缺乏法律位階的頂層規則。本質上，我國生態環境問題可歸結為高碳能源結構和高耗能、高碳產業結構問題，碳排放問題與排污問題如出一轍。[16] 在我國碳市場領域，與該領域法律適用問題相關的法律，多源自於環境、能源、氣候等方面。我國將地方試點工作作為建設碳市場的著眼點。自 2011 年以後，國家發展改革委准予北上廣等多地試點進行碳排放權交易，全國碳市場於 2021 年 7 月 16 日上線交易。[17] 我國在碳交易方面初步建立了與國情相符的制度框架，初步培養了碳交易市場，初步取得了一定的降碳成效。[18] 根據《立法法》第 88 條、第 89 條和第 91 條的規定，中央、地方層面的立法分別是指全國碳市場立法、珠三角地區九市的碳市場立法，後者包含了地方政府發布的法律規定和規章制度，其效力層級也存在一定差異。[19] 地方性立法普遍具有鮮明的特色，而中央出台的基礎性法律往往包含了原則性、概括性規則，地方立法針對中央立法做出了更加具體的規定。在這種情況下，在碳市場的立法方面，珠三角九市應逐步與中央保持同步，從而提升碳市場制度體系的效率。例如，廣東省發布了《廣東省環境保護條例》等法規，這些省級層面的地方性法規普遍對省域內的大氣污染監督治理等問題明文規定。市級行政區劃層面，廣州等地也在不斷頒布並改善法律規定和規章制度。[20] 例如，《廣州市生態環境保護條例》於 2021 年 10 月通過表決，對當地的“雙碳”目標、碳普惠以及碳減排做出明文規定；自 2021 年 9 月以後，深圳市人大常委會推行對當地大氣污染防範與治理問題做出專門規定的《深圳經濟特區生態環境保護條例》，並通過生態系統生產總值核算體系等機制將整體環境治理納入日程。佛山等多地盡管並未出台專門的地方性法律規定或規章制度，但可以參照中央、省級層面的地方性法律規定或規章制度來開展當地的碳市場立法工作。

2. 執法層面

粵港澳大灣區碳市場法治一體化最關鍵的環節是法治實施，即執法。[21] 尤其是，在面臨監管體制碎片化和信息披露單一的背景下，如何高效地執行法律成為一大挑戰。當前，廣東省在環境執法方面已經積累了一定經驗，但由於區域內法制環境差異，跨區域執法的協同仍需進一步加強和完善。而這一環節離不開監管部門的執法行為。目前，粵港澳大灣區碳市場存在監管體制碎片化和信息披露形式單一的問題。在缺乏上位法依據的情況下，尤其是粵港澳大灣區這樣跨法域、跨區域協同立法並無太多先例可循的情形下，僅僅依靠生態環境部應對氣候變化司這一個部門，不論是在職權範圍內，還是在專業能力上都難以統攝碳交易的監管職責。[22] 隨著全國碳市場的鋪開以及各方

［14］ 參見賓暉、張葉東：《關於中國碳市場建設和發展的若幹思考》，載《環境保護》2022年第22期，第11頁。

［15］ 參見王江：《論碳達峰碳中和行動的法制框架》，載《東方法學》2021年第5期，第122頁。

［16］ 參見黃潤秋：《把碳達峰碳中和納入生態文明建設整體布局》，載《環境保護》2021年第22期，第8頁。

［17］ 上海環境能源交易所：《全國碳市場於2021年7月16日正式啟動上線交易》，載上海能源交易所網站，https://www.cneeex.com/c/2021-07-16/491247.shtml，2024年1月18日訪問。

［18］ 參見賓暉、張葉東：《關於中國碳市場建設和發展的若幹思考》，載《環境保護》2022年第22期，第11頁。

［19］ 參見楊解君：《“雙碳”目標下發展與安全雙贏的法治實現——基於總體國家安全觀的探討》，載《江海學刊》2023年第3期，第166頁。

［20］ 張梓太、張葉東：《實現“雙碳”目標的立法維度研究》，載《南京工業大學學報（社會科學版）》2022年第4期，第14頁。

［21］ [德]阿圖爾·考夫量、溫弗裏德·哈斯默爾：《當代法哲學和法律理論導論》，法律出版社2013年版，第10頁。

［22］ 參見雲靜達：《全國統一碳市場的法治化建構：價值平衡與路徑借鑒》，載《學術交流》2023年第8期，第70頁。

參與主體的加入，企業由於不熟悉碳市場相關規則或者企圖鑽法律漏洞牟利，必然會產生大量違法行為，碳市場監管部門是面向企業違法的直接主體，必須首先就企業違反碳市場核查、報告、交易和履約的違法行為做出處理決定。具體來看，碳市場法治一體化過程匯總，在政府監管方面仍存在監督管理不力等多樣化的問題。這是由於國家幹預在碳市場執法階段發揮著重要作用，在我國放大對碳市場的管制的情況下，政府應進一步履行監管責任，監督交易主體是否履行合約，對其交易行為是否合規進行監管等等。這也導致政府的管制成本大幅增長，政府監督管理力度較小、無法進行有效幹預等問題接踵而來。監管主體邏輯混亂、行政內部無法順暢協調、多元主體同時設計監管體制等問題的存在勢必會導致信息不對稱問題愈演愈烈，進而降低監管效率，甚至引發形式化問題。以下因素的存在均會引發這一現象：首先，未能建立成熟的信息公開制度降低了監管力度。二是權力尋租問題的存在會對市場的穩定發展帶來負面影響。三是監管主體混亂，存在多頭監管的弊端。而這些問題的重點在於碳市場監督管理和違法行為處罰不力。以廣東省深圳市某電子科技有限公司行政處罰案為例，盡管該公司多次未足額清繳碳排放配額而被處罰，公司也已經進入破產階段，但是公司仍不履行其清繳義務，且無視行政機關作出處罰的情況，行政機關也無法進一步作出處罰措施。[23] 上升到治理維度來看，政府治理與市場需求之間的沖突導致碳交易市場化程度不高，具體表現為碳排放權的法律屬性不明、碳排放權交易依據不足、監管主體治理能力有限等。[24] 同時對於未按規定報告碳排放、超過排放配額或操縱市場等違法行為，《廣東省碳排放管理試行辦法》第六章第 35 條至第 39 條已規定相應的處罰措施，包括罰款、市場准入限制等，旨在確保廣東省碳市場的規範運作和“雙碳”目標的實現，但這一規則如何進一步延展到粵港澳大灣區並與港澳進行銜接協調，有待進一步分析研究。

3. 司法層面

從全國範圍來看，粵港澳大灣區的碳市場相關司法實踐還處於起步階段，但已經開始關注相關案例的處理和規範化。現有的司法實踐表明，需要更加系統的法律體系支持和跨區域的司法協作，以確保碳市場法治一體化的順利推進。在這方面，香港和澳門的司法體系也需要與內地進行更加密切的協作和溝通。粵港澳大灣區碳市場相關的司法案例越來越受到關注，尤其是有兩個司法案例已經被列入最高法發布的《司法積極穩妥推進碳達峰碳中和典型案例》。[25] 最高法於 2022 年 7 月 25 日出台《關於為加快建設全國統一大市場提供司法服務和保障的意見》，其中提到通過研究出台相應的司法政策，進而為我國“雙碳”目標的順利實現提供有力支持，對與碳排放配額等樣的糾紛案件進行妥善審理，進而更好地改善碳排放權交易機制。正確地適用民法典綠色原則以及條款，對與碳排放相關的問題進行進一步梳理，改善與碳排放權等相關的糾紛案件的裁判規則。[26] 基於“雙碳”戰略全國一盤棋的政治考量，我國采取從地方先行到中央統籌的改革策略，逐漸將碳排放權納入要素市場配置改革總盤子。因此，粵港澳大灣區作為重要的區域一體化協同示範區，必須在綠色低碳發展與應對氣候變化領域，尤其是區域碳市場方面開展先行先試，總結司法實踐經驗，為全國碳市場發展提供助力。2021 年 9 月，廣東省政府印發《深入推進資本要素市場化配置

［23］（2021）粵03破申997號深圳艾迪斯電子科技有限公司裁定書，載全國企業破產重組信息網，https://pccz.court.gov.cn/pcajxxw/pcws/wsxq?id=96B0B33C1269CF7A227603804AA4E669，2024年1月18日訪問。

［24］參見顧向一、祁毓：《邁向合作治理：我國碳排放權交易治理體系的重構》，載《江蘇社會科學》2023年第5期。

［25］參見最高人民法院：《司法積極穩妥推進碳達峰碳中和典型案例》，載中華人民共和國最高人民法院網站，https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-389341.html，2024年1月18日訪問。

［26］參見最高人民法院：《關於為加快建設全國統一大市場提供司法服務和保障的意見》，載中華人民共和國最高人民法院網站，https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-367241.html，2024年1月18日訪問。

改革行動方案》，其中第 20 條指出基於廣州碳排放權交易市場，通過進一步研究構建粵港澳大灣區碳排放權交易市場，吸引香港、澳門地區的投資基金參與廣東碳市場交易，構建碳排放權跨境交易機制。[27] 因此，粵港澳大灣區範圍內的法院在處理與碳市場相關的糾紛時，不僅應當考慮傳統的民商法規則、行政法規則，以及傳統的環境法規則，還需要考慮基於碳市場的特殊規則，包括如何界定碳排放權的法律性質、如何處理碳排放權交易過程中的糾紛，以及如何保障碳市場交易的公平性，確保信息披露完整準確。從當前廣東省的司法實踐觀察，可以發現碳排放履約管理存在巨大漏洞，容易被企業鑽空子牟利，以（2020）粵 01 民終 23215 號案例為例，該案中法院並未對碳交易所配額審核注意義務進行具體分析，法院缺乏審理碳交易案件的經驗，也影響了各方碳交易的積極性和合理預期。具體來說，由於碳交易所在程序設計過程中忽視了類似於證券交易的券款對付功能，因此不能像證券交易一樣有對交易機構的限制，導致碳交易所經常出現隨意劃撥配額的情形。[28] 再以深圳翔峰容器有限公司訴深圳市發改委一案為例，該案中法院沒有對碳排放配額年度履約數量的計算標準進行界定，缺乏碳排放核查標準界定這一關鍵環節。[29] 因此，法院在處理這類案件時需要具備足夠的專業知識，並盡可能參考國際層面區域碳市場的司法案例及經驗總結，比如歐盟碳市場。[30]

（二）香港特別行政區碳市場法治現狀

香港特別行政區碳市場法治建設在立法、執法和司法層面均有獨特表現。立法層面，香港碳市場依托其國際金融中心地位，著力構建低碳法律體系，並通過《香港氣候行動藍圖》和《管制計劃協議》等政策促進碳市場發展。執法層面，香港在碳定價和信息披露方面逐步建立嚴格的監管機制，采用 TCFD 披露標準，預期未來執法將集中於信息透明和 ESG 信息披露。司法層面，盡管香港碳市場尚處於發展初期，但預計其司法實踐將側重市場機制引導、合同自由和綠色金融發展，推動碳市場健康有序運行。

1. 立法層面

香港碳市場在粵港澳大灣區碳市場中的定位是國際化交易、定價和金融中心，為粵港澳大灣區建設提供持續不斷的經濟支撐。[31] 香港碳市場所在的法律環境非常獨特，且以市場導向為顯著特征，與內地相比，香港的法律體系與普通法較為趨近。我國香港地區的法律體系主要為不成文法，盡管當地的法律實踐主要基於法官釋法以及政令進行，但當地的立法機關也會及時順應時代發展規律提出方案或新增、完善香港法例內容。在降低碳排放的工作上，香港特別行政區取得了良好成績。2020 年碳排放規模同比已下降 20%。除此以外，有別於澳門特別行政區等地區，香港的碳達峰目標已於 2014 年實現，《香港 2020 年施政報告》中更是對外宣稱，當地的碳中和目標將在 2050 年前實現。這些成績在某種意義上與香港地區建立的較為完善的低碳法律體系密不可分。2022 年 7 月 5 日，香港交易所宣布成立香港國際碳市場委員會，同時香港交易所也與廣州碳排放權交易中心有限公司（廣州碳交所）簽訂了合作備忘錄。其中指出雙方將共同合作，對區域碳市場

［27］ 參見廣東省人民政府：《關於印發廣東省深入推進資本要素市場化配置改革行動方案的通知》，載廣東省人民政府網站，http://www.gd.gov.cn/zzzq/zxzc/content/post_3550483.html，2024年1月18日訪問。

［28］ 參見微碳（廣州）低碳科技有限公司、廣州碳排放權交易中心有限公司合同糾紛二審民事判決書，（2020）粵01民終23215號。

［29］ 參見深圳翔峰容器有限公司與深圳市發展和改革委員會二審行政判決書，(2016)粵03行終450號。

［30］ 參見樊東星、張葉東：《歐盟碳交易監管體系對我國的啟示》，載《福建金融》2023年第1期，第31頁。

［31］ 參見新華社：《中共中央 國務院印發<粵港澳大灣區發展規劃綱要>》，載中華人民共和國中央人民政府網，https://www.gov.cn/zhengce/2019-02/18/content_5366593.htm?eqid=ff65296400053927000000006645c961b#1，2024年1月19日訪問。

的進一步發展進行積極探索，建立與粵港澳大灣區發展現狀相符的自願減排機制。在此大背景下，香港的碳市場立法也隨之成為重要議題。[32]《香港氣候行動藍圖》提出減碳有價思路，以發電為例，囿於香港的環境因素和地少人多的現實，在香港大規模發展太陽能和風能等可再生能源的潛力相對有限，此時應當積極構建碳市場並充分發揮碳市場的作用。[33]例如，香港特別行政區政府於2018年訂立《管制計劃協議》，發布並推行“上網電價計劃”。該協議指出，對於私人開發的可再生能源，香港特別行政區政府將為這兩家公司以高於常規的價格進行收購提供有力支持，為政府部門與企業、社會之間共同建立良性關系提供了啟示。[34]

2. 執法層面

目前，香港的碳市場還處於籌備和試運行階段，相關實踐相對較新，但已經開始展現其對市場運作的重要影響。因此，對於香港碳市場執法的分析屬於未雨綢繆。在英國行政法的深遠影響下，香港的行政法以行政程序立法等為主，其宗旨在於使政府行為更加規範化，並為其行為的合法性提供有力保障。香港碳市場執法也遵守前述法理。為了減少碳排放，香港開始為碳定價，這就必須擁有足夠的信息披露才能做到。可以預測的是，香港碳市場的執法將集中於信息披露領域，尤其是ESG層面的信息披露。香港按照逐步深入的發展原則建立了ESG信息披露機制，循序漸進地對信息披露做出更為嚴格的要求。港交所於2021年11月頒布了《氣候信息披露指引》，該文件采用了TCFD披露標準，其中納入了TCFD的多項主要建議，並於2025年前強制推行與TCFD建議相符的標準進行信息披露。可以預見的是，香港特別行政區政府會在碳市場監管機制上采取較為靈活的措施，同時也會對碳排放報告和碳排放核證方面也有一定的要求，以確保碳市場信息的真實性和可靠性。然而，在碳市場的執法過程中，如何確保市場參與者遵守規則、如何處理違法排放行為，以及如何平衡市場發展和環境保護的關系等，這些都要與粵港澳大灣區範圍的碳市場進行交流、互動和銜接，尤其是借鑒內地碳市場的相關經驗。

3. 司法層面

與執法層面的探討一樣，由於香港碳市場尚在孕育發展階段，對於香港碳市場司法層面的分析屬於前瞻性分析。筆者認為香港碳市場會側重於市場機制的引導和民商事調節手段的運用，更多強調碳交易的合同自由和市場准入的靈活性。同時還重視對環境保護目標的體現，如通過法律手段促進綠色金融的發展，以及鼓勵企業采取低碳技術和清潔能源，並采取更加靈活和市場友好的方式，旨在激勵企業和市場主體積極參與到氣候行動之中。香港長期以來都是國際金融中心，基於碳市場與內地間的關聯，香港擁有一定優勢，這對於香港的市場多元化建設具有重要的意義。盡管目前香港的碳市場交易尚未形成一定規模，但是目前正在建設香港國際碳市場Core Climate這一國際碳市場，這也是全球第一批用離岸人民幣進行的自願碳市場交易，對於在香港用人民幣進行交易、未來香港離岸人民幣市場的發展，以及香港在人民幣國際化中扮演的角色至關重要。因此，香港的司法實踐在碳市場領域還在不斷發展中，法院在碳市場方面的說理、解釋和判決，對於指導碳市場行為、解決碳市場糾紛以及推動碳市場健康發展起著至關重要的作用。隨著碳市場的不斷發展和成熟，預計香港在碳市場相關的司法實踐將會更加豐富和深入，並為內地碳市場發展提供助力。

（三）澳門特別行政區碳市場法治現狀

---

［32］ 參見《香港立法會議員黃元山：發展自願碳市場對香港具有重要意義|2022香港資本論壇》，載金融界網站，https://finance.jrj.com.cn/2022/12/09123737200973.shtml，2024年1月18日訪問。

［33］ 參見香港特別行政區環境保護署：《香港氣候行動藍圖2050》，載香港特別行政區環境及生態局網站，https://www.eeb.gov.hk/sites/default/files/pdf/cap_2050_tc.pdf，2024年1月18日訪問。

［34］ GovHK香港政府一站通：《管制計劃協議》，載香港政府一站通網站，https://www.gov.hk/tc/residents/environment/sustainable/energy/schemeofca.htm，2024年1月18日訪問。

澳門特別行政區在碳市場建設中積極推進立法支持，通過《環境綱要法》和《澳門刑法典》等法律法規，將空氣治理和碳排放納入法律體系，規定了具體的環境保護職責。執法層面，澳門碳市場監管以葡萄牙行政法為基礎，行政行為無需司法復核，行政法院負責審理，強調公共利益保障。環境保護局承擔 23 項職能，包括環境政策執行和監督環境法規。司法層面，澳門碳市場司法實踐尚處於初期，但《橫琴粵澳深度合作區發展促進條例》等法規為未來的碳市場司法審理提供了法律依據，確保環境保護與市場規範的平衡。

1. 立法層面

澳門特別行政區碳市場的建設正如火如荼地開展，這離不開澳門特別行政區政府的立法支持。2021 年 7 月 22 日，賀一誠在會議上指出，澳門特別行政區政府會將“雙碳”工作落實到位，力求在 2030 年或以前實現碳達峰目標。[35] 在法律架構的問題上，澳門特別行政區一直致力於建構完整的綠色法律體系，尤其是針對澳門碳市場的立法框架設計。因此，澳門特別行政區的碳市場立法體現了其特殊的行政和法律背景。由於澳門的經濟結構和資源限制，其在碳市場立法上采取了不同於內地和香港的策略。成文法在澳門特別行政區的法律體系中占據了主導地位，當地的立法框架由法律、行政法規等共同構成。對於環保問題，《澳門基本法》中做出了明文規定，其中第 119 條提到“澳門特別行政區政府依法實行環境保護。”對此，當地通過《環境綱要法》，在當地的環境政策中將空氣治理作為一項基本要素，通過制定制度、發布一般性原則和從立法層面進行約束。另外，當地還在《澳門刑法典》中納入特定的空氣污染行為，通過明確法律後果進而約束碳排放行為。澳門采用立法的形式改善行政職能架構進而與低碳能源改革保持同步。澳門行政長官於 2020 年修訂了第 14/2009 號行政法規，按照第 38/2020 號行政法規的規定，自次年年初起，由環境保護局統一履行之前由原能源業發展辦公室來履行與能源規劃等相關的職能。這一職能調整使得當地的能源政策與方案更加匹配當地的環境法律體系，並為促進澳門碳市場的發展起到了良好的促進作用，也為當地更好地實現“雙碳”目標提供了有力支撐。當地還在立法中做出規定，要求在一般法律義務中納入環境質素的保護內容，[36] 並對工業等多個領域的排污標準做出分別規定，為獲得碳市場底層數據、更加高效地進行低碳治理奠定了法律基礎。同時，澳門的碳市場相關立法還注重於公眾教育和意識提升，通過法律規定，澳門政府推動公眾理解和參與低碳生活方式，以及企業在碳減排方面的責任。此外，澳門在立法中也重視與國際碳減排標準的接軌，嘗試通過立法促進澳門在國際碳市場中的參與和合作。

2. 執法層面

澳門特別行政區在碳市場執法層面大有可為，它是打造綠色低碳生態島的最佳試驗地和銜接連通國內國際碳市場雙循環、碳標準銜接聯動的樞紐節點，可服務全球貿易綠色轉型、助力國家產業綠色升級，促進外貿綠色增長。澳門特別行政區在碳市場監管方面面臨較多挑戰，由於澳門的碳市場相對較小且發展階段不成熟，有效的監管機制和執法能力的建立是澳門面臨的主要問題。葡萄牙行政法對澳門行政法帶來了深遠的影響。盡管在澳門回歸以後快速在立法上實現了本地化發展，但澳門基本法指出，澳門並未更改之前的法律體系，依然保留原有法系的特色，依然采用了法國模式，當地的行政行為享有無需通過司法復核、優先執行的特權，並交由行政法院負責行政活動的審理工作，公共行政的職能在於保障公共利益。澳門依然推行公共行政體制，該體系也被命名為“執

［35］ 張敏新：《澳門特區行政長官賀一誠：“基建論壇”為推進國際基礎設施貢獻力量》，載《中國基建報》2021年7月24日，第1版。

［36］ 如第11/99/M號法令第4條規定：“工業場所之所有人、經理以及一切實際管理該等場所及其工業單位之人，應促使對適用於工業活動之規範性規定之遵守，以確保人身及財產之安全，並確保環境之質素”。

行式行政”。在行政法方面，澳門的發展模式並非單一的“控制”模式，只是注重提升行政效率，並以澳門現行的《行政程序法典》為代表；這種發展模式也並非單一的“控權”模式，只注重對相關機關單位以及人員進行監督。而是實現二者的和諧發展，這與大部分地區的發展趨勢相吻合。在澳門回歸以前，澳門的環境規章以《環境綱要法》等為主；通過環境委員會的設置作為幫助總督出台當地環境政策的澳門總督的咨詢機構；此外，環境委員會是在行政以及財政兩個層面擁有雙重自治權的公務法人，擁有法人資格，主動履行調解環境糾紛、處理環境投訴案件的職能，對環境許可證提出建議，對環境規章是否被嚴格遵守與執行進行大力監察等等。這些均從法律層面為碳市場的執法奠定了基礎。澳門回歸以後，在當地經濟不斷發展的形勢下，由此引發的環境問題愈演愈烈，澳門僅憑環境委員會的力量不足以使環境問題得到有力解決，在撤銷環境委員會的基礎上，澳門特區政府建立了負責對環境政策進行深入研究與有效執行的公共部門——環境保護局，要求該部門履行 23 項職能。並設置了專門的咨詢機關。由此可見，在內地“雙碳”不斷強化的情況下，澳門特區也在大力進行碳市場執法。另外，當地的環境法中仍存在形形色色的“環境指引”，也給執法行為帶來了極大影響。這些環境引導並非實質性的法律規定，是在行政執法階段由行政機關在對一些存在仔細說明需求的技術性事項所做出的具體規定，旨在正確地將環境法律規定落到實處。

3. 司法層面

由於澳門碳市場尚在孕育發展階段，對於澳門碳市場司法層面的分析尚屬於前瞻性分析，也缺乏司法案例去進行具體分析。但是總體來看，澳門碳市場進入司法程序時，應當與執法層面的分析類似，要反映對環境保護和市場規範兼顧平衡。澳門法院在處理這類碳市場司法案件時，不僅需考慮到包括澳門《民法典》在內的民商事規則銜接，還需要根據碳市場的特殊性以及澳門《環境綱要法》相關要求進行具體適用。《橫琴粵澳深度合作區發展促進條例》於 2023 年 1 月審議通過，其中針對合作區的制度型開放問題做出了規定，其中第 56 條指出，“支持合作區加快擴大規則、規制、管理、標准等制度型開放，逐步構建民商事規則銜接澳門、接軌國際的制度體系。”這表明，澳門法院在處理碳市場糾紛時，會根據不同區域的具體情況進行法律適用。而且隨著碳市場的逐漸成熟，預計澳門在碳市場相關的司法實踐將會更加豐富和細化。

三、粵港澳大灣區碳市場法治一體化的法理基礎

針對粵港澳三地碳市場的法治情況進行實證考察後，可以看出當前構建粵港澳大灣區碳市場法治一體化合作機制的必要性。在進行制度構建之前，必須對粵港澳大灣區碳市場法治一體化的法理基礎進行深入分析，涉及粵港澳大灣區法治建設和全國“雙碳”一盤棋兩個維度。立足全球視野，碳排放不受到約束將導致世界各國的平均氣溫上升，導致冰川融化、世界各國高頻地出現強降雨等極端天氣，這些生態環境問題的出現將對人類自身的生存與發展帶來惡劣影響。而碳市場作為減緩氣候變化的重要政策工具，是以市場激勵的手段促進碳減排的重要手段。因此，對於碳市場的認知，不但應對碳減排問題引起高度重視，更應將該問題作為應采取有力措施加以改善的氣候環境問題。實現“雙碳”目標，必須要從權力－權力維度、權力－權利維度和權利－權利維度三個維度進行深入剖析。[37] 這表明與碳市場相關的碳義務也是粵港澳大灣區所應通過合作共同履行的義務，而不局限於宏觀層面的國家義務或由政府等單一主體來履行的義務。因此，相應的立法、執法和司法內容也在法治領域內為當地碳市場進行合作起到了有力的支撐作用。

［37］ 張梓太、張葉東：《實現“雙碳”目標的立法維度研究》，載《南京工業大學學報（社會科學版）》2022年第4期，第14頁。

（一）國家義務統攝央地法治

在“一國兩制”的背景下，中央與地方在碳市場層面的統籌與法治實踐的協調是實現國家環境保護目標尤其是“雙碳”目標的關鍵。碳市場背後的氣候變化減緩問題本質上是氣候環境危機所引發的，因此還是要更加深入地分析環境要素。環境要素具備雙重性質，它既具備一定的公共性，又具備一定的公益性。在某種意義上，環境權無法由私人履行，公眾將依托於公共信托讓渡公權力，由機關部門行使環境的部分使用權以及管理權，進而為公眾的正當權利與利益提供有力保障，[38]而接受委托機關也應履行應盡的義務，通過采取有力措施從而在保護環境方面做出傑出貢獻，並以理性地履行應盡的義務，在行使權力的過程中有所克制，以免導致公民權利受到侵害，這也在理論層面上為國家履行環境義務提供了依據。國家環境義務根據中央與地方的權限劃分，可以分為中央環境義務和地方環境義務。而粵港澳大灣區所涉及的環境義務是更為特殊的區域地方環境義務，其以《憲法》等法律為法律依據，通過“中央出台政策、地方主動行使權力以開展立法工作、粵港澳三地共同訂立府際協議”進而促進法治的和諧發展。[39]按照《粵港澳大灣區發展規劃綱要》的相關規定，粵港澳大灣區會將合作發展等發展理念有機結合起來開展一體化建設工作。其中，綠色發展的重要亮點在於可持續發展理念，其宗旨在於達成共識、凝聚力量，進而在為當代人及其子孫後輩的需求滿足能力提供保障的基礎上，為粵港澳大灣區的和諧發展起到良好的推動作用，使國民的美好生活需求得到滿足。因此，不同於常規意義的地方與中央的環境義務關系，當地所涉及的環境義務與中央環境義務之間的關系具有以下特點：第一，在環境義務方面，中央發揮著統籌作用。在出台環境政策時，中央政府的目標在於實現全國的環保以及長期發展目標。《憲法》是約束公權力並為公民權利提供有力保障的基本法律。對於國家的環境義務，《憲法》中做出了明文規定。首先，依托於公有制的基本制度，《憲法》對自然資源的歸屬問題做出了明文規定，其中第 9 條指出國家是自然資源的所有者，在為國家賦予所有權的同時，也意味著國家在自然資源的保護與合理利用上應承擔相應的責任。另外，《憲法》對國家的生態環保問題做出了明文規定，其中第 26 條指出國家應對污染問題以及其他侵害進行大力防範與治理。第 89 條指出國務院應履行相應的領導以及管理職權，使我國在城鄉建設等工作上取得更好的成果。這些法律規定都將國家作為履行環保義務的主體，並指出國家在治理環境上責無旁貸。從憲法指向的角度進行分析，在序言、第 33 條等與人權保障相關的規定上也明確指出國家應履行環境保護與治理的義務。[40]其次，粵港澳大灣區的地方環境義務有其自身的特點，進而形成了粵港澳大灣區碳市場的獨特形態。粵港澳大灣區轄區內的各地方政府在貫徹落實中央提出的國家環境目標尤其是“雙碳”目標時，必須在建構粵港澳大灣區碳市場法治體系過程中，考量粵港澳三地的特殊環境條件和經濟社會發展水平。因此，粵港澳大灣區碳市場一體化不僅要遵循中央的指示精神，更要結合粵港澳大灣區的區域實際情況。

要想在法治領域內促使粵港澳大灣區達成碳市場合作、統籌開展立法工作，就應捋順三個關系：其一，大灣區所涉及的三個地區之間的關系；其二，中央與廣東省的關系；其三，中央與港澳的關系。其中，應優先妥善解決第三種關系，協調港澳地區的高度自權與中央所擁有的全面管治權。盡管《憲法》已將國家作為履行環境義務的主體，但粵港澳大灣區是否能在“一國兩制三法域”的背景下進行“雙碳”合作立法的本質問題在於港澳地區能否依托於其所具備的高度自治權不

［38］ Roesler S M, The Nature of the Environmental Right to Know, Ecology Law Quarterly, February, 2012, p.989-1048.

［39］ 江國華、謝海生：《粵港澳大灣區法治深度協同的構想與進路》，載《地方立法研究》2022年第4期，第77頁。

［40］ 《憲法》第33條規定國家尊重和保障人權，碳排放權具有天然的人權屬性和人權價值指向，這是基本的道德共識，其可以溯源至環境權的人權探討，結合序言中規定的建設生態文明，可以看出碳市場治理的特殊性正是在於其背後融合了特殊的人權屬性和道德價值。

受國家管理體系的約束，國家是否能對這些地區行使相應的權力以進行統籌監管。2014 年 6 月 10 日，國務院新聞辦公室出台了《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》白皮書（以下簡稱“一國兩制”白皮書），其中指出中央可以直接對香港行使權力也可以為當地授予相應的權力按照法律規定進行自治，中央可行使相應的監督權，這些都是中央對港所擁有的“全面管治權”的重要內容”。[41] 大體上，該權力包含特別行政區的創制權及其政權機關的組織權等內容。按照 “一國兩制”白皮書的規定，全面管治權包含上述列出的權力，但不只包含這些權力。中央擁有相應的權力可全面管治或監督享有高度自治權的澳門特別行政區。例如，全國人大常委會發布的一項文件中就要求三個主體共同實施，這三個主體分別為澳門特別行政區、內地相關方面、依法對其他主體進行指導與監督的中央。[42] 從中不難看出，在法治合作上，粵港澳大灣區勢必涉及三個主體的關系，也只能在中央依法對港澳地區行使“全面管治權”的基礎上進行合作。在合作實踐中，無論是權力還是法律，鮮有以單一的形式出現。權力與法律互相滲透是特定社會秩序的典型表現形式。[43] 粵港澳大灣區涉及多個地區的多重關系，主要涉及廣東省、港澳地區、珠三角九市三個地區，涉及這三個地區之間的立法關系以及中央與這三個地區的法律關系，這三個地區都以中央為共同上級，因此需由中央進行統一指導與統籌。全面管治權是中央對特別行政區的管治權，這項權力與一國主權相對應，國家憲法在法律層面上為主權設立奠定了基礎。因此，港澳地區盡管無需履行積極義務，即憲法中規定的與社會主義制度相關的義務，但依然需履行消極義務即不違反該制度，且旨在實現“雙碳”目標的碳市場與氣候環境問題相關，原本不具備任意一種社會制度的性質，並且國際法上將中國作為一個應履行國際義務的國家主體。因此，在國家對港澳地區的事務治理問題上，國家應履行憲制責任。為國家整體的環保目標實現、“雙碳”戰略的推行起到良好的促進作用。對於與港澳地區的碳市場有關的事宜，中央可行使監督權，內地也能在中央授予相應權限的前提下與港澳地區針對碳市場進行法治合作。

（二）權限劃分指導法治合作

粵港澳大灣區的立法、執法和司法權限劃分，以及三地的法治合作是一個複雜但必要的過程，因為粵港澳大灣區建設是在特殊的制度環境下進行的區域合作，對標國際一流灣區高度開放、創新驅動和協調發展的目標願景，實現區域內生產要素的自由流動，完善區域合作治理的制度框架。因此，粵港澳大灣區的法治合作與制度框架本質上是複合形態的，粵港澳大灣區合作立法的法治框架既包含了《憲法》對應的內地法律體系，又包含了與《香港特別行政區基本法》對應的特別行政區法律體系。[44] 黨中央為促進地方經濟發展，做出了建設粵港澳大灣區的重要規劃，這項規劃具有重要的戰略性意義，也在新時期為適應我國不同領域的改革工作樹立了典範、起到了良好的引領作用。當地不能一味依靠政策支持以實現法治的進一步協同發展，更為關鍵的是大力進行法治供給，依托於系統化的法治為當地的一體化建設提供有力保障，緊扣“五大體系”[45] 的目標，提升多元主體的法域治理能力。法治具備“系統化”的特點，這也要求優先發揮理念的引導作用，改變傳統

［41］ 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》，載中華人民共和國國務院新聞辦公室網站，http://www.scio.gov.cn/zfbps/tuijian/xianggang/202403/t20240321_839156.html，2024年1月19日訪問。

［42］ 參見栗戰書：《堅定不移走“一國兩制”成功道路確保憲法和澳門基本法全面準確有效實施——在紀念中華人民共和國澳門特別行政區基本法實施20周年座談會上的講話》，載《中國人大》2019年第23期，第6頁。

［43］ 參見[美]埃德加·博登海默：《法理學：法律哲學與法律方法》，鄧正來譯，中國政法大學出版社1999年版，第20頁。

［44］ 參見鄒平學：《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5頁。

［45］ 即加快形成完備的法律規範體系，高效的法治實施體系，嚴密的法治監督體系，有力的法治保障，形成完善的黨內法規體系。

的發展思路，更好地實現法治協同建設，利用法治思維為當地的一體化建設起到良好的推動作用。應在制度支撐的前提下發揮理念的引導作用，當地應基於科學的制度體系以形成法治協同的基本理念。而制度創設中含有立法的基本功能。因此，要想切實將四大發展理念落到實處，就應建立粵港澳大灣區立體化立法機制。依托於三大發展極，粵港澳大灣區在法治領域內的協同治理格局已基本建立。橫跨三大法域、輻射範圍廣泛的粵港澳大灣區有著含政策性規則等立法規則在內的較為錯綜複雜的規則體系。有學者將“政府主導型”法治演進方式作為切入點，指出區域性行政協議等共同形成其主要的法律治理機制，希望通過建立多樣化的方式為區域法治的和諧發展起到良好的推動作用。[46] 從中不難看出，明確立法權限是推動粵港澳大灣區實現和諧發展並在法治領域內達成市場合作的前提條件。特別是在區域內促進碳市場法治的融合發展，更離不開相關制度的有力支撐。在香港地區，盡管《香港特別行政區基本法》等法律不是附件三規定範圍內的事項就無需推行，但如果一般的全國性法律做出了明文規定，那麼在制度存在一定差異的情況下，依然可適用該法律，並且依然具備相應的法律效力。因為《憲法》是一國設立主權的立根之本，其提供了基本的框架以進行國家立法、建立相應的社會制度，就必須被遵守且發揮其權威性。憲法擁有至高無上的法律效力，其法律效力優先於任意一種部門法，也優先也任意一種地方法。因此，港澳兩地的憲制基礎由《憲法》等法律共同構成。[47] 在制度方面，《憲法》等三部法律為粵港澳碳市場法治工作的協同開展奠定了基礎。

首先，在粵港澳大灣區促進碳市場法治一體化發展的過程中，《憲法》等三部法律明確了主權管轄的基礎。有別於我國內陸地區，盡管港澳推行獨特的社會制度，並且可以在 50 年內依然沿用資本主義方式，但不同的社會制度以及法律體系並不會動搖中央對港澳地區的主權基礎。在序言中，《香港基本法》提到“確認中華人民共和國政府於一九九七年七月一日恢複對香港行使主權”。在序言中，《澳門基本法》提到“確認中華人民共和國政府於一九九九年十二月二十日恢複對澳門行使主權”。從中不難看出，自港澳相繼回歸以後，港澳的管領權便由中央主導，地方可以在同一主權管領的基礎上進行事務合作。

其次，《憲法》等三部法律規定中央的權限授予是港澳自治權力的來源。粵港澳大灣區應加強“一國”、有效利用“兩制”以推進區域內的建設工作，妥善處理二者之間的關系，並按照這個基本原則在法治領域內進行合作、將不同的規則銜接起來。粵港澳大灣區建設是一項空前的重要工程，要求設計者花費更多的心血。而粵港澳大灣區也能有效利用法治這種法寶利器來進一步開展建設工作，這也是促進三地實現一體化發展的最大公約數。對此，仍需以法治理念來促進區域內的法治合作，實現各種法律規則的順暢銜接。粵港澳大灣區以《憲法》等三部法律為基礎通過中央出台政策、三地簽訂協議、地方積極行使權利以開展立法工作來促進法治的一體化發展。“一國兩制”是指港澳地區依然屬於國家管理體系。我國兩個特別行政區所制定的基本法均對特別行政區的自治問題做出了相關規定，其中第 2 條均指出，特別行政區在全國人民代表大會授予的權限下按照本法的規定進行高度自治，享有行政管理權等多項權限。這兩部法律均在第 12 條中指出：特別行政區是中央人民政府直轄的地方行政區域，該區域享有高度自治權。《憲法》中規定應由全國人大設立特別行政區決定其事務，因此按照《憲法》等三部法律的規範邏輯進行分析不難得知，盡管我國的兩個特別行政區被賦予了高度自治權，但這些權力依然是在國家最高權力以及立法機關授予權限的基礎上被賦予的，且二者均由中央人民政府直轄，中央可以針對香港和澳門兩地的合作事務進行統

［46］ 參見謝偉：《粵港澳大灣區環境行政執法協調研究》，載《廣東社會科學》2018年第3期，第246頁。

［47］ 喬曉陽：《中央全面管治權和澳門特別行政區高度自治權——在紀念澳門基本法頒布25周年學術研討會上的講話》，載《港澳研究》2018年第2期，第3頁。

籌管理、行使監督權等等。

最後，將香港以及澳門特別行政區融入我國發展大局也是《憲法》等三部法律確立的基本方向。《憲法》等三部法律為粵港澳大灣區的合作立法提供了不同維度的方案。盡管這三種法律中並未將中央授權立法等作為一項具體的制度規定，但如果對這三部法律的規範邏輯進行梳理，不難發現在實踐中依然可以適用此類制度。如針對香港特別行政區、澳門特別行政區的立法權銜接問題，我國兩個特別行政區所出台的基本法中均對中央對這兩個區域的法律備案制度做出了明文規定，我國兩個特別行政區所出台的基本法中也都對兩個區域的法律解釋制度做出了明文規定，[48] 也明確了港澳居民對於內陸地區的立法事務的參與途徑。[49] 而中央也可結合我國兩大特別行政區的性質定位，通過中央授權的方式在兩個特別行政區所制定的基本法中納入全國人大常委會制定的法律，進而在香港特別行政區以及澳門特別行政區適用全國性法律。[50] 從中不難看出，香港以及澳門特別行政區的發展與我國內陸地區的發展並不是互相割裂的，尤其是碳市場合作問題是一項與三地發展、國家發展甚至是全人類的發展息息相關的重要課題，“雙碳”目標的實現也是一項與粵港澳三地發展、國家發展甚至是全人類的發展息息相關的重要課題，三地應以《憲法》等三部法律為基礎，並將在我國內陸地區推行的《立法法》建立的制度作為基礎加大法治合作力度。

四、粵港澳大灣區碳市場法治一體化的實現路徑

由於粵港澳大灣區並未推行統一的法律制度，在碳市場的法治合作問題上，粵港澳大灣區亟需通過合作以協調解決形形色色的具體問題，包括跨區域碳市場立法、執法、司法以及標準統一等。采用過於硬性的手段解決問題並不合適，而過於軟性的手段也難以切實發揮作用，因此，現行的軟性交流機制和統一立法的硬性手段都不足以應對這些挑戰。只有建立法治一體化合作機制，才是有效策略。通過示範法的制定和實施，可以在立法、執法和司法層面提供統一的法律框架，促進規則銜接和機制對接，使區域內的規則沖突問題得到有效解決，確保碳市場的規範運作和協調發展。由此可見，示範法不僅為粵港澳大灣區碳市場法治一體化提供了明確的定位和作用，還為實踐提供了可操作的參考路徑，為區域碳市場一體化發展提供堅實的法治保障。

（一）粵港澳大灣區碳市場立法一體化構建

粵港澳大灣區作為中國經濟的重要引擎，其碳市場立法一體化構建對於我國實現“雙碳”目標具有重要戰略意義。未來粵港澳大灣區碳市場立法一體化過程中，應當通過明確內地、香港特別行政區和澳門特別行政區三方的共同目標，加強立法機構間的協作，穩步擴大碳市場規則、規制、管理、標準等制度型開放，並依托粵港澳大灣區的區域特色，為碳市場有效運作和區域環境目標實現奠定堅實基礎。在法治保障方面，考慮到“一國兩制三法域”的背景，建議引入碳排放示範法以實現粵港澳大灣區碳市場的一體化保障和建設。通過制定統一的碳排放示範法，可以在立法、執法和司法層面提供統一的法律框架，促進規則銜接和機制對接。同時，碳排放示範法能夠為跨區域碳交易和監管提供明確的法律依據，解決三地在法律適用上的沖突，推動粵港澳大灣區在碳市場領域實現更高效、更協調的發展。由於粵港澳三地法律制度的差異，存在環境法律制度沖突問題，區域層面的統一立法難度大，可先探索三地的環境協同立法，加強立法溝通協調，建議三地簽訂《粵港

［48］ 參見《香港特別行政區基本法》第17條、第158條；《澳門特別行政區基本法》第17條、第143條。

［49］ 參見《香港特別行政區基本法》第21條、《澳門特別行政區基本法》第21條。

［50］ 如全國人大以決定的方式授權全國人大常委會制定《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》，列入《香港特別行政區基本法》附件三。

澳法制工作區域合作協議》，通過環境領域的區域協同立法，避免區域相關法律制度的脫節。可先從軟法入手，促進區域內應對氣候法律制度的銜接，這裏的軟法包括官方機構制定的政策規劃、指導意見、行政協議、相關標準、規則守則等。粵港澳三地協調出台促進碳減排的法律法規，共同協商制定碳排放相關規則，制定碳減排協同發展規劃和實施方案，加強粵港澳大灣區節能降碳標準的銜接。在現有的《粵港澳區域大氣污染聯防聯治合作協議書》基礎上，共同簽訂《粵港澳大灣區綠色低碳發展促進協議》，突出和強調“雙碳”合作尤其是碳市場合作的相關內容，確定三方的權利與義務的約定。通過區域協同立法，避免區域間碳達峰碳中和政策、標準、監管上的沖突。[51] 因此，粵港澳大灣區碳市場立法一體化構建需要采取開展區域碳市場合作立法，這是區域碳市場法治合作的重要制度基礎。區域（區際）合作，要求多元主體在經濟等多個領域內進行合作，特別是以法律合作為代表的區際合作涉及不同層次、不同性質的法權沖突，因此可以采用協作立法方式[52]、共同立法方式[53]、協商（轉化）立法方式[54]、授權立法方式[55]四種方式在碳市場的立法領域內進行合作。在以上方式中，第一種立法方式盡管對多元主體所應履行的硬性義務做出了明文規定，但由於其在現實中並未對多元主體的合作基礎做出具體規定，也並未對多元主體的合作程序做出具體規定、並未對多元主體的合作權限做出具體規定，最終陷入了雙重困境，既陷入了合憲困境、又陷入了合法困境。而共同立法模式盡管能有效節約交流成本，但在采用這種模式的過程中，要求中央打破當前的權力與體制邊界創建一個主體，該主體被賦予了相應的立法權。應通過民主選舉以產生粵港澳大灣區制度體系下的立法主體。另外，還應對高度自治權對於香港特別行政區、澳門特別行政區的立法權的影響進行全面考慮，由此建立的立法組織需要受到民主監督的約束也在情理之中。同時，由此建立的立法組織也會受到“一國兩制”的基本制度的約束。由此可見，前兩種立法合作模式並不適用於粵港澳大灣區當前的碳市場合作立法。第三種合作立法方式將立法主體之間的交流作為關注焦點，鮮有包含與權力調整相關的內容，因此往往備受想要尋求區域合作的主體的認可。在區域內，之前的《內地與澳門關於建立更緊密經貿關系的安排》（CEPA）等文件的訂立均是粵港澳三地和諧發展的產物。但因法律的變化要求對多元主體的利益問題進行更改和優化，而協商立法不過是多元主體針對合作所達成的合意，並且往往在協商的基礎上進行統籌合作的，無法在立法實踐中獲得有利指導。實質上，協商立法存在規範化效力缺失的問題，這也阻礙了後期的轉化立法工作。因此，應基於協商借助於硬性手段從而將粵港澳大灣區的碳市場合作立法工作落到實處，並為轉化立法的落地執行起到良好的促進作用。繼“一地兩檢”的合作安排於 2017 年做出以後，也對我國內陸地區、香港推行這項制度的責任範圍做出了明文規定，對兩地的合作義務做出了明文規定，為兩地順暢地進行法律銜接起到良好的引導作用。全國人大常委會於 2020 年 5 月在獲得授權的基礎上負責相關的立法工作，並將該規定納入《香港基本法》附件三中在香港特別行政區推行，進一步推進了當地的立法工作，使得香港特別行政區掙脫了國家安全維護機制缺位的困境。采用中央授權的方式來監督粵港澳大灣區的立法工作，並在區域內統籌開展立法工作。這一方式不但與憲制框架的基本邏輯相吻合，又能規避共同以及協作立法的缺陷，改善了這種立法方

［51］ 參見王玉明：《粵港澳創建國家“碳達峰碳中和”引領示範區的構想》，載《哈爾濱工業大學學報（社會科學版）》2022年第2期，第121頁。

［52］ 協作立法方式是指特定區域內的各方主體簽訂立法協作協議，並根據協作協議進行立法活動的合作立法方式。

［53］ 共同立法方式，系指某一區域共同體在進行合作立法時，可以設立統一的區域行政立法委員會，並由該委員會行使共同立法權。

［54］ 協商立法方式，是指由合作主體對某一立法事項通過特定的平台進行磋商協調，各自進入立法程序的一種合作立法方式。

［55］ 授權立法方式，是一種對協商立法式進一步完善與強化的方式。

式所特有的專斷性缺陷，也能改善協商立法的規制效果，改善了其效力難以確定的缺陷。因此，應將授權的合作立法模式與協商的合作立法模式有機結合起來在粵港澳大灣區進行碳市場合作立法。在將兩種合作立法模式有機結合起來的前提下，粵港澳大灣區內推行首長負責制，同時可以在全國人大常委會的帶動作用下采用決定的方式對區域內的碳市場合作立法權責問題做出明文規定，並采用決定的方式對區域內的碳市場合作法律義務問題做出明文規定，針對碳市場合作立法事項在共同的平台上由地方政府、港澳兩地的行政長官進行探討，並針對共同探討的綠色金融等事項就粵港澳大灣區的立法機關對於本地法律的制定或修改情況進行監督。針對在轉化立法階段潛在的法律沖突，在粵港澳大灣區開展碳市場合作立法工作的過程中也可以靈活運用合憲性審查權等權限或制度以鞏固合作立法成果。

（二）粵港澳大灣區碳市場執法一體化構建

區域碳市場執法一體化構建對於確保粵港澳大灣區內碳排放控制目標的實現至關重要。由於粵港澳大灣區涵蓋不同的法律體系和行政管轄區，因此建立一個有效的、一體化的執法機制顯得尤為重要。長期以來，粵港澳大灣已在特定的區域環境內建立了科學的行政合作機制，但該機制存在較為松散的缺陷，無法使區域內創建優質生活圈的需求得到切實滿足。為了改善這一缺陷，這就要求進一步發揮理念的先行作用，進一步強化理念、進一步將粵港澳大灣區作為“雙碳”共同體，進一步改善區域碳市場的統籌行政執法機制。具體包含以下方面的內容：其一，改善現行的行政執法合作機制，加大交流力度，通過協商的方式明確多樣化的統籌執法方法。通過建立跨區域監管機制、加強信息共享、增強執法能力和有效處理違規行為，粵港澳大灣區可以實現碳市場執法的一體化，不僅有助於區域內碳排放減少目標的實現，也促進了區域內的環境保護和可持續發展。二是在進行環境行政執法的過程中應統籌粵港澳的執法程序。在行政執法程序存在一定差異的情況下，會對區域內碳市場的治理成效帶來重要影響。在區域行政執法的推進階段，進一步實現區域內的融合發展、實現程序化行政執法，是建立區域碳市場統籌機制的重中之重。在環境行政執法方面，香港已建立較為標準化的執法程序，盡管為香港按照法律規定行使行政權提供了有力保障，但在某種意義上對其行政效率價值帶來了負面影響；在環境行政執法方面，廣東省具有較為高效的優勢，但過大的裁量權削弱了行政程序的應有價值，在某種意義上對其正義價值帶來了負面影響；在環境行政執法方面，澳門將“控權式”行政模式以及“控制式”行政模式的優勢有機結合起來，具有“執行式”行政的特點，但迫切需要防範因一些行政法規、政令不具備法理正當性而引發分歧的問題，在某種意義上會對氣候正義價值帶來負面影響。在碳市場行政執法方面，三地既具備一定獨特優勢，又存在一定弊病，仍需優勢互補、統籌三地的行政行為。三地應采用統籌的方式明確行政執法程序與手段以促進區域內碳市場行政執法的融合發展，在追求行政效率的同時，也應考慮氣候以及程序正義價值。三是在碳市場行政執法方面，粵港澳大灣區應基於“一國兩制”的框架建立碳市場行政執法統籌機制，這並非單一的標新立異，而是在存在差異的情況下嘗試達成共識。應按照妥協包容等原則進行交流與協商。[56] 在碳市場行政執法上合作方面，三地應基於具體的成功合作經驗以及教育的總結建立協調機制，進而淡化未來潛在的碳市場行政執法沖突，並為化解該沖突提供有力指導，是基於區域內“雙碳”共同體按照妥協包容的原則求同存異，旨在盡可能地為區域內的氣候利益提供有力保障。因此，在碳市場行政執法方面，粵港澳大灣區應建立相應的協調機制，並結合區域的發展現狀及時對該機制進行實時優化，進而使區域內的持續發展需求得到切實滿足。

（三）粵港澳大灣區碳市場司法一體化構建

未來我國有必要對粵港澳大灣區碳市場進行司法一體化構建，通過建立統一的標準尺度、區域

［56］ 參見李啟家：《環境法領域利益沖突的識別與衡平》，載《法學評論》2015年第6期，第134頁。

司法協同以及適應性和靈活性的碳市場適用規則和裁決機制，粵港澳大灣區可以為碳市場的有效運作提供堅實的司法支持。“執行合同”指標是與法治直接相關的世界銀行營商環境十大評價指標之一。另一項指標，即“辦理破產”指標也與法治直接相關，另外，金融信貸等指標也是涉及法治環境方面的內容。商事主體可以在現代商業社會借助於案件的審判結果對司法對自身相似行為的評價進行預判。值得一提的是，司法能為市場競爭的公平性、創新性提供有力保障。在某種意義上，一個地區甚至某個國家對營商環境所做出的評價是由這種保障能力決定的。在約束市場行為等方面，商事裁判發揮了重要作用，法院應對此引以為重，進而使區域內的經濟更加具有活力。[57] 整體看來，區域內的司法合作應取其廣義含義，它覆蓋了立法銜接、信息的互通有無等各個方面，而並不局限於司法協助，提升區域內法治的整體競爭力是司法合作的基本宗旨，如此一來，就能為區域經濟社會的發展起到良好的促進作用。[58] 具體看來，區域內碳市場司法合作由以下內容共同構成：一是以“示範法模式”取代原有的司法協同模式，內陸地區可依照示範法內容進行立法轉化，可上報中央立法機關，在通過審議以後出台法律並落地執行，兩地仿照自身的立法程序上報相關機構審議進行司法轉化。進一步說來，香港地區可借助於判例的形式完成法律轉化。示範法的模式能為區域內碳市場建立統一的司法協同規則起到良好的促進作用，並能避免制度建設不夠系統化的問題。二是擴大司法協同範圍起到良好的促進作用。在碳市場司法協同機制的推行階段，粵港澳大灣區存在一定問題，這些問題會隨著“示範法模式”的推行得到有力解決。但在落地執行以前，只能基於現行的“安排模式”進行改善。區際司法協助制度中包含生效判決的互相認可與實施的重要內容，這也為化解當事人的沖突提供了有力保障。[59] 三地居民所付出的各種努力都是以維護自身合法權益為目標，任何判決一理無法得到認可，無法被落地執行都將變得毫無價值。因此，區域司法協作是三地碳市場的重點建設方向。三是對於為保護各國利益而設置的公共秩序，應針對其適用問題做出明確規定。港澳兩地相繼回歸祖國，兩地與我國內陸地區形成了命運共同體，與我國內陸地區共有經濟利益，與祖國共有整體利益。[60] 這也意味著，理論上不應將公共秩序設置於我國內陸地區與港澳兩地關於粵港澳大灣區碳市場的協議中。但由於在經濟等多個方面，我國內地都與港澳兩地存在顯著的差異，中央政府允許共保留公共秩序以示對港澳高度自治權的尊重。且公共秩序這一概念具有一定的不確定性，應對這一概念做出具體規定。四是建立多樣化的平台以實現司法協同。最為理想的營商環境源自法治的有力保障，粵港澳大灣區應對平台建設工作引以為重，並大力開展制度建設工作。[61] 三地在中央授予權限的基礎上共同開展平台建設工作，建立科學的機制以實現司法信息以及資源的互通有無、進行密切交流，使司法合作中面臨的棘手問題得到協調解決。[62] 對於區域內的碳市場司法協同問題，可以立足於以下方面進行改善，並加大制度建設力度：第一，學習替代性爭議解決機制（ADR）的先進措施，建立相應的平台以實現司法合作。在中央的引導下設立專門機構以負責溝通協調工作，使三地司法機關能夠高效辦案。第二，充分利用信息網絡技術建

［57］ 參見謝雯、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48頁。

［58］ 參見謝雯、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49頁。

［59］ 參見殷敏、冶利亞：《內地與香港民商事判決認可和執行問題探究》，載《港澳研究》2020年第4期，第51頁。

［60］ 參見于志宏：《內地與香港特區民商事判決承認與執行問題分析》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2015年第11期，第31頁。

［61］ 參見《發出南沙倡議 推進法治協同》，載《廣州日報》2023年8月31日，第A6版。

［62］ 參見謝雯、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50頁。

立數字化平台以解決區域內的碳市場司法協同問題。《粵港澳大灣區發展規劃綱要》中做出了一些助力粵港澳大灣區建立一體化數字碳市場司法協同平台的規劃，如創建國際科技創新中心等等。廣州互聯網法院於 2019 年 7 月首度對跨域訴調對接案件進行線上審理。區域內人民法院通過“E 鍵送達”的推廣以高效實現域外送達目標。[63] 此類措施均是內地司法機關在發揮當代先進技術的優勢上所做出的積極嘗試，但仍需不懈努力，加快數字化平台的建設進程，並建立相應的制度。該數字化平台包含司法文書送達等多樣化的模塊，應結合實際需求為各模塊設置多樣化的功能，進而通過該平台便捷地辦理與碳市場司法協同相關的各種活動。

五、結語

總體來看，粵港澳大灣區碳市場法治一體化構建是新時代貫徹落實涉外法治戰略和“雙碳”戰略的應有之義，必須協同推進，積極落實。首先，法律旨在維護社會秩序，但法律所具備的安定性易於滋生法律的惰性，使法律存在“抵抗動態”的缺陷。在這種情況下，就應充分利用外界壓力進而為法治行動的適時進行起到良好的促進作用。區域內建立的法律秩序導致多元主體難以順利合作，這也導致粵港澳大灣區在法治建設上變得更加怠惰。即便如此，港澳地區與以廣東省為代表的我國內陸地區的融合發展依然是大勢所趨，應在碳市場法治合作方面進一步開展行動，更好地實現“雙碳”目標。這不僅有助於增進港澳地區與我國內陸地區之間的交流，實現不同地區的區域一體化發展，改善整體生態環境，而且也有利於在“一國兩制”的基本憲制下進一步維護秩序。粵港澳大灣區就碳市場法治一體化建設層面亟需在立法、執法、司法等領域（環節）開展深入合作。這也要求對區域內進行法治合作的憲制基礎形成準確把握，依托於良性的合作機制為區域內碳市場法治的融合發展、在立法等多個方面進行合作起到良好的促進作用，促進國家更好地實現整體發展，為構建人類命運共同體這一宏偉目標的實現貢獻一己之力。

［63］ 參見《人民法院服務和保障粵港澳大灣區建設情況報告（2019-2022）》，載中華人民共和國最高人民法院網站，https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-363221.html/，2024年1月20日訪問。

Abstract: The realization of carbon market integration in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area urgently requires robust legal safeguards, encompassing legislation, enforcement, and judicial aspects. As a unique urban cluster under the "One Country, Two Systems" framework, the Greater Bay Area (GBA) must foster close cooperation among its regions to achieve the dual carbon goals ("Dual Carbon" goals). Promoting the legal integration of the GBA carbon market is undoubtedly the legal cornerstone for leading intra-regional cooperation on these goals and represents a vivid example of regional legal collaboration within the GBA. However, due to differences in legal systems, the GBA faces significant challenges in legal cooperation in the carbon market, including fragmented legislation, decentralized enforcement, and judicial conflicts. These issues hinder effective legal collaboration across the three regions, making it difficult to achieve integrated legal safeguards. To address this, China should, while respecting the high degree of autonomy of Hong Kong and Macao, leverage the central government's comprehensive governance and unified leadership over the mainland, strengthening legal cooperation in the GBA through an "authorization plus consultation" approach. Additionally, a variety of legislative coordination techniques should be flexibly employed to construct a systematic and comprehensive legal framework for carbon market cooperation in the Greater Bay Area.

Key words: Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area (GBA); Carbon Market; Regional Legal Cooperation; Central-Local Relations; Institutional Openness

（責任編輯：晉晨東）

粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接的路徑探索

李夢雲*

摘　要　推進粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接，是服務粵港澳大灣區要素便捷流動的重要舉措。立足於粵港澳三地勞動爭議解決程序的共性與差異，可以從訴訟程序對接和非訴訟程序對接兩方面，推進粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接。勞動訴訟階段，審理法院可以藉助民商事領域的區際司法協助安排，實現粵港澳三地勞動爭議訴訟程序對接。非訴訟程序對接方面，應當以粵港澳三地勞動爭議非訴訟糾紛解決規則的協同與融合為目標，具體而言，廣東省應當重視勞動行政部門的解紛功能和作用，同時，從調解的內涵和要求、調解的範圍和限度以及訴訟與非訴訟規則銜接三個視角，規範和優化勞動爭議調解制度。

關鍵詞　粵港澳大灣區規則銜接　勞動爭議解決程序　區際司法協助　非訴訟糾紛解決

一、問題的提出

“一國兩制三法域”下，實現粵港澳大灣區勞動用工領域的規則銜接與機制對接具有重要意義。一方面，勞動用工法律規範關係著勞動者的切身利益和企業的用工成本，實現勞動用工實體規則銜接和爭議解決程序對接，是吸引港澳企業、港澳居民在大灣區創業就業的重要舉措，[1]有利於維護跨境就業和跨境投資者的合法權益。另一方面，隨著粵港澳大灣區資本、勞動力生產要素的跨境流動，粵港澳三地跨境用工現象日益普遍，將會引起跨境用工勞動爭議風險。粵港澳大灣區跨境勞動爭議解決可能面臨管轄權、法律適用以及司法文書的送達和執行等問題，因而，粵港澳大灣區勞動用工法律規則銜接與機制對接，是預防跨境勞動用工風險、實質化解跨境勞動爭議的要求。

探討粵港澳大灣區勞動用工領域的規則銜接與機制對接，應當明確粵港澳大灣區規則銜接與機制對接的內涵和要求。學者陳朋親認為，粵港澳大灣區的規則銜接是粵港澳三地制度理念、制度文化與組織功能的磨合，粵港澳三地法律制度的差異性決定了規則銜接與機制對接是相互學習、

*　李夢雲，武漢大學法學院博士研究生。

［1］　新華社：《融合創新添活力——粵港澳大灣區成創業就業“沃土”》，載粵港澳大灣區門戶網2023年11月14日，https://www.cnbayarea.org.cn/news/focus/content/post_1140479.html。

磋商和博弈的過程。[2] 有學者聚焦粵港澳大灣區民商事規則銜接議題，認為粵港澳三地實體法的協調難度大，制定統一實體法的可行性不高，只能通過區際管轄權和法律適用規則，化解粵港澳三地的區際法律衝突問題。對於粵港澳三地糾紛解決程序的對接，可以通過司法合作交流、司法協助安排和非訴訟糾紛解決機制實現。[3] 學者楊麗從理論和實踐兩個層面，論證了粵港澳大灣區規則銜接與機制對接的路徑和方案，認為最優路徑不是採用國際通行規則，也不是遵循各自的規則，而是將粵港澳三地法律制度的優勢結合在一起，形成具有粵港澳大灣區特色的規則體系。[4]

勞動用工領域，粵港澳大灣區規則銜接與機制對接，包含實體規則銜接與程序機制對接兩個層面。

其中，勞動用工實體規則銜接是指，實現粵港澳三地勞動基準、勞動合同、勞動福利和社會保障規則的協調融合。在全面準確貫徹“一國兩制”“港人治港”“澳人治澳”及高度自治的方針下，[5] 應當保障香港特別行政區和澳門特別行政區基於基本法享有的行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。[6] 因此，粵港澳大灣區勞動用工實體規則銜接不宜一律採用內地勞動法，也不宜一律採用港澳地區勞動雇傭規則，而是應當結合具體跨境勞動爭議案件的跨境要素，參照適用我國內地和港澳地區涉外法律適用規則，[7] 以確定跨境勞動爭議解決的準據法。

不同的是，粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接面臨較大挑戰。一方面，粵港澳三地的勞動爭議範圍、勞動爭議解決機構以及勞動爭議調裁審的銜接關係存在差異，粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接存在制度障礙。另一方面，基於勞動用工關係的特殊性，勞動爭議不同於普通的民商事爭議，粵港澳三地的勞動爭議解決程序亦區別於普通民商事爭議，主要體現在，除民事訴訟程序外，勞動監察、調解仲裁也是勞動爭議解決的法定途徑。在此背景下，以司法機關主導的訴訟程序對接為主的區際司法協助規則，無法滿足勞動爭議解決程序對接的需求。

因此，本文將立足於粵港澳三地勞動爭議解決機制的特殊性，聚焦粵港澳三地勞動爭議解決程序的共性和差異，探討粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接的可行路徑。基本思路是，首先，明確粵港澳三地勞動爭議解決程序的共性和差異，其次，在求同存異的基礎上將粵港澳三地勞動爭議解決程序分為訴訟程序和非訴訟程序，最後，分別探討粵港澳大灣區勞動爭議訴訟程序對接和非訴訟程序對接的問題和對策。

二、粵港澳三地勞動爭議解決程序的釋明

自 2003 年我國內地與香港、澳門分別簽訂《關於建立更緊密經貿關係的安排》（CEPA）[8]，

［2］ 參見陳朋親：《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42頁。

［3］ 李可、唐曉晴：《橫琴粵澳深度合作區：理念創新與制度構建》，載《港澳研究》2022年第1期，第13-24頁。

［4］ 楊麗：《關於推進粵港澳大灣區建設、支援香港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68頁。

［5］ 習近平：《在慶祝中國共產黨成立100周年大會上的講話》，載《求是》2021年第14期，轉引自求是網2021年7月15日，http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2021-07/15/c_1127656422.htm。

［6］ 參見1997年7月1日施行《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第2條：“全國人民代表大會授權香港特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。”1999年12月20日施行《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第2條：“中華人民共和國全國人民代表大會授權澳門特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。”

［7］ 參見班小輝、丁怡涵：《粵港澳大灣區跨境勞動爭議法律適用：規則、困境與破解》，載《經濟法論壇》2023年第1期總第30卷，第259-274頁。

［8］ 參見中華人民共和國商務部：《內地與港澳關於建立更緊密經貿關係的安排》（CEPA），http://tga.mofcom.gov.

內地與香港、澳門的經貿往來和人員流動增加，為應對日益增加的涉港澳勞動爭議，我國香港、澳門的勞資糾紛解決機制逐漸受到關注。學者孫曉萍等將我國香港的勞資糾紛處理程序概括為“一調一裁一復核三上訴”[9]，學者楊欣分析了我國澳門勞工事務局、檢察院和法院等機構處理勞資糾紛的規則和實踐，將澳門的勞資糾紛解決機制總結為“以勞動監察為主體、法院為最終方式、注重調解”。[10]以上研究成果為分析港澳的勞資糾紛解決程序奠定了基礎，但忽視了港澳勞動爭議的範圍，以及我國內地與港澳勞動爭議解決程序的差異。基於此，現從勞動爭議的範圍、勞動爭議處理程序兩個方面，分別探討粵港澳三地的勞動爭議解決機制。

（一）何為勞動爭議：粵港澳三地勞動爭議的範圍

勞動爭議，港澳地區稱勞資糾紛，學理上是指勞動關係當事人之間發生的、涉及勞動權利義務的爭議或糾紛。[11]但是我國內地、香港及澳門立法均未明確界定其內涵，而是通過列舉或概括的方式，確定應當適用特殊糾紛解決程序的勞動爭議類型。[12]

1. 我國廣東省的勞動爭議與勞動違法行為

廣東省勞動爭議的範圍確定，主要依據國家層面的相關規定。[13]我國《勞動爭議調解仲裁法》《勞動人事爭議仲裁辦案規則》列舉了勞動爭議的類型，包括用人單位與勞動者之間關於勞動關係存續、勞動合同履行及勞動權利義務的爭議。[14]我國內地勞動爭議解決機制聚焦於從屬勞動關係，勞動爭議的界定以當事人存在或可能存在勞動關係為前提。儘管立法規定了勞動爭議範圍的兜底條款，但實踐中勞動爭議案件受理以法律列舉為限，以致實踐中部分勞動權利救濟案件無法適用勞動爭議解決程序，如平等就業權救濟。[15]

我國廣東省勞動爭議範圍，還存在與勞動違法行為混淆的問題。我國《勞動保障監察條例》、廣東省《勞動保障監察條例》列舉了用人單位違反勞動保障法律、法規或規章的行為類型。[16]如表 1 所示，勞動爭議事由確實與勞動違法行為存在重合。舉例而言，若勞動者主張用人單位未定期足額向其支付工資，則既涉及用人單位和勞動者關於勞動報酬數額、支付週期和支付方式的勞動爭議，又屬於勞動行政部門的勞動保障監察事項，涉嫌勞動違法。由此可見，在勞動者工資支付、解僱保護、社會保險權益保障等方面，勞動爭議和勞動違法行為存在混淆的可能性。但是，勞動爭議和勞動保障監察事項的混淆，既不利於發揮勞動保障監察的功能，也不利於當事人通過調解或仲裁的方式解決勞動爭議。針對這一問題，粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接時，可以借鑒我國香港、澳門關於勞動爭議與勞動監察事項的區分方法。

cn/article/zt_cepanew/，2023年10月23日訪問。

［9］ 孫曉萍、張聖軍：《內地與香港勞動爭議解決機制比較研究》，載《廣東外語外貿大學學報》2012年第5期，第82頁。

［10］ 楊欣：《澳門勞資糾紛處理制度的結構、功能及啟示》，載《中國勞動關係學院學報》2018年第3期，第88-95頁。

［11］ 王全興：《勞動法》（第四版），法律出版社2017年版，第462頁。

［12］ 董保華：《勞動爭議處理法律制度研究》，中國勞動社會保障出版社2008年版，第3頁。

［13］ 《廣東省勞動人事爭議處理辦法》第2條。

［14］ 《中華人民共和國勞動爭議調解仲裁法》第2條；《勞動人事爭議仲裁辦案規則》第2條。

［15］ 參見周圓：《平等就業權救濟的困境與出路——以社會法矯正私法為視角》，載《人權》2023年第2期，第138-160頁。

［16］ 《勞動保障監察條例》第11條；《廣東省勞動保障監察條例》第23條。

表 1 廣東省勞動爭議與勞動違法行為的比較

	勞動爭議	勞動違法行為
內涵	勞動法律關係當事人關於勞動關係中的權利義務發生的爭議	用人單位等相關主體違反勞動保障法律、法規或規章的行為
範圍	因確認勞動關係發生的爭議	用人單位違反與勞動者訂立勞動合同、約定試用期及其他必備條款、交付勞動合同文本、出具解除或者終止勞動關係證明等法規的行為
	因訂立、履行、變更、解除和終止勞動合同發生的爭議	
	因除名、辭退和辭職、離職發生的爭議	
	因工作時間、休息休假、社會保險、福利、培訓以及勞動保護發生的爭議	用人單位違反工作時間和休息休假規定的行為
		用人單位違反支付勞動者工資和執行最低工資標準的行為
	因勞動報酬、工傷醫療費、經濟補償或者賠償金等發生的爭議	用人單位違反參加各項社會保險和繳納社會保險費的行為
		用人單位違反制定內部勞動保障規章制度的行為
		用人單位違反禁止使用童工規定、女職工和未成年工特殊勞動保護規定的行為
	法律、法規規定的其他勞動爭議	職業介紹機構、職業技能培訓機構和職業技能考核鑒定機構違反國家有關職業介紹、職業技能培訓和職業技能考核鑒定的規定的行為
		法律、法規規定的其他勞動違法行為

2. 我國香港適用特殊爭議解決程序的勞資金錢糾紛

根據我國香港《勞資關係條例》，勞資糾紛是指僱主與雇員之間或雇員與雇員之間產生的，關於某人的僱用或不獲僱用、雇傭合同條款及雇傭條件的糾紛與分歧。[17] 為了更好保障勞工的雇傭條件和工作權益，立法規定了適用於特殊類型勞資糾紛的爭議解決程序。我國香港《小額薪酬索償仲裁處條例》和《勞資審裁處條例》規定，小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處是勞資糾紛處理機構，對特定類型的勞資金錢糾紛有專屬管轄權，換言之，兩機構司法管轄權範圍內的申索，不得在任何法庭進行訴訟。

具體地，我國香港適用特殊爭議解決程序的勞資金錢糾紛，其產生原因包括（1）違反雇傭合同條款；（2）違反學徒訓練合同條款；（3）不遵守我國香港《雇傭條例》《最低工資條例》或《學徒制度條例》；（4）雇員獲得遣散費的權利及其款額；（5）雇員獲得其雇主以外的人給付工資的權利及其款額。[18] 與此同時，我國香港立法亦對小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處的司法管轄權作出排除性規定，即因違反合同條款、不履行普通法或成文法的義務性規定而引起的侵權行為，和公司法人破產清算相關的勞資糾紛，[19] 不適用特殊的勞資金錢糾紛解決程序。

［17］ 中華人民共和國香港特別行政區法例第55章《小額薪酬索償仲裁處條例》第2條。

［18］ 中華人民共和國香港特別行政區法例第453章《小額薪酬索償仲裁處條例》附表。

［19］ 參見中華人民共和國香港特別行政區法例第453章《小額薪酬索償仲裁處條例》第5條、第25章《勞資審裁處條

在勞資糾紛和勞動違法行為的區分上，我國香港《雇傭條例》《雇傭條例簡明指南》詳細規定了僱主違法的情形及處罰，[20] 能夠有效避免勞資糾紛與勞動違法行為的混淆。

3. 我國澳門的勞資糾紛和勞動違法行為

在我國澳門，適用特殊爭議解決程序的勞資糾紛範圍較廣，不僅包括狹義上勞動關係當事人圍繞勞動權利義務的糾紛或分歧，還包括勞動違法行為引起的糾紛。根據我國澳門《勞動關係法》《勞動訴訟法典》《勞動監察工作的運作規則》，澳門針對不同類型的勞資糾紛規定了不同的爭議解決程序。如表 2 所示，[21] 我國澳門根據勞資糾紛的產生原因，將勞資糾紛分為勞動民事糾紛、輕微違反行為引起的糾紛和行政違法行為引起的糾紛三類。

表 2 我國澳門勞資糾紛類型及其處理程序

	勞動民事糾紛	輕微違反行為	行政違法行為
範圍	具有或依法應視為具有勞動性質的事宜，具體包括：（1）與從屬性勞動關係或勞動合同有關的問題；（2）與經濟依賴型勞務提供關係或合同有關的問題；（3）學徒培訓合同相關問題；（4）為同一雇主實體提供勞務的勞工間出現的涉及勞工個人權利及義務的問題；（5）職業介紹所相關勞動問題；（6）由工作意外或職業病而生的問題等	構成勞動輕微違反行為的原因包括：違反規範勞動關係的法律規定或規章性規定；違反關於職業介紹所業務的法律規定或規章性規定；違反關於工作地點的衛生及安全的法律規定或規章性規定；違反與工作意外及職業病有關的法律規定或規章性規定等	雇主有違反《勞動關係法》相關條款的行為，可能構成行政違法行為，具體包括：不履行發出雇員資料記錄相關證明書義務；違反書面（勞動）合同的強制性要求；不履行安排未成年人定期接受身體檢查的義務；在沒有得到雇員同意下修改上下班時間；安排提供強制超時工作；安排於休息日、強制性假日提供強制工作等
程序	勞動監察、勞動民事訴訟	勞動監察、勞動輕微違反訴訟	勞動監察

（二）如何解決勞動爭議：粵港澳三地勞動爭議解決程序

在不同法律制度、政策導向和社會文化背景下，粵港澳三地勞動爭議解決程序存在差異。

1. 廣東省勞動爭議解決程序：調解、仲裁與訴訟

廣東省勞動爭議解決遵循“調解優先、仲裁前置”的原則，由於《勞動爭議調解仲裁法》第 47 條規定的是有條件、有限制的一裁終局制度，[22] 經過勞動仲裁的案件往往還會進入訴訟程序。

近年來，調解作為一種非訴訟糾紛解決方式，在我國內地勞動爭議解決中發揮著重要作用。隨著 2011 年《關於深入推進矛盾糾紛大調解工作的指導意見》、2015 年《中共中央、國務院關於構建和諧勞動關係的意見》等頒布實施，[23] 我國內地勞動爭議調解制度不斷完善和發展。廣東省高度重視勞動爭議多元化解機制構建，探索出了勞動爭議協調解決的創新路徑，如廣州市海珠區構建了人民調解與勞動人事爭議調解仲裁聯動機制，由區人社局、區司法局在區勞動人事爭議仲裁院設

例》附表第3條。

［20］ 中華人民共和國香港特別行政區勞工處《雇傭條例簡明指南》2023年版，www.labour.gov.hk/chs/public/ConciseGuide.htm，2023年12月23日訪問。

［21］ 參見澳門特別行政區第9/2003號法律《勞動訴訟法典》第2條；第7/2008號法律《勞動關係法》第88條。

［22］ 參見涂永前：《我國特色的勞動爭議仲裁終局化之理念和制度架構——〈勞動爭議調解仲裁法〉第47條釋正》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2013年第3期，第66-74頁。

［23］ 2011年4月22日中央綜治委、最高人民法院、最高人民檢察院等十六部委《關於深入推進矛盾糾紛大調解工作的指導意見》（綜治委〔2011〕10號）；2015年3月21日《中共中央、國務院關於構建和諧勞動關係的意見》（中發〔2015〕10號）等。

立海珠區勞動人事爭議聯合調解中心，對勞動爭議案件進行綜合調處。[24]

鑒於先行調解事實上已經成為廣東省勞動爭議解決的前置程序，廣東省勞動爭議調裁審的銜接可以概括為三個階段。一是先行調解，是指當事人發生糾紛后、仲裁立案前的協調調解。先行調解具備兩個優勢，其一，能夠實現勞動爭議和勞動監察事項的分流，使“監察的歸監察、仲裁的歸仲裁”。其二，能夠節約勞動仲裁和訴訟資源，降低當事人維權成本。二是勞動仲裁，包括仲裁調解和仲裁裁決兩個步驟。其中仲裁庭主持調解成功后應當制作仲裁調解書，其法律效力等同於仲裁裁決書。如果當事人對仲裁裁決不服，可以依法向人民法院提起訴訟。由此進入第三階段，即訴訟階段。訴訟階段勞動爭議案件的處理與普通民商事案件無異，但需要注意的是，法院亦重視通過訴前調解、委託調解等方式解決糾紛，[25]調解不成的，合議庭將依法作出判決。

2. 我國香港勞資糾紛處理程序：調停調解、仲裁審裁與訴訟

根據我國香港法規，勞資金錢糾紛的處理遵循調停調解、仲裁審裁和向法院上訴的流程。首先，調停調解是指，當事人之間發生或可能發生勞資糾紛時，勞工處處長可以組織調停[26]、調解，促使勞資糾紛當事人達成和解。若調停員、調解員或調解委員會未能促成當事人達成和解，應當向勞工處處長報告，有關主體可以在各方同意下將勞資糾紛轉交仲裁。其次，仲裁審裁是指，具備有限司法管轄權的小額薪酬索償仲裁處和屬於記錄法庭的勞資審裁處主導的勞資糾紛審裁程序。儘管小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處的機構性質不同，但是兩者的管轄範圍互為補充，並且在調停調解、限制律師出庭發言權等方面具有一致性。對於小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處的裁決，除一方當事人已提交上訴許可申請外，審裁官可依職權或依申請對裁決進行復核。再次，勞資糾紛上訴是指，如果當事人不滿審裁機構的裁決和復核裁定，可以在特定期限內依次向高等法院原訟法庭、上訴法庭及終審法院上訴，我國香港的上訴程序包括上訴許可的審批和作出上訴決定兩重審查。需要注意的是，勞資糾紛裁決的復核和上訴均不產生暫緩執行裁決的法律效果。[27]簡言之，我國香港勞資金錢糾紛解決程序包括三個階段，分別是勞工處主導的調停調解，小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處進行的勞資糾紛審裁，以及高等法院、終審法院對上訴許可申請和上訴決定的審理。

3. 我國澳門勞資糾紛處理程序：勞動監察和勞動訴訟

由於我國澳門勞資糾紛的外延較廣，包括了勞動違法行為引起的糾紛。與之相適應，我國澳門勞工事務局作為勞動保障監察機構，在發現、協調和化解勞資糾紛方面發揮著重要作用。

---

［24］ 參見廣州市司法局：《海珠區印發調解與勞動人事爭議調解仲裁聯動銜接機制工作方案，為全市推動勞動人事爭議多元化解體系建設提供範本》，http://sfj.gz.gov.cn/xxgk/xxgkml/gzdt/jcdt/content/post_5632396.html，2023年10月27日訪問。

［25］ 參見2020年12月29日公佈、2021年1月1日施行《最高人民法院關於人民法院民事調解工作若干問題的規定》（法釋〔2020〕20號）；2020年1月9日《最高人民法院關於進一步完善委派調解機制的指導意見》（法發〔2020〕1號）；范愉：《委託調解比較研究——兼論先行調解》，載《清華法學》2013年第3期，第57-74頁。

［26］ 關於調停與調解的區別，根據澳門律師公會調解及調停中心《爭議調解及調停規章》，“調停”是指一種以非司法途徑解決爭議的方式，無訴訟性，無敵對性，具自願、私人、非正式及機密性質；各方當事人直接參與其中，積極致力尋求達成協議；調停員的職務為拉近和引導各方協商，並提出諒解建議。“調解”是指一種以非司法途徑解決爭議的方式，無訴訟性，無敵對性，具自願、私人、非正式及機密性質；透過調解程序，各方當事人在調解員輔助下直接積極地致力尋求達成協議。可見，調停和調解的主要區別是調停員可以為當事人提出和解建議，而調解員不能。參見https://www.dsedt.gov.mo/public/data/cepa/inv_dmm/attach/dd53ee71f3a8cfb72ff5ee9487fffb6a60b421c7/sc/annex_15.2MRules_sc.pdf，2023年11月4日訪問。

［27］ 參見中華人民共和國香港特別行政區條例第453章《小額薪酬索償仲裁處條例》第36條、第25章《勞資審裁處條例》第37條。

我國澳門勞資糾紛處理程序可分為勞動監察和勞動訴訟兩個階段。首先，勞動監察階段，勞動監察人員發現和雇員投訴均可以啟動勞動監察程序。對於勞動監察人員執行職務期間發現的、構成輕微違反的違法行為，勞動監察人員應當制作筆錄，筆錄經勞工事務局局長確認後生效。若違法者收到筆錄後未於特定期限內繳付欠款和罰金，勞工事務局則應當將筆錄送交司法機關，案件進入勞動輕微違反訴訟程序。[28] 對於因雇員投訴立案的勞資糾紛案件，勞工事務局應當先嘗試協調解決勞資糾紛，協調不成的則制作筆錄，並按照行政違法行為、輕微違反行為及不存在違法行為分別處理。[29] 其次，勞動訴訟階段，對於經勞工事務局調停仍無法解決的勞資糾紛，當事人可以依法提起勞動訴訟，檢察院應當依職權代理勞工及其親屬參加訴訟。我國澳門的勞動訴訟程序，包括勞動民事訴訟程序和勞動輕微違反訴訟程序兩類，其中檢察院和法院主持的調解是勞動民事訴訟程序的重要環節，[30] 能夠最大限度地維護勞工權益。對於第一審法院作出的部分勞動民事裁判和勞動輕微違反的終局裁判，若當事人不服，可以向中級法院提起上訴，上訴法院分別遵循一般民事訴訟法規和一般刑事訴訟法規處理。[31]

三、粵港澳三地勞動爭議解決程序的共性與差異

粵港澳三地勞動爭議解決程序存在差異，不僅表現為勞動爭議的範圍不同，還體現在勞動爭議解決的調解、仲裁及訴訟程序及其銜接機制的差別，如我國澳門不存在勞資糾紛仲裁程序，這是粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接面臨的制度障礙之一。但是同時，粵港澳三地勞動爭議解決程序又有相似之處。例如，均涉及勞動行政部門參與勞動爭議解決，我國內地和香港均重視發揮調解的作用等等，這為粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接提供了可能性。在「一國兩制」方針和中央關於粵港澳大灣區建設的決策部署下，粵港澳三地勞動爭議解決程序對接應當堅持「求同存異」，將制度之異轉化為制度之利。

（一）粵港澳三地勞動爭議解決程序的差異

1. 勞動爭議範圍不同

粵港澳三地勞動爭議範圍的差異，主要體現在勞動爭議與勞動違法行為的區分上。廣東省勞動爭議是指內地用人單位與勞動者之間圍繞勞動關係、勞動合同和勞動權利義務產生的爭議，勞動爭議事項與勞動違法行為的事由存在重合。同時，由於我國內地相關立法未明確勞動爭議與勞動保障監察事項的區分標準，實踐中，當事人關於特定事項的訴求應當訴諸勞動監察還是勞動仲裁存在爭議。[32] 在我國香港，適用特殊爭議解決程序的勞資糾紛限於特定勞資金錢糾紛。在與勞動違法行為的區分上，我國香港法規明確了勞資糾紛和勞動違法的不同情形，有利於區分兩者。並且即使均為勞動者和用工主體間的金錢糾紛，勞資金錢糾紛申索程序亦區別於勞動違法行為引起的金錢申索。可見，我國內地和香港的勞動爭議內涵相近，均指向勞動關係當事人關於雇傭狀態、雇傭合同和勞動條件的爭議或分歧。不同的是，我國澳門勞資糾紛的內涵和外延較廣，不僅包括我國內地和

［28］ 參見中華人民共和國澳門特別行政區第26/2008號法規《勞動監察工作的運作規則》。

［29］ 參見中華人民共和國澳門特別行政區勞工事務局，https://www.dsal.gov.mo/zh_tw/standard/labor_problem_disputes_handling_staff.html，2023年10月31日訪問。

［30］ 參見中華人民共和國澳門特別行政區第9/2003號法律《勞動訴訟法典》。

［31］ 參見中華人民共和國澳門特別行政區第9/2003號法律《勞動訴訟法典》第110條、第115條。

［32］ 肖竹：《論〈勞動爭議調解仲裁法〉構建的裁審體制及與勞動監察的關係》，載《中國勞動關係學院學報》2009年第2期，第37-40頁。

香港法規規定的勞動爭議類型，還包括涉嫌構成勞動違法行為的糾紛。

比較可知，我國內地和香港區分了勞動爭議和勞動違法行為，但是由於兩者的發生事由有重合，我國內地勞動爭議與勞動保障監察事項存在混淆。我國澳門將狹義上的勞動爭議和勞動違法行為引起的爭議統一為勞資糾紛，有利於勞動監察和勞動訴訟協同解決糾紛。

2. 勞動行政部門的解紛功能不同

粵港澳三地勞動爭議範圍及其與勞動違法行為的區分存在差異，決定了勞動行政部門在勞動爭議解決中的地位和作用不同。需要明確的是，儘管我國內地勞動爭議仲裁機構設置在行政機構內部並受其管理，但是根據《勞動爭議調解仲裁法》的授權性規定，勞動爭議仲裁委員會依法受理勞動爭議案件，行使準司法管轄權。因此，我國內地勞動爭議仲裁機構應當被界定為準司法機構，[33] 不屬於本文所討論的勞動行政部門。同樣地，由於香港的小額薪酬索償仲裁處具有有限司法管轄權，香港的勞動行政部門專指勞工事務局。

在廣東省，勞動行政部門的法定職責以勞動保障監察為主，勞動保障監察部門不具有解決勞動爭議的職能，但是實踐中廣東省勞動行政部門主導推進了勞動爭議的多元化解。規範層面，根據我國《勞動保障監察條例》，勞動保障監察是指勞動行政部門督促、檢查用人單位履行勞動法律法規和規章，對用人單位的勞動違法行為依法糾正和查處，但是並不涉及勞動爭議解決。《廣東省勞動保障監察條例》授權人力資源社會保障行政部門對金錢給付等投訴案件進行調解，[34] 這一規定突破了國家層面立法，但廣東省勞動監察調解範圍有限，不能由此認為勞動行政部門具有勞動爭議解決職能。實踐層面，廣東省人力資源和社會保障部門探索多種方式完善勞動爭議調解程序機制，事實上發揮了勞動爭議解決功能。具體如創設勞動爭議三方聯合調解中心[35]、引導和規範有關政府主體向社會力量購買勞動爭議專業性調解服務等等。[36]

在我國香港和澳門，勞動行政部門的協調是勞資糾紛解決的前置程序。首先，在我國香港，若當事人間發生或可能發生勞資糾紛，勞工處應當採取適當措施協助當事人解決勞資糾紛，如調停、調解，轉介仲裁或調查委員會處理等。[37] 其次，在我國澳門，勞工事務局勞動監察廳負責勞動監察，其職能涵蓋處理勞資糾紛並提起相關法律程序。[38] 處理勞資糾紛時，勞工事務局先行協商解決，協調不成的依法按照行政違法行為、輕微違反行為以及支持當事人提起勞動民事訴訟處理。由於勞工事務局處理勞資糾紛更加便捷高效，雇員通常選擇首先向勞工事務局投訴反映。可見，澳門勞工事務局的協調處理是勞資糾紛解決的首要方式，在勞資糾紛處理中起著分流作用。

3. 勞動監察、調解、仲裁及訴訟的程序銜接不同

除勞動爭議調解、仲裁和訴訟各處理程序的差異外，粵港澳三地勞動爭議調裁審銜接方式亦存在不同。廣東省勞動爭議解決程序銜接可以概括為“調解優先、仲裁前置、兩審終審”，我國香港

---

［33］ 王倫剛、紀麟芮：《準司法和泛行政：勞動人事爭議仲裁院性質實證考察》，載《中國法律評論》2019年第6期，第88-102頁。

［34］ 《廣東省勞動保障監察條例》第42條;《廣東省立法創新勞動保障監察制度機制》，載中華人民共和國人力資源和社會保障部網站2013年8月7日，http://www.mohrss.gov.cn/fgs/FGSgongzuodongtai/201308/t20130807_109511.html。

［35］ 《依法高效化解勞動爭議 廣東全面開展勞動爭議三方聯合調解工作》，廣東省人力資源和社會保障廳2022年8月23日，https://hrss.gd.gov.cn/zwgk/xxgkml/gzdt/content/post_3999241.html。

［36］ 參見2019年7月4日《廣東省人力資源和社會保障廳關於政府向社會力量購買勞動爭議專業性調解服務辦法》（粵人社規〔2019〕24號）。

［37］ 參見中華人民共和國香港特別行政區《勞資關係條例》（第55章）第4條、第10條。

［38］ 參見澳門特別行政區政府勞工事務局網站，https://www.dsal.gov.mo/zh_cn/standard/labor_problem_unit.html，2024年6月1日訪問。

勞資金錢糾紛的處理亦遵循“調停調解、審裁、訴訟”的銜接方式，即勞工處先行調停調解，小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處隨之仲裁和對裁決復核，最後由法院審理上訴申請和上訴。在我國澳門，勞資糾紛首先由勞工事務局協調處理，對於涉嫌違法的行為，勞工事務局依據法律規定，分別按照不存在違法行為、構成行政違法行為和構成輕微違反行為處理。若構成輕微違反行為的違法者未及時繳納罰金和欠款，勞工事務局將送交司法機關，進入勞動輕微違反訴訟程序。對於不涉嫌違法的糾紛，當事人可以向勞工事務局尋求協調解決，也可以直接提起勞動民事訴訟。在勞動訴訟階段，勞動民事訴訟程序和勞動輕微違反訴訟程序存在顯著差異，但均可以依法依次向我國澳門中級法院、終審法院提起上訴。

（二）粵港澳三地勞動爭議解決程序的共性

第一，均重視發揮調停調解等非訴訟糾紛解決機制在勞動爭議解決中的作用。

在我國內地勞動爭議調解逐步規範化的背景下，[39]廣東省不斷探索勞動爭議多元化解。廣東省立法和實踐擴張了勞動爭議調解主體的範圍，不僅包括勞動爭議調解組織和人民調解組織，還包括各職能部門和群團組織組成的聯合調解組織，以及承接政府購買服務的社會力量。在我國香港，調停調解等非訴訟糾紛解決機制是勞資金錢糾紛乃至所有民事糾紛解決的前置程序。2014 年香港《實務指示31 – 調解》規定，法院有職責協助各方當事人達成和解。當法院認為案件適宜調解時，將通過調整法律程序、酌情裁定訟費等方式，敦促當事人及其法律代表進行調解。[40]在勞資金錢糾紛審裁程序開始之前，相關主體應當提交調停證明書，證明當事人不願調解、不能調解或無法達成和解。可見，調停調解是香港勞資金錢糾紛審裁的前置程序。此外，當事人發生糾紛后也常在調解服務市場尋求專業化調解服務。在我國澳門，勞資糾紛解決機制亦重視調停調解的作用。勞動監察階段，勞工事務局首先採取調停方式解決勞資糾紛。勞動訴訟階段，以普通宣告訴訟為例，勞動民事案件須先後經過檢察院和法院強制試行調解，並且，法院也可以在訴訟程序的其他階段試行調解。[41]綜合來看，注重調停調解方式解決勞動爭議，是粵港澳三地勞動爭議解決機制的一個共通之處。

第二，從粵港澳三地調解、仲裁與訴訟的銜接來看，多數勞資糾紛案件仍可能進入訴訟階段。

首先，在廣東省，儘管我國《勞動爭議調解仲裁法》第四十七條規定了兩類終局裁決，但同時明確勞動者一方可以針對終局裁決向人民法院提起訴訟，用人單位也可以在特定情形下向人民法院申請撤銷終局裁決。[42]其次，在我國香港，對於小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處作出的裁決，如果當事人認為裁決存在法律問題，或有關申索超出了審裁機構的司法管轄權範圍，可以向高等法院提交上訴許可和上訴。再次，在我國澳門，儘管勞工事務局事實上解決了大多數勞資糾紛，但是程序上，勞動訴訟作為勞工權利救濟的最後一道防線，仍是勞資糾紛解決的重要途徑。綜上，粵港澳三地勞動爭議案件的最終裁決多由司法機構作出。

（三）求同存異：粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接的整體思路

儘管粵港澳三地勞動爭議的類型和範圍，勞動行政部門在勞動爭議解決中的地位和作用，以及勞動爭議處理流程存在差異，但是，粵港澳三地均重視調停調解等非訴訟糾紛解決機制的作用，並且，訴訟程序仍是勞動爭議解決和勞工權利救濟的重要方式。立足於粵港澳三地勞動爭議解決程序

［39］ 參見2015年6月3日《關於加強專業性勞動爭議調解工作的意見》（人社部發〔2015〕53號）。

［40］ 參見中華人民共和國香港特別行政區司法機構：《實務指示31-調解》，https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/pd/pdcontent.jsp?pdn=PD31.htm&lang=CH，2023年11月4日訪問。

［41］ 中華人民共和國澳門特別行政區第9/2003號法律《勞動訴訟法典》第28條。

［42］ 參見《中華人民共和國勞動爭議調解仲裁法》第47條、第48條、第49條。

的共性和差異，可以從訴訟程序對接和非訴訟程序對接兩個角度，探討粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接的可行路徑和具體方案。

其一，關於勞動爭議訴訟程序對接。首先需要明確的是，訴訟程序對接，包括法院審判程序和勞動仲裁機構的仲裁、審裁程序。我國內地勞動爭議仲裁機構和香港小額薪酬索償仲裁處、勞資審裁處均具有司法性，以上仲裁審裁機構具有特定類型勞動爭議案件的審判權。原因在於，一方面，我國內地勞動爭議仲裁機構具有中立性、被動性及裁判過程的交涉性等準司法性特徵，[43] 另一方面，我國香港勞資審裁處屬於司法機構，而小額薪酬索償仲裁處具有有限司法管轄權。其次，勞動爭議訴訟程序對接的可行性在於，多數勞動爭議案件仍將進入訴訟程序，是粵港澳三地勞動爭議解決機制的一個共同之處。再次，勞動爭議訴訟程序對接的難點在於，與普通民商事糾紛相比，粵港澳三地勞動爭議及其解決程序具有特殊性。因此，在內地與港澳地區未達成勞動爭議領域司法協助安排的前提下，能否藉助民商事司法協助安排實現勞動爭議訴訟程序對接，還需要進一步論證。

其二，關於勞動爭議非訴訟糾紛解決機制對接，主要是指勞動爭議調停調解的銜接。粵港澳大灣區勞動爭議調停調解銜接的可行性在於，一方面，粵港澳三地均重視發揮調解解紛功能。另一方面，粵港澳三地的實踐中，調停調解等非訴訟糾紛解決途徑化解了大部分的勞動爭議。例如 2023 年廣東省勞動爭議調解成功率達到 78.4%，仲裁結案率達到 96.7%，全省法院勞動爭議案件收案數因此而下降。[44] 香港勞工處勞資關係科以調停方式解決勞資糾紛的比例較高，2019 年、2020 年和 2021 年分別是 75.9%、74.7% 和 74.6%。[45] 澳門檢察院駐初級法院辦事處依法對民事性質的勞動爭議案件實施先行調解，以最大限度和儘快維護處於相對弱勢的勞工階層的權益，其中 2022 年新立案的 304 宗工作意外或職業病案件中，未能達成調解協議而起訴僅 15 宗，調解結案率約為 95.1%；2022 年新立普通勞動訴訟案件 108 宗，提起訴訟的 14 宗，調解結案率約為 87%。[46] 除調停調解外，勞動行政部門主導的勞動監察，也是勞動爭議非訴訟糾紛解決機制對接的一個方面。

綜合而言，立足於粵港澳三地勞動爭議解決程序的共性和差異，可以從訴訟程序和非訴訟程序兩個角度推進粵港澳大灣區勞動爭議解決程序對接。但是，勞動爭議訴訟程序對接和非訴訟程序對接的現狀、問題和具體方案，還需要具體分析。

四、粵港澳大灣區勞動爭議訴訟程序對接：藉助民商事司法協助安排

基於我國內地和香港的勞動仲裁審裁機構具有審判權，訴訟程序對接涵蓋勞動爭議仲裁審裁和勞動爭議訴訟兩個階段。在尊重我國香港、澳門的高度自治權，保障其獨立行使立法權、司法權和終審權的前提下，實現粵港澳大灣區勞動爭議訴訟程序對接，主要途徑是通過區際司法協助，實現內港、內澳在調查取證、文書送達及裁決判決的承認與執行方面的對接。

（一）勞動爭議訴訟程序對接中的司法協助需求

在粵港澳三地勞動爭議仲裁審裁和訴訟程序中，司法協助需求主要涵蓋提取證據、文書送達以及裁決判決的承認與執行。

---

［43］ 參見沈建峰、姜穎：《勞動爭議仲裁的存在基礎、定性與裁審關係》，載《法學》2019年第4期，第152頁。

［44］ 《全省勞動人事爭議調解仲裁工作座談會在廣州召開》，廣東省人力資源和社會保障廳2023年5月31日，https://hrss.gd.gov.cn/slh/gzdt/content/post_4189848.html。

［45］ 參見中華人民共和國香港特別行政區資料一線通：勞資關係的主要統計數位，https://data.gov.hk/sc-data/dataset/hk-ld-lrd-lrd-keystats，2023年12月6日訪問。

［46］ 參見中華人民共和國澳門特別行政區檢察院：2022年度《檢察院工作報告》，https://www.mp.gov.mo/zh_tw/standard/work_report_detail/article/lgkk02z8.html，2023年12月6日訪問。

首先，調查取證方面，司法協助需求與三地勞動爭議仲裁審裁和審判機關的調查取證權密切相關。審判階段，粵港澳三地法院均具有調查取證權，因而，法院處理跨境勞動爭議案件時涉及跨境調取證據司法協助需求。在我國內地和香港勞動爭議仲裁審裁階段，內地法律並未授權勞動爭議仲裁機構調查取證權，而我國香港小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處均具有申索事項相關的調查權，[47] 可見，我國內地和香港勞動爭議仲裁審裁機構的調取證據權和司法協助需求不對等。

其次，文書送達方面，無論是仲裁審裁程序還是訴訟程序，均涉及司法文書的送達事項，因此粵港澳三地勞動仲裁、審裁機構和法院均具有文書送達的司法協助需求。

最後，生效裁決判決的承認與執行方面，訴訟程序是粵港澳三地勞動爭議處理的最後程序，因而法院具有生效判決互認和執行的司法協助需求。特殊的是，在我國內地和香港的勞動爭議仲裁審裁程序，內地勞動爭議仲裁機構出具的調解書、仲裁書，香港小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處作出的裁斷或命令，亦依法在特定情形下產生既判力。因此，我國內地和香港勞動爭議仲裁審裁機構，有生效裁決互認和執行的司法協助需求。

簡言之，勞動訴訟階段，粵港澳三地法院的司法協助需求涵蓋調取證據、文書送達及生效判決的承認和執行三個方面。我國內地和香港勞動爭議仲裁審裁階段，兩地仲裁審裁機構均有文書送達、生效裁決承認和執行的司法協助需求，此外，香港勞資糾紛審裁機構還有跨境調取證據的司法協助需求。

（二）內地與港澳地區的民商事司法協助規則供給

在民商事訴訟領域，我國內地與香港、澳門分別達成了五項和兩項司法協助安排（見表 3），涵蓋證據提取、司法文書的委託送達以及判決的互認和執行。

表 3 內地與港澳地區民商事訴訟程序司法協助安排

	法律	適用範圍
內地與香港	最高院《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》（法釋〔2017〕4號），簡稱《內港取證安排》	民商事案件相互委託提取證據
內地與香港	最高院《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》（法釋〔1999〕9號），簡稱《內港送達安排》	相互委託送達民商事司法文書，具體類型見第九條[48]
	最高院《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》（法釋〔2008〕9 號），簡稱《內港互認和執行判決安排》	在具有書面管轄協議的民商事案件中作出的須支付款項的具有執行力的終審判決
	最高院《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》（法釋〔2022〕4 號)	就婚姻家庭民事案件作出的生效判決

［47］ 中華人民共和國香港特別行政區法例第453章《小額薪酬索償仲裁處條例》第17條第3項、第25章《勞資審裁處條例》第14條。

［48］ 1999年3月30日實施《最高人民法院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》（法釋〔1999〕9號）第9條規定：“本安排中的司法文書在內地包括：起訴狀副本、上訴狀副本、授權委託書、傳票、判決書、調解書、裁定書、決定書、通知書、證明書、送達回證；在香港特別行政區包括：起訴狀副本、上訴狀副本、傳票、狀詞、誓章、判案書、判決書、裁決書、通知書、法庭命令、送達證明。”

	法律	適用範圍
內地與香港	最高人民法院、香港特別行政區政府《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》（法釋〔2024〕2號），簡稱新《內港互認和執行判決安排》，2019年發佈，2024年1月29日實施[49]	民商事案件生效判決的相互認可和執行；判決的具體類型見第四條[50]
	最高院《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修正）》（法釋〔2020〕1號），簡稱《內澳送達和取證安排》	就民商事案件（在內地包括勞動爭議案件，在澳門包括民事勞工案件）相互委託送達司法文書和調取證據
	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》（簡稱《內澳互認和執行判決安排》）法釋〔2006〕2號	民商事案件（在內地包括勞動爭議案件，在澳門包括勞動民事案件）判決的相互認可和執行，判決的具體類型見第二條[51]

以上我國內地與港澳的區際司法協助安排，為民商事案件的區際司法協助提供了規範依據，但是勞動爭議具有特殊性，法院能否通過民商事司法協助安排實現勞動爭議案件的區際司法協助，還需要結合各項安排中的民商事案件範圍具體判斷。

規範層面，由於《內港取證安排》和《內港送達安排》未對民商事案件的範圍作出限制性規定，我國內地和香港法院可以就勞動訴訟相互委託提取證據、送達司法文書。在我國內地與澳門之間，《內澳送達和取證安排》和《內澳互認和執行判決安排》均明確，民商事案件在內地包括勞動爭議案件、在澳門包括勞動民事案件，因此我國內地和澳門法院審理勞動民事案件時，可以依法展開調查取證、委託送達以及互認和執行生效判決等區際司法協助。

但是，我國內地與香港關於民商事生效判決互認和執行的司法協助安排，能否適用於勞動訴訟案件存在爭議。一方面，2008年《內港互認和執行判決安排》限縮了民商事案件的範圍，要求相互認可和執行的民商事案件生效判決須同時滿足三個條件，其一，具有書面管轄協議，這一條件將雇傭合同、個人消費合同等無法協議管轄的法律關係排除在外。其二，有支付款項內容，無金錢支付內容的判決被排除在外。其三，具有執行力，普通法上將這一條件解釋為判決應當是“最終及不可推翻（final and conclusive）”，但是，基於我國內地的再審制度，內地法院作出的二審終審判決並不當然不可推翻，因此內地生效判決是否滿足這一條件存在爭議。[52] 由此可推知，2008年《內港互認和執行判決安排》中的民商事案件不包括勞動爭議案件。但是另一方面，隨著粵港澳大灣區經濟社會文化交往日益密切，2019年最高人民法院和香港特別行政區政府簽署了新的《內港互認和執行判決安排》，並轉化為香港條例第645章《內地民商事判決（相互強制執行）條例》，於2024年1月29日實施，2008年《內港互認和執行判決安排》同時廢止。根據2019年新《內港互認和執行判決安排》，民商事案件是指依據內地和香港特別行政區法律均屬於民商事性質的案件，

［49］ 香港特別行政區政府律政司：《〈內地民商事判決（相互強制執行）條例〉的相關法院規則及生效日期公告刊憲》，https://www.doj.gov.hk/sc/community_engagement/press/20231110_pr1.html，2023年12月25日訪問。

［50］ 2019年1月18日《最高人民法院、香港特別行政區政府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》第4條規定：“本安排所稱“判決”，在內地包括判決、裁定、調解書、支付令，不包括保全裁定；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。”

［51］ 2006年4月1日實施的《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》第2條規定：“本安排所稱“判決”，在內地包括：判決、裁定、決定、調解書、支付令；在澳門特別行政區包括：裁判、判決、確認和解的裁定、法官的決定或者批示。”

［52］ 參見黃善端：《評“首例”香港法院認可內地法院判決案（香港高等法院原訴法庭HCMP2080/2015號判決）》，載《澳門法學》2017年第2期，第65-71頁。

具體類型上，該安排並未將就勞動爭議案件作出的判決排除在互認和執行的民商事案件生效判決之外。[53] 因此，2019 年《內港互認和執行判決安排》生效後，我國內地和香港法院就勞動爭議案件作出的生效判決，只要滿足“具有執行力”要件，就可以依法相互認可和執行。

（三）勞動爭議訴訟程序對接中司法協助規則的供需矛盾

勞動爭議作為特殊的民商事爭議，一般情形下，勞動爭議案件審理法院可以依據民商事司法協助安排，實現訴訟階段勞動爭議案件處理中的區際司法協助需求，包括內地與港澳地區法院之間調查取證、送達司法文書以及相互認可和執行生效判決等。但與此同時，勞動爭議案件及其處理程序具有特殊性，民商事司法協助安排無法完全滿足勞動爭議處理的司法協助需求。

首先，在我國內地和香港勞動爭議仲裁、審裁程序中，具有有限司法管轄權的勞動仲裁審裁機構原則上亦存在區際司法協助需求，如廣東省勞動爭議仲裁機構、香港小額薪酬索償仲裁處和勞資審裁處，存在文書送達、生效裁決相互認可和執行的司法協助需求，此外，由於香港勞資糾紛審裁機構有調查權，原則上其還有跨境提取證據的需求。但是，我國內地和香港勞動仲裁審裁機構的區際司法協助需求無法通過民商事司法協助安排實現。原因在於，其一，儘管我國內地和香港勞動爭議仲裁、審裁機構具有特定勞動爭議案件的審判權，但是其作出的生效裁決是否屬於可以互認和執行的“判決”，2019 年新《內港互認和執行判決安排》未作出明確規定。其二，由於內地勞動爭議仲裁機構沒有調查取證權，並且其設置在勞動行政部門內部、受行政機構管理，在明確內地勞動爭議仲裁機構具有準司法性的同時，不能否認其現實的行政性。[54] 基於此，內地勞動爭議仲裁機構一般被排除在司法協助聯絡機關之外。其三，在我國內地與澳門之間，澳門勞資糾紛解決流程不涵蓋勞資糾紛審裁階段，因此，澳門缺乏與內地勞動爭議仲裁機構達成司法協助安排的制度基礎。

其次，在勞動爭議訴訟階段，儘管原則上法院審理勞動爭議案件時，可以依據民商事司法協助安排滿足區際司法協助需求。但是個案審理中，由於粵港澳三地的勞動爭議概念、範疇及勞動爭議處理程序存在差異，即使是勞動爭議訴訟程序，內港和內澳區際司法協助安排也可能無法滿足勞動爭議案件的司法協助需求。若在內地屬於勞動爭議案件，無法被界定為香港勞資金錢糾紛和澳門勞動民事案件，則內地法院無法依據民商事司法協助安排，就該勞動爭議案件請求港澳地區法院予以司法協助。具體如內地用人單位未為勞動者購買工傷保險情境下的工傷賠償金爭議，在香港可能涉及勞動違法行為，在澳門可能屬於勞動輕微違反訴訟案件。

綜上所述，由於粵港澳三地勞動爭議案件均有可能進入勞動訴訟程序，勞動爭議作為特殊的民商事爭議，藉助內港和內澳民商事領域的區際司法協助安排，能夠一定程度上實現勞動爭議案件審理中的區際司法協助，是推進粵港澳大灣區勞動爭議訴訟程序銜接的重要途徑。但是，基於勞動爭議及其處理程序的特殊性，如我國內地和香港勞動爭議仲裁、審裁程序前置，粵港澳三地勞動爭議的範圍存在差異，民商事區際司法協助規則無法完全滿足粵港澳三地勞動爭議解決程序對接的需求。

［53］ 2019年1月18日《最高人民法院、香港特別行政區政府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》第3條；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119頁。

［54］ 王倫剛、紀麟芮：《準司法和泛行政：勞動人事爭議仲裁院性質實證考察》，載《中國法律評論》2019年第6期，第89頁。

五、粵港澳大灣區勞動爭議非訴訟程序對接：問題與對策

粵港澳三地勞動爭議非訴訟糾紛解決程序主要是指勞動監察和調停調解。由於非訴訟糾紛解決程序以矛盾化解為最終目標，探索粵港澳三地勞動爭議非訴訟程序，不應當局限於非訴訟程序的銜接與趨同，如生效勞動監察決定、調解協議的跨境執行，而是應當立足於粵港澳大灣區勞動爭議非訴訟解決機制的現狀，推進粵港澳三地勞動監察、調停調解規則的相互借鑒與融合。

（一）重視勞動行政部門的解紛功能

前已論及，2013 年廣東省《勞動保障監察條例》創新性地規定了勞動監察調解制度，授權勞動行政部門調解金錢給付類投訴案件，[55] 勞動保障監察調解制度有助於化解勞動違法和勞動爭議競合類糾紛。但是，廣東省勞動監察調解的範圍有限，僅限於勞動保障監察事項相關金錢給付類投訴，因此，本質上勞動保障監察調解只是監察執法方式的變通，並不意味著勞動保障監察具有化解勞動爭議的職能，無法破解我國內地勞動爭議與勞動保障監察事項界分不明的困境。

不同的是，港澳地區的勞動行政部門和勞動監察事實上發揮了勞資糾紛先行處理、協調解決和分流的功能。為推進粵港澳大灣區勞動爭議非訴訟程序對接，廣東省可以借鑒港澳地區的勞資糾紛解決機制，重視勞動行政部門在勞動爭議解決中的功能和作用。

首先，廣東省應當在勞動爭議多元化解實踐的基礎上，規範勞動行政部門主導的勞動監察、勞動爭議調解、仲裁“一站式”解決平台。[56] 明確勞動爭議“一站式”解決平台為勞動爭議處理的前置程序。平台受理勞動爭議案件后，應當根據勞動爭議的性質和類型，分別轉介至勞動保障監察部門、勞動爭議調解組織或勞動爭議仲裁機構處理，分別進入勞動監察、勞動調解和勞動仲裁程序。

其次，廣東省應當構建勞動監察和勞動爭議調解仲裁程序的銜接規則。一方面，進一步明確勞動監察部門和勞動爭議調解、仲裁機構的職能範圍，有效界分勞動保障監察事項和勞動爭議，充分發揮勞動保障監察、勞動調解仲裁的各自優勢。[57] 其二，在勞動爭議解決程序流轉中，明確勞動監察和勞動爭議調解仲裁程序間的轉換可能性與具體情形。若勞動監察部門認為特定投訴應當由勞動爭議調解仲裁機構受理，或者若勞動仲裁機構認為案件當事人涉嫌勞動違法，勞動監察部門和勞動仲裁機構應當在徵得當事人同意後，協助案件在勞動監察和勞動爭議調解仲裁程序間轉換，無須當事人另行申請或投訴。

（二）規範和優化勞動爭議調停調解機制

我國推進多元解紛機制改革以來，廣東省不斷探索勞動爭議的多元化解，取得了豐富的勞動爭議多元化解經驗，但仍有進一步規範和優化的空間。

1. 回歸本質：調停調解的內涵與要求

---

［55］ 《廣東省勞動保障監察條例》第42條；另見《廣東省立法創新勞動保障監察制度機制》，載中華人民共和國人力資源和社會保障部網站2013年8月7日，http://www.mohrss.gov.cn/fgs/FGSgongzuodongtai/201308/t20130807_109511.html。

［56］ 如佛山市南海區勞動人事爭議調裁審一體化中心，該中心由南海區人民法院、南海區人力資源和社會保障局、南海區司法局、南海區總工會聯合打造，目標是建立一個以調裁審對接為主，調解、監察、仲裁、審判“四位一體”的勞動人事爭議多元化調解平台，參見《南海區勞動人事爭議調裁審一體化中心正式成立》，載南海區人民政府網站2022年3月4日，http://www.nanhai.gov.cn/fsnhq/bmdh/lyqt/qzgh/ghdt/content/post_5397767.html。

［57］ 2019年7月9日廣州市人力資源和社會保障局等八部門《關於進一步加強全市勞動人事爭議調解仲裁完善多元處理機制的實施意見》（穗人社函〔2019〕1036號）。

在國際通行規則下，調停、調解作為替代性糾紛解決方案，均要求作為中立第三方的調停員和調解員協助爭議當事人達成和解，與此同時，調停、調解的概念內涵和規範要求存在差異。[58]《新加坡調解公約》規定，調解是由調解員協助，在調解員無權對爭議當事人強加解決辦法的情況下，當事人設法友好解決其爭議的過程。[59]我國香港《調解條例》規定，調解是指不偏不倚的調解員在不對爭議事項作出判決的情況下，協助爭議當事人找出爭議點、探求和擬定解決方案、互相溝通以及就解決爭議的全部或部分達成協議的程序。但是，這一概念並不當然適用於勞資糾紛解決領域，[60]勞資糾紛調解員可以為當事人提供與勞資糾紛和解有關的建議。[61]在我國澳門，調解和調停均具有自願、私人、非正式和機密性，無訴訟性和敵對性，不同的是，調解員僅在調解程序中起協助作用，無權將其意見加諸當事人，而調停員可以提出和解建議。[62]由此可見，調解和調停的主要區別是：調停員可以提供爭議事項相關的和解建議，但調解員無權提出。

而在我國內地“大調解”格局下，無論是人民調解、行政調解還是司法調解，均未明確區分調解和調停。人民調解中，人民調解員可以向當事人講解有關法律、法規和國家政策，在當事人平等協商、互諒互讓的基礎上提出糾紛解決方案。[63]行政調解強調矛盾糾紛的實質性化解，遵循注重效果原則，行政調解主體能夠綜合法律法規、專業技術問題和個案特殊情況，及時為當事人提供合理的糾紛解決方案。[64]人民法院調解民事爭議時，當事人可以自行提出調解方案，主持調解的人員也可以提出調解方案供當事人協商時參考。[65]綜合而言，我國調解立法並未限制調解員為當事人提供和解方案，並且，為了實現“案結事了人和”的矛盾糾紛實質化解效果，我國支持調解員結合其實踐理性和調解技藝，為當事人提供遵循“情、理、法”的和解方案。[66]

比較粵港澳三地的勞動爭議調解機制可知，廣東省勞動爭議調解更關注效果，忽視了調解制度的程序要求，這不利於粵港澳大灣區勞動爭議調解規則銜接與機制對接。

由於廣東省勞動爭議調解實踐更加契合港澳勞動行政部門主導的調停，及香港勞資審裁處主持的調解，為推進粵港澳三地勞動爭議調解規則的協同與融合，廣東省可以通過區分官方調停和社會調解，[67]實現與港澳地區勞動爭議調停調解程序的對接。具體而言，首先，以調解主體是否為

---

［58］ 根據《牛津法律詞典》和《元照英美法詞典》，mediation和conciliation都具有“調解、調停”的涵義。通常mediation指民法中的調解，通常是指由中立的第三方（調解員），協助爭議各方達成和解的爭議解決程序。調解員可以是律師或經專門培訓的非律師，沒有決策權，也不能強迫當事人接受和解。Mediation翻譯為「調停」，是指國際法中一種和平解決國際爭端的方法，是指第三方在爭議國同意的前提下，通過提供達成和解的實質性建議積極參與談判進程。民事爭議解決中的調停（conciliation）是指中立的第三方作為調停人，為爭議解決提出了不具有約束力的和解方案。

［59］ 儘管《新加坡調解公約》排除適用就業法有關的和解協議，但是其對調解的定義亦具有參考價值。聯合國大會第73/198號決議《聯合國關於調解所產生的國際和解協議公約》第2條第3款。

［60］ 參見中華人民共和國香港特別行政區法例第620章《調解條例》第4條、附表1。

［61］ 參見中華人民共和國香港特別行政區法例第55章《勞資關係條例》第11B條。

［62］ 參見中華人民共和國澳門律師公會調停及調解中心：《爭議調解及調停規章》第1條，https://www.dsedt.gov.mo/public/data/cepa/inv_dmm/attach/dd53ee71f3a8cfb72ff5ee9487fffb6a60b421c7/sc/annex_15.2MRules_sc.pdf，2023年12月15日訪問。

［63］ 《中華人民共和國人民調解法》第22條。

［64］ 參見《北京市行政調解辦法》，北京市人民政府令第264號；王聰：《作為訴源治理機制的行政調解：價值重塑與路徑優化》，載《行政法學研究》2021年第5期，第60頁。

［65］ 2021年1月1日施行《最高人民法院關於人民法院民事調解工作若干問題的規定（2020年修正）》第六條。

［66］ 參見吳元元：《人民調解制度的技藝實踐考》，載《法學》2022年第9期，第3-15頁。

［67］ 這裏的官方調停和社會調解的區分標準是，調解主體是否為法定調解主體或受法定調解主體委託。關於社會調解概念的討論，亦見於廖永安、王聰：《人民調解泛化現象的反思與社會調解體系的重構》，載《財經法學》2019年第5期，第67-80頁。

法定勞動爭議調解主體及受其委託的主體為標準，將“大調解”格局下的勞動爭議調解活動區分為官方調停和社會調解。對於法定勞動爭議調解主體及其委託主體主導的官方調停，允許調解員為當事人提供和解建議。但在勞動爭議社會調解活動中，應當嚴格遵循《新加坡調解公約》等國際通行規則，要求調解員恪守其協助地位，避免直接裁判糾紛或通過說服、勸導、教育方式促成當事人達成和解協議。[68] 其次，無論是官方調停還是社會調解，均應當明確勞動爭議調解員的中立性和資質要求。中立性要求調解員不偏不倚，具體可以從調解員選定或指定規則、調解員的回避義務等入手，防止利益衝突，保障調解員的中立性。[69] 調解員的資質要求和專業性，可以通過確立勞動爭議調解員職業準入制度保證實現。[70] 再次，可以探索社會調解服務市場化機制，支持勞動爭議社會調解組織向有需要的當事人收取適當的調解服務費用，[71] 藉助市場調節機制推進社會調解服務的規範化和專業化。

2. 回應實踐：勞動爭議調解的範圍與限度

勞動爭議調解的範圍與限度問題，是廣東省勞動爭議調解實踐中普遍存在的問題，一定程度上限制了粵港澳三地勞動爭議調解程序對接。由於粵港澳三地勞動爭議的範圍不同，我國澳門勞資糾紛類型涵蓋內地和香港的勞動違法行為，同時內地勞動爭議與勞動保障監察事項區分標準模糊，因此，廣東省勞動爭議調解的案件範圍有擴張趨勢，涵蓋了屬於勞動違法行為引起的糾紛，如用人單位未依法為勞動者購買工傷保險，勞動者因工傷或職業病請求用人單位賠償損失的糾紛，[72] 即工傷賠償爭議。由此，進一步引發了勞動爭議調解的限度問題。在廣東省勞動爭議處理實踐中，此類工傷賠償爭議不僅能夠進入調解程序，而且不同市區的調解限度不統一，具體可能是法定工傷保險待遇給付標準的 80%、70% 或 50%。[73] 但是，港澳地區對勞資糾紛的調解限度作出了原則性規定。如香港勞資糾紛的調解調停以不損害某一方的權益為限度，[74] 澳門檢察院試行調解工作意外或職業病引發的勞動爭議案件時，應當促使參與人達成符合現行法規所定權利的協議。[75] 可見，由於勞動者的工資和工傷保險賠償金等直接關係人身和生存權利，對於相關勞動違法行為引發的糾紛，廣東省立法應當進一步明確調解的可行性和限度。

3. 理順關係：粵港澳大灣區勞動爭議處理的程序銜接

首先，確立勞動爭議調解前置原則。當前我國《勞動爭議調解仲裁法》和《廣東省勞動人事爭議處理辦法》均規定了勞動爭議解決“重視調解”原則，事實上，內地勞動爭議解決以協商調解為前置程序。確立調解前置原則的障礙是，如何處理好調解前置與調解自願的關係。一般認為，調解自願原則要求，調解程序啟動和達成調解協議階段應當確保當事人自願。[76] 在勞動爭議調解程

［68］ 參見許志華：《我國批準〈新加坡調解公約〉的問題與對策》，載《中國法律評論》2023年第2期，第206頁。

［69］ 參見《粵港澳大灣區跨境爭議調解示範規則》第14條。

［70］ 參見李夢雲：《多元解紛機制下勞動爭議調解員專業化之探討》，載《中國人力資源開發》2021年第7期，第14頁。

［71］ 參見《最高人民法院關於人民法院進一步深化多元化糾紛解決機制改革的意見》（法發〔2016〕14號），第37條。

［72］ 《最高人民法院關於審理勞動爭議案件適用法律問題的解釋（一）》第1條第（5）項。

［73］ 實地調研中，珠海市香洲區勞動人事爭議仲裁院的調解限度為不低於法定標準的70%。但是關於調解限度，若工傷賠償調解協議約定的賠償額明顯低於法定賠償標準，可能被認定為存在重大誤解或者顯失公平，參見《最高人民法院關於審理勞動爭議案件適用法律問題的解釋》（一）》第35條；參見《明顯低於法定標準的工傷賠償協議可否撤銷？》，載中國法院網2022年8月17日，https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/08/id/6854485.shtml。

［74］ 中華人民共和國香港特別行政區法例第25章《勞資審裁處條例》第15條第（1）款（d）項。

［75］ 澳門特別行政區第9/2003號法律《勞動訴訟法典》第五十三條第一款。

［76］ 李喜蓮、唐海琴：《法院調解自願原則的實現路徑》，載《湘潭大學學報（哲學社會科學版）》2017年第4

序中，當事人有權決定是否調解，能夠在調解協議的達成上自主自願處分其權利，可見，調解自願原則並不排斥調解前置。[77] 實施勞動爭議調解前置原則，可以參考香港勞資糾紛審裁機構的調停證明書規則。提交調停證明書是香港勞資糾紛審裁程序的啟動條件，調停證明書的證明內容包括：（1）當事人不願調解，（2）曾試圖調解但未能達成和解協議，（3）相當不可能因調解而達成和解協議，（4）調停可能有損一方當事人的權益。[78] 簡言之，廣東省應當確立調解前置原則，除了當事人提交書面文件，證明其不願調解、經調解未能或無法達成調解協議或者調解可能損害當事人合法權益等情形，未經調解的勞動爭議不得進入勞動仲裁程序。

其次，確立勞動爭議調解轉介機制。我國內地學者關注的調解轉介機制，主要是法院轉介調解，即人民法院可以在立案後將民事案件委託行政機關、人民調解組織、行業調解組織等具有調解職能的組織進行調解。[79] 香港勞資糾紛解決規則規定了調解轉介機制，勞資審裁處如果有理由認為當事人可以達成和解，或各方當事人均同意中止審裁程序以進行調停，勞資審裁處可以將案件轉介至勞工處調停。[80] 為了充分發揮調停調解等非訴訟程序在勞動爭議解決中的作用，推動粵港澳三地勞動爭議解決機制對接，廣東省可以探索勞動爭議調解轉介制度，完善勞動爭議解決機制中的訴訟程序與非訴訟程序對接。

最後，明確調解協議的效力加固途徑。根據我國內地相關規定，未經效力加固的勞動爭議調解協議僅具有合同效力，不具有強制執行力。為了深化多元解紛機制改革、健全勞動爭議解決的訴訟與非訴訟銜接，對於法定勞動爭議調解組織主持達成的調解協議，我國內地法律規定了兩種效力加固途徑。其一，雙方當事人可以共同向人民法院申請司法確認。人民法院確認調解協議有效，一方當事人拒絕履行或未全部履行的，對方當事人可以向人民法院申請強制執行。[81] 其二，廣東省規定了勞動仲裁機構審查確認調解協議的制度。當事人可以向有管轄權的仲裁機構申請仲裁審查確認，仲裁機構經審查后可以出具仲裁調解書，[82] 仲裁調解書的效力相當於裁決書。但是，以上兩種調解協議效力加固途徑的適用範圍不明確。在對勞動爭議調解作出官方調停和社會調解區分的前提下，廣東省應當明確，調解協議效力加固規則不僅適用於官方調解，也適用於社會調解，以推進粵港澳大灣區勞動爭議調解服務的社會化。

六、結語

在粵港澳大灣區深入融合發展的背景下，推進粵港澳三地法律規則銜接與機制對接是一項系統性工程。在勞動關係領域，勞動法律關係實體規則銜接可以通過涉外民事關係法律適用規則實現，而勞動爭議解決程序機制對接，則需要立足於粵港澳三地勞動爭議處理程序的共性和差異，在保障

期，第81-84頁。

［77］ 參見張豔麗：《民事審前調解程序的構建》，載《政法論叢》2011年第5期，第12頁。

［78］ 參見中華人民共和國香港特別行政區條例第453章《小額薪酬索償仲裁處條例》第14條、第25章《勞資審裁處條例》第15條。

［79］ 參見李德恩：《論雙向度的“訴調對接”機制及其建構》，載《江西財經大學學報》2014年第5期，第117頁。

［80］ 參見中華人民共和國香港特別行政區條例第25章《勞資審裁處條例》第15條第（3）項。

［81］ 《中華人民共和國人民調解法》第33條；《最高人民法院關於人民調解協議司法確認程序的若干規定》（法釋〔2011〕5號）；《最高人民法院關於擴大訴訟與非訴訟相銜接的矛盾糾紛解決機制改革試點總體方案》第11條強調“落實調解協議的司法確認制度”，規定“經行政機關、商事調解組織、行業調解組織或者其他具有調解職能的組織調解達成的協議，當事人申請確認其效力，參照《最高人民法院關於人民調解協議司法確認程序的若干規定》辦理。”

［82］ 《廣東省勞動人事爭議處理辦法》第26條至第30條。

我國香港和澳門獨立司法權和終審權的基礎上，推進粵港澳三地勞動爭議解決程序規則的借鑒與融合。由於粵港澳三地勞動爭議解決程序可以分為訴訟程序和非訴訟程序兩類，訴訟程序對接方面，勞動爭議作為特殊的民商事糾紛，可以適用內港和內澳的民商事司法協助安排，實現勞動爭議訴訟階段的跨境調查取證、送達文書及生效判決的互認和執行。非訴訟程序對接方面，由於內地多元解紛機制下勞動爭議調解機制的規範化和專業化不足，廣東省應當結合國際通行規則和港澳地區勞資糾紛調停調解的經驗，進一步優化粵港澳大灣區勞動爭議調停調解程序。

Abstract: Promoting the docking of labor dispute resolution procedures in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area is an important measure to serve the convenient flow of elements in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area. Based on the commonalities and differences of labor dispute resolution procedures in Guangdong, Hong Kong and Macao, we can promote the docking of labor dispute resolution procedures in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area from two aspects: the docking of litigation procedures and the docking of alternative dispute resolution. In the labor litigation, the trial court can make use of the inter-regional judicial assistance arrangement in the field of civil and commercial affairs to realize the docking of labor dispute litigation procedures in Guangdong, Hong Kong and Macao. In terms of docking non-litigation procedures, the goal should be the coordination and integration of non-litigation dispute resolution rules in Guangdong, Hong Kong and Macao. Specifically, Guangdong Province should pay attention to the function and role of labor administrative departments in resolving disputes. At the same time, from the perspectives of the connotation and requirements of mediation, the scope and limits of mediation, and the connection of litigation and non-litigation rules, standardize and optimize the labor dispute mediation system.

Key words: Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area Rules Cohesion; Labor Dispute Resolution Procedures; Interregional Judicial Assistance; Alternative Dispute Resolution

（責任編輯：勾健穎）

論非洲國家“吹哨人”保護立法及其啟示

張小虎*

摘　要　非洲“吹哨人”及其保護制度涉及私營企業和公共部門兩大領域，在服務品質、環境保護、金融交易、反商業賄賂、打擊腐敗等方面產生了較大影響，對我國企業赴非投資，乃至我國全面系統完善“吹哨人”保護立法具有一定的啟示。據此，通過分析非洲各國“吹哨人”保護的立法動態、制度架構和實施效果，可有效借鑒非洲國家“吹哨人”保護立法的成功經驗，為回應國務院提出的構建“吹哨人”保護制度提供切實可循的參考。

關鍵詞　非洲　吹哨人　保護立法　制度架構　立法啟示

2000 年，莫桑比克記者 Carlos Alberto Cardose 在調查該國最大的銀行詐騙案時，因透露了某些消息被暗殺。2001 年，奈及利亞總檢察長 Bola Inge 在第十屆國際反腐敗會議上提交了一份文件，詳細介紹奈及利亞政府為追回 Sani Abacha 統治期間被貪腐資產所做的努力，而他回國兩周後就被謀殺。這些案例僅僅是報復行為的冰山一角，在非洲，謀殺、綁架、酷刑和監禁是國家機構和公司在腐敗事件被公眾揭露後常用的報復手段。由此，吹哨人保護立法在非洲萌芽，首先在南非制定施行，當前吹哨人保護法律在非洲已經制度化、規範化。在非洲吹哨人保護立法制度框架下，非洲公民積極參與到維護社會公正的行動之中，檢舉存在貪腐、影響公共利益、國家安全的行為，吹哨人不僅不會受到洩密的指控，相反司法機構還會為他們及其家人提供各種保護。這對於中國進行“吹哨人”制度立法兼具反思與啟示，相對於非洲混亂的治安環境以及複雜的政治生態，中國的治安和政治生態十分穩定，對於“吹哨人”的保護需求相對較小，但是“吹哨人”立法的重要性並不僅僅體現在打擊貪腐、保護人權方面。“吹哨人”立法更是構建風險預防型社會，推動法治國家建設、提升國家治理能力的重要一環。截至目前，非洲已有南非 (2000)、迦納 (2006)、尚比亞 (2010)、烏干達 (2010)、盧旺達 (2012)、坦尚尼亞 (2015)、波札那 (2016)、納米比亞 (2017)、突尼斯 (2017)、賴比瑞亞 (2021) 等 10 餘個國家通過了保護“吹哨人”的專門性立法。為彰顯制度成效並解決實施困境，2017 年非洲的社會活動家、法官、律師、記者等於塞內加爾成立了“保護非洲檢舉人平台（Platform to Protect Whistleblowers in Africa）”[1]，利用不同領域專家的技能和社

*　张小虎，湘潭大学法学学部副教授、博士生导师，中国——非洲（法律经贸）研究院研究员。

本文係教育部人文社會科學研究規劃基金項目“中國民營企業投資非洲的法律風險防控研究”（項目編

會影響，通過加密通信、免費法律服務和媒體援助等方式，為處於特別困難和危險情況下披露不利信息的“吹哨人”提供幫助，鼓勵他們分享與非洲有關的信息，且使他們免受威脅、報復和制裁。據分析，非洲的“吹哨人”及其保護制度涉及私營企業和公共部門兩大領域，在服務品質、環境保護、金融交易、反商業賄賂、打擊腐敗等方面產生了較大影響，值得中國參考性借鑒。

一、非洲“吹哨人”保護的立法動態

1998 年經濟合作與發展組織 (Organization for Economic Co-operation and Development) 發佈《關於提升公共服務倫理操守的建議》，吹哨人及其保護原則首次出現其中，後在 2005 年《聯合國反腐敗公約》和 2009 年《國際商務交易活動反對行賄外國公職人員公約》也呼籲和鼓勵各國健全吹哨人保護的條款，2010 年 G20 首爾峰會向全球發佈了《吹哨人保護的指導原則》。[2] 按照《透明國際的指導綱領（Transparency International Guidelines）》的定義，“吹哨人 (The Whistleblower)”亦稱“檢舉人”，其有三層含義：其一，忠於事實的人；其二，向有關機關報告企業欺詐、腐敗、企業不當行為或其他違法行為的人，他們代表公共利益試圖阻止有害行為而將自己的安全置於風險之下；其三，披露政府官員受賄（行賄者為了獲得商業利益）的人。[3] 南非、迦納、突尼斯、納米比亞和奈及利亞的相關立法各有特點，他們保護舉報人和證人，防止任何形式的報復，並在法律中建立了完善的申訴機制。

南非在 2000 年頒佈了《信息披露保護法（“吹哨人”法）》[4]，根據本法建立了吹哨人公司（Whistle Blowers (Pty) Ltd）及網站，成為世界第四個，也是非洲第一個對“吹哨人”保護進行專門性立法的國家。隨後，本法在 2017 年進行了修正，完善的立法和富有成效的保障，曾讓南非獲得了國際頂級律所有關“吹哨人”保護的三星評級，與英國、美國、中國、加拿大和日本並列，次於德國、法國、荷蘭、澳大利亞。[5] 除本法外，南非的《公司法》、《防止與打擊貪污活動法》、《國家環境管理法》、《防止騷擾法》、《證人保護法》和《促進信息公開法》中也有保護吹哨人的條款。普遍認為，南非的吹哨人保護立法框架最完善、全面，它排除了公共部門職能外包的情況，將公共和私營部門兩大領域中的吹哨人均納入整體性的立法保障之中。

迦納是非洲第二個頒佈專門性吹哨人保護法的國家，2006 年《檢舉人法》（Whistle Blower Act, 2006）頒布，允許雇員或公民為維護公眾利益，披露有關他人腐敗或非法活動的信息，由“法律人權和行政司法委員會（Commission on Human Rights and Administrative Justice，以下簡稱 CHRAJ）”執行，為“吹哨人”提供保護服務和補救措施，使他們免受因披露帶來的傷害。同時，迦納反腐敗聯盟還制定了《檢舉人指南》(A Guide to Whistleblowing in Ghana)，包含了實用、簡明的信息和建議，以及面向民間社會組織和地方傳統權威的培訓手冊。此外，為推動保護實踐，迦納

號：22YJAGJW007）階段性成果。

［1］ See Platform to Protect Whistleblowers in Africa, https://www.pplaaf.org.

［2］ Paris: OECD, *Protection of Whistleblowers: Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation*, OECD (Jul，2012), https://www.unodc.org/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Action-Plans-and-Implementation-Plans/2021_G20_Anti-Corruption_Action_Plan_2022-2024.pdf

［3］ Berlin: Transparency International Secretariat, *A Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*, Transparency International (Mar,.06,2018), https://transparency.eu/wbbpg/

［4］ Protected Disclosure Act 26 of 2000, Also known as “The Whistleblower Act”

［5］ *First world protection for South African whistle-blowers*, Labour Law News South Africa(Aug, 04, 2015), http://www.bizcommunity.com/Article/196/548/132561.html.

還建立了“公民投訴中心（Citizen Complaint Centers）”，公民可在各地通過電話熱線和指定機構網站舉報賄賂、公共服務差和其他問題。其後十年間，迦納政府腐敗現象明顯改善，在 2022 年透明國際 (TI) 最新的腐敗感知指數調查中，迦納排名第 72 位，在非洲國家中名列前十。[6]

突尼斯也在 2017 年通過了《關於懲治腐敗和保護舉報人的法律修正案》，新的吹哨人保護措施，不僅對維護公共利益的舉報者進行保護，還對報復者加以法律懲罰。而納米比亞也在同年頒佈了《檢舉人保護法》[7] 和《證人保護法》[8]，這是目前非洲關於吹哨人制度較新的立法，規定了舉報人和證人保護制度，以防任何形式的報復，並建立了完善的申訴機制。

賴比瑞亞 2021 年頒佈的《舉報人法（Whistleblower Act）》是非洲最新的吹哨人立法，在此之前，賴比瑞亞並未形成制度化的舉報人保護法律，也未出現相關案例。但是，新法為“吹哨人”提供了法律保護，在他們為公共利益而披露刑事犯罪、司法不公以及腐敗等信息時，依法確保其不受被披露信息人的打擊報復。

此外，奈及利亞雖沒有專門性的吹哨人保護法律，但其國民大會通過若干項規範公共部門、保護檢舉人的議案。由於缺乏專門性立法，聯邦財政部制定了一個檢舉計畫，旨在鼓勵公眾舉報任何違反金融法規、公共資金和資產管理不善、金融舞弊、欺詐和盜竊的行為。倡議公眾通過在聯邦財政部舉報網站上針對上述違規行為提交匿名舉報。[9]

二、非洲國家“吹哨人”保護的法律特色

由於立法各不相同，非洲各國吹哨人保護的基本制度各具特色，但總體上看，相關制度設置較為合理，基本構建起了一套完善的吹哨人保護法律體系。

（一）南非：首個專門立法保護吹哨人的非洲國家

南非法律明確了公共和私營部門的雇員在披露其雇主或同事的非法或腐敗行為信息時，免受職業損害，支援員工在發現風險信息時，進行合理披露，進而維護公共利益。雇員首先應通過指定網站和程序進行內部揭發，並避免利用媒體等大眾媒介進行外部揭發，進而將個人風險和負面反應降至最低。[10] 其一，檢舉的主體有三種類型，為國家或他人工作的人員，曾經或正在以合同相對人、顧問或代理人身份協助、經營雇主或客戶業務的人，以及臨時雇工；[11] 其二，檢舉的客體為“不正當（impropriety）”行為，這些信息將在現在和未來引發高度風險，包括不遵守法律責任（過失、違反合同、違反行政法規），誤判、威脅健康和安全，破壞生態環境，歧視和故意掩蓋。針對警察、議員，甚至媒體做出的不基於個人利益的“廣泛披露”，也被納入了一般受保護的範圍。[12] 其三，檢舉人的主觀意圖必須是不含個人利益與不良動機的“誠實善意 (in good faith)”披露。其四，舉報的法定程序要求吹哨人向適格的人和特定監管機構，如公益保護辦公室（office of the Public Protector）和總稽查辦公室（office of the Auditor-General）誠實善意地檢舉上述信息，才

［6］ *Perceptions Corruption Index*, Transparency International (Feb.21,2022) https://images.transparencycdn.org/images/CPI2021_Report_EN-web.pdf

［7］ The Whistleblower Protection Act 10 of 2017

［8］ The Witness Protection Act 11 of 2017

［9］ Oluwakemi Omojola, *Whistleblower Protection as An Anti-Corruption Tool in Nigeria*, Journal of Law Policy and Globalization, 2019, p.173-179.

［10］ Article 9 in the Protected Disclosure Act 26 of 2000

［11］ Article 1 in the Protected Disclosure Act 26 of 2000

［12］ Article 8 in the Protected Disclosure Act 26 of 2000

屬於“受保護的披露”，由此而遭受的騷擾、解雇、違背員工意願的調動、不晉升、拒絕任命和其他不利影響等“職業損害”可得到法律救濟。[13] 其五，員工可將因檢舉而產生的法律爭端提交調解與仲裁委員會（The Commission of Conciliation , Mediation and Arbitration of South Africa，以下簡稱 CCMA），後再提交勞動法院。因信息披露而被解雇的人，可要求最高兩年工資的賠償，也可要求復職；未被解雇但在其他方面受不利影響的人，亦可要求賠償，也可要求法院作出任何其他適當的判令。[14] 此外，與“吹哨人”法相配套，南非在 2000 年成立了“吹哨人公司”[15]，協助收集並揭露信息、保密身份、培訓技能，甚至提供測謊服務，讓檢舉人真實、自信、秘密的披露，不再擔心被報復。

（二）突尼斯、迦納：注重吹哨人的獎勵、補償及事後保護

突尼斯法律將舉報人定義為“對公共或私營部門的不當行為提出合理懷疑的人”，並特別提及公共和國有金融機構。法律保護舉報人、保密揭露信息，但舉報人不能匿名，向獨立機構舉報時必須聲明自己身份；依靠獨立的反腐機構建立外部報告機制並詳細介紹了舉報渠道；公共實體和國有機構有責任建立內部報告機制，在充足資金的保證下建立相關部門、指定相關人員負責處理報告；為公共部門非法金融違規行為的舉報人提供經濟獎勵；保證舉報人免受刑事、民事和行政訴訟；提供個人安全、資料安全等保障；提供法律和心理援助；規定特殊行業保密義務的例外情況；明確了舉報人遭受報復的補償機制，規定洩露舉報人身份、妨礙司法公正、對舉報人實施人身傷害或其它以各種形式報復的個人將被判入獄。[16]

迦納法律為任何檢舉犯罪、不當行為或危害公共健康的人提供法律保護和風險補救措施，法律保護舉報人在工作場所免遭報復，包括解雇、停職、拒絕晉升、非自願調動和騷擾，並可以向廣泛的接觸者提出報告，包括雇主、議會成員、總檢察長和部長。另外，人權和行政司法委員會（CHRAJ）應向受害的舉報者提供法律援助，並可下令停止報復。[17] 如有必要，舉報者還可以得到警方保護，被重新安置或改變身份。該法還設立了舉報人獎勵基金，若因舉報導致逮捕和定罪的舉報人，可在該基金中獲得追回資金的 10% 或總檢察長和警務長確定的金額。此外，受害的舉報者也可以在高等法院尋求賠償，但這一過程一般相對較為漫長。最後，該法規定未能為舉報者保密，或者在調查中隱藏或隱瞞證據的人，將面臨罰款和監禁。但對於報復舉報者的個人或組織還並未有明確的懲罰規定。

（三）納米比亞：設立專門性機構保障吹哨人安全

納米比亞法律將針對舉報人的報復行為規定為犯罪，對任何被判報復的人處以七萬五千納米比亞元的罰款或 15 年以下監禁，或並處。[18] 法庭在審理此類案件時適用舉證責任倒置原則，即被指控採取報復行動的人須證明其對舉報人的報復並非基於舉報人的披露行為。自舉報人披露不當行為之日起，舉報人以及與舉報相關聯的人均可獲得保護，而規定任何試圖阻止員工披露信息的雇傭合同條款無效。為此，納米比亞設立了舉報人保護辦公室（Whistleblower Protection Office）、舉報人保護諮詢委員會（Whistleblower Protection Advisory Committee）和舉報人保護復審法庭

［13］ Article 10 in the Protected Disclosure Act 26 of 2000

［14］ Article 4 in the Protected Disclosure Act 26 of 2000

［15］ See Whistle Blowers, https://www.whistleblowing.co.za.

［16］ Iheb Chalouat, Carlos Carrión-Crespo, Margherita Licata, *Law and practice on protecting whistle-blowers in the public and financial services sectors*, International Labour Office, Sectoral Policies Department – Geneva: ILO, 2019, p.40-41.

［17］ Benjamin Mordedzi, Whistleblowing in Ghana, *A Conceptual Analysis*, International Journal in Commerce, IT & Social Sciences, 2015, p.1-11.

［18］ Article 28 in Whistleblower Protection Act 10 of 2017

（Whistleblower Protection Review Tribunal）等獨立的專門性機構，旨在為舉報人被侵權和報復的案件提供補償機制，舉報人保護復審法庭也在民事案件中擁有與地方法院相同的權力、特權和豁免權。[19] 另一部《證人保護法》規定了證人和因作證、參與訴訟或舉報相關人的安全或權益受到威脅的情況下，如何對其有效保護。該法也建議設立相應的證人保護機構、證人保護諮詢委員會、證人保護方案和證人保護復審法庭，作為保護可能成為攻擊目標的證人及其相關人員的獨立機構。任何證人均可申請加入證人保護計畫，而無需以提供證據為前提。任何人只要有理由相信“他的安全或權益因身為證人或相關人士而受到或可能受到來自認識或不認識的任何人、任何團體或某類人的威脅”便可申請加入該計畫。該法案對身份保護作出了強有力的規定，在必要時甚至可為受保護或曾受保護的人提供新身份。即使在法律程序或保護協議的任何細節以及證人保護計畫的運作中，它也對證人的原始身份提供了嚴格的保密措施。如有違反，一經定罪，將受到不超過十萬納米比亞元的罰款或不超過 10 年的監禁，或並處。

三、非洲國家“吹哨人”保護的法律反思

吹哨人保護立法旨在通過提供防範報復的保護，創造一種披露非法或不當行為信息的文化，進而消除國家機關和私人機構的犯罪和不正當行為。故在實踐中，非洲各國對“受保護的披露”內容有嚴格考量，具體包括“不當行為”的嚴重性質、相關信息是否已向雇主披露及其是否在合理期限內糾正錯誤、相關證據是否會被雇主隱瞞或銷毀、披露人是否有理由相信其職業將受損害。同時，在披露“合理性”的認定上也存在困難，如吹哨人的身份、事態的嚴重性和風險性、是否違反保密責任、披露是否出於真實善意、披露是否基於個人利益等。所以，非洲雖有 10 余國制定了專門性的吹哨人保護立法，但那些致力於譴責不公正、堅持透明度、積極揭發不當行為的人仍面臨著許多障礙。

（一）受保護披露的認定和救濟困難

南非法律規定的“披露”是指雇員有理由相信並且有資料表明有如下行為發生，而披露雇主或其雇員相關活動的行為，即，已經、正在或可能發生犯罪行為；某人已經、正在或可能未遵守其法律義務；已經、正在或可能發生司法不公；已經、正在或可能威脅個人健康與安全；已經、正在或可能破壞環境；發生《平等就業法》《促進平等和防止不公平歧視法》中規定的不公平歧視；以及，上述任何事項已經、正在或可能被故意隱瞞。因此，只有符合上述披露規定，吹哨人才能得到法律保護，而面向規定機構與人員的“正確披露程序”也是吹哨人受保護的關鍵，如 2013 年南非在 Van Alphen 訴 Rheinmetall Denel Munition (Pty) Ltd 一案中 Van Alphen 指控其雇主不處理客戶投訴，並且某些雇員和高級管理人員沒有盡職盡責，被告的品質保證（QA）部門也處於“極度混亂”狀態。受理法院認為不構成信息披露保護法（The Protected Disclosures Act）中有關不當行為的披露，原因是相關行為並沒有指向犯罪行為或不履行法律義務。[20] 另一種情況是“普遍受保護的披露（general protected disclosure）”，其必須滿足兩個要件：程序上，該披露無法依據法定披露程序進行，或是雇員已向雇主披露了信息，而雇主未採取行動；實質上，還要求該披露人所披露的事實應當真實，或披露人有理由相信此事實是真實的。[21] 據此，普遍受保護的披露要求員工首先在

［19］ Iheb Chalouat, Carlos Carrión-Crespo, Margherita Licata, *Law and practice on protecting whistle-blowers in the public and financial services sectors*, International Labour Office, Sectoral Policies Department – Geneva: ILO, 2019, p.42-43.

［20］ Van Alphen v Rheinmetall Denel Munition (Pty) Ltd

［21］ Johan Botes, *Protection For Whistleblowers In South Africa*, Global Compliance News (Oct, 09, 2017), https://www.

內部報告任何不當行為，但從舉報人保護案例來看，內部報告程序並非可靠。最後，雇員因披露而受到損害可以提交仲裁裁決，根據《勞動關係法》，調解與仲裁委員會（CCMA）將考察三方面因素：即雇員是否披露；該披露是否受保護；雇員是否因此受職業損害。可是，法律只能保護披露者免遭報復，卻不可避免雇員遭受雇主起訴，因為只有當雇主對雇員採取報復與披露有關時，雇員才能受到保護，從而避免雇主的無故懲罰、降級、調職、騷擾或解雇；反之，這並不意味著雇員可以利用受保護的披露，進而對雇主和相關雇員進行欺詐、騷擾或攻擊。因為，調解與仲裁委員會和勞動法庭只願意保護動機正確、合理披露而遭受報復的人。所以，透明國際報告顯示，南非吹哨人保護立法在匿名、監督和披露渠道等方面仍有很大的改進空間。[22]

面對“受保護的披露”在認定和救濟上的困境，吹哨人常被視為“狡猾的告密者”和“麻煩製造者”，他們可能失去朋友或引發工作群體不安，揭露腐敗的人甚至大多遭遇過解雇、騷擾、恐嚇與迫害，其工作和家人都不同程度受到不利影響。可見在南非，檢舉是一項高風險、低回報的工作。據南非道德研究所調查顯示，“目睹不當行為的南非人的數量明顯增加，但許多人仍不敢舉報，在南非企業中有三分之一的員工會親自觀察到不當行為，但只有大約一半的員工會舉報。”[23] 2016 年南非航空公司（SAA）前財務官也因在向公眾披露信息前未使用集團內部信息披露系統，而面臨指控。[24] 對此，2017 年的修正案雖然擴大了吹哨人及其保護範圍，但仍未達到透明國際廣義保護的標準。另一方面，南非信息披露保護法未包含任何保密條款和人身安全保障條款，缺失匿名舉報和身份信息保密規定，在保障人身安全上也只能借助《普通刑法》和《防止騷擾法》，讓吹哨人極易陷入危險是該制度的又一重大疏漏。所以，非洲各國紛紛建立公共服務平台及相關網站電訊渠道為吹哨人提供技術支援，南非也在新修改的《反腐敗法》中規定如果有“合理的擔憂”認為自己將受到職業危害，則可以向媒體或腐敗觀察（Corruption Watch）等 NGOs 進行全面披露。但即便如此，資料表明只有三分之一的南非人認為舉報是安全的。[25]

（二）披露後的事後保護措施仍待完善

為了激勵吹哨人合法披露信息，非洲各國正學習美國《虛假申報法》的做法，嘗試建立合法基金，讓吹哨人能夠從其披露而挽回的經濟利益中獲得一定比例的金錢獎勵。故，非洲各國則加大基於公共利益吹哨人的保護和鼓勵，2011 年奈及利亞參議院就收到一項保護檢舉人的法案，建立了披露公共利益相關信息的標準，建立舉報人保護制度並成立相關基金，著力在公共部門建立吹哨人制度。後在 2016 年底，奈及利亞又實施了一項檢舉政策，其中包括向檢舉者承諾獎勵政府所追回資金的 2.5% 至 5%，還包括建立專門網站提供檢舉途徑和技巧。[26] 於是，在該計畫實施的前兩個月

globalcompliancenews.com/2017/10/09/whistleblowers-south-africa-20171009/?utm_source=mondaq&utm_medium=syndication&utm_content=articleoriginal&utm_campaign=article

［22］ Paris: OECD，*Protection of Whistleblowers: Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation*, OECD (Jul, 2012), https://www.unodc.org/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Action-Plans-and-Implementation-Plans/2021_G20_Anti-Corruption_Action_Plan_2022-2024.pdf

［23］ Carin Smith, *Many South Africans afraid to blow the whistle on misconduct – survey*, News24(Jun, 28, 2019), https://www.fin24.com/Economy/many-south-africans-afraid-to-blow-the-whistle-on-misconduct-survey-20190628.

［24］ Cherese Thakur, *Whistle-Blower Protection: Dose South Arica Match Up? – Part II*, HSF(2018), https://hsf.org.za/publications/hsf-briefs/whistle-blower-protection-does-south-africa-match-up-part-ii.

［25］ *Whistleblowing laws gain traction across Africa*, Blueprint For Free Speech,(Jun, 28, 2017), https://blueprintforfreespeech.net/en/whistleblowing-laws-gain-traction-across-africa.

［26］ Ashley Demming, *Nigeria's Whistleblowing Policy: A Good Start, But Not Enough*. GAB | The Global Anticorruption Blog Law, Social Science, and Policy(Mar.19,2017), https://globalanticorruptionblog.com/2017/05/19/nigerias-whistleblowing-policy-a-good-start-but-not-enough/comment-page-1/

內，政府就追回了超過 1.76 億美元的非法資金，該政策似乎取得了驚人的成功，但資金追回卻並不能保證檢舉者不會因此披露而面臨風險，所以奈及利亞再次提出一項法案，將舉報人的法律保護範圍擴大，政府將保護匿名舉報人免受報復。但該政策在實踐中仍有不少缺陷，“必須向政府提供其尚未擁有的信息”使舉報人獲得經濟獎勵的資格要求過於嚴格，缺失吹哨人專門性立法讓舉報人保護規定過於模糊，不當行為人受懲罰的可能性極低讓潛在檢舉人不敢披露腐敗行為，過於強調對公共部門檢舉人保護而忽略了私營企業檢舉人的保護。所以，據調查顯示，在奈及利亞有 13% 的公務員和 1% 的公民或雇主經歷過腐敗，而 74% 的被調查者在目睹腐敗時不會做出反應。[27]

另外，吹哨人常因害怕違反保密協議或潛在的誹謗罪法律訴訟而不敢舉報，所以，透明國際指導方針要求舉報人不得因做出受保護的披露而遭到法律訴訟，這種保護應包括免除法律責任並不能對其提出民事或刑事訴訟。於是，迦納《檢舉人法》規定了吹哨人的免責條款，“只有故意或惡意的虛假披露，舉報人才會受到刑事或民事訴訟”，[28] 這就讓舉報人免於遭受報復性訴訟，倘若被舉報人訴諸法庭，則其有證明舉報人虛假惡意披露的責任。此外，檢舉人若有“合理理由相信”其本人與家人可能處於危險之中，則可要求迦納警方提供足夠的保護，相較於南非缺失的人身安全保障條款，迦納的立法有了長足進步。如 2021 年 8 月，53 歲的豪登省衛生部的代理首席財務官 Deokaran，在約翰尼斯堡南部的建築群外被槍殺。此前她檢舉了豪登省衛生部將近 3.32 億蘭特的採購腐敗行為，同時她還是與該省採購有關的幾項腐敗調查的關鍵證人。Deokaran 的被殺促使人們呼籲在南非反腐敗的鬥爭中保護舉報人，此前她已經向上級通報了她受到的生命威脅，但上級並未採取任何措施保護她。[29] 再者，迦納在保護吹哨人的實踐中，還依法保護了第三人的利益使其免受職業危害，這些雇工可能因拒絕參與檢舉人揭發的不法行為而遭到雇主懲罰。但在過去的兩年中，迦納北部的 Tamale 地區僅有兩個人利用《檢舉人法》保護自己，實施情況仍不樂觀。[30]

（三）保護機關獨立性不足且配套措施待完備

突尼斯吹哨人保護的最新法案雖涉及面廣泛，但它並未明確保護私營部門的工作人員，也未詳細規定針對私營部門不當行為的檢舉程序和報告渠道。此外，它並沒有免除檢舉人對國家領導人和公共機構誹謗的刑法條款，這些條款會對檢舉人保護造成消極影響。另外，必要的配套體制框架也尚未落實到位，近 280 家公共機構還未建立專門接收和處理舉報報告的部門。因此，近期突尼斯反腐機構還專門舉辦了關於保護舉報人的培訓，傳授了歐洲人權法院在保護吹哨人問題上的良好做法與司法判例，提高了突尼斯相關機構保護吹哨人的能力，加強了在相關領域內與歐盟和歐洲理事會的聯繫。[31]

實踐中，儘管納米比亞已建立舉報人保護復審法庭，但在實施過程中仍存在問題，其一，法庭成員的任命完全由部長所推薦的庭長決定，故法庭缺乏必要的獨立性。根據《證人保護法》關於終止合同的規定，沒有界定構成“無履行能力”的要素，在第 61 條 (10) 款 (d) 項中部長被賦予特權，

［27］ Ahmed Tijjani Ibrahim, *Analysis of the Perception of Whistleblowers in Nigeria*, Journal of Business and Management, 2019, p.55-64.

［28］ Article 18 in Whistleblower Act 2006

［29］ Faizel Patel, *WATCH: Babita Deokaran's killers plead guilty, make deal with the state*, The citizen(Aug, 22, 2023), https://www.citizen.co.za/news/south-africa/courts/babita-deokarans-killers-plead-guilty-plea-bargain/

［30］ Maxwell Suuk, *Why are Ghanaians reluctant whistleblowers?*, DW(Feb, 08, 2016), https://www.dw.com/en/why-are-ghanaians-reluctant-whistleblowers/a-19441793.

［31］ Newsroom PAII-TAC ,*Training workshop on the protection of whistleblowers in Tunisia*, Council of Europe(Apr.2,2019) ,https://www.coe.int/en/web/corruption/-/training-workshop-on-the-protection-of-whistleblowers-in-tunisia.

可以提出“他認為好的和充分的任何其他理由”來終止正在法庭任職的任何法官的雇傭合同。[32] 可見，納米比亞雖然在兩部立法的促進下逐步完善了相關機制，使舉報人擁有行使其權利與自由的環境，但這些規定否定了在檢舉案件中保障審裁人員任期和獨立性的必要性。其二，保護舉報人法必須得到必要的政府資金支援，才能使舉報人保護機制和系統取得成功，而 2018 年，納米比亞司法部長路德溫娜 · 沙普瓦（Ludwina Shapwa）聲稱，舉報人法缺位是由於政府缺乏實施資金造成的。

四、非洲國家“吹哨人”保護的立法啟示

從非洲國家“吹哨人”保護的立法動態與制度設置來看，非洲各國進入了專門性立法的高峰時期，保護框架和具體措施日益完備，雖然在實踐中仍面臨不少困境，根據國務院相關文件，中國目前也處於“吹哨人”制度的探索性立法階段，非洲各國的法律文本與實踐經驗或將對中國建設“吹哨人”保護制度提供經驗與教訓，因而具有一定的現實啟示意義。

（一）中國進行“吹哨人”立法的必要性分析

反腐敗、打擊犯罪、配合司法機關調查等類似的宣傳口號，無一例外都在宣導普通民眾要積極實行舉報行為，然而些許空洞的口號對構建“吹哨人”制度並無太大幫助。 隨著社會發展，社會法律關係日益複雜化，伴隨而來的是貪污賄賂犯罪的劇增，經濟金融犯罪將隨之成為刑法所規制的重要對象，面對這些犯罪僅僅靠司法手段來進行規制確是乏力。因此，為構建新型法治社會，提升國家治理效能和社會治理水準，構建“吹哨人”制度顯得尤為重要。

第一，系統性立法相對缺位。目前中國法律體系中對保護檢舉人的規定整體性較強，但其中最大的問題是全國人民代表大會常務委員會和國務院立法的缺失，如《憲法》《刑法》《刑事訴訟法》《行政監察法》《人民檢察院舉報工作規定》《監察機關舉報工作辦法》《關於保護檢舉、控告人的規定》《證券法》《產品品質法》《食品安全法》《環境保護法》等都有“為舉報人保密”“保護舉報人合法權益”的規定，但是這些規定缺乏具體的措施、程序以及對責任的追究，大多是“口號式”規定，內容籠統，缺乏可操作性。[33] 又如，國務院於 2019 年發佈並實施的《關於加強和規範事中事後監管的指導意見》，其第十六條規定：“發揮社會監督作用。建立‘吹哨人’、內部舉報人等制度，對舉報嚴重違法違規行為和重大風險隱患的有功人員予以重獎和嚴格保護。”這種宣導性規定並沒有給下位法很好的參考效果，致使在對檢舉人制度進行系統性規定時缺乏實用性和權威性。

第二，構建風險預防型社會的需要。隨著人類文明的演進，人類面臨的風險必然地從自然風險轉變為了社會風險，在時間長河中人類已經構建起了相對完善的自然風險預警機制，使得自然風險的風險性顯著低於目前人類所面臨的社會風險。因此，為了構建完善的風險防控機制首要要求便是完善的信息獲取機制，尤其是中國這樣領土遼闊，人口龐大的大國。僅靠政府的信息獲取顯然不足以防範如此多樣的社會風險，而依靠構建“吹哨人”制度，保護檢舉人的人身財產安全，讓大家敢於檢舉不法行為，成為了社會與人民的期待。一旦該制度構建必將完善中國社會風險預防機制，提升國家治理效能和社會治理水準。

第三，現有法律機制相對陳舊。陳舊的立法機制或將帶來較低效率的實踐效果，對比非洲國家

［32］ Article 61(10)(d) in Witness Protection Act 11 of 2017

［33］ 郝銀鐘，胡雲紅：《域外公益舉報人保護制度比較研究》，載《中國應用法學》2021年第3期，第112頁。

立法的機制主要體現在如下幾點。首先，保護機制重事前輕事後，多數規定都旨在保護舉報人的信息，而缺乏舉報人的事後救濟措施。[34] 其次，獎懲機制缺失，雖然在多數相關立法中規定了獎懲措施，但是具體操作機制與規定的缺失導致獎勵標準模糊不清，同時風險與獎勵不適配，舉報人往往面臨的風險是無限的，而與之對應的獎勵卻是有限的。

（二）非洲國家"吹哨人"制度對中國相關立法的啟示

現在的違法犯罪行為，越來越呈現出有組織化和隱蔽性的特性，組織之外的人較難發現具體違法行為和相關證據，即便是監管部門有行政權力在手也力有不逮。而"吹哨人"在堡壘內部會更清楚地看到違法犯罪活動的全過程。他們的信息披露是最充分的，對社會公共利益的保護也是最有效的，而對於這些有組織的違法犯罪打擊也是最致命的。客觀上來講，吹哨人制度以一種單位內部人員事前或事中監管的行為模式，順應了事中事後監管改革形勢，有利於彌補監管缺位，提升監管的針對性和實效性，是滿足政府監管和防範風險的現實需要。

2019 年 9 月公佈的《國務院關於加強和規範事中事後監管的指導意見》第十六條明確指出發揮社會監督作用，建立"吹哨人"、內部舉報人等制度，對舉報嚴重違法違規行為和重大風險隱患的有功人員予以重獎和嚴格保護。[35] 這是國務院層面首次對"吹哨人"制度作出部署。由此可見，"吹哨人"制度在中國已具備實施的環境和條件。但"吹哨人"制度是域外舶來品，欲使"吹哨人"制度在中國得以實際運行並取得較好的實施效果，需廣泛研究並借鑒其他國家和地區的成功經驗，而非洲"吹哨人"保護立法則可為中國"吹哨人"制度具體實施提供切實可循的參考。

第一，對"吹哨人"制度進行系統立法，增強制度實用性。目前，非洲國家除了奈及利亞是採用分散條款設計外，南非、納米比亞等均採取"吹哨人"制度的系統性立法。在保護實踐中，系統性立法比分散條款設計取得的法律效果更好。雖然，採取分散條款設計可增加吹哨人條款的具體性，但系統性立法則增強了吹哨人保護的完整性。中國的"吹哨人"制度尚在探索建立的過程，應遵循制度實施邏輯和規律先增強制度的完整性。當前中國舉報制度的實踐也表明，採取分散條款設計的方式或許無法取得最佳的實施效果，對外來的"吹哨人"制度應進行適合國情的立法，以系統立法的方式增強"吹哨人"制度的實用性。

第二，建立特定機構集中處置內部舉報信息，防止信息洩露。單位內部人員將自己獲取的涉及單位的違法或犯罪信息向外部進行披露，就預示著單位人員已將自己擺在了隨時可能遭受輿論影響和外界威脅的境地。因此對吹哨人以及舉報信息的保護無疑顯得尤為重要。隨著科學技術的進步，大量資料信息遭到洩露，保護吹哨人以及舉報信息的最佳途徑便是建立特定機構集中處理"吹哨人"舉報信息。借鑒非洲國家的處理經驗，可為中國"吹哨人"制度配套建立內部信息安全舉報機構，將所有的舉報信息全部匯總至該機構，並對機構工作人員設置崗前培訓，減少信息洩露的可能性，增強舉報信息的實用性。

第三，加強單位內部人員技能培訓，增強吹哨人的自我保護能力。"吹哨"行為的實施主體是單位內部工作人員，為了加強吹哨人舉報的有效性和吹哨人的自我保護，需對單位內部人員進行技能培訓。國家應收集匯總信息並出台具體的實施辦法以此來規範內部舉報程序，並為單位內部人員進行內部信息舉報機制培訓。一方面，便於吹哨人制度的具體實施，另一方面，也是為了加強吹哨人的自我保護，減少或防止吹哨人受到威脅或損害。

第四，加強對吹哨人的保護，制定吹哨人保密和救濟機制。制定並完善吹哨人制度，建立多種吹哨渠道，保障吹哨人的吹哨渠道暢通。制定嚴格的吹哨人保護計畫和制度，一方面，對吹哨人設

［34］ 潘越：《中國"吹哨人"制度的異化與重構》，載《政法學刊》2021年第6期，第28頁。

［35］ 國務院《國務院關於加強和規範事中事後監管的指導意見》，國發〔2019〕18號。

置合理的舉證責任，鼓勵社會民眾積極進行檢舉。另一方面，對吹哨人採取嚴格的保護措施，對吹哨人的身份信息進行嚴格保密。此外，預先制定對吹哨人的救濟機制，在吹哨人權利受損時運用多種救濟機制保護吹哨人的合法權益。鼓勵公眾為了社會公共利益積極舉報，維護社會公平與正義。

Abstract: Whistleblowers and their protection systems in Africa cover two major areas, namely private enterprises and the public sector, and have a greater impact on service quality, environmental protection, financial transactions, anti-commercial bribery, and the fight against corruption, etc. Compared with the systematic and comprehensive whistleblower protection legislation in Africa, China has problems such as the lack of legislation and outdated legal mechanisms.Therefore, by analyzing the legislative dynamics, institutional structure and implementation effects of whistleblower protection in African countries, we can effectively learn from the successful experience of whistleblower protection legislation in African countries, and respond to the State Council's proposal of building a whistleblower protection system. Whistleblower" protection system proposed by the State Council can provide practical references to follow.

Key words: Africa; Whistleblower Protection Legislation; Institutional Framework; Legislation Enlightenment

（責任編輯：張雨虹）

法哲學的新觀念與新基礎

[智利]阿爾瓦雷斯* 著　邢溫迪**、姚遠*** 譯

摘　要　被冠以“法哲學”“法的一般理論”以及諸如此類名稱的法學研究，今後必須致力於研究的不是法律本身，而是各種活躍的法觀念，以及出現在歷史上的或者現存的各種法律體系。這種研究必須探明歷史進程中的法律演化路徑，繼而通過比較不同國家集團的基本制度，揭示在19世紀盛行於不同國家集團的各種法觀念，最後調查19世紀下半葉在所有國家一致導向法的新時代（法的社會化）的各種社會因素。我們尤其需要強調這最後一點，以便避免可見於當前過渡階段——即從個體主義過渡到社會團結——的思想亂象。

關鍵詞　法哲學　戰爭　個體主義　社會團結/社會連帶　法的社會化

我們正在經歷最重大、最具決定性的歷史時期之一。我們實際上不僅正在見證歐洲的衰落，也在目睹社會秩序的更迭以及思想、學說、信念的轉變。

如果說全世界都察覺到物質領域的動亂，僅僅注目於當前大災難的局面，[1] 那麼，社會生活過程和觀念王國的變遷雖不如前者顯著，但卻同樣深遠。

照此看來，我們不妨把眼下的事態跟法國大革命的事態作一番比較。二者皆不以推翻現行秩序作為直接追求的目標，但二者的事態本身都源于現行秩序的缺陷，隨後，便有了摒棄舊制度和創建新秩序的必要。在 1789 年之後，法國及其他各國的動向都是在個體主義的基礎上建立國民生活，這種基礎由 18 世紀的哲人（大革命的先驅）宣告出來，並經過大革命而成為聖物。個體主義是對人之人格的提升，而人格被視爲社會的終極目的，以及被賦予的基本固有權利 [的承擔者]；國家的使命就是去保障那些權利，儘量避免權利受到侵損，辦法是甚少或者絕不出於一般利益而采取干

*　阿爾瓦雷斯（1868-1960），19世紀末至20世紀上半葉拉美地區最具影響力的法學家之一。

**　邢溫迪，南京師範大學法學院四海法學編譯館學術助理，美國馬里蘭大學刑事司法學碩士生。

***　姚遠，南京師範大學法學院教授，中國法治現代化研究院、江蘇高校區域法治發展協同創新中心研究員。

本文譯自Alejandro Alvarez, *New Conception and New Bases of Legal Philosophy*, Celebration Legal Essays to Mark the Twenty-fifth Year of Service of John H. Wigmore as Professor of Law in Northwestern University, Northwestern University Press, 1919, p.25-40.

本譯文係國家社科基金一般項目“《馬克思法律思想考證辭典》編撰”（項目編號：23BFX002）的階段性成果。

［1］ 即第一次世界大戰。——譯者注

預措施。對於社會體系的這場變革，人民並未做好準備，因而當年的過渡階段曠日持久且動盪不安。未來行將登場的合作體系，已在過去一百年的進程中漸次確立。它得到了採納和證明，只是尚未收到終局的認肯。因此這次的過渡階段將是短暫且平緩的。換言之，1789 年之後的體制是由革命創立的，而眼下行將到來的體制則是演化的產物。

一

有必要指出 19 世紀發生的一番奇特的思想現象，因其對於政治科學的前景、特別是法哲學的前景具有首要意義。

18 世紀存在哲學學說的兩股洪流：（1）孟德斯鳩、盧梭和伏爾泰所代表的法國社會—政治哲學；（2）康德、費希特的德國道德哲學和法哲學。前述法國哲學家描繪了同時代狀況的輪廓，不僅宣告個體主義，也宣告尊重私有制、國家主權、權力分立和成文憲法的原則。但他們在弘揚個體權利的同時忽略了個體義務。前述德國思想家則力圖創建道德學說和法權學說。康德是不僅在德國而且在全世界具有最大影響力的哲學家。他首次為道德賦予了基督教之外的基礎。康德哲學的基本特徵就在於他統合了政治與法，並使後者跟道德聯繫起來。18 世紀的法國哲學和德國哲學遠非對立面，相反，它們互為補充，共同起源於有關人性的思辨。

各不相同的情況，特別是國家利益、種族性情、地理環境、歧異的法律體系以及其他原因，在 19 世紀造成以下實際結果：哲學、法律、政治、國際關係以及其他文化表現（經濟學、教育、博雅等等）在三大國家集團各有其特定面貌，並催生同樣多的流派：法國以及歐洲和美洲的其他拉丁國家；英國和美國；德國、奧地利以及其他撒克遜國家。

我們不用細緻分析就可以說，德國的法概念雖然源於它在 18 世紀具備的形而上學基質，到了 19 世紀卻在某些法學家的筆下跟強力理念（the idea of force）混為一談，並被他們單純視為強力的表現形式之一。法概念在法國更具理想主義氣質，而在盎格魯—撒克遜圈則帶有根本的實證性質。如果我們比較三大圈子的民法，它們的分歧便彰顯出來。若換成考察公法也同樣如此——國家及其性質、個體的權利和保障、國家主權、政治權力的分立、民主、自由、平等以及各種其他事項的理念和本質，在三大圈子各具特色。國際關係事務亦呈現出同樣的差異。由於新世界各國的團結和它們在發展時所處的特殊狀況，在公法和國際法領域也就合乎邏輯地出現了一個“泛美洲的”（Pan-American）學派。

此外，政治—社會科學雖然有了無可否認的進步，但受制於三重不足。首要不足就是缺乏美洲化（Americanization）。歐洲的政論家不怎麼熟悉美洲大陸及其特殊情況，僅僅研究歐洲大陸的問題、需要和學說，並在他們這些思考的基礎上建構政治—社會科學；而我們幾乎完全遵循歐洲政論家的學說（只有某些政治和國際事務存在例外），這使我們在內部事務上陷入種種困境。再者，19 世紀出現的從個體主義體制向團結（solidarity，亦譯“連帶”）或合作體制的逐漸過渡，在政治—社會科學中讓位於一種折衷論，這種折衷論雖然忠實地反映了時代的生活，卻未受到充分的考量。於是引起了一定程度的混淆，這混淆隨著研究方法的多樣化而加重，因為運用不同的方法會得出不同的結論。19 世紀政治—社會科學所用的方法包括：演繹方法、形而上學方法或先驗方法；歸納方法或觀察方法，亦稱歷史—比較方法；生理學方法；心理學方法；社會學方法；目的論方法。

一批思想家，特別是富耶（Fouillée）和勒努維耶（Renouvier），力求通過訴諸折衷論基礎上

的哲學學說來強化社會科學的統一性，但是一無所獲。[2] 在法國、義大利以及美國[3]，近年來出現一種重要動向，尤其在法哲學領域致力於揭示社會問題的科學基礎。[4] 這次大戰之後，不僅在國民生活和國際生活中，而且在相關的政治—社會科學中都必然發生革新。學術研究者和大學對後一任務責無旁貸。

若要證明德式“文化”（Kultur）理念今後放之四海而皆準，德國的知識份子必會遇到困難。西歐和美洲大陸的學者有權利各自盤點一下本國的學說和制度。戰爭結束之後，隨之而來的將是另一場鬥爭，即思想界的交鋒。假如有可能避免先入為主和意氣用事，那麼觀念的爭競會使我們受益良多。因此，我們現在應該開始為這樣的可能性做好準備。[5]

重建政治—社會科學的最佳方式，就是找出它們的新基礎。而在這類科學中，法哲學堪稱千瘡百孔、名譽掃地，所以特別需要革新。

讓我們簡要回顧法哲學迄今為止的發展歷程，看一看它需要作何調整才能得到改進和在今後有所助益，以及它當前的目標和研究方法還有哪些欠缺。

二

法觀念素來變動不居。它經歷的不同時代或階段包括：古代的形而上學階段，中世紀的神學階段，採取 17、18 世紀自然法形式的理性主義階段。到了 19 世紀，法的概念隨著所用研究方法的差異而不拘一格：對歷史法學派來說，法是歷史的產物；對社會學法學派來說，法是社會的產物；對唯物主義者來說，法缺少理念化的內容；對新觀念論者來說，法是一種自然法，但是具有實證的、進化的根基。另一方面，不同的環境條件，例如法律傳統、法律淵源，以及關於法的創制和發展的決定因素的主流觀念，特別是不同的國家觀、主權觀和司法觀，導致三大國家集團的法概念彼此有別。

在這三大國家集團中：

（1）拉丁人以法國為首，其法概念受到羅馬法、教會法、自然法和道德哲學（即倫理學）的影響。後兩種影響因素反過來受到神學的左右。

（2）日爾曼人的法概念受到經過修正的羅馬法、自然法和道德哲學的影響。後兩種影響因素應聯繫德國哲學來理解。

（3）盎格魯—撒克遜人的法概念幾乎完全超脫于教會法和神學的影響，也甚少受到羅馬法或自然法的顛覆，[6] 而是基於自有的法律傳統和道德哲學發展起來的。

---

［2］ 關於折衷論的體系，參見Fouillée, *La Science sociale contemporaine*, p.379 seq. ; Beudant, *Le Droit individual et l'État*, Paris, 1891, p.261 seq. ; and Henry Michel, *L'Idee de l'État*, Paris, 1896, Liv. V, ch. iii.

［3］ 在美國，該動向是由美國法學院協會（Association of American Law Schools）的專門委員會指揮的，具體牽頭人是傑出法學家威格摩爾教授（Professor John H. Wigmore）。

［4］ 其中最重要的著作已被譯成英文出版，收入《現代法哲學叢書》（共13卷，由多位美國法學院教授組成的委員會主編）和《歐陸法律史叢書》（共11卷，由美國法學院協會的一個相似委員會主編）。（《現代法哲學叢書》的概況，參見[蘇聯]帕舒卡尼斯：《法的一般理論與馬克思主義》，姚遠、丁文慧譯，商務印書館2022年版，第180-181頁。——譯者注）

［5］ 加州大學一位傑出的教授兼政論家公允地指出，不少大學正醉心於宿命論，不關心專從思想的角度探究未來。參見Francis T. Philbrick, “National Basis for Ultimate International Peace,” Mid-West Quarterly, V, No. 1, 1917。

［6］ 關於自然法的影響，參見Sir Frederick Pollock, “The Law of Nature,” Journal of Comparative Legislation, II, p.204-213; ibid., III, p.418-433。Cf. A. S. Thayer, “Natural Law,” Law Quarterly Review, XXI, p.60; J. W. Salmond, “Law of Nature,”

盎格魯—撒克遜圈的法觀念，跟拉丁人和日爾曼人的法觀念判然有別。我們將嘗試勾勒這一差別。

拉丁圈和日爾曼圈（我們擬統稱為“大陸圈”）承認實定法領域之外依然存在著法；就是說，他們認可那些或許尚未經由立法者確認生效的法權關係。以前，這些事實關係從人的本性中演化而來（自然法）；今天，它們的根據在於良知和輿論，是這兩樣東西為它們提供了必要的支撐因素。至於其他方面，這些規則不單單具有道德屬性，而且被歸入“正義原則”名下，可用來解釋實定法以及在實定法沉默之處提供調整方案。盎格魯—撒克遜人則只把法理解為實定法，即源出於國家最高權威並經由法院獲得適用。沒有實際制裁的純觀念上的法，即自然正義，不被視為嚴格意義上的法。不過，如果說作為理想的自然正義不見於盎格魯 - 撒克遜人的理論上和傳統上的法概念，但它依然存在於並且深深影響著衡平法的早期發展，在經由法院的法律發展中也仍有一席之地。[7] 自然正義這一思想跟歐陸舊日的自然法不是一回事。自然正義由盎格魯—撒克遜人從民族的法律意識中推導出來，並隨著此種意識的變化而變化——大陸法圈現在也已知曉這樣的觀點。實利主義的法觀念是 18 世紀英國哲學的產物，它宣告了布萊克斯通、邊沁、奧斯丁和大多數當代英國法學家的信仰。

兩大法圈的法觀念之間的差異，明白體現在法律術語上。大陸法圈國家使用的是一對詞彙：“ius”“droit”“derecho”“diritto”“Recht”表示抽象的正義或法權；“lex-”“loi”“ley”“legge”“Gesetz”表示主權權威所創制的、可以請求法院實施的法律。“ius”“droit”“Recht”等詞也指整個實定法體系，因此，人們會談論“民法”“刑法”等等。盎格魯—撒克遜人沒有詞彙來分別標記法的這兩個方面。他們只有“law”這一個詞，它既可以用於“a law”（某一具體法律），也可以用於實定法規則的全體，[8] 亦即“the law”。盎格魯—撒克遜圈缺乏術語來指稱抽象正義意義上的法，這一事實清楚地表明他們不怎麼重視這種意義上的法。[9]

另一方面，盎格魯 - 撒克遜法圈和大陸法圈對實定法規則綜合體有著不同的認識。大陸法圈認為作為體系的法是實在的事物，並照此開展法學研究。法學家從法的全體中推導出調整具體案件的一般準則。這些準則有別于法和自然正義的原則。它們就像法和正義的一般原則那樣，有助於解釋立法和在出現漏洞的場合發展立法。而且，在大陸法圈致力於解釋和發展法律的，總是實際受到（或應當受到）社會需要啟發的法學家們。他們按照社會需要來批判現行法和法院判決。

盎格魯—撒克遜人則有另一套法觀念。他們把法單純視作法院運行所依據的具體法律規則的總體。他們非常討厭一般原則。對他們來說，法基本上是具體化的、決疑論性質的東西；他們認為僅僅存在具體的、特定的判例，這類似於大陸法圈認為在刑法中缺少明文規定的時候沒有一般原則

Law Quarterly Review, XI, p.121。要瞭解自然法對美國法理學的影響，參見J. E. Keeler, “Survival of Natural Rights in Judicial Decisions,” Yale Law Journal, V, p.14; C. G. Haines, “Law of Nature in State and Federal Judicial Decisions,” Yale Law Journal, XXV, p.617-657。

［7］ 一個有趣的現象是，儘管盎格魯—撒克遜法沒太受到羅馬法的影響，但它卻因相似的理由發展出相似的制度，以御前大臣個案正義的形式彌補和糾正法律的缺陷，這催生了“衡平法”這個嶄新法律體系，它有別於“普通法”，由於紮根自然正義而類似於羅馬人的裁判官制度。Cf. Salmond, Jurisprudence, 4th ed., 1913, p.34-39.

［8］ 盎格魯—撒克遜人用拉丁文“ius”以及“equity”（公平）一詞來表示抽象的法。但“equity”一詞用起來不太方便，因為它不僅指自然正義，還指衡平法院所承認的实在法規則綜合體（其最初運用了自然正義），而且這後一種用法是主流用法。

［9］ 與之相反，“law”和“right”這兩個詞都指向實定法。“right”（權利）被用於表示實定法的表現形式，例如“個人權利”“法律權利”等等，這些特定用語不與“law”混同，後者只用於表示一般的法律。

可用於個案。[10] 盎格魯—撒克遜法不是由法學家發展的，而是由法院發展的。法學家的任務至少大體上局限於遵循法院判決，以及不加批判地（或者無論如何要採取最低限度批判地）接受現行規則。

兩大法圈的另一差異在於機制。大陸法圈的法被編纂為法典，而盎格魯—撒克遜人的法尚未如此。兩種方法各有利弊，我已在別處對此詳加闡述。[11]

或許還可以補充一條：大陸法圈的法在許多地方醞釀于某種文化精神，而在英美法圈，法律研究其實是或者一直以來主要是職業實務的事情。

三

以盎格魯—撒克遜圈為一方，以拉丁圈和日爾曼圈為另一方，雙方的法觀念和正義觀念的差異也在法哲學研究中有其邏輯反響。法哲學並非在所有國家都像其他政治—社會科學那樣作為一門科學得到培養。盎格魯—撒克遜圈只承認那些具有歷史性或教義性的學科，他們在某種程度上允許在“法理學”的名目下研究法律制度的基本原則。與之形成反差的是，大陸法圈醉心於法哲學，視之為引導研習者一窺法精神之堂奧的科學。這種法哲學的主要目標是指導國家成員創制實定法；法哲學的研習方法迄至 19 世紀的基石，還是聯繫法權關係來思索人的本性和人的聯合體。於是乎，法哲學在性質上始終屬於普遍不變的體系，這也是法本身的固定性質。大陸法圈會認為，一種可變的、演化的或專屬的（亦即只在某個國家或某個國家集團獲得公開承認的）哲學，欠缺真正哲學的屬性。

還有，德國和法國的法哲學研究角度也不一樣。在德國，法哲學出自（尤其是）康德和黑格爾所理解的自然法，抑或直接混同于這種自然法。不過，近來有些哲學家已向更具實證性的法哲學研究方向發力。人們也在一些尤其運用了哲學 - 歷史方法的、題為《法學全書》的著作裏，關注那些支配所有實定法部門的原則。[12] 最後，德國人在“法的一般理論”這一名目下，充分考量了私法的基本原則、特別是從《德國民法典》出台之前在德國施行的羅馬法中得出的民法基本原則，但這類研究先是受到康德和黑格爾的形而上學哲學的影響，後又受到歷史法學派的影響。[13]

在法國，法哲學長期受制于自然法，常常與之混為一談。由於法國人抱持經驗主義，法哲學研究在法國廣遭質疑，已被各大法學院校棄置。到了 19 世紀末，尤其伴隨著所謂的“自然法復興”，一股回潮為法哲學賦予了更加實證的性質。在法國，以“法學導論”（Introduction aux Études du Droit）為題出版的書籍，跟英國人所稱的“法理學”和德國人所稱的“法學全書”在內容上如出一轍。近來，狄驥（Duguit）、沙爾蒙（Charmont）、德莫格（Demoque）的著作，已為法哲學研究開闢新天地。[14] 在義大利，除了密拉格利亞（Miraglia）、萬尼（Vanni）、德爾 · 韋基奧（Del

---

［10］ 國際法表明了內國法（civil law）的這種影響。盎格魯—撒克遜圈的國際法學派，特從司法先例中得出國際法，它基本上具有實定性和決疑性。

［11］ Alvarez, Une nouvelle Conception des Études Juridiques et de la Codification du Droit Civil, Paris, 1904, premiere partie, chaps, vii and viii; cf. Salmond, Jurisprudence, 4th ed., 1913, p.23-27.

［12］ 這方面的最佳著作之一，是加賴斯（Gareis）的《法律科學導論》（Introduction to the Science of Law）。該書英譯本是1911年出版於波士頓的《現代法哲學叢書》第1卷。

［13］ 下列著作或許尤其值得一提： Savigny, Traits du Droit romain（德文原著的法譯本）；Puchta, Cursus der Institutionen，該書導論部分包含按照歷史法學派觀點撰寫的法學概論，被單獨譯成英文，收入黑斯蒂（Hastie）的《法律科學綱要》（Outlines of the Science of Jurisprudence）；Dernburg, Pandekten; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts。

［14］ 其中最重要著作的英譯本已被收入《現代法哲學叢書》第7卷。

Vecchio）、卡萊（Carle）等人的扎實著作之外，人們也按照人類學和社會學的方法在法哲學方面精耕細作，該領域已經發表的著作卷帙浩繁。我已在別處指出其中的精要。[15]

四

在 19 世紀下半葉出現了許多社會因素，它們合力為法觀念賦予嶄新的方向，以及一定的統一性和普遍性。這個新方向就是完全摒棄形而上學，以及迄今為止支配著法科學的個體主義，轉而採取一種更具社會性的觀點，也就是說，轉而採取的態度更加符合前述因素本身所要求的那種社會團結 / 社會連帶。

自此以來，在國民生活和國際生活中，個體主義體制開始向合作或團結體制逐步過渡，本文第一部分業已談及的這種過渡造成了政治—社會科學的亂局。從個體主義向社會團結的這種過渡所指何事，對法概念又有怎樣的影響，現在我們就來作一番大略的考察。

工商業的非凡發展、通訊手段的增多和便捷、觀念的發展和散播，一點一點地造就了所有國家的相互依存狀態；沒有哪個國家能夠獨立自足，每個國家都需要其他國家的商業和文化。經濟生活和人類活動已經遍及世界。在各國利益互不對抗的幾乎一切事務上，特別是在行政服務方面，在組建各類國際聯盟（例如萬國郵政聯盟、國際電報聯盟）方面，國際合作已經確立。與此同時，關乎人類各方面活動和利益的非政府國際組織，也如雨後春筍一般。到處是頻繁召開的國際會議，會議主題五花八門（人道的、道德的、社會的、科學的、工業的，不一而足），尤其在有待法律調整的事務上致力於創建國際標準。其中最值得矚目的國際會議，要數 1899 年和 1907 年在海牙召開的兩次和平會議，它們開啟了一個新紀元，使國際關係服從法和正義的統治。會議上簽署的《和平解決國際爭端公約》（Convention for the Pacific Regulation of International Conflicts），在引言部分以精湛完備的形式宣告了那些激蕩時人心懷的和平、正義和友愛的願望，其中第三條正式承認了“文明國家集團各成員國的團結一致”。

最後，私法的某些領地已經併入國際法的版圖，於是確立了國際行政法、國際商法、國際勞動法等等。異邦之間的相互依存如此緊密，以至於各國在一些場合不再自命擁有絕對主權，而是服從於新的需要所施加的限制。當前，歐洲劃分為兩大國家集團，每個集團的所有成員國之間都已建立密切的政治—經濟合作，以及觀念的統一和國際準則的統一。相關國家政府的代表們定期集會，聯袂指引前述合作的展開。我們不妨暢想一下，這套國際合作若在戰後維持下去，將會標誌著文明史的新紀元。

各國國內生活的變化同樣深遠。在 19 世紀的進程中，由於巨大的物質進步和道德進步，特別是民主制和社會主義的發展，單個人不再被視為社會的目的，一般利益開始凌駕於特殊利益之上。在考慮國家的屬性時，人們不再強調號令的權力，而是強調履行義務，強調為了共同體的利益而履行社會職能。各國政府在化解各自難題的時候，被迫找出契合社會團結的解決方案。民主制和社會主義的勢力在 19 世紀大為擴張，因為它們不是出自有關人性的先驗思考（正如 18 世紀哲學家的個體主義那樣），而是出自社會生活條件。

我們現在或許可以說，個體主義已在各國的國內事務中煙消雲散。交戰的各國政府——就連其

［15］ 這裏所指論著的英譯本，收入《現代法哲學叢書》第9卷《法律方法的科學》（The Science of Legal Method, Boston, 1917, p.430 et seq.）。（參見[智利]阿爾瓦雷斯：《私法教學改革與未來的民法典編纂》，姚遠譯，載《蘇州大學學報（法學版）》2016年第2期。——譯者注）

中最熱衷於個體主義的，例如英國和美國——一旦加入戰爭便立刻認識到，在個體主義體制下難以應對當前的新形勢，因此他們放棄了這種體制，代之以國家干預或國家控制的體制，以便發展亟需的合作。國家干預的結果，是各國政府以前所未有的方式迅速擴張權力。他們指揮或者控制食品的生產和消費、通訊工具、軍需工業等等；國家權威的這種強化並非憑靠暴力，而是和平地出現的，伴隨著各國公民全體一致的同意。這種新的控制體制或合作體制的優勢一目了然，因此我們有理由相信，在當前的戰爭結束之後，該體制將繼續作為決定性的社會秩序。

既然個體主義已在國民生活和國際生活中遭到廢黜，那麼，迄今一直立足於個體主義的法和正義的觀念也就必須有所變更，以便與時俱進。法和正義的這種新觀念會是什麼樣的呢？導致個體主義消滅的那些因素或現象，提供了新思想的梗概和主要運用。

我們已在別處考察了這些因素或現象及其對法律的影響，[16] 這裏僅限於指出要點。首先，人們在規定民法的一個完整部門——家庭法——的時候，總是並且越來越傾向於遵從整個家庭的利益（例如親子之間的權利義務、配偶之間的權利義務就是如此），而不是顧念個別家庭成員的利益。

另一方面，公法的一個完整部門——行政法——在過去一百年間逐步發展起來。行政法的題材在很大程度上跟民法相通，只不過被從一般利益的立場來看待。我們只消想一想對土地保有、特別是城市土地保有的限制，出於公共利益而進行的徵用，警察、衛生等公用事業，就可以確信前述論斷的正確性。

種種經濟變化對民法產生了三重影響。第一，它們通過發展法律思想的舊框架，通過在其他原則的基礎上創設新的分類，來擴大私法的適用範圍。第二，它們通過在大量情況下頒佈專門的、完全特殊化的立法（影響到特定的一類人，即工人），破壞了法律的統一性。這種立法是由勞動階級的利益引發的。第三，它們引入了某些要素，從而造成極為深遠的變化。在當前的戰爭中，交戰國接連頒佈法律徹底更改舊法，因為新法總是（相較於個體利益）優先顧及一般利益。這類立法整個構成所謂“戰時私法”。因此，就許多事項而言，在可用于和平時期的民商法之外，還有可用於戰爭時期的、性質截然不同的民商法。關於國家及其屬性的新觀念、行政法的概念、家庭法的概念、引發同情工人階級的立法的那些思想、催生戰時私法的那些思想——所有這些動向和思想共同勾勒了未來的輪廓。法的新觀念就是實現團結，也就是說，按照社會利益而非個體利益來調整法權關係。這種新觀念不僅應當支配私法，也應當支配國際法。首次應用這一新觀念的，是美洲國際法學會。在 1916 年 1 月召開於華盛頓的第一次會議上，該學會表決通過了《萬國權利義務宣言》。這份宣言的首要原則，就是承認社會義務的概念、團結的概念、（對各國基本權利作出限制的）應當作為指南的一般利益的概念。

鑒於行將重構國際法，美洲國際法學會秘書長提交了各種計劃，以供次年在哈瓦那召開的會議審議，而這些計劃正源於有關權利和社會義務的前述新觀念。

五

歷史和當代生活已經告誡我們，在看待法的起源、目標、範圍和本質的時候，迄今為止的法哲學所採納的那些出發點有何錯謬之處。關於法的起源，前人相信法有其自在自足的存在，或者法紮根于人之本性。前人以為法的目標在於調整個體之間的共存條件，就是說，僅僅考量個體的利益。

［16］ Alvarez, op.cit. translated and published in The Continental Legal History Series, Vol. XI : *Progress of Continental Law in the 19th Century*, Boston, 1918, p.45-64.

最後，前人認為法有著普遍的範圍和不變的本質。如果說近年來的某些法哲學著作已經放棄了其中某些觀點，特別是法的普遍性和恒定性的觀點，這些著作依然恪守前述的另外兩種信條。

今人比前人更清楚地看到，法是其環境的產物。在此背景下形成了一種共同意見、一種法律意識，這是社會生活造成的人類觀念、信仰、歷史和教育的合力。其中某些觀念進入了實定法，另一些觀念則作為道德情感單純停留在輿論領域。這裏所說的法律意識，就像它所反映的全體社會事實那樣一直處於演化過程中。因此，以奴隸制為例，它曾在許多世紀裏充當社會生活的一大基石，後來終究讓位於與之相反的自由原則。自由理念在 19 世紀發生變化，從不受約束的絕對自由轉變為受制於社會要求的合理自由。

法律意識或者（更可取的提法是）公共輿論，兼為法律原則和道德觀念的真正淵源。它如今統領一切國民生活和國際生活。公共輿論在國際事務發揮許多作用：它產生和廢除某些法律規則，它監督和批准法律規則的實施，它促進法律規則的解釋和發展，它限制強國不講政治道德的行徑，它是國際爭端仲裁的最佳保障之一，它認可和批准那些為了扶助公共輿論而強行實施的行為，最後，它要求和調整國際實踐中的改革。[17] 在私法上，公共輿論不扮演它在國際法上的那種角色，因為存在立法權、行政權和司法權。不過，公共輿論創設法和正義的原則，要求確立和廢止某些法律規則，並且指導現行法律規則的解釋和發展。

當代法的目標在於實現人的團結，即不是按照相關個體的個人利益、而是按照社會一般利益來調整個體關係。法（至少法律規則）的範圍或多或少取決於它的環境。它普遍傾向於團結，因為生產性的社會現象在各國都給法律打上了這種新學說的印記；但在其他事務上，法律隨著國情、種族資質等等的不同而有差別。

六

被冠以“法哲學”“法的一般理論”以及諸如此類名稱的法學研究，今後必須致力於研究的不是自在的法律，而是各種活躍的法觀念，以及出現在歷史上的或者現存的各種法律體系。這種研究必須探明歷史進程中的法律演化路徑，繼而通過比較不同國家集團的基本制度，揭示在 19 世紀盛行於不同國家集團的各種法觀念，最後調查 19 世紀下半葉在所有國家一致導向法的新時代（法的社會化）的各種社會因素。我們尤其需要強調這最後一點，以便避免可見於當前過渡階段——即從個體主義過渡到社會團結——的思想亂象。

這種新的法哲學應當旨在說明公共輿論，以前所未有的清晰程度對之作出評估。新的法哲學還將有助於指導立法者引入改革舉措，並且幫助法官解釋和發展法律。新的法哲學還有其他非常重要的目的：它應當通過綜合各種素材來揭示某些國家——新的法哲學在這些國家有著特殊面貌——的公法和私法的精神，指明相應的基本特徵，並且表明這些特徵源於歷史、哲學學說和社會環境。唯有依照比較的方法闡發這個主題之後，我們才可能逐步獲知根本觀念的統一性，或者至少是能夠闡明哪些觀念引發了無從化約的分歧，並表明相應的起因。

研究法律在過去和現在的發展路徑和未來的走向，需要用到恰當的方法。這種方法應是歷史—比較的方法，還應輔以當代生活的觀察。先要明智地探究那跨越時空界限的種種制度，以及包裹著

［17］ 關於公共輿論在憲法中的作用，參見Bryce, *The American Commonwealth* (French translation, 1912), Vol. III, part iv。

這些制度的社會現象對這些制度施加的影響，在此基礎上才可能創立真正的法哲學。[18] 唯有在此條件下，我們才能真正理解法律生活及其影響因素、陸續變遷、因果關係紐帶和主導法則。

在當前這個重大時刻，人們尤其需要遵從戰爭為社會生活標示的新方向。這場戰爭已成為教誨的豐碩來源，因為它用激烈的方式檢驗現存制度的優劣。這場戰爭為人類思想注入活力，促使人們拋棄先入之見和傳統觀念，並尋求新的解決方案。我們應當特別關注公共輿論，它在政治事務中佔據著前所未有的主導地位，奮力要求在實踐中落實它自己的理想。迄今盛行於法哲學之中的那些引起質疑和混亂的因素，將會隨著新視野的出現，隨著實證的、實際的、全世界可及的綱領的出現而化為烏有；法的新階段，即取代了舊式個體主義的社會化階段，將作為達成相關實踐目標的明顯方案。

Abstract: The future of the studies on law which are called “Philosophy of Law,” “General Theory of Law,” and by other similar names, must be devoted not to the study of law itself, but to the various conceptions of law which have flourished, and to the various legal systems which have appeared in history or which now exist. That study must trace out the lines of legal evolution in the course of history; next mark out the diverse conceptions of law which have prevailed in different groups of countries during the nineteenth century, in a comparison of the fundamental institutions of these various groups; and lastly investigate the different social factors which from the second half of the nineteenth century have operated in all countries in a uniform direction toward the inauguration of a new legal epoch—the socialization of the law. The latter point is one which needs to be specially emphasized in order to avoid the uncertainty and the confusion of ideas which are found in the present transitional stage from individualism to solidarity.

Key words: Philosophy of Law; War; Individualism; Social Solidarity; Socialization of the Law

（責任編輯：張竹成）

［18］ 就此而言，大家不妨參閱威格摩爾和科庫雷克（Albert Kocourek）——他們兩位均為西北大學的法學教授——連袂輯錄的三卷本讀物《法律演化叢書》（Evolution of Law Series）。

投稿格式與體例說明

一、基本格式

1. **來稿語言：**本刊僅接受中文稿件，但具有一定學術價值的葡語、英語等外文學術文章的中文譯本也可刊用。

2. **來稿項目：**所有稿件除正文外，均應包括四個項目：中文及英文題目、中文及英文摘要（200 字左右的中文摘要及英文翻譯）、中文及英文關鍵詞（四至五個）、作者工作機構及職稱或職務（中文，並在作者姓名前用“*”號在首頁下方註明）。

3. **來稿文字：**所有稿件，均應使用宋體、繁體字，中文標點採取全角符號，英文標點採取半角符號。

內文：11 點，間隔為單行間距。

題目與標題：

來稿題目為 18 點加粗居中打印；副標題另起一行，16 點加粗居中打印。

內文一級標題為 12 點加粗居中打印。例：一、標題內容。

內文二級標題為 11 點加粗，加括號，空兩格放置。例：（一）標題內容。

內文三級標題為序號後加“.”，空兩格放置。例：1. 標題內容。

內文四級標題為序號外加小括號，空兩格放置。例：（1）標題內容。

二、註釋體例

1. **註釋為腳註，編號連排。**

2. **文字為 9 點，空兩格加註釋內容。**例：[1] 註釋內容。

3. **著作的註釋順序為：**作者、書名、卷次（如有）、出版者、年份、頁碼。

【範例】趙國強：《澳門刑法概說（犯罪通論）》，社會科學文獻出版社 2012 年版，第 54 頁。

【英文範例】Tong, I. C, *Linguistic Pluralism and the Legal System of Macau*, Journal of International and Comparative Law, 2020, p.183-185.

4. **譯著的註釋順序為：**作者、文章名、期刊名稱、年份及期次、頁碼。

【範例】[葡] 科斯塔：《葡萄牙法律史（第三版）》，唐曉晴譯，法律出版社 2014 年版，第 296 頁。

5. **期刊的註釋順序為：**作者、文章名、期刊名稱、年份及期次、頁碼。

【中文範例】駱偉建：《論“一國兩制”下的香港特區選舉制度的完善》，載《澳門法學》2021 年第 2 期，第 22 頁。

【葡語範例】Wei, Dan, O Direito da Concorrência da China: Statu Quo e o Desenvol vimento da Produç o Legislativa, Revista Doutrina IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional), Volume 13, Número 2, 2006, p.9-36.

【德語範例】Fan, Jianhong, Durchgriffshaftung gegen Gesellschafter wegen Unter kapitalisierung im chinesischen Gesellschaftsrecht, Recht der internationalen Wirtschaft, 59.Jahrgang, Heft08/2013, Verlag Recht und Wirtschaft, Germany, S.518.

6. **文集的註釋順序為：**作者、文章名、文集名、出版者、年份、頁碼。

【範例】唐曉晴：《論要物合同》，載趙國強主編：《澳門人文社會科學研究文選法律卷（上卷）》，社會科學文獻出版社 2010 年版，第 268-284 頁。

7. **非引用原文者，註釋前加“參見”；**非引自原始出處者，註釋前加“轉引自”。

8. **引用古籍的，參照有關專業部門發佈之規範；**其他引用外文的，遵循該語種的通常註釋習慣。

9. **說明未詳盡之處，**按《法學引註手冊》北京大學出版社 2020 年版執行。