

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）

王 禹 杜 立 邱庭彪 李 哲 汪 超 於興中

唐曉晴 涂廣建 稅 兵 翟小波 趙國強 蔣朝陽

劉建宏 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

勾健穎 張竹成 馬志遠 張雨虹 咎晨東 王鎔洪

學術顧問委員會（按姓氏筆劃排列）

王利明教授（中國人民大學）

田文昌律師（京都律師事務所）

范 健教授（南京大學法學院）

陳弘毅教授（香港大學法律學院）

徐國棟教授（廈門大學法學院）

孫憲忠教授（中國社會科學院法學研究所）

黃 進教授（中國政法大學）

葉 青教授（華東政法大學）

趙秉志教授（北京師範大學法學院）

廖義男教授（台灣世新大學法學院）

劉仁文教授（中國社會科學院法學研究所）

韓大元教授（中國人民大學法學院）

稿約

一、稿件選題：

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

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

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

二、投稿審稿：

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

來稿須未曾在國內外其他出版物或網站上刊登和發表。

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

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

三、版權聲明：

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

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

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

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

特稿

- 堅持和完善“一國兩制”制度體系 推進粵港澳大灣區
規則銜接、機制對接..... 楊兆業 / 003

名家特約

- 刑事法益理論的中國實踐理性批判..... 楊興培 / 007

論文

- 社會誠信危機的刑法史考察..... 謝冬慧 / 022
——重法治騙的歷史印跡與現實訴求
論自動駕駛汽車使用者的刑事責任..... 周銘川 / 041
論作為科學的法學的不自信..... 鄭文革 / 053
從技術本位到利益平衡：模型訓練合理使用認定規則的重塑..... 張惠彬 王懷賓 / 068
公共數據授權運營適用行政公益訴訟的邏輯證成與制度展開..... 唐偉然 / 084

區際法治研究

- 粵港澳大灣區自然資源協同治理的法治保障研究..... 許瀛彪 劉銘鑫 / 098
機遇與挑戰：《橫琴粵澳深度合作區商事調解條例》的制定
及其影響..... 黃景禧 羅佩琪 / 110
琴澳一體化背景下中醫藥產品註冊與流通監管銜接的
挑戰與路徑優化..... 吳磊 陳文博 / 127

港澳法治研究

- 香港住房權的憲制結構困境與制度性回應..... 朱孔武 / 141
賭博合同所生債務和賭博信貸債務的法律效力：內地與澳門
比較視野下的分析..... 馬哲 / 156
內地與澳門民商法中表見代理規則的差異與銜接..... 李凱莉 / 171

域外法治研究

- 自動化行政中實體性正當程序的重構..... 唐安然 / 187

[Special Article]

Uphold and Improve the Systems for Implementing the One Country,
Two Systems Policy Promote Closer Alignment of Rules and Mechanisms
in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area Yang Zhaoye / 003

[Invited Article]

Critique of the Practical Rationality of the Criminal Legal Interest Theory in China..... Yang Xingpei / 007

[Articles]

Social Integrity Crisis: A Historical Examination through Criminal Law—Traces of
Combating Fraud with Severe Punishment and Contemporary Imperatives.....Xie Donghui / 022
On the Criminal Liability of Automated Vehicles.....Zhou Mingchuan / 041
On the Lack of Self-confidence of Jurisprudence as Science..... Zheng Wenge / 053
From Technology-Centric to Interest-Balancing: The Reconstruction of Rules for
Determining Fair Use in Model Training..... Zhang Huibin & WangHuaibin / 068
The Logical Justification and Institutional Development of the Application of
Administrative Public Interest Litigation to the Authorized Operation of Public Tang Weiran / 084

[Interregional Legal Studies]

Study on the Legal Safeguards for Collaborative Governance of Natural
Resources in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area Xu Yingbiao & Liu Mingxin / 098
Opportunities and Challenges: the Formulation and Impact of
the Guangdong-Macao In-Depth Cooperation Zone in Hengqin
Commercial Mediation Regulationo Vong Keng Hei & Lo Pui Kei / 110
Challenges and Optimization of the Convergence of Chinese
Medicine Product Registration and Distribution Supervision in the
Context of Qin-Macao Integrationa Wu Lei & Chen Wenbo / 127

[Hong Kong and Macao Legal Studies]

The Constitutional Structural Dilemma and Institutional Response to
Housing Rights in Hong Kong Zhu Kongwu / 141
The Legal Effects of Gambling-Related Debts: A Comparative Study of
Mainland China and Macau Ma Zhe / 156
Differences and Convergence of the Apparent Representation Rules in Civil and
Commercial Law Between the Mainland and Macau Li Kaili / 171

[Extraterritorial Legal Studies]

Reconstruction of Substantive Due Process in Automated Administration.....Tang Anran / 187

堅持和完善“一國兩制”制度體系 推進粵港澳大灣區規則銜接、機制對接

楊兆業*

十年前，即2015年，國家首次提出“打造粵港澳大灣區”；^[1]八年前，2017年7月1日，習近平主席在香港親自見證《深化粵港澳合作 推進大灣區建設框架協議》簽署，標誌著國際一流灣區和世界級城市群的建設正式拉開帷幕。這些年來，在中央有關部門支持下，粵港澳三地不斷加強基礎設施“硬聯通”、規則機制“軟聯通”、灣區居民“心聯通”，大灣區建設取得豐碩成果。

規則機制的銜接對接是聯通的關鍵一環，習近平主席對此高度重視。2020年10月，在深圳經濟特區建立40周年慶祝大會上，習近平主席明確提出，要抓住粵港澳大灣區建設重大歷史機遇，推動三地經濟運行的規則銜接、機制對接，促進各類要素高效便捷流動，提升市場一體化水平。^[2]2024年12月19日，習近平主席在橫琴考察粵澳深度合作區時明確指出檢驗合作區開發建設成效的“三個要看”，其中之一是“要看在發揮‘兩制’之利、推進兩地規則銜接和機制對接上，有沒有創造新的制度性成果”，要求加快建成粵澳經濟高度協同、規則深度銜接的制度體系，把琴澳一體化提升到更高水平。^[3]習近平主席在不同場合多次強調提升大灣區規則機制“軟聯通”水平，可謂念茲在茲。

粵港澳三地聞令而動。廣東省依託“灣區通”工程，制定規則銜接機制對接三年行動方案，聚焦四大領域部署任務舉措，並開展多批次典型案例遴選；香港、澳門各自設立有關專責小組或工作組，研究推進相關工作。在中央和地方共同努力下，大灣區規則銜接、機制對接取得明顯成效。主要表現在四個方面：一是不斷促進要素流動，人員車輛貨物通關進一步便利，資金流動渠道拓寬，數據流動探索突破。二是持續提升營商環境，包括市場准入、政務服務、糾紛解決、標準化建設等多個方面。三是深入推進民生融合，全面落實港澳居民在內地九市的教育、醫療、住房、社保等民生領域市民待遇。四是加快推動平台創新，以橫琴、前海、南沙、河套等粵港澳重大合作平台為重要載體，率先推進三地規則集成銜接。

粵港澳大灣區包括兩種制度、三個法域，各類規則機制的銜接對接內涵豐富、場景複雜、形態

* 楊兆業，全國人大常委會港澳基本法委員會研究室主任。本文原為第十三屆內地與港澳法律研討會致辭稿，發表時進行了適當修改。

[1] 2015年3月28日國家發展改革委、外交部、商務部聯合發佈《推動共建絲綢之路經濟帶和21世紀海上絲綢之路的願景與行動》，其中提出“充分發揮深圳前海、廣州南沙、珠海橫琴、福建平潭等開放合作區作用，深化與港澳台合作，打造粵港澳大灣區”。

[2] 習近平：《在深圳經濟特區建立40周年慶祝大會上的講話》，載《人民日報》2020年10月15日，第2版。

[3] 《習近平考察橫琴粵澳深度合作區》，載《人民日報》2024年12月20日，第1版。

多樣，是一項龐大的系統工程。目前取得階段性進展的同時，也必須看到，大灣區規則銜接、機制對接仍面臨不少困難和問題，與實現市場一體化目標還存在不小差距。對比習近平主席的要求和囑託、改革發展的形勢和任務、灣區居民的期盼和呼聲，還有較長的路要走。

展望未來，大灣區合作必將不斷深化，迎來更高質量的新發展。高質量發展離不開高水平法治的保障。下一步，如何發揮“一國兩制”制度優勢和法治優勢，推進規則銜接、機制對接，是內地與港澳“法律人”共同面對的重要課題，需要著重理解把握好四個方面。

第一，規則銜接、機制對接是擔當起新時代“一國兩制”實踐重要使命的必然要求。

2024年12月20日，習近平主席在慶祝澳門回歸祖國25周年大會暨澳門特別行政區第六屆政府就職典禮上明確指出：“當前和今後一個時期是以中國式現代化全面推進強國建設、民族復興偉業的關鍵時期，‘一國兩制’實踐也進入了新階段。實現香港、澳門更好發展，為強國建設、民族復興作出更大貢獻，是新時代‘一國兩制’實踐的重要使命”^[4]。中國共產黨第二十屆三中全會明確提出：“發揮‘一國兩制’制度優勢，鞏固提升香港國際金融、航運、貿易中心地位，支持香港、澳門打造國際高端人才集聚高地，健全香港、澳門在國家對外開放中更好發揮作用機制。深化粵港澳大灣區合作，強化規則銜接、機制對接”^[5]。粵港澳大灣區建設是新時代國家重大發展戰略，習近平主席親自賦予大灣區“新發展格局的戰略支點、高質量發展的示範地、中國式現代化的引領地”新使命新定位。實施粵港澳大灣區建設，是立足全局和長遠作出的重大謀劃，是保持港澳長期繁榮穩定的重大決策，是擔當起新時代“一國兩制”實踐重要使命的重要著力點。在“一國兩制”條件下，探索不同社會制度融合發展、合作共贏，對引領國家高水平對外開放和參與國際合作發揮著無可替代的作用，對當今紛亂對立的世界也具有積極啟示意義。大灣區建設不僅僅是地方發展、區域發展，而首先是國家戰略。港澳要著眼中華民族偉大復興戰略全局和世界百年變局，緊跟時代潮流，進一步找准自身定位，科學謀劃未來發展，更加積極主動對接粵港澳大灣區建設等國家發展戰略，在國際舞台上展現更大作為。

當前，大灣區建設正在步入“深水區”。有意見認為，由於規則機制的不銜接、不對接造成的要素跨境流動不自由、不順暢，已經成為制約大灣區發展的最大難題和挑戰。推動實現規則銜接、機制對接既是大灣區建設的重要內容，也是制度保障。必須站在國家發展大局、港澳長遠發展的高度，充分認識以制度建設促進大灣區融合發展的重要性和緊迫性，進一步增強銜接對接緊迫感。把強化規則銜接、機制對接擺在更加突出位置，守正創新，以更大決心和力度加以推進，爭取實現全方位新突破，從而推動大灣區建設邁入新階段。

第二，規則銜接、機制對接是長期堅持、全面準確貫徹落實“一國兩制”方針的必然要求。

在慶祝澳門回歸祖國25周年大會暨澳門特別行政區第六屆政府就職典禮上，習近平主席系統闡述、鄭重宣示：“‘一國兩制’具有顯著制度優勢和強大生命力，是保持香港、澳門長期繁榮穩定的好制度，是服務強國建設、民族復興偉業的好制度，是實現不同社會制度和平共處、合作共贏的好制度，必須長期堅持”^[6]。我們要深刻領會其精神實質和豐富內涵。“一國兩制”為香港、澳門的前途命運提供了穩定的預期，不僅實現了香港、澳門的順利回歸，而且為回歸後香港、澳門保持長期繁榮穩定提供了最佳制度安排。香港基本法（兩部基本法促進長期繁榮穩定發展的精神是一致的）以兩個專章的篇幅對經濟社會制度和政策作了具體規定。第五章“經濟”涉及財政、金融、

[4] 習近平：《在慶祝澳門回歸祖國25周年大會暨澳門特別行政區第六屆政府就職典禮上的講話》，載《人民日報》2024年12月21日，第2版。

[5] 《中共中央關於進一步全面深化改革 推進中國式現代化的決定》，載《人民日報》2024年7月22日，第1版。

[6] 習近平：《在慶祝澳門回歸祖國25周年大會暨澳門特別行政區第六屆政府就職典禮上的講話》，載《人民日報》2024年12月21日，第2版。

貿易、工商業、土地契約、航運、民用航空等方面，規定相當詳盡，對於保障香港資本主義經濟機制的正常運行，保持香港國際金融中心和自由港地位提供了憲制規範。第六章就保持或發展香港現行的教育、科學、文化、體育、宗教、勞工和社會服務等方面的制度和政策作出了規定，涉及香港居民社會生活諸多權益，對於香港社會穩定和發展發揮了重要作用。大灣區建設的一個重要目的，或者說使命所在，就是著眼於港澳經濟社會長遠發展。要全面準確實施基本法，聚精會神拼經濟、謀發展，強化大灣區規則銜接、機制對接，抓住國家發展巨大的歷史機遇，融入國家發展大局，實現香港、澳門自身更好發展。這是保持香港、澳門長期繁榮穩定的必由之路。封閉、僵化、割裂、隔絕實現不了繁榮發展。

第三，規則銜接、機制對接是特別行政區正確行使高度自治權的必然要求。

早在2018年，習近平主席會見香港澳門各界慶祝國家改革開放40周年訪問團時就強調，建設好大灣區要在“一國兩制”方針和基本法框架內，發揮粵港澳綜合優勢，創新體制機制，促進要素流通^[7]。中共中央、國務院印發的《粵港澳大灣區發展規劃綱要》明確將“堅持‘一國兩制’，依法辦事”作為大灣區建設的基本原則。可以說，“一國兩制”是粵港澳大灣區區別於其他灣區和協調發展區域的最大特色，是其獨有的制度背景，同時對制度建設提出了更高要求。

“一國兩制”具有獨特的制度優勢。正如習近平主席所指出，“一國兩制”是實現不同社會制度和平共處、合作共贏的好制度，蘊含著和平、包容、開放、共享的價值理念。^[8]就大灣區合作而言，“一國”原則奠定堅實基礎和堅強後盾，“兩制”差異提供廣闊空間和獨特優勢。在“一國”之內，化“兩制”之異為“兩制”之利，實現更高水平的規則銜接、機制對接，以制度建設促進大灣區融合發展、支持港澳更好融入國家發展大局。

國家戰略，中央主導；區域發展，地方主責。大灣區由“9+2”構成，粵港澳都是大灣區建設的參與者、貢獻者和受益者，三地都是主人翁。要準確把握定位，積極擔當作為，正確行使中央授予的權力。從廣東來講，就是按照習近平主席重要講話要求，“舉全省之力辦好這件大事”^[9]，繼續弘揚敢闖敢試、敢為人先的改革精神，充分用好全國人大授予的地方立法權以及中央各項支持政策，在提升大灣區規則機制“軟聯通”水平上展現更大作為。

同時，另一個重要方面，特別行政區應正確行使高度自治權。首先，香港、澳門應進一步增強主動性，充分認識到大灣區建設是推動“一國兩制”事業發展的新實踐，是港澳探索發展新路向、開拓發展新空間、增添發展新動力的客觀要求。處理好堅持和完善制度的關係，面對新形勢新情況新問題新挑戰，只有完善，才能更好堅持。解放思想、主動作為，通過堅持“一國兩制”，完善制度體系，積極推進各類規則機制的銜接對接，更好促進大灣區融合發展。真正把大灣區建設當作“自家事”，把握核心城市定位，擔當排頭兵、勇於挑大樑，與廣東相向而行、雙向發力。善於站在維護國家主權、安全、發展利益，促進港澳長期繁榮穩定的高度，牢牢把握“一國兩制”根本宗旨，依法行使高度自治權。善於站在落實中央全面管治權的高度，牢牢把握中央全面管治權和特別行政區高度自治權相統一，積極行使高度自治權。

特別行政區依法實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權，應當說所享有的自治權是十分廣泛的。特別行政區政府是香港、澳門的當家人，也是治理香港、澳門的第一

[7] 習近平：《會見香港澳門各界慶祝國家改革開放40周年訪問團時的講話》，載《人民日報》2018年11月13日，第2版。

[8] 習近平：《在慶祝澳門回歸祖國25周年大會暨澳門特別行政區第六屆政府就職典禮上的講話》，載《人民日報》2024年12月21日，第2版。

[9] 《習近平在廣東考察時強調堅定不移全面深化改革擴大高水平對外開放 在推進中國式現代化建設中走在前列》，載《人民日報》2023年4月14日，第1版。

責任人，要通過落實行政主導，正確行使全國人大授予特別行政區的高度自治權，推進規則銜接、機制對接，達到良好治理。2017年，香港特別行政區政府與內地有關方面就在廣深港高鐵西九龍站設立口岸並實施“一地兩檢”的相關問題，通過協商作出適當安排，是香港特別行政區依法行使、積極行使高度自治權的具體體現和生動例子。當然，中央對包括特別行政區在內的所有地方行政區域擁有全面管治權，對特別行政區行使高度自治權具有監督權力，必要時可予以指導、支持。

第四，規則銜接、機制對接是大灣區建設實踐的必然要求。

習近平主席指出，大灣區是在一個國家、兩種制度、三個關稅區、三種貨幣的條件下建設的，國際上沒有先例，要大膽闖、大膽試，開出一條新路來。^[10]同時，習近平主席還指出，人類社會發展的事實證明，依法治理是最可靠、最穩定的治理。^[11]大灣區建設的高挑戰性需要更高水平的制度保障，有效解決大灣區規則銜接、機制對接問題。在“一國兩制三法域”條件下建設粵港澳大灣區，必須貫徹習近平法治思想，堅持改革和法治相統一，根據實踐發展要求，善於運用多種法治方式和手段，在法治軌道上推進大灣區規則銜接、機制對接。特別行政區制度為大灣區規則銜接、機制對接提供了充足的法治方式，我們要秉持法治精神，堅持和完善“一國兩制”制度體系。

中國共產黨二十屆三中全會要求深化大灣區合作，強化規則銜接、機制對接。“強化”意味著從已有實踐探索中，總結經驗做法，不斷深化規律性認識，在此基礎上“開出一條新路來”。一是全國人大常委會已作出七個有關大灣區的授權決定^[12]，要善於總結提煉已有成功實踐，應對新情況、解決新問題、探索新路徑。需要先行先試、積累經驗的，可依法提請全國人大常委會作出授權決定。一些創新做法，條件成熟時可以在更多領域、更大範圍內應用推廣。二是粵港澳三地有關部門已探索了一些富有成效的實踐做法，要善於總結經驗，有條件的可以上升為制度安排。三是可積極研究有關地方開展區域協同立法經驗啟示，加以借鑒，在中央指導下粵港澳三地於各自權限內開展立法溝通協商，共同應對區域性流域性問題。這也意味著，實踐形成的大灣區規則銜接、機制對接，一定是多層次、多形式、多樣化的規則機制體系，而不是單一形式的。

還需要指出的是，規則機制有存量，也有增量，銜接對接不可能一蹴而就，也不是一勞永逸的。不能一邊努力推進銜接，一邊不斷產生新的制度障礙。三地必須增強“灣區意識”，出台政策、制定法律法規都要加強相互溝通配合。在中央指導下，廣東省及其九市與香港、澳門可建立健全專門機制，持續動態推進規則銜接、機制對接。要系統梳理本地立法以及各項政策，凡是不利於大灣區融合發展的制度規定都應當依法及時作出修改完善，真正長效保障銜接對接、促進融合發展。

（責任編輯：唐銘澤）

[10] 習近平：《會見香港澳門各界慶祝國家改革開放40周年訪問團時的講話》，載《人民日報》2018年11月13日，第2版。

[11] 習近平：《在慶祝澳門回歸祖國15周年大會暨澳門特別行政區第四屆政府就職典禮上的講話》，載《人民日報》2014年12月21日，第2版。

[12] 關於授權香港特別行政區對深圳灣口岸港方口岸區實施管轄的決定（2006年10月31日）、關於授權澳門特別行政區對設在橫琴島的澳門大學新校區實施管轄的決定（2009年6月27日）、關於批准《內地與香港特別行政區關於在廣深港高鐵西九龍站設立口岸實施“一地兩檢”的合作安排》的決定（2017年12月27日）、關於授權澳門特別行政區對橫琴口岸澳方口岸區及相關延伸區實施管轄的決定（2019年10月26日）、關於授權國務院在粵港澳大灣區內地九市開展香港法律執業者和澳門執業律師取得內地執業資質和從事律師職業試點工作的決定（2020年8月11日）、關於延長授權國務院在粵港澳大灣區內地九市開展香港法律執業者和澳門執業律師取得內地執業資質和從事律師職業試點工作期限的決定（2023年9月1日）、關於授權澳門特別行政區對廣東省珠海市拱北口岸東南側相關陸地和海域實施管轄的決定（2023年12月29日）。

刑事法益理論的中國實踐理性批判

楊興培*

摘 要 從刑法規定中考察“法益理論”的歷史脈絡，可以發現“法益”一詞沒有什麼理論新意，它的理論功能不過是在步犯罪客體的後塵，換了一件“馬甲”而已。在刑事立法上法益理論沒有提出新的主觀性知識和保護性內容，引進一個法益名詞和法益概念，對於刑事立法而言並沒有顯得有多少必要。在法益名詞創造之前，刑事立法一直遵循著保護社會利益、保衛社會制度、保障社會秩序的價值原則進行；法益名詞創造之後，刑事立法也不過是這樣進行著，一點沒有發生什麼軌跡的變化。在刑事司法中，法益理論並沒有提供新的客觀性內容和規範性標準。在法治社會裏，堅持“持節守文”原則的價值應該要高於“止於至善”的隨時之宜。不然司法原則、法治底線一旦被輕視顛倒，如此欲想再度重建，必定會支付加倍的社會代價。

關鍵詞 法益 法益理論 刑事立法 刑事司法 實踐理性 反思批判

對於刑法學，因愛之深，故責之切。斟酌再三寫下這個標題，仍然不知會不會有拂“眾意”？但這卻是一個刑法學者的一些真實觀察，一些真心所言，一些真性追求。為了讓刑法學研究多一個可供借鑒觀察的角度，將一些已經觀察到的刑法學研究中的現象進行必要的反思與批評，應該說也是刑法學研究中的一個必要內容。畢竟，中國刑法學能有個正常的更好的繁榮發展，對於我們每一個熱心於刑法學研究的學人來說，也是與榮有焉耳。而刑法學一旦出現某些不正常的病理式繁榮，^[1]不但會影響到刑法實踐的品質與效果，而且對於我們每一個熱心於刑法學研究的人來說，同樣也是與羞有焉也。故仍執意為之。

一、從刑法規定中考察“法益理論”的歷史脈絡

我們這一代刑法學人大多是在上個世紀七十年代末八十年代初進入法律院校進行刑法理論的修養和刑法技術的訓練，當其時無論是在大學的課堂上和書本裏，還是在報刊雜誌上，都不知道“法益”為何物。即使是當時對中國刑法理論的啟蒙和研究起著較大影響作用的一些國外刑法學讀物，

* 楊興培，華東政法大學教授。

[1] 金澤剛在《刑法修正與法益多元化理論》中介紹，以法益為關鍵字的論文有10000多篇，公開出版的學位論文有8000多篇。參見金澤剛：《刑法修正與法益多元化理論》，載《東方法學》2023年第6期，第141頁。

例如前蘇聯特拉伊寧 1946 年的《犯罪構成的一般學說》（中國人民大學出版社 1953 年版）、日本西原春夫 1989 年的《刑法的根基與哲學》（上海三聯書店 1991 年版）、日本小野清一郎 1991 年中國版的《犯罪構成要件理論》（中國人民公安大學出版社 1991 年版）等都沒有出現“法益”的片言隻語；改革開放後早期的一些刑法教科書和學術專著，如高銘暄主編的 1982 年高等學校法學教材《刑法學》（法律出版社 1982 年版）、陳興良 1992 年的《刑法哲學》（中國政法大學出版社 1992 年版）、馮亞東 1996 年的《刑法的哲學與倫理學》^[2]（天地出版社 1996 年版）等著作文獻中也都沒有提到過“法益”這一專門名詞。

法國的歷史學家托克維爾曾經說道：“一些民族何以被一種似乎不可知的力量推向他們本身也未曾料到的結局，但是至今對事物一直缺乏這種研究。直到民族衰老的時候，人們才用分析的眼光去研究這個民族；而當民族終於想到回顧它的搖籃時期的時候，時間已把搖籃時期蒙上一層烏雲，而無知和傲慢又用一些離奇傳說把它包圍起來，使人看不到它的真面目。”^[3]其實很多事用不著非要等到民族衰老的時候再去回首認識它，人類也不是“密納法的貓頭鷹，一定要等黃昏才會起飛”。^[4]所以“當我們觀察人類的刑法文明所經歷的歷史發展過程時，能夠事先弄清楚一個刑法現象究竟來自於何方？對我們能夠獲得這一現象的價值所在以便使我們的思維方向不至於一開始就被淹沒在撲朔迷離的煙霧之中是大有益處的，甚至以此為路徑可以探索其最終又要去向哪里的方向。”^[5]這樣今天當我們要將“法益理論”作為分析討論的對象時，我們不得不先考察一下法益的起源以及它如何在中國刑法理論中從無到有，以至於從星星之火到現在已經是燎原一片的詭異現象。

現象是我們觀察事物、認識事物的一個嚮導。歷史是有記憶的，有時也是有記錄的。由於早期的中國刑法理論界不知“法益”為何物，所以關於某些刑法要保護什麼？犯罪到底侵犯了什麼（這些問題本來都不是問題）？我國刑法都已經明明白白加以明確規定予以了回答。《中華人民共和國刑法》（以下簡稱《刑法》）第一條規定：“為了懲罰犯罪，保護人民，根據憲法，結合我國同犯罪作鬥爭的具體經驗及實際情況，制定本法。”《中華人民共和國憲法》這一根本大法對我國確立的社會制度、人民群眾享有的社會利益和我國社會已經建立的並且必須要加以維護的社會秩序都作了明確規定。正因為如此，《刑法》第二條規定：“中華人民共和國刑法的任務，是用刑罰同一切犯罪行為作鬥爭，以保衛國家安全，保衛人民民主專政的政權和社會主義制度，保護國有財產和勞動群眾集體所有的財產，保護公民私人所有的財產，保護公民的人身權利、民主權利和其他權利，維護社會秩序、經濟秩序，保障社會主義建設事業的順利進行。”所以社會利益、社會制度和社會秩序既是刑法制定的根據所在，是它的出發點；也是它的目的所在，是它的歸宿點。然而傳統的社會主義刑法理論不但創造了一個全新的犯罪客體新概念，而且還特別喜歡用“犯罪客體”來進行刑法敘事。但由於“犯罪客體”有違哲學的基本原理，本身又沒有獨立的理論品格，充滿著無法自圓其說的重重矛盾，以至於在刑法中常常出現不斷變幻的現象，我們絲毫看不到這一理論歷史起點的正當性和邏輯起點的合理性，有的是隨著政治時勢的起伏變化而不斷變化和隨著刑事立法的不斷變動而法雲亦雲。即使隨手拈來，曾經的刑法規範關於犯罪現象的規定頗能說明問題之所在。

例如 1979 年《刑法》中貪污罪屬於分則第五章侵犯財產罪，很多人很自然而然地認定貪污罪侵害的犯罪客體和社會關係是社會主義公有財產的所有權；受賄罪屬於分則第八章瀆職罪，很多人就認定受賄罪侵害的犯罪客體和社會關係是國家機關的應有信譽和正常活動。然而，當 1997 年新《刑法》將貪污罪與賄賂罪合併後組成新的一類獨立犯罪類罪後，很多人又開始認為貪污罪與受賄罪侵害的犯罪客體和社會關係主要是國家工作人員的從政廉潔性，至於具體的文字表述多的已經使

[2] 該書後改名為《理性主義與刑法模式》，由中國政法大學出版社於 1999 年出版。

[3] [法]托克維爾：《論美國的民主（上）》，董良果譯，商務印書館 1991 年版，第 31 頁。

[4] 中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局：《馬克思恩格斯全集》第二十三卷，人民出版社 1972 年版，第 202 頁。

[5] 楊興培：《犯罪客體是一個巨大而空洞的價值符號》，載《中國刑事法雜誌》2006 年第 6 期，第 3 頁。

人眼花繚亂了，甚至有七、八種之多。^[6]其實今天的貪污罪、受賄罪的規定依然是昨天貪污罪、受賄罪的延續，其犯罪構成的主要要件並未發生什麼根本性的變化（當然其構成要件的某些要素如主體資格和數額不斷地在調整之中）。刑事立法只是在刑法規定的分類排列上稍有變化，犯罪侵害的犯罪客體和社會關係就立即出現了法變亦變的變形，這只能說明這種犯罪客體和社會關係的所謂理論絲毫不能體現也根本沒有其自己理論的獨立性品格。

又如原先 1979 年《刑法》中的非法持有、私藏槍支、彈藥罪被規定在分則第六章妨害社會管理秩序罪之中，其侵害的犯罪客體和社會關係被認為是社會管理秩序（有的表述為國家對槍支彈藥的管理活動）。而當 1979 年新《刑法》將此罪移植到分則第二章危害公共安全罪之後，很多人現在認為其侵害的犯罪客體和社會關係已經是社會的公共安全，當然其文字的表述都是依樣畫葫蘆似的現成手法（不過在 1997 年新《刑法》中，管制刀具也進入到了危害公共安全的視野）。其實 1997 年新《刑法》規定的非法持有、私藏槍支、彈藥的犯罪就其行為表現形式與其涉及的犯罪對象來說，與 1979 年《刑法》規定的行為形式與犯罪對象並沒有什麼根本的區別，刑事立法者只是在犯罪體例上做了一些技術上的微調，犯罪客體理論馬上作出反應，將其侵害的犯罪客體和社會關係立刻修改調整為社會的公共安全，這種犯罪客體和社會關係的變化修改對具體犯罪的認定會發生什麼影響作用呢？似乎看不出來。

再如原先 1979 年《刑法》將所有虛構事實、隱瞞真相，騙取他人公私財物的行為規定在一個詐騙犯罪之中，1997 年新《刑法》將原先一個綜合性、整體性的詐騙犯罪分解為多個具體的詐騙犯罪（其中金融詐騙犯罪就有八個之多），這樣原來只有一個犯罪客體和社會關係的詐騙犯罪，變成了現在被賦予了不同的犯罪客體和社會關係的不同的詐騙犯罪。但是就詐騙犯罪本身而言，行為人具有的非法佔有的主觀目的和虛構事實、隱瞞真相，非法佔有他人公私財物的客觀行為並沒有發生根本性的變化。說這種行為發生在金融運行領域和其涉及的犯罪對象是金融產品，這只是社會管理的分工領域有所差異，就其財產性質而言，依然是社會公私財產的應有內容，與行為應當構成侵害社會公私財產所有權利益的犯罪不發生衝突。試想，如果有一天刑事立法者再一次將所有詐騙類的犯罪重新整合成一個罪名（這並非沒有可能，在刑法理論和立法技術上沒有任何障礙），這會不會對我們今天的刑法實踐打擊詐騙類的犯罪發生根本性的衝擊？應該不會。

其實通過新刑法的修訂和補充修改規定的不斷進行，對某些犯罪的合併與分解，在分則體例的安排歸屬上的併入或移出還會不斷出現。人們都很清楚，這些犯罪的罪名沒有發生多大的變化，其犯罪構成要件基本上依然如故，司法實踐中對他們的認定也是依法而行、一如既往，但刑事立法一有變化，刑法理論上犯罪客體和社會關係馬上就發生變化，犯罪客體和社會關係就那麼容易隨著刑事立法的變化而變化？聯想到刑事立法在不斷的補充修改過程中，每每涉及到犯罪的增刪，犯罪客體理論就慌了神。當然到目前為止，犯罪只有增加而沒有減少，唯一一個被刪滅的嫖宿幼女罪罪名也僅僅是被合併到強姦罪之中。也正是這一罪名的變動，使得原來的嫖宿幼女罪被認為侵害的客體和社會關係是社會管理秩序和社會公序良俗，^[7]一下子便被認定為侵害的客體和社會關係已經是幼女的性的不可侵犯性；又比如醉酒駕車型的危險駕駛罪、高空拋物罪等一些輕微行為入刑的犯罪、環境食品藥品犯罪構成要件的內容稍有增加或變化，其客體理論就每每做足了文章，並根據所謂的法益侵害性這種理論將某些犯罪定位為危險犯、抽象危險犯、具體危險犯、准危險犯；並且外溢到行為無價值、結果無價值等一些外來理論；但不知道這些理論定位能給刑事司法實踐帶來了什麼？好像沒有。

[6] 有國家機關的應有形象，國家機關的正常活動，國家工作人員的正常活動，國家工作人員從政的廉潔性，國家工作人員從政的不可收買性，國家工作人員從政的自律性，最近的一種說法是：受賄犯罪的保護法益是公職的不可謀私利性，參見勞東燕：《受賄犯罪的保護法益：公職的不可謀私利性》，載《法學研究》2019年第5期，第118頁。

[7] 參見黎宏：《刑法學》，法律出版社2012年版，第900頁。

不過所有這些理論的歷史和現實都集中反映了一個顯見的問題，即犯罪客體理論實在經不住推敲和質疑，犯罪客體所涉及到的社會利益、社會制度和社會秩序在刑事立法層面本就是設立任何犯罪的一個根據，但它不是學者們空想理論學的一種犯罪客體的反映，而命名不嚴謹的犯罪客體名詞在刑事司法層面也不過是注釋刑法學的一種政治觀念、技術僵化的低級注釋體現。犯罪客體理論恰恰在這裏暴露出了它的隨意性，這就無法消除被人懷疑其理論成分的合理性和理論價值的真實性，以至於受到了刑法理論界的反思與批評而日益式微。^[8]正是在這樣的理論背景下，法益理論被一些刑法學者發現並用來尋求建立新的理論解釋體系而開始“粉墨”登場了。

在今天的刑法領域，法益一詞毋庸諱言已經大行其道了。說到刑法的任務時，本來刑法已有明文規定，但有人說是對法益的保護；^[9]說到犯罪的本質時，本來刑法也有明文規定，就是“一切危害……社會的行為，依照法律應當受刑罰處罰的，都是犯罪”，但有人說是對法益的侵害；^[10]說到何為危險犯，就有人說是以對法益侵害作為處罰根據的犯罪；^[11]說到行為負價值與結果負價值之爭時，就會被人提到結果負價值就在於對法益的侵害^[12]……一時間，法益一詞成了刑法理論與實踐的新寵。然而什麼是法益？在中國刑法領域，儘管學者從國外的理論園地裏引進已有一段時間了，但至今沒有一個較為一致的定義。其實這一個問題在“法益”一詞的誕生地德國本身也充滿著爭議。較為一般的說法是指法律上的利益。但什麼是法律上的利益？按照德國刑法學者李斯特的一般性觀點，認為：“法益就是合法的利益”，“所有的法益，無論是個人的利益，還是集體的利益，都是生活利益，這些利益的存在並非法制的產物，而是社會本身的產物。但是，法律的保護將生活利益上升為法益。”^[13]這說明法益就是法律要保護的社會利益。社會利益，無非就是對社會活動主體有益的權利和好處，其可以無所不包。試問：在一個國家的社會政治生活和社會日常生活中，還有什麼價值抽象不能為社會利益、社會制度和社會秩序所概括的呢？在一個國家裏邊，刑法當然也是法，刑法的立法目的當然就是要保護一定的社會利益，所以從法律實證的角度而言，“法益”這一新名詞並沒有帶來新的事實內容和知識信息。以至於在我國有學者乾脆說道：“所謂法益，是指由法律所確認和保護的利益和價值。”^[14]“作為犯罪客體的法益”，“犯罪客體必定是一種法益。”^[15]於是在轉了很大一個圈之後，在中國的刑法學界，法益就等於原先犯罪客體的觀點和理論成了一種時髦。但是從中國人習慣的語言文字上說，刑法上的法益就是刑法要保護的“法律要保護的利益”實在是拗口驚扭。刑法本身也是法，就是法。而在眾多文章著作中還出現了對法益的循環論證。以盜竊罪為例，諸如以下的說法比比皆是：刑法設立盜竊罪保護的客體是財產所有權；刑法設立盜竊罪就是保護法律上的合法所有權；刑法設立盜竊罪保護的法益就是法律上要保護的合法所有權；刑法保護的法益實質與侵財行為所“侵害”的法益實質的完整統一，構成了侵財罪的保護法益。^[16]關於盜竊罪的法益，還有很多更多的說法。但是在這裏，我們實在看不出，我們為什麼不直接說上一句話：刑事立法設立盜竊罪的目的就是為了保護財產所有權？為什麼非要在中間穿插一個多餘的

[8] 本人也參與了對犯罪客體理論的反思與批評，曾寫下了《犯罪構成原論》（中國檢察出版社2004年版，北京大學出版社2014年修訂版，2017年再版）、《犯罪客體的反思與批評》（法律出版社2009年版）。

[9] 參見張明楷：《刑法學》，法律出版社2016年版上冊，第88頁。

[10] 同上註。

[11] 參見張明楷：《危險犯初探》，載馬俊駒主編：《清華法律評論》1998年第1輯，清華大學出版社1998年版，第118頁。

[12] 同上註，第118頁。

[13] [德]弗蘭茨·馮·李斯特：《德國刑法教科書》，徐久生譯，法律出版社2006年版，第6頁。

[14] 屈學武：《刑法總論》，中國社會科學出版社2015年版，第22頁。

[15] 黎宏：《刑法學》，法律出版社2012年版，第73頁；魏東：《論作為犯罪客體的法益及其理論問題》，載《政治與法律》2003年第4期，第31-35頁。

[16] 參見魏東：《論傳統侵財罪的保護法益——基於實質所有權說的法理闡釋》，載《法學評論》2017年第4期，第88-96頁。

“法益”之詞？的確，由於對法益沒有從基本的法哲學原理和刑事法原理的深度進行論證，只是以為從國外引進的都是“優良品種”，最後必然會回到膚淺的法益等於犯罪客體的窠臼中去。當然這裏也需要順便指出一下，放著刑法的明確規定不說。放著漢語習慣的遣詞造句的組詞規律不說，偏偏喜歡用佶屈聱牙的翻譯過來的國外表達方式來進行刑法理論的敘事言說，不知到底是怎樣的一種心態作祟？其實很多事只要承認常情、常理和常識，也是一種文化自信的表現。

據學者的考察，“Rechtsgüter”（法益）最早是在十九世紀三十年代由德國的比恩鮑姆（Bimbaum）第一個提出來。1834年，比恩鮑姆在其《論有關犯罪概念的權利侵害的必要性》一文中，對德國先前刑法觀念中存在的犯罪本質在於“權利侵害”說進行了批判性的考察，^[17]並以財產性犯罪為例，指出：犯罪侵害的對象是“財”（指財物，筆者注），但犯罪的本質是侵害或者威脅了應當由國家保護的“財”（指財產或財產所有權，筆者注）。^[18]儘管比恩鮑姆在這裏並沒有直接使用“法益”一詞，但他把國家保護的“財”描述為“應當由法規加以保護的財（財產或財產所有權）”。根據日本刑法學者考證，“法的財”與“法益”一詞的含義十分接近，基本相同。^[19]應當說，正是由於德意志民族崇尚的哲學思考，才能將一個對社會大眾而言司空見慣的“財”的現象，通過哲學思維的提煉，一分为二，將物質的存在對象稱之為“財物”，將財物背後的社會利益稱之為“財產權利”，由此犯罪的現象與本質的聯繫與區別得到了昭然揭示。這一理論創造進一步詮釋了在此之前一百多年蘇格蘭哲學家休謨關於價值來源於事實，但價值並不等於事實的“價值與事實二元論”的哲學原理。不過，德國比恩鮑姆所提出的這一理論與隨後1842年馬克思《關於林木盜竊法的辯論》^[20]一文中所提出的“林木與林木背後的所有權並不是一回事”是不謀而合的。而且馬克思還通過對林木盜竊法的思考，發現了刑事立法及一切立法活動的利益原則，維護林木所有者的利益成為法律制定的基本原則，林木所有者的利益成為左右整個國家機器的靈魂所在。在這裏馬克思所使用的“所有權利益”一詞最起碼比後來有人通過穿鑿附會創造的“法益”一詞來的更為鮮明準確。本來馬克思的語錄可以成為社會主義國家刑法制定的專有名詞，所以前蘇聯刑法學者就將反映所有權的社會利益作為犯罪客體裝進了犯罪構成要件之中。^[21]不過到了現在不知為什麼所有權利益、社會利益反而遠遠不如“法益”一詞來的這麼容易入人法眼？這也許就是“視盲區效應”的原理所致？^[22]也或許是學者們總希望能通過不斷地創造新名詞來促使法律獲得新生命，從而讓執法者更能夠獲得心靈的震撼和觸動，但好像又有點顧此失彼了。其實再往久遠的年代去考察和深裏去思考，這種思想觀念和法律意旨在中國古代也曾有過，商周時天子的信條就是：天下者，餘一人也。^[23]普天之下，莫非王土。^[24]土地本來就是客觀存在物，但它被認為荷載著帝王天子家利益的精神抽象。一次西漢年間廷尉張釋之為一刑事案件與漢文帝發生爭辯。當時有人盜竊了漢高祖劉邦廟堂神位前的玉環，案件交由廷尉張釋之治罪。按當時之律盜竊宗廟器物，罪當棄市（死刑）。可是文帝聞奏大怒，下旨說必須“滿門抄斬”。張釋之本是循吏一個，依法回奏：“本案將罪犯處死就足矣。今天，倘若因盜竊宗廟器物而滿門抄斬，那麼有朝一天有人盜取長陵一抔土，陛下又將如何

[17] 參見張明楷：《法益初論》，中國政法大學出版社2003年版，第14頁。

[18] 轉引自魏東：《論傳統侵財罪的保護法益——基於實質所有權說的法理闡釋》，載《法學評論》2017年第4期，第88-96頁。

[19] 同上註。

[20] 參見中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局，《馬克思恩格斯全集》第一卷，人民出版社1972年版，第240頁。

[21] 參見[蘇]A·A·皮昂特科夫斯基：《蘇聯刑法科學史》，曹子丹、張廣賢等譯，法律出版社1984年版，第45頁。

[22] 現代心理學上的一種現象，指一個人一開始心裏想到了什麼，又看到了什麼，隨後就一直惦記著這件事，滿眼就是這種事而排斥其他現象的存在。

[23] 參見劉澤華主編：《中國政治思想史》（先秦卷），浙江人民出版社1996年版，第10頁。

[24] 《詩經·小雅·北山》，北京出版社2006年版，第264頁。

處置判處更重的刑罰呢？”文帝聞奏醒悟，認為張釋之言之有理，只得同意張釋之所判。^[25]這裏的宗廟器物與一抔土不過是物質材料而已，和其他類似的物品在物理上無多大區別，但它們背後代表著帝王利益和王家的制度秩序。由此可見，將一定的物品和它們背後的社會利益有效的分離作為立法的根據，是人類源遠流長的一種法律觀念，殊途同歸。今天即使我們承認“法益”也可以作為一個法律理論的專用名詞，但它也沒有提供什麼新的思想觀念和法律理念，不過是說了一句太陽是從東方升起來的客觀現象。

中國社會自1949年進入新時代以後的半個多世紀，一開始就接觸到並接受了前蘇聯犯罪客體理論，並且有一種盲目的崇拜和全盤模仿，直到本世紀初，才發現在犯罪客體之前還有一個法益理論，有一種相見恨晚的感受。喜新厭舊是人類的天性，果不如此？其實“法益”理論在她的母國——德國，並沒有像中國一樣如此重視以致“瘋狂”，甚至還沒有像在中國一樣獲得多少認同。^[26]所以“法益”不過就如犯罪客體理論一樣用來反映刑法的價值所在——保護一定的社會利益、社會制度和社會秩序。所以直接把刑法保護內容的價值本質體現還原為社會利益、社會制度和社會秩序，最起碼在理論的敘事上更加容易直觀易懂，既不會走很多彎路，更不會南轅北轍。

有時想想有些現象簡直不可思議，一個沒有多少實際內容的法益名詞，起初連個像樣的概念定義還沒有，就會引起中國刑法學界如此追捧，事實上反映了有些刑法理論現象僅僅停留在理論的表面而未能進行深入的探究。三十年前，有位刑法學者曾就觀察到的某些刑法學現象不無感歎地說道：

“刑法學喧鬧了一個世紀，除了近距離地服務於實際生活的需要之外，在自身基本理論的建構方面究竟又有多少長足的進步呢？”^[27]三十年過去了，現在是否已經發生了根本性的變化還有待於觀察。

二、在刑事立法上法益理論沒有提出新的主觀性知識和保護性內容

刑事立法需要一定的理論指導，以此說明某種負價值的違法行為被規定為犯罪的必要性。而一種行為為什麼被認定具有負價值，應該是侵害了具有正價值的社會主流利益、社會制度和社會秩序。如何評價行為的社會危害性？如何確定具有正價值的主流社會利益、社會制度和社會秩序，都是刑法理論的應有任務。然而在這方面，法益理論既無所作為，又沒有提出新觀念、新理論和新內容。傳統的犯罪客體概念定義為，犯罪客體就是為刑法所保護的、而為犯罪所侵害的社會關係。由於客體本身應當是主體的對應物，是客觀的物體、是客觀的載體，而社會關係雖然是反映了客觀存在的對象關係，但主要屬於人類的一種精神聯繫，是人主觀的一種認知和確認的產物。所以，父母子女之間的血緣關係雖然是一種客觀的社會現象，但照樣可以通過發表聲明斷絕雙方之間的社會關係。夫妻之間的社會關係可以因結婚而建立，也可以因離婚而解除。正因為如此，客體理論作為犯罪構成的要件無論在歷史的起點上還是在邏輯的起點上都無法獲得理論的合理性支持，為它日後遭受到必然的擯棄留下了伏筆。但是客體理論所提及到的刑法為什麼要制定，必然是為了保護什麼為出發點，犯罪為什麼會受到刑罰處罰，必然是侵害了什麼為歸宿點的簡單道理卻沒有什麼多大錯誤。

從人類社會的發展史而言，到底是先有刑法還是先有犯罪？可能像一個先有雞還是先有蛋的歷

[25] “長陵”是高祖的陵墓，“一抔[póu]土”，意即一捧土。載於《史記》的張釋之所說的那句話，原文是：“假愚民取長陵一抔土，陛下何以加其法乎？”意思是：“假使無知之徒挖了高祖墳上的土，你還有什麼更重的刑法呢？”但在封建時代，張釋之縱有敢辯敢頂的膽量，也不便對皇帝直說“挖高祖墳”這樣的話，所以只能說得委婉一點：“取長陵一抔土”。參見司馬遷：《史記·張釋之馮唐傳》，中華書局2006年版，第594頁。

[26] 2017年12月27日，《法制日報》發表了中國社會科學院刑法學者劉仁文的文章《重返弗萊堡》，介紹了“法益”理論在她的母國——德國，沒有像中國一樣如此重視以致“瘋狂”，甚至還沒有像在中國一樣獲得多少認同，從而使他成了那個說出“皇帝沒穿新衣的”孩子。參見劉仁文：《重返弗萊堡》，載《法制日報》2017年12月27日，第9版。

[27] 馮亞東：《刑法的哲學與倫理學》，天地出版社1996年版，第115頁。

史之謎有待歷史學家去探討。但就人類的刑法史而言，必定是先有刑法而後有犯罪。然而刑法憑什麼而制定？於是刑法的本質是什麼就被視為是一個刑法學上的真問題。一部刑法的制定，肯定存在著危害社會的行為，其立法者的主觀目的必定是為了保護什麼並且有著需要保護的社會利益。如果說一部刑法規定著犯罪與刑罰，犯罪與刑罰就是一部刑法的正反面。刑罰正面代表著一種社會制度、社會秩序，以此維護著一定的社會利益。那麼犯罪就是反面，代表著危害這種社會利益、社會制度和社會秩序，因此國家權力的掌控者便以刑罰懲罰犯罪人。中國刑法史學者蔡樞衡在其《中國刑法史》一書中也說道：“有社會生活，便會有社會制度。社會制度是對立的統一，也是一種肯定。有肯定，便會有否定，否定是統一的破裂。既有否定，便會有否定的否定。否定的否定是對立統一破裂後的再統一，也是社會制度的重新肯定和高次發展。”^[28]“刑罰是為正確運用刑法、預防犯罪的法規，也是統治者的意志和利益的表現。當然，統治者的意志和利益不僅表現為刑法，同時還表現在政治體制、經濟和社會制度、安寧秩序以及私人合法利益諸方面。統治者為了維護自己的利益和意志，對於積極違法行為加以禁止；對於消極違法行為則命其依法行事。有人否定這類命令或禁止，便成為犯罪。處罰犯罪，這種否定的否定亦即命令和禁止的再肯定。刑法的意義和作用在於通過懲罰犯罪來預防再犯，藉以維護和鞏固表現統治者意志和利益的政治體制、經濟和社會制度、安寧秩序以及私人合法利益。先有禁止和命令，然後才有犯罪。有了犯罪，然後才有刑罰。有了刑罰，然後才有刑法。刑法是犯罪概念屬性（犯罪構成要件）、刑罰體系、罪刑聯繫以及有關運用刑罰的政策方針的具體表現和反映。”^[29]由此可見，刑法的制定與一定的社會利益、社會制度和社會秩序緊密相關。然而問題是刑法是如何制定的？危害社會如何理解？又如何定義？

今天，當我們考察一個國家、一個社會時，會發現在一個整體國家領域中到處存在著不同的個體、不同的階級、不同的階層、不同的組織、不同的集團、不同的黨派、他們都有著自身相對獨立的利益。當個體的社會成員、個別的社會團體與整體的社會利益存在矛盾衝突的時候，就必然會存在不滿既定社會規則、社會秩序的觀念與違反這些社會規則、社會秩序的行為，這樣就有了一個代表社會整體利益觀察和評價某一具體行為價值所在的要求。為了社會利益的分配和有效享用，一定的社會制度、社會秩序就成了國家權力的掌控者、管理者和社會主流文化認可的一種管控選擇。少數人想從自身的利益出發，“通過行為所追求的利益一旦與多數人的利益嚴重衝突時，則這種行為最終就可能被多數人以國家和法律的名義強加上‘社會危害性’的屬性並受到制裁——社會危害性應該說就是從這裏產生出來的。”^[30]於是犯罪也就產生了。說到底，犯罪就是一個國家內有人為了追求自己的利益而對整體社會利益和既定社會制度、社會秩序的損害。民主時代，人民乃天下之主人，人民的利益就是最大的社會利益，社會利益不過就是大多數人共用的利益，所以刑法就會大聲說道：其立法目的就是為了保護人民，打擊犯罪，維護既定的社會利益、社會制度和社會秩序。人類結成了社會，就有了社會利益。有了社會利益，就會有一個利益維護和分配的問題；如何進行分配，就有一個規則問題。儘管人類初始之時，曾經存在過“弱肉強食”的無序現象，但我們寧願把它看成是自然界動物圈內的“物競天擇、適者生存”規律的反映。但人類進入社會形態以後，無論是人類早期的習慣規範、道德意識、良心約束，還是中期的宗法制度、等級制度或者晚近時期的契約精神、法律制度、社會規範，無不處處體現人類總想通過形成一定的社會秩序，來保證社會利益的有序分配和有效享用。在某種意義上說，國家就是順應這種要求而產生的。刑事立法者就是國家為了保護既存的社會利益、社會秩序才制定刑法規定犯罪的；刑事立法者是被保護社會利益的需要推動著去制定刑法規範的，是憑社會利益的內容來設立犯罪構成的。

但刑法的制定又是一個複雜的過程，國與國之間因國情不同會有所不同。日本著名的刑法學者

[28] 蔡樞衡：《中國刑法史》，廣西人民出版社1982年版，第1頁。

[29] 同上註，第3頁。

[30] 馮亞東：《刑法的哲學與倫理學》，天地出版社1996年版，第31頁。

西原春夫是一個認可馬克思主義的刑法學者，但他畢竟生活在有議會制的國家。西原春夫教授在考察作為議會制國家的日本如何制定刑法後介紹到：“刑法形式上是在國會上通過並制定的，但實際上未必是全體議員的一致贊成。法律案的通過，原則上需要出席總人數不得少於 1/3、超過半數的贊成票。”^[31] 刑法的制定，“政黨的統一方針對於議員的投贊成票或反對票，大都又是一種有力的原動力。然而，政黨的基本方針未必是獨立形成的。此外，應考慮到來自外界的影響力。外界影響力中比較典型的是：首先有新聞媒介的社會輿論；其次有壓力團體；第三是政治捐款。”^[32] 由此可以看出，刑法制定背後的社會利益如何保護是一個各種利益集團進行博弈、協商、平衡的結果。西原春夫教授特別看重社會輿論作為主要的民意來源，“第一種新聞媒介反映出來的社會輿論集中表現了因某種非法行為受害的國民和居民要求予以處罰的情緒。這種要求予以處罰的情緒達到某種程度，而國家對此卻置之不理，國民就會對政治不信任，遵紀守法的精神就會鬆懈，有時還會行使自我救濟的實力。因此，政府須注意社會的導向，如果對此視而不見，就等於是政治上的自殺。可以想像，新聞媒介對受害狀況及國民呼聲的報導，是促進刑法法規的立案和立法的重要的原動力。”^[33] 所以，在這種場合，刑法保護的社會利益本應該是大多數人主流民意認可的一種社會利益，但不可否認的是第二種壓力團體也就是利益集團越來越受到重視，^[34] “至於第三種政治捐款，問題頗多。不可否認，從事政治活動就需要充足的資金。這種事情不管來源於何處，往往會造成各種政治活動和國家基本政策的扭曲，具有很大的危險性。”^[35] 當然不可否認的是在這些地方，政治的不正常現象比比皆是，由此可以看出，簡單地以刑法規定的社會利益作為法益來進行描述，也會掩蓋其中的利益保護的複雜性。所以在西原春夫的著作中，有利益博弈的描述，卻沒有法益的名稱符號，因為社會利益已經清楚地反映了刑事立法的台前台後的各種真相。當然學者作為一種聲音是站在什麼利益集團的立場上進行發聲的，在很多地方並沒有被提及，但是作為一種聲音或者一種輿論現象倒是需要被關注的。

同樣作為社會利益都要受到法律保護，但是在英美國家的法律中並沒有什麼法益的特定概念。一次，原美國聯邦貿易委員會（FTC）亞太地區事務負責人 Allison Lefrak^[36] 應邀來中國上海進行數據法律保護的專題講座。^[37] 介紹數據方面的侵權違法犯罪涉及到了數據權利、數據利益和數據權益，但就是沒有提到數據法益的法律概念。詢問下面參會的數據方面的各路精英們，他們回答從來沒聽說有數據法益的概念。聯想到在德國，刑法學者也不一定認可法益的概念。所以，法益作為一種理論現象，既沒有提供什麼主觀性的知識內容用來進行理論指導，又沒有提供新的客觀行為、科學數據、事實材料可以用來進行規範法律設計。在那次講座上，Allison Lefrak 還提到通過了數據權益的保護理念與數據制度的規範設立，就可以評價數據違法與數據犯罪。違法與犯罪，只是行為的社會危害性量的增加，並沒有發生質的變化，沒有法益概念的介入，一點不影響對彼此行為性質的認定。創造出一個法益名詞和法益概念，並沒有顯得有多少必要。在法益名詞創造之前，刑事立法、刑事司法一直這樣進行的；法益名詞創造之後，刑事立法、刑事司法也不過是這樣進行著，一點沒有發生什麼軌跡的變化。

我國全國人大是刑法的制定機關，我國刑法的制定被確認為是一個全體人民意志的體現，是一個全過程民主的反映，是一個反復協商的過程，所以刑法保護的社會利益具有其廣泛性，社會制

[31] [日]西原春夫：《刑法的根基與哲學》，顧肖榮等譯，上海三聯書店1991年版，第3頁。

[32] 同上註，第4頁。

[33] 同上註。

[34] 同上註。

[35] 同上註，第5頁。

[36] Allison Lefrak，女，原美國聯邦貿易委員會（FTC）亞太地區事務負責人，現就職於中國企業抖音集團的控股公司Tiktok，常駐華盛頓。

[37] 時間是2019年9月28日，地點是上海環球港凱悅大酒店。

度具備其剛強性，社會秩序強調其穩定性。不過，在刑法制定過程中，畢竟存在著不同的社會利益主體，有著不同的立法訴求，主張法益是社會利益和個人利益高度結合的理論觀點是在為哪個利益主體進行敘事言說在很多場合是語焉不詳的。其實在我國，《刑法》作為一部公法，公民個人的利益完全被吸收在社會利益的內容之中，比如我國《刑法》中公民自訴犯罪少之又少，充分說明了即使犯罪在某種現象上是屬於侵犯個人利益的行為表現，但一旦放到刑法中，依然被認為是侵犯了法律規定的某一整體社會利益，比如殺人犯罪、搶劫犯罪、盜竊犯罪，看起來好像是對個人權益的侵犯，但法律規定不准私了，不准以個人的意志轉移為轉移。所以在刑法這一公法之中，沒有個人的所謂“法益”在。當然社會利益、社會制度和社會秩序，畢竟是刑事立法根據的本體所在，像一個人的身體一樣，春夏秋冬不會發生多大的變化。而暑往寒來，不斷變換衣服，只是外表而已。而現有的法益理論不過是對刑事立法的結果進行演繹和解說，而不是刑事立法的理論指導和發起動力（即所謂的原動力——西原春夫語），既不能對社會利益保護過程做一個說明，又不能提供對刑事立法的理論指導。

對於刑法立法來說，社會利益、社會制度和社會秩序是一種精神的產物、價值的象徵，儘管它們必須有一定的物質載體才能被人認知和認可，但它們自身並不是物質的。因此它們不可能成為具有物質性質的犯罪行為的指向對象，因而不可能成為刑法的規範內容。所以說刑法的本質在於保護一定的社會利益，也僅僅體現了刑法的價值取向。也許從歷史的發展過程來看，誰制定刑法就維護對誰有利的利益、對誰有利的秩序，對誰有利的制度，這裏有一個無論是歷史老人還是時代新人都心知肚明、心照不宣的現象。所以刑事立法說到底實際上是作為國家管理者和掌控者的一種政治安排。在刑事立法過程中，還存在著各種利益集團的相互博弈、相互妥協，透過這種政治安排、相互博弈和相互妥協，就可以進一步看清楚刑法到底要保護什麼樣的社會利益。進而言之，即使沒有法益理論也不會改變刑事立法根據的任何一種成分。今天很多的刑法理論開始將犯罪客體修改變換成“法益”，但在很大程度上依然被人視為同一事物，甚至是同一內容，同一概念，只是“將犯罪客體在總體上界說為一種法益，既直觀易解也避免歧義”，^[38]所以“應以法益概念取代社會關係”。^[39]刑事立法保護一定的社會利益、社會制度和社會秩序是刑事立法的本質所在，對這些社會利益、社會制度和社會秩序再用什麼詞彙去描述，既沒有必要，也不過是給他們再穿一件華麗的衣服或者變換一件馬甲而已，給出一個叫作法益的名號，他們之間僅僅是語言文字的表述不同，“法益理論不過是在步客體理論的後塵”，^[40]其中的吊詭依然如此。由此我們可以看出，說到底“法益”不過是在評價一種行為是否應當構成犯罪過程中應當要依據的一種價值觀念，它本身不是一種事實，因而它也不可能是一種規範內容，“法益”要表達的只是一種無紙化的社會利益與一種精神化的制度秩序。儘管它們必須有一定的物質載體才能被人認識和認可，但它們自身並不是物質的。進而言之，即使沒有法益理論也不會改變刑事立法根據的任何一種成分。

在我國的刑法學界，自從“法益”概念被發現之後，好像給中國刑法學注入了新鮮的血液，一波又一波的理論波浪迅速湧起。有學者認為在刑事立法時要遵循法益比例原則；有學者認為在刑事立法時要遵循法益平衡原則；有學者認為法益理論已經對我國刑法修正起到了指導作用，有學者認為通過法益理論可以發現盜竊罪的保護法益不是財產所有權而是財產支配權，也有學者認為是財產的佔有權……學者們根據法益這一新詞彙，的確已經創造出了很多新的詞彙，提出很多新的理論觀念和理論觀點，不知這是否也算豐富了刑法學的研究。然而，法益作為一種精神的產物，是無形的，不能量化的，是很難進行比例分割的，法益本身又不能進行理論平衡。這種比例原則和理論平衡遠遠不如議會制國家在刑事立法時通過投票比例來的清晰無誤或者在全過程民主的國家裏通過溝通、協商來的更為合理。很多學者在什麼是法益的根本性問題還沒有弄清楚時，就開始給法益進

[38] 馮亞東、胡東飛、鄧君韜：《中國犯罪構成體系完善研究》，法律出版社2010年版，第182頁。

[39] 同上註，第180頁。

[40] 楊興培：《法益理論是在步犯罪客體的後塵》，載《上海法治報》2018年1月10日，第6版。

行類型化分類：比如公法益與私法益、有形法益與無形法益、國際法益與國內法益、專屬法益與非專屬法益、社會法益與個人法益、集體法益和個體法益、人身法益與財產法益、雙重法益與多元法益，單一法益與混合法益……但是凡此種種法益的劃分想要起到什麼樣的理論指導作用？都是語焉不詳的。一個受賄罪的保護法益竟引發了多少篇長篇大論的文章而卻不能說清楚為什麼此罪要有數額的明文規定？

著名經濟學者吳敬璠曾撰文批評中國經濟學界一些學者熱衷於不斷創造和翻炒新名詞，什麼框架、重構、供給側、需求側等等，過一段時間就出現一堆新詞兒，但問題還在那擺著。^[41]而我們不得不說，刑法學界同樣也存在著熱衷於引進和翻炒各種新名詞、新概念的現象，而這些新名詞徒有其表，沒有新內容，有時連最基本的定義都沒有。^[42]為此有刑法學者面對刑法理論某些不著邊際的現象不無敏感和尖銳地指出：“人們之所以尋找理論，其主要的用意並不在於遷就並說明現實，而在於為未來繪製模式——將社會導入良好的方向；更何況人們設定法律總是向前看的——建立未然行為之規範。現實中人們就是那樣以世代相襲的方式生活著，如果不是為了過得更好些，要那些狗屁理論何用？”^[43]話似尖銳，但可謂是一針見血。

三、在刑事司法中法益理論沒有提供新的客觀性內容和規範性標準

在事實清楚、證據確鑿的基礎上，引經據典、嚴格依法辦事的過程中，是否還需要通過法益尋找出法律條文背後的立法精神？由於“蘇式四要件”犯罪構成模式將犯罪客體視為必要的要件，並且是第一要件，因此只有而且必須要分析出犯罪侵害的“犯罪客體”和“社會關係”，才算解釋了犯罪的本質所在，才可以正確認定犯罪進行量刑的理論所在。這一問題和現象，今天“幸”與不幸的很自然地被延伸到法益身上。今天隨便打開一篇宏文巨作或者各種刑法研討會的記錄，都會看到很多作者們和參會者對法益這一立法根據和立法精神情有獨鍾和深刻領悟，對“法益”這一立法精神有著巨細不等的周詳刻畫。

仔細想來，刑法理論研究不外乎是為刑事立法提供理論參考，為刑事司法提供理論指導，為刑事守法提供理論宣傳。當人們要討論刑事立法的時候，涉及到為什麼要立？要保護什麼樣的社會利益、社會制度和社會秩序？當然是題中之義。當人們要討論刑事司法的時候，怎麼引經據典，如何解讀白紙黑字的法律條文，做到嚴格地依法定罪量刑，當然都要在法律規範之內尋找依據。然而，由於受“天人合一”的觀念影響，更由於經歷了幾千年高度集中的中央集權體制的影響和束縛，古代中國的立法、行政與司法是高度融為一體的，這種法文化的的精神遺存和傳承毫無疑問是源遠流長、根深蒂固的。到了近現代，這三個領域逐漸被有效地界分開來，中國也是在自覺和不自覺之中走上了這一道路。在今天的憲法體制下，全國人大是一個最高權力機關，也是立法機關，而各級人民法院、人民檢察院就是司法機關。在國家的法制層面，兩者多少有點涇渭分明，人大組成成員不得擔任法官、檢察官，而法官和檢察官不能擔任人大代表。然而在中國今天的刑法學研究領域，卻經常出現將刑事立法領域和刑事司法領域兩者有意無意地攪合在一起來進行理論研究和理論演繹的，過去是犯罪客體理論，今天是法益理論成了這兩個相對獨立領域進行連接的一座“橋樑”，而且還引領著刑法學不斷地為兩者的“融合”進行“增光添彩、錦上添花”，儼然已成為中國刑法學研究一道耀眼的風景線。

從現代法治意義的強調權力制衡角度上說，刑事立法與刑事司法由於各自所處的立場、承載的

[41] http://blog.sina.com.cn/s/blog_4b712d230102w67n.html，2017年12月28日訪問。

[42] 參見楊興培：《刑法學：諸多名詞概念亟待斟酌》，載《法治研究》2018年第2期，第51-64頁。

[43] 馮亞東：《刑法的哲學與倫理學》，天地出版社1996年版，第51頁。

任務以及發揮功能的不同，必然有所不同並需要作出必要的界分。立法是立法機關為保護社會絕大多數成員所認可的社會利益、社會制度和社會秩序通過制定法律予以保護的活動；而司法活動則是司法機關嚴格執行法律的活動。正如二千多年前古希臘亞里士多德所說的：“法治應該包含兩重含義：已成立的法律獲得普遍的服從，而大家所服從的法律又應該是本身制定得良好的法律。”^[44]儘管立法與司法之間有著千絲萬縷的聯繫，兩者都以追求並實現法治為終極目標，但在實現過程中卻有著截然不同的階段性目標和邏輯要求。刑事立法解決的是什麼樣的行為具有社會危害性應當被規定為犯罪，而刑事司法解決的是犯罪成立與否以及行為人如何承擔刑事責任的問題。司法活動是司法機關將法律規範運用於具體案例的過程，這個過程就是司法機關及其工作人員尋找法律內涵的過程。司法活動應當在法律規範所能包含的意義範圍內進行，而不能隨意突破法律，這一點在刑事司法中體現尤甚，也是罪刑法定主義的基本要求。刑事立法可以“無中生有”，而刑事司法只能“有中找有”。在刑事司法實踐中，執法者根據刑法規範規定和根據語言文字的既有含義展開活動，運用邏輯思維和經驗知識的方法分析得出犯罪構成的基本要件。此時，犯罪構成就成為執法者用以判斷犯罪的標準或規格，此時不再需要尋求某些行為之所以成為犯罪的緣由，而在於嚴格遵守和不折不扣地執行法律規定，在刑事司法層面上必須遵循“惡法亦法”的司法原則，即“在犯罪構成的司法適用的技術層面，即使犯罪構成規定的不盡人意，對於法官來說，寧可錯在法律，而不能錯在執法的‘我’”。^[45]因此，客觀上由於刑法規定中已經對社會利益、社會制度和社會秩序的內容有了具體、直接的表述，沒有必要再對所謂的刑事立法時的立法精神再進行所謂的進一步解讀。所有的立法精神，譬如法律制定時的各種動議，各利益主體間之間的溝通、協商和平衡，立法者關於法律制定時的說明，隨著法律的制定通過，都轉化為白紙黑字固定在法律的文本之中後而退出了人們的視野，至此被人受到關注只能是法律文本的本身。其背後的法理緣由是由於刑事立法的理論是宏觀的、複雜的，而刑事司法的實踐是微觀的、直觀的；刑事立法的根據是抽象的、法律文本的內容是概括的，而刑事司法的根據是具體的、法律文本的內容是通過司法工作人員自己的知識和經驗來挖掘的。在刑法領域中，刑事立法與刑事司法的兩者關係就如在建築領域中設計師與施工者兩者間的關係一樣。在建築領域中，一幢大樓如何選址、如何設計，其基礎要求是什麼，其結構要件是什麼，一切都在設計師的視野和思考之中。建築設計的每一步、建築結構的每一處，都要求設計師具有充足的理論依據，都離不開設計師的精心論證。建築設計方案已定，對於施工者而言，其任務就是嚴格按照圖紙精心施工，進行一磚一瓦的堆砌，以實現建築設計的既定要求。建築設計的根據和理由已不是施工行為本身的內容。刑事立法猶如建築設計，一種行為為什麼被規定為犯罪，其根據和理由是什麼，不能不作出說明。刑事司法猶如建築施工，一種行為為什麼被認定為犯罪，只需要說明已有的事實材料（包括主觀罪過的心理事實和客觀表現的行為事實）是否已經符合刑法的實在規定。至於這種實在規定背後的立法根據和理由已用不著司法工作者越俎代庖地再加以論證和說明。這也正像在綠茵場上，裁判員只要根據已經制定出來的裁判規則進行立時立刻的下判即可，沒有必要再去分析探究這種裁判規定是怎樣制定出來的一樣。

然而把法益理論引進刑事司法實踐過程中，使得刑事立法的應有功能和刑事司法的應有功能被混為一談。本來由刑事立法需要論證和說明一種行為為什麼被規定為犯罪的根據，在刑事司法中又被不厭其煩地由司法人員再三論證和說明。其實在刑事立法過程中，一種行為具有了社會危害性，才被納入刑事違法性的選擇之中，這是某種行為為什麼被規定為犯罪的一種價值評價，它反映了犯罪設定過程中的立法功能。而在一定罪過支配下的危害行為已經具有了刑事違法性，具有刑事違法性的行為必定具有“社會危害性”，這是行為被認定為犯罪後的一種規範評價，它反映了犯罪認定

[44] 這裏我們僅僅對前半句進行法理上的分析使用，後半句我們已經在前面進行了闡述。

[45] 楊興培：《犯罪構成的三個層面分析》，載《法學》2005年第5期，第54-59頁。至於司法實踐中也需要體現人文關懷則另當別論。

過程中的司法功能。有人酒量很大，千杯不醉，萬杯不倒。某夜喝多不醉，動作依舊規範，但酒精含量少說也是 200mg/100cc 血液。因離家不遠，不想把車留在外面，代駕一時又叫不到，但因為怕警察，於是先進行觀察，發現路上既沒行人，也沒車輛經過，更沒警察值崗，便開車上路，然而半路被巡警逮個正著。此時在司法過程中，根本不需要考慮是否具備法益侵害性、是否屬於由法益侵害性而成立的抽象危險犯、或者是否符合結果負價值說。在此類案件中，只要行為具備了刑事違法性，就必定具有社會危害性，其行為符合了負價值說（不去討論如何量刑或如何進行司法處理），其行為構成醉酒駕車的犯罪毫無疑問，立法上的法益理論有何用？危險犯的理論有何用？結果負價值說有何用？以危害社會利益、社會制度和社會秩序為內容的所謂刑事立法精神，可以成為刑事立法設立犯罪的根據，但一旦通過白紙黑字落實到具體的規範條文之中，精神已經變成了“物質內容”，從而也不需要也不可能再成為刑事司法認定犯罪的依據。法益理論把“立法精神、法益侵害性、危險犯理論”納入到犯罪構成或者刑事司法實踐中來，這就意味要求刑事司法在認定每一個犯罪時，還要糾纏那些說不清道不明的精神現象，實在是有點為難司法實踐了。更何況在刑法理論上要說清楚什麼是以法益侵害為基礎的危險犯，恐怕也只能是意味而不能言說的。撰寫本文時，正好看到某地審理一起某企業高管涉及私藏五支 BB 槍是否構成非法持有槍支犯罪的案件，控審辯三方都為本案是否屬於危險犯特別是抽象的危險犯而展開觀點和理論交鋒。其實本案的焦點在於 BB 槍是否屬於國家管控的範圍？行為人主觀上是否存在明知？這與槍支犯罪是否屬於危險犯沒什麼關係，更與所謂的法益侵害性問題沒什麼關係。^[46]至於說到是抽象的危險犯而不是具體的危險犯，更是一種背離基本哲學原理的一種隨意之說。抽象的危險犯與具體的危險犯不是一類犯罪的兩種並列的犯罪現象，正像抽象的馬與具體的白馬黑馬並不是兩匹馬一樣的道理。同時我們還需要指出，刑事立法設立某一種犯罪，它並不都以社會現實生活中已存在這種行為事實為前提，它只是預示性地向社會成員宣佈刑法將禁止這種行為的實施。當社會生活中一旦出現這種行為，通過司法實踐的嚴格依法認定與懲罰，實際上就已實現了刑事立法的保護目的。所以，刑事司法的功能主要體現在認定某種行為是否符合刑法的規定，而無須回答某種行為為什麼被規定為犯罪，侵犯了什麼法益的問題。行為不具有刑事違法性，其社會危害性再大，也已在刑事立法的容忍範圍之內，如賣淫、嫖娼、通姦、吸毒等等。行為已具有刑事違法性，比如醉酒駕車（即使沒有造成什麼實際損害，有些地方醉酒駕車只是將汽車移出停車場或者因代駕不負責任把車停在家的馬路對面，行為人只好自己開車回家被查獲。當然這種現象現在有所好轉），或者哪怕是某些過失行為，仍然要依法懲處。因此在刑事司法實踐中，當我們認定一個行為是否應當、為什麼應當構成犯罪，其實一個很簡單的理由，那就是行為符合了刑事違法性的規定。法益理論非要試圖通過法益侵害來揭示一種行為為什麼構成犯罪，無非是要刑事司法轉換為刑事立法重新論證犯罪的立法根據。這不但混淆了刑事立法者和刑事司法者不同的功能，而且也是司法成本浪費的一個重要原因。

而借助於法益理論，對犯罪的認定作所謂實質性的評價，也是法益理論的重要表現，但這是一種很不理性的司法現象。已經是很長一段時間了，所謂刑事司法要講究實質評價和實質判斷的理論觀點和司法現象很是喧鬧熱烈。但何為實質？很多理論觀點又是語焉不詳。在現實生活中，所謂的實質評價往往成為位勢優越者的自信表現。的確，刑法中的形式與實質之爭由來已久，但在哲學語境中，形式與實質具有二種範疇的相互關係。一種是形式與實質的邏輯關係，即形式與內容必須高度一致，內容一旦超出原有的形式範圍，就不是原來形式規定的內容，必須通過指事定名的要求，另外給出新的形式名稱，以再次達到形式與內容的高度一致，重塑兩者之間的關係。在這一點上，根據罪刑法定的“帝王原則”，對罪刑法定下的犯罪內容的挖掘，不能超出犯罪罪名形式和犯罪構

[46] 湖南瀟湘晨報2024-08-05報導：2024年8月2日下午，遼寧省丹東市振安區人民法院審理的某藥企高管王先生持有五支BB槍涉嫌非法持有槍支罪一案。王先生告訴記者因收藏有5支BB槍，一審法院判他犯非法持有槍支罪，免予刑事處罰，他對判決不服，已提起上訴。

成規定的範圍，不然就是違背了罪刑法定原則。另一種是形式與實質的辯證關係^[47]，即形式與內容可以辯證地分析對待。雖然形式做了一定的外在框架規範，但內容可以根據主觀需要的價值分析，可以適當地、實事求是地、辯證地認定與形式的對應關係。“從哲學上說，這是一種自我否定，是違背邏輯關係基本原理的，其結果是陷入否定的惡循環、惡無限之中。恰當的處理形式與實質的方法是把它們的關係視為形式通過實質實現自己否定自己、即高級否定低級的過程”。^[48]即實質的內容一旦超出原有的形式範圍，形式就是自己否定自己，另外再建立起一種新的形式與內容的關係，以便重新回到形式與內容的邏輯關係上來。在刑法上這就是一種新的立法活動了。由此我們可以得出結論，在刑事司法實踐過程中，我們需要的是第一種形式與實質的關係，即堅守罪刑法定原則下的形式與內容的邏輯關係，堅守刑事違法性才是行為入罪的剛性標準。這是講法的道理所在，也是講“理”的道理所在。難怪乎，自從亞里士多德以來的二千多年來，寫就《形式邏輯》的書籍和文章可謂浩如煙海，汗牛充棟，但就是找不出來一本或一篇有關實質邏輯的書籍與文章來的緣由吧。也沒人敢寫、願寫這樣的書或這樣的文章，除非有人願意公開宣稱他就是不講理的。

刑事司法在罪刑法定原則的牽引和約束下，到底是嚴守刑事違法性的法律規範形式，做到嚴格依法辦事，不越雷池一步；還是信奉實事求是，具體問題具體分析的觀念，通過對社會危害性及法益侵害性的價值評價或者說實質評價，進行曲法行事的處置，是兩種完全不同的刑事司法理念。其實關於規範和價值的關係，兩者孰先孰後、孰主孰次、孰優孰劣的問題上，在中國古代就有過激烈的爭論，這就是中國古代刑事司法的“持節守文”和“至於至善”的觀念之爭。在中國古代，刑事司法以執法公正為第一要務還是以維護家天下根基為第一選擇，一直是古代刑文化一個有爭議的命題。從商鞅變法以來到秦漢期間確立的以“持節守文”為表現形式的司法機制，時時受到以鞏固家天下治世需要，因而執法應當“隨時之宜”為藉口的挑戰和掣肘。雖然中國古代歷朝歷代都有律法頒佈施行，但廢法、壞法、曲法之舉時有發生。西晉一朝發生過一次有關司法活動應當堅持“持節守文”的形式要求，還是應當追求“至於至善”的情理要求的大爭論。主張應當堅持“至善”情理要求的一方認為：“律者，幽理之奧，不可以一體守也。”“夫刑者，司理之官，”“夫律者，當慎其變，審其理，”^[49]所以司法應當堅持情理至上，“化略以循常”、“隨時以盡情”。如果一體守法反而忽視了幽奧之理，難以達到“至善”境界。但是主張應當堅持“持節守文”形式要求的一方認為：法者，“乃人君所與天下共也！”^[50]這也是西漢直吏廷尉張釋之主張的“法者，天子所與天下公共也，今法如此而更之，是法不信於民也”觀點的再現。這種觀點認為，雖然天下事由千變萬化，千形百態，然立法時皆已考慮已予應對。“看人設教”、“隨時之宜”是一個立法原則，在刑事立法時當然要面面俱到，加以照顧。然而法律一旦成立，則應上下一體遵行，天子也不例外，“當與天下共也”，這與亞里士多德“已成立的法律必須得到普遍地服從”的理論一脈相承。所以司法活動必須“循文如令”。如果司法活動也是“議事以制”，則法律的權威蕩然無存了。儘管在這場司法要務的爭論中，“形式守文主義”在理論上占了上風，其理論的說理性無懈可擊，但在實踐中“情理至善主義”時常出沒於司法機關的上下，在維護家國穩定、弘揚個案正義的宏大敘事中似乎更勝一籌而為當時統治者所青睞，形成了一種經常性的短視衝動。^[51]這就是中國古代法治一直依附於政治的重要原因所在。今天我們是否應該進行一下必要的反思與批評。

刑法的本質在於保護社會利益和犯罪的本質在於觸犯了刑事違法性並不是同一回事。犯罪之所以成為犯罪，因為它觸犯了刑法的禁止性規定，具有了刑事違法性。所以《刑法修正案（八）》出台之前，醉酒駕車就有了對社會公共安全的危害性，不是沒有社會利益不需要保護，而在於法律

[47] 作者本人理解為這實際上是現象與本質的關係。

[48] 夏立安、錢煒江：《論法律的形式與實質》，載《浙江大學學報》2012年第5期，第99-110頁。

[49] 《晉書·刑法志》，見《歷代刑法志》，群眾出版社1988年版，第51頁。

[50] 司馬遷：《史記·張釋之馮唐傳》，中華書局2006年版，第594頁。

[51] 參見周永坤：《〈晉書·刑法志〉中司法形式主義之辯》，載《華東政法大學學報》2017年第6期，第149頁。

並沒有規定其為犯罪，因此不具有刑事違法性。即使具有再大的社會危害性，也不能進行規範評價認定為犯罪。《刑法修正案（八）》增設了醉酒駕車的危險駕駛罪之後，並非是醉酒駕車的行為性質變了，也非侵害的什麼社會利益、社會制度、社會秩序的性質變了，或者有了什麼法益了，而是由於具有了刑事違法性使然。《刑法修正案（九）》之前，貪污受賄犯罪的入罪數額是五千元人民幣，《刑法修正案（九）》之後是三萬元。^[52]並非貪賄犯罪的行為性質變了，侵害的社會利益、社會制度、社會秩序的性質變了，或者說犯罪客體、侵害的“法益”變了，而是刑事違法性的標準發生了變化。進而言之，能不能構成犯罪不在於有沒有所謂的“法益”，而在於行為是否符合在罪刑法定主義牽引下的某一具體的犯罪構成，即具備了刑事違法性的規範評價。坦率說直到今天，筆者對貪污賄賂犯罪的客體或者保護法益到底是什麼的各種文章爭論（少說也有七、八種之爭），一直對它們的理論價值到底體現在什麼地方持一種懷疑態度。

中國社會目前仍然處在法治建設的起步發展階段，其法治的社會根基還不十分堅固。在這個關鍵時期，到底首先是堅持嚴格依法辦事，以致在全體社會成員中間、特別是執法人員中間養成一種“持節守文”、法律高於天的法律觀念，不斷提高法律規範的權威性、有效性和統一性，還是曲取對社會危害性及法益侵害性作實事求是、具體問題具體分析的執法機會主義、執法實用主義的觀念？實在是中國進行法治建設過程中無法回避的重大路徑選擇。我們寧可在堅守法治的前提下，通過先立法修改的活動來改善執法環境，決不可先曲法變通尋求一時一地一案的所謂“執法正義”。不然，有了曲法的第一步，就很難守住第二步第三步。舉例來說，中國人民解放軍三軍儀仗隊挺拔、威武、英俊，婦孺皆知，其入選要求之高，要求內外兼修可想而知，其遴選的外在標準之一是身高須 1.80 米以上，內在綜合文化、聰慧達人、氣質高雅缺一不可。如果有兩人一起候選，一人滿 1.80 米，一個 1.79 米。就綜合素質全面考量，1.79 米者遠遠優越於 1.80 米者。遵循規範優於價值的原則，我們只能選用 1.80 米者。如果遵循價值優於規範的原則，則應當要選用 1.79 米者。但問題是，一旦選擇 1.79 米者，後面另有 1.78 米、1.77 米、1.76 米的更優秀者在排隊候選，一旦喪失堅守規範的底線，規範本身就不復存在了。而很多所謂優秀的價值評價本身只能意會不能言傳，即沒有規範性可言。法益理論就是一種價值評價的理論，它沒有也不可能提供任何規範性的客觀標準，有的是因人而異、因事而異、因時而異、因地而異、因情而異……所以即使在招收儀仗隊員的過程中，除非先進行規範的修改，將 1.79 米者，1.78 米、1.77 米、1.76 米者納入遴選範圍作為候選者，然後才有擇優錄取的空間。所以堅持“規範在前、價值在後”的司法原則，讓價值評價在時時、處處、每個案件中依附於規範評價而不是相反，依然是我們需要反復強調和必須堅持的司法原則和法治底線。比如在貪賄犯罪中^[53]，有人貪賄 30000 元而節儉依舊，案發後贓款如數追回收繳。而另有人貪賄 29000 元而吃喝嫖賭將贓款揮霍一空，案發後已無贓款追繳。能否可以認為 30000 元者不構成犯罪，而 29000 元者可以構成犯罪。可否？不可以。何謂？規範使然，刑事違法性使然，法治原則使然。

結語

在人類的社會發展過程中，自然科學的發展日新月異，一日千里。而社會科學的發展，則是鵝行鴨步，緩慢前行。所以，中國社會幾千年歷史，雖然僅有兩次文化繁榮時期^[54]，但其中所提出的各種人文命題至今依然影響著我們後人。社會人文科學領域，遠沒有像自然科學那樣時時有新的

[52] 我們知道，貪賄犯罪的數額變化屬於司法解釋的產物，這裏把它看成是一種“准立法”的現象，也算是“立法定性、司法定量”的中國特色的法治反映。

[53] 當下在刑事立法中，即使是數額犯罪，也常常伴有情節的規定，這裏為了辯理的需要，對於情節暫放一邊不論。

[54] 是指春秋時代的“百花齊放、百家爭鳴”時期和民國時代“新文化”時期。

發明創造，時時有新的發現。由於受一段曲折歷史的影響，中國刑法學的發展極不正常。很多的的基本概念都來自前蘇聯或其他一些外部區域，這是中國刑法學的短板和無奈。但在中國刑法學的研究方面我們也要學會穿越歷史與現實的幽暗歲月，要有應該的謹慎態度，重建中國刑法學的自信。在對待法益理論的問題上，在進行學術構建和學術論證過程中不能只看重外部關照而沒有內在邏輯思考，對“法益理論”現在這種無限擴張的思維模式的無意義性，我們後來者已經發現其不足就需要也有責任加以溫情提醒和及時指出，殊不知“法益理論”實在經不起規範的評價和理論的質疑。我們完全可以想像受時代和歷史的局限，我們這一代學者生涯在早年剛起步的時候，都會有很多思考不周之處，對很多現象基於一時一地、一國一郡的立場給予了歷史性的褒揚，由此產生一種歷史的誤讀和誤解是可以理解的。如果說在中國刑法學重建的初期，由於特定的時空限定和落後觀念的影響而不能建立起周全的評價機制，以至於只能基於當時歷史的條件給予了一定的學術寬容。然而今天我國的刑法學已經發展到了一個比較成熟的新階段，我們有必要也有責任對一些既沒有理論的合理性、也沒有邏輯的嚴謹性、更沒有價值的有效性的所謂“熱點問題”進行理性的批評作一個階段性的了結。

Abstract: Examining the historical trajectory of the “legal interest theory” through criminal law provisions reveals that the term “legal interest” lacks theoretical novelty. Its theoretical function merely follows in the footsteps of the “object of crime”, amounting to little more than a change in terminology (“changing its vesture”). In criminal legislation, the legal interest theory has failed to introduce any new subjective knowledge or protective content. Introducing the term and concept of “legal interest” has proven largely unnecessary for criminal legislation. Before the creation of the term “legal interest”, criminal legislation consistently operated on the principles of protecting social interests, defending social institutions, and maintaining social order. After its introduction, criminal legislation continues unchanged, showing no shift in its fundamental trajectory. In criminal justice, the legal interest theory provides no new objective content or normative standards. In a society governed by the rule of law, upholding the principle of “strict adherence to legal text” holds greater value than the flexible pursuit of “expedient perfection”. If judicial principles and the bottom line of the rule of law are disregarded or inverted, the social cost of rebuilding them will inevitably be paid at a multiplied rate.

Key words: Legal Interest; Legal Interest Theory; Criminal Legislation; Criminal Justice; Practical Rationality; Reflection and Critique

（責任編輯：張竹成）

社會誠信危機的刑法史考察

——重法治騙的歷史印跡與現實訴求

謝冬慧*

摘要 人類社會的失信行為和詐騙犯罪相輔相成，其社會危害極為嚴重，古今中外的詐騙罪立法歷史悠久，嚴厲懲治詐騙犯罪乃世界共識，體現了人類社會發展與刑法相伴隨，具有共同的社會誠信訴求。然而，由於當下互聯網及人工智能的普及，社會信任危機日益加劇，詐騙犯罪愈加頻繁，危害嚴重，其背後有社會文化、經濟環境及個人素質等諸多因素的參與。而重法治騙既是歷史經驗的總結，更是順應經濟發展的需求，也是對詐騙分子產生震懾作用的一條法則。應宣導以重法治騙，增加犯罪成本，著力遏制詐騙犯罪，重振社會誠信之風。

關鍵詞 詐騙犯罪 深層根源 立法歷史 重法治理 社會誠信

引言

在當今社會犯罪現象當中，詐騙犯罪層出不窮，給人們的印象是：騙子越來越多，騙術花樣翻新，騙財、騙情、騙色、騙官等屢見不鮮。稍不留神，就被騙子盯上，輕者破點小財，重則傾家蕩產，甚至丟掉性命。可以說，頻繁爆發的詐騙犯罪，嚴重侵犯了人民的財產權，甚至生命權，損壞了政府的形象，也給人們心理造成了沉重負擔，其社會危害極為嚴重，惡劣的緬北詐騙將詐騙犯罪的危害性推到極致，也嚴重影響到了國家和社會的公信力。

縱觀人類法治史，詐騙犯罪和社會失信相輔相成，存在久已。這裏，“騙，就是作假，圍繞著作假達到謀取利益的目的。”^[1]“騙”與“詐”近義，都是使用欺騙手段，非法謀取利益，屬於違法或犯罪行為。今天的詐騙犯罪可理解為：使用騙術造成當事人嚴重損失的危害行為。“我國刑法理論界、司法部門一般認為，詐騙罪是以非法佔有為目的，用虛構事實和隱瞞真相的方法，騙取公私財物數額較大的行為。”^[2]這裏的“用虛構事實和隱瞞真相的方法，騙取公私財物”就是對“騙術”最好的詮釋。近些年來，隨著互聯網和人工智能的普及，詐騙犯罪的危害程度史無前例，社會

* 謝冬慧，南京審計大學法學院（紀檢監察學院）教授，法學博士。

[1] 張艷國等：《騙子的歷史》，中國文史出版社2005年版，第11頁。

[2] 劉淦清等：《商戰中的詐騙與反詐騙》，湖北人民出版社1999年版，第232頁。

信任危機日益加劇。面對瘋狂猖獗的詐騙犯罪，法律的作用何以滋彰，不妨借鑒歷史經驗，實行重法治理，嚴厲打擊，增加詐騙的犯罪成本，還社會安寧環境，提升社會信任度。

一、印跡：詐騙犯罪的歷史追溯

誠實信用是人類互古不變的道德準則和法律信條，然而世界是複雜和多變的，總有少部分人違背誠信準則，用欺詐的手段，去獲取別人的資源，滿足一己私欲。由此，人類的詐騙犯罪歷史已久。有俄羅斯學者指出：“謊言和欺詐的歷史始於人類社會發展的早期……欺詐在古代世界隨處可見。”^[3]這裏的“謊言和欺詐”嚴重者就是詐騙犯罪。根據史料，失信行為和詐騙犯罪早已有之，而且世界上很早就有了詐騙罪立法。

（一）世界詐騙罪立法溯源

從世界範圍來看，詐騙罪立法歷史悠久，無論是古老東西方國家，還是近現代的發達國家，抑或是擁有五千年歷史文明的中國，均有詐騙罪立法的歷史記錄，表明在懲治詐騙犯罪的立場上，世界各國已經形成共識。

1. 古老的東西方法律文獻對詐騙罪之記載

首先是世界上最古老的東方楔形文字法的記載。約公元前 3000 年後期，兩河流域的城市國家已經開始用楔形文字“公佈法律，禁止欺騙、偷盜、搶劫和債務奴役以及保護孤兒寡婦等等。”^[4]據此可以判斷，早在五千多年前，人類就已經開啟了以法治騙的歷史。公元前 21 世紀，兩河流域南部地區即已誕生了世界上最早的成文法典——《烏爾納姆法典》，該法典明確規定禁止巫術，禁止欺凌孤兒寡母，不許富者虐待貧者。^[5]巫術就是騙術，它企圖借助超自然力量，實現對特定人與物的控制，類似詐騙，“禁止巫術”之規定，表明《烏爾納姆法典》已明令禁止詐騙行為的存在。而到了公元前 18 世紀，巴比倫第六代王漢謨拉比制定了著名的《漢謨拉比法典》，該法典是迄今發現的保存得最為完整的世界早期法律文獻，其中涉及失信及其懲罰的條款多條，列舉如下表：

表 1：《漢謨拉比法典》關於違反誠信的法條^[6]

法條數	有關失信及其懲罰的規定
第 2 條	倘自由民控自由民犯巫蠱之罪而不能證實，則被控犯巫蠱之罪者應行至於河而投入之。倘彼為河所佔有，則控告者可以佔領其房屋；倘河為之洗白而彼仍無恙，則控彼巫蠱者應處死；投河者取得控告者之房屋。
第 126 條	倘自由民本未失物，而雲：“我失物”，並誣（？）其鄰人，則其鄰人應對神發誓，檢舉其並未失物，而此自由民應按其所要求之物，加倍交給鄰人。
第 131 條	倘自由民之妻被其夫發誓誣陷，而她並未被破獲有與其他男人同寢之事，則她因其夫故，應投入於河。
第 227 條	倘自由民欺騙（？）理髮師，而理髮師剃去非其奴隸的奴隸標識者，則此自由民應處死而埋（？）於其門內；理髮師應宣誓雲：“我非有意剃之”，免負其責。

《漢謨拉比法典》第 2 條的規定，實際上是採取神明裁判的方式處理失信糾紛，表明人類社會

[3] [俄]尤里·謝爾巴特赫：《欺詐術與欺詐心理》，徐永平、儲成意譯，華文出版社2006年版，第2-3頁。

[4] 周一良、吳於廑主編：《世界通史（上古部分）》，人民出版社1973年版，第77頁。

[5] 世界古代中世紀史教研室編：《世界古代史名詞解釋彙編》，遼寧大學歷史系1983年版，第33頁。

[6] 法學教材編輯部、《外國法制史》編寫組：《外國法制史資料選編》（上冊），北京大學出版社1982年版，第21、32、33、42頁。

初期重視依法處理人的誠信問題，儘管當時的法律帶有濃厚的宗教色彩和道德痕跡。而法典中間第126條與131條則展示日常生活當中的常見情形，鄰居相處因失物引發的失信，以及夫妻違反忠誠義務的處理辦法。法典後文仍有類似的關於自由民誠信的法條，也就是第227條規定的以理髮師為例的普通職業者與顧客之間的誠信問題，讀來耐人深思。據統計，《漢謨拉比法典》“有36種犯罪行為要被判處死刑，16種要斷肢……”^[7]對於上述違反誠信精神的犯罪處罰也少不了肉刑甚至死刑。

除了古巴比倫的法律文獻，還有古代印度的《摩奴法典》強調：即使面對自己的敵人，也要講誠信。根據《摩奴法典》第90條規定：“當與敵人交戰時，勿用不守信義的武器，帶齒的箭、帶毒的箭、以及在尖端用火燒紅了的箭殺其敵人。”^[8]這一規定將古印度人誠信守義的美德提升到了極致。殊不知：古代的打仗有打仗的禮儀，雙方要遵守規則，並且禮儀第一，打仗第二。戰前通常要查看雙方的人數、武器的情況，確保戰爭的正義性。

其次，古代西方法律文獻也早就呈現了詐騙罪內容。在古代歐洲，希臘人最早開啟了文明的大門，步入了擁有國家和法的社會，也開啟了注重誠信、反對詐騙的歷史，根據《雅典政制》記載：

法律寫在牌子上，牌子立在巴西勒斯柱廊裏，所有的人都發誓遵守法律；九執政官通常是對那塊石頭宣誓，說他們如果違反任何一條法律，就得奉獻一個黃金人像；因此之故，他們甚至現在還用這樣的誓言來宣誓。梭倫決定，這些法律要實行百年不變。^[9]

作為西方國家訴訟程式中的宣誓制度，古希臘雅典的“發誓”行為可以說是一種公開地、莊嚴地展示誠信的決心和保證的意思表示，尤其執政官對著石頭的宣誓更有說服力，他們的宣誓提升了政府和法律的公信力，這正是西方宣誓制度沿用至今、亙古不變的重要原因。古羅馬則創造了法律和法學的奇跡，其精深的法理、科學的用語、縝密的表達，使得羅馬法成為征服世界、影響後世立法的重要法寶。而古羅馬最早的成文法——《十二銅表法》第八表的部分條文對誠信提出了要求，列如下表：

表2：《十二銅表法》第八表“傷害法”關於違反誠信的法條^[10]

法條數	有關失信及其懲罰的規定
第1條B	如果有人編造或歌唱含有誹謗或侮辱他人的歌詞時，則必須執行死刑。
第4條	如果欺侮人，則罰款二十五。
第20條A	監護人無誠意履行自己的義務，應受到控告。
第23條	偽證被揭穿者，應被從塔爾貝斯山崖上拋下。

《十二銅表法》是以保護民事權益為主的成文法，其中有對違反誠信的欺詐行為之規定。羅馬法對為數不多的犯罪行為規定了死刑，而其中涉及失信的犯罪行為有兩條，也就是第1條的誹謗罪與第23條的偽證罪，但這兩種罪在今天的刑罰體系裏都沒有死刑的規定。有研究表明，“在羅馬法中，欺詐行為當初是以盜竊為中心的屬於財產犯的偷盜罪來處罰的。人們主要是通過其他犯罪來把握詐騙性質的舉止……僅僅將由惡意行為發展而來的欺詐視為詐騙罪的雛形。”^[11]，足以說明羅

[7] [波蘭]維斯瓦娃·希姆博爾斯卡：《希姆博爾斯卡全集》，林洪亮等譯，東方出版中心2020年版，第400頁。

[8] 法學教材編輯部、《外國法制史》編寫組：《外國法制史資料選編》（上冊），北京大學出版社1982年版，第112頁。

[9] 參見[古希臘]亞里士多德：《雅典政制》，日知、力野譯，商務印書館1959年版，第46-70頁。

[10] 參見法學教材編輯部、《外國法制史》編寫組：《外國法制史資料選編》（上冊），北京大學出版社1982年版，第152-154頁。

[11] 付立慶：《詐騙罪的歷史考察及其啟示》，載《貴州大學學報（社會科學版）》2021年第6期，第93頁。

馬法對詐騙行為懲罰之重。此外，欺侮人和監護失職也都要受到罰款或者控告的處罰，可以見得古羅馬重法治理失信行為的力度之大。繼“羅馬法之後，伴隨‘欺騙’犯罪的虛偽罪的登場，欺詐行為被定位在虛偽罪概念的內部。”^[12]而羅馬法是現今許多國家法律的基礎，它的基本思想和原則已融入西方乃至世界各國的法律當中。因此，羅馬法對詐騙等失信行為的懲罰制度也對世界各國產生了影響。

2. 近現代發達國家的詐騙罪立法。

近現代資本主義發達國家也沒有逃過詐騙犯罪的侵犯。以受羅馬法影響較深的法國、德國為例，法國於1793年7月26日頒布的《嚴禁囤積壟斷法令》第9條規定：“凡經證實為申報不實，或貨棧與貨物系假借他人名義或偽裝為他種財產的人，亦同樣處以死刑。”^[13]同年12月4日頒布的《有關革命政府組織的法令》規定，對法蘭西共和國的官吏及其他人員“偽造法律公報者，處死刑。”^[14]而1810年的《法國刑法典》專門規定了重懲詐騙罪的做法，其中第20條：“凡判處無期重懲役者，應在公共場所，用烙鐵在右肩上烙一印記。若犯人系犯偽造罪者，則在此印記上加‘偽造’縮寫字母‘F’，以表示之。”^[15]這是對詐騙犯的特別懲罰措施，相當於恥辱刑，意在告誡人們不再相信他們。而第132條是對金融詐騙的嚴厲懲處，刑至死刑與沒收財產並罰：“凡偽造或變造在法蘭西合法通用之金幣、銀幣、或參與發行或使用偽造或變造之上述貨幣，或由他處將其輸入法蘭西境內者，處死刑並沒收其財產。”可見，針對詐騙行為，無論是單行經濟或行政法令，還是刑法典，都持重懲態度，處以死刑予以懲罰，表明近代法國對違反誠信的詐騙行為，秉持嚴懲不貸，“重法治騙”傾向明顯。

其次，在同為大陸法系的德國，1872年1月1日起施行的《德國刑法典》多節涉及違背誠信規則之罪的條文，即第9節“偽證罪”、第10節“誣告罪”、第23節“文書偽造罪”，這些罪的最高刑罰亦有死刑。近代日本立法深受法德兩國影響，1883年公佈、1887年修正的《日本戒嚴令》設有“妨害信用罪”專章；1907年公佈的《日本刑法》第16、17、20共三章分別對偽造通貨之罪、偽造文書之罪及偽證之罪做了詳細規定，反映了日本近代政府對違背誠信原則之犯罪的高度重視，也是“重法治騙”精神的體現。

再次，到了現代社會，隨著科技發展，詐騙技術更新換代，尤其是網絡問世之後，犯罪分子借助於網絡實施了很多詐騙犯罪，“美國是世界上第一起大規模網絡犯罪案件發生地。”^[16]為了懲治詐騙犯罪，近現代世界各國加強了立法。一般在刑法中有多條涉及詐騙罪的內容，“在立法形式上，多數國家採用概念與犯罪方法列舉並用的模式，並且選擇的是窮盡式列舉法。這種立法形式的優點同樣可以體現在防患於未然上。”^[17]這裏以俄羅斯聯邦刑法為例^[18]：

表3：俄羅斯聯邦刑法的詐騙罪條款概覽表

條 款	與欺詐相關罪名	基本內涵	處 罰
第129條	誹謗	散佈明顯的虛假資訊，損害他人的榮譽和尊嚴或破壞他人的聲譽。	罰金或監禁3年

[12] 同上註。

[13] 法學教材編輯部、《外國法制史》編寫組：《外國法制史資料選編》（下冊），北京大學出版社1982年版，第575頁。

[14] 同上註，第588頁。

[15] 同上註，第611-612頁。

[16] 馮洋主編：《欺詐、盜竊與入侵》，浙江大學出版社2020年版，序言第1頁。

[17] 張利兆、黃書建：《預防信用卡詐騙犯罪的國外經驗與我們的借鑒》，載顧肖榮主編：《經濟刑法》（第五輯），上海人民出版社2007年版，第266頁。

[18] [俄]尤里·謝爾巴特赫：《欺詐術與欺詐心理》，徐永平、儲成意譯，華文出版社2006年版，第309-311頁。

第 159 條	欺詐	用欺詐手段或濫用他人的信任侵佔他人財產或獲得他人財產權。	罰金或剝奪 3 年以下人身自由。
		若團夥詐騙、詐騙多次或損失巨大	剝奪 2-6 年自由
		有組織團夥詐騙或數額巨大、或慣犯	剝奪 5-10 年自由
第 165 條	欺詐	用欺詐手段或濫用信任造成財產損失	平均每款剝奪人身自由要少一年。
第 173 條	假企業活動	建立商業組織無意從事企業活動，為得到貸款，免除稅收，造成國家巨大損失	處以最低工資 200-500 倍罰金，剝奪 4 年以下自由。
第 180 條	非法使用商標	未經許可，擅自使用知名和人們喜歡的企業的信譽	處以最低工資 200-400 倍罰金，接受 2 年勞動改造。
第 182 條	明顯虛假廣告	以私利為目的，在廣告中利用商品、工作或服務及其生產（銷售）者明顯虛假資訊，造成嚴重損失	處以最低工資 200-500 倍罰金，強制勞動或剝奪自由 2 年以下。

其實，在俄羅斯聯邦刑法典中，涉及詐騙的條款遠不止上表所列，如第 186 條的“製造或銷售假幣或有價證券”、第 197 條的“假破產”、第 200 條的“欺騙消費者”、第 207 條的“謊報恐怖主義行動”，以及第 292、303-307、327 條及其他條款都涉及欺詐。足見，在俄羅斯，詐騙犯罪也是非常嚴重的，處罰也比較到位，既有人身罰——自由限制的懲罰，也有財產罰——經濟上的懲罰。

除了俄羅斯，其它國家詐騙犯罪也非常嚴重，並集中體現在網絡電信詐騙犯罪方面，有學者考證認為：全球電信網絡詐騙形勢日趨嚴峻，電信網絡詐騙治理舉措相繼出台，打好詐騙治理的法制基礎。^[19]例如美國先後發佈《電話消費者保護法案》《真實電話主叫身份法案》《拒絕來電加強法》等多項法規，德國實行嚴格的實名制登記制度，並簽訂“信用合同”。其他國家和地區也紛紛強化立法保障，有效遏制電信網絡詐騙活動的蔓延。並且，現代世界各國高度重視治理詐騙，“從立法高度明確各方權責，界定違法行為，採取重典治亂的量刑方式嚴懲詐騙分子。……英、美等國法律都對通信資訊詐騙行為制定了嚴格的量刑標準，違法者將面臨嚴厲處罰。”^[20]可以說，“重法治騙”已成世界治理詐騙犯罪的新型趨勢。

（二）我國詐騙罪立法的歷史沿革

根據學者的考證，我國“騙術古即有之，明清兩朝及民國時期欺詐現象較為盛行，中華人民共和國成立之初減少，20 世紀末死灰復燃，21 世紀，欺詐現象似有愈演愈烈之勢，嚴重影響百姓生活。”^[21]與此相應，我國詐騙罪立法由來已久。早在西周時期的《尚書·費誓》中即有記載：“無敢寇攘，逾垣牆，竊馬牛，誘臣妾，汝則有常刑。”這是周公之子在出征前告誡軍士的話，其中提到：不可誘騙男女奴僕，否則會受到嚴厲懲罰。此記載被認為是我國詐騙立法的最早雛形。為了禁止詐騙行為，遏制詐騙犯罪，不同時期均有懲治詐騙罪的相關立法。

首先，我國第一部成文法《法經》裏即有類似詐騙罪的規定，具體在《雜法篇》中載有處罰狡詐、貪污、賭博、淫亂等行為的規定。學者研究認為：“在西周時期，一般性詐偽罪出現；至遲在戰國末期，政治性詐偽罪已經出現；春秋戰國時期，詐偽行為大量發生。”^[22]也正是在這種背景下，《法經》應運而生。“《法經》的主要體系和內容分盜、賊、囚、捕、雜、具六部分。《法

[19] 參見《國外是如何治理電信網絡詐騙的？》，載《人民郵電》2021年2月1日，第4版。

[20] 張麗霞、繆思薇：《國外治理通信資訊詐騙相關政策啟示》，載《江蘇通信》2016年第10期，第11頁。

[21] 倪玉忠：《欺詐與反欺詐》，河北人民出版社2012年版，序言第1頁。

[22] 楊光慶：《淺析中國古代詐偽罪的產生》，載《江西科技師範學院學報》2009年第1期，第30頁。

經》將盜、賊作為主要的犯罪行為，而將詐騙、賭博、受賄等犯罪歸於雜法。”^[23]《法經》的內容安排表明，在公元前5世紀的中國，對詐騙犯罪已經有了法律的記載，但未規定如何處罰。正如學者所言：“《法經》只是規定了什麼行為是犯罪，並沒有對刑罰制度進行改革，它採用的還是奴隸制的五刑。”^[24]不過與“盜賊”犯罪相比，《法經》中的詐騙罪對社會危害的程度要弱一些，所以將其列入《雜法篇》。

後來隨著法家重刑主義思想的推行，對詐騙罪懲罰的力度有所增加，三國兩晉南北朝時期，詐騙罪單獨成名，《晉書·刑法志》將“詐偽罪”從“盜律”中獨立出來，並明確“詐”的含義，即“背信藏巧謂之詐”^[25]後來的北魏律和北齊律沿用此體例，均專門設有“詐偽罪”專篇，表明重視程度加大。

唐律繼續定有“詐偽律”專卷，並且對詐騙罪的懲罰更加詳細，《唐律疏議》第25卷“詐偽律”一共27條詐騙罪內容，其中“詐謂詭誑，欺謂誣罔。欺詐官私以取財物者，一準盜法科罪，唯不在除、免、倍贓、加役流之列，罪止流三千里……監臨主守詐取所監臨主守之物，自從盜法，加凡盜二等，有官者除名。”^[26]這裏的“詭誑”與“誣罔”，均為“詐騙”之意。當時，以欺騙手段獲取公私財物的人，一律按照盜竊罪的規定定罪量刑，但這類詐騙犯罪不適用赦免、免除刑罰、加倍賠償、加重勞役流放等特殊處理方式，其最高刑罰為流放三千里，對監守自盜者，加重二等處罰。顯然，唐朝已將“詐騙罪”與“盜竊罪”同等處理，但為了打擊詐騙犯罪，不准適用赦免、免除刑罰，對於詐騙相關人員一同治罪，為官者將予以除名，表明唐朝對詐騙犯罪，開始採取嚴厲態度。

其次，經濟相對比較發達的宋朝嚴懲詐騙犯罪。由於社會矛盾和階級矛盾十分激烈，宋朝統治者對於詐騙犯罪採取嚴懲態度。形式上，《宋刑統》沿用了唐律“詐偽律”規定，對詐騙行為的處罰較重，“諸詐欺官私以取財物者，准盜論。知情而取者，坐贓論。”^[27]雖然此時仍將“詐騙罪”與“盜竊罪”兩種貪贓罪同等對待，但是學者考證認為“宋對貪贓罪的懲處是嚴厲的。”^[28]一個重要原因是宋代採取“重法治盜”的立場。我們知道，宋代出現了“世重世輕變通適用”的刑法適用原則，如學者所言：“宋時常根據社會形勢的需要，採取靈活變通的刑法適用原則來加強對社會關係的調整。”^[29]事實上，從宋仁宗開始，制定賊盜重法，劃定重法區域，嚴厲打擊侵犯財產犯罪，如《宋刑統》的“賊盜律”規定：“強盜罪，贓滿三貫處以死刑”。與此同時，宋代對違背誠信精神的經濟犯罪也以嚴厲制裁，不同類型的詐騙罪名出現在《宋刑統》中，如“雜律”中載有市場交易中假冒偽劣商品犯罪的處罰規定：“器物絹布行濫短狹，市價不平，私作鬥秤，賣買不和而較固取者，買畜產不立市券。”^[30]這裏，私造作弊的秤、鬥等量具，坑騙消費者的行為最為惡劣，必須重懲。還有“詐偽律”對造假幣的處罰規定：“私鑄錢及造意人，及勾合頭首者，並處絞，仍先決杖一百。”^[31]也即對造假幣的主謀或組織者處以死刑，且在執行死刑前，對犯人施加杖刑，體現對造假幣的詐騙分子的重懲態度。可以說，詐騙罪既屬於財產犯罪，亦屬於違背誠信精神的犯罪。所以《宋刑統》對詐騙罪的牽連罪一併處罰，即“知情而取者，坐贓論。”^[32]足見宋代刑法對詐騙罪的重法態度。

[23] 王利民主編：《中國法制史學》，中國財政經濟出版社2001年版，第93頁。

[24] 喬偉：《中國刑法史稿》，西北政法學院科研處印1982年版，第6頁。

[25] 金兆豐：《中國通史》，河南人民出版社2016年版，第384頁。

[26] 長孫無忌等撰：《唐律疏議》，劉俊文點校，中華書局1983年版，第465頁。

[27] 寶儀等撰：《宋刑統》，吳翊如點校，中華書局1983年版，第395頁。

[28] 戴建國：《宋代刑法史研究》，上海人民出版社2008年版，第123頁。

[29] 同上註，第53頁。

[30] 寶儀等撰：《宋刑統》，吳翊如點校，中華書局1983年版，第406頁。

[31] 同上註，第407頁。

[32] 同上註，第395頁。

再次，明清兩朝一如既往嚴厲打擊詐騙犯罪。明朝初期，朱元璋採用“重典治國”的思想，重視立法修律，在他親自主持的《大明律》第11卷刑律中設有“詐偽”專篇，其中規定：“凡偽造寶鈔（紙幣），不分首從及窩主，若知情行使者皆斬，財產併入官……凡私鑄銅錢者，絞。匠人罪同。”^[33]顯然，明代對偽造假幣和私造錢幣的行為，均以“詐偽罪”處理，最高要處以死刑的懲罰，沿用了宋代的重法制度。到了清代，效仿《大明律》而成的《大清律例》中仍有“詐偽”專篇，出現了“詐騙”一詞的近義詞“誑騙”，即“凡有偽造諸衙門印信……俱擬斬立決；……若非關軍機、錢糧、假官等弊，止圖誑騙財物，為數多者，俱照律擬斬監候……若誑騙財物，為數無多，銀不及十兩，錢不及十千者，為首雕刻者，杖一百、流三千里。”^[34]其意為：凡是偽造公文，冒領錢財，應處以死刑立即執行；對於詐騙普通錢財數額較多的，亦應判處死刑暫緩執行；對於詐騙數額不多的，可以減輕處罰。由此，中國古代始終將詐騙等違背誠信精神的行為作為法律治理的對象，甚至嚴厲打擊，直至死刑處罰。

再次，清末民國時期詐騙犯罪立法眾多。由於“就我國而言，欺詐現象尤以清朝末年至民國時期最甚，如‘賭博欺詐、婚姻欺詐、情色欺詐、扮富欺詐、買賣欺詐’等。”^[35]欺詐現象首先侵犯的是財產權，因故“財產刑亦至近代始為發達，亦在刑罰中佔有重要之位置，乃次於自由刑之刑罰也。”^[36]在《中華民國刑法》的新舊版當中皆對詐騙犯罪做了專章規定，即1928年版的“第三十一章 詐欺及背信罪（第363-369條）”與1935年版的“第三十二章 詐欺背信及重利罪（第339-345條）”^[37]均有7條內容，此外，還有其他章節的偽造貨幣罪、偽造度量衡罪、偽造文書印文罪等條款，處罰為有期徒刑、拘役和罰金不等。而與民國同時期的革命根據地刑法也對詐騙等違背誠信的行為有所規制，散見於當時以“條例”“辦法”“佈告”等命名的文件當中。對此，張希坡編著的《革命根據地法律文獻選輯》多處有所記載：

表4：革命根據地時期詐騙犯罪立法

公佈時間	法規名稱	涉及懲治違背誠信的內容
1940.12	山東省懲治貪污暫行條例	有下列行為之一者，以貪污論罪：偽造或虛報收支賬目者；勒索、敲詐、招搖撞騙，收受賄賂者；
1943.07	渤海區懲治貪污暫行條例	
1944.09	蘇中區懲治偽化訴訟暫行條例	為防止人民勾結敵偽勢力，冒用訴訟方式，竊取非法權益，特制定本條例。
抗戰時期	淮海區懲治盜匪暫行條例	凡有下列行為之一者，處死刑：意圖詐財而留恐嚇信，致人受損害者。
1949.05	天津市人民政府關於整頓攤販的佈告	所有攤販禁止進行違法營業，並須照章納稅，不得隱瞞或逃稅。如有違抗者，責成公安局分別予以罰款、勞役、拘禁之懲處，其犯罪情節重大者，送人民法院審判。
1949.09	蘇北區獎勵節約懲治貪污暫行條例	凡利用職權貪污受賄，盜賣吞沒，浮報冒領……盜用戰爭繳獲物資等一切舞弊行為，概以貪污論罪。
1949.10	東北區公糧徵收暫行條例	凡有下列情形之一者，得按其情節輕重，予以必要之處罰：隱報土地等級產量者；故意拖欠公糧不交者；偽報災情者；交納公糧摻沙土兌雜物者。

[33] 《大明律》，懷效鋒點校，法律出版社1998年版，第193頁。

[34] 《大清律例》，田濤、鄭秦點校，法律出版社1998年版，第510頁。

[35] 倪玉忠：《欺詐與反欺詐》，河北人民出版社2012年版，前言頁。

[36] 陳瑾昆：《刑法總則講義》，吳允鋒勘校，中國方正出版社2004年版，第291頁。

[37] 參見蔡鴻源：《民國法規集成》（第65冊），黃山書社1999年版，第239-276頁。

值得一提的是，革命根據地處在戰爭時期，物資較為匱乏，由此出台了保護財產、反對一切攫取公共財物的法律，向一切貪污、浪費、行賄受賄等行為作鬥爭。因此，偽造或虛報收支賬目者；勒索、敲詐、招搖撞騙，收受賄賂者；冒用訴訟方式，竊取非法權益；詐財而留恐嚇信；隱瞞或逃稅；浮報冒領物資；交納公糧摻沙土兌雜物者等一系列違背誠信的行為，受到嚴厲打擊。在重法懲治之下，詐騙犯罪出現了明顯減少的趨勢。

最後，新中國以來對詐騙犯罪作出了新規定。1979 刑法兩個法條對詐騙罪做了規定，其中第 151 條針對一般詐騙罪，第 152 條則是對嚴重的詐騙罪，諸如慣騙、詐騙數額巨大、詐騙情節嚴重等情形。到了 1997 年，新刑法第 266 條將詐騙罪定義為：“以非法佔有為目的，用虛構事實或者隱瞞真相的方法，騙取數額較大的公私財物的行為。”取消了慣騙罪名，新增了“金融詐騙罪”，是應運詐騙犯罪的新特點而生的，且屬於同一類型的系列犯罪概念^[38]，它涵蓋了 8 個具體罪名，即集資、貸款、票據、金融憑證、信用證、信用卡、有價證券、保險詐騙罪。21 世紀前後，特別是近十年以來，隨著互聯網的普及，詐騙分子利用網絡技術，開展了形形色色的詐騙犯罪活動，“詐騙罪的發案率在侵犯財產類犯罪中一直居高不下。為了解決司法實踐當中遇到的疑難問題，最高司法機關先後發佈了若干個司法解釋、通知、函等文件。”^[39]專門懲治詐騙罪，其中最有影響力的文件如下表：

表 5：近 30 年我國關於詐騙罪的司法解釋

發佈時間	發佈機構	文件名稱	簡稱
1996.12.16	最高人民法院	關於審理詐騙案件具體應用法律的若干問題的解釋	1996 司法解釋
2007.5.9	最高人民法院 最高人民檢察院	關於辦理盜竊、搶劫、詐騙、搶奪機動車相關刑事案件具體應用法律若干問題的解釋	2007 司法解釋
2011.3.1	最高人民法院 最高人民檢察院	關於辦理詐騙刑事案件具體應用法律若干問題的解釋	2011 司法解釋
2016.12.19	最高人民法院 最高人民檢察院 公安部	關於辦理電信網絡詐騙等刑事案件適用法律若干問題的意見（一）	2016 司法解釋
2021.6.17		關於辦理電信網絡詐騙等刑事案件適用法律若干問題的意見（二）	2021 司法解釋

在處理詐騙犯罪過程中，我國最高司法機關做出了許多司法解釋，上表所呈現的僅是其中的一部分，表明詐騙犯罪現象不可小視，人民群眾的財產安全面臨著嚴重威脅。2022 年 9 月 2 日，基於網絡電信詐騙猖獗的態勢，《中華人民共和國反電信網絡詐騙法》以下簡稱《反電詐法》出台，並於當年 12 月 1 日正式實施，對利用網絡詐騙犯罪集中打擊防控，構建起刑事、行政、民事三大責任體系。《反電詐法》運行一年之後，詐騙犯罪的治理力度明顯增強，已將大批在境外從事詐騙活動的犯罪人員抓捕回國集中處理，但是詐騙犯罪仍屢禁不止。2023 年 12 月最高人民檢察院指出，“當前電信網絡詐騙犯罪的主要特點可以用 9 個字來概括，即‘領域廣、手段新、危害深’。”^[40]這個特點至今沒有得到根本改變，相應地，懲罰措施是否有效，值得民眾深思。

[38] 有學者專門做過研究指出：“所謂金融詐騙罪，是指行為人以非法佔有為目的，採取虛構事實或者隱瞞真相的欺詐方法，騙取銀行或者其他金融機構的貸款、保險金，或者進行非法集資詐騙、票據詐騙、金融憑證詐騙、信用證、信用卡及有價證券詐騙、數額較大的行為。載張國梁編著：《金融犯罪論》，蘭州大學出版社 2020 年版，第 245 頁。

[39] 孫利：《詐騙罪客觀要素研究》，中國政法大學出版社 2016 年版，第 2 頁。

[40] 董凡超：《用好法律武器向電詐犯罪說“不”》，載《法治日報》2023 年 12 月 14 日，第 005 版。

（三）詐騙犯罪立法的基本規律

犯罪作為一種社會現象，它的產生和發展有著自己的規律，古今中外的詐騙犯罪概莫能外，由此帶來人們財富損失，甚至人們的生命代價，造成了極大的社會危害，自然引起國家層面的反詐騙法律規制，從而推動著反詐騙立法的不斷演進和變遷。

首先，隨著人類社會發展，反詐騙立法與時俱進，一直處在變遷之中，為遏制詐騙犯罪提供了法治武器。但是，一個不可否認的歷史事實，那就是無論歷史多麼久遠，文明程度高低，詐騙等違背誠信的犯罪行為都不同程度地出現，給人們的財產安全、甚至人身安全帶來困擾。“幾千年來，人們被迫生活在謊言和欺詐中。”^[41] 儘管不同時期、不同國家都先後開展了反詐騙立法，但是詐騙等犯罪行為卻屢禁不止，這表明反詐騙立法，難以杜絕詐騙犯罪。尤其隨著互聯網的普及和人工智能的興起，詐騙手段花樣翻新，讓人防不勝防；於是，各國陸續開展反電信詐騙立法，但可謂是道高一尺魔高一丈。當今，人類社會的誠信危機嚴重地困擾著治國者，不得不引發深思：社會何以至此，人性何以如此。是不是懲罰的力度不夠，法治的功能沒有極大地發揮其應有的作用。

其次，從古代世界來看，刑法普遍嚴酷，在反詐騙、宣導誠信立法領域也不例外。對於違反誠信精神的犯罪，《漢謨拉比法典》多以肉刑甚至死刑予以處罰；而羅馬法也對涉及失信的誣告和偽證兩種行為處以死刑，原本羅馬法中僅對為數不多的犯罪行為處以死刑，其中失信行為占了兩條。中國古代針對犯罪的處罰除了徒刑，還有很多肉刑，死刑的處罰方式也很殘忍，還有恥辱性。從老五刑的墨劓剕宮大辟到新五刑的笞杖徒流死，中國古代的刑罰是比較殘酷的。正如學者所言：“中國古代的法律以刑法為基礎，其主要的法律後果就是刑罰，它輕則剝奪人之財產、自由，重則危及生命，是一種以國家強制力為後盾的最嚴厲的懲罰措施。”^[42] 具體到詐騙犯罪領域，不同時期刑事懲罰措施不同。相對而言，在古代的嚴刑峻法之下，社會誠信度好於當下，詐騙犯罪的頻率也低得多。不禁思索，在古代社會，重法或許是構成誠信社會的一種制度保障。

再次，近現代社會，西方主要資本主義國家經濟崛起，生產力發展迅速，很快步入工業化時代，以嶄新面貌出現在世人面前。與此同時，社會關係發生變化，需要新的法律與此相應，因此迎來近現代的法制變革，總體趨勢是走減輕處罰的輕刑化路線。其中，詐騙罪立法雖有“重法”傾向，但是對它的處罰已明顯減弱。學者認為：“關於詐騙，英美法系過去比較嚴格，現在卻有所放鬆的要求……英美法關於詐騙罪的這種鬆動，與德國和蘇聯的規則相一致。”^[43] 在“輕刑”背景下，詐騙罪已成為近代資本主義世界財產犯罪的重要類型，以致現代世界各國高度重視治理詐騙。我國民國時期奉行“西學東漸”，對詐騙行為的懲罰也邁上了“輕刑化”之路，同樣不利於遏制詐騙現象，以致國統區詐騙犯罪“最甚”。反觀革命根據地，由於中國共產黨的嚴格管理，對詐騙等違背誠信的行為嚴厲打擊，儘管物質極為匱乏，身處戰區的人們治安環境良好，鮮有詐騙發生。

最後，新中國以來，1979 刑法將詐騙與盜竊、搶劫一起歸罪及刑罰，將普通詐騙罪列入“侵犯財產罪”，某種程度上延續了以前立法，不利於或弱化了對金融詐騙犯罪的制裁。由於金融詐騙犯罪的客體複雜，社會危害性嚴重，於是 1992 年和 1995 年的兩部單行法規，該“立法規定將詐騙罪進行分解和細化，形成了詐騙罪普通法條與特殊法條並存的格局。”^[44] 在此基礎上，1997 刑法進一步修訂了詐騙罪，區分了特殊詐騙罪與普通詐騙罪，分別歸於大類“破壞社會主義市場經濟秩序罪”的二類“金融詐騙罪”、“危害稅收征管罪”和“擾亂市場秩序罪”當中，並且調整了詐騙

[41] [俄]尤里·謝爾巴特赫：《欺詐術與欺詐心理》，徐永平、儲成意譯，華文出版社2006年版，第121頁。

[42] 羅翔編著：《刑罰的歷史》，雲南人民出版社2021年版，第2頁。

[43] 付立慶：《詐騙罪的歷史考察及其啟示》，載《貴州大學學報（社會科學版）》2021年第6期，第96頁。

[44] 印仕伯、孫靖編：《侵犯財產犯罪案件捕訴操作指引》，中國檢察出版社2021年版，第210頁。

罪的法定刑。除了詐騙犯罪之外，1997 刑法涉及到很多背離誠信原則的犯罪，如生產銷售偽劣商品罪、妨害司法罪等。此外，兩高“2011 年司法解釋”第二條將“通過發送短信、撥打電話或者利用互聯網、廣播電視、報刊雜誌等發佈虛假資訊，對不特定多數人實施詐騙的；詐騙救災、搶險、防汛、優撫、扶貧、移民、救濟、醫療款物的；以賑災募捐名義實施詐騙的；詐騙殘疾人、老年人或者喪失勞動能力人的財物的；造成被害人自殺、精神失常或者其他嚴重後果的”等嚴重的詐騙行為，依照《刑法》第 266 條詐騙罪規定從嚴懲處。

簡言之，詐騙等違背誠信的犯罪現象與反詐騙犯罪等立法一樣存在久遠，體現了人類社會的發展與刑法相伴隨，具有共同的社會誠信訴求。但是，刑法的輕重程度將作為一種價值導向，直接影響著法治的效果，古代的重法治理與近代的“輕型化”，在遏制詐騙犯罪領域的效果即已證明。

二、失信：詐騙犯罪生成的深層根源

面對頻繁發生、愈演愈烈的詐騙犯罪，人們不禁要問：為什麼有這麼多詐騙分子？為什麼會發生如此眾多的詐騙犯罪？毫無疑問，詐騙是失信行為的極端體現，而失信行為的產生，與社會的歷史文化、經濟背景以及人的自身素質等因素是分不開的。

（一）歷史文化背景

歷史文化是一個民族的根和靈魂。誠信乃全世界的普世價值觀，更是中國自古以來的主流文化價值觀念，而詐騙犯罪行為則走向了反面，雖然遭到世人的唾棄和厭惡，但它卻與歷史相伴隨。有如俄國學者所言：“遠古時代的歷史，再次證實一個最普遍的真理：任何計謀要想成功，首先需要利用欺騙來麻痹對方，使其放鬆警惕。”^[45]前文已述，古今中外的反詐騙立法史證明，詐騙與被詐騙現象歷史悠久，種類繁多，與歷史文化背景不無關聯。

其一，私有觀念是詐騙現象生存的思想根基。所謂“私有觀念，是財產的私有關係在人們觀念形態上的反映，也就是承認、追求、實現和維護個人利益的觀念。”^[46]簡單說：“私有觀念是財產歸私人所有的觀念。”^[47]這種觀念分為理性和非理性兩種，我們常說的古語“君子愛財，取之有道”即是私有觀念的理性一面，而非理性就是非法化，通過不正當手段獲取財產或其他利益歸私人所有，詐騙恰是這樣一種被非理性觀念和文化所支配的犯罪行為。

歷史潛藏著各種觀念的萌芽。從歷史來看，早在古希臘荷馬時代，就萌芽了私有觀念。“在荷馬世界裏，貴族統治階層控制了社會的絕大多數土地，荷馬史詩本身從頭到尾都體現了對財富的欲望與追求。”^[48]畢竟，財產是人類生存的基礎。可以說，作為西方文化的搖籃，古希臘奠定了西方私有觀念的基礎。在近代資產階級思想家的理論設計中，私有財產權及其觀念佔據十分重要的位置。當然，這裏所說的私有觀念屬於理性的符合正當規則的一面。反之，非理性的私有觀念受到排斥和批判。

縱觀歷史，總有那麼一少部分人被獨享財產的自私與虛榮佔據了內心，總想虛構財富且不勞而獲，還毫無羞愧之感。正如學者指出的那樣：“騙文化同誠文化相對應，其主體精神通過騙術謀取利益，甚至是損人利己，損公肥私，獲得不正當的利益。謀利與行騙，就是騙子的動機與實踐。”^[49]而“謀利”是非理性的私有觀念作祟的結果。顯然，私有觀念與財產類犯罪往往關聯性更高，歷史

[45] [俄]尤里·謝爾巴特赫：《欺詐術與欺詐心理》，徐永平、儲成意譯，華文出版社2006年版，第45頁。

[46] 徐在榮、龔偉：《私有觀念面面觀》，載《群眾》1999年第3期，第51頁。

[47] 董豐均：《私有觀念≠自私觀念》，載《思想政治課教學》2005年第21期，第57頁。

[48] 董會迪、李佳玉：《試析古希臘財產私有觀念的確立與加強》，載《西昌學院學報（社會科學版）》2011年第1期，第82頁。

[49] 張艷國等：《騙子的歷史》，中國文史出版社2005年版，第8頁。

證明：“人們的私有觀念越膨脹，社會產生犯罪現象也就越嚴重。這是產生犯罪的一般規律。”^[50]鑒於此理，有學者認為：“只要私有觀念存在，無論西方發達國家的市場經濟社會，還是我國特色的市場經濟社會，欺詐與被欺詐現象就永遠不會絕跡，所不同的是，在不同的國度裏及其特定的時期，欺詐者的猖獗程度和被欺詐者的受害程度不同而已。”^[51]這是詐騙行為需要被重法治理的觀念基礎。

當然，現實社會當中，“大多數人的私有觀念在行為表現上是理性的，在日常生活中用社會道德和相關法規規範自己對個人生活的追求，思想、行為和語言上表現出一種合社會性，合道德性，合法規性。具有非理性私有觀念的人數不少，但在日常生活中只是一種隱性的、潛在的、次要的、被制約被束縛的觀念存在；但這種觀念所支配的行為危害不小，影響很壞。”^[52]因此，要消除詐騙現象，必須從人們的思想觀念上做文章，破除非理性的私有觀念。通過嚴厲打擊詐騙等不誠信行為，根除以非法途徑騙取財產或其他利益的“不勞而獲”思想，樹立“取之有道”，通過勤奮努力的正當管道獲取資源的觀念。

其二，民風不純是滋生詐騙現象的溫床。作為一種文化樣態，民俗風氣來源於民眾長期的生產生活，塑造著民眾的性格和品質，其傳承性影響後人的行為和價值。民風無疑打上了歷史時代的烙印，按照今天的評判標準，民俗風氣有先進和落後之分，也就是純正和不純之別。純正的民風是制約詐騙等犯罪的一種文化力量，而不純的民風則起到產生詐騙等犯罪的思想引導。

一方面，不純的民風是孕育詐騙犯罪的土壤，例如迷信宗教、聚眾賭博、放高利貸、大操大辦等都是不合時宜的不純民風，引導民眾淪為罪犯。由於這些民風大都在消耗人與人之間的信任，並且造成巨大的經濟損失。宗教迷信蠱惑人心，摧殘人的精神，誘使無知者觸犯法律；聚眾賭博不僅壞了心術，而且喪品格和傷錢財，可導致偷盜和欺詐行為的發生；放高利貸可導致債務不斷和信用記錄受損，甚至陷入債務糾紛不能自拔；而紅白喜事的大操大辦雖然撐了臉面，卻耗資巨大，辦不起則走上偷盜或詐騙道路。

另一方面，“每當社會變革來臨之時，歷史的法則就反復地昭示我們：在急劇的文化變遷中，民風民俗的裂變無可避免。”^[53]而“民風民俗的裂變強化了它的消極作用，而削弱了民風民俗的非正式社會監督功能，啟動了犯罪行為。”^[54]例如，一些地區的鄉村農民幾乎都走出了鄉村，拋棄世代耕種的土地，忘掉曾經的淳樸善良，在金錢利益的驅動下，敢於以身試法，從事詐騙錢財營生。甚至有的地方，整個村莊都成了電信詐騙、婚姻詐騙、學歷詐騙等犯罪的窩點。

其三，防騙心理薄弱是詐騙行為得逞的因素。在中國人的傳統思想文化中，大多秉持“人之初，性本善”的理念，因而防騙心理薄弱，尤其是涉世不深者。詐騙罪是需要被騙者密切配合才能得逞的有目的的故意犯罪，這在德國刑法理論上被稱為“關係犯罪”，它需要加害人與被害人雙向互動，才能完成的犯罪，於故意殺人、搶劫等干預犯罪有明顯不同。^[55]通常，一般的犯罪要看行為人是否具有犯罪的性質，至於被害人的行為不在考慮之列。而“欺詐行為是一種有目的的現象，在這裏，騙子、資訊媒介、被騙者形成了一個系統。”^[56]在詐騙犯罪中，詐騙者往往要玩一些套路，首要一環就是竭力取得被騙者的充分信任，然後開始實施詐騙。防騙心理薄弱的人，很容易在無意中淪為騙子的幫手，如果被騙者有較強的防騙心理，就不會輕易相信詐騙者的騙術。

[50] 靳東祥：《犯罪預測與控制犯罪》，載《城市研究》1996年第3期，第42頁。

[51] 倪玉忠：《欺詐與反欺詐》，河北人民出版社2012年版，前言頁。

[52] 徐在榮、龔偉：《私有觀念面面觀》，載《群眾》1999年第3期，第52頁。

[53] 陶連生：《從民風民俗的裂變看犯罪治理》，載《湖南公安高等專科學校學報》1999年第2期，第12頁。

[54] 同上註，第13頁。

[55] 參見申柳華：《德國刑法被害人信條學研究》，中國人民公安大學出版社2011年版，第102-103頁。

[56] [俄]尤里·謝爾巴特赫：《欺詐術與欺詐心理》，徐永平、儲成意譯，華文出版社2006年版，第55頁。

當下受騙者切身體驗到：放鬆警惕是自己被騙的主要原因，古代也一樣。有學者指出：“中國傳統文化精神對於抵制騙術這一潛流是軟弱無力的。”^[57]的確，中國古代主流的儒家文化強調以誠待人，而次流的道家文化主張超脫無為，還有佛教文化秉持教人為善。這一良善的文化背景使得“自春秋之後的兩千多年的中國古代社會中，人們對行騙始終缺乏應有的防患之心。”^[58]民眾薄弱的防騙心理狀態，為少部分奸詐狡猾的小人偷懶詐騙營造了氛圍和空間。即使今天，民眾的防騙心理仍需要建設。根據調研，“群眾對涉網新型犯罪缺乏辨識力和警惕性，自我防範意識較為薄弱，個人真實資訊容易洩露，常常出現微信、QQ被盜用，銀行帳號密碼被竊取的情況，對銀行轉賬、網上購物疏於防範，識別判斷能力差，容易上當受騙。”^[59]尤其是網絡技術較差的人，極易成為詐騙犯罪分子的侵害對象。

（二）現實社會環境

犯罪作為一種社會現象，它同社會環境有著一定的關聯。社會環境是人類賴以生存和發展的地理空間，人類的思維受其生存的環境影響。詐騙等違背誠信的犯罪行為也恰是在一定現實社會環境的時空下發生的，這早已被歷史事實所證實，同時也被主導社會環境的要素所肯定，還與社會轉型有關。

首先，歷史事實的證明。前文所言：五千多年前兩河流域始用楔形文字記載零星的法律規範，禁止欺騙和偷盜等犯罪現象，以及我國民國時期的詐騙犯罪最甚，其根本原因皆與社會環境有關。考古研究證明兩河流域“以兩樣東西著稱：一是古代高度發達的、獨創的、優美的文字、藝術及其在所有閃米特人中的傳播；二是高度發達的商業及由此產生的特別發達的商業習慣和習慣法。”^[60]顯然，兩河流域的文化和商業氛圍為成文法的形成提供了良好的社會環境，但是從這些早期法律的內容當中，可以窺見當時人們的社會生活過程中，已經出現了詐騙、盜竊等財產犯罪現象。而我國民國時期的戰爭、社會動盪和自然災害頻發，社會信用不斷下降。隨著社會經濟的發展變化，政府在民間信用中的地位日顯。有學者指出：由於民國社會經濟環境的變化，“錢財的事哪能止得住不出事故，屢屢因為請會，發生騙財的案子，官家禁止請會上會……”^[61]民國保險欺詐的盛行引人注目，類似的錢財騙局屢見不鮮，引起政府司法和社會各界的高度關注，懲處和防治詐騙的工作隨之展開。事實證明，詐騙等違背誠信精神的犯罪現象與現實社會環境密不可分。

其次，主導社會環境的要素。詐騙或詐偽的行為因與財物相關，多表現於經濟生活當中，當然它也與政治軍事也有關聯。因此有學者認為：“隨著民事交往活動的增多，基於逐利的考慮，人們會採取包括詐偽在內的各種手段以達目的。這是一般性詐偽罪產生的直接原因。……政治、軍事活動中頻繁出現的詐偽行為是詐偽罪出現的前奏。”^[62]無疑，政治、經濟、軍事是主導社會環境的三大要素，因此詐騙犯罪與現實社會環境存在關聯是肯定的。學者指出：“市場經濟在某種意義上說就是誠信經濟，離開了誠信，市場經濟就不能健康有序地發展。”^[63]當今中國的市場經濟寬鬆環境，為食品藥品行業的不法分子“以次充好、以假充真、摻雜摻假、染色增重”提供了作案空間。加上處罰較輕，意味著失信成本較低，無形中助長了欺詐行為的頻繁發生。

最後，詐騙與社會轉型有關。有學者指出：詐騙行為的大量產生與社會轉型緊密聯繫在一起。春秋戰國就是處在由奴隸社會向封建社會轉型時期，那時經濟、政治、道德的巨大變動為詐騙罪的

[57] 張艷國等：《騙子的歷史》，中國文史出版社2005年版，第82頁。

[58] 同上註。

[59] 反電信網絡詐騙工作調研組：《關於反電信網絡詐騙工作的調研報告》，載《人民政壇》2023年第9期，第26-27頁。

[60] [美]約翰·H·威格摩爾：《世界法系概覽》（上），何勤華等譯，上海人民出版社2004年版，第45頁。

[61] 梁如冰：《北平民間的經濟：放印子與請錢會》，載《實報半月刊》1936年第12期，第20頁。

[62] 楊光慶：《淺析中國古代詐偽罪的產生》，載《江西科技師範學院學報》2009年第1期，第30頁。

[63] 李衛華：《誠信缺失影響經濟社會健康發展》，載《中國紀檢監察報》2010年3月5日，第4版。

產生提供了沃土。^[64]到了近現代社會，社會轉型依然存在，犯罪現象每每因此而變化，清末民國的社會轉型，詐騙現象“最甚”就是典型。我國改革開放以來，尤其計劃經濟進入市場經濟體制，屬於重要轉型期，社會誠信體系受到影響，詐騙犯罪較前有一定增多，由於立法未完全跟上。十年前，有學者呼籲：由於缺少信用體系的約束與懲罰，我國經濟生活中的失信行為越來越廣泛，情節越來越惡劣。^[65]意思是對於違背誠信的行為，未建懲罰機制，是此類行為愈發嚴重的原因。

不過，社會始終處在發展變化當中，當代社會變化節奏更快。其中，在傳統社會向數字社會轉型的過程中，詐騙犯罪出現新的特點，正如學者指出的那樣：“中國整體性步入現實空間與網絡空間虛實交織、高度交融的數字社會。……各類新型網絡犯罪數量持續上升。”^[66]此外，還出現了“地域性團夥犯罪是社會轉型特定歷史條件下團夥犯罪的新動向。”^[67]前文所提的“整個村莊”成為詐騙犯罪“窩點”也與市場經濟條件下社會轉型的環境有關。特別是貧困鄉村，經濟落後，人們生活貧困，他們大多抱著“詐騙致富”的心理，坑蒙拐騙成為主要犯罪手段，詐騙勒索犯罪尤其突出。

（三）人的自身素質

現實社會環境的主要角色是人，人是犯罪的重要主體，詐騙犯罪與人的自身素質有關，具體與少部分人偷懶虛榮、不講誠信的品格等關聯。

首先，犯罪與人的自身素質之間確有關聯。人的素質包括文化思想、道德素養等綜合因素。學者研究指出：“犯罪是通過個人的行為表現出來，它又與個人的生理、心理、思想道德、物質生活條件等有直接的間接的關係。”^[68]互聯網犯罪就是如此，20多年前，有學者指出：“互聯網在我國開通僅僅幾年時間，有一部分人由於思想、知識、道德、法制等方面的素質不到位，抵擋不住網上各種各樣的誘惑而紛紛敗下陣來。”^[69]特別是“人的道德狀況對人的行為影響很大。”^[70]某種意義上，技術層面的互聯網只是犯罪的外因，關鍵在於內因——人的自身素質起決定作用，詐騙犯罪與個人貪欲膨脹及道德素質相聯系。

對此，俄羅斯倫理學者達維達·杜布羅夫斯基指出：“欺詐作為一種故意行為，通常表現為利己主義的孤立，一致性的破壞，不信任，對別人的敵視態度或者虛偽交往，實用主義目的在其中佔據主要地位。”^[71]無疑，在主觀意志上，詐騙是行騙者以騙術致使他人產生錯誤認識，繼而獲取錢財或者其他利益為目的的故意行為。這種行為與詐騙者的自身素質有關，諸如淺薄文化、貪婪品格、扭曲人格、誠信缺失、道德敗壞和法律意識淡薄等等，不一而足。

而我國早在先秦時期的《禮記·樂記》就認為：“人本身有欲望，人在窮極個人欲望的同時就會有詐偽的心理產生。”^[72]欲望應依靠努力，且在自己能力範圍內去實現，但總有少部分人企圖打破人類的誠信體制，實現不勞而獲的目的，通過欺騙獲取他人的財富。誠信是詐騙的反面，恰是這種缺失誠信道德的人，構成了詐騙犯罪的主體。

其次，詐騙是少部分人偷懶虛榮、不講誠信使然。一般情況下，人們採用正當合法的手段獲得

[64] 參見楊光慶：《淺析中國古代詐偽罪的產生》，載《江西科技師範學院學報》2009年第1期，第32頁。

[65] 參見周子勛：《構築誠信的經濟社會環境勢在必行》，載《中國經濟時報》2014年1月17日，第001版。

[66] 單勇：《數字社會走向前端防範的犯罪治理轉型》，載《上海師範大學學報（哲學社會科學版）》2022年第3期，第58頁。

[67] 譚光武、羅國文：《社會轉型時期湖南地域性犯罪之現狀分析與對策研究》，載《湖南警察學院學報》2014年第6期，第62頁。

[68] 靳東祥：《犯罪預測與控制犯罪》，載《城市研究》1996年第3期，第42頁。

[69] 盧正來：《淺談網絡違法犯罪的原因及防範對策》，載《寧波通信》2002年第4期，第42頁。

[70] 唐磊主編：《犯罪學》，四川大學出版社2000年版，第168頁。

[71] [俄]尤里·謝爾巴特赫：《欺詐術與欺詐心理》，徐永平、儲成意譯，華文出版社2006年版，第148頁。

[72] 楊光慶：《淺析中國古代詐偽罪的產生》，載《江西科技師範學院學報》2009年第1期，第31頁。

財富。但是，總有少數人“犯罪致富”，“研究表明，具有自私、懶惰、奢侈、愛慕虛榮等性格的人更容易犯財產性犯罪。”^[73] 這些人的價值觀念扭曲，法律意識淡薄，社會誠信缺失，不願意通過自己的勞動和付出獲取財富，而總是想輕鬆、不費吹灰之力地謀求個人利益，於是詐騙或者偷盜便成為他們獲取財物的主要途徑，正如學者所言：“騙子的本性就是懶而貪利。”^[74] 民國時期，“從實際報導的保險欺詐案件來看，人們道德失範、物欲橫流的問題的確相當突出。”^[75] 因此，有人指出：“人心太沒法收拾了，放出去的款，多有收不回來之苦。”^[76] 詐騙與誠信缺失緊密聯繫在一起。在商業社會領域，商人自身偷懶虛榮、不講誠信，是助長欺詐之風盛行的主要原因。而鄉村區域性詐騙犯罪，與該地區人們的偷懶虛榮、不講誠信也有很大關係。他們除了文化素質低、法律意識弱之外，還喜歡攀比，尤其崇拜不勞而獲的同村人。因此，他們往往以家族血緣和地緣關係為紐帶，選擇在安全防範鬆散的居民區和城鄉結合部進行作案，分工協作，四處流竄，易於逃避打擊。即使被抓時，他們彼此撒謊，包庇犯罪，極無誠信可言。

當然，有些詐騙犯罪的原因是上述三方面因素的綜合，正如有人對民國保險詐騙的分析那樣，民國時期保險詐騙的不斷發生，並不是一種單純的行業現象，而是有著多方面的原因，是多種因素綜合作用的結果：其一，保險業本身所存在的道德風險；其二，社會經濟不景氣所導致的生計困境；其三，道德水平低下和個人貪欲膨脹。^[77] 針對中國的犯罪根源，有學者考證後認為：“在社會主義制度下，作為社會主義初級階段的中國社會，其政治、經濟、文化三大系統內部的消極成分凝成了滋生犯罪的社會土壤。”^[78] 詐騙犯罪也不例外。可以說，在諸多因素的綜合作用之下，詐騙行為氾濫，詐騙罪屢禁不止。

三、訴求：倡導以重法遏制詐騙犯罪

縱觀歷史，古今中外，詐騙犯罪及其懲治立法，可謂歷史悠久。就中國而言，古代已有一些失信和欺詐行為，且詐騙罪入刑，較為嚴重的詐騙發生在近代民國，到了現當代，網絡詐騙此起彼伏。為何詐騙罪如此猖獗，除了深層次的誠信問題，一個重要原因值得思考，那就是法律處罰規定過輕，其指導警示作用不足，以致犯罪分子自覺犯罪成本不高，反而因詐騙可以獲得較高的利益，因此鋌而走險，導致詐騙犯罪難以遏制。重法治騙不僅是歷史經驗的總結，更是順應經濟環境的需求，也是對犯罪分子產生震懾作用的一條法則。因故宣導以重法治騙，增加犯罪成本，著力遏制詐騙犯罪，重振社會誠信之風。

（一）提升社會誠信意識，實行重法治騙的刑事政策

目前，社會誠信危機不是危言聳聽，個人、企業及行業信用缺失的例子屢見不鮮。詐騙犯罪發生之頻繁、危害之嚴重，實際上是社會誠信危機的集中和極端體現。而“我國現階段誠信危機日益嚴重的根本原因還在於人們對利益的無限追求與市場經濟條件下利益約束機制不完善。”^[79] 這種機制應包括治理詐騙的刑事政策。為了維護國家和人民的財產利益，增強安全感和幸福感，還需要從塑造社會誠信機制出發，號召全社會樹立社會誠信意識，重拳出擊詐騙犯罪，實行重法治騙的刑事

[73] 唐磊主編：《犯罪學》，四川大學出版社2000年版，第140-141頁。

[74] 張艷國等：《騙子的歷史》，中國文史出版社2005年版，第25頁。

[75] 楊錦鑾：《民國時期保險欺詐的盛行與懲治》，載《中國社會經濟史研究》2016年第1期，第49頁。

[76] 附刊：《津市的民間儲蓄會》，載《大公報（天津）》1933年9月28日，第15版。

[77] 參見楊錦鑾：《民國時期保險欺詐的盛行與懲治》，載《中國社會經濟史研究》2016年第1期，第48-49頁。

[78] 唐磊主編：《犯罪學》，四川大學出版社2000年版，第56頁。

[79] 蘭俊萍：《淺析社會誠信危機及其體系建構》，載《考試週刊》2013年第16期，第196頁。

政策非常必要，也即刑事政策是治理詐騙等失信犯罪的思想基礎。

首先，重法的刑事政策屬古今中外的歷史通例。通常，刑事政策與一個國家的現實國情以及大政方針緊密相聯系，且某項刑事政策的提出與所處的社會歷史背景密不可分。中國古代“刑罰世輕世重”，實際上講的就是當時的刑事政策，意思是在各個不同的歷史時期，對於刑罰的適用，其輕重程度各不相同。只有這樣才能制定出切實可行的刑事法律，達到懲治和預防犯罪的目的。我國自有史以來，刑事政策不斷變遷，“秦朝以法家重刑原則作為刑事審判的指導思想，認為只有重刑才能制止犯罪。”^[80]重刑原則就是秦朝的刑事政策，且已成歷史經驗為後世所繼承，現當代我國的“從重從快”更是重法主義的刑事政策。而從世界酷刑史而言，“不管今天我們多麼厭惡酷刑，但是必須牢記的很重要的一點是：“至少3000年來，它一直是合法的，並且實際上是歐洲和遠東的大多數法典的一部分。”^[81]現代意義上的刑事政策思想發端於德國的費爾巴哈，德國在歐洲戰爭前後實際踐行了刑事政策，即歐洲戰前的德國“懲役刑”漸漸減少，“罰金刑”漸漸增多；歐洲戰後，則正好成反比例。而且死刑的增加，也是歐洲戰後資本主義諸國多數共通的現象，並不是只有德國如此，早已廢止死刑的國家也都恢復了死刑。這就表明，重法主義的刑事政策在世界範圍內廣泛適用。

其次，認清詐騙犯罪嚴重危害性的社會形勢。實行從重刑事政策，旨在通過嚴厲打擊某類嚴重犯罪，達到有效控制該類犯罪的目的。這種實行從重刑事政策，與當下強調輕刑的大環境並不矛盾。因為“輕刑化”只是一般和宏觀的理念，並非要求所有犯罪都適用，而從重的刑事政策，主要是針對某類嚴重犯罪。宋朝的“重法治盜”與明朝“重典治吏”就是典範，他們分別針對當時嚴重的搶劫盜竊與官吏犯罪。相比之下，我國目前的詐騙犯罪極為嚴重，已成社會公害，應該從重適用刑法，實行“重法治騙”。關於詐騙犯罪的危害，很多受騙者都刻骨銘心，“成千上萬個騙局的施行，給中國社會、政治造成了種種混亂局面，無以數計的騙子在得逞後洋洋自得，無以數計的受騙者在被騙後捶胸頓足、痛哭淋漓。”^[82]面對日趨嚴峻的金融詐騙、網絡詐騙等犯罪形勢，國家立法、司法雖然做出了積極回應。但是，詐騙犯罪屢禁不止，其中一個重要原因在於打擊力度不夠，“實務中對詐騙罪的定罪較為謙抑”，^[83]意味著處罰不嚴，犯罪分子覺得違法成本不高。“通常情況下，犯罪人作為理性人會對實施犯罪的成本和收益進行權衡，只有確認所冒被發現和被抓獲的風險較小而犯罪收益又比較現實時，具有不良心理和行為傾向的行為人才會將犯罪行為付諸實施。”^[84]因此，不提高對詐騙犯罪的懲治力度，不足以警醒詐騙分子的僥倖心理，從詐騙犯罪的社會危害性而言，重法的刑事政策必須實行。

再次，打擊詐騙技術不斷變異的現實需要。事物總是具有兩面性，近些年來，隨著科學技術的進步和人工智能的問世，給人類生活帶來巨大方便的同時，也帶來詐騙技術的節節攀升，以致“我國電信網絡詐騙的發案數量近年來一直處於高位。這與其四網合一（互聯網、手機、電視、電話）、移動互聯的技術高端化的特點有著緊密的聯繫。”^[85]詐騙分子開始運用換臉變聲等人工智能進行詐騙，突破了人類誠信危機的底線，極大地挑戰了人類的精神心理，人們的日常生活被應接不暇的新型詐騙所困擾。“目前網絡電信詐騙犯罪分子的詐騙行為不斷更新升級，呈現出日益智能、隱蔽的

[80] 謝冬慧：《中國刑事審判制度的近代嬗變》，北京大學出版社2012年版，第18頁。

[81] [英]布萊恩·英尼斯：《酷刑簡史》，郝方昉譯，中國民主法制出版社2021年版，第11頁。

[82] 張艷國等：《騙子的歷史》，中國文史出版社2005年版，第81頁。

[83] 孟紅艷：《詐騙犯罪財產損失的基本立場及貫徹》，載《法學評論》2025年第3期，第67頁。

[84] 張遠煌、姚兵：《重大自然災害時期從重處罰犯罪的刑事政策思考》，載《江蘇警官學院學報》2008年第6期，第7頁。

[85] 趙靚：《論資訊網絡犯罪發展態勢與刑事政策完善》，載《中國應用法學》2022年第1期，第128頁。

特點。”^[86]如果國家不採取重法懲處的態度，人民的信任感、安全感、幸福感將大打折扣，社會的誠信危機將無可挽回。因此，在詐騙技術不斷變異，社會誠信危機被踐踏的形勢下，強化從重治理詐騙犯罪，制定“重法治騙”的刑事政策，是當下明智的現實選擇。

最後，刑事政策為刑法的運用提供依據。刑事政策作為刑法運行的思想基礎，對刑事立法及刑事審判影響巨大。刑事政策通過影響刑事立法，來影響法官對刑法的運用和刑事案件的判決，由於“在影響刑事政策演變的諸要素中，犯罪與刑事政策之間的關係最為密切，因為刑事政策的目標就在於減少犯罪。當某一項具體的刑事政策發揮效用的時候，犯罪就會在一定時期相應地減少。”^[87]在特定的刑事政策思想指導之下，刑事裁判的結果與其相適應。這種刑事裁判結果直接影響對特定犯罪的成本考量，並且起到警示世人的作用。懲治詐騙犯罪也一樣，實行重法的刑事政策，為懲治日益嚴峻、屢禁不止的詐騙立法和司法提供可行性指導，促使詐騙犯罪的有效遏制。

（二）完善社會誠信體系立法，加大詐騙罪的懲罰力度

犯罪是一種危害社會的行為，詐騙犯罪對個人生活、家庭經濟造成了極大損失，包括對不特定多數人的身體和財產的雙重影響，危害社會的公共安全，它對社會誠信體系的破壞和危害也是不可估量的。如何杜絕損失，修補誠信體系，“在古典學派看來，矯正犯罪的最主要方式是懲罰。”^[88]“刑罰的作用是威懾或者預防犯罪，刑罰的強度應該使罪犯因為犯罪而處境惡化。”^[89]這種威懾的作用，有學者認為，“當一個人因懼怕刑罰的制裁而不敢（或放棄）實施刑法所禁止的行為時，這就是威懾。”^[90]這樣刑罰制裁越厲害，懼怕程度越深刻，自然選擇不去觸犯。“在功利主義看來，增加刑罰的嚴厲性必然與刑罰的威懾功能相一致。”^[91]還有“死刑存置論認為，死刑具有其他刑罰所不可替代的威懾功能，如果廢除死刑，應判處死刑的兇惡犯罪案件勢必會比現在增多。”^[92]並且，世界各國刑罰的目的是一致的，那就是預防和懲罰犯罪。種種學術觀點，無不主張刑罰的嚴厲性和威懾功能是制止犯罪的主要手段。

就詐騙犯罪而言，“在每一歷史時期，在每一個獨立的人類社會中都存在有使自己的成員遵守必要的、充分信任的既定行為準則。”^[93]雖然規制詐騙行為的現行法律較多，既有實體法又有程序法，但是仍無法有效遏制詐騙。台灣學者時尚寬先生主張對詐騙設置三道屏障，即“詐欺，有以意思表示瑕疵而被撤銷者，有為侵權行為而生損害賠償者，有為犯罪行為而應受刑事上之裁判者。三者相輔相成，始可預防、壓制詐欺。”^[94]針對詐騙高發的態勢，更期待發揮新的刑法手段優勢，“刑法是規範社會秩序的最後一道防線，只有在立法上先行，才能在實踐中做到有法可依，才能最大限度地規制新型犯罪。”^[95]縱有反詐防騙的刑事立法，但是其所呈現的懲罰嚴厲性和威懾力，仍不足以讓詐騙分子感到壓力而收手，社會的誠信體系面臨嚴峻考驗。因此，繼續完善社會誠信體系立法，加大詐騙罪的懲罰力度，任重道遠，需要努力推進。

從世界歷史看，古老東方的《漢謨拉比法典》針對誣告、偽證，拐騙藏匿奴婢等涉及誠信問題的犯罪，處罰都是比較重的，皆以死刑和肉刑為主。古老西方的處罰稍輕一些，古希臘亞里士多

[86] 路研文：《投資型“殺豬盤”的刑法定性問題研究》，載《經濟師》2024年第1期，第67頁。

[87] 朱琳：《法國當代刑事政策研究及借鑒》，中國人民公安大學出版社2011年版，第21頁。

[88] 徐愛國：《西方刑法思想史》，中國民主法制出版社2016年版，第113頁。

[89] 同上註，第151頁。

[90] 鐘安惠：《西方刑罰功能論》，中國方正出版社2001年版，第37頁。

[91] 同上註，第40頁。

[92] 同上註，第45頁。

[93] [俄]尤里·謝爾巴特赫：《欺詐術與欺詐心理》，徐永平、儲成意譯，華文出版社2006年版，第139頁。

[94] 史尚寬：《民法總論》，中國政法大學出版社2000年版，第424頁。

[95] 胡向陽：《新型犯罪問題研究》，湖北人民出版社2020年版，前言第2頁。

德曾在《政治學》一書中提及對誹謗、欺詐、偽證、誣告等失信犯罪的懲罰辦法，如罰金、枷示於眾、陶片放逐、沒收私財、囚禁、剝奪公民榮譽和權利。^[96]這些懲罰遠不及古東方的死刑和肉刑的殘酷程度。後來，黑格爾系統論述了刑法“不法——欺詐——犯罪”的發展脈絡。認為：“當對個人的侵犯嚴重到侵犯整個社會秩序的時候，也就是當普遍意志被特殊意志貶低的時候，就發生了‘欺詐’，對欺詐就應該處以刑罰。”^[97]表明對欺詐或詐騙等行為的刑罰具有法理基礎。當代舉世公認的新加坡是個典型的法治國，嚴刑峻法的例子俯拾皆是，現代肉刑——鞭刑令很多人對違法心存畏懼，這就是重刑的威懾力。

究其根源，英國著名功利主義法學家邊沁表明，個人所感受到的“快樂”與“痛苦”是法律調整的正當基礎。在邊沁那裏，“人是計算利弊得失的。”^[98]也就是人天生具有“趨樂避苦”的傾向，該傾向對人的所言所行起到支配作用。那麼，如果一個人犯罪，就要受到懲罰就是這裏所言的“苦”，自然懲罰越重，受到的“苦”就越多，對人的警示作用就越大。邊沁還主張：“國家的刑事立法要著眼於防止和消滅作惡的意向。”^[99]據此，詐騙犯罪作惡越大，刑事立法越重。歷史上出現“酷刑”的作用也很明顯，正是達到預警的效果：“酷刑主要是為了施加痛苦（或者至少是以施加痛苦相威脅），從而可以利用人們對痛苦的恐懼。”^[100]而起到遏制犯罪的作用。例如，埃及人的法律中，“處女的貞操被嚴刑峻法所保護。對女性自由民犯下強姦罪的人，生殖器要被切掉，從而使他失去再犯類似犯罪的能力，其他人也會被如此可怕的刑罰所震懾。”^[101]重法的作用旨在威懾，通過加大懲罰的力度，產生阻止犯罪的效果。

前文已述，“我國刑法的嚴刑峻法有著其悠久的歷史淵源和深厚的文化基礎。”^[102]自清末修律以後，也受到西方刑法思想的影響。其中，德國刑法對我國近代民國刑法影響深遠，民國刑法經歷了多次變遷，詐騙罪一直作為財產型犯罪而存在。為了懲治此類犯罪，除了適用限制人身自由的刑罰，還適用剝奪犯人財產的刑罰。這種立法特色也被民國刑事立法所吸納，但是沒有得到有效施行。

新中國成立初期，中斷民國法律法統，學習前蘇聯建構我國社會主義法律體系，雖然較1979刑法，1997刑法將詐騙罪的法定刑罰提高到無期徒刑，且規定了附加刑，相應增加了對詐騙分子的威懾力，但其作用仍有限。因此有學者認為，刑事詐騙何以錯綜複雜、愈來愈猖獗，其原因之一是“刑法對詐騙罪法定刑的規定較輕，數額再大，也殺不了頭，所以詐騙犯的膽子非常大。”^[103]甚至“把一些詐騙當作經濟糾紛來處理，使不少詐騙犯逍遙法外。”^[104]恰恰因為降低詐騙犯罪處罰的力度，導致詐騙犯罪愈發嚴重。尤其關乎民生的婚姻情感詐騙、食品藥品欺詐、教育學歷造假等形勢嚴峻，非重典不能遏制亂象。實踐證明：通過立法，加大詐騙犯的懲罰力度，起到積極的社會引導作用。

互聯網技術興起之後，各種利用互聯網平台進行的金融詐騙如貸款詐騙、信用卡詐騙、還有炒股詐騙，激起金融證券業的重法反詐呼聲。早在2015年修訂《中華人民共和國證券法》時，針對欺詐發行行為，明確做出強制退市的規定，實際上是“重法”之舉。也只有嚴刑峻法的法律環境，

[96] 參見徐愛國：《西方刑法思想史》，中國民主法制出版社2016年版，第18頁。

[97] 同上註，第45-46頁。

[98] [英]邊沁：《道德與立法原理導論》，時殷弘譯，商務印書館2000年版，第234頁。

[99] 楊思斌：《功利主義法學》，法律出版社2006年版，第74頁。

[100] [英]布萊恩·英尼斯：《酷刑簡史（圖文版）》，郝方昉譯，中國民主法制出版社2021年版，第75頁。

[101] 同上註，第82頁。

[102] 殷凱樺：《禮法之爭下的嚴刑峻法》，載《湖北警官學院學報》2015年第4期，第121頁。

[103] 劉淦清等：《商戰中的詐騙與反詐騙》，湖北人民出版社1999年版，第235頁。

[104] 同上註。

才能給投資者帶來必要的信心。^[105]2020年《中華人民共和國刑法修正案（十一）》的公佈，涉及到欺詐發行股票、債券罪以及違規披露、不披露重要資訊罪的修改，更有“嚴刑峻法”之勢。^[106]在數據技術日新月異的當下，加大詐騙罪的懲罰力度順應時代潮流，促進社會健康發展。

簡言之，在重刑原則指導之下，國家重視誠信體系立法，加重對詐騙犯罪的懲治力度及其立法，顯得格外重要，有關部門應儘快啟動完善立法進程，應對日益嚴峻的誠信危機和詐騙犯罪的困擾。

（三）嚴厲打擊失信行為，從快啟動詐騙犯罪的懲治

嚴厲打擊失信行為涉及到嚴格執法問題，而“嚴格執法是習近平主席依據我國執法實踐提出的重要要求，也是推進法治政府、法治社會和法治國家建設的重要遵循。”^[107]《孟子·離婁上》有言：“徒法不足以自行”，僅有“重法治騙”的政策和立法，如果不嚴格執法，不快速懲治，法律的威懾力得不到彰顯。因此，嚴厲打擊失信行為，從快啟動詐騙犯罪的懲治，是重法治騙的必要舉措。早有學者呼籲：“執法機關應加大對詐騙犯罪的打擊力度，準確區分詐騙犯罪與經濟糾紛的界限，不使‘犯罪’降格為‘糾紛’，使犯罪分子受到應有的懲罰。”^[108]特別是“經濟領域犯罪猖獗必須處以嚴刑峻法。”^[109]無疑，詐騙罪屬於經濟領域最為突出的犯罪現象，從重與從快是“重法”的一體兩面。

其一，吃透法律精神。嚴格執法不是一味地加重處罰，而是有邊界的，必須符合法律精神。因此，吃透法律精神是嚴格執法的基本前提。法律精神是法最為本質的觀念表達，它是法律制度和規則背後的深層思想和歷史文化，堪稱法的靈魂。而吃透法律精神，需要理解國家政策，政策與法律往往具有某種關聯性，“歷史經驗證明：只有正確理解和掌握各項政策的精神實質，才能正確地執行法律，並且能夠根據政治形勢的變化，依照不同地區的實際情況，靈活地運用法律。”^[110]故嚴格執行的前提是領會國家政策，吃透法律條文背後的法律精神。雖然隨著社會發展，有關誠信立法和反詐騙犯罪法律一直處在不斷變化之中，但是其維護國家和人民利益，彰顯公平正義的理念思想不變。而“法律精神以一定時代背景下的社會為基礎，……具有時代性和社會屬性”^[111]當下社會詐騙犯罪的增多和危害之重，只有加重懲罰，嚴格執法，才能體現法律的公平正義精神。

其二，把握罰當其罪。根據罪責相一致的原則，在執法過程中，執法者應該嚴格掌握懲罰的力度，處罰標準不要過低，使違法者付出比守法者更多代價，切忌出現“違法成本低、守法成本高”的怪相，不能背離了立法的宗旨和法的精神，而是要符合現代法治的要求。前文所提的功利主義法學家邊沁認為：“懲罰給犯罪帶來的損失必須大於犯罪所獲得的收益，這樣才能引起恐懼，制止引誘，減少犯罪。”^[112]因此，“罰當其罪”不能簡單理解為，詐騙獲利1萬元，懲罰時罰它1萬元，而是依據法律規定的幅度，選擇從重的刑罰處罰，讓犯罪者受到應有的懲處，給其他人以警示。

“所謂的新加坡嚴刑峻法，也無非就是‘執法必嚴，有法必依’，提高違法的成本，消滅不法之徒僥倖逃脫的機會，這在總體上增加了整個社會的公平度。”^[113]我國對詐騙犯罪分子的執法懲處力度，也應體現這種價值，將維護整個社會的公平正義度作為嚴格執法的宗旨。

其三，加強監管協同。執法是一件複雜的事情，需要多方配合，協同發力，迅速解決問題，

[105] 參見張煒：《註冊制需嚴刑峻法護航》，載《中國經濟時報》2015年11月25日，第3版。

[106] 參見高宇：《嚴刑峻法加大上市公司刑事責任》，載《董事會》2020年第7期，第63頁。

[107] 李志慶：《論習近平法治思想中的嚴格執法觀》，載《理論觀察》2024年第1期，第12頁。

[108] 劉淦清等：《商戰中的詐騙與反詐騙》，湖北人民出版社1999年版，第236頁。

[109] 同上註。

[110] 張希坡編著：《中華人民共和國刑法史》，中國人民公安大學出版社1998年版，第24頁。

[111] 陸輝：《當代中國法律精神大眾化研究》，東北師範大學2020年博士學位論文，第17頁。

[112] 楊思斌：《功利主義法學》，法律出版社2006年版，第74頁。

[113] 王江雨：《法治，還是嚴刑峻法》，載《南風窗》2013年第10期，第95頁。

快速產生執法效果。由於違背誠信的詐騙犯罪案件執行，不僅涉及到犯罪分子自身，還牽涉到被害人，以及相關網絡平台和行業協會的工作。就被害人而言，有的被騙後，自認倒霉，不好意思報案，警方未及時抓住騙子，導致騙子膽子更大，使更多的人被騙。而隨著網絡詐騙的高發，網絡平台也應有反詐的義務。例如，有的犯罪分子利用婚戀網站獲取資訊，進行婚戀詐騙，甚至搞“殺豬盤”騙財。犯罪分子之所以能得逞，於網絡平台的把關不嚴，監管不到位不無關係。對於行業協會而言，證監會、保監會、銀監會等對本行業內發生的詐騙案件也應有監管職責，有報導：“近期，證監會依法從嚴從快、全鏈條追訴、嚴肅查處一批財務造假、欺詐發行案件，凸顯監管部門整肅淨化市場環境的堅決態度，起到警示震懾效果。”^[114] 證監會的做法值得推廣，它的嚴格執法有力地降低了證券領域的失信和詐騙行為，一定程度上，遏制了本領域的詐騙犯罪。

結語

在違背誠信精神的各種欺詐行為，尤其詐騙手段花樣翻新，詐騙犯罪頻繁不斷的今天，不禁叩問歷史，人性緣何如此不堪！古今中外的刑法史無不表明：失信行為和詐騙犯罪立法早已有之，且隨著歲月的年輪轉動而不斷變遷，但是人性欲望貪婪的弱點始終沒能改變，失信乃詐騙犯罪的深層根源，從歷史文化背景、現實經濟環境到個人自身素質的影響。據此，我國應以重法遏制詐騙犯罪，實行重法治騙的刑事政策，加大詐騙罪的懲罰力度，從快啟動詐騙犯罪的懲治，重塑國家和政府的誠信體系，滿足人民群眾的安全訴求。

Abstract: Dishonest behaviors and fraud crimes in human society are mutually reinforcing, causing extremely severe social harm. Legislation against fraud has a long history throughout the world, reflecting the shared social demand for integrity that accompanies the development of human society and criminal law. However, in the current era of widespread internet and artificial intelligence, the crisis of social trust is intensifying, fraud crimes are becoming increasingly frequent and harmful, driven by various factors including social culture, economic environment, and individual qualities. Severely punishing fraud through the law is not only a lesson drawn from historical experience but also a necessity to meet the demands of economic development; it is a fundamental principle for deterring fraudsters. Therefore, it is advocated to combat fraud with severe legal measures, increase the cost of crime, focus on curbing fraud offenses, and revitalize a culture of integrity in society.

Key words: Fraud Crime; Deep-Seated Causes; Legislative History; Governance Through Severe Punishment; Social Integrity

（責任編輯：唐銘澤）

[114] 咎秀麗：《嚴格執法敢於亮劍 全鏈條追訴造假行為》，載《中國證券報》2024年3月12日，第A03版。

論自動駕駛汽車使用者的刑事責任

周銘川*

摘 要 無論自動化駕駛程度如何，自動駕駛汽車都只是使用者使用的工具，汽車所有者要對其使用汽車產生的危險或交通事故承擔責任，可能成立危險駕駛罪、交通肇事罪、肇事後逃逸犯罪。但是在L4和L5中使用者一般不能構成醉酒駕駛型危險駕駛罪，容易因為未及時接管駕駛而構成故意的或過失的不作為犯罪。應嚴格區分汽車生產者、銷售者、使用者對使用汽車有可能發生交通事故的抽象預見和使用者對某一具體交通肇事結果的具體預見。

關鍵詞 自動駕駛汽車 使用者 抽象預見 危險駕駛 交通肇事

傳統道路交通法律法規和法學理論是針對普通汽車和人類駕駛員而制定和發展的，沒有充分考慮自動駕駛的狀況。^[1] 隨著自動駕駛技術的發展，自動駕駛汽車已經走上道路，使自動駕駛從科幻變為現實，相關規定和理論有必要適應新的現實。自動駕駛能使駕駛員的駕駛操作減少甚至消失，既能大量減少因人類操作失誤而造成的交通事故，^[2] 也能方便未成年人、老年人、殘疾人、醉酒者使用自動駕駛汽車出行，^[3] 對促進經濟發展和社會進步無疑具有重大意義。然而，自動駕駛並非完美無缺，也可能因自動駕駛系統失靈或硬體故障或駕駛員操作失誤而引發交通事故。^[4] 例如，2016年1月20日，一輛特斯拉（Tesla）在京港澳高速河北邯鄲路段行駛時，因躲閃不及，撞上道路清潔車，司機高某當場死亡，當時，車輛正處於自動駕駛功能的“定速”狀態，卻未能偵測出正在道路前方施工的清潔車，並未躲閃和減速，而是保持車速撞向清潔車。^[5] 2016年5月7日，一輛特斯拉Model S自動駕駛汽車誤把一輛白色車廂大卡車當作高掛的廣告架，試圖從廣告架下穿過，導致

* 周銘川，上海交通大學法學院副教授，法學博士。

[1] 參見皮勇：《論自動駕駛汽車生產者的刑事責任》，載《比較法研究》2022年第1期，第55頁。

[2] 據世界衛生組織報告，90%的交通事故來自於人類行為的失靈。參見蕭文生：《自動駕駛汽車法制之發展（上）》，載《月旦法學雜誌》第318期（2011年），第123頁。有專家認為“95%交通事故皆導因於人為錯誤”“交通事故有95%人為疏失”，參見洪德欽：《歐盟自動駕駛車之發展策略與法律規範》，載《歐美研究》第50卷第2期（2020年），第349-431頁。

[3] 參見[德]馬庫斯·毛雷爾等：《自動駕駛技術、法規與社會》，白傑等譯，機械工業出版社2020年版，第67頁、第135頁等。

[4] 參見[德]埃里克·希爾根多夫：《自動化駕駛與法律》，黃笑岩譯，載《私法》2016年第1期，第89頁。

[5] 參見李根、曉璐：《央視曝特斯拉自動駕駛事故 國內首次致死：不減速撞前車》，載新浪網2016年9月14日，<http://tech.sina.com.cn/it/2016-09-14/doc-ixvukhv8402791.shtml>。

自動駕駛汽車撞上大卡車車廂，駕駛員當時正在看電影，未能及時接管駕駛而當場死亡。^[6]在這兩例中，如果駕駛員足夠小心謹慎，就能及時發現系統異常而接管駕駛，就有可能避免悲劇發生。據美國國家公路安全管理局統計，自2019年以來，特斯拉自動駕駛汽車在美國總共發生736起碰撞事故，造成至少17人死亡。^[7]當使用自動駕駛汽車發生交通事故時，車輛的程序開發者、生產商、銷售商、所有者、使用者、資料提供者、相關部門人員，應否及如何承擔刑事責任，就成為刑法學界熱烈討論的問題。^[8]

對於自動駕駛汽車的購買者而言，他們最關心的，是如果使用自動駕駛汽車時發生交通事故，自己應否及如何承擔刑事責任的問題，該問題是影響人們購買自動駕駛汽車的積極性以及制約自動駕駛汽車產業發展的重要問題之一，迫切需要進行前瞻性研究。因此，本文擬探討自動駕駛汽車的購買者在使用自己的自動駕駛汽車時可能涉及的刑事責任問題，不包括單純乘坐自動駕駛的公共交通工具的普通乘客的刑事責任問題，因為後者主要由運營公司承擔責任。

一、使用者能否構成醉酒駕駛型危險駕駛罪

根據《中華人民共和國刑法》第133條之一的規定，醉酒後在道路上駕駛機動車的，構成醉酒駕駛型危險駕駛罪。根據相關國家標準，駕駛員每100毫升血液中含有酒精80毫克以上屬於醉酒駕駛，這比我國台灣“刑法”第185-3條中規定的每100毫升血液中含有酒精50毫克以上即為醉酒駕駛的標準更高，但兩者都屬於抽象危險犯，成立本罪既不需要判斷行為人事實上是否不能安全駕駛，也不需要判斷行為人的駕駛是否已經危及公共安全，只要血液中酒精濃度超標即應處罰。至於司法實踐中經常適用“兩高兩部”2023年12月18日頒佈的《關於辦理醉酒危險駕駛刑事案件的意見》來提高醉酒駕駛的認定標準，諸如要求血液中酒精濃度超過180毫克/100毫升才追究刑事責任等，則未必符合抽象危險犯理論。

（一）醉酒者使用L0-L3級汽車能否構成本罪

在使用L0-L3級汽車時，^[9]是由駕駛員負責駕駛的，系統僅起輔助作用，如果駕駛員醉酒後仍然在道路上駕駛汽車，當然構成危險駕駛罪。

其中，L0級無自動化（No Automation）是沒有自動化系統，要由駕駛員完成所有駕駛任務，系統僅能提供警告、報警、緊急安全干預等即時駕駛輔助，使用此級別汽車一般不涉及自動化相關法律責任問題。在L1級駕駛支援（Driver Assistance）和L2級部分駕駛自動化（Partial Automation）中，汽車僅安裝自動駕駛輔助系統，能幫助駕駛員完成操縱方向盤、踩剎車或油門等操作，但觀察路況、決策、執行等其他動態駕駛任務則由駕駛員完成。兩者區別在於，L1能在同一時間幫助駕駛員操縱方向盤、剎車或油門中的某一項，但無法同時進行這3項操作，L2則能同時進行這3項操作。^[10]

在L3級有條件自動化（Conditional Automation）中，系統能在部分區域完成所有駕駛任務，

[6] See Omri Ben-Shahar, *Should Carmakers Be Liable When a Self-Driving Car Crashes?* Forbes (22 September 2016), <https://www.forbes.com/sites/omribenshahar/2016/09/22/should-carmakers-be-liable-when-a-self-driving-car-crashes/>.

[7] 參見《美國公路安全局：特斯拉自動駕駛發生736起事故、至少17人死亡！》，<https://www.sohu.com/a/686718962121648969>，2023年8月31日訪問。

[8] 參見[日]松宮孝明：《有關自動駕駛的刑事法諸問題》，孫文譯，載《高大法學論叢》第18卷第1期（2022年），第279-306頁。

[9] 對於汽車的自動化程度，學界公認的是國際自動機工程師學會（SAE）的J3016標準，該標準於2014年1月制訂，2016年9月、2018年6月、2021年4月修訂。See *Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles*.

[10] See *The Road to Full Automation*, U.S. Department of Transportation, National Highway Traffic Safety Administration, (3 September 2023)<https://www.nhtsa.gov/technology-innovation/automated-vehicles-safety>.

包括依靠自身感測器感知周圍環境以觀察路況、借助深度學習做出決策並執行等，但系統可以隨時要求駕駛員接管駕駛，而駕駛員必須接管，因此駕駛員一般仍需要密切觀察路況、監控駕駛環境，以便在收到系統通知時能及時接管駕駛。因此，即使在 L3 中可以由系統完成大部分甚至全部駕駛任務，有可能系統全程都未要求駕駛員接管駕駛，也不影響醉酒駕駛者要構成犯罪的結論。因為，本罪是抽象危險犯，構成本罪不要求實際上發生了危險，只要求需要隨時準備接管駕駛的人酒精超標即可。

相反觀點認為，既然在 L3 中是由系統完成大部分甚至全部駕駛任務，駕駛員實際上可能全程都不需要接管駕駛，則應當在其需要接管駕駛時才判斷醉酒狀態，只有當發生險情需要接管駕駛而其卻處於醉酒狀態時，才能構成本罪，如果整個駕駛過程都沒有發生需要駕駛員接管駕駛的險情，則駕駛員實為普通乘客，即便醉酒也不構成本罪。^[11]這是把本罪分析成具體危險犯，違背了抽象危險犯原理。在 L3 中，是由駕駛員負責全部駕駛的，其要承擔監控任務，在緊急情況下，即使系統尚未發出接管通知也要接管駕駛。因此駕駛員全程都要保持高度注意力，已經處於駕駛狀態，即使尚未接管駕駛，在醉酒時也應構成本罪。

（二）醉酒者使用 L4-L5 級汽車能否構成本罪

L4 和 L5 是真正自動化，兩者區別主要在於所行駛的道路區域不同。其中，L4 級是高度自動化（High Automation），系統能在部分區域完成所有駕駛任務，無須駕駛員接管駕駛，駕駛員也不需要觀測路況。但系統可能給駕駛員發送請求協助通知，駕駛員既可以接管駕駛，也可以不予理睬。^[12]L4 與 L3 的區別在於，L4 在碰到緊急情況時能自行解決問題，或自動採取危險最小化措施，L3 則需要駕駛員接管駕駛。L5 級是完全自動化（Full Automation），系統能在全部道路上完成所有駕駛任務，不會給使用者發送接管或協助通知，使用者既不需要觀測路況，也不參與駕駛，完全處於乘客地位，但使用者也可以選擇人工駕駛而不使用自動駕駛系統。

可見，在 L4 和 L5 中，是由系統負責駕駛的，在車上的使用者實際上相當於乘客，既不必接管駕駛，也不負責觀察路況和決策，所有駕駛操作都由系統自動完成。並且，使用者有可能不在車上，比如在使用汽車運貨時，使用者只需在遙控器上設定目的地、途徑地並按按鈕啟動汽車即可，因此，使用者無論醉酒與否，都不會因其駕駛操作而顯著提高交通事故發生概率，不應構成本罪。

不過，如果醉酒者對醉酒之後發生的交通事故具有過失，比如，由於醉酒導致意識模糊，明顯忽略自動駕駛汽車要求接管駕駛的緊急提示，因而對事故結果具有重大過失，則應考慮其對事故結果有無過失責任。由於使用者可以選擇人工駕駛而不使用自動駕駛，如果使用人工駕駛，則醉酒後在道路上駕駛機動車當然構成本罪。雖然不是全程使用人工駕駛，但頻繁操縱駕駛，比如遙控指揮自動駕駛汽車飆車、超速及其他違規等，同樣應構成本罪，因為其是車輛實質控制人，實質上是他在駕駛。駕駛員是指“操作、駕駛或實質控制車輛之任何人”。^[13]

我國台灣學者比較細緻地討論了“駕駛”的定義。其認為就本罪在 L4、L5 中的適用而言，重要的是醉酒者僅啟動汽車是否屬於駕駛，如果屬於駕駛，則按本罪抽象危險犯本質，自然無法不構成本罪，因為只要在性質上屬於醉酒駕駛，就不會因為行為持續時間過短而影響本罪成立。^[14]肯定說認為，自動駕駛汽車的行駛本身是由使用者指令所左右的，使用者可以指定目的地或路線，能啟動自動駕駛系統，能剎車停車，即便在 L5 中，用戶也可以選擇控制車輛，因此可以認為自動駕駛

[11] 參見黃種甲：《論自動駕駛汽車之“駕駛”概念：以不能安全駕駛罪及肇事逃逸罪為中心》，載《台大法學論叢》第49卷特刊（2020年），第1455頁。

[12] 參見高翔：《自動駕駛與機器人中的SLAM技術——從理論到實踐》，電子工業出版社2023年版，第5-6頁。

[13] See Jacob D. Walpert, *Carpooling Liability?: Applying Tort Law Principles to the Joint Emergence of Self-Driving Automobiles and Transportation Network Companies*, 85 Fordham Law Review, 1863, 1886 (2017).

[14] 參見黃種甲：《論自動駕駛汽車之“駕駛”概念：以不能安全駕駛罪及肇事逃逸罪為中心》，載《台大法學論叢》第49卷特刊（2020年），第1411頁。

汽車是在使用者的控制下行駛的，屬於駕駛。^[15]

本文認為，如果認為僅啟動自動駕駛汽車即屬於駕駛，會導致將自動駕駛汽車和普通汽車完全等同，並且忽略刑法設立本罪的立法理由，即醉酒後駕駛汽車會由於駕駛員意識障礙而大幅度提高交通事故發生概率，而僅啟動自動駕駛汽車而不真正操作駕駛的行為類型並不會提高交通事故發生概率。如果肯定僅啟動即屬於駕駛，則遙控剎車停車也屬於駕駛，則在飲酒之後立即遙控剎車停車也屬於醉酒駕駛，但僅剎車停車顯然不會提高交通事故發生概率，不能以犯罪論處。因此，不宜認為僅啟動自動駕駛汽車即屬於駕駛。應當從實質上考慮對道路交通安全真正有危險的駕駛行為，比如各種實質操縱駕駛行為等。

二、使用者能否構成交通肇事罪

有學者認為，在自動駕駛汽車自主控制狀態下發生交通事故的，其生產者、使用者和其他人員難以按照我國現有刑法的罪名定罪處罰；除非道路交通安全法和刑法有專門規定，否則駕駛人員不接管汽車或接管後無力改變交通事故結果的，不構成交通肇事罪或其他管理過失犯罪。^[16] 本文不贊同這種過於絕對化的觀點，認為應當具體問題具體分析，即使在 L4 和 L5 中，駕駛員也可能構成犯罪。正如有學者所言，不能簡單地認為駕駛員對相關事故沒有故意和過失行為，而應根據實際情況對各個主體的行為進行分析。例如，如果自動駕駛系統對路況進行了正確判斷，而駕駛員卻進行了錯誤判斷，導致事故發生，這一行為本身就存在過失，駕駛員沒有理由不承擔過失責任；如果自動駕駛系統沒有對前方距離非常近（遠遠小於安全車距範圍）的行人進行緊急制動操作，駕駛員卻完全依賴自動駕駛系統制動而沒有接管駕駛強行剎車，便屬於過於自信的過失。^[17]

（一）在 L0-L3 中使用者能否構成交通肇事罪

由於 L0-L2 級中幾乎完全由駕駛員操作駕駛，因此不涉及自動化相關問題。在 L3 中，由於駕駛全程由駕駛員負責，系統僅是輔助，當出現系統難以處理的險情時，系統會提示駕駛員接管駕駛，但也可能由於故障而未能及時提示。

如果駕駛員發現，出現了系統難以處理的險情，而系統卻由於誤判或故障等原因，沒有及時提示駕駛員接管駕駛時，駕駛員應否主動及時接管駕駛？答案是肯定的，因為是駕駛員在駕駛汽車，系統只是輔助駕駛工具，駕駛員應主動應對駕駛過程中出現的任何險情。如果駕駛員明知汽車可能撞上行入卻放任不管，或者誤以為即便撞死行人也是汽車生產商、銷售商的責任而與自己無關，則應構成故意殺人罪，正如放任自己的狼狗咬死他人要構成故意殺人罪一樣。

如果駕駛員不知道發生了險情，或者知道發生了險情卻誤以為系統能夠自動避免，則應視具體情況考慮駕駛員能否構成交通肇事罪。因為，駕駛員的駕駛行為創造了交通往來危險，其對其他使用道路的人應負維持交通安全義務，以防損害發生，故負有避免撞傷他人的注意義務。^[18] 只要違反了交通運輸管理法規，並且對交通事故損害結果具有過失，就應構成交通肇事罪。例如，其他與駕駛員駕駛技術相當的人，在當時情況下都能看出即將發生交通事故，但駕駛員當時忙於看手機視頻，而沒有注視道路前方，且又超速駕駛，無疑具有過失。在 L3 中，駕駛員是經過駕駛培訓、通過考試取得駕駛證的人，理應用駕駛員標準來考察其對具體損害結果的預見能力和避免能力，以考慮能否構成過失犯罪。

[15] 參見黃種甲：《論自動駕駛汽車之“駕駛”概念：以不能安全駕駛罪及肇事逃逸罪為中心》，載《台大法學論叢》第49卷特刊（2020年），第1416頁。

[16] 參見皮勇：《論自動駕駛汽車生產者的刑事責任》，載《比較法研究》2022年第1期，第55頁。

[17] 參見郝守才、郝媛媛：《論自動駕駛汽車涉罪的刑事責任與刑事立法的完善》，載《鐵道警察學院學報》2023年第3期，第74頁。

[18] 參見陳聰富：《侵權行為法原理》（第2版），元照出版公司2021年版，第211頁。

如果系統發現出現了系統難以處理的險情而發出提示要求駕駛員接管，但駕駛員明知可能發生事故而拒不接管時，可能構成故意殺人等故意犯罪。如果在系統尚未發出接管通知、或駕駛員接到通知但來不及接管駕駛、或雖已接管駕駛但來不及採取有效措施時，就發生了交通事故，則要全面考慮駕駛員對事故結果有無違反注意義務。比如，是因系統失靈而未及時通知，還是因駕駛員打電話而未及時接管駕駛，駕駛員對系統失靈有無故意或過失，來不及採取有效措施的原因等，駕駛員有可能構成交通肇事罪。

例如，2018年3月，一輛優步（Uber）自動駕駛汽車在亞利桑那州坦佩市以時速70公里進行測試行駛，因判斷失誤而將一位推著自行車橫穿馬路的49歲婦女撞死。系統先是誤把婦女當成其他車輛，在事故發生前1.2秒才確認是婦女並可能撞上該婦女，但已無法避開而需要緊急剎車，但行動抑制機制的設計卻讓緊急剎車動作延後1秒（因為需要再度確認風險本質以避免誤判），直到事故發生前0.2秒，系統才發出警報要求測試員接管駕駛，但測試員當時並未注意路況，導致其在自動駕駛汽車撞上婦女近1秒後才踩剎車。^[19]可見，如果駕駛員密切注視路況，就能及時發現推著自行車橫穿馬路的婦女，就能警覺自動駕駛系統是否失靈而在系統提出接管要求之前及時接管駕駛並緊急剎車，因而承辦檢察官認為，女測試員當時用手機觀看綜藝節目、未盡到監督義務的過失是事故發生的主要原因。^[20]

又如，2018年12月，在我國台灣省道三號新竹路段，一輛特斯拉自動駕駛汽車撞上一輛警車，因為駕駛員在開啟自動駕駛功能之後睡著了，沒有注意自動駕駛汽車要求接管駕駛的警示。^[21]如果駕駛員沒有邊開車邊睡覺，就能及時發現險情而及時接管駕駛，因而對事故可能具有過失。

但如果駕駛員沒有違反交通規則，即使不小心導致交通事故造成被害人死亡，也不能以交通肇事罪或過失致人死亡罪論處，因為這是法律允許的風險。“科技不可能永遠安全，如果我們想利用一項特定科技，就必須容忍它的風險。”^[22]“如果禁止一切危險，社會就會停滯”。^[23]只要遵守了行為基準或行為規範，就不會將實施有風險的行為認定為違反注意義務。例如，如果完全遵守了交通規則，即使駕駛行為是有危險的，也不被認為違反注意義務。^[24]但如果是故意殺人，即使沒有違反交通規則，也不可能被法律允許。比如，司機看到行人闖紅燈過馬路時，雖然明知行人違反交通規則而自己並未違反交通規則，也不能不剎車而將行人撞死，否則將構成故意殺人罪，其行為完全符合故意殺人罪的各項成立條件，沒有違反交通規則並非違法性或責任的阻卻事由。

（二）在L4和L5中使用者能否構成交通肇事罪

根據我國2021年8月《汽車駕駛自動化分級GB/T 40429-2021》的規定，在第5級（相當於L5）中，系統仍可以請求使用者接管駕駛，用戶既可以接管駕駛也可以不予理睬。並且，使用者可以隨時請求系統退出，可以不啟動系統而全程人工駕駛，說明第5級也必須安裝方向盤、剎車和油門等設備，說明使用者在第5級中也有一定的注意義務。因此，L4和L5自動駕駛汽車一般都會安裝人工啟動、剎車、停車裝置以便人工操縱。那麼，當使用者發現道路上出現險情而系統明顯有誤判、失靈時，是否有義務主動接管駕駛或者緊急剎車停車？例如，道路前方明明出現了行人而系統卻沒有剎車停車跡象，或系統已經多次違反駕駛常規駕駛而有被駭客操縱嫌疑，使用者應否立即採

[19] 參見黃昱凱：《Level 4等級自動駕駛汽車道德困境決策行為初探：電車困境的應用》，載《運輸學刊》第32卷第4期（2020年），第430頁。

[20] See *Uber 'not criminally liable' for self-driving death*, BBC NEWS (6 March 2019), <https://www.bbc.com/news/technology-47468391>.

[21] 參見黃昱凱：《Level 4等級自動駕駛汽車道德困境決策行為初探：電車困境的應用》，載《運輸學刊》第32卷第4期（2020年），第430頁。

[22] 參見Eric Hilgendorf：《自動駕駛與刑法——以“阿沙芬堡案”為例》，林信銘譯，載《高大法學論叢》第15卷第1期（2019年），第2頁。

[23] 參見陳家林：《外國刑法理論的思潮與流變》，中國人民公安大學出版社2017年版，第233頁。

[24] 參見張明楷：《外國刑法綱要》（第3版），法律出版社2020年版，第209頁。

取剎車停車等有效措施？如果有義務而拒不履行，能否構成相關犯罪？

有學者認為，在 L4-L5 自動駕駛汽車交通事故中，汽車生產者完全掌握機動車的運行支配，徹底取代人類駕駛者而成為唯一的責任主體，因而使用者不會構成犯罪。^[25] 本文認為，這種觀點過於絕對。從費希爾道德責任理論看，雖然自動駕駛汽車解除了使用者對汽車的引導性控制，但並沒有卸載使用者對汽車的管制性控制，因此使用者仍應為自動駕駛汽車交通事故承擔相應道德責任。^[26] 由於汽車是供使用者使用的，使用者理應對其使用工具所造成的損害承擔責任，有義務及時監測工具在使用過程中所發生的各種危險。當發現險情時，使用者有義務主動接管駕駛或者緊急剎車停車，不能明知系統可能出現故障或已經出現故障卻放任不管，甚至希望事故發生；否則，應構成相應故意犯罪，無論使用者是否在車上。例如，當使用者發現有小孩突然跑到道路中間，而系統卻沒有剎車跡象時，就應立即手動或遙控剎車或停車，不能放任汽車撞上小孩；否則，應構成間接故意殺人罪，不能藉口使用自動駕駛而免除刑事責任。如果使用者誤以為即便撞死人也是汽車生產商、銷售商的責任而與自己無關，因而放任汽車撞人，則是法律認識錯誤，不影響其構成故意殺人罪。

正如有學者所言，由於 L3 和 L4 的自動駕駛功能可以由駕駛員主動停止運作或者可以轉換為由人接手，所以在交通事故發生時，駕駛員有無責任仍需視其有無履行危險情況注意義務與接管駕駛義務而定；由於這兩級自動駕駛功能主要在於駕駛員與自動駕駛系統的合作與互動，所以駕駛員有無過失取決於其是否在適當條件下起用自動駕駛系統。^[27] 例如，如果在濃霧或暴風雨等不適宜使用自動駕駛的情況下啟用自動駕駛系統，駕駛員就可能存在過失；當自動駕駛系統因碰到無法應變或難以處置的緊急情況而發出警示通知，要求駕駛員接管駕駛時，駕駛員應當具備瞬間解讀道路狀況的能力，並立即做出反應以避免事故發生，如果駕駛員未能於適當時機接管駕駛，就可能有過失。^[28]

特別是，L4 或 L5 在發現自己難以處理的險情時，有可能對使用者發出協助通知，儘管理論上根據自動化設計規則，使用者無需回應這種通知，但這種通知實際上已經提醒使用者，汽車碰到了自動駕駛系統難以處理的險情，需要人類協助，如果使用者置之不理，無疑具有主觀惡性。德國《道路交通安全法》第 1 條 f 第 2 項也規定，自動駕駛汽車的技術監督員有義務回應自動駕駛汽車做出的採取替代駕駛行為的提示，如果自動駕駛汽車提示應當關閉自動駕駛功能，則駕駛員應當立即關閉自動駕駛而不能強行使用。^[29] 依德國《道路交通安全法》第 1 條 b 第 1 項規定，雖然駕駛員在使用 L3 和 L4 自動駕駛系統時不用注意交通狀況和控制車輛，但其必須處於“隨時準備接手駕駛”的狀態，當根據自動駕駛系統的警示通知，或依其認知，或依“明顯狀況”其必須認知依規使用 L3 或 L4 自動駕駛功能的前提已不存在時，駕駛員就有義務及時接管駕駛。^[30] 不過，法律並未要求駕駛員必須持續監測道路交通狀況，而僅要求其履行最低限度的注意義務，以便在必要時能及時接管車輛控制。^[31] 換言之，駕駛員僅在違反最低限度注意義務時才可能產生法律責任。^[32]

那麼，這是否會造成認真監視車輛駕駛情況的使用者可能構成犯罪，而故意從不監視車輛駕駛情況的使用者反而不構成犯罪這種不平衡？為了避免出現這種問題，法律有必要規定，任何使用自

[25] 參見張龍：《自動駕駛型道路交通事故責任主體認定研究》，載《蘇州大學學報（哲學社會科學版）》2018年第5期，第73-80頁。

[26] 參見顧世春：《費希爾道德責任理論視角下自動駕駛汽車使用者道德責任研究》，載《自然辯證法研究》2021年第2期，第113-118頁。

[27] 參見吳淑莉、董啟忠：《汽車交通事故駕駛人之侵權責任》，載《財產法暨經濟法》第70期（2022年），第103頁。

[28] See Jeffrey R. Zohn, *When Robots Attack: How Should the Law Handle Self-Driving Cars That Cause Damages*, University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy, p.461, 478 (2015).

[29] 參見李聖傑：《“自動駕駛汽車”肇事之刑法評價省思》，載《檢察新論》第32期（2023年），第105頁。

[30] 參見蕭文生：《自動駕駛汽車法制之發展（上）》，載《月旦法學雜誌》第318期（2021年），第109頁。

[31] Siehe J-E. Schirmer, *Augen auf beim automatisierten Fahren! Die StVG-Novelle ist ein Montagsstück*, NZV2017, S.255.

[32] Siehe Lüdemann, Sutter, Vogelpohi, *Neue Pflichten für Fahrzeugführer beim automatisierten Fahren-eine Analyse aus rechtlicher und verkehrspsychologischer Sicht*, NZV 2018, S.414.

動駕駛汽車的人，都必須密切監視汽車行駛狀況，以便及時採取有效措施。即使是完全不懂駕駛技術的人，對於汽車即將撞上行人或他車這種比較明顯的事態，也是能夠發現並及時採取剎車停車等措施的，因此有義務監視汽車運行情況；否則，對於汽車行駛過程中發生的事故，應當成立不作為犯罪。類似於自己在家裏呼呼大睡而放任自己飼養的狼狗在外面咬人，儘管其將狼狗放出門時並不確定其狼狗會不會咬人、會咬到哪一個人。無需親自自動駕駛不等於不需要監視駕駛，自動駕駛只是幫助使用者節省駕駛操作，減輕駕駛時的緊張和壓力，而不是完全代替使用者駕駛。

不過，在 L4 和 L5 中，如果使用者確實不知道系統可能發生故障，或者感覺系統可能發生或者正在發生故障卻不知道怎樣干預，則主觀上沒有犯罪故意，不構成故意犯罪。此時，應根據使用者的駕駛能力來判斷其是否構成交通肇事罪。如果是駕駛員，則同在 L3 中一樣，只要違反交通運輸管理法規和注意義務，即可構成交通肇事罪。使用者在 L4 和 L5 中不構成醉酒駕駛型危險駕駛罪並不意味著不能構成交通肇事罪，因為兩者理由不同。不構成醉酒駕駛型危險駕駛罪是因為醉酒者並未真正駕駛汽車，是完全由系統自動駕駛，此時人的醉酒並不會顯著提高交通事故發生概率，不符合抽象危險犯的設立理由，而構成交通肇事罪則是因為駕駛員違反了注意義務和交通運輸管理法規，有義務避免而未能避免具體損害結果發生，根據《中華人民共和國刑法》第 18 條第 4 款，即使是醉酒者也應當承擔刑事責任。

總之，雖然系統失靈一般是製造商的責任，但應當預見系統可能失靈卻沒有預見到、應當接管駕駛卻沒有及時接管駕駛、應當剎車停車而沒有及時剎車停車、應當轉向改道而沒有轉向改道等，則是使用者的責任。或者說，雖然自動駕駛是由系統負責，但自動駕駛之外的注意義務仍由使用者承擔。主要是作為義務，不履行者能構成不作為犯罪，而與傳統汽車中駕駛員的作為過失有所不同。如果不是駕駛員而只是普通乘客，則難以用與駕駛員相同的標準來判斷乘客對具體損害結果有無注意義務，而應當用普通乘客的標準來判斷其有無注意義務、是否違背注意義務，但也可能構成交通肇事罪，比如具有重大過失等。

（三）應當區分抽象注意義務和具體注意義務

由於被允許的危險理論和過失犯本質理論都使用“注意義務”這一詞語，導致許多學者誤把兩者當成同一個概念，產生種種混亂。涉及的問題主要是，行為人應當預見和避免的對象，到底是具體的還是抽象的損害結果？汽車生產商、銷售商、程序研發人員，對某個交通事故中受害者的死亡，到底有無注意義務？本文認為，應當準確分辨這兩種不同的“注意義務”，不應將兩者混為一談。

其中，被允許的危險理論中的注意義務，是一種預見某種行為的事故發生概率並使該概率符合法定標準的義務，不是對具體損害結果的預見和避免義務。例如，任何生產銷售汽車的人，都知道汽車在道路上行駛總是會有一定的事故發生概率的，有義務使自己生產銷售的汽車的事故發生概率低於法定標準，否則就是違反注意義務。但這顯然不是對某一輛汽車將會在何時何地撞死何人的具體結果的預見和避免義務，他們在客觀上不可能預見並避免某一具體損害結果，因而不可能對具體損害結果負有注意義務。如果認為只要不生產銷售汽車就能避免所有交通事故，因而在個案中仍然屬於對具體損害結果能夠預見和避免，則是將抽象預見和具體預見混為一談，並且與國家允許實施風險行為不符。

而自動駕駛汽車的使用者的注意義務，則是對某一個損害結果的預見和避免義務，因為只有對具體的損害結果，才談得上能否預見和避免問題，才能要求行為人承擔預見和避免的注意義務。例如，當有小孩跑著橫穿馬路而經過汽車前面時，使用者對汽車是否會撞上該小孩的預見就是一種具體預見，這種預見是在現場的使用者才可能有的預見，汽車的生產商、銷售商等人則不可能具有這種預見，更不可能有能力避免。不能假設他們能時時刻刻都以高度注意力全神貫注地監視其所生產銷售的每一輛自動駕駛汽車在道路上行駛的情況，因為這顯然不可能。

當自動駕駛系統失靈或車輛硬體出現故障導致交通事故時，使用自動駕駛汽車的駕駛員可能承擔的責任，與車輛製造商、銷售商可能承擔的責任，是兩種性質不同的責任。前者是一種具體的對

他人生命健康所承擔的過失責任，針對對象是行為人能夠預見和避免的某個具體結果。“使用道路的人，應負維護交通安全的義務；所以駕駛人應隨時注意車況，預防任何偶發事件的發生，並有預備停車的準備，如未能盡到此一注意義務，則有侵權行為的賠償責任。換言之，行為人為一定行為後，對於一般人應負預防損害發生的義務。”^[33] 後者則是一種產品責任，是確保自己生產、銷售的產品符合法定安全標準的責任。只要事故發生概率在法律允許範圍內，就屬於法律許可的風險，即使發生事故也不用承擔責任，即使生產者、銷售者“希望”其產品發生事故，也不屬於犯罪故意，因為是法律允許實施的合法行為。一定的事故是現代社會中科技、經濟、社會發展的必要代價，受害人的損失可以由國家賠償或商業保險來解決，不能違背故意、過失理論去追究刑事責任。如果即使盡最大可能注意仍然不能避開刑事責任風險，則自動駕駛汽車將難以進入市場，與自動駕駛汽車推廣相關的好處將會喪失。^[34] 只有所生產、銷售的汽車不符合法定安全標準，才會因出現損害結果而承擔產品責任。如果是故意生產、銷售不合格產品，能構成《中華人民共和國刑法》第146條規定的生產、銷售不符合安全標準的產品罪；如果是過失生產、銷售不合格產品，則僅能承擔侵權損害賠償責任。

有學者認為，如果駕駛員的過失與自動駕駛系統的過失共同導致實害結果發生，則是過失同時犯，應當對駕駛員和車輛供應者分別以過失致死罪論處，但未來有可能在立法論或解釋論上推翻否定過失成立共同正犯的通說，而將駕駛員與車輛供應者認定為過失共同正犯或過失幫助犯。^[35] 本文認為，這是將車輛供應者對他人使用自動駕駛汽車時可能發生事故的抽象注意與駕駛員對某個實害結果的具體注意混為一談，忽略了過失中對預見對象的要求。

另有學者認為，如果製造商未能使其產品符合法定安全標準，就可能對產品所致損害承擔刑事責任，可能被判故意（如果他知道風險）或過失的身體傷害或不作為殺人罪，因為，製造商必須保證其產品達到現行科學和技術標準才能上市銷售，並且必須持續關注消費者的回饋，必要時應召回缺陷產品甚至完全停止銷售等；如果製造商知道剎車有問題，就不能繼續銷售該汽車，正如既然動物園管理者明知從籠子裏放走老虎的後果就必須避免這樣做一樣。^[36] 這種觀點不完全正確。生產者、銷售者只能抽象地預見使用其產品有發生事故的可能性，但卻不可能具體地預見哪一個具體事故會發生，自然也無法採取措施來避免具體結果發生，不能對具體結果承擔刑事責任，不能對事故結果構成故意殺人罪或交通肇事罪。換言之，製造商、銷售商對事故的預見是一種“使用自動駕駛汽車具有一定事故發生概率”的抽象預見，只要這種概率低於法定標準，比如比人工駕駛事故發生概率低兩倍以上等，國家就能允許這種自動駕駛汽車的生產銷售，就屬於合格產品。“為了將自動駕駛汽車投入實際使用，必須將不可避免的事故概率降低到社會可接受的水平（‘容許危險’）。這一水平是‘不歸責於任何人的事故’的社會容忍之限度。”^[37] 事故發生概率在使用傳統汽車時也是存在的，對概率的抽象預見顯然不屬於犯罪過失中的“預見”。而使用者對汽車在行駛途中是否可能撞上他人的預見，則是一種對具體損害結果的具體預見，不是那種始終存在的知道駕駛汽車可能發生事故的抽象預見。因此，不應當將生產者、銷售者及使用者對駕駛汽車可能發生事故的抽象預見與使用者對汽車即將撞到某個人的具體預見混為一談。

還有學者認為：“消費者完全有理由相信製造商所設計的程序在非特殊情況下都會遵守交通

[33] 參見郭冠甫：《侵權行為》，三民書局2006年版，第18頁。

[34] 參見[瑞士]薩賓娜·格萊斯等：《若機器人致害，誰將擔責？—自動駕駛汽車與刑事責任》，陳世偉譯，載陳興良主編：《刑事法評論》第2卷，北京大學出版社2017年版，第351頁。

[35] 參見陳俊偉：《論駕駛半自動駕駛車輛肇事之刑事責任》，載《刑事政策與犯罪防治研究》第27期（2021年），第333頁。

[36] 參見[瑞士]薩賓娜·格萊斯等：《若機器人致害，誰將擔責？—自動駕駛汽車與刑事責任》，陳世偉譯，載陳興良主編《刑事法評論》第2卷，北京大學出版社2017年版，第349頁。

[37] 參見[日]松宮孝明：《有關自動駕駛的刑事法諸問題》，孫文譯，載《高大法學論叢》第18卷第1期（2022年），第280頁。

規範，故其對自動駕駛汽車違反交通規則進而造成交通事故的行為並不具有預見可能性。”“普通交通肇事行為是生產廠商因程序設計缺陷等原因造成的，消費者對此種事故並不存在過失，當然無須承擔侵權責任。”^[38] 本文認為，這種觀點過於理想化，並且對過失的定義存在誤解。因為，其是假設自動駕駛系統在任何情況下都能遵守所有交通規則，並且能夠即時更新資訊而時時知道最新頒佈的交通規則，並假設使用者也從來不會指令自動駕駛汽車違反任何交通規則。這無疑過於理想化而不切實際。而認為只要自己的車不違反交通規則就不會造成交通事故也不切實際，因為道路上其他人和車可能違反交通規則引發事故。即使自動駕駛汽車完全遵守交通規則，使用者也可能違反注意義務。比如，L4 自動駕駛汽車在傍晚行駛時，由於光線較暗，未能識別躺在馬路中間的精神病人，正在車上的駕駛員也因打手機遊戲而未能發現精神病人，導致自動駕駛汽車將精神病人當場壓死，顯然，駕駛員只要稍微注意，就能發現一個成年人躺在馬路中間，就能指令自動駕駛汽車緊急剎車或繞開那個人，因而存在重大過失。

（四）使用者的超越承擔過失問題

如果使用者對各級自動駕駛汽車的系統失靈或硬體故障有過錯，因而導致交通事故的，也應當對事故結果構成過失犯罪。例如，使用者執意不安裝防滑鏈而行駛於雪地上導致汽車打滑、未更新地圖即進行跨區旅遊而肇事、因未及時更新系統或未及時更換硬體導致系統失靈等。^[39] 即使用者有義務事先判斷車輛是否適於自動駕駛。^[40] 日本國土交通省自動車局 2018 年 9 月頒佈的《自動駕駛車輛安全技術準則》中規定，自動駕駛汽車使用者應當對自動駕駛汽車的設備進行檢查與管理，並按要求更新系統，以確保行車安全。

以上屬於超越承擔過失問題。雖然使用者對具體損害結果無預見能力或無避免能力，按通常過失理論，似乎應當由於缺乏結果避免能力而不承擔避免義務、不構成過失犯罪，但由於使用者事先對自己欠缺預見能力或避免能力有過錯，因而理論上不承認其缺乏注意能力的抗辯，而認為其仍應構成過失犯罪。^[41] 例如，當發現汽車快要撞上某個滑雪者，想要避免該結果卻由於汽車打滑而無法控制汽車行進方向，以至於汽車撞死滑雪者，行為人要構成交通肇事罪；當發現汽車快要撞到橫穿馬路的行人，而自動駕駛系統卻無剎車跡象，想要避免該結果而緊急接管駕駛，但由於剎車系統失靈而無法剎住車，導致汽車撞死了行人，事後發現是由於自己未及時更新自動駕駛系統導致剎車系統失靈時，行為人也應構成交通肇事罪。

三、使用者能否構成肇事後逃逸犯罪

和傳統駕駛一樣，在自動駕駛中，也可能發生交通肇事後逃逸的問題，此時，使用者能否構成肇事後逃逸的犯罪？這裏首先需要理解何為“逃逸”，其次必須結合自動駕駛的特徵來理解。

（一）肇事後逃逸是指肇事後拒不履行救助義務

最高人民法院 2000 年頒佈的《關於審理交通肇事刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第 3、5、6 條中將“肇事後逃逸”解釋為“在發生交通事故後，為逃避法律追究而逃跑的行為”。這一解釋受到許多學者批評。例如，張明楷教授認為，將“逃逸”解釋為“為逃避法律追究而逃跑”明顯不合理：其一，犯罪後為逃避法律追究而逃跑是人之常情，犯罪後不逃跑是不具有期待可能性的行為；其二，刑法之所以沒有將逃逸規定為殺人、放火、搶劫等罪的法定刑升格情節，而僅將逃

[38] 參見魏超：《自動駕駛汽車對生命緊急避險的刑事責任》，載《華東政法大學學報》2022年第4期，第79頁。

[39] 參見黃種甲：《論自動駕駛汽車之“駕駛”概念：以不能安全駕駛罪及肇事逃逸罪為中心》，載《台大法律論叢》第49卷特刊（2020年），第1416頁。

[40] See Takeyoshi Imai, *Legal Regulation of Autonomous Driving Technology: Current Conditions and Issues in Japan*, 43 IATSS Research, 263, 264 (2019).

[41] 參見周銘川：《德國刑法中的超越承擔過失理論介評》，載《西南政法大學學報》2010年第6期，第31-40頁。

逸規定為交通肇事罪的法定刑升格情節，是因為在交通肇事場合有需要救助的被害人，是為了促使行為人救助被害人；其三，在“因逃逸致人死亡”中，顯然是因為不救助被害人才導致被害人死亡，而不能認為逃避法律追究是致人死亡的原因；其四，之所以要求行為人救助被害人，是因為行為人的交通肇事行為使他人生命處於危險狀態，由此產生作為義務，不履行作為義務當然能夠成為法定刑升格根據。因此，應當以不救助被害人的不作為為核心來理解和認定逃逸，逃逸是指逃避履行救助被害人的義務，只要在交通肇事後不救助被害人，即使仍然留在事故現場也屬於逃逸，反之，讓其家屬或朋友救助傷者而自己離開現場的，則不屬於逃逸。^[42]周光權教授也認為，對於“逃逸”應該解釋為不救助被害人而逃跑，而沒有必要考察行為人是否出於逃避法律追究的動機或目的，“因逃逸致人死亡”則是指行為人在交通肇事後對被害人不予救助，致使其死亡的情形。^[43]黎宏教授亦認為，之所以將交通肇事後逃逸作為加重處罰情節，主要是考慮到被害人的生命安全，避免被害人因為行為人逃逸而延誤治療，目的是促使行為人積極救助被害人，而不只是為了督促肇事者主動接受法律的追究，同時，犯罪後逃避法律制裁也是人之常情，不能成為加重犯罪人刑罰的理由，因此，將“交通肇事後逃逸”理解為“為逃避法律追究而逃跑的行為”顯然不妥。^[44]我國台灣“刑法”中肇事後逃逸罪的立法理由也是“為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護”。^[45]

本文贊成上述學者的觀點，認為“逃逸”的實質是對事故傷者拒不履行救助義務，不是對逃逸之前的交通事故拒不承擔法律責任，否則，必然得出如下結論：一是在任何犯罪條文中都應規定處罰犯罪後逃逸行為，不應僅規定於交通肇事罪中；二是若因犯罪後企圖拒不承擔法律責任而被加重刑罰，相當於對同一個犯罪行為處罰兩次，違背一事不再罰原則和罪刑相適應原則；三是會導致認為肇事後不逃跑而在現場看著傷者痛苦死亡的，反而不能按“逃逸”處罰，這明顯不合常理，因為此種情形下肇事者主觀惡性更大；四是會導致對不願承擔法律責任的主觀態度的處罰比對致人重傷死亡的交通肇事本身的處罰更重。例如，根據《中華人民共和國刑法》第133條的規定，交通肇事致人重傷、死亡或者使公私財產遭受重大損失的，法定刑為三年以下有期徒刑或拘役，肇事後逃逸的，法定刑為三年以上七年以下有期徒刑；如果認為“逃逸”是指“為逃避法律追究而逃跑”，實際上是對交通肇事行為處罰了兩次，一次是交通肇事行為，一次是肇事後為了逃避法律追究而逃跑的行為，法定刑從最高3年提高到最高7年，翻了一倍多；假如某人交通肇事當場撞死一人，沒有逃跑時最高能判3年，如果逃跑之後被抓回，則最高能判7年，這多出的4年，既不是處罰逃跑行為，因為逃跑行為本身沒有任何社會危害性，不可能受處罰，也不是處罰對撞死人拒不承擔法律責任的行為，因為犯罪人被抓之後被定罪量刑了，已經對此承擔了法律責任，所以唯一受處罰的，是行為人不願意對撞死人承擔法律責任的主觀態度。有學者由於沒有認識到肇事後“逃逸”的本質是拒不履行救助義務，導致認為該條文違反了憲法中的平等原則，應當廢除，理由是其他犯罪都不處罰犯罪後逃逸行為。^[46]

（一）各級自動駕駛汽車使用者均能構成肇事後逃逸犯罪

如前所述，在L0-L3級中，雖然使用了一些駕駛輔助系統或自動駕駛系統，但仍然是由駕駛員負責全部駕駛的，駕駛員能因違反交通運輸管理法規和注意義務造成交通事故而構成交通肇事罪。在此基礎上，駕駛員在發現交通事故之後，拒不履行救助傷者義務而逃逸的，在我國大陸構成具有逃逸情節或因逃逸致人死亡情節的交通肇事罪，在我國台灣構成單獨的“肇事後逃逸罪”，兩者可

[42] 參見張明楷：《刑法學（下）》（第6版），法律出版社2021年版，第926-927頁。

[43] 參見周光權：《刑法各論》（第4版），中國人民大學出版社2021年版，第218頁。

[44] 參見黎宏：《刑法學各論》（第2版），法律出版社2016年版，第61頁。

[45] 參見甘添貴：《刑法各論（下）》，三民書局2014年版，第68頁；林山田：《刑法各罪論（下冊）》（修訂5版），北京大學出版社2012年版，第192頁。

[46] 參見姜濤：《交通肇事後逃逸加重處罰的合憲性思考》，載《比較法研究》2019年第1期，第162-176頁。

統稱為“肇事後逃逸犯罪”。在 L4 和 L5 中，如果使用者發現自己所乘坐或遙控指揮的自動駕駛汽車發生交通事故，其有無救助傷者義務？能否因不履行救助義務而構成肇事後逃逸犯罪？

本文認為，如果 L4 和 L5 使用者是具有駕駛證的駕駛員，則應當適用和其他駕駛員相同的注意義務標準，更可能因違反交通運輸管理法規和注意義務而構成交通肇事罪，無論事故發生時其是否在車上。在此基礎上，使用者肇事後自己駕車逃逸或者指使肇事車輛逃逸，拒不救助傷者的，應當構成肇事後逃逸犯罪。

如果 L4 和 L5 使用者是不具有駕駛證的普通人，比如未成年人、老年人、殘疾人或其他不懂駕駛技術的人，由於其對具體損害結果的預見能力和避免能力要遠低於駕駛員，所以其構成交通肇事罪的可能性要比駕駛員小得多，僅對一些比較明顯的事態能成立交通肇事罪。如果能構成交通肇事罪，自然能在此基礎上構成肇事後逃逸犯罪。如果不能構成交通肇事罪，則能否構成肇事後逃逸犯罪就容易產生爭議。

其一，如果認為構成肇事後逃逸犯罪必須以行為首先構成交通肇事罪為前提，^[47]則容易否認普通人的刑事責任，既然行為人不構成交通肇事罪，自然無法構成肇事後逃逸犯罪。例如，小王遙控指揮其 L5 自動駕駛汽車運送鋼材，沒料到自動駕駛汽車在行駛過程中因判斷失誤，將橫穿馬路的行人撞成重傷，小王在發現後趕緊遙控讓自動駕駛汽車逃離肇事現場，其將不構成肇事後逃逸犯罪，但這不太合理。

其二，如果認為構成肇事後逃逸犯罪並不以行為首先構成交通肇事罪為前提，則容易認為，即使使用者並不構成交通肇事罪，也同樣要構成肇事後逃逸犯罪。比如在上例中，雖然小王對自動駕駛汽車違反交通規則過失肇事之結果無法預見，因而本人不構成交通肇事罪，但其是自動駕駛汽車的使用者，當發現有人被撞之後，就對傷者負有救助義務，應當立即撥打 120 急救電話和 122 交通事故報警電話，並立即趕往事故現場以救助傷者，而不能遙控指揮肇事車輛逃離現場，因此小王仍應構成肇事後逃逸犯罪，或者因不履行救助義務放任傷者死傷而構成故意傷害罪或故意殺人罪。

（二）各級自動駕駛汽車使用者都對車禍傷者有救助義務

本文認為，無論汽車自動化駕駛程度如何，對使用者而言，即使其對交通事故並不構成交通肇事罪，比如由於沒有違反交通運輸管理法規或沒有違反注意義務而不構成交通肇事罪，也仍然對事故中傷者具有救助義務，因為是他在使用汽車過程中造成他人傷害的，其有義務採取有效措施防止傷害結果進一步擴大，這屬於先行行為引起的救助義務。^[48]這種作為義務不能因為使用了自動駕駛而當然免除。不能指望與事故無關的其他人去救助傷者，更不能讓汽車生產商、銷售商去承擔這種救助義務，因為他們對具體事故毫不知情，事先無法預見和避免，事後無法及時得知，根本沒有能力進行救助。因此，使用者對事故傷者具有救助義務，拒不履行救助義務而放任傷者重傷或死亡的，構成不作為的故意傷害罪或故意殺人罪。只是《中華人民共和國刑法》第 133 條將這種拒不履行救助義務的故意不作為犯罪作為一種加重情節規定在交通肇事罪條文中，形成在過失犯罪中規定故意犯罪情節的奇特局面，導致形成諸多誤解。

反之，如果認為自動駕駛汽車的使用者對事故傷者沒有救助義務，則一是對傷者很不公平，導致傷者的命運完全寄託於撞傷他的汽車是自動駕駛汽車還是普通汽車之上：如果是普通汽車，則其可能因被救助而活下去；如果是自動駕駛汽車，則其將因無人救助而死亡。二是對駕駛員也不公平，因為如果其駕駛的是普通汽車，就要依法對傷者承擔救助義務，如果其駕駛的是自動駕駛汽車，就不用對傷者承擔救助義務，甚至可以放任傷者活活痛死，這顯然不妥。

儘管《刑法》第 133 條將故意不作為犯罪作為加重情節規定在交通肇事罪條文中，但最高人民法院 2000 年《關於審理交通肇事刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第 5 條第 2 款仍然正確

[47] 參見袁國何：《論自動駕駛情形中的刑事責任》，載《蘇州大學學報（法學版）》2022年第4期，第87頁。

[48] 參見馬克昌：《比較刑法原理——外國刑法學總論》，武漢大學出版社2012年版，第177頁。

理解了刑法規定，其規定“交通肇事後，單位主管人員、機動車輛所有人、承包人或者乘車人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯論處。”從而，雖然上述指使者本人既沒有單獨構成交通肇事罪的基本犯，又沒有與肇事者構成交通肇事罪基本犯的共犯，但仍可以因指使肇事者逃逸而與肇事者共同構成交通肇事罪的情節加重犯。因為拒不履行救助義務的所謂“逃逸”本身是故意實施的，不存在過失逃逸問題，從而，指使者是教唆肇事者不履行救助傷者義務的教唆犯，本身可以構成不作為的故意殺人罪或故意傷害罪，兩者是共同成立“逃逸”之故意犯罪，而不是共同成立交通肇事罪這一過失犯罪。

因此，即使自動駕駛汽車的使用者不構成交通肇事罪的基本犯，也可以因為指使肇事車輛逃逸或自己駕駛車輛逃逸而構成肇事後逃逸犯罪，形成既不構成“交通肇事罪（基本犯）”又構成“交通肇事罪（情節加重犯）”的奇特景象。

四、結語

雖然自動駕駛技術的發展使人類減少了駕駛操作，但自動駕駛汽車畢竟只是人類使用的工具，應始終服務於人類並聽從人類的指令。^[49]人類則始終要對其使用工具而給他人造成的損害承擔責任，不能因為工具的先進性、智慧性而否認自己的責任。如果因使用自動駕駛汽車而發生交通事故，就應嚴格根據故意和過失的概念，判斷使用者對事故結果有無故意和過失，可能成立相應犯罪。使用者對交通事故結果所應承擔的刑事責任，與生產者、銷售者對產品的設計、製造缺陷所應承擔的產品責任，是兩種性質的責任，不應混為一談。

Abstract: Regardless of the level of automated driving, an automated vehicle is only a tool used by the user. The owner of the vehicle is liable for any danger or traffic accident arising from the use of the vehicle, and may be charged with offenses such as dangerous driving, traffic accident offenses, or hit-and-run offenses. However, in L4 and L5 scenarios, the user generally cannot commit the offence of dangerous driving while intoxicated, and it is easy to commit the offence of intentional or negligent omission by failing to take over the driving in time. A strict distinction should be made between the abstract forethought of the producer, seller and user of a motor vehicle as to the likelihood of a traffic accident occurring while using the vehicle, and the user's specific forethought as to the outcome of a specific traffic collision.

Key words: Autonomous Vehicles; Users; Abstract Foreseeability; Dangerous Driving; Traffic Accidents.

（責任編輯：馬志遠）

[49] 參見張麗卿：《AI倫理準則及其對台灣法制的影響》，載《月旦法學雜誌》總第301期（2020年），第114頁。

論作為科學的法學的不自信

鄭文革*

摘 要 科學的最初內涵即是自然科學，儘管後期產生了證偽說、科學劃界無用論等觀點，研究對象的時空不變性和研究方法的實證性仍是科學的基本特徵。法學是不是科學的爭論肇始於基爾希曼，其指出了作為科學的法學的無價值性，然而在科學強大的學科影響力之下，法學各流派依然試圖從不同層面論證法學屬於科學，並且各學派的論證模式近乎一致，即通過找尋法學與科學在某一方面的相似性論證二者的同質性，這種論證模式不僅有以偏概全的邏輯缺陷，而且在某種程度上透露出法學內在的不自信。由於知識屬性的差異，法學在性質上根本不同於科學，法學可以吸收科學的懷疑精神和實證方法，但是沒有必要也不可能成為科學。作為正義之學的法學，需要通過實踐理性把握規範正義，人類對正義的永恆追求賦予了法學內生的不假外物的正當性。法學要建立求諸自身的學科自信，擺脫幼稚的嘲哂，逐步走向成熟。

關鍵詞 法學 科學 正當性 實踐理性

引言

自近代自然科學誕生以來，人類社會在科學的指引之下產生了巨大的飛越。馬克思和恩格斯在《共產黨宣言》中曾說過：“資產階級在它的不到一百年的階級統治中所創造的生產力，比過去一切世代創造的全部生產力還要多，還要大。”^[1]這一巨大成就的取得離不開科學的作用，借助這一成就，科學讓人類深深折服並在人們心中獲得了一種不證自明的正當性，這就使得很多想要自立自強的學科自覺或不自覺地向科學靠近，法學亦不能例外。概念法學開此法學科學化之先河，試圖模仿自然科學建構法學概念金字塔。基爾希曼《作為科學的法學的無價值性》一文徹底引發了當時德國法學界關於法學科學性的討論，然而這一討論猶如曇花一現，雖在當時一度炙手可熱，卻在熱議之後陷入長期沉寂。這一討論的意義卻不會隨著熱度的褪去而消失，所謂名不正則言不順，法學的科學性問題不僅對於法學理論研究意義重大，而且會間接對法律實踐產生影響。法學在各類論著中被從不同層面上界定為科學，然而這些層面的科學概念具有極大的模糊性與不統一性，如此界定之

* 鄭文革，南京航空航天大學人文與社會科學學院副教授，法學博士。

[1] [德]馬克思、恩格斯：《共產黨宣言》，中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局譯，人民出版社1997年版，第32頁。

科學概念對於深入理解法學的本質不但沒有幫助，反而使得法學科學性這一問題更加複雜與混亂，與這一問題討論的初衷漸行漸遠。

法學究竟是不是科學？法學理論界對這一問題的討論肇始於德國法學家基爾希曼，他指出作為科學的法學的無價值性。^[2] 其後，耶林認為，法學就是在法律事物（*Dinge des Rechts*）中的科學意識。^[3] 拉倫茨則論證了作為科學的法學的不可或缺性。^[4] 在中國法學界，法學是不是科學的討論此起彼伏，贊成者有之，認為法學既是一種用邏輯來規整經驗的規範科學，也是一種用經驗來滋養邏輯的社會科學。^[5] 反對者有之，認為將法學知識視為“科學知識”，存在學理上的困境，從法學知識學術運作的前提、過程、分析前見、資源支持、學術權力等角度來看，法學“科學主義”的努力是無法成功的。^[6] 在純科學語境下，由於法學的實踐性、評價性、不可驗證性和法律推理內容上的主觀性等原因，法學不可能是科學。^[7] 持中間觀點者亦有之，認為適用於自然科學的嚴格標準，則法學永遠無法進入科學的殿堂；但將科學定位在知識化的體系，則法學可以屬於科學的範圍。^[8] 有學者從語言哲學的角度分析指出，除了“法學具有科學性”這一直陳形式不涉及邏輯謬誤外，“法學等於科學”和“法學屬於科學”都具有悖謬。^[9] 理論爭議的迷思背後固然有對科學概念內涵的觀點不一致，亦存在對法學本身的認知差異，故而，本文試圖厘清不同類型法學科學性命題的內涵，分析其背後的理論緣由，在法學實踐性的基礎上對法學與科學的關係進行反思與總結，從實踐之學的角度重新審視法學的科學性問題。

一、何為科學

科學是英語 *science* 一詞的漢譯，譯介之初，曾有“格致學”的譯法，取《大學》格物致知之意，後日譯“科學”一詞獲得當時更多學者的認同，故而逐步取代“格致學”，成為 *science* 的定譯。日譯“科學”一詞內涵沿襲了英語 *science* 自 19 世紀以來的用法和意思，即“自然科學”（*natural science*）之義。^[10] 從某種意義上來說，科學一開始指的就是近代歐洲以牛頓力學為代表的自然科學。邏輯經驗主義者認為，科學最重要的特徵是，它能夠得到經驗的證實。卡爾·波普爾進一步提出了他的科學證偽理論，認為科學之所以為科學，不在於其可證實，而在於其可證偽，也即科學理論有可被經驗證偽的可能性，而宗教、玄學等理論最終無法訴諸經驗證實或證偽，所以很難稱其為科學。其後，費耶阿本德指出，科學沒有任何特殊的特性，使得它在本質上優於其他種類的知識，對科學理論的選擇可以歸結為依據個人的主觀價值和意願所決定的選擇。^[11] 因此，我國有學

[2] [德]基爾希曼：《作為科學的法學的無價值性——在柏林法學會的演講》，趙陽譯，載《比較法研究》2004年第1期，第138頁。

[3] [德]耶林：《法學是一門科學嗎？（下）》，李君韜譯，載《比較法研究》2008年第2期，第160頁。

[4] [德]卡爾·拉倫茨：《論作為科學的法學的不可或缺性——1966年4月20日在柏林法學會的演講》，趙陽譯，載《比較法研究》2005年第3期，第144頁。

[5] 鄭戈：《再問法學是一門社會科學嗎？——一個實用主義的視角》，載《中國法律評論》2020年第4期，第50頁。

[6] 劉星：《法學“科學主義”的困境——法學知識如何成為法律實踐的組成部分》，載《法學研究》2004年第3期，第27頁。

[7] 周永坤：《法學是科學嗎？——以中國法學界的論辯為中心的敘述》，載《蘇州大學學報（法學版）》2024年第1期，第111頁。

[8] 胡玉鴻：《法學是一門科學嗎？》，載《江蘇社會科學》2003年第4期，第165頁。

[9] 吳國邦：《法學“是”科學意味著什麼？——一種語言哲學的分析》，載《華東政法大學學報》2024年第6期，第94頁。

[10] 參見吳國盛：《什麼是科學》（第二版），商務印書館2023年版，第x-xii頁。

[11] [英]A·F·查爾莫斯：《科學究竟是什麼？》，魯旭東譯，商務印書館2018年版，第4頁。

者認為，科學劃界問題純屬無聊的問題，從科學史來看，科學與非科學之間的界限一直是模糊不清且變動不居的，為科學劃界只會窒息科學的自由和創造精神。^[12] 除非偽科學成為政治上讓人恐懼的意識形態大帽子，使得反偽科學成為一項迫切的政治任務，否則人們並不需要一個絕對正確、普遍適用、可做尚方寶劍的科學標準。^[13]

科學的界限雖然存在不同的理論觀點，但是研究對象的時空不變性和研究方法的實證性卻是科學基本特徵，也是判斷一個學科是否屬於科學的大體標準。借助科學的力量，人類社會生產力實現巨大飛越，除去制度層面的因素，這種生產力的巨大飛越則主要歸功於科學，科學因而在某種程度上取得了價值上的正當性，崇尚科學成為了公認的普世價值。這種由實踐帶來的正當性使得科學得以穩坐學科殿堂的頭把交椅，科學的精神和方法不斷向其他學科擴散，科學的巨大向心力吸引其他學科不斷向科學看齊，希望藉此為本學科正名與背書，法學亦概莫能外。科學對法學的影響可謂深遠，除去將科學的實證方法應用到法學領域之外，不少法學研究者嘗試以科學的範式來改造法學，試圖建立一種完全類似自然科學的法學框架體系，這其中之佼佼者如普赫塔的概念法學與凱爾森的純粹法學，伴隨這種法學科學化趨勢的，便是對法學是否是科學的理論探討。

二、法學的科學性之問

法學的知識屬性早在古希臘之時即有探討，古希臘亞里士多德在其著作《尼各馬可倫理學》中將知識分為 *scientia* 和 *prudentia* 兩種，前者更接近現代意義的科學，科學乃是一種（理論）思考，但（理論）思考自身不能使任何事物運動。後者往往指涉價值相關的實踐學科，實踐之思的對象是行為選擇或欲望，通過實踐之思獲得的知識就是“實踐知識”（*prudentia*），包括宗教知識、倫理知識、政治知識、法律知識等。^[14] 在亞里士多德看來，法律知識屬於實踐知識，有別於作為理論知識的科學。近現代以來，自然科學大放異彩，科學受到極大的推崇，說某種主張或某個推理方法或某項研究是“科學的”，就表明它們具有某種價值或某種特別的可靠性。^[15] 在信仰科學的環境中，法律匠的工作是否屬於科學非常重要，因為科學性意味著信譽與信任。^[16] 除此之外，科學探究自然界的規律，認識並掌握自然規律意味著一種確定性與穩定性，借助科學人們可以更好地預測和控制周圍的環境，規劃自己的生活。追求某種程度的可預期性同樣是法治的基本目標，人們根據法律來決定自己的行為，預測行為的後果是法治的基本要求，在這一層面上法學的研究與科學的研究具有異曲同工之處，這種功用層面的相似對於將法學界定為科學不失為一種重要的佐證。

在科學主義盛行的社會大背景之下，法學科學化蔚然成風，其中典型乃是在十九世紀一度成為德國法學主流學說的概念法學，概念法學的代表人物普赫塔認為，法律概念應該是獨立的、具有自我生產能力的“智慧的存在”。按照邏輯的規律，法學概念構成一座金字塔，它作為自然法獨立於時間和空間而存在。^[17] 概念法學強調對法學進行概念分析和體系建構，認為所有的法律問題都可以在此概念體系中得到完美解決。概念法學構造了一個完美的規則形式主義烏托邦，將法律與社會實踐徹底割裂開，使得法律成為了概念之法、邏輯之法、紙上之法，難以應對複雜多變的社會實踐，

[12] 參見吳國盛：《什麼是科學》（第二版），商務印書館2023年版，第8-9頁。

[13] 參見同上註，第9頁。

[14] 參見舒國滢：《法學的知識譜系》（上），商務印書館2021年版，第78-79頁。

[15] 參見[英]A·F·查爾莫斯：《科學究竟是什麼？》，魯旭東譯，商務印書館2018年版，第1頁。

[16] 參見[德]伯恩·魏德士：《法理學》，丁曉春、吳越譯，法律出版社2013年版，第125頁。

[17] 參見同上註，第203頁。

進而導致其自身的理論破產。概念法學是嚴格按照自然科學的邏輯建構的法律科學體系，法律科學（Rechtswissenschaft, legal science）一詞也由此誕生。儘管這種公理化法學的追求曾一度受到追捧，但是由於和法律實踐漸行漸遠，後來逐漸受到利益法學、評價法學等學派的抨擊，但是批評者無異於挑戰法學的科學化趨勢本身，最多只是想要走出一條有別於自然科學模式的科學化道路。^[18]耶林早年曾是普赫塔的狂熱追隨者，但後來他尖刻地嘲笑普赫塔營造的是法律的“概念天堂”，赫克也指出，概念法學建立在幻想和循環論證的基礎之上，以邏輯的方法不能從概念中得出法律規範意義上的“當為”。^[19]

在法學科學化方興未艾之際，基爾希曼 1847 年在柏林法學會做了題為《作為科學的法學的無價值性》的著名演講，他認為法學並非“科學”，法學作為“科學”從理論上說是無價值的，它不符合“科學”一詞的真正定義，因為法學的研究對象“法律”是主觀的和多變的，這就使得法學不得不服務於偶然、謬誤、狂熱和愚昧，他甚至極端的表示，立法者的三個更正詞就可以使所有的文獻成為廢紙。^[20]基爾希曼在法學科學化盛行之際作此一番演講，可謂冒當時主流法學之大不韙，然而其頗具說服力的縝密論證給當時如日中天的法學科學化思潮，尤其是概念法學的思想，當面潑了一盆涼水。由此也引發了更多人反思法學的科學性，概念法學亦由此逐漸式微。耶林的目的法學、赫克的利益法學以及因之而起的“自由法運動”，完全走了與概念法學相反的道路，認為概念的邏輯演繹無法得出法律問題的正確答案，法律的概念體系並非完美無瑕，條文晦澀之處與法律漏洞比比皆是，諸如此類皆需法官根據法律的目的和相關利益價值“自由地創造法律”。值得注意的是，耶林雖然反對自然科學化的概念法學，但是同樣認為法學是一門科學，是一門集法哲學、法律史學與法教義學於一體的科學，是一種超越特定實證主義的不受外在規章（Satzung）、時空變換所影響的科學。^[21]

在基爾希曼否定法學科學性演講的近 120 年之後，1966 年 4 月 20 日，同樣是在柏林法學會，德國法學家卡爾·拉倫茨以《論作為科學的法學的不可或缺性》為題對百餘年之前基爾希曼的同一主題演講進行回應。拉倫茨指出，基爾希曼所論證的“法學作為科學的無價值性”具有雙重含義，一方面是指法學不能與以自然科學為代表的科學相比肩，另一方面可以理解為，無論法學是不是科學，它對於立法和司法的進步，以及最終對於實現法律人所追求的正義，不僅可有可無，而且還礙手礙腳。對於第一種主張，拉倫茨認為，即便其成立，結果無非是法學被剔除出科學的範圍，而法律作為一門技藝，仍然不失其對於現實法律生活的價值和意義，同時他也認為，將科學的概念限定為自然科學是沒有道理的，科學是任何可以用理性加以檢驗的過程，在此意義上法學也是一門科學。對於第二種主張，拉倫茨表示，當今法學對於法律實務工作者是不可或缺的，正如康德所言，沒有法學的法律實踐是盲目的，而不與產生於實踐的各種問題相交融的純粹的法學是空洞的。法學的任務是解釋法律、發展法律、整合法律資料以及為立法作準備，法學在多大程度上真正“有價值”取決於它在多大程度上完成它的任務。即便法學無法完全勝任它的任務，即使如基爾希曼所言，法學文獻本身成了“廢紙”，但是無論何時何地，人類總會有各種各樣的法律問題，例如如何才能公正地解決各種各樣的利益衝突？如何才能為共存建立有益的秩序？人類一天不停止這樣的追

[18] 參見雷磊：《法理學》，中國政法大學出版社2019年版，第5頁。

[19] 參見[德]伯恩·魏德士：《法理學》，丁曉春、吳越譯，法律出版社2013年版，第204-205頁。

[20] 參見[德]基爾希曼：《作為科學的法學的無價值性——在柏林法學會的演講》，趙陽譯，載《比較法研究》2004年第1期，第146頁。

[21] 參見[德]耶林：《法學是一門科學嗎？（上）》，李君韜譯，載《比較法研究》2008年第1期，第157頁。[德]耶林：《法學是一門科學嗎？（下）》，李君韜譯，載《比較法研究》2008年第2期，第160頁。

問，法學就會存在一天，就會對人類不可或缺。^[22]

拉倫茨的回應有理有節，既直面了法學的缺陷與不足，也重新詮釋了法學的科學性與價值，然而拉倫茨的回應僅僅使這個議題暫時告一段落，法學是不是科學這一問題仍然在不同時空和地域下持續爭論著，可能永遠也沒有一個標準答案。歷代法學家就法學的科學性問題達成了一些有限的共識：在自然科學意義上，法學非科學；在人文學意義上，法學是科學；法學是立足於實證法、超越實證法的法教義學，其目的是尋找正當的規範而非規律。^[23]在這種相對共識的背後，潛藏著一種理論偏執，即明知法學與科學異其旨趣，仍強求其共通之處，以使法學取得科學之屬性，這既反映了科學的強大學科影響力，也從某種程度上體現了法學的學科不自信。在這種理論偏執的影響之下，雖然基爾希曼指出了法學並非傳統意義上的科學，但是耶林與拉倫茨仍然從不同的角度將法學重新界定為科學，法律實證主義和社會法學派一仍其舊，在法學科學化道路上繼續前行。諸如此類的法學科學化理論，在否定之否定的基礎之上，試圖重構法學的科學性，這些理論嘗試也為更加深入地解讀法學的學科屬性提供了新的思想材料。

三、法學科學化的諸多面向

縱觀人類法學發展歷程，古羅馬猶如一顆璀璨明珠，惟楚有才，於斯為盛。在古羅馬人看來，法學是關於神和人的事物的知識，是關於正義和非正義的科學。“正義是給予每個人他應得的部分的這種堅定而恒久的願望。”^[24]法學作為正義之學，研究的是如何讓人類作出正確的行為，因而法學的本質是一門以人類行為為中心的實踐性學問。英語中的法（理）學一詞 *jurisprudence* 承襲了古羅馬對法學的定義，其字面意思是法的實踐知識，表明法學本身乃是一門實踐性學問，法學作為一門以追尋正義為終極目標的實踐學問，跟傳統的自然科學，可以說是大相逕庭。然而自近代以來，科學的這種不證自明的天然正當性深入人心，許多超越自然科學的研究，都尋求將自己置於科學的舒適的保護傘之下。^[25]出於對科學的神聖光環的仰慕，法學研究者也總是想方設法將自己描述成科學的成員之一，為達此目的而殫精竭慮，或擴展科學一詞的內涵，或重新界定法學的研究對象，或剝離法學的全部價值元素，或采科學的方法而用之，凡此種種皆是法學科學化理論偏執的體現，也是法學采他山之石而自證的學科不自信的表徵。前述拉倫茨即是採納擴張科學內涵的方法，將科學擴展為理性的運用，進而將法學納入科學的範疇。此外，其他各派法學科學化理論則試圖尋找法學與科學在某些重要方面的相似之處，來為法學成為科學作背書。唯理論自然法將法學的研究對象限定為特定的內容不變的自然法，以奧斯丁為代表的分析法學則認為法學只研究“實際上是這樣的”實在法，從研究對象的角度將法學歸入科學。另有卓爾不群的純粹法學，試圖將全部的事實和價值因素剝離法學，將法律界定為一種獨立於價值與事實的特殊規範，並以康德式先驗預設為基礎，創設了作為法律規範效力終極來源的基礎規範，建立了獨樹一幟的純粹法學。純粹法學是法律科學，因為它是對其研究對象法律規範的價值中立的描述。^[26]社會法學則大都將實證的方法視為科學的重要屬性，將實證的方法引入法學領域，表明法學同樣可以進行實證研究，以此證成法學的科學性。

[22] 參見[德]卡爾·拉倫茨：《論作為科學的法學的不可或缺性——1966年4月20日在柏林法學會的演講》，趙陽譯，載《比較法研究》2005年第3期，第155頁。

[23] 參見周永坤：《法學是科學嗎？——德國法學界的史詩性論辯》，載《上海政法學院學報》2022年第2期，第60頁。

[24] [古羅馬]查士丁尼：《法學總論》，張啟泰譯，商務印書館1989年版，第5頁。

[25] 參見[德]丹尼斯·勞埃德：《法理學》，許章潤譯，法律出版社2007年版，第16頁。

[26] 參見[奧]漢斯·凱爾森著：《純粹法學說》（第二版），雷磊譯，法律出版社2021年版，第104頁。

（一）唯理論自然法學

唯理論的自然法學認為，自然法是高於實在法、並指導實在法存在的一種高級法，不因時間地域而異，為一切人共同遵守，是一種自然存在普遍適用永恆不變的行為規則。科學在本質上指客體的預設性和不可變性，只要法學從先定秩序，即從不可改變的法律原則之理念和規則出發，便具有科學的屬性，唯理論的自然法在某種程度上滿足此科學概念。^[27] 唯理論自然法的淵源可以追溯到古希臘的柏拉圖，柏拉圖哲學的理念論認為在現實的世界之外存在著一個理念的世界，理念的世界是完美無瑕的，現實的世界是理念世界的不完整的翻版。柏拉圖的哲學理念論在政治法律中的體現就是正義論，正義概念是人們發現的，而不是創造的一種東西，它存在於形式之天國中，與人完全無關。^[28] 自然法是正義的體現，是相對於實在法而言永恆不變的法，這種法符合科學研究對象不變性的特徵，因而在研究對象的角度可以將研究此類自然法的法學歸為科學。

作為科學的此類法學存在著不少理論漏洞，因為自然法理論內部並非鐵板一塊，有不少學者主張自然法的內容是可變的，例如新康德主義法學派代表人物施塔姆勒就提出“內容可變的自然法”“日新月異的自然法”，認為自然法的內容並非永恆不變的，而是隨著時間和地域的變化而變化的。^[29] 此外，早期的自然法基本是一種實體自然法，即它內在蘊含著一些絕對的價值，但自然法復興之後產生的新自然法往往是程序自然法，例如其中佼佼者富勒將其程序自然法歸結為八個法治原則，^[30] 程序自然法並不要求自然法在內容上永恆不變或絕對一致，只要求法律具備一些基本的形式屬性，比如一般性、公開性、明確性等，這一意義上的自然法已經和經典自然法的主旨內涵大相徑庭，很難單純從研究對象的角度將法學界定為科學了。唯理論自然法既非自然法的唯一形態，也非法學的主要形態，通常所說的法學更多是從實在法意義上而言的，因此，即便唯理論自然法可以從研究對象不變性的意義上被界定為科學，也並不能當然得出法學屬於科學的結論。

（二）奧斯丁的分析法學

科學的研究對象是自然界的規律，自然規律是客觀存在的事實，科學通過實證的方法對自然規律進行研究，發現規律描述規律利用規律。力爭使得法學成為一門科學的分析實證主義法學派深知，唯有恪守確定之方法與對象，法律科學才得以成為自身，法律科學應當從那些其所不能勝任之領域坦然退出，承認科學對某些領域的力不從心，才能成功地維護法律科學之獨立與自足。^[31]

有鑒於此，奧斯丁的分析法學論證路徑就是重新界定法學的研究對象，將其限定為客觀存在的實在法，同時從價值無涉的角度去描述、分析實在法，以此保證法學在對象和方法上的科學性。奧斯丁將法分為四種類型，即神法或上帝法、實際存在的由人制定的法（**positive laws**）、實際存在的社會道德（**positive morality**）和隱喻意義上的法，^[32] 其中“實際存在的由人制定的法”屬於“實際是這樣的法”，其內容可善可惡，剩下的三種“法”則大體屬於“應該是這樣的法”，尤其是神法或上帝法，其內容是善的。他認為，法的存在是一回事，其功過是另一回事；法是否這樣是一回事，是否符合一個假定的標準是另一回事。^[33] 法理學的研究對象，是實際存在的由人制定的法，亦即我們徑直而且嚴格地使用“法”一詞所指稱的規則，或者，是政治優勢者對政治劣勢者制定的

[27] 參見鄭永流：《重識法學——學科矩陣的建構》，載《清華法學》2014年第6期，第99頁。

[28] 參見[美]理查德·波斯納：《法理學問題》，蘇力譯，中國政法大學出版社2002年版，第12頁。

[29] 參見谷春德、史彤彪：《西方法律思想史》，中國人民大學出版社2017年版，第225頁。

[30] 參見[美]富勒：《法律的道德性》，鄭戈譯，商務印書館2005年版，第55-96頁。

[31] 參見[奧]漢斯·凱爾森：《純粹法理論》，張書友譯，法制出版社2008年版，前言第33頁。

[32] 參見[英]約翰·奧斯丁：《法理學的範圍》，劉星譯，北京大學出版社2013年版，第1-2頁。

[33] See J. Austin, *The Province of Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1995, p.126.

法。^[34]

奧斯丁把法理學的範圍限定為實際存在的由人制定的法（實在法），也即主權者的命令，至於實在法或這些命令是否符合正義則在所不問，他把法的效力和法的內容區分開來，通過放棄法理學對法的內容的把握從而實現法學的科學性。奧斯丁的這一路徑為後世諸多實證主義法學家沿襲，然而這一路徑僅僅是在對象和方法層面對自然科學的邯鄲學步，得其形而失其神。就對象層面而言，科學的研究對象自然規律雖無法說永恆不變，但從人類視角而言，可以說亙古不變；而作為法學研究對象的實在法，不但會隨著政權的更迭劇烈變動，而且即便是同一政權存續期間，也會因時而動。就方法層面而言，科學是用經驗事實證實或證偽理論猜想，法學是用法律檢驗行為的合法性，前者是事實層面的真偽驗證，後者是規範層面的價值判斷，加之事實和價值之間的不可通約性，可謂差之毫釐，謬以千里。

（三）凱爾森的純粹法學

凱爾森的純粹法學可謂卓爾不群、獨樹一幟，舒國滢教授曾指出，二十世紀的法哲學不能缺乏凱爾森“純粹法學說”，否則當代法的形而上學的天空將會暗淡不少，法理論將失去一抹明亮的色彩。任何一個當代法學研究者，如果不經受“凱爾森式”思維的洗禮，就很難說已經步入了法律科學的門廊。^[35] 凱爾森純粹法學的特殊之處還體現在它受到了自然法學和實證法學的雙重攻擊，自然法的批評主要源自“非我族類”的考慮，這尚且可以理解，實證法學也將其斥為異類，則多少有點出人意料，然而這一切都根源於凱爾森的基礎規範，一個康德式的先驗預設。凱爾森之所以要作出這樣一個讓他的純粹法理論飽受批評的預設，不外乎有兩個方面的考慮，一是秉持傳統實證法學奉為圭臬的道德與法律相分離的原則，將價值因素排除出法學的研究範圍，這也是純粹法學大體上被歸為實證法學一派的主要緣由；二是避免重蹈社會法學無視休謨鋸刀、從事實尋找價值的覆轍，正是這一層面的考慮使得凱爾森的純粹法學雖出於實證法學又異於傳統實證法學，以招致實證法學同儕的批評。然而，對凱爾森而言，這一切不過是他力圖使得法學科學化的努力，為達此目的，門戶之見當棄，謗訕之議可受。

在上述第一個方面，凱爾森認為，由於自然科學的任務是在一個自然規律體系中描述其對象，所以法理學的任務是理解一個規範體系中的所有人類法律。^[36] 純粹法學試圖去回答“法是什麼以及如何”的問題，而不去回答“它應當如何或如何被塑造”的問題。它是法律科學，而非法政策學。^[37] 在這一方面，純粹法學和傳統實證法學相差無幾，但由於休謨鋸刀的存在，使得純粹法學並未止步於此。在上述第二個方面，受到休謨懷疑論的影響，凱爾森認為，規範是行為的意義，是一種特殊的應然，人們用規範來指：某事應當是或應當發生，尤其是某人應當以特定方式來行為。^[38] 凱爾森嘗試將“法學之法”打造成既非“自然事實命題”亦非“價值命題”的“特殊事實命題”，並使之因此可以成為描述性認知之對象。^[39] 由於法律規範被界定為一種特殊的存在，既非自然科學意義上的客觀事實，亦非倫理學意義上的道德價值，具有“是”和“應當”的雙重屬性，因此法學既不同於自然科學也不同於倫理學。^[40]

鑒於上述兩個方面的考量，凱爾森意義的法律科學是一種形式的科學，純粹法學主要關注的是

[34] 參見[英]約翰·奧斯丁：《法理學的範圍》，劉星譯，北京大學出版社2013年版，第15頁。

[35] 參見[奧]漢斯·凱爾森著：《純粹法學說》（第二版），雷磊譯，法律出版社2021年版，腰封。

[36] Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, Harvard Law Review, Vol.55:44, p.44 (1941).

[37] 參見[奧]漢斯·凱爾森著：《純粹法學說》（第二版），雷磊譯，法律出版社2021年版，第1頁。

[38] 參見同上註，第6-7頁。

[39] 毋國平：《法學的科學性與“法”：以純粹法理論為中心》，載《法律科學》2014年第1期，第3頁。

[40] 參見鄭文華：《基礎規範對休謨問題的回應及其反思》，載《中國海商法研究》2023年第2期，第107頁。

法律的效力來源問題，規範的效力只能從自身尋找，探求一個規範效力的理由並不導致回到現實中去，而是導致回到由此可以引出第一個規範的另一個規範。^[41] 規範內部的效力追溯可以一直向上進行，但卻不能無限追溯，需要在某一先驗預設之處停止，^[42] 這一先驗預設便是凱爾森建構的基礎規範，這是一個有著強烈康德主義色彩的概念，基礎規範除了作為實在法效力的先驗邏輯基礎之外別無他物。^[43] 以基礎規範為核心建立的規範體系是動態類體系，基礎規範只為構成這一體系之規範提供效力基礎，而非內容。^[44] 由於凱爾森的純粹法學乃是法的效力來源體系，既做到價值無涉，又與事實無關，幾乎可以和一切政治形式相容，初具科學普適性的雛形，從這一意義上而言，純粹法學被稱為法律科學似乎也並不為過。

成也蕭何，敗也蕭何。基礎規範讓凱爾森走向神壇，也讓凱爾森飽受攻訐。例如登特列夫認為純粹法學只不過是自然法的另一個變種，因為它將實在法的效力基礎歸於實在法本身之外的基礎規範。^[45] 拉茲認為凱爾森的錯誤在於其無視事實，只考慮法律的內容。^[46] 鮑爾森認為純粹法學說其實也只是提出了一種粗俗的相對主義理論。^[47] 布列金認為，規範的效力不能僅基於假設，更不能基於虛構，這也是研究有效性概念的法哲學家仍在尋求凱爾森基礎規範理論的替代品的原因。^[48] 然而，任何一種理論都不是完美無瑕的，雖然基礎規範理論有其缺陷，但這並不妨礙純粹法學作為一種優秀的法律科學理論。雖然拉茲對凱爾森的理論提出批判，但是他同時也指出，凱爾森的純粹法學是當前有關實在法規範正當性論證的最佳理論。^[49] 就法學的科學性問題而言，凱爾森的基礎規範預設同樣提供了別具一格的理論視角。

（四）社會法學意義上的法律科學

科學的目的在於發現“真實”，法學的真实性問題其實就是一個實現既定的價值與目標的調整方式的特殊問題，如果將這個科學概念應用於法律規範的制定和適用上，那麼法學就是發現現行法的科學。^[50] 馬克思曾指出，立法者應該把自己看作一個自然科學家，他不是創造法律，不是在發明法律，而僅僅是在表述法律，他用有意識的實在法把精神關係的內在規律表現出來。^[51] 歷史法學派的代表人物薩維尼認為，法律隨著民族的成長而成長，隨著民族的壯大而壯大，最後，隨著民族對於其民族性的喪失而消亡。^[52] 立法的任務就是發現這一民族的“共同信念”與“共同意識”並將其記載於法律之中，絕不可能憑空製造出這一切。所有的這些理論可以視為一種世俗化的自然法，因為其理論思路和自然法如出一轍，只不過在自然法的表現形式上有所不同，一個表現為先天的道德規範，一個表現為經驗的社會規範，而後者便是社會法學的理論範式，即法律不是創造的，而是發現的，實在法不過是立法者對現實社會中既存規則的確認。

奧地利法學家埃利希和法國法學家狄驥是社會法學派的代表性人物，埃利希認為：“法律發展

[41] 參見[奧]漢斯·凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，商務印書館2013年版，第174-175頁。

[42] Hans Kelsen, *What is the Pure Theory of Law*, Tulane Law Review, Vol.34:269, p. 275-276 (1960).

[43] Hans Kelsen, *On the Basis of Legal Validity*, The American Journal of Jurisprudence, Vol.26:180, p.189 (1981).

[44] 參見[奧]漢斯·凱爾森著：《純粹法學說》（第二版），雷磊譯，法律出版社2021年版，第245頁。

[45] 參見同上註，第547頁。

[46] Joseph Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, The American Journal of Jurisprudences, Vol.19:94, p.98 (1974).

[47] Stanley L. Paulson, *On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm*, Ratio Juris, Vol.13:3, p.292 (2000).

[48] Eugenio Bulygin, *An Antimony in Kelsen's Pure Theory of Law*, Ratio Juris, Vol.3:1, p.43(1990).

[49] Joseph Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, The American Journal of Jurisprudences, Vol.19:94, p.111 (1974).

[50] 參見[德]伯恩·魏德士：《法理學》，丁曉春、吳越譯，法律出版社2013年版，第129頁。

[51] 中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局編譯：《馬克思恩格斯全集》（第一卷），人民出版社1995年第2版，第347頁。

[52] [德]弗里德里希·卡爾·馮·薩維尼：《論立法與法學的當代使命》，許章潤譯，中國法制出版社2001年版，第9頁。

的重心不在立法，不在法學，也不在司法判決，而在社會本身。”^[53]他認為存在兩種類型的法，一種是國家制定的法律，另外一種是“活法”（living law），“活法”是支配生活本身的法，它是人類社會法律秩序的基礎。^[54]狄驥則認為社會本身存在一種固有的“客觀法”，這是在社會中共同生活的人們必須服從的某種行為規則，比如禁止殺人、掠奪、放火等，這些行為規則在成為人類社會的實在法之前以“客觀法”的形式存在並且具有拘束力，“客觀法”是基於生活事實的而非抽象的或超驗的。^[55]社會法學的任務就是發現這種社會中既存的“活法”“客觀法”，通過立法將其轉化為實在法，因而從發現“真實”的角度而言，社會法學是一種科學。

但是社會法學從這一意義上來論證法學的科學性還存在兩個明顯的不足之處，其一，社會法學並非典型意義的法學，這一“真實”發現層面的法學觀點更強調的是立法，並且是認可意義上的立法，而傳統法學的核心則更偏向於司法，即法律的解釋與適用，若以此“立法”意義的社會法學來界定整個法學的性質，未免有以偏概全之嫌，其說服力必然大打折扣；其二，社會法學的論證無法解決休謨問題提出的事實與價值之間不可通約的問題，社會法學的論證模式使得法律的正當性來源於社會事實，屬於從“是”推出了“應當”，這一論證邏輯已經被休謨劍刀切斷，據此，即便我們可以發現社會中的“活法”“客觀法”，也不能從邏輯上必然得出其應當被認可為國家法。換言之，如果不能對“存在是否合理”這一問題作出具有說服力的論證，非但不能從“真實”發現層面論證法學的科學性，甚至會破壞社會法學的根基，使得整個社會法學的大廈轟然倒塌。

此外，二戰以來，在社會科學的影響下，形成了“法律與社會”“法律經濟學”“法律人類學”等等交叉學科性質的法律科學理論，這些法學理論思潮試圖用社會學、經濟學或人類學等學科的範式來解讀法學，仍然屬於廣義社會法學的範圍。雖然這些理論思潮拓展了法學研究的視野，其提出的觀點也具有一定可取之處，但是要以此論證法學的科學性尚且不足，因其有意忽略了法學的固有價值屬性和正義理念。以法律經濟學為例，其以成本收益理論分析法律現象，理論前提是理性經濟人假設，但是人們為法律行為很多時候並非單純基於經濟考量，甚至有時完全是非理性不經濟的行為，這時法律經濟學的理论範式完全失去了作用，價值因素起到了主導作用，這與科學價值無涉的學科屬性相差甚遠。

（五）終極意義上的法學與科學

從終極的意義上看，科學的研究對象也沒有什麼特殊之處，雖然說科學研究客觀世界的規律，這種規律是永恆不變的，但是這種不變性僅僅是就人類視角而言，或者說即便是從人類視角出發，只是我們到目前為止沒有發現其可變性而已，但是我們卻沒法排除其可變的可能性，也許在另一個宇宙或時空中，一切都是另外一種樣態。換一種不那麼科學的、宗教的或玄學的視角，假如存在所謂的造物主、上帝、老天爺或者其他承擔這一角色的稱謂（這種存在可能性我們同樣無法排除），他們創世造物之時為何使得世界與規律呈現此種樣態，是精心選擇、恣意妄為亦或是也受制於更高一級的規律，我們不得而知，但從此種視角而言，作為科學研究對象的規律也沒有看起來那麼特殊了。規律與法律都是規則，若將規則比作人，則規律與法律乃彭殤之辨，若把規則比作一根線，則規律與法律為長短之別，總而言之，其質無差，其量有異。如果作為造物主創造物的規律可以作為科學的研究對象的話，那麼作為不那麼謙虛的人類的創造物，法律規則又為何不能作為科學的研究對象呢，法學又何嘗不能成為科學呢？即便這種觀點體現了一種人類中心主義的狂妄自大，但就其邏輯而言，未嘗沒有一定道理。然而，這一邏輯仍然存在一定漏洞，有時造成兩個事物之間存在差

[53] 朱景文主編：《法理學》，中國人民大學出版社2021年版，第448頁。

[54] See E. Ehrlich, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, Forward, Arno Press, 1936, p.23-24.

[55] See L. Duguit, *Law in Modern State*, B. W. Huebsch, 1919, p.70-71.

異的原因就是量的差異，是由量變導致的質變，規律和法律在效力範圍上存在的時空差異使得同為規則的二者性質迥異。

但是科學對於人類的意義絕不止於其對象的特殊性，更在於科學的精神與價值。科學的精神是懷疑，不迷信權威，甚至懷疑科學本身，對科學而言，所有的真理都是暫時性的，一切的知識都有待於進一步驗證，懷疑產生動力，促進人類不斷求取真知。科學本身是人類追求的價值目標，科學已成為普世認同的價值觀。科學是一種十分稀罕的人類文化現象，起源於對自由人性的追求和涵養。^[56]科學通過求真來求善，橘生淮南則為橘，生於淮北則為枳，橘枳理一，水土分殊，科學之體本求真，科學之用在乎人。簡而言之，科學求真知，人心關善惡。科學作為人類普遍認同的價值，其核心就是要以科學之真啟人心之善。法學乃正義之學問，正義乃規則之善，二者異辭同義、殊途同歸，儘管科學與法學在研究對象上存在差異，二者在價值追求方面何其一致，在此意義上法學與科學亦有其共通之處。

四、法學的科學性再思

縱觀先哲關於法學的科學性論述，可以發現其論證邏輯如出一轍，幾乎都是類推論證，即證明法學與科學在某一方面具有相似性從而論證法學的科學性，類推論證本質上仍然是一種歸納邏輯，歸納邏輯本身是或然性邏輯。先哲在論證法學的科學性時不約而同地選擇同一種論證邏輯，也許可以從側面佐證法學與科學在本質上不一樣，只是在某些方面具有一定程度的相似性而已。因此，有學者指出，法學的科學性問題只有在特定的“論域”中討論才具有意義。^[57]法律理論不過是對法律規則一種解釋而已，這種解釋可以根據解釋者自己的立場、觀點加以詮釋，以求獲得他人的認同，並期望對立法與司法施加影響，很難被冠以“科學”的名義。^[58]可以說討論法學的科學性問題，並非要將法學和科學完全等同，而是試圖在法學中發現科學的特徵，借助科學的光環來為法學背書。

法學的作用在於提出各種不同的、相互競爭的建議，規範的制定機關以及議會和法院，就可以從這些建議中挑選出他們認為合理的解決辦法，並將其轉化為法律。^[59]法律是被邏輯規整過的經驗，也是一種被經驗浸潤過的邏輯。^[60]法學的學科性質是不是科學並不重要，法學有沒有吸納科學的精神更有意義，與其說法學是科學的一部分，倒不如說法學吸納了科學的核心精神使得自身變得更好。由於法律大量（儘管是必須）依賴權威，這就阻礙了法律中科學精神的出現。^[61]科學性和權威性在法學的發展中一直是一個問題，所有的法學知識體系都是在尊重先前權威學說的基礎之上所形成的一套體系，這一套體系就像自然科學所確定的那些定律一樣，具有科學的價值，我們如果否定了權威，就徹底否定了這樣一個科學體系。^[62]科學的成就大眾有目共睹，科學的精神幾成普世價值，權威對法律的意義同樣不言而喻，在二者不可偏廢的前提之下，需要在維持二者平衡的同時保持一定張力，在尊重法律的權威性的同時增加其科學性。因而，法學的科學性問題就可以轉化為如

[56] 吳國盛：《什麼是科學》（第二版），商務印書館2023年版，第xiv頁。

[57] 參見王夏昊：《“法學科學性”的論域：關於它的討論何以有效？》，載《甘肅社會科學》2020年第5期，第117頁。

[58] 參見周安平：《法學與科學及邏輯的糾纏與甄別》，載《江西社會科學》2008年第8期，第192頁。

[59] 參見[德]伯恩·魏德士：《法理學》，丁曉春、吳越譯，法律出版社2013年版，第140頁。

[60] 鄭戈：《再問法學是一門社會科學嗎？——一個實用主義的視角》，載《中國法律評論》2020年第4期，第50頁。

[61] [美]理查德·A·波斯納著：《法理學問題》，蘇力譯，中國政法大學出版社2002年版，第100頁。

[62] 參見張文顯、舒國滢：《法學如何成為科學？》，載《浙大法律評論》2019卷，浙江大學出版社2020年版，第8-9頁。

何讓法學吸收科學的營養，克服傳統法學固有的弊端，從而實現法學學科的優化升級。

（一）科學的實證方法

科學最特別之處在於，它是從事實中推導出來的，而不是以個人的觀點為基礎的。^[63]這一從事實中推導驗證的方法便是實證的方法，實證的方法在科學領域取得了巨大的成功，科學通過實驗驗證猜想的正確性，進而不斷修正認知，尋求真理。實證的方法既是科學安身立命之根本，也是科學發揚光大之緣由，科學之於實證駕輕就熟，實證之於科學行之有效，二者相得益彰、彼此成就。法學是通過判決結果驗證法律規定的合理性，這一驗證頗有形似科學實證之處，然而二者精神內核相去甚遠，科學實證之規律一旦得以確證，其結果具有時空不變性，法學實證之法律即便加以明確規定，同案不同判之結果亦時有發生。就法學的目標而言，可預期性是其追求的目標，這與科學的實證結果時空不變性若合一契，科學的實證方法為法學追求可預期性指明了方向。法學若過於依賴權威、迷信權力，有時會導致對基本常識與規律的背離，更遑論可預期性的實現了，實證的方法既可以克服傳統法學過於依賴權威的弊端，也可以促進法學與其他學科的交叉研究，將科學的知識帶入法學，不至於使法學邏輯演繹走向封閉的體系，同時也讓傳統法學在科學的作用下催生出新興法學，如法社會學、法經濟學、法人類學等，共同形塑了現代法學的學科格局。^[64]實證方法引入法學，拓展了法學的研究視野，讓法學的研究範圍從“紙面上的法”延伸到“行動中的法”，對法在實踐中的運行給予更多的關注；實證也賦予了法學學科採納思想實驗或社會實驗研究方法的可能性，使得法學至少可以從方法上與自然科學等學科分庭抗禮；同時實踐的反思進一步彰顯了法學的實踐性，突出了法學作為一門實踐理性學問的核心特徵。

（二）科學的懷疑精神

科學作為一門以實證為主要特徵的學科，懷疑是其基本精神。在科學看來，一切知識和理論都要接受並持續接受實踐的檢驗，任何真理都是暫時性的，可證偽性是判斷一門學科是否為科學的重要標準。懷疑的精神使得科學不迷信任何權威，甚至對科學自身也持懷疑態度，這種懷疑精神促使科學不斷進步。法學研究被劃分為私法、公法、刑法、程序法等若干分支，但各個分支的中心立場都為法的教義式研究所佔據，法的教義式研究由（有效）法律規範的解釋與體系化構成。^[65]法教義學則很少懷疑，其在方法上符合科學，通過推理和演繹得出結論，在精神上則與之背道而馳，過分的規則迷信往往背離法治的初衷。康德認為，教義學是“對自身能力未先予批判的純粹理性的獨斷過程”，教義學者從某些未加檢驗就被當作真實的、先予的前提出發，不問法究竟是什麼，法律認識在何種情況下，在何種範圍中，以何種方式存在。^[66]由此可見，雖然法教義學是法學的核心，但是法教義學的核心是對法條的迷信，一如教義（神）學對《聖經》的迷信，這一迷信會導致法條的僵化，法學倘若僅僅停留在法教義學層面，必然會使得法學固步自封，導致實踐中法律與社會的脫節，造成情理法的衝突，甚至會出現嚴重的“惡法”。科學的懷疑精神可以糾偏法教義學的迷信態度，拓寬法學的研究視野，引入自然法學、社會法學等研究視角，基於對實在法的懷疑改進實在法，從而實現良法善治。

[63] [英]A·F·查爾莫斯：《科學究竟是什麼？》，魯旭東譯，商務印書館2018年版，第3頁。

[64] 參見郭棟：《法學的科學性何以可能——評舒國滢教授著〈法學的知識譜系〉》，載《中國政法大學學報》2021年第6期，第46頁。

[65] 參見[瑞典]亞歷山大·佩岑尼克：《法學研究與科學的增長》，楊貝譯，載《法理——法哲學、法學方法論與人工智能》2019年第1期，第38頁。

[66] 參見[德]阿圖爾·考夫曼：《法哲學，法律理論和法律教義學》，鄭永流譯，載《外國法譯評》2000年第3期，第1頁。

五、法學於科學之外的意義

（一）正義之學

法學是正義之學，法的功能在於通過法律規範實現目的與價值。可見，目的論必定在法學中處於中心位置。不過，由於當今強調將形式邏輯的成果運用於法學，法的目的論的應有地位有時被掩蓋了。^[67]在波斯納看來，科學與法學不是一個概念，法律中缺乏可客觀測定並可以不斷測定的假說，法律人對事實問題的斷言不僅匆忙，而且心安理得，並且根本不試圖、不想、甚至不願讓這些斷言接受經驗的檢驗。^[68]如果科學確定性真的確立了，其方法和領域也仍然與法律的方法和領域非常不同，乃至科學的精確性無法轉化為法律的精確性。而如果連科學的確定性都還沒有確立，一切科學理論都是猜想，沒有任何歸納是可靠的，那麼也就不可能用科學作為法律確定性的基礎或模式。^[69]儘管科學並不具有我們曾相信它具有的那麼堅實的認識論基礎，但科學還是很成功的。看到這一點，我們也許就可以得出結論說，即使法律的基礎同樣不那麼堅實，不像我們一度曾相信的那樣，但是法律仍然有可能成功。^[70]

亞里士多德在其《政治學》一書中指出，人類自然是趨向於城邦生活的動物，^[71]古希臘的斯多葛學派也認為，人具有過團體生活的社會衝動，^[72]對集體生活的人類而言，正義是其追求的永恆目標，法學作為一門研究正義的學問，完美契合了人類社會共同體的內在需求。法學研究離不開價值判斷。以所謂“科學的名義”而完全否定價值的合理性，最後只會使法學研究成為一種統治術的研究。^[73]對正義的追求使得法學既堅守了人類的基本價值，避免淪為一種權術之學，也支撐了學科的正當性與獨立性，不再需要借其他學科為自己背書甚或成為可有可無的附庸學科。簡而言之，只要人類存在，必然要過集體生活，正義問題就是經久不息的話題，作為正義之學的法學僅僅藉此即足以自證其名。

（二）實踐理性

亞里士多德的理論知識（scientia）和實踐知識（prudentia）二分法，已然從知識屬性上將法學知識排除出科學的研究範圍。^[74]康德認為，人的純粹理性的實踐運用產生實踐理性，實踐理性可以為自己立法，法來源於由實踐理性分辨的道德律，實踐理性決定的行為是自由意志的行為。^[75]從亞里士多德對知識的分類可知，法學知識的屬性最初便與科學知識異其旨趣，康德論證實踐理性、自由意志與法之間的關係更是與這一觀點一脈相承，從實踐的角度討論法學，從實踐理性出發研究法，逐漸成為法學研究者的理論與學術共識。康德強調，實踐理性是意志，規範制定是一種意願的功能，而非認知的功能^[76]，法律是實踐理性發揮作用的重要領域。^[77]波斯納認為，實踐理性可以高

[67] [德]伯恩·魏德士：《法理學》，丁曉春、吳越譯，法律出版社2013年版，第130頁。

[68] 參見[美]理查德·A·波斯納著：《法理學問題》，蘇力譯，中國政法大學出版社2002年版，第88頁。

[69] 參見同上註，第85頁。

[70] 參見同上註，第84、87頁。

[71] [古希臘]亞里士多德：《政治學》，吳壽彭譯，商務印書館1965年版，第7頁。

[72] 參見[美]梯利著、伍德增補：《西方哲學史》，葛力譯，商務印書館1995年版，第121頁。

[73] 參見胡玉鴻：《法學是一門科學嗎？》，載《江蘇社會科學》2003年第4期，第171頁。

[74] 參見舒國滢：《法學的知識譜系》（上），商務印書館2021年版，第78-79頁。

[75] 參見[德]康德：《法的形而上學原理》，沈叔平譯，林榮遠校訂，商務印書館1991年版，第13頁。

[76] 參見[奧]漢斯·凱爾森著、[德]馬蒂亞斯·耶施泰特編：《純粹法學說》（第二版），雷磊譯，法律出版社2021年版，第514、521頁。

[77] 對把實踐理性作為規範創制的意志這一觀點，凱爾森持反對意見，並斥之為一種神學觀點，凱爾森認為只有上帝才能使得意志和理性統一，除非人類理性能夠成為上帝理性的一部分，否則所謂的實踐理性只不過是一種由

度肯定地回答一些倫理的問題。^[78]同時他也指出，如果實踐理性可以產生有關形而上學、科學和倫理的知識，那麼為什麼它就不會有時也產生出關於法律的知識呢？^[79]

關於實踐理性的內容，波斯納認為，實踐理性最經常用來指人們在做實踐選擇和倫理學選擇時所使用的一些方法，實踐理性是一個雜貨箱，裏面有掌故、內省、想像、常識、設身處地、動機考察、言說者的權威、隱喻、類推、先例、習慣、記憶、“經歷”、直覺以及歸納。^[80]格里塞茨認為，實踐理性的第一原則是行善避惡（do good and avoid evil），人會在他的良心中發現這一命令，一旦意識到這一基本命令，就會通過訴諸他的本性而識知善的事物和惡的事物。^[81]可見，實踐理性是一個無法準確界定的概念，實踐理性的運用也沒有明確可以把握的標準，最終不得不借助於良心這樣不言自明卻又模糊不清的概念來理解，這與科學的精確性和可證偽性涇渭分明。

法律知識更多的乃是由實踐理性產生的實踐知識，而實踐知識同樣具有不可取代的價值。法學以實踐知識為研究對象，是一門實踐性很強的學問，其最終目標是追求正義，由於實踐理性自身的模糊性，正義也擁有一張普洛透斯的臉，但是對正義的追求卻是每個人內心最樸素的情感，單就這一點而言，就已經賦予法學這一研究正義的學問足夠的正當性。科學與法學同為人類追求的目標，二者分屬求真、求善的目標序列，二者的正當性根源於人性的需要，無需借對方證成自身，理論理性適用於科學領域的研究，實踐理性為探尋正義提供了路徑，進而為法學的正當性提供支撐。

（三）規範學科

在知識屬性上，法學具有獨特性，它不屬於自然科學、社會科學和人文科學中任何一種，是一個經由教義把非教義內化、知識寓於實踐的“襟三江而帶五湖”的獨立學科。^[82]如果將人類的知識體系以追求真、善、美進行三分的話，法學則屬於求善的一部，既不同於科學之求真，也有異於人文之求美。法學的作用是生產一套系統的和一般化的法律知識，為法律職業群體創造出一套公認的“意義”體系，把這個群體建構為一個真正的“共同體”。^[83]美國著名法官霍姆斯在其名著《普通法》開篇即指出：“法律的生命不在於邏輯，而在於經驗。當時人們可感受的需求、主流的道德和政治理論、公開宣佈的亦或是下意識的對公共政策的直覺，甚至是法官與其同僚共有的偏見，在決定治理人們的規則時，所起的作用要比三段論推理大得多。”^[84]

西方啟蒙運動以來，人們普遍將科學、理性和客觀上升到神聖的地位加以推崇，而對於情感、審美、倫理等人文的主觀因素則以“非科學”的理由進行貶低和抹殺。^[85]然而，將法學知識視為“科學知識”，存在學理上的困境，揭示法學“科學主義”困境的目的，不在於否定法學知識本身，而是要呈現其原有的實踐品格，將法學知識視為法律實踐的組成部分，提示法學知識生產者的重要實踐責任。^[86]

神學衍生而來的概念。（See Hans Kelsen, *What is the Pure Theory of Law*, *Tulane Law Review*, Vol.34:269, p. 275-276 (1960). 然而，凱爾森論證的大前提本身也是一種假設，不容置疑亦無法證實，同樣具有很強的神學色彩，從邏輯的角度來說，此論證的說服力必然大打折扣。

[78] [美]理查德·A·波斯納著：《法理學問題》，蘇力譯，中國政法大學出版社2002年版，第96頁。

[79] 參見同上註，第98頁。

[80] 參見同上註，第90、92頁。

[81] 參見[美]傑曼·格里塞茨：《實踐理性的第一原則》，吳彥譯，商務印書館2015年版，第1頁。

[82] 參見鄭永流：《重識法學：學科矩陣的建構》，載《清華法學》2014年第6期，第97頁。

[83] 參見鄭戈：《法學是一門社會科學嗎？——試論“法律科學”的屬性及其研究方法》，載《北大法律評論》第1卷第1輯，法律出版社1998年版，第14頁。

[84] Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Harvard University Press, 2009, p.3.

[85] 參見仲偉民、郝鑫：《再審琦善：歷史學、法學與證據科學》，載《廈門大學學報（哲學社會科學版）》2020年第1期，第19頁。

[86] 參見劉星：《法學“科學主義”的困境——法學知識如何成為法律實踐的組成部分》，載《法學研究》2004年

法學是追求正當行為的規範學，規範不可能蝶變成規律，規範學永遠不可能昇華到規律學，法學也不可能蝶變為科學。^[87] 作為規範的法律是人的實踐理性的外化，體現的是立法者的意志，^[88] 起主導作用的是人的良心和正義觀念，因時因地因人會存在一些差異，有時甚至有天壤之別。而作為科學研究對象的規律則不以人的意志為轉移，對人類而言始終如是且永恆不變。規範學與規律學存在的先天差異不可能通過理論論證得以彌合，作為規範學的法學與作為規律學的科學自然不可同日而語。

法學本不是科學，法學也不需要成為科學，更沒必要想方設法忝列科學之中，實踐性構成了法學的學問性格，法學應當回歸實踐之學本身。^[89] 法學作為實踐之學，無須為法律問題提供完美的邏輯論證，而是要為人們的行為提供正當性指引，踐行行善避惡的基本原則。實踐法哲學的功用在於調和“是”與“應當”，尤其是規範與事實之間的複雜和詭秘關係，在這種緊張關係中往返輾轉，為具體的事實找到恰如其分的準則。^[90] 法是實踐性的智慧，法的具體此在形式，法律人將如何言說，總是存在於法律應用之中。^[91] 法學應當以實踐之學為基礎建立自己的學科自信，吸收科學的理論精神營養，灌溉法學的實踐土壤，昌法治之文明，守世間之正義。科學的歸科學，法學的歸法學，或許只有堅持這一返璞歸真的樸素觀念，才可以讓二者既相互借鑒，又各司其職。

結語

“奧康剃刀”的“若非必要，勿增實體”原則為學術研究確立了一條再簡單不過的原則，即儘量使用通用詞語的通用意思，不必標新立異別創新詞或者給既有詞語賦予過多不必要的新內涵，否則學術研究將會淪為空洞乏味的形而上概念演繹和單調機械的同義反復，極大地增加學術溝通交流的成本與難度，大量的時間與精力將會花費在概念辨析與用語習慣分析之上，問題的研究不得不轉化為語言的遊戲。倘若要遵循“奧康剃刀”原則，法學的科學性問題討論便屬多餘，“科學”一詞的原本涵義就是特指自然科學，即對自然界規律進行研究的一門學問。為借助科學的光環將其擴張至社會領域建立社會科學已屬不妥，繼續東施效顰般地將法學亦歸屬於科學，不但不合理地擴張了科學一詞的內涵，將充滿價值判斷的法律科學歸屬於價值無涉的科學學科，而且在邏輯上無法自治，採用了科學學科的實證研究方法並不必然讓法學學科從性質上成為科學本身，同時也可以從中感受到法學學科內在的不自信，這固然與法學學科歷史由來已久的寄人籬下有關，但是已經獨立的法學學科終將要學會建立屬於自己的學科自信。此外，科學也非盡善盡美，並且人們在認知科學時也會產生盲點，盲點將人們困囿於一種誤解科學並使生活世界和人類經驗變得貧瘠的世界觀中。^[92] 法學以其特有的正義屬性和人文關懷可以有效克服上述盲點，這在某種程度上印證了法學所具有的不可替代的正當性，這也應是法學學科自信的源頭活水。即便如此，法學是不是科學這一問題將會

第3期，第27頁。

[87] 參見周永坤：《法學是科學嗎？——以中國法學界的論辯為中心的敘述》，載《蘇州大學學報（法學版）》2024年第1期，第111頁。

[88] 參見王夏昊：《論法律規範的性質——以康德實踐哲學為基礎》，載《學術界》2024年第11期，第40頁。

[89] 舒國滢：《法學是一門什麼樣的學問？——從古羅馬時期的*Jurisprudentia*談起》，載《清華法學》2013年第1期，第89頁。

[90] 參見鄭永流：《實踐法哲學：從法律1.0走向法律2.0》，載《清華法學》2022年第1期，第182頁。

[91] 鄭永流：《轉型中國的實踐法律觀——法社會學論集》，中國法制出版社2009年版，第278-279頁。

[92] [美]亞當·弗蘭克、[美]馬塞洛·格雷斯科、[加]埃文·湯普森：《何為科學》，周程等譯，中信出版集團2025年版，第13頁。

一直爭論下去，沒有定論，但有時結果往往沒有那麼重要，重要的是爭論的過程，法學科學性的論辯這一看似無用的理論爭辯實則有其大用，法學知識的專業化、法學學科的獨立性、法學體系的轉型升級都將得益於這一論辯。

Abstract: The initial connotation of science is natural science. Although there are different views of science such as the falsifiability theory and the uselessness of demarcation of science, the spatiotemporal invariance of research objects and the positiveness of research methods remain the basic characteristics of science. The debate on whether jurisprudence belongs to science originated with Kirchmann, who pointed out the worthlessness of jurisprudence as science. However, under the powerful influence of science, various schools of jurisprudence still try to demonstrate that jurisprudence belongs to science from different aspects, and their argumentation mode is almost the same, which is to demonstrate the similarity between jurisprudence and science in a certain aspect to show their homology. This argumentation mode not only has the logical flaw of generalizing from partial to whole, but also reveals the inherent lack of confidence of jurisprudence to some extent. Due to the difference in knowledge attributes, jurisprudence is different from science essentially. Jurisprudence can absorb the skeptical spirit and empirical methods of science, but it is unnecessary and impossible to be science. As a subject of justice, jurisprudence needs to grasp normative justice through practical reason. The eternal pursuit of justice of human beings endows jurisprudence with endogenous legitimacy. Jurisprudence should establish its own inner discipline confidence, so as to move towards maturity gradually while getting rid of the mockery of childishness.

Key words: Jurisprudence; Science; Legitimacy; Practical Reason

（責任編輯：王鎔洪）

從技術本位到利益平衡：模型訓練合理使用認定規則的重塑

張惠彬* 王懷賓**

摘要 相較於早期Dreamwriter等自動寫作機器人，生成式人工智能採用了基於聯結主義的機器學習技術。除了基於政策考慮的合理使用主張之外，其他多數模型訓練的合理使用認定普遍建立在技術分析基礎之上，認為基於聯結主義的模型訓練對作品的利用更具有目的/內容轉換性，因此屬於合理使用。技術本位下的合理使用認定規則不僅與技術現實不相符合，而且在法律上也不夠周延，因其未能充分考慮模型訓練的最終部署目的等多元場景，未能達致合理使用認定中創作者、使用者的利益平衡。基於產業現狀和法律傳統，歐美等國的最新實踐試圖在著作權人利益和技術公司利益之間保持微妙平衡。在利益平衡原則指引下，我國模型訓練的合理使用認定規則可綜合參考以下因素：一是模型的最終部署目的和開發者/部署者防止侵權輸出的技術措施，是否顯著降低原作品潛在市場遭受損害的風險；二是被訓練作品類型、作品質量、訓練階段對轉換性程度的影響。模型訓練使用作品的轉換性程度越高、潛在市場損害風險越低，則更有可能被視為合理使用，這應當在司法實踐中進行個案判斷。

關鍵詞 模型訓練 版權風險 合理使用 利益平衡

一、問題的提出

ChatGPT、DeepSeek 等大模型技術的出現，推動人工智能技術發展進入新的階段，也對版權制度造成新的挑戰。生成式人工智能的技術核心是模型訓練：通過學習大量已有數據，訓練出數據分布的模式、趨勢以及相關性並轉變為模型權重，並根據使用者的要求，依據權重輸出內容。MuseNet、Stability AI、ChatGPT 分別可以根據使用者的提示生成音樂、圖像和文本。在模型訓練的過程中，開發者首先會複製數字作品並製作成作品數據集；其次開發者會創設一個權重隨機的模型，並基於該作品數據集預訓練模型，使得模型權重能夠反映作品數據集的表達分布規律；再次，

* 張惠彬，西南政法大學民商法學院副教授。

** 王懷賓，西南政法大學民商法學院博士研究生。

本文係國家社會科學基金後期資助項目“從訓練到生成：生成式人工智能的著作權問題研究”（項目編號：24FFXB055）、西南政法大學2024年度學生科研創新項目“生成式人工智能服務提供者著作權侵權責任研究”（項目編號：2024XZXS-006）階段性成果。

其他開發者或部署者有可能會基於該預訓練模型有針對性地使用一些作品進行微調，以使其滿足特定任務；最後，部署者會根據特定任務部署模型，這一特定任務不僅限於生成文學、藝術內容，還包括輔助醫療、法律檢索等多種任務。可以看出，模型訓練過程中可能存在著作權侵權風險：例如製作作品數據集對原作品的複製，預訓練或微調訓練過程中對原作品的臨時複製等。

自 2022 年底 ChatGPT 發布後，模型訓練的著作權問題在域內外引起大量爭論，其大致經歷了以下歷程。首先是理論層面呼籲以完全的合理使用規則為技術松綁，這一技術優先的理念還發展出“非表達性使用”觀點。^[1]緊接著部分觀點主張模型訓練應采取分層式、有條件的版權許可。^[2]到最近，理論層面的主流觀點開始考慮從利益平衡的角度來處理模型訓練的著作權問題，並衍生出場景化、多元化的著作權許可或合理使用認定。^[3]與理論界爭鳴如火如荼相比，域內外法律實踐則更加謹慎。“廣州互聯網法院 AI 第一案”雖然認定生成式人工智能服務提供者侵犯著作權，但仍以其沒有實施模型訓練為由，駁回了原告要求被告將其作品從被訓練數據集中刪除的訴求。^[4]歐盟《人工智能法案》堅持模型訓練屬於有條件（作品信息披露 + 選擇退出）的合理使用，但在實踐中仍然謹慎處理相關司法案件。德國漢堡法院雖然認定 LAION 公司未經許可複製原告作品創建用於模型訓練的數據集（LAION-5B）的行為不侵犯著作權，但其僅限於訓練數據集的創建行為而不涉及商業科技公司的模型訓練行為。^[5]直至 2025 年 5 月，美國版權局在綜合其收到的美國各界一萬餘份意見後，（預）發布了《版權與人工智能：第三部分》專門講述美國版權局的最終立場。該文件強調美國合理使用四要素分析仍然適用於模型訓練的著作權問題，但需要考慮美國聯邦法院最近在“Andy Warhol Found. v. Goldsmith 案”（沃霍爾案）^[6]等系列案件中關於合理使用四要素判斷的重心轉變——將合理使用判斷重心從“Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 案”（坎貝爾案）^[7]以來的目的 / 內容轉換性轉向綜合考慮四要素。具言之，美國版權局主張場景化、全局性地考慮模型訓練是否滿足合理使用四要素，而非簡單地以模型訓練對作品的利用具有轉換性從而認定屬於合理使用。

事實上，無論是非表達性使用、臨時複製，還是一刀切的合理使用（排除基於法政策的宏觀考量），其背後所遵循的邏輯都是技術本位的。技術本位分析在面對模型訓練技術複雜、發展迅速且高度依賴部署場景等特徵時，在技術和法律上都不夠嚴謹且過於僵化，不僅使得分析與技術現實嚴重不符，而且也未能充分滿足《與貿易有關的知識產權協定》關於權利限制與例外的三步檢驗法所體現出的利益平衡原則。基於此，本文首先全面回顧當前模型訓練相對於早期（2015-2022）人工智能在技術和目的上迭代，以及當前主流技術分析存在哪些誤解和局限；其次結合各方爭議焦點，分析當前模型訓練合理使用認定規則的技術本位主義，以及基於技術本位的合理使用認定規則的不合理之處；然後回溯著作權合理使用制度如何體現利益平衡原則，以及比較歐美在面對模型訓練時如何實踐這一利益平衡原則；最後則是在選擇合理使用規則解決模型訓練的著作權問題基礎上，基

[1] 參見張吉豫、汪賽飛：《大模型數據訓練中的著作權合理使用研究》，載《華東政法大學學報》2024年第4期，第20頁；See Lemley, M. A, Casey, B, *Fair learning*, Texas Law Review, vol. 99, p.107 (2020).

[2] 參見孫靖洲：《人工智能訓練的版權困境及其出路：模塊化許可機制探析》，載《知識產權》2024年第11期，第94頁；蔡元臻：《機器學習著作權法定許可的適用基礎與規則構建》，載《知識產權》2024年第11期，第77頁。

[3] 參見杜娟：《AIGC模型訓練作品使用行為的版權規制研究》，載《中國出版》2025年第5期，第63頁；參見倪朱亮：《生成式人工智能訓練使用作品的許可複合機制研究》，載《法律科學》2025年第4期，第1頁。

[4] 參見廣州互聯網法院（2024）粵0192民初113號民事判決書。

[5] Siehe LG Hamburg, Urteil vom 27.09.2024, Az. 310 O 227/23.

[6] See Andy Warhol Found. v. Goldsmith, 21-869 U.S.(2023).

[7] See Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc, 510 US 569 (1994).

於利益平衡原則提出場景化的合理使用認定考量因素。

二、模型訓練的新特徵對合理使用認定規則的挑戰

相較於傳統人工智能技術，ChatGPT、DeepSeek 等生成式大模型在技術和部署目的上具有新的特徵，這些新特徵對適用於傳統人工智能技術的合理使用認定思路提出挑戰。在技術特徵上，傳統符號主義人工智能通常被認為是對原作品表達的挪用，而聯結主義大模型則很難簡單歸類為挪用表達或挪用思想。在部署目的上，傳統決策式人工智能通常被認為不構成對原作品創作市場的替代，而以輔助 / 替代創作為最終部署目的的大模型則引發了著作權人對合理使用正當性的質疑。

（一）從符號主義到聯結主義的技術迭代

人工智能底層技術經歷了符號主義到聯結主義的迭代，前者通過預設邏輯規則和符號推理模擬人類智能，後者則仿生人腦神經網絡，通過數據訓練模型獲得知識和特徵，其核心技術是機器學習。^[8] 騰訊 Dreamwriter 等早期自動寫作機器人^[9] 由符號主義所主導，ChatGPT 則由聯結主義主導。具體深入技術邏輯，早期自動寫作機器人是預設模板 + 規則庫的結合。先有算法對所收集的數據進行解析，結合歷史統計數據等維度的內容，形成一定格式的待檢測數據庫；其次，根據預先設計的規則和觸發條件，進行模板化的文章撰寫。在這個過程中，數據類型的輸入與數據格式的處理、觸發條件的設定、文章框架模板的選擇和語料的設定、智能校驗算法模型的訓練等均由主創團隊相關人員選擇與安排。^[10] 而生成式人工智能則是大數據 + 機器學習的結合。開發者先創建一個權重隨機的神經網絡，爾後基於海量作品集對該網絡進行訓練，以使其朝著能夠將輸入轉化為預期輸出的方向進化。在這個過程中，最終固定下來的權重反映的是海量作品集的統計特徵與關聯模式。在文本生成中，當用戶輸入某個提示詞時，模型根據從海量作品集中“學習”到的經驗和特徵，以“詞語接龍”的方式依次生成最大可能出現的下一個詞。雖然 Dreamwriter 也使用機器學習算法，但其目的是對所收集數據進行清洗、分類，以形成結構化數據庫。例如解析“通信板塊上漲 2.1%”的數據後，得到“XX 板塊領漲”的固定句式，以為後續模板填充提供精準輸入。而 ChatGPT 使用的機器學習算法則是用於學習海量數據的分布規律，為後續詞語接龍提供概率預估。

這一底層技術邏輯的迭代引發了知識產權學界關於模型訓練對原作品的利用方式到底為何的爭議。產學界用拼貼機和風格模擬機來比喻兩種技術，並將其運用到模型訓練的合理使用與否的論證中。類似 Dreamwriter 等早期寫作機器人是對多個原作品進行剪切並存儲具體表達，以便在輸出中拼貼各種具體表達；而 ChatGPT 等大模型則是對大量原作品的特徵進行抽象、提煉並存儲創作風格（也即權重），以便在輸出中模仿這一風格。如此一來，Dreamwriter 對原作品的使用即是對具體表達的挪用，該具體表達受著作權法保護；ChatGPT 對原作品的使用則是對風格的挪用，而風格卻不受著作權法保護。前者幾乎沒有爭議，但後者卻引發了較大爭議。在“*Andersen v. Stability AI* 案”中，原告訴稱大模型所生成的新圖像“完全基於‘訓練圖像’，是 Stable Diffusion 在組合特定輸出時從特定圖像中提取的衍生作品。歸根結底，它只是一個複雜的拼貼工具。”^[11] 多數觀點則反

[8] 參見魏斌：《符號主義與聯結主義人工智能的融合路徑分析》，載《自然辯證法研究》2022年第2期，第23-25頁。

[9] “Dreamwriter”是2015年由騰訊財經開發的一款自動寫作新聞軟件，雖然其能夠根據算法自動生成新聞，但公眾普遍認為該軟件是按照預先設定的寫作結構對已有數據庫內容進行拼貼生成。

[10] 參見廣東省深圳市南山區人民法院（2019）粵0305民初14010號判決書。

[11] See *Andersen v. Stability AI Ltd*, 3:23-cv-00201.

對將大模型比作老舊的“拼貼機”，主張著作權“從未包括對創造力基本組成部分的壟斷：思想、概念、風格、藝術技巧、語言或語法”，而大模型從海量作品中提取的正是這些屬性。^[12]

美國版權局《版權與人工智能：第三部分》以大模型技術結合美國版權法合理使用判斷要素，進一步闡述了這一爭議。^[13]美國版權法合理使用採用四要素判斷法，^[14]與之關聯的要素是“作品使用的目的和性質”，而過去司法實踐中這一要素在合理使用判斷中占比非常大。部分主張模型訓練所採用的機器學習是對海量作品的統計分析，其在目的與性質上與對原作品的表達性使用相去甚遠。Anthropic 公司稱，“在訓練數據中使用受版權保護的作品時，其用途僅限於分析（詞匯與概念之間的統計關係），與該作品的任何表達目的無關。”部分則反對前述“非表達性使用”的觀點，認為模型訓練對原作品的使用“類似於壓縮等不具有轉換性的過程……作品的表達元素只是以不同的方式呈現”“生成式人工智能‘預裝’了受版權保護的內容……並利用這些受版權保護的內容來生成自己的合成內容”。^[15]如此一來，模型訓練對作品的利用並不具有轉換性，由此遠離了合理使用。

具言之，以機器學習為核心的大模型較早期以符號主義為核心的人工智能技術確實有所不同，但這種技術層面的不同是否足以證成其模型訓練屬於合理使用，則是存在爭議的。

（二）從替代決策到替代創作的目的變化

人工智能的外在功能經歷了決策式人工智能到生成式人工智能的迭代。根據歐盟《人工智能法案》第3條的定義，人工智能指“用於以不同程度的自主性運行，可能在部署後表現出適應性，並且為了實現明確或隱含的目標，能夠從接收的輸入中推斷出如何生成輸出，例如預測、內容、推薦或決策，這些輸出可能對物理或虛擬環境產生影響”。該法案根據不同目的，區分輸出“預測、推薦、決策”的人工智能和輸出“內容”的人工智能。與此同時，該條款將通用人工智能模型定義為“包括通過大規模自監督學習使用大量數據進行訓練的人工智能模型，該模型具有顯著的通用性，能夠勝任執行多種不同任務，無論該模型以何種方式投放市場，均可集成到各種下游系統或應用中”。所謂“大規模自監督學習”就是 ChatGPT 類大模型所使用的機器學習技術。但是此處通用人工智能模型並沒有預設其輸出的類型，其通用性係指“能夠勝任執行多種不同任務”“集成到各種下游系統或應用”的通用功能。換言之，通用人工智能模型 + 輸出“預測、推薦、決策”即決策式人工智能，通用人工智能模型 + 輸出“內容”即生成式人工智能。前者的目的是輔助 / 替代人類決策，例如人臉識別、自動駕駛，後者的目的是輔助 / 替代人類進行文字、圖像、音視頻等內容“創作”，例如 ChatGPT。

此處兩種人工智能技術的底層邏輯都僅限於機器學習（聯結主義）所主導的大模型。原因在於，一方面上述符號主義主導的人工智能只能依據嚴格的符號邏輯處理結構化的任務，幾乎難以勝任人臉識別、自動駕駛等需要極強適應性，且需要處理非結構化數據的任務；另一方面，符號主義主導的以內容生成為目的的自動寫作機器人幾乎沒有著作權合理使用的辯護空間，實踐中多以獲取著作權人許可為前提（除非拼貼了原作品中的事實消息等不受著作權法保護的部分），這也是為

[12] See Zach Graves, et al, *AI Coalition Letter to Congress at 1*, U.S. House of Representatives and U.S. Senate, (11 September 2023), <https://www.authorsalliance.org/wp-content/uploads/2023/09/AI-Coalition-Letter-9.11.2023-updated.pdf>.

[13] See USPTO, *Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training*, United States Copyright Office (6 May 2025), <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-3-Generative-AI-Training-Report-Pre-Publication-Version.pdf>.

[14] 美國版權法合理使用四要素是：（1）使用的目的和性質；（2）所使用的版權作品的性質；（3）被使用部分的數量和質量；（4）使用對原作品潛在市場和價值的影響。

[15] See USPTO, *Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training*, p.41-44.

何人工智能著作權侵權問題的討論肇始於 2015 年左右的文本與數據挖掘（Text and Data Mining, TDM）合理使用例外。而根據歐盟《數字化單一市場版權指令》第 2 條的規定，TDM 係指，“旨在分析數字形式的文本和數據以生成包括但不限於模式、趨勢和相關性等信息的任何自動化分析技術”。結合歐盟《人工智能法案》的定義，TDM 實際上與“通用人工智能模型”一樣，都是沒有預設輸出的類型。

概言之，人工智能技術的發展可以描述為輸出類型的發展。在 2015 年左右至 2022 年末期間，人工智能的輸出類型主要是“預測、推薦、決策”，此時產學界所關注的 TDM 合理使用論證很大程度上受到模型訓練的輸出目的影響。直到 2022 年底 ChatGPT 的出現，意味著人工智能開始輸出“內容”，這一目的的變化顯然會引發不同後果：TDM 合理使用的正當性要遠遠優於當前模型訓練合理使用的正當性，這也是為何學界研究旨趣開始從早期的合理使用轉向利益平衡。^[16]雖然兩種人工智能都基於機器學習技術對海量數據進行模型訓練，但在模型訓練所使用的作品類別以及使用的目的上存在區別。就模型訓練所使用的作品類別而言，決策式人工智能所使用的大部分數據不是受著作權法保護的作品。例如人臉識別所使用的數據主要是肖像數據，自動駕駛所使用的數據主要是街道、人行道、紅綠燈等照片數據，這類數據通常不受著作權法保護。並且在數據獲取上有比較明確的數據來源，通常是由獲得授權的設備采集。而生成式人工智能所使用的數據雖然也有少部分例如事實消息、個人信息等不受著作權法保護的內容，但大多數都是從公開數據庫中抓取的文章、音視頻等文學、藝術作品，並且幾乎很難事先獲得著作權人的授權。就模型訓練使用作品的目的而言，決策式人工智能旨在輔助 / 替代人類決策；生成式人工智能則旨在輔助 / 替代人類創作。雖然決策和創作同屬智力勞動，但識別人臉、輔助駕駛等決策並不屬於文學、藝術創作，不會與用於模型訓練的原作品的潛在市場和價值相沖突，而輔助他人創作甚至替代本人創作則會顯著威脅到原作者的生存環境，這也難怪域外發生如此多起著作權人集體訴訟，傳統人類創作者確實到了生死存亡之際。

三、技術本位下模型訓練合理使用認定規則的“不合理”

當前大模型訓練的合理使用辯護，大致可以分為法政策學和解釋論兩種，前者通常基於法政策視角，主張通過模型訓練的合理使用規則為技術發展松綁；後者則遵循嚴密的技術和法律分析，認為無論是技術還是法律規則，模型訓練都符合現行合理使用條款或合理使用精神。對於前者而言，本身是一種價值取向和觀念之爭，難以評判其對錯。而就後者而言，模型訓練適用合理使用規則的解釋，必須符合技術現實和法律邏輯。^[17]

（一）技術本位下合理使用認定的邏輯和內容

除基於法政策學分析的合理使用主張外，大多數模型訓練的合理使用規則認定都離不開縝密的技術分析。這一技術本位分析的特徵在於強調技術特徵在合理使用認定中的決定性地位，以僵化的技術分析完全支配合理使用認定的動態法律分析，忽略了合理使用在作品創作者和使用者之間的利益平衡。更為重要的是，技術本位分析往往與複雜且不斷更迭的技術現實不相符合。技術本位下的

[16] 參見張嘉鑫：《人工智能訓練中作品數據來源者利益共享機制研究》，載《知識產權》2025年第5期，第111頁。

[17] 當前關於模型訓練主要以不侵犯著作權為主流觀點，主要包括“非表達性使用論”“合理使用論”“臨時複製論”“總體國家安全論”，除“總體國家安全論”外，其他觀點的論證都建立在技術和法律分析基礎之上。參見易繼明：《大模型語料訓練合理使用問題研究》，載《中國版權》2024年第6期，第5-26頁。

合理使用認定遵循以下邏輯。首先，嚴格區分符號主義和聯結主義的人工智能，類似 Dreamwriter 自動寫作機器人屬於符號主義的人工智能，而 ChatGPT 屬於聯結主義的人工智能。其次，符號主義的人工智能是拼貼機，聯結主義的人工智能是風格模擬機。類似 Dreamwriter 自動寫作機器人是通過對多個原作品進行橫向剪切，由此拼貼出“新”的內容，因此其使用的是原作品的具體表達；類似 ChatGPT 大模型則是通過對大量原作品進行縱向抽象、提煉，旨在識別表達規律或固定表達風格，因此其對原作品的使用方式是值得商榷的，至少是不同於老舊技術那樣“欣賞”原作品的具體表達。最後，非法複製原作品的具體表達當然構成侵犯著作權，而模型訓練作為一種新的作品利用方式，這一使用行為從內容和目的上對原作品進行了轉換，由此符合轉換性合理使用，不侵犯著作權。轉換性使用是美國法院在司法裁判中用於解釋合理使用四要素中“使用的目的和方式”的新標準，其判斷重心從早期的重視作品創作時作者的意圖轉向二次使用是否增加了新內容，是否呈現出不同於原作品的新用途或新表達。^[18] 這一流派是聯結主義技術分析與轉換性合理使用法律分析的結合，由於其突破了合理使用判定中商業性使用和整體使用的禁區，一度受到域內外學界論證機器學習合理使用的青睞，廣泛活躍在相關理論文獻之中。可以將其歸納為“以非表達性使用證成目的轉化的合理使用”“以風格模仿證成內容轉化的合理使用”兩類。

一是基於聯結主義技術分析主張模型訓練對作品的利用改變了作品的原始目的，屬於目的轉化的合理使用。模型訓練的非表達性使用是主要的目的轉化。非表達性使用理論源自美國判例法，並經學者充實逐漸適用於因技術革新而出現的對作品的新的利用方式。這種新的作品利用方式超越了傳統人類讀者以欣賞具體表達，實現與作者之間的交流的目的，本質上是功能性的。在美國早期案例中，非表達性使用最常出現在代碼著作權侵權訴訟中，原因在於與文學、藝術作品相比，計算機軟件的功能性更強。法院運用非表達性使用理論說明被告對原告代碼的挪用旨在實現某種技術功能，而非欣賞代碼設計的具體表達。^[19] 後續逐漸發展到文學、藝術作品領域，美國法院曾認為被告網站基於原告作品的縮略圖是“幫助索引和改善圖像訪問的工具”，而非版權法意義上的審美對象，故不構成版權侵權。^[20] 在美國版權局《版權與人工智能：第三部分》中，穀歌、IBM、Anthropic 等技術公司都以非表達性理論為模型訓練行為辯護。我國學者也不乏相關論證。機器學習雖然使用了作品數據，但目的是獲取表達符號之間的分布規律，未發生對作品的呈現式或演繹式使用，因此不侵犯著作權。^[21] 模型訓練是對原作品的非表達性使用或非作品性使用，可考慮在司法實踐中利用目的轉換性合理使用規則將模型訓練行為解釋為合理使用。^[22]

二是基於聯結主義分析主張模型訓練對作品的利用增加了新表達、意義或功能，屬於內容轉化的合理使用。模型訓練從海量作品的具體表達中得到了不同於原表達的創作風格、思想，這些新的信息甚至不受著作權法保護。在“*Andersen v. Stability AI* 案”中，被告認為，模型訓練得到的是反映被訓練作品（集）風格的模型參數，模型輸出則是風格模仿的結果，而風格不受著作權法保護。^[23] 被告雖然是為後端生成內容不侵犯著作權辯護，但也反映了基於聯結主義的前端模型訓練不侵犯著作權的辯護，也即模型訓練過程中雖然臨時複製原告作品，但真正複製的是不受著作權法保

[18] 參見熊琦：《著作權轉換性使用的本土法釋義》，載《法學家》2019年第2期，第127頁。

[19] See *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir.1992).

[20] See *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir.2007).

[21] 參見陶乾：《基礎模型訓練的著作權問題：理論澄清與規則適用》，載《政法論壇》2024年第5期，第152頁。

[22] 參見郭萬明：《生成式人工智能模型訓練中作品數據的著作權保護》，載《江蘇社會科學》2025年第3期，第166頁。

[23] See Lisa T. Oratz, et al, *First Lawsuits Arrive Addressing Generative AI*, (20 April 2023), <https://perkinscoie.com/insights/update/first-lawsuits-arrive-addressing-generative-ai>.

護的風格並對外傳播這一風格。美國版權局《版權與人工智能：第三部分》中，薩繆爾森（Pamela Samuelson）等人指出，“從海量數據中提煉出不受版權保護的抽象概念和關聯關係，並利用這些知識來創造新的數字作品，這不僅具有轉換性的性質，更是高度轉換性的。”^[24]可以看出，這一觀點雖然承認模型訓練確實從原告作品中挪用了某些東西，但挪用的是不受著作權法保護的風格、抽象概念、關聯關係等，這些“東西”是經由聯結主義技術才能得到的模型權重。

（二）技術本位下合理使用認定的“不合理”

上述基於聯結主義技術分析的合理使用規則認定，始終建立在能夠嚴格區分符號主義和聯結主義的人工智能，以及這種區分具有著作權法上的意義。然而完全將聯結主義與符號主義區分開來，從而認為 ChatGPT 對作品的利用是完全不同於 Dreamwriter 對作品的利用，則是值得商榷的。

1. 合理使用的目的轉換性認定的不合理

當前合理使用論證中，僅僅從客觀技術上認為模型訓練對原作品的利用——獲取表達符號的分布規律——相對於原作品的創作目的具有轉換性與技術現實不相符合。

任何閱讀行為本身並不是著作權法所規制的對象，所謂對作品的利用指的是為該閱讀行為而製作複製件的行為，目的轉換性指的也是製作該複製件的目的。模型訓練過程中製作複製件，其目的包括直接目的和最終目的。直接目的是用於機器閱讀，最終目的則取決於模型設計目的和最終的部署。目的是否具有轉換性，以及具有多大的轉換性，取決於機器閱讀對作品的利用目的與原作品創作目的的差別。無論是基於非表達性使用的不落入著作權規制範圍，還是非表達性使用構成目的轉換性合理使用，其共同點都在於認為模型訓練旨在獲取表達符號的分布規律之目的，使其不同於原作品的表達功能，因而具有目的轉換性。^[25]這一思路遵循了“兩頭固定”的基本假設，也即原作品必然只有表達用途、模型訓練必然只有功能性分析表達規律的用途。這一假設值得商榷。首先，原作品的用途或目的有多種考量因素。在大多數情況下，原作品的初始功能是文本意義上的功能，也即提供某種外化的思想或美學方面的精神內容。^[26]然而在一些情況下，也需要考慮作品創作時作者的意圖。其次，模型訓練對原作品的利用也不盡然是功能性分析表達規律。這是因為目的轉換不能僅考慮技術客觀上使用者的目的，^[27]更多的是需要從作品受眾的角度考量二次使用是否拓展了原作品的用途或功能。

如果非要從技術客觀上考察模型訓練的目的，反而會得出為訓練模型而複製作品，不具有目的轉換效果。當在機器閱讀的隱喻下來討論時，可以將“獲取表達符號的分布規律”稱之為非常人的欣賞、閱讀作品的具體表達，其與人類閱讀具有相同的目的。馬克·萊姆利（Mark A. Lemley）即提出了“公平學習”原則，認為如果人類有權通過閱讀獲取思想，人工智能也應有權通過複製學習非保護性內容。^[28]這一公平學習原則恰恰反映了模型訓練（機器閱讀）對作品的利用與人類對作品的利用具有本質特徵，人類閱讀是為了欣賞具體表達或學習作品思想，機器閱讀也無非是以非常人的方式閱讀作品內容並將其轉化為反映作品表達規律的權重。換言之，原作品在面對人類讀者和機器讀者時，其功能和用途沒有什麼區別：將作品的具體表達或抽象思想記憶下來。只是人類是將其

[24] See USPTO, *Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training*, p.42.

[25] 非表達性使用在我國理論中既有用於論證模型訓練沒有落入著作權保護範圍，也有用於論證屬於目的轉換性合理使用，兩種論證思路在內核上是一致的。

[26] 參見張耕、林楠：《規範性路徑下作品的轉換性使用標準重構及本土化運用》，載《西南民族大學學報(人文社科版)》2019年第8期，第109頁。

[27] 即使考慮使用者作品使用目的，那麼人工智能和人工智能開發者誰是真正的使用者呢？技術本位有一種將人工智能這一機械意識主體認為是作品使用者的傾向，其總是以一種服務於系統功能的目的去被動、機械地讀取作品，而不會被如人類作者一樣可能在閱讀作品事實時也會被懷疑欣賞作品具體表達。

[28] See Lemley, M. A, Casey, B, *Fair learning*, Texas Law Review, Vol. 99, p.107 (2020).

記憶在腦海中，而模型則是將其以權重的形式固定下來。正如美國作家協會所言，“人工智能公司之所以選擇已出版的書籍進行訓練，正是因為這些書籍具有豐富的表達內容。高質量、專業撰寫的著作對於使大型語言模型能夠生成模仿人類語言、故事結構、角色發展和主題的輸出至關重要。”^[29]換言之，模型本身也會根據作品表達的優質程度來“挑”作品，這也反映其對具體表達的需求。

前述指出機器閱讀與人類閱讀的同質性似乎會讓人誤以為機器閱讀也應當完全不受任何限制。任何閱讀行為都沒有落入著作權法規制範圍，但並不意味著為閱讀而複製作品的行為也完全自由。我國《著作權法》第24條規定的個人閱讀、欣賞作品的合理使用，豁免的就是為個人閱讀而製作複製件的行為。在沒有採用雲端學習等技術下，機器閱讀必然需要製作複製件。但該模型閱讀、欣賞作品顯然無法為上述條款的立法者所預料，也難以涵蓋進該條款嚴格的文義解釋之中。在司法實踐中，即使是人類為個人閱讀、欣賞目的而複製作品的行為也會受到嚴格限制。^[30]當機器閱讀和人類閱讀具有同質性時，就應當認為為閱讀作品而複製作品的行為同屬於表達性使用從而不具有目的轉換。

事實上，與傳統“使用目的和方式”的判斷標準相比，轉換性使用將合理使用的重點從創作者的目的轉變為作品受眾的認知。^[31]在著名的穀歌圖書館案中，法院即以之認為穀歌以展示片段、便於搜索的目的大量複製、傳播作品構成轉換性使用。^[32]因為從作品受眾的角度來看，這一方便搜索的目的顯然拓展了原作品傳達思想或美學方面的精神內容的功能，受眾也不期待該片段能夠發揮原本作品的功能。然而僅從“獲取表達符號的分布規律”判斷模型訓練拓展了原作品的用途或功能是不足的。部分意見指出，“在分析模型開發者使用受版權保護材料的的目的和性質時，法院不應孤立地看待訓練過程，而應考慮模型的最終用途。”^[33]換言之，不能僅根據“獲取表達符號的分布規律”的直接目的來判斷目的轉換性，而是更多地考慮模型訓練的部署和最終目的。這是因為模型不可能是孤立存在，任何模型都有其最終目的：識別人臉？輔助駕駛？輔助醫療？科學研究目的？生成內容？即使是生成內容也並不完全是生成供人欣賞、閱讀的文學藝術作品，還有可能是商品導購、醫療診治等功能性對話。

這一考慮最終目的的合理使用認定在美國最新判決中有所體現。在“沃霍爾案”中，美國聯邦最高法院主張在判斷是否具有目的轉換時，不僅需要審視被告所實施的直接複製行為，而且還要考慮其最終目的。該案中，有爭議的使用並不是被告對另外15件作品的再創作，而是他的基金會後來於2016年將其中一件作品進行商業許可，這導致法院認為其作品使用的目的與原作品的創作目的相一致。

2. 合理使用的內容轉換性認定的不合理

當前合理使用論證中，認為模型訓練對原作品的利用獲取了不同於原作品的新內容（不受著作權法保護的風格）從而具有內容轉換性是不合理的。

模型訓練對作品的利用是否具有內容轉換性是一個程度問題。上述指出模型訓練對作品的使用不具有新的目的，而是與人類閱讀一樣，也是通過學習該作品的具體表達並將其固定成模型權重。

[29] See USPTO, *Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training*, p.42.

[30] 美國法院認為科研人員將內部圖書館分發的科學期刊論文複印後作為研究檔案帶入實驗室，不屬於合理使用，即使科學家很大可能只是為了讀取論文中的事實。See *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).

[31] See Laura Heymann, *Everything Is Transformative: Fair Use and Reader Response*, *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 31:4, p.452 (2008).

[32] See *Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*, 954 F. Sup. 2d 282 (S. D. N. Y. 2013).

[33] See USPTO, *Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training*, p.44.

至於固定的是具體表達還是抽象思想，則往往與我們對作品的印象是否深刻有關：當人類閱讀到絕妙的情節或反復閱讀一部作品時，則當然會印象深刻，而當機器閱讀到極其罕見的表達或反復閱讀一部作品時，則會發生所謂的“記憶”現象。至此，我們可以更加確認模型訓練對作品的利用並沒有什麼不同，如果將模型訓練的最終目的擴展到基於學習到的表達分布概率創作風格相似的作品時，就更加確信這一點了。模型訓練對作品的利用的直接結果是將其具體表達規律以模型權重的形式固定下來（最終結果需要考慮模型訓練的部署目的）。模型權重相對於原作品，是否足以稱得上轉換了內容？一些觀點認為，從作品集到模型權重，“類似於壓縮等不具有轉換性的過程，在這些過程中，作品的表達元素只是以不同的方式呈現。”^[34]這種觀點並非毫無道理，模型權重雖然是一串人類無法理解的數字串，但其同樣可以按照一定程式“恢復”成人類可以理解的具體表達。從模型技術來看，模型權重“潛在空間”^[35]實際上是作品的另外一種表徵方式，其是縱向提煉、抽象海量作品後以數字串的形式存儲作品的創作規律和特徵，就像人腦中關於創作技巧的模糊記憶和條件反射。有觀點將數字圖像和“潛在空間”（模型權重）視為作品不同維度的表徵方式，只是恰好以 100×100 像素點所表徵的數字圖像比以字符串形式呈現的“潛在空間”更容易被我們理解而已。^[36]

模型權重在多大程度上相對於原作品是具有內容轉換性的呢？這實際上是一個在技術上和法律上都難以量化的問題。從技術上來說，當被訓練作品在具體表達上越集中，模型越能夠強化對這一類似表達的記憶現象，這是由機器學習的特性所決定的。極端來說，當用於訓練的海量作品都是同一個作品時，模型權重即這一作品具體表達的數字表徵，模型權重即與作品完全相等，此時我們很難說模型訓練具有內容轉換性。反之，如果用於訓練的海量作品間完全毫無聯繫，模型權重就很難與任何一個作品對應起來。從法律來看，從一個極端到另一個極端，實際上意味著模型權重從表徵具體表達到表徵抽象思想的變化，在某一個瞬間就可能從受著作權法保護的表達轉變為不受著作權法保護的思想，從而就具有了內容上的轉換性。這個程度很難把握，因其涉及著作權法領域最令人捉摸不透的部分——思想/表達二分法。但我們可以肯定，適用於泛化任務的基礎模型訓練與有針對性地微調模型訓練在內容轉換性程度上應該是有明顯區別的。

總而言之，無論是基於技術還是法律，都不能一刀切地認定模型訓練必然存在轉換性從而屬於合理使用，而是需要具體情況具體分析。

四、模型訓練合理使用認定規則中的利益平衡

《與貿易有關的知識產權協定》明確成員國可以在三步檢驗法的原則之上，自行規定具體的合理使用制度。三步檢驗法的抽象性和原則性，使得不同國家/地區會根據法律傳統和產業實際情況動態調整合理使用制度，以最終在創作者、傳播者和使用者的博弈中取得利益平衡。歐盟的文化產業強勢而人工智能產業弱勢，以及長久以來的法律技術傳統使得著作權人在利益的天平中更具有話語權；反之美國人工智能產業繁榮，以及寬泛的合理使用制度，則使得技術公司更具有話語權，但在面臨新的人工智能模型對文化產業的威脅時，美國也嘗試建立新的平衡。

[34] See USPTO, *Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training*, p.42.

[35] 所謂“潛在空間”係指模型對海量作品進行抽象、降維後所形成的，由各種向量及表示數據特徵的分量所組成的、低緯度的“空間”。See Ekin Tiu, *Understanding Latent Space in Machine Learning*, TDS Archive, (4 Feb 2020), <https://medium.com/data-science/understanding-latent-space-in-machine-learning-de5a7c687d8d>.

[36] See Sobel B, *Elements Of Style: Copyright, Similarity, And Generative AI*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol.38:1, p.24 (2024).

（一）合理使用認定規則中的利益平衡

前述分析指出，技術本位分析過於強調技術特徵在合理使用認定中的決定性地位，而忽略了合理使用制度在作品創作者和使用者之間的利益平衡。在美國合理使用四要素認定框架下，技術本位實際上就是過於強調模型訓練對原作品的利用不同於原作品的創作目的和創作內容，由此將模型訓練一律視為合理使用行為，而不考慮其他三個要素在合理使用認定中的重要作用，尤其是模型訓練對原作品潛在市場和價值的影響。事實上，無論是美國合理使用四要素，還是我國《著作權法》第24條的規定，都是對《與貿易有關的知識產權協定》合理使用三步檢驗法的具體實施：合理使用並不取決於使用作品的技術是怎麼樣的，而是對該作品的使用是否與作品的正常利用不相沖突、沒有不合理地損害權利人的合法權益。換言之，技術本位分析是技術支配法律，而利益平衡分析則是法律與技術的互動，其以是否達致創作者和使用者利益的平衡為最終判斷因素，同時將技術分析作為實踐中影響利益平衡的考慮因素，例如技術的哪一階段、哪種部署目的更可能對著作權人利益造成不合理損害。

基於利益平衡的合理使用認定規則在過去的理論和實踐中得以廣泛運用，技術分析往往是各國／地區為科技發展辯護的工具，但在有可能實現科技產業和文化產業的共同繁榮時，利益平衡才是合理使用認定的最終考慮因素。作為著作權權利限制和例外，合理使用制度旨在動態調整因新的作品利用技術和商業模式而打破的創作者、傳播者和使用者之間的利益平衡。合理使用概念的制度初衷是為化解後續作者創作新作品而利用前人作品的障礙。^[37] 伴隨著實踐發展，其正當性基礎得以豐富，既有可能是為了降低交易成本、促進後續創作，也可能是讓步於言論自由或市場競爭等其他價值。^[38] 另有學者將合理使用擴張為一種權利。湯姆·貝爾（Tom Bell）認為，版權應當是普通法權利的法定例外，版權的引入使得“自然法和普通法權利”上的複製受到限制。^[39] 這種法定例外賦予了作者相對於其他人的“不道德的特權”，免除了他們原本必須允許他人複製其作品的義務。正是由於合理使用制度理論的不斷豐富，其在實踐中的運用也得到了極大擴張。司法實踐中已不滿足合理使用僅用於促進作品傳播和後續人類創作，而開始將其廣泛運用到為新技術和新商業模式自由利用作品的辯護上。新技術和新模式確實在某種程度上擴展了作品的目的和內容，極大釋放了作品的價值。而在以開放性著稱的美國合理使用四要素認定規則的幫助下，新技術和新商業模式得以獲得廣泛自由，在一定程度上促成美國科技企業的繁榮。在過去幾十年，美國法院就以寬泛的合理使用制度為搜索引擎、數字圖書館、論文檢測、新聞抓取等新出現的機器閱讀行為辯護。^[40] 以轉換性使用標準擴張解釋早期的“作品使用的目的和性質”標準即主要手段之一。

美國在重視作品使用者利益的同時，也並非罔顧著作權人的利益。轉換性使用實際上建立在技術公司開發出了作品的新價值，無論是發現作品新的使用用途（例如以多元作品訓練矯正人工智能歧視）還是發掘作品新的內容（海量作品蘊含的創作風格或商業規律）。這一新的用途和新的內容實際上意味著其不太可能損害原作品的潛在市場價值，自然沒有損害原作者的利益。正是基於利益平衡之精神，人臉識別、自動駕駛等決策式人工智能對作品的利用才在美國獲得廣泛自由。換句話說，技術公司廣泛自由的正當性基礎在於，其以技術做大了“作品價值的蛋糕”，同時將新增價值分配給技術公司也不會損害著作權人的利益。與美國在利益平衡的基礎上將作品的新價值分配給技術公司不同，歐盟則在利益平衡的基礎上將作品的新價值分配給著作權人。雖然2019年歐盟發布

[37] 參見馮曉青：《著作權合理使用制度之正當性研究》，載《現代法學》2009年第4期，第29頁。

[38] 參見崔國斌：《著作權法：原理與案例》，北京大學出版社2014年版，第578頁。

[39] See Bell, T. W, *Copyright as intellectual property privilege*, Syracuse Law Review, Vol.58, p.7 (2007) .

[40] See Krista Cox, *Fair Use in Text and Data Mining: ARL Publishes Issue Brief*, ARL News (15 June 2015), <https://www.arl.org/news/fair-use-in-text-and-data-mining-arl-publishes-issue-brief/>.

《數字單一市場版權指令》（以下稱《版權指令》），為決策式人工智能對作品的利用設置了合理使用條款，但其與美國的合理使用認定規則賦予科技企業的廣泛自由相去甚遠。針對常見的商業性TDM，《版權指令》為著作權人設計了權利保留機制，也即著作權人可以選擇以適當的方式明確拒絕科技公司使用其作品，例如針對網上公開提供的內容采取機器可讀的方式。^[41]而在實踐中，著作權人可以基於權利保留迫使技術公司重新回到著作權交易的談判桌上。歐盟將利益的天平撥向著作權人一方並非沒有原因。作為文藝復興的發源地，作者權法傳統在歐洲根深蒂固，作者們顯然對這種機器閱讀和機器創作嗤之以鼻。這進一步影響到歐洲的技術法律政策，也即以技術憲法主義限制科技公司濫用其“私權力”來危害歐洲的創意產業。^[42]

具言之，著作權制度中的合理使用規則是一個動態調整的過程，其根據利益平衡原則不斷調整創作者、傳播者和使用者的利益。這一利益平衡之精神得益於不同國家/地區的各方利益主體的不斷博弈以及國家法律傳統、當前技術政策的考慮，而其平衡得以可能依據的是大家所共同遵循的《與貿易有關的知識產權協定》中的三步檢驗法：限制與例外只能在特殊情況下作出、與作品的正常利用不相沖突、沒有不合理地損害權利人的合法權益。

（二）歐美國家實踐中的利益平衡經驗

上述分析了各國/地區的合理使用制度受到不同話語權的利益主體的博弈，導致了不同的利益平衡結果，尤其是在面對早期決策式人工智能技術時的平衡藝術。在面對最新的模型技術時，歐洲仍然遵循舊例，將利益的天平撥向著作權人，但也留下了一些回旋空間。美國則開始將過去傾向於技術公司的天平向著作權人撥動，開始考慮場景化的利益平衡策略。

1. 歐盟立場：從權利保留到選擇—退出的有限合理使用的制度慣性

歐盟《人工智能法案》是全球第一部人工智能立法，其於2024年8月正式生效。該法案第53條要求通用人工智能模型提供商公開披露用於模型訓練的作品信息，以用於著作權人實現依據《版權指令》所享有的禁止技術公司利用其作品進行TDM的權利。^[43]只是其相對於《版權指令》的事先權利保留，該法案采取的是作品信息披露義務+選擇—退出的事後退出機制。《版權指令》規定有兩種TDM合理使用。一是科研機構、文化遺產機構以科學研究為目的的TDM合理使用；二是任何其他主體包括商業目的的TDM合理使用。針對後者，著作權人可以選擇以適當的方式明確權利保留。^[44]前述分析指出，法案的“通用人工智能模型”係指基於自我監督、用海量數據訓練而來的基礎模型，其特徵是顯著的通用性和泛化性，也即是沒有預設任何下遊任務。而提供商則是指開發者。這就意味著，任何採用自我監督訓練的大模型的開發者都需要披露用於訓練的作品信息，而著作權人可以隨時要求退出模型訓練，無論該基礎模型是否實際部署，或者部署於何種任務。具言之，歐盟《人工智能法案》仍然是對《版權指令》的延續，以一刀切的方式要求所有基礎模型都需要為著作權人設置選擇—退出機制。^[45]

繼歐盟《人工智能法案》生效之後，德國法院做出了一項與模型訓練著作權相關的重要司法判決。2024年9月，德國漢堡地方法院駁回著作權人對非營利機構LAION e.V.的起訴，認定LAION

[41] 參見歐盟《數字單一市場版權指令》第4條。

[42] 參見張惠彬、王懷賓：《版權優先還是技術優先？——法國應對AIGC版權風險的趨勢及啟示》，載《編輯之友》2024年第5期，第106頁。

[43] 參見歐盟《人工智能法案》第53條第1款第（c）（d）項。

[44] 參見歐盟《數字單一市場版權指令》第4條。

[45] 但不包括“非專業或科學研究目的開發或使用模型”以及“在市場發布之前用於研究、開發或原型設計活動的人工智能模型”。參見歐盟《人工智能法案》第3條（63）項，解釋性備忘錄109項。

未經許可複製原告作品創建數據集（LAION-5B）的行為不侵犯著作權。^[46] 該案中，被告是德國一家致力於開源人工智能運動的非營利性組織，其工作是將互聯網上的公開圖片製作成數據集，以免費提供給人工智能公司訓練模型。德國《著作權法》是對歐盟《版權指令》的轉化，其與該案密切相關的條款主要包括 44a 條（臨時複製）、44b 條（商業目的的 TDM 合理使用），以及 60d 條（科學研究目的的 TDM 合理使用）。法院首先駁回了被告臨時複製的合理使用抗辯。按照歐盟《信息社會版權指令》的規定，^[47] 基於臨時複製的合理使用必須滿足以下條件：（1）複製行為是短暫的或附帶的；（2）其唯一目的是實現：通過中介在網絡中進行的第三方之間的傳輸，或者對作品或其他受保護內容的合法使用；（3）是技術過程不可或缺的組成部分；（4）該複製行為不具有獨立的經濟意義。法院認為被告基於模型訓練之分析目的的有意識且積極控制的獲取過程，不符合基於分析技術過程的附帶性；同時也非網絡傳輸的必要技術過程。其次法院認定被告的複製行為屬於第 60d 條基於科學研究目的的 TDM 合理使用，其理由如下：被告屬於專注於開源人工智能技術的非營利組織，符合主體要求；該數據集由被告免費分發給公眾使用，符合非商業性使用要求；雖然該數據集有可能被商業技術公司使用，但被告無法預測會被如何具體使用。最後，法院並沒有就 44b 條的適用展開分析。該案將訓練數據集的創建和使用行為分割開。如果訓練數據集的創建行為符合主體非營利性和創建目的的非營利性，則可以獲得完全的合理使用豁免；反之則是有限的（權利保留）合理使用豁免。使用行為也同是如此。而由於實踐中很多使用訓練數據集進行模型訓練的主體通常是商業性技術公司，因此只能寄希望於 44a 條和 44b 條。

綜上所述，在歐盟《人工智能法案》頒布施行之後，非營利性的訓練數據收集行為可能獲得完全合理使用豁免，該訓練數據集最終是否被用於商業性模型訓練不影響非營利性判斷。除非有明顯證據證明使用方對收集方有實質的控制力。^[48] 這種將訓練數據集收集行為和使用行為分開評價的策略留下了一個關鍵議題，那就是使用方在模型訓練的過程中對訓練數據集的使用有可能因落入臨時複製而獲得完全（複製權）合理使用豁免。這是因為相較於訓練數據集收集過程中對作品的複製，模型訓練過程中對作品的複製更符合臨時複製的特徵。當然，一切都只是推測，結合《人工智能法案》的規定以及歐盟著作權法傳統，商業性技術公司的模型訓練行為很可能還是得遵循作品信息披露 + 選擇 - 退出機制，這在 2024 年 3 月的法國“穀歌行政處罰案”中得以印證。^[49]

2. 美國立場：從目的轉換到市場損害的合理使用要素的重心轉移

美國版權局於 2025 年 5 月 9 日預發布《版權與人工智能：第三部分》，儘管該報告並沒有任何法律效力，但在綜合收集了產學界一萬條左右的重要意見後，仍然反映了美國產學界的主要觀點。前述二、三部分已有部分觀點源自這一報告，以下將總結美國版權局的最終立場。（1）模型訓練所涉及的數據收集 / 整理、訓練階段都有可能以侵犯著作權的方式使用作品。這一立場實際上否定了非表達性使用的觀點，就像部分意見指出的那樣，不論是立法還是司法實踐，非表達性使用都不是一個正式的法律概念，其只能作為考察模型訓練對作品的使用是否具有轉換性的一個因

[46] Siehe LG Hamburg, Urteil vom 27.09.2024, Az. 310 O 227/23.

[47] 參見歐盟《信息社會版權指令》第5條第1款。

[48] 參見歐盟《數字單一市場版權指令》第2條第（1）款，“並且，對該機構有決定性(decisive)影響的主體不能夠優先獲取該機構產出的研究成果。”是非營利性的判斷因素之一。

[49] 2024年3月15日，法國競爭管理局對穀歌公司處以2.5億歐元罰款，原因是穀歌公司在利用新聞出版機構的作品訓練生成式人工智能“Bard”（已更名為“Gemini”）過程中，未履行透明度義務，以及未採取技術措施滿足著作權人“選擇—退出”機制。Cf. Autorité de la concurrence, Related rights: the Autorité fines Google €250 million for non-compliance with some of its commitments made in June 2022, [En Ligne: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/related-rights-autorite-fines-google-eu250-million-non-compliance-some-its>]. Consulté le 20 mars 2024.

素。^[50] (2) 模型訓練所涉及的初步侵權行為是否構成合理使用，需要根據所有相關情況，對四個法定要素進行權衡。但根據慣例，模型訓練在多數情況下都可能具有轉換性，但在多大程度上屬於合理使用，則取決於所使用的作品、來源、目的和對輸出的控制方式等因素，綜合考慮是否損害原作品的潛在市場和價值。(3) 當前美國合理使用制度可以在個案中解決爭議，政府鼓勵但不強行干預自願許可市場的進一步發展，在市場失靈的情況下可以考慮延伸集體許可等干預措施。美國版權局立場中的關鍵部分在於，如何依賴合理使用四要素的司法經驗，在不同場景中綜合考慮模型訓練是否損害原作品的潛在價值和市場。

美國版權局的報告重點引用了美國聯邦最高法院於2023年5月作出的“沃霍爾案”。該案中，被告將原告的作品製作成絲網印刷肖像畫，法院認為被告的新用途轉換未通過合理使用測試，因其將絲網印刷肖像畫商業性許可給他人，並於雜誌上展示，這使得其使用目的與原告的創作目的相同，削弱了其轉換性程度。該案被認為美國著作權法上的一個重要轉折點，因其矯正了過去司法實踐中過度強調合理使用四要素中“使用的目的和性質”，而忽略了其他三要素，尤其是“使用對原作品的潛在市場和價值的影響”。如上所述，1994年“坎貝爾案”引入的“轉換性使用”是對“使用的目的和性質”的擴張解釋，而美國法院在後續的司法實踐中錯誤地將“轉換性使用”簡化為“是否添加新表達、意義或信息”，並過度重視這一要素，從而忽視了商業性和市場替代效應。^[51] 而該案則提出了一個三要素框架：(1) 獨立正當性：使用需有獨立於便利或搭便車的理由（如評論、批判），且需證明對原作品的針對性必要；(2) 不同目的：二次使用的目的需與原作品的典型用途顯著不同，避免市場替代；(3) 商業性平衡：商業用途需更強的正當性支持，需與轉換性程度權衡。2025年6月，美國聯邦地區法院就“Kadrey v. Meta案”作出判決，雖然法院最終認定Meta模型訓練構成合理使用，但法官同樣提出了模型訓練可能損害原作市場的“市場稀釋”理論，但礙於原告並未提出足夠證據以將市場稀釋問題提交至陪審團，因此無法支持原告主張。^[52]

綜上所述，雖然早期美國法院更青睞於技術公司，但伴隨著技術發展和法律實踐的變化，美國版權局也開始傳達出適當關照版權人利益的立場，具體表現則是場景化的合理使用四要素認定，並圍繞轉換性和是否損害原作品潛在市場和價值兩個重要考量因素。

五、利益平衡下模型訓練合理使用認定規則的重塑

（一）模型訓練合理使用認定的一般原則

結合前述技術分析和歐美實踐來看，我國模型訓練合理使用認定應首先排除一刀切式方案，這些方案主要包括基於非表達性使用、臨時複製理論在司法實踐中將所有模型訓練行為解釋為合理使用。就非表達性使用而言，其最早的系統性研究可追溯於美國學者詹姆斯·格林梅爾曼（James Grimmelmann）於2015年發表的論文。^[53] 作者在文中分析了美國版權法如何通過判例演化出“機器閱讀不構成侵權”的隱性規則，而這種幾乎完全確定的規則實際上導向了機器閱讀的“非表達性使用”路徑。作者批評機器閱讀的“非表達性使用”會導致以下不利後果：(1) 從實踐來看，司法實踐中存在區別對待人類閱讀和機器閱讀，涉及人類讀者的使用會受到嚴格的審查，以確保版權

[50] See USPTO, *Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training*, p.44.

[51] See Balganes S, Menell P S, *Going “Beyond” Mere Transformation: Warhol and Reconciliation of the Derivative Work Right and Fair Use*, *The Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol.47, p.413 (2024).

[52] See *Kadrey v. Meta Platforms, Inc*, 3:23-cv-03417, (ND Cal.).

[53] See Grimmelmann J, *Copyright for literate robots*, *Iowa Law Review*, Vol.101, p.657 (2015).

所有者的市場不會被搶占，而涉及機器讀者的非表達性閱讀則會被完全歸為合理使用。由此版權法變相鼓勵將閱讀行為外包給算法，導致人類深度閱讀能力退化。（2）從理論來看，“非表達性使用”將機器閱讀行為排除在了著作權法監管範圍之外，形成“灰色地帶”，有可能導致技術失控。此外，前述分析指出，無論是在技術上還是法律上，模型訓練是否使用了作品的具體表達都是存疑的（特別是針對軟件代碼作品的模型訓練），更勿論我國版權法上根本不存在非表達性使用的法律概念。^[54]就臨時複製而言，也存在相似的問題。與歐盟規定了嚴格的臨時複製合理使用例外不同，我國是將臨時複製視為沒有落入著作權法規制範圍，^[55]這可能與“非表達性使用”導致相同後果。事實上，非表達性使用和臨時複製分析也可以歸納為技術本位主義，在面對模型訓練技術複雜且高度依賴部署場景的新技術時，在法律上是不夠嚴謹且過於僵化。

其次，在采取合理使用規則時，應避免一刀切式的認定方式，而應基於利益平衡原則采取場景化的認定思路，明確指出哪些因素可能影響模型訓練的合理使用認定。相較於技術本位主義，場景化的合理使用認定更具有靈活性，能夠適應技術發展以及根據不同部署場景進行充分的利益平衡。上述歐美經驗即已表明，美國合理使用四要素能夠根據需要進行新的利益平衡，而歐盟則只能陷入僵化的版權法律傳統之中。與歐美相比，我國《著作權法》第24條采取的是13種具體條款+三步檢驗法的形式，本質上是半封閉且傾向於著作權人利益的。“法律、行政法規規定的其他情形”通常包括《信息網絡傳播權保護條例》《著作權法實施條例》所規定的合理使用情形。儘管難以從文義解釋上推導出利用作品進行模型訓練的合理使用情形，但2011年最高人民法院的指導意見明確提出，在促進技術創新和商業發展確有必要的特殊情形下，可以參考美國“合理使用四要素”來認定合理使用行為，之後我國司法實踐中也經常出現運用四要素進行合理使用判定的案例。^[56]這一司法實踐中的開放性實際上是為了回應新技術和新商業模式的需求，適當平衡作品使用者的利益。無論是在其他法律、行政法規中新設立模型訓練的合理使用情形，還是在司法實踐中采用四要素認定，都需要最終由三步檢驗法加以評價，這是由我國《著作權法》條文結構和《與貿易有關的知識產權協定》共同決定的。三步檢驗法的核心也即是不得不合理損害著作權人的合法權益，這在美國版權局報告中也明確建議：應根據作品性質、使用目的等因素綜合考慮是否損害原作品的潛在市場和價值。

（二）模型訓練合理使用認定的具體考慮因素

合理使用的利益平衡原則需要在個案中得以實現，基於三步檢驗法和域內外法律實踐，並結合技術實踐來判斷可能導致不合理損害著作權人合法權益的諸多情形，同時考慮哪些技術措施可能顯著減輕對著作權人合法權益的不合理損害，從而提出以下模型訓練合理使用認定的考慮因素。

1. 模型部署目的和對輸出的控制

模型部署目的和模型開發者對輸出的控制能夠顯著影響模型訓練對原作品潛在市場和價值的損害。（1）模型的最終部署。正如美國版權局的立場所言，合理使用必須在整體使用的背景下進行評估，這也是美國聯邦法院在“沃霍爾案”中的立場。實踐中，沒有僅僅訓練模型而不部署模型的，所有模型最終都用於一定的輸出，無非是輸出的內容不同，而輸出內容決定了部署目的。對於輸出的是識別人臉、輔助駕駛等決策信息的，很難說模型訓練影響到了原作品的潛在市場和價值。對於輸出的是人類可以閱讀的信息的，仍然需要考慮部署的真正目的，以及從用戶視角來判斷是否

[54] 參見易繼明：《大模型語料訓練合理使用問題研究》，載《中國版權》2024年第6期，第7頁。

[55] 參見王遷：《版權法保護技術措施的正當性》，載《法學研究》2011年第4期，第91頁。

[56] 參見《最高人民法院關於充分發揮知識產權審判職能作用推動社會主義文化大發展大繁榮和促進經濟自主協調發展若干問題的意見》第8條。

有別於作品之精神享受的目的。換言之，類似輔助醫生診斷的醫療信息輸出、輔助法官檢索案例的法律信息輸出等對原作品的潛在市場或價值通常不會造成損害或損害在合理範圍。而唯有輸出文學、藝術作品，並且以滿足用戶閱讀、欣賞其精神內核為目的，才有可能對原作品的市場造成不合理的影響。(2) 部署者對模型輸出與被訓練作品實質性相似的文學、藝術內容，採取了有效技術措施以降低生成頻率的，可以認為模型訓練對原作品的市場損害較小或在合理範圍。例如模型訓練過程中採取“數據集清洗”等措施降低模型記憶現象，在模型輸出過程中採取關鍵詞屏蔽、反“越獄”“隨機種子”等措施。

2. 轉換性程度的高低

在(通常存在市場損害)市場損害難以估值的情形下，模型訓練使用作品的轉換性越高，對原作品的市場損害通常是越低的。在“沃霍爾案”中，美國聯邦法院提出類似商業性平衡原則：商業用途需更強的正當性支持，需與轉換性程度權衡。也就是說，在模型訓練普遍是商業性的情況下，較低程度的轉換性不足以支持其正當性。上述技術分析指出，以下因素通常會影響轉換性(在模型訓練的背景下，目的轉換性和內容轉換性有時難以區分)。需要注意的是，各種因素並非單獨發揮決定性作用，而是以權重的方式綜合發揮作用。並且不同因素之間存在關聯。例如預訓練階段通常使用的是海量質量相對較低的作品，而微調階段則使用的是針對性的質量相對較高的專業類作品。

(1) 用於模型訓練的作品的類型。一般來說，法律、科學以及新聞等事實性較強的作品，模型訓練使用作品的轉換性通常較高。模型訓練使用這類作品的目的在很大程度上是學習作品中的事實、思想，而非欣賞其具體表達。在向用戶輸出內容的目的上，用戶通常不是為了獲取具體表達，而是為了了解一定的知識和新聞，以解決特定的問題。相反，類似文學、藝術作品等臆造作品，模型訓練在使用這類作品時的轉換性較低。雖然模型訓練是在獲取符號的分布規律，但是分布規律本身就是一種精確的表達選擇。當這一分布規律與表達選擇相似時，則很難稱得上具有轉換性。(2) 作品質量的高低。高質量作品，例如高質量、專業創作的書籍、文章等作品對於模型模仿人類語言、故事結構、人物發展和主題輸出等至關重要，這些通常是模型想要充分模仿和學習的對象，轉換性程度通常較社交帖子、購物評論等較低。對於非專業創作的作品，模型旨在最大化地學習通俗的表達方式，模仿的是一般化的表達習慣，因此針對這類作品的轉換性程度較高。(3) 模型訓練的階段。模型訓練主要可以分為預訓練和微調訓練階段。預訓練使用海量的無標註數據來對模型進行通識教育，類似於大學基礎課程；微調則是使用專業領域標註數據來針對某一具體目的進行專業培訓，類似於入職後的崗位培訓。可以看出，通識教育使用的作品風格、知識、表達特徵更加分散，單個作品對模型權重的影響力更低，作品使用的轉換性通常較高。而專業教育所使用的作品風格、知識和表達特徵更加集中，作品數量更少，單個作品對模型權重的影響力更高，則轉換性相對較低。在杭州互聯網法院首例生成式人工智能侵害信息網絡傳播權案中，用戶在基礎模型上使用幾張奧特曼圖片就訓練(微調)好一個可以定向生成奧特曼圖片的專有模型，這很難說具有內容轉換性。^[57]當然，模型訓練是一個漸進的過程，在預訓練的階段性過程中也有可能因為某一作者大量作品被反復訓練而產生“記憶”現象，由此導致內容轉換性程度較低，需要在個案中進行判斷。^[58]

結合上述考慮因素，至少可以認為以下模型訓練更可能構成侵權：以輸出供用戶欣賞的文學、藝術作品為目的，同時根據基礎模型有針對性地對某類作品進行微調。而以下模型訓練更可能屬於

[57] 參見杭州互聯網法院(2024)浙0192民初1587號民事判決書。

[58] 有觀點即主張模型訓練學習大眾表達則屬於設定合理使用(但允許權利保留)，若模仿個別作者且未獲許可應負侵權責任。參見李安：《機器學習的版權規則：歷史啟示與當代方案》，載《環球法律評論》2023年第6期，第97頁。

合理使用：以輸出輔助醫生診斷的醫療信息的模型訓練；以適用於泛化任務的通用基礎大模型的訓練，其采取有效措施降低“記憶”現象；雖然輸出文學、藝術作品，但未針對性地對模型進行微調訓練，也採取了各種技術措施降低模型輸出與被訓練作品實質性相似的內容。具言之，模型訓練使用作品的轉換性程度越高、潛在市場損害風險越低，則更有可能被視為合理使用，這應當在司法實踐中予以個案判斷。

Abstract: Compared to early automated writing bots like Dreamwriter, generative AI employs connectionist machine learning techniques. Beyond fair use claims based on policy considerations, most model training fair use determinations are grounded in technical analysis. This analysis posits that connectionist model training involves more transformative use of the original work in terms of purpose and content, thereby qualifying as fair use. The technology-centric fair use determination rules not only fail to align with technical realities but also lack legal comprehensiveness. They inadequately consider diverse scenarios, such as the ultimate deployment purpose of model training, and thus fall short of achieving a balanced consideration of creators' and users' interests in fair use determinations. Based on industry realities and legal traditions, the latest practices in Europe and the United States seek to maintain a delicate balance between the interests of copyright holders and technology companies. Guided by the principle of balancing interests, China's fair use determination for model training may comprehensively consider the following factors: First, whether the model's final deployment purpose and the technical measures implemented by developers/deployers to prevent infringing outputs significantly reduce the risk of potential market harm to the original work. Second, the impact of the type of trained work, its quality, and the training stage on the degree of transformative use. The higher the level of transformative use in model training and the lower the risk of potential market harm, the more likely it is to be deemed fair use. This should be determined on a case-by-case basis in judicial practice.

Key words: Model Training; Copyright Risk; Fair Use; Balancing of Interests

（責任編輯：咎晨東）

公共數據授權運營適用行政公益訴訟的邏輯證成與制度展開

唐偉然*

摘 要 公共數據授權運營適用行政公益訴訟可以《個人信息保護法》為規範依據，並以《數據安全法》為援引依據。在制度目標上，公共數據授權運營與行政公益訴訟均以“公共利益最大化”為最終目標，具有較強的制度契合。另基於公共數據保護的路徑由財產規則轉變為責任規則，對於事後的外部司法監督存在著現實制度需求，將公共數據授權運營行為納入受案範圍，可補足外部監督從而引導公私合作治理實現良性互動。在具體規則適用時，需明確行政機關在數據採集、授權和運營階段中所承擔的管理職責，厘清國家利益和社會利益的具體表現為國有資產的保護、數據公平利用權的實現、數據來源者權益的保護、授權運營形成的客觀數據秩序，並明確上述公益受損的判斷標準。在此基礎上結合數據風險特性需更多適用預防性公益訴訟模式，優化訴前程序規則實現檢察機關對數據風險的有效治理，並明確檢察機關和行政機關各自的舉證範圍。

關鍵詞 公共數據 授權運營 公益訴訟 數據治理 救濟機制

一、問題的提出

中國共產黨二十屆三中全會指出，“建設和運營國家數據基礎設施，促進數據共用。”數據作為數字時代的基礎和戰略性資源，是數字經濟的關鍵要素。與傳統生產要素如土地、資本相比，數據要素具備非競爭性、規模經濟和低複用成本等特性，並能與其他要素融合，發揮倍增效應。根據2024年5月發佈的《數字中國發展報告（2023年）》，我國數字政府制度規則體系不斷健全，基礎支撐明顯增強，數字化履職能力明顯提升。由此可以看出，中央政府對數字政府建設給予了高度重視，並明確將其作為推進國家治理體系和治理能力現代化的重要途徑。具體來看，自2022年開始，有關公共數據相關的政策和規定頻繁發佈，由中共中央、國務院發佈《關於構建數據基礎制度更好發揮數據要素作用的意見》，對我國數據基礎制度進行全面部署，提到要推進公共數據確權授

* 唐偉然，海南大學法學院博士研究生。

本文係2023年國家社科基金西部項目“數字身份的法律保障機制研究”（項目編號：23XFX016）階段性成果；
本文同時係中國司法大數據研究院主辦的第三屆“法研燈塔”司法大數據徵文比賽“優秀獎”獲獎作品。

權機制，加強匯聚共用開放和開發。而後在 2023 年，中共中央、國務院發佈《數字中國建設整體佈局規劃》，強調夯實數字基礎設施和數據資源體系“兩大基礎”。同年，《“數據要素 x”三年行動計劃》發佈，指出要加大公共數據資源供給，在重點領域、相關區域組織開展公共數據授權運營，探索部省協同的公共數據授權機制。另外在 2024 年發佈的《中共中央辦公廳、國務院辦公廳關於加快公共數據資源開發利用的意見》，以及 2025 年發佈的《公共數據資源授權運營實施規範（試行）》（以下簡稱《授權運營規範》），均為公共數據授權運營提供了更為明確的規範依據。

政府數據到公共數據的概念擴張，使得授權運營所涵蓋範圍也在不斷擴大，除了政府所持有的數據外，具有公共服務職能的企業和事業單位所持有的數據也都納入公共數據範疇，因此在具體的行為規制上需要遵循“政治邏輯”和“經濟邏輯”進行行為引導。^[1]從現有的制度上看，公共數據授權運營的改革是地方立法先行，地方層面在公共數據授權運營的行為規制中更多是強調內部責任，未強調傳統的復議、訴訟等法治思路。除了在監督機制上要有內部和外部的雙重監督以外，在具體行為上也需要針對行為性質區分適用具體法律法規。為了對行政機關的行為進行有效規制，《中華人民共和國個人信息保護法》（以下簡稱《個人信息保護法》）第七十條規定了侵害個人信息權益可以提起公益訴訟，該條規定對行政機關不當處理公共數據侵犯個人數據權益的行為提供了司法救濟路徑，雖說有提供救濟監督的可能，但《中華人民共和國行政訴訟法》（以下簡稱《行政訴訟法》）第二十五條第四款未明確將公共數據授權運營行為納入公益訴訟的保護範圍，進而造成檢察監督與實際需要監督的公益範圍不一致。另外《中華人民共和國數據安全法》（以下簡稱《數據安全法》）第五十二條僅規定了民事責任和刑事責任，未涵蓋行政機關的違法行為所產生的責任。基於此，本文旨在探討行政公益訴訟適用於公共數據授權運營中的合理性、必要性、可行性，並結合《行政訴訟法》第二十五條探討其在公共數據授權運營行為中的行政機關的管理職責，在具體規則上提出優化建議。

二、公共數據授權運營適用行政公益訴訟的邏輯證成

（一）公共數據授權運營適用公益訴訟的規範依據

儘管公共數據授權運營領域尚未出台全國性法律規範，但其行為具有明顯的公法屬性且涉及數據來源者權益，必然受到《個人信息保護法》《數據安全法》等數據相關立法的約束。行政機關在授權運營過程中若存在履職缺位或程序違法，檢察機關可基於現行法律體系中的義務性規範與責任性條款，明確行政公益訴訟的規範適用路徑。

1. 《個人信息保護法》提供了公益訴訟的規範依據

個人數據因具有個人性和公共性的二元特徵，其公共性意味著需要匯聚大規模的個人數據轉化為公共數據才能充分發揮其中的社會價值，^[2]那麼匯聚到公共數據並授權運營是將個人數據上所承載的商業價值進行讓渡，其中人格性權益客觀上難以讓渡和被剝奪。因此，個人作為數據來源者與行政機關作為數據處理者在數據之上存在著利益共生關係，行政機關不當處理個人數據行為的，檢察院、法律規定的消費者組織和由國家網信部門確定的組織可以依據《個人信息保護法》第七十條提起公益訴訟。雖然此處的公益訴訟並未明確性質，有學者認為此處的公益訴訟應僅限定為民事公益訴訟，即便國家行政機關作為個人信息的處理者，對於國家機關的工作人員行為可以適用特別規

[1] 參見王錫鈺、王融：《公共數據概念的擴張及其檢討》，載《華東政法大學學報》2023年第4期，第17頁。

[2] 參見彭濤：《數字政府中個人數據保護的法律規則轉換》，載《法學》2024年第4期，第54-55頁。

則例如《中華人民共和國公職人員政務處分法》《中華人民共和國公務員法》（以下簡稱《公務員法》）進行處分。《行政訴訟法》第二十五條第四款規定了檢察建議的前置條件，而《個人信息保護法》第七十條並未明確公益訴訟的前置條件，因此對於行政機關的規模侵權行為，不宜突破行政法的現有規則。^[3] 雖說《個人信息保護法》第七十條沒有明確行政公益訴訟需要作出的前置行為，但該部法律並沒有對行政公益訴訟設置“禁止性條款”，立法釋義也未排除，^[4] 並從主體資格、適用領域、啟動及程序要件都為行政公益訴訟預留了制度空間。^[5] 行政機關在處理公共數據時不可避免地需要作為個人信息處理者，人民檢察院既然可以提起民事公益訴訟，那就自然也可以對行政機關的行為進行監督從而提起行政公益訴訟。^[6] 另考慮到內部監督機制並非完美無缺，仍有制度失靈的可能，在此情形下信息主體無法通過司法途徑對行政機關不作為行為進行監督，也將難以實現對個人信息權益的保護。^[7] 而且，個人信息的行政公益訴訟已有較多實踐，^[8] 通過司法權對行政權的監督，使得公共數據中的個人數據在發生重大侵害危險時可以形成內部和外部監督的配合，從而有效監督國家行政機關的履職行為。

2. 《數據安全法》提供公益訴訟的援引依據

《數據安全法》中多個條款為行政公益訴訟制度提供了銜接基礎，尤其在規範行政機關履職、保護公共利益方面具有直接關聯。其中在《數據安全法》第六條中明確了地方政府對公共數據的管理職責，並在第二十一條確立了地方政府對公共數據的分級分類保護要求。行政機關未採取分級分類的差異化管理措施導致數據洩露的，屬於在數據安全風險上未履行監管職責。另外《數據安全法》第三十八條則明確了國家機關在收集和使用數據時應當符合兩個條件，一是為履行法定職責，即必須與國家機關履職相關聯；二是依法進行，即依據來源為法律和行政法規。同時也設定了國家機關對數據來源主體所承擔的保密義務。並且在第四十條規定了國家機關在委託他人處理數據時所應承擔的職責，即經過批准程序以及監督受託方履行相應數據保護義務。批准程序需要按照現有的《中華人民共和國政府採購法》（以下簡稱《政府採購法》）尋找規範依據，即第二十六條公開招標或二十九至三十二條滿足非公開招標的具體情形。監督受託方的義務則要求受託方除了按照國家機關的指示處理數據，也應當依照法律法規的規定和合同約定履行數據安全保護義務。^[9] 從上述的行政管理行為看，行政機關的法定職責既對其自身的行為進行約束，也要求其積極監督受託方。這些行為的最終目的是維護客觀上存在的數據秩序，即政府依法作出數據的收集、轉換、儲存、公開、使用行為並實現數據服務和產品的開發以及保障數據的安全有序流動。這種秩序上承載的公共利益被侵害時，由於難以發掘其中的具體受害人，個體因存在較高的起訴壁壘而難以提起行政訴訟，因此需要借助檢察機關和社會團體的力量對行政權的依法行使進行監督。行政公益訴訟作為一種客觀訴訟、他益訴訟，在監督授權運營以及保障目的實現上具有高度契合性，引入該訴訟並確立檢察機關的監督權，從而引導行政機關在授權運營活動中積極作為，挖掘公共數據中的潛在價值。

[3] 張新寶、賴成宇：《個人信息保護公益訴訟制度的理解與適用》，載《國家檢察官學院學報》2021年第5期，第67-68頁。

[4] 參見高飛：《中華人民共和國個人信息保護法解讀》，中國法制出版社2022年版，第221-222頁。

[5] 蔣紅珍：《個人信息保護的行政公益訴訟》，載《上海交通大學學報（哲學社會科學版）》2022年第5期，第29頁。

[6] 張陳果：《個人信息保護：行政與民事公益訴訟相結合的恢復性踐行》，載《上海交通大學學報（哲學社會科學版）》2024年第1期，第126頁。

[7] 余凌雲、鄭志行：《個人信息保護行政公益訴訟的規範建構》，載《人民檢察》2022年第5期，第32頁。

[8] 參見《檢察機關個人信息保護公益訴訟典型案例》，載最高人民檢察院網站2021年4月22日，https://www.sp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202104/t20210422_516357.shtml#2；《個人信息保護檢察公益訴訟典型案例》，載最高人民檢察院網站2023年3月30日，https://www.sp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202303/t20230330_609756.shtml#2。

[9] 龍衛球：《中華人民共和國數據安全法釋義》，中國法制出版社2021年版，第141-143頁。

（二）公共數據授權運營適用行政公益訴訟的理論基礎

公共數據授權運營制度與行政公益訴訟機制在規範邏輯層面呈現顯著的內在契合性，這種制度協同關係可從兩個方面展開法理證成：其一，從客體屬性維度觀察，公共數據作為全民所有的戰略資源，其承載的公共福祉屬性與行政公益訴訟維護的公共利益價值目標存在價值耦合；其二，從行為性質維度剖析，授權運營作為具有公法因素的特許經營行為，其與公益訴訟對行政履職的監督要求形成功能互補。在此基礎上，結合行政權與檢察權的互動關係，厘清數據治理活動中行政職責與檢察監督的新型關係定位。

1. 公共數據的公共屬性

公共數據的公共屬性在數據屬性、使用目的、保障責任三個方面進行體現，具體來說，數據屬性的公共性是指國家通過行使公共數據的管理權，基於數據的流通才能產生價值這一基本特徵，應堅持開放共用的利用規則。^[10]《中華人民共和國憲法》（以下簡稱《憲法》）第十二條對公共財產以開放形式進行規定，即滿足財產屬性和公共屬性的基礎上皆可被稱為“公物”，公共數據其目的之一就是為了發揮其中的數據價值提高政府行政效率和提高國家財政收入，與公共財產的內涵相一致。但就公共財產的相關規範而言，《憲法》第九、第十、第十二條都沒有明確表述為公共財產上的國家所有權，而在《憲法》第十三條對私有財產的規制上則明確表述了公民對私有財產所享有的具體權利，因此公有財產與私有財產在《憲法》中作區分表述則表明了公共財產上實際權利主體是全民，公共數據國家所有的本質是“不可侵犯”與“合理利用”。^[11]公共數據不可侵犯意在維護公有財產神聖不可侵犯，也為保護國家數據主權和數據安全；而合理利用則是利用數據的可流通性，在維護國家數據主權和數據安全的同時發揮其應有的流通價值。使用目的公共屬性是指除了上述提高國家財政收入外，授權運營作為公共數據開放的行為之一，在制度功能上應兼顧經濟效益與公益保障，即應構建一個公平、開放的數據獲取環境，促使更多的數據治理主體、使用主體能夠高效參與數據要素流通與應用，通過釋放數據資源的社會化價值，實現公共利益最大化與經濟社會高質量發展，^[12]並在此基礎上發揮公共數據的財產屬性反哺地方財政。保障責任的公共性是指國家在開展公共數據治理活動時需要確保法定的在先權利不被侵害，避免公權部門以公共數據國家所有對數據來源者的知情權、訪問權、商業秘密等在先權利造成不必要限制和侵害，且在授權運營活動中盡到國家擔保責任，有效規制公物私產化、數據壟斷、數據洩露等風險。^[13]

基於上述公共數據呈現的公共屬性不難看出，公共數據治理活動中不乏公權力機關的行政治理行為，其核心功能在於提高社會治理水平、促進公平競爭、服務民生福祉，行政公益訴訟的目的則在於通過司法手段糾正行政機關的監管失職、濫用權利等不當行政行為，進而保障全民共用的公益不被侵害，二者均以“公共利益最大化”為最終目標，公共數據管理不當將直接損害社會福祉，而行政公益訴訟正是修復此類損害的司法工具，二者之間具有較強的制度契合。

2. 公共數據授權行為的特許經營屬性

現有理論研究與實踐中，對授權行為的定性有行政許可、特許經營、行政協議、政府採購、政府與社會資本合作的 PPP 模式。首先就行政許可的行為定性看，有學者從行為主體、授權行為和被授權主體的權利義務進行分析，認為政府賦予市場主體財產權利並承擔特定義務的行為符合《中華人民共和國行政許可法》（以下簡稱《行政許可法》）第二條的行政許可定義，屬於具體行政行

[10] 參見包曉麗：《公共數據權屬配置的再結構化》，載《環球法律評論》2025年第1期，第116頁。

[11] 徐偉：《公共數據權屬：從憲法國家所有到民法國家所有權》，載《當代法學》2024年第1期，第126頁。

[12] 王錫鋐、黃智傑：《公平利用權：公共數據開放制度建構的權利基礎》，載《華東政法大學學報》2022年第2期，第63頁。

[13] 張濤：《公共數據授權運營中的國家擔保責任及其調控面向》，載《清華法學》2024年第2期，第23頁。

為的一種，^[14]在特定主體未通過許可審批之前是禁止從事數據的收集和運營的。不過另有學者認為基於公共數據普惠性使用原則，無條件開放的公共數據不僅不能被禁止使用，反而還要求政府加大開放力度，且授權運營的最終目的也是促進數據流通利用、促成全民共用數據收益，所以授權運營只是普惠開放的補足機制，二者沒有本質上的區別，授權運營制度本身對運營者的數據開發能力和安全保障能力提出較高需求，並非對特定運營者解禁。^[15]因此有學者認為授權是將公共數據使用權進行授予而非開發數據的資格資質，且由於數據本身不具備排他性、競爭性、有限性，那麼授權運營則不應受有限資源分配的制度規制，其行為屬性既不屬於一般許可也不屬於特許行為。^[16]雖說數據本身具有可複製性，對於無條件開放的數據而言的確屬於上述的數據特性，不過就有條件或禁止開放的數據而言，從數據的來源主體看包含個人的數據，個人數據因具有個人性和社會性的二元屬性，在數據的使用上需要遵循不同的行為準則，同樣的數據來源主體中還包括企業數據，其中不乏涉及企業的商业秘密，如何正確使用必然需要通過公法行為規制。另結合《數據二十條》可知，行政機關作為數據的持有者，向運營者授權的是加工使用和經營權，此種權利讓渡並非免費的公共資源開放而是為了取得服務性回報，所授予的權利具有公共性和經濟性雙重面向，其與一般許可的區別在於，是為申請人創造了新的權利且具有較強的壟斷性，而普通許可是對既有自由權行使的限制。^[17]所以對於被授權者而言，往往需要設置特定市場准入條件並通過競爭程序選擇具有資格資質的最優者，雖說不屬於有限資源的開發利用，但由於涉及公共資源配置且直接關乎公益，符合《行政許可法》第十二條第二項中特許行為的構成要件。

另外就政府與社會資本合作模式（以下簡稱PPP模式）而言，過往實踐中PPP除了特許經營還可以通過協商方式簽訂租賃、管理合同，^[18]行為屬性較為多樣。不過自2023年國家發改委、財政部發佈的《關於規範實施政府和社會資本合作新機制的指導意見》可知，政府和社會資本合作應全部採取特許經營模式實施，且2019年最高人民法院發佈的《最高人民法院關於審理行政協議案件若干問題的規定》中第二條第五項明確了通過特許經營方式簽訂的PPP協議屬於行政協議。結合二者的規定來看，PPP協議已被視為特許經營協議的一種子類型，其協議屬性已被認定為行政協議。就政府採購的屬性理解，筆者認為授權運營最終目的是將公共數據產出服務和產品向市場進行公開發售從而形成數據流通的二級交易市場，這與政府購買服務供自身使用的邏輯並不吻合。因此政府採購可以視為行政機關為提高自身的行政效率而為，並不符合公共數據授權運營的產品產出和服務產出，屬於政府委外的事業性業務。^[19]

3. 檢察權對行政權的督促與補充

行政公益訴訟作為督促履職之訴，其功能在於通過訴訟方式與審判權、行政權之間相互制約，防止公權行為對公民權益造成侵害，^[20]進而維護社會公益與客觀法秩序。^[21]基於該功能定位，在數據治理與公益維護中，行政管理職權相比於司法權具有運行優先性，即行政機關需要通過法律賦予的職權且憑藉其專業、效率、主動作為等優勢作為公益實現的首要進路。檢察機關作為法律監督機關，其職能在於程序性監督而非實體性代位，即根據權力謙抑原則，檢察機關需要尊重行政機關的專業性與自主裁量邊界，在此基礎上確保行政權運行的合法性。此種制度框架下，檢察權應作為公

[14] 馮洋：《公共數據授權運營的行政許可屬性與制度建構方向》，載《電子政務》2023年第6期，第78頁。

[15] 宋樂：《公共數據授權運營中的權責分配》，載《法學論壇》2024年第5期，第101頁。

[16] 陳越峰：《超越數據界權：數據處理的雙重公法構造》，載《華東政法大學學報》2022年第1期，第30頁。

[17] 參見于安：《論政府特許經營協議》，載《行政法學研究》2017年第6期，第7頁。

[18] 參見肖衛兵：《政府數據授權運營法律問題探析》，載《北京行政學院學報》2023年第1期，第95頁。

[19] 參見王克穩：《政府業務委託外包的行政法認識》，載《中國法學》2011年第4期，第80頁。

[20] 高家偉：《檢察行政公益訴訟的理論基礎》，載《國家檢察官學院學報》2017年第2期，第21頁。

[21] 林莉紅、馬立群：《作為客觀訴訟的行政公益訴訟》，載《行政法學研究》2011年第4期，第11頁。

益實現的補充權能，在行使的優先順序上應稍後於行政權，因此公共數據治理中的公益訴訟制度定位需進行明確：其一，在啟動條件上，可聚焦於數據洩露等重大風險預防領域，且以行政機關存在明顯違法不作為為前提；其二，在程序效力上，應定位於通過司法審查確認行政機關的法定職責，通過檢察建議或訴訟程序督促其依法採取預防措施，而非直接設定具體治理方案。

在明確了數據治理中檢察權對行政權的補充作用後，需要進一步明確數據治理活動中檢察權對行政權的監督範圍。《中華人民共和國人民檢察院組織法》（以下簡稱《人民檢察院組織法》）確立了檢察機關是國家的法律監督機關，檢察權為具有法律監督屬性的國家權力，其職責在於監督各級國家機關及其工作人員的行為是否遵守憲法和法律。其中，《人民檢察院組織法》第二條第二款確立了檢察機關的直接任務是通過行使檢察權維護國家利益和社會利益。^[22] 就被監督對象而言，行政機關其權力範圍也極為廣泛，檢察監督範圍的廣泛和行政機關權力作用的廣泛共同決定了行政公益訴訟的受案範圍將會逐步擴大。另根據《行政訴訟法》第二十五條第四款規定可知，行政公益訴訟的適用範圍主要聚焦在食藥安全、生態環境和國有財產保護等方面，但在範圍後使用了“等”作為結尾。對於“等”的理解為等內還是等外目前尚未有權威解釋，但就現實情況而言，此處的“等”在不斷擴大，主要是等外。行政公益訴訟的適用範圍由最初的 2015 年試點期間的生態環境資源保護、國有資產保護以及國有土地使用權出讓 3 個領域，到 2017 年《行政訴訟法》修改增加了食藥安全。截至 2023 年 9 月，已有 22 部法律規定了 14 個法定領域，^[23] 在《2023—2027 年檢察改革工作規劃》中，最高檢也提出要積極拓展公益訴訟案件範圍。可進一步推斷的是，待條件成熟時將會有更多領域被納入行政公益訴訟的適用範圍，公益訴訟等外的實質內涵將會進一步豐富，因此未來隨著公共數據實踐的展開，基於對公權力行為的監督和風險預防，行政公益訴訟也應被用作行政機關依法履職的有效監督路徑。

（三）公共數據授權運營的監管制度需求

1. 財產規則到責任規則的保護路徑轉變

1972 年美國學者提出的“卡—梅框架”，該框架以私人對法益能否自由轉讓和自願交易為標準，區分適用財產規則、責任規則與禁易規則。具體而言，將禁止轉讓的法益適用禁易規則，將自願轉讓的法益適用財產規則，將非自願轉讓的法益適用責任規則。^[24] 那麼對於公共數據的權益保護而言，其中因包含個人數據和非個人數據，也並非只適用某一特定的保護路徑，通過區分權益類型適用不同的保護規則，打破了原有的僅適用特定部門法的救濟局限，進而實現權益特性與專門救濟的相契合，平衡數據的保護和利用。以公共數據中所承載的個人數據為例，個人數據既有較為私密的個人性數據也有參與社會活動的公共性數據。在個人性數據中承載的主要為人格權益，與個人的人格尊嚴直接相關，屬於不可讓渡的權利，應適用禁易規則；而個人的公共性數據由於需要參與社會活動，例如需要申請行政許可或承擔行政處罰，屬於可以讓渡的權利。財產規則作為一種事前保護，意圖通過雙方協商達成合意將數據進行交易，按照財產規則，公共數據中所採集到的所有數據需要通過知情同意原則，告知數據主體並徵求其同意。但由於公共數據的數量龐大且涉及數據主體眾多，奢求各數據主體對信息的運用全過程詳加關注，側面加重了數據主體對數據使用規則的認知負擔，趨於面臨形式主義困境。^[25] 由於公共數據需要不斷流動才能發揮其最大價值，其高度流動性的特徵決定了沒有必要以財產規則對數據使用行為進行約束，而是以開放姿態讓更多主體參與到數

[22] 參見鄭淑娜主編：《中華人民共和國人民檢察院組織法釋義》，中國民主法制出版社2019年版，第37頁。

[23] 梁鷹：《新時代行政訴訟法律制度的完善與發展》，載《中國法律評論》2024年第3期，第36頁。

[24] Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, Vol. 85:6, p. 1092-1093 (1972).

[25] 參見丁曉東：《個人信息私法保護的困境與出路》，載《法學研究》2018年第6期，第205頁。

據治理中，並配置相應的事後救濟制度。^[26] 相比於財產規則，責任規則在事後賦予了法益擁有者的求償權，對於數據侵權行為，數據主體可針對其所遭受的損害提起訴訟，將交易定價和損害賠償數額交由法院裁判認定，通過停止侵害、損害賠償、懲罰性賠償或行政賠償對侵權人進行規制，為侵權人和受害人提供行為預期和規則指引。^[27]

2. 公私合作治理下公權力司法監督存在現實制度需求

公共數據授權運營作為政府應對數字時代制度挑戰的回應，其中不乏存在一些負面效應，此類負面效應的治理突顯了外部司法監督制度的緊迫。2023年11月衡陽市的“政務數據第一拍”以網上競價的方式出讓“衡陽市政務數據資源和智慧城市特許經營權出讓項目”，項目起始價為18億元。作為全國首次公開交易的公共數據特許經營權受到多方關注，但在幾日之後便戛然而止。^[28] 在這一行為中，較為明顯的風險則是在制度不健全的背景下行政機關拍賣政務數據容易過度追求經濟目標進而可能變成財政牟利的工具，被授權方基於逐利目的不斷挖掘其中的數據價值，進而可能導致數據價值的過度挖掘和不當使用並形成數據壟斷，阻礙公共數據開發利用。另外在成都市的授權運營實踐中，其運行邏輯是將公共數據作為國有資產集中授予本地一家國企進行市場化運營，滿足經濟發展需要同時實現數據資產保值增值。^[29] 政府將整合全域原始公共數據的核心平台交由單一主體獨家運營，此種“單一企業主導公共數據授權運營平台”的模式目前存在不同意見，尤其是在互聯網頭部企業集聚的地區。此種行為不僅遭到了合法性質疑，在公民知情權與選擇權保障、市場公平競爭的角度都存在著正當性疑慮。^[30] 基於上述風險不難看出，授權運營中存在的風險往往涉及眾多不特定人的權益，且數據洩露或不當處理行為往往還會伴隨次生損害的產生，具有無形、長期、不確定的特點。由於受害的數據權益主體不特定，進而這種危害已經超出了純粹的私益範圍，將上升到對公益的侵害。^[31]

為了應對上述風險，《數據安全法》第四十四條明確了監管機關預防風險的職責，另外《數據安全法》第四十五條至四十八條賦予了監管機關的處罰權限，數據洩露產生後也需要對相應的職責主體和個人進行追責，除此之外在第四十九條、第五十條也明確了監管不力情形下監管人員需要承擔的責任。至此《數據安全法》確立了預防性事前監管以及事後監管的數據安全保護制度。雖說事前預防可以對數據洩露的風險進行規避，但從制度的完整和體系上來看，在無法做到完全規避風險的情形下，事後的監管制度配置也存在其合理性和必要性，而現有的事後監管中對監管人員的處分規定需要援引《中華人民共和國監察法》和《公務員法》等相關規定才能適用，此類法條從客觀上增加了適用困難。^[32] 為了規避上述內部監管的局限，需要引入外部監督從而實現制度的完整性和體系性。

就外部監督而言，司法權對行政權的監督可以通過其制度優勢，進一步確保公共數據授權運

[26] 參見胡凌：《論地方立法中公共數據開放的法律性質》，載《地方立法研究》2019年第3期，第12頁。

[27] 崔淑潔：《數據權屬界定及“卡—梅框架”下數據保護利用規則體系構建》，載《廣東財經大學學報》2020年第6期，第85頁。

[28] 參見馬顏昕：《18億“政務數據第一拍”暫停 公共數據運營要警惕單純逐利衝動》，載央視網2023年12月4日，<https://news.cctv.cn/2023/12/04/ARTIZFHUTWgDTxGaxGdYYPd5231204.shtml>。

[29] 張會平、顧勤、徐忠波：《政府數據授權運營的實現機制與內在機理研究——以成都市為例》，載《電子政務》2021年第5期，第40頁。

[30] 胡業飛：《責任配置、風險共擔與激勵相容：中國地方公共數據授權運營的治理機制問題研究》，載《電子政務》2024年第10期，第26頁。

[31] 參見龍衛球主編：《中華人民共和國個人信息保護法釋義》，中國法制出版社2021年版，第328頁。

[32] 參見夏艾明、郭延軍：《政府數據開放的行政訴訟制度邏輯及規範構建》，載《西南民族大學學報（人文社會科學版）》2024年第3期，第70頁。

營的目的實現。由於行政機關在公共利益的維護中承擔著數據的持續供給、質量供給、安全供給等擔保責任，必要時須採取相應措施避免公共利益造成損害。^[33] 因此對於行政機關擔保責任的實現，行政公益訴訟可通過訴前檢察建議程序，糾正行政機關在數據管理活動中的不作為和亂作為，從外部對行政機關形成震懾力，提高行政機關在數據管理活動中的法治意識；另外，對於國家利益和社會公益的保護效果，公益訴訟同樣可以發揮其預防保護作用，進而從外部實現風險的預防。通過對“未依法履職”的細化解釋，將未盡到管理義務的行為風險和結果風險一同納入監督範圍，預防國家利益和社會利益受到重創；再者，對於數據來源者而言，對於數據監管不力產生的數據洩露行為，數據來源者可以有明確的救濟渠道，可在維護公共利益的同時保障數據來源者的權益不受損害，實現數據秩序的主客觀統一。

三、公共數據授權運營適用行政公益訴訟的啟動要件厘清

按照《行政訴訟法》第二十五條規定的公益訴訟啟動要件，其主要包含行為要件和結果要件，需要對行政機關所承擔的管理義務和國家利益、社會利益受損的判定標準予以厘清。

（一）行政機關不履職的認定

1. 行政管理職責的認定

最高檢 2021 年公佈《人民檢察院公益訴訟辦案規則》第七十二條可知，人民檢察院認定行政機關監督管理職責的依據為法律法規和規章，可以參考行政機關的“三定”方案、權力清單和責任清單等。基於現有規定，公共數據授權運營中行政管理部門的職責依據，法律層面主要由《中華人民共和國網絡安全法》（以下簡稱《網絡安全法》）《個人信息保護法》《數據安全法》作為數據治理的“三駕馬車”確定行政機關的履職義務，另外結合部門規範性文件《授權運營規範》，總結歸納行政機關在數據採集、授權、運營等階段所需要承擔的行政管理職責。

（1）數據採集階段的管理職責

首先就數據採集行為的性質而言，究竟是法律行為還是事實行為則需要結合具體場景進行判斷。通常而言，數據採集活動屬於行政機關的內部管理活動，數據採集平台的管理運營及維護的內部管理活動雖然會委託社會企業合作，一般難以發生行為效果的外溢，但行政機關之間的數據共用以及與其他社會組織、公民對接產生的數據流通，將極易對數據權益主體造成實際的權利義務影響。^[34] 公共數據授權運營將數據的採集與後續利用行為緊密結合，使二者高度協同，共同服務於統一的行政目標。正是由於該行為在目的和過程上具有明顯的公共性與連續性，其在性質上應被認定為一種行政行為。同樣的在數據的清洗、脫敏、儲存行為中，其行為都應當有正當性、合目的性，但就其行為本身而言，其目的性往往難以明確，為之後的行政目的服務或許才是其行為的目的。

作為行政行為的數據採集行為，行政機關的核心職責是安全保障、質量管控和數據來源者權益保護。具言之，合法合規是行政機關採集數據的首要注意義務，除了不涉及其他主體的自然資源類數據，在採集個人、企業和其他組織的數據時須依據《數據安全法》第二十一條、第三十二條作出的具體要求，確保數據的來源合法以及使用目的的正當，在目的上應該從公共利益出發，從採集方案制定、採集範圍等全視角審視採集的必要性和限度，不得隨意超越或濫用權力。在數據質量管控中，公共數據需要確保數據的準確和及時，《政務信息資源共用管理暫行辦法》第十條要求政務數

[33] 張濤：《公共數據授權運營中的國家擔保責任及其調控面向》，載《清華法學》2024年第2期，第29-30頁。

[34] 黃宇驍：《行政機關信息管理行為的司法規制》，載《行政法學研究》2024年第3期，第71頁。

據提供部門保障數據質量，及時更新相關數據從而避免數據質量問題影響後續使用。另外對於數據的安全保障責任，《數據安全法》第二十七條、第三十八條確立了具體職責，即行政機關在使用個人和企業數據時要加強對人格權和商業秘密的脫敏和加密，防止數據的洩露和篡改、損毀，避免大規模的安全風險。

（2）授權階段的管理職責

《數據安全法》第四十條規定了國家機關委託他人處理數據時委託方和受託方的義務，若涉及個人信息則需要依據《個人信息保護法》第五十五條，要求處理者應當事前進行個人信息保護影響評估並記錄。在運營對象的選擇上，《授權運營規範》第九條則要求被授權方具備相應技術能力、安全管理制度等。不過現有實踐主要還是直接授權給國有企業，社會企業參與運營的數量屈指可數，^[35]如果說目前統一授權和授權國有企業是為了數據安全和效率的考量，那麼在之後發展成熟時，應當讓更多的社會資本參與其中，避免國有企業的數據壟斷和侵害社會資本的公平競爭權。結合事業性業務和經營性業務的法律規範，《政府採購法》第二十六條以及《基礎設施和公用事業特許經營管理辦法》第三條都要求行政機關平等對待符合資質的競標者。行政機關若無正當理由對競標者作區別對待，不論結果如何，該行為都屬於“使第三人負擔的授益性行政行為”，侵犯競標者的公平競爭權。^[36]對於侵害競標者利益的行為屬於對不特定主體公平競爭權的減損，確認行為違法後需要彌補競標投入的成本，《最高人民法院關於審理行政許可案件若干問題的規定》第十三條也規定了惡意串標所需承擔的連帶責任。從長遠看，數據運營市場的主體將會不斷豐富，對於排他性的特許經營應當有長期的審查機制，確保運營主體的技術、資金等符合運營目的，並在運營主體的選擇上要兼顧國有資產的保值增值與數據公平競爭、公平利用兩種目的平衡，從而提升公共數據所帶來的社會效益。^[37]

（3）運營階段的管理職責

在運營監管階段，政府將其原有的事業性業務和經營性業務轉移至其他主體，但並不代表政府承擔的責任也完全轉移，仍需要承擔監管與擔保責任。就政府的監管者角色而言，《網絡安全法》第四十二條、《數據安全法》第三十條要求運營階段需要持續監控數據安全風險。即通過技術平台即時監測數據使用行為，定期要求被授權方提交運營報告。運營方以逐利為天然導向參與到數據公私合作治理中，其所有的行為都會圍繞著降低運營成本和利益最大化的兩個目標作出，因此就有可能將業務分包或轉包給其他運營商，或者違背合同義務造成了數據的洩露，這種風險也就迫切地需要政府作為監管者在合同履行過程中運用行政優益權督促運營方全面履約，確保運營目的如期實現。基於此，《網絡安全法》第五章內容、《數據安全法》第二十九條要求行政機關建立數據安全事件應急預案與響應機制，對違規運營主體進行整改或終止授權，並對洩露、濫用數據的行為進行處罰。國家機關作為擔保者，有義務確保公共服務最終能如期實現，其並不會因簽訂了合同而將其責任磨滅，其責任由直接的第一順位轉為間接的第二順位，^[38]在運營方根本違約時政府需要發揮其兜底作用，對運營義務進行接管或代履行。商業性目的的運用要求政府需要確保公共數據能夠得到

[35] 根據檢索，目前由民營企業承擔公共數據授權運營工作的案例較少，較為典型的為阿裏健康科技（中國）有限公司成為醫療健康領域公共數據授權運營單位，依法開展公共數據授權運營活動，具體應用場景為健康服務應用，授權運營期限2年。

[36] 高俊傑：《政府特許經營項目運行中的行政糾紛及其解決機制——一種框架性分析》，載《當代法學》2016年第2期，第94頁。

[37] 王錫鏞：《政務數據開放運營制度的目標偏離及糾偏》，載《東方法學》2024年第4期，第114-115頁。

[38] 鄧寧：《論政府在購買公共服務中的角色定位及其法律責任》，載《行政法學研究》2018年第6期，第52-53頁。

持續性供給，並確保數據產品能夠無瑕疵產出；在公益性的運營中則需要確保能夠普遍性地供給，確保社會主體能夠公平利用。同時在這兩種目的的運營中所形成的客觀秩序，政府需要盡到其安全維護義務，避免數據來源主體的權益被侵害。

2. 不依法履職的標準認定

對於不依法履職的認定，目前主要存在“行為標準”與“結果標準”兩種觀點。其中“行為標準”聚焦於行政機關是否行為窮盡，若是行政機關窮盡各種手段後，國家和社會利益仍未得到全面恢復的，則不屬於不依法履職的範圍；^[39]“結果標準”則聚焦於國家利益和社會利益是否得到切實保護，若是行政機關窮盡其行為後國家和社會利益仍處於受損狀態的，則應認定行政機關未依法履職。^[40]上述兩種標準各有優勢，直觀上看兩種標準非此即彼。在判斷行政機關是否依法履職時，若單純以行為是否窮盡作為標準，雖然具有可量化、界限明確的優勢，但也可能引發不當激勵和訴訟目的落空等問題。^[41]相比之下，以結果為導向的判斷標準更符合公益訴訟維護公共利益的立法初衷，但可能對行政機關施加過重負擔。顯然，單純採用任何一種標準都難以徹底解決問題，關鍵在於厘清二者關係並作出綜合判斷。根據《最高人民法院、最高人民檢察院關於檢察公益訴訟案件適用法律若干問題的解釋》第二十一條第三款規定，經過訴前程序的處理後，國家利益和社會利益仍處在受侵害狀態下的，檢察機關依法提起公益訴訟。對於此處檢察機關是“可以”還是“應當”，即法定職權不可捨棄還是屬於檢察機關的裁量範圍需作進一步明確，進而對上述問題予以回應。在此情形下，判斷標準應當回歸行政實體法規範，即行政機關違反實體法規定的行為本身即表明其未能有效維護公共利益，但公共利益受損並不必然等同於行政違法或要求檢察機關必須起訴。在數據保護領域，當發生大規模數據洩露並引發次生危害時，由於損害結果往往不可逆轉，即便行政機關積極履職也難以完全修復。此時最緊迫的是通過懲戒措施維護公益，而公益訴訟僅是其中一種方式。採取確認違法、行政賠償等措施同樣能有效維護公共利益，不一定非要提起訴訟。因此，以行為標準判斷行政機關是否依法履職已具合理性，只要行政機關存在違反實體法規範的行為，即可認定其未妥善履行職責並對公共利益造成損害。

（二）國家和社會利益受損的判定

1. 國家和社會利益在公共數據授權運營中的呈現

公共數據授權運營有其直接目的，在實現直接目的的同時也會不可避免地涉及其他公益。具體來看，授權運營的直接目的主要體現在兩個方面，一是通過商業化運用實現數據的保值增值，目前主要通過授權國有企業對數據價值進行開發，國企以上繳國有資本收益的形式反哺給政府；^[42]二是實現公共數據的公平利用，公共數據作為非消耗性、可重複利用的公共資源，其中承載的滿足社會利益的需求也同樣不可忽視，需要保障市場主體和社會主體公平獲得數據的利用權，進而推動數據的社會福利和利用效益的增長。另外，在授權運營兩種直接目的實現的過程中，前期需要對數據基礎設施進行完善並提高數據利用率。在這過程中一方面需要對數據進行收集清洗，這也就對數據來源者權益進行嚴格保護，對個人和企業作為數據來源者的權益要盡到管理保護職責，謹防洩露。在後續的運營環節，則需要確保運營秩序能夠平穩有序，其中最為關鍵的主要是預防數據的不法獲取

[39] 劉衛先、張帆：《環境行政公益訴訟中行政主管機關不作為違法及其裁判的實證研究》，載《蘇州大學學報（法學版）》2020年第2期，第77頁。

[40] 參見王萬華：《完善檢察機關提起行政公益訴訟制度的若干問題》，載《法學雜誌》2018年第1期，第107-108頁。

[41] 李瑰華：《行政公益訴訟中行政機關“依法履職”的認定》，載《行政法學研究》2021年第5期，第35頁。

[42] 參見成都市政府授權成都大數據集團作為成都市大數據資產運營商，對政府公共數據資產進行增值運營，政府免費提供數據給成都大數據集團，成都大數據集團以上繳國有資本收益的形式反哺給政府。

和洩露，運營方獲得授權後擅自轉讓經營權或分包部分業務導致數據洩露，進而對公共數據上的個人數據和商業秘密等數據來源者權益造成洩露產生次生災害，在此情形下的運營行為也由於數據洩露將難以繼續進行，也將會導致運營協議目的的難以實現。綜上，筆者認為目前國家和社會利益主要包含四個方面，即國有資產的保護、數據公平利用權的實現、數據來源者權益的保護、授權運營形成的客觀秩序維護等。

2. 國家和社會利益受損的判斷標準

國家和社會利益受損需要結合數據侵權的特有屬性予以認定，數據侵權基於結果和行為標準可以區分為監管不作為造成風險和現實損害兩種，且損害對象主要包括財產損害和非財產損害。2022年全國信息安全標準化技術委員會秘書處發佈的《網絡安全標準實踐指南——網絡數據分類分級指引》（以下簡稱《實踐指南》）對公共數據的影響對象和程度進行了分級。公共利益以行政區劃的大小和經濟建設的影響程度為標準進行評判，如前所述，公益主要包含四個方面，就國有資產的保護而言目前仍需要以客觀上造成現實損害進行判斷，結合《中華人民共和國刑法》第一百六十八條、第一百六十九條、第三百八十二條、第三百九十六條、第三百九十七條等直接針對國有資產流失的常見罪名發現，罪名構成通常以結果實際發生為構成要件。基於此，對於公共數據授權中的國有資產監管，需要在公共數據資產的產權登記、定價標準等相關制度完善後，明確國有資產的實際數額大小。對於公平利用權的實現而言，阻礙行為可能聚焦於違反協議義務的行為，即授權方在運營期間作為監管者對運營行為沒有盡到監管義務，導致數據超出約定使用目的和範圍、未完成公共服務產品或提供公益性服務，造成協議公益目的根本不能實現，進而導致公平利用權的實現受阻礙。再者，對於公共數據上所承載的數據來源者權益，《實踐指南》在個體合法權益的危害程度的評判標準上都是“可能”而非是“確實發生”，此種認定標準更加符合數據侵權的無形、長期、風險性特徵，可儘量規避現實損害發生後帶來的一系列二次損害的負面影響。其中輕微危害是指個體可能會遭受困擾且尚可以克服，無需納入風險損害的認定標準；對個體的權益產生實際影響的主要是一般危害和嚴重危害。參考歐盟第29條數據保護工作組（The EU's Article 29 Data Protection Working Party）在WP248 rev. 01中的規定，“高風險”在個人信息處理活動中的定義為“基於事件及其可能後果的嚴重性與發生概率綜合評估的情境描述”。因此，確立“高風險”的標準應包含以下兩個核心要素：一是評估風險所引發潛在損害的嚴重程度，即“嚴重性”；二是評估風險導致潛在損害發生的概率，即“高度可能性”。^[43]在數量規模上則需要綜合考慮權益內容和數量，即考慮數據權益具體數量的同時，也要考慮數據的種類和敏感度、受害群體的特徵以及對社會造成的危害程度等多方面因素，進行綜合評估。

四、公共數據授權運營適用行政公益訴訟之規則優化

公共數據授權運營在適用行政公益訴訟規則時，首先需要在公權力行使邊界和公益受損兩個方面進行判斷，在此基礎上結合數據風險的無形、長期、不可逆等特性，在行政公益訴訟制度上需要更多適用預防性訴訟模式從而對相關權益進行提前保護。在預防性行政公益訴訟的具體制度中，訴前程序作為其法定前置程序並且也是檢察機關參與風險預防協同治理的重要途徑，^[44]需要通過調查取證對相關風險事實進行確認，進而作出檢察建議要求行政機關就公益受損進行補救維護或證明

[43] 黃恒林：《預防性個人信息保護民事公益訴訟的證立及其制度展開》，載《法制與社會發展》2024年第2期，第117頁。

[44] 李瑰華：《論預防性行政公益訴訟》，載《法律科學》2025年第1期，第186頁。

其已經窮盡管理職責。因此在具體規則調整方面，除了前文明確的行政機關管理職責和公益判斷標準，還需要優化訴前程序規則保障檢察機關能對數據風險進行有效治理，並明確檢察機關和行政機關各自的舉證範圍。

（一）訴前程序的優化

1. 調查取證權的合理配置

在訴前階段，根據《行政訴訟法》第二十五條第四款，檢察機關在提起訴訟前需要向行政機關提起檢察建議，在此期間檢察機關享有調查取證權，對相關事實進行厘清。檢察機關在訴前階段或是整個的訴訟中，其扮演的角色都是監督者，即對行政機關是否盡到相關義務進行審查，屬於履行法律賦予的職責。因此為了更好地履行職責，應對該權力提供必要的制度保障，實現其恢復和糾錯的功能。由於訴前程序是檢察機關向行政機關作出的單向性行為，其中缺乏其他參與人的陳述申辯，特別是在公共數據的公益損害中，由於侵權行為具有較強隱蔽性和技術性，檢察機關的單向審查或將難以形成客觀全面的判斷。因此需要適當地將訴前程序司法化，確立檢察機關的中立地位，通過引入對審聽證程序，由調查人員和行政機關就是否存在不作為行為進行舉證、質證和辯論，並以此為檢察建議和行政公益訴訟的重要判斷依據。^[45]另外對於檢察建議而言，其作出的前提是要求行政機關確實存在監管不作為的行為，但就證明責任而言，需要與訴訟中的證明責任區分開，檢察建議在相關內容上僅需要事實清楚、觀點明確、建議合理即可，重在對行政機關的提醒作用，所以在檢察建議中的事實證明上，僅需要達到高度蓋然性即可，無需承擔較高的證明責任。

2. 檢察建議的規則調適

根據《行政訴訟法》第二十五條，檢察建議作為行政公益訴訟的訴前必經程序。《檢察機關行政公益訴訟案件辦案指南（試行）》對檢察建議的對象和效力作出了具體規定。筆者認為在此基礎上應進一步細化公共數據授權運營的對象和效力。首先就檢察建議的對象而言，目前公共數據授權在具體模式上分為綜合授權或具體應用領域授權，不論何種模式中授權方都是由行政機關擔任數據提供方，但也存在數據權屬關係複雜進而由數據主管部門和行業主管部門聯合授權的情形。若涉及多主體的公益損害行為，目前檢察建議制發模式在實踐中主要有向全部行為主體制發、向主責主體制發、上級檢察院或同級檢察院報送上級制發。^[46]考慮到公共數據授權運營的工作仍處於起步階段，避免政府在數據使用工作上產生消極情緒或在具體工作上相互推諉，在制定具體檢察建議時，對象選擇應深入分析行為與結果之間的直接因果關係，這一過程需綜合考慮監管的不同目的、結構、程序以及相關行為，以確保建議的針對性和準確性。^[47]

（二）舉證責任的科學配置

1. 檢察機關的舉證範圍

由於檢察機關並不是直接的利害關係人且目前社會利益、公共利益的概念內涵較為模糊，因此對於檢察機關的證明要求只需要滿足最低限度即可，即只要在數量和類型上達到眾多多數即可。另外就行政機關是否履行法定職責而言，檢察機關需要證明行政機關在公共數據保護上存在相關的法定職責，其法定職責的來源除了法律法規以外，還需要梳理規章及規範性文件，避免行政機關履職義務的疏漏。對造成損害事實的證明責任而言，為了實現行政公益訴訟的預防功能，檢察機關對於潛在的風險通過其調查取證權厘清相應的事實，對於損害後果的證明，無須以具體量化情形為前

[45] 王春業：《論行政公益訴訟訴前程序的改革——以適度司法化為導向》，載《當代法學》2020年第1期，第96頁。

[46] 劉加良、李暢：《行政公益訴訟訴前檢察建議的規則調適》，載《河北法學》2023年第11期，第66頁。

[47] 參見劉藝：《行政公益訴訟被告適格的實踐分歧與規則建構》，載《清華法學》2023年第1期，第91頁。

提，證明程度上應低於行政訴訟的證據要求，可以通過現場照片、詢問筆錄、評估數據及調查報告等實現。另外，還需要對訴前程序進行舉證，檢察建議作為行政公益訴訟的訴前程序，是檢察機關必須履行的法定義務，對於前述的損害風險和事實，可以在該階段將相關證據進行固定，檢察機關需要及時向法院提交。行政機關對檢察建議作出回復但檢察機關仍認為不充分的，則屬於履職的判斷問題而非舉證問題，該內容不屬於檢察機關的舉證責任，可由法院居中裁判。

2. 行政機關的舉證範圍

行政機關所承擔的舉證責任除了要證明其行為的合法性以外，還需要證明其是否履職以及履職後對公益的恢復是否足夠充分，需要從其作為和不作為兩種情形進行舉證。就作為案件的舉證而言，行政機關需要對其行為作出的事實和依據承擔舉證責任，該證明內容與普通行政訴訟的要求相似。^[48]另外在未依法履行職責的案件中，行政機關需要從兩個方面進行舉證，首先是未依法履行職責的免責事由進行舉證，即在公共數據的保護義務上，行政機關須證明在數據的使用上存在法律法規允許的情形，例如《中華人民共和國民法典》第一千零三十六條第三款，為維護公共利益或者該自然人合法權益，合理實施的其他行為；另一方面則需要證明其已經履行法定義務，對其行為的程序依據、實體法依據以及所採取的手段進行充分舉證，證明其已經窮盡履職手段。再者就是對於檢察建議中所提出的要求，行政機關需要證明其在訴前程序已經自行糾正了其行為，並對所產生的風險和損害都已經採取了充分的補救措施，落實了檢察建議中的內容。

五、結語

公共數據授權運營作為公私合作屬性較強的擔保行政，公權力機關並非直接的義務履行人，其在治理活動中需要對數據質量供給、數據安全、公平競爭保障、數據來源者權益、數據公平利用權等眾多公益承擔國家擔保責任，因此授權運營制度目的的實現需要有一套較為完整的監督制度，對公權力機關所需承擔的國家擔保責任予以監督。行政公益訴訟作為檢察機關監督行政機關行為的重要手段，引入到數據治理行為中，在當前數據治理相關制度迅速發展的背景下具有現實緊迫性。隨著公共數據授權運營在實踐探索中呈現多元化發展趨勢，為確保公益訴訟制度的適配性，亟須明確和細化公權力機關在其中的管理職責，並在具體規則上結合數據風險特性予以優化，從而為檢察機關在具體監督行為中提供明確規則指引。為了更好地實現授權運營制度目標，未來待時機成熟時可推進檢察公益訴訟規則的整體適用，即針對數據管理等公權行為和開發利用等私法行為區分適用行政和民事公益訴訟規則，進而為授權運營活動提供多元制度保障。

[48] 王春業：《我國行政公益訴訟制度優化研究》，中國政法大學出版社2023年版，第115頁。

Abstract: The application of administrative public interest litigation to the authorized operation of public data can be based on the Personal Information Protection Law as the normative basis and the Data Security Law as the reference basis. In terms of institutional goals, both the authorized operation of public data and administrative public interest litigation aim at maximizing public interests, showing a strong institutional fit. Additionally, given that the path for protecting public data has shifted from property rules to liability rules, there is a practical institutional demand for external judicial supervision after the fact. Incorporating the authorized operation of public data into the scope of cases can complement external supervision and guide the realization of a positive interaction in public-private cooperative governance. When applying specific rules, it is necessary to clarify the management responsibilities of administrative agencies in the stages of data collection, authorization, and operation, and to define the specific manifestations of national and social interests as the protection of state-owned assets, the realization of fair data utilization rights, the protection of data source rights, and the objective data order formed by authorized operation. Moreover, the criteria for determining the damage to public interests should be clearly defined. On this basis, considering the characteristics of data risks, a preventive public interest litigation model should be more frequently applied to optimize the pre-litigation procedure rules and enable the procuratorial organs to effectively govern data risks. The scope of evidence presentation for both the procuratorial organs and administrative agencies should also be clearly defined.

Key words: Public Data; Authorized Operation; Public Interest Litigation; Data Governance; Relief Mechanism

（責任編輯：張竹成）

粵港澳大灣區自然資源協同治理的法治保障研究

許瀛彪* 劉銘鑫**

摘要 共建國際一流美麗灣區是粵港澳大灣區實現高品質發展的必然要求與重要使命。協同治理是粵港澳大灣區一體化發展的題中應有之義，也契合我國自然資源的治理理念轉型。粵港澳大灣區治理主體眾多、治理事項紛繁，為此有必要通過價值鏈模型引入，以系統觀念分析粵港澳大灣區自然資源協同治理法治諸要素。粵港澳大灣區自然資源協同治理包括了目標、組織、機制、監督四個維度的立法、執法、司法和公眾參與的四大方面協同。針對粵港澳大灣區自然資源協同立法的規範性不足、協同執法的組織支撐不足、協同司法的機制保障不足、公眾參與的激勵約束不足等問題，需從明晰灣區協同立法的模式選擇及重點內容，完善灣區跨域執法的組織協同及政策工具，實現灣區實體法適用與程序性規範的接軌以及優化激勵與約束並存的灣區公眾參與路徑等予以完善，協力高品質推進美麗灣區建設。

關鍵詞 粵港澳大灣區 自然資源協同治理 自然資源 美麗灣區 高品質發展

一、引言

黨的二十屆三中全會通過的《中共中央關於進一步全面深化改革 推進中國式現代化的決定》提出“聚焦建設美麗中國，加快經濟社會發展全面綠色轉型，健全生態環境治理體系”。建立更加有效的區域協調發展新機制是我國區域發展的重要探索。自2019年《粵港澳大灣區發展規劃綱要》印發後，黨的二十大報告進一步明確推進粵港澳大灣區建設，支持香港、澳門更好融入國家發展大局，為實現中華民族偉大復興更好發揮作用。黨的二十大報告明確提出了中國式現代化是人與自然和諧共生的現代化。同時，黨的二十大報告提出尊重自然、順應自然、保護自然，是全面建設社會主義現代化國家的內在要求。2023年7月全國生態環境保護大會上強調構建從山頂到海洋的保護治理大格局。2023年12月，《中共中央 國務院關於全面推進美麗中國建設的意見》提出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。對還原論下自然資源要素化治理的反思以及系統觀念下協同治理的貫徹，是我國自然資源開發、利用和保護各領域立法、執法

* 許瀛彪，深圳市社會科學院副研究員，法學博士，中國法學會法治研究所與中國社會科學院法學研究所聯合培養博士後。

** 劉銘鑫，西南政法大學經濟法學院博士生。

本文係中國法學會民法學研究會青年學者研究項目“國有自然資源損害的民法救濟研究”（項目編號：2021MFXH002）、西南政法大學2024年度科研創新項目“企業碳排放數據雙重屬性與多維治理研究”（批准號：2024XZXS-019）階段性成果。本文獲第八屆粵港澳法學研討會主題徵文一等獎。

和司法等工作的新發展態勢。其中，包括《中華人民共和國海洋環境保護法》（以下簡稱《海洋環境保護法》）《中華人民共和國青藏高原生態保護法》《中華人民共和國黃河保護法》等在內的諸多單行法中都大量存在協同治理的內容。區域發展的題中應有之義即是整合區域內經濟、社會等各方面治理資源，通過一體化制度設計及其實現機制達致區域整體性的良善治理。因此，無論是從國家自然資源相關單行法的理念轉型和法治實現而言，還是從粵港澳大灣區自身的戰略定位和政策要求出發，都要求粵港澳大灣區內自然資源的協同治理。

“綠色發展是高品質發展的底色，新質生產力本身就是綠色生產力。”^[1] 自然資源同時是重要生態環境要素，對自然資源的利用和開發關涉新質生產力的培育與發展。粵港澳大灣區要發揮獨特優勢、因地制宜地推進自然資源協同治理與綠色開發，為國家實現高品質發展作出更大的貢獻。不同于一般意義的協同治理，粵港澳大灣區內自然資源協同治理的特殊性還高度表徵於——在法域差異和制度差異之下，大灣區自然資源治理過程中的法治要素化協同之難。通過檢索現有研究成果發現，粵港澳大灣區城市群（包括港口群）、產業轉移及產業（包括金融業、旅遊業、養老產業）、企業與人才、科技創新、人文教育體育、雙循環等方面的協同發展和高品質發展是粵港澳大灣區協同治理方面討論較多的課題。這些成果中不乏有通過比較研究的方式討論跨邊界協作，亦有案例分析的方式討論具體的合作形式及其治理邏輯^[2]，所使用的理論包括新區域主義^[3]、“區域主義空間”理論、多層級治理理論、集體行動理論等，通過這些理論實現區域治理類型和區域制度類型的有機融合^[4]。從協同治理的法治角度出發的討論一般聚焦於政府作為協同主體之下的政府角色、府際關係、職能定位等，^[5]或者是從宏觀層面概覽粵港澳大灣區協同治理的法治創新，包括規範體系、法治模式、多元救濟制度等方面。^[6]從以上學術史的梳理可以發現粵港澳大灣區自然資源協同治理的理論研究存在一些不足並值得深入挖掘的空間：一是缺少以自然資源治理為核心命題的研究，自然生態領域資源利益的公私疊加特徵^[7]注定了無法單純從私法的請求權設定或公法職能的劃定實現保護，而需要綜合法治的全要素予以系統討論。二是缺乏對法治全要素的分析，法治包含立法、執法、司法、守法等環節。現有的研究主要聚焦於執法和司法，而鮮少對立法與守法進行觀察和審

[1] 參見《習近平在中共中央政治局第十一次集體學習時強調 加快發展新質生產力 扎實推進高質量發展》，載新華網2024年2月1日，<http://www.news.cn/politics/leaders/20240201/ad7e90874ca140be8e4b7b9c3526976b/c.html>。

[2] 參見黃麗華、李紅飛：《粵港澳大灣區跨域環境協同治理探討》，載《合作經濟與科技》2023年第1期，第14-16頁；陳朋親、毛艷華：《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167-176頁；陳德甯、吳康敏、吳家瑜等：《歐盟跨邊界合作研究對粵港澳大灣區協同治理的啟示》，載《熱帶地理》2022年第2期，第283-292頁；段傑：《粵港澳大灣區創新生態系統演進路徑及創新能力：基於與舊金山灣區比較的視角》，載《深圳大學學報(人文社會科學版)》2020年第2期，第91-99頁；趙辰霖、徐菁媛：《粵港澳大灣區一體化下的粵港協同治理——基於三種合作形式的案例比較研究》，載《公共行政評論》2020年第2期，第58-75+195-196頁；許堞、馬麗：《粵港澳大灣區環境協同治理制約因素與推進路徑》，載《地理研究》2020年第9期，第2165-2175頁；殷旭東：《大灣區背景下珠澳合作的協同治理邏輯——以橫琴異質區域為例》，載《中共珠海市委黨校珠海市行政學院學報》2019年第6期，第42-48頁。

[3] 參見張樹劍、黃衛平：《新區域主義理論下粵港澳大灣區公共品供給的協同治理路徑》，載《深圳大學學報(人文社會科學版)》2020年第1期，第42頁。

[4] 參見張福磊：《多層級治理框架下的區域空間與制度建構：粵港澳大灣區治理體系研究》，載《行政論壇》2019年第3期，第95頁。

[5] 參見屠凱：《論大灣區的規則體系和治理結構》，載《法學評論》2023年第2期，第46-58頁；楊愛平：《粵港澳大灣區跨境治理中的包容性府際關係》，載《學術研究》2022年第10期，第59-66頁；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246-253頁；吳賢靜：《政府在生態法治建設中的職能與定位》，載《法治社會》2016年第2期，第49-56頁。

[6] 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頁。

[7] 參見杜輝：《生態環境法典中公私融合秩序的表達》，載《法學評論》2022年第6期，第146頁。

視。通過價值鏈理論的引入，將法治各要素統一納入分析框架是對現有研究的創新。三是現有的研究缺少整體性和系統性思維。統籌山水林田湖草沙系統治理是我國生態環境保護的指導理念。如何將自然資源綜合性、協同性、一體化保護的理念與粵港澳大灣區一體化發展的理念相融合進而實現制度化，以治理機制、程序的法治化實現上述目標，這是現有研究未能聚焦解決的問題。職之是故，基於對粵港澳大灣區自然資源協同治理的現實回應和對既有理論研究不足的探索，本文擬就粵港澳大灣區自然資源協同治理展開理論分析與建議構想，希冀引發方家探討指正。

二、粵港澳大灣區自然資源協同治理的法治基礎

自然資源內涵價值是其治理目標所欲實現之目的，也是協同治理的制度缺漏和法治水平的合目的性檢視標準。自然資源開發、利用和保護的現有制度框架中內在蘊含了自然資源的多重價值，這一價值實現的外化就構成了粵港澳大灣區自然資源協同治理的現實需要。基於內在價值和外在需要的制度審視就需要引入理論模型將法治全要素納入。

（一）粵港澳大灣區自然資源協同治理的制度框架

自然資源具有財產屬性、資源屬性與生態屬性三種主要屬性，這三種屬性分別對應自然資源的經濟價值、社會價值與生態價值。^[8]從經濟屬性來說，財產作為產權的客體而具有稀缺性、價值性、可支配性，自然資源的財產屬性側重體現為自然資源作為可開發、可交易、可市場化的生產資料所承載的經濟效益目標。從社會價值而言，自然資源不只是一種市場化的可交易資源。與純粹的市場要素相比，自然資源具有天然性、多用途、公共性，因而我國憲法規定自然資源屬於國家所有，這一國家所有制度表明自然資源作為物質財富基礎所承載的社會公益目標。從生態屬性而言，自然資源是生態價值的物質載體和美好環境享受的源泉。實際上生態利益（或環境利益）蘊含於自然資源之中，諸如森林、草原、海洋等自然資源都能提供給民眾美好環境的享受，並是生態系統的重要基底。自然資源的複合屬性與多元價值共同地決定了自然資源與一般財產有所不同，又從根本上決定了國家對自然資源的制度設計，令自然資源治理的成文法律法規體系呈現公私法交融和政策型立法特點。^[9]

粵港澳大灣區自頂層規劃以來逐步構建出了初步的制度性框架。早于2017年，《深化粵港澳合作推進大灣區建設框架協定》中明確提出完善區域協同。2019年《粵港澳大灣區發展規劃綱要》從設立粵港澳大灣區建設領導小組、堅持用法治化市場化方式、共同編制生態環境保護領域的專項規劃或實施方案並推動落實、擴大社會參與等多個方面提出了落實區域協同的具體路徑。2021年《中華人民共和國國民經濟和社會發展第十四個五年規劃和2035年遠景目標綱要》提出深入推進重點領域規則銜接、機制對接。

同時，粵港澳大灣區自然資源協同治理有其上位法依據。《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第7條^[10]的規定是香港特別行政區有關自然資源的基礎性規範，也是香港自然資源立法的規範內容及其效力性來源。《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第7條進行了一致的規定。^[11]

[8] 參見焦艷鵬：《自然資源的多元價值與國家所有的法律實現——對憲法第9條的體系性解讀》，載《法制與社會發展》2017年第1期，第129頁。

[9] 參見許瀛彪：《全民所有自然資源資產產權制度中民法的基礎性法律地位》，載《中國國土資源經濟》2023年第3期，第17頁。

[10] 《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第7條：香港特別行政區境內的土地和自然資源屬於國家所有，由香港特別行政區政府負責管理、使用、開發、出租或批給個人、法人或團體使用或開發，其收入全歸香港特別行政區政府支配。

[11] 《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第7條：澳門特別行政區境內的土地和自然資源，除在澳門特別行政區成立前已依法確認的私有土地外，屬於國家所有，由澳門特別行政區政府負責管理、使用、開發、出租或

從全國性法律來看，目前自然資源的協同治理理念已經成為新近自然資源類單行法的重要理念。例如作為環境保護領域立法的基本法，《中華人民共和國環境保護法》（以下簡稱《環境保護法》）雖沒有明確載入“協同”，但是綜合治理是環境基本法的基本原則，綜合治理原則要求對生態環境進行整體性保護，著眼於特定區域內開發利用行為的整體，^[12]這就內含了區域整體性保護的要求。

《海洋環境保護法》第20條規定，沿海設區的市級以上地方人民政府應當根據綜合治理行動方案，制定其管理海域的實施方案，因地制宜採取特別管控措施，開展綜合治理，協同推進重點海域治理與美麗海灣建設。這些基礎性法律為粵港澳大灣區構建起了基本的法治框架。

（二）粵港澳大灣區自然資源協同治理的現實需求

人與自然和諧共生是中國式現代化的目標和內容。立足于建設世界一流灣區的願景目標，粵港澳大灣區的自然資源協同保護既是大灣區人與自然和諧共生的內在要求，也是大灣區培育和發展新質生產力的現實需求。

第一，粵港澳大灣區建設需以人與自然和諧共生的現代化為目標和導向，確立自然資源的生態價值作為制度設計的內在價值追求。黨的二十大提出中國式現代化是人與自然和諧共生的現代化。大灣區作為我國推進區域經濟社會一體化的重要舉措，我國的美麗灣區建設是有別於世界其他三大灣區的重要差異點。國家鼓勵廣東省及相關各地市因地制宜開展美麗中國實踐研究，推進“綠水青山就是金山銀山”實踐創新基地申報工作等，旨在實現粵港澳大灣區內自然資源的生態價值得以充分彰顯。職是之故，粵港澳大灣區的區域協同發展必然是以自然資源治理的生態價值彰顯作為其應有之義。反之亦然，粵港澳大灣區需以自然資源協同治理實現上述目標。

第二，粵港澳大灣區自然資源的天然稟賦和發展模式要求自然資源的協同治理。粵港澳大灣區在人口數量、市場體量、經濟總量、生產要素聚集以及產業發展等方面已達到與世界其他三大灣區相接近的水平。然而，在自然資源高效利用、生態環境品質和綠色發展水平等方面，則與世界其他灣區之間存在一定的差距。目前的主要問題包括不合理的能源結構和清潔能源利用率較低，導致生態環境負擔加大，一些地區的資源環境承載能力已經接近或超過其極限。當前，粵港澳大灣區生態修復和生態系統治理取得長足進展。大灣區內地九市森林覆蓋率達51.84%，是中國首個國家級森林城市群。^[13]粵港澳大灣區自然資源特別是海洋資源豐富，包括藍碳資源、紅樹林和沿海灘塗資源、海洋礦藏資源、生物資源等多重自然資源跨域連接。在這種自然賦存條件之下，協同治理的現實性及其必要性就成為灣區自然資源利用、開發和治理不可迴避的選項。

第三，粵港澳大灣區的政策定位要求其必須立足於自然資源與生態環境保護。粵港澳大灣區建設是國家級重要戰略，美麗灣區建設下區域內自然資源保護性利用、生態環境保護是重要戰略內容。為此大灣區區域間不同政府主體正不斷協力推進，例如生態環境部分別與廣東省人民政府、澳門特別行政區政府簽署《共建國際一流美麗灣區合作框架協議》《內地與澳門特別行政區環境保護合作安排》。這些具體安排有效承接了粵港澳大灣區美麗灣區建設的上層規劃。自然資源天然的整體性與行政區劃現實的分割性是自然資源開發、利用、保護等工作中存在的內在張力。粵港澳大灣區各地政府在落實自然資源協同治理的思維觀念時，就必須整合區域內行政力量以自然資源的協同治理“軟化”條塊管理。因此，構建粵港澳大灣區各地政府自然資源治理主體責任的協同機制顯得尤為重要。

（三）粵港澳大灣區自然資源協同治理的法治系統“鏈式思維”運用

“價值鏈分析法”是哈佛大學教授邁克爾·波特所提出的價值分析方法，其基本觀點是：企

批給個人、法人使用或開發，其收入全部歸澳門特別行政區政府支配。

[12] 參見吳凱傑：《環境法體系中的自然保護地立法》，載《法學研究》2020年第3期，第129頁。

[13] 參見《報告指粵港澳大灣區具備建成世界一流美麗灣區基礎優勢》，載中國新聞網2021年11月7日，<https://www.chinanews.com.cn/cj/2021/11-07/9604146.shtml>。

業內外價值增加的活動可分為基本活動和支持性活動，這構成了企業的價值鏈，每個環節具有不同的價值，某些特定的價值活動就是價值鏈上的“戰略環節”，企業要保持的競爭優勢實際上是企業在價值鏈某些特定的戰略環節上的優勢，也可來源於企業間協調或合用價值鏈所帶來的最優化效益。^[14]波特價值鏈分析方法的遷移性很強，例如在討論產業鏈創新發展中就可運用鏈式思維，分析資金鏈、創新鏈、政策鏈的支持，^[15]亦有學者借此討論環境規制的影響力。^[16]在自然資源治理領域，亦可借用波特價值鏈分析方法可以更為精細化分析粵港澳大灣區自然資源協同治理中的各個要素和環節的關係，厘清法治協同中各個環節下具有“戰略性”的關鍵問題。

粵港澳大灣區自然資源協同治理需要貫徹頂層規劃的理念，明確治理的目的導向和問題導向，令粵港澳大灣區自然資源協同治理具備制度設計的合目的性。協同治理是一種新型治理模式，旨在通過多元主體、多重機制、多種方式實現協同合作。政府作為權力機關的執行機關而天然具備協同作用的活動能力，協同治理的實現需要通過由治理目標、治理主體、治理程序、治理工具向治理效果逐層傳導的鏈式結構。這一結構可以作為立法、執法、司法、守法四個法治維度的協同程度判斷標準。其中，激勵與約束機制的構建成為了上述鏈條的動力基礎，因此又可將上述協同治理鏈分為自然資源協同治理鏈與關鍵部分的自然資源協同動力層。為實現自然資源的多元價值並緩解治理主客體間的張力，整合碎片化治理過程，因而需構成完整的動力——銜接——擴展的治理過程。

自然資源協同治理鏈可分為目標指向、組織締造、機制協調、合作監管四個環節，即傳統上管理學的“計劃——組織——領導——控制”四大功能。^[17]第一是目標集聚，在涉粵港澳大灣區自然資源治理領域，全國人大及全國人大常委會制定的法律、國務院制定的行政法規、國務院部委制定的部委規章、省級人大地方性法規、特別行政區制定的法律、經濟特區法規、設區的市地方性法規需要將自然資源協同治理的目標導入其中。這種目標嵌入立法也要求香港特別行政區立法會、澳門特別行政區立法會等機構構建協同機制。目的因是事物存在的本質目的，亞里士多德認為只有符合目的因才是符合正義的。這啟發我們，粵港澳大灣區規則的銜接要符合粵港澳大灣區頂層規劃的本質要求。在粵港澳大灣區頂層規劃的綱領性和權威性目標之下，粵港澳大灣區的立法協同首要在於整合粵港澳不同法域間的價值理念，以縱向理念貫徹以啟動橫向協同聯動。粵港澳大灣區構建必要的立法協同機制就是實現這一目標的手段。第二是協同執行的組織締造，通過建立跨空間、跨法域、跨級別、跨職能的管理機構、政策小組、聯席會議、任務小組來實現組織的協同。這種協同不同于立法協同，主要是政府間落實立法目的的執行組織。實際上我國目前在粵港澳大灣區協同過程中一直十分重視協同組織的構建。例如為促進粵港澳三地環保與氣候變化應對合作，粵港澳三地協商成立共同合作機制，包括粵港環保及氣候變化應對合作小組、粵澳環保合作專責小組，並設立相關專題小組。這一模式可以稱為合作協定模式，定期的小組會議不是通過立法確定的，而是通過政府間合作協定的方式。合作小組為推動粵港澳三地在環境領域的合作提供了一個平台，涵蓋了海洋自然資源護理、河流整治等領域。雖然，合作協定的簽署將為三地的自然資源治理合作提供制度上的支持，明確合作的方向和目標，然而這一合作模式依賴既定行政組織落實具有不穩定性。第三是機制協調，機制協調主要是指粵港澳大灣區自然資源協同治理中的溝通、協調、決策等機制。例如前述行政性的協調小組會議、專題情況通報工作會議、重大事件報告溝通等，通過這一多維度的合作框架，三地可以充分發揮各自的專業優勢，形成合力，共同應對跨境自然資源生態保護問題。通

[14] 參見胡思琪、李傲霜：《基於波特價值鏈理論對俄跨境電商海外倉價值探析》，載《現代商業》2021年第30期，第41頁。

[15] 參見謝家智、何雯好：《現代產業鏈韌性評價及提升路徑》，載《統計與信息論壇》2024年第2期，第26頁。

[16] 參見郭然、劉大志：《環境規制與製造業價值鏈攀升：助力還是阻力——基於“強”與“弱”波特假說的中介效應檢驗》，載《商業研究》2023年第1期，第40頁。

[17] 參見[美]斯蒂芬·P·羅賓斯、瑪麗·庫爾特：《管理學》，劉剛等譯，中國人民大學出版社2017年版，第9頁。

過合作小組的機制，三地將在自然資源生態保護領域實現共贏，為可持續發展貢獻力量。這也是目前粵港澳大灣區自然資源生態協同治理的主要部分，但是其中司法層面的協調機制卻有不足。第四是合作監管，有效的合作監管可為協同治理鏈提供保障。現代行政管理理念要求合作式監管的模式。合作監管作為改變傳統國家監管的一種監管方式，其是一種多方主體共用監管權力並採用多重監管方式。^[18] 合作監管要求納入公主體之外的私主體，這種公私協同中的公眾具有重要的角色。總之，將法治的多維要素通過“鏈式思維”納入“目標——組織——機制——監管”的層次性審查框架中，可發現粵港澳大灣區自然資源協同治理中不同環節的重要缺失。同時，這也將拓寬自然資源協同治理法治研究的維度。

三、粵港澳大灣區自然資源協同治理的問題檢視

粵港澳大灣區自然資源的協同治理必須以法治化作為其路徑和方式，其法治協同包括了立法、執法、司法和守法各環節的協同。引入價值鏈模型可知並非所有環節的每個節點都同等重要。以基本鏈和輔助鏈加以分析，可知在法治各個要素中“目標——組織——機制——監管”的不同方面有著關鍵性差異。與之相對應的是，當前粵港澳大灣區自然資源協同治理過程中，立法、執法、司法和守法各方面均存在制度缺漏，以下分述之。

（一）粵港澳大灣區自然資源協同治理中協同立法的規範性不足

自然資源的多元價值、多重屬性和跨地域連接特徵決定了自然資源協同立法的重要性。然而，目前粵港澳大灣區自然資源協同治理的立法存在位階不高、條文粗疏、內容零散等多方面問題。追根溯源，這歸咎於現有立法未能較好嵌入協同治理理念，政策的法律化不足以及立法模式尚未得到良好建構。

首先是現有自然資源協同立法的文本欠缺。“一國、兩制、三法域、三關稅區”是粵港澳大灣區自然資源協同治理的法治剛性要求、法治運行的外在環境和基礎局面。從現有的協同立法文本來看，粵港澳大灣區內的協同立法主要集中於人文、藝術、交通、飲食等領域。例如2021年4月廣州、佛山簽署了《關於加強兩市協同立法的合作協定》，貫徹這一協議的成果《佛山市城市軌道交通管理條例》《廣州市城市軌道交通管理條例》相繼通過，廣佛的相關實踐為全國探索協同立法提供了有益經驗。再如，為保護粵菜而進行的“1+N”省市協同立法。^[19] 這些立法雖然具有協同立法模式的創新性，也體現了法治協同下求同存異與避免重疊的立法技術。然而，當前響應美麗灣區中自然資源協同立法要求的法律文本則尚付闕如。

其次是粵港澳大灣區自然資源協同治理的政策法律化不足。一般而言，政策法律化可以分為形式法律化和實質法律化。就後者來說，是將政策精神、政策要求、政策規定以法律語言轉化之後形成法律原則、法律制度和法律規範，其不直接將政策載入法律，而是將政策調整和技術化之後載入法律。在粵港澳大灣區的建設過程中除了有規劃綱要的頂層設計之外，還存在大量的政府間協議、專項規劃等政策性內容的文件，這類文件往往專門針對某一具體領域。粵港澳大灣區規則包括憲法性規則、政策性規則。^[20] 對於粵港澳大灣區自然資源協同治理而言，這些政策的法律化至關重要。

最後是粵港澳大灣區自然資源協同立法的立法模式問題。協同立法模式包括宣示性立法和立法

[18] 參見朱寶麗：《合作監管的興起與法律挑戰》，載《政法論叢》2015年第4期，第139頁。

[19] 廣東省十四屆人大常委會第二次會議分別審查批准了《汕頭市潮汕菜特色品牌促進條例》《佛山市廣府菜傳承發展條例》《梅州市客家菜傳承發展促進條例》《江門市僑鄉廣府菜傳承發展條例》《潮州市潮州菜傳承與產業促進條例》。

[20] 參見賀海仁：《我國區域協同立法的實踐樣態及其法理思考》，載《法律適用》2020年第21期，第75頁。

機構之間的實質協同。粵港澳大灣區作為我國最具創新型的區域，其區域間協同立法模式也具有相當的創新性。目前廣東省正在實踐“1+N”的省市協同立法模式，“1+N”模式中的“1”代表省級立法機關出台的省條例，重點解決立法物件的共性和普遍性問題，“N”代表具有立法權的省級機構以下的地方政府，其可以在省條例基礎上結合地方實際制定法規解決具體問題。^[21]這一立法實踐主要集中於內地，該立法模式是在內地立法權限內進行的。這對粵港澳大灣區跨越法域的協同借鑒意義仍待挖掘，並且所涉及的立法事項也受到立法權限的限制。

（二）粵港澳大灣區自然資源協同治理中協同執法的組織支撐不足

在當前的自然資源治理中，粵港澳大灣區各地政府並未有效深入貫徹中央層面的協同理念。從理論上看，自然資源協同動力層分為稀缺性引致的環境推力、合法性引致的外部拉力、成本性引致的內生壓力三部分。自然資源協同治理的立法理念經由總體原則進入具體規則，而後由行政機關的行政執法加以落實。然而，行政執行的偏差往往會發生在法律執行過程之中。因此，良好的組織支撐是法律實現的有效保障。目前粵港澳大灣區自然資源協同治理已經具備了基本框架式的組織支撐體系，但是也存在組織權限不明、政策工具有限等問題。

自然資源天然的整體性與行政區劃現實的分割性是自然資源開發、利用、保護等工作中存在的內在張力。從內地自然資源治理實踐看，例如水資源保護中，所謂的林長制、河長制、田長制也只是區域內自然資源的政府主導，^[22]並未形成實質的跨區域協同治理。本文以為，粵港澳大灣區是一個優勢互補的經濟聯合體，上述問題愈加凸顯，粵港澳大灣區的自然資源協同治理除了三地的組織協同之外，需在中央層面由高層領導擔任協調領導小組負責人，以便於資源與機制的高效協調。

（三）粵港澳大灣區自然資源協同治理中協同司法的機制保障不足

司法協同是粵港澳大灣區自然資源協同治理的重要面向。粵港澳大灣區現有的司法協同大多存在於社會治理、犯罪規制等領域。在新質生產力的本質要求下，粵港澳大灣區自然資源協同治理與這些司法協作相比內容較為複雜、要求更高。整體性、完備性、規範邏輯一致性、價值融貫性是判斷法律體系性的要件，法律構成的整體性包括法律構成的體系性和法律運用的系統性。^[23]這也要求在自然資源協同治理中粵港澳各地法律適用具備相應的系統性。

港澳地區作為特別行政區，其享有源自於中央授權的高度自治權，這就包括獨立的司法權和終審權。不同于港澳地區，廣東省作為內地的一個省份，其司法權限與港澳地區之間並不對等。目前，三地之間存在多層次的協商機制，^[24]近年來粵港澳大灣區際司法協助體系逐步建立健全，大灣區各地法院正不斷推進生態環境司法保護一體化建設。然而，無論是從法律文本的體系性還是從法律運行的系統性而言，不同區域之間的“法治差序”依然存在，自然資源協同治理的司法保障都存在較大的提升空間。作為大灣區建設的當事方，港澳二地分屬不同制度和法域，且大灣區內部各城市間存在明顯的“法治差序”，^[25]在《粵港合作框架協議》與《粵澳合作框架協議》中對糾紛解決方式只作了較為宏觀的規定。目前，內地與港澳已逐步形成了較為成熟的“雙邊協商、分別執行”的區際合作規則的生產方式，但粵港澳大灣區多元化糾紛解決機制的構建卻面臨著法律依據不

[21] 參見馬瑞婕、龔春輝等：《在全國首創“1+N”省市協同立法新模式，促進粵菜產業高品質發展 廣東持續創新省市區域協同立法工作機制》，載《南方日報》2023年4月24日，第A04版。

[22] 參見劉璿、胡鞍鋼：《中國式治理現代化的創新實踐：以河長制、林長制、田長制為例》，載《海南大學學報（人文社會科學版）》2023年第5期，第61頁。

[23] 參見陳金釗：《論法律的體系性及體系化》，載《求索》2023年第5期，第128頁。

[24] 參見江保國、趙蕾：《粵港澳大灣區糾紛解決機制的設計理念與實施策略論綱》，載《理論月刊》2019年第4期，第151頁。

[25] 參見李蕊、張慶元：《多元共治與軟硬兼施：粵港澳大灣區糾紛解決機制的演進及展望》，載《地方法制評論》2020年第1期，第96頁。

足、協議效力不清、相關協商定位不明等困境。^[26]此外，自然資源類案件在法律適用上存在法律規則的衝突。例如自然資源的經濟價值使得自然資源產品具備物權屬性，而物權糾紛的專屬管轄是民事訴訟管轄的基本原則。然而，現實中粵港澳大灣區三地在涉自然資源案件的管轄權方面存在不同管轄規則適用方面的衝突。

（四）粵港澳大灣區自然資源協同治理中公眾參與的激勵約束不足

公眾參與是合作監管中的重要內容。中國式現代化進程中社會公眾佔據重要地位，需要其發揮廣泛的主體作用。從管理邁向治理的過程中，我國向來重視多元共治，注重通過引入多元主體的參與、互動與合作，以期最大程度地發揮多元主體間的協同治理效應。^[27]中共中央印發的《法治社會建設實施綱要（2020－2025年）》提出完善黨委領導、政府負責、民主協商、社會協同、公眾參與、法治保障、科技支撐的社會治理體系，打造共建共治共用的社會治理格局。黨的二十大報告中提出“健全共建共治共用的社會治理制度，提升社會治理效能”“建設人人有責、人人盡責、人人享有的社會治理共同體”。

在粵港澳大灣區自然資源治理中，社會組織和社會公眾作為重要的社會力量，對於相關制度設計及其執行效果具有不可或缺的影響。然而，在自然資源保護領域，社會組織和公眾的參與程度相對薄弱，未能充分發揮其參與和監督功能。這主要表現為社會組織和公眾更多地參與自然資源科普、宣傳、教育，而在自然資源決策和監督方面的參與較為有限。在我國，公眾參與制度設計存在參與主體界定模糊、參與範圍狹窄、參與方式單一和參與效力缺乏明確規定等缺陷。^[28]同時，作為“全民”的一部分，公眾對自然資源保護的意識參差不齊，缺乏主人翁和主體意識，公眾的普遍意識是將自然資源保護歸納為政府和企業的責任。社會組織和公眾參與的法治化程度相對較低，遇到全民自然資源開發、利用和保護問題時，公眾的自然資源保護的利益訴求和情感需求無法通過有序的方式予以表達，這也是自然資源的開發和利用中較易出現輿情的主要原因。

因此，公眾個體在自然資源的集體行動及其效果中成為備受關注的對象，如何激發公眾個體積極參與自然資源保護的集體行動尤為重要。自然資源具有公共屬性，在進行涉及自然資源公共物品的集體行動時，社會組織可以解決原子化個體行動的不足。因此，在粵港澳大灣區自然資源治理體系中，需從公共參與平台的建立、公共參與機制的保障、公共參與激勵的形成等方面著手推進，以有效保障自然資源的多元共治。粵港澳大灣區可通過建立統一開放透明的自然資源信息共用系統，讓公眾更全面地瞭解自然資源治理的現狀、問題和趨向。目前粵港澳大灣區自然資源治理中的公眾參與還相對單薄，其應有功能也未能有效發揮。例如《深圳灣航道疏浚工程（一期）環境影響報告書徵求意見稿公眾參與公告》造假事件，^[29]該事件凸顯出粵港澳大灣區相關自然資源治理主體對公眾參與權利的漠視和程序的敷衍，也印證粵港澳大灣區自然資源治理中公眾參與機制的不足。

四、粵港澳大灣區自然資源協同治理的法治完善

從立法、執法、司法和守法的不同層面加以觀察，我國粵港澳大灣區自然資源協同治理的“法治秩序”仍然存在諸多關鍵問題需要回應，以補足價值鏈上的重要缺失。為此，需從明晰灣區協同

[26] 參見江保國、趙蕾：《粵港澳大灣區糾紛解決機制的設計理念與實施策略論綱》，載《理論月刊》2019年第4期，第151頁。

[27] 參見詹國彬、陳健鵬：《走向環境治理的多元共治模式：現實挑戰與路徑選擇》，載《政治學研究》2020年第2期，第67頁。

[28] 參見張恩典：《環境風險規制下的公眾參與制度研究》，載《河南財經政法大學學報》2018年第1期，第140頁。

[29] 參見《連名字都抄！“深圳灣”環評報告造假，項目恐威脅10萬水鳥生存，央視怒批》，載每日經濟新聞網2020年4月19日，<https://www.nbd.com.cn/articles/2020-04-19/1426639.html>。

立法的模式選擇及重點內容、完善灣區跨域執法的組織協同及政策工具、實現灣區實體法適用與程序性規範的接軌以及優化激勵與約束並存的灣區公眾參與路徑。

（一）粵港澳大灣區自然資源協同治理中協同立法的模式選擇及重點內容

粵港澳大灣區自然資源協同治理的前提與重點是依法治理。從立法模式選擇來看，粵港澳大灣區內自然資源立法的立法主體多、法律淵源豐富、立法事項和區域差異大。這就要求不能籠統規定單一的立法模式，對於協同立法的模式主要存在“共同示範協調”與“區域互補”^[30]的立法模式。顯然，粵港澳大灣區需要探索在此之外的新型協同立法模式。大灣區擁有多元化立法合作主體，以大灣區三大發展中心之下的“兩兩”城市的協同立法為標誌，形成了多中心的立法協同格局。大灣區不同城市的功能定位、資源稟賦和保護要求等差別性因素也需要差異化的立法，而不能只強調協同而忽略殊異。這意味著粵港澳大灣區協同立法應當採取準一體化的立法模式。需要注意的是，這種協同立法模式並非是對既往各自立法、各自執行的簡單複製，而是需要以統一的價值理念作為立法目的、立法原則的實質內涵。

從立法機制來看，目前粵港澳大灣區的跨法域規則構建往往是由單一主體單方面制定。這種立法雖然具有合法性、靈活性和可操作性，但是這種立法模式並不屬於實質意義上的協同立法。這一問題的產生根源於憲法框架下不同區劃權限的差異以及粵港澳不同行政區立法程序的差別，在粵港澳大灣區自然資源治理的立法協同方面，可考慮通過中央級立法協同機制的設立來化解地方立法協同機制張力的問題。中央級的協同立法機制需要將自然資源協同治理理念作為目的性原則。由中央政府相關部委以及粵港澳三地相關部門共同組建立法工作組，成立專門的大灣區協同立法協調機構。建立跨區域自然資源立法工作流程，譬如跨區域調研小組、跨區域協同治理試點、跨區域立法論證和意見採集等。立法機關亦可邀請工作組對協同立法的下位文本進行審查。

從重點內容來看，一是作為價值鏈中的目標聚集環節，在協同立法中尤其需要注重將自然資源協同治理的治理理念嵌入立法文本的立法目的和原則條款中；二是要在粵港澳大灣區自然資源協同立法的政策法律化內融貫自然資源協同治理理念，並以協同治理理念作為文本設計的判斷標準和解釋依據。第一，協同立法需要結合粵港澳大灣區發展規劃和自然資源現狀，設計相應立法目的條款，同時將協同治理作為原則條款。在立法目的條款中，以綠色生產力的發展實現大灣區綠色高品質發展，需要注重自然資源的生態價值、經濟價值、社會價值的協同實現。在條款中需要注重原則的公平惠益方面和區域共治方面，前者包括資源共用、惠益共用、系統發展，後者包括制度共建、生態共保、環境共治、治理協同等方面。在具體的原則條款中需要通過公平惠益原則和協同治理原則將上述目標予以貫徹。第二，協同立法需要將現有的頂層規劃、專項規劃、政府間協議等軟法性質的內容選擇性地法律化，同時明確粵港、粵澳、粵港澳政府之間所締結的有關自然資源保護利用的協定的效力級別。^[31]堅持先行先試與法治保障相結合是特區發展乃至特區經驗推廣全國的重要路徑。^[32]粵港澳大灣區三地在不斷深化合作的過程中，簽署和制定了較多的區際合作框架、合作協定，發佈了指導性政策等規範性文件。這些文件不僅在制度創新空間上為粵港澳大灣區自然資源協同治理提供增量，還在機制創新空間上為粵港澳大灣區自然資源協同治理予以賦能。大灣區政策體系的整體性就必然要求將這些政策有機轉化為法律，並且粵港澳大灣區自然資源協同治理理念應當成為政策法律化轉化適當性的評價準繩。一方面以作為立法目的和原則條款的協同治理理念來設計基本制度和規則文本，譬如在環境要素保護方面設計更多的協同治理措施、協同執法手段、聯合懲

[30] 參見蒲曉磊：《〈法治中國建設規劃(2020-2025年)〉提出建立健全區域協同立法工作機制以協同立法助推區域高品質發展》，載《法治日報》2021年1月12日，第7版。

[31] 參見蔡鎮順：《粵港澳經貿合作的法律基礎》，載《廣東外語外貿大學學報》2013年第3期，第9頁。

[32] 參見許瀛彪、于泓源：《建黨百年特區建設的歷史變遷、基本規律與經驗啟示》，載《深圳社會科學》2022年第4期，第14頁。

罰規定。另一方面，立法目的的宣示和原則條款的指引可以讓協同立法的文本解釋和規則適用更加朝向協同性的方向展開。

（二）粵港澳大灣區自然資源協同治理中跨域執法的組織協同及政策工具

粵港澳大灣區自然資源協同治理應從自然資源的組織協同和政策工具入手。從前者而言需要理順粵港澳大灣區區域間政府自然資源治理的職責分工，促進自然資源區域間政府的協同治理；從後者而言需要豐富治理主體協同治理的治理方式與手段，既包括了市場手段，也包括了行政方式。以下分述之。

第一是明確粵港澳大灣區區域間政府自然資源治理的職責劃分。有學者在協同治理相關研究中提出建立政府部門間的信息供需和協調聯動機制，發揮地方政府聯席會議的作用，推動地方政府職能向一體化治理轉變，提升自然資源治理的協同水平。^[33]然而，在粵港澳大灣區中，僅從政府部門間的信息和組織協同來解決上述問題仍然不足。廣東省省域內政府間或政府部門間的協同並不會實質消除前述不同行政區域管理者之間的“政治錦標賽”，基於政績的內在競爭和區域性管理模式仍然存在。再加上，廣東省與港澳地區在廣泛合作外的區域競爭並未因為中央政府的政策調控而消滅，其不過是在目標重置之後的全新展開。因此，為有效調試粵港澳大灣區自然資源協同治理中的各地差異，就必須追根溯源地平衡各地自然資源協同治理中所產生的自然資源治理利益分配差異。同時，粵港澳大灣區各地政府需要探索建立統一的跨區域自然資源治理的涵蓋自然資源利用的效益、生態環境的改善、綠色高品質發展等方面的政府工作考核指標和對企業的規範約束標準，以促使各粵港澳大灣區各地政府更加注重自然資源協同治理，形成系統的治理效能。進一步，可探索建立跨區域的具有戰略統籌和政策調控能力的自然資源管理機構，有效地破除粵港澳各地間的利益藩籬和政策壁壘。

第二是優化區際利益補償機制，完善區域交易平台和制度，提升粵港澳大灣區自然資源協同治理的合作層次和水平。自然資源具有多元價值和多重利益。在新質生產力的本質要求下，自然資源多元利益的實現是粵港澳大灣區各地政府進行自然資源協同治理的重要推動力。例如，既往的生態補償方式注重政府的縱向補償和橫向補償，而在市場經濟中行為的成本和收益都通過市場評價予以確定。因此，粵港澳大灣區的自然資源治理需要平衡不同區域主體的成本與收益，市場化手段至關重要。職是之故，粵港澳大灣區需要構建統一、互認、公正的自然資源價值認定標準，並以此為基礎探索建立自然資源權益的初始分配與交易制度，在粵港澳大灣區為範圍建立統一、開放、競爭、有序的自然資源權屬交易市場體系，探索建立跨粵港澳大灣區自然資源資產產權的交易市場平台。例如，深圳市已經建立碳排放權交易的平台，未來包括碳排放權交易、綠色電力及其證書的交易、核證自願減排交易、藍色碳匯的交易都可以進行交易類型、交易平台、交易地域的整合。另一方面，政府直接參與的生態利益補償也十分重要。粵港澳大灣區內自然資源品質和數量的改善必須以自然資源多元價值的均衡實現為前提，逃逸於自然資源價值實現與普惠分享的自然資源行政必然會因為成本收益的不均衡分配而無法有效規制相關主體的自然資源開發、利用行為。為此，應按新質生產力的本質要求來設置制約與監督政府從事有關自然資源治理的規則，從而通過明確區域自然資源治理的權責範圍。

（三）粵港澳大灣區自然資源協同治理中實體法適用與程序性規範的接軌

粵港澳大灣區的法域差異下不同區域的司法機構及其權限也存在不同。這其中具體既有實體法的差異也有程序法的差異。我國內地的自然資源保護的司法程序逐步完善，探索並形成了環境公益訴訟和自然資源資產損害賠償等司法救濟制度，以及體類豐富、內容扎實的實體法體系。粵港澳大

[33] 參見諸培新：《地方政府間應構建自然資源一體化治理機制》，載中國資源環境與發展研究院網站，<https://crep.njau.edu.cn/info/1016/1112.htm>，2025年3月18日訪問。

灣區內的司法協同要求實體法和程序法的雙重協同。在自然資源協同治理方面，粵港澳大灣區司法合作需要建立協調工作機構，建立統一的協商對話平台，設立專門職能部門，制定詳細的工作計劃和實施方案。^[34]其一，該機構可定期組織各方就自然資源審判中的重大疑難複雜問題進行研討。其二，該機構可以對粵港澳大灣區各地自然資源案件辦理的司法協同的進展進行監督。其三，該機構也有責任推動自然資源司法協同的體制機制創新和優化，也為更有效、更有序、更科學的粵港澳三地自然資源司法協同治理提供基礎。

在程序性規範的接軌中，司法機關可創造性探索自然資源跨區域司法聯動的程序機制，這源於我國自然資源領域司法工作廣泛存在的司法能動性實踐經驗。創新司法服務的方式也是粵港澳大灣區實現自然資源協同治理的重要內容，^[35]可深入探索粵港澳大灣區自然資源司法保護合作機制。對於粵港澳地區自然資源的相關案件，如果是屬於私益侵權性質的案件則可以由三地糾紛解決機構自行予以處理。對於涉及到管制法或者屬於公共利益的案件，考慮到內地存在自然資源損害賠償、生態環境損害賠償訴訟和較為完善的公益訴訟制度，或可以選擇在屬地管轄的基礎上探索建立橫跨粵港澳三地的集中管轄。有部分學者指出可以探索進一步發揮位於大灣區的最高院（第一）巡迴法庭的作用，^[36]這一思路可以運用到粵港澳大灣區自然資源類案件中，通過統一而集中的司法審判組織的確立來實現實體法律適用和程序規則選擇的統一性。

（四）粵港澳大灣區自然資源協同治理中公眾參與治理決策的路徑與保障

首先，構建基於公眾充分參與的自然資源治理綜合決策機制。這套機制應建立包括部門參與、專家參與、公眾參與在內的綜合決策支援系統，將公眾作為必要的決策主體納入其中。要加強和完善粵港澳三地高校、智庫等人員和組織之間關於自然資源的深化協作，尤其是使粵港澳大灣區三地自然資源管理部門、自然資源治理專業人才與自然資源開發、利用和保護具有緊密利害關係的人員和組織之間加強聯繫，並推進落實自然資源協同治理的行政諮詢機制。

其次，在粵港澳大灣區自然資源保護方面，需要注重自然資源種類和品質的綜合決策和治理。一方面需要粵港澳大灣區三地政府樹立正確和科學的決策理念，綜合考量經濟、社會、生態等發展需求來制定政策目標。我國現階段自然資源治理逐漸開始從粗放式發展朝著高品質發展發生著轉型。新質生產力不僅需要由政府培育推動，也需要公眾充分的深度參與。在自然資源種類和品質的保育中，需要將自然資源保護與環境品質改善緊密結合，並強化許可制度在自然資源治理的重要作用，而許可正當性的關鍵在於公眾的充分知情和利益的充分保障。

最後，面向公眾普及自然資源治理的理念，並為其提供更多自然資源治理的參與機會和平台。要培養公眾的自然資源高品質發展理念，充分借助新媒體和社交平台，廣泛宣傳和推廣自然資源保護常識，調動社會公眾對共建美麗灣區的積極性。粵港澳大灣區的政府和社會組織應當注重提供回應群眾現實需求的生態文明教育的服務內容。例如，因粵港澳地區文化和民俗，有些居民可能作出危害野生動物的違法行為，故而需要加大對獵捕、殺害、收購、運輸、出售、食用野生動物屬於違法行為的教育。

五、結語

新質生產力本身就是綠色生產力，故此綠色生產力的培育和發展也自然成為美麗灣區建設的重要追求和新驅動力。粵港澳大灣區在我國發展大局中佔據重要地位，共建國際一流美麗灣區具有長

[34] 參見李晟：《粵港澳大灣區民商事司法協同機制研究》，載《甘肅政法大學學報》2023年第6期，第129頁。

[35] 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13頁。

[36] 參見屠凱：《論大灣區的規則體系和治理結構》，載《法學評論》2023年第2期，第56頁。

遠戰略性意義。協同治理是粵港澳大灣區一體化發展的題中應有之義，也契合我國自然資源的治理理念轉型。以鏈式思維系統化分析粵港澳大灣區自然資源協同治理法治要素，開展對粵港澳大灣區自然資源協同治理法治完善的研究，有利於在自然資源領域提升粵港澳合作水平，為粵港澳大灣區高品質發展與美麗灣區建設提供智力支援。針對粵港澳大灣區自然資源協同立法的規範性不足、協同執法的組織支撐不足、協同司法的機制保障不足、公眾參與的激勵約束不足等問題，需從明晰灣區協同立法的模式選擇及重點內容、完善灣區跨域執法的組織協同及政策工具、實現灣區實體法適用與程序性規範的接軌以及優化激勵與約束並存的灣區公眾參與路徑等予以完善，協力高品質推進美麗灣區建設。

Abstract: Jointly building a world-class beautiful bay area is an inevitable requirement and important mission for the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area to achieve high-quality development. Collaborative governance is an inherent part of the integrated development of the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area, and it also conforms to the transformation of China's governance concept regarding natural resources. Given the large number of governance subjects and the complexity of governance matters in the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area, it is necessary to introduce the value chain model and analyze the various elements of the rule of law for collaborative governance of natural resources in the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area from a systematic perspective. The collaborative governance of natural resources in the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area includes collaboration in four aspects: legislation, law enforcement, judiciary, and public participation, across four dimensions: goals, organizations, mechanisms, and supervision. In response to such problems as insufficient standardization in collaborative legislation on natural resources, inadequate organizational support for collaborative law enforcement, lack of mechanism guarantees for collaborative judiciary, and insufficient incentives and constraints for public participation in the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area, improvements should be made in the following aspects: clarifying the model selection and key contents of collaborative legislation in the bay area, improving the organizational collaboration and policy tools for cross-regional law enforcement in the Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area, realizing the integration of the application of substantive law and procedural norms in the bay area, and optimizing the path of public participation in the bay area with both incentives and constraints, so as to jointly promote the construction of a beautiful bay area with high quality.

Key words: Guangdong-Hong Kong-Macau Greater Bay Area; Collaborative Governance of Natural Resources; Natural Resources; Beautiful Bay Area; High-Quality Development

（責任編輯：張雨虹）

機遇與挑戰：《橫琴粵澳深度合作區商事調解條例》的制定及其影響

黃景禧* 羅佩琪**

摘 要 本文以《橫琴粵澳深度合作區商事調解條例》為起點，首先闡述其立法背景、過程、核心內容與特點，具有高度包容性和創新性，構建了市場化、專業化的商事糾紛解決機制，但亦存在不足之處。進而探討《條例》實施後的社會效果，涵蓋調解機構建設、案件處理成效及跨境協作成果。再剖析《條例》對澳門調解事業帶來的挑戰，以及為澳門經濟適度多元、法律規則銜接、多元解紛人才培養發展、立法借鑒和發揮特色競爭力等方面創造的機遇。最後，聚焦澳琴一體化之規則銜接和機制對接問題，包括調解協議跨境執行機制、調解員資格重複審查以及澳琴兩地制度差異等障礙和問題，並提出構建快速執行機制、對接粵港澳大灣區調解員名冊機制及完善澳門本地立法建議。

關鍵詞 橫琴粵澳深度合作區 商事調解 規則銜接 多元化糾紛解決機制

一、引言

在橫琴粵澳深度合作區（以下簡稱為“合作區”）正式成立三週年之際，於2024年11月21日，珠海市第十屆人民代表大會常務委員會第三十次會議通過了《橫琴粵澳深度合作區商事調解條例》（以下簡稱為“《條例》”）。作為我國首部規範商事調解活動的地方性法規，《條例》的出台，對於構建訴訟、仲裁、調解協同發展的多元化商事糾紛解決機制，本就具有重要意義。《條例》更是合作區在《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》和《橫琴粵澳深度合作區發展促進條例》的規則支持下的創新立法，可謂承先啓後的里程碑，需要更多的關注和研究。與此同時，按照《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》，合作區的戰略定位是“促進澳門經濟適度多元發展的新平台、便利澳門居民生活就業的新空間、豐富“一國兩制”實踐的新示範、推動粵港澳大灣區建設的新高地”。為此，要推動澳琴兩地一體化發展，兩地一直致力推進各方面的規則銜接和機制對接。

因此，本文冀以《條例》作為起點，分析其立法背景、主要內容、所帶來的社會效果，以及對

* 黃景禧，澳門律師、粵港澳大灣區執業律師及調解員。

** 羅佩琪，澳門律師、粵港澳大灣區執業律師及調解員。

澳門所帶來的挑戰和機遇，從而思考澳門與合作區在有關制度銜接和機制對接方面所存在的具體問題及完善建議，望能為我國及本澳的調解事業發展貢獻綿力。

二、《條例》的立法背景及過程^[1]

（一）立法背景

商事調解作為國際通行的商事糾紛解決方式，憑藉靈活高效、節約成本、維持友好關係等顯著優勢，日益成為商事主體解決糾紛的首選途徑。特別是在《聯合國關於調解所產生的國際和解協議公約》（簡稱“《新加坡調解公約》”）生效後，全球眾多國家和地區紛紛致力於完善本國的商事調解法律與制度，積極推動商事調解發展，以提升自身在國際商事糾紛解決領域的吸引力、競爭力和影響力。在此國際大背景下，《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》明確指出，合作區要在改革開放的重要領域和關鍵環節大膽創新。制定《條例》，不僅是推進多元化商事糾紛解決機制創新的關鍵舉措，也是構建民商事規則銜接澳門、接軌國際制度體系的必然要求，對於推動粵港澳大灣區發展和橫琴粵澳深度合作區建設，具有重大而深遠的意義。

關於制定《條例》的必要性方面，習近平主席強調，法治建設既要抓末端、治已病，更要抓前端、治未病。我國國情決定了我們不能成為“訴訟大國”，必須堅持把非訴訟糾紛解決機制挺在前面，及時把矛盾糾紛化解在基層、化解在萌芽狀態。習近平主席強調要將非訴訟糾紛解決機制挺在前面，從源頭上減少訴訟增量。《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》也提出，要加強粵澳司法交流協作，建立完善國際商事審判、仲裁、調解等多元化商事糾紛解決機制。通過制定《條例》，能夠進一步激發合作區商事調解發展的新動能，構建訴訟、仲裁與調解協同發展的多元化商事糾紛解決機制，將合作區打造成國際商事爭端解決的優選地，切實貫徹落實中央的決策部署。

同時，《橫琴粵澳深度合作區發展促進條例》規定，要支持合作區構建與澳門一體化高水平開放的新體系，促進要素高效便捷流動，打造市場化、法治化、國際化營商環境。構建一套高效便捷的商事糾紛解決機制，是打造一流營商環境的必然要求。在世界銀行最新發布的“宜商環境指標體系”中，包含10項關於“解決商事糾紛”的指標。發展商事調解對於及時高效化解商事糾紛，維持商事主體之間的友好合作關係，打造具有國際競爭力的營商環境，具有重要的現實意義。

合作區作為全國唯一一個實行粵澳共商共建共管共享新體制的地區，肩負着“一條主線”（促進澳門經濟適度多元發展）、“四個戰略定位”（促進澳門經濟適度多元發展的新平台、便利澳門居民生活就業的新空間、豐富“一國兩制”實踐的新示範、推動粵港澳大灣區建設的新高地）、“四項主要任務”（發展促進澳門經濟適度多元的新產業、建設便利澳門居民生產就業的新家園、構建與澳門一體化高水平開放的新體系、健全粵澳共商共建共管共享的新體制）。現時越來越多澳門居民及企業有意至合作區發展，例如截至2024年底，在合作區生活居住的澳門居民17043人、就業的澳門居民5452人，同比分別增長17.1%和3.1%，來合作區發展的澳資企業達到6681戶，較2021年底增長40.3%；2024年前三季度澳資產業增加值達到26.29億元，較2021年同期增長3.2倍；經橫琴口岸通關人數、車輛，較2021年底分別增長1.82倍、1.25倍。^[2]

隨著澳琴一體化進程的深度推進，跨區域法律關係呈現顯著增長態勢，其核心特徵體現為澳

[1] 本章內容主要依據為作者訪談橫琴粵澳深度合作區法律事務局法律研究和服務處而獲得之數據材料。

[2] 參見粵港澳大灣區門戶網：《橫琴邁入2.0時代：從“物理疊加”到“化學反應”的進階之路》，https://www.cnbayarea.org.cn/news/special/platform/content/post_1285610.html，2025年8月19日訪問。

琴雙方法律主體與客體的交織融合，無論是商事交易中的投資主體、合同履行地，還是民事關係中的權利義務載體，均頻繁地涉及澳琴兩地法律連結點。在此背景下，合作區已成為區際法律糾紛的“前沿試驗場”，大量兼具涉外屬性與區際特徵的案件湧現，具體表現為三類新型法治挑戰：其一，法律適用爭議，因澳琴兩地法律體系差異，案件中準據法選擇、衝突規範適用常常出現不同見解；其二，澳琴平行訴訟，當事人基於兩地司法管轄權規定分別起訴，易導致裁判衝突與司法資源浪費；其三，法治文化差異，澳琴在法律理念、程序認知上的差異，例如澳門民事訴訟習慣使用人證且視之為最重要的證據方法，而內地民事訴訟則甚少採用人證方式作為證據方法，這進一步加劇了糾紛解決的難度。

粵港澳大灣區“三法域、三司法終審權”的特殊司法格局，使得區際管轄權衝突問題更為凸顯。當前，針對兩地法院的管轄權積極衝突（即兩地法院均主張管轄權）與管轄權消極衝突（即兩地法院均拒絕管轄），尚未形成明確、統一的協調解決方案。此種機制缺位不僅導致當事人“維權無門”或“重複維權”，更削弱了司法公信力，對澳琴一體化進程中的法治保障需求構成直接制約。

商事調解以其靈活性、高效性及非對抗性特徵，成為破解上述困境的重要路徑。尤其值得注意的是，港澳地區基於長期法治實踐，已形成對商事調解的高度接受度與成熟應用環境，其制度經驗可直接為合作區提供借鑒。從功能適配性來看，商事調解可繞開管轄權爭議與法律適用分歧，通過當事人意思自治實現糾紛的實質性化解，有效彌補司法管轄機制的不足。因此，在合作區推廣並鋪設商事調解工作，構建兼具澳琴特色、契合區域需求的商事調解機制，已成為回應區際法治挑戰、保障澳琴一體化穩步推進的現實迫切需求，亦是完善大灣區區際糾紛解決體系的關鍵一環。

近年來，國內商事調解發展迅速，商事調解機構數量不斷增長，商事調解員隊伍持續壯大，商事調解活動日益頻繁。在此形勢下，如何規範和促進商事調解有序發展成為各方關注的焦點。基於此，合作區充分利用珠海經濟特區立法權，率先制定商事調解條例，有助於推動商事調解健康發展，為國家層面的商事調解立法提供寶貴的實踐經驗。

關於起草工作的指導思想和基本原則方面，《條例》的起草工作以習近平新時代中國特色社會主義思想為指導，深入貫徹習近平法治思想，全面落實《粵港澳大灣區發展規劃綱要》《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》《橫琴粵澳深度合作區發展促進條例》，致力於制定一部具有橫琴特色、銜接澳門、接軌國際的商事調解條例，為促進、規範和保障合作區商事調解發展，以及合作區建設提供有力的法治保障。

起草工作遵循以下基本原則：

1. 堅持正確政治方向：堅定不移走中國特色社會主義法治道路，堅決貫徹黨中央的決策部署，服務黨和國家工作大局，充分發揮立法在合作區建設中的引領、推動和保障作用。
2. 堅持以人民為中心：踐行以當事人為中心的調解理念，提升商事調解品質，在充分尊重當事人意思自治的基礎上，切實保護各方當事人和利害關係人的合法權益。
3. 堅持立足實際：全面總結合作區商事調解發展經驗，借鑒國際先進做法，探索符合合作區實際的商事調解本土化發展道路和機制。
4. 堅持問題導向：針對商事調解職業化、專業化、規範化、市場化、國際化發展過程中面臨的難題，以實踐需求明確立法方向，充分運用珠海經濟特區立法權，在商事調解立法工作中先行先試，不斷提升商事調解立法的針對性、有效性和適應性。

（二）立法過程

關於《條例》起草工作過程方面，2022年12月，合作區法律事務局委託內地高校團隊負責《條例》初稿的起草工作。起草組迅速開展研究論證，廣泛徵求了司法部人民參與和促進法治局、

合作區和珠海市有關單位及機構的意見，先後前往深圳、北京、上海、香港、澳門等地的司法行政部門、法院、調解機構進行調研。在此基礎上，於2023年12月形成《條例》初稿。

2024年2月，合作區法律事務局牽頭組建了由珠海市人大常委會法工委、珠海市司法局、珠海經濟特區立法研究中心、珠海市涉外公共法律服務中心、珠海國際仲裁院、合作區人民法院以及專家學者組成的立法工作專班。在司法部人民參與和促進法治局有關部門負責同志的指導下，專班對《條例》初稿進行集中研討修改，形成了較為成熟的《條例（徵求意見稿）》。

2024年6月，應新加坡國際仲裁中心邀請，合作區法律事務局、合作區人民法院、珠海國際仲裁院等主要領導同志赴新加坡訪問調研。期間，重點拜訪了新加坡律政部、麥士威國際爭議解決中心、新加坡國際仲裁中心、新加坡國際調解中心等機構，深入學習新加坡在商事調解立法、相關政策制定、商事調解與仲裁制度銜接、實現商事調解有效執行、規範和管理商事調解業務、培養商事調解人才等方面的寶貴經驗，並結合此次調研成果對《條例（徵求意見稿）》作了進一步補充完善。

2024年11月21日，《條例》經珠海市第十屆人民代表大會常務委員會第三十次會議通過，並於2025年1月1日正式實施。

二、《條例》的主要內容與特點分析

《條例》共七章三十九條，對商事調解的定義、主體、程序步驟、協議內容及效力、監督管理及法律責任等，進行了全面規範。以下對《條例》的主要內容作出系統梳理及分析如下：

（一）立法宗旨、概念與適用範圍

1. 立法目的

《條例》第一條，明確立法目的是為了優化合作區的營商環境，健全多元化商事糾紛解決機制，促進商事調解市場化、法治化發展，及時有效化解商事糾紛，保護當事人合法權益。

2. 商事調解的概念與適用範圍

關於商事調解的概念，立法者在第二條第二款，以正、反兩個方向進行界定：從正面納入，在依法設立的商事調解組織主持協調下，當事人在平等協商基礎上自願達成調解協議，友好解決商事領域合同糾紛和其他財產權益糾紛的調解活動；從反面排除，與人身關係、婚姻家庭、財產繼承、勞動爭議有關或者其他依法不適合商事調解的糾紛除外。

據此可知，儘管名稱是“商事”調解，但它的標的除了包括商事領域合同糾紛，實際上還包括其他財產權益糾紛，而不考究當事人是否具備商主體的資格。結合反向排除人身、家事、繼承及勞動等爭議，在《條例》的框架下，實際上擴大了商事調解的適用範圍，商事調解組織可以處理原本由其他調解機制（例如人民調解或行政調解）所解決的糾紛。可見，《條例》對於商事調解概念的構築是基於主觀主義，^[3]且亦據此巧妙地迴避了學術界對於我國商法是否要分立、是否應制定以及如何制定獨立的商法的論爭，毋須糾結於沒有商法而難以界定商事調解的困境。^[4]

而且，第二條第一款針對在空間上的適用作出規定，《條例》僅適用於商事調解組織在合作區開展的商事調解活動以及相關監管工作。換言之，《條例》構建了非常寬闊的空間，即使是純粹涉

[3] 關於商事調解概念的兩種進路：基於糾紛類型定義的客觀主義與基於調解主體定義的主觀主義進路，參見趙毅宇：《商事調解概念的主觀主義重構》，載《商業經濟與管理》2023年第4期，第95頁。

[4] 參見蔡偉：《從〈新加坡調解公約〉看我國商事調解的改革》，載《安徽大學學報（哲學社會科學版）》2021年第2期，第121頁。

外的爭議也有條件在合作區進行商事調解，且適用同一制度。

（二）核心特色與關鍵機制

1. 基本原則

《條例》第三至四條，確立了商事調解建基於當事人的自願參與、平等、保密、誠信和高效原則（按照第二十三條之規定，原則上在三十日內結束），並明確商事調解是獨立進行的，不受行政機關、社會組織和個人干預。透過商事調解，當事人可以擁有自決權選擇如何解決，但自決權的邊界是法律、法規的強制性規定，且不得損害國家利益、社會公共利益和他人合法權益。

儘管《條例》明確規定保密為商事調解的原則，但從第十六條的具體規定乃至第三十六條第一款第四項與第三十七條第一款第四項相關的受監管及處罰對象可見，保密義務僅約束調解機構、調解員以及其他工作人員。只有在雙方當事人調解達成共識並按照《條例》第二十六條第三款之規定協定保密事項時，雙方當事人才須承擔保密義務，但無疑是不足夠的：因為，這個保密義務具有或然性，僅在雙方調解成功時才有可能出現^[5]，調解不成的話則無保密義務約束雙方，此其一；其次，這個或然存在的保密義務僅基於約定，而不是基於法定；如有違反，當事人僅須承擔雙方約定的後果，而不適用《條例》所規定的罰則；而更重要的是，調解過程甚或雙方或一方當事人披露的資訊，日後無論調解是否成功，能否作為訴訟證據，《條例》並沒有作出明確規定。

然而，保密乃是商事調解的基石^[6]，乃是當事人願意打開心扉、無後顧之憂地與他方商討的根本原因。如果沒有明確的制度保障及清晰的權利義務（包括罰則），將在很大程度上削弱當事人選用調解的意願，而即使當事人選用了調解，也會削弱其在程序當中的積極性。因此，本文認為，應完整及明確地細化規定保密原則，確保全鏈條的內容都得到規則覆蓋。^[7]

2. 調解模式與方式

《條例》第二十一條規定，商事調解員在尊重當事人意願的基礎上，可以依據法律法規、行業規則、商事慣例、交易習慣等開展商事調解，明確賦予相當大的靈活解決爭議的空間，且沒有限定商事調解應採取的模式或步驟。本文認為，這種規定體現了《條例》的高度包容性及創新性。

據內地學者梳理，國內有關調解的法律法規、規範性文件或其他機構內部規則等，普遍直接規定調解組織要通過說服、疏導、教育、規勸等方式開展調解，此即學理上的“評價式調解”（Evaluation Mediation，又譯“評估式調解”）。某些規範甚至規定了調解組織享有部份裁判者的權利，通過主動提出調解方案，而且當事人承諾在一定範圍內無條件接受該調解方案等，此即“超評價式調解”。^[8]撇開規範而言，實踐上，我國大陸地區的調解方式更趨向於“評價式調解”。我們不能斷言這種規定不正確或不夠高效^[9]，但這樣的規定有幾個缺陷：

[5] 按照該條明確規定，保密事項僅為一般應當載明的事項，並非必須載明。

[6] 朱若菡：《中國國際商事調仲程序保密風險的規制方法》，載《法律方法》2020年第2期，第353-366頁；轉引自彭真明、肖玲：《〈新加坡調解公約〉與海南自貿港商事調解規則的構建》，載《海南大學學報（人文社會科學版）》2022年第3期，第43頁。

[7] 例如香港特別行政區第620章《調解條例》第8至10條規定了有關“調解通訊的保密”“調解通訊作為證據的可接納性”及“關於披露或接納作為證據的許可”，明確調解保密義務遍及雙方當事人，且僅在法定例外情況在當局許可下，方可將調解通訊接納作為證據。

[8] 參見詹秦：《從〈新加坡調解公約〉反思中國現行的商事調解制度及完善建議》，載《商事仲裁與調解》2021年第1期，第64-65頁；另見熊浩：《語境論視野下的〈新加坡調解公約〉與中國商事調解立法：以調解模式為中心》，載《法學家》，2022年第6期，第20-21頁。

[9] 事實上，從文化及價值觀角度考察，不同地區的當事人在“權威信賴”方面有不同傾向，而基於不同傾向性，當事人有可能更期待調解員實質地介入糾紛解決過程，給予意見建議甚或是提出方案；相關研究，可參見熊浩：《語境論視野下的〈新加坡調解公約〉與中國商事調解立法：以調解模式為中心》，載《法學家》2022年第6期，第17-30頁。

第一，相當於隱含著一種預估、假設：評價式調解為更優甚至最優的唯一方法，但在面對千變萬化的爭議和訴求，自無最優或唯一解；第二，通過說服、教育、規勸的方式進行調解，隱含著某一方將被認定為有錯誤而需修正的，這讓調解又更接近傳統訴訟或仲裁的思路，難以發揮獨特優勢；第三，限制了調解員的發揮空間，且若其採取了不同風格的調解模式，恐有違反規則和不稱職之嫌；第四，限制或影響了當事人的想像或心理期待：基於明文規定，當事人或更期待及依賴調解員主動為其探索及提出解決方案，從而削弱當事人參與調解或自主思考的主動性。

回顧《條例》的規定，《條例》沒有採取說服、教育等表述，意味著給予調解員充份空間，在尊重當事人的情況下，可採用不同風格的調解方式，海納包容評價式調解、促進式調解（Facilitative Mediation，又譯輔助式調解）^[10]或其他風格。這不僅是規則方面的創新，長遠還有機會改變國內調解實踐技巧的轉變以及當事人對爭議解決的“權威依賴”傾向。

至於調解方式，《條例》第二十二條明確允許商事調解可以通過現場、書面、電話、郵件和信息網絡平台等方式開展，充份體現商事調解與傳統爭議解決相比所獨有的區別優勢，亦為日後發展ODR（Online Dispute Resolution，線上爭議解決機制）給予規則支撐，預留發展空間。

3. 機構調解和調解地概念

從《條例》第二條及第十三條可知，立法者在兩個關鍵問題上的取態十分明確：第一，將商事調解限定為“機構調解”（Institutional Mediation），而非“個人調解”（Ad Hoc Mediation），商事調解員必須依托商事調解組織，以組織的名義開展調解活動；第二，引入“調解地”的概念，《條例》適用的前提是“調解地”必須在合作區。這樣的取態牽引著《條例》在監管體系的構建與主體義務責任的分配。

4. 風險防範、監管體系與主體義務責任

商事調解給予當事人靈活及保密地解決爭議的空間，可能會衍生一些風險，例如虛假調解。目前各界對於防範虛假調解並沒有成熟的看法^[11]，但分析條文可見，《條例》試圖從監管體系上著手。

為防範風險，除了限定只接受機構調解之外，《條例》第五條還賦權合作區法律事務局一項雙重監督管理權：既監督商事調解組織的業務活動，也監督商事調解員的業務活動。而且，要求商事調解組織自律管理，並負有監督、培訓人員義務。《條例》第十一條及第十二條規定，商事調解組織須對商事調解員在商事調解活動中遵守法律、法規、職業道德的情況進行監督，以及須組織商事調解員參加崗前培訓和定期培訓；結合《條例》第十四條的規定，商事調解員須符合專業及道德操守要件，有嚴格的資質要求。

雙重監管權，相對應的就是商事調解組織和商事調解員的義務。《條例》第八條至第十二條，規定了商事調解組織的准入、成立、變更和解散程序，以及需承擔的管理義務；第三十三條則規定了商事調解組織應遵的定期審查制度，商事調解組織須每年製作工作報告。第十三至第十六條則規定了商事調解員的資質要求以及開展商事調解活動時的應遵義務。

商事調解組織及商事調解員違反義務，就要承擔法律後果，具體規定在《條例》第三十六條至第三十七條。值得指出的是，參與商事調解的當事人實際上也負有義務：《條例》第三十八條規定了當事人的違法責任，尤其是要防治雙方惡意串通虛假調解，又或一方偽造材料騙取商事調解協議等的違法責任。

[10] 參見[美]齊娜·祖米塔：《調解的模式：輔助型、評估型、轉化型》，中華人民共和國最高人民法院譯，載《人民法院報》2010年8月6日，第6版。

[11] 蔡偉：《從〈新加坡調解公約〉看我國商事調解的改革》，載《安徽大學學報（哲學社會科學版）》2021年第2期，第121頁。

由此可見，《條例》從全鏈條、多角度對商事調解進行規管，確保當事人保有靈活性，能夠在法律允許的空間內解決爭議之餘，亦防範商事調解機制被人不當運用的風險。

5. 政策支持與鼓勵導向

《條例》第六條明文要求合作區人民法院及仲裁機構，鼓勵和引導當事人運用商事調解化解商事糾紛。申言之，立法者對於商事調解的態度，明確從“允許”上升至“鼓勵”，長遠希望讓商事調解從替代的角色，轉變為主導角色，成為解決商事糾紛的最優和最先選項。

《條例》第七條明文規定，合作區支持商事調解組織在符合境內監管要求條件下，經備案後聘任港澳特區及其他境外具有專業影響力和國際公信力的人士擔任商事調解員。透過立法確定方向，有助商事調解組織吸納外地專家，共同參與工作，可更快地建立高水平及多元文化的專業隊伍，亦有助提升社會大眾對商事調解和商事調解組織的認可與信心。

合作區法律事務局按照《條例》第三十一條第一款之規定，鼓勵支持商事調解組織建立與國際接軌的商事調解規則，推動建立商事調解行業誠信體系，並向社會公開行政處罰信息。《條例》第三十四條還預留了空間，合作區法律事務局可在適當時機，指導及支持成立商事調解協會，促進商事調解行業的自律管理。

由此可見，立法者對於商事調解的嚴格管控，並不是為了限制其發展，反而是希望透過適當的管控以及鼓勵支持，確保商事調解的安全運行，有效解決當事人的爭議，促進商事調解的發展並且與國際接軌，並隨著時間發展而逐步邁向行業自律管理。

6. 調解程序的進行

《條例》第十七條規定，當事人可以在糾紛發生之前或之後，選擇商事調解組織開展商事調解。結合《條例》第三條、第十五條第一款以及第二十四條第一款可知，基於商事調解的基礎是當事人自願原則，且當事人有權隨時終止商事調解，儘管當事人事前或事後達成共識採取商事調解方式來解決糾紛，這種約定並不排除法院管轄權。

關於商事調解員的選定或指定機制，《條例》第十九條第一款規定，當事人可從商事調解組織的商事調解員名單中共同選定，也可申請由商事調解組織指定。同條第二款規定，如果商事調解涉及特定專業領域，經商事調解組織確同意，當事人可從與該商事調解組織合作的其他專業調解機構中選定，或申請商事調解組織從與其合作的其他專業調解機構中指定。

假使嚴格按照上述條文義解讀，在第一款的情況中，《條例》並無限定商事調解組織只能在其自身的商事調解員名單中指定調解員；意即，商事調解組織可以毫無限制地選定調解員。然而，在第二款所指涉及特定專業領域的情況下，《條例》卻又明確限定了當事人或商事調解組織只能在與該組織合作的其他專業調解機構中選定或指定調解員，亦即是收窄了可選擇的範圍。

單純比較此兩種情況，本文認為，在第二款涉及特定專業領域的情況下，在商事調解組織的名單裏可能不具備相關專業人士，如此，在選定或指定範圍都仍然受名單所限制（必須是與商事調解組織合作的其他調解機構），那麼第一款的情況只不過是普通的爭議，本就無需要擴大指定的空間，因而亦無需給予其無限制的指定範圍。

而且，結合前文所述，《條例》對商事調解、商事調解組織及商事調解員都有全面的及多角度的監管，商事調解員須具備嚴格的資質要件，還須接受商事調解組織的崗前培訓和定期培訓，並且只能以商事調解組織的名義進行商事調解活動。如果商事調解員作出了《條例》第三十七條第一款所指之違法行為，合作區法律事務局按該條第二款的規定，還應當對其所在的商事調解組織主要負責人進行警示談話、責令加強人員管理。

可見，納入商事調解組織的商事調解員名單並非任意或隨便的事，商事調解員名單，在《條

例》的框架下，是確保商事調解合法進行的非常重要的安全保障。因此，從系統上去解釋，不應該輕易打開“窗口”允許商事調解組織隨意地指定名單以外的商事調解員，否則，《條例》所設置的一系列監管制度將淪為空談。是故，本文認為，儘管行文可能存在歧義，但上述第十九條第一款應理解為當事人或商事調解組織也只能在商事調解組織的商事調解員名單裏選定或指定商事調解員。

（三）調解結果的效力

《條例》總結國內經驗，關於商事調解結果（《條例》裏的“商事調解協議”）的法律效力，在第二十七條至第三十條作出明確規定，並分為四種情況：

1. 司法確認：經雙方當事人在法定期限內共同向人民法院申請，並經司法確認的商事調解協議，具有強制執行力。
2. 公證債權文書：經一方當事人向公證機構申請辦理債權文書公證的商事調解協議，具有強制執行效力。
3. 支付令：以金錢或有價證券給付為內容的商事調解協議書，一方當事人可以依法向人民法院申請支付令。
4. 仲裁確認：雙方當事人可以在調解協議中約定仲裁條款，透過仲裁機構出具仲裁調解書或仲裁裁決書，確認商事調解協議的效力。

實際上，商事調解協議的上述法律效力，與一般情況下當事人自行協商並達成和解協議的法律效力，並無二致，商事調解協議並不因為具備專業培訓及受嚴格監管的調解員的參與，而得到直接執行的效力。關於這四種商事調解協議的法律效力，在後文分析澳琴兩地規則銜接的部份，將會再次探討。

（四）《新加坡調解公約》對《條例》的啓示

綜上可見，《條例》對於商事調解的主體、全過程都給予了完整規範，並且納入了一些政策方向或傾向性，讓在合作區進行的商事調解有法可依和有清晰的進路，嘗試逐步與國際接軌。

轉以國際視野觀察，我國作為首批 46 個簽約國家之一，於 2019 年 8 月 7 日簽署了《新加坡調解公約》。雖然，《新加坡調解公約》至今尚未獲批准生效，但我國在《新加坡調解公約》起草過程中派代表積極參與討論，《新加坡調解公約》的部份行文表述亦採納了我國代表的建議^[12]，顯示了我國對此的重視^[13]，亦展現了發展國際商事爭議解決機制國際法治、維護以聯合國為核心的國際體系和真正的多邊主義的國際立場^[14]。可以預期，《新加坡調解公約》在國內的正式生效只是或遲或早的事。但是，要讓國際公約正式落地生效仍有不少問題亟待解決。以下嘗試透過《新加坡調解公約》，探討公約對《條例》的啓示。

1. 國際商事調解的競爭力

《新加坡調解公約》沒有規定調解員資質要求，沒有限定於機構調解；但是，卻嚴格限定只有經調解所產生的和解協議，才具備直接執行的效力。亦即是說，明確排除了法院調解，或當事人自行協商和解的情況；唯有透過調解而達成的和解協議，方能受惠於《新加坡調解公約》的機制。為促進調解協議的跨境執行及避免法律適用問題，《新加坡調解公約》還捨棄了“調解地”的概念^[15]，創設“普惠執行”機制，讓締約國負有執行經調解的和解協議的義務。

[12] 參見[美]蒂莫西·施納貝爾：《〈新加坡調解公約〉：跨境承認和執行調解而產生的和解協議的制度基礎》，王徽譯，載《國際法研究》2020年第6期，第105頁。

[13] 黃子淋：《〈新加坡調解公約〉政府保留條款的適用問題及中國因應》，載《商事仲裁與調解》2022年第2期，第77頁。

[14] 參見王洪根：《國際商事調解協議跨境執行機制研究》，法律出版社2023年版，第194-195頁。

[15] 參見[美]蒂莫西·施納貝爾：《〈新加坡調解公約〉：跨境承認和執行調解而產生的和解協議的制度基礎》，王徽譯，載《國際法研究》2020年第6期，第112頁。

簡單比對《新加坡調解公約》的上述取態，明顯可見與《條例》的選擇截然不同。我們難以簡單訴說哪個做法更優，畢竟法律的世界從來也是“適者為珍”。但是，《條例》的目標之一，是希望促進商事調解組織接軌國際，最終吸引更多當事人選擇在合作區進行商事調解。當事人選擇到哪個地方進行商事調解，除了考慮商事調解機構的管理能力、商事調解員的技巧經驗、商事調解程序的靈活度等因素，其實更為關鍵重要的是考慮調解制度的成熟程度以及調解結果能否得到快速執行。

如前所述，《新加坡調解公約》沒有“調解地”概念，且基於“普惠執行”機制，當事人原則上可在任意地方進行商事調解，只要符合《新加坡調解公約》的要件以及執行地是締約國，且沒有出現《新加坡調解公約》第五條所規定的拒絕准予救濟的理由，當事人即可以獲得救濟。亦即是說，國際商事調解市場的競爭對手，可以是任何地區的調解組織或調解員。

那麼，依託機構進行調解以及仰賴經當局及商事調解組織監管並載於名冊內的商事調解員，確實可能讓當事人更加安心，但在調解的世界裏，當事人的需求和想法並非總是如此。假使有更為靈活和彈性的選擇，而且足夠符合《新加坡調解公約》跨國執行協議的要求，當事人便很有可能另作他選。

2. 概念構建與術語選用

商事調解結果在《條例》裏被命名為“商事調解協議”，此一表述與《新加坡調解公約》所採用的“經調解所產生的和解協議”並不相同。以香港為例，當地法律細緻地區分了兩種協議：按照香港第六百二十章《調解條例》第二條的釋義規定，調解協議（Agreement to Mediate）意指雙方當事人同意進行調解的書面協議，一般記載雙方參與調解的意願、擬採用的程序、語言以及調解費用的分擔等條款^[16]；而調解的結果，則被稱為經調解的和解協議（Mediated Settlement Agreement）。換言之，在香港，從同意參與調解到調解得出結果的全個流程，都受法律規範和保護。

由於《條例》本身並無對同意參與調解的協議進行規範，即使單純將《條例》裏的“調解協議”命名為或理解為“經調解的和解協議”，純粹對標國際規則的文字表述，亦並不能真正做到接軌國際、讓國際公約落地^[17]。雖然“調解協議”一詞長期普遍被應用於國內的法律、規範文件等，但為了讓當事人準確理解，在概念構建和術語命名上應作出更新。

綜上，本文認為，《條例》構建了一個覆蓋商事調解主體、程序、監管、效力等全流程的規範體系，並融入了鼓勵發展、吸納境外人才、推動行業建設及自律發展等的政策導向，為合作區商事調解活動提供了法律依據和發展路徑，但仍然存在待完善的不足和未境之事。儘管立法並不總是能夠一蹴而就、一步到位，但必須要留意的是，《新加坡調解公約》作為國際商事調解的最新潮流，《條例》在後續適用或修訂上，應當倍加關注，及時跟上世界步伐，在防範風險上尋求平衡，方能在制度層面助力商事調解組織提升國際競爭力。

三、《條例》帶來的社會效果^[18]

《條例》自2025年1月1日施行以來，合作區法律事務局通過快速部署配套措施，短期內已在商事調解領域顯現積極效應，但在深化推行中亦暴露出深層問題，具體可從實施成效與現存挑戰兩方面展開分析。

[16] 參見香港律師會所公佈的調解協議範本：<https://www.hklawsoc.org.hk/zh-HK/Support-Members/Professional-Support/Mediation/Sample-Mediation-Agreement>。2025年8月19日訪問。

[17] 熊浩：《語境論視野下的〈新加坡調解公約〉與中國商事調解立法：以調解模式為中心》，載《法學家》2022年第6期，第19頁。

[18] 本章內容主要依據為作者訪談橫琴粵澳深度合作區法律事務局法律研究和服務處而獲得之數據材料。

（一）《條例》實施的階段性成效

《條例》落地半年內，合作區從調解基礎建設、案件處理效率到跨境協作模式均實現突破，為區際商事糾紛化解提供了高效路徑。

1. 調解機構與人員隊伍的體系化建設

合作區已構建起完善的商事調解機構網絡，4家商事調解機構作為核心載體，匯聚239名專業調解員，形成規模化服務力量。其中，港澳籍調解員占比顯著（澳門籍41名、香港籍23名），憑藉粵澳法律文化通曉優勢，成為跨境糾紛調解的關鍵力量。單是2025年1至3月期間，澳門籍調解員數量便增至28人，增幅突出。

人員能力保障方面，合作區依托《條例》建立“崗前培訓＋定期培訓”體系：崗前培訓通過模擬複雜商事糾紛場景，聚焦矛盾焦點梳理、對立情緒疏導等實戰技能；定期培訓則邀請國內外專家分享前沿理論與案例，持續提升調解員專業素養，為服務質量奠定基礎。

2. 商事糾紛處理的高效化與多元化

2025年1至5月，合作區商事調解機構共處理案件3018件，覆蓋合同糾紛、知識產權爭議、股權糾紛等核心商事領域，成功調解474件，顯著降低當事人時間與訴訟成本。典型如某跨境電商合同糾紛案，調解機構通過線上平台搭建協商渠道，快速化解貨物交付與質量爭議，幫助企業避免跨境訴訟拖累、恢復正常經營。

從短期數據看，2025年1至3月新增調解案件約300宗，標的額超5億元人民幣，且平均調解周期縮短至20天，較傳統訴訟效率大幅提升。這一成果得益於流程優化措施，如按糾紛類型與複雜程度建立快速分流機制，實現調解資源的精準分配。

3. 粵澳跨境協作模式的創新性突破

合作區首創“調解＋仲裁確認”模式，有效破解跨境糾紛執行難題，截至2025年5月已協助12起跨境債權執行案例，其中涉澳案件占比75%，充分符合澳琴一體化需求。例如某涉澳貿易債權案，因兩地法律差異與執行程序複雜導致債權回收困難，通過“調解促成協議＋仲裁確認效力”的組合路徑，最終實現債權在內地的順利執行，為跨境糾紛化解提供了可複製範例。

同時，合作區建立調解誠信公示體系，對調解員違規操作、不誠信行為公開處罰信息，以外部監督推動隊伍專業化，形成行業自我約束、自我完善的良性氛圍。

（二）《條例》深化推行中的現存挑戰

儘管《條例》初期成效顯著，但在執行效力銜接與專業標準統一層面，仍存在制約商事調解長遠發展的問題。

1. 調解協議執行效力的銜接瓶頸

當前商事調解的高效性局限於糾紛化解階段，調解協議在內地的強制履行仍高度依賴司法確認或仲裁程序。即便當事人通過調解快速達成共識，仍需經歷額外的司法或仲裁審查流程，才能確保協議具備強制執行力，這不僅延長了糾紛解決周期，也削弱了商事調解“高效便捷”的核心優勢，間接降低了當事人選擇調解的意願。

2. 調解員專業資質的標準缺失

受《行政許可法》對資質審批的限制，合作區調解員資格管理目前以各調解機構自律為主，缺乏統一的行業准入標準與考核體系。不同機構對調解員的專業背景（如法律、商事領域經驗）、實踐年限、能力考核要求差異顯著，導致調解員隊伍水平參差不齊：部分機構因准入門檻過低，使得缺乏複雜商事糾紛處理能力的人員進入調解領域，既影響了調解服務的專業性與公信力，也制約了合作區商事調解行業的規範化發展。

四、《條例》對澳門所帶來的挑戰和機遇

隨著粵港澳大灣區建設的深入推進，合作區成為推動區域經濟協同發展的關鍵平台。《條例》的實施，為合作區內的糾紛提供高效專業的解決機制，實際上也為澳門帶來了挑戰和機遇。以下將逐一論述分析。

（一）對澳門所帶來的挑戰

1. 制度缺乏競爭力

如前所述，《條例》透過明確定位、調解協議效力、監管主體和責任安排等內容，構建了全面的、更規範的商事調解規則體系，當事人能夠清晰預期在合作區參與商事調解的流程、效力及保障。

與之相對的是，澳門至今沒有針對調解的專門及基礎立法，“調解”散見於澳門《民法典》《民事訴訟法典》《勞動訴訟法典》、第5/2016號法律《醫療事故法律制度》、第3/2025號法律《家事案件調解制度》等不同法律或政策措施之中，缺乏統一的總則性規定，且這些分佈於不同法律之間的“調解”，往往具有不同的內涵和效力。而更重要的是，基礎立法的缺位，導致當事人以及調解員的權利義務不明。

以保密義務為例，現行並無總則性的規定，故即是說，除非所涉及的單行法律對之有明確規定，調解員和當事人的保密義務僅僅源於三方約定。而考察現有相關保密義務規定的單行法律，亦會發現規範之間存在不一致。^[19]可見，分散及不完整的制度，與合作區的相對完整的商事調解制度相比，加上《條例》開放面向涉外爭議，澳門本地商事主體極有可能傾向選擇制度健全的合作區進行商事調解。長期下來，制度競爭力不足，將可能隨著合作區制度逐步接軌國際，而更進一步導致澳門調解市場被邊緣化。

2. 發展方向未錨定

如前所述，澳門尚未有調解的總則性法律規定。儘管按照對外釋出的資訊，早於2018年澳門政府法務局已初步完成《民商事調解制度》法律草案的草擬工作^[20]，且在2019年財政年度施政方針已載明“爭取完成《民商事調解法》法案的草擬工作及內部立法程序，提供更多訴訟以外的替代性爭議解決機制。”^[21]，相關的法案草擬再無進一步消息，至今尚未出台。

在一般性制度出缺的情況下，卻相繼出台了針對特定爭議範疇的調解制度，尤其是針對醫療爭議調解的第5/2016號《醫療事故法律制度》，以及針對家事案件調解的第3/2025號法律《家事案件調解制度》，過程中尚推出了一些政策措施類的特定爭議範疇的調解計劃，例如澳門金融管理局於2019年推出的“金融消費糾紛調解計劃”等。澳門調解制度的發展出現了明顯的轉向，但今後的長遠方向尚未錨定，相關從業人員無所適從。

《條例》則為合作區錨定了明確發展方向，將商事調解作為發展重心，並要求合作區人民法院、仲裁機構鼓勵和引導當事人運用商事調解，明確聚合各種資源，從政策及法律法規上支持商事調解走向市場化、專業化，冀最終實現行業自律發展及接軌國際。

縱觀全球，調解事業的發展有不同路徑和方向，始終需要因地制宜，回應社會實際聲音。面對《條例》提出明確的發展方向，相當於向澳門嚮起了一記起跑的哨聲：澳門須儘快“立定志向”，

[19] 例如，澳門特別行政區第5/2016號法律《醫療事故法律制度》第二十四條第二款，規定了調解員負有保密義務；而澳門特別行政區第3/2025號法律《家事案件調解制度》第二十條所規定的保密義務，卻是遍及家事調解程序的所有參與人。

[20] 參見澳門特別行政區政府入口網站，<https://www.gov.mo/zh-hant/news/234486/>，2025年8月18日訪問。

[21] 參見澳門特別行政區行政法務司司長辦公室專頁，<https://www.gsa.gov.mo/zh-hant/policy2019?section=2>，2025年8月18日訪問。

在明確的賽道上就位，打好基礎投入競賽。

3. 調解人才的流失

在澳門進行的調解，主要依附於司法訴訟或仲裁程序而實現運作^[22]，而據筆者的觀察，調解員由來自各行各業的人才組成，但總體上仍然以律師或具法律背景專業的人士為主。儘管均具備專業調解技巧培訓及豐富實踐經驗，至今仍未形成職業化的趨勢和條件。

然而，《條例》開宗明義要促進商事調解市場化，並通過培訓、嚴格的准入和持續監管機制，結合寬闊的適用範圍，廣泛接納本地及涉外的爭議，在培訓與實踐相結合的情況下，將快速構建高水平調解專業隊伍以及職業化運作模式，成果指日可待。

《條例》高度開放及接納澳門的調解人才參與工作，兩地情況相比較，可以預期將有大量澳門調解人才嘗試到合作區開展調解工作，理想的情況下可以成就人才的雙向發展，將合作區的經驗引入澳門。但我們需要留意的是，如果兩地發展調解的步伐長期持續不一致，則在人才方面極有可能發生“馬太效應”（Matthew Effect）：強者愈強，弱者愈弱；最終導致調解人才的單向流出，進一步窒礙澳門調解事業的發展。

因此，雖然澳琴兩地並非志在分高下，但《條例》的出台，意味著合作區的商事調解已踏上邁向規範化和專業化之路。不得不承認，這是對澳門調解事業發展的重大挑戰，澳門不能漠視，必須加快步伐，急起直追。

然而，本文深信，《條例》對澳門帶來的機遇遠大於挑戰，以下將從四個方面論述。

（二）對澳門所帶來的機遇

1. 支持澳門經濟適度多元發展，助力澳琴規則銜接

《條例》構建了高效靈活的商事糾紛解決機制，有效優化合作區營商環境，有機會吸引更多優質投資項目落戶合作區，從而實現《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》的合作區的戰略定位，為澳門經濟適度多元發展奠定基礎，豐富澳門的經濟生態。另一方面，讓澳琴兩地有機會從“小切口”入手，深化區域合作。

事實上，商事調解涵蓋各類型的商業糾紛，透過前述的兩地人員合作進行調解的機制，共同解決商事糾紛，可以讓兩地調解員在工作前線，更實在及更深入地了解到兩地商事主體在營運上的不同風格、價值觀以及習慣（uso）^[23]，甚至乎發掘並反饋規則與現實之間存在的問題或障礙。

這不僅能夠探索兩地合作的新模式，亦能夠有效加強兩地社會治理效能，進而推動兩地規則銜接與機制對接。

2. 為澳門調解制度提供立法借鑒

在法律層面上，澳門日後如對調解進行專門立法，不免要參考鄰近地區例如香港的相關制度。可是香港乃普通法系地區，而澳門作為大陸法系地區，較難將香港的立法經驗移植或參考。如此，《條例》正好可以作為新的借鑒，補充具有中國特色社會主義法治體系的立法理念，有望提升本澳立法水平。

而《條例》的市場化、專業化及國際化導向，正好能夠為澳門調解制度的頂層設計提供參照方案，讓澳門有機會“以橫琴為鏡，以國際為標”，提升澳門調解制度的規範性，亦能為對接國際商事調解制度奠定基礎。

3. 支持澳琴人才共同發展

[22] 邱庭彪、李宇昊、毛光海：《新時代“楓橋經驗”對澳門調解制度發展的啟示》，載《澳門研究》2024年第3期，第29頁。

[23] 此處所指之“習慣（uso）”是指可能構成法之間接淵源之習慣。

《條例》打開了“窗口”，讓澳門籍調解員有機會與合作區商事調解組織共同參與商事調解工作。這種做法，不僅給予了澳門籍調解員更多的發展和實踐機會，提升自身競爭力，亦能夠讓帶有澳門特色的調解風格、溝通技巧，融入到合作區的商事調解。

除此之外，按照《條例》規定，商事調解組織須對商事調解員進行培訓，如此，不論是在個案的處理上，抑或是崗前或定期培訓，也有機會讓兩地常用的、流行的調解模式，由兩地調解員有切實的體會、交流以及相互借鑒的機會，共同提升兩地的調解專業水平。因此，《條例》給予本澳調解員更多的機會，共同參與我國商事調解邁向市場化、專業化和國際化的道路。

因此，只要澳門加緊步伐，積極參與，鼓勵澳門籍調解員運用好《條例》的培訓及工作機會，雙向互通資源與經驗，可望促進澳琴兩地人才的共同發展。

4. 發揮中葡雙語調解的特色競爭力

《條例》開放適用處理涉外糾紛，意味著海外主體有可能選擇合作區的商事調解組織處理商事糾紛。那麼，雖然兩地在一定程度上存在資源競爭，但在面向涉外主體方面，兩地可以嘗試協同發展，共同提升競爭力。

糾紛解決是一種地方性知識，是一種文化過程，其有效性依賴規則和其所嵌入的社會語境之間的有機契合。^[24]那麼，基於澳門的歷史背景與法律體系，澳門擁有大量熟悉葡萄牙語文化及葡語系法律知識的專業人才。運用《條例》中開放予澳門人士擔任調解員的機制，大力推動及鼓勵中葡雙語人才參與合作區的調解工作，打造具有澳琴特色的、葡語系商事調解機制，既能避免兩地在商事調解領域的直接競爭，又能強化澳門自身不可替代的區域價值，發揮特色競爭力。

五、澳門與合作區在有關制度銜接方面所存在的具體問題及完善建議

《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》提出要充份發揮“一國兩制”制度優勢，逐步構建民商事規則銜接澳門、接軌國際的制度體系。有見解認為規則銜接的目的之一，是為了在合作區盡最大可能縮小因不同法系所造成的制度差異，降低差異制度運行成本，盡可能多地吸引澳門居民來合作區就業、投資、居住。^[25]申言之，即是為了促進兩地要素的便捷和高效流通。基於這個目的，有見解認為規則銜接的對象應僅針對那些和跨境要素流通直接相關的規則，其他那些和要素跨境流通無關的規則，即使差異巨大，也和規則銜接沒有關係。^[26]

《條例》的實踐，意味著調解結果與調解員在澳琴兩地的流轉，而兩地制度差異亦會影響規則銜接的進行，故本文嘗試從文書和人員兩項要素流通以及制度差異上，檢視現存的具體問題。

（一）現存的具體問題

1. 調解結果跨境執行不便

如前所述，調解結果的法律效力乃當事人考慮是否採用調解的關鍵因素。其次，粵港澳大灣區跨法域調解協議的執行機制，是區域法治協同的核心內容之一。因此，必須關注在《條例》項下，調解結果跨境執行的實際情況，確保不存在障礙或不便。

回顧《條例》設置的四種效力，與澳門現行制度不相協調，規則之間存在差異，甚至乎當事人面對有關文件效力的期望亦有明顯落差。具體言之，只有經過司法轉化或仲裁轉化的商事調解協

[24] 熊浩：《語境論視野下的〈新加坡調解公約〉與中國商事調解立法：以調解模式為中心》，載《法學家》2022年第6期，第18頁。

[25] 李可、唐曉晴：《橫琴粵澳深度合作：理念創新與制度構建》，載《港澳研究》2022年第1期，第21頁。

[26] 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50頁。

議，在內地才能夠依法進行執行，此亦即為“轉化執行”，實際上代表不承認調解協議本身具有執行力。而在澳門，由於現時沒有調解的專門立法，由調解員促成的和解協議，其性質仍然屬於澳門《民法典》第一千一百七十二條所規定的“和解協議”，具有民事合同的法律效力。可是，結合澳門《民事訴訟法典》第六百七十七條c項之規定，如果調解協議符合法定要件（導致設定或確認依法確定或可確定其金額之金錢債務，又或導致設定或確認屬交付動產之債或作出事實之債），則具有直接執行的效力。亦即是說，在澳門，調解協議本身有可能直接具有執行力，而毋須事先進行轉化。

據此可知，兩地主體對於調解協議的效力有不同期望：對於內地主體而言，定必傾向按照《條例》對調解協議進行轉化，以確保具有執行力。

然而，按照《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》，經司法轉化的商事調解協議即為“調解書”，屬於判決書的一種；按照《關於內地與澳門特別行政區相互認可和執行仲裁裁決的安排》的規定，經仲裁轉化的商事調解協議，亦同樣屬於仲裁裁決的一部份。按照兩份《安排》及結合澳門《民事訴訟法典》第一千一百九十九條的規定，當事人應首先將這些文書送呈澳門中級法院進行外地裁判的審查和確認，獲確認後才能夠送呈澳門初級法院開展执行程序。

可是，假使當事人不對商事調解協議進行司法轉化或仲裁轉化，依照澳門《民事訴訟法典》第六百八十條第二款，“對於澳門以外地方所作成之其他執行名義，為成為可執行之依據，無須經澳門法院審查及確認。”，卻可以直接於澳門初級法院申請執行。

無庸置疑，兩地迥異的規則，並不符合當事人的主觀認識及期望，當事人難以選擇是否對文書進行轉化，也增加了程序時間和金錢成本。如果進行轉化，當事人還需要蒙受商事調解協議不獲澳門中級法院確認的風險，顯然不利於當事人採用商事調解的意願，亦是兩地法律文書要素流通的重大障礙。

另一方面，一旦將來《新加坡調解公約》正式生效並延伸於澳門生效，在澳門便可能同時存在三種不同的協議：國際商事調解協議、合作區商事調解協議以及澳門本地調解協議。假使三種協議各自有不同的效力規則和執行機制，不但造成混亂，規則機制之間的差異性是否正當亦存在疑問。

2. 調解員資格的重複認證

除了文書流通之外，人員流通亦為核心問題。《條例》規定了商事調解員必須符合的條件，須參與崗前培訓和定期培訓，還須接受合作區法律事務局與相關商事調解組織的監管。與此同時，透過粵港澳大灣區三地法律部門共同推動建設的粵港澳大灣區調解員資格資歷評審及認可名冊，粵港澳三地分別有對應的評審細則、標準以及調解員專業操守最佳準則，具體內容與《條例》的要求並不完全一致。換言之，儘管合作區同樣位於大灣區範圍之內，已經納入大灣區調解員名冊的調解員，假使欲前往合作區商事調解組織擔任商事調解員的工作，不能直接開展工作，只能依照《條例》再次接受審核及符合相關條件。

當然，誠如本文所述，對於商事調解員的嚴格審查和要求乃是商事調解事業良好發展的重要保障，但畢竟，粵港澳大灣區調解員名冊內調解員係經過三地法律部門的嚴格審查和認可，具有足夠的專業技能、經驗和職業操守，才獲得接納。機制的出台，有利於統一大灣區調解員的資格資歷，推動調解在大灣區的運用，為大灣區建設提供法律保障。^[27]申言之，獲認可的調解員假使能在大灣區內便利執業，能夠促進大灣區內糾紛的解決。

實際上，這些大灣區調解員普遍都是熱衷於調解及活躍於大灣區，那麼《條例》另設獨立的准入機制，而兩項機制並存且對相關調解員進行重複審查，略欠合理性，而且長遠而言，亦不利於面向全國構建統一的調解員認證標準。在推進商事調解專業化、職業化的道路上，帶來障礙。

[27] 參見澳門特別行政區政府新聞局，<https://www.gcs.gov.mo/detail/zh-hant/N21Ld5dSDh>，2025年8月19日訪問。

3. 規則差異引致銜接障礙

在規則銜接方面，不能忽略兩地原有的法律文化、法律傳統和法律術語等問題，因為這些問題乃直接影響兩地的法律適用、溝通與理解。

面對此一問題，本文認為，澳門本身存在“先天不足”之處。事實上，截至現時為止，澳門尚未有關於調解的專門及基礎立法，“調解”散見於不同法律，既無統一用語，也不具有完全一致的內涵。

舉例言之，在澳門《民事訴訟法典》《勞動訴訟法典》及第5/2016號法律《醫療事故法律制度》和第3/2025號法律《家事案件調解制度》等均訂有“調解”程序，可是出現在訴訟程序中的“調解”（*conciliação*）與醫療爭議或家事調解案件中的“調解”（*mediação*），不僅是葡文翻譯用詞不同，其意義亦完全不同：前者是由承辦或審理案件的司法官所推動促成，後者則是由中立第三方調解員所促成。換言之，在澳門現行法律制度下所呈現的“調解”是多樣的、不統一的，在規則銜接的過程中如果不作處理，必然會造成混亂和不協調。^[28]

（三）完善建議

透過上述簡單分析，可以發覺現存的問題確實會妨礙澳琴兩地要素流通，最終影響《條例》的影響力，因此，本文認為須對兩地規則進行銜接。

規則銜接的路徑選擇十分多樣，在此之前已有許多研究探討，有學者梳理路徑如下：單獨立法路徑、司法判例路徑、示範法路徑、統一實體法路徑及統一立法路徑。^[29]有學者更提出可在中國憲法與法律制度的框架內進行法制創新和粵澳協同立法，利用珠海經濟特區立法權和全國人大授權立法制定地方條例，制訂僅適用於合作區的法律制度。^[30]

事實上，《橫琴粵澳深度合作區發展促進條例》第五條規定，“合作區率先在改革開放重要領域和關鍵環節大膽創新、先行先試、自主探索，推進規則銜接、機制對接，打造具有中國特色、彰顯“一國兩制”優勢的區域開發示範。”，以及第四十七條規定，“支持合作區構建與澳門一體化高水平開放的新體系，促進要素高效便捷流動，打造市場化法治化國際化營商環境。”。可見，在規則支持下，合作區承擔著創新的任務，規則銜接的方式存在著各種可能性，本文相信銜接路徑並不僅限於前者，而應按照實際需要進行量身訂製。為此，針對上述三個問題，本文提出相應的完善建議如下：

1. 協商制定快速執行機制之司法協定

針對商事調解協議跨境執行不便的問題，本文認為，《條例》出台時間尚短，考慮到立法成本及時間因素等，以立法形式解決或未必理想。在不改變兩地現行制度下，建議以澳門《民事訴訟法典》第六百七十七條d款以及第六百八十條第一款的規定所預留的空間作為切入點，並依照澳門《基本法》第九十三條的規定，以澳琴作為試點，透過橫琴粵澳深度合作區的司法機關與澳門特區進行協商，探索協定特別針對合作區商事調解協議的認可與快速執行機制，並為之制訂專門安排。

如是者，根據澳門《民事訴訟法典》第六百八十條第一款的規定，司法協助領域之協定另有規

[28] 值得注意的是，聯合國貿易法委員會於2018年通過修正2002年的《貿易法委員會國際商事調解示範法》（*Model Law on International Commercial Conciliation*），將之更名為《貿易法委員會國際商事調解示範法》（*UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation*），並將先前的法規和相關文件中所使用的術語“*conciliation*”（“調解”）（當時理解為“*conciliation*”與“*mediation*”可以互換），修改為“*mediation*”（“調解”）。

[29] 參見李大朋、文雅靖：《域外民商事法律規則銜接的路徑及對粵港澳大灣區的啟示》，載《澳門法學》2023年第3期，第105-108頁。

[30] 李可、唐曉晴：《橫琴粵澳深度合作：理念創新與制度構建》，載《港澳研究》2022年第1期，第21頁。

定者，商事調解協議可以直接作為執行之依據，在澳門初級法院申請進行執行之訴，而毋須在澳門中級法院進行審查和確認。這樣，既能消弭兩地當事人對規則的期望落差，亦解決了繁冗的審查機制，也除去不被澳門中級法院審查認可的風險，達到快速執行的效果。

2. 透過補充法規對接灣區調解員資格，逐步統一資格審查及擴大適用範圍

在人員流通機制方面，短期內，建議儘快善用《條例》第十四條第四款所預留的空間，透過專門另立的補充法規，明確大灣區名冊內調解員等同於符合《條例》的要件，以避免重複認證。

中長期而言，建議逐步統一資格及審查要件，打造全國通用的商事調解員資格認可機制。

3. 參照海內外經驗，儘快完成澳門本地立法

本文認為，規則銜接除了旨在促進澳琴兩地一體化發展，最終目標亦期望規則與國際接軌。因此，我們不應該留待個案增多、問題浮現時才開始行動，而應該在此刻先行完善本地立法，訂立調解的專門制度，明晰、梳理現行各種各樣散見於不同法律法規之中的“調解”。

在具體立法參照上，除了參考國內、香港以及其他海外地區的成熟經驗之外，尚應特別留意由聯合國大會在2002年通過、2018年修正的《聯合國國際貿易法委員會國際商事調解和調解所產生的國際和解協議示範法》（UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation），緊貼國際潮流，在結合澳門實際情況下，以法律形式制訂一套調解的基礎法律。讓澳門調解事業在穩固的土壤上成長，進而才有條件與合作區協同做好規則銜接。

六、結語

《條例》的出台，不僅是我國商事調解地方立法的里程碑，更是“一國兩制”下區域法治協同的重要探索。合作區商事調解制度及事業的發展，不僅關乎當地市場主體的糾紛解決效率，更關乎澳琴兩地要素流通、規則銜接的成果。

透過本文初探，《條例》在規範調解基本原則、調解模式、機構調解、引入跨境調解員、調解協議效力與監管機制等方面的規則，嘗試為合作區構建市場化、專業化的商事糾紛解決機制，也為澳門調解事業的專業化、澳門經濟適度多元化發展提供了新路徑。《條例》對於合作區商事調解發展帶來十分積極的訊號，調解機構及商事調解員呈現持續高漲的發展態勢。然而，《條例》生效至今未逾一年，帶來的實際效果尤其是對國際商事主體的吸引力等，仍然需要時間驗證，有待我們長期關注和研究。

未來，澳琴兩地應繼續以創新及開放的思維，以《條例》為起點，按照兩地的實際情況，協同推動規則銜接和機制對接，尤其是推動快速執行機制、大灣區調解員名冊對接的實現，同時加快澳門本地調解立法，共同提升澳琴兩地在商事糾紛解決中的競爭力。既有利於粵港澳大灣區的融合發展，長遠亦能推動商事調解在全國範圍的普及，藉此為起點，逐步讓我國調解事業及制度與國際接軌。

Abstract: This paper takes the Guangdong-Macao In-Depth Cooperation Zone in Hengqin Commercial Mediation Regulation as its starting point, first outlining its legislative background, process, core content and characteristics. The Regulation demonstrates a high degree of inclusivity and innovation, establishing a market-oriented, professionalized mechanism for resolving commercial disputes. However, it also has its shortcomings. It then explores the social impact of the Regulation's implementation, covering the mediation institution development, case handling effectiveness and cross-border collaboration outcomes. It then analyzes the challenges the Regulations present for Macao's mediation sector, as well as the opportunities create for Macao's economic diversification, legal rule alignment and the cultivation and development of diverse dispute resolution talent, legislative reference and the leveraging of its unique competitive advantages. Finally, it focuses on the issues of rule alignment and mechanism integration between Macao and Hengqin, including obstacles and challenges such as the cross-border enforcement mechanism for mediation agreements, duplicate reviews of mediator qualifications, and the institutional differences between the two regions. It also proposes recommendations such as establishing a rapid enforcement mechanism, aligning with the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area Mediator Panel Mechanism, and improving Macao's local legislation.

Key words: Guangdong-Macao In-Depth Cooperation Zone in Hengqin; Commercial Mediation; Rule Alignment; Diversified Dispute Resolution Mechanism

(責任編輯: 勾健穎)

琴澳一體化背景下中醫藥產品註冊與流通監管銜接的挑戰與路徑優化

吳磊* 陳文博**

摘 要 琴澳一體化戰略推進下，橫琴粵澳深度合作區作為中醫藥國際化重要載體，其發展關鍵在於琴澳監管體系有效銜接。澳門構建了以《中藥藥事活動及中成藥註冊法》為核心的多層次監管體系，橫琴則遵循國家藥品法規並結合區域需求創新監管。現有合作實踐包括高層協作、“跨境通辦”服務、“澳門監造/監製”模式及聯合品質檢驗機制。當前銜接面臨核心挑戰，如註冊審評效率與標準差異、跨境生產鏈條法規障礙、非藥監管認定不一、中藥材品質控制薄弱等。為突破困境，可通過優化註冊審評機制、創新跨境中間體監管模式、理順非藥分類管理、夯實中藥材品質基礎等路徑，構建琴澳聯合標準，推動機制互認與協同監管，以支撐合作區中醫藥產業高質量發展並促進其國際化進程。

關鍵詞 琴澳一體化 中醫藥監管銜接 跨境流通監管 中藥材品質標準 監管協同優化

一、琴澳中醫藥產品註冊與流通的監管框架與現有銜接實踐

（一）橫琴中醫藥產品監管體系

橫琴作為粵澳深度合作的核心承載區，其中成藥監管體系在嚴格遵循國家藥品監管法律法規的基礎上，結合粵澳一體化的戰略導向與實踐需求，通過制度創新構建出嚴謹高效的監管格局，探索出中醫藥產業協同發展的獨特路徑。

體系的核心是國家級中成藥監管法律法規。這主要體現在兩個方面：首先是《藥品註冊管理辦法》。該辦法由國家市場監督管理總局於2020年7月1日起實施（第27號令）^[1]，取代了此前的試行辦法，它對包括中成藥在內的藥品註冊分類、申報資料要求、審評程序以及上市後變更管理等進行了全面優化和規範，顯著提升了註冊審評審批的品質和效率，並特別強調了對創新藥和中藥註冊分類的改革。其次是《藥品生產監督管理辦法》，同樣由市場監管總局於2020年7月1日起實施（第28號令）。該規範是保障藥品生產全過程品質控制的關鍵，涵蓋了場地設備、生產過

* 吳磊，廣東橫琴知草雲中醫藥科技發展有限公司總經理，澳門知草雲中醫藥新科技集團有限公司總經理。

** 陳文博，廣東橫琴知草雲中醫藥科技發展有限公司法務專員。

[1] 《藥品註冊管理辦法》，國家市場監督管理總局令第27號，2020年1月22日發佈。

程、檔案管理、產品追溯等各個環節，要求企業必須通過現場核查並獲得國家或地方藥監局頒發的GMP證書後方可進行藥品生產，並實施基於風險水平的持續監督檢查^[2]，以保障藥品全生命周期的安全與質量。

內地對保健食品及藥食同源物質的監管構建了“註冊/備案管理+目錄准入”的全鏈條規範體系：依據《保健食品註冊與備案管理辦法》（國家食品藥品監督管理總局令第22號，2016年發佈並經國家市場監督管理總局令第31號修訂），對保健食品實施分類管理，註冊制產品需提交功效學評價與安全性數據，備案制產品需完成省級部門資料報備，且均需通過功效實驗驗證並符合污染物限量標準；針對藥食同源物質，通過《按照傳統既是食品又是中藥材的物質目錄管理規定》（國衛食品發〔2021〕36號）建立動態目錄，截至2024年8月2日目錄已收錄106種物質，使用時需滿足藥材基原鑒定、炮製工藝規範及安全指標限值（鉛≤5.0mg/kg、鎘≤1.0mg/kg等）；同時嚴格規範標籤管理，禁止疾病預防治療宣稱並標注“本品不能代替藥物”，通過“目錄准入+功效驗證+安全管控”的組合監管模式，既保障消費安全又為中醫藥資源合理應用提供制度支撐。

（二）澳門中醫藥產品監管體系

澳門在中醫藥監管領域建立了一套多層次、具有自身特色的法律法規體系。該體系明確了法律層級，規範了管理流程，涵蓋中醫藥產品的品質與安全核心標準，對非藥產品則採取相對靈活的管理方式，同時注重行政效率，為中醫藥產品的規範管理、品質保障及利用澳門平台推動中醫藥國際化提供了堅實基礎。

第11/2021號法律《中藥藥事活動及中成藥註冊法》於2022年1月1日正式生效，是澳門中醫藥監管體系的核心基石。這部現代中醫藥監管的綱領性法律，全面規範了澳門的中藥藥事活動許可制度（如中藥制藥廠、中藥進出口批發場所、中藥房的准照發放）和系統化的中成藥註冊管理框架，科學地劃分了中成藥註冊分類（包括同名同方藥、經典名方製劑、改良型新藥和創新藥），明確了各類別的申請條件、審批流程、註冊有效期以及再註冊要求，構建了與國際通行做法接軌並符合中醫藥特點的註冊管理體系，為中成藥的規範上市和管理提供了根本法律依據。^[3]

為了有效執行《中藥藥事活動及中成藥註冊法》的各項規定，第46/2021號行政法規《中藥藥事活動及中成藥註冊法施行細則》作為配套法規於2021年12月生效。該行政法規具體闡述和補充了法律條文，明確了藥事活動場所的具體設立條件、申請檔案清單、審批時限以及審批操作流程等執行規範，確保了法律制度在實踐中的有效落地和統一執行。^[4]

在法律和行政法規體系下，澳門藥物監督管理局依據授權，發佈一系列具有指導性和規範性的技術性指示。這些指示是進行中藥藥事活動和中成藥註冊申請必須遵循的詳細技術標準和操作規範，具有重要的實踐指導作用。截至2022年4月20日，澳門藥物監督管理局已分階段發佈25項中藥藥事活動及中成藥註冊相關技術性指示，這些指示覆蓋了註冊、臨床試驗、中藥產品進口、製造、流通、分銷、供應和使用等全流程技術規範。其中，《藥物生產品質管理規範》（GMP）由第9/ISAF/2022號批示於2022年3月23日頒佈，適用於藥物、活性藥物成分、中成藥、中藥飲片

[2] GMP (Good Manufacturing Practice, 良好生產規範) 是世界衛生組織 (WHO) 提出的一套指導食品、藥品及醫療產品生產和品質管理的強制性標準。GMP要求企業在原料採購、人員管理、設施設備、生產工藝、包裝運輸及品質控制等各環節符合國家法規規定的衛生和品質要求，形成可操作的作業規範，從而改善生產環境、及時發現並糾正生產過程中存在的問題，確保最終產品品質（包括食品安全與衛生）符合法規要求。中國衛生部於1995年7月11日發佈衛藥發〔1995〕第35號檔《關於開展藥品GMP認證工作的通知》，建立藥品GMP認證制度，對藥品生產企業（車間）及藥品品種進行依法監督檢查並予以認可。

[3] 澳門特別行政區第11/2021號法律《中藥藥事活動及中成藥註冊法》，2021年7月26日發佈。

[4] 澳門特別行政區第46/2021號行政法規《中藥藥事活動及中成藥註冊法施行細則》，2021年10月20日發佈。

及中藥提取物的生產品質管理，旨在通過嚴格的廠房設施、人員培訓、生產過程控制與品質風險管理，確保生產過程的標準化及產品的安全、有效與均一。^[5] 對於臨床研究環節，《藥物臨床研究品質管理規範》（GCP）由第 5/ISAF/2024 號批示於 2024 年 12 月 26 日頒佈，並自 2025 年 3 月 30 日起生效，該規範參照國際 ICH-GCP 標準，明確了包括倫理委員會審核、知情同意、試驗方案管理、數據統計分析及研究者手冊更新在內的全過程管理要求，以保障試驗科學性、倫理性和數據可靠性。^[6] 技術性指示還詳細規定了中成藥註冊卷宗的技術要求，如《中成藥註冊卷宗技術要求》對藥學、藥理毒理學及臨床研究資料的格式和內容提出明確標準；中藥材品質標準及檢驗方法的要求則見於《中藥材、中藥飲片及中藥提取物進口申請的技術要求》等指示。

除了對中成藥的註冊、生產和臨床研究進行嚴格規範外，澳門對涉及中藥材的非藥產品實行一套獨特且相對靈活的管理模式，這一模式以將中藥材分為毒性中藥材、普通中藥材、食藥兼用中藥材的中藥材分類制度^[7]，其中食藥兼用類別參考了內地藥食同源目錄並結合本地使用習慣調整，並與食品等現有監管體系有效銜接。對於使用《澳門特區所用中藥材表》中食藥兼用中藥材製作，如涼茶、湯料包、藥膳等，只要其包裝、標籤和說明書未涉及疾病預防或治療的宣稱，即被視為非藥產品，按照澳門《食品安全法》進行管理。含中藥材的功能性產品、保健品以及化妝品或外用產品，必須遵循各自領域的法律法規，包括備案、成分安全評估、標籤規範和廣告限制，以保障產品安全並防止虛假宣傳，包含中藥材的功能性產品或保健品需遵守澳門《食品安全法》關於食品生產經營、標籤規範和禁止疾病宣稱的各項規定；任何聲稱對健康有好處產品的廣告，必須依據第 7/89/M 號法律《訂定廣告活動之制度事宜》及 PS-1573《藥品及聲稱對健康有好處產品廣告預先許可申請》通則向藥監局提出預先許可申請，申請時需提交產品成分安全性證明、廣告內容真實性文獻等材料，且在取得准照前不得發佈；通過這種分類管理模式，澳門為中醫藥相關非藥產品提供了區別於藥品的監管路徑，既通過法規銜接保障了產品安全性，又以靈活分類適應了市場需求，推動中醫藥產業在規範中實現多元化發展。通過這種分類和靈活管理模式，澳門為中醫藥相關非藥產品提供了與藥品不同的管理路徑。^[8]

在安全監管方面，澳門的中醫藥監管體系也日益完善。藥物監督管理局作為根據第 35/2021 號行政法規設立的專責監管機構^[9]，負責建立並執行中藥的藥物警戒制度，持續監測上市中藥產品的品質、有效性和安全性，收集和評估不良反應資訊，要求生產企業定期提交不良反應報告，並通過《粵港澳大灣區藥品醫療器械監管创新发展工作方案》與內地、香港等地監管部門建立信息互通平台，實時共享中藥產品不良反應數據及風險預警信息。與此同時，衛生局在食品安全及部分中藥非藥產品監管方面承擔類似職責，包括產品安全監督、成分審查及不良反應資訊收集^[10]並通過消費者投訴熱線、企業定期上報等渠道收集不良事件信息，與藥監局建立數據互通機制。通過藥監局主導

[5] 澳門特別行政區藥物監督管理局第9/ISAF/2022號批示《藥物生產品質管理規範（GMP）》，2022年3月25日發佈。

[6] 澳門特別行政區政府機關通告第5/ISAF/2024號批示《藥物臨床研究品質管理規範（GCP）》，2024年12月26日發佈。

[7] 澳門特別行政區社會文化司司長批示第95/2021號《核准〈澳門特別行政區所用中藥材表〉》，2021年12月28日發佈。

[8] 包含中藥材的功能性產品或保健品需遵守澳門特別行政區第5/2013號法律《食品安全法》關於食品生產經營、標籤規範和禁止疾病宣稱的各項規定；任何聲稱對健康有好處產品的廣告，必須依據第7/89/M號法律《訂定廣告活動之制度事宜》及PS-1573《藥品及聲稱對健康有好處產品廣告預先許可申請》通則向藥監局提出預先許可申請，且在取得准照前不得發佈。

[9] 澳門特別行政區第35/2021號行政法規《藥物監督管理局的組織及運作》，2021年11月15日生效。

[10] 參見姚東寧、胡豪、吳靄琳：《澳門特別行政區藥品及醫療器械監管的發展與展望》，載《中國食品藥品監管》2021年第12期，第21頁。

中藥藥品全鏈條監管、衛生局負責中藥相關食品及非藥產品安全監管的協同模式，雙方以聯合發文、跨部門工作組等形式協調監管標準，引入第三方檢測機構與數字化追溯技術，形成了覆蓋藥品與非藥產品的多層次中醫藥安全監管體系，實現法規標準、行政稽查與技術檢測的有效整合。

（三）琴澳監管銜接的現有進展與初步實踐

在既有的政策導向和法律法規框架下，琴澳兩地在中醫藥監管銜接方面已經開展了多項富有成效的實踐探索，涵蓋了高層協作、服務便利化、聯合生產以及品質安全保障等多個層面，共同推動著琴澳中醫藥一體化向縱深發展。

高層協作與技術交流是琴澳監管銜接的重要驅動力。粵港澳三地藥監部門建立了常態化的聯席會議機制，由國家藥監局、廣東省藥監局、香港衛生署和澳門藥監局聯合參與，共商區域藥品監管的創新與安全保障策略。在合作備忘錄框架下成立的標準化專家委員會，深入到技術層面，積極推動中藥標準化研究與標準的互認，並已啟動粵港澳中藥標準的編制與應用試點^[11]，明確將中藥標準互認為重點任務，相關案例入選了粵港澳大灣區規則銜接機制對接典型案例，彰顯標準互認的示範效應和在國家層面的認可度。

“跨境通辦”服務專窗的設立是提升行政效率、便利企業和居民的直接體現。合作區在橫琴設立了“琴澳藥事服務專窗”，創新性地實現了中成藥註冊、中成藥委託製造許可、甚至部分藥物（西藥）註冊等多個藥事服務事項的“一次提交、兩地受理”^[12]，大幅壓縮了企業申請的辦理時限和往返成本。該專窗集程式前諮詢、資料接收和費用繳納於一體，為企業提供了極大的便利。

“澳門監造 / 監製”標誌管理和聯合生產模式是推動產業協同、強化品牌價值的創新舉措。相關《“澳門監造”“澳門監製”標誌管理辦法（暫行）》已正式實施，為澳門註冊、橫琴生產的產品提供了具有澳門品牌溯源和品質標識的官方認證。^[13]這一模式已取得突破性進展，首個跨境委託生產許可已成功發出，打通了審批數據流和海關通關環節，樹立了“橫琴生產+澳門監製”的示範。目前已有首批企業申請使用該標誌，並有產品獲得授權^[14]，初步顯示了標誌在推動規模化生產方面的成效。^[15]

在監管協同方面，聯合品質檢驗與風險預警機制的建立強化了區域監管的有效性。粵港澳藥監部門在合作框架下已開展多次中成藥聯合品質檢驗，通過對重點中藥材和經典製劑的聯合抽樣檢測，提高了跨境流通中藥產品的品質監管能力。^[16]同時，三地建立了資訊互通機制，澳門藥監局與

[11] 2024年粵港澳大灣區藥品監管協作會議正式成立“粵港澳藥品醫療器械監管協作工作小組”，明確將中藥標準互認為重點任務，詳見廣東省藥品監督管理局官方新聞通稿《2024年粵港澳大灣區藥品監管協作會議在橫琴召開》，http://mpa.gd.gov.cn/xwdt/sjdt/content/post_4517466.html，2025年8月30日訪問。

[12] 該專窗依據2024年7月簽署的《澳門藥事服務橫琴粵澳深度合作區專窗合作備忘錄》設立，覆蓋澳門中成藥註冊、西藥進口許可等6類事項。

[13] 《“澳門監造”“澳門監製”“澳門設計”標誌管理辦法（暫行）》，橫琴粵澳深度合作區執行委員會第4/2023號商事服務局規範性檔，2023年10月30日施行，第3-5條明確：經澳門藥監局註冊的中醫藥產品，在橫琴加工增值≥30%，可使用“澳門監造”標誌（自行生產）或“澳門監製”標誌（委託生產）。該辦法依據《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》及《橫琴粵澳深度合作區發展促進條例》制定，旨在推動“澳門藥、橫琴造”跨境模式。

[14] 2023年9月，澳門澳邦藥廠“馬交牌千裏追風油”通過“澳門監製”標誌審核，成為首個跨境委託生產中成藥，實現“一次審批、琴澳流通”。具體案例見廣東省司法廳官網http://sft.gd.gov.cn/sfw/xwdt/qmyfzs/content/mpost_4277308.html，2025年5月21日訪問。

[15] 參見陳靖斌：《“澳門註冊+橫琴生產”模式提速粵澳深度合作》，載《中國經營報》2025年1月6日，B11版。

[16] 粵港澳大灣區藥品監管協作會議建立“粵港澳中藥品質聯合抽檢機制”，由“粵港澳藥品醫療器械監管協作工作小組”統籌。首批已完成廣陳皮、化橘紅等7個中藥材及經典製劑的跨區域檢測，重點覆蓋農藥殘留、重金屬及特徵成分等指標，檢測方法參照《中國藥典》相關標準。該機制計畫逐步擴展至50種常用中藥材，檢測結果作為標準互認依據。詳見廣東省藥品監督管理局2024年10月29日公告，<http://mpa.gd.gov.cn/gkmlpt/>

廣東省藥監局之間共用中藥不良反應報告，實現了早期風險的聯合監測和預警，並聯合發佈風險提示，為保障公眾用藥安全提供了更堅實的保障。這種跨區域的聯合監測模式，通過整合三地藥品不良反應監測資料庫，實現了從風險識別、評估到預警發佈的全流程協同，既提升了跨境藥品安全風險的響應效率，也為推動粵港澳中藥標準互認與國際接軌提供了監管協同的制度基礎。

二、琴澳中醫藥產品註冊與流通銜接的法規空白與法律障礙

（一）註冊審評效率與技術標準差異的制約

儘管琴澳兩地在推進中醫藥監管銜接方面做出了努力，但在具體的註冊審評效率和技術標準差異上，仍存在顯著的制約，給企業帶來了額外的負擔。

問題的核心在於註冊審評的技術要求和流程存在差異。根據國家市場監督管理總局令第27號《藥品註冊管理辦法》第四條，藥品註冊分類明確包括中藥，並進一步細分為創新藥、改良型新藥、古代經典名方中藥複方製劑、同名同方藥四類。但即使在這些分類下，具體的申報資料要求和審評流程仍存在操作層面的複雜性。例如，關於藥學研究資料，儘管《藥品註冊管理辦法》本身並未詳細列舉中試規模批次數量要求，僅要求提交“涉及藥品安全性、有效性、品質可控性的相關研究資料”以及配套法規和技術指導原則中規定的試驗報告，但國家藥監局發佈的《中藥註冊分類及申報資料要求》等配套技術檔案對工藝驗證和一致性研究提出了具體要求，包括炮製工藝、製劑工藝、品質研究等數據。特別是關於穩定性試驗，該檔案參照化學藥穩定性指導原則，要求加速試驗一般取三批中試規模的擬上市包裝樣品（如片劑 ≥ 10000 片），在 $40^{\circ}\text{C} \pm 2^{\circ}\text{C}$ 、 $\text{RH}75\% \pm 5\%$ 條件下進行6個月試驗（液體製劑、半通透性包裝製劑除外），並以此數據初步支持有效期設定。^[17]這種“3批擬上市包裝樣品／6個月加速穩定性”的行業實踐，構成了中藥產品上市前必須完成的耗時較長的研究環節，對於追求快速回應市場和國際化需求的中醫藥產品而言，顯著影響了審評效率。

國家層面在《藥品註冊管理辦法》及其配套檔案中未對“醫療機構中藥製劑”或“已有臨床應用經驗中藥”設立突破性的簡化或減免註冊機制，僅對古代經典名方複方製劑有專門簡化規定，其餘三類中成藥註冊申請仍需提交完整的品質研究^[18]、安全性研究及必要的臨床資料。這意味著即使產品已在臨床上安全有效使用多年並積累了大量數據，企業往往仍需投入大量時間和資源進行重複性研究或補充試驗以滿足現行註冊要求，進一步降低了審評效率並增加成本。

在技術標準方面，琴澳兩地差異亦對企業構成制約。例如，內地與澳門在重金屬、微生物限度、農藥殘留等品質控制標準細節以及檢驗方法的認可度上存在差異。^[19]這些微小但關鍵的技術差

content/4/4515/mpost_4515457.html。另見廣東省藥品監督管理局第三批粵港澳大灣區規則銜接機制對接典型案例，http://mpa.gd.gov.cn/gkmlpt/content/4/4656/mpost_4656413.html。

[17] 國家藥監局2020年下發的《中藥註冊分類及申報資料要求》明確要求中藥新藥需提交3批中試規模樣品的穩定性數據（片劑 $\geq 10,000$ 片），且需符合《化學藥物穩定性研究技術指導原則》（2020年修訂）的技術要求。該規定直接導致中藥產品上市前需耗時6-12個月完成穩定性試驗，顯著延長審評週期。

[18] 國家藥監局2018年下發的《古代經典名方中藥複方製劑簡化註冊審批管理規定》僅適用於古代經典名方，而醫療機構中藥製劑或已有臨床經驗的中藥仍需按《藥品註冊管理辦法》（2020年）提交完整的品質研究、安全性研究及臨床試驗資料。

[19] 琴澳兩地在技術標準上存在顯著差異：內地以2025版《中國藥典》為核心，通過四部通則2321《鉛、鎘、砷、汞、銅測定法》和通則0212《藥材和飲片檢定通則》對藥材實施重金屬（如鉛 $\leq 5\text{mg/kg}$ ）強制限量及55種藥材專項檢查，依託通則0212/2341《農藥殘留量測定法》將禁用農藥品種擴至47種，並在通則1105《微生物計數法》和1106《控制菌檢查法》中引入風險評估機制；而澳門第23/ISAF/2022號批示僅針對中成藥成品，依據條款1.4設定口服製劑鉛每日 $179\mu\text{g}$ 等重金屬攝入上限，未設藥材級標準，其微生物檢測參照條款2.2-2.3執行《中

異，意味著企業需要根據不同要求分別完成檢測並對結果進行比對或進行方法學驗證，增加了企業合規的複雜性和成本。^[20]雖然澳門《中藥藥事活動及中成藥註冊法》及其實施細則在制定時參照了內地標準，但在審評重點和資料格式等方面仍有自身要求，可能需要企業額外補充檔案或調整報告格式，這也間接影響了審評效率。

（二）跨境生產鏈條的法規障礙與合規挑戰

在琴澳中醫藥產業合作模式下，特別是在探索分段生產和跨境委託加工的過程中，半成品（中間體）與成品的跨境流轉面臨顯著的法規空白和監管對接難題，給構建高效順暢的生產鏈條帶來了多重合規挑戰。值得注意的是，橫琴粵澳深度合作區因其有限的區域面積，使得中成藥的“澳門註冊、橫琴生產”模式難以實現全鏈條的完整生產。這客觀上要求中成藥的半成品或中間體必須首先在內地其他省市完成加工，隨後才能跨境運輸至橫琴進行成品封裝或後續流程，從而進一步加劇了相關產品的跨境流轉所面臨的法規和監管銜接難題。^[21]

具體而言，這種“多地分段生產”的模式，在當前監管框架下帶來了以下突出問題：

1. 中間體監管法規的缺失與屬性認定困境

澳門《中藥藥事活動及中成藥註冊法》第十一條雖明確委託生產需經藥監局預先許可，配套的PS-2134指引也要求半成品進口提交工藝資料及檢驗報告，但未針對中藥中間體跨境運輸的檢驗檢疫標準、物流備案流程作出細化規定，導致实操中缺乏明確技術規範。內地層面，《藥品生產監督管理辦法》將中間體納入生產過程管理，要求企業記錄來源及儲存條件，卻未設立獨立的註冊或銷售許可制度，也未明確其中間體的法定定義及品質標準，使得中間體流通缺乏專屬監管依據。這種監管法規的系統性缺失，致使中藥中間體在法律屬性上陷入“雙重模糊”：在澳門被籠統歸為“中成藥半成品”，需按PS-2134指引辦理進口許可，但未明確其與藥品原料的本質區別；在內地被視為“生產過程中間產物”，無需通過藥品註冊審批，卻因含有藥理活性成分（，既無法完全適用普通化學品的監管標準，又難以納入藥品的全流程管控框架。這種屬性認定的錯位，直接導致中間體跨境流通時面臨監管標準不統一、流程重複等問題，加劇了企業合規成本與審批不確定性。

2. “不得內銷”限制的阻礙

根據國家藥監局2005年《接受境外製藥廠商委託加工藥品備案管理規定》第二條，境內企業接受境外製藥廠商委託生產的藥品，不得在中國境內銷售、使用；同時，《中華人民共和國藥品管理法》（2019年修訂）第二十四條明確，境內上市藥品需取得國務院藥品監督管理部門核發的註冊證書。在當前法規框架下，經澳門註冊的中成藥因註冊地屬境外範疇，被認定為境外藥品；若該類產品由澳門製藥廠委託橫琴企業生產，即落入“境外委託生產”範疇，且未取得內地藥品註冊證書時，即便生產環節全部在橫琴完成，包括將內地其他省市生產的中間體運至橫琴加工、加貼“澳門監製/監造”標誌，其成品仍不得在包括橫琴在內的內地市場銷售。這一限制直接阻斷了“澳門註冊、橫琴生產”模式的內銷通道，既壓縮了產品市場拓展空間，又導致合作區中醫藥產業難以形成生產到銷售閉環，進一步凸顯琴澳一體化背景下，針對合作區特殊定位爭取監管政策突破的緊迫性。

3. 跨境流轉的效率與成本問題

由於缺乏針對中藥中間體的專門優化通道和協同監管機制，企業在將內地其他區域加工的半成

國藥典》標準，農藥殘留檢測按條款1.10限定為藥典方法且沿用2020年版框架，兩地檢驗方法無互認機制，企業需分別按兩地標準重複檢測。

[20] 參見鄧雯姬、許廣寧、李書聰：《粵港澳大灣區背景下內地與港澳中成藥註冊管理協同化發展的探討》，載《中國食品藥品監管》2025年第2期，第75頁。

[21] 參見楊誠、承冬書：《橫琴粵澳深合區通關監管創新模式研究》，載《國際公關》2024年第10期，第57頁。

品運輸至橫琴時，仍需依據澳門的進口預先許可要求以及內地關於普通化學品或一般貨物的通用通關流程進行操作。海關層面缺乏差異化的監管標準和專門備案制度，增加了跨境流轉的不確定性和通關時間。這不僅提高了企業的物流成本和時間成本，也降低了整個生產鏈條的效率和靈活性。

4. 品質追溯與責任認定的複雜性

“多地分段生產”增加了中藥中間體質量控制的複雜性。當不同環節在不同地理位置、受不同監管體系約束時，一旦出現品質問題，如何進行全鏈條的追溯、缺陷產品的召回，以及厘清各環節參與主體的法律責任，都將面臨更大的挑戰。目前琴澳之間缺乏即時、標準化的數據對接介面，使得對跨境藥材和中間體的全流程跟蹤和管理存在盲區。

從澳門法律規定來看，第 11/2021 號《中藥藥事活動及中成藥註冊法》第十七條明確要求，所有中成藥的委託生產，包括半成品或中間體的外包加工環節，均需經澳門藥物監督管理局預先許可方可開展。同時，根據 PS-1570b 服務指引，每次進口中成藥或天然藥物（含半成品）前，企業須先辦理進口預先許可證，持“藥物出入口及批發商號准照”及“中藥進出口批發准照”方可報關。然而，儘管《中藥藥事活動及中成藥註冊法施行細則》（第 46/2021 號行政法規）對成品註冊與委託生產作了普遍性規範，但針對中間體 / 半成品跨境運輸的檢驗檢疫標準、物流備案程序等，澳門現行法規中尚未做出專門的細化規定，導致實際操作層面缺乏明確的指南。

審視內地法規現狀，關於藥品中間體的監管存在顯著空白。《原料藥註冊管理辦法》規定用於製劑生產的原料藥必須註冊並符合 GMP 要求，但國內並無專門法規對醫藥中間體的註冊或銷售進行許可，中間體管理常被納入《危險化學品安全管理條例》，側重安全而非藥品品質屬性管理，這與藥品監管邏輯存在差異。更具限制性的是，《中華人民共和國藥品管理法實施條例》附件規定，受境外製藥廠委託生產的出口藥品不得在中國境內銷售與使用。這意味著，如果中藥中間體在內地其他區域生產並出口到澳門進行加工，其成品或中間體若要再返回內地（包括橫琴），將面臨不具備合法內銷資格的法規限制。在海關監管層面，海關對藥品中間體的管理主要依據《中華人民共和國進出口商品檢驗法》和化學品目錄，對藥品成品和半成品往往採用通用檢驗流程，缺乏差異化的監管標準和針對藥品中間體的專門備案制度，這增加了跨境流轉的不確定性。

在橫琴粵澳深度合作區的實踐中，儘管《橫琴粵澳深度合作區發展促進條例》第三十一條支持“澳門註冊 + 橫琴生產”及“澳門監製 / 監造”標誌使用，但這一定位尚未完全細化到半成品跨境流轉的具體審批和品質監管程序。目前，合作區的“跨境通辦”藥事服務專窗主要聚焦於中成藥註冊和 GMP 認證等事項，尚未將中間體 / 半成品跨境流轉納入專門的服務範圍，企業在實際操作中仍需依據澳門的進口預先許可要求以及內地關於普通化學品或一般貨物的通關流程進行操作，缺乏針對藥品中間體特殊屬性的優化通道

（三）非藥監管體系的銜接難題與市場准入障礙

在琴澳一體化深入推進的背景下，涉及中藥材的非藥產品在跨越兩地監管邊界、實現順暢市場准入方面正面臨著諸多挑戰。其中一個突出問題體現在內地與澳門在對“藥食同源”物質的認定標準和管理方式上存在顯著差異。內地依照《中華人民共和國食品安全法》的規定，在嚴格禁止食品中添加藥品的同時，允許使用國家衛生健康委會同市場監督管理總局公告的“傳統既是食品又是中藥材物質”；^[22] 截至 2024 年 8 月，該目錄已收載 106 種，只有列入其中的物質才能在普通食品中使用。這種基於固定目錄的管理模式與澳門的做法根本不同，澳門並無類似國家層面的固定目錄，其分類管理依託兩大現行有效規範：一是第 11/2021 號法律《中藥藥事活動及中成藥註冊法》，該

[22] 參見胡一傑、劉杏宜、劉劍等：《我國保健食品功能聲稱存在的問題及發展對策研究》，載《衛生軟科學》2025 年第 3 期，第 50 頁。

法以中成藥的核心特徵劃定邊界——明確中成藥需同時滿足“依中醫藥理論配製”和“宣稱預防、治療疾病功效”；非藥產品因不具備這兩個條件，故不歸入中成藥管理範圍。二是《澳門特別行政區所用中藥材表》（第 95/2021 號社會文化司司長批示核准），將中藥材分為三類：表 I 可用於中成藥，表 II 為需限制使用的中成藥成分，表 III 僅可用於非藥產品。實踐中，澳門藥物監督管理局會結合這兩大規範開展個案認定：若產品含表 I/II 成分且宣稱疾病防治功效，則歸為“中成藥”；若含表 III 或表外成分，且未宣稱疾病防治功效，則歸為“非藥”。這種先按規範分類、再依認定備案的靈活模式，與內地固定目錄准入形成鮮明對比，導致同一含中藥材物質在兩地可能被認定為不同監管屬性，直接阻礙產品跨境流通，本質是兩地監管制度設計理念差異帶來的銜接空白。

分類認定上的差異帶來了後續監管的挑戰，尤其體現在澳門非藥產品的後續管理法規缺乏針對中藥專屬的細化技術規範。根據第 11/2021 號法律《中藥藥事活動及中成藥註冊法》及《澳門特別行政區所用中藥材表》，產品經認定為“非藥”後，即便含有中藥材成分，澳門現行法規中仍缺乏針對“含中藥材非藥產品”的專屬品質標準或生產品質管理規範，僅統一適用第 5/2013 號法律《食品安全法》實施通用監管。儘管該法律對產品安全衛生、標籤標識（明確禁止疾病治療類醫療宣稱）作出基礎性規定，但針對含中藥材非藥產品的核心技術環節存在三重監管空白：一是未依據《澳門特別行政區所用中藥材表》細化藥材炮製標準；二是缺失中藥材提取物的品質控制指標體系；三是未針對中藥材清洗、儲存等特殊環節制定專項生產品質管理規範，僅套用普通食品的通用衛生要求。這與內地形成鮮明制度對比：內地通過國家藥品監督管理局 2023 年《中藥註冊管理專門規定》（僅規範藥品類中藥）及國家衛生健康委員會與市場監督管理總局 2021 年聯合發佈的《按照傳統既是食品又是中藥材的物質目錄管理規定》，對藥食同源產品構建了系統化管理框架。該制度明確要求企業提交藥材基原鑒定報告、炮製工藝驗證資料、提取物含量控制指標等技術檔，其中對重金屬限量、農藥殘留標準均有量化規定。兩地在技術審核與品質監管上的差距，本質反映出澳門針對含中藥材非藥產品的制度細化規範存在系統性缺失。

非藥領域的監管銜接難題還延伸到了橫琴粵澳深度合作區的實踐中。儘管合作區政策依據《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》等檔案，支持“澳門註冊+橫琴生產”模式並允許符合條件的產品使用“澳門監造/監製”標誌，但這一定位和相關的支持政策主要側重於中成藥和大健康產品成品。對於含有中藥材成分的非藥半成品或中間體在橫琴的跨境生產與品質監管，目前相關的政策配套和法規仍處於空白狀態，缺乏明確的制度支持。這導致企業如果希望在橫琴進行非藥半成品加工，再運至澳門完成成品包裝或後續工序，在實際操作中難以在橫琴獲得與澳門同等的非藥生產資質認定或便捷的合規指引。合作區雖然設立了“跨境通辦”藥事服務專窗，但其服務範圍目前主要限於成品註冊和 GMP 認證等事項，尚未將非藥半成品或中間體的跨境流轉、檢驗、備案等具體服務納入其中。

（四）中藥材品質控制體系的薄弱環節與國際標準差距

中藥材作為中醫藥發展的物質基礎，其品質直接關係到中藥產品的安全性和有效性。然而，當前琴澳一體化背景下的中藥材品質控制體系依然面臨一些顯著的薄弱環節，並且與國際先進標準和市場要求存在差距。這些問題不僅制約了中藥產品的國際競爭力，也為跨境監管和消費者信任帶來了挑戰。

首先，統一高標準品質要求的缺失是當前中藥材品質控制體系面臨的核心問題之一。儘管《中華人民共和國藥典》（2025 年版）對中藥材的品質設有詳盡標準，包括第一部第六章中對中藥材雜質含量、水分、灰分、重金屬及農藥殘留限值的規範，但相較於《日本藥典》第 18 版（The Japanese Pharmacopoeia, 18th Edition, 2021）第 2 部第 4 章第 2 節‘Crude Drugs’中關於

生藥原材料的品質指標，特別是對毒性成分限值的控制^[23]，以及《歐洲藥典》第11版（European Pharmacopoeia 11.0）中‘Herbal drugs’（monographs 1433, 1434, 1765等）對於黃芩、甘草等藥材的指紋圖譜、乾燥損失和農殘限值規定^[24]，中國標準在部分項目如雜質閾值與指紋圖譜技術應用上仍有進一步提升空間。雖然香港已通過《香港中草藥標準》反映國際化品質要求，粵港澳大灣區也在積極推動中藥材品質標準的協同與檢測合作，並規劃建設中醫藥高地和加強標準體系建設，但尚未形成一個在琴澳乃至大灣區範圍內普遍採納國際先進技術和指標、並高於國家藥典的統一強制性品質標準體系，尤其對於複雜樣品鑒別所需的指紋圖譜和多成分監測技術，尚未成為普遍強制要求；品質標誌物等新的標準概念雖在研究階段，全面應用尚需時日。

影響中藥材源頭品質的關鍵短板在於良好種植規範（GAP）的執行不足。GAP是控制藥材品質和安全性的的重要手段，中國自2002年起推動實施GAP，並在2022年發佈了新版規範，加大了對關鍵環節品質管理的細化力度。^[25]國家藥監局等部門也在推進新版GAP的監督實施示範建設。然而，與藥材總種植面積和涉及眾多中小種植主體的行業現實相比，當前獲得認證並能嚴格執行GAP的基地數量有限，難以形成規模化、標準化的優質藥材穩定供應體系，GAP的實際覆蓋率和持續監管仍面臨挑戰。在琴澳層面，缺乏合作建設的GAP示範基地，跨境流轉的藥材多依賴外埠採購，使得源頭可控性較差；對農戶的技術培訓和持續認證體系也不健全，導致種植、採收、初加工環節的品質參差不齊，難以確保藥材持續符合高標準要求。

中藥材品質資訊的有效共用和監管也因全程追溯與資訊化建設的滯後而受到阻礙。國家層面雖然正在建設中藥材追溯平台，並探索構建全過程資訊化追溯體系，結合GAP示範基地進行推廣，但目前的追溯體系建設尚未完全覆蓋所有種植主體，特別是中小規模農戶；數據主要集中在部分企業和官方平台，存在“數據孤島”現象。區塊鏈、物聯網等新技術在追溯中的應用尚處於早期探索階段。對於跨境流轉的中藥材而言，澳門監管系統與內地之間缺乏即時、標準化的數據對接介面，這使得企業難以通過一站式平台便捷地查詢和申報藥材來源、種植過程和檢驗記錄。相應地，監管部門也難以對跨境藥材的批次進行全流程跟蹤和管理，給品質異常和風險追溯帶來了困難，形成了監管上的盲區。

此外，道地藥材^[26]認證體系的不完善也增加了中藥材的品質風險。道地藥材因其特定產地和卓越品質而受到推崇，國內學術界對其進行了標準化研究，國家政策也鼓勵道地藥材的保護和基地建設。然而，在法律法規層面尚未形成強制性、統一的認證體系，也未建立與國家藥典標準等價替代的道地藥材品質評價和認證機制。琴澳兩地亦未聯合制定針對道地藥材的統一品質標準。這導致市場上道地藥材的來源不明、偽品、摻假現象普遍存在，且缺乏批次間有效的一致性評價手段，難以

[23] Ministry of Health, Labour and Welfare (Japan) ed., *The Japanese Pharmacopoeia (18th Edition)*, 2021, Chapter 2, Section 4-2.

[24] European Pharmacopoeia 11.0, Monographs 1433 (*Scutellariae radix*), 1434 (*Glycyrrhizae radix*), 1765 (*Ginseng root*), European Directorate for the Quality of Medicines & Health Care (EDQM), Council of Europe, 2023.

[25] 《中藥材生產品質管理規範》（Good Agricultural Practice for Chinese Crude Drugs, GAP），是控制中藥材生產過程品質的核心規範。中國自2002年首次頒佈試行版，2022年發佈新版規範，進一步細化了種植環境、農藥使用、採收、初加工及儲存等關鍵環節的標準化要求，並強調可追溯性與品質控制標準的落實，旨在從源頭保障中藥材品質的穩定性與安全性。

[26] 道地藥材指經過長期臨床驗證，因特定產地（如雲南三七、廣東陳皮）、種源（如浙貝母特定基源）、種植加工方式（如傳統炮製工藝）而具有顯著品質和療效優勢的中藥材，是中醫藥標準化的核心要素之一。當前對道地藥材的支持散見於政策檔，例如《中醫藥法》第二十三條明確“國家支持道地中藥材品種選育，扶持道地中藥材生產基地建設，加強道地中藥材品質監控”。《中醫藥發展戰略規劃綱要（2016—2030年）》也要求制定國家道地藥材目錄，但全國層面尚未出台統一的強制性認證或判定國家標準。

持續保證其穩定的品質和有效成分含量。^[27]

三、琴澳中醫藥監管銜接的突破路徑與優化建議

琴澳中醫藥監管體系的有效銜接，是橫琴粵澳深度合作區充分發揮“一國兩制”制度優勢、推動中醫藥產業走向世界的重要支撐。當前註冊審評效率不高、技術標準存在差異、跨境生產面臨法規阻礙、非藥監管體系不夠協調、以及藥材品質控制基礎薄弱等問題，共同構成了阻礙琴澳中醫藥深度融合的核心挑戰。為了克服這些挑戰，必須創新思維，探索多維度、系統性的突破路徑與優化方案。

（一）優化註冊審評機制，彌合技術標準差異

提升中成藥註冊審評效率、縮短上市時間，對於快速回應市場需求和促進行業發展至關重要。這要求琴澳兩地在技術標準和審評流程上尋求最大公約數，並在此基礎上實現創新與突破。

要提升註冊審評效率和實現技術標準的協調統一，首要任務在於構建琴澳聯合技術標準體系。這可以通過成立由兩地監管機構和專家組成的聯合技術工作組來實現，共同研究、制定併發布一套同時參照國家標準和澳門實際情況、並積極對標國際先進水平的中藥註冊技術指導原則。尤其是在藥學研究、穩定性評價、非臨床安全性以及臨床評價等核心環節，應制定雙方共同認可的技術規範，特別關注有害物質限量、指紋圖譜等關鍵品質控制指標的統一。

在此統一的技術標準基礎上，進一步的優化路徑在於建立高效的審評協作與數據互認機制。可以在橫琴粵澳深度合作區設立一個實體化的“琴澳中藥註冊審評聯合辦公室”或開闢一條“綠色通道”，探索兩地審評人員共同辦公或協同審評的新模式。對於企業按照琴澳聯合技術標準提交的各類研究資料，如藥學研究數據、穩定性試驗報告等，若已在一方通過技術審評，另一方應予以認可或大幅簡化審查流程，以此避免企業進行重複性研究。特別可以優先選擇古代經典名方（同名同方）或已有長期安全應用歷史的醫療機構製劑作為改革的突破口，深入研究並制定基於真實世界證據^[28]的簡化註冊路徑和相應的技術要求。

為支持上述審評協作的順利進行，建設一個功能完善的審評資訊共用平台不可或缺。利用先進的資訊化技術，實現兩地監管機構之間申報資料、審評進度、技術審評意見等資訊的即時、安全交換與協同管理，能夠顯著提升整個註冊審評流程的透明度和運行效率。

（二）打通跨境生產鏈條，創新中間體監管模式

構建高效順暢的跨境生產鏈條是實現“澳門註冊+橫琴生產”模式的關鍵，其中尤以中藥中間體/半成品的跨境流轉面臨的法規障礙最為突出。解決跨境生產鏈條中的法規梗阻，特別是為中藥中間體/半成品的合法、便捷流轉提供法律保障，是當前亟待解決的制度層面缺乏細化規定問題。為此，建議琴澳兩地監管部門聯合制定一份專門針對橫琴粵澳深度合作區內中藥中間體/半成品跨境流轉的管理辦法。該辦法需明確中藥中間體/半成品的法律定義^[29]、品質標準、生產企業資質要

[27] 參見陳歡、譚舒舒、羅小泉等：《中藥道地藥材的研究進展》，載《時珍國醫國藥》2018年第9期，第2228頁。

[28] 真實世界證據（RWE）指從醫院電子病歷、藥店銷售記錄、患者隨訪數據等真實世界環境中收集與藥品使用、患者健康狀況相關的數據，經統計分析後用於支持藥物安全性、有效性或適應證拓展的證據。2020年，國家藥監局發佈《真實世界證據支持藥物研發與審評的指導原則（試行）》，支持運用真實世界數據評價藥物安全性和有效性，為RWE應用構建政策框架。

[29] 目前內地《藥品生產監督管理辦法》未明確“中間體”定義，實踐中參照國家藥監局《原料藥與中間體分類界定指導原則》（2019年徵求意見稿）；澳門雖在第11/2021號法律中對“中藥提取物”（屬半成品範疇）有所界定，但對中藥半成品的概念和範圍並沒有進一步的細化和明確，尚未形成針對中藥全品類半成品的明確管理

求、以及跨境運輸、檢驗檢疫和全程追溯等方面的具體流程和規範。這份管理辦法應在國家相關法律法規框架下，充分利用橫琴合作區在法律和政策上的創新空間，為相關產品的便捷流轉提供清晰的法律依據，避免其在現有法規框架下定位模糊、流轉受阻。

鑒於當前《中華人民共和國藥品管理法實施條例》對委託生產出口藥品不得在中國境內銷售與使用有限制性規定，這成為了影響跨境生產模式閉環的關鍵法律障礙。為了真正啟動“澳門註冊＋橫琴生產”模式的內生動力並拓展其市場空間，下一步需要通過橫琴粵澳深度合作區理事會等官方管道，積極向國家層面爭取特別授權，或推動對相關法律法規進行具有針對性的修訂。其核心目標在於允許在橫琴合作區生產的、使用了內地中間體／半成品並在澳門完成註冊、加貼“澳門監製／監造”標誌的中成藥，在滿足特定條件和法律程序的前提下，能夠在合作區範圍內進行銷售和使用。

為實現這一突破，可充分借鑒“港澳藥械通”^[30]等現有創新機制的成功經驗。“藥械通”模式通過國家層面授權，允許經港澳批准上市、臨床急需且在內地無同類品的特定藥品和醫療器械，在粵港澳大灣區內地指定醫療機構使用。借鑒點在於：其實現得益於中央的政策支持和特事特辦授權，這為中藥中間體／半成品在橫琴生產後產品的有限內銷提供了政策先例。可將“藥械通”關注“臨床急需”的邏輯，轉化為中醫藥產業在合作區發展的“戰略急需”，即為促進琴澳中醫藥產業融合發展提供政策支持。同時，借鑒“藥械通”在指定醫療機構使用、嚴格審批和全程追溯的模式，將中成藥的銷售範圍限定在合作區或大灣區內特定區域，並建立嚴格的監管體系，確保產品品質可控、風險可防。最終目標是逐步拓寬合作區中成藥的市場空間，從合作區內銷售，進一步探索向大灣區其他符合條件的區域延伸，形成內外聯動的市場格局。

為了確保跨境流轉的便捷與安全，優化海關與藥物監管部門的協作機制勢在必行。建議推動琴澳兩地海關與藥物監管部門之間建立緊密的資訊共用和聯合監管機制，提升監管效率。在合作區口岸設立針對中藥中間體／半成品的通關綠色通道，並實施基於風險評估的便利化備案和查驗模式，最大程度減少不必要的等待和重複查驗。^[31]利用資訊化手段，實現報關資訊、檢驗檢疫結果和藥監部門監管數據的無縫對接，從而大幅提高通關效率，降低企業運營成本，提升跨境物流的確定性和可預測性。

（三）理順非藥監管體系，暢通市場准入管道

中醫藥的應用遠不止於藥品，還廣泛存在於食品、保健品、化妝品等非藥領域。協調琴澳兩地在含有中藥材成分的非藥產品監管差異，對於拓寬中醫藥的應用邊界、滿足多元化健康需求至關重要。

協調琴澳在含有中藥材成分的非藥產品監管差異，一個核心問題在於對“藥食同源”物質的認定標準不同。為了解決這一問題，可以考慮在國家現有目錄基礎上，結合澳門的實際情況和傳統用藥習慣，組織琴澳兩地專家共同研究、協商並定期更新發佈一份《琴澳互認藥食同源物質目錄》。對於目錄外的新增物質，應建立一套聯合評估和認定程序，確保分類結果能夠在兩地相互認可。該評估和認定程序可參考國際上對含有植物成分的新型食品或天然健康產品的監管實踐，具體借鑒點如下：歐盟的《新型食品法規》（Regulation (EU) 2015/2283）確立了對1997年後未在歐盟廣泛消費的食品（包括來自植物的新成分）進行集中式、基於科學證據的安全性評估和授權機制。琴澳可

規範（現行第33/ISAF/2022號批示側重飲片及提取物的品質標準），需專項辦法澄清範疇與技術要求。

[30] 港澳藥械通”是《粵港澳大灣區藥品醫療器械監管創新發展工作方案》下的一項具體創新舉措。該方案由國家藥品監督管理局等部門制定。

[31] 可參考四川《四川省生物醫藥研發用物品進口試點方案》、江蘇《中國（江蘇）自由貿易試驗區南京片區生物醫藥研發用物品進口“白名單”制度試點管理辦法》等多地政策，對低風險中藥中間體（如無毒性、非瀉藥材提取物）探索納入“白名單”管理，實施進口免辦《進口藥品通關單》、免逐批檢驗，僅需提交第三方檢測報告的便利化措施。

借鑒其統一的評估流程和明確的安全性證據要求，為新穎或傳統外草本物質的非藥用途建立科學審查標準。加拿大衛生部依據《自然健康產品法規》建立的上市前審核體系為“天然健康產品”（包括草本藥物和傳統醫學）設立了獨立於藥品和普通食品的監管類別，並要求上市前須經審核批准，以確保其安全、有效和高質量。琴澳可借鑒其對產品進行細緻分類的理念，以及建立專門的上市前評估程序，根據產品屬性和風險層次要求相應的安全性與功效（或傳統使用）證據，並可參考其“自然健康產品成分資料庫”等機制來提升審核效率。

一旦含有中藥材的非藥產品類別確定，如何對其品質進行有效控制是另一個關鍵環節。有鑒於澳門在含有中藥材的食品、化妝品等領域缺乏專門的品質控制技術規範，建議琴澳兩地監管部門聯合制定相關技術指導原則。該原則應詳細規定中藥材原料的品質要求、必要的炮製規範、提取物的標準、有害物質限量以及產品功效聲稱的法律邊界（強調不得進行藥品療效宣傳），以此填補澳門在此類產品監管技術規範上的空白，並與內地的食品、化妝品相關法規實現有效銜接。在此方面，可參考歐盟對食品補充劑中污染物（如《食品污染物最高限量法規》（Regulation (EU) 2023/915））和農藥殘留的規定，美國FDA針對膳食補充劑實施的《現行良好生產規範》（CGMP, 21CFR Part111），這些都為含有植物成分產品的原料控制、生產過程管理和有害物質限量提供了具體的品質控制規範。

此外，需要明確在橫琴合作區進行含有中藥材成分的非藥中間體加工生產的法律地位和監管路徑。參照中藥中間體監管模式的思路，應在橫琴合作區的法律框架下，制定配套的法規或政策細則，明確此類生產活動的資質要求、生產品質管理規範（可參考GMP，但需有所側重和簡化以符合食品/化妝品屬性）、產品備案程序，並確保其與澳門後續環節的生產和管理要求相銜接。這能為相關企業提供明確的合規指引，促進行業規範發展。

（四）夯實中藥材品質基礎，對接國際先進標準

中藥材作為中醫藥產業的核心原料，其品質直接關係到中藥產品的安全性、療效和國際競爭力。隨著琴澳一體化及中醫藥國際化步伐的加快，如何建立符合國際先進標準的中藥材品質控制體系，保障產品安全與品質穩定，成為亟需解決的問題。然而，現有體系在標準化規範、源頭管理、追溯體系以及道地藥材認證等方面仍存在薄弱環節，亟須制定一套統一、高標準的琴澳中藥材品質規範，實現與國際市場的無縫對接。

提高中藥材品質水平的根本在於建立和執行一套高於國家藥典、與國際先進標準對接的琴澳中藥材品質規範。建議在國家藥典基礎上，積極吸收《香港中草藥標準》以及歐盟、日本等國際先進標準的經驗，共同制定並推行《琴澳中藥材品質標準》。^[32] 可以將一些高標準的要求^[33]，如特定成分含量、更低的有害物質限量、以及更嚴格的指紋圖譜或多成分檢測等納入其中。具體而言，此標準的構建不應滿足於單純的指標提升，而應借鑒國際先進的監管框架。建議參照歐盟《關於傳統草藥產品的第2004/24/EC號指令》中第16c條關於“長期藥用歷史”的證明思路，探索對有長期安全應用歷史的道地藥材簡化審評；同時，全面採納其附件中對草藥原料生產和品質控制的詳細技術

[32] 參見雷愛俠、吳春燕：《粵澳攜手助力中醫藥走向世界》，載《光明日報》2025年1月21日，第12版。

[33] 香港對多數中草藥的品質要求在重金屬限量、農藥殘留標準及檢測技術等方面高於內地。例如，人參、三七等非礦物藥材的鉛限量為5mg/kg（內地藥典2020年版為10mg/kg），汞通過煎服劑量換算設定每日攝入上限（如汞每日36微克），實際殘留控制更嚴格；農藥殘留標準參考歐盟(EU)396/2005法規，對無專屬標準的藥材執行0.01mg/kg的默認限量，並採用DNA指紋技術、高效液相色譜等先進檢測方法。這種差異源於香港依託《香港中藥材標準》構建的國際化監管體系，通過與國際標準接軌、引入第三方認證及嚴格市場抽檢，形成全鏈條品質管控機制。

要求，建立覆蓋全鏈條的品質管理體系；^[34] 吸收借鑒《香港中草藥標準》及各期專著中對“鑒別”（包含顯微鑒別和薄層色譜鑒定）、“含量測定”以及“安全性檢測”（如重金屬、農藥殘留）的具體參數和方法，將其作為琴澳市場的准入底線。通過這種方式，不僅能建立一個高標準的品質規範，更能形成一個與國際主流市場在監管邏輯和技術要求上無縫對接的、現代化的中藥材管理體系。

為了提升源頭品質控制水平，並考慮到橫琴深度合作區因區域和面積限制不具備大規模 GAP 種植示範基地的客觀現實，應採取更為靈活和務實的策略：建議以建立高標準中藥材品質要求為門檻，或按照中藥材道地產區認證 GAP 種植基地對口供應為門檻^[35]，以此提高進入琴澳合作區的中藥材品質標準。同時，推動在合作區內外符合條件的中藥材種植、養殖示範基地大力推廣應用新版中藥材 GAP，並由琴澳兩地監管部門聯合進行認證和監督檢查。

為了確保中藥材品質的可追溯性與安全性，琴澳有必要構建一個全程可追溯的中藥材品質追溯體系。該體系應整合內地與澳門現有資源，搭建互聯互通的資訊平台，覆蓋中藥材從種植、採收、初加工、倉儲、運輸，到進口、檢驗、企業生產及最終產品銷售的全流程，並明確各環節參與主體的法律責任。同時，應充分運用區塊鏈、物聯網等現代技術，確保追溯數據的真實性與不可篡改性，為兩地監管部門協同監管和消費者查詢提供可靠依據。在國家層面，中藥材追溯體系建設已較為成熟，例如工業和資訊化部建設的“中藥全產業鏈質量可追溯數據平台”已覆蓋全國 21 個省市、457 個基地和 100 餘家重點企業，涉及 113 種常用中藥材，能夠實時監控種植管理與加工環節，並覆蓋種子種苗、中藥材、中藥飲片、中藥配方顆粒、中成藥等多業態產品；國家藥監局則依託 GAP 監管建立了生產基地台帳、信用檔案和資訊化追溯體系。部分地方與企業也積累了可借鑒的經驗，如雲南省藥監局探索 GAP 品種的全流程資訊化管理，上藥藥材推行“五星（TIO）”全產業鏈品質管理模式，天士力、九州通等龍頭企業則自建追溯系統，確保數據完整性與權威性。這些成熟經驗為琴澳合作區提供了有力的借鑒。同時，基於國家經驗、地方和企業實踐，合作區完全具備條件建立具有示範效應的中藥材品質追溯體系試點，推動琴澳中藥產業高品質發展。

針對市場上存在的道地藥材認定不清、品質參差不齊等問題，需要建立具有法律效力的琴澳道地藥材認證體系。可以借鑒國內外農產品地理標誌、有機認證等成功經驗，研究制定《琴澳道地藥材認定標準和認證管理辦法》^[36]，明確道地藥材的法律定義、認定條件（需基於特定產地、種源、種植/養殖方式、品質特性等科學評估）、認證程式、認證機構資質以及認證證書的法律效力。通過法律手段規範市場流通，保護優質品牌，並將其與中藥材品質標準、追溯體系銜接（如賦予認證藥材唯一追溯編碼，確保產地、品種與品質資訊可追蹤），形成“認定—生產—流通”的品質保障完整鏈條。

在道地藥材保護與品質提升方面，內地多地已探索出可借鑒的模式：種植技術標準化層面，甘肅岷縣、安徽霍山等地通過優化種植技術與培育環境提升藥材品質，凸顯種源與環境對道地性的關鍵影響；產業政策扶持層面，四川平武縣通過專項獎勵推動藥材全鏈條標準化；地理標誌與認證結合層面，雲南三七依託地理標誌與規範化管理實現品質可追溯。基於此，橫琴合作區可從多維度深

[34] 李浩、田侃、喻小勇等：《歐盟成員國植物藥產品審評現狀分析及啟示》，載《中草藥》2016年第24期，第4494頁。

[35] 自2003年11月起，原國家藥監局啟動中藥材GAP認證試點，通過認證的基地需在官方平台公示並接受複認證。2004-2016年認證期間，全國累計167個GAP基地（覆蓋25個省份、129家企業及81個藥材品種）通過審核，其道地產區認證模式與品質管控標準，為橫琴合作區建立對口供應基地准入機制提供歷史參照。

[36] 需要注意的是，原有的中藥材GAP認證已在2016年由國務院正式取消（見《國務院關於取消13項國務院部門行政許可事項的決定》），原國家食藥監局隨後發佈公告（2016年第72號），明確GAP不再作為強制認證，僅保留試行版標準和相關管理要求。此舉導致中藥材在品質認證方面出現制度空白，也凸顯了探索具有法律效力的“道地藥材認證體系”的現實必要性。

化實踐，推動道地藥材產業高質量發展：首先結合自身氣候生態條件，篩選適配的嶺南特色道地藥材品種，聯合澳門高校與科研機構建立種源研發中心和基因庫，在周邊規劃建設仿野生＋標準化種植示範基地，嚴格遵循 GAP 規範推廣綠色種植技術，從源頭夯實品質根基；其次依託數字經濟優勢，搭建道地藥材全生命週期數位化追溯平台，整合種植環節的物聯網環境數據、加工環節的工藝參數與檢測報告、流通環節的物流資訊，實現“一物一碼”全程追溯，同時推動平台與澳門藥監系統對接，達成琴澳數據互通互認；再者出台專項扶持政策，對入駐企業給予場地租金減免、稅收優惠，對通過大灣區中藥標準或國際有機認證的企業發放一次性獎勵，設立產業發展基金解決企業融資需求，並鼓勵“企業＋合作社＋農戶”模式，帶動周邊農戶參與種植形成協同發展格局；此外聯合澳門成立琴澳道地藥材標準制定委員會，在大灣區中藥標準基礎上細化品質指標，形成更具權威性的琴澳標準，依託澳門國際商貿平台推動該標準與歐盟、東盟等地區草藥標準對接，同時在橫琴建設進出口貿易服務中心，提供報關、檢測、認證一站式服務，助力產品走向國際；最後結合文旅康養產業規劃，打造道地藥材文化體驗館、主題研學線路，開發藥膳食療與中藥養生產品，延伸產業鏈條提升綜合效益，最終構建兼具地域特色與國際競爭力的道地藥材產業體系，助力琴澳在國際市場建立品質話語權。

Abstract: Under the integrated development strategy for Hengqin and Macao, the Hengqin Guangdong-Macao Deep Cooperation Zone serves as a vital platform for the internationalisation of traditional Chinese medicine. Its advancement hinges critically on the effective alignment of regulatory frameworks between Hengqin and Macao. Macao has established a multi-tiered regulatory system centred on the *Law on Pharmaceutical Affairs and Registration of Chinese Patent Medicines*, while Hengqin innovates its oversight by adhering to national pharmaceutical regulations while addressing regional requirements. Existing collaborative practices encompass high-level coordination, ‘cross-border one-stop’ services, the ‘Macao Supervision/Manufacturing’ model, and joint quality inspection mechanisms. Current integration faces core challenges, including disparities in registration review efficiency and standards, regulatory barriers in cross-border production chains, inconsistent non-drug regulatory classifications, and weak quality control of Chinese medicinal materials. To overcome these obstacles, pathways include optimising registration review mechanisms, innovating cross-border intermediate substance regulatory models, rationalising non-drug classification management, and strengthening the quality foundation for Chinese medicinal materials. Establishing joint Hengqin-Macau standards, promoting mutual recognition of mechanisms and collaborative oversight will support the high-quality development of the Traditional Chinese Medicine industry within the cooperation zone and advance its internationalisation process.

Key words: Qin-Macao Integration; Regulatory Convergence of Chinese Medicine; Cross-border Circulation Regulation; Quality Standard of Chinese Herbal Medicines; Regulatory Synergy and Optimisation.

（責任編輯：勾健穎）

香港住房權的憲制結構困境與制度性回應

朱孔武*

摘 要 香港住房危機根源于港英時期形成的土地財政與市場主導治理模式，並被《中華人民共和國香港特別行政區基本法》憲制框架延續和合法化。政府依託“低稅—低福利—高地價”發展路徑，系統性壓制了住房作為社會權利的實現。《香港基本法》第39條雖引入國際公約，形式上確認住房權，但因財政保守、司法謙抑與市場邏輯合流，該權利長期處於不可訴、無標準、難落實的境地。破解之道須超越司法中心主義，將權利評估嵌入政策、預算與立法進程，使住房權從文本承諾轉為制度現實。應重構司法協助工具，推動程序參與和多元共治，以提升香港憲制秩序的回應性與法治實質。

關鍵詞 香港基本法 住房權 土地財政 回應性司法 憲制保障

引言

香港住房危機已從單純的市場失衡演變為深層的社會與憲制難題。高企的房價、失控的租金、“劏房”激增以及公共房屋輪候時間持續延長，凸顯了制度層面的結構性困境。^[1]截至2023年，全港居於“非適切居所”（如劏房、工業大廈改裝單位等）的住戶超過20萬戶，其中“劏房”居民估算達20萬人以上。公共房屋供應持續滯後，2024年3月公屋平均輪候時間達5.7年，連續五年超標，而公營房屋建成量從2018年的2.5萬套降至2023年的1萬套，遠低於需求。^[2]《中華人民共和國香港特別行政區基本法》（以下簡稱《基本法》）第39條雖通過援引《經濟、社會及文化權利國際公約》確立了住房權的法律基礎，但在制度實踐中，住房權因缺乏可訴路徑、衡量標準與執行機制，長期處於邊緣化狀態。這種邊緣化源于港英時期土地財政與市場主導治理邏輯的延續，表現為財政克制、司法自制與行政技術化治理的協同抑制效應。

在全球住房金融化趨勢下，香港住房日益被土地財政與金融資本邏輯所主導，從基本生活保

* 朱孔武，廣東財經大學法學院教授，法學博士。

廣東省哲學社會科學規劃項目“港澳基本法與“一國兩制”實施的法治保障研究”（項目編號：GD24XFZ20）階段性成果。

[1] 根據2024年Demographia國際住房負擔能力報告，香港連續十四年位列全球樓價最難負擔城市。See Demographia: *International Housing Affordability* 2024, <https://www.demographia.com/dhi.pdf>, 2025年3月1日訪問。

[2] 參見香港運輸及房屋局：《房屋統計數字2024》，<https://www.hb.gov.hk/tc/publications/housing/HIF2024.pdf>, 2025年3月1日訪問。

障異化為財政收入與資產增值工具，進一步削弱其社會權利地位。^[3] 現有研究雖涉及司法克制^[4]、國際人權義務^[5]與土地制度^[6]等面向，但缺乏整合住房金融化、財政結構與憲制邏輯的綜合分析框架。本文主張，香港住房問題的核心癥結在於憲制結構中權力配置與規範邏輯的失衡，導致住房權在政策、預算與司法環節中被系統性邊緣化。為突破這一困境，需超越“法院中心主義”^[7]，構建以權利優先評估為核心的制度回路，通過立法明確住房權的法定地位、改革行政體系以嵌入權利評估與參與機制、以及重塑司法的規範啟動功能，推動住房權從象徵性承諾走向可操作的制度保障。本文結合政治憲制主義^[8]與法律政治經濟學^[9]的分析路徑，追溯土地財政的殖民根源及其憲制化延續，提出以“前置性權利評估”“財政正義重構”與“多元制度協同”為支點的改革方案，旨在增強香港憲制秩序的公共回應能力與法治正當性。

一、港式住房治理結構的殖民遺緒與憲制延續

香港住房權在憲制結構中的邊緣化狀態，並非源於1997年主權移交後的政策選擇，而是歷史制度深層延續的結果。這一制度結構的起點可追溯至港英時期，當時的殖民政府在沒有民主授權與社會契約基礎的政治環境中，通過高度集中且封閉的財政體制建構治理正當性，確立了以土地財政為支柱的制度路徑。同時，政府持續以市場中立的語言框架掩蓋社會權利的制度空缺，將住房問題排除於基本權利的範疇之外。此種治理邏輯在《基本法》的起草與確立過程中被制度化承襲，形成一個具有高度連續性的憲制結構，至今仍深刻影響香港的住房治理模式。

（一）土地財政與“高地價—低福利”結構的制度生成

殖民時期確立的土地財政體制，是香港住房權制度性邊緣化的根本起源。在港英政府的治理框架下，住房未被視為應由國家保障的基本權利，而是被制度性地定位為財政收入來源、經濟增長工具和社會管理手段。這一定位決定了住房政策始終圍繞財政可行性與市場效率展開，遠離社會權利的憲制邏輯。

“土地財政”（land revenue regime）是指政府憑藉對土地的壟斷地位，通過嚴格控制土地供應、抬高土地出讓價格等手段獲取可觀財政收入。1898年簽訂《展拓香港界址專條》後，《新界條例》確立了土地名義上屬皇家所有、實質由港英政府全面管理的制度框架。政府通過招標、拍賣、協定批地等方式掌控一級土地市場，將土地收益納入財政體系，並將其與城市發展和經濟規劃深度捆綁。這種制度安排不僅反映了殖民地“財政自給”的統治需要，也構成以財政穩定取代民主

[3] 住房金融化是新自由主義背景下住房從社會公共物品向私人資本商品轉化的典型體現，這一過程伴隨著市場邏輯對人權保障的侵蝕，與權利商品化趨勢高度吻合。See Manuel B. Aalbers, *The Financialization of Housing: A Political Economy Approach*, Routledge, 2016, p.3.

[4] See Chan Johannes, *Taking Rights Seriously-The Judiciary at a Challenging Time*, Hong Kong Law Journal 52, 2022, p.937.

[5] See Ramsden Michael, *Judging Socio-Economic Rights in Hong Kong*, International Journal of Constitutional Law 16, 2018, p.447-469.

[6] See Li Si-ming, *Burst of the Property Bubble and Hong Kong's Changing Land and Housing Policies Post-1997*, Eurasian Geography and Economics 57, 2016, p.228-248.

[7] 法院中心主義強調司法審查作為權利保障的核心機制，視法院為憲制秩序的最終守護者，是法律憲政主義的核心觀念。See Latham-Gambi Alexander, *Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism—an Imaginary Opposition?*, Oxford Journal of Legal Studies 40, 2020, p.737-763.

[8] See Bellamy, Richard, *Political constitutionalism: A republican defence of the constitutionality of democracy*, Cambridge University Press, 2007.

[9] See Hurwitz, Justin, *What Is a Law and Political Economy Movement without Law and Economics or Political Economy?*, Journal of Law and Political Economy, Vol.17, 2022, p.773.

問責與社會契約的治理邏輯。^[10]

戰後香港人口激增，住房短缺成為普遍社會問題。然而，港英政府並未建立基於稅收的社會保障體系，而是繼續依賴土地收益支撐基礎設施建設與行政運作，逐步形成“低稅—低福利—高地價”的政策模式。政府有意壓縮土地供應以抬高地價，形成“供地減少—地價攀升—財政擴容”的閉環機制。^[11]這一機制不僅抬高了居住門檻，也強化了住房的資產化與投機屬性，使其脫離了基本生活保障的應有地位。

土地財政結構壓制住房權的機制，主要體現在三個方面：（1）土地用途的高度行政控制。《1947年城市規劃條例》賦予政府全面調控土地使用、分區與重建的權限，使土地成為政府權力運作與財政調節的關鍵節點。^[12]（2）財政收入對地價的深度依賴。儘管近年來政府已推動財政收入來源多元化，土地仍是香港政府重要的財政支柱之一。根據2022–2023年度財政實際資料，地價收入占政府總收入的11.2%，而物業印花稅占比為11.2%，一般差餉占比為3.1%，合計“土地相關收入”約占總收入25.5%，為近年來的高點之一。至2023–2024年度，地價收入大幅回落，僅占總收入3.6%，印花稅與差餉合計占比約14%，三者合計不足18%。土地收益高度波動，易受房地產市場週期影響。^[13]（3）公共住房政策的工具化定位。1950年代啟動的大規模公共房屋建設，雖在一定程度上緩解了基層市民的居住壓力，但其政策目標始終是“臨時安置”而非落實社會權利，更未確立任何具法律效力的住房保障框架。^[14]

在政策話語中，住房長期被定義為“社會穩定工具”或“經濟資源”，而非具憲制拘束力的基本權利。1954年，時任港督葛量洪在立法局公開聲明：“政府並無義務為所有人提供永久住房，其責任僅限於處理緊急情況。”^[15]此類表述明確劃定了政府在住房領域的最低責任界限，為以行政裁量為主導的政策取向提供正當性支持。這一治理邏輯在回歸後並未根本改變。儘管《基本法》第39條形式上確認《經濟、社會及文化權利國際公約》的適用，但特區政府並未進一步通過立法或制度安排將住房權內化為具有明確效力的憲制權利。與此同時，《基本法》第7條雖確立了土地由國家所有、由特區政府管理的憲制框架，卻未就土地政策下的住房分配、公平使用或居住保障作出任何具體規範。這種制度安排強化了土地作為財政資源的功能定位，卻未建立任何關於住房權保障的法律義務或程序機制。結果是，住房問題在制度層面長期缺乏權利確認、法律約束與財政優先位階，難以進入可衡量、可主張、可執行的憲制保障體系。在這一結構下，住房權處於典型的“制度沉默”狀態，其邊緣化不僅源於政策取向，更反映出憲制秩序內部對社會權的結構性排斥。

從法律政治經濟學視角審視，土地財政並非中性的技術安排，而是反映制度性“權利排除”的治理結構。其核心邏輯在於通過財政理性與市場效率的價值框架，否定社會權的可訴性、可衡量性與政府的積極義務承擔，從而系統性地將住房排除於法治與公共責任的適用範圍之外。這種制度安排不僅使住房權在政策制定中處於邊緣地位，也削弱了公眾參與與立法審議的空間，並阻斷了司法介入的可能性，成為香港住房憲制保障缺位的深層障礙。

綜上，土地財政制度不僅解釋了香港住房危機的經濟成因，更揭示了住房權被憲制結構持續排

[10] See Yip, M. K. C, *Hong Kong as a Property Jurisdiction*, Social Transformations in Chinese Societies, Vol. 18, No. 1, 2022, p.1-18.

[11] See Goodstadt, Leo F, *Uneasy partners: The conflict between public interest and private profit in Hong Kong*, Hong Kong University Press, Vol. 1 2005, p.90-103.

[12] 參見侯麗、樂峰：《香港的城市規劃體系》，載《城市規劃》2000年第5期，第47頁。

[13] 參見立法會秘書處資料研究組：《政府收入的主要來源（截至2025年2月26日的數據）》，https://app7.legco.gov.hk/rpdb/tc/uploads/2025/ISSF/ISSF03_2025_20250227_tc.pdf，2025年7月11日訪問。

[14] See Yip, N. M, *The Shek Kip Mei Myth: Squatters, Fires and Colonial Rule in Hong Kong, 1950-1953*, Housing Studies, Vol.22, No.3, 2007, p.433-434.

[15] See Wing-kin, Chui, A “Constitutional Experiment” Before and After the Shek Kip Mei Fire: The Vesting of Public Housing Responsibilities in the Urban Council, 1948–1954, Hong Kong Studies Vol.2, No.2, 2019, p.1-19.

斥的制度邏輯。若無對該制度的根本性反思與重構，住房權即難以在法律與政策層面獲得實質性嵌入。未來的制度改革，應從權利導向出發，重新審視財政制度與土地治理之間的關係，賦予住房以應有的法定地位與可執行保障機制。

（二）“積極不干預”政策範式與市場主導治理邏輯的制度化

香港住房權的制度性邊緣化，並非僅由土地財政結構所造成，其更深層的根源在於一種被高度制度化的“市場主導”治理邏輯。這一邏輯既是政策設計的意識形態前提，也深刻嵌入財政、行政及社會認知結構之中。其憲制意涵可追溯至殖民時期確立的“積極不干預主義”（positive non-interventionism）範式。

所謂“積極不干預主義”，並非主張國家完全退出經濟事務，而是強調政府應避免在資源配置中承擔實質義務，僅在市場失靈時進行有限干預。^[16]這一治理哲學由財政司夏鼎基（John Cowperthwaite）在1970年代正式提出，隨後成為港英政府施政的核心理念，並被持續塑造為香港經濟成功與社會穩定的制度基礎。^[17]

在住房政策中，這一治理邏輯表現尤為顯著。無論是1972年提出的“十年建屋計畫”，抑或其後的“居者有其屋”政策與房委會主導的公共房屋計畫，政府均未將住房視為一種基本社會權利，而是將其界定為“協助市民自力置業”的市場化安排。^[18]此種定位有效規避了承擔國家積極義務的法理後果，將住房供給納入市場邏輯與資源配置效率的評估框架。

即使在2014年出台的《長遠房屋策略》及其後續更新中，政府亦持續強調“按市民承擔能力提供置業機會”的政策取向。在2024年《周年進度報告》中，官方重申“政府並非唯一的房屋供應者”，並明確表示“市場在提供置業機會方面仍扮演關鍵角色”，強調“私營房屋供應可滿足市民多元化的置業需求”。^[19]政策目標聚焦於穩定土地供應、優化公屋輪候時間與“簡約公屋”項目推展，而對“適足住房權”及其所承載的規範義務未作正面回應。這一治理取向延續了將住房問題定位為經濟調控與資產配置議題的路徑，未將住房納入國家義務與社會權利框架之中，反映出香港政府在制度設計上對社會權保障的系統性克制。

財政制度進一步鞏固了這種治理取向。根據2023–2024年度財政預算案，政府用於社會福利、教育及醫療衛生的經常性開支共占經常性總支出近六成；而公共住房的支出則長期維持在預算總額的5%以下，主要依賴盈餘撥款，缺乏制度性保障與法定優先地位。^[20]這種以財政克制為核心的預算邏輯，正與《基本法》第107條所確立的“力求收支平衡、避免赤字”原則深度契合，使住房政策在資源配置上持續處於邊緣。

進一步看，土地與城市規劃制度亦體現出對市場邏輯的優先考慮。在地塊分配與用途審批中，政府通常優先發展可帶來高回報的商業或私人住宅項目，而對公共住房用地則設定較高的財政與“市場平衡”門檻。這一制度性歧視不僅限制了公共供地，也進一步削弱了住房政策回應社會需求的能力。^[21]

[16] See Peck Jamie, *Milton's Paradise: Situating Hong Kong in Neoliberal Lore*, *Journal of Law and Political Economy*, Vol.1, 2021, p.189.

[17] 參見黎熙元、嚴麗君：《從港式自由主義到港式福利主義：回歸後香港福利模式的轉變》，載《當代港澳研究》2018年第4期，第149頁。

[18] 參見劉祖雲、孫秀蘭：《香港公屋政策的歷史沿革及其對內地的啟示》，載《中南民族大學學報(人文社會科學版)》2012年第1期，第74頁。

[19] 參見房屋局：《長遠房屋策略2024年周年進度報告》，https://www.hb.gov.hk/sc/policy/housing/policy/lths/LTHS_Annual_Progress_Report_2024.pdf，2025年7月11日訪問。

[20] 參見香港特區政府：《2023–2024年度財政預算案》，https://www.budget.gov.hk/2023/sim/pdf/2023-24_Media_Sheets.pdf，2025年7月11日訪問。

[21] See Li Ling-Hin, Wong Siu Kei Kelvin, Cheung Ka Shing, *Land Supply and Housing Prices in Hong Kong: The Political Economy of Urban Land Policy*, *Environment and Planning C: Government and Policy* 34, 2016, p.981-998.

在社會認知層面，“市場主導”已被自然化為常識前提。公眾普遍將住房困境視為個體經濟能力或市場調節失靈的問題，而非國家責任缺失的表現。這種意識形態氛圍削弱了住房作為憲制權利的主張基礎，使社會訴求難以超越政策改善的層次，轉化為制度性的權利主張。^[22]即便在“反地產霸權”等社會運動中，相關訴求亦多以政策倡議而非法律權利的形式出現，反映出制度語言對權利想像的限制。^[23]

由此可見，香港所謂的“市場主導”並非單純經濟技術路徑，而是一個通過財政制度、政策語言、意識形態與制度設計共同構築的憲制結構。住房權在此結構中被系統性排除於應予實現與保障的權利清單之外，形成國家責任最小化、市場邏輯優先化的制度格局。若要推動住房權的憲制轉化，必須正視這一治理邏輯所形成的制度惰性與意識形態屏障，並在財政、政策與法律三個層面予以突破。

（三）《基本法》的憲制化延續與規範內化機制

《基本法》的制定並未對港英時期確立的土地財政結構與市場主導治理邏輯構成實質性改變，反而在憲制文本層面加以延續與合法化。這種延續並非機械複製，而是在憲制條文中透過規範表達，將原有治理邏輯嵌入制度結構之中，從而形塑一種表面權利承諾與現實實踐脫節的憲制悖論結構。

《基本法》第7條雖在“一國兩制”框架下確認了土地的國家所有權及特區政府的管理權限，其實質規範效應卻是固化了殖民時期“以地養財”的財政邏輯。通過賦予特區政府對土地的壟斷性出讓權與收入支配權，該條為“高地價—低福利”模式提供了憲制合法性基礎。財政資料顯示，土地相關收入在政府財政中佔據長期高比重。2023–2024年度，政府來自地價、差餉與印花稅的合計收入達969億港元，占經常性收入總額的19.1%。^[24]個別年度曾超過25%，遠高於多數OECD國家10%以內的平均水平。^[25]這一高度依賴土地的財政模式，反映出土地作為公共資源的運作重心，已長期偏向財政增值而非社會分配。

儘管《基本法》第7條賦予香港特別行政區對境內土地“管理、使用、開發、出租或批給”的廣泛憲制權限，但該條文在規範結構上僅止於資源處置權的形式確認，未對土地政策的社會取向、公共利益分配或住房保障義務設定任何明確的實質性標準。這種規範上的空缺，構成典型的“開放式授權”（open-ended delegation）^[26]，不僅模糊了土地行政的憲制邊界，也使得特區政府在制度運作中得以規避公共責任，通過財政邏輯與市場機制主導土地配置，將土地政策工具化、收益化，從而削弱住房作為社會權利的規範訴求力。

《基本法》第107條進一步鞏固了這種財政導向結構。該條明確規定：“財政預算以量入為出為原則，力求收支平衡，避免赤字，並與本地生產總值的增長率相適應。”表面上為保障財政穩健之必要條款，實則在制度運行中被內化為限制社會支出的硬約束，並逐步演化為香港政策文化中的“低稅—小政府”範式核心。^[27]在預算分配實踐中，這一規範對住房權保障構成隱性制約。例如，

[22] See Forrest, Ray, James Lee eds, *Housing and social change: East-West perspectives*, Routledge, 2003, p. 92–97.

[23] See Ho Joseph Kim-Keung, *A Facebook-Based Questionnaire Survey Study on Social Justice Perceptions in Hong Kong Housing Policy*, *European Academic Research* 3, 2015, p.589-603.

[24] 參見立法會秘書處資料研究組：《政府收入的主要來源(截至2025年2月26日的數據)》，https://app7.legco.gov.hk/rpdb/tc/uploads/2025/ISSF/ISSF03_2025_20250227_tc.pdf，2025年7月11日訪問。

[25] See Enache, Christina. *Sources of Government Revenue in the OECD*, 2020. Fiscal Fact, 2020. <https://files.taxfoundation.org/20200219094338/Sources-of-Government-Revenue-in-the-OECD.pdf>

[26] See Cass Ronald A., *Delegation Reconsidered: A Delegation Doctrine for the Modern Administrative State*, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 40, p.147 (2017).

[27] See Hung, *Changes in social policy in Hong Kong since 1997: Old wine in new bottles?*, *Contemporary Hong Kong government and politics*, 2012, http://web.swk.cuhk.edu.hk/~hwong/pubfile/book/2012_Changes%20in%20social%20policy%20in%20Hong%20Kong%20since%201997.pdf, in *Contemporary Hong Kong Government and Politics*, Hong Kong University Press, p.318.

2023–2024 年度房屋相關支出占政府總預算的比例僅為 4.8%，且多數為一次性撥款，缺乏結構性、長期性承諾。財政制度在“量入為出”的規範框架下，優先考慮預算平衡與經濟增長指標，而將住房等社會支出置於次要地位，從而限制了政府推動住房權制度化的政策空間與資源基礎。

《基本法》第 108 條確認了香港稅收制度的獨立性，但並未在憲制層面對再分配目標或住房公平建立明確導向。殖民地時期形成的低稅傳統及非干預理念，在條文表述中未被修正，亦未建立調節房地產資本的制度基礎。當前差餉與印花稅多為市場冷卻工具，稅率有限、覆蓋面狹窄，難以發揮實質性的分配糾偏功能。^[28]2022 年，全港空置的私人住宅單位高達約 78,000 個，占整體私人住宅單位總存量的 6.5%。^[29]儘管空置率已反映出供需錯配與資源閒置的結構性問題，政府迄今仍未落實具實質調節效果的空置稅機制。2019 年提出的“空置稅”立法建議在地產界反對下被擱置，政策層面仍以“市場主導、循序推進”為基本邏輯，未將房屋資源調配納入公共義務或社會權利視野。從規範結構上看，第 108 條雖賦予稅制自主權，卻未設定公共財政在社會正義中的角色定位，反映出制度設計中“權利優先”邏輯的缺席。

概而言之，《基本法》第 7 條、第 107 條與第 108 條在制度結構上構成了對住房權憲制化的三重制約：土地資源的財政導向配置、社會支出的預算克制約束、以及稅收機制的再分配失靈。三者共同形塑了一種財政主導、市場優先的制度邏輯，將住房從公共保障的議題邊緣化為財政與市場之間的剩餘變數。在此規範體系下，住房權雖未被明確否定，但也未被實質嵌入憲制結構，形成制度性“低度可見”的狀態，使香港住房政策長期游離於憲法義務與法律責任之外。

二、住房權的結構性邊緣化與制度運行困境

（一）功能性立法主導下的住房權規範空缺

香港現行與住房相關的法律體系在制度設計上表現出明顯的局限性，未能充分體現住房作為基本權利的價值取向，限制了其回應社會正義與居住需求的能力。核心法律包括《房屋條例》《城市規劃條例》《建築物條例》《消防安全（建築物）條例》以及《差餉物業估價條例》和《印花稅條例》等稅收相關法規。《房屋條例》作為公共住房政策的基本法，授權設立房屋委員會與房屋署，賦予政府“按需要提供”公營房屋的權限，但並未將適足住房確立為政府的法定義務，亦未規定最低居住標準、輪候期限或租金負擔能力的法律指標，難以通過司法途徑保障住房權。《城市規劃條例》聚焦於土地用途分區與“良好城市佈局”，其目標在於優化城市空間而非直接回應社會住房需求；儘管公眾參與程序形式上存在，但公眾及區議會缺乏實質性否決權或決策影響力，限制了弱勢群體居住權益的表達。《建築物條例》及《消防安全（建築物）條例》規管樓宇結構與消防安全，僅提供技術性規範，未能涵蓋居住擁擠、通風採光或單位分隔等涉及人類尊嚴的居住品質問題。

《差餉物業估價條例》及《印花稅條例》等稅收法律旨在穩定財政與調節市場，未融入住房正義或社會再分配的制度功能。

整體而言，香港住房法律體系呈現三項顯著的制度性特徵：首先，其功能性與執行性導向突出，注重行政效率而缺乏權利建構意識，未能將住房視為基本人權；其次，法律多採用寬泛的行政授權，賦予政府較大裁量權，但未設定明確的法律義務，導致政策缺乏可問責的規範基礎；最後，權利語言在法律文本中的缺席，使得公民難以通過司法解釋或法律訴求途徑主張住房權益。這種制度設計不僅限制了住房政策的正當性與社會回應性，也與土地供應瓶頸問題交織，阻礙了可負擔住

[28] See Ng Mee Kam, *Urban Renewal, Sense of Community and Social Capital: A Case Study of Two Neighbourhoods in Hong Kong*, Urban Renewal, Community and Participation: Theory, Policy and Practice, 03 May 2018, p.1-23.

[29] 參見差餉物業估價署：《香港物業報告2022》初步統計數字，https://www.rvd.gov.hk/doc/tc/HKPR2022_Preliminary_Findings_TC.pdf，2025年7月11日訪問。

房的供給。

借鑒紐西蘭的經驗，香港可通過嵌入“權利語言”重構住房治理框架，以提升政策的規範正當性與社會回應性。儘管紐西蘭憲法未明文規定住房權，其通過政策話語、公眾參與及民主協商機制，將適足住房內化為治理實踐的核心價值。《Aotearoa New Zealand Housing Strategy》作為一項政策指導文件，明確宣示“確保每個人居住在安全、溫暖、乾燥、可負擔的家中”是政府的基本責任，並將住房保障融入國家福祉框架，強調其對健康、尊嚴及社會參與的基石作用。^[30] 這些政策表述通過道德與社會共識賦予住房政策規範力，並通過議會監督、社區諮詢及跨部門協作推動權利邏輯的制度化嵌入。

香港的立法制度尚未建立完善的前置性權利影響評估機制，導致政策制定難以充分融入基本權利視角。在涉及土地供應、城市重建和財政安排等重大住房相關議題時，香港立法會未引入“人權影響評估”或“權利相容性評估”等法定程序。例如，“土地共用先導計畫”和“北部都會區”發展規劃對居住結構產生深遠影響，但缺乏針對弱勢群體居住權影響的詳細評估。這些計畫通常僅通過施政報告形式公佈政策方向，未能落實法定聽證或權利評估程序，限制了公眾參與和權益保障。

相較於香港，多個普通法司法管轄區通過制度化機制確保立法過程中對人權的考慮，體現了權利前置性控制的理念。例如，加拿大《司法部法》第 4.2 條要求司法部長為每項政府法案準備《憲章聲明》，以評估其與《加拿大權利與自由憲章》的相容性。^[31] 此機制通過透明的程序說明，促進議會和公眾對法案潛在人權影響的討論，體現了預防性權利保護的法理原則。同樣，愛爾蘭《人權與平等委員會法》（2014）第 42 條規定了公共部門平等與人權職責，要求公共機構在執行職能時將人權和平等考慮融入政策制定。這一“人權主流化”職責通過法定程序，確保政策與《歐洲人權公約》和國際人權標準相符。^[32] 在英國，《人權法案》（1998）要求公共機構的行為符合《歐洲人權公約》權利，而《平等法案》（2010）第 149 條的公共部門平等職責進一步要求在政策制定中評估平等影響，間接涵蓋人權考慮。^[33] 儘管英國未明確要求預算案或社會政策進行人權影響評估，但其綜合法律框架通過司法審查和行政實踐，確保政策制定中的人權相容性。

上述機制均體現了對權利前置性控制的重視，旨在通過立法前的評估和程序性問責，預防潛在的人權侵害。這種做法與《公民權利和政治權利國際公約》第 2 條和《經濟、社會及文化權利國際公約》第 11 條的國際義務相呼應。為彌補這一差距，香港可借鑒上述司法管轄區的經驗，通過修訂《立法會（權力及特權）條例》或《房屋條例》（Cap. 283），引入立法前人權影響評估程序，並明確公共機構的問責職責。例如，可要求立法會針對涉及住房、土地或財政的法案提交人權相容性報告，結合公眾諮詢和法定聽證機制。此外，參考加拿大和愛爾蘭的做法，設立獨立的人權監督機構，負責審查立法和政策的人權影響，將有助於提升香港治理的透明度和正當性。這些改革不僅能填補制度空缺，還可通過嵌入“權利語言”，推動從行政主導的“需求邏輯”向以權利為核心的治理範式轉型。

（二）行政決策體制中的去權利化機制

香港住房政策的制度形態長期依賴以行政機關為中心的規劃與執行體系，形成一種典型的“政策優先—技術中立—專家裁量”治理邏輯。雖然在程序上維持形式上的公眾諮詢與專業評估，實質

[30] See Howden-Chapman Philippa, et al, *The Effects of Housing on Health and Well-Being in Aotearoa New Zealand*, New Zealand Population Review 47, 2021, p.16-32.

[31] See Department of Justice Canada, Charter Statements, 2022 (22 August 2025), <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/pl/charte-charte/index.html>.

[32] See Collins Evelyn, Crowley Niall, *Equality Frameworks on the Island of Ireland*, Irish Studies in International Affairs 34, 2023, p.395-425.

[33] See Allan T. R. S, *Constitutionalism at Common Law: The Rule of Law and Judicial Review*, The Cambridge Law Journal 82, 2023, p.236-264.

上卻通過去政治化與去權利化的制度設計，將住房問題從基本權利的治理路徑中抽離，建構出一套對憲制義務“結構性免疫”的行政體制。住房權在政策形成過程中的“制度性失語”，正是這一治理邏輯的深層體現。

第一，在政策議程的起點，香港並未建立任何具有強制力的人權前置性評估機制。無論是《房屋條例》、《城市規劃條例》，還是《長遠房屋策略》及歷年施政計畫，均未就香港所承認的《經濟、社會及文化權利國際公約》第11條“適足住房”義務作出規範性回應。政策設計往往聚焦於“土地供應總量”“建屋目標”“單位結構”等技術指標，而對“最低核心義務”“負擔能力”或“漸進實現”這一類權利原則缺乏制度性評價或衡量框架。從比較法上觀察，瑞典通過全國性住房需求預測與覆蓋40%家庭的住房津貼計畫，確保政策目標與居民的居住需求直接掛鉤。^[34]

以《長遠房屋策略2024年度進展報告》為例，政府繼續維持“公私營房屋六四比例”及“三年平均輪候時間”的政策目標，並以此制定未來十年房屋供應規劃。報告雖詳列土地推算、項目時間表與建屋進度，但並未設定住房權實現的法律標準，亦無任何機制要求政策部門說明政策如何影響弱勢群體或回應人權義務。^[35]現行制度缺乏“住房政策合憲性聲明”機制，也未確立“最低服務層級”或“基本保障門檻”以確保最弱勢群體不被排除在住房保障之外。結果是，即便政府強化了建屋進度安排，住房政策整體仍停留於供求匹配與行政效率的邏輯，未能將住房視為必須優先保障的基本權利，構成了“前端未設權利目標—中端缺乏衡量機制—後端無司法救濟”的制度性斷裂。

第二，在財政程序層面，香港現行預算編制體系並未確立將住房作為優先保障事項的制度架構。根據《公共財政條例》，預算由財政司統一統籌，整體預算原則強調“審慎理財”“財政盈餘”與“資產穩健”。在實際操作中，預算文本並未設定“住房支出最低比例”“目標人均投入”或“權利成效指標”，也未對《基本法》第39條所承諾的國際人權義務作出預算層級的解釋說明。

以2023–2024年度《財政預算案》為例，公共住房相關撥款占總公共支出的比例不足4%，遠低於OECD國家平均的10%以上。預算中雖詳細列明土地供應、發展密度與單位數目標，卻完全未提及“劏房居民”“無家者”或“租金負擔率”等社會弱勢群體的權利指標。財政投入的主要語言邏輯是“提高土地使用效率”“促進房屋供應”，而非“保障尊嚴”“回應脆弱群體”“落實最低義務”。這種預算表達凸顯出住房在香港財政制度中的非權利化地位，即被視為一種可調整的資源配置事項，而非政府不可推卸的憲制性義務。

第三，儘管香港在程序設計上設有一定公眾參與機制，例如《城市規劃條例》第6條允許公眾就法定圖則提出意見，但該程序並未賦予公眾意見以法律拘束力，相關機構亦無義務作出實質回應，導致公眾參與流於形式化。2018年《土地供應專責小組報告》雖在程序上體現“廣泛諮詢”，系統收集公眾意見，涵蓋公眾論壇、網路問卷、書面提交及學術機構（如香港大學社會科學研究中心與中文大學亞太研究所）之獨立調查，並在附錄中詳列資料與分析內容，表面上構建出參與正當性，但在制度結構上卻未建立具約束力的“採納—說明—回饋”機制。^[36]報告對意見內容僅作“社會接受度”、“技術可行性”與“實施優先次序”的分類整合，未對具有政策轉向意義的主張（如土地社會化、土地正義、弱勢群體優先安置）作出回應路徑的制度安排。

從制度理論角度看，真正具備實質意義的公眾參與，應包含“程序回應責任”，即政府須在形成政策決定之前設立制度化的說明義務與跟進機制，回應不同群體所提出的具體訴求與利益衡量。香港的諮詢制度長期延續港英時代“程序合法性優於實質參與”的傳統，其主要功能在於“去政治

[34] See Andrews, Dan, Aida Caldera Sánchez, and Åsa Johansson, Housing markets and structural policies in OECD countries, OECD Economics Department Working Papers 836, OECD Publishing, 25 Jan 2011, p.6.

[35] 參見香港特區政府：《長遠房屋策略》2024年周年進度報告，https://www.hb.gov.hk/tc/policy/housing/policy/lths/LTHS_Annual_Progress_Report_2024.pdf，2025年7月11日訪問。

[36] 參見香港特別行政區政府發展局：《土地供應專責小組報告》，2018年12月，https://www.devb.gov.hk/tc/boards_and_committees/task_force_on_land_supply/report/index.html，2025年7月11日訪問。

化”爭議議題，通過形式正當程序吸納批評，實則規避結構性政策轉向。^[37]這類“象徵性諮詢”形式，在制度功能上更傾向於建構合法性外觀，而非實質性的協商機制。

第四，香港土地與住房政策的實質主導權高度集中于行政機關，包括發展局、運輸及物流局與房屋署等。社會組織與居民團體並無制度化發聲渠道，區議會亦在土地政策中缺乏法定權限與資源配置功能。這種高度行政主導與程序去權利化的制度格局，使住房權保障難以在政策形成與執行環節中獲得實質表達。相較之下，南非通過憲法確立住房聽證制度，並保障社區代表在住房決策過程中的法定參與地位；加拿大設立國家住房專員（Federal Housing Advocate），對政府政策實施進行權利導向的持續監督，並定期向國會提交評估報告。這些制度設計不僅體現對社會權利的結構性回應，也在制度層面建立前、中、後政策環節的權利回饋機制。香港在此方面尚未建立具憲制約束力的制度通道，使住房政策長年停留在“行政規劃—技術評估—形式諮詢”的閉環中，權利話語始終處於程序邊緣。

第五，貫穿整個行政決策過程的，是一種“技術中立話語”所構成的結構性遮蔽邏輯。政府部門通常以“財政可承受性”“政策可行性”“資料驅動”為正當化語言，回避對住房權所涉及的居住尊嚴、空間平等與人類安全等基本價值的回應。例如，《長遠房屋策略》強調“單位數”“平均等待時間”“居屋出售比重”，卻從未提出“最低居住面積”“租金支出上限”“無家可歸者數量”等作為政策評價的標準變數。這種去政治化處理路徑使權利主張被轉化為技術性判斷對象，成為行政裁量的邊緣變數。

正如法律政治經濟學理論指出，所謂“技術中立”並不意味著真正中性，而是掩蓋特定政治經濟結構下權力與資本主導邏輯的表面中性化修辭。^[38]在香港的住房治理中，這一話語策略不僅阻斷了住房權作為憲制義務的制度表達路徑，也強化了住房政策對市場機制與財政紀律的制度依附，結構性地邊緣化社會權利的地位。

由此可見，香港住房行政體系呈現出高度去權利化的結構性特徵：在政策議程上回避權利評估，在財政安排上排除權利排序，在公眾參與上缺乏實質回饋，在技術話語中壓制政治表達。這種制度邏輯使住房權在治理結構中長期處於“不可訴、不可衡、不可言說”的沉默狀態。若要真正實現住房權的憲制轉化，必須打破行政體制中的“非權利化機制”，重構以社會權利為基礎的政策生成與執行路徑。

（三）司法路徑的制度克制與可訴性障礙

在香港的憲制結構中，法院雖承擔基本權利最終解釋者之角色，然在住房權保障方面卻展現出持續性的克制立場。這種克制主要體現在三個層面：其一，法院對社會權利的可訴性持高度保留態度；其二，審查工具缺乏回應結構性不平等的規範能力；其三，判詞表達回避具體說明，未能形成規範交代機制，進而制約了住房權從文本規範向實質保障的轉化。

第一，在可訴性界定方面，Ng Kung Siu v Secretary for Justice ([1999] 1 HKC 117) 一案奠定了“轉化主義”（transformative approach）原則。法院認為，《基本法》第39條雖確認《經濟、社會及文化權利國際公約》（ICESCR）繼續適用於香港，但國際條約本身並不具直接可訴性，須經本地立法“吸收”後方可在法院援引。^[39]此判例確立了香港法院對國際人權規範採取“解釋性引導”而非“直接適用”的基本立場，導致第39條的權利保障功能被虛化。^[40]

[37] See Mok Florence, *Town Talk, Enhancing the “Eyes and Ears” of the Colonial State in British Hong Kong, 1950s–1975*, *Historical Research* 95, 2022, p.287-308.

[38] See Greenberg Brad A, *Rethinking Technology Neutrality*, *Minnesota Law Review* 100, 2015, p.1495.

[39] See Yap Po Jen, Wong Thomas, *Public Welfare and the Judicial Over-Enforcement of Socio-Economic Rights in Hong Kong*, *Hong Kong Law Journal* 44, 2014, p.41.

[40] See Marsh Luke, *The Strategic Use of Human Rights Treaties in Hong Kong’s Cage-Home Crisis: No Way Out?*, *Asian Journal of Law and Society* 3, 2016, p.159-188.

這一路徑在 *Kong Yunming v Director of Social Welfare* ([2013] 16 HKCFAR 950) 中得以延續。雖然法院在該案中首度承認政府負有憲制義務確保居民享有基本生活保障 (right to basic welfare)，但多數意見仍拒絕對《社會保障援助制度》進行實質干預，強調政策制定牽涉資源配置與行政判斷，非屬司法審查範疇。^[41] 判決多數意見指出，財政優先排序屬政策裁量，法院不宜介入。而 Bokhary PJ 在不同意見中批評這一立場，認為法院在面對制度性剝奪時，不能僅以“政策自由裁量”為由回避最低義務判斷，特別是在《住房條例》第 16(1A)(b) 條已明文要求租金須維持於“合理可負擔”水平（通常為家庭收入的 10%）的情況下。^[42]

第二，在審查工具方面，香港法院對比例原則的適用呈現形式化、弱實質化的特徵，特別是在社會政策領域。在 *Ho Choi Wan & Others v Housing Authority* ([2014] 3 HKLRD 687) 中，爭議焦點在於房屋署對“可負擔租金標準”的計算方式是否構成對弱勢群體的不當歧視。法院並未深入探討該標準對低收入戶的具體影響，而是強調“政府已考慮相關因素”，屬於其行政專業判斷範圍，毋須展開嚴格審查。Cheung CJHC 明確指出：“即使國際公約對住房權提出正面要求，亦無本地立法具體實施，其法律效力有限”。^[43]

與香港的制度慣性形成鮮明對照的是，英國法院自《人權法案》（1998）生效後，在社會權案件中逐步採納比例性審查。在《*R (Carson) v Secretary of State for Work and Pensions*》([2005] UKHL 37) 中，法院要求政府證明退休金政策差異的正當性與比例性。在《*R (DA and Others) v Secretary of State for Work and Pensions*》([2019] UKSC 21) 中，最高法院強調社會福利政策須接受“平衡性與合理性並重”的審查，確保不實質侵害弱勢群體權利 (Orina, 2007, p. 23)。^[44] 加拿大法院在《*Tanudjaja v Canada (Attorney General)*》([2014 ONCA 852]) 中雖因程序理由駁回住房權訴求，但未否定其憲制價值，要求原告提供具體權利侵害證據。加拿大《國家住房戰略法》（2019）設立住房專員制度，為司法審查提供資料支援。^[45]

值得注意的是，香港法院尚未建立“最低核心義務”（minimum core obligations）的憲制評估框架。根據聯合國《經濟、社會與文化權利委員會》的一般性意見第 3 號和第 4 號，各成員法院應識別每項社會權利所對應之最低保障基準，例如基本住房、安全庇護等，即使在財政緊張情形下亦不得任意削減。但在上述各案中，法院均未對“最低保障水平”進行規範分析，致使原告在主張社會權利時缺乏明確的審查基準與證明路徑。

第三，裁判表達中對制度性權利影響的說明亦顯不足。法院判詞常援引“社會複雜性”“行政彈性”“政策多因素考慮”等抽象表述作為拒絕實質審查的理由。例如 *Kong Yunming* 案中，多數意見未具體說明政府為何不能擴展住房支持制度，也未要求政府提供制度影響分析或逐項說明，而是以“現有安排已屬合理”一言以蔽之。^[46] 相比之下，德國聯邦憲法法院在類似案件中，通常要求政府提交政策說明文件 (Begründungspflicht)，詳細論證政策如何兼顧財政約束與權利保障，並證明該政策設計符合“最小侵害”原則。

總體而言，香港司法路徑對住房權保障的回應，體現出三重規範與制度障礙：第一，憲制性條

[41] See Kong Karen, *Kong Yunming v Director of Social Welfare: Implications for Law and Policy on Social Welfare*, Hong Kong Law Journal 44, 2014, p.67.

[42] See Chan Johannes, *Basic Law and Constitutional Review: The First Decade*, Hong Kong Law Journal 37, 2007, p.407.

[43] See Orina Nabil M, *Enforceability of the Right to Affordable Housing in Hong Kong: Revisiting Ho Choi Wan v Hong Kong Housing Authority*, Hong Kong Journal of Legal Studies 14, 2020, p.1.

[44] See Baker Aaron, *Proportional, Not Strict, Scrutiny: Against a US Suspect Classifications Model under Article 14 ECHR in the UK*, The American Journal of Comparative Law 56, 2008, p.847-894.

[45] See DesBaillets David, *The International Human Right to Housing & the Canadian Charter: A Case Comment on Tanudjaja v Canada (Attorney General)*, Windsor Yearbook of Access to Justice 32, 2015, p.121.

[46] See Chow Pok Yin S, *After Kong Yunming v Director of Social Welfare: The Status of Socio-Economic Rights in Hong Kong*, Journal of Public Law Review, 2018, p.133-146.

文雖形式承認社會權利，但法院以“轉化主義”規避其實質適用義務；第二，審查工具缺乏規範密度，未發展出針對最低義務或差別待遇的分析框架；第三，裁判表達回避對具體權利影響的論證，難以形成權責機制。這些障礙共同構成了住房權在司法路徑下的制度性封閉，亟需通過引入實質性審查框架、確立最低保障標準與完善政策說明機制予以突破。

三、超越法院中心主義的憲制回應路徑

（一）立法機制中的規範嵌入路徑

法律並非中立的規則集合，而是塑造權力分配和資源配置的結構性工具。^[47] 香港現行的住房法律體系，主要圍繞房屋建設、租賃管理與土地規制等行政目標展開，尚未建立明確的住房權立法基礎。儘管《基本法》第 39 條將《經濟、社會及文化權利國際公約》列入本地法適用範圍，但該條並未明確規定住房權的國內效力，更無系統立法將適足住房確立為一項實質性權利。當前的《房屋條例》、《建築物條例》、《租務條例》等核心法例，皆為功能性立法，僅對建築標準、房屋管理與租金糾紛設定技術規範，未能形成一個以權利為核心的住房規範體系。

這一立法缺位直接導致住房政策無法被納入法治約束之下，缺乏“最低保障標準”或“漸進實現義務”的立法基礎，亦難以觸發可訴性與政府責任的規範路徑。在此背景下，制度性回應的首要任務，應是通過實質立法將住房確立為一項具有約束力的基本社會權利，並明確相關主體的憲制義務。

首先，應推動制定《住房權保障條例》作為基礎法典，確立適足住房的法定地位與國家義務結構。該法應借鑒聯合國《第 4 號一般性意見》對適足住房的界定，涵蓋安全、可負擔、可接受、可進入等七項基本維度，並賦予居民就嚴重住房剝奪狀況（如無家可歸、劣質劏房、強制遷拆）提出程序性救濟與實質性權利主張的基礎。例如，可確立住房最低空間標準、租金收入比上限、非歧視使用權保障等具體條款，並授權法院或獨立監察機構對嚴重違反住房義務的情況進行司法或行政糾正。

其次，香港應在普通法傳統下設立合憲性審查聲明機制與人權影響說明制度。凡涉及土地用途、住房分配、房屋租管、搬遷清拆等涉及居住權利的法案，均應附帶對《基本法》第 39 條及《公約》第 11 條義務的影響說明，並就相關條款是否侵犯“最低保障標準”提供明確立場。普通法地區的實踐為香港提供了可借鑒的制度範例。加拿大自 2003 年起推行“人權影響評估框架”（Human Rights Impact Assessment Framework），要求在政府預算、立法草案和重大政策制定階段，嵌入權利影響評估程序。2019 年《國家住房戰略法案》（National Housing Strategy Act）通過後，加拿大將住房權明確界定為“人權事務”，並設立“聯邦住房權利專員”（Federal Housing Advocate），負責向國會提交年度政策評估報告、監督政策落實並受理公眾申訴（Canada Mortgage and Housing Corporation, 2020）。^[48] 這一機制通過“權利報告—政策回饋—國會問責”的三段結構，將住房權從抽象承諾轉化為可操作的治理路徑。

第三，通過“框架立法+專項條例”模式，構建漸進性住房權立法體系。在《住房權保障條例》確立基礎權利與義務結構之後，可制定《公共住房服務法》《租賃公平條例》《住房遷拆補償法》等專項法律，分別規範弱勢群體住房分配、租金合理調控、迫遷程序與安置標準等具體問題，確保政策措施不僅具備行政合理性，也具有法定正當性。此種結構可強化住房立法體系的系統性、程序性與規範性，使其從行政授權轉向法律賦權，從而形成以權利為中心的立法邏輯。

上述分析表明，香港住房權保障的制度回應必須以立法機制為起點，通過確認住房權的法定地

[47] See Britton-Purdy Jedediah, Grewal David Singh, Kapczynski Amy, Rahman K. Sabeel, *Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis*, The Yale Law Journal 129, 2019, p.1784-1835.

[48] See Hamill Sarah E, *Caught between Deference and Indifference: The Right to Housing in Canada*, Canadian Journal of Human Rights 7, 2018, p.67.

位、明確最低義務標準、構建評估與說明機制，打破現行法律體系對住房權的“功能性化”處理，使住房不再僅為資源配置中的行政事項，而成為可依賴、可主張、可監督的基本社會權利。

（二）行政體系中的前置性評估與參與機制

香港現行住房政策的行政體系，在結構上體現出高度集中的決策路徑與項目導向的執行邏輯，缺乏系統性、制度化的權利評估機制與公眾參與架構。住房政策雖然在技術上高度複雜，需整合財政、土地、規劃等多重因素，但正因其對生活尊嚴與社會平等的深遠影響，更應納入明確的憲制義務與權利保障程序之中。制度性回應的關鍵，即在於推動建立具法律約束力的前置性評估制度與實質性公眾參與機制，使行政體系對住房權的保護不再依賴偶發性的政策善意，而轉化為可預期、可監督的制度承諾。

第一，應確立住房政策的前置性權利影響評估制度。目前，香港各類與住房有關的政策規劃文件，如《長遠房屋策略》、《土地供應策略》、《市區重建政策》及各區分區計畫圖，均未設立系統性的權利影響評估程序。行政決策主要圍繞技術指標（如單位數目、用地面積、樓宇密度）作出判斷，未就政策是否會影響弱勢群體的住房權或引致間接歧視進行規範評估。

在香港《基本法》和《人權法案條例》的框架下，前置性評估機制可作為連接憲制義務與行政正當性的“制度橋樑”。《人權法案條例》第5條與第6條確立的“合法性”與“比例性”原則，為住房權評估提供了規範對接點。參考聯合國經濟、社會及文化權利委員會《第20號一般性意見》（關於經濟、社會及文化權利中的非歧視）中有關政策決策中人權主流化的要求，香港可設立專責機制，要求所有涉及住房的重大政策文件須附帶權利影響說明書，說明其是否涉及《基本法》第39條與《公民權利和政治權利國際公約》第11條所確立的義務，並作出合規性分析。英國的經驗則體現為制度前移與軟性約束的結合。英國平等與人權委員會（EHRC）多次建議財政部在年度預算案中，對社會權利特別是住房支出進行影響評估。根據EHRC委託Landman Economics和國家經濟與社會研究所於2014年11月發佈的《累積影響評估報告》（Cumulative Impact Assessment: A Research Report），未能進行系統性住房政策人權評估，可能構成國家違反公共部門平等義務和正當程序義務。^[49]

第二，應改革現有的公眾參與程序，建立實質性、權利導向的住房參與平台與法定諮詢機制。目前，香港《城市規劃條例》第6條與第7條雖規定公眾可對法定圖則提出意見，但其效力有限，政府無義務作出回應或修訂。多個政策諮詢小組，如“土地供應專責小組”“房屋委員會”“房屋諮詢小組”等，亦以非強制性形式運行，議程設定權與結論採納權高度集中于行政主導層面。弱勢群體、基層社區、無家可歸者、租戶組織等群體的代表性嚴重不足，導致其訴求難以制度化表達。

在回應性治理框架下，應建立法律賦權的住房參與制度，仿照愛爾蘭《住房（計畫與開發）法》設立“社區參與計畫”，將低收入群體、租戶代表及社區組織納入住房政策協商流程，並對政府採納意見情況設定報告義務。此類機制可通過設立“社區土地論壇”“住房權協調平台”“公眾聽證機制”等多層參與架構，實現從資訊收集、方案設計到執行監督的全過程參與，增強住房政策的社會合法性與權利合理性。

第三，為提升行政體系對住房權實現狀況的制度監督能力，香港應設立獨立住房監察機構，專責評估政府履行住房義務的表現、收集公眾投訴、提出改善建議，並定期向立法會或人權委員會提交報告。該機構可借鑒加拿大“國家住房專員”制度，由具有專業背景、無行政隸屬的常設機構負責，不僅提供對政策的橫向制衡，也可在弱勢居民權益受損時提供替代性的申訴平台，緩解司法救濟渠道的結構性滯後。

由此可見，推動行政體系對住房權作出制度性回應，必須超越目前“專家導向—行政裁量”的

[49] See Reed, H, J. Portes, *Cumulative Impact Assessment: A Research Report by Landman Economics and NIESR for the Equality and Human Rights Commission*, Equality and Human Rights Commission, 2014, p.101.

治理結構，建立以權利評估、公眾參與與獨立監督為支柱的行政制度改革路徑。唯有將住房議題從政策物件轉化為權利義務關係的治理議題，行政體系方能真正回應憲制秩序中所承載的實質義務，實現從“項目型行政”向“權利型治理”的結構躍遷。

（三）司法功能的再定位與規範啟動

在香港憲制架構下，法院在住房權保障中的角色歷來受制于普通法傳統對司法克制、政治中立與行政尊重原則的強調。終審法院在多個案件中，均將住房爭議界定為“政策性事務”，僅在程序正義或明顯不合理的範圍內介入。此種保守定位雖具法治穩定意義，卻在結構上造成了社會權利不可訴、規範標準缺位與政策裁量不受約束的結果，使司法功能局限於“最後把關”而難以實現規範啟動。制度性回應的關鍵，正是在於重新定位司法在住房權體系中的功能角色，賦予其以促進規範展開、增強政策透明與結構協調的制度支援作用。

第一，司法應重構其在社會權中的解釋義務與程序審查角色。在《基本法》第39條確認《經濟、社會及文化權利國際公約》適用於香港的前提下，法院理應承擔起最低限度的“制度審查”與“合規性釋義”功能，而不僅止於回避資源配置或政策選擇問題。例如，在涉及公屋分配、租金調整、劏房規制等爭議中，法院可依據《公約》第11條“適足住房”標準與聯合國人權委員會一般性意見，要求政府於政策設計中說明其是否符合“最低核心義務”、是否構成制度性歧視，進而構建“程序性可訴”框架，提升權利在行政流程中的可見性。

此種路徑並非要求法院取代行政判斷，而是確立一種“程序說明義務”（duty of justification）的憲制原則，促使政府在資源配置或規劃取舍中必須解釋其背後所依據的權利標準與社會影響。^[50]香港法院若能通過“強權利—弱救濟”或“弱標準—強理由”的裁判形式，迫使行政機關對政策選擇給出透明說明並接受公眾問責，即可在不越權干預下推動權利優先思維的制度內生成。例如，在涉及公屋配額分配、租金機制調整或土地撥用決策時，法院可要求政府提交“住房影響說明”，並明確審查其對弱勢群體的差異性影響，而非僅限於傳統比例原則中的“合目的性”分析。

第二，司法可推動規範機制的間接啟動與制度完善。目前香港法制雖未設有《住房權保障法》一類成文法源，但已有多部涉住房法律構成規範性介面，例如《房屋條例》、《土地（為重新發展而收回）條例》、《建築物條例》、《城市規劃條例》等。法院可借助對這些現行法例的解釋，植入對人權義務與住房權利的考慮，啟動規範潛力，強化法律對行政行為的約束功能。

例如，《房屋條例》雖未明言“適足住房”之標準，但其要求房屋委員會提供“可負擔單位”之規定，可經解釋義務擴張為“確保合理居住條件”的行政責任。法院可借鑒南非憲法法院在Grootboom案中的方法^[51]，判定政府是否通過“合理而包容的計畫”履行憲制義務，並鼓勵行政機關採用“指標評估”“績效回饋”及“公眾說明”等合規機制，完成最低程度的可衡量性審查。此種路徑能以司法判詞為媒介，推動行政法規與政策文件的制度化完善，彌補立法空白與執行乏力的現實。

第三，法院亦可在結構層面提出“制度性建議”與“柔性協調”機制，增強憲制回應的系統性聯動。在當前香港的法律架構下，法院雖在憲制權利保障中處於較為克制的位置，但其仍可透過判詞提出結構性制度建議，在不直接侵入政策裁量空間的前提下，引導行政機關構建更具回應性的制度框架。例如，法院可建議設立“住房政策合憲性評估單位”“社會影響陳述機制”或“跨部門住房權協調平台”，以制度化方式回應弱勢群體的權利訴求。這類建議雖不具法律強制力，但因其出

[50] “回應型司法審查”強調法院不應以實質結果控制（substantive control）為目標，而應致力於促進立法、行政與司法之間的制度性對話與程式性回應。See Velasco-Rivera Mariana, *On Dixon's Responsive Theory of Judicial Review: How Responsive Can the Responsive Model Be?*, National Law School of India Review 34, 2022, p.61.

[51] 南非憲法法院在Grootboom案中明確援引《一般性意見第4號》的內容，確認國家有義務在其住房政策中設立“合理的實施方案”，並優先照顧最貧困人口。See Liebenberg Sandra, *The Right to Social Assistance: The Implications of Grootboom for Policy Reform in South Africa*, South African Journal on Human Rights 17, 2001, p.232-257.

自具權威地位的憲制機關，常能對行政立法機關產生政策推動作用。

這種制度性建議機制在英國與加拿大等普通法域中已有若干實踐先例。英國自《人權法案》（Human Rights Act 1998）實施後，法院逐步發展出比例審查的工具組合法（composite toolkit of proportionality review），不僅限於強制合憲性裁定，也包括通過解釋、說明與建議等方式，引導政策結構的合法性重塑。例如在 *R (DA and Others) v Secretary of State for Work and Pensions*（[2019] UKSC 21）案中，儘管法院承認社會福利政策屬於政府的高度裁量領域，但仍強調相關措施須滿足“衡平性與合理性並重”的標準，並要求行政機關就差別對待作出程序說明。這種“對話型審查模式”（dialogic review）強調制度間相互協調而非對抗，從而維持憲制結構的穩定性與權利保障的動態平衡。^[52]

加拿大法院在 *Tanudjaja v Canada (Attorney General)*（2014 ONCA 852）案中，雖因原告未能提供具體侵權事實而未受理案件，但法院並未否定住房權的憲制重要性。此案引發加國法學界對“結構性不可訴”問題的深入討論，指出即使法院未能直接裁決社會政策內容，也應保留對政策框架提出結構性改進建議的空間。^[53]

相較之下，香港法院迄今仍鮮有發展制度性建議或比例審查的路徑。在社會權保障問題上，仍多停留於“司法克制—政策自留”的被動模式。這種缺乏制度互動的審查結構，使香港在住房權等結構性不平等議題上，難以實現法院與行政機關之間的協同回應。因此，推動法院角色的“柔性再定位”，不僅符合比較法發展的趨勢，也有助於啟動憲制權利的制度潛能，構建跨部門、跨機制的權利保障生態系統。

第四，以“輔助性治理機制”為核心理念，重塑法院在住房權保障中的制度角色。法院固然不應主導住房政策的制定，亦無資源決策的制度優勢，但在制度結構中，其可通過憲制解釋、行政義務厘定、程序框架設定與公共討論促進，發揮“制度催化者”的功能，引導住房權規範從象徵承諾走向制度嵌入。^[54]

法院可通過三項路徑履行其“輔助性憲制功能”：其一，促進治理機制中弱勢群體的實質參與；其二，要求決策過程具有充足的資訊基礎與解釋合理性；其三，通過審查治理程序中的透明度與問責機制，促進規範性判斷的形成與公共理由的表達。以此視角觀之，香港法院雖未宜主動干預住房政策具體內容，但可在裁決中推動政府建立“住房政策權利影響評估機制”或“社會影響說明程序”，亦可建議設立跨部門“住房權協調平台”，以實現政策前端的權利嵌入。這種“溫和介入”與“程序主導型審查”模式，不僅符合《基本法》第39條對國際人權義務的制度承諾，也有助於在行政主導、立法乏力的結構中，建構一種權力協同而非權力替代的憲制回應機制。

要言之，香港法院應在保持普通法體系基本結構與政治中立傳統的前提下，積極重構其在住房權保護中的角色，發展以程序性責任、規範啟動與制度建議為支點的憲制回應機制，使其從“被動裁判者”轉型為“權利機制建構的催化者”，實現司法功能的制度性回歸與權利保障的結構性整合。

四、結語

香港住房危機根植於憲制結構的深層矛盾，遠非單一政策失誤或市場失衡所能解釋。其核心在於，住房權在《基本法》框架下雖獲形式承認，卻因土地財政、市場主導治理邏輯及財政—司法—

[52] See Aileen Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge University Press, 2023, p.322-353.

[53] See Cohen Miriam, Dagenais Martin-Olivier, *The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in Canada: Between Utopia and Reality*, *Constitutional Review* 7, 2021, p.26.

[54] See Scott Joanne & Sturm Susan, *Courts as Catalysts: Re-Thinking the Judicial Role in New Governance*, *Columbia Journal of European Law* 13, 2006, p.565.

行政的協同克制，長期處於不可訴、無標準、難落實的邊緣狀態。這種結構性困境不僅是制度設計的產物，更反映出對社會權利的系統性排斥，削弱了憲制秩序回應社會不平等的能力。

要破解這一困局，需超越“法院中心主義”的局限，構建以權利優先為核心的制度回路，通過立法明確住房權的法定地位、行政體系嵌入前置性權利評估與實質參與機制、以及司法功能向規範啟動與制度協調的再定位，使住房權從象徵性承諾轉化為可監督、可執行的規範義務。這一改革不僅要求財政資源向社會正義傾斜，還需重塑政策語言與治理邏輯，將住房重新定位為維繫人類尊嚴與社會團結的公共基石，而非單純的財政工具或市場商品。

住房權的憲制保障不僅是法律技術問題，更是香港憲制秩序對公平與公共責任的深刻回應。通過系統性制度重構，住房可從邊緣化的政策議題昇華為憲制義務的核心，奠定社會法治與正義共識的根基，為香港治理體系注入新的回應性與合法性。

Abstract: Hong Kong's housing crisis originates from the land finance and market-driven governance model established during the British colonial period, perpetuated and legitimized by the constitutional framework of the Basic Law. The government's reliance on a "low tax, low welfare, high land price" development path has systematically suppressed the realization of housing as a social right. Although Article 39 of the Basic Law incorporates international covenants, formally recognizing the right to housing, the convergence of fiscal conservatism, judicial restraint, and market logic has left this right non-justiciable, without clear standards, and difficult to implement. Addressing the crisis requires moving beyond judicial centrism by embedding rights assessment in policy, budgeting, and legislative processes, transforming the right to housing from a textual commitment into an institutional reality. The judicial role should be restructured to facilitate procedural participation and pluralistic governance.

Key words: Hong Kong Basic Law; Housing Rights; Land Revenue System; Responsive Judiciary; Constitutional Protection

（責任編輯：張雨虹）

賭博合同所生債務和賭博信貸債務的法律效力： 內地與澳門比較視野下的分析

馬哲*

摘 要 賭博行為雖有害無益，但因其牽涉人性固有弱點，不可能完全禁絕。對賭博行為的效力，刑法和行政法上有較清晰的規定，但與此相關的賭博合同在民法上的效力如何，則長期以來規定不明，爭議不斷，導致彼此衝突的司法判決的時有出現。《中華人民共和國民法典》的頒布並沒有將這一問題明晰化，因為該法典並沒有將賭博合同列為一類典型合同加以規範，也沒有明確確認在比較法上通常用來解釋涉賭行為的民事效力的自然之債、不完全之債、不法原因給付等理論。通過比較中國內地與澳門的相關法律，本文探討了不同情境下賭博合同所生債務及賭博信貸債務的法律效力問題。本文認為，應區分不同性質的賭博活動及債務，避免“一刀切”處理，以平衡法律規制與社會現實需求。

關鍵詞 賭博合同 賭博信貸債務 自然之債 不完全之債 不法原因給付

一、問題的提出

賭博，尤其成癮賭博，是具有嚴重危害性的行為，很多無法自控行為的賭博者的身體、心理受到嚴重損害，而且，由於他們往往落得傾家蕩產，也給自身及家庭生活帶來很多不穩定因素。賭博也嚴重危害社會公共利益：一方面，賭博者將其時間、精力、經濟資源等用於賭博這樣的投機行為，財富在他們之間移轉而不創造新的價值；另一方面，賭博作為一種封建惡習，嚴重污染社會風氣，尤其是自改革開放以來，一些投機者開設賭場賭局，聚眾賭博，甚至吸引未成年人賭博，給人們的工作、生活帶來惡劣影響。^[1]正因如此，在世界上的絕大多數國家和地區，包括諸如我國澳門地區一般以博彩業為支柱的地區，大多數賭博活動是受到限制甚至禁止的，這是國家出於善意，為使個人免受傷害而限制其自由的法律父愛主義，具有正當性。

* 馬哲，澳門大學法學院助理教授，法學博士。

本文是澳門大學啟動研究資助項目“優化澳門營商環境：法律框架的全面檢討及改革建議”（項目編號：SRG2025-00020-FLL）階段性成果。

[1] 參見黃永主編：《中華人民共和國刑法立法背景與條文解讀（下冊）》，中國法制出版社2021年版，第816-817頁；許德風：《賭博的法律規制》，載《中國社會科學》2016年第3期，第147-151頁；Langham, E., Thorne, H., Browne, M. et al, *Understanding gambling related harm: a proposed definition, conceptual framework, and taxonomy of harms*. BMC Public Health 16 (1), p.80 (2015).

另一方面，貪婪、追求刺激、追求不勞而獲、投機、成癮又是某些賭博者無法克服的人性弱點，尤其我國民眾在一定程度上有“好賭”的國民性，^[2]嚴厲的刑事和行政處罰的威懾並未使賭博活動禁絕，無論違法賭博還是親友間作為娛樂活動的賭博，仍廣泛存在於現實生活中。這些活動引發大量民事紛爭，主要涉及的問題包括：賭贏者有無權利要求——尤其是通過司法途徑——賭輸者按約定向自己移轉財產？賭輸者已支付的，有無權利要求返還？一人向他人借款，目的是從事賭博活動，尤其是非法賭博時，出借人有無權利要求其返還本金和支付利息？等等。對此，很多國家和地區除通過公法對賭博行為進行規制外，亦會通過私法對賭博合同及其所生債務以及與賭博相關的借款合同及其所生債務的效力進行規範。

長期以來，我國內地的民事立法對上述問題規定不明，理論界和實務界對有關問題的重視也不足夠，導致司法實踐中出現很多不確定性，甚至出現“同案不同判”的局面。這主要體現在：其一，對不同情況下、不同種類的賭博行為的危害性不做區分，籠統地做出“賭博違法”“賭債非債”“賭債不受法律保護”等判斷；其二，法院在做出某個法律行為或某項債權“不受法律保護”的判斷時，往往未說明其規範和法理依據，而更多地是一種價值判斷；其三，如當事人已經因為某個本“不受法律保護”的法律行為做出了給付，是否有權要求返還，法院的態度往往不明；第四，對不法賭博進行制裁時，將公法規則混為一談。^[3]《中華人民共和國民法典》（以下簡稱“中國《民法典》”）的頒布並沒有為上述問題給出清晰的答案，因為新法典既沒有將賭博合同列為一類有名合同及明確其效力規則，也沒有引入比較法上通常用來解釋涉賭行為的民事效力的自然之債、不完全之債、不法原因給付等理論。

尤其是，由於實踐中的很多司法爭議與一方或雙方當事人在澳門從事的賭博活動有關，裁判者時常需要根據澳門法對有關問題做出評判和解釋。但是，由於對澳門法的不熟悉，這些裁判也往往呈現出“一刀切”的特點：一方面，部分裁判僅憑賭場在澳門合法就徑自認定在澳門訂立的賭博合同所生債務甚至為此目的訂立的賭博信貸合同所生債務一概有效，是法定債務，受到澳門法律保護，殊不知很多涉賭活動即便在澳門也是不法、甚至構成犯罪的行為；另一方面，無論是否認可有關債務在澳門法上的效力，不少司法裁判徑自以內地禁賭、賭博惡習違反公序良俗等理由駁回當事人的請求，使得部分根據澳門法本屬有效的債務無法在內地法院獲得保護，不利於兩地之間的正常往來和澳門博彩業的健康發展。

這些涉賭爭議，歸根結底可以分為兩大類：其一是賭博合同所生債務的法律效力，其二是賭博信貸債務的法律效力。內地很多司法裁決中使用的“賭債”概念，並非規範的法律術語，實務中的“賭債”糾紛，往往表現為上述兩類或其中之一。以問題意識為導向，以解決司法實踐中出現的問題為目的，本文將分別分析賭博合同所生債務和賭博信貸債務的法律效力。一方面，文章將立足於中國《民法典》：沒有專門規定不代表無法可依，不妨礙根據新法典中關於民事法律行為、合同、借款合同的一般規則對上述問題進行解釋論上的闡釋。另一方面，文章也將兼顧澳門法的視角，這不僅因為內地法院的很多案件與在澳門發生的博彩活動有關，涉及對澳門法的解讀和適用，更是因為澳門是一個有著深厚大陸法系傳統積澱的法域，博彩業的獨特地位也使得這裏的博彩法格外細緻豐富，對澳門法的分析也極具比較法上的藉鑒意義。特別是，自2022年至2024年間，澳門對其博彩法律體系進行了大幅修訂，包括進一步明確若干種情形下的涉賭債務的效力，根據澳門法對上述兩大問題進行闡述，目前也正得其時。

[2] 參見蔣大興：《國民性、資本市場與法律的深層結構——民衆的“好賭性”與市場調控法則》，載《北方法學》2009年第1期，第6-12頁。

[3] 參見覃遠春：《論“賭債”分離可能性及其司法處理——自然債之於傳統問題民法新視角的貢獻》，載《河北法學》2011年第9期，第98頁。

二、賭博合同所生債務的法律效力

（一）概述

賭博合同所生債務的效力取決於作為其淵源的賭博合同的效力，非有效甚至違法的賭博合同自然也無法產生有法律約束力的債務。賭博合同的效力又與其是否在合法的賭博活動過程中訂立有關。因此，要分析賭博合同所生債務的法律效力，需首先分析賭博活動及與之相關的賭博合同的效力。

賭博活動的效力由公法評價。以在公法上受到的規制為區分依據，賭博活動可分為三類，包括：法律明確承認其有效性的賭博、法律默示容許的賭博以及法律不容許的賭博。三者之間的界限如何劃分，取決於有關法域看待賭博的態度以及所采取的公共政策。

賭博合同則是一個私法概念。它是賭博者之間的合意行為，當事人以獲利為動機，約定以某種客觀不確定事件作為財產移轉的依據，因而是有償合同、雙務合同；而與保險、期貨等交易相比，賭博合同的當事人作為創造了額外風險，而非如前者一般，是分散或消除市場既有風險的安排。^[4]如此定義的賭博合同範圍是比較廣的，在娛樂場博彩、打賭、彩票投注、麻將等結果主要甚至完全取決於運氣等人力不可控事件的活動中，都有賭博合同成立。

下面以公法對賭博活動的“三分法”為出發點，分別分析在不同類型活動中所締結的賭博合同的效力及由此所生債務的效力。

（二）法律特別允許的賭博及賭博合同所生債務的效力

在比較法上，考慮到彩票投注等賭博行為危害性較低，甚至有募集資金發展有益事業的功能，各國一般承認其合法性。例如，在我國，根據《彩票管理條例》，國務院特許專門機構發行福利彩票、體育彩票，由專門機構負責銷售，於是，彩票參與者根據本條例規定購買彩票的投注行為便是合法的賭博行為。而在對賭博活動持更包容態度的法域，立法者明確承認更多種類的賭博活動的合法性和有效性。例如，在以博彩業作為支柱產業的我國澳門地區，僅就娛樂場幸運博彩而言，目前澳門法明確准許的博彩方式就有 33 種之多。^[5]

這些為立法者明確確認並制定專門規則規範其運作的賭博活動，是合法賭博，由此產生的輸贏雙方之間的權利義務關係，是法律承認並以國家強制力保障實現的債權債務關係。^[6]很多立法例都有對此加以明確，例如，《德國民法典》第 763 條規定，“摸彩或抽獎活動經國家批准的，摸獎合同或抽獎合同有約束力，……。”^[7]《澳門民法典》第 1171 條第 1 款更是明確規定，“特別法有所規定時，賭博及打賭構成法定債務之淵源；涉及體育競賽之賭博及打賭，對於參加競賽之人亦構成法定債務之淵源；……。”

中國《民法典》雖未將賭博合同列為一類有名合同，更未從民法角度對不同的賭博行為進行分類並分別規定其效力，但也不難得出相同的結論：彩票投注者在國家特許機構購買國家特許機構發行的彩票，一旦中彩，有權兌獎，這是一種法定權利，國家強制力為其實現提供保障。對此《彩票管理條例》第 26 條第 1 款也明確規定，“彩票發行機構、彩票銷售機構、彩票代銷者應當按照彩

[4] 參見許德風：《賭博的法律規制》，載《中國社會科學》2016年第3期，第151-158頁。

[5] 列表見澳門特別行政區博彩監察協調局網站，<https://www.dicj.gov.mo/web/cn/rules/index.html>，2025年4月13日訪問。

[6] 不過，值得注意的是，即使是立法者明確肯定其效力的賭博，也不是市場化活動，而是由政府特許經營，我國的彩票事業如此，澳門的娛樂場幸運博彩亦如此。換言之，賭博合同當事人的合同自由受到嚴格限制，合同內容並非由各方當事人擬定，而是由立法者提前設定。

[7] 參見陳衛佐譯注：《德國民法典》（第5版），法律出版社2020年版，第367頁。

票品種的規則和兌獎操作規程兌獎。”

（三）法律明令禁止的賭博及賭博合同所生債務的效力

處於法律例外允許的賭博的對立一端的，是法律禁止的、構成行政違法甚至刑事犯罪的賭博。以刑法和行政法規制危害性最高的賭博行為，也是比較法上的通行做法。即使在總體上對賭博活動持最寬容態度的澳門，也規定了法律嚴厲禁止的賭博行為：早在回歸之前，澳葡政府就制定了第8/96/M號法律《不法賭博制度》，是規範博彩活動的一部單行刑法，其中規定了若干與賭博活動有關的罪名；2024年，澳門頒佈了第20/2024號法律《打擊不法賭博犯罪法》，進一步加強對構成犯罪的賭博活動的懲戒。^[8]據此，不法經營幸運博彩、不法進行幸運博彩、在不法經營幸運博彩的現場出現、不法經營互相博彩、不法投注、不法經營線上幸運博彩或線上互相博彩、不法經營或出售彩票、偽造或塗改彩票、為賭博的不法借貸、經營為賭博的不法匯兌、脅迫他人賭博或提供賭博資源、欺詐性賭博、不法經營麻將等行為，在澳門均構成犯罪。^[9]

我國《刑法》第303條規定了三個與賭博有關的罪名，其中基礎罪名是“賭博罪”，對此該條第1款規定，“以營利為目的，聚眾賭博或者以賭博為業的”，構成賭博罪。另外兩個是“開設賭場罪”和“組織參與國（境）外賭博罪”，前者懲戒的是“開設賭場”的行為，後一罪名的成立以“數額巨大或者有其他嚴重情節”為條件，而這往往與行為人活動的持續性有關。可見，刑法所處罰的賭博限於以營利為目的的聚眾賭博和賭博經營活動以及開設賭場等等，不具營利目的的賭博、私下的賭博、偶爾的賭博並不構成犯罪。^[10]例如，賭客進入違法開設的賭場中與後者對賭，只有後者的行為觸犯刑法，除非前者以營利為目的而以賭博為業，方才構成犯罪。

相比於《刑法》，我國《治安管理處罰法》的規制範圍更寬，根據該法第70條，“以營利為目的，為賭博提供條件的，或者參與賭博賭資較大的”，構成行政違法行為。這涉及兩類行為：第一類例如開設賭博場所（但非賭場）為他人之間的賭博提供便利，並為此收取高於一般場所服務費用的“抽成”。與賭博類犯罪一樣，此類行為的不法性與其經營性有關。第二類涉及刑法通常並不規制的賭博參與者的行為，即賭資較大的偶然賭博。高額賭資意味著對參與者的更高風險和對社會風氣的更大危害，因而該行為雖不構成犯罪，但受行政處罰。與其前身《治安管理處罰條例》對比，《治安管理處罰法》在規制賭博的問題上已經大為克制，曾經根據條例第32條第1款，一切賭博或為賭博提供條件的行為一律受到嚴厲禁止。據此，諸如親友間偶然進行的只為娛樂消遣且賭資很低的賭博，如今既不違反刑法也不違反行政法規，可認為是法律默許的賭博。

如果某一賭博合同是在構成行政違法甚至刑事犯罪的賭博活動中締結的，意味著該合同可能也涉及違法，其在民法上的效力可能因而受到影響。這是因為，一項民事法律行為要產生效力，除要求當事人達成願意受此約束的意思外，還需要獲得法律制度對此行為的承認，而後者要求有關行為符合法律的最低要求：一個違反強制性法律規定、違反善良風俗的法律行為，法律並不承認其效力。^[11]

對此，中國《民法典》的處理方式與比較法上的慣常做法一致，在第153條第1款中規定：“違反法律、行政法規的強制性規定的民事法律行為無效。但是，該強制性規定不導致該民事法律

[8] 關於第20/2024號法律《打擊不法賭博犯罪法》的革新之處，見澳門立法會第二常設委員會《第7/VII/2024號意見書，事由：〈打擊不法賭博犯罪法〉法案》，載澳門特別行政區印務局網站，<https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2024-10/1663367074eace192e.pdf>。

[9] 第20/2024號法律《打擊不法賭博犯罪法》，載澳門特別行政區政府立法會網站，https://bo.io.gov.mo/bo/i/2024/44/lei20_cn.asp。

[10] 關於“營利”和“以……為業”的含義，參見馬哲：《“營業”的破產法意義——兼論對我國〈企業破產法〉的完善建議》，載《中國政法大學學報》2021年第4期，第115-117頁。

[11] 參見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷斌譯，法律出版社2013年版，第586頁；[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第2-3頁。

行為無效的除外。”換言之，違反強制性規定的法律行為無效，除非該規定不導致該行為無效。顯然，這樣的條款為解釋和適用留下了相當大的空間。關於此，理論界和實務界的共識是應當限制根據該款宣告民事法律行為無效的範圍：一方面，此處的強制性規定應僅指公法中的強制性規定，因為私法上的強制性規定往往已經在條文本身明確了法律行為違反該規定的後果；另一方面，此處的強制性規定，應僅指“效力性”強制性規定，而不包括“管理性”強制性規定，違反前者的法律行為，方為無效。^[12]

不過，後一方面的限制標準仍不能消除法官在適用該款時可能產生的疑惑，因為效力性規定與管理性規定並非涇渭分明，仍需法院在審判過程中根據案件具體情況判斷。《全國法院民商事審判工作會議紀要》中指出，法院尤其要“考量強制性規定所保護的法益類型、違法行為的法律後果以及交易安全保護等因素”，根據以往的實踐經驗，效力性強制性規定包括“涉及金融安全、市場秩序、國家宏觀政策等公序良俗的；交易標的禁止買賣的，如禁止人體器官、毒品、槍支等買賣；違反特許經營規定的，如場外配資合同；交易方式嚴重違法的，如違反招投標等競爭性締約方式訂立的合同；交易場所違法的，如在批准的交易場所之外進行期貨交易”，而“關於經營範圍、交易時間、交易數量等行政管理性質的強制性規定，一般應當認定為‘管理性強制性規定’”。

為更準確適用第153條第1款評判賭博合同的效力，有必要回到兩種強制性規定更本質的區別上。二者的核心區別在於規範目的，^[13]正如史尚寬先生在將强行性法律規範區分為效力規定和取締規定時所指出的，前者的目的在於否定行為的法律效力，而後者的目的僅在於禁止此類行為。^[14]強制性規定的目的之於其效力的影響在於，如果不將違反某一強制性規定的法律行為認定為無效則無法達到該規定的立法目的，則可認為該規定是效力規定，否則只是取締規定；取締規定的目的僅在於對一方當事人的保護，如若將違反此規範的行為亦一律視為無效就有失偏頗了。^[15]按照規範目的確定違反法律或行政法規的法律行為是否無效的思路，在《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉合同編通則若干問題的解釋》（法釋〔2023〕13號）中獲得了進一步確認，該司法解釋第16條規定，如合同違反法律、行政法規的強制性規定，但由行為人承擔行政責任或者刑事責任能夠實現強制性規定的立法目的的，法院可以認定該合同不因違反強制性規定而無效。^[16]

根據這一標準，即使涉及構成犯罪的賭博活動，也不能僅憑被違反的強制性法律規範為刑法規範，就直接認定活動過程中締結的賭博合同因違反強制性法律規定而無效。^[17]這是因為，刑法規

[12] 參見劉貴祥、吳光榮：《關於合同效力的幾個問題》，載《中國應用法學》2021年第6期，第10-12頁。關於該條文對公法和私法的連結，另見蘇永欽：《以公法規範控制私法契約》，載《人大法律評論》2010年卷，法律出版社2010年版，第20-21頁。

[13] 參見[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第402頁；[德]本德·呂特斯、阿斯特麗德·施塔德勒：《德國民法總論》（第18版），于馨渺、張姝譯，法律出版社2017年版，第434頁；[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷栻譯，法律出版社2013年版，第588頁。

[14] 參見史尚寬：《民法總論》，張穀校，中國政法大學出版社2000年版，第330頁。

[15] 參見同上註，第300頁；朱慶育主編、辛正郁副主編：《合同法評注選》，北京大學出版社2019年版，第213頁（朱慶育執筆）。

[16] 參見劉貴祥、吳光榮：《〈民法典〉合同編法律適用中的思維方法——以合同編通則解釋為中心》，《法學家》2024年第1期，第14頁。

[17] 我國有學者認為，構成刑事犯罪的賭博行為嚴重違反法律，是對刑法所保護的法益的嚴重破壞，在民法上亦應完全否認其效力，而僅違反《治安管理處罰法》的賭博行為危害性相對較輕，對賭博者施以拘留、罰款等行政處罰手段已經足以起到威懾和懲戒作用，在民法上否定其效力超出了該條文的規範目的，參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公私法體系透視為錢索》，載《法律科學》2020年第4期，第143頁。這在應然法上是值得提倡的解決方案，且按有關民事法律行為對法律規範秩序的破壞嚴重程度

範僅旨在禁止那些應受刑罰處罰的法律行為的實施，因而刑法規範對於該等民事法律行為而言屬間接禁止性規範，尤其當刑法規範只適用於其中一方當事人時更是如此；在此情況下，僅當另一方當事人知道或應當知道相對方觸犯刑法，却仍為自己的利益而締結有關法律行為時，才能認為該法律行為因違反該刑法規範而無效。^[18] 弗盧梅教授曾舉一關於賭博的例子解釋上述論斷。根據德國《賭場條例》，居於賭場附近的居民進入賭場的權利受到限制，故意或過失違反該禁令的賭博者應受到刑罰處罰。聯邦最高法院在審理一件與此相關的案件中指出，無論賭場有無過錯，違反《賭場條例》的賭博者與賭場之間的賭博合同是無效的，因為該合同在客觀上違反了禁止性法律規定，而該規定旨在保護賭場附近居民的利益。弗盧梅教授不贊同這一判決意見，認為在賭場一方不存在任何過錯更不構成犯罪的情況下完全否定賭博合同的效力是不恰當的，即使所涉刑法規範的功能是保護居民利益，也不能將此作為將該禁止性規範絕對化的理由。^[19] 弗盧梅教授的意見，從規範目的的角度也可以解釋：禁止附近居民進入賭場禁令的目的是保護居民利益，而非限制賭場經營活動，所以賭場與賭客（包括附近居民）之間的賭博合同原則上有效，僅當賭場明知或應知附近居民違法進入賭場，仍出於營利目的與之訂立博彩合同，此時假如肯定該合同的效力就違背了上述禁令的規範目的，所以此種情況下的博彩合同方因違反刑法上的強制性規範而無效。

根據上述標準反觀我國刑法中規定的情況。如果賭博雙方均以營利為目的，聚眾賭博或者以賭博為業，則他們的行為不僅構成賭博罪，在此過程中訂立的賭博合同亦因違反效力性強制性規範而無效。這是因為，假如允許此種情況下的賭博合同產生民法上的移轉財產權利的效力，顯然會使立法者將上述行為入罪的目的落空。如果僅一方進行具營利性和持續性的賭博活動，對方只是偶然地、出於娛樂目的加入其中，或者一方開設賭場並在其中與前來光顧的賭客互賭，在這兩種情況下，雖然只有一方構成賭博罪或開設賭場罪，但雙方之間的賭博合同亦應被認定為無效，唯有如此，才能達到降低上述兩類賭博犯罪行為的目的；更何況，某一國家或地區在何等程度上禁賭是一項基本的公共政策，偶爾賭博一方的行為本身雖不構成犯罪，但其應當知道對方的行為為刑法所禁止，從這一角度考慮，也不應在民法上確認此種情況下締結的賭博合同的效力。如果行為人組織我國公民參與國（境）外賭博，其行為構成賭博犯罪，但被組織者在國（境）外締結的賭博合同却可能因為完全符合當地政策而為有效法律行為。

與違反行政法規有關的賭博合同更是不宜被斷然認定為無效。有些強制性規範是純粹秩序規範，比較法和學理上經常討論的典型例子如，在公共街道的賭博、午夜後在私人場所進行以致滋擾鄰居的賭博和在違法經營的麻將館中打麻將的行為等，它們之所以被界定為行政違法，是為了維護平穩有序的社會秩序，因此破壞該秩序的行為人會受到行政處罰，但此類強制性行政法規的存在並不意味著在此期間訂立的民事合同必然為無效。^[20] 按此標準反觀我國《治安管理處罰法》懲戒的兩類涉及賭博的行政違法行為。首先，非法經營賭博場所並收取“抽成”之人構成行政違法無疑，但在場所內進行的可能是為法律所默許的親友間的小額、偶然的賭博活動，所形成的賭博合同本身並沒有違反任何強制性法律規定，並不必然無效。至於賭博者之間的賭資較大的賭博合同，雖然其對社會整體的危害性有限，更多地是規制賭博者之間的關係，但立法者禁止此行為的目的恰是為了

區分其效力，解決了《民法典》第153條第1款標準不明晰的問題。但該解決方案目前在實然法層面尚無法成立，因為第153條第1款并未採納基於行為嚴重性決定其效力的區分標準。

[18] 參見[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第406頁。

[19] 同上註，第407-408頁。

[20] 對近似情況下合同效力的分析，見朱慶育主編、辛正郁副主編：《合同法評注選》，北京大學出版社2019年版，第219頁（朱慶育執筆）；[德]本德·呂特斯、阿斯特麗德·施塔德勒：《德國民法總論》（第18版），于馨渺、張姝譯，法律出版社2017年版，第432頁。

避免由此行為引發的財產移轉效果，因此此類賭博合同因違反效力性強制性規範而無效。

仍需考慮的一個問題是，對於涉及違反強制性刑法或行政法規，但有關規範非屬效力性強制性規範，因而有關賭博合同的效力未因此原因而受到影響的情況，例如在他人組織下前往賭博合法化的國（境）外參與的賭博活動，又或在他人違法開設的賭博場所中進行的本身並不違法的賭博活動，該等合同會否因為違反公序良俗而根據《民法典》第153條第2款的規定認定其無效？答案仍應為否定。這是因為，公序良俗原則的核心要義在於，民事主體的行為不得踐踏社會秩序和倫理底綫，否則法律拒絕為此提供履行強制。^[21]“底綫”的要求意味著，並非一切法外公共秩序均構成民法公序良俗原則中的“公序”，“公序”僅限於體現“社會一般利益”的、與法律的一般價值和精神相符的那部分“公序”；也並非任何道德習俗都構成公序良俗原則中的“良俗”，“良俗”僅限於“社會一般道德觀念”。^[22]因此，因違反公序良俗而無效的法律行為，限於反社會性較強的行為，而不包括只具有較弱反社會性的行為。^[23]在他人組織下前往國（境）外參與符合當地法律的賭博活動，又或在他人開設的賭博場所中進行並不違反法律的賭博活動，雖然不是值得提倡的行為，但也不至於踐踏社會倫理道德“底綫”而為無效行為。

關於上述幾種因為違反效力性強制性刑法或行政法規而無效的賭博合同，實踐中的爭議主要圍繞合同被宣告無效的法律效果展開。首先可以確認的是，無效認定具有追溯效力，對此中國《民法典》第155條規定，“無效的……民事法律行為自始沒有法律約束力。”因此，須將當事人的法律狀況恢復到行為實施以前的狀況。^[24]據此，賭贏方無權要求賭輸方按照之前“合同”的約定做出給付；賭輸方已經做出給付的，賭贏方無權保有受領的給付。那麼，在後一種情況下，依據無效行為做出給付一方有無權利要求受領給付一方返還？

對這一問題的回答，取決於賭輸一方是否為“被害人”或“被侵害人”。如果輸贏雙方的行為均構成賭博罪，且賭輸一方已作出給付，則賭贏一方所受領的給付為犯罪所得，並無保有給付的權利，但這部分給付對於賭輸一方意味著犯罪工具，也不是其合法財產，他也沒有要求獲得返還的權利。對此我國《刑法》第64條規定，“犯罪分子違法所得的一切財物，應當予以追繳或者責令退賠；對被害人的合法財產，應當及時返還；違禁品和供犯罪所用的本人財物，應當予以沒收。沒收的財物和罰金，一律上繳國庫，不得挪用和自行處理。”即使有關賭博行為僅構成行政違法行為，《治安管理處罰法》中也規定了類似的處置方式。根據該法第11條，“辦理治安案件所查獲的毒品、淫穢物品等違禁品，賭具、賭資，吸食、注射毒品的用具以及直接用於實施違反治安管理行為的本人所有的工具，應當收繳，按照規定處理。違反治安管理所得的財物，追繳退還被侵害人；沒有被侵害人的，登記造冊，公開拍賣或者按照國家有關規定處理，所得款項上繳國庫。”反之，如果是只有賭贏一方構成違反甚至犯罪的情況，賭輸一方實為被害人或被侵害人，則後者有權獲返還已做出的給付。

簡言之，涉及法律明令禁止的賭博活動時，如果所違反的是效力性強制性規範，則賭博合同無效；因無效賭博合同所生債務，不受法律保護，賭贏一方不能要求賭輸一方做出給付，已經做出給

[21] 參見于飛：《基本原則與概括條款的區分：我國誠實信用與公序良俗的解釋論構造》，載《中國法學》2021年第4期，第35-36頁。

[22] 參見王澤鑒：《民法總則》，北京大學出版社2014年版，第277-278頁。另見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷斌譯，法律出版社2013年版，第599頁及以下；[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第431頁及以下。

[23] 參見于飛：《公序良俗原則研究——以基本原則的具體化為中心》，北京大學出版社2006年版，第95頁；李永軍、李偉平：《論不法原因給付的制度構造》，載《政治與法律》2016年第10期，第119-120頁。

[24] 參見朱慶育：《民法總論》（第二版），北京大學出版社2016年版，第310-311頁。

付的，視賭輸一方同為違法者還是實為被害人決定將賭款上繳國庫還是退還賭輸者。

（四）既非法律特別允許、又非法律明令禁止的賭博及賭博合同所生債務的效力

另一類實踐中最廣泛存在的博彩活動介於前兩者中間：它們既非如彩票投注一般，為法律所特別允許的活動，也非如聚眾賭博、經營賭場一般，為法律所明令禁止的活動。比較典型的表現例如《最高人民法院、最高人民檢察院關於辦理賭博刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》（法釋〔2005〕3號，簡稱《賭博案件司法解釋》）第9條中所規定的情況：“不以營利為目的，進行帶有少量財物輸贏的娛樂活動，以及提供棋牌室等娛樂場所只收取正常的場所和服務費用的經營行為等，不以賭博論處。”

關於此類賭博合同及由此所生債務的性質和效力問題，比較法上一般用自然之債或不完全之債理論解釋。^[25]以德國法為例：因為違反強制性法律規定而無效的賭博合同，自然不是債之淵源；經國家特批的賭博合同，是產生完全之債的淵源，對此《德國民法典》第763條前半部分規定，摸彩或抽獎活動經國家批准的，摸獎合同或抽獎合同有約束力；^[26]而未經國家批准的此類合同，雖然不是產生完全之債的淵源，但不妨礙不完全之債的產生，對此《德國民法典》第763條後半部分規定，此時適用第762條的規定，即“賭博和打賭並不使債務成立，因賭博或打賭而作出的給付，不得以債務不存在為由請求返還。”^[27]《法國民法典》第1965條至第1967條也殊途同歸：對於賭博合同所生債務，不能通過訴訟途徑請求，但已支付的，也無需返還。^[28]

據此，在賭博或打賭的當事人之間，賭勝方無權要求賭輸方作出給付，也無法通過訴訟程序、執执行程序、自力救濟等方式獲得對方的給付。這是因為，這些行為發生在法律層面以外，因此不產生法律上的後果，它們是社會層面上的行為，是非為法律事實的事實；在家庭、友誼、社交領域中的約定，如不涉及財產價值的給付，通常不構成法律行為的約定，即使涉及財產內容，也常常不被認為具有法律行為的性質。^[29]但是，另一方面，賭輸方作出給付的，賭勝方又有權保有。德國民法將具有此種效力的債之關係稱為“非完全之債”，因為相對於普通之債或者“完全之債”而言，此類債權欠缺了可訴請履行性、可執行性、可自力實現性的權能，但權利人仍有保有給付的法律原因，且有處分此權利的可能性。^[30]

類似地，我國澳門地區民法也對賭博合同所生債務的效力問題進行了三分：對此《澳門民法典》第1171條第1款明確規定，“特別法有所規定時，賭博及打賭構成法定債務之淵源；涉及體育競賽之賭博及打賭，對於參加競賽之人亦構成法定債務之淵源；如不屬上述各情況，則法律容許之賭博及打賭，僅為自然債務之淵源。”如果是法律不容許、構成行政違法行為甚至犯罪行為的賭博及打賭，則不是債的淵源。^[31]既不為法律明令禁止、又未為特別法明確允許的賭博和打賭合同產生自然債務意味著，債權人不能通過司法途徑要求債務人履行，但債務人自發履行後，也無權要求受領人返還。^[32]

[25] 二者是同義語，參見[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國債法總論》，杜景林、盧湛譯，法律出版社2004年版，第19頁；[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第111頁。

[26] 參見陳衛佐譯注：《德國民法典》（第5版），法律出版社2020年版，第367頁。

[27] 同上註。

[28] 參見李永軍、李偉平：《論不法原因給付的制度構造》，載《政治與法律》2016年第10期，第110-111頁。

[29] 參見[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第97頁及以下。

[30] 參見[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國債法總論》，杜景林、盧湛譯，法律出版社2004年版，第16-23頁。

[31] 國內很多文獻認為我國澳門地區的賭債按照效力二分為法定之債和自然之債，其實是忽略了該款最後部分“法律容許之”要件。如果是法律不容許的賭博或打賭行為，例如上述專門關於不法賭博的單行刑法中列舉的若干種與賭博相關的犯罪行為，既不是自然之債的淵源，更不是法定之債的淵源，而是不生任何法律上的約束力。

[32] 見《澳門民法典》第396條和第397條。

受西方法律制度影響，我國很早就接受了此類“中間”債務不受法律保護，但賭輸一方一旦做出交付，其也無權要求相對方返還的態度。正如大清民律第一草案關於賭博合同的第 855 條的立法理由中所指出的，“此項契約，雖非正常，然實際行之者甚衆，故不能不以法律明示其關係。……博戲及賭事既無益於社會之經濟，且使風俗浮燥之害，不宜使其發生債務，以維持公義。至因博戲及賭事已為給付者，其後亦不得以債務不存在為由而請求歸還。蓋敗者博戲及賭事已為給付者，咎由自取，法律不必保護之。”^[33]簡言之，介於“中間”的這些賭博合同雖然不值得提倡，但實踐中大量存在，有為法律規範的必要；因為其於社會經濟和社會風貌無益，不以法律和司法維護其實現；但賭輸者已為給付的，也不賦予其獲返還的權利。

我國內地現行《民法典》則因既無債法總則，又無關於賭博合同的專門規定，不存在比較法上通常用來為賭博合同及由此所生債務的效力進行規範的場合，但基於現有的法律規定，不難得出與上述“三分法”相同的結論。這一結論的得出主要是基於以下兩方面的考慮。

其一，我國民法中實際上存在具有“自然之債”之效力的債權債務關係，且根據比較法上的經驗和學理，某一法律體系中所接受的“自然之債”未必限於立法者所明確列舉的“自然之債”，相反，該制度是一個具有普遍性的制度。

我國法中具有“自然之債”效力的最典型的例子是義務人對訴訟時效已過的義務的自發履行。對此我國內地《民法典》第 192 條規定，“訴訟時效期間屆滿的，義務人可以提出不履行義務的抗辯。”但是，“訴訟時效期間屆滿後，義務人同意履行的，不得以訴訟時效期間屆滿為由抗辯；義務人已經自願履行的，不得請求返還。”接著第 193 條規定，“人民法院不得主動適用訴訟時效的規定。”這組規定體現了對抗辯權發生主義的進一步確認，據此，訴訟時效的完成並不意味著債權本身失去了法律的保護力，而只是令債務人取得了拒絕履行的抗辯權，債務人仍然負擔著法律上的給付義務。^[34]另一個例子是繼承人對超出其繼承利益的被繼承人債務的自發償還。對此中國《民法典》第 1161 條第 1 款規定，“繼承人以所得遺產實際價值為限清償被繼承人依法應當繳納的稅款和債務。超過遺產實際價值部分，繼承人自願償還的不在此限。”

其二，中國《民法典》在不當得利制度部分列舉了若干項例外情形，在該等情形下，給付人不得行使不當得利返還請求權，據此，既不為法律明確禁止又不為法律明確允許的賭博合同中的賭輸方向賭贏方做出給付後，不能行使不當得利返還請求權。具體而言，其中確認了不當得利制度，根據第 985 條的規定，“得利人沒有法律根據取得不當利益的，受損失的人可以請求得利人返還取得的利益。”該條同時窮盡式地列舉了不得行使不當得利返還請求權的三種例外情況：其一是為履行道德義務進行的給付，其二是債務到期之前的清償，其三是明知無給付義務而進行的債務清償。

概言之，對於既不為法律明確禁止又不為法律明確允許的賭博合同所生之債務，雖然中國《民法典》中沒有明確其為比較法上的“自然之債”或“不完全之債”，但是，一方面，賭贏方透過司法途徑要求賭輸方作出給付會因無法律依據而不能獲得支持，但另一方面，一旦賭輸方做出給付，該給付又是符合公正、仁義觀念的，可以視為是對道德義務的履行，給付人不得再以相對方系不當得利為由要求其返還。這實際上產生的就是比較法上“自然之債”或“不完全之債”的效果。

[33] 轉引自王澤鑒：《民法學說與判例研究》（第二卷），中國政法大學出版社1998年版，第124頁。

[34] 參見張雪忠：《自然之債的要義與範圍》，載《東方法學》2013年第6期，第65-66頁。另見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（上册），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷栻譯，法律出版社2013年版，第345-347頁；[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國債法總論》，杜景林、盧湛譯，法律出版社2004年版，第21-22頁；[德]本德·特斯、阿斯特麗德·施塔德勒：《德國民法總論》，于馨渺、張姝譯，法律出版社2017年版，第84頁。

三、賭博信貸債務的法律效力

（一）概述

實踐中更多引發爭議的涉賭債務，其實並非賭博合同本身所生債務，因為很多賭博活動有根據賭博結果即時移轉財產的習慣，而更多涉及賭博信貸債務。所謂賭博信貸債務，是指出借人借款予借款人，而後者將款項用於賭博或償還賭博合同所生債務而形成的關係，或者是已完成的賭博行為中的賭勝方與賭輸方為規避賭博合同所生債務可能不受法律保護的狀況而以賭博結果為根據另外虛立借款合同而設置的還款義務。^[35] 賭博借貸合同的性質仍然是借款合同，其與賭博的關係在於，該借款合同的目的是便利借款人訂立另一賭博合同，或者以已經成立的另一賭博合同為基礎。因此，賭博借貸合同及由此產生的債務的性質和效力，與與之相關的賭博合同及其所生債務的性質和效力息息相關。

關於賭博借貸合同的效力，比較法上存在兩種立法模式。其一以《瑞士債法典》為代表，明確規定賭博借貸合同的效力與與之相關的賭博合同的效力相同，因為前者是後者的輔助行為，該法典第 513 條第 2 款規定，明知借款用於賭博目的的出借人不享有訴權；^[36] 另一種立法例以德國法為代表，沒有就賭博借貸合同的效力作出專門規定，這就需要根據關於法律行為、關於借款合同以及關於合同目的對合同效力的影響的一般規定去判斷。^[37] 中國《民法典》中既沒有將賭博合同作為一類典型合同加以規範，也沒有在關於借款合同的部分就服務於賭博目的的借款合同的效力作出專門安排，在判斷此類合同的效力的時候顯然需採納德國法的路徑。

另需注意的是，在分析賭博信貸債務的效力時，與分析賭博合同所生債務的效力時預設的出發點是不同的：大多數賭博行為都是受到嚴格限制甚至嚴厲禁止的，因此賭博合同僅在例外情況下才作為產生法定之債的淵源；但賭博信貸債務不同，賭博信貸合同本質上是借款合同，後者是我國民法中明確確認的一類典型合同，通常服務於民事主體之間正常的融資需求，唯因賭博信貸合同服務於賭博目的，而後者可能是違反法律或公共秩序的，才以例外形態出現了一些效力有瑕疵的借款合同。簡言之，賭博信貸合同，本質上作為借款合同，原則上應為有效，除非其本身效力上的瑕疵（例如本身違反法律或者公序良俗，又或沒有遵守合同訂立方式方面的法律要求），或者其因其目的為不法賭博活動而效力受到影響。現分別分析如下。

（二）本身違反法律或公序良俗的賭博信貸合同及其所生債務的效力

與前述賭博合同一樣，服務於賭博的借款合同本身也可能因為違反強制性法律規定（假如有關法域有此規定的話）或公序良俗而無效。

專門規制賭博信貸合同本身的強制性法律規定，在比較法上比較典型的立法是我國澳門刑法中的“為賭博的不法借貸”。根據前述澳門第 20/2024 號法律《打擊不法賭博犯罪法》第 10 條第 1 款，“凡意圖為自己或第三人獲得財產利益，向他人提供款項或任何其他資源以供賭博之用者，處一年至五年徒刑。”^[38] 為解決舉證的問題，該條第 2 款規定，“在娛樂場作出的消費借貸，推定是

[35] 參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公法體系透視為線索》，載《法律科學》2020年第4期，第139-140頁。

[36] 參見瑞士聯邦政府網站，https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de，2024年4月19日訪問。

[37] 參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公法體系透視為線索》，載《法律科學》2020年第4期，第143-144頁。

[38] 該規定的前身是第8/96/M號法律中的“為賭博的高利貸罪”，根據該法第13條第1款，“凡意圖為自己或他人獲得財產利益，向人提供用於賭博的款項或任何其他資源者”，構成為賭博的高利貸罪，處相當於《澳門刑法

為賭博提供”。

可見，要成立這一罪名，有兩個必備要件，其一是牟利目的，其二是借款用於賭博。因此，如果普通市民非出於牟利意圖而借款予其親友，即使款項用於賭博，或者某人出於牟利目的借款予他人，但款項并不用於賭博，皆不構成本罪，而仍屬《澳門民法典》第1070條及以下規定的消費借貸合同，通常為合法，除非出借人有利利用借款人的困境設定過高利息等等情節而構成《澳門刑法典》第219條的一般的暴利罪。此外，根據澳門第7/2024號法律《娛樂場幸運博彩信貸法律制度》，尤其是其中的第5條和第35條，如果為賭博的借貸屬於“娛樂場幸運博彩業務範圍內的博彩信貸業務”，表現為經營娛樂場幸運博彩的承批公司或其合資格的代理人博彩中介“將娛樂場幸運博彩所用籌碼的擁有權移轉予借貸人，但對該移轉並無即時以現款作出支付”的情況，該放貸行為也不構成犯罪，而且所訂立的借款合同是產生法定之債的淵源。^[39]

據此，承批公司或合資格博彩中介等特定主體以外的行為人，如果出於牟利意圖，向賭客提供款項或其他資源，供後者用於賭博，其行為構成犯罪，在此情況下締結的借貸合同也因本身違反法律規定而無效，^[40]雖然賭客利用該等款項或資源與賭場締結的賭博合同本身其實是有效的，是產生法定之債的淵源。作為犯罪行為人的貸款人與借款人之間的借貸合同無效，前者既無權要求獲返還本金，因為本金是其犯罪工具，也無權要求獲得或者保有利息，因為從刑事法的角度考慮，利息是犯罪所得，從民事法的角度考慮，利息是有效的借貸合同方產生的法律效果。^[41]

我國內地刑法或行政法並未有如澳門地區一般專門規定關於賭博信貸的罪名或行政違法行為，但民間借貸行為——包括借款目的為賭博者——本身也可能因為伴有其他情事而構成犯罪，例如非法集資罪、^[42]非法經營罪等等。^[43]如果該民間借貸合同本身“違反法律、行政法規強制性規定”，根據中國《民法典》第153條的規定以及有關民間借貸合同的司法解釋中的規定，為無效合同無疑。^[44]

至於有關借貸合同會否因為約定的利息過高而被認定為是一個違反善良風俗的行為，從而宣告其無效？^[45]《德國民法典》第138條第2款將暴利行為與違反善良風俗的行為規定在同一條文，似乎肯定了二者之間的聯繫。^[46]不過，即使認為暴利行為的法律效果是無效，貸款人也不能立即要求借款人還款，而是必須等待約定的還款期限屆至，而且貸款人不能要求獲得約定的高利息，而只有權獲得合理利息。^[47]從這個意義說，暴利的借貸合同並非無效，而是會發生法律行為的縮減：法

典》第219條暴利罪的刑罰。

[39] 該規定的前身是澳門第5/2004號法律《娛樂場博彩或投注信貸法律制度》第16條。

[40] 《澳門民法典》第273條第1款規定，“法律行為之標的，如……違反法律……，則法律行為無效”；第287條規定，“違反強行性之法律規定而訂立之法律行為無效，但法律另有規定者除外。”

[41] 澳門的立法和司法實踐也確認了這一點。關於立法上的確認，第20/2024號法律《打擊不法賭博犯罪法》第20條規定，“一、所有用於或來自實施本法律所定犯罪的金錢及有價物均予以扣押，並由法院宣告撥歸澳門特別行政區所有。二、如作出第十條所定的犯罪，相關金錢或有價物，以及所獲得的財產利益，亦按上款規定處理。”關於司法上的確認，參見例如澳門終審法院第6/2020號案合議庭裁判：<https://www.court.gov.mo/zh/subpage/tui-yong?cc=6/2020>，2025年4月19日訪問。

[42] 參見《民間借貸司法解釋》第5條、第6條。

[43] 參見陳興良：《高利放貸的法律規制：刑民雙重視角的考察》，《華東政法大學學報》2021年第6期，第10頁。

[44] 《民間借貸司法解釋》第13條第5項。

[45] 參見《民法典》第153條第2款及《民間借貸司法解釋》第13條第6項。

[46] 對其構成條件及效力的評價，詳見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷斌譯，法律出版社2013年版，第622頁及以下。

[47] 參見[德]漢斯·布洛克斯、[德]沃爾夫·迪特里希·瓦爾克：《德國民法總論》（第41版），張艷譯，楊大可校，馮楚奇補譯，中國人民大學出版社2019年版，第162-163頁。

律僅保護合理的利息範圍。根據我國現行法也可得出相同結論。中國《民法典》第 680 條第 1 款規定，“禁止高利放貸，借款的利率不得違反國家有關規定。”顯然這是一個不完全條款，需結合司法解釋的規定才能實現對民間借貸高息問題的規制。^[48]根據《最高人民法院關於審理民間借貸案件適用法律若干問題的規定（2020 第二次修正）》（法釋〔2020〕17 號，簡稱《民間借貸司法解釋》）第 25 條第 2 款，我國法院僅保護不超過“合同成立時一年期貸款市場報價利率四倍”的利率。

對於其餘的大多數情況，即借貸合同本身不構成違法或犯罪行為，也不構成對公序良俗的違反的情況，則需進一步考慮有關借貸合同的效力會否因為其服務於賭博目的而受到影響。

（三）因服務於賭博目的而效力受影響的賭博信貸合同及其所生債務的效力

首先可以確認的是，即使是以進行違法的賭博活動為目的訂立的借貸合同，並不必然無效。原因如前所述，不同於大多數賭博活動是不被法律支持的，因而大多數賭博合同不是產生法定之債的淵源，大多數借貸合同是服務於正常的融資需求的，原則上是有效的，除非其本身有效性瑕疵。

《民間借貸司法解釋》也確認了這一取態：該解釋第 12 條第 1 款規定，“借款人或者出借人的借貸行為涉嫌犯罪，或者已經生效的裁判認定構成犯罪，當事人提起民事訴訟的，民間借貸合同並不當然無效。人民法院應當依據民法典第一百四十四條、第一百四十六條、第一百五十三條、第一百五十四條以及本規定第十三條之規定，認定民間借貸合同的效力。”且實踐中，司法裁判傾向於維持借貸合同的效力。^[49]

什麼情況下借貸合同的賭博目的 / 原因會影響合同的效力？我國司法實踐的態度是出借人明知或應知目的違法的時候。對此《民間借貸司法解釋》第 13 條第 4 項規定，“出借人事先知道或者應當知道借款人借款用於違法犯罪活動仍然提供借款的”，“人民法院應當認定民間借貸合同無效”。而在刑事效力方面，此舉其實構成賭博罪的共犯，正如《賭博案件司法解釋》第 4 條所規定的，“明知他人實施賭博犯罪活動，而為其提供資金、計算機網絡、通訊、費用結算等直接幫助的，以賭博罪的共犯論處。”不過，在司法實踐中，法院根據該項規定認定借貸合同無效時非常克制，因為很難證明出借人在借款時知悉借款人將所得款項用於賭博。^[50]該規定本身也有過於嚴苛之嫌，比較法上的一般態度是，一方僅僅明知他方訂立法律行為的目的是違法的，並不足以認定該法律行為因目的違法而無效，而是需要更强的要件：雙方的目的是共同的，甚至借款人的賭博行為是出借人出於牟利意圖故意造成的。例如《澳門民法典》第 274 條規定，“如法律行為單純在目的上違反法律或公共秩序，又或侵犯善良風俗，則僅雙方當事人之目的相同時，該法律行為方為無效。”^[51]

（四）為鞏固賭博合同所生債務而虛立的“信貸合同”及其所生“債務”的效力

實踐中十分常見的一種賭博借貸合同訂立於已經完成的賭博活動的當事人之間，輸贏雙方根據賭博的結果，設定借貸合同關係中的給付義務方及給付的內容，以規避賭博合同所生債務往往不受國家強制力保障履行的局面。

此時當事人之間並不真正存在借貸關係，而是為規避賭博行為的不法性而作出的規避行為。^[52]

[48] 參見劉勇：《〈民法典〉第680條評注（借款利息規制）》，《法學家》2021年第1期，第173頁。

[49] 參見朱慶育主編：《合同法評注選》，北京大學出版社2019年版，第208頁（朱慶育執筆）。

[50] 參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公私法體系透視為綫索》，載《法律科學》2020年第4期，第140頁。

[51] 德國法院的態度亦然，參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公私法體系透視為綫索》，載《法律科學》2020年第4期，第145頁。

[52] 關於規避行為及其效力，見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷斌譯，法律出版社2013年版，第594頁及以下；[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第413-414頁。

《德國民法典》第 762 條第 2 款對此情況作出明確規範，其中規定，輸方據以為履行賭博債務或打賭債務之目的而對贏方承擔債務的協議，尤其是債務承認，適用前款的規定，即債務不因該等行為而成立，但因此而已作出的給付，亦不得因債務未曾存在而請求返還。^[53]

由於中國《民法典》沒有將賭博合同作為一類典型合同加以規範，自然沒有就上述問題做出專門規範的場合。但是，一方面，我國司法機關認為上述情況可納入《民間借貸司法解釋》第 13 條第 4 項“出借人事先知道或者應當知道借款人借款用於違法犯罪活動仍然提供借款的”，“民間借貸合同無效”；^[54]另一方面，即使基於關於法律行為、借款合同的一般規則，仍然可以得出相同的結論。在上述關係中，所謂的“借款人”，即先前的賭博合同中的賭贏方，並沒有向相對方交付任何“借款”，自然也不涉及借款人是否知悉或者促進了賭博活動的問題，但是，這一借貸合同並非雙方當事人真實意思的體現，因屬虛偽行為而無效。中國《民法典》第 146 條第 1 款規定，“行為人與相對人以虛假的意思表示實施的民事法律行為無效。”更何況，如果此類借款合同發生在自然人之間，則其為要物合同，根據中國《民法典》第 679 條規定，合同“自貸款人提供借款時成立”，未為交付的借款合同根本未曾成立。類似地，如果原本真實的、確有提供借款的賭博借貸合同中的當事人自知其借貸關係不受法律強制力的保護（例如出借人明知借款人將以借款用於從事賭博犯罪的情況），而另以一虛假意思表示設立一形式上合法的借貸合同，則基於同上述相同的理由，新借貸合同同樣為無效或者根本未成立。

澳門民法雖將賭博和打賭合同作為典型合同加以規範，但未如德國民法一般對上述情況下的債務的效力作出明確規定，不過不妨礙得出與德國法和內地法相同的結論。澳門法上的消費借貸合同是要物合同，^[55]出借人向借款人的交付並非已成立合同所生債務的履行，而是合同成立的要件，換言之，未有交付的所謂“消費借貸合同”，並未成立；即使有滿足交付這一要件而使合同成立，該合同也是無效的，因為這是一個雙方當事人為欺騙第三人而作出的一個與其真實意思不符的法律行為，為虛偽行為，是無效的。^[56]

（五）無效或不成立的賭博借貸合同的法律效果

如果賭博借貸合同因為本身違法或者因為雙方明知借貸的目的是從事違法的賭博合同而被認定無效，將產生何種法律後果？首先可以確認的是，出借人沒有權利要求借款人按照約定的利率支付利息，因為這是有效的借款合同方產生的效果。那麼，出借人有無權利收回本金，甚至連同合理的利息？這在理論和實務上都存在諸多爭議。

根據中國《民法典》第 157 條的規定，“民事法律行為無效、被撤銷或者確定不發生效力後，行為人因該行為取得的財產，應當予以返還；不能返還或者沒有必要返還的，應當折價補償。有過錯的一方應當賠償對方由此所受到的損失；各方都有過錯的，應當各自承擔相應的責任。法律另有規定的，依照其規定。”據此，法律行為被宣告無效的基本效力之一是行為人須將其因此取得的財產返還，也就是說，借款人應當將其從出借人處所收取的借貸本金歸還。即使借款人已經將本金輸盡亦然。因為合同無效返還的效果是要將當事人間的法律狀況回復到合同訂立之前的狀況，那麼就應當遵循全面返還原則而非現存利益返還原則。^[57]即使出借人的行為有構成犯罪或行政違法行為，

[53] 參見陳衛佐譯注：《德國民法典》（第5版），法律出版社2020年版，第367頁。

[54] 參見杜萬華主編：《最高人民法院民間借貸司法解釋理解與適用》，人民法院出版社2015年版，第266頁。

[55] 參見唐曉晴：《論要物合同》，載《澳門研究》2005年第6期，第23頁；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2020年版，第184頁。

[56] 《澳門民法典》第232條：“一、如因表意人與受意人意圖欺騙第三人之協議而使法律行為之意思表示與表意人之真正意思不一致，則該法律行為係虛偽行為。二、虛偽行為無效。”

[57] 參見葉名怡：《不當得利法的希爾伯特問題》，載《中外法學》2022年第4期，第945頁。

也應根據有關規定另行對其科處制裁。可以說，借貸合同有效抑或無效，在民事法律效果方面的主要區別唯在於出借人有否權利收取利息。

但是，司法實踐中多數法院的做法却是籠統地認定無效的借貸關係不受法律保護，借款人無需返還本金或利息，或者直接將本金作為賭資收繳。^[58]學理上通常認為這種做法的理論基礎是雙方不法排除不當得利返還請求權，後者來源於《德國民法典》第 817 條第 2 句；但是，德國法中的這一規定恰恰是錯誤擴張雙方不法排除不當得利返還之適用範圍的結果，該機制本應限於適用於給付方引誘受領方為不法行為的情況，但德國法不當地將其適用範圍擴張到一切無效合同；申言之，作為我國學者借鑒對象的這一德國法中的條款，恰恰是一個反面榜樣，中國《民法典》未予採納實屬正確。^[59]更何況，此類案件涉及的返還問題，是作為合同無效之效果的返還，無效合同關係的存在排除了“沒有法律根據”這一要件的成立，從而排除了不當得利制度的適用。^[60]此外，我國部分法院的上述取態也體現了對刑事制裁、行政制裁和民事制裁的混淆。我國已經失效的《民法通則》在列舉承擔民事責任的方式時，在第 134 條第 3 款中指出，“人民法院審理民事案件，除適用上述規定外，還可以予以訓誡、責令具結悔過，收繳進行非法活動的財物和非法所得，並可以依照法律規定處以罰款、拘留。”這些制裁實為非民事責任，體現了國家機關對平等主體之間的民事法律關係的不當侵入，不適宜規範在民事法律之中，^[61]後來的《民法總則》和《民法典》都刪去了這一條款，表明我國在這一問題上已經回到了正確的軌道。

上述論斷也適用於因《民法典》第 679 條而未成立的借款合同。這是因為，《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉總則編若干問題的解釋》（法釋〔2022〕6 號）第 23 條規定，“民事法律行為不成立，當事人請求返還財產、折價補償或者賠償損失的，參照適用民法典第一百五十七條的規定。”

四、結論

概言之，因賭博參加者之間的賭博合同而產生的一方向另一方作出一定給付的約束——即所謂賭博合同所生債務——的效力，取決於作為其基礎的賭博合同的效力，而後者的效力又取決於某一國家或地區對賭博活動的公共政策。基於國家特許進行的賭博活動締結的賭博合同，例如彩票投注，是產生債之關係的正式淵源，一方有根據賭博結果向另一方為一定給付的義務，後者的權利受到法律、司法等國家強制力的保障。在違反刑法或行政法規定的賭博活動中締結的賭博合同，並不必然構成無效合同，而是要具體考察該賭博合同本身有否違反效力性強制性規範。如有，例如賭博合同是在同樣觸犯賭博罪或者同樣構成高額賭博的行政違法行為的雙方之間締結的，則賭博參與者的行為除受到刑事或行政處罰外，其所締結的賭博合同也不產生民法上的移轉財產權利的效果。^[62]

[58] 參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公私法體系透視為綫索》，載《法律科學》2020年第4期，第140頁。

[59] 參見同上註，第146-147頁；葉名怡：《不當得利法的希爾伯特問題》，載《中外法學》2022年第4期，第961頁。

[60] 參見葉名怡：《不當得利法的希爾伯特問題》，載《中外法學》2022年第4期，第945頁、第964頁；左傳衛：《論不當得利返還請求權的定性與體系安排》，載《政治與法律》2011年第1期，第126頁。

[61] 參見覃遠春：《論“賭債”分離可能性及其司法處理——自然債之於傳統問題民法新視角的貢獻》，載《河北法學》2011年第9期，第99頁。

[62] 簡言之，基於此類活動產生的約束并非債務。但需注意的是，依據民法并不存在或不具有強制執行力的賭債，在我國的刑事司法實踐中往往被認可為“債”。參見徐光華：《索債型非法拘禁罪擴張適用下對綁架罪的再認識》，載《中國法學》2020年第5期，第261頁。

反之，如果賭博合同本身並未違反效力性強制性法律規定，例如賭博參與者是在他人非法開設的賭場中締結的博彩合同，則雖然刑事犯罪或行政違法行為中的行為人要受到刑事或行政制裁，但賭博合同本身並不必然隨之無效。

前一類賭博合同中的後一種情況，連同“第三類”賭博合同——即在既不為法律明確禁止又不為法律明確允許的賭博活動中締結的賭博合同，例如親友之間進行的偶然的、小額的賭博或打賭——，是產生一種特殊的約束關係的淵源：賭贏一方的權利不獲國家強制力保障實現，但是，一旦賭輸一方作出給付，該給付又是符合公平正義的，可以視為對道德義務的履行，從而排除了給付方以相對方不當得利為由要求其返還的權利。此即比較法上的“自然之債”或“不完全之債”的效果，雖然中國《民法典》並沒有將此作為一般制度確認下來。

至於賭博借貸合同，本質上亦為借款合同，而後者是中國《民法典》中明確確認的一類典型合同，通常服務於民商事主體正常的融資需求，原則上有效，除非存在影響其效力的瑕疵事由。具體而言，如果賭博借貸合同本身違反效力性強制性法律規定，或者違反公序良俗，為無效合同；否則，僅當出借人明知借款人將所借款項用於從事違法犯罪的賭博活動時，有關借貸合同方因目的/原因違法而無效。當賭博參與者雙方為“鞏固”賭博結果而虛立借貸合同時，該合同因構成虛偽行為而無效，假如雙方均為自然人，更可能因為未為交付而未成立。對於無效的或不成立的賭博信貸合同，出借人無疑無權收取約定的利息，但司法實踐中幾乎一刀切地不認可其收回本金的權利的做法也值得反思，反倒容易迫使出借人使用不法手段收取“債”款。正確的思路是區分公私法思維。

Abstract: Gambling is a socially harmful activity that remains pervasive due to inherent human vulnerabilities. While its legal consequences are well-defined in criminal and administrative law, the civil law effects of gambling contracts have long been ambiguous, resulting in inconsistent judicial rulings. The promulgation of the Civil Code of the People's Republic of China failed to resolve this issue, as it neither classifies gambling contracts as a typical contractual category nor incorporates comparative legal doctrines—such as natural obligations, imperfect obligations, and *solutio indebiti*—that typically govern gambling-related civil liabilities. Through a comparative analysis of Mainland China and Macau's legal frameworks, this article examines the enforceability of debts arising from gambling contracts and gambling-related loans under varying circumstances. It advocates for a nuanced legal approach that distinguishes between different types of gambling activities and associated debts, rejecting a uniform treatment to better reconcile regulatory objectives with societal realities.

Key words: Gambling Contracts; Gambling-Related Loans; Natural Obligations; Imperfect Obligations; Unjust Enrichment

（責任編輯：咎晨東）

內地與澳門民商法中表見代理規則的差異與銜接

李凱莉*

摘 要 內地與澳門民商法中表見代理規則的立法模式、構成要件和解釋適用差異頗多，在推動兩地民商事規則銜接的大背景下，可從解釋論的角度探尋兩地表見代理規則銜接的路徑。作為保護外觀、信賴、交易安全的理論，外觀主義理論可以作為表見代理規則中不確定概念的價值補充和當事人利益衡量的依據，以外觀主義理論解釋表見代理規則，既滿足內地法單一要件需要進一步解釋的需求，又符合澳門法三要件的構成邏輯。對表見代理規則的解釋需要依據主體的民商事性質設計不同的標準，同時考量“行為人的代理權外觀”“相對人的善意”和“被代理人的可歸責性”三大要素，既吸收內地法綜合考量各種因素之長，又參考澳門法民商分立的優勢，以完善兩地表見代理規則的解釋適用。如此兩地表見代理規則適用的法效果一致，兩地規則在實質上得以銜接。

關鍵詞 表見代理 外觀主義 澳門法 規則銜接

代理制度在民商事活動中被廣泛應用，其中表見代理的規則在理論界和實務界均存在較大的爭議。表見代理涉及三方當事人，該規則使得行為人憑虛假代理權外觀與相對人所為之法律行為可以產生有權代理的法效果，由被代理人超越其意思表示向相對人承擔履行責任，由此產生如何解釋表見代理規則以平衡被代理人的意思自治和相對人信賴利益的理論爭議。^[1] 現行內地法和澳門法中表見代理規則的設計略有不同，且從兩地司法實踐可見，由於規則本身及其解釋適用時的差異，相似事實的案件在兩地法院會得到截然不同的判決結果，且現有兩地對於表見代理規則的解釋和適用均存在瑕疵，這為活躍於兩地的民商事主體帶來較高的法律成本和不公正的後果。在橫琴粵澳深度合作區建設、粵港澳大灣區建設的大背景下，內地與澳門民商事交往頻繁，差異規則或將成為阻礙民商事活動高效順利進行的制度壁壘，故此，如何實現兩地規則銜接，成為合作區法治建設的重要議題之一。本文即以表見代理規則為例，分析兩地規則的差異，並以外觀主義理論作為兩地表見代理規則的解釋論依據，以求兩地差異規則可以從實質上得以銜接，同時為內地與澳門的其他民商事規則銜接提供借鑒。^[2]

* 李凱莉，北京理工大學法學院博士後。

[1] 本文對於表見代理中三方當事人採內地法習慣稱為：被代理人、行為人、相對人。三方主體在澳門法中稱為：本人、代理人、第三人。在外觀主義理論中稱為：真實權利人、行為人、相對人。

[2] 需要特別說明，對於某一規則的解釋適用往往需要配合其他的規則、將其置於整個制度體系下予以考量。在大陸法系，與表見代理相關的規則包括但不限於授權行為、法律行為、無權代理、不當得利，上述內容在內地與

一、內地與澳門表見代理規則的差異

內地最早的表見代理的規則是原《中華人民共和國合同法》第49條，後在民法典立法過程中，表見代理規則進入總則成為現行《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《中國民法典》）第172條，但條文本身的內容並沒有大幅修訂，對於表見代理構成僅有單一要件，存在較靈活的解釋空間。澳門法的表見代理規則分別規定於澳門特別行政區《商法典》（以下簡稱《澳門商法典》）第644條和澳門特別行政區《民法典》（以下簡稱《澳門民法典》）第261條，兩條文對於不同領域的表見代理規則均設置了嚴格的三要件。內地與澳門的立法體例和表見代理規則的構成要件均存在較大差異。

（一）兩地私法立法體例及思維的差異

在私法領域，民法和商法的立法安排被學者稱為“民商合一”和“民商分立”的立法體例，最主要的劃分依據是民法典之外是否存在商法典。民法和商法同作為私法範疇，均建立在自由、平等、公平、誠實信用的原則之上，他們的內容並非截然不同，但二者起源不同，又有不同的價值取向，導致制度設計存在差異。^[3] 澳門私法即採用民商分立的模式，而內地是民商合一，立法體例的不同也影響了法律解釋、司法裁判時的思維運用，前者有意識地區分民事活動和商事活動，並援引不同的規則，佐以不同的解釋論；後者對於民商事活動不做區分，共用一套規則，商事思維欠缺。

《澳門商法典》第644條和《澳門民法典》第261條分別是表見代理在商事領域和民事領域的規定。出於歷史原因，澳門曾延伸適用葡萄牙的各項法律制度。商事立法中，葡萄牙通過1986年頒佈的規範商業代理或代辦商合同的法律（第178/86號法令）建立了商事代理中的代理商制度，其中第23條第1款為代辦商的表見代理設計了專門的規則。^[4] 《澳門商法典》第644條“表意代理”^[5] 原封不動地將上述規則引入：“然而，如基於考慮有關具體情況而斷定在客觀上存在應予考慮之理由，以致善意第三人信任該無代理權之人具有作出上述法律行為之正當性，且被代理人曾有意識促使此第三人對該無代理權之人產生信任，則由該無代理權之人作出之法律行為，不論是否經被代理人追認，均對被代理人產生效力。”該條文僅針對代辦商合同，但根據澳門司法見解和《澳門商法典》的原則，也可以延伸適用於其他類似的商事合同。^[6]

民事立法中，《葡萄牙民法典》對於代理中授權行為的嚴格限制，使得“表見授權”“容忍授權”在葡萄牙民法體系內不可能被承認，相應的表見代理規則也就無存在餘地。^[7] 但《澳門民法典》的代理制度在借鑒《葡萄牙民法典》的基礎上也有自身的創新發展，第261條第2款表見代理的規則即為典型：“然而，如基於考慮有關具體情況而斷定在客觀上存在應予考慮之理由，以致善意第三人信任該無代理權之人具有作出上述法律行為之正當性，且被代理人曾有意識促使此第三人對該無代理權之人作出之法律行為，不論是否經被代理人追認，均對被代理人產生效力。”本條款

澳門民商事法律中均有體現。本文只討論表見代理規則，並非主張表見代理規則應當脫離整個代理制度體系，也非忽視其他相關規則在處理糾紛時相互配合所發揮的作用，只求尋找合適的解釋論依據，完善規則本身的解釋適用，使表見代理的認定趨於合理，為兩地規則銜接提供新思路。

[3] 參見寧金成：《“商事通則”的立法體系與基本原則》，載《中國商法年刊》2007年，第122頁。

[4] 葡萄牙第178/86號法令 (Decreto-Lei n.º 178/86 de 3 de Julho) 第23條第1款：“如按具體情況客觀認為有應予考慮之原因使善意第三人相信無代理權之代辦商有訂立法律行為之正當性，只要本人亦使第三人相信代辦商有正當性，則該代辦商所訂立之法律行為對本人具有效力。”葡萄牙法律中稱表見代理中的被代理人為“本人”，特此說明。

[5] 《澳門商法典》第644條官方中文譯文為“表意代理”，葡語標題為Representação aparente實質上就是大陸法系民法的“表見代理”，且《澳門商法典》第644條與葡萄牙第178/86號法令的葡語條文內容一致。

[6] 《澳門商法典》第4條。

[7] 《葡萄牙民法典》第457條。

的規則設計很大程度上借鑒了前述商法典中表見代理的規則，僅有個別語言文字的調整，^[8] 被譽為葡萄牙商事法律規範在澳門民法領域的“靈魂轉生”。^[9] 能否將原本的商事規則類推適用於民法領域素有爭議，但本條款的出台，使得澳門民法代理制度中對於善意第三人的保護相較於葡萄牙法走得更遠，也使得商事規則在民事領域保護信賴利益中得以擴張。

內地私法在形式上採取了民商合一的立法模式，有相當數量的商法規範剝離出來，安插到民法典中；也有相當數量的民法規則予以擴張適用於商事糾紛。《中國民法典》第 172 條規定了表見代理：“行為人沒有代理權、超越代理權或代理權終止後，仍然實施代理行為，相對人有理由相信行為人有代理權的，代理行為有效。”按照現有民商合一的立法體例，該規則可同時適用於民事領域和商事領域。然而在適用過程中不乏爭議：以“保護交易安全”為目的的表見代理規則明顯是為商事活動而設計，是否可以用於處理民事糾紛尚有存疑；當行為人是或冒充“執行法人或非法人組織工作任務的人員”時，本條與第 170 條職務代理的關係如何處理；當事人的民商事主體性質是否影響表見代理的構成；等等問題立法和司法並未予以回應。

兩種立法模式並無優劣之分，但立法模式下反映出的法律思維影響司法裁判，也會影響當事人從事民商事活動時的思維模式。澳門民商分立的模式，使得立法者可以針對民商事活動的特點，對表見代理規則在商法典和民法典中采不同的設計，司法實踐中亦可根據主體和行為的民商事性質適用不同的規則，而當事人亦會根據相對人的民商事性質選擇不同的交易方式、負有不同的注意義務。以一起內地法院審理的不動產買賣案件為例^[10]，本案在未取得房屋所有權人授權的情況下，房產中介即代理所有權人與澳門買受人簽訂了房屋買賣合同。本案中澳門買受人或許在簽訂合同時受到了澳門商法思維潛移默化的影響，從而“放鬆警惕”善意信賴房產中介作為專業的商事主體在從事房產交易的營業活動時應當具備代理權，在未審核授權文書的情形下，仍然簽訂了購房協議。該案最終援引內地法判決認為房產中介的行為構成表見代理，裁判結果符合澳門買受人的預期，但是裁判說理略顯欠缺，按照《中國民法典》第 172 條的解釋，在授權文書這種關鍵性文件缺失的情形下，何以認定“行為人具有權利外觀”和“相對人善意”？

上述案件也反映了在內地法民商合一的模式下，立法和司法都忽略了商事規則應有的特殊性。內地法目前民事代理一枝獨秀，而商事代理規範缺失，民商合一的立法技術加上民商不分的審判體制，導致司法實踐中不關注民商差異、罔顧商事活動特點的現象時有發生。^[11] 現有研究中，學者們均普遍認為內地法有必要轉變民事代理的思維定式，正確認識商事代理的獨特性及其存在價值，即使是“民商合一”的規則，也應當有“民商分立”的解釋論。^[12]

（二）表見代理規則構成要件及解釋的差異

澳門法和內地法表見代理規則的設計和構成要件並不相同，澳門法中無論是商法典還是民法典對於表見代理的構成均強調三要件，實踐中對其適用更加具體明確；而內地法的表見代理規則僅有一個要件，實踐中對其解釋適用可綜合考量多種因素，更加靈活。然而兩地規則在司法實踐中均存在瑕疵，前者規則設計雖然民商分立，但條文內容同質性較大，沒有體現出民商事代理規則應有之特點；後者單一要件雖然有更廣泛的解釋空間和更靈活的解釋方式，但過度的靈活增加了解釋的不確定性，放縱了自由裁量的範圍。

《澳門民法典》第 261 條第 2 款和《澳門商法典》第 644 條第 1 款關於表見代理的規則設計高

[8] 對於該被代理人要件《澳門商法典》第644條第1款葡語版表述為*igualmente contribuido*（同時促進），《澳門民法典》第621條第2款葡語版表述為*conscientemente contribuido*（有意識的促進）。

[9] 參見唐曉晴等著，《民法一般論題與〈澳門民法典〉總則》，社會科學文獻出版社2020年版，第436-441頁。

[10] 李婉嫦訴汪震等房屋買賣合同糾紛案，珠海橫琴新區人民法院(2015)珠橫法民初字第332號民事判決書。

[11] 李建偉：《〈民法總則〉民商合一中國模式之檢討》，載《中國法學》2019年第3期，第299-300頁。

[12] 相關論述見韓慧瑩：《商事代理》，載《商事法論集》2008年第1期，第228-251頁；肖海軍：《商事代理立法模式的比較與選擇》，載《比較法研究》2006年第1期，第60-71頁。

度相似，都有三大構成要件：（1）無權代理人客觀上具備有權代理的表象；（2）第三人善意信任無權代理人具有正當性；（3）被代理人促使上述信賴。這兩個條文在澳門民商分立的立法體系下適用範圍有所不同，在澳門法律體系中那些以營利為目的的商主體和商行為受到《澳門商法典》約束，如無具體規則，可類推適用《澳門商法典》中的其他規則；如無法類推適用，《澳門民法典》中那些與《澳門商法典》原則不衝突的規則才有適用的空間。^[13]但遺憾的是，目前澳門法律生效實施的時間較短且案件數量較少，對於表見代理規則的解釋僅能通過現有個別案例窺見一斑，而大多數涉及表見代理的案件在司法實踐中都會同時提及上述兩個條文、同時討論三大構成要件，條文設計的相似加上解釋適用時不加區分，使得澳門法的表見代理規則在現有的司法實踐中並未發揮其民商分立的優勢。

內地法中的表見代理規則僅有“有理由相信”這個單一的構成要件，為避免司法實踐中解釋適用混亂，最高人民法院通過司法解釋的形式確定了兩個解釋“有理由相信”的考量因素：“行為人具備權利外觀”和“相對人善意無過失”。^[14]該解釋路徑沿用至今，但問題在於，表見代理作為被代理人、行為人、相對人三方之間的法律關係，而解釋規則中僅考慮了行為人和相對人兩方因素是否合理。為此，立法者和學者曾一度激烈討論是否應當增設構成表見代理的例外情形，是否應當增加“被代理人可歸責”作為考量因素，最終立法者基於民法典作為一般法地位的考量，放棄將具體的考量因素寫入法條，僅採用“相對人有理由相信”這一單一要件。^[15]內地法的“單一要件”爭議頗大，如何證明“有理由相信”、是否應當考慮“被代理人因素”、舉證責任如何分配、是否應當民商區分等問題未有定論，但同時“單一要件”也為上述問題在司法實踐中的處理提供了更廣闊的空間。

在具體案件中，由於兩地法律規則不同，司法實踐中解釋適用規則的方式不同，會導致同樣或類似的案件事實因適用不同法律規則而得到截然不同的判決結果。以兩起經營場所中“假員工”與顧客簽訂合同的案件為例，兩地法院在審理時均援引表見代理規則，但是判決結果並不相同。在澳門的案件中^[16]，法院嚴格按照《澳門民法典》第261條中的三要件分析：行為人身著制服、處於營業場所、出具公司抬頭的收據具備有權代理的外觀；相對人作為消費者一般會相信營業場所中身著制服且主動提供服務的人員有權代表公司，對上述外觀的信賴構成善意；公司作為被代理人放任非本公司員工在其營業場所為顧客提供服務，促使行為人產生外觀、促使相對人產生信賴，因此本案中“假員工”的行為構成表見代理。而內地裁判中^[17]，法院認為在營業場所提供服務、出入辦公區域的人員不一定是公司工作人員，因此行為人沒有外觀；相對人對於行為人身份沒有盡核實義務，且有追求低成本高利潤的企圖，不構成善意，相對人沒有理由可以相信行為人有權代理，故“假員工”的行為不構成表見代理。

上述兩個案件都是適用法律、解釋法律的結果，但裁判說理中都存在瑕疵。澳門法院沒有回應：本案中被代理人是從事商事活動的商主體，為何裁判沒有適用《澳門商法典》第644條，《澳門商法典》第644條的適用和《澳門民法典》第261條的適用有何差異。內地法院沒有回應：何種程度的“外觀”足以使相對人“有理由相信”，相對人何種程度的“善意”可以構成表見代理認為的“善意”。

是否構成表見代理直接決定了承擔無權代理的不利後果的主體：構成表見代理，相對人可以要

[13] 《澳門商法典》第4條。

[14] 《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉總則編若干問題的解釋》，最高人民法院法釋〔2022〕6號，2022年2月24日發佈，2022年3月1日實施。

[15] 參見黃薇主編：《中華人民共和國民法典總則編解讀》，中國法制出版社2020年版，第561-563頁。

[16] 澳門特別行政區中級法院第659/2016號案。

[17] 李德勇與中國農業銀行股份有限公司重慶雲陽支行儲蓄存款合同糾紛案，最高人民法院（2013）民提字第95號民事判決書。

求被代理人承擔履行責任，履行不能則要求其承擔違約責任，而被代理人相應的損失可向無權代理人追償；不構成表見代理，行為人構成狹義的無權代理，相對人不能獲得履行利益，只能要求行為人承擔責任。前述案件中被代理人是典型的商主體，而相對人是消費者（民事主體），二者的締約能力、注意義務、風險承擔能力存在懸殊，當二者均不存在明顯過錯時，會產生是否構成表見代理、由誰承擔不利後果的爭論，該爭議的本質是如何通過規則的設計和解釋實現當事人利益的平衡。

綜上所述，內地法的表見代理規則采單一要件，在民法總則草案討論的過程中有學者認為，基於民法總則的抽象原則法地位，不宜規定排除表見代理適用的具體情形，而應交由學說和判例予以類型化。^[18]單一要件的解釋一直以來較為模糊、爭議頗多，立法中“單一要件”的概括性需要在司法實踐中明確具體考量因素。^[19]澳門法的表見代理規則民商分立、構成要件明確清晰，為表見代理在具體司法實踐中的適用指明方向。但在實際適用中民商界限不清、標準不明，沒有突出民法和商法中表見代理規則應有之特點，且三要件有時難以判斷“有無”，也無法如數學公式般的相加，因此澳門法的表見代理規則也有待理論和實踐的發展，以進一步明確解釋標準。

二、以外觀主義理論解釋表見代理規則

無論是澳門表見代理規則的三要件，還是內地表見代理規則的單一要件，成文法的固有缺陷使其都需要進一步的解釋，才能適用於具體案件，合理的解釋路徑可以達到規則設計的目的，平衡各方當事人的利益，實現社會整體的效益。對於法律條文的解釋，當僅從文義無法得出確定的答案時，即需要佐以其他的方法性原則。表見代理規則實質上對無權代理人呈現的權利外觀予以保護，將權利外觀推定為真，這是典型的體現外觀主義理論的具體規則，外觀主義理論或可作為表見代理規則的解釋論依據，為構建合理的解釋路徑提供參考。

（一）外觀主義符合表見代理規則的立法目的

立法目的指的是立法者希望通過某項法律規則的實施所欲達成的社會目標或社會效果，立法目的可以指導並輔助法律條文的文義解釋和論理解釋、修正法律解釋的明顯錯誤、消除法律的不確定含義。^[20]

澳門立法者認為，參與民商事活動的主體應當對其行為而傳遞出的信息的真實性、可靠性負責，這是民商事活動的基礎，而表見代理規則正是對這個“基礎”的保護。在表見代理規則中，行為人所呈現的有權代理外觀即為代理活動的“基礎”，法律不允許當事人否認依其言行表現所得出的合理推論，旨在使得交易活動穩健運行。

內地民法表見代理規則的設置是基於“對外表授權的承認與保護”“對善意相對人利益的保護”“保護財產交易的動態安全”等考量。近代民法中，善意保護成為一項基本原則，無權代理中的相對人善意無過失，且有理由相信行為人有權代理，此時一概認為該行為對被代理人不發生效力，則破壞了相對人對於基本交易規則的預期。表見代理規則希望通過對個人權利的靜態安全與社會交易的動態安全進行合理協調，平衡各方當事人利益，使得有限的社會資源得到合理配置，最終決定在交易中犧牲個人利益以保護財產交易的動態安全，從而在政策導向上促進經濟發展，維護安全的交易市場秩序。^[21]

可見澳門法和內地法中表見代理的規則都承載著保護外觀、信賴、交易安全的目的，外觀主義

[18] 參見謝鴻飛：《代理部分立法的基本理念和重要制度》，載《華東政法大學學報》2016年第5期，第74頁。

[19] 參見尹田：《我國新合同法中的表見代表制度評析》，載《現代法學》2000年第5期，第114-117頁。

[20] 參見魏治勳：《法律解釋的原理與方法體系》，北京大學出版社2017年版，第249-254頁。

[21] 參見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典總則編理解與適用（下）》，人民法院出版社2020年版，第862-863頁。

理論正是基於相似目的應運而生。外觀主義理論指民商事主體對於與真實狀況不符的權利、法律關係或其他外部客觀事實產生信賴並為法律行為，該信賴可以受到法律的保護，由協助產生信賴之真實權利人承擔不利後果。那些有悖於法律的事實狀態，當它同某一強大的社會群體利益相一致時，就會被立法或判例所考慮，直接成為主觀權利的淵源。^[22] 彼時法律規則的設計受到以“社會利益”為核心的法哲學理念影響，法律的價值觀從一味的強調個人自由轉而更加注重社會的秩序。所謂社會秩序的維護體現在了動態交易安全的保護，因為交易是市場經濟社會中的基本活動；保護交易安全實際上就是保護交易主體的信賴，因為信賴是所有交易的前提；保護信賴就需要保護外觀，外觀是信賴的基礎。外觀主義理論認為對外觀產生信賴的相對人可能是交易中的任何一個人，對於他們的信賴利益的保護，有助於公共交易秩序的良性運轉，有助於保障交易的穩定性，這一價值導向，也是現代市場經濟成熟和持續發達的標誌。^[23] 由此，交易安全體現了信賴保護的社會利益理念，也成為外觀主義理論的價值核心和基本目標。^[24]

外觀主義既非原則也非規則，僅以權利外觀責任的形式表現為個別具體規則或是零星分佈在民商法中的責任樣態，在各國立法和司法中均有體現。^[25] 典型立法是《德國商法典》第15條，認為登記可以形成權利外觀，善意信賴此外觀的相對人可以受到保護。^[26] 《澳門登記法典》第8條亦有類似規定，登記的法律狀況推定存在。表見代理正是體現外觀主義理論的具體規則，保護行為人虛假的代理權外觀，保護相對人對此產生的信賴利益，由被代理人承擔代理的法律後果，從而實現保護交易安全的目的。外觀主義理論暗含的價值考量和理論構成可為表見代理規則的解釋論提供參考。

（二）外觀主義可作為不確定概念的價值補充

內地法表見代理規則中的“有理由相信”，澳門法表見代理規則中的“正當性”“客觀理由”“有意識促使”等概念均不存在特定的法律上的定義，被稱為“不確定概念”。不確定概念可以使得法律條文更加靈活，使之適應社會經濟及倫理道德價值觀的變遷，使法律能與時俱進，以實踐其規範功能。在具體案件中就要求法院將不確定概念具體化，這也是法律解釋的一個環節，此時不能僅憑個人的主觀法感情予以解釋，依照法律的精神、立法目的，針對社會情形和需求予以具體化，佐以必要的價值補充，以求達到公平正義。^[27]

內地法中表見代理規則“有理由相信”的解釋以司法解釋的方式提及了兩個考量因素“行為人具備權利外觀”和“相對人善意無過失”，是否應當補充“被代理人因素”素有爭議。傳統理論認為，表見代理規則既然要保護權利外觀，就無需考慮被代理人因素，儘管構成表見代理的場合中，被代理人往往有過失，但“被代理人過失”並非共性，且被代理人的責任不限於過失責任，表見代理的成立不以被代理人的主觀因素為必要條件。^[28] 在實踐中相對人難以證明被代理人的主觀過錯，需耗費較大的成本，不利於交易安全和民事活動的快捷順利。^[29] 但作為現行表見代理規則的前身《最高人民法院關於在審理經濟合同糾紛案件中具體適用〈經濟合同法〉的若干問題的解答》第二條、“民法總則民法室室內稿”、《民法總則（草案）》一審稿至三審稿中，對於行為人所持被代理人的公章、合同書、授權委託書實施的行為是否構成表見代理，均區分了“借用”和“盜用”，行為人獲取“外觀”的方式反映了被代理人主觀過失的程度，同樣的客觀外觀但不必然形成表見代理，可見立法者有意識的想要確立在表見代理規則中被代理人因素的考量，排除將表見代理的後

[22] 參見[法]雅克·蓋斯坦：《法國民法總論》陳鵬等譯，法律出版社2004年版，第775-806頁。

[23] 參見郭富青：《外觀主義思維模式與商事裁判方法》，載《西部法學評論》2015年第2期，第24-27頁。

[24] 參見丁南：《權利表見理論及其法哲學基礎》，載《深圳大學學報（人文社會科學版）》2004年第4期，第56-60頁。

[25] 參見張雅輝：《論商法外觀主義對其民法理論基礎的超越》，載《中國政法大學學報》2019年第6期，第77-78頁。

[26] 參見[德]C.W.卡納里斯著：《德國商法》（原書第23版），楊繼譯，法律出版社2006年版，第110-113頁。

[27] 參見楊仁壽著：《法學方法論》（第二版），中國政法大學出版社2013年，第185-186頁。

[28] 參見章戈：《表見代理及其適用》，載《法學研究》1987年第6期，第8-14頁。

[29] 參見陳甦主編：《民法總則評注》（上冊），法律出版社2017年版，第1224-1229頁。

果附加在那些毫不相關的被代理人身上。^[30]但最終法律條文並沒有區分具體情形，仍由“有理由相信”作為表見代理的唯一構成要件，由此產生了對於該不確定概念的解釋爭議。

澳門的民法典和商法典中均有表見代理規則，均提及了“正當性”“客觀理由”和“有意識促使”三個不確定概念，問題在於這三個決定表見代理構成的概念，是否應當在民法典中和商法典中有不同的解釋標準。《澳門商法典》第 644 條表見代理的規則適用於行為人是代理商的合同，代理商這種特殊的商事主體生來就披著“代理權”的外衣，在判斷是否具有“正當性”和“客觀理由”時，顯然不能同普通的民事代理人適用相同的標準。被代理人“有意識促使”的解釋，也會因被代理人的民商事性質、注意義務、交易習慣等內容而有所差異，但目前的立法和司法尚不明確。

前已述及，外觀主義理論的設計與表見代理規則的立法目的相契合，故外觀主義理論暗含的價值選擇可作為表見代理規則中解釋不確定概念的價值補充。

首先，外觀主義更廣泛的存在於商事領域，在以外觀主義理論對不確定概念進行價值補充時，應針對主體的民商事性質設計不同的判斷標準。外觀主義理論本身就蘊含著較濃厚的商事思維，法律預設商事主體應當是理性、謹慎的，在作出法律行為之時應該能夠合理預測風險、有較強的風險承擔能力。外觀主義要求應以交易當事人行為之外觀認定其行為所產生的效果，真實權利人應當承擔與該行為相一致的法律後果，以保障商事交易的安全和便捷，至於行為人的行為是否表現了真實權利人的內心意思則在所不問。在商事活動中，商事主體對外公示的信息是交易相對人可以獲知的信息，而公示信息與真實情況不符，相對人並無從得知，不能苛求相對人盡此調查義務，分擔公示信息不實的風險。此外，有些情形下，真實權利人主動選擇公示虛假信息固有其商業利益考慮，以獲取因公示真實情況而無法獲得之利益，相應地，真實權利人也必須承擔此種隱藏真實情形而造成的風險。^[31]可見，民商事主體承擔風險、獲知信息的能力不同，在交易中的地位和需求也不同，而外觀主義理論對於外觀的保護體現了商事主體對於商事活動高效快捷的需求，充滿了較濃厚的商事思維。對於表見代理中不確定概念的解釋，應當考慮主體的民商事性質，設置與其性質相適應的解釋標準。

其次，外觀主義在“動態安全”和“靜態安全”中選擇保護“動態安全”，在以外觀主義理論對不確定概念進行價值補充時，應針對是否存在動態“交易”設計不同的判斷標準。法律所保護的安全分為靜的安全和動的安全，前者旨在維護既得利益的靜態權利和歸屬不被剝奪；後者對取得利益的行為加以保護，防止行為歸於無效，旨在消除交易過程中不確定性所引發的風險，使得交易相對人的預期利益得以實現，故亦稱“交易安全”。^[32]靜的安全和動的安全通常情況下並行不悖，相輔相成，但在外觀表象沒有反映真實狀態，而交易相對人又善意無過失的相信此外觀的情況下，真實權利人欲求的財產靜態安全和相對人欲求的動態交易安全產生衝突，何種安全更值得保護便成為法律需要解決的難題。對此法律必須予以正面回應，與其說是討論靜態安全和動態安全何者應當優先保護，不如說是要確定相應的損害由何方當事人承擔；與其說是討論如何確定損害分配標準更符合公平正義，不如說何種分配標準更能實現社會整體的利益最大化。^[33]隨著法哲學觀念從“個人本位”向“團體本位”的轉變，當私主體之間發生利益衝突，註定需要由一方承擔損害時，代表“團體本位”的動的安全屬於更高位階的社會整體利益，應當被優先保護，而真實權利人的不利益，也是為了實現社會整體利益所做出的個人“犧牲”。^[34]因此，在不存在“交易”的情形下，也就不存

[30] 參見陳甦主編：《民法總則評注》（上冊），法律出版社2017年版，第1224-1229頁。

[31] 參見河南壽酒集團有限公司、韓冬案外人執行異議之訴，最高人民法院(2019)最高法民再99號民事判決書。

[32] 參見鄭玉波：《法的安全論》，載鄭玉波等著，刁榮華主編：《現代民法基本問題》，台灣漢林出版社1981年版，第1頁。

[33] [日]鳩山秀夫：《債權法中的誠實信用原則》，有斐閣1955年，第24頁。轉引自孫鵬：《民法上信賴保護制度及其法的構成》，載《西南民族大學學報（人文社科版）》2005年第7期，第72頁。

[34] 參見孫鵬：《民法上信賴保護制度及其法的構成》，載《西南民族大學學報（人文社科版）》2005年第7期，第72-73頁。

在兩種“安全”所代表的主體利益衝突，外觀主義僅在有保護“信賴利益”的必要時發揮極為有限的作用。故在表見代理規則的解釋中，亦要關注具體案件是否存在“交易”，是否需要以構成表見代理的方式保障交易安全；而在不存在“交易”的情形下，表見代理的構成更需要慎重。

再次，外觀主義在“信賴利益”和“意思自治”中選擇保護“信賴利益”，在以外觀主義理論對不確定概念進行價值補充時，應關注是否存在合理的、值得保護的“信賴”。意思自治一向被認為是私法的基石，法律確認人們通過法律行為按照自身意願而產生的法律效果，保護其自願締結的法律關係。^[35]而外觀主義則以外觀事實為中心，這一表象事實與真實情況並不相符，由此設立的法律關係也是法律強制規定的結果，並非產生於當事人的意思，從而保證基於外觀事實而產生信賴利益的相對人的預期得以實現。此時，外觀事實儘管有違於真實狀況，但是被法律推定為真，由真實權利人受到外觀形成的法律狀態的束縛，承擔虛假外觀導致的法律後果，犧牲了真實權利人的意思自治，保護了相對人的信賴利益。尤其在商業領域外觀理論當然優先於合同相對性原則，是傳統意思主義下合同相對性的例外。^[36]外觀主義理論與傳統意思自治的觀念背道而馳，故此理論構成必當嚴謹，不僅應當具備形同真實的客觀外觀，還要求對外觀產生信賴的當事人善意無過失，盲目信賴和“惡意”者均不值得予以保護。在對表見代理規則具體解釋適用時，行為人所呈現的有權代理外觀既要合法又應合理，相對人對行為人無權代理不知情且不存在過失，至於過失程度的判斷需結合具體情形和主體的民商事性質加以評價，最大限度保護信賴利益，同時避免表見代理規則淪為相對人疏忽大意的藉口。

最後，外觀主義以積極的方式保護信賴利益，在以外觀主義理論對不確定概念進行價值補充時，應較意思主義理論、消極保護方式設計更嚴格的判斷標準。信賴利益保護的方式有兩種：消極的信賴利益保護和積極的信賴利益保護。前者賦予因信賴落空而發生損害的交易相對人以損害賠償請求權，如締約過失責任；後者賦予因信賴而為法律行為的交易相對人以履行請求權，如善意取得規則。^[37]外觀主義理論採用積極的保護方式要求由真實權利人超越其意思自治承擔履行責任，似有過分保護相對人而忽視真實權利人之嫌，故外觀主義理論也以“外觀由真實權利人引致”作為理論構成的要素之一，以助與外觀毫無關係之主體免受牽連。表見代理規則同樣選擇了積極的信賴利益保護方式，這種較為嚴格的責任承擔形式忽視了被代理人的意思自治，對私法自治的衝擊更大，因此構成應該更為困難。在對表見代理規則中的不確定概念具體化時，應參照外觀主義的理論構成討論被代理人因素，為其承擔責任的正當性尋求法理基礎，積極保護信賴利益的同時平衡被代理人的利益。^[38]

綜上所述，內地法和澳門法中的表見代理規則都存在不確定概念，在具體司法案件中解釋適用不確定概念時，可以以外觀主義理論進行價值補充，區分主體的民商事性質，注意是否存在交易安全保護的必要，不僅要考量“權利外觀”和“相對人善意”，還應考量“被代理人”因素，以免法律的天平過分失衡。

（三）外觀主義可作為當事人利益衡量的依據

在表見代理中，被代理人的意思自治和相對人的信賴利益產生衝突，無論是內地法還是澳門法，均強調對於相對人的信賴利益保護，但是並沒有解釋為何要以犧牲被代理人的利益為代價而保護相對人。同樣無辜的被代理人 and 相對人之間，表見代理規則選擇了賦予相對人履行請求權而非損害賠償請求權，由被代理人承擔不利後果，儘管被代理人承擔履行義務後可以向行為人追償，但是無疑給無辜的被代理人徒增負擔。如此，如何在個案中判斷是否構成表見代理的問題，變成了個案中無權代理造成的不利法律後果應當分配給何方當事人承擔、如何在被代理人 and 相對人之間進行利

[35] 參見[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，法律出版社2001年版，第143頁。

[36] 參見羅瑤：《法國民法外觀理論研究》，法律出版社2011年版，第34-54頁。

[37] 參見王焜：《權利表見責任研究》，載《政治與法律》2007年第3期，第83-88頁。

[38] 參見朱虎：《表見代理中的被代理人可歸責性》，載《法學研究》2017年第2期，第58-74頁。

益衡量的問題，在實踐中需要法官結合案件情況、社會環境、經濟狀況、價值觀念等綜合考量。^[39]對此，外觀主義的理論構成和價值考量可為表見代理中利益衡量提供參照，法律在一般情況下關注事物的真實狀況，外觀主義的運用是特殊情況，是法律無法兩全之時的利益權衡後的措施，僅得於雙方當事人意思、權利相衝突且有必要保護信賴利益的場合予以適用。^[40]

外觀主義理論中對於當事人“利益衡量”集中體現在真實權利人“可歸責性”中“歸責原則”的探討。外觀主義考慮的關鍵因素是外觀和相對人的信賴，但無法忽視的是，保護真實權利狀態才是法律基本價值取向，外觀主義的保護方式是與法律常態的背離，必須經謹慎考慮，即便外觀主義的理論下選擇保護相對人的信賴利益，真實權利人的利益也不能置之不理。^[41]外觀主義理論的效果要求真實權利人超越其意思自治而承擔不利益，就需要為此尋求正當性，學界普遍認為，這一正當性就是該虛假外觀的產生是由真實權利人引致，亦稱為真實權利人“可歸責”，但可歸責性的判斷標準並不明確，而對這一標準的討論反映了學者對於真實權利人和相對人利益衡量的不同看法。

最早認為，真實權利人可歸責性體現在其應當對虛假外觀的形成有過錯。具體而言，真實權利人直接促使虛假外觀的產生，謂之有過錯；真實權利人可以預見到虛假外觀的產生，而不予制止，亦謂之有過錯。此種過錯責任的歸責原理與侵權責任高度相似，並無法發揮外觀主義的功效。之後，與因主義作為一個歸責原則長期居於通說地位，該理論要求，作為適用外觀主義的虛假權利外觀必須與真實權利者有關，表現為真實權利人對“外觀的作成、喚起、惹起”。德國學者在解釋與因主義時採用了“危險負擔”之提法，認為當事人之所以應當負擔某種利益活動的危險，是因為該危險是其利己活動所生之結果。^[42]意即，真實權利人意識到通過某行為可以獲得利益但產生一定風險，卻仍然實施該行為，就構成了與因主義的根據。之後又有理論以“不作為與因”對可歸責性進行解釋，客觀上存在通過提出異議、加強監管、排除隱患等行為即可消除虛假外觀產生的可能性，但真實權利人未有行動，由此發展成了以“過失”為中心的“與因主義”。^[43]問題在於，以上歸責原則均圍繞真實權利人的主觀狀態，在實踐中相對人難以舉證，將較重的舉證責任給予外觀主義本欲保護的主體，喪失了外觀主義理論的初心，而放棄討論“可歸責性”又使得雙方利益無法達到平衡。

於是“風險原則”被提出作為外觀主義理論中真實權利人可歸責性的歸責原則，從風險控制角度構建了可歸責性的認定標準，虛假外觀的形成只要在真實權利人可控制的風險範圍內產生，並導致了相對人的合理信賴，真實權利人就被認為可歸責，應當承擔相應的法律後果。^[44]該理論認為，導致虛假外觀形成的真實權利人，如果較相對人更容易控制虛假外觀形成的風險，其應當為所引發的風險負責，如此一來，真實權利人並沒有過錯、過失，只是其更適合承擔基於這一外觀事實造成的交易風險。^[45]由此可見，外觀主義理論作為一種旨在提高交易穩定性、交易簡易化的法律技術手段，其本質並不是嚴格意義上的法律責任，是一種容忍義務；不是行為責任，而是結果責任。^[46]

將外觀主義中的對於真實權利人可歸責認定的歸責原則運用於對於表見代理規則的解釋，對內地法而言可以補充“有理由相信”這單一要件，對澳門法而言可以完善“有意識促使”的內涵，合理分配風險的同時實現了雙方利益平衡，也實現了相對人信賴利益的保護。

[39] 參見梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社2021年版，第343頁。

[40] 參見崔建遠：《論外觀主義的運用邊界》，載《清華法學》2019年第5期，第6-7頁。

[41] 參見丁曉春：《權利外觀原則及其類型研究》，載《安徽大學學報（哲學社會科學版）》2009年第5期，第45頁。

[42] 參見[德]卡爾·拉倫茨著：《德國民法通論》（下冊），王曉曄等譯，法律出版社2013年版，第887-896頁。

[43] 參見孫鵬：《民法上信賴保護制度及其法的構成》，載《西南民族大學學報（人文社科版）》2005年第7期，第75-76頁。

[44] 參見紀海龍：《走下神壇的“意思”——論意思表示與風險歸責》，載《中外法學》2016年第3期，第679-682頁。

[45] 參見劉勝軍：《論商事外觀主義》，載《河北法學》2016年第8期，第93-94頁。

[46] 參見同上註，第88-89頁。

三、以解釋論實現兩地表見代理法效果的銜接

表見代理規則是外觀主義理論的具體體現，儘管外觀主義既非原則也非規則，但實踐中外觀主義可以作為適用法律、解釋法律時的思想或理論，以對條文中的不確定概念做價值補充，充當各方當事人的利益衡量的依據。外觀主義理論構成包含三個要素：客觀層面的外觀事實、相對人善意信賴虛假外觀、真實權利人引致虛假外觀。將此三要素用於解釋表見代理時，表見代理的構成也需同時考慮三個要件：行為人具備有權代理的外觀、相對人善意信賴此外觀和被代理人對於外觀形成可歸責。以外觀主義理論解釋表見代理規則，可以明確內地法“單一要件”的內涵，厘清澳門法三要件在《澳門民法典》和《澳門商法典》中的解釋標準，從而達到保護外觀、保護信賴和保護交易安全的目的。同時也使得兩地表見代理規則的解釋論趨於一致，司法適用中的法效果趨於一致，從而兩地表見代理規則實質上得以銜接。

（一）以主體的民商事性質區分各要素評價標準

商法和民法存在規範交集，但交集有限，表面相同的規則，在內容上也是“和而不同”。民法和商法有不同的價值取向，前者要保障私人生活的基本需要，後者旨在鼓勵財富增值。鑒於商主體對於交易的諳熟和反復交易的需求，其更高程度上關注交易的靈活性、快捷性、簡便性和確定性，且有能力承擔較多的注意義務和風險，因此商事規則更傾向於保護交易安全和信賴。無論是澳門法的“民商分立”還是內地法的“民商合一”，都僅僅是立法形式上的分與合，從實質上而言民事規則和商事規則無法合一，必須要承認商事規則相較於民事規則具有特殊性。^[47]

外觀主義理論體現了濃厚的商事思維，被稱為是商法的神經中樞。^[48]外觀主義的價值考量、理論構成和實踐運用，都表明其在商事領域方可發揮最大功效。從法理念的角度，“社會本位”的思想影響了傳統私法權利義務觀的變革，使法的安全所負載的價值從重財產歸屬到重財產利用，為外觀主義提供了理論基礎。從利益衡量的角度，當代表“社會”的相對人信賴虛假外觀的時候，不具有社會性的真實權利人更適合承擔風險，此時相對人的利益也代表了市場的交易秩序和經濟效益，同時亦可督促真實權利人注意維護外觀的真實性，從而使得外觀事實和信賴保護達到良性運轉。^[49]從實踐效果的角度，外觀主義下的責任已經超過了傳統民法中的責任承擔形式，使得相對人在交易時無需畏懼所見之權利外觀的虛實，這種以外觀和信賴為基礎的表見責任極大程度保護了交易的安全，促進交易的快捷高效，這是商事法律更加注重的內容。

儘管如此，在商事領域盛行的外觀主義並不排斥在民事領域中的應用，在傳統的民事領域中也有外觀主義發揮的空間。從法理念的角度，儘管相較於商事主體，民事主體更注重財產的靜態安全，但民事主體同樣作為“社會人”，“社會本位”的理念對其也有著潛移默化的影響，他們也有維護社會整體秩序的需求。從利益衡量的角度，儘管沒有保護交易安全的需求，但是民事主體也有保護信賴利益的需要，在一定情形下也需要以外觀主義理論，通過積極的方式保護信賴利益。從實踐效果的角度，為了維護公平正義，即使是民事主體間，也可以選擇犧牲真實權利人，保護善意相對人。在代理制度中“夫妻之間對於家事代理權的限制，不可對抗善意相對人”^[50]即是民事領域運用外觀主義的典型體現。

[47] 參見石少俠：《我國應實行實質商法主義的民商分立——兼論我國的商事立法模式》，載《法制與社會發展》2003年第5期，第81-82頁。

[48] 參見郭富青：《外觀主義思維模式與商事裁判方法》，載《西部法學評論》2015年第2期，第24頁。

[49] 參見丁南：《論民商法上的外觀主義》，載《法商研究》1997年第5期，第36-38頁。

[50] 家事代理見《中國民法典》第1060條。《澳門民法典》對授權要求較嚴格，夫妻對共有財產僅可在法定範圍內為一般管理行為，其他管理行為必須雙方同意或取得對方授權，該授權委託適用《澳門民法典》的委託合同的相關規則。

主體的民商事性質不同使得他們在從事民商事活動時的目的、預期、注意義務、風險控制和承擔能力等均有所不同，因此儘管外觀主義可以在民事活動中發揮作用，但需要根據主體的民商事性質適用不同的評價標準，以符合主體的特徵。商事主體有依法設立、以營利為目的、從事經營活動等特點，可以看出法律已經為商事主體設立了“門檻”，所以在商事活動中，法律預期他們對交易熟練並且有豐富的經驗，商人更多遵循商事習慣，而需要法律特別保護的程度較民事主體低，他們更關注商事活動的高效快捷、更注重保護交易安全和信賴。^[51]對於民事主體而言，他們更加注重意思自治和財產的靜態安全，但並不排除民事主體也有維護信賴利益的需求，因不存在“保護交易安全”這一價值取向，當外觀主義應用於民事主體時，應當更為謹慎。

因此，不論立法形式如何，因民事主體和商事主體的利益需求不同，民事規則和商事規則勢必無法在實質上統一。在以外觀主義理論解釋表見代理規則時，要進行“民商區分”，對三大要素的解釋可就代理關係中所涉三主體的民商事性質不同設計不同的考量因素和判斷標準，以滿足民商事主體不同的特性和需求、最大限度發揮制度的功能。^[52]

（二）要素一：行為人呈現虛假的代理權外觀

外觀主義理論的三大要素中最基礎的是“外觀事實”，外觀事實與真實狀況不符，僅是援引外觀主義理論由法律將其擬制為真。^[53]外觀必須是客觀的，從外部可見或可感知的，其呈現的外部狀態需要符合相關法律規定，必須是能夠識別為典型的權利或意思的表現形式才有可能獲得法律的推定。當表徵未能反映權利本質的時候，便出現了權利的虛像，如果不賦予此“虛像”以一定的法律效力，交易便會不安全，而表徵的必要性也不復存在。^[54]相對人僅憑主觀臆想、生活經驗、他人言語而推斷存在相應外觀從而相信，並不能獲得信賴保護。

以權利外觀為例，權利雖然是抽象的，但其需要借助一定的客觀外在形式而具有可識別性，相對人可以通過權利的表徵識別權利。在表見代理中，“外觀事實”指的是行為人所呈現的代理權外觀，這一外觀應符合社會一般人的認知，從第三人角度理解可相信行為人具有代理權且其所為之法律行為屬於外觀所呈現的權限範圍內，澳門法中稱“無權代理人客觀上具備有權代理的表象”。

實踐中合同書、公章、印鑒等書面形式的文件均可表徵代理權，其中授權文書最為典型，實踐中行為人持空白授權書或所持文書來源於偽造、盜取，或行為人所持授權文書事後因意思表示瑕疵、形式要件瑕疵等原因被認定為無效或被撤銷，均不妨礙授權書本身可以作為代理權外觀的表現形式。^[55]

公開可查的登記信息也可影響第三人對於行為人外觀的判斷，尤其是商事登記，儘管沒有物權登記的公示公信效力，但由公權力機構通過確認商主體的資質並公開商主體的營業種類、經營範圍、投資方式、營業期限、管理人員等內容可信度較高，信息公開使得交易各方的信息便捷可查，為商主體創造安全高效的市場環境。^[56]登記信息一經確定推定真實，若其實質上無法反映真實的法律狀態，此時登記信息就可構成虛假的權利外觀。^[57]

此外，行為人與被代理人之間的關係、商事慣例、當事人之間業已形成的交易習慣、各方當事人掌握信息的不對稱性的嚴重程度等均會影響對外觀事實的判斷。當被代理人與行為人均是民事主體時，除夫妻關係外單純的身份關係並不會產生代理權，此時授權文書作為代理權的外觀成為必

[51] 參見王建文：《我國商事代理制度的內涵闡釋及立法構想》，載《南京社會科學》2019年第2期，第115-116頁；[德]C.W.卡納里斯著：《德國商法》（原書第23版），楊繼譯，法律出版社2006年版，第8-9頁。

[52] 參見王建文、李磊：《表見代理判斷標準重構：民商區分模式及其制度構造》，載《法學評論》2011年第5期，第42-48頁。

[53] 參見劉勝軍：《論商事外觀主義》，載《河北法學》2016年第8期，第27頁。

[54] 參見王焜：《權利表見責任研究》，載《政治與法律》2007年第3期，第84-85頁。

[55] 澳門法中對文書的形式有嚴格要求，授權可因欠缺形式要件而無效。例如《澳門民法典》第253條、第255條等。

[56] 鄒小琴：《商事登記制度的屬性反思及制度重構》，載《法學雜誌》2014年第1期，第49-50頁。

[57] 《澳門商業登記法典》第8條

須；當被代理人是商事主體時，其與行為人的關係或可通過商業慣例和交易習慣形成，對外散佈的廣告消息、社會角色、職務信息等都會暗含代理人的外在形象；^[58] 當行為人是代理商時，因其專業性、營業性更易產生值得相對人信賴的代理權外觀。

（三）要素二：相對人善意信賴並為法律行為

外觀主義理論中要求相對人對於行為人所具有的外觀善意信賴，並與之為法律行為，這強調了相對人的主觀樣態，非善意者不值得法律予以特別保護，“善意”與否需要通過相對人的行為和外在條件等綜合因素個案分析。^[59] 民法上關於“惡意”和“善意”之評價，無關乎道德善惡，是指當事人對於特定事實是否知情，不知情即為“善意”。以外觀主義理論解釋表見代理時應要求相對人不知行為人無權代理，澳門法中稱不知代理人不存在“作出法律行為的正當性”。

就“善意”的評價標準而言，外觀主義強調外觀的重要性，並不代表免除了相對人為獲取真實外觀信息而應有的注意義務，相對人必須履行合理、必要的注意義務後仍未發現外觀虛假，才能認定為善意。對於善意認定的標準不能過於寬泛，也不能過於嚴苛，例如“不知外觀虛假”即為善意，此標準過於寬泛，極易為悖於誠信而規避法律者利用；“不知外觀虛假且不存在任何過失”的標準過於嚴苛，要求相對人不得有絲毫疏忽，強人所難，不合常理。^[60] 應將“不知情且無重大過失”作為善意的認定標準，對於“重大過失”的判斷應當採取客觀標準，指一般理性人根據具體情形、憑藉生活和交易經驗皆可做出的正常判斷作為衡量依據。

就判斷“善意”的時間點而言，相對人基於信賴而為法律行為，至少應證明相對人為法律行為時善意，意即判斷善意的時間點是法律行為作出時，而對於完成該法律行為之後出現的事實，不宜作為影響判斷相對人是否善意的依據。但也有學者認為在表見代理中，相對人應當在其與行為人為法律行為後到實際履行的一段時間內，持續的處於善意的狀態。^[61]

就“善意”的舉證責任而言，相對人對於虛假外觀的信賴應當是推定善意，只有在真實情況顯而易見，相對人不知系因其重大過失導致，相對人才需要自己承擔損失。^[62] “善意”是一種法律上的評價，該評價是否成立取決於是否存在評價根據事實，以及是否存在評價障礙事實，對於前者由相對人舉證，對於後者屬於抗辯範疇，應當由真實權利人舉證。^[63] 因此，在表見代理中，“善意”的舉證責任倒置，應當由相對人舉證產生合理信賴的事實，即推定其為“善意”；而被代理人舉證相對人明知或因重大過失不知外觀虛假，從而阻礙相對人“善意”的認定。^[64]

評價“善意”的民商差異體現在主體注意義務的差異。商事主體尤其是處於特殊行業、為特殊交易的商事主體，依據行業慣例、行業規章或特別法規定，通常負有特殊注意義務，且商事主體基於往復的交易習慣、熟悉交易流程，更容易發現交易中的異常，加之其在發現異常時更有能力核實，因此負有更多、更嚴苛的注意義務。例如，當相對人是銀行時，基於其行業的特殊性，為行為人發放公司貸款時應當謹慎審查行為人的代理權限，是否有被代理人出具的授權文書、董事會決議等必要文件，相關文件上的公章是否與公司在銀行的預留公章一致等內容。^[65] 相較而言，當相對人是民事主體時，其所負有的注意義務較少，只需盡到一般理性人在交易中應有之注意即可。故此，因注意義務內容不同，商事主體相對於民事主體更難構成“善意”。

[58] 參見澳門特別行政區終審法院第170/2020號案。

[59] 參見劉勝軍：《論商事外觀主義》，載《河北法學》2016年第8期，第95-96頁。

[60] 參見劉保玉、郭棟：《權利外觀保護理論及其在我國民法典中的設計》，載《法律科學》2012年第5期，第66頁。

[61] 參見陳甦主編：《民法總則評注》（上冊），法律出版社2017年版，第1210-1211頁。

[62] 參見[德]C.W.卡納里斯著：《德國商法》（原書第23版），楊繼譯，法律出版社2006年版，第148-149頁。

[63] 參見王浩：《“有理由相信行為人有代理權”之重構》，載《華東政法大學學報》2020年第4期，第191-192頁。

[64] 參見澳門特別行政區終審法院第170/2020號案。

[65] 參見大連科技學院等與中國工商銀行股份有限公司大連星海支行等金融借款擔保合同糾紛上訴案，最高人民法院(2018)最高法民終36號民事判決書；哈爾濱市南崗區躍進鄉延興村村民委員會與哈爾濱城郊農村信用合作社聯社工程信用社儲蓄存款合同糾紛案，最高人民法院(2011)民提字第178號民事判決書。

此外，還要求相對人基於此信賴而為法律行為，相對人應當相信與其為法律行為者是被代理人，而非行為人。^[66]外觀主義是為了保護交易安全，所以如果並未發生交易（無償取得，司法程序取得），此種對於外觀的信賴要慎重使用外觀主義理論。在一些特殊情況下，結合交易性質、交易方式、當事人身份等，會要求相對人有特殊的核查義務和注意義務，相對人需履行其所負有的特殊義務方可構成善意。^[67]此外，在德國商法中還要求相對人對於外觀的信賴應當基於曾經知悉的外觀事實，未曾知悉的信賴是盲目的，不值得法律保護。^[68]

（四）要素三：被代理人對外觀的形成可歸責

外觀主義理論中，虛假的權利外觀需要由真實權利人“引致”，亦稱為“真實權利人可歸責”。此處的“可歸責性”並不是如同侵權法中的邏輯要求真實權利人因過錯而承擔責任，而是經過利益衡量後將一定的責任或不利的後果根據特定的準則分配給特定主體承擔。作為“可歸責性”判斷標準的“歸責原則”，不是為了論證真實權利人為何應當負擔行為人無權代理的後果，而是為了平衡當事人之間的利益衝突，在真實權利人意思自治和相對人信賴利益間尋求更合理的解決方案。^[69]

歸責的核心是尋求將一定損害歸於某主體承擔的合理性，如有權益遭受損害，將此損害轉嫁由促使損害發生者來承擔，體現了一種宏觀性的法律價值判斷。所有的責任承擔，需要與一定的原因相關聯，如果該原因的產生是某人的過錯，那麼使其承擔責任可以理解，但如果該原因的產生是某種正常狀態，仍然讓真實權利人承擔責任，就需要在價值衡量下設計責任承擔的正當性依據。歸責原則就是這種正當性依據，是責任是否應當分配給真實權利人的判斷標準，不一定和“過失”“過錯”相一致，有時只是一種權宜之策。這種將不利後果分配給特定主體承擔的標準一方面發揮對不利後果的具體救濟，另一方面發揮民商法通過具體責任分配實現對行為的導向功能。^[70]

將外觀主義理論用以解釋表見代理規則，行為人產生的虛假代理權外觀需要由被代理人“引致”，亦稱為“被代理人可歸責”，澳門法稱為“被代理人對相對人產生信賴有促進作用”。這種促進作用表現在被代理人有意識地製造了這一表象，也可以表現為其知悉代理人的無權代理行為但未加制止，還可以表現為被代理人主觀過失且實質上造成了代理人有機可乘。^[71]若被代理人對於相對人產生信賴並沒有促進作用，在實踐中一般無法認定構成表見代理。^[72]相較而言，無權代理制度的設立，就是為了保障被代理人不受無權代理人行為的約束，不在違背自己意願的情況下承擔法律責任，確保其權利義務在自己的意思範圍內，而表見代理這種特殊的無權代理規則的後果超出了被代理人的意思自治，僅當其對虛假外觀導致的第三人信賴有促進作用時，被代理人承擔相應後果才公平合理。^[73]問題在於，被代理人何種程度的“促進”會被認定為“可歸責”，從而引發對於歸責原則的探討。

外觀主義理論的進化過程中出現四種歸責原則：過錯原則、與因主義、過失主義和風險原則，四種原則對於真實權利人主觀要求的嚴苛程度遞增。適用何種歸責原則，取決於具體規則設計的目的和司法裁判中的價值導向。作為歸責原則中的風險原則，在提出之初就是為了論證商法上外觀主義的歸責，真實權利人承擔虛假外觀導致的法律後果，不是因為其存在過失過錯，而是因為這一虛

[66] 參見澳門特別行政區中級法院第272/2003號案。

[67] 參見王浩：《“有理由相信行為人有代理權”之重構》，載《華東政法大學學報》2020年第4期，第182-183頁。

[68] 參見[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，法律出版社2001年版，第143頁。

[69] 參見朱廣新：《信賴保護原則及其在民法中的構造》，中國人民大學出版社2013年版，第101-105頁。

[70] 參見吳國喆：《權利表象及其私法處置規則——以善意取得和表見代理制度為中心考察》，商務印書館2007年版，第130-134頁。

[71] 參見澳門特別行政區中級法院第659/2016號案。

[72] 參見澳門特別行政區中級法院第100/2015號案。

[73] 參見澳門特別行政區終審法院第170/2020號案。

假外觀是在他所能控制的範圍內。^[74] 表見代理作為權利外觀責任其實質就是考慮無權代理人以虛假代理權外觀為法律行為而產生的風險分配問題，風險原則的考察重點恰是劃定各主體承擔風險的範圍，之後進一步判斷虛假外觀產生的風險是相對人的風險領域還是被代理人的風險領域，如此具有很強的理論邏輯一貫性和解釋力。在此意義上，過錯、誘因、風險控制能力等因素都應考量，以實現多元化和動態的綜合權衡。^[75]

上述論證是建立在被代理人作為商主體的基礎上，商主體更關注交易的安全穩定，而此時相對人信賴利益代表整個市場的交易秩序，所以對於商主體而言維護相對人信賴利益比維護被代理人單方意思自治更重要；被代理人是商主體，代理行為的交易對象往往是市場上不特定的第三人，其對行為人和被代理人之間的內部關係難以進行深入調查，如果不強化其信賴利益的保護，降低歸責原則的標準，會影響交易的高效、順利；被代理人作為商主體，更有能力防範、發現、控制此種虛假外觀風險的產生，更適合作為責任承擔的主體。

而當被代理人是民事主體時，因為沒有了維護交易安全的價值需求，那麼無法簡單的判斷是否相對人的信賴比被代理人的意思更值得優先保護、是否相對人更適合承擔風險；被代理人是民事主體時，代理行為往往存在於特定的當事人之間，則更應當注重意思自治，適用較高標準的歸責原則；且相較於商事主體，法律普遍對民事主體注意義務的要求較低，更加傾向於保護民事主體靜態財產安全，因此當被代理人是民事主體時應當採用較為嚴格的歸責原則，可回歸與意思主義歸責相同的過錯原則予以判斷更為合理。

（五）綜合考量三要素以實現個案正義

將外觀主義的三個要素用於表見代理規則的解釋，是一個利益衡量框架的建立，三要素相輔相成，每一個要素負擔著不同的功能，守護了最低限度的價值。行為人客觀層面的代理權外觀是表見代理的基礎；相對人善意則體現了合理的信賴才值得法律特殊保護，可將魯莽、草率的相對人排除在保護範圍之外；被代理人可歸責性守護的是最低限度的靜的安全，避免完全無辜的被代理人受到意思之外的約束。^[76] 三要素並非絕對獨立，三者互相影響，在具體案件中應當綜合考量。

首先，表見代理規則的法效果並非三要素相加而得。實踐中，法官在判斷是否被代理人應當承擔虛假外觀代理的法律後果時，不能機械的從“行為人代理權表象”“相對人善意無過失”“被代理人可歸責”疊加得出結論，而應結合當事人的主張、陳述、抗辯、證據，結合邏輯、日常見識、社會常識進行審查，依照實體法解讀後通過心證得出的結果。^[77] 在判斷權利外觀是否足以信賴，可以結合行為人發出意思表示時的行為能力、履約能力、行為性質以及行為人與相對人的信任關係等判斷。^[78] 分析相對人是否善意時可以考慮相對人對交易信息的判斷、交易領域的特殊情況、交易習慣、交易場所、交易對象、交易類型等各類因素。^[79] 分析被代理人是否可歸責要結合授權書的形式和內容、是否發出代理權通知、是否存在漠視或消極不作為、是否疏於管理內部事務或疏於主張自身權利、是否與行為人有特定職務或身份關係、是否以特定行為強化了相對人的信賴等。^[80]

其次，各要件並不能評判有無，只能判斷“程度”。權利外觀、相對人善意、被代理人可歸

[74] 參見王建文、李磊：《表見代理判斷標準重構：民商區分模式及其制度構造》，載《法學評論》2011年第5期，第42-48頁。

[75] 相關因素包括誰開啟了風險、誰提升了風險、誰更有能力控制風險、誰有能力轉嫁風險等，這其實涉及了相對人獲知信息的成本和被代理人防免成本的衡量。參見朱虎：《表見代理中的被代理人可歸責性》，載《法學研究》2017年第2期，第58-74頁。

[76] 參見冉克平：《表見代理本人歸責性要件的反思與重構》，載《法律科學》2016年第1期，第86-96頁。

[77] 參見葛文：《何謂“有理由相信”——對〈民法總則〉第172條的評析》，載《法律適用》2020年第1期，第50-58頁。

[78] 參見馬新彥：《論信賴規則的邏輯結構》，載《吉林大學社會科學學報》2003年第4期，第98-99頁。

[79] 參見葉金強：《表見代理中信賴合理性的判斷模式》，載《比較法研究》2014年第1期，第92頁。

[80] 參見吳國喆：《表見代理中本人可歸責性的認定及其行為樣態》，載《法學雜誌》2009年第4期，第65-67頁。

責性都無法單純的判斷有無，而是“程度”的確定，不可能達到數學般的精確，本質上是一種價值判斷。判斷相對人善意的程度取決於權利外觀基礎的強弱，二者是動態關係，權利外觀基礎越強，對相對人主觀要件的要求越低，反之就越高。如果權利外觀是基於登記，因登記通常由政府部門負責，可信度較高，那麼只要相對人不是明知登記與真實情況不符，即可認定為善意；而權利外觀是基於意思表示、空白文書等，則需要進一步解釋或其他佐證，方為充分。^[81] 被代理人的可歸責性決定了權利外觀的強弱，被代理人對於外觀形成的關係越密切，外觀基礎越強，相對人就越容易信賴。因此外觀主義解決表見代理的本質應該是，結合個案中具體情況，根據外觀的強弱，被代理人歸責性程度與相對人善意信賴合理性程度的比較權衡，再對被代理人利益和相對人利益的衡量，最終得出誰更應當優先保護的結論。^[82]

最後，外觀主義並非萬能，只能在存在利益衝突時出場，且不可直接充當裁判規則。^[83] 在具體案件的審理中，並非機械的套用外觀主義理論構成，需結合具體法律規則，將外觀主義作為價值補充和利益衡量的依據，以實現規則設計的目的、保證個案正義。在當事人均是商事主體的情況下解釋表見代理規則時，外觀主義理論中交易安全保護的價值凸顯，此時代理權外觀因存在商事交易習慣、慣例而更易形成，被代理人可歸責性標準較低，相對人善意標準較高，如此表見代理更易形成，交易安全得以保護，而每個商事主體在往復的交易中既可能是表見代理責任承擔的主體，也可能是表見代理保護的對象，整體觀之無失公允。在當事人均是民事主體的情況下解釋表見代理，外觀主義的理論中“交易安全保護”的價值不能適用，僅在有限的範圍發揮其“信賴利益保護”的價值，此時代理權外觀僅限於特定的身份關係和授權文書，被代理人可歸責性標準較高，相對人善意標準較低，如此表見代理更難形成，儘量避免民事主體超越其意思而承擔責任，不至於產生有失公平的裁判結果。

此外，承擔了履行責任的被代理人或自行承擔無權代理後果的相對人，亦可通過無權代理、不當得利等其他規則和制度，向無權代理人追償。

四、結論

內地民事立法採取“民商合一”的體例，《中國民法典》的總則編不僅是狹義上民法的總則，也是商法的總則。《中國民法典》第172條的表見代理規則既可以適用於民事領域，也可以適用於商事領域。以外觀主義理論解釋作為表見代理唯一構成要件的“有理由相信”，可以使得法條適用更為明確具體，裁判說理更有邏輯。澳門民事立法採取“民商分立”的體例，以外觀主義的三要素解釋《澳門民法典》和《澳門商法典》中表見代理的三個構成要件，既可以一一對應，也有助於民商事規則解釋論的區分。

前文提及兩地“假員工”案件，類似案情適用表見代理規則得到了不同結果，這兩個案件在現有的裁判說理中均有瑕疵，或可嘗試以外觀主義理論為基礎予以解釋：（1）行為人身穿制服處於公司經營場所內部並持有公司工作人員才可以取得的文件，足以構成客觀上的有權代理外觀；（2）相對人作為民事主體，容易相信在經營場所中主動提供服務並能出具公司抬頭文件的人有權代理公司，且被代理人無法舉證相對人惡意，則相對人構成善意；（3）公司作為被代理人容忍或忽視未經授權的行為人於經營場所內以其名義招攬客戶，具有可歸責性，且公司作為商主體更容易發現、

[81] 參見丁曉春：《權利外觀原則及其類型研究》，載《安徽大學學報（哲學社會科學版）》2009年9月，第33卷第5期，第44-46頁。

[82] 參見葉金強：《表見代理構成中的本人歸責性要件——方法論角度的再思考》，載《法律科學》2010年第5期，第38-45頁。

[83] 參見稅兵：《在表象與事實之間：股東資格確定的模式選擇》，載《法學雜誌》2010年第1期，第90-92頁。

更應當謹慎防範、更有能力承擔此種風險。因此，上述兩個案件中行為人的行為均可以構成表見代理，由被代理人公司向相對人承擔履行責任。如此，類似案情，無論適用內地法還是澳門法，均可得到同樣的裁判結果。

成文法的規則必須以解釋論的發展完善才可以適用於裁判中，且需要借助於法官根據個案自由裁量予以判斷。但是“自由裁量”並非“隨意裁量”，本文用外觀主義理論中的三大要素解釋兩地法中表見代理規則，以求在紛繁複雜的實際案件中適用表見代理規則時，有較為明晰的標準，不至於迷失方向。取澳門法“民商分立”之長，彌補內地法“民商合一”之短，以適應不同主體的特殊利益和需求；取內地法綜合考量各要素的“靈活”之長，彌補澳門法三要件疊加的“僵硬”之短，以實現個案的公平正義，最大限度的維護當事人利益。如此，兩地法中“表見代理”規則得以銜接，避免了粵澳兩地交易頻繁的現狀下當事人適用不同法律裁判結果不一致，也避免了當事人刻意製造連接點以規避本應適用的法律。与表见代理类似的，可以通过解释论予以衔接的规则還有很多，有待不斷探索。

Abstract: The legislative model, constituent elements and interpretation of the apparent representation rules of the Mainland Law and Macao Law are different. In the context of promoting the convergence of the civil and commercial rules of the Mainland and Macao, the unified interpretation theory can serve as a path for the convergence. As a theory to protect appearance, trust and transaction security, *Rechtsscheintheorie* can be used as a value supplement to the uncertain concepts in the rules and as a measurement of interests. Interpreting the apparent representation rules with *Rechtsscheintheorie* satisfies the need for further interpretation of the single element of the mainland law, and is also in line with the composition of the three elements of the Macao law. The interpretation of the apparent representation rules needs to be designed different standards based on the subject of the civil and commercial nature, and at the same time take into account the "appearance of actor", "the goodwill of the relative", and "the imputability of the principal". The interpretation not only absorbing the strength of the mainland law of the comprehensive consideration of various factors, but also reference to the advantages of the Macao law of the civil and commercial separation, so that the interpretation of the apparent presentation rules of the two territories are improved. Through the unified interpretation theory, the legal effect of the application of the rules of apparent representation is consistent, so that the rules of Mainland law and Macao law can be connected in substance.

Key words: Apparent Representation; *Rechtsscheintheorie*; Macao Law; Convergence of Law

（責任編輯：王鎔洪）

自動化行政中實體性正當程序的重構

唐安然*

摘要 實體性正當程序在傳統行政中常基於防止司法權僭越立法權而被忽視，在自動化行政中更是陷入名存實亡的適用困境。然而，無論是曆史淵源還是理念內涵，實體性正當程序的價值都在於對權力行使與權利保護的範圍調整與利益權衡，並主要通過審查具有普遍適用效力的規則合法性來實現。它契合採用機器學習系統的自動化行政糅合個案判斷與普遍適用、混合行政決定與行政立法的新型模式下正當性保障需求，有必要予以重構，借助民主機制、權利機制與權衡機制實現立法過程的正當性保障、權利保護的數字化升級與多元利益的全過程權衡。由此，實體性正當程序需通過對自動化系統應用的法律授權、對自動化系統設計的倫理審查，以及對自動化系統效益的基準測試，保障自動化行政決策的正當性。

關鍵詞 自動化行政 實體性正當程序 法律授權 倫理審查 基準測試

一、問題的提出

自動化行政的興起衝擊正當程序，緩解的路徑有兩條：一是改造程序性正當程序，二是重提實體性正當程序。二者都不可缺，但後者往往被忽視。實體性正當程序在司法適用中，常被視為法院對相關立法的合憲性審查。有觀點甚至認為其不屬於正當程序條款的適用，而是其他實體法律規範在發揮作用。^[1]受此影響，在自動化行政中也更重視對程序性正當程序的改造，以至於自動化行政的實體正當性保障需求與程序正當性變革面向之間產生罅隙。

既有研究認為，算法技術造成信息不對稱，並縮短了行政過程，^[2]使得“排除偏見”遭遇算法

* 唐安然，上海交通大學凱原法學院助理研究員、法學博士。

本文係國家資助博士後研究人員計劃“共享正義下公共數據授權運營的法律性質與立體構造研究”（項目編號：GZC20231562）、國家社會科學基金重大項目“數字政府的法治建構研究”（項目編號：24&ZD128）階段性成果。

[1] See Ilan Wurman, *The Origins of Substantive Due Process*, 87 *The University of Chicago Law Review* 815, 815-881 (2020).

[2] 參見張凌寒：《算法自動化決策與行政正當程序制度的衝突與調和》，載《東方法學》2020年第6期，第4頁。

系統設計偏見的挑戰，^[3]“陳述申辯”遭遇自動化直接決定而無通知的挑戰，^[4]“聽取意見”遭遇自動化決策變更成本高昂的挑戰。^[5]對此，應構建“技術性正當程序”模態。如在算法設計上要遵循“技術正當性”，保證算法設計本身不具有歧視的可能；在算法公開上進行“算法解釋乃至代碼公開”，保證行政公開和說明理由等正當程序要求迎合自動化行政新需求。^[6]“排除偏見、聽取意見、陳述申辯”等傳統正當程序要素，也就轉向了“全程參與、原理公開、充分告知、有效交流、留存記錄、人工審查”^[7]等技術性正當程序要素。但問題在於，一方面，這些程序要素還是傳統程序性正當程序的輻射範圍嗎？其實已經糅合了程序性正當程序與實體性正當程序，人工審查、全程參與等程序已經具有了准立法程序的特點。另一方面，對算法權力的控制需要依靠規範社會算法決策系統的實質性方法。^[8]忽視程序性事項與背後實質利益保障的連接，會面臨各種不徹底、不充分的權力控制與權利保障難題。如經濟主體雖可借助程序性正當程序，利用通知異議程序對抗行政緊急權力，但期限一到，實體權利還是會受損而無法得到根本保障。^[9]故在數字時代重提實體性正當程序是必要且關鍵的。

鑒於自動化行政相較於傳統行政模式的轉變，對算法的規制與審查超出了程序性正當程序的輻射範圍，需要重新進入實體性正當程序的視野，並對實體性正當程序予以重構。本文首先梳理實體性正當程序的源流發展與認識誤區，根據司法現狀分析其在自動化行政中適用的普遍困境。其次，基於自動化行政糅合個案判斷與普遍適用、混合行政決定與行政立法的模式特點，論證實體性正當程序與之契合，可為之確立實體正當保障機制，有必要重構實體性正當程序。最後，主張通過對自動化系統應用的法律授權、對自動化系統設計的倫理審查與對自動化系統效益的基準測試，展開實體性正當程序的重構路徑。

二、自動化行政中實體性正當程序的適用困境

實體性正當程序在曆史發展過程中，具有理論內涵與適用模式兩個層面的表現。但二者常被混為一談，一提及實體性正當程序，就容易遭到司法權僭越立法權的批判。這也導致司法實踐對正當程序條款的適用縮減為程序性正當程序，忽視實體性正當程序。此種適用誤區在自動化行政中更為顯著。正因為實體性正當程序的傳統適用情境被限定在立法權行使的領域，當自動化行政中的算法規則構成准立法時，卻基於不具有行政立法權的外觀而被視為行政裁量，導致法院駁回實體性正當程序主張。實體性正當程序對具有普遍適用性的規則進行利益權衡的功能價值被忽視，無法適應自動化行政中具有准立法特質的算法規則審查，從而名存實亡。

[3] 2008年，美國聯邦貿易委員會基於不公平權力對一家信貸提供商提起訴訟，因為該機構以一種未公開的行為評分模型對使用信用卡進行某些交易（如個人諮詢）的消費者進行了懲罰。Stipulated Order for Permanent Injunction and Other Equitable Relief Against Defendant CompuCredit Corp., *FTC v. CompuCredit Corp.*, No. 1:08-CV-1976-BBM-RGV (N.D. Ga. Dec. 19, 2008), <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2008/12/081219compucreditstiporder.pdf>. See Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, 89 *Washington Law Review* 1, 23 (2014).

[4] 自動化公共福利決策系統在沒有事先通知的情況下終止福利給付。Christina DeLeon et al. v. Jim Hine, Civ. No. A03CA816LY, (W.D. Tex. Jan. 5, 2004); Juan Ledezma et al. v. Sandra Shewry, Civ. 07-507057 (Cal. Super. Ct. filed Feb. 26, 2007). See Danielle Keats Citron, *Technological Due Process*, 85 *Washington University Law Review* 1249, 1281-1282 (2008).

[5] See Danielle Keats Citron, *Technological Due Process*, 85 *Washington University Law Review* 1249, 1284 (2008).

[6] 參見劉東亮：《技術性正當程序：人工智能時代程序法和算法的雙重變奏》，載《比較法研究》2020年第5期。

[7] 參見蘇宇：《數字時代的技術性正當程序：理論檢視與制度構建》，載《法學研究》2023年第1期，第91頁。

[8] See Ari Ezra Waldman, *Power, Process, and Automated Decision-Making*, 88 *Fordham Law Review* 613, 613-632 (2019).

[9] See Jonathan W. Ellison, *Trust the Process? Rethinking Procedural Due Process and the President's Emergency Powers over the Digital Economy*, 71 *Duke Law Journal* 499, 499-540 (2021).

（一）實體性正當程序的源流發展與認識誤區

“實體性正當程序”是美國法上的理論學說，本質上是對公權力行使中應當遵守的權力邊界與權利保護必要性的探究。對實體性正當程序的源流發展，存在兩種認識：其一，認為在美國憲法第五修正案正當程序條款規定並適用的過程中，就已經包含了實體性正當程序的思想，^[10] 指向憲法上未列舉的基本權利保護範圍。^[11] 換言之，正當程序條款規定的“未經正當法律程序，不得侵害公民生命、自由和財產等權利”中所列舉的生命、自由和財產之外的其他權利，在遭受國家權力侵害時，要求獲得正當法律程序保護，構成實體性正當程序的適用情境。^[12] 由此，實體性正當程序成為美國法院發揮拓展與認可公民基本權利的建構功能。^[13]

其二，認為直到美國憲法第十四修正案規定州行使權力需要遵循正當程序的前後時間，實體性正當程序作為學說與司法適用依據才明晰可見。其指向州是否享有立法權限，以公共福利或公共利益為理由來限制公司等商業主體的自治與自由。如洛克納案，涉及州規定麵包師工作時間的立法是否有效。法院利用第十四修正案中的正當程序條款，宣布麵包師每周工作時間不得超過 60 小時的法令無效，因為該立法造成了對人身自由和合同自由的不當幹預。^[14] 由此，實體性正當程序進入了對州立法予以合憲性審查的適用情境。在司法審查中，適用的重點並不單純地是公共福利與個體自由之間的利益權衡，更重要的是司法權在何種程度上能夠以憲法為依據，來審查行政立法的有效性。此時，實體性正當程序成為法院對憲法等規範加以解釋與論證的工具。

總結來看，實體性正當程序可分為法學理論內涵與司法適用模式兩個層面。從法學理論內涵來說，要求國家權力對公共福利或公共利益的追求必須與對個體自由等權利的限制相平衡。實體性正當程序首先指向權力基於合理的事由去限制權利，其次限制方式是正當的。不論司法權對立法權尊讓與否，實體性正當程序在約束公權力肆意侵害公民基本權利的底層邏輯上是一致的，可以當然地適用於任何行政權行使的活動，包括行政立法。從司法適用模式來說，實體性正當程序只能在司法權可以介入行政權的範圍內得以適用，尤其需要判斷司法權可否根據憲法等上位法對行政立法行為進行評價，覆蓋乃至否定行政立法權行使。

而對實體性正當程序的批判，大多是將實體性正當程序的理論內涵與適用模式混為一談，似乎只要提及實體性正當程序就面臨司法權對立法權的僭越。洛克納案正是被認為構成司法越權，而成為實體性正當程序適用的反面案件。^[15] 在此種認識下，為保障司法權對立法權的尊讓，實體性正當程序在司法實踐中有意被排除。^[16] 但一方面，這並不合理，實體性正當程序的理論內涵有其利益權衡的價值，司法開展利益權衡並非一律越權。^[17] 另一方面，實體性正當程序被忽視的問題，在自動化行政中變得更突出。因為自動化行政的模式不同於傳統行政模式，直接或間接地表現為行政立法權行使的模式。不對自動化行政進行實體性正當程序的審查，就無法約束自動化行政權力的行使，會使正當程序條款整體陷入適用困境。

[10] See Randy E. Barnett & Evan D. Bernick, *No Arbitrary Power: An Originalist Theory of the Due Process of Law*, 60 William & Mary Law Review 1599, 1638 (2019).

[11] See Ryan C. Williams, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, Yale Law Journal, 2010, Vol.120(3), p.454-470.

[12] See Michael J. Perry, *Abortion, The Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process*, 23 UCLA Law Review 689, 689-736 (1976).

[13] See Catherine R. Ligioso, *Interpreting Substantive Due Process: What Does "History and Tradition" Really Mean?*, 57 California Western Law Review 153, 153-178 (2020).

[14] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

[15] See Bernard H. Siegan, *Economic Liberties And The Constitution*, University of Chicago Press, 1980, p.23.

[16] 參見蔣熨：《正當程序條款的不同命運——美國憲法和印度制憲會議舊事》，載《華東政法大學學報》2016年第3期，第144頁。

[17] 參見楊洪斌：《洛克納案、實體性正當程序與“明顯違憲”標準的衰落》，載《交大法學》2023年第1期，第79頁。

（二）實體性正當程序在自動化行政中的適用現狀

基於認識誤區，實體性正當程序在曆史發展中所形成的司法對行政立法的有限審查模式，適用到機器學習系統下的自動化行政中，變成回避模式，更加削弱了通過正當程序條款調整權力行使與權利保護之間關係的正當性保障功能。

1. 聚焦機器學習系統的應用

目前應用於公共行政的自動化系統主要有兩類：專家系統與機器學習系統。^[18] 專家系統以既有行政規則為基礎，只是將行政規則的內容予以代碼化。故對該系統的運行並不脫離行政自主意志，所產生的爭議大多是對行政活動本身的爭議。如田志鵬訴陝西省西安市公安局站前分局行政處罰糾紛案，^[19] 爭議焦點在於行政處罰是否適用簡易程序。該案雖設有罰款自助繳納系統，但正如法官在解析時所認為的，自動化行政設備在法律意義上，仍應定位為工具和客體，具有完成行政程序的工具作用。何某訴上海市公安局黃浦分局交通警察支隊交通行政處罰案也是如此。^[20] 當自動化系統屬於專家系統時，只是作為行政活動的工具使用，不會侵蝕行政機關在制定與運行規則上的主體意志，故在司法裁判中也並沒有真正表現為對正當程序的衝擊。

但機器學習系統不同。它利用數據驅動的決策機制，在一定程度上取代了行政主體意志，在諸多領域引發了侵蝕正當程序的質疑。如美國愛達荷州採用算法工具來分配家庭護理時間，就涉及機器學習系統的應用，並引發正當程序訴訟。該州衛生和福利機構建立了預算軟件，為殘疾醫療補助接受者分配家庭護理的小時數。由於該算法在沒有任何解釋的情況下大幅削減了個人的家庭護理時間，美國公民自由聯盟要求該機構解釋殘疾醫療補助接受者在福利方面的變化，但沒有回音。而後，美國公民自由聯盟起訴衛生機構，認為該機構新的決策工具產生了武斷的結果，侵犯了相關公民的正當程序權利。^[21] 類似地，美國密歇根州採用密歇根綜合數據自動化系統（MiDAS）進行失業欺詐認定，那些未獲得提出異議機會就被認定為欺詐的公民提起集體訴訟，認為 MiDAS 的“機器人裁決”侵犯了他們的正當程序權利。^[22] 美國休斯頓獨立學區採用教師增值評估系統（EVAAS）決定是否解雇教師，同樣導致教師聯合會對休斯頓獨立學區提起訴訟，理由是學區未事先通知解雇決定，違反正當程序。^[23] 這些涉嫌侵犯正當程序權利的案件所涉及的自動化系統，幾乎都是基於數據驅動與分析預測的機器學習系統，不只是作為行政輔助工具，還對行政決策產生實際影響。正因為是機器學習系統，它的應用引發了對機器裁決的質疑，也集中展示了正當程序在自動化行政中的適用困境。

2. 對實體性正當程序的駁回

上述列舉的機器學習系統應用，雖涉及家庭照護、失業保障、教師聘用等不同情形，所應用的具體算法各不相同，但有三個方面的共性：其一，這些由私人公司提供的算法模型都參與了自動化行政決策，即便表面上只是為行政機關提供數值依據，但實質上該數值決定了行政最終決策。其二，這些自動化系統都實質地衝擊了公民正當程序權利，包括未能及時告知、提供異議機會，以及引發了自動化系統是否在代替行政機關作出影響公民權益的決定，導致機器裁決的質疑，前者可概括為程序性正當程序保護，後者就涉及實體性正當程序保護。其三，法院對於自動化系統衝擊正當程序的裁判大體相同，為保護公民應享有的提出異議、獲得告知等程序性權利，一般要求行政機關

[18] See Rebecca Williams, *Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making*, 42 Oxford Journal of Legal Studies 468, 481-484 (2022).

[19] “田志鵬訴陝西省西安市公安局站前分局行政處罰糾紛案”，參見西安鐵路運輸法院（2017）陝7102行初1115號行政判決書。

[20] “何凱與上海市公安局黃浦分局交通警察支隊行政道路處罰糾紛上訴案”，參見上海市高級人民法院（2019）滬行終204號行政判決書。

[21] See *K.W. v. Armstrong*, 180 F. Sup. 3d 703, 708 (D. Idaho 2016).

[22] *Zynda v. Zimmer*, 2015 WL 1869615 (E.D.Mich. Apr. 21, 2015).

[23] See *Houston Fed'n of Teachers, Local 2415 v. Houston Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Sup. 3d 1168 (U.S. Dist. 2017).

退出自動化系統，對公民重新予以人工決策。但法院不直接推翻自動化系統應用的合理性，並將自動化系統的應用與參與決策視為行政裁量權的行使，予以尊讓。

下面以休斯頓獨立學區案為例，予以具體說明。美國休斯頓獨立學區自 2011 年開始推行教師教學成效評估政策，利用私人軟件公司提供的教育增值評估系統（EVAAS），將教師的教學成效與學生在標準化考試中成績的增長情況相掛鉤。在 2011-2014 學年期間，有 12 名教師基於 EVAAS 評價較低而被終止了繼續雇傭合同，但只有 4 名教師收到了相關通知，其他教師並未經過解雇程序。休斯頓獨立學區運用 EVAAS 作出自動化解雇決定，不僅對被解雇的教師基於合同續約所享有的財產利益造成損害，而且對休斯頓當地的教師群體利益造成潛在威脅。於是，休斯頓當地教師聯合會、教師代表訴請法院頒布一項宣告性判決和永久禁令，禁止被告休斯頓獨立學區使用 EVAAS 來終止或不再續簽教師合同。

根據美國憲法第十四修正案，原告認為 EVAAS 的使用同時違反了程序性正當程序與實體性正當程序，理由是：（1）教師缺乏足夠的信息對基於低 EVAAS 分數的解雇決定提出有意義的質疑，違反程序性正當程序；（2）EVAAS 評價與學區雇傭有影響力教師的目標之間缺乏合理的關聯，違反實體性正當程序；（3）EVAAS 規則太模糊，以至於不能事先通知教師們如何獲得更高的評分和避免不利的雇傭結果，違反實體性正當程序。法院支持了第一項程序性正當程序主張，駁回了後兩項實體性正當程序主張。由此可見，法院意識到了自動化決策的特殊性，但整體上仍傾向於忽視正當程序條款中的實體性正當程序面向，在具體情境下也不支持實體性正當程序的訴請。

具體而言，休斯頓案首先反映了程序性正當程序的個案保護困境。法院意識到自動化決策中個案準確性驗證的重要性，認可原告所援引的 *Banks v. Federal Aviation Admin.* 案，^[24] 認為描述實驗室的一般測試方法和結果不夠好，“正當程序要求控制人員有機會代表自己進行測試，以評估政府資助的測試的準確性。”^[25] 由此類推，自動化系統的一般性適用與個案獨立驗證之間不等同。要證明個案輸出結果的可信度，必須對個案進行獨立驗證。在休斯頓案中，只能退出自動化系統，回歸人工獨立決策。這凸顯了程序性正當程序在自動化系統中的個案驗證難題。在無法驗證個案結果的準確性時，程序性正當程序的個體異議、陳述申辯、聽證等程序的效果都會大打折扣。結果是，自動化系統的繼續適用，無法實現對原告的程序性正當程序保護，只能退出自動化系統。

其次，針對原告提出的兩項實體性正當程序，法院逐一駁回。其一，學區利用 EVAAS 這一手段與雇傭能夠幫助學生成長的教師這一目標之間是否缺乏合理關聯。法院認為這屬於行政合理性判斷問題，只要有一定的相關性即可，而不要求完美性，遂予以駁回。其二，學區利用 EVAAS 作出教師評分的規則是否不夠清晰，以至於教師無法據此評估自己的得分。法院也予以駁回，其認為判斷某一規則是否足夠清晰明確，不是看該規則是否存在列舉事項，而是看該規則是否確立了標準，只要教師知道學區將根據 EVAAS 評分高低，決定教師的去留，即構成了確定的標準，而無需保證教師能夠理解該系統內部的運行情況。

最後，訴訟反映了自動化行政中實體性正當程序問題是切實存在的。法院對實體性正當程序的駁回，代表了權威性的觀點，但同時意味著自動化行政規制與公民權利保護趨於被動，產生正當性保障困境。在自動化行政中，算法的規則制定效力不容忽視，司法對行政裁量固然應當尊讓，但借由實體性正當程序來規制算法權力與行政權共同構成的立法權，尤其重要。之所以實體性正當程序在司法適用中被駁回，表面原因是司法權對行政權的尊讓，實際原因是對自動化系統正當性獨立保障的缺失。

[24] *Banks*案涉及兩名空中交通管制員因吸毒而被解雇。但他們的尿樣已被銷毀，無法進行獨立檢測。實驗室檢測顯示有可卡因的痕跡，是記錄中唯一的吸毒證據。第五巡回法院認為根據已經被銷毀的檢測數據而解雇管制員，違反了正當程序；管制員無法獲得代表自己的獨立檢驗結果，使得行政聽證會從根本上不公平。See *Banks v. Federal Aviation Admin.*, 687 F.2d 92 (5th Cir. 1982).

[25] *Houston Fed'n of Teachers, Local 2415 v. Houston Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Sup. 3d 1168 (U.S. Dist. 2017).

（三）實體性正當程序在自動化行政中的名存實亡

實體性正當程序約束自動化行政中的何種權力，並不明晰。但只要算法權力隱藏在行政權之後，不單獨地予以正當性評價，就容易陷入自動化行政正當性的審查困境，難以區分到底是質疑算法本身的內容合理性與明確性，還是質疑行政機關利用算法作出決定內容的合理性與明確性。從前述諸多案件的裁判理由與結果看，算法權力被折疊進行政權之中，正當性問題亦被視為行政裁量問題。然而，自動化行政中的算法具有規則制定權，在公權力機關與公民之間形成了權力支配關係時，^[26]產生對不特定多數人權益影響的外部效果，構成“算法立法權”。^[27]此時，仍將算法權力視為行政權的組成部分，會造成實體性正當程序的名存實亡。

1. 自動化系統正當性基於技術優勢被證成

就行政機關使用自動化系統來作出影響公民權益的決策而言，存在兩個層面的判斷：其一，是否利用自動化系統來進行決策；其二，如何匹配自動化系統的輸出結果與影響公民權益的最終決定。第一層面是第二層面的前提。但第一個層面往往基於自動化系統是一種技術創新，能夠帶來行政效益而被證成。有學者即認為，數字算法能夠避免人類所具有的物理性和生理性困境，產生比人類決策更好的效益，應當積極擁抱數字算法。^[28]確實，自動化行政的興起正是基於自動化系統解放了人類勞動，提升了行政效率。在這個意義上，司法更不願意隨意挑戰自動化系統的可適用性。在休斯頓獨立學區案中，自動化系統的使用被默認為沒有問題，原因雖未明確說明，但從被告的主張以及法院對其他自動化決策是否違反實體性正當程序先例的援引來看，似乎算法系統技術的普遍適用本身成為了合理性證成的一個因素。就像被告所主張的，42個州和哥倫比亞特區在教師評估中使用了一些衡量學生表現的方法，增值模型已經得到了大部分學術機構、群體和組織的充分審查和認可。^[29]然而，算法技術的廣泛使用及其暗含的技術優勢，並不意味著它在一般意義上就是合理的，更不用說在具體案件中的特定使用也是合理的。基於算法技術利用背後的多元利益交織，自動化系統仍然會產生不同的公共利益之間、公共利益與個體利益之間的衝突，若默認自動化系統基於技術優勢，而具有適用的正當性，會導致實體性正當程序的訴求得不到支持。因為既然算法技術的應用不會被質疑，那麼行政機關利用算法系統作出決策，就可以變成行政權自身的行使，技術只是行政機關的一種工具。行政權行使的邊界和合理性就變成第二個層面的問題，亦即行政合理性或手段與目標之間的關聯性。

2. 自動化系統的適用被形式化為行政裁量

自動化系統的行政利用是法律保留事項，還是行政機關對治理工具選擇的裁量空間，影響著自動化行政的司法審查程度。在休斯頓獨立學區案中，自動化系統的適用被轉化為行政機關選擇人工還是算法的工具裁量。法院在這個問題上支持學區的主張。學區援引了 *Cook v. Bennett* 案作為先例，證明自動化系統的使用不應被強求是最完美的工具，具有一定的合理性即可。^[30]*Cook* 案涉及佛羅裏達州綜合評估測試學生分數的增值模型（FCAT VAM），第十一巡回法院駁回原告的實體性正當程序要求，認為“雖然 FCAT VAM 可能不是實現政府改善指導目標的最佳方法，甚至可能是一個糟糕的方法，但認為受到質疑的評估程序將促進政府聲明的目的仍然是合理的。”法院進一步援引 *Wagner v. Haslam* 案，^[31]說明司法在行政合理性判斷方面的有限性，即只要不存在明顯不合理的理由，就推定行政判斷是合理的。

由此，司法對自動化系統應用下行政合理性審查保持謙抑。一方面，使用自動化系統本身也是

[26] 參見肖冬梅：《“後真相”背後的算法權力及其公法規制路徑》，載《行政法學研究》2020年第4期，第7頁。

[27] 參見王正鑫：《“立法性”算法權力的興起與法律規制》，載《法制與社會發展》2023年第2期，第199頁。

[28] See Cary Coglianese & Alicia Lai, *Algorithm vs. Algorithm*, 71 Duke Law Journal 1281, 1281-1340 (2022).

[29] Houston Fed'n of Teachers, Local 2415 v. Houston Indep. Sch. Dist., 251 F. Sup. 3d 1168 (U.S. Dist. 2017).

[30] See *Cook v. Bennett*, 792 F.3d 1294 (11 Cir. 2015).

[31] See *Wagner v. Haslam*, 112 F. Sup. 3d 673 (M.D. Tenn. 2015).

行政治理工具的一種選擇，屬於行政裁量的範圍。另一方面，自動化系統應用被視為行政權行使的不可分割部分，至多成為過程性行政行為。算法權力本身的行使不被司法所關注，更不會被司法審查。但自動化系統的利用能否被推定不存在問題，是否只涉及行政執法上的裁量權，而絲毫不影響行政規則制定與行政立法權呢？我們需要謹慎對待。根據前述程序性正當程序面臨自動化系統無法驗證個案決定結果的困境，可知自動化系統不是沒有問題，只是忽視了實體性正當程序要求。自動化系統的參數設置與運算規則，都可能基於種族、性別等特徵對公民設置帶有偏見的內容。^[32] 自動化系統的利用對政策背後的規則制定產生實質影響時，就不應只被形式化為行政裁量。

3. 自動化系統的規則制定被行政決定掩蓋

正如有學者所言，“在借助計算機作出行政行為之前，行政機關設計的能考慮各種事實或規範因素的計算機程序無異於行政規定”^[33]，算法亦可構成“法”。在休斯頓獨立學區案中，自動化系統自身的設置就是一個評估規則，適用於休斯頓學區的全部教師，並產生對教師不同評分的结果。當行政機關確定了評分較低的教師被解雇或不再雇傭的政策時，自動化系統就實際影響著對教師們能否繼續被雇傭的財產利益，因而屬於具有普遍拘束力的法規、命令。^[34] 反過來看，對個體的重新打分，也需要通過更改 EVAAS 參數才能實現。但自動化系統不被視為規則制定，只是作為對教師個體打分的行政決定，忽視了對具有普遍適用性的自動化系統的正當性評價，從而影響將教師教學成效與學生成績升降之間掛鉤的行政規則正當性。

綜上所言，一旦算法介入行政權，不止行政機關一個權力主體時，實體性正當程序就要兼顧算法規則制定與行政規則制定的正當性。否則，就像休斯頓獨立學區等案一般駁回實體性正當程序主張，法院將算法權力掩蓋在了行政權之下，導致自動化行政的實體正當性問題像皮球一樣被踢來踢去。

三、為何在自動化行政中重構實體性正當程序

自動化行政整合了算法規則與行政決策，呈現出“規則制定 + 個案裁決”的自動化行政決策模式。考慮到技術發展帶來倫理、道德、反歧視等方面的實質價值權衡，不僅不應在自動化行政中擱置實體性正當程序，而且需要考慮新興數字權利、倫理價值等對自動化行政正當性的新要求。鑒於算法介入行政活動，行政行為轉向行政決策，行政法律適用與執法裁量轉向行政規則制定，亟需重構實體性正當程序，發揮對自動化行政實體正當性的保障功能。

（一）自動化行政模式的新特點

自動化行政糅合行政個案判斷與自動化規則的普遍適用，混合行政決定與行政立法，形成了不同於傳統行政模式的特點，讓程序性正當程序陷入困境，從而更需要凸顯實體性正當程序的功能價值。

1. 個案判斷與普遍適用的糅合

正當程序適用的一大特點是行政活動能夠進行結構性拆解，行政相對人乃至公民在某些環節可以介入。在這些可以介入的環節中，他們站在自己的立場上，進行合理性判斷。這種判斷存在裁量的空間，以至於需要有不同的意見進行交匯與商討，最終達成現階段的平衡，即可認定為行政活動具有合理性。然而，在自動化行政中，行政行為難以被拆解出來，而是被糅合到行政活動之中。行政活動呈現個案執行的外觀，卻具有自動化系統普遍適用的內裏。^[35] 相應地，傳統行政活動個案判

[32] 盧米斯案中原告的質疑之一就是，COMPAS評估包括適用於男性和女性的一般量表，以及僅適用於女性的單獨量表，這涉及以性別為不恰當的考量因素。See *State v. Loomis*, 2016 WI 68.

[33] 參見陳敏：《行政法總論》，新學林出版有限公司2019年版，第710頁。

[34] 參見查雲飛：《算法的行政法屬性及其規範》，載《法制與社會發展》2023年第6期，第168頁。

[35] See David Freeman Engstrom & Daniel E. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, 37 *Yale Journal on Regulation* 800, 826 (2020).

斷的行政裁量空間被一並折疊進自動化系統的設置過程。行政機關對個案裁量的不作為或不當作為無法在自動化行政中被反映出來。原來經由程序予以形式化的實體性問題被吸收進自動化系統，直接削減了行政機關個案裁量的空間，消解了個案中程序對抗的實質可能性。正像休斯頓獨立學區案一樣，對教師個體評分行為被折疊進私人公司提供的 EVAAS 之中，該地區全部教師的評分都是通過在該系統中輸入數據，而後輸出分數結果的方式予以呈現。對於教師個體而言，該系統的具體適用就是行政評分行為。而且輸入教師個體數據，與輸入一群教師的集體數據，沒有實質性差別。無論是教師個體，還是教師群體都無法將 EVAAS 與行政評分行為予以拆解。問題最後變成了自動化系統的適用。

然而，面對 EVAAS 這類作為機器學習的自動化系統，公民個體的防禦性程序功能難以發揮實質作用。由於行政機關常常無法判斷自動化系統是否存在問題，更無法驗證自動化系統的個案適用是否會產生錯誤或不當結果，導致行政機關在自動化系統中的個案裁量空間被技術壓縮至零。這不符合裁量收縮的嚴格主義立場，即裁量收縮只能基於防衛基本權或憲法上保護義務實現的最低限度需要。^[36] 行政裁量權被折疊，實則是行政機關放棄了自己部分的裁量權，連帶著放棄了部分作為義務，給正當程序帶來負面影響。在傳統公共決策中，走過場式聽證等程序失靈現象就屢見不鮮，^[37] 行政訴訟也基於難以實質性化解爭議而陷入程序空轉。^[38] 在裁量不作為合理性不易驗證的自動化決策中，任何通知、聽證程序基於信息不透明、不理解更難發揮實質性作用。正當程序的形式化困境在於個案裁量與判斷不可避免地轉變為自動化系統的適用。而只有存在判斷空間的行政權行使，才有糾錯與對抗的程序作用發揮空間。可惜行政裁量的積極作用在自動化系統中難以實現，通過個體化要件來證成實質正當性的傳統程序功能失效。

2. 行政決定與行政立法的混合

在行政決定與立法相混合的自動化決策中，正當程序被行政裁量所制約，被立法至上所規訓，可能沒有出場的機會。自動化行政決策通常有兩個階段：一是自動化系統規則的制定；二是自動化系統規則匹配至具體行政領域的政策規定，而後作出行政決定。休斯頓獨立學區案中，法院只審查第二個階段的行政決定合理性，並呈現尊重行政裁量的謙抑態度，正是因為自動化行政具有混合行政決定與行政立法的特點。

在第一個階段，審查應用自動化規則的正當性時，包括休斯頓案在內的諸多法院認為算法應用只是行政裁量事項，不屬於立法事項，無需採用公眾參與等傳統立法程序。私人公司在設計自動化系統時是否征詢公民等利益相關者的意見，不得而知。正是由於算法系統規則的制定被認為是行政機關選擇治理工具的裁量事項，從而基於尊重行政裁量而認可算法系統規則。但問題在於，行政機關並不知道該算法系統規則是什麼，也難以理解。若認定為行政裁量權的行使，行政機關既無動力，也無能力去應對技術公司出於自身利益操作算法的風險。^[39]

在第二個階段，審查適用於公民個體的行政決定合理性時，將行政決定合理性等同於行政決策的合理性，並將行政決定的政策依據認定為立法事項，視為實體性正當程序的適用範圍，保持司法克制。^[40] 問題在於，行政決定雖面向公民個體作出，但實則依賴於自動化系統規則統一計算的結果，並

[36] 參見[德]卡爾·埃博哈特·海因、福爾克·施萊特、托馬斯·施米茨：《裁量與裁量收縮——一個憲法、行政法結合部問題》，曾韜譯，載《財經法學》2017年第4期，第92頁。

[37] 參見馮健鵬：《主觀程序正義研究及其啟示》，載《環球法律評論》2018年第6期，第125-126頁。

[38] 參見江必新：《標本兼治 推動行政審判健康發展——在全國法院行政審判工作座談會上的講話》，載最高人民法院行政審判庭編：《行政執法與行政審判》（總第49集），中國法制出版社2012年版，第8頁。

[39] 參見梁昕、劉天穎：《自動化行政裁量中算法風險感知的特徵與演化研究——基於網絡輿情的大數據分析》，載《公共行政評論》2024年第1期，第46頁。

[40] 美國法院對正當程序的態度有兩種傾向：法蘭克福特大法官偏向正當程序的形式化解讀，批判實質正當程序，而布萊克大法官偏向正當程序的實質化解讀，與個人權利連接在一起。參見蔣襲：《正當程序條款的不同命運——美國憲法和印度制憲會議舊事》，載《華東政法大學學報》2016年第3期，第140-141頁。但在休斯頓獨

基於該結果與普遍適用性的行政政策之間的匹配而作出。由於自動化系統的不透明，個體決定的準確性無法得到驗證。結果是，個性化決定與普適性決策密不可分，行政決策與自動化系統規則也密不可分。若既不對第一階段中的自動化規則加以實體性審查，又不對行政決策加以實體性審查，就相當於擱置對公民個體權益產生影響決定的實體性審查。在自動化行政中區分行政決定與行政立法是困難的。正是基於此，將自動化行政決策過程形式化為某些程序要件，不足以保障行政實質合理性。

（二）實體性正當程序對新行政模式的正當保障

實體性正當程序在適用模式上，側重於約束具有普遍適用效果的規則制定等立法事項。在正當性內涵上，側重於兩個方面的實體性內容：其一，程序所致力於保障的實體性權利。生命、自由與財產是法律明文規定應適用正當程序的實體性權利。如若有其他實體性權利能夠變相解讀為生命、自由與財產的話，也可適用正當程序條款。^[41]其二，經由程序對基本權利施加限制背後的實體性利益權衡標準，尤其是對不同主體之間利益保護的優先級判斷。^[42]由此，實體性正當程序在民主保障、權利保護與利益權衡等機制上，契合自動化行政的新模式，可通過“立法過程的正當性保障”“權利保護的數字化升級”與“多元利益的全過程權衡”予以重構，實現自動化行政個案判斷與普遍適用、行政決定與行政立法彼此交織模式下的實體正當性。

1. 民主機制：立法過程的正當性保障

自動化行政即便沒有行政立法的外觀，也基於算法規則的形成與普遍適用而具有准立法的性質。尤其在行政機關的意志實質上不能完全覆蓋算法規則的意志時，實體性正當程序可以通過對立法過程的約束，借助民主機制保障算法規則制定過程的正當性。

自動化行政中的效率價值與個體保護價值何者優先，並非任何時候都有行政裁量的空間。只要事實上屬於一種對公民權益造成實質影響的立法權行使，就需遵循法律保留原則，依托民主機制補足自動化行政立法過程的正當性，促進實體正當性。^[43]之所以德國《聯邦行政程序法》第35a條規定裁量禁止採用全自動化行政行為，正是因為裁量涉及價值判斷，機器無法進行價值判斷，必須要經過法律授權的權力主體才可以。而像EVAAS一般的自動化系統已經形成了實質影響公民權益的新型權力，即便通過行政決策方式作出，但權力必須來源於法律。源於美國憲法第一條的非授權原則，即致力於“在對行政活動施加下限和上限的法定構建中，以及在一套‘非授權準則’中，防止行政機關在沒有國會明確授權的情況下行動”^[44]，正是為了限制國會將立法權分配給其他政府部門的能力。^[45]

故自動化行政中的價值判斷只要構成立法權行使，就需要法律授權。更重要的是，行政機關通過人工決策影響公民實體權益，獲得法律授權，不意味著作為新型權力的自動化系統決策權也當然地獲得了法律授權。對公民實體權益產生影響的自動化系統需要單獨的法律授權。通過建立算法立法權的民主保障機制，用立法權而非行政權來控制算法權力的行使，有助於保障自動化行政的立法過程正當性。

2. 權利機制：權利保護的數字化升級

自動化行政中算法權力行使的邊界需要受到公民在數字時代權利保護範圍的約束，尤其是不同於生命、自由、財產等傳統權利的數字化權利。實體性正當程序可以借助權利機制，在程序所保護

立學區等案中，法院並未對自動化系統遵循正當程序進行實質化解讀。

[41] See Mark Tushnet, *The Newer Property: Suggestion for the Revival of Substantive Due Process*, 1975 Supreme Court Review 261, 261-288 (1975).

[42] 需通過權衡政府利益、個人利益的重要性以及所適用的程序可能產生的利益，來判斷行政機關提供的程序保障是否符合正當程序要求。See *Mathews v. Eldridge*, 424 U. S. 319 (1976).

[43] 參見趙宏：《公共決策適用算法技術的規範分析與實體邊界》，載《比較法研究》2023年第2期，第1頁。

[44] See Cass R. Sunstein, *Is the Clean Air Act Unconstitutional?*, 98 Michigan Law Review 303, 307 (1999).

[45] See Christine N. Cimini, *Principles of Non-Arbitrariness: Lawlessness in the Administration of Welfare*, 57 Rutgers Law Review 451, 487 (2005).

的實體性權利判斷上，實現自動化行政中權利保護的數字化升級。

自動化行政模式帶來了新的基本權利保護訴求，產生數字人權存立之爭。有學者認為形成了全新的數字人權，^[46]亦有學者認為是傳統權利的數字化升級。^[47]在行政法領域，更加關注權利具體保護與執行的邏輯，相較於為公民在數字時代中的權利確立法理學甚至是法哲學的定位，後一種觀點更具有實踐性。在傳統行政模式下，公民享有防禦行政機關對自身權利不當侵害的程序性權利，是正當程序條款主要保障的內容。此時，實體性正當程序的作用空間，就是對公民權利在何種情境之下可以受到限制的判斷。但進入數字時代，自動化行政讓公民對免遭行政權不當侵害的防禦模式，變成了對行政機關不當採用自動化系統的防禦。

由此，實體性正當程序的權利保護機制，體現為行政機關利用自動化系統的程序，要實現公民權利保護的數字化升級，包括兩個方面：其一，只在滿足自動化系統準確性與可驗證性的前提之下，才可以限制公民權利；其二，為自動化系統的適用提供退出程序，賦予公民免受自動化系統決策約束權，避免其傳統權利在數字時代遭遇技術侵害。

3. 權衡機制：多元利益的全過程權衡

自動化行政中算法權力對不特定多數主體普遍適用時產生的行政效益提升、數字福利增量等公共利益保障，與對特定個體權益侵害防禦的個體利益保護之間並不是非此即彼。實體性正當程序在程序背後的實體利益權衡，可在自動化行政的多個環節展開多元利益的全過程權衡，尤其是通過事前和事後兩個階段的配合來實現。

對行政機關、私人公司與公民而言，自動化行政決策中的實體利益主要為行政機關的行政效率、私人公司的商業秘密、公民的人身和財產權益。三者難以兼顧。通常來說，行政效率意味著對自動化行政決策的適用，對私人公司商業秘密的保護，容易忽視公民人身和財產權益。^[48]對此有兩種利益調節機制：一是事前禁止，禁止對公民人身和財產權益有損害風險的自動化行政決策；二是事後救濟，在應用自動化決策時，遵循行政效率優先，制定統一的自動化行政決策規範，對具體適用中的個體受損予以事後救濟。除非自動化行政決策違反法律保留原則，否則自動化技術帶來的政府業務重塑優勢，^[49]讓自動化決策的普遍適用不易被拒絕。溢脫自動化行政普遍適用的個案正義就需通過事後救濟來實現。由此，需要建立救濟機制，規範救濟條件、內容等實體性事項。^[50]如借助行政複議機制來實現對算法的實質性審查，^[51]借由救濟程序來實現公私利益之間的平衡，實現經由程序機制的實體正義。當然，實體利益權衡的方式不是直接的允許或禁止，而是在允許基礎上的錯誤糾正與損害彌補，以契合效率與風險並存的自動化行政。

四、如何在自動化行政中重構實體性正當程序

自動化行政正當性不能基於自動化系統的普遍適用、行政效率的提升而被當然證成，其涉及自動化行政決策是否構成自動化行政規則制定，以及自動化行政規則是否不當侵蝕公民權益的判斷。這要求自動化行政既要遵循程序規定，也要考慮對公民權益影響的正當性。只有自動化行政被證明

[46] 參見高一飛：《數字人權規範構造的體系化展開》，載《法學研究》2023年第2期，第37頁。

[47] 參見劉志強：《“數字人權”再反思——與馬長山教授等商榷》，載《政法論壇》2022年第6期，第66頁。

[48] 印地安納州政府與私人企業簽訂合同，試點將該州福利資格的認定流程自動化，致使數以千計的人失去補助，引發了IBM與印地安納州政府之間的訴訟。[美]弗吉尼亞·尤班克斯：《自動不平等：高科技如何鎖定、管制和懲罰窮人》，李明倩譯，商務印書館2021年版，第33頁以下。

[49] See David Freeman Engstrom & Daniel E. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, 37 Yale Journal on Regulation 800, 802 (2020).

[50] 參見胡敏潔：《論自動化行政中的瑕疵指令及其救濟》，載《北京行政學院學報》2021年第4期，第86-87頁。

[51] 韓春暉：《自動化行政中算法目的失範的公法治理》，載《比較法研究》2024年第2期，第30-31頁。

是有助於社會福利或公共利益時，才能限制公民自由、財產等權益。^[52] 由此，實體性正當程序需通過對自動化系統應用的法律授權、對自動化系統設計的倫理審查，以及對自動化系統效益的基準測試，來保障自動化行政決策符合更高標準的正當性。

（一）對自動化系統應用的法律授權

自動化系統應用的合法性需要單獨評估。行政機關應用自動化系統，不只是行政裁量，需經法律授權，確定能否與如何應用。域外主要通過區分決策類型與風險等級，為關鍵決策與高風險系統設立專門的法律依據、機構監管與協商程序等，使自動化行政正當性從行政裁量合理性轉向自動化系統應用的法律授權。我國致力於對自動化系統的分級分類，通過監管手段控制自動化系統的適用邊界，在某種程度上與域外理念具有共通性，但未來還需要立法明確對自動化系統應用的專門授權。

1. 域外舉措

首先，組織法意義上的法律授權較為籠統，需要監管部門為自動化行政決策確立專門規則。美國的《2022 年算法問責法案》^[53] 對自動化系統的應用領域作出區分，規定“關鍵決策”需適用特殊的決策程序與規則。根據第 2（8）條，關鍵決策是指“對消費者的生活產生任何法律、實質性或類似重大影響的決定或判斷”。此類決策應當遵循《2022 年算法問責法案》的要求，評估自動化決策系統和增強關鍵決策過程的影響。此評估並非僅是技術有效性的評估，更重要的是對是否遵循相關規定的評估。《2022 年算法問責法案》第 3 節（a）（b）中規定違反聯邦貿易委員會根據《美國法典》第 5 編第 553 節所頒布法規的行為屬於禁止行為。自動化系統運用於“關鍵決策”時，若不符合相關法律規定，則被禁止。因此，將自動化系統應用於影響公民實質權益的行政決策，不僅需要遵循《2022 年算法問責法案》（在其通過之後），還需要遵循聯邦貿易委員會根據該法案與美國法典所制定的具體規定。可見，涉及關鍵決策的自動化系統應用需要專門的合法性依據，並非由法律籠統授權，放任行政機關決定是否採用自動化系統。

其次，自動化系統應用的法律授權趨向於制定專門的算法或人工智能法案，並授予監管部門相應的規則制定與動態調整權。美國《2022 年算法問責法案》第 3 節（b）條授權聯邦貿易委員會根據美國法典制定自動化系統應用於關鍵決策時的具體規定，並在第 2 節（8）（I）條中專門就“關鍵決策”事項規定兜底條款，允許聯邦貿易委員會將“通過規則制定確定對消費者生活具有同等法律、實質性或類似重大影響的任何其他服務、計劃或機會決定”歸為“關鍵決策”。《歐盟人工智能法案》與之類似，第 97 條授權歐盟委員會對高風險人工智能系統應用的分類規則、具體用例、技術文件、合格評定程序、通用人工智能提供者義務等方面予以規範與調整。美國聯邦貿易委員會和歐盟委員會可分別基於社會發展和技術創新，對自動化系統應用的風險、條件和用例進行調整。此調整限縮行政機關對自動化系統應用的裁量權，使其受制於動態立法權，既避免了行政立法的滯後，又避免了行政裁量的恣意。

最後，自動化系統應用規則的立法離不開民主協商程序。美國《2022 年算法問責法案》第 3 節（b）（1）規定聯邦貿易委員會制定自動化系統及其決策規定時，應與國家標準與技術研究所所長、國家人工智能倡議局局長、科學技術政策辦公室主任，以及其他包括標準機構、私營行業、學術界、技術專家、民權倡導者、消費者和受影響社區的利益相關者協商。《歐盟人工智能法案》第 67（1）（2）條也規定，應建立一個諮詢論壇，以提供技術專門知識，向理事會和委員會提供建議，並為其在本條例下的任務作出貢獻。諮詢論壇的成員應代表均衡選擇的利益相關者，包括工業、初創企業、中小企業、民間社會和學術界。由此，自動化系統規則制定由授權主體予以落實

[52] See Dave Rodkey, *Making Sense of Obergefell: A Suggested Uniform Substantive Due Process Standard*, 79 University of Pittsburgh Law Review 753, 753-802 (2018).

[53] 美國俄勒岡州民主黨參議員羅恩·懷登（Ron Wyden）、新澤西州民主黨參議員科裏·布克（Cory Booker）和紐約州民主黨眾議員伊薇特·克拉克（Yvette Clarke）提出《2022 年算法問責法案》（Algorithmic Accountability Act of 2022），要求自動化決策系統具有新的透明度和問責制。

時，還需要依托民主協商機制，進一步保障規則制定內容的正當性。

2. 中國路徑

我國目前對於算法或人工智能的立法雖在推進中，但並未成形。學界對立法模式存有爭議。^[54]但爭議背後是對立法的效力與統一性作用的認可，只是對步驟與方式有不同見解。鑒於《互聯網信息服務算法推薦管理規定》與《生成式人工智能服務管理暫行辦法》規定對算法或生成式人工智能實行分類分級監管，我國對人工智能的應用形成了分級分類的監管理念。但在賦予行政機關監管義務的同時，忽視了行政機關是否享有法律授權去利用自動化系統作出影響公民實質權益的決策的問題。對此，域外區分自動化系統自身風險與應用決策類型，並對自動化系統應用進行專門法律授權，具有可行性。我國自動化系統應用也需要法律授權，尤其是影響公民權益的重大決策，有必要遵循法律保留原則，並通過更高位階的立法，明確行政機關利用自動化系統作出重要決策的權力邊界，^[55]規定自動化行政立法過程中的授權主體、立法權限與立法程序等，以踐行實體性正當程序。

（二）對自動化系統設計的倫理審查

實體性正當程序由於可以與程序所保護的實體性權利聯系在一起，並具有隨著時代發展不斷調整權利保障範圍的倫理功能，故可以借助對自動化系統設計的倫理審查，從自動化行政的源頭，構建程序與實體之間的內在聯系。域外實踐主要通過對自動化系統的技術標準立法，以及技術標準的基本權利影響評估等機制來展開倫理審查。我國側重於通過構建科技倫理審查委員會來調和科技發展所帶來的技術價值、社會價值等多元價值的沖突。域內外的理念是共通的，只不過我國尚處於政策引導的階段，未來可進一步完善相關立法，讓自動化行政的正當性具有倫理保障。

1. 域外舉措

自動化行政決策通常採用私人公司提供的自動化系統，該自動化系統需要符合一定的技術標準，而非經由普遍適用獲得正當性。在歐盟，符合《技術協調與標準化新方法》^[56]《新立法框架》^[57]等規範的要求，被貼上 CE 標志的產品才是合格產品。自動化系統比傳統產品面臨的安全隱私等風險更高，立法規定了更高的技術標準。《歐盟人工智能法案》第 24 條要求，提供者通過 CE 合格性標識表明人工智能系統符合本法案中其他義務規定，以及統一規定產品貼標銷售條件的其他歐盟立法。^[58]第 27 條又規定了“高風險人工智能系統的基本權利影響評估”^[59]，構建專門針對自動化系統正當性的標準。

在自動化系統技術標準的設計上，程序性正當程序幾乎發揮不了作用，即便相對人提出異議，也無法改變自動化系統的普遍性問題。正如有學者對有色人種窮人監禁問題的質疑一般，^[60]僅將保障窮人不被歧視對待的重點放在程序性權利之上，將會掩蓋貧困辯護的真正危機，即監獄是為窮人而非富人設計的。在監獄設計對窮人造成系統性不利時，程序性權利保護，如確保監禁決定的作出

[54] 參見蘇宇：《人工智能法律治理的框架選擇：從“分類分級”到“模塊組合”》，載《中國法律評論》2025年第1期，第63頁。

[55] 參見趙宏：《公共決策適用算法技術的規範分析與實體邊界》，載《比較法研究》2023年第2期，第1頁。

[56] Council Resolution of 7 May 1985 on a new approach to technical harmonization and standards, OJEC, C136, 4.6.1985, p.1-9.

[57] New Legislative Framework, Regulation (EC) No 765/2008, Decision No 768/2008/EC, OJEU, L 218, 13.8.2008, p.30-47, 82-128.

[58] 《歐盟人工智能法案》第24條“經銷商的義務”第（1）項規定“在將高風險人工智能系統投放市場之前，分銷商應核實該系統是否帶有所需的CE標志，是否附有第47條所述的歐盟符合性聲明和使用說明的副本，以及該系統的提供者和進口商（如適用）是否遵守了第16條(b)和(c)點和第23(3)條規定的各自義務。See Artificial Intelligence Act, Regulation (EU) 2024/1689, 12.7.2024.

[59] 《歐盟人工智能法案》第27條“高風險人工智能系統的基本權利影響評估”。See Artificial Intelligence Act, Regulation (EU) 2024/1689, 12.7.2024.

[60] 如Gideon v. Wainwright, See 372 U.S. 335 (1963); Paul D. Butler, *Poor People Lose: Gideon and the Critique of Rights*, 122 Yale Law Journal 2176, 2176-2205 (2013).

具有足夠代表性，反而可能造成通過程序來保障普通人權益的公正假象，使得任何人都不願再深入探究監禁設計本身的結構性不公。^[61]故自動化系統設計的技術標準面臨內容合法的實體目標。該實體目標可以是行政效率、公共利益的維護，但不可違反倫理要求，如不可忽視弱勢群體利益或為了行政效率而放任系統錯誤的發生。

域外學者提出構建基本權利的技術標準，通過調和“工程師制定的法律”與“律師制定的法律”之間的沖突，在技術標準中注入基本權利保障的訴求。自動化系統設計的技術標準應當是對基本權利的拆解與回應，如將公平審判權利拆解為獨立性、動機、訴諸司法、無偏私、公開、力量對等、無罪推定，而後針對每一個組成部分分別評估現有指標、績效標準或流程標準在減輕這些風險方面的有效性，並按照 0-5 等級予以量化。^[62]與此同時，在自動化行政中保護何種基本權利，尤其是憲法未明文列舉的權利，關乎實體性正當程序倫理功能的發揮。^[63]這需要通過對公民實體權益保障的解讀，反推應當構建自動化技術產品倫理審查，進一步設立倫理審查主體、條件和流程，並就倫理審查的內涵予以基本權利保障層面的解讀與構建。未經倫理審查的自動化系統設計就不合格，不能在私人市場中流通，更不能用於自動化行政。

2. 中國路徑

我國科技倫理審查由政策文件推動。中共中央辦公廳、國務院辦公廳發布了《關於加強科技倫理治理的意見》，遵循“增進人類福祉、尊重生命權利、堅持公平公正、合理控制風險、保持公開透明”的倫理審查原則，確立了政府主導、社會參與的科技倫理治理體系。一方面由國家科技倫理委員會負責指導和統籌協調推進全國科技倫理治理體系建設工作，另一方面要求從事人工智能等科技活動的單位，研究內容涉及科技倫理敏感領域的，應設立科技倫理（審查）委員會。我國形成了法律價值與社會價值等多元價值互動的監管框架，但尚未直接通過立法介入科技倫理審查，也沒有對自動化系統予以專門的倫理審查規定。對此，需要法律為科技治理提供制度環境，推動科技治理的倫理化，尤其是在科技研發與設計環節，通過原則性與程序性要求，將倫理因素結構化地鑲嵌入科技研發過程，從而調和科技的效率價值與社會的倫理價值。^[64]進言之，我國對自動化系統設計的倫理審查，需要逐步通過立法區分不同的技術情境與風險，匹配相應的倫理審查標準，並明確倫理審查委員會的構成、運行等程序及效力，通過程序安排與價值保障上的互動，踐行實體性正當程序。

（三）對自動化系統效益的基準測試

籠統地看，我們可以認為自動化系統的採用基於技術發展給人類決策帶來了巨大的經濟效益，但這不意味著它能夠實現比人工決策更好的社會效果。尤其在自動化行政中，基於公權力天然具有的公益定位與目標追求，它所要實現的價值不僅是經濟性的，更重要的是社會福祉與公平正義。實體性正當程序所要求的恰恰是自動化行政中公權力所追求的公共利益應當與受到自動化行政影響的個體利益之間相平衡，所以需要驗證自動化系統的效益。只有在其被證明比人工決策取得更好的經濟效益與社會效益的前提下，它的適用才是正當的。對此，域外的有效理論是自動化系統的基準測試。我國亦可採取之，通過立法要求在具體適用情境下比較自動化決策與人工決策效益，評估與審查自動化行政是否實現了公共利益與個體利益、經濟效益與社會效益之間的合理權衡。

1. 域外舉措

域外存在諸多算法規制路徑，包括算法影響評估、算法審計，但這些更偏向於在認可自動化系統整體效益的前提下，為防止個體權益受損而予以規制。另有學者主張自動化系統基準測試，這比

[61] See Ari Ezra Waldman, *Power, Process, and Automated Decision-Making*, 88 Fordham Law Review 613, 613-632 (2019).

[62] See Gregory LEWKOWICZ & Ritha SARF, *Taking Technical Standardization of Fundamental Rights Seriously for Trustworthy Artificial Intelligence*, 25 LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO 42, 43-46 (FÉVRIER 2024).

[63] See Michael J. Perry, *Abortion, The Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process*, 23 UCLA Law Review 689, 689-736 (1976).

[64] 參見趙鵬：《科技治理“倫理化”的法律意涵》，載《中外法學》2022年第5期，第1201頁。

算法影響評估和算法審計更契合自動化系統效益評估與驗證。“基準測試（Benchmarking）”，是指當機構採用人工智能決策工具時，它們應該將其置於一組隨機的、經過傳統人工審查的案件的基準之下。通過對採用自動化系統決策的結果與採用人工決策的結果進行對比，就可以知道採用自動化系統的精度增益，自動化系統的採用是否會影響偏見、節省多少時間，自動化系統是否存在其他與人工審查相關的系統性錯誤等情況。^[65]同時，並非禁止自動化系統產生任何錯誤，但需要為發現自動化系統錯誤，以及糾正錯誤提供合理渠道。

前述休斯頓獨立學區案中實體性正當程序遭遇的最大困境之一，正是自動化系統效益沒有得到測試，無法判斷其是否存在錯誤，從而也就無法提供糾正錯誤的渠道。而基準測試能夠為自動化系統的更新與優化提供信息資源，因為它是針對數據驅動下的決策精準度、有效性進行的評估。不像算法影響評估與算法審計，它們並不是直接針對數據的合理使用或者自動化系統相較於人工決策的優勢，而是針對算法是否公平、是否存在歧視以及是否違反倫理等方面的問題。這些規制固然重要，但不解決在實際操作層面上提升自動化系統效益的問題。

至於對自動化系統效益基準測試的部署，雖可以通過行政機關主動採用，但由於基準測試會使部分決策回歸人工渠道，折損了這部分決策應用自動化系統時所能帶來的行政效率，行政機關自身的測試動力可能不足。故更有力的舉措是通過立法對行政機關開展基準測試的條件、程序與效果予以規定，並由司法機關進行審查監督。

2. 中國路徑

我國在自動化系統應用的場域中，正在探索建立算法審計、個人信息保護合規審計等制度。^[66]《互聯網信息服務算法推薦管理規定》第7條要求算法推薦服務提供者建立健全算法機制機理審核制度，第8條要求算法推薦服務提供者應當定期審核、評估、驗證算法機制機理、模型、數據和應用結果等。但從整體上看，該規定旨在保護算法安全以及維護社會倫理價值，並不致力於評價算法決策與人工決策相比的效益。《個人信息保護合規審計管理辦法》也更多地從個人信息處理活動的風險控制，以及個人信息、商業秘密等個體權益損害防禦的角度展開合規審計。可見，既有的算法或自動化系統的規制大多針對私人部門應用自動化系統的情形，尚未直接涉及自動化系統效益的測試與評估。這在行政機關利用自動化系統進行決策時也有所缺失。未來需要通過立法為自動化系統設置基準測試制度，尤其是公共部門應用自動化系統的情形。

由此，行政機關在自動化行政決策中將負擔更重的義務。一方面，在自動化決策具體適用情境中，行政機關負擔保留部分人工決策，與自動化決策形成對照組的義務。只在自動化決策相較於人工決策，能夠更好地平衡公共利益與私人利益的情況下，才能適用自動化決策。另一方面，若自動化決策效益不優於人工決策，行政機關負擔對自動化系統進行糾正與優化的義務，直到實現優於人工決策的結果。相應地，在司法審查中，法院可以對行政機關是否履行前述兩項義務進行審查，發揮對自動化行政的監督與糾正功能，並可區分不同情況分別得出自動化系統可以適用、禁止適用以及經過優化後方可適用的審查結果。如此，自動化系統效益的基準測試得以在程序與實體的之間構建聯結，通過多元利益的權衡，踐行實體性正當程序。

五、結語

為保障自動化行政的正當性，正當程序固然十分重要。但就程序性正當程序與實體性正當程

[65] See David Freeman Engstrom & Daniel E. Ho, Algorithmic Accountability in the Administrative State, 37 Yale Journal on Regulation 800, 849-850 (2020).

[66] 參見張濤：《通過算法審計規制自動化決策：以社會技術系統理論為視角》，載《中外法學》2024年第1期，第275頁。

序的比較而言，後者將更為重要。原因是適用機器學習系統的自動化行政糅合了個案判斷與普遍適用，混合了行政決定與行政立法，導致以個體防禦為功能的程序性正當程序功能無法發揮。休斯頓獨立學區案等諸多自動化行政的司法案例表明，多數情形只能通過退出自動化系統，回歸人工決策的渠道，才能保障公民獲得告知、提出異議等程序性權利。實體性正當程序在司法適用中大多被駁回，原因既有對實體性正當程序理論的認識誤區，也有自動化行政新模式產生了算法規則制定權的規制需求，而實體性正當程序理論在傳統語境下無法為之提供正當性支撐。但實體性正當程序理論本身具有權衡權力行使與權利保護的功能，契合自動化行政新模式。在自動化行政中對其予以重構，能在一定程度上彌補程序性正當程序的困境，通過聯結程序與實體事項，發揮保障自動化行政正當性的功能。

故有必要在自動化行政中重提並重構實體性正當程序，並通過對自動化系統本身所形成的規則予以立法調控，來實現之。具體包括三個方面：其一，對自動化系統應用的法律授權，著眼於保障自動化系統自身的合法性，避免混淆自動化規則的合法性與行政規則的合法性。其二，對自動化系統設計的倫理審查，旨在拆解自動化技術背後的基本權利保護需求，經由倫理審查程序在自動化系統最初設計的環節，就將實體性權利保護價值嵌入自動化系統之中，避免自動化系統違反倫理價值。其三，對自動化系統效益的基準測試，強調對自動化系統應用所產生的集體性、經濟性效益價值與人工決策所固有的個性性、社會性效益價值之間的比較。以同等條件下的人工決策為基準，自動化系統只有在滿足或超出基準狀態的效益價值時，才具有正當性，從而為自動化系統提供評估、糾正與優化的渠道。由此，實體性正當程序通過對數字時代正當程序的變革與對自動化行政正當性的促進，跨越時間與空間，助力數字行政法治的發展。

Abstract: Substantive due process is often neglected in traditional administration to prevent the judicial power from overstepping the legislative power, and in automated administration, it is even trapped in a nominal application predicament. However, no matter the historical origin or the concept connotation, the value of substantive due process lies in the adjustment of the scope of power exercise and rights protection as well as the balance of interests, and it is mainly realized by examining the legality of rules with universal application effect. It meets the legitimacy guarantee requirements under the new model of automated administration that adopts machine learning systems, which combines case judgment with general application, and blends administrative decisions with administrative legislation, and it is necessary to reconstruct it, and realize the legitimacy protection of legislation process, the digital upgrading of rights protection and the whole process of balancing multiple interests by means of democratic mechanism, right mechanism and weighing mechanism. Therefore, substantive due process needs to ensure the legitimacy of automated administrative decision-making through legal authorization for the application of automated systems, ethical review of the design of automated systems, and benchmarking of the benefits of automated systems.

Key words: Automated Administration; Substantive Due Process; Legal Authorization; Ethical Review; Benchmarking

（責任編輯：馬志遠）

投稿格式與體例說明

一、基本格式

1. **來稿語言：**本刊僅接受中文稿件，但具有一定學術價值的葡語、英語等外文學術文章的中文譯本也可刊用。

2. **來稿項目：**所有稿件除正文外，均應包括四個項目：中文及英文題目、中文及英文摘要（200 字左右的中文摘要及英文翻譯）、中文及英文關鍵詞（四至五個）、作者工作機構及職稱或職務（中文，並在作者姓名前用“*”號在首頁下方註明）。

3. **來稿文字：**所有稿件，均應使用宋體、繁體字，中文標點採取全角符號，英文標點採取半角符號。

內文：11 點，間隔為單行間距。

題目與標題：

來稿題目為 18 點加粗居中打印；副標題另起一行，16 點加粗居中打印。

內文一級標題為 12 點加粗居中打印。例：一、標題內容。

內文二級標題為 11 點，加括號，空兩格放置。例：（一）標題內容。

內文三級標題為序號後加“.”，空兩格放置。例：1. 標題內容。

內文四級標題為序號外加小括號，空兩格放置。例：（1）標題內容。

二、註釋體例

1. **註釋為腳註，編號連排。**

2. **文字為 9 點，空兩格加註釋內容。**例：[1] 註釋內容。

3. **著作的註釋順序為：**作者、書名、卷次（如有）、出版者、年份、頁碼。

【範例】趙國強：《澳門刑法概說（犯罪通論）》，社會科學文獻出版社 2012 年版，第 54 頁。

【英文範例】Tong, I. C, *Linguistic Pluralism and the Legal System of Macau*, Journal of International and Comparative Law, 2020, p.183-185.

4. **譯著的註釋順序為：**作者、文章名、期刊名稱、年份及期次、頁碼。

【範例】[葡]科斯塔：《葡萄牙法律史》（第三版），唐曉晴譯，法律出版社 2014 年版，第 296 頁。

5. **期刊的註釋順序為：**作者、文章名、期刊名稱、年份及期次、頁碼。

【中文範例】駱偉建：《論“一國兩制”下的香港特區選舉制度的完善》，載《澳門法學》2021 年第 2 期，第 22 頁。

【葡語範例】Wei, Dan, O Direito da Concorrência da China: Statu Quo e o Desenvolvimento da Produção Legislativa, Revista Doutrina IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional), Volume 13, Número 2, 2006, p.9-36.

【德語範例】Fan, Jianhong, Durchgriffshaftung gegen Gesellschafter wegen Unter kapitalisierung im chinesischen Gesellschaftsrecht, Recht der internationalen Wirtschaft, 59.Jahrgang, Heft08/2013, Verlag Recht und Wirtschaft, Germany, S. 518.

6. **文集的註釋順序為：**作者、文章名、文集名、出版者、年份、頁碼。

【範例】唐曉晴：《論要物合同》，載趙國強主編：《澳門人文社會科學研究文選法律卷》（上卷），社會科學文獻出版社 2010 年版，第 268-284 頁。

7. **非直接引用原文者，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。**