

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 箕晨東 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《投搞格式與體例說明》。

## 二、投稿審稿：

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

來稿須未曾在國內外其他出版物或網站上刊登和發表。

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

## 研究闡釋中國共產黨二十屆四中全會精神

- 論建設更高水平的社會主義法治國家 ..... 陳佑武 李步雲 / 003

## 名家特約

- 刑法中的道德評判 ..... 張智輝 / 018  
論當前時代正當性的“疊代”特征與“社會法”的全面重構 ..... 冉昊 / 032

## 學術對談

- 比較憲法與憲法哲學的若干基本問題 ..... 亞歷克·斯通·斯威特 翟小波 / 047

## 論文

- 數據知識產權登記的理論基礎與規範構造 ..... 趙家儀 程智婷 / 060  
論法益的規範性之維 ..... 湯沛豐 / 078  
——德國刑事法益理論的新康德主義轉向及康德式反思  
強制數據共享：何以可能與何以可為? ..... 陳怡 / 093  
功能主義視角下個人數據交易安全風險治理的進路轉向與構造 ..... 朱俊達 / 103  
法律人工智能的論證功能與模型建構 ..... 封明坤 / 117

## 港澳法治研究

- 論香港競爭法的實施局限與邊界拓展 ..... 費蘭芳 / 132  
內地與澳門犯罪收益沒收比較研究 ..... 何永福 / 143  
十九世紀法律移植背景下澳門華商類型及影響研究 ..... 王華 / 153

## 域外法治研究

- 歐盟數據跨境的司法檢視與中國鏡鑒 ..... 紀正坦 / 165  
——GDPR“效力範圍”與“跨境轉移”條款的聯動適用  
法律意識再思考 ..... 蔡可欣 戴維·M·恩格爾著 石華琛 蔡可欣譯 / 181

# MACAU LAW REVIEW

2025 No.4 (Serial No.62)

## [Study and Interpret the Spirit of the Fourth Plenary Session of the 20th Central Committee of the Communist Party of China]

On Building a Higher-Level Socialist Country Under the Rule of Law .....Chen Youwu & Li Buyun / 003

## [Invited Article]

Moral Evaluation in Criminal Law .....Zhang Zhihui / 018  
On the Characteristics of "Overlapping Eras" of the Current Era and  
the Reconstruction of "Social Law" .....Ran Hao / 032

## [Academic Conversation]

Several Basic Issues in Comparative Constitutional Law and  
the Philosophy of Constitutional Law .....Alec Stone Sweet & Zhai Xiaobo / 047

## [Articles]

Theoretical Foundations and Regulatory Framework for  
Data Intellectual Property Rights Registration .....Zhao Jiayi & Cheng Zhiting / 060  
The Normative Aspect of the *Rechtsgut*: The Neo-Kantian Turn in the Theory of  
*Rechtsgut* in German Criminal Law and Its Kantian Reappraisal .....Tang Peifeng / 078  
Mandatory Data Sharing: Why it is Needed and How it Can Be Achieved .....Chen Yi / 093  
A Functionalism Perspective on the Shift and Construction of Governance Approaches for Personal Data  
Trading Security Risks .....Zhu Junda / 103  
The Argumentative Function and Model Construction of Legal Artificial Intelligence .....Feng Mingkun / 117

## [Hong Kong and Macao Legal Studies]

The Limitations and Boundary Expansion of Hong Kong's Competition Law .....Fei Lanfang / 132  
Comparative Analysis of the Forfeiture of Proceeds of Crime System  
in Mainland China and Macau .....He Yongfu / 143  
A Study on the Types and Influences of Macao's Chinese Merchants  
in the Context of Legal Transplantation in the 19th Century .....Wang Hua / 153

## [Extraterritorial Legal Studies]

Judicial Review of Cross-border Data Transfers in the EU and China's Pathways ——The Interplay among the  
GDPR's Provisions of "Territorial Scope" and "Cross-Border Transfers" .....Ji Zhengtan / 165  
Legal Consciousness Reconsidered .....Lynette J. Chua & David M. Engel (Author) Huachen Shi & Lynette J. Chua (Translator) / 181

## 論建設更高水平的社會主義法治國家

陳佑武\* 李步雲\*\*

**摘要** “十四五”時期，在習近平法治思想指導下，全面依法治國有效實施，正向建設更高水平社會主義法治國家邁進，充分彰顯當代中國的法治自信，開創法治中國建設新局面。從歷史發展來看，社會主義法治國家建設是一個階梯式遞進、不斷發展的歷史過程，經歷“有”和“無”、“多”與“少”、“好”與“壞”三個不同歷史階段，“十五五”時期由“好”向“更好”發展。從時代意義來看，建設社會主義法治國家是進一步全面深化改革取得新突破的時代使命和重要保障、是國家治理體系和治理能力現代化深入推進的時代要求、是社會主義市場經濟體制更加完善的客觀需要、是高水平對外開放體制機制更加健全的應有之義、是全過程人民民主制度化、規範化、程序化水平進一步提高的法律表現形式。從主要標準來看，更高水平社會主義法治國家主要包括法律規範體系更加完備、法治實施體系更加高效、法治監督體系更加嚴密、法治保障體系更加有力、黨內法規體系更加完善、涉外法治建設更加迫切、數字法治建設更加深入、法治社會建設更加紮實、依法保障人權更加明確、法治道路特色更加鮮明十條標準。從基本思路來看，建設社會主義法治國家必須在習近平法治思想指導下秉持更高水平法治理念、建構更高水平法治理論、採取更高水平法治措施以及推動更高水平法治實踐，進一步加強人權法治保障，推動我國人權事業全面發展。從戰略重點來看，在建設更高水平社會主義法治國家整體佈局中，堅持黨的領導是根本保證、全面深化改革是動力之源、依法保障人權是根本目的、統籌發展和安全是迫切需求、建設法治政府是重中之重、夯實法治社會是社會基礎。

**關鍵詞** 更高水平社會主義法治國家 法治 人權 民主

改革開放以來，建設社會主義法治國家已經成為當代中國依法治國的歷史使命，成為建設富強、民主、文明、和諧、美麗的社會主義現代化強國的一個重要目標。在近五十年波瀾壯闊的依法治國進程中，黨領導人民通過發揚民主、實行法治與保障人權等一系列重大舉措，朝著建設社會主義法治國家方向穩步前進。在黨的十八大全面推進依法治國以來，社會主義法治國家建設發生歷史性變革、取得歷史性成就，為當代中國經濟快速發展和社會長期穩定提供了有力法治保障。特別是“十四五”時期，在以中國式現代化全面推進強國建設、民族復興的關鍵時期，在習近平法治思想

\* 陳佑武，廣東工業大學國家安全與人權研究院教授、博士生導師。

\*\* 李步雲，中國社會科學院法學研究所榮譽學部委員、博士生導師。

指導下，全面依法治國有效實施，正向建設更高水平社會主義法治國家邁進，這是法治中國建設的新定位，充分彰顯當代中國的法治自信，開創法治中國建設新局面。

## 一、問題的提出

黨的十一屆三中全會以來，社會主義法治國家建設與國民經濟與社會發展相互影響、相互滲透、相互促進、共同發展，成為當代中國法治建設的一個顯著特征。黨的十八大以來，全面依法治國方向正確、思路明確、方法得當、舉措得力、成效顯著、深入人心，與政治、經濟、社會、文化等之間關係更為密切、高度融合、協同推進，極大地增強了人民群眾的獲得感、幸福感和安全感，對發展全過程人民民主和促進我國人權事業全面發展起到了重要推動作用。因此，全面依法治國總體格局基本形成，中國特色社會主義法治體系不斷完善，中國特色社會主義法治道路越走越寬廣。2025年10月23日，黨的二十屆四中全會通過的《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》高度肯定地指出“全面依法治國有效實施”是“十四五”時期我國發展取得的重大成就之一。<sup>[1]</sup>但是，鑑於“十五五”時期在基本實現社會主義現代化進程中的重要地位、我國發展環境面臨深刻複雜變化以及推進社會主義民主法治建設的新要求，建設更高水平社會主義法治國家已經成為全面依法治國具有全局意義的重大戰略命題。

首先，“十五五”時期在基本實現社會主義現代化進程中具有承前啟後的重要地位。實現社會主義現代化是一個階梯式遞進、不斷發展進步的歷史過程，需要不懈努力、接續奮鬥。“十五五”時期是基本實現社會主義現代化夯實基礎、全面發力的關鍵時期，要鞏固拓展優勢、破除瓶頸制約、補強短板弱項，在激烈國際競爭中贏得戰略主動，推動事關中國式現代化全局的戰略任務取得重大突破，為基本實現社會主義現代化奠定更加堅實的基礎。<sup>[2]</sup>“法治是中國式現代化的重要保障。”<sup>[3]</sup>無疑，“十五五”時期在基本實現社會主義現代化進程中的承前啟後的重要地位同樣需要體現在社會主義法治國家建設之中，全面依法治國同樣需要呈現“階梯式遞進”“不斷發展進步”特征，以便與社會主義現代化協同推進。因此，建設更高水平社會主義法治國家本質上是社會主義現代化階梯式遞進、不斷發展進步在法治領域的體現。

其次，“十五五”時期我國發展環境面臨深刻複雜變化。從國際看，世界百年變局加速演進，國際力量對比深刻調整，新一輪科技革命和產業變革加速突破。同時，世界變亂交織、動蕩加劇，地緣衝突易發多發；單邊主義、保護主義抬頭，霸權主義和強權政治威脅上升，國際經濟貿易秩序遇到嚴峻挑戰，世界經濟增長動能不足；大國博弈更加複雜激烈。從國內看，發展不平衡不充分問題仍然突出；有效需求不足，國內大循環存在卡點堵點；新舊動能轉換任務艱巨；農業農村現代化相對滯後；就業和居民收入增長壓力較大，民生保障存在短板弱項；人口結構變化給經濟發展、社會治理等提出新課題；重點領域還有風險隱患。<sup>[4]</sup>因此，在“十五五”時期我國經濟社會發展面臨的困難與挑戰前所未有，這就需要從法治建設層面加大保障力度，通過法治賦能實現經濟社會高質量發展。因此，建設更高水平社會主義法治國家實際上是應對我國發展環境面臨深刻變化的迫切需要。

最後，“十五五”時期有推進社會主義民主法治建設的新要求。《中共中央關於制定國民經

[1] 《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》，人民出版社2025年版，第2頁。

[2] 同上註，第3頁。

[3] 《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》，人民出版社2024年版，第29頁。

[4] 《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》，人民出版社2025年版，第3、4頁。

濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》明確要求：“堅定不移走中國特色社會主義政治發展道路，堅持黨的領導、人民當家作主、依法治國有機統一，發展全過程人民民主，完善中國特色社會主義法治體系。”<sup>[5]</sup>同時，該文件也明確指出堅持全面依法治國，協同推進科學立法、嚴格執法、公正司法、全民守法。法治理念貫穿文件全篇。例如“建設法治經濟、信用經濟，打造市場化法治化國際化一流營商環境”<sup>[6]</sup>“加強科技法治、倫理、誠信、安全建設”<sup>[7]</sup>“落實民營經濟促進法，從法律和制度上保障平等使用生產要素、公平參與市場競爭”<sup>[8]</sup>“推進數據利用高效便利安全跨境流動，營造透明穩定可期的制度環境”<sup>[9]</sup>“堅定維護海洋權益和安全，提高海上執法和海事司法能力”<sup>[10]</sup>“完善國家安全法治體系”<sup>[11]</sup>“推進信訪工作法治化”<sup>[12]</sup>“依法治軍”<sup>[13]</sup>等等。因此，“十五五”時期法治建設領域的新要求實質上是要建設更高水平社會主義法治國家，使得中國特色社會主義法治體系更加完善。

總之，在法治軌道上全面建設社會主義現代化國家的歷史背景下，“十五五”時期在基本實現社會主義現代化進程中的重要地位、我國發展環境面臨深刻發展變化以及推進社會主義民主法治建設的新要求都需要從法治層面予以回應。有鑑於此，黨的二十屆四中全會在肯定“十四五”時期“全面依法治國有效實施”的同時在“十五五”時期經濟社會發展的主要目標中明確提出“社會主義法治國家建設達到更高水平”<sup>[14]</sup>，這是從全局和戰略高度推進全面依法治國的新要求，吹響了建設更高水平社會主義法治國家的時代號角。這是繼黨的二十屆三中全會在進一步全面深化改革、推進中國式現代化的總體要求中提出“社會主義法治國家建設達到更高水平”後對建設更高水平社會主義法治國家的再次強調。由此，在“十五五”時期全面依法治國需要實現從“有效實施”到“更高水平”的歷史性飛躍，這也充分說明了全面依法治國當前所處的歷史方位。所以，《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》是“十五五”時期建設更高水平社會主義法治國家的宣言書：社會主義法治國家建設是一個不斷發展的歷史進程，只有起點，沒有終點；只有進行時，沒有完成時；沒有最好，只有更好；沒有最高水平，只有更高水平。在“十五五”時期，必須毫不動搖地堅持以習近平法治思想為指導，堅持黨的領導、人民當家作主、依法治國有機統一，聚焦建設更加完善的中國特色社會主義法治體系，將法治中國建設推進到更高水平。

## 二、社會主義法治國家建設的歷史發展

改革開放以來，社會主義法治國家建設是一個階梯式遞進、不斷發展的歷史過程，具有漸進性、持續性和階段性特征，其內涵隨著政治、經濟、社會、文化等發展而發展並受其制約。黨的十一屆三中全會以來，社會主義法治國家建設主要經歷依法治國的早期實踐、確立發展與全面推進三個歷史階段。同時，社會主義法治國家建設也實現了從法制向法治、從依法治國向全面依法治國

[5] 同上註，第42頁。

[6] 同上註，第6頁。

[7] 同上註，第12頁。

[8] 同上註，第16頁。

[9] 同上註，第20頁。

[10] 同上註，第25頁。

[11] 同上註，第36頁。

[12] 同上註，第38頁。

[13] 同上註，第39頁。

[14] 同上註，第7頁。

發展的兩次歷史性飛躍。從內涵來看，改革開放以來社會主義法治國家建設經歷“有”和“無”、“多”與“少”、“好”與“壞”三個不同歷史階段，“十五五”時期由“好”向“更好”發展，迎來從“有效實施”向“更高水平”發展的第三次歷史性飛躍。

### （一）“有”和“無”：依法治國早期實踐階段

黨的十一屆三中全會是依法治國早期實踐的歷史起點，改革開放是建設社會主義法治國家的動力源泉，建設社會主義法治國家為改革開放保駕護航。針對當時“文化大革命”造成“無法無天”的局面，社會主義法治國家建設在這一階段主要任務是處理好法治國家建設“有”和“無”的問題，實現從“無”到“有”的轉變。1978年12月黨的十一屆三中全會旗幟鮮明主張：“為了保障人民民主，必須加強社會主義法制，使這種民主制度化、法律化，使這種制度和法律具有穩定性、連續性和極大的權威，做到有法可依，有法必依，執法必嚴，違法必究。”<sup>[15]</sup>關於這一階段歷史任務，鄧小平曾深刻地指出：“通過改革、處理好法治與人治的關係，處理好黨和政府的關係。”<sup>[16]</sup>這一論述沒有回避當時人治存在的現實，主張通過改革處理好法治與人治的關係，不僅為當代中國改革與法治關係奠定理論基礎，更為重要的是揭示了我國依法治國的精髓在於反對人治，對我國社會主義法治國家建設從“無”到“有”發展產生深遠影響。為了解決立法領域的問題，在1979年7月第五屆全國人民代表大會第二次會議通過包括《中華人民共和國刑法》《中華人民共和國刑事訴訟法》等七部重要法律基礎上，1982年12月第五屆全國人民代表大會第五次會議通過《中華人民共和國憲法》，即“八二憲法”。改革開放早期一系列法律的制定，在很大程度上解決了有法可依的問題。為了做到有法必依，黨和政府相繼出台一系列文件促進法律的落實。特別需要指出的是，1979年9月《中共中央關於堅決保證刑法、刑事訴訟法貫徹實施的指示》發佈對包括保證刑法、刑事訴訟法得到有效貫徹實施在內的依法治國早期實踐發展起到了重要促進作用，該文件首次提出“社會主義法治”概念。除此之外，這一階段在執法、司法、守法等領域也取得一定程度的發展進步。例如，廢除了黨委審批案件制度，建立和健全了律師制度，開啟了普法宣傳教育工作等等。同時，一批法律院校開始恢復招生，儘管數量不多，但是法學研究與教育工作逐步開展起來。

### （二）“多”與“少”：依法治國確立發展階段

黨的十五大召開標志著建設社會主義法治國家正式進入確立發展階段，實現了改革開放以來法制向法治發展的歷史性飛躍。但是，這一階段繼續秉持了“有法可依、有法必依、執法必嚴、違法必究”的基本方針。因此，社會主義法治國家建設這一階段主要任務是處理好法治國家建設領域的“多”與“少”問題，實現由“少”向“多”轉變，主要體現為法治建設上數量和程度的增長。1997年9月，黨的十五大報告首次明確提出“依法治國，建設社會主義法治國家”。在建設社會主義法治國家上明確要求：“發展民主必須同健全法制緊密結合，實行依法治國。依法治國，就是廣大人民群眾在黨的領導下，依照憲法和法律規定，通過各種途徑和形式管理國家事務，管理經濟文化事業，管理社會事務，保證國家各項工作都依法進行，逐步實現社會主義民主制度化、法律化，使這種制度和法律不因領導人的改變而改變，不因領導人看法和注意力的改變而改變。依法治國，是黨領導人民治理國家的基本方略，是發展社會主義市場經濟的客觀需要，是社會文明進步的重要標志，是國家長治久安的重要保障。依法治國就是把堅持黨的領導、發揚人民民主和嚴格依法辦事統一起來，從制度和法律上保證黨的基本路線和基本方針的貫徹實施，保證黨始終總攬全局、協調各方的領導核心作用。”<sup>[17]</sup>1999年，第九屆全國人民代表大會第二次會議通過憲法修正案將

[15] 中共中央文獻研究室：《三中全會以來重要文獻匯編》（上冊），中央文獻出版社2011年版，第9頁。

[16] 《鄧小平文選》（第3卷），人民出版社1993年版，第177頁。

[17] 《江澤民文選》（第2卷），人民出版社2006年版，第28、29頁。

“依法治國，建設社會主義法治國家”正式寫入憲法，有力推進了建設社會主義法治國家的歷史進程。2004年，“國家尊重和保障人權”正式寫入憲法。在這一階段，隨著依法治國的正式確立，法治建設得到長足發展，中國特色社會主義法律體系基本形成，執法司法取得一定成就，全社會法治意識得到增強，法學院校在數量上得到較大增長等等。但是，存在問題也不少，主要表現為：立法工作中部門化傾向、爭權諉責現象較為突出；有法不依、執法不嚴、違法不究現象比較嚴重，執法體制權責脫節、多頭執法、選擇性執法現象仍然存在，執法司法不規範、不嚴格、不透明、不文明現象較為突出；部分社會成員尊法信法守法用法、依法維權意識不強，一些國家工作人員特別是領導幹部依法辦事觀念不強、能力不足，知法犯法、以言代法、以權壓法、徇私枉法現象依然存在。<sup>[18]</sup>

### （三）“好”與“壞”：依法治國全面推進階段

黨的十八大以來特別是黨的十八屆四中全會召開，社會主義法治國家建設進入全面依法治國階段，由此實現依法治國向全面依法治國發展的歷史性飛躍。鑑於前一階段存在的問題，違背社會主義法治原則，損害人民群眾利益，妨礙黨和國家事業發展，必須下大氣力加以解決。<sup>[19]</sup>因此，這一階段社會主義法治國家建設主要任務是處理好法治國家建設領域“好”與“壞”的問題，堅持“好”的一面，改掉“壞”的一面，實現法治建設整體向“好”發展，通過全面深化改革推進全面依法治國。2014年10月，黨的十八屆四中全會召開，全會通過《中共中央關於全面推進依法治國若干重大問題的決定》。全會明確要求加快建設社會主義法治國家、建設中國特色社會主義法治體系。“在中國共產黨的領導下，堅持中國特色社會主義制度，貫徹中國特色社會主義理論，形成完備的法律規範體系、高效的法治實施體系、嚴密的法治監督體系、有力的法治保障體系，形成完善的黨內法規體系”<sup>[20]</sup>。由此，在全面依法治國時期，社會主義法治國家建設進入體系化建設階段，

“建設中國特色社會主義法治體系”成為總目標、總抓手。按照黨的十九大部署，中央成立全面依法治國委員會統籌協調全面依法治國工作。2020年11月，習近平法治思想在中央全面依法治國首次工作會議上提出，由此習近平法治思想成為全面依法治國的根本遵循和行動指南，社會主義法治國家建設迎來新的歷史局面。2022年黨的二十大報告在“堅持全面依法治國，推進法治中國建設”部分對建設社會主義法治國家進行整體部署。2024年黨的二十屆三中在“完善中國特色社會主義法治體系”部分進一步推進社會主義法治國家建設。特別需要指出的是，2023年2月中央辦公廳、國務院辦公廳印發《關於新時代加強法學教育和法學理論研究的意見》，對新時代法學教育和法學研究產生深遠影響。

歷史已經雄辯地說明，黨的十一屆三中全會以來社會主義法治國家建設發生歷史性變革、取得歷史性飛躍，人民的幸福感、獲得感與安全感顯著增強。特別是在“十四五”時期，在習近平法治思想指導下，全面依法治國目前正處在從“有效實施”向“更高水平”飛躍的歷史方位，正由“好”向“更好”發展，這既是全面依法治國的自我完善，更是習近平法治思想的自我發展，是當代中國法治自信的生動體現。

## 三、建設更高水平社會主義法治國家的時代意義

社會主義法治國家建設只有起點，沒有終點；只有進行時，沒有完成時。在“十四五”時期全

[18] 中共中央文獻研究室：《十八大以來重要文獻選編》（中），中央文獻出版社2016年版，第156、157頁。

[19] 同上註，第157頁。

[20] 習近平：《論堅持全面依法治國》，中央文獻出版社2020年版，第93頁。

面依法治國有效實施基礎之上，建設更高水平法治國家已經成為推進全面依法治國的新定位、新要求，突顯全面深化改革新的歷史突破，是習近平法治思想的新發展。因此，《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》在“十五五”時期主要目標中指出“進一步全面深化改革取得新突破。國家治理體系和治理能力現代化深入推進，社會主義市場經濟體制更加完善，高水平對外開放體制機制更加健全，全過程人民民主制度化、規範化、程序化水平進一步提高，社會主義法治國家建設達到更高水平。”<sup>[21]</sup>從這一論述中可以看出，法治與政治、經濟、社會、文化等方面在各自發展定位與相互支撐中展現各自的時代意義。

（一）建設更高水平社會主義法治國家是進一步全面深化改革取得新突破的時代使命與重要保障

“黨的十八屆三中全會、四中全會分別把全面深化改革、全面推進依法治國作為主題並作出決定，有其緊密的內在邏輯，可以說是一個總體戰略部署在時間軸上的順序展開。全面建成小康社會、全面深化改革都離不開全面推進依法治國。”<sup>[22]</sup>因此，全面深化改革與全面依法治國相互促進、有機統一、不可分離、共同發展。在“十五五”時期“進一步全面深化改革取得新突破”必然會在全面依法治國上得到體現，這就是社會主義法治國家建設達到更高水平。這樣就能實現全面深化改革與全面依法治國在“十五五”時期在“新突破”與“更高水平”上的有機統一。一方面，通過進一步全面深化改革，更深層次地處理好法治與人治關係問題，因此對社會主義法治國家建設提出更高水平的時代使命。建設更高水平法治國家使得領導幹部成為尊法學法守法用法的模範，提高領導幹部運用法治思維和法治方式深化改革、推動發展、化解矛盾、維護穩定、應對風險的能力，強化黨政主要負責人履行推進法治建設第一責任人職責。另一方面，要在法治軌道上全面深化改革、建設社會主義現代化國家，法治是中國式現代化的重要保障。因此，建設更高水平社會主義法治國家是進一步全面深化改革取得新突破的重要保障。

（二）建設更高水平社會主義法治國家是國家治理體系和治理能力現代化深入推進的時代要求

全面依法治國是國家治理領域一場深刻的革命，對當代中國治國理政產生深遠影響。這場深刻革命已經凸顯法治是中國式現代化的重要保障，在法治軌道上全面建設社會主義現代化國家是全面依法治國的歷史使命，因此在法治軌道上推進國家治理體系和治理能力現代化是當代中國法治建設的重要內涵。“法治是國家治理體系和治理能力的重要依托。只有全面依法治國才能有效保障國家治理體系的系統性、規範性、協調性，才能最大限度凝聚社會共識。”<sup>[23]</sup>必須“堅持頂層設計和法治實踐相結合，提升法治促進國家治理體系和治理能力現代化的效能”<sup>[24]</sup>。在“十四五”時期，全面依法治國有效實施體現了這一治理效能的提升，但與全面依法治國的要求相比仍然有較大的提升空間。所以，在“十五五”時期，法治建設目標要更加深入地統籌考慮國際國內形勢、法治建設進程和人民群眾法治需求，同推進國家治理體系和治理能力現代化的要求相協同。我們要不斷完善頂層設計，不斷創新和深化依法治國實踐，使社會主義法治國家建設達到更高水平，更好地推進國家治理體系和治理能力現代化。

（三）建設更高水平社會主義法治國家是社會主義市場經濟體制更加完善的客觀需要

社會主義法治國家建設本質上是由社會主義經濟基礎和生產力所決定，體現了經濟基礎和生產力的要求，受到了經濟基礎和生產力的制約。同時，社會主義法治國家建設是經濟發展和生產力發

[21] 《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》，人民出版社2025年版，第7頁。

[22] 習近平：《論堅持全面依法治國》，中央文獻出版社2020年版，第36頁。

[23] 同上註，第3頁。

[24] 同上註，第275頁。

展的重要基礎和重要保障，對經濟發展和生產力起到重要的促進作用。因此，“社會主義市場經濟本質上就是法治經濟，經濟秩序混亂多源於有法不依、違法不究，因此必須堅持法治思想、增強法治觀念，依法調控和治理經濟。法治經濟的本質要求就是把握規律、尊重規律。”<sup>[25]</sup> 法治必須發揮對經濟發展的促進作用，必須為經濟發展保駕護航，而不能滯後或制約經濟發展。所以，以更高水平的法治建設促進市場經濟的高質量發展是必須的，體現了對法治和經濟發展規律、法治和經濟建設要求的尊重，充分彰顯法治在中國式現代化中的保障功能。在“十五五”時期，高質量發展取得顯著成效、科技自立自強大幅度提高、人民生活水平不斷提高、美麗中國建設取得新的重大進展就必須要求建設更高水平法治國家，這樣才能更好地發揮對經濟體制改革牽引作用、完善宏觀經濟治理體系、確保高質量發展行穩致遠，才能在發展新質生產力、構建新發展格局、建立現代化經濟體系上取得重大突破。

#### （四）建設更高水平社會主義法治國家是高水平對外開放體制機制更加健全的應有內涵

全面依法治國要求對內必須深化改革，對外必須改革開放，二者不可偏廢。建設更高水平社會主義法治國家固然是全面深化改革的要求，但同樣也是對外改革開放的迫切需求。“要加快涉外法治工作戰略佈局，協調推進國內治理和國際治理，更好維護國家主權、安全、發展利益。要強化法治，運用法治方式，有效應對挑戰、防範風險、綜合利用立法、執法、司法等手段開展鬥爭，堅決維護國家主權、尊嚴和核心利益。要推動全球治理變革，推動構建人類命運共同體。”<sup>[26]</sup> 堅持開放合作、互利共贏是中國式現代化的必然要求。在“十五五”時期，穩步擴大制度型開放，維護多邊貿易體制，拓展國際循環，以開放促改革促發展，與世界各國共享機遇、共同發展，必須建設更高水平法治國家。因此，“中國願同各國一道，營造良好法治環境，構建公正、合理、透明的國際經貿規則體系”<sup>[27]</sup>，推動高水平對外開放體制機制更加健全，更好造福各國人民。

#### （五）建設更高水平社會主義法治國家是全過程人民民主制度化、規範化、程序化水平進一步提高的法律表現形式

在實現中華民族偉大復興的歷史征程中，全面依法治國、全過程人民民主與全面保障人權構成當代中國民主法治建設的靚麗風景線。實際上，這三者已經呈現高度互構融合的態勢，集中表現為法治、民主、人權不但在制度上不可分割，而且在理論上高度自治。“我們要建設的中國特色社會主義法治體系，本質上是中國特色社會主義制度的法律表現形式。”<sup>[28]</sup> 民主制度是中國特色社會主義制度的重要組成部分，因此“十五五”時期“全過程人民民主制度化、規範化、程序化”的法律表現形式就是建設更高水平法治國家，使得中國特色社會主義法治體系更加完善。發展社會主義民主，必須健全社會主義法治。社會主義民主是社會主義法治的基礎，社會主義法治是社會主義民主的保障。社會主義民主與社會主義法治具有一致性，建設更高水平法治國家是全過程人民民主制度化、規範化、程序化的必然要求，也是新時代尊重和保障人權的必然要求。

因此，建設更高水平法治國家是“十五五”時期全面深化改革的內在要求、中國式現代化的重要保障與推進全面依法治國的法治自信，與當前我國經濟、政治、社會、文化、生態文明、國家安全、軍隊建設、對外關係以及黨的建設等各領域建設任務整體水平相適應，有助於全面推進國家各方面工作法治化。

[25] 同上註，第129頁。

[26] 同上註，第5頁。

[27] 同上註，第268頁。

[28] 中共中央文獻編輯委員會：《習近平著作選讀》（第2卷），人民出版社2023年版，第378頁。

## 四、建設更高水平社會主義法治國家的主要標準

社會主義法治國家建設沒有最好，只有更好；沒有最高水平，只有更高水平。鑑於在“十四五”時期“全面依法治國有效實施”<sup>[29]</sup>，從黨的二十屆三中全會提出的“中國特色社會主義法治體系更加完善，社會主義法治國家建設達到更高水平”<sup>[30]</sup>邏輯來看，“十五五”時期建設更高水平社會主義法治國家必須強調“更加”“有效實施”更加完善，才能達到更高水平。因此，結合《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》相關規定，<sup>[31]</sup>更高水平社會主義法治國家主要包括法律規範體系更加完備、法治實施體系更加高效、法治監督體系更加嚴密、法治保障體系更加有力、黨內法規體系更加完善、涉外法治建設更加迫切、數字法治建設更加深入、法治社會建設更加紮實、依法保障人權更加明確、法治道路特色更加鮮明十條主要標準。

第一，法律規範體系更加完備。法制更加完備是建設更高水平社會主義法治國家的基礎。我國現行有效法律310部、行政法規605部，地方性法規1.5萬餘件，中國特色社會主義法律體系已經形成，國家和社會生活各方面總體上實現了有法可依。建設更高水平社會主義法治國家，更加要加強重點領域立法、新興領域立法、涉外領域立法，科學推進法典化進程，更加努力健全國家治理急需和滿足人民日益增長的美好生活需要必備的法律制度，為國家重大戰略發展、維護人民群眾合法權益和涉外法治領域鬥爭奠定堅實的法治基礎。在“十五五”時期，特別要加強立法規劃和立法審查，提高立法質量。完善以憲法為核心的中國特色社會主義法律體系，健全保證憲法全面實施制度體系，建立憲法實施情況報告制度。

第二，法治實施體系更加高效。法律的生命在於實施，法律的權威也在於實施。建設更高水平社會主義法治國家，重點和難點在於通過嚴格執法、公正司法、全民守法，推動法律正確實施。在“十五五”時期，要更加強化法治政府建設，全面落實行政規範性文件備案審查，完善實質性化解行政爭議機制。推進政法工作數字化平台建設，強化跨部門執法司法協同和監督。規範司法權力運行，完善司法公正實現和評價機制，提高司法裁判公正性、穩定性、權威性。強化檢察監督，加強公益訴訟。依法保障人身權、財產權、人格權，健全規範涉企執法長效機制，防止和糾正違規異地執法、趨利性執法。健全國家執行體制，有效解決“執行難”問題。

第三，法治監督體系更加嚴密。縱觀人類文明史，沒有監督的權力必然導致腐敗，這是一條鐵律。建設更高水平社會主義法治國家，必須構建更加嚴密的法治監督體系，建設黨統一領導、全面覆蓋、權威高效的法治監督體系，健全權力運行的制約監督體系。在“十五五”時期，要加強憲法法律實施和監督，完善維護國家法治統一制度機制，要健全監察權、立法權、行政權、檢查權、審判權、偵查權、執行權相互制約機制，加強領導幹部依法辦事監督檢查，完善綜合性法治評價工作機制，確保全面依法治國各環節全過程在有效制約監督下運行。

第四，法治保障體系更加有力。法治保障體系在我國法治體系建設中具有基礎性地位。建設更高水平社會主義法治國家，必須進一步加強政治、組織、隊伍、人才、科技、信息、財力、物力等保障，為全面依法治國提供重要支撐。在這一過程中，更加要切實加強和改進黨對全面依法治國的領導，把黨的領導貫徹落實到全面依法治國全過程和各方面，提高執法執政能力和水平，為全面依法治國提供有力的政治和組織保障。在“十五五”時期，更加要進一步強化黨的領導是全面依法治

[29] 《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》，人民出版社2025年版，第2頁。

[30] 《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》，人民出版社2024年版，第4頁。

[31] 《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》，人民出版社2025年版，第43、44頁。

國的根本保證，堅持黨中央對進一步全面依法治國的集中統一領導，深入推進黨風廉政建設和反腐敗鬥爭。

第五，黨內法規體系更加完善。黨內法規體系，是以黨章為根本，以民主集中制為核心，以準則、條例等中央黨內法規為主幹，由各領域各層級黨內法規制度組成的有機統一整體。現行有效中央黨內法規 228 部、部委黨內法規 215 部、地方黨內法規 3490 部，黨內法規體系日趨完善。黨內法規既是管黨治黨的基本依據，也是建設更高水平社會主義法治國家的有力保障。在“十五五”時期，更加要堅持依法治國和依規治黨有機統一，要注重黨內法規和國家法律的銜接和協調，要把執紀和執法貫通起來，要深化黨的建設制度改革，增強黨內法規權威性和戰鬥力。

第六，涉外法治建設更加迫切。涉外法治工作作為中國特色社會主義法治體系的重要組成部分，事關全面依法治國，事關我國對外開放和外交工作大局。推進涉外法治工作，根本目的是用法治方式更好維護國家和人民利益，促進國際法治進步，推動構建人類命運共同體。因此，“加強涉外法治建設既是以中國式現代化全面推進強國建設、民族復興偉業的長遠需要，也是推進高水平對外開放、應對外部風險挑戰的當務之急。要從更好統籌國內國際兩個大局、更好統籌發展和安全的高度，深刻認識到做好涉外法治工作的重要性和緊迫性，建設同高質量發展、高水平開放要求相適應的涉外法治體系和能力，為中國式現代化行穩致遠營造有利法治條件和外部環境。”<sup>[32]</sup>在“十五五”時期，需要加快涉外法治體系和能力建設，健全國際商事調解、仲裁、訴訟等機制。

第七，數字法治建設更加深入。數字法治建設是建設更高水平社會主義法治國家的一個鮮明特徵，是數字中國建設的重要組成部分，與數字中國建設同頻共振。在“十五五”時期，將深入推進數字中國建設，健全數據要素基礎制度，建設開放共享的全國一體化數據市場，深化數據資源開發利用。通過數字法治建設，加強人工智能治理，完善相關法律法規、政策制度、應用規範、倫理準則，促進數字經濟和實體經濟深度融合，加強人工智能同產業發展、文化建設、民生保障、社會治理相結合，搶占人工智能產業應用制高點，全方位賦能千行百業。同時，完善監督，推動平台經濟創新和健康發展。<sup>[33]</sup>

第八，法治社會建設更加紮實。法治社會建設是黨的十八大一個貢獻、一個創舉，法治社會建設必須持續推進。“法治社會建設是法治國家建設的基礎工程，唯有絕大多數人守法才可能建設法治國家。”<sup>[34]</sup>法治社會要求社會依法自治，法治政府要求政府依法行政，法治社會建設成為法治政府建設的基礎。法治社會建設通過要求全民守法，夯實社會法治基礎，增進社會法治意識，推動法治政府建設發展，使得社會主義法治國家建設達到更高水平。因此，為了進一步增進人民群眾的法治認同感，必須加強法治宣傳教育，堅持宣傳、教育、研究共同推進，堅持知識普及、理論闡釋、觀念引導全面發力，推動法治觀念深入人心，讓法治成為全民的信仰，推動法治實施成為全體人民的自覺行動。在“十五五”，推進法治社會建設要營造全社會崇尚法治、恪守規則、尊重契約、維護公正的良好環境。

第九，依法保障人權更加明確。黨的十八大以來，隨著全面依法治國深入推進和人權事業全面發展，法治的人權保障價值與人權的法治保障方式呈現高度融合的態勢。講法治必談人權，談人權必講法治。依法保障人權，加強人權法治保障已經成為建設社會主義法治國家的基本共識。因此，黨的二十大明確提出堅持走中國人權發展道路、積極參與全球人權治理、推動我國人權事業全面發展，使得全面依法治國的人權內涵日益豐富。特別需要指出的是，近五年以來隨著習近平總書記相

[32] 《習近平談治國理政》第五卷，外文出版社2025年版，第272頁。

[33] 《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》，人民出版社2025年版，第13頁。

[34] 《習近平法治思想概論》編寫組：《習近平法治思想概論》（第2版），高等教育出版社2024年版，第185頁。

繼提出“弘揚正確人權觀”“堅持正確人權觀”，無疑“堅持和弘揚正確人權觀”是建設更高水平社會主義法治國家的應有之義，這是習近平法治思想人權觀的新發展。

第十，法治道路特色更加鮮明。“中國特色社會主義法治道路本質上是中國特色社會主義道路在法治領域的具體體現。”<sup>[35]</sup>走中國特色社會主義法治道路是一個重大課題，有許多東西需要深入探討，但基本的東西必須長期堅持，在“十五五”時期更是如此。必須堅持中國共產黨的領導不動搖，要更加加強黨對全面依法治國的領導；必須堅持人民民主體地位，要更加強調依法保障人民權益；必須堅持法律面前人人平等，要更加有力抓住領導幹部這個“關鍵少數”；必須堅持依法治國和以德治國相結合，要更加重視既發揮法律的規範作用又發揮道德的教化作用；必須堅持從中國實際出發，要更加突出中國特色、實踐特色、時代特色。

概言之，在全面依法治國有效實施的基礎上，建設更高水平社會主義法治國家要求在完善中國特色社會主義法治體系和法治國家建設重點領域上更加有所作為。前五條標準強調對中國特色社會主義法治體系在更高水平上的發展完善，後五條標準強調對法治國家建設重點領域問題在更高水平上的時代回應。這十條標準是一個有機統一的整體，是建設更高水平社會主義法治國家的基本要求和基本原則。而且，這些標準之間必須配置適當、相互促進、高度集成、共同發展。

## 五、建設更高水平社會主義法治國家的基本思路

我們認為，在“十五五”時期必須毫不動搖繼續推進全面依法治國，通過全面深化改革正確處理好法治與人治關係，堅持黨的領導、人民當家作主與依法治國有機統一，更加注重法治與改革、發展、穩定相協同，更加注重保障和促進社會公平正義，更加注重在人權保障上謀篇佈局。換言之，在“十五五”時期建設社會主義法治國家必須在習近平法治思想指導下秉持更高水平法治理念、建構更高水平法治理論、採取更高水平法治措施以及推動更高水平法治實踐，進一步加強人權法治保障，依法保障人權，推動我國人權事業全面發展。

### （一）建設社會主義法治國家應秉持更高水平法治理念

堅持以人民為中心是習近平法治思想的核心要義之一，是全面依法治國的根本立場，建設更高水平社會主義法治國家更加要堅持以人民為中心，堅持人民民主體地位。人民群眾是歷史的創造者，人民立場是中國共產黨的根本政治立場，建設更高水平社會主義法治國家更加要突出人民立場。依法保障人民權益是全面依法治國的根本目的<sup>[36]</sup>，因此，建設更高水平社會主義法治國家更加要堅持法治建設為了人民、依靠人民、造福人民、保護人民，更加要突出以人民為中心的理念，更加要強調堅持依法保障人民權益。2022年2月，習近平在闡釋中國人權發展道路的特徵時深刻地指出：

“堅持依法保障人權”“我們堅持法律面前人人平等，把尊重和保障人權貫穿立法、執法、司法、守法各個環節，加快完善權利公平、機會公平、規則公平的法律制度，保障公民人身權、財產權、人格權，保障公民參與民主選舉、民主協商、民主決策、民主管理、民主監督等基本政治權利，保障公民經濟、文化、社會、環境等各方面權利，不斷提升人權法治化保障水平。”<sup>[37]</sup>這一論述是對依法保障人民權益的深化，深刻揭示依法保障人權在全面依法治國中堅持以人民為中心的價值所在，即堅持以人民為中心就是以人民的人權為中心，依法保障人權就是依法保障人民權益。因此，建設更高水平社會主義法治國家要更加突出人權保障的理念，要更加強調法治的人權保障價值與人

[35] 習近平：《論堅持全面依法治國》，中央文獻出版社2020年版，第2頁。

[36] 《習近平法治思想概論》編寫組：《習近平法治思想概論》（第2版），高等教育出版社2024年版，第104頁。

[37] 中共中央文獻編輯委員會：《習近平著作選讀》（第2卷），人民出版社2023年版，第598頁。

權的法治保障方式的高度融合。

### （二）建設社會主義法治國家應建構更高水平法治理論

全面依法治國堅持以習近平法治思想為根本遵循與行動指南，建設更高水平社會主義法治國家更加要不斷發展和完善習近平法治思想，建構更高水平法治理論。我們認為，建設更高水平社會主義法治國家在理論建構上要正確處理好人民民主、依法治國、人權保障與憲法至上之間的內在關係。首先，建設更高水平社會主義法治國家要突出人權保障理念，以人權保障為中心建構更高水平理論。換言之，建設更高水平社會主義法治國家必須依憲治國、依憲執政，以人民民主為基礎、以依法治國為條件，以人權保障為目的推進法治中國建設。其次，建設更高水平社會主義法治國家必須以人權促進法治。黨的十八大以來，法治與人權在全面依法治國進程中已經高度融合。人權保障與法治建設呈現高度一致性：沒有最好，只有更好；沒有最高水平，只有更高水平。鑑於以往人權保障在促進法治建設中發揮積極作用，在建設更高水平社會主義法治國家更加要以人權為本，更加要以人權促進法治發展，從而發揮法治固根本的保障作用。再次，建設更高水平社會主義法治國家必須以法治保障人權。依法保障人權、加強人權法治保障已經成為全面依法治國的基本共識，這一共識在建設更高水平社會主義法治國家中要更加強化與突出。最後，建設更高水平社會主義法治國家必須以人權法治促進民主。通過人權法治建設促進民主是當代中國法治建設的重要經驗與成就。人權有保障，法治有發展，民主就有進步，因此人權法治化進程就是民主進程。

### （三）建設社會主義法治國家應採取更高水平法治舉措

“全面推進依法治國是一個系統工程，是國家治理領域一場廣泛而深刻的革命。”<sup>[38]</sup>建設更高水平社會主義法治國家是將這場革命更加深入推進，更加要在人權保障上採取一系列有力措施。黨的十八大提出“人權得到切實尊重和保障”實際上為全面推進依法治國指明了方向，即法治建設要圍繞維護社會公平正義、尊重和保障人權展開。因此黨的十八大以來在人權保障上相繼提出“完善人權司法保障”“加強人權法治保障”“堅持走中國人權發展道路、積極參與全球人權治理、推動人權事業全面發展”等舉措。特別是黨的十八屆四中全會對全面推進依法治國作出戰略決策和整體部署，對全面保障人權起到重要推動作用。習近平總書記在2022年2月在十九屆中央政治局第37次集體學習提出“弘揚正確人權觀”後於黨的二十屆三中全會上又提出“堅持正確人權觀”，因此“堅持和弘揚正確人權觀”將成為推進全面依法治國的新舉措。無疑，這需要在法治建設的理念、理論、方法等領域進一步全面深化改革，要在全面依法治國中堅持和弘揚正確人權觀，革除人治的因素，消除人治的影響。特別是針對領導幹部這個“關鍵少數”採取更加有力的舉措，使得這些領導幹部帶頭尊法學法守法用法，使得這些領導幹部成為全面依法治國的有力促進者。

### （四）建設社會主義法治國家應推動更高水平法治實踐

“時代是思想之母，實踐是理論之源。”“實踐是習近平法治思想的源頭活水，實踐是習近平法治思想的鮮明特徵，實踐邏輯是習近平法治思想根本邏輯。”<sup>[39]</sup>在習近平法治思想指導下，全面依法治國是當代中國法治建設的生動實踐，根源於實踐，運用於實踐，在實踐中接受檢驗，在實踐中創新發展。建設更高水平社會主義法治國家更加要紮根於實踐，在實踐中不斷提高水平。首先，要更加強化黨對全面依法治國的領導，更加完善黨領導立法、保證執法、支持司法、帶頭守法的體制機制，使得黨在全面依法治國中更好地發揮總攬全局、協調各方的作用。其次，要更加加強人權法治保障，依法保障人權，要在立法、執法、司法、守法等環節更加強調人權保障的理念。再次，要更加強調數字法治建設，使得立法、執法、司法、守法各環節數字化建設取得顯著發展，助力數

[38] 習近平：《論堅持全面依法治國》，中央文獻出版社2020年版，第102頁。

[39] 《習近平法治思想概論》編寫組：《習近平法治思想概論》（第2版），高等教育出版社2024年版，第4頁。

字中國建設。最後，進一步加強法學教育和法學研究。法學教育和法學研究的生命力在於法治實踐，要更加以實踐為導向完善法學院校教育培養機制，為法治中國建設培養法治人才和提供理論支撐。

## 六、建設更高水平社會主義法治國家的整體佈局

站在全面依法治國從“有效實施”向“更高水平”飛躍的歷史方位上，在“十五五”時期我們應爭做時代答卷人，在深刻洞察當代中國時代之變、歷史之變、思想之變的歷史進程中，將更高水平社會主義法治國家建設深深紮根在政治、經濟、社會、文化等方面的全方位發展之中、深深紮根在中華優秀傳統文化之中。堅持依法治國、依法執政、依法行政共同推進，法治國家、法治政府、法治社會一體建設，將法治中國建設得更好，使之達到更高水平，開創法治中國新局面、新氣象。到2035年，法治國家、法治政府、法治社會基本建成，中國特色社會主義法治體系基本形成，人民平等參與、平等發展權利得到充分保障，國家治理體系和治理能力現代化基本實現。

### （一）堅持黨的領導是建設更高水平社會主義法治國家的根本保證

建設更高水平社會主義法治國家必須從我國基本國情出發，而中國共產黨的領導是我國最大的國情、最本質特征，因此要更加強調黨的領導，更加強調黨對全面依法治國的領導與黨的領導依靠社會主義法治的有機統一。黨的領導制度是我國的根本領導制度，對我國國家治理從國情出發沿著正確方向前進起著根本作用。“全面依法治國決不是要削弱黨的領導，而是要加強和改善黨的領導”<sup>[40]</sup>，因此建設更高水平社會主義法治國家更加要堅持黨的領導。中國共產黨的領導是建設社會主義法治國家之魂，是推進全面依法治國的根本保證，這也是全面依法治國政治方向的首要問題。堅持走中國特色社會主義法治道路，最根本的是堅持中國共產黨的領導；堅持黨的領導、人民當家作主、依法治國有機統一，最核心的就是堅持黨的領導；“中國之治”最顯著的特征和最顯著優勢就是堅持黨的領導。因此，建設更高水平法治國家必須毫不動搖地堅持黨對全面依法治國的領導，堅持黨的領導、人民當家作主、依法治國有機統一，要更加強調黨在全面依法治國中總攬全局、協調各方的作用，要更加強調把黨的領導貫穿到全面依法治國的全過程各領域，更加要強調黨領導立法、保證執法、支持司法和帶頭守法，

### （二）全面深化改革是建設更高水平社會主義法治國家的動力之源

建設更高水平社會主義法治國家只有依賴全面深化改革驅動，才能徹底根除人治因素影響。因此，要更加全面深化改革，才能將改革與法治的關係處理得更好。“堅持全面依法治國，在法治軌道上深化改革、推進中國式現代化，做到改革與法治相統一，重大改革於法有據、及時把改革成果上升為法律制度”<sup>[41]</sup>。建設更高水平社會主義法治國家，必須通過進一步全面深化改革，更深層次處理好法治與人治關係問題，促進法治中國建設，推進中國式現代化進程。“縱觀世界近現代史，凡是順利實現現代化的國家，沒有一個不是較好解決了法治和人治問題的。相反，一些國家雖然也一度實現快速發展，但並沒有順利邁進現代化的門檻，而是陷入這樣或那樣的‘陷阱’，出現經濟社會發展停滯甚至倒退的局面，後一種情況很大程度上與法治不彰有關。”因此，不遺餘力地通過全面深化改革處理好法治與人治關係是建設更高水平社會主義法治國家的基本前提和必然要求。同時，通過全面深化改革，深入推進法治政府、涉外法治、數字法治等領域法治建設，加快建設更高

[40] 習近平：《堅定不移走中國特色社會主義法治道路 為全面建設社會主義現代化國家提供有力法治保障》，載《求是》2021年第5期，第6頁。

[41] 《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》，人民出版社2024年版，第6頁。

水平法治中國。

### （三）依法保障人權是建設更高水平社會主義法治國家的根本目的

建設更高水平社會主義法治國家根本目的是依法保障人權，通過法治建設推動我國人權事業全面發展，因此要更加聚焦促進人權事業全面發展。“法治是人權最有效的保障”<sup>[42]</sup>。“現代國家承認人權同古代國家承認奴隸制是一個意思。”<sup>[43]</sup>因此，人權保障是現代國家的常識與基本要求，而現代國家基本上都是法治國家，因而依法保障人權也是現代國家的常識。換言之，儘管人權保障是一個系統工程，涉及法治、政治、經濟、社會、文化等因素，但依法保障人權是現代法治國家的目的所在。建設更高水平社會主義法治國家更加要強調法治的人權保障功能與人權的法治保障方式，更加要加強人權法治保障，更加要求依法保障人權，促進人權事業全面發展。黨的十八大以來，法治是人權保障的最有效的手段，人權保障是法治國家最根本的目的。講法治必談人權，談人權必講法治。因此，在依法保障人權的歷史背景下，堅持和弘揚正確人權觀在全面依法治國中意義重大，為建設更高水平社會主義法治國家提供價值指引。

### （四）統籌發展和安全是建設更高水平社會主義法治國家的迫切要求

建設更高水平社會主義法治國家迫切要求更加聚焦統籌發展和安全，建設更高水平的平安中國，加快涉外法治建設。當前，世界百年未有之大變局加速演進，世界進入新的動蕩變革時期，各種可以預見和難以預見的風險因素明顯增加，傳統安全和非傳統安全相互交織。多重矛盾風險盤根錯節，和平赤字、發展赤字、安全赤字、治理赤字加重。人類社會面臨和平還是戰爭、繁榮還是衰退、團結還是對抗的關鍵抉擇。<sup>[44]</sup>因此，如何處理好發展和安全的關係，是世界各國面臨的共同難題。“越開放越要重視安全，越要統籌好發展和安全”<sup>[45]</sup>。在建設更高水平法治國家中強化底線思維，在發展中固安全，在安全中謀發展，有效防範化解各類風險，增強經濟和社會韌性，以新安全格局保障新發展格局。<sup>[46]</sup>“未來5年，我國各種不確定難預料的風險因素將明顯增多，統籌發展和安全任務更加艱巨。”<sup>[47]</sup>在“十五五”時期更加要毫不動搖地堅持發展是硬道理，推動經濟社會持續健康發展，實現更加科學和更高質量發展。通過建設更高水平社會主義法治國家，促進更高水平的平安中國建設。要更加高度重視統籌發展和安全，樹立發展是硬道理、安全也是硬道理的理念，努力實現高質量發展和高水平安全良性互動。<sup>[48]</sup>

### （五）建設法治政府是建設更高水平社會主義法治國家的重中之重

建設更高水平社會主義法治國家必須更加聚焦法治政府建設，更加強調政府職能轉變。“全面依法治國是一個系統工程，要整體謀劃，更加注重系統性、整體性、協同性。法治政府建設是重點任務和主體工程，要率先突破，用法治給行政權力定規矩、劃界線，規範行政決策程序，加快轉變政府職能。”<sup>[49]</sup>為了建設法治政府，《法治中國建設規劃（2020—2025年）》明確指出：“各級政府必須堅持依法行政，恪守法定職責必須為、法無授權不可為，把政府活動全面納入法治軌道。”<sup>[50]</sup>《法治政府建設實施綱要（2021—2025年）》進一步進行全面部署，更進一步明確指出：

[42] 中共中央文獻編輯委員會：《習近平著作選讀》（第2卷），人民出版社2023年版，第597頁。

[43] 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2卷），人民出版社1995年版，第145頁。

[44] 中華人民共和國國務院新聞辦公室：《新時代的中國國家安全》，人民出版社2025年版，第4頁。

[45] 習近平：《在經濟社會領域專家座談會上的講話》，人民出版社2020年版，第8頁。

[46] 《中共中央關於制定國民經濟和社會發展第十五個五年規劃的建議》，人民出版社2025年版，第6頁。

[47] 同上註，第56頁。

[48] 中華人民共和國國務院新聞辦公室：《新時代的中國國家安全》，人民出版社2025年版，第28頁。

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

[50] 《法治中國建設規劃（2020—2025年）》，中國法制出版社2021年版，第12頁。

“法治政府建設是全面依法治國的重點任務和主體工程，是推進國家治理體系和治理能力現代化的重要支撐。”<sup>[51]</sup>該文件對健全政府機構職能體系、健全依法行政制度體系、健全行政決策制度體系、健全行政執法工作體系、健全突發事件應對體系、健全社會矛盾糾紛行政預防調處化解體系、健全行政權力制約和監督體系、健全法治政府建設科技保障體系和加強黨對法治政府建設的領導作出全面系統規定。<sup>[52]</sup>在“十五五”時期需要進一步強化法治政府建設，推進政府機構、職能、權限、程序、責任法定化，促進政府服務標準化、規範化、便利化，完善重大決策、規範性文件合法性審查機制，深化行政執法體制改革，完善行政處罰等領域行政裁量權基准制度，健全行政複議體制機制以及完善行政裁決制度等方面積極作為。

#### （六）夯實法治社會是建設更高水平社會主義法治國家的社會基礎

建設更高水平社會主義法治國家必須更加聚焦夯實法治社會基礎，要更加健全法律服務體系，使得全社會尊法學法守法用法蔚為風尚。《法治社會建設實施綱要（2020—2025年）》明確指出：

“建設信仰法治、公平正義、保障權利、守法誠信、充滿活力、和諧有序的社會主義法治社會，是增強人民群眾獲得感、幸福感、安全感的重要舉措。”<sup>[53]</sup>堅持法治國家、法治政府、法治社會一體建設，儘管重點在法治政府建設，但建設法治社會是基礎，所以在建設更高水平法治國家中同時推進更高水平法治社會建設。健全覆蓋城鄉的公共法律服務體系、深化律師制度、公證體制、仲裁制度、調解制度、司法鑒定管理體制改革。<sup>[54]</sup>特別要以《中華人民共和國法治宣傳教育法》實施為契機，深入學習貫徹宣傳習近平法治思想，改革法治宣傳教育方式方法，完善以實踐為導向的法學院校教育培養機制，營造全社會崇尚法治、恪守規則、尊重契約、維護公正的良好環境，夯實全面依法治國的社會基礎。近三年以來，在中央辦公廳、國務院辦公廳印發的《關於加強新時代法學教育和法學理論研究的意見》指導下，我國法學教育和法學理論研究發生深刻變化，法學的實踐性顯著增強，為建設更高水平社會主義法治國家奠定了堅實的學科基礎。特別需要指出的是，鑑於法學教育的關鍵在於人權教育，法學院校應該肩負起人權教育的責任，推動人權學科發展，增強全社會人權意識。

## 七、結語

“雄關漫道真如鐵，而今邁步從頭越。”站在新的歷史門檻上，全面依法治國的戰略性、全局性、方向性越來越突出，只有繼續向前推進，才能擁抱更加美好的未來。建設更高水平社會主義法治國家的號角已經吹響，這是改革開放以來我國依法治國的新發展，是全面依法治國的新方位，是習近平法治思想的新境界，是推進中國式現代化的新要求。在新的歷史背景下，我們必須堅持以習近平法治思想為指導，堅定法治自信，堅定不移走中國特色社會主義法治道路，堅持黨的領導、人民當家作主、依法治國有機統一，發展全過程人民民主，完善中國特色社會主義法治體系，推動我國人權事業全面發展，使得社會主義法治國家建設達到更高水平，為人類法治文明發展貢獻中國方案和中國智慧。

[51] 《法治政府建設實施綱要（2021-2025年）》，中國法制出版社2021年版，第1頁。

[52] 參見《法治政府建設實施綱要（2021-2025年）》，中國法制出版社2021年版，第4-35頁。

[53] 《法治社會建設實施綱要（2020-2025年）》，人民出版社2020年版，第1頁。

[54] 《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》，人民出版社2024年版，第31頁。

**Abstract:** During the 14th Five-Year Plan period, under the guidance of Xi Jinping Thought on the Rule of Law, the comprehensive advancement of law-based governance has been effectively implemented, and China is steadily stepping into the process of building a higher-level socialist country ruled by law, which fully demonstrates the confidence in the rule of law of contemporary China and ushers in a new phase in the development of the rule of law in China. From a historical perspective, it is progressive and evolving to construct a socialist country ruled by law, which has gone through three distinct stages: the stage of “existence versus non-existence”, “insufficiency versus abundance”, and “poor quality versus good quality”. During the 15th Five-Year Plan period, it will experience the stage from “good” to “better”. From the perspective of contemporary significance, building a socialist country ruled by law serves as our contemporary mission and greatly guarantee the new breakthroughs in the further comprehensive deepening of reform. It is also necessary during developing the governance system and the governance capacity, improving the socialist market economic system, and improving the institutional mechanisms of high-level opening-up. It is also legally manifest that the institutionalization, standardization, and proceduralization of whole-process people’s democracy has stepped into a higher-level stage. Regarding the main criteria, a higher-level socialist country ruled by law needs to meet ten standards. These include a more comprehensive legal norm system, a more efficient law enforcement system, a more rigorous supervision system for the rule of law, a more impressive support system for the rule of law, a more improved regulation system amid the Communist Party of China, more strengthened foreign-related rule of law, more improved digital rule of law, more solid development of a law-abiding society, clearer legal protection of human rights, and a more distinct feature of the path of the rule of law with Chinese characteristics. In terms of the basic approach, to build such a country, under the guidance of Xi Jinping Thought on the Rule of Law, in the field of the rule of law, we must adhere to advanced concepts, construct sophisticated theories, adopt enhanced measures, and promote high-standard practices. Additionally, we should further strengthen the legal protection of human rights to propel the all-round development of China’s human rights cause. From the point of strategic priorities, within the overall framework of building a higher-level socialist country ruled by law, upholding the leadership of the Communist Party of China serves as fundamental guarantee, comprehensive deepening of reform brings motivation, we need legally protect human rights, coordinate development and security, and build a government which governs according to law, and consolidate the foundation of a law-abiding society

**Key words:** Higher-level Socialist Country Ruled by Law; Rule of Law; Human Rights; Democracy

---

(責任編輯：勾健穎)

# 刑法中的道德評判

張智輝\*

**摘要** 在對犯罪行為進行刑法評判的同時進行道德評判，有利於實現預防犯罪的刑法目的，有利於發揮刑法對社會道德的引領作用，有利於更好地發揮刑法在社會治理中的功能作用。世界多國刑法都把某些道德因素明確規定為刑罰裁量時必須考慮的法定因素，其中普遍涉及到的因素有動機、信譽、品行、人道等。這些因素之所以被刑法規定為影響刑事責任大小或刑罰輕重的法定因素，是因為它們直接關係到社會底線道德的維護，關係到刑法適用的社會效果。刑法對道德因素的評判是在依照刑法規定認定犯罪的基礎上，通過對符合社會底線道德行為的鼓勵或寬恕、對違反社會底線道德行為的譴責，進而在具體裁量決定刑罰的時候從寬處罰或者從重處罰來實現的。刑法中的道德評判，是在刑法規定的範圍內、在行為構成犯罪的基礎上進行的，因此它不會破壞法治原則，不會超越刑法評判的藩籬。

**關鍵詞** 刑法立法 道德評判 刑法適用

中國共產黨的二十大報告中指出：要“堅持依法治國和以德治國相結合，把社會主義核心價值觀融入法治建設、融入社會發展、融入日常生活”。把依法治國與以德治國相結合，就涉及到如何正確處理法律與道德的關係問題。這個問題，可以說是一個久經不衰的古老命題，也是法理學研究的重要內容之一。但是在刑法學研究領域，後現代以來，人們很少關注和研究這個問題。特別是隨著刑法教義學的興起，道德問題被拒斥在刑法的門外。然而，刑法真的與道德無涉嗎？本文試圖通過對外國刑法中有關道德評判的探討，論證在刑法適用過程中對犯罪行為進行刑法評判的同時應當進行道德評判。

## 一、外國刑法中有關道德因素的立法及其學理解讀

在現代法治國家，一個行為被認定為犯罪無疑是以刑法中規定的犯罪構成要件為評價依據的。這在大多數情況下都不涉及到行為人的道德問題。但是不可否認的事實是，在某些案件中，行為人在犯罪行為實施過程中的表現，包括實施犯罪行為的起因、行為的方式、對行為過程中某些情況的處置等，雖然可能與犯罪構成要件無關，但卻能夠反映行為人的道德品行。對於這類反映行為人道

\* 張智輝，湖南大學法學院教授、博士生導師。

德品行的事實情況，司法機關在進行刑法評判的時候要不要包含道德評判？

為了回答這個問題，本文考察了世界不同法域內 12 個國家和地區刑法的總則性規定，從中援引出影響刑罰適用的道德因素。其中包括：① 德國刑法典<sup>[1]</sup>第四十六條；② 丹麥刑法典及丹麥刑事執行法<sup>[2]</sup>第八十八條；③ 瑞士刑法典<sup>[3]</sup>第六十四條、④ 意大利刑法典<sup>[4]</sup>第六十一條、第六十二條；⑤ 西班牙刑法典<sup>[5]</sup>第九條、第十條；⑥ 希臘刑法典<sup>[6]</sup>第七十九條、第八十四條；⑦ 巴西刑法典<sup>[7]</sup>第五十九條、第六十一條、第六十五條；⑧ 古巴刑法典<sup>[8]</sup>第四十七條、第五十二條、第五十三條；⑨ 俄羅斯聯邦刑法典<sup>[9]</sup>第六十一條、第六十三條；⑩ 韓國刑法<sup>[10]</sup>第五十一條；⑪ 中國台灣地區的所謂‘刑法’<sup>[11]</sup>第五十七條；⑫ 澳門特別行政區刑法<sup>[12]</sup>第六十五條、第六十六條。

這些國家和地區的刑法立法中，在評價犯罪行為的刑事責任或裁量決定刑罰時，通常都要求把與犯罪行為的實施密切相關的道德因素作為刑法評判的對象，影響對犯罪人應負刑事責任程度的認定和對犯罪人適用刑罰的裁量。刑法對道德因素的評判主要是從以下幾個方面入手的：

### （一）動機

在本文引述的刑法典中，所有國家和地區的刑法都把動機作為對犯罪人裁量決定刑罰時必須考慮的法定因素之一。規定的方式有三：

一是把犯罪的動機籠統地規定為量刑時必須考慮的因素之一，至於什麼樣的動機應當從輕處罰、什麼樣的動機應當從重處罰，則交由法官根據具體案件的情況自行判斷。德國、丹麥、韓國、我國台灣地區和澳門特別行政區的刑法，明確規定量刑時要考慮行為人的動機，酌情判處刑罰。如澳門刑法典第六十五條第二款規定：“在確定刑罰之份量時，法院須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，尤須考慮下列情節：……c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機……”這些規定意味著，一個人實施犯罪行為時，如果是出於好的動機，就應當酌情從輕處罰；如果是出於壞的動機，就應當酌情從重處罰。對這種動機的評價無疑是一種道德評價，而這種評價的結論影響對犯罪行為的處罰。

二是把某種特定的動機明確規定為從輕處罰或者從重處罰的事由。如瑞士刑法把“出於值得尊敬的動機”作為減輕處罰的法定因素；意大利刑法規定：“由於在道義上或社會上值得特別嘉許之動機而犯罪”是減輕刑罰的一般原因之一，而“因卑劣或瑣微之動機而犯罪”是加重刑罰的一般原因之一；古巴刑法規定，“行為人基於服從上級的動機而實施行為”是刑罰的減輕情節，“出於獲利或者其他卑劣的動機或者微不足道的原因而實施犯罪”是刑罰的加重情節；我國澳門特別行政區刑法規定：“行為人在嚴重威脅之影響下，或在其所從屬或應服從之人之權勢影響下作出的行為”、“基於名譽方面之原因”、“因非正義之挑釁或不應受之侵犯而作出行為”等，是特別減輕刑罰須考慮的情節；俄羅斯刑法規定：“由於生活困難情況的交迫或者出於同情的動機而實施犯罪”是減輕刑罰的情節，“出於政治的、意識形態的、種族的、民族的、宗教的仇恨或敵視的動機

[1] 《德國刑法典（2002年修訂）》，徐久生、莊敬華譯，中國方正出版社2004年版。

[2] 《丹麥刑法典與丹麥刑事執行法》，謝望原譯，北京大學出版社2005年版。

[3] 《瑞士聯邦刑法典（2003年修訂）》，徐久生、莊敬華譯，中國方正出版社2004年版。

[4] 《意大利刑法典》，黃風譯，中國政法大學出版社1998年版。

[5] 《西班牙刑法典》，潘燈譯，中國檢察出版社2015年版。

[6] 《希臘刑法典》，陳志軍譯，中國人民公安大學出版社2010年版。

[7] 《巴西刑法典》，陳志軍譯，中國人民公安大學出版社2009年版。

[8] 《古巴刑法典》，陳志軍譯，中國人民公安大學出版社2010年版。

[9] 《俄羅斯聯邦刑法典》，黃道秀譯，北京大學出版社2008年版。

[10] 《韓國刑法典及單行刑法》，[韓]金永哲譯，中國人民大學出版社1996年版。

[11] 《模範新六法（刑事法編）》（第六版），陳運財監修，一品文化出版社2010年版。

[12] 趙秉志總編：《澳門刑法典、澳門刑事訴訟法典》，中國人民大學出版社1999年版。

而實施犯罪，出於對某一社會集團的仇恨或敵視的動機而實施犯罪，為報復他人的合法行為而實施犯罪，以及為了掩蓋其他罪行或為給其他犯罪創造條件而實施犯罪”是加重刑罰的情節。這種“值得尊敬的動機”、“道義上應特別嘉許的動機”、“值得特別譴責的動機”、“卑劣的動機”，以及其他值得寬恕的動機，無疑是一種社會道德評價。而仇恨或敵視的動機，則是從國家價值觀的角度所進行的政治道德評價。

三是明確規定基於或出於某種原因或者價值觀而實施犯罪的是從輕處罰或者從重處罰的事由。如：希臘刑法除了強調量刑時應當考慮“行為的動機”之外，還明確規定“基於民族仇恨、種族仇恨、宗教仇恨或者被害人不同的性取向而實施犯罪行為的，是加重處罰情節”，而“在高尚的動機或者極度貧困的驅使下實施犯罪，或者在嚴重威脅的支配下實施犯罪的”，則是減輕處罰情節。西班牙刑法則把“基於道德、利他主義者或非常深厚之愛國心而從事之行為”作為減輕刑事責任的事由；巴西刑法規定：“出於社會的或者道德的價值觀念而實施犯罪”在任何情況下都是刑罰減輕情節，“出於卑鄙或者下流的原因”而實施犯罪在任何情況下都是刑罰加重情節。瑞士刑法把“在嚴重之困境情況下”、“在受到嚴重威脅之壓力下”、“行為人因被害人行為的誘惑”、“非法刺激或侮辱造成行為人憤怒和痛苦”等情形規定為減輕處罰的原因。這些刑法中雖然沒有直接使用“動機”的字樣，但明確地把驅使行為人實施犯罪行為的某種特定原因作為減輕處罰或者加重處罰的事由，實際上是關於犯罪動機的規定。因為驅使一個人實施某種行為的原因，在倫理學上，通常都被界定為實施該行為的動機。而這些有關驅使行為人實施犯罪行為的心理因素中，都包含著道德評價，其中有的刑法明確使用了“道德”的用語，有的雖然沒有直接使用道德一詞，但其用語無疑應當從道德規範中加以判斷，如“出於卑鄙或者下流的原因”，只能解釋為行為的動機在道德評價上是被主流社會所鄙視的；而在嚴重困難情況下、受到嚴重威脅之壓力下、在非法刺激或侮辱造成的憤怒和痛苦下實施犯罪行為，之所以被認為是可以從輕處罰的因素，也是因為這些情形在道德評價上通常都是作為可以被寬恕的因素。

犯罪的動機之所以普遍地被視為影響刑罰輕重的因素，是因為動機作為驅使一個人實施某種行為的內在驅動力，客觀地反映了行為人實施犯罪的直接原因，是導致犯罪行為發生的心理活動，而這種心理活動與在這種心理活動驅使下實施的行為一樣，不僅會影響人們的社會生活，而且會觸動人們為維繫社會生活而建立的道德情感。儘管刑法評價的對象是給社會造成危害的犯罪行為，但犯罪行為可譴責的程度不僅取決於犯罪行為本身，而且取決於導致犯罪行為發生的原因，因為導致犯罪行為發生的原因能夠表明犯罪在多大程度上應當歸責於犯罪人。而動機正是導致犯罪發生的原因。動機“是指任何能有助於產生、甚或有助於防止任何一種行為的事情”；“每一種行動，因而每一種犯法行動，都可以根據產生它的動機的性質而具備不同的特性，帶有不同的效果：這是一項公認的事實。因此，需要考察人類行為易受其影響的若干動機。”<sup>[13]</sup>

按照心理學的觀點，動機是為了滿足某種需要或者迫於某種壓力而採取行動的意願，是指導、推動人們去行動的一種精神力量。動機在客觀上表現為驅使一個人決定實施某種行為的組織源頭即念頭，因而是直接推動主體實施行為的內部動因，即驅使行為人實施犯罪行為的直接原因。動機是主體實施行為的內在心理過程，行為是這種內在心理過程的外在表現。動機是行為的出發點，是行為的一個必不可少的因素。不僅如此，動機還具有指向行為目標、調節行為強度和方向的功能。動機是“引起和維持一個人的行為活動，並使之朝向某一目標的心理傾向”。<sup>[14]</sup>個體的活動不管是簡單的還是複雜的，都要受到動機的調節和支配。“在日常生活中，我們認為動機很重要，它提供了

[13] [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147頁。

[14] 盧家楣、伍新春、桑標主編：《現代心理學—基本理論及其教育應用》，上海人民出版社2014年版，第289頁。

一個區分故意行為是真的很壞還是不那麼壞的基礎。例如，一個善良的或者卑劣的動機，在評價像殺人這樣的犯罪上會起很重要的作用。”<sup>[15]</sup>

在不同的社會以及不同的人群之間對善與惡的價值判斷並不完全相同，但在同一個社會中，甚至在人類的歷史長河中，作為社會的主流道德，對善與惡的評價標準，具有大致相同的尺度。正如有些學者指出的：“儘管善惡觀念在不斷地發生變化，但是善和惡的概念仍然是可以從普遍的意義上加以規定的。在倫理學上，一般來說，善就是在人和人的關係中表現出來的對他人、對社會的有價值的行為，惡就是對他人、對社會有害的、產生負價值的行為。”<sup>[16]</sup>因為它們是維繫人類社會的生存和發展、維繫人們正常的社會交往所必需的。善的評價標準通常是好、對；惡的評價標準通常是壞、邪。因此，“凡是可以稱為善的東西一定是對社會或他人有利，反之就是惡的。”<sup>[17]</sup>

犯罪的動機之所以在刑法中被規定為量刑時必須考量的因素之一，是因為犯罪的動機與犯罪行為的實施之間具有極為密切的聯繫。動機作為驅使行為人實施某種行為的主觀願望，反映了行為人自覺意識的預期目的和行動的目標，制約著行為的具體實施和對行為過程中可能遇到的各種情況的處置方式，因而直接影響到行為可能造成的危害後果。如果說，刑法所關注的是行為在客觀上對社會造成的危害，一般不探究行為的動機，那麼，當行為動機的善與惡達到某種程度以致影響到行為的社會意義時，刑法就不得不對其進行評價，並將這種評價作為對危害行為進行評價的一個組成部分。正因為如此，一些國家的刑法明確規定，基於值得尊敬的動機而犯罪的，應當從輕處罰；基於應特別譴責的動機犯罪的，應當從重處罰。這種“值得尊敬”與“特別譴責”，實際上就是對動機的道德評判。

因此，對行為的社會意義進行評價，除了對行為本身在社會生活中產生的作用的評價之外，離不開對驅使主體實施該行為的動機的評價。特別是當驅使一個人實施犯罪行為的動機表現為極度的善或惡時，動機就不再僅僅是道德評價的對象，而會被納入刑法評價的視野。因為這種動機在客觀上已經通過犯罪行為的實施危害到社會的安全和利益。而鼓勵或者寬恕至善的動機、譴責或者懲罰極惡的動機，既是維護社會生存和人際交往最基本的行為規範的需要，也是遏制為害社會的犯罪行為的需要。正如英國啟蒙時期著名法學家邊沁指出的：“動機所能做的只是提高或者降低行為的道德品質。基於保護動機而為的行為變得更好；基於誘惑動機而為的行為則變得更壞。讓我們把這個理論用於實踐。誘惑動機本身並沒有罪過，但它可能成為加重罪過的手段。保護動機本身並沒有能證明自己是正當的或者為自己辯解的作用，但它卻可起到減少刑罰必要性的作用。換言之，它可以成為減輕罪過的理由。”<sup>[18]</sup>

## （二）信譽

在本文引述的刑法條文中，有些國家和地區的刑法把信譽作為對犯罪人裁量決定刑罰時必須考慮的法定因素之一。如：德國刑法把“違反義務的程度”規定為法院量刑時應當考慮的情況之一。瑞士刑法把“在必須對之服從之人或依賴之人要求下”實施犯罪作為減輕處罰的原因之一。希臘刑法則把“在其必須服從或者所隸屬的人的強迫下實施犯罪”作為減輕處罰的情節之一。意大利刑法把“濫用官職、公務或神職之許可權或違背其義務而犯罪”，“濫用管理服務、家屬、公務、勞務、同居或東道招待等關係而犯罪”作為加重刑罰的一般原因。巴西刑法則把“使用背信、陷害、偽裝、讓被害人難以或者不可防衛的手段”、“針對尊親屬、卑親屬、兄弟姐妹或者配偶實施犯罪”、“濫用權力、家庭關係、同居關係、熱情待客或者針對特別法有規定的婦女使用暴力”、

[15] [美]喬治·P·弗萊徹：《刑法的基本概念》，王世洲譯，中國政法大學出版社2004年版，第160頁。

[16] 羅國傑主編：《倫理學》（修訂本），人民出版社2014年版，第408頁。

[17] 李建華：《道德原理——道德學引論》，社會科學文獻出版社2021年版，第107頁。

[18] [英]邊沁：《立法理論》，孫力等譯，中國人民公安大學出版社1993年版，第13-14頁。

“濫用官職、公務、交易、服務或者職業固有的權利或者違背其固有的義務”作為刑罰的加重情節。古巴刑法規定：“犯罪涉及濫用權利、職權或者信任”、“利用被害人無自衛能力的狀態、對其的依賴或者隸屬關係實施犯罪”，是刑罰的加重情節，此外，犯罪人和被害人之間是配偶、四等以內血親或者二等以內姻親，犯罪人置其與被害人之間親密的友誼或者感情於不顧而實施犯罪（只有犯危害生命與身體罪、危害正常的性關係和家庭、兒童、青少年罪時）也可以將其作為刑罰的加重情節。西班牙刑法把“經背信之方式完成犯罪事實：係指犯罪者觸犯任何罪行侵害別人，在其執行犯罪時，其所使用之手段、方法或方式直接地或特別地令人相信或保證對被害人並無危險，以致被害人未能採取所可能採取之防備措施”；“利用狡猾、欺詐或偽裝”；“濫用上級職權或使用致使對方減少防衛之方法”；“濫用信任”分別作為加重刑事責任的情況之一。俄羅斯刑法規定：“對依賴從屬於犯罪人的人實施犯罪”，“利用他人因犯罪人的職務地位或合同而對犯罪人給予的信任實施犯罪”，都是刑罰的加重情節。這些規定中包含了四種情況：

一是把濫用職權或者違背義務而實施犯罪作為從重處罰的因素，或者把基於對對方職權的服從而實施的行為作為從輕處罰的因素。這是因為，擁有某種職權或者負有某種義務的人，在社會心理上通常會給他人帶來一定的信任，人們相信他會按照這種職權或義務的要求行事，或者寄希望於他會遵守這種職權或義務的要求。基於這種信任，人們一般不會對其行為加以設防。如果擁有這種職權或者負有這種義務的人濫用該職權或者違背該義務而實施犯罪行為，客觀上就是利用了人們對他的信任，容易使被害人失去戒備或防衛的意識。

二是把利用親密關係而實施犯罪作為從重處罰的因素。如利用家庭關係、同居關係以及其他親密關係，或者針對親屬實施犯罪，實際上是利用了被害人對他的信任，使被害人對可能實施的犯罪沒有防備之心。

三是直接把濫用信任、背信的方式或者狡猾、欺詐、偽裝的方式作為從重處罰的情節。因為在這種情況下，行為人喪失了做人應當具有的誠實和信譽，在道義上應當受到譴責。

四是把對依賴於或從屬於犯罪人的人實施犯罪作為從重處罰的因素。因為在這種情況下，被害人與犯罪人之間存在著依賴於被依賴、從屬與服從的關係，這種關係容易使被害人信任或者屈從於犯罪人。而利用這種關係實施犯罪，就喪失了人們之間最起碼的信任關係。

信譽是指誠實守信的聲譽。無論是在人類的精神生活中，還是在人類的物質生活中，人們之間的社會交往都依賴於彼此之間相互信任的社會關係。惟有誠實守信，人們才能放心地與他人交往。一個社會，一旦喪失了信譽，人們之間就會相互猜疑、相互提防，就難以建立起相互信任的交往關係，人們之間的社會活動就將為彼此之間的不信任而付出更多的代價，甚至使某些活動無法進行。尤其是在現代社會，一方面是隨著社會分工的不斷細化，人們彼此之間的依賴性增強；另一方面是隨著市場經濟特別是互聯網經濟的發展，網絡社會的出現，人們之間的交往形式除了傳統的面對面交往之外，更多的是背對背的交往。在這樣的社會背景下，如果沒有誠信，各種欺詐行為、各種坑蒙拐騙就會肆意橫行，人們之間就不可能互相信任，人們之間的交往就會陷入無序狀態，社會的安全體系就會崩潰，人們就會喪失安全感。因此，誠實守信是人們相互信任的基礎，是相互合作與交往的保障，是人們彼此合作、結成社會的必要條件，因而也是維護社會交往秩序的重要保障，是人們共同認可的最基本的道德規範。只有人們普遍信守誠信的道德準則，才能構建相互交往中的信用體系，才能滿足人們在選擇社會行為時的安全感。

信譽之所以在刑法中被規定為影響量刑的因素之一，是因為信譽關乎到社會交往的根基，而在犯罪行為實施過程中表現出來的背信直接威脅到社會規範體系的建立與維護。由於社會行為規範包括法律規範中對某些職權、某種身份或地位設置了一定的義務或禁律，信守這種職權、身份或地位應當遵循的行為規範，是維繫社會關係的基本準則，因而人們對擁有這種職權或身份或者處於

這種地位的人，往往抱有“他會遵守那些行為規範”的基本預期而不會設置防範的心理或措施。一旦濫用或者利用某種職權、身份或地位形成的信任實施犯罪，不僅在客觀上利用了被害人對這種職權、身份或地位的正當預期，在對被害人的身體或權利造成侵害的同時，也對被害人的心理造成了傷害，而且由於被害人的不設防或不利地位，使犯罪行為的實施更容易得逞。因此，在對犯罪行為本身進行刑法評價的時候，對犯罪人在道德上的背信行為同時予以評價，就更能反映這類犯罪行為的社會危害性，而加重對其犯罪行為的處罰，也就更具有公正性，更有利於預防這種犯罪行為的實施。不僅如此，對利用或者濫用某種職權、身份或地位實施犯罪的行為判處較重的刑罰，本身也是維護這種職權、身份或地位原有的規則體系的需要，是社會治理的重要方面。

### （三）品行

在一些國家的刑法中，行為人的品行被規定為適用刑罰必須考量的法定因素或者酌定因素。行為人的品行既包括行為人的一貫表現和人格，也包括行為人在犯罪中和犯罪後的表現。規定的方式有三：

一是籠統地把犯罪人的品行或一貫表現規定為裁量決定刑罰時參考的法定情節。如：奧地利刑法把“行為與其日常舉動顯然矛盾而又一向循規蹈矩”規定為減輕處罰的事由。德國刑法把“行為人的履歷、人身和經濟情況，及行為後的態度，尤其是行為人為了補救損害所作的努力”規定為法院量刑時應當考慮的情況之一。俄羅斯刑法把“在犯罪之後立即對被害人給予醫療救助或者其他幫助、自願賠償犯罪所造成的財產損失或精神損害，以及其他旨在彌補對被害人所造成的損失的行為”等規定為減輕刑罰的情節。瑞士刑法把“主動悔罪，尤其是賠償可指望其賠償的損失”“犯罪後經過的時間較長，且在此期間行為人表現良好”規定為減輕處罰的原因。希臘刑法規定：在法律規定的限度內量刑時，法院應當考慮行為人的人格。在評價行為人的人格時，法院尤其應當注意衡量在行為實施過程中所表現出來的行為人的犯罪意向的程度，其中包括“導致其實施犯罪的原因、行為的動機和所追求的目的”“個人境況、社會環境和以往表現”“行為中的行為表現和行為後的行為表現，尤其是顯示其悔悟和糾正行為後果的意願的行為表現”等情節；並且規定：“行為人在犯罪之前總體上過著誠實的個人生活、家庭生活、職業生活和社會生活”“表現出真誠悔罪和力圖消除或降低行為所造成的後果”“行為人在實施行為之後的相當長時間內表現良好”等是減輕處罰的情節。我國台灣地區“刑法”把“犯人之品行”、“犯人與被害人平日之關係”、“犯罪後之態度”等規定為量刑的酌定情形。巴西刑法規定：“法官應當根據犯罪人的一貫社會行為表現、人格、犯罪原因、犯罪情節、犯罪後果、被害人的行為表現，以及懲罰和預防犯罪的必要性和充分性量定刑罰”。其中：“在犯罪後主動有效地避免結果發生或者減輕犯罪結果，或者在判決之前已經賠償了損失”“在由於被害人的不正當行為所引起的強烈情緒的作用下實施犯罪”等是刑罰減輕情節。

二是把某些特定情形規定為減輕處罰或從重處罰的情節。如古巴刑法規定：法院在法定的限度內確定刑罰的輕重時，主要考慮的因素包括“罪犯的一貫表現”“罪犯的個人性格”“罪犯的最後行為表現”等，並且規定：“行為人在威脅或者強制作用下實施行為”“行為人在其所依賴的近親屬的直接影響下實施行為”“行為人自發地避免、補救、減輕犯罪後果，或者補償被害人，或者向當局供認其涉案事實或者協助查清事實的”“婦女在因為孕期、更年期、月經期或者分娩之後所導致的錯亂中實施行為”“行為人在實施犯罪之前的履行其對祖國、工作、家庭、社會的義務的過程中保持著一貫的卓越表現的”“行為人在被害人的不當行為激起的嚴重精神波動狀態下實施行為”等是減輕刑罰的情節。西班牙刑法把“於受到攻擊後，對犯罪者、其配偶、尊親屬、卑親屬、婚生、非婚生或認領兄弟或同親等之親屬，立即採取一種報復行為”“在獲悉提出司法訴訟前，犯罪者由於內心真正之懺悔所刺激，擬對犯罪加以解救或為使犯罪效果減低程度而給予被害者滿意之補

償或向有關當局表示悔過”等規定為減刑的情節。我國澳門特別行政區刑法也規定，行為人“作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為”，是確定刑罰份量時尤須考慮的情節，“行為人作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害盡其所能作出彌補”的，法院須特別減輕刑罰。

三是把由於被害人方面的原因而導致犯罪發生的情形規定為減輕處罰理由。如：瑞士刑法把“行為人因被害人行為的誘惑”作為減輕處罰的情況；意大利刑法把“因他人不正之行為，引起義憤而犯罪者”“與被害人故意行為交互作用”作為減輕處罰的原因；希臘刑法把“在有被害人的不正當行為的驅動下實施犯罪，或者在針對其所實施的不正當行為所產生的劇烈的憤怒或者悲傷支配下實施犯罪”作為酌情減輕處罰的情節；西班牙刑法把“在犯罪發生之前，被害者曾有挑撥及威脅行為”作為減輕處罰的情節；巴西刑法則直接把“在由於被害人的不正當行為所引起的強烈情緒的作用下實施犯罪”作為減輕處罰的情節；古巴刑法也把“行為人在被害人的不當行為激起的嚴重精神波動狀態下實施行為”作為減輕處罰的情節；俄羅斯刑法也把“由於被害人的行為不合法或不道德而實施犯罪”作為減輕處罰的情節。我國澳門特別行政區刑法則把“因被害人本身之強烈要求或引誘”作為特別減輕刑罰的情節。

之所以會把被害人的行為作為評價的對象，是因為在某些案件中，被害人的行為實際上就是引起犯罪行為實施的原因及犯罪的動機。而對被害人行為的評價，無論是使用“不當”還是使用“不道德”，或者使用“引起義憤”或引起劇烈憤怒或強烈情緒，都是一種道德評價。這種道德評價直接折射的是犯罪人實施犯罪行為時的動機，是對犯罪動機的道德評價。由於在這種情況下被害人方面的不道德行為導致犯罪行為的發生，就反映了犯罪行為的實施不是由於犯罪人一貫為惡的品行所驅使的結果，從而就在一定程度上減弱了對犯罪行為人品行的譴責程度。

品行是個體在社會交往中表現出來的具有某種傾向性品德的行為方式。品行既是一個人在社會交往過程中表現於外的行為作風，也是其內心所尊崇的某種道德準則的反復實踐，因而能夠穩定的反映一個人的道德品質，也是個體在社會生活和人際交往中行為選擇的自我調節機制。一個人在社會生活和人際交往中，面對各種誘惑、衝突進行行為選擇時，自身的調節機制發揮著很大的作用。而這種自我調節機制的關鍵即決定行為選擇的是個體內心所尊崇的道德準則。

犯罪人的品行，之所以在刑法中被規定為影響量刑的因素之一，是因為人的品行關乎到社會的安全與穩定。為了維護社會的安全與穩定，任何社會都要求人們普遍遵守社會的底線道德，形成良好的穩定的自我調節機制，用好的品行約束自己的行為選擇。而當一個人實施犯罪行為的時候，這種犯罪行為是他一貫奉行的品行的自然外露或極端表現，還是違背他一貫的行事風格而偶爾為之，對於評價其犯罪行為的社會危害性程度具有重要的意義。如果犯罪行為是他一貫品行的必然選擇，就表明這個人對於社會而言具有較大的人身危險性，因為他隨時都可能選擇犯罪行為；如果犯罪行為與他一貫的品行相反，則表明犯罪行為的實施是其一時的錯念所致或者是外界的誘惑所致，這對社會而言，其人身危險性就相對要小。從預防犯罪的角度看，犯罪行為是其一貫品行所致的，其教育改造的難度就大，犯罪行為係偶爾所為的，其教育改造的難度相對就小。正因為如此，在刑法評價中，對犯罪人的品行進行評價，對於正確適用刑法，就具有不可忽視的意義。

#### （四）人道

一些國家的刑法把犯罪人使用某些特定的手段或者利用某些時機或針對某種特定的對象實施犯罪行為作為從重處罰的情節加以明確規定。如奧地利刑法把“以奸詐、殘酷、或令被害人備受痛苦之方法而行為”“利用他人無防備或無援之狀態而遂行犯罪行為”等情形規定為加重刑罰的事由。西班牙刑法把“利用火災、海難或其他天災或不幸之機會犯罪”“利用夜間在人煙稀少地方”犯罪等規定為加重刑事責任的事由。意大利刑法把“對人身以暴虐或殘酷之方法犯罪”“利用時、

地、身份特殊情形，以阻礙公私之防衛與救助”等情形規定為加重刑罰的一般原因。巴西刑法把“使用毒藥、放火、爆炸物、折磨或者其他誘人上當的或者殘酷的手段，或者足以造成公共危險的手段”“針對兒童、60周歲以上的老人、病人或者孕婦實施”“在發生火災、船舶失事、水災、任何公共災害或者被害人遭受不幸時”等情形規定為加重刑罰的情節。古巴刑法把“以殘酷的方法或者基於反常的野蠻衝動實施犯罪”“利用發生公共災害、面臨發生公共災害活動迫近危險或者其他特殊的境況實施犯罪”“在夜間實施犯罪，或者在精心選擇或者利用的無人居住之處、人跡罕至之處、昏暗之處實施犯罪”“利用被害人無自衛能力的狀態、對其的依賴或者隸屬關係實施犯罪”等情形規定為加重刑罰的情節。俄羅斯刑法也規定：“對犯罪人明知正在懷孕的婦女、以及對幼年人、其他沒有自衛能力或孤立無援的人實施犯罪”“在緊急狀態、自然災害或其他社會災難條件下以及在聚眾騷亂中實施犯罪”等情節規定為刑罰的加重情節。這些加重或從重處罰的情節客觀上都是違反人道的行為方式，是人們普遍的同情心、憐憫心所不能容忍的，因而在對行為進行刑法評價的同時成為道德評價中應當予以嚴厲譴責的因素。

人道之所以在刑法中被規定為影響量刑的因素之一，是因為人道對於維繫人類社會的生存與發展具有至關重要的意義，而在犯罪行為實施過程中表現出的反人道行為，不僅能夠反映出犯罪人具有極大的人身危險性，而且往往會激起人們更大的憤怒和譴責。如對兒童、老人、孕婦及其他沒有自衛能力的人或者處於孤立無援的人實施犯罪，就喪失了人們普遍具有的同情心和憐憫心；採取殘酷、野蠻、令人備受痛苦的方法實施犯罪，就喪失了人們普遍認可或所能容忍的人性；而利用社會災害或危難趁火打劫來實施犯罪，更是人人痛恨的行為。這些行為不僅是法律所禁止的犯罪行為，而且違反了人類社會生存最基本的道德法則，在任何社會的道德規範中都是被禁止、被譴責的行為。因此，當這種行為構成犯罪時，就把它作為對其裁量決定刑罰的一個因素或者情節加以考量。這樣規定，不僅是維護社會秩序、滿足人們普遍的安全感的需要，也是平息人們對違反人道的行為特別憤怒的道德情感的需要。

值得注意的是，本文援引的外國刑法中有關道德因素的規定，都是總則性的規定，原則上可以適用於刑法中規定的所有犯罪（當然要根據具體案件中是否包含相關的道德因素來評判）。這本身就意味著刑法中的道德評判對於刑法的適用具有普遍的意義。除了總則性的規定之外，一些國家的刑法典還在分則對具體犯罪的規定中進一步規定了道德因素對法定刑的影響。如巴西刑法典第一百二十一條普通殺人罪中規定，“如果犯罪人出於與社會的或者道德的價值觀有關的原因，或者由於被害人的不正當挑釁而引起的，在激情支配下實施犯罪的，法官可以減輕刑罰  $1/6$  至  $1/3$ ”，但如果是“出於下流的原因”或使用殘酷的、背信的等手段實施的，法定刑就從普通殺人罪的 6 年以上 20 年以下監禁加重到 12 年以上 30 年以下監禁。西班牙刑法典第一百三十八、一百三十九條規定，殺人罪的法定刑為十年至十五年徒刑，但若有“背信棄義”等情節的，法定刑則為十五年至二十年徒刑。

## 二、刑法評判中為什麼要包含道德評判？

在文明社會的發展進程中，“確乎存在著人類關於道德現象的共同的基本準則，它們構成了文明的寶貴遺產和財富”。<sup>[19]</sup>這種人類關於道德現象的共同的基本準則，實際上就是為了維護人類社會的生存所必需的，因而也是任何社會所能容忍的最低限度道德準則，是維護統治秩序所必需從而被統治者所推崇的社會道德，也是任何社會成員都應該遵守的最起碼的社會道德。對這些最低限度

[19] 張文顯主編：《法理學》，高等教育出版社1999年版，第353頁。

的道德準則的維護，是社會治理的必然要求。而這種要求不僅表現在社會倫理中，而且表現在刑法適用中。

對犯罪行為的刑法評判，之所以應該包括對犯罪行為中包含的道德因素的評判，是因為評判犯罪行為中的道德因素是實現刑法功能、增強刑法適用的社會認同感的客觀需要。

首先，對行為的道德評判有利於實現刑法的目的。

刑法適用的目的是預防犯罪，即“刑期於無刑”。因此，刑法關注的對象是犯罪。刑法通過把嚴重危害社會的行為規定為犯罪並對之設置一定的刑罰來禁止人們實施犯罪。因此，刑法評價的對象是構成犯罪的行為。但是僅僅評價行為本身，是難以達到預防犯罪之目的的。因為刑法中規定的絕大多數犯罪之所以發生，都有一定的原因。只譴責這種行為而不譴責導致或驅使行為人實施這種行為的原因，就難以真正觸及犯罪的源頭，難以有效地遏制犯罪行為的再次實施。而導致或驅使人們實施犯罪的原因，多與行為人自身的道德品行有關。在對犯罪行為進行刑法評價的時候，同時對導致或驅使行為人實施犯罪的道德因素作出評價，無疑有助於刑法目的的實現。因為刑法規範與道德規範之間具有相輔相成的聯繫。一個社會底線道德規範所禁止的行為往往也是刑法規範所禁止的行為；道德規範所鼓勵的行為有些也是刑法規範所鼓勵的行為。道德規範越被社會所重視和遵從，其功能作用就越能發揮，而這種功能作用同樣有利於促進人們重視和遵從刑法規範，有利於刑法規範功能作用的發揮。正如現代刑法奠基人貝卡利亞曾經指出的：對犯罪適用刑罰，是社會強加給犯罪人的一種恥辱，這種恥辱“必須同普遍道德和各個制度下的特定道德——它們是世俗輿論和本國輿論的立法者——所倡導的恥辱相一致，如果它們相互分歧，那麼，不是法律失去了公眾的尊重，就是道德和正直的觀念變成從來就抵抗不住實例的空洞說教了。”<sup>[20]</sup>

因此，在刑法適用過程中，通過對犯罪行為的道德評判來維護社會的底線道德，不僅可以維護刑法規範的基礎即與道德規範相同的價值觀和利益，而且可以促使人們重視和遵守社會的底線道德，從而有效地預防犯罪。因為這種底線道德作為主流社會的意識形態，能夠通過公眾輿論來譴責違反它的行為，從而促使人們重視它、遵從它，同時給違反它的人帶來心理上的輿論壓力。如果沒有底線道德的約束所帶來的心理強制，那些受到犯罪誘惑的人就可能無所顧忌地去選擇危害社會的行為，而這種行為不僅違反了社會的底線道德，很可能也是違反刑法規範的行為。在犯罪可能帶來的“好處”面前，或者面對犯罪的誘惑，一旦失去了內心的道德約束，人們就更容易鋌而走險，涉足犯罪。從這個意義上講，維護社會的底線道德，就是阻止人們選擇犯罪行為的第一道防線。這道防線一旦突破，人們對犯罪行為就喪失了免疫力，就沒有了羞愧感。如果刑法能夠對犯罪行為中的道德因素作出評判，就可能喚醒人們的内心信念，重新評價自己的行為，尤其是在行為選擇的時候受到心理上的道德拷問，從而慎重地選擇行為。這無疑有助於人們減少犯罪的衝動，約束自己的行為，從而實現刑法所追求的預防犯罪的目的。

其次，對行為的道德評判有利於發揮刑法對社會道德的引領作用。

國家通過刑法來禁止的行為，本身就標誌著對這些行為的否定性評價，從而向人們宣告這些行為是國家所無法容忍的。因此，刑法規範的制定及其適用，對人們的社會行為具有強烈的指引作用，它告誡所有人不得實施刑法所禁止的行為，否則會給自己帶來不利的後果，會受到刑罰的懲罰。刑法規範對人們的社會行為所具有的引領作用，與道德規範對人們的社會行為所具有的引領作用，更強烈更有力，因為它是以國家強制力做後盾的。

在刑法適用過程中，如果能夠對犯罪行為中包含的道德因素進行評判，刑法規範所具有的引領作用就會強化道德規範在人們心中的地位，從而促使人們在行為選擇中重視道德規範。而在刑法

[20] [意]貝卡利亞：《論犯罪與刑罰》，黃風譯，中國大百科全書出版社1993年版，第54頁。

適用過程中，對哪些道德因素予以肯定性的評判、對哪些道德因素予以否定性的評判，就涉及到司法機關對自己所處社會的道德規範的理解和認同程度。司法機關在具體案件中認同或否定的道德規範，往往會通過案件當事人及其近親屬、辯護人及其他訴訟參與人傳導給社會，在社會上形成一定的正面或負面的輿論導向，影響人們的道德觀念和行為選擇。

司法機關在一個個具體案件的法律適用中，通過對違反道德規範的行為的否定性評價或者通過對符合道德規範的行為的肯定性評價來引導人們在行為選擇時重視社會道德規範的約束，久而久之就會在社會上形成某些被普遍認同和遵守的底線道德規範。對違反這些底線道德規範的行為（同時往往也是違法的行為甚至犯罪的行為）予以否定性評價就會成為社會上的一種共識。而對某些行為的否定性評價一旦在社會生活中形成人們的共識，就會在社會成員各自的内心構成一種威懾性的壓力，促使人們在行為選擇時重視對這些行為的否定性評價，從而約束自己的行為選擇。

再次，對行為的道德評判有利於更好地發揮刑法在社會治理中的功能作用。

刑法參與社會治理的手段是對犯了罪的人追究刑事責任。刑法通過追究犯罪人的刑事責任包括對其適用刑罰來告誡人們哪些行為是不可為的，從而引導人們的社會行為，化解社會矛盾，維護社會穩定，從而有效地參與社會治理。

通過刑法適用來參與社會治理，最常遇到的問題是情理與法理的衝突與融合問題。在刑法的具體適用中，如果能夠把刑法規範所包含的法理變成人民群眾按照自己的認知所能理解的常理，使刑法中包含的法理更符合人民群眾所認可的最基本的道德規範或人們普遍具有的道德情感，就能使人民群眾在司法機關處理的每一個案件中看到公平正義的實現，從而認可和支持司法機關適用刑法的實踐，認可和遵從刑法規範的約束。這是發揮刑法規範在引導人們的社會行為，進而防止犯罪行為的關鍵，也是發揮刑法在社會治理中的功效的重要途徑。為此，刑法的適用就需要滿足兩個方面的要求：

一是符合人民群眾普遍信奉的善惡觀。刑法要在社會治理中發揮作用，就必須伸張社會正義。所謂伸張社會正義，就是要按照人民群眾普遍認可的正義觀念來懲惡揚善。對於人民群眾普遍認為是惡的行為要嚴厲懲罰，對於人民群眾普遍認為是善的行為，就應當網開一面，盡可能的不作為犯罪處理，不得不作為犯罪處理時，應當從輕處罰。刑法的適用只有起到懲惡揚善的效果，才能讓人民群眾看到社會正義的伸張。而要實現這種懲惡揚善的效果，就不能僅僅是就法論法，而需要在對犯罪行為進行刑法評價的同時，對犯罪行為中包含的道德因素作出肯定或者否定的評價，認可或寬恕社會底線道德所鼓勵或容忍的行為，譴責和懲罰社會底線道德所禁止和譴責的行為，使刑法的適用與人民群眾的道德情感相融合，刑法才能在社會治理中最大限度的得到人民群眾的認同和支持，其功能作用也才能得到更有效地發揮。如被迫實施的防衛行為、與惡勢力作鬥爭的行為，如果作為犯罪處理（如聚眾鬥毆），就容易引起人們對法律的抵觸情緒。

二是符合人民群眾普遍認可的是非觀。刑法要在社會治理中發揮作用，就必須區分是非曲直。因為相當一部分犯罪的發生是由民間糾紛（鄰里糾紛、婚姻家庭糾紛、經濟糾紛等）引起的，對這類犯罪適用刑法，就不能僅僅依照刑法規定來處罰構成犯罪的行為，而應當首先了解犯罪發生的過程，區分是非曲直，然後再對案件依法處理。這樣才有可能做到合情合理合法，才有可能真正化解社會矛盾，讓當事人誠服地解決當事人之間的矛盾糾紛，實現“案結事了”的社會效果。如果僅僅處罰構成犯罪的行為，而不區分是非曲直，就可能使人民普遍認為“有理”的人蒙受冤屈，甚至可能讓先告狀的惡人借助刑法來迫害好人。而在刑事案件中區分是非曲直，所依據的標準，就必須是在刑法規範前提下的人民群眾普遍認可的道德標準。人民群眾普遍認為是對的行為，刑法就應當予以肯定，人民群眾普遍認為是錯的行為，刑法就應當予以否定。如果刑法的適用符合人民群眾普遍信奉的是非觀念，人們就會認為刑法適用是公正的，就會心悅誠服地按照司法機關的判決化解糾

紛。相反，如果刑法的適用違反了人民群眾普遍信奉的是非觀念，人們就會認為刑法適用不公正，即使不得不服從司法機關的判決，但很難服氣，矛盾糾紛依然會爆發。而要保證刑法的適用滿足人民群眾普遍認可的是非觀念，就需要在刑法評價的同時，對案件當事人之間的矛盾糾紛進行道德評價，以便區分是非曲直。

因此，在刑法適用的過程中，對可能涉及到的道德元素作出符合現實社會普遍認同的道德規範的評判，必然會促進和強化人們基於道德情感對刑法規範的認同和支持。而這種認同和支持是刑法發揮作用的社會基礎，是刑法參與社會治理的有效性保障。它既可以通過對犯罪人適用刑罰在其心理上產生長久的影響，促使其重視符合社會道德的刑法規範，也可以通過對被害人的安撫彰顯刑法規範與社會道德規範的契合，鼓勵人們選擇符合道德規範的法律行為，還可以通過訴訟參與人社會交往的相互影響以及社會輿論的傳播功能，使社會的底線道德規範與刑法規範高度融合，在社會上持續地影響人們的行為選擇。正如高銘暄教授所言：“如果說刑法是骨骼、皮肉的話，那麼倫理道德可以說是刑法的靈魂和血脈。有了這樣的靈魂和血脈，刑法就不會變成冰冷的物件，而是充滿溫情的規範，刑事司法也不會是機械的刑法操作，而是能夠喚起民眾感情共鳴的生動實踐。”<sup>[21]</sup>

### 三、刑法評判道德因素的途徑

刑法評價的對象首先是行為，因為一個人所實施的行為是不是刑法所禁止的行為決定了刑事責任的有無和刑罰的輕重。而在刑法中評價一個人是否應當對自己的行為承擔刑事責任，其根據只能是該行為依照刑法的規定是否構成了犯罪，即行為在客觀上是否具備刑法規定的構成某個具體犯罪的全部要件。

問題在於，在刑法適用的過程中，對刑事責任的認定，不僅包括對行為人是否應當承擔刑事責任的判斷，而且包括對行為人應當承擔多大的刑事責任的判斷。如果說，第一個判斷所依據的是行為是否符合刑法規定的某種具體犯罪的構成要件，那麼，第二個判斷就不僅僅是對行為是否符合犯罪構成要件的判斷，而要同時包括對行為過程中出現或發生的犯罪構成要件以外的其他事實情況進行判斷，從而確定刑事責任的大小及程度，並據以決定對犯罪人適用什麼樣的刑罰。而在第二個判斷中，就會涉及到對與犯罪行為有關的道德因素的評判。因為，在許多犯罪中，道德因素不僅是驅使行為人實施犯罪行為的原因，而且其行為本身就包含著道德因素。“毫無疑問，自然犯、刑事犯是刑法中規定的犯罪的主要部分，它們最終都與社會倫理規範相連結。處罰這些犯罪是為了通過法律的形式強制人們遵守作為其基礎的社會倫理規範……法定犯、行政犯與社會倫理具有關聯性。原本與社會倫理無緣的行為，當它在刑法上被作為犯罪來處理的時候，就產生了與社會倫理的聯繫。”<sup>[22]</sup>因此，無論是對行為本身的評價，還是對導致犯罪行為發生的原因的評價，都離不開對其中涉及到的道德因素的評價。而“道德評價是人類道德活動現象的重要組成部分，對個人道德品質的形成，對社會道德風尚的改善，對人與人之間關係的協調發展，對維護道德規範的功能，以至於對道德從實有到應有的轉化，都具有重要作用。”<sup>[23]</sup>這是因為，道德規範具有普遍性的品格，它不僅規定了社會共同體成員應當履行的義務和責任，而且也提供了對行為加以評判的一般準則。“以規範為依據的道德評價，往往形成一種普遍的社會輿論，而對共同體中的社會成員來說，它同時也構成了一種普遍的約束機制。”<sup>[24]</sup>

[21] 高銘暄：《〈刑罰倫理〉序》，載曾粵興著《刑罰倫理》，北京大學出版社2015年版，第11頁。

[22] [日]大塚仁：《犯罪論的基本問題》，馮軍譯，中國政法大學出版社1993年版，第18-20頁。

[23] 羅國傑主編：《倫理學》（修訂本），人民出版社2014年版，第405頁。

[24] 楊國榮：《倫理與存在——道德哲學研究》，北京大學出版社2020年版，第45頁。

在刑法適用過程中，對犯罪行為可能涉及到的道德因素進行評判，是通過對犯罪行為及其原因中包含的道德因素的鼓勵、寬恕或譴責來實現的，而這種鼓勵、寬恕或譴責，在刑法適用中具體表現為對犯罪行為應當承擔的刑事責任大小的影響。

所謂鼓勵，是指對符合主流社會所倡導的道德準則的行為，如果進入刑法評判的領域，就會基於道德評價上的褒獎而予以肯定和鼓勵。鼓勵的方式是當實施刑法中禁止的行為以致給他人造成損害時，在刑法評價中通過排除這種行為的社會危害性而不認為是犯罪，或者雖然認定為犯罪但免予刑罰處罰或從輕處罰。一個人實施刑法所禁止的行為，如果是基於主流社會普遍褒獎的道德情感，或者是為了維護主流社會普遍認可的道德準則，儘管行為的表現方式違反了刑法的禁止性規定，但在刑法評價中往往會認可這種行為而不將其認定為犯罪，即使這種行為造成了嚴重的危害後果，在刑法評價中也會在認定為犯罪的同時對其從輕判處刑罰。因為這種行為的動機或目的符合主流社會的倫理道德。如見義勇為的行為，在刑法評價中往往被視為“正當防衛”行為，從而可以不負刑事責任。這種行為從客觀上看往往是違反刑法的禁止性規定的行為，但是由於行為的動機是善的，或者說是值得尊敬的，在道德評價上應當予以鼓勵，因而在刑法評價中，這種行為就會被認可。不認定為犯罪，或者雖然認定為犯罪但從輕處罰，這本身是一種刑法評價，但這種評價的依據卻是行為背後的道德因素，即驅使行為人實施刑法禁止的行為的動機中的善。在刑法評價中，動機中的“善”不僅抵消了行為中的“惡”，而且被賦予合法性而受到鼓勵，以致對行為本身給予肯定的評判。這種評判的結果無疑在於鼓勵善的動機以及在這種動機驅使下實施的行為。這正是各國刑法中都把正當防衛明確規定為一種不負刑事責任、不違法或者不受處罰的行為的原因。

所謂寬恕，是指對主流社會普遍認為雖然違法但可以理解或者應當予以同情的行為，在作出違法性評判的同時表示理解或寬恕。寬恕的方式是在認定犯罪的基礎上予以從輕或者減輕處罰。刑法評價的對象無疑首先是刑法所禁止的行為。由於行為人實施了刑法所禁止的行為而在刑法評價中被認定為犯罪，但是在道德評價上，由於這種行為是可以寬恕的行為，所以其應受譴責的程度相對要低一些。這種道德評判的結果表現為對犯罪人適用的刑罰應當相對於一般情況下實施的相同犯罪要輕一些，即可以從輕處罰或者減輕處罰。例如，某人回家時看到自己的妻子遍體鱗傷地在哭泣，一問得知被剛剛走出其家門的大漢強姦，隨即從廚房拿了一把菜刀追出去殺死了強姦自己妻子的人。在刑法評價中，該人的行為無疑構成故意殺人罪，但是在道德評價上，這種行為是由於被害人的不法行為激起了犯罪人的極大憤怒而一時情緒失控所為，具有值得寬恕的成分，因而在人們普遍認同的道德情感上具有值得同情、可以理解的一面，在道德評價的層面上就具有可以寬恕的成分。因此在判處刑罰的時候，既要考慮到刑法評價中構成犯罪的成分，也要考慮到道德評價中具有寬恕的成分，予以從輕或減輕處罰。與之類似的是多人鬥毆的案件，如果不分青紅皂白，都以聚眾鬥毆罪，各打五十大板，表面上看是平等地適用刑法，但由於沒有是非曲直之分，往往難以讓當事人信服，甚至也難以讓圍觀的群眾看到公平正義的實現。如果在查清鬥毆事件的前因後果，區分恃強凌弱、欺行霸市與一忍再讓、被迫還擊，而予以不同程度的道德評判，並在刑法適用中對前者予以嚴厲的譴責而對後者予以應有的寬恕，就會讓當事人心悅誠服，也會讓圍觀群眾看到刑法適用的公平正義。

所謂譴責，是指對既違反刑法的禁止性規定又違反主流社會普遍認為的底線道德的行為，在作出刑法評價的同時予以道義上的否定性評價。譴責的方式是在認定犯罪的基礎上予以從重處罰或者加重處罰。對於嚴重傷害人們普遍具有的道德情感的犯罪行為，在刑法評價時，首先要根據刑法的規定認定其應當構成的犯罪，其次要在認定犯罪的同時對其包含的道德因素作出嚴厲的否定性評價。這種譴責的實現方式需要根據刑法的規定和案件的具體情況而定。如果本國刑法把某種特定的道德因素規定為加重處罰的情節，而犯罪行為中包含了這種道德因素，就要按照刑法的規定在具體罪名的法定刑

以上加重裁量決定刑罰；如果本國刑法把某種特定的道德因素規定為從重處罰的情節，而犯罪行為中包含了這種道德因素，就要按照刑法的規定在具體罪名的法定刑幅度內判處較重的刑罰；如果本國刑法只是原則性地規定量刑時應當酌情考慮某些道德因素，而犯罪行為中包含了這種道德因素，就要在客觀評價這種道德因素的基礎上酌情選擇較重的刑罰，以示對這種道德因素的譴責。

需要特別強調的是，刑法中的道德評判是依附於法律評判的。一個行為，如果沒有構成犯罪，不能納入刑法評判的視野，也就不存在刑法中的道德評判。邊沁曾經指出：“動機所能做的只是提高或者降低行為的道德品質。基於保護動機而為的行為變得更好；基於誘惑動機而為的行為則變得更壞。讓我們把這個理論用於實踐。誘惑動機本身並沒有罪過，但它可能成為加重罪過的手段。保護動機本身並沒有能證明自己是正當的或者為自己辯解的作用，但它卻可起到減少刑罰必要性的作用。換言之，它可以成為減輕罪過的理由。”<sup>[25]</sup>在刑法適用過程中，道德評判的範圍和力量是有限的，並且是依賴於刑法的規範設置的。這種依賴性主要表現為：第一，道德評判必須以刑法評價為前提。刑法中的道德評判是在行為本身構成犯罪的基礎上，並且是在刑法規定的範圍內進行的，因而不存在對刑事法治原則的破壞。第二，只有當犯罪行為中包含著道德因素時，才能進行道德評判。對於那些與道德無涉的犯罪，就不存在道德評判的問題。第三，對犯罪行為中的道德因素進行評價，並不是毫無基準的任意評判，而是以本國法律文化傳統和底線道德標準並根據本國刑法的規定進行的。

正是基於以上理由，刑法適用中的道德評判並不會對法治原則造成破壞或者構成威脅。道德評判是在法治原則之下，把刑法的正義理念融入民眾的常識常情常理之中，使刑法的適用更加貼近民眾的認同，而不是在刑法規範之外進行道德審判。

#### 四、餘論

在中國的法律傳統文化中，刑法的適用具有濃厚的道德色彩。由於儒家思想在封建社會中的長期盛行，“德治”的理念充斥在刑法適用的方方面面。不僅有“春秋決獄”的傳統司法，更有“親親相隱”的立法規則。遺憾的是，我國現行刑法立法中沒有關於道德因素的明確規定，從而難以為刑法適用中的道德評判提供明顯的法律依據。

但是由於刑法總則在犯罪概念的規定中包含了“情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪”，在刑罰的具體運用中把“情節”明確規定為裁量決定刑罰的根據之一，在分則規定的具體犯罪中法定刑的幅度一般都比較大，這就給司法機關在裁量決定刑罰時留下了較大的選擇空間。基於我國的法律文化傳統，刑事司法實踐中在對“情節”的刑法評價中往往會包含著道德評判。例如，在張德軍故意傷害案<sup>[26]</sup>中，二審法院在裁判理由中指出：“見義勇為自古以來一直是人們追求的道德標準，時至今日，見義勇為作為社會主義道德規範和行為準則，仍然具有廣泛的思想基礎和現實意義”；在索和平故意傷害案<sup>[27]</sup>中，二審法院在判決書中寫道：“被告人違背人倫，長期虐待老人，僅因瑣事即對父親多次拳打腳踢，致其當場死亡。其犯罪手段特別殘忍，情節特別惡劣，後果特別嚴重，依法不應從輕處罰”；在劉祖枝故意殺人案<sup>[28]</sup>的裁判理由中，法官也提出，劉祖枝在其丈夫

[25] [英]邊沁：《立法理論—刑法典原理》，孫力等譯，中國人民公安大學出版社1993年版，第13-14頁。

[26] 參見《刑事審判參考》2006年第4集（第400號），中華人民共和國最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭主編，法律出版社2006年版，第1-8頁。

[27] 參見《刑事審判參考》2009年第1集（第524號），最高人民法院刑事審判一至五庭主編，法律出版社2009年版，第36-41頁。

[28] 參見《刑事審判參考》2012年第1集（第746號），最高人民法院刑事審判一至五庭主辦，法律出版社2012年版，第11-16頁。

喝下農藥後，負有“由社會道德倫理衍生的救助義務”。可見，在刑事司法實踐中，司法機關對被告人行為和被害人行為的道德因素，時常會作出評價，並且這種評價會影響到刑法的具體適用。

然而，由於缺乏刑法的明確規定，刑法適用中的道德評判往往會因人而異、因案而異，並且只能作為“酌定情節”予以考量。如果審理案件的法官重視道德因素，在具體案件的刑法適用中就會關注並對案件中包含的道德因素進行評判；如果審理案件的法官不重視道德因素或者不重視某些類型的道德因素，在具體案件的刑法適用中就不會對案件中包含的道德因素進行評判。道德評判對刑法適用的影響，也會因法官個人或合議庭的認識而有所不同。這種情況，必然影響到刑法適用的效果，甚至成為社會輿論的熱點，傷及人民群眾的道德情感。

因此，筆者認為，我國的刑法立法實有必要在總結刑事司法實踐的基礎上，在刑法總則中對道德因素及其對刑罰裁量的影響作出明確的規定。這樣做，一方面有利於刑法中的道德評判的規範化，另一方面也有利於彰顯刑法對社會底線道德的維護，引導人們的社會行為，更好地發揮刑法在社會治理中的功能作用。

---

**Abstract:** We should make moral evaluation when apply criminal law to a criminal act. It is beneficial to realize the purpose of criminal law to prevent crime, to give full play to the leading role of criminal law to social morality as well as the function of criminal law in social governance. In many countries, certain moral factors are clearly defined as the legal factors in criminal law that must be considered when the punishment is decided, among which the factors commonly involved are motive, reputation, conduct, humanity and so on. The reason why these factors are prescribed by the criminal law as legal factors affecting the size of criminal responsibility or the severity of punishment is that they are directly related to the maintenance of social bottom line of morality and the social effect of the application of criminal law. On the basis of identifying a crime in accordance with the provisions of the criminal law, the evaluation of moral factors in the criminal law is realized by encouraging or forgiving the moral behavior in line with the social bottom line, condemning the immoral behavior in violation of the social bottom line, and then giving a lenient or heavier punishment when the punishment is decided at the specific discretion.

**Key words:** Criminal Law Legislation; Moral Evaluation; Criminal Law Application

---

(責任編輯：張竹成)

# 論當前時代正當性的“疊代”特徵與“社會法”的全面重構

冉 昊\*

**摘要** 打破線性歷史進化論認知，以具象歷史時空觀分析，就可以看到中國當前已經進入了“疊代”型時代階段。一方面，人人平等的社會啟蒙時代任務尚未全部完成；另一方面，社會分層帶來的差異又已加速出現並趨於固化。因此，當代法治建設，除需繼續補課此前時代正當性要求的充分私法自治與有限行政外，尚需全新發展對社會本身提供全面保護的社會法，以兼容並蓄的綜合性“社會給付”為核心辦法，來幫助每個人在風險分層社會中有效應對失能，藉以破除固化，而不是僅僅局限於特定弱勢群體的幫扶。圍繞這一“社會給付”核心，可在傳統法律關係理論的基礎上創新建立起社會法元概念——差別性“社會人”、賦權性“社會財”、彈性“社會權”和明確社會義務，作為“社會法律關係”的主體、客體、內容三要素，確立“彈性主張”和“剛性給付”的社會請求權基礎構造。再依此理論重構，抓住窗口期儘快彙編中國的《社會法典》，從當前日益緊迫的養老、生育、教育、住房等問題入手，成熟一章、彙編一章、頒行一章，將法律的功能由事後救濟推進到事前預防，為人們提供穩定的心理預期。就此，由分別體現自由市場傾向與社會平等傾向的編纂型“民法典”與彙編型“社會法典”共同構成兩翼支撐，均衡探索中國式現代化法治道路。

**關鍵詞** 時代正當性 疊代 社會給付 社會法

對比於歐陸先行國家自下而上、摸索步入工商業社會的自生路徑，後發國家工業化大都啟動於完全不同的生產力起點，而更多運用了自上而下的推動路徑；再得益於科技浪潮的湧動升級，促使生產力加速度增長而逐漸交疊於一維。這就在本質上提示我們，在當前，應展開對長期以來慣性遵從的“線性進化社會發展路徑認知”的大力反思（因為這一認知的歸納構建係由此前時代的先賢單一根據歐陸先行國家的歷史演變經歷做出），而回歸本國自身生產力的進程，<sup>[1]</sup> 實事求是地考量其在各種歷史耦合下走到當下帶來的時代要求，才能對應做出妥適的上層建築規劃。

鑒此，本文擬通過“時代正當性”（legitimacy of the era）概念的創建應用，指出當代中國社會所處階段的“疊代”型特性，進而厘清其中相疊的多個時代階段及其分別的正當性需求。基於

\* 冉昊，廣東財經大學法學院教授，法學博士。

[1] 參見冉昊：《全球各國現代化發展的“適應性路徑”共通——兼論“中國式現代化”的科學內涵》，載高鴻鈞主編：《中國比較法學——比較法基礎理論反思》2024年卷，中國政法大學出版社2025年版，第99-113頁。

這些分別的社會內在正當要求，當前既不可或缺私權效力的強化、以補課長期缺失的產權保護任務、從頭建立社會基本秩序；同時也需有否定之否定思維來打破傳統私權的封閉性，為廣大人民再設立普遍的“社會產權”，確保每個個體面臨風險分層社會中避無可避的失能風險或階層固化，都能獲得制度性的托底矯正。從權利體系上，這就要求我們在系統發展純粹私法之虞全面重構保護社會的“社會權”，同時形成對私權的充分保護、以及對私權積累下之先占所有權壟斷固化的有效博弈。

## 一、對當前時代正當性的“疊代”認知

### （一）“時代正當性”概念的確立

所謂“時代正當性”，是筆者嘗試來解釋法律變遷的一個基礎概念：指在生產力基礎形態不斷變化的時代階段下，不同生產力方式會分別主導形成不同的社會關係和社會需求，進而帶來對應的社會階層及其各自不同的利益訴求，產生問題糾紛；而處身其中的個體根據自身感受到的實際需要，特別是針對本國既有制度前設在應用固化後帶來的突出弊端，就會產生不同的直觀認知，進而形成不同的價值傾向優先性判斷，再以此為據認可人際關係間的一定權利分配模式為正當（legitimacy）。

由此，就完全可能導致同一個社會制度，處在不同生產力時代階段下，會產生不同的制度效果，“‘拿破崙的’所有制形式，在19世紀初期原是保證法國農村居民解放和致富的條件，而在本世紀的進程中卻已變成使他們受奴役和貧困化的法律了。”<sup>[2]</sup>

進而在不同時代的審判實踐中，基於此“時代正當性”的潛在作用，就會發生產權保護上的變遷：如在歐洲早期工業革命時代，人們為反制於此前中世紀的整體性黑暗，就傾向於去建構個體的獨立性，而致力於保護其財產的完整性，於是依照物的有體外觀等發展出了絕對性“物權”理論，<sup>[3]</sup>此時，如有工廠在生產自己的產品時產生了噪音、廢氣等影響到周邊，法官就會從工廠所踞土地的物權絕對性入手，以財產權完整性之名來維護工廠的生產，這意味著在雙方衝突中，彼時代賦予了工廠的生產利益占優；而在歐洲進入到後福特工業時代後，從普通市民到個案法官的內心直覺上，都已轉向於對人們整體生活美好的重視，對此類噪音廢氣擾民事件，學理上遂開始湧現大量有關財產權社會性／相對性的討論，以對抗財產權絕對的認知傳統，再在既有權利圖譜或先例系統的邊角中找到零星的制度火花，於其基礎上演化確立出“安寧權”、“不可量物訴訟”或“安寧享受”先例等新型規則，<sup>[4]</sup>來為工廠周邊住戶提供出救濟，這意味著在雙方衝突中，新的時代賦予了住戶的生活利益占優，而從工廠角度來看，就是傳統物性財產權保護的削弱。<sup>[5]</sup>

[2] 卡爾·馬克思、弗里德里希·恩格斯：《馬克思恩格斯文集》第2卷，人民出版社2009年版，第569-570頁。“把半農奴式的農民變成了自由的土地所有者之後，拿破崙鞏固和調整了某些條件，以保證農民能夠自由無阻地利用他們剛得到的法國土地並滿足其強烈的私有欲。可是法國農民現在沒落的原因，正是他們的小塊土地、土地的分割，即被拿破崙在法國固定下來的所有制形式。這正是使法國封建農民成為小塊土地的所有者，而使拿破崙成為皇帝的物質條件。其只經過兩代就產生了不可避免的結果：農業日益惡化，農民負債日益增加。”

[3] “為了使個人能自由支配財產，增加財產的利用價值，至少從物權之概念上，要設想出一種不受公法支配限制，具有絕對性之所有權。而以此為中心所構成的羅馬法系之物權概念最為合適”。[日]我妻榮：《日本物權法》，台灣五南圖書出版公司1999年印行，第3頁。

[4] “安寧權”和“不可量物訴訟”係歐陸立法理性路徑依賴下的演化產物，“安寧享受”先例應用則係英美司法理性路徑下復興古老“妨害法（nuisance law）”而來。See Eric Freyfogle, *The Land We Share: Private Property and the Common Good*, Washington: Island Press, 2003, p. 55-79.

[5] 所以從法教義學來看，這些工廠/周邊住戶權利或救濟的獲得，分別是“土地財產物權”／“安寧權”或“安寧享受先例”法律規則適用的結果；但如果跳出我們身在其中的法律“廬山”反過來觀察，法社會學就會告訴我

再深入來看，即使是上層建築本身，也同樣受到“時代正當性”的作用而催生其自身內容發生變遷，“財產權，在一個社會還沒有解決秩序（order）問題的較早階段時顯得最為突出的一種觀點，是作為一種對某物的對抗世人的權利……而到了20世紀六七十年代……所感興趣的已不再是秩序（order）問題，而是幸福最大化（maximization of welfare）。”<sup>[6]</sup>即在19世紀，（處於早期工業化時代階段的先行國家的）財產權上層建築，是將其理解為具有對世性的“物權”；而到了20世紀中期後，其上層建築中卻已拋棄了這一“物”之外觀，去構築一種全新的財產理解。為什麼會有這一變化？發現這一現象的學者給出了其解釋：在一個社會發展的較早階段，它還沒有解決基本的秩序（order）問題，此時，“早期理論家，像布萊克斯通、斯密、邊沁，就普遍警惕社會中財產權受到侵害的可能性，相應地，他們認為有必要明確地表述為什麼所有權的安全關涉重大”<sup>[7]</sup>，於是就將所有權具象化，依託於有形的外觀載體來將財產關係化約為客體“物”本身，從而可依物之實在性發展出絕對性的手段和範圍，來強化對它的保護、減少可能遭受的侵害——實質上即保護了各個客體物背後掌握其的主體人，由此來確保每個主體的自由——確立社會基本秩序；而在生產力再發展了一二百年，經歷累積、產生變化後，先行國家的“秩序問題已基本得到解決。現代理論家，遂並不令人驚奇地，感興趣於還沒有解決的問題，諸如，處理長期契約、控制複雜組織中代理人的行為、微調規制溢出性的刺激。換句話說……幸福最大化（maximization of welfare）”<sup>[8]</sup>，即在抽象秩序基本形成的基礎上，人們有條件去注重具體正義了，就會逐漸將關注轉向，擺脫抽象秩序下的類型化法定權利帶來的高下預判，而去具體場景中具體判斷究竟保護哪一方以及保護的程度。為此，其以否定之否定思維再放棄依託有形物的“物權”理解，而將財產關係化約為人與人之間的相對性配置“權利束”，這樣，各方當事人的衝突權益，無論有否物之外形，就都能被視為一個“權利束”（而不是分別具有不同對抗效力層級的“自物權”、“他物權”或者“債權”等），遂彼此先天平等，得以時人心中的公平正義認知去綜合該衝突場景各個具體因素來權衡決定，此時這些“權利束”之間誰比誰更強（better），更強的那個獲得此處的法律救濟，而順理成章實現了具體正義的調整。

以上制度形式、制度適用、乃至制度本身的變遷說明，儘管我們習慣以“公正”、“正義”等大詞（concept）賦予法律以永恆的形式追求，但實質上在不同的時代階段下，人們會基於不同的時代基礎情理產生偏好上的差異，進而在內心自動地調整對這些大詞的觀念認知（conception）、從而形成公正與否的判斷——是為該時代的正當性之體現；再以此為據，去一點點地調整、改變法律的適用乃至規則本身，直至最終（令得權利衝突中）符合時代正當性的那一方人群獲得保護。<sup>[9]</sup>

## （二）多重時代正當性帶給當前的“疊代”性特徵

這樣的一個過程，在過去，由於生產能力自然增長的緩慢，會被拉長在數百上千年、分佈於幾十代人中潛移默化地進行，於是，一個有限壽命的個體通常都難以在經驗上感知到，而只有專門的司法史理性中會去慢慢追尋——典型如英美法系國家中普通法（common law）的各種術語、令狀、規則，歷千百年，從英倫三島農業封建莊園時代、到日不落帝國工業時代、再到現代美國科技時代

們，更加起作用地，是這些規則背後的不同時代階段價值選擇所帶來的正當性詮釋。

- [6] Thomas W. Merrill, Henry E. Smith: 《法律經濟學中財產權怎麼了？》，羅勝華譯，載易繼明主編：《私法》第3輯第1卷，北京大學出版社2003年版，第297頁。
- [7] See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, The Yale Law Journal, Vol.111, 2001, p.363.
- [8] Ibid., p.398.
- [9] 以上論證，在拙文《論當代中國的交疊特徵與法治社會建設：從財產權角度的路徑分析》中都有所表達，但因彼時發刊編輯等要求，未能使用“時代正當性”和“疊代”等概念給予清晰闡釋。參見冉昊：《論當代中國的交疊特徵與法治社會建設：從財產權角度的路徑分析》，載《中國法學》2021年第4期。

中的“舊瓶裝新酒”式演變。<sup>[10]</sup>而在這一漫長的線性進程中自下而上依次經歷的西方學人們，得以一代一代各自記錄自己壽命期間的單一認知，成為不同時代的顯學；再經傳承下來形成對比，就能夠清楚地看到這種“時代正當性”的差異，並認可為一個自然變遷的過程。

但在後發國家自上而下的推動型發展中，全球化的制度傳遞和科學技術的奇點突破，卻使得這一過程被壓縮在一兩個甲子內加速變遷，迫使我們身處其中的每代人，都於一己壽數之內直面其頻頻量變乃至質變，而同時感受到多種差異性的需求，“建立憲政民主國家，這在西方來說，是一個現代早期的、17到18世界重點要解決的問題；社會公正問題，是19到20世紀歐美面臨的核心問題；LGBT，是21世紀的問題。而這些問題在中國是同時出現的”<sup>[11]</sup>“21世紀的中國，有5000年文明傳承，也有工業時代的特徵，更有信息化時代的特徵”；<sup>[12]</sup>“西方發達國家像我這樣年齡的人，當他們出生的時候，前兩次工業革命早已完成，只能經歷第三次工業革命，但作為中國人，我有緣享受‘後發優勢’，用短短的四十年經歷了三次工業革命，走過了西方世界十代人走過的路”<sup>[13]</sup>……交疊之下，不禁困惑叢生。

即以新中國76年的發展歷程來看，1949年後的社會主義初期探索直接根據革命導師的理想設計和大國模板採取了公有制改造、禁止私產運行的計劃路徑，在實踐中將幾乎一切資源，包括土地、資本、企業、人力等等都納入了公有範疇。由此，整個經濟運行空間內只剩下了一個惟一的財產權人——以中央政府為代表的國家，對應配套以計劃辦法管制推行。經過三十餘年的運行，導致社會存在上幾盡夷平一切利益集團和階層分化，社會意識上則讓普羅大眾對財產經驗（如財產之歸屬、保護、運用、責任等）認知斷代經年，失去了對效率的有效激勵和追求，整個社會陷入了一個均貧狀態。於是，在彼時的“時代正當性”中，不患寡而患不均現象幾近消失，整個社會中蔓延的氛圍可謂人人患寡、個個求財。

為了順應這一社會需求，1978年後中國共產黨開啟實用主義智慧，主動以“改革開放”嘗試探索市場路徑，資源的生產和分配開始部分擺脫計畫、而更多依靠平等主體間以各自獨立財產不斷自願交易帶來的最大化利用，彼時的自然人、工商戶、農村家庭承包戶、不同性質的企業、甚至國家組織等各種主體、準主體<sup>[14]</sup>，紛紛以自己的真實合意去努力將可掌控的（產權或完整或不完整的）資源進行交換，就此，給交易個體以及社會整體都帶來了交易標的的效率化利用、幾何式增長，帶動社會財富迅速上行，緩解了時人被壓抑良久的基本需求，相對實現了平等與效率的共振。順理成章，在彼階段中的應然“時代正當性”，自然就是對能夠促成以上交易的所有平等主體之各自獨立財產及其交易的充分保護。只是受此前幾十年意識形態的慣性影響，此種保護始終不敢大張旗鼓，在交易層面的債權還好，一旦深入到物權層面，就只是做而不述或者矯以文飾<sup>[15]</sup>的“猶抱琵琶半遮面”了。

[10] See Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Harvard University Press, 1977; *The Transformation of American Law, 1870-1960, The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, 1992.

[11] 參見青年哲學家周濂訪談, <http://www.ftchinese.com/story/001083417?page=rest&archive>, 最後訪問時間: 2019年11月12日。

[12] 參見法學家孫憲忠:《讓民法典編纂體現時代性與民族性》,載《人民日報》2018年4月16日,第16版。

[13] 參見經濟學家張維迎:《我所經歷的三次工業革命》,載《經濟觀察報》2018年1月8日,觀察家版。

[14] 此概念為筆者仿照“準法人”而來，指代當時計畫體制轉型下，大量囿於規則或體制、並未取得形式獨立民事主體身份、但又具有一定實質獨立性的市場參與主體。這樣的一種認知顯然不符合現代法治的要求，但卻是後發國家得以發展的現實，即運用所謂“弱（weak）”制度，有什麼就先用什麼（use what you have），先建立起來初步的市場，再致力於市場建立後的“強”制度或曰正式制度的完善。See Yuen Yuen Ang, *How China Escaped the Poverty Trap*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 2016.

[15] 典型如1986年《民法通則》第五章第一節的長標題，“財產所有權和與財產所有權有關的財產權”，就是對現行《民法典》中已得到共識和承認的“物權”概念的矯飾版本。

此後，1993年中華人民共和國憲法修正明確加入了“國家實行社會主義市場經濟”字樣，中國並於2001年正式加入WTO。就此，全球化的便車給中國帶來了巨大的世界市場以及對先行工業國家科技成果的便捷使用，又不期而遇全新信息科技浪潮提供的諸多超越可能，遂以廿餘年迅猛增長，造就了相當於西方幾百年的巨大物質積累。但在此無序增長的過程中，相較於此前（幾近夷平各種利益集團和階層而使）市民社會端整體呈現出的初平狀態，社會主體及其交往的基本形態又已悄然變化：各種（以財產所有為基礎的資本型）組織體陸續做大，不斷給人們帶來無法預期的外生風險；社會交往在普遍連帶的同時加速精細分工，導致專業門檻日益擢升；逐漸地，即使於生、老、病、死等基本民生中，個體自己意思的可控比例都在極速下降，私主體於事實上喪失了平等性，源於個體的差異開始固化為層級的差距，而在縱向上梗滯著人群的上下流動，在橫向上阻礙了資源的自由流轉。這意味著，我們的當前時代，在嵌套一體的原子型社會基本秩序調整尚未完善之時，經濟與社會又已走向“脫嵌”，<sup>[16]</sup>風險社會全面降臨，<sup>[17]</sup>世風人心疏離孤獨，生態環境滿目瘡痍！身處這樣的時代階段下，由不得人們心中的“公平”、“正義”認知標準再次轉向，醞釀著新的一重“時代正當性”破繭而出。

在以上多重“時代正當性”的作用下，當代中國各種衝突頻仍，各種糾紛紛紛從單向性走向了“相互性”，如城市人口集聚中的房東所有者和租客長租者<sup>[18]</sup>、農村土地徵收補償款分配中的名義承包戶和實際耕種人、互聯網平台與其上的商戶和勞動者、國際高端醫企的藥品專利權與無數病人的續命生存權……不同人群間的權利衝突時演時烈，而法律判斷卻滯著於傳統的產權理解，重有形、輕無形，重物質、輕人力，重人為、輕自然……以至於“健全以公平為核心原則的產權保護”雖然最早見諸文字於《關於全面推進依法治國若干重大問題的決定》，但卻就是在法學領域中，卻始終突破有限。顯然，這已不能僅歸於某一單一法學理論本身的問題，而正是我們後發國家獨特的生產力進程帶來了多重“時代正當性”的交疊，而要求有關社會治理和權利理解的整體理論基礎的拓展。

鑒此，對比於先行國家在生產力線性進程下慢慢走至當代、而致當前時代階段和問題需求的相對單一性，後發國家生產力加速、壓縮經歷而至的當代格局已經顯現出了自己的特徵，筆者將其經驗描繪為一種“疊代”<sup>[19]</sup>形態——多種生產力決定的生產方式和相應社會階層參差發生，以致多個時代階段於事實上共存於一維，不同的利益訴求遂糅合顯現，矛盾疊加。

## 二、依“疊代”認知重塑當前發展“社會法”學科的正當性基礎

以上時代正當性“疊代”認知從經驗常識上看很簡單，但在當前世界各國認知自己時潛在遵從

[16] See Karl Polanyi, *The Great Transformation, The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Beacon Press, 2001, chapter 6.

[17] 依據德國社會學家烏爾里希·貝克的詮釋，現代社會的本質特徵之一就是充斥著越來越多組織化而沒有人具體承擔責任的狀態，由此製造著大規模的風險，令人們面臨普遍的外生威脅。參見[德]烏爾里希·貝克：《風險社會》，何博聞譯，譯林出版社2003年版，第6-9頁。在法學系統中，這意味著，傳統以來通過以規訓個人責任為核心的“侵權法”實現的私法內生規制，越來越難有用武之地，而需要一套全新規制的部門法的出現。

[18] 典型如疫情之下，美國是在聯邦發出“禁驅令”——即使房客無力支付房租，房東也不得驅逐其離開——此後各州紛紛執行，並數次延長其時限，迄今未止；我國則是由若干部委聯合發出了減免房租的一紙呼籲建議，而由國企帶頭減免了中小承租企業的部分租金。

[19] 此“疊代”不同於經濟學“迭代”概念，強調的是多個時代階段疊加於一維，而帶來不同質的多種社會關係和社會問題的糅合並存，為此需要條分縷析、逐次厘清而各自解決，而不是對已有的問題視而不見，只是一味下猛藥提拽發展，期冀新階段加速超車後就能迭加覆蓋掉前一階段所有的問題。

的線性歷史進化觀前提下，於理論上卻並不清晰。人們慣性地將自己所處時代歸類為經典權威（根據先行國家既有歷史進程總結）構建而來的線性進化鏈條下的某一單一階段，再按圖索驥去認識其中的社會矛盾，然後機械決定上層建築的對策；面對糅合疊加在一起的問題，也是慣性地適用既有的單一法律權利（即得到某既定部門法律規範確認的權利類型）來做出判斷保護，或者以不確指的“公平”、“人民利益”理念來和稀泥式分擔，依此得出的權責分配往往同時減弱了各方當事人的公平感和獲得感，令法治難以獲得有效率的實施。

### （一）“疊代”特徵要求的“社會給付”時代任務

加速發展至今的當代中國正是如此，廣袤地域下的人們雖置身於同一空間內、實際上卻處於不同的時代中，有的地區已經進入了中等發達水準、甚至信息科技引領的新生產力萌芽階段，有的地區則還停留在農業轉換工業化的初期。其中既有早期風車水磨的殘留混合於現代工業市場秩序的急迫需求；亦有各種權貴、金融、科技大資本經歷積累增長後帶來的人群傾軋、差異分化，以致原本初平社會結構中尚可大致運行的抽象民法“人”假設——即獨立財產權主體之間的平等交往（從而有可能以真實的合意交換帶來對交易標的真正效率化的利用，實現平等與效率的共振），在實際上分化為一組組具體人群<sup>[20]</sup>之間的強弱對峙，其以格式合同、勞動協議、勾選同意等形式展開的所謂平等交易背後，體現的都是強勢一方的最大化利益計算、而難有弱勢方的真實意思表達，也就不再能給交易個體乃至社會整體真正帶來效用的最大化。漸漸地，平等和效率同時喪失，整個社會由早期的初平狀態走向結構性的不平等狀態。

面對這一風險外生、差距內化、人群疏離而不是趨於平等的社會格局，很多人就從現象出發，直接呼喊資本具有原罪，或者簡單要求回到上世紀的新中國初建時代，以平等之名絞殺財富的努力。實際上，馬克思及其後繼者根據其所處階段中的類似現象形成的“時代正當性”認知，的確就是認為先占的“所有權”從對生產資料的占有異化為對勞動者剩餘價值的占有，所有權人與非所有權人之間的物的差異轉化為人的傾軋。因此，其上層建築反映——如《民法典》等致力於確立的“物權”平等規範的普遍適用，作為同一硬幣的另一面，就反而會加速社會財富聚集向少數人，加劇社會結構的不平等。正是在這樣的認知指導下，19世紀時工人們直接搗毀機器、廠房等資本家的所有物，20世紀的一些國家則從制度上嘗試了消滅資本和“物權”。但歷史的過程已經證明，這些做法並不能帶來社會的長期改善和持續進步，這也就說明他們尋找到的這一問題癥結並不準確，而僅僅流於問題的表面。

為此，在馬克思《資本論》天才猜想的基礎上，現代經濟學家在《21世紀資本論》中以詳實、連續的歷史數據進行對比後找到了新的原因：資本經過自由積累逐漸做大後，回報率就會超過所在社會的平均生產率增長。此時，如果再不加外在調整地任其自然運作下去，基於慣性作用，這些資本就會以一個愈來愈高於他人的速率去加速自身收益，而在社會整體蛋糕中占據愈來愈大的份額，壓縮他人份額事實上的可能。<sup>[21]</sup>

以此原理來看，資本並沒有原罪，只是資本固有的逐利性和普遍性，會使它經歷一段時間的市場發展積累到一定程度後，收益加速，而不可避免地帶來人群差異化的結果。因此，所有權也罷、物權也罷，本身並不帶血和骯髒，只不過一旦陷入加速膨脹趨勢後，的確就無法再自行約束而會走向壟斷固化，當此之時，“看不見的手”的神話調整能力便獨立難支，而需要一股新的力量來與其形成有效的博弈。故而，《21世紀資本論》中針對這一資本收益率持續高於經濟增長率的趨勢，推導得出，大型資本除應由市場主體自治調整外，尚須對其增設額外的規制，如全球範圍的累進資

[20] 如經營者vs.消費者、雇主vs.雇員、城鄉資本vs.個體農戶、壟斷平台vs.信息個體等。

[21] Voir Thomas Piketty. *Le Capital au XXIe Siècle*: Editions du Seuil; 2013. 中文譯本參見（法）托馬斯·皮凱蒂：《21世紀資本論》，巴曙松譯，中信出版社2014年版，第345-441頁。

本稅等。<sup>[22]</sup>英國經濟史學家則提出著名的“脫嵌”解讀，指出經濟“脫嵌”於社會而不能再能相互扶持後，就需要一股外生的力量介入進來分別給予額外的保護，帶來“市場機制”和“社會保護”交替推進的雙向運動。<sup>[23]</sup>歐陸主流經濟學也從19世紀漫無控制的自由主義放任走到“社會市場經濟”等主張的出現，強調由市場對經濟過程進行基本協調，而一旦該過程產生不合社會願望的不合理結果，國家即遵循市場一致原則進行糾正性的干預，<sup>[24]</sup>“每個人都應該自求多福是過去社會的信條。今日的社會，人民不再依賴傳統的基本人權，而是依賴分享權。這個新興的分享權唯有依賴公權力的介入，方可實現其功能”。<sup>[25]</sup>前述美國法學者則反思改變了“財產權”上層建築本身，將其含義從對世性的絕對“物權”轉向相對性的“權利束”，“通過這樣的定義使人們相信，所謂‘財產權’，並沒有什麼固有的核心，而不過是一個可以變化的利益集合，那麼，當社會產生整體福利的需要時，政府來自由擴張或壓縮一部分人的財產權利，也就沒有什麼不對的了”。<sup>[26]</sup>

各個國家政治、經濟、法律等上層建築方面的這些變化昭示我們，面對“疊代”階段下變化的社會主體結構，近代化以來沿襲適用的夜警國家社會治理思路——保持公私分野，由（實質上基本）平等的私人主體之間互相互博弈來演化出自然結果，帶動個體和社會一起優勝劣汰進化發展——已難堪其任。而必須及時更新我們的社會治理理念，不再單一（追隨早期經典）將上層建築制度假想敵局限於國家“利維坦”來時時消極限制，還應將事實上已不平等的私主體關係中那些資本型組織體、權貴、平台等等難以自行約束的強勢方一併納入視野，而允許政府公權力來積極作為，作為一股額外的力量進入到已失去了主體際均衡性的社會關係中去進行差別性矯正和托底型補充，從傳統的“有限行政”走向現代“給付行政”。

一言以蔽之，在當前交疊的“時代正當性”下，一方面，我們要繼續尊重個體，通過私權的培育確保每個主體具備“自我給付”資格，能夠自我決定、自我承擔，藉以形成平等交往、效率最大化的社會基本秩序；另一方面，隨著經濟與社會的“脫嵌”，現實社會關係中的主體平等性又已開始失範，“工業時代的到來，使得個體自己為自己承擔全部責任變得日益困難”，<sup>[27]</sup>此時就應再借助政府公權力等額外力量來及時提供以“社會給付”，幫助每一個個體提升自身、破除固化，保證一個社會可持續發展的基本活力。

## （二）圍繞“社會給付”重塑“社會法”的全面內涵外延

以上社會治理理念落實到我國法治建設上，“自我給付”培育私權的能力交給晚近編纂完成的《民法典》去承擔，“社會給付”的培育自然就要求我們再發展出一個新型的社會保護法律系統及其部門法典來，將包括給付行政公權力在內的多種社會資源整合納入，一體轉化成社會自身的有序保護。從法律關係上，這就應是在傳統自治型私法、約束型公法之外的第三法域“社會法”的勃興，用以解決“人民日益增長的美好生活需要和不平衡不充分的發展”這個新興的主要矛盾，提高

[22] 同上註中文譯本，第507-556頁。

[23] See Karl Polanyi, *The Great Transformation, The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Beacon Press, 2001, Part Three *Transformation in Progress*.

[24] See Erhard Ludwig, *The Economics of Success*, Thames & Hudson, 1963; Van Hook, James, *Ludwig Erhard, the CDU, and the Free Market, Rebuilding Germany: The Creation of the Social Market Economy, 1945-1957*, New York: Cambridge University Press, p.139-188.

[25] Ernst Forsthoff, *Die Verwaltung Als Leistungsträger* (《作為給付主體的行政》), Stuttgart und Berlin, 1938. 轉引自陳新民：《公法學劄記》，法律出版社2010年版，第39頁。

[26] See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, *The Yale Law Journal*, Vol.111, 2001, p.365

[27] Stiglitz, Foreword of *The Great Transformation, The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Beacon Press, 2001, p. xi.

第二次分配所得在每個人整體財產中的比例、並促進第三次分配<sup>[28]</sup>的自治增長。

作為一個新型的社會保護法律系統，這一“社會法”自然就並不限於此前（從“勞動法”發展而來帶給我們的）“特定弱勢群體幫扶法”定位，而應是在疊代變化了的分層風險社會中，幫助所有人以內生啟動的外在力量來恢復走向主體間實質平等的社會固有法律，以破解（現代化結構下）工商運行機制帶來的資本積累傾軋以致單憑個體難以逾越的藩籬、以及出生、教育等帶來的先天階層固化。其破解的辦法，也不僅在於事後的個別矯正，而更需要預先依託大數保險原理等設計出整體性的“社會給付”制度安排，來將每一個個體在分層風險社會下必然遭遇的失能和風險，主動擴散至全社會在時間和空間上予以分擔，藉以克服由於疾病、衰老等帶來的個體失能，以及累積巨大的資本帶來的主體際均等性失衡問題。換言之，“社會法”法治辦法的核心，應在於通過高階立法設立從原則到規則的普遍性“社會給付”規範，而賦權廣大民眾以明確的社會請求權，來穩固提高社會保障等新型所得在個人財富中的比例，確保遭遇風險滑落到社會金字塔下端後，人們仍然能夠擁有底限財富去完成基本的生存、教育和發展，藉以打通階層的上下流動，給人們帶來穩定的心理預期。

為此，圍繞這一“社會給付”核心，我們就有必要在現行（起自勞動法源頭的）社會法基礎理論上做出重大突破，<sup>[29]</sup>擺脫其“特定弱勢群體幫扶”的定位，而將所有人群和個體都納入制度性的覆蓋，來全面重構“社會法”。以國家底限給付、行業共助給付、（市場商業給付）、公益組織慈善給付、個人互助給付的多層次“社會給付”體系為核心，重新確定“社會法”的獨立內涵和開放外延，形成一套包含社會保護共同抽象因素的元概念和基本原則，以此構成一個開放而系統的法律體系，推動實踐中的具體保護紛紛落地。

### 三、依全面社會保護的“時代正當性”基礎 鑄造“社會法”學科元概念和基礎框架

綜上，在當前“疊代”性提供的社會保護“時代正當性”下，當代中國“社會法”完全有必要及時展開系統的重構，為此，筆者初步思考在基礎定位、核心內容、請求權構造、法律關係、基本原則和實踐應用六個方面做出以下框架推進：

#### （一）基礎定位

依託以上“時代正當性”基礎，我國當代“社會法”的定位，應從既往的特定弱勢群體幫扶法，更新為以“社會給付”手段來幫助每一個人在風險分層社會中應對失能、破除固化的現代化社會固有法律。

以此定位，凡採用個體本位下私人給付以外的手段而使人們獲得的財富增長和問題應對，都可以劃入這一新興學科領域。由此，就確立了學科自身的核心內涵——“社會給付”，而區別於個體通過勞動或市場交換獲得的私人給付；同時也保持了外延的開放性——隨著以後國家治理方式的變

[28] 社會分配有三個層次：第一層次以競爭為動力，由市場主導，根據能力大小決定收入多寡；第二層次以公平為動力，由政府承擔社會保障和福利兜底維護；第三層次以道德為動力，由慈善事業社會組織主導，推動社會財富由富裕階層向低收入階層重新流動。

[29] 這是因為勞動法，（大概來說包括勞動合同法與勞動保護法，前者屬私法範疇，後者屬公法範疇，我國現行立法中不做清楚區分，）限制於固定的弱勢群體為調整對象；以有限的矯正措施為調整手段；核心內容為經過勞資雙方談判和強行法輔正後獲得的個別資方的“勞動給付”，其比較於整體“社會給付”的制度安排，在給付內容、給付對象、給付方法等方面都具有質和量上的差異性，使得勞動保護和社會保護內容難以化約，形成一套包含共同抽象因素的社會保護元概念和基本原則。若以此為“社會法”基礎理論底色，面對現代風險分層社會下不斷擴大的社會保護需要，就難以自生自發地系統拓展去應對，而限制了“社會法”自身的時代功能。

革，在單一的私力救濟和公力救濟外，會有更多領域發生重疊而實際適用“社會給付”方式，到時便可將這些領域也納入社會法的外延，適用下列社會法基本原則和規則的調整。

## （二）核心內容

按照以上基礎定位，我們可依託大數保險等原理以及比較法上的良好經驗，設計一個開放的、包括了國家、行業、（市場、）慈善組織和家庭個人等多層次遞進的系統給付安排，作為社會法法律部門的核心內容：

### 1. 國家的底限給付

即對每個國民從出生、教育、居住、醫療到養老的全部過程，政府要基於“社會法治國（sozialrechtsstaat）”的現代國家定位承擔一定的剛性責任，從生存照顧到福祉提升。對此，在通過立法強制建立社會保險基金對個人和企業適度籌集資金的基礎上，應以（包括城市和農村的）全部土地<sup>[30]</sup>以及礦山資源能源、國企資產和上繳利潤等等在內的全部社會主義國家資產作為支撐，對上述責任提供最基本的覆蓋。這裏強調是“最基本的覆蓋”，即以普惠為前提，但以適度普惠<sup>[31]</sup>為提供原則，覆蓋社會福利的“底線公平”。

### 2. 行業的行業給付

即由各行業建立起自己的行業保險基金，如英國的教育職員保險、美國的汽車工會保險、韓國的女教師團保險、日本的農業協會保險……由個人、雇主和協會集體協商後共同確定繳費比例和獲得辦法，由國家給予稅收優惠，然後長期運行增益。這一部分從歷史上來看就是社會保險制度的萌芽，<sup>[32]</sup>在我國一些現行國有部門運行中（基於此前的計畫全包體制）也已有潛在體現，完全可以合理繼承下來，再通過“社會法”的法治改造將其顯性化、均平化，確保財稅資金運用的透明性和惠及眾人的公平性。

### 3. 市場的商業給付

由中外市場和企業發展出覆蓋內容和深度不一的商業保險，提供給不同收入的人們來多元選擇，借此形成豐富的商業給付，補充上述國家底限給付等基本保險。對於這一塊，毫無疑問份屬私法關係，應該“市場的歸市場”，避免公權力在前端的過多干預，而交由“保險法”等進行規制；只不過由於它的交易內容特殊性和時間延長性，所以還應在私法性之外賦予其一定的社會法性，如現在《保險法》中對壽險企業的破產限制等。相應地，在社會法的制度設計上就應著力做好與保險法等的接口工作，加強運行過程中的大數據監管和破產後的指定接管工作等。

### 4. 公益組織的慈善給付

從經濟學角度來看，慈善是工資和稅收之後的社會財富第三次分配。因此，在以上國家、行

[30] 這裏對城市和農村土地的統一化考慮，不以土地實際占有為目標，而可以考慮數字化分配記賬的方式，讓每個國民均等收益。這是一個比較大的構想，須在現行城鄉分治基礎上緩步推進而逐漸並合，後續還需要充分的討論和衡量，但從總體來看，它有利於改變城鄉分立的現代社會發展弊病，更完全符合我國社會主義國家全民共用的本質精神。在法治學理上將其實現的可能，正有賴於私法上“公物”理論的發展、行政法上“給付行政”對傳統“干預行政”理論的超越以及社會法學科中宏大《社會法典》的構建等。

[31] 對大國來說，福利提供絕不是越多越好，否則一定不可持續。對此，1958年，威倫斯基和勒博在《工業社會與社會福利》一書中首次提出了“補缺型” vs. “制度型”的著名兩分法，此後蒂特姆斯又提出“選擇型” vs. “普惠型”的區分，分別意味著國家在社會福利提供中承擔積極責任還是補救責任，確定福利資格時是基於家計調查（貧者給予）還是公民身份資格（普遍給予）。在這些學理基礎上，我國民政部於2006年提出了“適度普惠”的概念，“逐步拓展社會福利的保障範圍，推進社會福利制度由補缺型向適度普惠型轉變”。參見喬東平、黃冠：《從“適度普惠”到“部分普惠”——後2020時代普惠性兒童福利服務的政策構想》，載《社會保障評論》2021年第3期，第80頁。

[32] 19世紀80年代，德國鐵血宰相俾斯麥開始推行“社會立法運動”，基於當時的歷史資源和社會結構，他將源自中世紀的行業自治組織確定為社會保險機構，推行雇主和雇員之間的自救，就此開始了社會保障事業的社會化運作先河。

業、市場之外，應允許和鼓勵形形色色的社會公益組織的充分發展，作為社會肌體的末端神經元，其能最敏感地感知到社會不同人群、不同時期的各種具體需要，靈活豐富地提供相應的慈善供給，而不像國家做慈善那樣難於下沉到細節。對於這一塊，未來應該將《慈善法》納入《社會法典》中作為獨立的一編；而在當前，應在《慈善法》的修訂中注重慈善主體設立、平台募捐運行、個人捐款退稅等規則的細化和平衡，藉以避免前端主體設立上的諸多限制和運行中的過多干預，而著重加強後端監管，遵循“近似原則”等確保慈善組織解體後剩餘財產的使用符合最初的捐贈目的。

### 5. 家庭和個人的互助給付

參照德國等先行國家已運行多年有一定成熟經驗的“時間銀行”機制，創建中國的“社會號積分”機制，將每個個人的納稅數額、志願服務時間、捐贈物品、獻血數量等等，按照一定方法換算後計入自己的“社會號”積分中，在未來其個人以及其家庭成員產生養老、醫療、護理等需求時，就以“社會號”積分為據，換得其他人的免費幫助。從文化繼承上來看，這一制度設計也正反映了我國傳統中大同世界“美美與共”的理想。<sup>[33]</sup>

#### （三）請求權構造

根據以上基礎定位與核心內容設計，我們就可以在傳統自然法學財產權理念基礎上，借鑒現代法經濟學“賦權（entitlement）”辦法，對上述社會給付結果建立起“社會產權”概念，來賦予社會中的每一個個體。因為“社會權不是那種僅以憲法的規定作為根據就能請求法院實現其權利的具體權利。其要成為可以向法院請求救濟的具體權利，尚有必要由立法賦予其依據”，<sup>[34]</sup>或者借助司法手段由法院通過法律續造產生<sup>[35]</sup>。這樣，在風險分層社會中，當人們遭遇出生起點、基礎教育、基本居住、大病救治、老年照護等人都必然經歷的無能為力階段時，就可以此“社會產權”為據，獲得確定的請求權權能，對政府、行業、他人等明確的給付主體去主張對應的社會給付內容，獲得一定的幫助來分擔風險、均衡成長。

此種“社會產權”，是為廣義“財產權”，同時又需要政府、社會和他人的積極承擔，故而在具備“私權”和“公權”各自一部分性質的基礎上產生了自己的特性。一方面，它從財產取得方式、財產使用目的上都顯然有別於私權，因而不具有自然法通過“天賦人權”等學說強調的財產權絕對性特徵，故應區別於無差別、剛性化的傳統私財產權，而賦以其“差別性”和“彈性化”的特點；另一方面，（特別是當應用於國家的底限給付時）它又具有行政給付的一部分屬性，故而尚需

[33] 參見康曉光：《中國的慈善藍海》，載人大公益研究院主頁，2021年10月1日，[https://mp.weixin.qq.com/s/DY\\_mNZ9LehcFdTnFJ2uQ4g](https://mp.weixin.qq.com/s/DY_mNZ9LehcFdTnFJ2uQ4g)。

[34] [日]蘆部信喜：《憲法學》（第三版），林來梵等譯，北京大學出版社2006年版，第83頁。實際運行中也有這種以立法鍛造的例子，如我國醫療保險改革中有學者研究提出的職工請求權，“‘統賬結合’模式下的職工基本醫療保險個人帳戶具有所有權屬性，新一輪職工醫保改革將職工對此項繳費的所有權轉變為門診費給付請求權。作為社會保險的組成部分，職工通過繳納保險費而享有保險給付請求權。基於此，個人帳戶的所有權完全轉變為請求權的實施路徑是將個人帳戶作為職工繳費記賬帳戶，將職工實際繳費金額抽象為社會貢獻值，表示為薪點，並逐步將已有個人帳戶沉澱資金轉變為薪點數，被保險人基於個人帳戶薪點向社保經辦機構請求門診和住院保險給付。”參見王天玉：《職工基本醫療保險個人帳戶的權利構造》，載《法學》2021年第8期，第165頁。

[35] 以法律續造的例子，如1962年德國聯邦社會法院第四審判庭在一項判決中指出，社保關係中的經辦機構應履行“告知、關照、維繫”之附隨義務。該義務可從類債權關係——社會保險法律關係出發，作為與私法中類似的附隨義務推導出來。目的是賦予參保人一項請求權，若給付機構違反及時告知義務而致其未能領取獲得本應享有的某項社會福利救濟時，其能夠直接恢復獲得該社會保障，而不僅僅如傳統行政法上那樣限於請求行政機關公開或告知該項信息。社會保險法上的此項特殊請求權，是從私法的實體請求權教義學出發，解決了一個公法請求權類型的問題，將附隨義務應用到國家賠償法領域，就是社會法上的“法官造法”。Menger, ber die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einer Verwaltungssteitesachen, in Forschung und Berichte aus dem öffentlichen Recht-Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 347.參見婁宇：《公民社會保障權利‘可訴化’的突破》，載《行政法學研究》2013年第1期。

賦予其剛性承擔的特點，每一個履行了社會義務的個體，都可以對國家欠債、行業失信等導致的給付不足，以此“社會產權”為請求權基礎，在一定時效內提出主張、直至要求司法系統的介入，來維護其獲得應有的社會幫助。為此，“社會產權”就同時具備了“彈性主張”和“剛性給付”的雙重特徵，體現了“社會法”學科調整社會關係的基礎定調。這一“彈性主張”和“剛性給付”的請求權構造，也正構成了以下社會學科“法律關係”基礎理論的一部分。

#### （四）法律關係

依法理學基礎，法律對社會的調整，都係遵循一段社會關係的內在邏輯展開，以主體、客體、內容三要素形成法律關係的經典構造；各個部門法的調整即循此法理，秉承所調整事物本身的性質屬性，在主體、客體、內容上分別體現出自身的核心特徵。為此，上述基礎定位、核心內容以及請求權構造的系列特性，就應一脈相承細化在“社會法律關係”的主體、客體、內容三要素上，筆者就此分別概括為差別性“社會人”、賦權性“社會財”和彈性“社會權”，構成“社會法律關係”的三原色創新理論。

1. 主體上，區分給付主體和受領主體，對後者建立起差別性“社會人”概念，作為社會法律關係主要的主體要素。

上述多層次社會給付的核心內容設計表明，社會法規制範圍內的社會保護法律關係在整體上體現為，一方主體在完成一定義務後，於法定或約定情形出現時或遭遇特定災害等時，得由另一方主體提供各種金錢或服務的幫助。前者應涵蓋社會生活中的所有人，後者則限於特定政府機構以及其他社會機構等，二者各自的權能內容難以如私法關係一般通約互換，故而社會法律關係主體宜區分為受領主體和給付主體<sup>[36]</sup>來分別描述。

對於前者，本文以“社會人”概括之，將其從傳統民事法律關係的抽象“民法人”理性主體，發展為差別性的具體主體，即卸下民法為實現人人平等的基礎目標而擬制的統一無差別“人格”面具，而承認在此基礎上人們之間還強弱有別、需求有異，具有現實的差別性，相應要求社會幫助上的差異性對待。<sup>[37]</sup>具言之，每一個“社會人”主體都可根據自身的具體情況，包括其先天條件、社保繳費、以及“社會號積分”數額（表明的社會義務履行情況）等，在其需要獲得社會照顧時，去主張與自身情況比例相符合的社會幫扶——是為彈性主張，而基於明確的請求權基礎獲得確定的給付——是為剛性給付。

2. 客體上，建立起賦權性“社會財”概念，作為社會法律關係的客體要素。

社會給付的對象，可以是貨幣、服務和實物待遇、時間提供等，而給受領主體帶來若干的財富增加，所以逐漸地，個體的心理上也會將它納入一種廣義的財產認知，而不能接受其隨便喪失。但比較於傳統私法關係中的客體財產——通常來說其取得或者基於個人的勞動（加上大地的饋贈）、或者基於無主物先占，再遵循此屬性邏輯，推演出應給這些私法財產以絕對性的自然法保護，既昭示對勞動的尊重和既有秩序的維護（體現公平目的），也充分鼓勵人們繼續勞動去創造增加個人財產從而帶來社會總財富的增長（體現效率目的）——“社會法”規制範圍中的這些財富的增加卻並非基於勞動或先占，而係基於相關法律創制的特定身份或危劣情勢等，故而秉其屬性邏輯，規制自應與私法財產又有所不同。

[36] “給付主體”中又包括了從國家政府機構到各種行業機構、社會組織以至家庭個人若干種，其中，對於承擔底限給付責任的國家政府機構，由於脫胎於行政主體性質，故仍須承擔剛性責任，且由於它承擔的不是傳統消極行政而是積極給付的行政內容，故而在行政法上有很多探討，其不再適用“法律保留”原則。對此問題以及其他行業機構、以至家庭個人在“社會法律關係”中應承擔的責任範圍及其對自身“社會財”的細化權能，將另文研討。

[37] 這意味著，在當前“疊代”時代特徵下，我們每個人，都需要在補課轉型為經濟理性人全能自顧的同時，進一步成為“社會人”得到他助並助他。

對此，參考我國台灣學者的既有研究，暫稱為“社會財”。對其適用的調整規則，首先應明確其屬於廣義財產範疇，從而依“財”之形順延自然法學帶來的財產權剛性保護理念，無論是不當損失亦或非法剝奪，都應受充分的補償或賠償；然後在具體規制上，卻又並不是如私法財產般獲得從客體對象的“物”性出發推導出的自然法學對世保護，而應認同其“制度性事實（institutional fact）”<sup>[38]</sup>的屬性，而基於分析法學創設的“請求權—職責、自由—無權、權力—義務、豁免—無權能”這四組法律相關<sup>[39]</sup>來精細化詮釋，賦予豐富而彈性化的權利義務內容。使得不同社會法律關係中的給付主體和受領主體可分別基於請求權、自由、權力、豁免等，對“社會財”客體分別享有職責、無權、義務、無權能等不同的內容，或主張自身社會財的不受侵害，或要求他人社會財的合理使用和信息披露，<sup>[40]</sup>或對上述國家底限給付等產生類似“新財產（new property）”辦法<sup>[41]</sup>的強化效力，在出生起點、老年照護等每個人都必然經歷的無能為力階段，能夠以確定的請求權能去主張相應社會財的剛性給付。

3. 內容上，建立起彈性“社會權”概念和明確的“社會義務”概念，作為社會法律關係的內容要素。

與上述差別性主體、賦權性客體的創新特性相適應，社會法律關係的內容，同樣有別於傳統私法的“權利”本位闡發：一是在權利這塊內容上確立彈性“社會權”的元概念，二是在義務這塊內容上有所明確，以“社會義務”的履行作為享受相應“社會權”的必要前提。

所謂彈性“社會權”，指社會主體的權能並不僅限於“權利”這一種傳統形式的權益理解，還包括了上述請求權、自由、權力、豁免等多種內容，甚至涵蓋社會法律關係運行中涉及人身的種種權益，如當今科技運行導致的海量“社會人”主體的個人隱私、生物數據等熱點問題。<sup>[42]</sup>當然其中最主要的，仍是前述請求權構造中抽象概括出的“社會產權”，並與其“剛性給付”和“彈性主張”雙重特徵一脈相通。

所謂“社會義務”，源自社會法與傳統私法的一個重大差別，即它沒有自然權利源頭，而更多來自於人們的能動創設，如各種社會保險基金的繳納聚成等，都取決於人們對相應義務的預先履行，即“社會給付”的可持續源自於廣大連帶社會中的每個人的貢獻。故而社會法學科應從一開始，就強調社會法律關係調整中權利和義務的實質關聯性，在義務內容上更加清晰地指出，作為一個連帶社會中的個體，每個人都須履行自己的“社會義務”作為享受相應“社會權”的必要前提，如養老保險社會法律關係中的受領主體應充分履行自己繳納社會保險等的義務，到期才可以主張獲得相應的社會給付。

[38] “制度性事實”（institutional fact）一說對應於“原始性事實”（brute fact），是一種以人類實踐活動或其結果為條件的事實，其存在和意義，取決於實際發生的行為或事件背後適用於這些行為或事件的規則。“儒勒·梅裏杯在國際足聯制定出關於設立、規定和組織世界盃賽的規定前，對球迷們是沒有特別的意義的”，參見[英]麥考密克等：《制度法論》，周潔謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第136頁。

[39] See Wesley N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, Vol.23, 1913, p.16; "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, Vol.26, 1917, p.710-733.

[40] 典型如捐贈人對自己捐贈給慈善組織的財產，除《慈善法》修改中明確的慈善組織對其財產使用的披露義務外，捐贈人也可憑其捐贈身份，對相關“社會財”主張更清楚的知情權。這種財產關係的延展性，顯然有別於傳統私法關係中物權變動一旦發生後即與原產權人徹底失去關係的斷裂式、原子式思維，體現出連帶性的社會法律關係特性創新，必須是在產權清晰基礎之上的一種揚棄發展。

[41] 這是上世紀中在美國逐漸興盛的一種社會保護路徑，這一財產權路徑的資源基礎在於美國法治不區分公私法的憲法統領體制，而我國繼受歐陸、一直區分公私法，晚近又剛剛編纂實施《民法典》，故而現有法治資源上並不支持這種憲法財產權路徑，而只能依靠居於公法與私法之間的社會法建設來實現這一保護。

[42] 這些方面毫無疑問也非常重要，但將這些放到完全新興的“信息法”或“數據法”中去保護會更為便宜，而“社會法”作為新興的傳統學科，需做好的就是與其的接口工作。

### （五）基本原則

一個明確的部門法大都應具備符合自身調整內容之屬性的基本原則，既往的社會法研究對此提出了“社會本位”、“保護弱勢群體”等原則，在這些基礎上，貫徹上述創新研究內容，筆者將“社會法”基本原則概括為以下四項：

1. 矯正正義下的差別平等原則，強調社會發展產生分化後的傾斜保護；
2. 與社會經濟發展水準相一致原則，即社會保護中不做過度福利，避免陷入福利主義的陷阱，而要始終保持充分的競爭和活力。這兩條是我國社會法整體應遵循的原則；
3. 底限給付的剛性覆蓋原則。這條主要是針對給付主體中的政府角色，要確保我國政府每年的福利支出在當年GDP占比中逐年增加，不低於世界各國的平均水準。當前世界各國財政的福利支出通常都要占到30-60%強，而我國還不到15%，亟待以《社會法典》的法治權威推動其不斷提高；
4. 社會權利與社會義務相關聯的原則，這條主要是針對受領主體“社會人”設置的。我國法學科恢復初建於改革開放之始，於國門新開一縫時懵懂繼受，將公法、私法截然區分對立，更在彼時的時代正當性尋求下，圍繞自由主義的“主體權利”理解生髮出一系列自然法學理論、原則等，而相對忽視連帶社會背景下每個人應承擔的義務方能使社會網路可持續運營，故在“疊代”遭遇後現代複雜社會後，現行法律理論就越來越不敷使用而自縛手腳，限制了法學科對已成為常態背景的社會普遍連帶和人群分化現實的真實反應。為此，應抓住當前全面重構“社會法”的窗口期，重新認知私權利和公權力之間的關聯和分野，如社會保護法律關係從性質上就具有長期性和三邊性，而需要持續性的外部介入等。

### （六）實踐應用

依照以上五點理論創新，我們就能打破此前（同時包含勞動法與社會保障法兩大部類的）社會法的混同複雜，而推導出以“社會給付”為核心的全新“社會法”學科基本框架，並以此為據著手彙編（而非編纂）中國《社會法典》，讓學術和立法回應民生。

此前，在勞動法與社會保障法兩大部類的混同下，很多人認為當前社會法研究基礎還很薄弱無法厘清相應規範的宏線內容，因而編纂社會法典的基礎還不成熟。但在將二者有所區分後，在比較法上我們就可以看到，如德國就是專注於社會保障，而在1977年提前啟動了其《社會法典》（SGB）彙編工作，成熟一章、頒佈一章，用三十餘年時間陸續彙編而成，<sup>[43]</sup>而在這一過程中為其國民提供出穩定的心理預期，逐漸達到了良好的社會治理效果，成為整個歐盟經濟的中流砥柱。再對比義大利、智利、美國等國在金融危機、新冠危機以來發展遲滯的種種反面經驗，我們就能看到，“無論何時，貧者的上升通道被封堵，都比貧困本身所帶來的後果顯得更為嚴重”，<sup>[44]</sup>為了給廣大民眾帶來穩定的心理預期，而避免矛盾積累深重後突發狀態帶來社會的激烈變動，我們應擺脫法教義學下“法典創制只能系統編纂”的單一印象，不再漫長等待社會法學教義的完全成熟去沉澱生活實踐、形成抽象“概念金字塔”概念來系統編纂適用，而是以彙編辦法及時展開，從當前日漸緊張崩壞的養老、醫療、生育、教育、住房等問題入手，需要哪部分、就彙編哪部分，成熟一部分、就頒佈一部分，為人們一點一點提供出確定的請求權基礎，將法律的功能由事後救濟推進到事前預防。

[43] 1977年頒佈第4編“社會保險總括性規定”，1983年頒佈第10編“社會管理程序與社會數據保護”，1989年頒佈第5編“法定醫療保險”，1990年頒佈第8編“少年兒童扶助”，1992年頒佈第6編“法定養老保險”，1995年頒佈第11編“社會護理保險”，1997年頒佈第7編“法定意外保險”，1998年頒佈第3編“就業促進”，2001年頒佈第9編“殘疾人的康復和參與”，2005年頒佈第2編“求職者基本保障”、第12編“社會福利”，直到現在還在持續修訂增加中。

[44] 馮華：《貧富差距到底有多大？》，載《人民日報》2015年1月23日，第17版。

具言之，我們應以滿足“疊代”性下的社會保護需要為目標，首先根據上述理論闡發制定出《社會法典》第一編“總則”編。於其中確定社會法的內涵、外延和基本原則；建立上述“核心內容”中由國家、社會、家庭和個人多層次共同實現的“社會給付”，特別是明確我國社會主義國家政府福利支出的剛性比例——每年財政的福利支出占比應不低於世界各國的平均水準或像《教育法》中一樣直接劃定所占GDP比例；再理順社會法律關係及其內生請求權的發生、運行和監督邏輯，規定“社會人”“社會財”“社會權”等創新概念，注重其差別性、賦權性、彈性的特徵，確立全新的社會法律關係。<sup>[45]</sup>

然後進入分則各編，從當前中國社會緊迫需要的養老、醫療、家庭生育等問題入手，在現行《社會保險法》、《老年人權益保障法》、《母嬰保健法》、《慈善法》、“社會救助法草案”、“建立健全職工基本醫療保險門診共濟保障機制的指導意見”等基礎上，逐章彙編中國《社會法典》。需要哪部分、就彙編哪部分，缺乏哪部分、就增加哪部分，成熟一部分、就頒佈一部分，通過各個分編的陸續頒佈逐漸落地上述“社會給付”的多層次設想，為人們提供出穩定的心理預期，確保生有所安、老有所護，在市場經濟充分發展之虞保護社會本身的和諧、流動、可持續發展。

綜上，通過具象的歷史時空觀分析，我們可以看到，中國當代已經進入了“疊代”型時代階段，社會分層已經出現並會趨於固化。故在當代法治建設中，除需繼續補課之前的公、私法建設外，亟需發展以“社會給付”為核心的新型社會法，來對社會本身提供全面保護，幫助每一個人在分層社會中應對失能、破除固化，而不僅僅限於特定弱勢群體的幫扶。

圍繞這一“社會給付”核心，我們就可建構出專門調整“社會法律關係”的社會法部門，對應建立起內涵外延相對清晰的創新元概念——差別性“社會人”、賦權性“社會財”、彈性“社會權”和明確社會義務，作為社會法律關係的主體、客體、內容三要素。由此確立“彈性主張”和“剛性給付”的請求權構造，體現“社會法”學科調整社會關係的基礎定調。

依此理論重構，我們就可抓住當前法典制定的窗口期，儘快彙編中國的《社會法典》，於其中確定出給付行政和矯正正義的剛性任務，從當前日益緊迫的養老、生育、教育、住房等問題入手，成熟一章、彙編一章、頒行一章，將法律的功能由事後救濟推進到事前預防。就此，由分別體現自由市場傾向與社會平等傾向的編纂型“民法典”與彙編型“社會法典”一起，兩翼支撐、均衡探索中國式現代化道路。

[45] 如在《民法典》“物權”類型之外，對接《民法典》第一章“基本規定”第3條：民事主體的人身權利、財產權利以及其他合法權益受法律保護，任何組織或者個人不得侵犯；《民法典》第五章“民事權利”第113條：民事主體的財產權利受法律平等保護，明確確立“社會財”類型，以及其賦權性特徵。

**Abstract:** China has entered the stage of "overlapping eras". On the one hand, the general task of overall enlightenment of equality has not been fully completed; On the other hand, the stratification of the society has accelerated and tends to solidify. Therefore, the contemporary construction of the rule-of-law, in addition to enhancing the private law autonomy and limited administration which are required by the former 'legitimacy of the era', also requires to develop a brand-new social law which provides comprehensive protection of the society itself, with the core method of inclusive and comprehensive "social payment" to help everyone deal with disability effectively and break the solidification of a stratified and risky society. Thus, the function of the social law couldn't be limited as the 'assistance to specific vulnerable groups'. Traditional theory of legal relationship comprises three elements as the subject, object and content. With the core of "social payment", we can innovate the three elements of 'social legal relationship' respectively as differential 'social person', entitled 'social property" and flexible "social right" bundled with clear social obligation. Accordingly, the basic structure of social law claim is "flexible claim" and "rigid payment". With all these innovation, the structure of social law become concise and clear, make it possible to compile China's Social Code as soon as possible by seizing the current window period for Codification, starting from pressing issues as the elder people supporting, childbirth, education and housing.

**Key words:** Legitimacy of the Era; Overlapping Eras; Social Payment; Social Law

---

(責任編輯：唐銘澤)

# 比較憲法與憲法哲學的若干基本問題

亞歷克·斯通·斯威特\* 翟小波\*\*

**摘要** 新立憲主義是指傳統的立法主權的瓦解，以及以權利為基礎的立憲主義的興起。新立憲主義由以下要素組成：一部成文的剛性憲法；一份權利法案；以及一種執行權利法案的司法機制。這些是該理論的基本特徵，但不同體系中這些要素的具體實現方式以及實際效力各有不同。

**關鍵詞** 比較憲法 憲法哲學 立憲主義 比例原則 政治憲法

## 一、斯通·斯威特的學術研究、耶魯法學院與中國民法典

**翟小波：**

根據香港大學的網頁，您從事“比較政治與國際政治、比較法與國際法、國際仲裁與人權”這些領域的研究，出版了13本著作，其中11本由牛津大學出版社出版。能否簡單介紹下您的研究，以及對各個領域的主要貢獻？

**亞歷克·斯通·斯威特（以下簡稱“斯通·斯威特”）：**

我主要是比較法和比較政治學的學者，研究對象是法體系。我的研究有些特別，我並非僅關注法體系中的某個特定領域，而是把整個法體系作為主要分析單位。我知道，大多數學者研究的是法的某些具體領域，或部分法條；我探討的是整個體系的演變。我的研究不僅是描述性的，更是解釋性的。我不僅關心“是什麼”的問題（比如，法是什麼？），還關心“為什麼”和“如何”的問題：為什麼法或法體系是現在這樣？它如何發展成這樣，而不是那樣？我並沒有忽略法的具體領域、條款或判決，而是將這些作為正反案例來闡釋更宏大的論點，並跨法域進行比較，以驗證假說和澄清理論。

我的研究非常廣泛，包括大革命以來法國憲法體系的演變，歐洲各國憲法法院和憲法政治，歐洲一體化進程和超國家治理的發展，歐洲法院（當今世界上最權威的法院之一）的演變，國際仲裁秩序的構建，尤其是合同自由，由在全球範圍內相互競爭的國際仲裁中心構成的仲裁秩序，《歐

\* 亞歷克·斯通·斯威特（Alec Stone Sweet），香港大學法學院講師。

\*\* 翟小波，澳門大學法學院副教授。

本文原文稿為英文，由本刊編輯唐銘澤翻譯為中文，澳門大學法學院博士研究生劉莎莎進行了校對，特此表示感謝。

洲人權公約》以及它為什麼和如何被納入各國法，成為直接可以實施的法規範。我2024年出版的新書比較了6個國際人權法院，也探討了我稱之為“實效性困境”的問題。所有法院或多或少都會面臨這種困境：法官在增強裁判實效的同時，可能會削弱對司法權的政治支持。

我的研究主題看起來五花八門，但都萬變不離其宗。我的核心旨趣就一個，即法官如何及能在多大程度上建立自己的權威，成為他們參與管理的政治與法體系中的重要角色。

**翟小波：**

從標題來看，您的作品主題相差甚遠，它們背後有沒有貫穿始終的主題和方法論？

**斯通·斯威特：**

我是研究法和法院的學者，不是傳統意義上的法學教授。我在耶魯法學院當了15年教授，耶魯法學院也不是傳統意義上的法學院，那兒就是一幫對法和法院感興趣的學者組成的學圈。耶魯法學院的教授們沒人僅從事法教義學，即便他們教義學分析的水平都很高。

但重要的一點是，耶魯每個教授做研究時，都會帶上常規理解之外的理論、問題或視角。在耶魯，正統的觀念認為，法只不過是一紙文字，本身並沒什麼知識性內容。這些文字在現實世界“成真”，靠的是政治、經濟、科學、觀念與意識形態等各種力量。因此，所有的學術研究都是“法與其他學科”（經濟學、哲學、政治學和女性主義等）的交叉。

**翟小波：**

耶魯法學院的學術精神和氛圍，是由法現實主義主導的吧？

**斯通·斯威特：**

耶魯法學院在1920年代孕育了法現實主義，並且一直是它的第一“故鄉”。這有著充分的理由：耶魯法學院一直重視公法研究，而不是私法研究（私法研究當年由哥倫比亞大學和哈佛大學主導，而非耶魯）。耶魯過去和現在都是美國公法研究的中心。一個人若是一名公法專家，他能不是一名法現實主義者嗎？公法在本質上是政治法，是憲制國中政治的法基礎。事實上，如今在美國任何主流法學院任教的學者，幾乎都是法現實主義者，沒有哪位嚴肅的學者會否認法反映了政治、經濟和社會等其它因素。此外，大多數學者也會否認可以或應當區分“公法”和“私法”——這實際上是漢斯·凱爾森（Hans Kelsen）在125年前就堅持的觀點。在亞洲，學者們往往害怕被貼上“法現實主義”的標籤，這讓我覺得很有趣，但這在分析問題時並幫不上什麼忙。

我已經出版了8本專著，11本牛津大學出版的書，在其他出版社也出過幾本書。貫穿這些書的主題是：我關注那些在規範基礎和基本功能上經歷過或正在經歷根本變化的法體系。我想理解，在法和法院效能日益增強之際，它們如何重塑自身所處的環境。這是我所有作品（包括《司法化與治理構建》）的核心主題，也是每本書的中心議題。如果一個法體系沒有經歷過轉型，我就沒什麼興趣研究。現在我對中國很感興趣，尤其是那些“超級法”（super-statutes）是如何正從根本上改變法和法院之間的關係。

**翟小波：**

這是否解釋了您對《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《中國民法典》）的研究？能否請您告訴我們，為什麼您對《中國民法典》感興趣？

**斯通·斯威特：**

在中國，政府官員選擇將一類權利（這類表述模糊的權利在西方也能找到）納入到民法典，而不是憲法。這些權利是可執行的，而憲法中的權利（通常是相同的權利）則不是，這是中國特色的水平效力（horizontal effects）。現在的問題是，法官會如何發展這些權利，以及中國共產黨是否會及如何影響法官行為。我對這些很感興趣，因為它們涉及法體系的深刻轉型。《中國民法典》使

中國在現代憲法意義上就水平效力問題直接和其它國家之間具有了可比性。《中國民法典》和行政訴訟法，就是“超級法”，它們填補了憲法留下的空白。“超級法”的概念是比較憲法學的重要主題，在我的《比例原則、平衡與憲法治理：比較與全球視角》（以下簡稱《比例原則》）第一章的最後部分有討論。

**翟小波：**

如果要您向年輕學者或學生推薦您的一本著作或文章，您會選擇哪個？為什麼？

**斯通·斯威特：**

《司法化與治理構建》（發表於《比較政治研究》）是我去世後仍然值得閱讀的唯一文章。而《歐洲的司法構建》一書是我對司法化理論的詳細闡釋與驗證。但這些作品並不容易閱讀，由於它們的理論內容非常精煉，需要細心研讀。事實上，我是第一個在英語中使用“司法化”（Judicialization）一詞的人，這個概念是我在研究生階段早期的文章中提出的。今天，許多人（甚至在中國也是如此）都在以各種方式使用這個術語。

**翟小波：**

在《司法化與治理構建》一文中，您提出了哪些主要觀點？

**斯通·斯威特：**

主要觀點在摘要、結論以及文章開篇的段落中有闡述。具體來說，在某些條件下，爭議的解決方式（尤其是判決與法官）會引發法體系的根本變化，而這種變革將被非司法行為者（non-judicial actors）制度化。

## 二、比較憲法學

**翟小波：**

根據谷歌學術數據，您是比較憲法學領域被引用最多的學者。您如何評論這個領域，包括它的過去、現在，特別是未來？

**斯通·斯威特：**

我研究生期間開始研究比較憲法學時，這個領域尚未未成形。當時沒有教科書、期刊，也沒有學者。儘管有人研究個別法院，但幾乎沒有真正的比較研究。如今，比較憲法學是一個龐大的領域，有自己的期刊、會議、理論和“學派”等等。

**翟小波：**

比較憲法學有哪些主要的“學派”，它們的主要觀點是什麼？

**斯通·斯威特：**

我對那些“學派”不感興趣，這個領域的研究很少與我的興趣一致，我的研究目的也不一樣。我感興趣的是建構理論，從中推導出假說，並盡可能系統地用材料來驗證我的假說。但大多數比較憲法學的學者並不這樣做。如果說我對該領域的未來有擔憂，那就是年輕學者變得太專業化了，忽視了重要的宏大問題（選擇研究無害的“小問題”），也忽視了比較研究的初衷，即構建概念和理論，驗證假說與觀點。我更喜歡關乎整個體系的大問題，而不是單個法領域或條文的小問題。

**翟小波：**

人們認為孟德斯鳩、托克維爾和戴雪是早期的比較憲法學家。您的研究與他們有什麼不同？

**斯通·斯威特：**

和孟德斯鳩一樣，我研究法體系整體，並關注每個法體系中哈特所稱的“內在面向”（也就是孟德斯鳩筆下的法的“精神”），以及法體系如何在巨變中得以延續。和托克維爾一樣，我相信法體系不僅反映，也會改變其所服務的社群的“政治文化”。我對戴雪沒什麼興趣。他的比較研究缺陷很大；他顯然不了解法國，而且正如許多人所指出的，他為了自己的目的歪曲了對英國的描述。

**翟小波：**

您曾提到馬丁·夏皮羅（Martin Shapiro）是您的導師，他的學術研究對您影響深遠。您能否談談夏皮羅最重要和最深刻的理論貢獻？它們又是如何塑造和影響您的學術研究的？

**斯通·斯威特：**

當我還是政治學研究生時，馬丁·夏皮羅是少數在美國主流法學院（加州大學伯克利分校）任教的政治學學者之一。他強調一個觀點：法院是政府的一部分；研究法院時，理應坦誠且毫不避諱地探討其與其他政府部門之間的互動方式。對馬丁和我而言，如果法院不制定法那它們就沒有意思。但法院制定法的方式又不同于立法機構。馬丁多次明確表達這一點，並至今反復重申：我們最好別否認法院制定法，而是要追問，法院究竟制定何種法？法院在哪些領域制定的新法最多或最少，以及為什麼？還有一些規範性問題，法院能制定好法嗎？法院是否幫助其他立法者更好地治理？

嚴格意義上我並不是馬丁·夏皮羅的學生，但他讀了我研究生時發表的一些文章後就在那時“收養”了我。

**翟小波：**

對有志於從事比較憲法學研究的年輕學生或學者，您有什麼建議？

**斯通·斯威特：**

與對任何聰明的研究生的建議一樣：提出重大且重要的問題；不要跟隨那些只關注細小、狹隘問題的老師。你並不是你的老師的附庸。

### 三、比較憲法學與憲法哲學

**翟小波：**

您在比較憲法學著作中引用了很多法哲學家，例如哈特、凱爾森、麥考密克等，還在《比例原則》一書中提到了拉茲的《論憲法的權威與解釋》。拉茲認為：

“關於憲法理論的著作堆滿了圖書館，這些著作几乎無一例外呈現為對某個國家的憲法實踐研究。無論它們提供的是對現行實踐的分析、為實踐提供辯護或者批判的學說，或者是提供改進的建議，都僅在某個國家的政治與憲法架構的背景下才可能成立……或許他們的潛在主旨並非限制大多數宪法解釋著作的有效性的。或許根本不存在真正普遍的憲法理論。畢竟法，包括憲法，因時因地而不同……怎麼能有一套超越所有差異的憲法解釋理論呢？”<sup>[1]</sup>

與拉茲的懷疑態度不同，拉里·亞歷山大（Larry Alexander）在其編著的《立憲主義的哲學基礎》一書中開篇即指出：“立憲主義是哲學探究的富礦。”<sup>[2]</sup>事實上，法哲學家（如哈特和凱爾森）都無法避免討論憲法，因為憲法是法體系的基礎。兩相比較，我更傾向於亞歷山大的觀點，無

[1] See Joseph Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, in Larry Alexander ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998, p. 152-153.

[2] See Larry Alexander ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 2001, p. 1.

論在概念還是規範層面，都有空間建構一套“真正普遍的憲法理論”（a truly universal theory），“獨立於”或“不受社會的文化、歷史與政治立場的影響”。<sup>[3]</sup>然而，與其他部門法哲學相比，憲法哲學或許是最不發達的領域之一。我認為，建構一套“真正普遍的憲法理論”需要借助比較憲法學，特別是考慮到比較憲法學的一個主要目標是“提煉所有憲法體系和傳統中的普遍或共同之處”<sup>[4]</sup>。您認為可能存在“真正普遍且有趣的憲法概念與規範理論”嗎？如果可能，您希望它是什麼樣的？它應該探討哪些主要問題？憲法哲學能從比較憲法學中學到什麼？

**斯通・斯威特：**

哲學家，也包括法哲學家，通常會對從經驗規則性中進行概括感到不安。他們有時會從理論規則性中進行概括，理論規則性通常通過演繹推理得出，而不涉及經驗和“現實世界”。他們往往認為自己的理論結論比在現實世界中應用更重要；實際上，他們通常並不關心其理論（比如關於某个概念的性質或範圍）能否或如何運用。哲學家們從理論規則性中進行概括，但很快因過度精煉概念而破壞了這些努力，導致概念覆蓋的範圍越來越小。我認為這是一個“抽象階梯”的問題：為了概括，人們必須沿著抽象階梯向上移動，以便概念涵蓋更多，而並非更少的現象。

**翟小波：**

我認為，如果哲學家沉迷於普遍性，讓理論能適用於更多的事物，就會導致理論變得太單薄而毫無趣味。例如，有一種憲法或民主的概念，認為所有國家，包括美國和朝鮮，都有憲法或民主，那這個概念就沒什麼意思了，同時也失去了任何有用的功能。您怎麼看？

**斯通・斯威特：**

有兩個問題，一是把概念或理論的適用範圍擴展的太大；二是將範圍限定至極少數情況。兩者都沒價值。為摧毀概括，只需堅持向下移動抽象階梯，使一個橙子只能與另一個橙子（最好是來自同一棵樹的）比較，而不能與水果（更高層次的抽象）比較。我更傾向於“中等範圍理論”（middle-range theory），它既可以承認每一個案例的獨特性，也可以看到它屬於何種類別。這需要大量的概念性工作。一切事物似乎都可以在某種抽象層次上進行比較；在另一種層次上，似乎就沒有什麼可以比較的（然而，這麼說就本身已經是在比較，而且也需要依靠可靠的概念）。

**翟小波：**

您會認為美國、德國、歐盟和法國的憲法實踐是可比的，而朝鮮和德國的憲法實踐是不可比的嗎？

**斯通・斯威特：**

不，我不認同這種觀點，它們當然具有可比性。要不然，相同的變量為什麼能解釋某些憲法秩序和實踐比其他憲法體制更“有效”或具有活力，同一套理論也可以解釋朝鮮和德國的情況。比較的目的在於解釋共性和差異；而好的理論能夠同時解釋兩者。我經常在抽象階梯中上下移動，許多哲學家也因此批評我。構建一個一般性的理論並不難，但代價是，人們會忽視憲法體制的具體細節。

**翟小波：**

如果有一種憲法一般理論只關注普遍性而不關注具體細節，您不會認為它毫無意義，是嗎？畢竟您在自己的書中引用了哈特和凱爾森的這種理論。

[3] See Jeremy Waldron, *Political Theory: Essays on Institutions*, Harvard University Press, 2016, p. 197-198.

[4] See Michel Rosenfeld & András Sajó eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, p. 10-11.

**斯通・斯威特：**

當然不會。我用哈特的“二階規則”概念來比較任一時期和地點下的憲法體制，被比較的就是二階規則的具體內容。此外，我的理論不僅僅是概念，還包含了社會科學意義上的變量；變量會變化——它們可能因時因地而異，從而迫使或允許我們關注具體的細節。

我想問題出在您對“一般性”（general）的定義上。您所說的一般理論是什麼意思？我的司法化理論是一般的——它是以一般的方式進行表述，但通過具體案例加以說明。它還解釋了為什麼大多數地方和時期沒有實現司法化……並不是每個體制都會司法化。只有滿足特定條件時，司法化才可能發生。

我更加關注比較憲法學中的具體問題，我研究具體體制如何處理這些問題。從這些累積的材料出發，人們可以開始進行一般化。但對我來說，一般化不過是一組統攝性的概念與假說（這些假說可能正確，也可能不正確）。我認為假說是為了闡明世界如何運作，即法和法院在特定條件下如何運行。

**翟小波：**

戴岑豪斯（David Dyzenhaus）和索伯恩（Malcolm Thorburn）曾抱怨說，“1990年代（或者在您看來是1950年代<sup>[5]</sup>）標誌性的權利法案立憲主義浪潮”和“比較法研究的爆炸性增長”都被憲法哲學忽視了。<sup>[6]</sup> 您同意他們的觀點嗎？

**斯通・斯威特：**

我的意思是，比較法學研究的激增並非始於20世紀50年代，但新的立憲主義确实是從1950年代的德國、意大利和《歐洲人權公約》興起。我同意戴岑豪斯和索伯恩的看法，哲學家整體上拒絕深入研究法院在保護權利時實際在做什麼。最重要的是，哲學家執著於絕對推理，並將所有權利視為絕對的和不可妥協的。德沃金也有這個問題，直到他生命的最後幾年才有所改變。有一些例外，比如巴拉克（Aharon Barak）和阿列克西。用阿列克西的話來說，哲學家們曲解了法，他們把權利視為不受限制條款約束的規則，而不是視為原則。許多著名的哲學家都犯了這個簡單卻又致命的錯誤。

## 四、立憲主義的類型

**翟小波：**

在《與阿哈龍・巴拉克的對話》中，您提到，“總合閱讀巴拉克的《比例原則：憲法權利及其限制》<sup>[7]</sup>和《人類尊嚴：憲法價值與憲法權利》<sup>[8]</sup>，可以形成一套相對完整的現代憲法的一般理論。”即使我們無法擁有一種既“真正普遍”又有趣的憲法哲學，我覺得您會認同，我們能夠並且可能已經擁有一套關於“現代憲法”（modern constitutional law）或“新立憲主義”（new

[5] See Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, 2019, p. 1,7.

[6] See David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn eds., *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016, p. 1-2.

[7] See Aharon Barak & Doron Kalir, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

[8] See Aharon Barak, *Human Dignity: the Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, 2015.

constitutionalism) 的普遍（或一般）且有趣的理論，對吧？除了上面兩本書，您所著的《比例原則》和《國際人權法院的法與政治》，以及雅各布·溫里布（Jacob Weinrib）的《尊嚴的維度：現代憲法的理論與實踐》都可以視作是對這種“完整的現代憲法一般理論”的貢獻。這種一般理論的主要方法論和實質性主張是什麼？

**斯通·斯威特：**

新立憲主義，按照雅各布·溫里布的說法，是指傳統的立法主權的瓦解，以及以權利為基礎的立憲主義的興起。

新立憲主義由以下要素組成：一部成文的剛性（entrenched）憲法；一份權利法案；以及一種執行權利法案的司法機制。這些是該理論的基本特徵；但不同體系中這些要素的具體實現方式以及實際效力各有不同。

**翟小波：**

現在有許多類型的立憲主義：除了您研究最多的新立憲主義，還有馬蒂亞斯·庫姆（Mattias Kumm）提出的“全面立憲主義”（total constitutionalism），德沃金和艾倫（TRS Allan）等人提出的“法律立憲主義”（legal constitutionalism），以及格里菲斯、沃爾德倫和貝拉米等人提出的“政治立憲主義”（political constitutionalism）。您對這些爭論有何看法？

**斯通·斯威特：**

“全面憲法”（total constitution）的內涵很簡單，即從法和司法的層面而言，權利法案至少在原則上涵蓋了個人人身和行為的所有領域。這是一個具有理論後果的經驗性說明。我不知道德沃金和艾倫是否認同權利應該或確實擴展到所有的私法訴訟，就像在我們更為熟悉的“縱向”公法關係中一樣。法律立憲主義只有在權利擴展到所有法關係（包括私法）時才與全面憲法相關。如果權利不涵蓋私法，就不存在全面憲法，儘管法律立憲主義仍然可能存在。全面憲法只是法律立憲主義的一種形式。我認為“政治立憲主義”沒有任何實質意義，它的含義完全由那些希望不受約束的政府官員說了算。它僅僅只是一種基於政治立場的修辭，用來反對司法機關執行權利法案。其本身在司法層面並無獨立存在的意義。我甚至不認為“政治立憲主義”是理論，它們只不過是一種政治偏好，並且不斷地被編造和解構。

**翟小波：**

例如，政治立憲主義者將英國憲法視為政治憲法的典範。他們總是說民主進程不應受權利法案的限制，權利衝突是政治衝突，應由對民主負責的政治家而非法官來解決。他們還認為現代憲法（剛性的權利法案加上司法審查）會導致司法專制。

**斯通·斯威特：**

我已經說過了我對政治立憲主義的看法，我不認為它是立憲主義。我已經在許多場合回應了您提到的這些爭論。這些爭論毫無意義，特別是在英國，那裡的政治問責約等於零。最近的四位英國首相都沒經過選舉就上台了，權力而非選舉才是最重要的，這種立憲主義或問責的理念難以令人滿意。

**翟小波：**

您在書中提到三種立憲主義的概念。<sup>[9]</sup>這三種概念是不是一樣的好或正確？如果我們對某種事物（如立憲主義、憲法、法治等）有好幾種概念，如何判斷哪一個更好？您還寫道，“全書批判性

[9] See Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, 2019, p. 9-10.

地探討了‘有限政府’的表述”，您能否說說您是如何“批判性地探討”這個表述的？

**斯通·斯威特：**

假設您指的是《比例原則》這本書，我在第一章中闡述了我所偏好的對這一概念的定義。立憲主義實際上是個變量，它指的是無論憲法如何實施，人們都願意按照憲法來生活和治理國家。其他定義在某些方面具有實用性，至少對一些學者而言。憲法不僅僅“限制”政府，也給政府賦能。例如，有限權利的限制性條款，就是預先授權政府官員為了重要的公共目的而限制權利的行使，只要這種限制是符合比例原則的。從更宏觀上來講，憲法不僅創造了各種機構，也在它們之間分配權力，這並不是單純地“限制”，也是在賦予權力。《比例原則》這本書幾乎全在探討，當對限制權利的權力是否正當行使產生爭議時，法院如何裁判限制性條款的適用邊界。

## 五、憲法權利與比例原則

**翟小波：**

憲法權利的意義是什麼？為什麼我們需要一部權利法案？

**斯通·斯威特：**

在深層的康德哲學意義上，權利具體化了自由的概念。新立憲主義在其起源與發展中，體現了某些康德式的原則。要理解這點，並不需要深入研究康德，但必須對自由有基本的認識，並相信自由對法體系的正當性至關重要。若無法理解或拒絕這點，那麼權利（或社會意義上的自由、正當性等）就沒有任何意義。我們也可以從名為尊嚴的基礎規範（Grundnorm）開始，由此衍生出所有正當的法規範。

**翟小波：**

我們能否像邊沁和密爾那樣，以功利原則為出發點？

**斯通·斯威特：**

您可以那樣做，但我不會。功利原則通常否認權利的先驗性原則。如果我想成為奴隸，奴隸主想占有我作為奴隸，那麼應當允許奴隸制嗎？您認為邊沁或密爾會怎麼說？康德的立場很清楚。而且我們也知道，為什麼“尊嚴”不會輕易認可狹義功利主義的觀點，反而要求從更寬泛的層面得到證成。新立憲主義建立在以下觀念之上，尊嚴和權利具有功利價值，但這種功利價值是長期的、分散的，是對我們共同生活的群體有益的。

**翟小波：**

是否存在絕對的憲法權利？如果有，具體有哪些？

**斯通·斯威特：**

每一部有效的權利法案都有少數的絕對權利，例如免於奴役、酷刑、不法殺害和人道主義對待以及基本程序正義的權利等。這些權利的絕對性幾乎沒有爭議。有些人還會把基本的反歧視規範加入其中。沒有任何公共理由可以正當化對這些絕對權利的侵犯。相反，公共理由可以正當化對有限權利的限制，限制條款本身也明確指出了這一點。

**翟小波：**

您認為憲法權利是約束政治優勢者的“剛性權利”（entrenched rights），同時您也承認大多數憲法權利是“有限權利”（qualified rights）。有限權利可能會被立法者或法官限制，那麼它們是否仍然是剛性權利？

**斯通・斯威特：**

在新立憲主義中，“剛性”僅僅意味著這些條款不能通過普通的立法程序修改，但能通過憲法本身規定的程序加以變更。有限權利仍然是剛性權利。一些憲法規範和程序，例如比例原則，是司法機關構建的不成文原則（法的一般原則）。關於比例原則是否或如何可以從權利本位的憲法中移除，不同理論有不同的看法。

**翟小波：**

憲法權利不僅通常是有限制的，而且通常是模糊的。法治要求法必須清晰、明確和具體。那麼，模糊且有限的憲法權利是否違背了法治？

**斯通・斯威特：**

權利能有多模糊是一個經驗性問題，也是一個變量，而不是一個固定的屬性。一項憲法權利可能比一項立法權利更加具體，反之亦然。

**翟小波：**

如果憲法權利必須不同於立法權利（即由立法機關授予公民的權利），那麼它們之間的區別是什麼？在確定公民最終可以享有的具體權利時，制憲者、立法者和法官應扮演什麼樣的角色？

**斯通・斯威特：**

我認為憲法權利和立法權利之間沒有本質區別，除了規範層級效力外。憲法是上位法，權利法案作為憲法規範也屬於上位法。在現代憲法中，人們期待每個國家機構的每位官員在制定、解釋和執行法時都能保護權利；某些法官有權監督並對其他官員如何履職作出權威裁決。

**翟小波：**

若如您所主張，憲法權利是約束政治優勢者的保險安排，那麼我們必須確保負責限制權利的機構不受政治優勢者的影響。我們如何實現這一點？

**斯通・斯威特：**

我的論文《法國司法政治的誕生》第一次提出了“保險理論”，後來由湯姆・金斯伯格進一步發展（湯姆・金斯伯格是馬丁・夏皮羅的學生，他讀過我的論文，並提出了有益的評論）。這不是一種“主張”，而是提供一套有邏輯或有理由的理論，解釋了為什麼統治者（或政體中的統治者群體）可能會認識到，權利保護和司法審查符合他們的利益。這一理論可以解釋某一特定情況。保險理論是比較憲法學中研究得最充分的理論，研究表明它對司法審查的發展具有強大的、可普遍化的解釋力。亞洲地區的中國、韓國和新加坡都為這一理論提供了強有力的證據。

**翟小波：**

在《比例原則》一書中，您提到，過去 20 年裡主導您的法與政治研究的問題是，“法官是否以及如何平衡衝突的價值和利益”。你認為比例分析（proportionality analysis）是“權利裁判的核心程序”，是“現代憲法國家治理的核心”。<sup>[10]</sup> 是否可以說，制憲和立法本質上也涉及平衡衝突的價值和利益？如果是這樣，制憲者和立法者的平衡與法官的平衡有何不同？

**斯通・斯威特：**

幾乎所有與制憲和立法相關的重要事項，其根源都在平衡的行為，這一經典觀點可以追溯到 19 世紀。問題是，由誰在何時進行平衡，是在事前立法階段，還是在事後具體案件中？順便提一下，馬丁・夏皮羅的哈佛博士論文，<sup>[11]</sup> 研究了美國最高法院從霍姆斯（一位精緻的平衡主義者）到

[10] 同上註，第3頁。

[11] See Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, 1981.

1950年代中期在平衡問題上的發展。

**翟小波：**

法官對不同價值的平衡是否會導致“司法權”與“立法權”的混同？如果是這樣，我們是否需要擔心這種混同？正如孟德斯鳩所警示，這會導致法官成為立法者。

**斯通·斯威特：**

確實如此，在現代憲法中，立法權和憲法或最高法院法官的司法權緊密相連、不可分割，除非採用一種過於形式主義的分析方法，但這種分析方法作為解釋模式並無用處，且十分無趣。

**翟小波：**

學界存在兩種流行主張。第一，法律義務和權利是（或應該是）阻斷性的（peremptory）的權威規範；第二，價值或利益彼此之間是不可通約的（incommensurable）。您同意這兩點看法嗎？它們似乎與比例分析不相容。

**斯通·斯威特：**

無論是從經驗角度還是理論角度出發，我都不同意這兩個主張。在現代權利保障體系中，大多數法哲學家的觀點都是無關緊要的。因為他們的理論思考與司法實踐脫節，大多數人根本“不理解”權利，他們只關注絕對權利。法官和立法者一直在平衡，並且這種平衡是依據一些公認的“法律”進行的，這些法律要麼由法院，要麼由重視司法實踐的重要法哲學家（如阿列克西和巴拉克）所闡述。我在《比例原則》一書中詳細探討了這一問題。

**翟小波：**

您認為是否有值得嚴肅對待的對比例分析的批評？

**斯通·斯威特：**

確實有很多需要嚴肅對待的批評。問題在於，其他替代方案是否可以更好地解決問責和權利保護的問題。比例分析在限制有限權利上存在許多問題，但它是我們已知的最佳解決方案。它有兩大優勢：第一，訴訟中不排除任何重要事項，當事人重要論點都有表達空間；第二，比例分析並沒有告訴法官如何平衡，即不預設論點的權重高低。那麼，為什麼有人會害怕比例分析呢？反對者要麼認為它過於重視權利，要麼認為它對權利重視得不夠。確實如此，這兩種觀點值得嚴肅對待，但這些都是經驗性問題：即法官在實際案例中如何運用比例分析，以及效果如何。

## 六、憲法權利是否體現了一種客觀價值秩序？

**翟小波：**

在著名的呂特案中，德國聯邦憲法法院指出：（1）基本權利主要是公民防禦國家的權利；（2）《德國基本法》的基本權利條款還體現了一種客觀的價值秩序，這一秩序作為基本的憲法制度適用於所有法領域。這段話陳述了兩個對基本權利本質的主張。我認為，第一個主張幾乎被所有憲法學者接受，而第二個主張更具爭議性。相反的觀點認為，憲法權利條款只是限制國家（或主權者）的規則，或者說是“具體能做什麼或不能做什麼的清單”<sup>[12]</sup>，這些規則並未體現任何系統的政治、道德、政策綱領或理論或意識形態。例如，霍姆斯曾說，憲法“僅體現了相對基本的權利規則，這些規則被所有的英語國家共同接受”<sup>[13]</sup>，而且“它並非旨在體現某種特定的經濟理論，無

[12] See Steven D. Smith et al., *A Principled Constitution? Four Skeptical Views*, Bloomsbury Publishing, 2022, p. 3.

[13] *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903).

論是主張國家對公民家長主義或兩者有有機關係的理論，還是自由放任主義。憲法是為持有根本不同觀點的人們所制定的。”<sup>[14]</sup> 鮑登（Thomas A. Bowden）認為，“霍姆斯說，最高法院守護的是一部空洞的憲法，沒有目的、沒有道德內涵、沒有固定含義，沒有任何定義個人與國家關係的內在原則。”<sup>[15]</sup> 您對基本權利條款的性質持何立場？以上兩種觀點哪一種更加正確？

**斯通・斯威特：**

第二個主張是否具有爭議，取決於具體的法體系。在某些體系中，權利滲透到所有子法系統，包括私法領域，而在另一些體系中則不然。這並不是大陸法系與普通法系的區別。在普通法體系中，愛爾蘭、加拿大和南非已採納了水準效力學說（horizontal effect doctrines）。霍姆斯對現代憲法沒有什麼興趣，儘管他也經常進行平衡。為什麼在擁擠的劇院裡虛喊“著火了”不受言論自由的保護？因為這一言論在思想世界中毫無價值，它的權重明顯低於公共利益。您問我哪一種立場正確，這似乎是一個規範性問題，我對此不作評論。相反，我會思考，法院是如何得出“客觀價值秩序”這一表述的？它對法體系、法院、權力分立、律師和訴訟產生了什麼影響？該法院是否對其他法體系產生了影響？

需要明確的是，我對所有重要的、具有變革意義的判決所引發的規範性討論都非常重視。實際上，在我所有研究中，我都把判決“正確與否”或“好與壞”的規範性爭論視為材料，這些材料對我研究法體系如何發展和變化至關重要。但我要再一次重申，這是一個經驗性問題：這些爭論是有待解釋的材料。

## 七、關於格里菲斯的“政治憲法”

**翟小波：**

以《歐洲人權公約》第 10 條為例，格里菲斯在他著名的文章《政治憲法》<sup>[16]</sup> 中提出了以下觀點：

1. 權利的表述通常模糊不清，它們實際上是“對政治衝突的陳述，卻偽裝成了對衝突的解決”（第 14 頁），權利本質上是“政治主張”（第 18 頁）；
2. 成文憲法和權利法案“只是將政治決策從政治家手中轉移到法官或其他人手中。由最高法院作出某些類型的政治決策，並不會使這些決策變得不那麼政治化。”（第 16 頁，另見第 14 頁）
3. “法不是也不能成為政治的替代品。”（第 14 頁）法官“是追求政治目標的政治動物，這些目標遠比憲法權利所體現的抽象原則更狹隘、有限和短暫。”（第 16 頁）
4. “政治決策應由政治家作出……這意味著由可以被罷免的人作出。顯然易見的是，統治者的責任和問責應該是真實的，而不是虛構的……我們無法通過限制政府的法定權力來戰勝專制主義，唯一的辦法是堅持開放的政府。”（第 16 頁）“潛在的專制威脅不能通過法的干預或制度設計來避免……只有通過政治實施的政治控制，才能提供解決方案。”（第 16 頁）政治控制的優勢“不在於政治家更有可能提出正確的答案，而在於……他們比法官更容易被追究責任，並且可以被罷免或在聲譽上受到損害。”（第 18 頁）

您對格里菲斯的這些觀點有何看法或回應？

[14] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

[15] See Thomas A. Bowden, *Justice Holmes and the Empty Constitution*, 4 The Objective Standard 21, 32 (2009).

[16] See John AG. Griffith, *The Political Constitution*, 42 The Modern Law Review 1, 1-21 (1979).

**斯通・斯威特：**

我的回應是，您剛剛所提到的大部分內容是夏皮羅在本科一年級課程中教授的基礎知識，這些觀點重申了夏皮羅和我在《法、政治與司法化》中提出的基本立場。我們並不將法與政治隔離開，相反我們堅持，應將法院作為政治的一部分來研究。這些說法沒什麼新奇，我們歡迎格里菲斯加入這個陣營。但格里菲斯似乎認為這些陳述是什麼驚世駭俗的觀點，其實不然，它們平淡無奇且過時了。也許他應該做一些更有趣的研究。與此同時，不管格里菲斯怎麼說，法院保障權利的落實。如果格里菲斯的觀點能影響到有政治影響力的人，我才會對他感興趣。當然，這些在英國只是些“安全”的標準觀點，沒什麼意思。我對這些觀點沒有想法，它們既傳統又無聊。

**翟小波：**

我特別感興趣的是，如何確保負責實施憲法或權利法案的最高法院（或許可以被視為主權者）切實受到憲法或權利法案的約束，而不去違反它們？換句話說，如何避免司法專制？

**斯通・斯威特：**

這一點永遠無法得到保證。如果憲法法院是“憲法的守護者”，那麼誰來防範守護者？沒有人。有兩個問題值得注意，格里菲斯在他的論述中似乎忽略了。第一，官員和人民是否會因為有了守護者而得到更好的保護？第二，憲法法官如何受到約束，如果約束只是間接的？法官必須為他們的判決提供法律上的理由。法官也同樣受到比例原則的約束。在現代憲法中，法官有義務保障權利的落實，大多數法官也有義務使權利得以實現。最重要的是，如果法官不能爭取到他們所服務的對象（包括人民和國家官員）的支持，他們自身就無法生存和發展，這也是夏皮羅和我的觀點。被迫爭取支持本身就是一個強有力的約束。

我的大部分研究都涉及這種“憲法對話”，即法官如何通過法律話語（legal discourse）與他們所服務的對象互動，共同努力保護權利。這種對話是司法化的主要機制。沒有司法化的地方，也就沒有這樣的對話。

## 八、斯通・斯威特的最新著作：《國際人權法院的法與政治》

**翟小波：**

您能否介紹一下您的最新著作《國際人權法院的法與政治》？這本書如何與您的現代憲法的一般理論相融通？

**斯通・斯威特：**

這本書探討了三個關鍵主題。首先，本書闡述了六個區域性人權法院的起源與演變。每一個法院中的法官都試圖克服那些可能使制度失效、使其脫離民眾日常生活政治力量和法律障礙。

第二，本書分析了一種普遍的“有效性法理學”（jurisprudence of effectiveness）的興起，該理論的明確目的是，在新興的、多層次的“跨國司法體系”中提高權利保護標準。跨國司法體系由三部分構成：一部權利法案、一所負責執行法案的法院，以及個人向該法院提起訴訟的權利。本書分析了各種主題的案例法，涵蓋了絕對權利（如生命權、不受酷刑權和不被奴役權）以及若干有限權利（如自決權、墮胎權和隱私權、家庭權和原住民的財產權）。

第三，本書探討了國家官員對跨國司法體系發展的反應，特別是國家官員在多大程度上接受更有效的權利保護的前景。在每個案例中，跨國司法體系的活動都遭到了重大的政治“抵制”，導致一些國家試圖限制法院的權威或退出該體系。本書描述並評價了這些嘗試，其結果不盡相同，但大

多數限制法院的舉措都失敗了。

這本書實際上是對現代憲法研究的延續，因為這些公約都包含可執行的權利法案，它們反映了現代憲法的基本內容，而且法官也認同這一點。這表明，現代憲法和國際權利公約是不可分割的。

---

**Abstract:** The new constitutionalism charts the destruction of traditional forms of legislative sovereignty, and the beginning of rights-based constitutionalism. MCL (the new constitutionalism) is composed of the following elements: a written, entrenched constitution; a charter of rights; and a judicial mechanism of enforcing the charter. These are the defining characteristics; systems vary in how these elements are actually realized, and how effective they are.

**Key words:** Comparative Constitutional Law; the Philosophy of Constitutional Law; Constitutionalism; Proportionality; Political Constitution

---

翻譯：唐銘澤

校對：劉莎沙、翟小波

（責任編輯：張竹成）

# 數據知識產權登記的理論基礎與規範構造

趙家儀<sup>\*</sup> 程智婷<sup>\*\*</sup>

**摘要** 建立數據知識產權登記制度是數據要素市場化配置改革的關鍵。但目前數據知識產權登記的制度設計存在較大爭議，亟需構建統一的登記體系。作為知識產權領域的新型財產登記制度，數據知識產權登記應發揮證明權屬關係、降低交易成本、保障交易安全、篩選保護方式的功能。其登記對象應限定為進行實質性處理、具有一定規模性的數據集合。為穩步推進數據知識產權登記，宜將“登記機關形式審查+第三方服務機構實質審查”模式作為過渡，最終採取“登記平台形式審查+登記機關實質審查”模式。同時，為滿足構建數據可信流通體系的要求，應堅持登記生效主義，賦予數據知識產權登記以公示公信效力，作為數據原始權利合法性與數據流轉有效性的初步證明。

**關鍵詞** 數據知識產權登記 實質審查 登記生效主義 公示公信力

## 一、引言

2022年《中共中央 國務院關於構建數據基礎制度更好發揮數據要素作用的意見》（以下簡稱《數據二十條》）明確提出“研究數據產權登記新方式”，標誌著數據產權制度構建上升至國家戰略層面。數據作為數字經濟的關鍵要素，已成為與土地、勞動、技術等傳統生產要素同樣重要的新型資產。《2025年知識產權強國建設推進計劃》進一步提出“加快研究構建數據知識產權保護規則”，表明建立數據知識產權登記制度，不僅是推動數據要素市場化配置改革的關鍵舉措，更是構建數據知識產權保護規則的基礎性制度保障。當前，多省市已積極探索數據知識產權登記實踐，但在具體制度設計上仍存在顯著差異，尤其面臨客體界定不明晰、審查模式不一致和法律效力不確定三大核心問題。這些實踐既為完善數據知識產權登記理論提供有益借鑒，也深刻揭露構建數據知識產權登記制度的迫切性與必要性。鑑於數據知識產權作為新型財產權，其難以直接援引傳統知識產權登記規則，亟需構建適配其特性的統一、高效登記體系。有鑑於此，本文旨在闡釋數據知識產權登記的制度邏輯，檢視現有數據登記制度的體系局限，並在明確數據登記核心功能的前提下，進一

<sup>\*</sup> 趙家儀，中南財經政法大學知識產權研究中心教授、博士生導師。

<sup>\*\*</sup> 程智婷，中南財經政法大學知識產權研究中心碩士研究生。

本文係國家社會科學基金重大項目“支持全面創新的知識產權制度體系構建研究”（項目批准號：23&ZD161）階段性研究。

步探索構建專門化的數據知識產權登記制度，以期為產業實踐和學理研究提供有益參考。

## 二、數據知識產權登記的正當基礎

數據知識產權登記是推動數據要素市場化配置改革的重要制度創新。相較於規制有形財產的傳統物權登記，知識產權登記制度在客體屬性、運行邏輯等方面，更契合數據登記的內在訴求。因此，有必要立足於數據作為新型知識產權客體的本質屬性，論證構建數據知識產權登記制度的合理性與可行性。

### （一）數據作為新型知識產權客體的理論基礎

數據知識產權登記的邏輯起點，在於釐清數據作為新型財產權客體在財產法譜系中的定位。數據兼具財產、公共產品與大規模集合屬性，這既體現其獲得財產權保護的合理性，又彰顯其與知識產權客體的契合性，更凸顯其作為新型財產權客體的獨特性。基於此，數據得以作為一種新型知識產權客體流入市場。

第一，財產屬性是數據獲得知識產權保護的重要基礎。理論與法律層面已初步達成數據具有財產屬性的共識。一方面，確認數據的財產屬性契合勞動財產學說的根本要求。該學說主張勞動者對經其勞動產生的增益部分享有私人權利。<sup>[1]</sup>知識產權領域通過將“勞動”延伸解讀為“腦力勞動”，論證賦予知識產權這類無形財產權利的正當性。同理，數據蘊含顯著的規模經濟效益，其在流通利用過程中實現保值增值，該過程凝結大量的人力、物力和財力等稀缺性“勞動”資源，構成數據具有財產屬性的正當性基礎。即使未進入市場交易，數據固有的使用價值和交換價值亦客觀存在。另一方面，承認數據的財產屬性符合民事立法的基本定位。2016年《中華人民共和國民法總則（草案）》曾將“數據信息”列為新型知識產權客體，後因理論爭議較大而被刪除。儘管《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《民法典》）未將數據納入知識產權客體範疇，但第127條確認數據的財產性權益地位，為構建數據財產權的規範體系奠定基礎。同時，援引第123條關於知識產權的規定，可對數據登記進行法律選擇。即在現有知識產權框架內，對符合第123條所列舉知識產權客體規定的數據類型，直接依據傳統知識產權登記制度進行登記；而對傳統知識產權客體無法涵蓋的數據類型，則根據該條第8項的兜底性條款，在知識產權框架內調適性地進行制度創新，構建與著作權、專利權、商標權等平行並列的數據知識產權登記制度。因此，在知識產權框架內探索數據賦權路徑，兼具深厚的法理基礎與堅實的實踐支撐。

第二，公共產品屬性是數據與知識產權內在邏輯契合的根本原因。制度經濟學將公共產品的核心特徵界定為非排他性與非競爭性。<sup>[2]</sup>這意味著其一旦生產，任何個體都可自由使用，且不造成有形損耗。由此導致市場自發的調節機制失靈，進而損害社會整體福利。為矯正公共產品引發的市場失靈問題，知識產權制度通過“法律擬制稀缺性”，人為地創設法定權利以實現財產賦權。<sup>[3]</sup>區別於傳統物權通過“客體排他”達成“客體上利益排他”，知識產權以“客體共享”實現“客體上利益排他”。這表明，公共產品屬性與私有產權屬性共同構成知識產權的制度要義。<sup>[4]</sup>同理，除具備私有產權屬性外，數據亦具備顯著的公共產品屬性。作為一種非物質性的無形財產，數據既不會發

[1] 參見[英]約翰·洛克：《政府論》，葉啟芳、瞿菊農譯，商務印書館2023年版，第160頁。

[2] 參見[以]妮娃·埃爾金科倫、[以]伊萊·M·扎爾茨伯格：《數字時代的知識產權法經濟學》，劉劭君譯，知識產權出版社2023年版，第49-50頁。

[3] See Peter S. Menell, *Tailoring Legal Protection for Computer Software*, Stanford Law Review, 1986, p.1336-1338.

[4] 參見吳漢東：《數據財產賦權：從數據專有權到數據使用權》，載《法商研究》2024年第3期，第11頁。

生有形控制之佔有，可為多主體同時使用和傳播，具有非排他性；其更不會發生有形損耗之使用，反而因廣泛使用和傳播催生價值增加與內容延展，展現出非競爭性。<sup>[5]</sup>這使數據與作品、發明、商標等知識產權登記對象有著近似的自然屬性。事實上，知識產權制度具備高度的包容性和延展性，能夠靈活適配不同類型無形資產的保護需求。數據作為新型無形資產，本質上是一種被記載的特定信息，其呈現的信息本質與知識產權客體間存在緊密聯繫，構成能將二者進行比較研究的事實基礎。<sup>[6]</sup>因此，將數據納入知識產權法律框架，不僅符合調整新型法益的基本邏輯，更便於高效利用現有制度的基礎環境。

第三，大規模集合屬性是數據在知識產權框架內創設新型權利的核心基石。本質上，大規模集合屬性是數據具有多維度特性的外在映射。一是數量維度，數據具有顯著的大規模特性。數據價值在數字經濟中高度依賴規模效應，大規模性是單個數據演變為具有重要商業價值之數據集合的基本要素。<sup>[7]</sup>相比之下，小規模數據集或傳統數據庫的價值體現於數據內容，而大規模數據集合的價值則主要體現在數據規模。<sup>[8]</sup>這種規模優勢往往伴隨更高的獲取成本、更強的技術壁壘以及更顯著的市場競爭優勢，從而構成數據獨立經濟價值的基礎。二是形式維度，數據兼具集合性與動態性。一方面，數據呈現集合形態，由經過結構化和標準化的數據匯聚而成；另一方面，數據始終處於動態變化與實時更新的狀態，這正是數據價值攀升的關鍵動能。三是質量維度，數據內容的全面性驅動數據價值的聚合性。數據經濟價值的產生源自決策模型的使用，在提升洞察力、決策力為導向的技術應用過程中，形成有助於決策的數據集合。據此，數據內容的全面性直接賦能商業決策的科學性、準確性和有效性，助力數據形成獨立的商業價值。基於這種複合屬性所衍生的獨立價值，並非源自數據本身的創造性或提取數據付出的創造性勞動，這導致“大數據”難以直接適用傳統“小數據”模式下的知識產權保護路徑。因此，有必要在知識產權框架內探索建立契合“大數據”內在特質的專門保護機制。

## （二）數據進行知識產權登記的必要性闡釋

作為新型知識產權客體，數據權利的確認、保護與利用高度依賴登記制度確立的產權狀態和產權邊界。同時，基於數據權利自身具備的財產、公共產品與大規模集合屬性，建立專門的數據知識產權登記制度顯得尤為必要。

首先，數據權利的確認促使數據知識產權登記制度應運而生。數據權利確認，是指在實體法已明確規定數據法定權利的基礎上，通過登記程序對具體權利狀況予以審查、認定與公示的法律行為。該過程旨在明確數據權利的歸屬與內容，增強權利的確定性與公開性，並使不特定第三人知悉權利狀況。需強調的是，數據“權利確認”與“權利設立”存在本質區別。“權利設立”源於實體法的明文規定，構成數據權利產生的實體依據；而“權利確認”則是在權利設立的前提下實施的程序性機制，其本身並不創設新的實體權利。<sup>[9]</sup>根據科斯定理，清晰的產權界定是進行市場交易的前提。<sup>[10]</sup>然而，囿於數據具有無形性特徵，導致其權利邊界往往較為模糊，難以通過佔有等傳統物理手段進行明確界定。<sup>[11]</sup>面對諸如發明、商標等傳統無形財產固有的權屬模糊問題，知識產權登記制

[5] 參見北京互聯網法院課題組：《數據權益知識產權司法保護的體系協調與規則創新》，載《法律適用》2024年第4期，第106頁。

[6] 參見郝思洋：《知識產權視角下數據財產的制度選項》，載《知識產權》2019年第9期，第47頁。

[7] 參見程嘯：《企業數據權益論》，載《中國海商法研究》2024年第1期，第52頁。

[8] 參見盧純昕：《數據保護的類商業秘密路徑建構》，載《知識產權》2024年第3期，第97頁。

[9] 參見羅亞文：《數據產權登記制度：從實踐探索到理論構建——基於確權與交易的視角》，載《理論與改革》2025年第2期，第77頁。

[10] See Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law and Economics*, Vol.3, p.1-44(1960)

[11] 參見陳國鋒：《基於專利確權規則的數據知識產權確權研究》，載《科技管理研究》2025年第6期，第137頁。

度通過法定程序賦予權屬唯一確定性與可追溯性，構成無形財產權屬界定的關鍵制度。同樣地，數據作為新型無形財產，其權屬界定亦離不開登記制度構建的明晰權利外觀。交易主體通過查詢統一的登記簿，可即時獲悉權屬狀態，而無需支付高昂的信息成本追溯權利來源或驗證權屬真實性。這從根本上消除信息不對稱與降低數據交易成本，推動數據流通效率趨近科斯定理所描述的“零交易成本”理想狀態。加之，數據還具有動態性特徵，其價值隨內容更新和使用方式的動態變化呈現不確定性，進一步增加數據權利界定的複雜程度。正因如此，數據權利確認更依賴知識產權登記制度提供的確定性，亟需建立契合數據特性的登記體系，為數據權利確認奠定法律基礎。

其次，數據權利的保護呼喚數據知識產權登記制度加速構建。明確的數據知識產權保護規則，能有效激勵社會經濟主體投入資源收集、處理和應用數據，推動形成高質量的數據資源。然而，當前關於數據權利保護的理論探討尚未達成共識，實踐中亦缺乏明確的法律指引，導致數據侵權糾紛頻發。在此背景下，構建數據知識產權登記制度對強化數據權利保護具有重要意義。一方面，構建數據知識產權登記制度有助於穩定市場預期。該制度通過科學界定權利範疇與健全程序設定，能為權利人主張數據財產性利益提供初步證據，有效發揮定紛止爭的作用。<sup>[12]</sup> 與版權自願登記制度不同，專利權與商標權因技術功能雷同及商標標識相似的高概率性，遵循登記生效主義。類似地，數據因具有非排他性與可複製性，亦存在內容近似的較高可能性。為避免因權利邊界不確定性引發權利交叉與衝突，借鑒專利權與商標權的登記生效模式構建數據知識產權登記制度，無疑是更適宜的路徑選擇。<sup>[13]</sup> 另一方面，實施數據知識產權登記制度有助於構建分級分類的數據保護機制。在登記生效模式下，已登記的數據可獲得數據知識產權專門保護；而未登記的數據雖無法直接獲得數據知識產權的專門保護，但仍可尋求其他法律途徑的救濟。<sup>[14]</sup> 對滿足專利權、商標權等傳統知識產權登記要件的數據，經登記可獲得傳統知識產權保護；而不符合登記條件的數據則可依據《中華人民共和國反不正當競爭法》（以下簡稱《反不正當競爭法》）等，通過事後規制實現權益保障。據此，在數據知識產權確認權利登記的運行邏輯下，能夠有效實現數據的分級分類保護，從而充分發揮數據知識產權登記制度的規範效應。綜上所述，應加快推進數據知識產權登記制度的構建，為數據權利保護提供制度支撐。

最後，數據權利的利用有賴數據知識產權登記制度提供基石。通過國家公權力與國家信用背書，登記制度能夠顯著增強數據權利的法律確定性與社會公信力，有效緩解因信息不對稱導致的市場失靈問題，為數據權利的利用提供制度保障。<sup>[15]</sup> 一方面，數據知識產權登記有助於協調權利主體與社會公眾間的利益關係。數據兼具私有財產屬性與公共物品屬性，其利用過程必然注重私人利益和公共利益的動態平衡。基於數據的私有財產屬性，權利主體依法享有排他性的專有權利；同時，其公共物品屬性也意味著數據承載消費者權益、數據產業者使用權等社會公共利益。因此，在數據利用的過程中，不僅需要通過排他性產權安排激勵數據生產與創新，也需借助登記制度保障社會公眾合理訪問與獲取數據的自由，以避免絕對化的財產權限制數據的開放與共享。另一方面，數據知識產權登記有助於統籌私益價值實現和公益安全保障。隨著信息技術的飛速發展與國際競爭格局的深刻變化，知識產權安全與數據安全以新型非傳統安全的形式進入國家安全議程，成為總體國家安全系統的重要組成部分。<sup>[16]</sup> 據此，數據利用在追求私益價值實現的同時，也應兼顧國家和社會等公

[12] 參見張素華：《數據產權登記制度的體系化構建》，載《環球法律評論》2025年第4期，第54頁。

[13] 參見湯貞友：《數據知識產權登記的制度邏輯及完善》，載《知識產權》2024年第3期，第49頁。

[14] 參見劉鑫：《數據知識產權確權登記的規範理路與制度架構》，載《華中科技大學學報（社會科學版）》2025年第2期，第92頁。

[15] 參見譚佐財：《論數據產權登記的制度構建》，載《當代法學》2024年第4期，第94頁。

[16] 參見蔣啟蒙、朱雪忠：《大國競爭中的知識產權安全化及中國的政策選擇》，載《外交評論》2022年第5期，第130頁。

益的安全保障，以實現發展與安全相互兼顧的均衡。數據交易安全作為促進數據流通的重要前提，亟需建立具有公示公信效力的登記制度，以增強交易秩序的穩定性與可信度。通過借鑒現有知識產權登記制度的運行邏輯，構建契合數據利用需求的數據知識產權登記制度，既有助於增強社會公眾對數據運行制度的信任，更能維護數據價值實現和數據安全保障間的平衡。由此可見，有必要構建數據知識產權登記制度，為數據權利的利用奠定運行基石。

### 三、數據知識產權登記的現實困境

在國家政策推動下，國家知識產權局牽頭推進數據知識產權登記制度建設。當前，該制度正處於探索建設階段，雖初顯成效，但也面臨諸多問題。為此，系統梳理制度探索與實踐進展，釐清現有框架的核心不足，成為破解數據知識產權登記現實困境的關鍵。

#### （一）數據知識產權登記的現狀

試點實踐總體表明，數據知識產權登記工作已構建“國家頂層設計引領、地方制度探索先行、區域實踐創新突破”的協同推進格局，初步形成數據知識產權登記的制度框架與實踐路徑。在國家知識產權局的統一部署下，地方立法積極開展規則探索，粵港澳大灣區作為區域協同先鋒，更在數據知識產權跨境登記實踐中取得突破性進展。

第一，國家層面積極部署數據知識產權登記試點工作。在國家政策指引下，國家知識產權局於2022年和2023年分兩批遴選確定17個數據知識產權登記試點（見表1），旨在通過實踐探索不斷完善數據知識產權登記制度，以充分釋放數據要素活力和市場價值。一方面，數據知識產權登記工作穩步推進。國家知識產權局採取分批試點、梯度推進的策略，逐步構建覆蓋全國主要經濟區域的登記試點工作網絡。首批試點聚焦北京、上海等8個數字經濟發達省市，率先開展前沿規則探索。第二批擴展至天津、河北等9個省份，著力深化登記規則安排。另一方面，數據知識產權登記框架初步構建。第二批試點通知進一步明確堅持“四個充分”原則的基本要求，同時明確“建立健全數據知識產權登記管理體系”的試點目標。這不僅為地方層面的制度探索提供清晰方向，更為未來建立國家層面的數據知識產權登記基礎性法律奠定重要基礎。

表1 各地發佈數據知識產權登記地方性規定的情況

序號	試點情況	頒布時間	地區	文件名稱	備註
1	第一批試點地方	2023.5.26	浙江省	《浙江省數據知識產權登記辦法（試行）》	強化轉化運用機制
2	第一批試點地方	2023.5.30	北京市	《北京市數據知識產權登記管理辦法（試行）》	強化轉化運用機制、建設統一登記平台
3	第一批試點地方	2023.6.15	深圳市	《深圳市數據產權登記管理暫行辦法》	區塊鏈存證應用
4	第一批試點地方	2023.9.4	福建省	《數據知識產權登記服務規程（修訂版）》	未公開
5	第一批試點地方	2023.9.14	廣東省	《廣東省數據知識產權登記服務指引（試行）》	建設統一登記平台
6	第一批試點地方	2023.10.16	山東省	《山東省數據知識產權登記管理規則（試行）》	強化轉化運用機制、建設統一登記平台

序號	試點情況	頒布時間	地區	文件名稱	備註
7	第二批試點地方	2024.1.8	天津市	《天津市數據知識產權登記辦法（試行）》	區塊鏈存證應用、強化轉化運用機制
8	第一批試點地方	2024.1.10	江蘇省	《江蘇省數據知識產權登記管理辦法（試行）》	區塊鏈存證應用、強化轉化運用機制
9	非試點地方	2024.3.27	海南省	《海南省數據知識產權登記管理辦法（試行）》	強化轉化運用機制、建設統一登記平台
10	第二批試點地方	2024.4.24	安徽省	《安徽省數據知識產權登記辦法（試行）》	強化轉化運用機制、建設統一登記平台
11	第二批試點地方	2024.5.15	陝西省	《陝西省數據知識產權登記管理辦法（試行）》	強化轉化運用機制、建設統一登記平台
12	第二批試點地方	2024.6.28	山西省	《數據知識產權登記管理辦法（試行）》	強化轉化運用機制、鼓勵開展數據知識產權開放許可、建設統一登記平台
13	第二批試點地方	2024.8.20	河北省	《河北省數據知識產權登記辦法（試行）》	區塊鏈存證應用
14	第二批試點地方	2024.8.22	湖南省	《湖南省數據知識產權登記管理辦法（試行）》	強化轉化運用機制、鼓勵開展數據知識產權開放許可
15	第二批試點地方	2024.8.26	湖北省	《湖北省數據知識產權登記管理辦法（試行）》	區塊鏈存證應用、建設統一登記平台
16	第二批試點地方	2024.9.6	貴州省	《貴州省數據知識產權登記管理辦法（試行）》	區塊鏈存證應用、強化轉化運用機制、建設統一登記平台
17	第二批試點地方	2024.10.21	河南省	《河南省數據知識產權登記辦法（試行）》	強化轉化運用機制、建設統一登記平台
18	第一批試點地方	2024.11.8	上海市	《上海市數據產品知識產權登記存證暫行辦法》	建設統一登記平台

第二，地方層面持續深化數據知識產權登記制度探索。在國家知識產權局的統一領導下，各地方積極探索數據登記的實踐路徑，為國家層面起草形成數據知識產權基礎性制度積累先行先試經驗。目前，共有17個試點城市及海南省積極響應國家政策，相繼發佈數據知識產權登記地方性規範文件（見表1）。一方面，構建數據知識產權登記制度的基本框架。各地已形成較為統一的數據知識產權登記制度框架，普遍涵蓋登記目的、登記對象、申請主體、登記機關、登記事項、登記程序及監督管理等內容，從而形成權責清晰、流程規範、監管有效的系統性框架。另一方面，探索數據知識產權登記制度的創新規則。一是區塊鏈存證應用。深圳、天津等6個省市提出利用區塊鏈技術進行存證，以增強數據的真實性與可追溯性，實現數據動態管理。二是強化轉化運用機制。浙江、北京等11個省市明確規定，數據知識產權的質押、許可應進行登記備案。山西、湖南進一步將數據登記與數據轉化運用深度結合，並鼓勵開展數據知識產權開放許可。三是建設統一登記平台。北京、廣東等11個省市，搭建省級統一數據知識產權登記平台，提升數據登記的效率。四是建立司法銜接機制。北京、深圳、天津、湖南明確規定生效司法文書對數據登記具有實質效力，釐清數據登記與司法裁判間的效力銜接關係。基於文書確認的權屬關係，相關權利主體可通過註銷或變更登記程序更新權屬狀態。

第三，區域層面率先開展數據知識產權登記實踐創新。粵港澳大灣區借助“一國兩制”的制度優勢，積極推動內地與港澳數據知識產權規則銜接。首先，建立內地數據知識產權登記規則體

系。通過《深圳市數據產權登記管理暫行辦法》《廣東省數據知識產權登記服務指引（試行）》《廣東省數據知識產權登記指南》等文件，率先在內地構建數據知識產權登記的地方標準，為港澳數據主體對接內地數據要素市場提供規範化路徑。其次，構建港澳數據治理框架。香港基於《個人資料（私隱）條例》《跨境資料轉移指引：建議合約條文範本》等文件，實現內地與香港在粵港澳大灣區的數據跨境流動。同時，依據《粵港澳大灣區（內地、香港）個人信息跨境流動標準合同實施指引》的規定，通過簽訂標準合同落實兩地數據跨境流動的具體事宜。澳門現行的《個人資料保護法》支持數據跨境流動，但尚未制定統一的數據跨境流動規則。最後，配備建立數據跨境流動機制。依託《粵港澳大灣區發展規劃綱要》《促進粵港澳大灣區數據跨境流動的合作備忘錄》等政策，積極推動粵港澳大灣區跨境數據流動，為港澳數據主體進入內地登記體系搭建制度接口。基於此背景，由紫晟科技（深圳）有限公司登記的“香港科學園數據登記意象調查數據”“香港上市公司數據登記意象調查數據”，成功入選廣東2024年度數據知識產權十大典型案例。<sup>[17]</sup>該案的典型意義在於，港資企業通過境內子公司實現數據資產確權的路徑，為該公司通過數據知識產權質押獲得200萬元貸款，開創“香港數據—深圳登記—內地融資”的跨境協同新機制。這一實踐探索不僅解決港企在內地的數據知識產權融資難題，更為跨法域環境下的數據確權、保護和流通提供有益借鑒，助力數據知識產權的價值轉化和創新應用。

## （二）現有數據知識產權登記的不足

隨著國家政策的縱深推進與試點工作的有序展開，數據知識產權登記的制度構建與實踐探索已取得初步成效。然而，現有數據登記制度仍面臨客體界定不明晰、審查模式不一致、法律效力不確定的關鍵問題。這些問題不僅制約數據知識產權登記制度的規範發展，更將嚴重掣肘其核心功能的有效釋放。

其一，數據知識產權登記的客體界定不明晰。這種模糊性主要表現為客體邊界模糊與構成要件不明兩大問題。一方面，登記客體的邊界存在泛化風險。當前各地數據登記實踐中，關於登記對象的範圍界定存在顯著差異。諸如“數據”“數據產品”“數據集合”“數據資源”等概念常被混同使用，導致術語體系混亂且缺乏統一標準。這種術語使用的失範性，極易引發數據知識產權登記客體的不當擴張，導致登記範圍泛化至幾乎涵蓋所有數據形態。與傳統知識產權登記制度嚴格限定客體範圍一致，數據知識產權登記客體亦應設置必要的限定性條件。另一方面，登記客體的構成要件尚未形成共識。從數據登記試點的情況看，各地對登記客體構成要件的認識尚不統一。其中，初步形成共識性的要件有三。一是合法性，數據應是依法依規獲取的；二是實用性，數據應具有一定的實用價值或商業價值；三是進行實質性處理，數據應是經過一定規則處理後形成的，強調實質性加工和創新性勞動的投入。此外，極具爭議性的要件有二。一是智力成果屬性。為迎合傳統知識產權規則框架，浙江、北京等13個省市均強調智力成果屬性。然而，並非所有知識產權客體都具備智力成果屬性。“智力成果說”早因商標、地理標誌等客體的出現而日趨式微，將“智力成果屬性”作為數據知識產權的客體要件值得商榷。二是處於未公開狀態。北京、山東、天津、湖北要求數據處於未公開狀態。這一要件不僅與知識產權制度“公開換取保護”的基本理念相悖，更與數據要素市場化配置所依賴的自由流通、公開共享等客觀需求不符，構成深層次的制度邏輯矛盾。

其二，數據知識產權登記的審查模式不一致。現階段數據登記審查模式呈現多元並存格局，其本質反映出對登記效率、登記公信力與制度運行成本間的利弊權衡。實踐中主要存在五種審查模

[17] 參見《廣東發佈2024年度數據知識產權十大典型案例》，載廣東省市場監督管理局官網2025年4月12日，[https://amr.gd.gov.cn/zwdt/xwfbt/content/post\\_4705351.html](https://amr.gd.gov.cn/zwdt/xwfbt/content/post_4705351.html)。

式（見表2）。一是“登記機關形式審查”模式。登記機關僅對登記申請書與必要材料進行形式審核。該模式以廣東、江蘇為代表，優勢在於登記效率高、制度運行成本低。但弊端在於登記證書的公信力薄弱，難以作為爭議解決的有效法律憑證。二是“登記機關形式審查+公證前置”模式。在形式審查的基礎上，要求登記數據預先完成存證或者公證，否則不予登記。北京、浙江等11個省市採用該模式，其優勢在於公證可增強數據的可信度與可追溯性，分擔登記機構的責任。但不足在於申請人需額外承擔公證費用，且公證本身無法完全替代對數據合法性、侵權風險等的實質審查。三是“登記機關形式審查+第三方服務機構實質審查”模式。深圳創新性地將實質審查義務賦予第三方服務機構，由其對數據的真實性、合規性等進行實質審查並出具報告，登記機構僅負責形式審查。該模式通過引入市場力量解決實質審查的專業性難題，但需要防範第三方服務機構資質參差、權力尋租等帶來的監管風險。四是“登記機關形式審查+實質審查”模式。登記機關不僅對申請材料進行形式審查，還對數據的真實性、合法性、權屬爭議等進行實質審查。山東、上海採用該模式，其試圖通過借助公權力提升數據登記的公信力，但可能誘發延長審查週期、增加制度運行成本等問題。五是“登記機關形式審查+實質審查+公證前置”模式。湖南採取最嚴格的模式，登記機構同步開展形式審查與明顯實質性缺陷審查，並要求數據登記前完成存證或者公證。該模式旨在實現風險防控的最大化，但其顯著增加的登記成本與時間成本，可能抑制相關主體的登記意願。顯然，審查模式的不統一已然成為構建全國性數據知識產權登記制度的關鍵瓶頸。

表2 各地關於數據知識產權登記審查模式的設置

審查模式	代表性省（市）
“登記機關形式審查”	廣東省、江蘇省
“登記機關形式審查+公證前置”	北京市、浙江省、海南省、天津市、安徽省、陝西省、山西省、河北省、湖北省、貴州省、河南省
“登記機關形式審查+第三方服務機構實質審查”	深圳市
“登記機關形式審查+實質審查”	山東省、上海市
“登記機關形式審查+實質審查+公證前置”	湖南省

其三，數據知識產權登記的法律效力不確定。當前，關於數據登記法律效力的認定存在顯著分歧，理論界主要有三種觀點。一是登記對抗主義，<sup>[18]</sup>即數據權利變動依當事人合意即可生效，但未經登記不得對抗善意第三人。登記對抗主義側重於保障數據流通的時效性和登記審查的效率性，強調其更契合數據的內在屬性，有助於避免因強制登記而加劇權利真空或交易延遲問題。二是登記生效主義，<sup>[19]</sup>即數據權利的設立與變動非經登記不發生法律效力，登記構成權利變動的生效要件。登記生效主義以強化公信力為宗旨，注重保障交易安全與權屬明晰，力求實現登記簿記載表徵內容與真實權屬狀況的高度一致，為數據要素市場提供穩定可靠的制度環境。三是區分初始登記與變更登記的混合模式。<sup>[20]</sup>該觀點提出，初始登記宜採取登記對抗主義，以適應數據動態性強、確權成本高的現實；變更登記則應採用登記生效主義，以確保數據轉讓、質押等過程中的權屬清晰與交易安全。地方試點實踐進一步凸顯登記效力認定的困境，呈現三種不同情形（見表3）。第一，效力缺

[18] 參見張陽：《誰需要數據交易所——治理三邊模型的提出》，載《北方法學》2024年第4期，第143頁；邵紅紅：《數據產權登記的功能定位、模式選擇與制度完善——以信號理論為切入點》，載《知識產權》2024年第3期，第67頁。

[19] 參見程嘯：《論數據產權登記》，載《法學評論》2023年第4期，第137頁；劉建臣：《數據知識產權登記的底層邏輯》，載《華東政法大學學報》2024年第6期，第79頁。

[20] 參見孫瑩：《企業數據確權與授權機制研究》，載《比較法研究》2023年第3期，第70頁。

位型。廣東、上海未明確規定數據知識產權登記的法律效力。第二，初步證明型。浙江、北京等15個省市均規定，數據知識產權登記證書具有初步證明效力。第三，登記對抗型。湖北明確採用登記對抗主義，規定未經登記的數據知識產權，不具有對抗善意第三人的效力。可以預見，理論與實踐層面對法律效力的雙重不確定性，將嚴重阻礙全國性數據知識產權登記制度的構建。

表 3 各地關於數據知識產權登記法律效力的設置

序號	代表性省(市)	法律效力
1	浙江省	登記證書可以作為持有相應數據的初步證明，用於數據流通交易、收益分配和權益保護。
2	北京市	數據知識產權登記證書是登記主體依法持有數據並對數據行使權利的憑證，享有依法依規加工使用、獲取收益等權益。
3	深圳市	經登記機構審核後獲取的數據資源或數據產品登記證書、數據資源許可憑證，可作為數據交易、融資抵押、數據資產入表、會計覈算、爭議仲裁的依據。
4	山東省	登記證書是登記主體持有數據知識產權並對數據知識產權行使權利的憑證，用以明確數據產權歸屬、權益邊界、權屬狀態，及服務數據權益司法保護和行政保護實踐。
5	天津市	登記證書可以作為持有相應數據的初步證明，用於數據流通交易、收益分配和權益保護。
6	江蘇省	數據知識產權登記證書是登記主體依法持有數據並對數據行使權益的初步憑證，用於數據加工使用、流通交易、收益分配和權益保護。
7	海南省	數據知識產權登記證書是申請人合法持有數據並對數據行使權利的初步證明，但有相反證據予以推翻的除外。
8	安徽省	數據知識產權登記證書可以作為持有相應數據的證明，用於數據流通交易、收益分配和權益保護。
9	陝西省	數據知識產權登記證書是登記主體依法持有數據知識產權並對數據知識產權行使權利的憑證，享有依法依規加工使用、獲取收益等權益。
10	山西省	數據知識產權登記證書是登記主體持有相應數據的證明，可作為數據交易流通、收益分配、質押融資、權益保護的權屬依據。
11	河北省	登記證書是登記主體依法持有數據並對數據行使知識產權權益的初步憑證。
12	湖南省	登記證書可以作為數據集合依法持有、加工使用、流通交易、收益分配和權益保護的初步證明，以促進數據要素合理流動、有效保護、充分利用。
13	湖北省	經登記的數據知識產權具有公示效力，在無相反證據證明的情況下，數據知識產權登記證書可以作為登記主體合法持有相應數據並行使權益的初步證明。未經登記的數據知識產權，不具有對抗善意第三人的效力。
14	貴州省	數據知識產權登記證書可以作為數據知識產權持有、流通交易、收益分配和權益保護的初步憑證。
15	河南省	登記證書可以作為持有相應數據的證明。
16	廣東省	/
17	上海市	/

#### 四、數據知識產權登記的功能定位

數據知識產權登記制度的功能定位，對其具體制度設計具有關鍵性影響。<sup>[21]</sup>基於登記制度的公示公信原則，數據知識產權登記制度具有證明權屬關係、降低交易成本和維護交易安全的基本功能。同時，結合知識產權制度的公共領域理論，應增補篩選保護方式的特色功能。各項功能共同構成制度設計的邏輯起點，系統地指引登記客體界定、審查模式選擇、法律效力設定及平台構建等制度安排。

[21] 參見孫瑩：《數據產權登記的基本問題研究》，載《中國法學》2025年第1期，第168頁。

### （一）證明數據權屬關係的首要功能

數據知識產權登記制度遵循公示原則之權利外觀理論，以證明數據權屬關係為首要功能。公示原則作為登記制度中的一項基本原則，旨在通過特定的公示手段，使社會公眾能夠從外觀上明確財產的權屬關係以及權利來源的合法性。<sup>[22]</sup>該功能對登記內容與審查機制的具體設計提出直接的指引與約束。

一是證明權屬關係功能要求登記內容清晰反映權屬狀態。依照民事基本原理，財產權的設立及具體內容應由民事實體法加以規定，而財產登記制度屬於民事程序法範疇。其主要作用是對實體法已明確規定的權利或利益進行證明，而不能直接產生權利變動的法律效果。<sup>[23]</sup>因此，數據知識產權登記制度應以數據享有財產權利為前提，其本身不具備創設數據財產權利的效果。目前，各試點地方普遍明確規定，數據知識產權登記證書具有初步證明效力，這從制度層面確認其法律意義上的證明功能。基於證明功能對權利外觀清晰的要求，數據知識產權登記制度在設計中應充分貫徹公示原則。首先，登記機構應明確登記事項的範圍，至少記載權利主體、權利客體、權利來源以及權利狀態等關鍵信息，清晰反映既存的法律關係。其次，登記機構應向權利主體頒發統一格式的登記證書，為數據交易雙方提供具備法律可預期性的初步權屬憑證。最後，登記機構應向社會公眾主動披露數據登記的基本事項，以確保潛在交易相對方能夠從權利外觀上及時獲取相關信息。這既符合公示原則的基本要求，也是證明數據權屬狀況的重要手段。

二是證明權屬關係功能要求審查模式保障權屬狀態可信。從法律性質來看，登記屬於程序性行政行為，區別於確認性行政行為。其並不直接設立、變更或消滅權利義務關係，而是通過對既存權利狀態進行記載與公示，為客觀存在的權屬關係提供具有公信力的證明，從而有效應對財產交易過程中權屬狀況難以驗證的難題。<sup>[24]</sup>基於證明功能對權利外觀可信的要求，數據知識產權登記制度應在規則設計中盡可能保障登記內容的真實性。一方面，建立以登記機構實質審查為主導的審查模式。儘管形式審查具有審查效率高、成本低的優勢，但其難以保障登記事項的真實性以及與實際情況的一致性。因此，為最大限度確保登記內容與實際權屬相符，應對申請材料的真實性、合法性、權屬爭議等進行實質審查，必要時可通過專家評審等方式增強審查質量。另一方面，配套設置異議與更正程序。允許當事人以相反證據依法推翻經登記所產生的權利推定效力，從而及時糾正可能出現的登記錯誤，維護登記制度的公信力。實踐中，海南、湖北等地已明確規定，數據知識產權登記證書的初步證明效力可被相反證據推翻。

### （二）降低數據交易成本的關鍵功能

數據知識產權登記制度追求公信原則之效率價值，以降低數據交易成本為關鍵功能。公信原則源於公示原則，具有權利正確推定與善意保護的效力。效率與安全共同構成登記公信力的基礎價值，<sup>[25]</sup>而降低交易成本功能正是登記制度實現效率價值的表現。該功能對平台構建、信息公開與審查機制提出明確的制度建設要求。

首先，降低交易成本功能要求建立全國統一的登記平台。由於數據多以零散的形式被各私主體控制，交易相對人難以有效掌握與數據流通相關的必要信息，從而無法在交易雙方間建立高度信任關係。基於此，降低交易成本的功能定位要求構建全國統一的數據知識產權登記平台，將原本零散的數據匯聚在綜合化的公共平台。這不僅有助於拓展市場主體獲取信息的能力，還能有效緩解阿羅

[22] 參見郭明瑞：《關於物權法公示公信原則諸問題的思考》，載《清華法學》2017年第2期，第28頁。

[23] 參見王克穩：《我國不動產登記中的行政法問題》，載《法學》2008年第1期，第69頁。

[24] 參見龍衛球：《不動產登記性質及其糾紛處理機制問題——兼評〈物權法司法解釋（一）〉第1條》，載《法律科學》2017年第1期，第95頁。

[25] 參見段仁元：《安全與效率的平衡抉擇——試論我國企業登記審查制度及其完善》，載《社會科學》2000年第5期，第30頁。

信息悖論的“雙重困境”。儘管目前已有 11 個省市率先建成省級數據知識產權登記平台，但平台割裂易導致信息孤島與重複登記，增加交易主體的信息搜索與驗證成本。基於此，數據交易市場的信任基礎仍亟需依託全國統一的登記平台予以強化，以打破數據交易中潛在的信息壁壘，實現登記信息的互認與共享，顯著改善數據交易市場中的信息不對稱狀況。

其次，降低交易成本功能要求合理界定信息公開的範圍。數據知識產權登記制度遵循“公開換保護”原則，通過信息披露廣泛吸引數據市場中的潛在交易方，為促成雙方達成數據交易提供真實、可靠的權屬信息。這不僅要求權利信息充分公開，更須確保公開信息的準確性與及時性。一方面，應明確主動公開的信息範疇。登記制度應提升數據權利的透明度，主動公開數據的權屬關係、合法來源、應用場景等關鍵信息，保障善意第三人對公示信息的合理信賴，使交易相對人能夠準確且便捷地瞭解數據的權利狀態與權利邊界。另一方面，應合理限制敏感信息的公開。對於涉及國家機密、商業秘密或個人隱私的數據，經脫敏、脫密等技術處理後，可依申請有限公開核心源數據，或依法不予公開。這既有助於明確權屬關係，又能增強市場主體積極從事數據交易活動的意願，降低因信息不對稱導致的決策猶豫與風險顧慮。

最後，降低交易成本功能要求審查模式兼顧效率價值。儘管實質審查會增加行政成本，但卻是保障登記公信力的制度前提，有助於在整體上降低市場交易成本。在制度設計方面，為兼顧登記制度的公信力與效率價值，可探索建立“以登記機構實質審查為主，登記平台借助技術手段為輔”的複合審查機制。登記平台依託區塊鏈、時間戳等技術手段，對申請材料實行自動化、標準化的形式審查，重點審核材料的完整性與格式規範性，有效提升審查流程的效率。在此基礎上，登記機構則更專注於對數據權屬真實性、合法性等事項開展實質審查。審慎的實質審查是鞏固登記信息公信力的根本保障，能為社會公眾參與數據交易提供可信的權利基礎，進而促進數據要素的高效流通。此舉不僅強化登記程序的公信力，更在一定程度上降低登記機構的行政成本，為構建高效、可信的數據交易環境提供重要的制度支撐。

### （三）保障數據交易安全的重要功能

數據知識產權登記制度尋求公信原則之安全價值，以保障數據交易安全為重要功能。公信原則內嵌的安全價值要求登記制度以保障交易安全為使命，通過“權利外觀的信賴保護”維護“市場整體的交易安全”，<sup>[26]</sup>旨在促進交易暢通。該功能要求制度設計在法律效力的確定與信息公開的範圍兩個維度作出回應。

一方面，保障交易安全功能要求登記制度具備權利推定與善意保護的法律效力。國家公信力構成登記制度的基石，使登記簿記載的權利主體、權利內容、權利來源及權利狀態等事項具有社會普遍認可的法律效力，為數據交易奠定穩定的權屬基礎。為增強數據交易安全，應在制度設計層面將數據知識產權登記制度與司法程序緊密銜接。一是明確登記的權利推定效力，賦予其作為權屬關係初步證據的法律地位，使其成為權利人主張權利的有效憑證；二是確立登記的善意保護效力，將登記制度與損害賠償制度有機結合，使其能夠成為確定損害賠償責任與計算損失數額的重要依據。相較於登記對抗主義，登記生效主義更能激勵權利人主動完成登記，既有助於強化國家公信力的權威性，更為司法裁判提供清晰的權利推定與善意保護基礎。交易主體通過查詢登記簿，可及時獲取權屬信息，有效緩解數據交易中的信息不對稱問題。<sup>[27]</sup>基於此，交易各方可對數據交易活動形成穩定的法律預期，從源頭上預防與減少數據交易過程中的權屬爭議糾紛，切實維護數據要素市場的交易安全。

另一方面，保障交易安全功能要求維護信息公開與數據保護的平衡。數據的高效流通與有效利

[26] 參見馬栩生：《登記公信力：基礎透視與制度建構》，載《法商研究》2006年第4期，第104頁。

[27] 參見劉建臣：《數據知識產權登記的底層邏輯》，載《華東政法大學學報》2024年第6期，第93頁。

用，以清晰的權屬關係為基礎。制度設計應嚴格遵循公示公信原則，建立向社會公眾全面開放的數據知識產權登記信息查詢系統，確保任何主體均可依法及時獲取數據的權屬狀態與變動情況。這有助於降低交易主體的信息獲取成本，為交易決策提供可靠的權屬依據，減少信息不對稱導致的交易風險與利益衝突。同時，安全價值內含對數據安全的保護要求。制度設計在保障信息可靠與透明的同時，還應高度重視數據安全保護。對於涉及國家安全、商業秘密與個人隱私的敏感數據，應設置差異化的處理規則，以實現數據安全與信息公開的有機統一。基於此，數據知識產權登記制度可構建雙重維度的安全屏障。在微觀層面，通過明確登記事項和規範公示內容，保障交易者權益，提升個體交易的可預期性；在宏觀層面，借助統一的數據知識產權登記體系，營造可信交易環境，促進數據要素的安全有序流動。

#### （四）增補篩選數據保護方式的特色功能

數據知識產權登記制度踐行公共領域理論，以篩選數據保護方式為特色功能。該理論以勞動學說與利益平衡原則為法理基礎，強調公共領域保留對激勵社會創新和保護私人財產的重要性。<sup>[28]</sup>該功能對登記客體範疇與法定構成要件提出具體的制度設計要求。

一是篩選保護方式功能要求明確界定客體範疇。通過明確界定數據知識產權登記的客體範疇，有效識別並排除不符合法律保護條件的數據，使其保留在公共領域，從而有效防範數據知識產權登記客體的不當擴張。這不僅有助於促進數據的合法獲取、有效利用和廣泛傳播，還能保障社會公眾自由接近與利用知識的基本權利。然而，在當前的實踐中，由於“數據”概念缺乏立法層面的共識性界定，數據知識產權登記制度在客體認定方面仍存在較大模糊性，嚴重抑制登記制度規範功能的發揮。因此，為有效發揮登記制度的篩選功能，應在頂層設計中明確界定數據知識產權的客體範疇，堅決摒棄“一切數據皆可登記”的認知誤區，嚴格把握知識產權准入門檻。同時，應重視公共領域保留機制的激勵作用，保障數據資源的動態繁榮與自由共享，最終形成數據私權保護與公共利益維護之間的動態平衡。

二是篩選保護方式功能要求明晰客體構成要件。從法經濟學的視角看，登記制度的篩選功能本質上體現為對登記成本與可期待利益的經濟衡量。事實上，並非所有數據都需要或應當進行登記，當權利人認為進行數據知識產權登記獲得的可期待利益，遠大於需要付出的登記成本時，其會選擇登記；反之，則會放棄登記。<sup>[29]</sup>這會促使權利人在登記前自我評估數據的預期經濟價值，從而在客觀上實現對數據保護的篩選與分流，將質量較差、商業價值有限的數據保留在公共領域。但是，放棄登記並不意味著喪失獲得經濟利益的權利，而是權利人基於自我評估在強弱保護之間作出的理想選擇。正如著作權、專利權和商標權等傳統知識產權登記制度均依據客體特性設置不同的構成要件，數據知識產權登記制度也應科學設計符合數據特性的客體構成要件。通過在制度設計中引入差異化的登記規則，以實現對不同價值數據的精准識別與分流保護，進而推動構建分級分類的數據知識產權保護機制。

### 五、構造數據知識產權登記制度的實現路徑

從無形財產制度的發展規律來看，知識產權制度是不斷發展創新、動態變化的制度體系。<sup>[30]</sup>數

[28] 參見馮曉青：《知識產權法的公共領域理論》，載《知識產權》2007年第3期，第7頁。

[29] 參見黃匯、劉伊菲：《公共領域視野下作品登記制度改革之構想》，載《科技與法律（中英文）》2023年第5期，第77頁。

[30] 參見吳漢東：《商業外觀知識產權競合問題研究》，載《中國法學》2025年第5期，第228頁。

據知識產權登記制度的融入，是數字時代發展的必然趨勢。作為一種全新的財產登記制度，數據知識產權登記制度的構建，既要區別於傳統知識產權登記制度，又要借鑒現行知識產權登記乃至不動產登記的制度經驗。

### （一）完善數據知識產權登記的頂層設計

為加快構建系統化的數據知識產權保護規則，亟需建立與數據特有屬性相適應的知識產權登記制度，並搭建全國統一的數字化登記平台，以促進數據要素規範有序的開發、合法合規的開放與高效安全的流通。

一方面，構建專門化的數據知識產權登記制度。為保障數據權利與提升數據流通效率，亟需從法律層面確立數據知識產權登記制度，明晰數據的權利歸屬與權利狀態，為數據要素市場化配置提供制度基礎。當前，各省市已積極開展地方性探索，相繼出台數據知識產權登記的地方性法規或規範性文件。然而，由於各地方設置的數據登記制度各異，導致數據登記欠缺全國範圍內的公信力與互認性，難以滿足《數據二十條》關於登記制度應兼顧促進流通與保護權益二元價值的功能期許。因此，有必要在充分梳理各地數據登記實踐探索成果的基礎上，通過國家立法構建全國統一的數據知識產權登記制度。在制度設計中，應突出公示原則的核心地位，明確登記事項範圍，規範登記客體的範疇與構成要件；推行統一格式的登記證書，增強權利外觀的識別性與公信力；建立登記信息主動公開機制，保障社會公眾的知情權與監督權，充分發揮登記的公示公信效力。在此基礎上，可充分發揮粵港澳大灣區先試先行的示範作用，支持其在跨域數據登記、互認機制等重點領域率先開展區域性制度創新。通過推動跨域數據登記公信力的互認，有效破除數據流通壁壘，為構建全國統一數據大市場和推動數字經濟高質量發展提供制度保障與實踐範例。

另一方面，建立全國一體化的數據知識產權登記平台。目前，尚未設立統一的數據知識產權登記平台與明確的主管單位。實踐中，登記平台的建設大致分為兩種模式。一是在數據交易所內建立數據登記平台，二是由行政機關主導建立數據登記平台。此外，各地對主管單位的設置存在一定差異，通常涉及知識產權局（市場監督管理局）、數據局、發展改革委三類機構。這些積極探索為構建全國統一的登記制度奠定重要基礎。首先，從證明權屬關係的功能定位出發，由國家知識產權局的下設機構負責數據知識產權登記工作，是更為合理的制度安排。這主要是因為：第一，國家知識產權局作為公權力主體，能夠為數據知識產權登記提供國家公信力保障，有效增強數據登記的法律效力與社會認可度，為數據流通提供可信的權屬基礎。其次，圍繞降低交易成本與維護交易安全的功能定位，可充分運用區塊鏈、時間戳等技術手段構建數字化登記平台，以契合數據知識產權登記制度對效率與安全的價值追求。最後，可率先探索建設“粵港澳大灣區數據特區”，依託深圳等大數據中心國家樞紐節點，設立全國性的數據要素登記體系，為未來平台整合與制度推廣積累實踐經驗。總而言之，以國家知識產權局為主管單位，建立一體化的數據知識產權登記平台勢在必行。

### （二）明確數據知識產權登記的客體界定

構建專門化的數據知識產權登記制度，關鍵在於釐清登記的客體範圍與構成要件。基於數據知識產權登記制度的功能定位，明確其登記客體為進行實質性處理且具有一定規模性的數據集合。

#### 1. 數據知識產權登記的客體範圍

為準確適配不同類型數據的價值特性，應根據數據附加價值的程度，適用差異化的財產登記規則，從而明確將數據集合界定為數據知識產權登記的客體。從權利設計的層次性角度看，基於數據動態衍生過程中價值屬性的遞增式發展，可將數據劃分為原始數據、數據集合與數據產品三種類

型。<sup>[31]</sup>第一，原始數據作為數據的最初形態，是開發數據集合與數據產品的前提，但其本身因未經勞動加工而不具備價值屬性，故難以被納入財產權保護範疇。第二，數據集合是經過對原始數據進行收集、清洗等實質性處理，而最終形成的獨立勞動產物，具有較高的經濟價值，應被賦予新型民事權利。第三，數據產品則是基於數據集合進一步創新開發形成的成果，可在各種應用場景中直接實現自身價值，具備更強的排他性和可控性，更接近傳統知識產權客體的法律特徵。基於此，應根據不同數據類型的價值特性實施差異化登記，以契合數據知識產權登記制度的篩選功能。一是原始數據因缺乏勞動加工的投入，其自身價值低微；同時，其是挖掘數據集合與數據產品應用價值的基礎，不宜也不需對其進行過強的保護。因此，可將其保留在知識產權公共領域。二是數據產品因高度接近傳統知識產權客體，不應被重複納入數據知識產權的保護範疇。若其能夠滿足著作權、專利權或商標權等傳統知識產權登記的要求，則可依據相應的現有制度進行登記。三是數據集合作為一種新型財產性權利，既具備法律保護的價值屬性，又顯著區別於傳統知識產權客體，應被納入數據知識產權保護的範疇。綜上所述，數據知識產權登記客體應明確為數據集合。

## 2. 數據知識產權登記的客體要件

為確保數據知識產權登記制度的有效構建與順利實施，應盡快明晰其客體要件。其中，智力成果屬性、未公開狀態、合法性、實用性等並非登記所需的實質要件。因此，宜將數據知識產權登記的客體要件限定為“進行實質性處理”與“具有一定規模性”。

首先，智力成果屬性與處於未公開狀態，不應為數據知識產權登記的客體要件。一是智力勞動成果屬性不構成數據集合的必要充分條件。傳統知識產權客體諸如商標、商業秘密等，即便不具備智力勞動成果屬性，也不影響其獲得知識產權保護。同樣，儘管部分數據集合的實質處理過程不包含任何創造性智力勞動，但不妨礙數據集合本身擁有商業價值，使其具有獲得財產權保護的可能性。顯然，強調數據集合的智力成果屬性，更多是為了使“數據知識產權”概念契合知識產權領域的特色，而非實際法律保護的必要。二是處於未公開狀態的數據集合可獲得商業秘密保護。依據現行《反不正當競爭法》第10條的規定，權利人可禁止經營者非法獲取、披露、使用或允許他人使用處於未公開狀態的數據集合。可見，對於符合商業秘密構成要件的保密數據集合而言，其可獲得商業秘密的有效保護，無需再疊加特殊的數據保護制度。<sup>[32]</sup>此外，商業秘密制度與數據保護制度存在一定抵觸，為避免重複保護帶來的消極影響，不應將“處於未公開狀態”作為數據知識產權登記的客體要件。

其次，合法性與實用性，無需作為數據知識產權登記的客體要件。其一，合法性是一種立法政策的選擇。誠然，強調數據集合來源的合法性，有助於規範數據收集行為，但卻不符合數據集合形成的客觀規律。由於數據集合涉及的內容眾多，部分收集行為侵害某種在先權利的情況常有，若因此而否定整個數據集合的產權，極易誘發侵權責任抗辯的濫用。實際上，即便未依法依規地收集數據，收集者也可基於其他在先權益上的法律規定，承擔相應的侵權責任，甚至行政責任或刑事責任。類似地，專利法與商標法雖強調新生權利不得侵犯在先權利，但並未將合法性作為權利客體的構成要件。故無需特意將合法性作為數據知識產權登記的客體要件。其二，實用性是一種經濟發展與法律保護交織作用的結果。數字經濟的迅猛發展，使數據成為與傳統生產要素同等重要的新型資產，其現實或潛在的商業價值日益凸顯。同時，法律層面對數據財產屬性的認可與保護，促使數據集合實現商業價值具有合理預期與信賴保護。顯然，實用性並非數據知識產權登記客體的本質內

[31] 參見房紹坤、周秀娟：《企業數據“三權分置”的法律構造》，載《社會科學戰線》2023年第9期，第230頁。

[32] 參見魏遠山：《我國反不正當競爭法商業數據專條的制度構建——兼評〈反不正當競爭法（修訂草案徵求意見稿）〉第18條》，載《環球法律評論》2023年第6期，第84頁。

容，而是保護權利客體產生的自然結果。此前，“實用性”曾是商業秘密的客體要件，但2017年修訂《反不正當競爭法》時將“經濟利益和實用性”合併為“商業價值”。同理，不必單獨將實用性設為數據知識產權登記的客體要件。

最後，進行實質性處理與具有一定的規模性，應是數據知識產權登記的客體要件。基於登記制度的證明功能與篩選功能，應對數據知識產權登記客體設置符合其特性的差異化構成要件。第一，

“進行實質性處理”是數據集合成為登記客體的必要條件。依據洛克的勞動賦權理論，原始數據因缺乏智力勞動與資本投入，難以直接應用於具體場景或市場交易，無法轉化為可賦能實體經濟的生產力，故應歸入知識產權公共領域。數據持有者通過對原始數據進行實質性處理，形成具有新增價值的數據集合，其可因此享有這部分增量價值的權利。實質性處理不僅是區分原始數據與數據集合的關鍵，更是構成數據保護制度的底層邏輯，<sup>[33]</sup>旨在激勵數據的創新開發與流通利用。因此，實質性處理不僅是權利歸屬的判斷標準，更是數據知識產權登記的客體要件。第二，“具有一定的規模性”是構成數據知識產權登記客體的關鍵要件。在大數據時代，數據能否產生經濟價值，不取決於其質量而取決於其數量。<sup>[34]</sup>隨著數據規模的擴大，數據集合的產品屬性與商業價值會愈加凸顯。實質上，對數據集合規模性的要求，正是設置特殊產權保護機制的根本原因。<sup>[35]</sup>一方面，當數據匯集到一定的量級會產生顯著的規模效益，從而引發對數據集合進行產權保護的現實需求。另一方面，當數據集合的規模遠超過普通作品所包含數據的數目時，可避免對普通公眾的創作與表達自由產生負面影響，減少因數據產權保護所產生的負外部性，使設立特殊的數據知識產權保護制度更具正當性。

### （三）明晰數據知識產權登記的審查模式

為保障數據知識產權登記制度的公信力，同時解決當前行政機關審查能力不足的問題，宜以“登記機關形式審查+第三方服務機構實質審查”模式為過渡，最終採取“登記平台形式審查+登記機關實質審查”模式。

首先，“登記機關形式審查”模式可以排除。目前，多地採用“登記機關形式審查”模式，主要有兩方面的原因：一是便於數據流通利用的考慮；二是困於行政單位實質審查能力不足的現狀。然而，清晰的產權邊界與明確的產權狀態，才是促進數據高效流通的關鍵，這要求以數據知識產權登記的公信力為基礎。儘管在形式審查模式下賦予登記以公信力，具有理論上的可能性，但極易引發虛假登記、無效登記等不實登記，嚴重損及財產“靜的安全”，在實際上是不可取的。可見，從現實情況看，採取“登記機關形式審查”模式實屬無奈之舉，而非數據知識產權登記的最佳選擇。

其次，涉及“公證前置”的模式並非必要。鑑於公證具有以社會系統化信任為基礎的國家公信力，滿足《數據二十條》關於建立數據可信流通體系的要求，部分登記機構將公證作為數據登記的前置程序，對未進行公證的數據集合不予以登記。但實質上，“公證程序的引入”是對“登記機關形式審查”模式或“登記機關形式審查+實質審查”模式下公信力不足的補強，而非數據知識產權登記的生效要件。正如，不動產登記並不以公證程序作為生效要件，即便是對於因繼承、受遺贈取得不動產這類特殊產權登記，公證也僅是作為一種補強登記材料真實性與合法性的選擇之一。事實上，公證與實質審查的內容重複，且產生的法律效果相差無幾。<sup>[36]</sup>因此，就數據知識產權登記而

[33] 參見吳漢東：《數據財產賦權的立法選擇》，載《法律科學》2023年第4期，第48頁。

[34] 參見[英]維克托·邁爾-舍恩伯格、肯尼斯·庫克耶：《大數據時代：生活、工作與思維的大變革》，盛揚燕、周濤譯，浙江人民出版社2013年版，第27-94頁。

[35] 參見崔國斌：《公開數據集合法律保護的客體要件》，載《知識產權》2022年第4期，第33頁。

[36] 參見朱珍華：《我國不動產登記制度的完善——以交易成本為視角》，載《社會科學家》2015年第6期，第128頁。

言，可將公證作為一種增強登記材料真實性與合法性的選擇性規定，而不應將其作為強制性規定。

最後，“登記平台形式審查+登記機關實質審查”模式應為最終選擇。無論是引入第三方服務機構進行實質審查，還是將公證作為登記的前置程序，本質上都是對“登記機關實質審查”模式的變通，以解決當前登記機關實質審查能力不足的問題。這些做法雖能部分緩解此問題，但會使登記程序變得更加繁雜，並會增加額外的金錢成本和欺詐規制成本。長遠考慮，“登記機構實質審查”模式應是最佳選擇，該模式下形成的國家公信力可以為數據高效流通提供強有力的信任保障。然而，該模式的構建需要投入龐大資源，短期內難以滿足快速推進數據知識產權登記的現實需求。有鑑於此，可以將“登記機關形式審查+第三方服務機構實質審查”模式作為過渡，並應逐步搭建一體化、數字化的數據知識產權登記平台，並培育專業化的實質審查隊伍，最終採取“登記平台形式審查+登記機關實質審查”模式。據此，在保證數據知識產權登記穩步推進的同時，維護數據知識產權登記的公信力。

#### （四）確定數據知識產權登記的法律效力

為構建可信賴的數據要素流通秩序，應明確數據知識產權登記的法律效力。基於數據的特有屬性、交易安全的制度需求與公共利益的考量，宜在登記生效主義框架下建立契合數據特性的相對公信力體系，同時明確登記生效主義並不導致強制登記的後果。

第一，數據知識產權登記應遵循登記生效主義。相比於登記對抗主義，登記生效主義更能有效地回應數據因“公共產品屬性”與“大規模集合屬性”所帶來的特殊法律需求，並展現出顯著的制度優勢。首先，登記生效主義有利於確立清晰穩定的權利外觀，更契合數據知識產權登記制度證明權屬關係的功能定位。數據因其“大規模集合屬性”，往往處於持續變動和更新狀態，導致權利邊界的天然模糊性。登記生效主義以登記作為權利生效要件，為動態數據提供確定性的權利外觀。而登記對抗主義易導致權利公示不足和權屬識別困難，進而增加數據交易的不確定性。其次，登記生效主義能有效緩解信息不對稱，更符合數據知識產權登記制度降低交易成本的功能定位。數據的“公共產品屬性”意味著其潛在交易者為不特定多數人。在登記生效主義下，交易方僅需查詢官方登記簿即可信賴權屬狀態，顯著提升交易效率與安全。相反，登記對抗主義迫使潛在交易者須調查所有可能的權利主體，否則將面臨權利無法對抗第三人的風險。這不僅推高交易風險，也抑制數據流通活力。最後，登記生效主義有助於構建權威的信任基礎，更契合數據知識產權登記制度保障交易安全的功能定位。完善的登記系統是數據要素市場發展的基石。在爭議解決中，登記簿作為初步證據可簡化舉證責任，有利於快速定紛止爭。相對而言，登記對抗主義的公信力較弱，難以形成穩定市場預期，更易引發冗長複雜的訴訟。儘管登記生效主義初期可能伴隨較高的制度運行成本，但隨著智能化技術的發展與專業化服務隊伍的壯大，數據知識產權登記的負擔將逐步減輕。因此，長遠地看，登記生效主義與數據知識產權登記制度的功能定位具有高度適配性。

第二，數據知識產權登記應採用登記生效主義下的相對公信力模式。數據作為新型財產，其登記系統在建設初期難以完全避免登記錯誤或信息滯後的情況。若採用絕對公信力模式，可能因過度強調登記的外觀公信力，而對真實權利人的權益造成不當損害。相比之下，相對公信力模式能夠在保護善意第三人與維護交易安全的同時，為真實權利人提供異議與更正的制度空間，更契合數據知識產權登記制度證明權屬關係的功能定位。在隱木公司與數據堂公司不正當競爭糾紛一案中，<sup>[37]</sup> 法院認可數據知識產權登記的初步證明效力，明確在無相反證據的情況下，其既可證明權利主體對數據集合享有財產性利益，也可作為數據收集行為或來源合法的初步證據。該司法實

[37] 參見隱木（上海）科技有限公司訴數據堂（北京）科技股份有限公司不正當競爭糾紛案，北京互聯網法院（2021）京0491民初45708號民事判決書、北京知識產權法院（2024）京73民終546號民事判決書。

踐表明，即便由國家公權力為數據知識產權登記提供保障，也難以確保登記簿記載內容的絕對真實性。因此，在登記生效主義框架下採用相對公信力更具合理性。基於該制度設計，數據知識產權登記既能夠為數據原始權利合法性與數據流轉有效性提供初步證明，以明確權屬狀況、增強法律穩定性並穩定交易預期；同時也保留必要的糾錯空間，允許當事人以相反證據推翻登記的推定效力。此舉不僅最大限度地尊重客觀事實，還有效降低司法誤判風險，從而實現真實權利人與善意第三人之間的利益平衡。

第三，登記生效主義並不能產生強制登記的效果。登記生效主義的規範核心在於法律效果的配置，即未經登記的數據知識產權變動不產生法律效力，而非強制要求所有數據集合必須登記。當事人仍可基於意思自治原則，自主選擇是否通過登記取得法律保護。實質上，基於數據知識產權登記制度的篩選功能，其通過區分已登記與未登記的數據，為構建分級分類的數據知識產權保護機制提供制度基礎，實現對不同類型數據的差異化保護。已登記的數據可依登記內容獲得具有公信力的權利外觀，從而適於開展形式規範、安全性要求高的交易；而未登記的數據仍可基於合同關係、商業秘密保護等方式進行流轉，只是其交易形式與已登記數據存在區別。以同樣採取登記生效主義的專利權登記制度為例，對已登記並獲得授權的技術方案，可採取專利權轉讓、許可等方式進行流轉；而未登記的技術方案，則可通過商業秘密等方式進行交易。據此，在數據知識產權的首次登記階段，賦予權利主體以初始登記的選擇權，有助於其根據數據集合的性質選擇適宜的保護方式；而在續展登記階段，權利主體則可以根據數據集合的實際價值變化，靈活調整保護策略，從而最大程度實現數據價值的利用。

## 六、結語

數據知識產權登記制度的構建，不僅是建立數據可信流通體系的必要基礎，還是知識產權法律體系順應數字時代發展的重要制度創新。鑑於數據與知識產權在客體屬性、價值追求、制度理念上的高度契合性，借鑒傳統知識產權登記制度的成熟經驗，構建與著作權、專利權和商標權等並列的數據知識產權登記制度，具有正當性與合理性。然而，囿於當前數據知識產權登記制度採取“由下而上”的立法模式，導致實踐中對於制度設計存在較大爭議，亟需從法律層面解決這一難題。為此，應優先在頂層設計層面，確立全國統一的數據知識產權登記制度，並構建一體化的數據知識產權登記平台。同時，在具體制度設計層面，明確數據知識產權登記的客體範圍、客體要件、審查模式與法律效力等核心內容，以期為數據知識產權登記制度的建立與完善提供有益借鑒，推動數字資源的優化配置與高效流通。

**Abstract:** Establishing a data intellectual property registration system is pivotal to the reform of market-based allocation of data as an economic factor. However, the current institutional design for data intellectual property registration faces significant controversy, necessitating the urgent establishment of a unified registration framework. As a novel property registration system within the intellectual property domain, data intellectual property registration should serve to: prove ownership relationships, reduce transaction costs, ensure transaction security, and facilitate the selection of protection methods. The scope of registration should be limited to data collections that have undergone substantive processing and possess a certain scale. To advance data intellectual property registration steadily, a transitional model of “formal review by registration authorities + substantive review by third-party service providers” is advisable, ultimately transitioning to a model of “formal review by registration platforms + substantive review by registration authorities.” Simultaneously, to meet the requirements for establishing a trustworthy data circulation system, the principle of registration effectiveness should be upheld. Data intellectual property registration should be granted public notice and credibility, serving as preliminary proof of the initial legitimacy of data rights and the validity of data circulation.

**Key words:** Data Intellectual Property Rights Registration; Substantive Examination; Registration Effectiveness Principle; Public Credibility

---

(責任編輯：王鎔洪)

# 論法益的規範性之維

## ——德國刑事法益理論的新康德主義轉向及 康德式反思

湯沛豐<sup>\*</sup>

**摘要** 為抵禦自然主義對生活世界的主宰，20世紀的新康德主義哲學繼承並發展了康德關於實然與應然的區分，以“價值關聯”方法為刑事法益理論提供了先驗框架。這一方法論轉型推動了德國刑事法益理論的規範化，使法益得以從經驗性利益轉化為法秩序中的“文化財富”（*Güte*）。然而，新康德主義的方法論缺乏以實踐理性為基礎的價值反思，無法保證其方法能以普遍化的方式運用。因此，法益理論仍面臨重新滑向自然主義的風險：其一，價值判斷標準可能被外部權威所填充，難以避免政治絕對主義和刑罰權的任意擴張；其二，違法性審查易受道德或習俗影響而失去法律自身的界限；其三，在不能遂與抽象危險犯領域，危險判斷可能退回自然科學式的因果範式與概率思維，導致保護客體與行為客體界分模糊。鑑於此，有必要回到康德的實踐哲學，從人格的先驗結構出發，重建刑法規範的正當性基礎。這不但能夠清晰界定法益概念的規範性維度，也使當代刑法學在抵禦自然主義侵入時更有可能堅持刑法規範的自足性，並據此開闢出一條實踐上可行的刑法理論路徑。

**關鍵詞** 自然主義 新康德主義 規範性 法益 康德

在近代刑法體系的建構過程中，如何界定國家刑罰權的邊界，形成了兩條差異顯著的理論脈絡。其一是源于啟蒙自然法的社會危害性理論，它將刑事不法的本質定位於對社會共存關係的破壞。這一思想在我國傳統刑法理論中演化為“社會關係說”，強調犯罪是對社會主義社會關係的侵害，其關切重心在於法律關係的維護。與之形成對照的是十九世紀中葉興起的自然主義法益理論。在科學主義與實證法學的影響下，刑法學界試圖尋找比“社會關係”更具經驗性與具象性的保護客體，遂將目光轉向了具體的“利益”（*Interessen/Güte*）。此理論將犯罪理解為對可經驗把握的個人及社會利益的侵害，使“法律”和“利益”實現了結合，完成了刑法核心範疇由理性主義的法律

\* 湯沛豐，蘇州大學王健法學院副教授，法學博士。

本文係國家社科基金一般項目“康德《法哲學反思錄》翻譯與研究”（項目批准號：23BZX080）、教育部人文社科研究青年基金項目“康德‘《法權學說》手稿’的翻譯與研究”（項目批准號：21YJC720009）階段性成果。

關係向具象利益的經驗論轉型。我國學界近年來對法益概念的深入探討，正映射出這兩條脈絡的當代交鋒。部分具有代表性的法益理論研究者在引介法益概念時，指出了傳統“社會關係說”的潛在局限，即過度聚焦於人與人的關係而可能忽視那些需要刑法保護的、非關係性的獨立利益客體，如生態環境、自然資源。<sup>[1]</sup>

然而，自然主義將法益視為價值中立的經驗事物，其正當化能力完全依賴於社會事實與利益權衡。這種經驗基礎固然提供了直觀的確定性，卻無法在價值（如個人自由與國家安全）衝突時提供超越經驗的評判標準，因而面臨理論困境。進入十九世紀末，當德國的自然主義和經驗主義難以為刑法規範提供最終的正當性支撐時，新康德主義刑法學介入其中，通過重申“刑法乃規範科學”的立場，將法益從經驗事實中抽離，並重構為法律價值秩序內部設立的規範化保護目的。於是，犯罪的實質不再是對現實利益的損害，而是對價值秩序的侵害，違法性也從事實損害轉化為規範違反。可以說，新康德主義刑法學的法益概念重構推動了德國刑法從自然主義向規範理論發展。

這一規範化轉向在當代德國刑法教義學和司法實踐中已內化為穩定的制度常識，無論是法益的價值構成、構成要件的類型化、違法性的評價結構，還是危險犯的解釋模式，其理論基底均體現新康德主義的遺產。<sup>[2]</sup>與之相應，中國刑法學在吸收德國犯罪論體系過程中，也逐漸從“經驗危害”向“規範違反”的範式轉移，法益的規範屬性成為理論說明犯罪成立與刑罰必要性的基礎表達。<sup>[3]</sup>但置身於此次轉型之後的當代刑法學卻對其思想源流缺乏系統性反思。在德國，精細的解釋技術往往遮蔽了其背後的康德哲學源泉。而在中國，快速的學說和實踐性吸收未能充分厘清新康德主義法益理論的思想脈絡、其與自然主義法益理論的根本分歧，以及其自身與康德原典哲學的關鍵距離。<sup>[4]</sup>這導致了法益理論在實踐中面臨理論資源被廣泛運用，其哲學前提卻晦暗不明的境況，概念理解因而時常在自然主義與規範理論之間徘徊。針對上述問題，本文將對新康德主義法益理論進行思想溯源與內在邏輯梳理，並以康德哲學為鏡鑒檢驗其理論得失。

## 一、新康德主義刑事法益概念的轉向

新康德主義作為20世紀德國觀念論哲學復興的核心力量，通過西南學派的推動，對刑法學的發展產生了深遠影響。該學派的根本立場在於反對自然主義思維。相較於啟蒙自然法從理性出發，將刑法的任務理解為對社會危害的預防，自然主義傾向於以經驗事實為依據，將此任務理解為對實體性法益的保護，從而使刑法評價的焦點從“行為是否破壞了社會交往的可信賴條件”轉向“行為

[1] 參見張明楷：《刑法學》，法律出版社2021年版，第78頁。

[2] Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, C. H. Beck, 2006, § 14, Rn. 1 ff.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, 1996, §§ 24-26. 最具代表性的實例是以新黑格爾主義者拉倫茨（K. Larenz）為奠基者、並經由新康德主義者霍尼希（R. Honig）、論題學者羅克辛（C. Roxin）的發展而在教義學中系統成型的客觀歸責理論，其核心判斷標準已經在司法實踐中被明確吸收，vgl. C. Roxin, *Strafrecht AT I*, a. a. O., 2006, § 11; [德]弗里施：《客觀歸責理論的成就史及批判——兼論對犯罪論體系進行修正的必要性》，陳璇譯，載《國家檢察官學院學報》2020年第1期，第40-44頁。相關判例，vgl. BGHSt 32, 262 ff.; 46, 279, 288 f.; 59, 150, 167; 61, 21, 25 f.

[3] 參見陳興良：《教義刑法學》，中國人民大學出版社2010年版，第143頁；周光權：《行為無價值論的中國展開》，法律出版社2015年版，第119-132頁；劉艷紅：《實質刑法觀》，中國人民大學出版社2009年版，第215-217頁；張明楷：《刑法學》，法律出版社2021年版，第141頁。值得注意的是，儘管張明楷通常從自然主義視角理解法益概念，他有時也承認，實質違法性（即法益侵害）體現了社會共同體下的人格不法，這在一定程度上間接承認了新康德主義法益理論的觀點，即法益概念具有文化性和規範性維度。

[4] 例如有學者雖然意識到法益理論並不必然與規範理論矛盾，但卻並未意識到規範性法益概念與自然主義法益概念之間存在根本差異，更未關注其背後的哲學依據。參見李世陽：《二元規範論視角下刑法第13條但書規定的解釋論展開》，載《法學研究》2025年第1期，第63頁。

是否侵害了可量化計算的生存利益”。這種以經驗事實取代規範價值的傾向，雖然使刑法看似更具實證性，卻在根本上削弱了其作為規範科學的正當性。這是因為，經驗事實本身缺乏價值尺度，無法說明不法行為為何“不應當”。正是在反思這一困境的過程中，崇尚價值與規範的新康德主義西南學派進入刑法學的視野，成為重構法益理論的重要思想資源。它重新提出一個關鍵問題，即文化事實的評價究竟應以經驗事實為基礎，還是以規範為根據。德國刑法學正是在這一問題意識的指引下重新思考法益概念的基礎與功能，其影響延續至今。

### （一）走向新康德主義：法益理論的前史與問題奠基

刑罰作為國家最為嚴厲的法律後果，其發動必須滿足正當條件。法益概念的核心功能之一，即是為刑事干預提供正當基礎，使刑罰超越單純的權力行使。然而，在近代歐洲刑法史上，最初為刑罰正當化提供正當基礎的並非“法益”，而是“社會危害性”（Sozialschädlichkeit）概念，其思想淵源可追溯至啟蒙自然法傳統。<sup>[5]</sup>英國哲學家霍布斯首先提出，法律的根本任務並非促進德性，而是防止個人任意行為破壞公共和平。國家的強制因此被視為迫使人們避免相互侵害、確保社會秩序得以維持的必要條件。<sup>[6]</sup>這種以避免社會危害為核心的法律觀念，經《利維坦》系統化後，逐漸獲得自然法學與法典化思潮的外部印證。基於這種國家目的與刑罰功能的定位，合乎邏輯的推論便是，國家只能對根本上危及社會共存條件的行為進行刑事干預。法國《人權宣言》第5條明確規定，不法行為的本質在於其社會危害性。<sup>[7]</sup>這正是“社會危害性理論”（Sozialschadenslehre）在實證法上的縮影。

然而，霍布斯式國家理論雖然回答了為何需要法律，卻輕視了為何法律具有正當性的根本問題。<sup>[8]</sup>自然法時代的另一支理論，如德國的克里斯蒂安·沃爾夫（Christian Wolff）則試圖從道德義務推導法律權利，認為權利保障義務履行，進而將權利和法律視為倫理自我完善的前提。<sup>[9]</sup>但這種路徑導致法律義務的範圍與具體人之良心判斷相綁定，使權利界限缺乏客觀尺度，甚至可能無限擴張。<sup>[10]</sup>

康德的貢獻在於提出一種克服二者缺陷的第三條道路，即法律既不是霍布斯式純粹外在強制，也不是沃爾夫式完全內在的倫理要求，而是一種使每個人的行動自由[“任意”（Willkür）]能與他人的行動自由“按照普遍自由法則共存”的規範體系（AA 6:230）<sup>[11]</sup>。法律以自由交往的社會共存為直接目的，通過強制手段防止危害社會交往秩序，而道德則以行動者的理性自律為直接目的，通過內在強制實現意志的自由（AA 6:231）。因此，法律規範行為，道德規範意志。但法律的正當性又根植于主體作為理性的、擁有人格地位的存在者（Person, AA 6:223）的自我立法能力（AA 6:213

[5] Knut Ameling, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, Athenäum Verlag, 1972, S. 20..

[6] 參見[德]施米特：《霍布斯國家學說中的利維坦》，應星、朱雁冰譯，華東師範大學出版社2008年版，第78-80、111頁。

[7] “法律僅有權禁止有害於社會的行為。凡未經法律禁止的行為即不得受到妨礙，而且任何人都不得被強制去從事法律所未要求的行為。”參見明德公法網2008年1月6日，<http://calaw.cn/article/default.asp?id=2366>，2025年12月9日訪問。

[8] Vgl. K. Ameling, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a. a. O., S. 20; Karl Larenz, „Vom Problem der Rechtspflicht“, *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie* 9:77 (1943), S. 87.

[9] Vgl. Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Rengerische Buchhandlung, 1754, §§ 45-46.

[10] 參見[德]凱爾斯汀：《良好的自由秩序——康德的法哲學與國家哲學》，湯沛豐譯，商務印書館2020年版，第129-130頁。

[11] 著作收錄在科學院版（Akademieausgabe）的《康德著作全集》（Immanuel Kants Gesammelten Werken）中。對於該全集內容的引用，原則上將以“AA 卷號:頁碼”的文內注形式來標注出處。

f.)，亦即尊嚴（Würde, AA 4:434），因而與道德共享同一自由理念（AA 20:32）。<sup>[12]</sup>由此，康德實現了法律與道德的區分與重新連接，從而為現代刑法的“社會危害性”概念奠定了堅實的法哲學基礎。

然而，以霍布斯為起點、康德為高峰的啟蒙自然法傳統，其形式主義的理性建構並非沒有遭到挑戰。其將法律建立在抽象理性與普遍人性之上的方案，在19世紀的歐洲開始被視為一種無根的、純粹人為的設計，難以說明現實中多樣、具體且在歷史中形成的法律制度。由此，源自浪漫主義的歷史法學派開始興起，該學派強調法律根植於民族精神與歷史傳統，這一主張不僅回應了對抽象自然法的質疑，更契合了十九世紀歐洲民族國家建構與歷史意識覺醒的時代思潮，從而在德國法學界佔據了主導地位。<sup>[13]</sup>這一立場嚴重動搖了啟蒙自然法和社會危害性理論的根基，使刑法學的關注點從社會交往的關係轉向民族精神。

這種強調歷史特殊性與民族個性的學說，與後來追求普遍性與統一性的工業時代精神的確存在張力。工業社會要求超越地方性差異，建立可預測、可計算的法律和經濟秩序，以服務於大規模的生產、貿易和流動。正是在這一背景下，強調科學性與客觀性的實證主義思潮影響力日增。自然主義的核心主張是，所有現象，包括社會與心理現象，都應遵循自然的因果法則，並可以用自然科學的方法加以研究。這種將世界去魅、為自然立法的哲學傾向，為工業社會所需的標準化、效率化和對自然力量的掌控提供了強大的世界觀和方法論工具。<sup>[14]</sup>因此，法學思潮的演變從歷史法學派轉向法律實證主義（自然主義在法學中的體現），就是社會經濟基礎從傳統社會向現代工業社會轉型的一種哲學上的回應與適應。

在科學實證主義的影響下，刑法學者們逐漸使犯罪與刑法的任務從社會共同體的維度剝離，開始將犯罪視為一種針對某些應由實證的法（Recht）所保護的客觀利益（Güter）<sup>[15]</sup>的侵害行為，而這些利益最初被理解為“人”或“物”<sup>[16]</sup>這類實在對象，即因其對人具有吸引力而被立法者遴選並賦予保護資格。由此，利益的保護成為法律存在的核心理由。正如李斯特所言，利益是實證法得以正當化的基石。<sup>[17]</sup>這一命題的提出，標誌著德國刑法學對刑法任務的理解，從社會危害性理論轉向以保護具象生活利益或法益（Rechtsgut）為核心的法益理論（Rechtsgutslehre）。

但問題是，在事實上被渴求或可能遭受侵害的利益等同於重要的利益，並因而值得受到刑法保護嗎？顯然不是。例如，共犯關係中的互助利益應被排除。關鍵在於，自然主義所提供的因果-機械論範式本身，完全無力回答如何劃定應受保護之利益的範圍。舉例來說，即便我們可以用因果鏈條來描述“盜竊行為”（原因）導致“首飾佔有”喪失（結果）這一利益受損過程，這套力學模型對於為何“對首飾的個人財產權值得保護”，而“對首飾渴望的意願本身不值得保護”這一規範性問題，毫無助益。

李斯特（Franz von Liszt）對受囑託殺人之可罰性的反思，集中體現了自然主義法益概念的這一局限。他曾指出，《德意志帝國刑法典》（1871年）對自殺（不處罰）與受囑託殺人（處罰，第216條）<sup>[18]</sup>的區別對待，在邏輯上難以自洽。其問題出在，既然生命是先於刑法存在且應受法律

[12] 參見[德]凱爾斯汀：《良好的自由秩序》，商務印書館2020年版，第146頁。

[13] 參見黃鈺洲：《理性的規範性與歷史的延續性——哲學法學與歷史法學之爭》，載《北大法律評論》2019年第1輯，北京大學出版社2020年版，第10-11頁；[美]拜澤爾：《浪漫的律令》，黃江譯，華夏出版社2019年版，第256-258頁。

[14] Vgl. Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Deutscher Druck- und Verlagshaus, 1935, S. 4 f.

[15] 自然哲學理論中的“Gut”是帶有功利主義傾向的，較具象的“好處”或“利益”的概念。因此，本文根據語境將此處的Gut翻譯為利益。這也是Rechtsgut被翻譯為“法益”的主要原因。

[16] Vgl. Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung I*, 4. Aufl., Felix Meiner, 1922, S. 345. 此處的人是生物意義上的人。

[17] Vgl. K. Ameling, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a. a. O., S. 84, 94.

[18] 《德意志帝國刑法典》第216條第1款：“如果某人因被害人明確而嚴肅的請求而決意實施殺人行為的，應當判6個月至5年的監禁”。參見德國Lexetius網“《德國志帝國刑法典》第216條”，<https://lexetius.com/StGB/216>, 2025

保護的客觀利益，那麼法律一方面允許個人在自殺中支配、放棄此利益，另一方面又禁止他人應囑託幫助其放棄此利益，這便構成了一個矛盾。然而李斯特未能意識到的是，一旦法益被預設為邏輯上先於任何行為規範而存在的、自然物體般遵循力學規律的客體，它就會被理解成一種對人具有吸引力、因而對人人有利，同時也被他人追逐、可被外力作用或侵害的事物。如此一來，只要具備相應能力，任何人都可在自然意義上追逐它、排除競爭者對其的支配，甚至侵害支配者的利益，正如霍布斯所描繪的“自然狀態”。在此觀念下，自然主義的法益概念本身如何能夠衡量不同利益的分量，又如何能夠評判法律對人們利益支配資格的分配與規定的正當性？它顯然無法提供答案。這一困境揭示出純粹自然主義法益概念的價值空洞性，也就是說，它無法為“利益應如何被分配”等規範性評價提供任何依據。

自然主義法益理論的這一不足，正是自然主義哲學本身的範式局限性在刑法學中的體現。這種哲學將科學方法狹隘地限定在經驗觀察與因果解釋之中，導致對文化與社會現象的理解只能停留在事實描述的層面，而無法揭示這些現象的意義維度，從而無法解釋為何某些事件值得研究、某些制度具有重要性。例如，它可以說明法國大革命的爆發條件，卻難以回答這場革命為何在歷史上具有自由與平等的象徵意義。正因為如此，單純的自然主義不足以為人文學科奠基。

為回應自然主義的挑戰，新康德主義力圖為人文科學尋找牢靠的根基。然而，一個根本性的方法論問題隨之浮現，即面對無限繁雜的歷史事實之時，研究者應依據何種客觀標準，從中篩選出值得研究的對象。如果標準是主觀或任意的，那麼人文科學將無異於個人意見的集合，無法成為一門嚴肅的科學。正是為了解決這一困境，新康德主義西南學派代表人物李凱爾特（Heinrich J. Rickert）提出了價值導向的文化科學方法論。他首先遵循康德哲學的傳統，將世界二分為自然與文化。前者是自在的、遵循因果律的實體，後者則是人基於目的與價值所創造和維繫的意義世界。<sup>[19]</sup>

那麼，如何客觀地研究這個意義世界？李凱爾特的核心思路是，依賴先驗的“價值”（Werte）規範進行“價值關聯”<sup>[20]</sup>，從而使事件成為可評價（werten）的事件。此處的價值並非個人好惡，而是具有客觀有效性的評價標尺，是文化科學家在理解和賦予經驗客體以意義時所必須預設的先驗前提。<sup>[21]</sup>因此，它們未必會得到全體社會成員公認為有效，卻至少可以期望得到他們的普遍承認。<sup>[22]</sup>研究者借助這些價值規範（如自由、平等），從無盡的經驗事實中，甄別出那些與之契合且有意義的“文化財富”（Güter）<sup>[23]</sup>。例如，同樣是石頭，攻佔巴士底獄的遺跡因關聯自由價值而成為歷史符號。又如，同樣是文件，《人權宣言》因承載平等精神而成為文化瑰寶。當研究者以特殊的形式將大量價值符號綜合在一起時，便使這些個別財富構成了“法國大革命”這一歷史整體。<sup>[24]</sup>

由此，李凱爾特成功回應了最初的難題。文化科學正是通過先驗的價值規範，為經驗事實賦予意義，從而構造出事件的客觀性。這套方法論為刑法學奠定了重要哲學基礎，使法益不再僅被視為單純的利益事實，而是經由價值規範篩選、建構而成的規範性法律概念。

## （二）新康德主義的教義學轉化：法益理論的重構

年12月9日訪問。

[19] 參見[德]李凱爾特：《文化科學和自然科學》，涂紀亮譯，商務印書館1986年版，第20-21頁。

[20] 同上註，第21頁。

[21] 參見同上註，第21、76頁。

[22] 參見同上註，第22頁。

[23] 同上註，第21頁。李凱爾特用“Güter”特指那些被普遍文化價值所塑造、並體現了這些價值的經驗對象。它是一個價值哲學的概念，而不是經濟學概念。例如，一件藝術品、一部科學著作、一套法律體系、一種宗教儀式，這些都可以是“Güter”。它們之所以能從一些普通的“物”或“事件”升格為“Gut”或“Güter”，正是因為其與先驗的價值（如美、真、正義、神聖）相關聯，並因此能夠期待被文化共同體承認為有意義的“財富”。

[24] 參見[德]拉倫茨：《法學方法論》，黃家鎮譯，商務印書館2020年版，第128頁。

如前述，李斯特因其自然主義的法益觀念，無法解釋《德意志帝國刑法典》對自殺與受囑託殺人區別對待的正當性。他將法益理解為一種類似自然物的客觀事實，此概念本身是價值中立的，它只能描述“利益存在”，卻無法從中引申出“利益應如何被分配”的規範性原則。因此，一個純粹自然主義的法益概念，根本無法評判實證法對利益支配資格進行分配與限制的正當性。

為應對自然主義法益概念的不足，刑法學界嘗試借助新康德主義的理論資源對法益概念進行重構。理查德·霍尼希（Richard Honig）於1919年發表的教授資格論文《被害人的承諾》（*Die Einwilligung des Verletzten*），是20世紀初德國刑法理論吸收新康德主義文化科學的第一項重要成果。該學者秉承價值與事實、文化科學與自然科學二分的立場，對李斯特（F. v. Liszt）以來的自然主義法益觀進行了深刻反思。與李凱爾特（H. Rickert）的新康德主義一脈相承，他強調法律屬於文化領域而非自然領域的存在。因此，法律在本質上體現了特定共同體所承認且具有規範效力的價值，應被歸為規範科學，而非自然科學的研究對象。<sup>[25]</sup>其核心功能，在於識別並確認那些對社會共同體存續與發展具有重要意義的經驗事物，並通過強制力予以保護。正因為這些事物能夠與共同體所普遍承認的價值規範建立關聯，它們才成為規範科學意義上的財富（*Güter*）。<sup>[26]</sup>而在法律語境中，那些值得由法律運用強制力加以保護的文化財富被稱作“法益”（*Rechtsgüter*）。於是，在新康德主義的理論框架下，法益的內涵發生了根本性的轉變，亦即法益不再是價值中立的、自然界中既存的利益，而是體現立法所確認的規範性價值的客體。<sup>[27]</sup>例如生命這一法益，意味著對“禁止剝奪他人生命（即便被害人承諾也不允許）”的規範化表達，而身體完整性這一法益，則體現了“禁止損害他人身體完整性”的價值判斷。<sup>[28]</sup>

立足於新康德主義的法益概念，霍尼希對李斯特關於生命法益以及《德意志帝國刑法典》中受囑託殺人條款之正當性的觀點進行了批判性反思。他指出，李斯特的理論誤區在於，將法律所保護的客體（法益）視為一種類似於自然事物一樣與行為規範無關的客觀實存，並從自然科學的角度理解行為與法益侵害結果之間的因果關係。在這種視角下，自殺與受囑託殺人被歸結為引發了同一種自然結果，即死亡。然而，若將法益理解為體現刑法規範所蘊含的價值判斷的客體，就會發現，刑法上的行為與結果並非單純的自然事實，而是經由規範意義所建構的概念。因此，若僅將某一行為視為自然事件，則其所引發的後果與法律無關。但若從規範視角出發，將其認定為一種違背了法律共同體所承認的某條刑事禁令（侵犯了法益）且值得刑罰的行為方式，那麼該行為方式的實現本身，就已然構成法律意欲防止的規範性結果。據此，霍尼希指出，即使自然結果相同（如死亡），不同的行為方式（例如受囑託殺人／自殺）與刑事禁令的關係不一定相同，從而對應著本質上不同的法益（生命／無），以及禁令所欲防止的規範性結果（剝奪他人生命／無）。這正是《德意志帝國刑法典》對自殺與受囑託殺人予以區別對待的正當化依據。<sup>[29]</sup>

法益概念的規範性重構還解決了自然主義法益理論所造成的一個難題。回顧法益概念的發展歷程可見，其最初被還原為一種事實上的支配關係，並完全適用“原因”和“結果”範疇加以理解，從而長期游離於規範屬性之外。在因果範疇的支配下，法益甚至被等同於自然界的實在物體。為避免這一極端傾向，李斯特開始嘗試將法益概念“精神化”，使其脫離自然物的束縛，以擺脫因果範疇的濫用。然而，這一做法卻導致了一個悖論：一方面，精神化的法益無法再適用因果範疇，因而難以說明侵害行為究竟如何作用於法益並造成損害，也無法據此解釋行為的不法性（包括刑事不法）。

[25] Vgl. Richard M. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten I*, J. Bensheimer, 1919, S. 70.

[26] Vgl. R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten I*, a. a. O., S. 93.

[27] Vgl. ebd., S. 205; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a.a.O., S. 205.

[28] Vgl. R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten I*, a. a. O., S. 95.

[29] Vgl. ebd., S. 100 ff.

性）；另一方面，自然界的事物雖可適用因果範疇，因而能夠作為行為直接作用的對象，但其本身並不具備規範上的價值意義，因而同樣無法用以證立行為的不法本質。<sup>[30]</sup>

為調和這一矛盾，李斯特借助現象與本體的區分框架，將行為客體視為法益的現象層面，而法益本身則作為其背後的本體。據此，對行為客體的侵害被理解為對法益侵害的現象表現。通過這種間接反映關係，法益仍可在現象層面為行為的不法性判斷提供依據。然而根本問題在於：如果自然領域與精神領域在本體論上根本異質，前者如何能夠作為後者的現象得以呈現？如果這種呈現關係在哲學上無法得到充分說明，那麼法益概念就仍然面臨空洞或誤用之嫌，其理論地位亦難以真正穩固。正如前文所指出的，李斯特將法益理解為一種先於規範而存在的、自然意義上的利益，恰恰表明，即便經過精神化改造、並被賦予本體地位，法益概念在其理論中仍然缺乏與規範之間的必然聯繫。

如果貫徹霍尼希法益理論的基本精神，將法益理解為一種與刑事禁令相關、因而與價值判斷規範相聯結的對象，那麼我們就有可能在維持法益概念精神化內涵的同時，保留其在不法判斷中的功能。原因在於，一旦法益被納入規範性結構之中，人的行為便不再僅僅是自然界的物理運動，而是被賦予了法律意義的事實。這樣的事實能夠以符合或違背刑事禁令的方式體現其意義，從而呈現出合法或不法的價值。

與霍尼希同處新康德主義刑法學陣營的埃里克·沃爾夫（Erik Wolf）<sup>[31]</sup>沿著這一路徑更進一步，其對法益的理解較霍尼希更為激進。法益如今不再被界定為某些與價值規範相聯繫的具象客體，如生命或具有完整性的身體，而是被明確還原為兼具精神和現實性的、法律價值規範下的人際關係。<sup>[32]</sup>換言之，法益就是在共同體價值整合之下不斷生成的、具有合法價值的社會交往模式。由於這種模式既具現實性，又承載價值，它自然有受到侵害的可能。<sup>[33]</sup>反過來說，所謂法益侵害並不是單純的自然事實，而是一種在文化語境下具有意義、並可受到價值規範否定評價的事件。<sup>[34]</sup>因此，沃爾夫與霍尼希一樣，將“結果”理解為規範意義上的結果，而在教義學上，這一結果就是刑法構成要件的實現本身。至於自然意義上的結果，也就是保護客體的物理性改變，則僅僅是該法律結果的物質載體，用來輔助人們把握那些規範上的結果。<sup>[35]</sup>

沃爾夫的規範性結果概念，實質上是將犯罪認定的重心從外在自然事態轉移到行為本身的（先驗價值）規範違反性，亦即從“結果不法”轉向“行為不法”。倘若沒有法律規範賦予行為以意義，該行為的發生就無法構成不法。這也清楚解釋了，為何有些犯罪類型並不要求外在損害結果，卻必須表現為對義務或規範的違反。正因如此，行為犯往往比結果犯更能凸顯刑事不法的本質。民事不法通常需要依賴於行為之外的實害結果，而刑事不法則可以直接立足於行為對規範的背離。既然法益本質上是一種規範性的意義結構，那麼對法益的侵害也只能通過規範意義上的行為來實現。

由此可見，行為並不僅僅是自然的身體運動，而是一種具有表達性的活動，它通過符合或違背義務的方式，呈現出與共同體法律期待的契合或衝突。這樣一來，沃爾夫實際上早於韋爾策爾（Hans Welzel）揭示出，刑事不法的本質並非“物的不法”（*sachliches Unrecht*），而應被理解為

[30] Vgl. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a.a.O., S. 85.

[31] 需注意的是，此沃爾夫（Erik Wolf, 1902-1877）不同于德國啟蒙自然法學家克里斯蒂安·沃爾夫（Christian Wolff, 1679-1754）。

[32] Vgl. Erik Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Mohr, 1963, S. 714; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a.a.O., S. 150, 152.

[33] Vgl. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a.a.O., S. 148; E. Wolf, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, in Reinhard von Frank, *Festgabe für Reinhard von Frank II*, Mohr Siebeck, 1930, S. 523.

[34] Vgl. E. Wolf, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit: Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, Ferdinand Breslau, 1931, S. 16.

[35] Vgl. E. Wolf, *Typen der Tatbestandsmässigkeit*, a.a.O., S. 40 f., 45, 50.

一種“人格的不法 / 人的不法”（personales Unrecht）。<sup>[36]</sup>其核心在於，人格在共同體規範秩序中被賦予特定的角色意義。當行為人的行為背離共同體所確認的價值規範時，便同時背離了人格角色應有的行為方式，從而構成不法。正因如此，沃爾夫的理解不僅揭示了行為不法的本質，也嚴峻考驗了純粹經驗性的法益觀念，預示著法益概念必須容納更多的規範意義。

自此之後，德國刑事法益理論即便在形式上仍被廣泛使用，但其內涵已在與行為無價值論和規範論的持續對話中被深刻重塑，規範性的考量已成為其不可分割的組成部分。譬如，羅克辛（Claus Roxin）和許內曼（Bernd Schünemann）作為當代德國刑法學界堅定的法益理論者，他們的法益觀念都帶有明顯的自由價值規範結構，既區別於物質性的行為客體，也有別於純粹的道德倫理價值、憲法上抽象的尊嚴概念、禁忌、意識形態等。<sup>[37]</sup>在羅克辛看來，即便是抽象危險犯的立法，也必須以行為對法益的典型危險性為前提，其正當性正在於對重大法益的前置性保護。因此，他們的法益觀念最終服務於對實證法進行正當化反思的功能。羅克辛還基於這種規範化的法益概念，闡發了一套客觀歸責理論，其總結的正是早已被德國司法實踐所採用的原理。<sup>[38]</sup>該理論的核心思想是，刑法打擊的不是任何自然意義上製造風險的行為，而是在社會分工語境下，按照行為人的角色身分，製造或增加了不被容許的風險的行為。這顯然有別於賓丁的自然—實證主義法益概念。又如我國法益理論者張明楷，儘管在整體上堅持法益的利益屬性，但他主張違法性判斷應以社會共同體意義上的人格不法而非物的不法為核心，這一立場事實上已突破了自然主義法益理論的預設，體現出法益概念不可避免的規範化傾向。<sup>[39]</sup>

## 二、新康德主義法益理論的康德式檢視

在新康德主義的推動下，法益理論經歷了從經驗主義和自然主義向規範化的關鍵轉向。此處的規範並未像康德實踐哲學那樣構成具有命令效力的實踐法則，而是首先具有認識論意義，即提供一種使行為得以被理解與評價的方法論框架，以及解釋刑罰何以介入的前提。然而，僅依賴方法論層面的價值關聯，法益概念仍可能出現範圍無限膨脹、難以區分必要與非必要保護對象等問題。鑑於新康德主義刑法學本身以康德實踐哲學為深層思想源泉，而康德通過自由理念提供了法律正當性、權利界限與不法性判斷的先驗框架，其影響不僅體現在近代刑法體系，也深刻塑造了當代中、德兩國憲法上的人（格）之尊嚴概念。<sup>[40]</sup>本章將回到康德式立場，對法益規範化轉向進行系統檢討。由此，這一檢討不僅面向新康德主義，也構成對自然主義法益理論在根基上的再評價。

### （一）法律解釋的工具：作為價值路標的法益概念

李凱爾特的文化科學旨在回答人“如何可能理解獨特的歷史事件”這一認識論問題。與此相應，霍尼希的法益理論亦主要是一種方法論，其核心在於揭示法律目的並闡明條文含義。這一方法論維度在其對李斯特關於應邀殺人的討論中已初露端倪。正是通過揭示實證法在背後承載特定價值

[36] Vgl. K. Ameling, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a.a.O., S. 152.

[37] Vgl. C. Roxin, *Strafrecht AT I*, a. a. O., § 2, Rn. 1-50; Bernd Schünemann, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, in: Roland Hefendehl, Andrew v. Hirsch und Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, 2003, 137 ff.

[38] Vgl. BGHSt 11, 1, 7; 21, 59, 61; 24, 31, 34; [德]弗里施：《客觀歸責理論的成就史及批判——兼論對犯罪論體系進行修正的必要性》，陳璇譯，載《國家檢察官學院學報》2020年第1期，第42頁。

[39] 參見張明楷：《刑法學》，法律出版社2021年版，第141頁。

[40] 參見林來梵：《人的尊嚴與人格尊嚴——兼論中國憲法第38條的解釋方案》，載《浙江社會科學》2008年第3期，第49頁；謝立斌：《中德比較憲法視野下的人格尊嚴——兼與林來梵教授商榷》，載《政法論壇》2010年第4期，第54、63頁。

規範的效力，霍尼希才得為法益概念擺脫自然主義與經驗主義的預設奠定了基礎。

對這一方法論特徵更系統的呈現，則體現在其對一宗間諜案的分析之中。霍尼希通過目的論解釋指出，《德意志帝國刑法典》（1871年）第90條<sup>[41]</sup>的規範目的並非無條件地保護“軍事秘密的保密性”這一形式性法益。結合第89條<sup>[42]</sup>的體系精神，當政府基於削弱敵方力量的目的而同意洩密時，第90條所保護的真實法益應當解釋為“國家防禦利益”。在行為實質上服務於該價值的情形中，構成要件便因不符合規範目的而不被滿足。換言之，行為之所以不構成犯罪，並非由於政府的同意本身，或源於“volenti non fit iniuria”（對自願者不構成不法侵害）<sup>[43]</sup>這一民法格言的機械套用。政府同意僅確認了行為在實質上的正當性，無法該當構成要件。這一分析間接否定了貝林（Ernst Beling）關於構成要件完全價值中立、並可獨立發揮類型化功能的設想。<sup>[44]</sup>

然而，將法益概念首先定位為解釋實證法的工具，意味著預設實證法本身的價值正當性，從而削弱了法益概念的批判與正當化功能。其追隨者施文格（E. Schwinge）更將此立場推至極端，僅保留法益的解釋論功能，將其簡化為構成要件法律目的（ratio legis）的同義詞。<sup>[45]</sup>由此，以法益為核心對構成要件作目的論解釋遂成為當代學界的通例。<sup>[46]</sup>

但方法論法益概念能否真正擺脫自然主義的價值空洞性，仍然存疑。為回答此一問題，必須對新康德主義的價值關聯法進行複盤。在李凱爾特那裡，價值關聯的功能僅在於將經驗事實與理解其意義所不可或缺的普遍價值規範對接。其目的在於揭示意義，而非提供應然行為規範。這就導致了，該方法雖具有價值導向性，卻不承擔判斷善惡與規定“應當”的任務。因而，文化科學意義上的規範不構成行為的義務基礎。在這一點上，文化科學並未比自然哲學走得更遠：自然主義因缺乏價值而無法說明“應當”，文化科學則因缺乏命令屬性而無法確立“應當”。

同理，方法論法益概念雖能用來說明法律保護了什麼，卻無法回答法律為何應當保護它。這意味著它無法為“為何應當遵守法律”提供規範根據。換言之，方法論法益概念僅是法律解釋的路標，而非正當化的基礎。霍尼希對上述間諜案的處理已反映出這一點。儘管他以目的論解釋揭示了國家防禦利益無條件地優先於其他法益，但據此仍無法解釋這種優先性的正當依據是什麼，以及國家為何應當保護國防利益。此類問題已超出純粹方法論的邊界，抵達“人應當做什麼”這一康德式問題視域。因此，其解釋結論可能僅在個案中恰巧符合可被理性辯護的行為規範，無法保證該方法論以可普遍化的方式運用。這也是當代中德刑法學界一致傾向於認為，法益概念兼具方法論功能，與正當化反思功能的根本原因。<sup>[47]</sup>

缺乏堅實哲學基礎，使新康德主義法益理論面臨兩種結構性風險。其一，是政治絕對主義的風險。李斯特的自然主義法益理論無法為利益衝突提供內在的價值判斷標準，使刑法的價值內容不得不依賴外部權威來填補。這種結構與霍布斯式的“主權者命令即法律”邏輯具有一定親緣性。它表面上承認個人、社會與國家利益的平行地位，實質上卻傾向於在關鍵時刻為國家利益提供壓倒性的論證優勢，使法益理論有可能從保障自由的工具轉化為權力擴張的基礎。霍尼希雖以價值關聯法取

[41] 該條規定，禁止將作戰計劃、要塞或防禦工事計劃洩露給敵方。

[42] 該條規定，戰爭時期對國家的危害行為，只有在行為意圖或結果損害帝國或盟國戰爭力量時，才能構成犯罪。

[43] Vgl. Curt Guderian, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden: Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien*, E. Ebering, 1899, S. 47 f.

[44] 參見湯沛豐：《論義務分配在刑事不法分階段判斷中的意義》，載《法學家》2023年第5期，第166-167頁。

[45] Vgl. Erich Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht: ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Röhrscheid, 1930, S. 22; 丁慧敏：《刑法目的觀轉變簡史——以德國、日本刑法的祛倫理化為視角》，載《環球法律評論》2011年第2期，第63頁。

[46] Vgl. C. Roxin, *Strafrecht AT I*, 2006, a. a. O., § 2, Rn. 4; [德]烏爾斯·金德霍伊澤爾：《法益保護與規範效力的保障》，陳璇譯，載《中外法學》2015年第2期；張明楷：《刑法學》，法律出版社2021年版，第79頁。

[47] Vgl. C. Roxin, *Strafrecht AT I*, 2006, a. a. O., § 2, Rn. 4-6; 張明楷：《刑法學》，法律出版社2021年版，第80頁。

代自然主義，但若其價值秩序本身未經理性批判，也難以避免成為現實權威的正當化載體。這一風險，已逐漸得到當代中德刑法學者的重視。<sup>[48]</sup>然而，只要法益概念中的自然主義殘餘未得到徹底清理，這一風險便無法避免。

其二，是法律與道德及社會規範之間界限的模糊化。無論是李斯特意義上的“利益”，還是霍尼希所稱的“文化財富”，若缺乏界定法律獨立領域的應然尺度，就無法阻止道德情感、社會習俗等非法律規範對刑法的不當侵入，這一問題在霍尼希理論中尤為明顯。儘管他通過價值哲學重構賦予法益概念以規範意義，但其哲學基礎仍殘留自然主義的痕跡，使其重建的體系潛藏著滑向相對主義或過度倫理化的可能。<sup>[49]</sup>這一點從霍尼希的奠基策略即可看出。雖然他試圖借助價值秩序與基礎價值等觀念提升法益的規範性，<sup>[50]</sup>但在法哲學上卻依然訴諸李斯特、賓丁等自然主義者所堅持的“社會學實證主義”（soziologischer Positivismus）作為其最終基礎。<sup>[51]</sup>本質上，這是一種將社會事實的穩定性與功能性誤認為規範性的立場。由此，霍尼希的法益理論雖然在解釋方法上遠離自然主義，但卻在規範奠基上仍無法完全擺脫這種哲學的影子。這一局限性也普遍存在於當代中德刑法學研究當中。<sup>[52]</sup>

要真正為刑法奠立規範基礎，必須返回康德式的法哲學。如前述，康德不僅從自我立法的實踐理性出發，確立法則和義務的先驗結構，更重要的是，他在此基礎上較嚴格地區分了法律與道德，使法律獲得了有別于道德的先驗命令形式。道德要求人的內在動機，法律則僅在外在行為的相互關係中規定可強制的義務。正是這一區分，使法律具有自主性，並使公民在微觀層面能夠理解為何實證法應當被遵守。與此同時，通過共和化的公共實踐，亦即公民借助理性的公共運用對立法施加批判與改良的壓力，實證法在歷史進程中不斷向先驗的價值規範（理性法）靠攏，使價值規範不僅具有批判意義，也在實踐中獲得現實性（AA 6:340; AA 8:304）。<sup>[53]</sup>

在這一意義上，埃里克·沃爾夫的法哲學可被視為對康德框架的富有成效的深化。一方面，他延續康德的基本前提，將人理解為擁有人格地位的存在者，並將法律界定為規範人格關係的結構。法益因而被理解為法律價值規範所期待實現的人際關係模式。正是這種可期待性，使法益既成為解釋實證法的價值落腳點，也使公民在微觀層面能夠以規範性方式理解法律對行為模式的要求。由此，法益概念獲得了實踐哲學意義上的應然性，克服了新康德主義價值哲學僅停留在認識論和描述性層面的片面傾向。<sup>[54]</sup>

[48] 關於相關觀點的梳理，參見趙書鴻：《自由劃分而非法益保護——國家確立刑法規範的本體論根據》，載《北京社會科學》2023年第12期，第94-96頁；阿圖爾·考夫曼、溫弗里德·哈斯墨爾主編：《當代法哲學和法律理論導論》，鄭永流譯，法律出版社2002年版，第133頁。

[49] 賓丁的法益理論已有此傾向。他一方面反對刑法泛道德化，另一方面卻對“倫理犯”（通姦、亂倫、褻瀆神明、褻瀆墳墓、違背宗教禁忌等行為）是否值得刑罰的爭論保持沉默。Vgl. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a.a.O., S. 59. 霍尼希的法益理論奠基方式使其難以消除這一風險。

[50] Vgl. R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten I*, a. a. O., S. 107 f.

[51] Vgl. ebd., S. 64 ff.

[52] 德國具有代表性的文獻可參見羅克辛(C. Roxin)《刑法總論》(Strafrecht AT)。在該教材中，羅克辛明確指出，他對刑法基礎原理的體系化是建立在一種經驗化的刑事政策學之上(vgl. C. Roxin, *Strafrecht AT I*, a. a. O., § 7, Rn. 48 ff.)，並進一步將行為的可罰性奠基於經驗社會學的分析上 (ebd., § 3, Rn. 29)。國內較新的文獻，可參見柏浪濤：《論刑法中的“行為規範”——以法益理論與規範論之爭為主線》，載《環球法律評論》2025年第5期，第140-156頁。作者試圖以規範取代自然主義法益概念在犯罪論中的地位，但其立場在根本上仍未超越這種法哲學的內核，即實證主義的犯罪論框架。

[53] 參見湯沛豐：《所有權的自由意志奠基——論康德所有權理論的思路及其政治哲學意義》，載《復旦學報（社會科學版）》2024年第1期，第153頁。

[54] “在後來的發展中，人們才開始觸及法倫理並最終抵達法的本體論。”[德]拉倫茨：《法學方法論》，黃家鎮譯，商務印書館2020年版，第115頁。

另一方面，沃爾夫自覺將現代分工社會的結構引入其法哲學，使法律所規範的人格關係得以與現實社會形態相銜接。這一貢獻超越了康德，但又並非背離康德，而是在康德理論框架之內，通過吸納現代社會分工的結構前提，為先驗的法律價值規範提供了現實的承載方式。諸如生態環境、自然資源等當代刑法所重視的因素，也只有在構成現代社會分工所依賴的前提下，才使得相應的行為方式具有規制的必要性。正因此，法益概念在解釋現代實證法時獲得了更為堅實的現實根基，彌補了啟蒙法哲學偏於抽象的不足。由此，法益既能作為規範性框架立基於先驗價值規範之上，又能在實證法的歷史建構中發揮實際功能，使康德式的啟蒙法哲學在當代語境中重新展現出生命力。也正是在這一意義上，當代法益理論需面對一個前提性的追問，即我們是否已經在沃爾夫奠定的具有現實性的價值規範結構之基礎上取得了真正的進步。<sup>[55]</sup>

## （二）精神與現實：保護客體（法益）與行為客體的關係

在自然主義語境下，法益的本質被理解為利益，而利益則是指一切對人具有吸引力的有益事物（Güter）。然而，當這些事物被直接歸入自然界時，它們便喪失了衡量實證法規範正當性以及限定其適用範圍的能力。正因如此，理論上迫切需要將法益概念從自然物之中抽離，使之轉化為精神世界的範疇。

自此，法益被定位為保護客體，其功能在於為實證法的正當性與適用界限提供判斷基準，例如《德國刑法典》第 212 條（殺人）中的“生命”，第 113 條（妨害公務）中的“國家機構的職能運作”，或第 267 條（偽造文書）中的“法律交往的可靠性”。而法益所依附的自然物則被界定為“行為客體”，僅用於說明法益侵害的存在與程度。所謂行為客體，可以有兩種形態，其一是狹義的，即行為直接打擊的自然客體，例如《德國刑法典》第 212 條（殺人）中的“人”；<sup>[56]</sup>其二是廣義的，即行為並不直接打擊、但必須作用於其上，行為才能以符合構成要件的方式實現，例如該法第 113 條（妨害公務）中的“公務員”，或第 267 條（偽造文書）中的“文書”。<sup>[57]</sup>

這便引出了一個關鍵問題：既然法益被界定為精神事物，而行為客體屬自然事物，那麼，用自然物說明法益侵害的發生與損害程度，這如何可能？倘若兩者缺乏內在聯繫，則行為客體的物理變化便無法作為法益受侵害的證據。對此，以霍尼希為代表的新康德主義刑法學者雖將法益改造為規範結構，但卻認為，對法益與行為客體之間的存在論關係作出澄清是不可能的。然而問題在於，如果我們為了不法性判斷的可操作性而暗中假定兩者具有統一性，以便利用自然物的變化來說明法益侵害，就會在邏輯上重新面臨把法益還原為自然物的風險，使規範性的法益概念再次落入自然主義的窠臼之中。<sup>[58]</sup>此種困難，在當代法益理論者針對“不能未遂”（untauglicher Versuch）可罰性問題所提出的“新客觀理論”<sup>[59]</sup>中表現得尤為突出。

這種較新的客觀理論最早由李斯特提出，<sup>[60]</sup>後來又被受新康德主義影響頗深的羅克辛發展為“具體危險說”。<sup>[61]</sup>它的核心思想是，引入一個平均觀察者的事前視角（ante ex），構建一個思維

[55] 拉倫茨指出：“時至今日，這場距今幾十年前的法哲學運動中所獲得的很多知識成果，已經滲入到法學方法論和教義學方法的文獻中。只不過人們幾乎再也意識不到這些知識的血統是源出於某一特定的法哲學的思想脈絡，因此再不能識讀出某些表述的特殊含義。”[德]拉倫茨：《法學方法論》，黃家鎮譯，商務印書館2020年版，第115頁。他所指的這一“特定法哲學”，正是新康德主義法哲學及其在法學內部的發展形態，包括以埃里克·沃爾夫為代表、對純粹認識論取向加以超越並賦予其規範性深化的廣義新康德主義法哲學。

[56] Vgl. R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten I*, a. a. O., S. 109 f.; Vgl. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a.a.O., S. 198.

[57] Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 1975, S. 38.

[58] Vgl. R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten I*, a. a. O., S. 89.

[59] 這種理論的“新”是相對於費爾巴哈的客觀理論而言。

[60] Vgl. F. v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21. u. 22. Aufl., Walter de Gruyter, 1919, 199 f.

[61] Vgl. C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, C. H. Beck, 2003, § 29, Rn. 26-28.

實驗模型，用以判斷那些由於行為人認識錯誤而未能成功作用於行為客體，從而未能既遂的行為，是否已經對法益造成了足以動用刑罰預防的具體危險。<sup>[62]</sup> 所謂平均觀察者，是指根據犯罪一般預防的目的，對行為人的認識能力作適度抽象後形成的理性人形象。與真實行為人不同，這一理想化的平均人被設想為冷靜、理智，不受個性、情緒、性格等偶然因素的干擾。<sup>[63]</sup> 通過排除這些偶然因素，理論建構出一個標準行為人的模型。若在這個模型下實施同樣行為可能導致既遂，則說明現實行為人的失敗只是出於偶然。如緊張、疏忽或過於自信，便屬低概率的偶然事件。而這種失敗的偶然性使行為顯現出了客觀上的高危險性，應被認定為“可罰的不能未遂”（參見《德國刑法典》第49條第2款）。例如，甲將白糖或保健品誤認為致命毒藥，倒入乙的咖啡中企圖殺人。若換作理性冷靜的平均人，不會犯下這種錯誤，那麼就說明，甲的殺人未遂只是因偶然因素所致，其行為對生命法益而言仍具備《德國刑法典》第212條意義上可罰的危險性。<sup>[64]</sup>

反之，若即使在平均觀察者的條件下，行為仍然無法成功，則說明未遂結果並非出於偶然，而是近乎必然的高概率事件。這類行為在本質上無需動用刑罰加以防止（《德國刑法典》第23條第3款），因而缺乏對法益的危險性。例如，甲誤以為念咒或往咖啡中加入白糖即可致死，他的失敗與心理波動或一時疏忽無關，而是出於根本性的愚昧無知（grober Unverstand）。因此，這類行為要麼僅具極輕微的可罰性，要麼完全不具備可罰性。<sup>[65]</sup>

從這些例子可以看出，新客觀理論所追求的客觀性，實際上是對自然科學世界觀的一種模仿。它將法益簡單等同於行為客體，從而讓不能未遂的可罰性最終取決於行為既遂的自然概率。亦即，哪些因素在統計上常見、不可避免，就被視為必然，無須刑罰干預（或即便干預也無意義），從而沒有法益侵害的危險性；相反，哪些因素罕見、偶發，則被視為偶然，因而具有法益侵害的可罰性和危險性。這實際上是將行為人理解為一個受外部環境支配、依循心理與生理規律反應的生物人，並把其心理狀態以及行為視為自然因果鏈條中的一環。如此一來，人的行為被還原為自然現象，而人的人格地位與理性判斷能力被剝奪，法的價值規範性讓位於經驗規律的預測。<sup>[66]</sup>

但問題也由此產生。這種基於統計概率的思維框架實際上無法區分迷信犯和真正可罰的不能未遂。在現代理性社會中，意圖運用迷信、極端愚昧等手段加害他人的現象出現概率較低，從統計上看無疑屬“偶然”事件，於是根據新客觀理論的邏輯，它們反而成了危險的、應受處罰的。相反，那些行事理性、計劃更科學的人，只因其失敗源自“常見的”心理因素（緊張、疏忽、自信過度），反而被排除在可罰範圍之外。

值得注意的是，我國學界從德（日）刑法學吸收並修正後的具體危險說，正是這一困境的集中體現。該理論認為，行為人誤將白糖或食鹽當作毒藥投入被害人的咖啡中，其行為明顯不具任何對生命法益的危險性。<sup>[67]</sup> 其隱含依據在於，此類心理錯誤在經驗上出現頻率較高，屬人類認識活動中的常見偏差，因此無須通過刑罰加以預防。換言之，危險性的判斷標準被還原為對心理偏差出現概率的經驗評估，不再是對行為在價值規範的意義上是否威脅法益的判斷。結果是，這一修正方案不僅未能超越自然主義的思維模式，反而削弱了新康德主義刑法學為法益理論奠定的價值導向根基，使危險判斷重新陷入經驗化、自然化的迷霧之中。

[62] Vgl. F. v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, a. a. O., S. 200.

[63] Vgl. C. Roxin, *Strafrecht AT II*, a. a. O., § 29, Rn. 27.

[64] Vgl. ebd.

[65] Vgl. ebd.

[66] 參見王俊：《不能犯中危險判斷的客觀化傾向之辨正》，載《蘇州大學學報（法學版）》2017年第4期，第98頁。該文認為，新客觀理論所採用的平均觀察者視角是規範性的工具，其功能在於揭示行為人意志的不法性，從而說明不能未遂的可罰性，因而可歸入主觀（規範）理論範疇。這一觀點反映了，新客觀理論力圖用自然科學的術語去轉譯規範科學邏輯的策略，是具有誤導性的。

[67] 參見張明楷：《刑法學》，法律出版社2021年版，第461頁。

綜上可見，新客觀理論之所以在不能未遂的判斷上重新滑向自然主義，其深層原因正在於，典型的新康德主義刑法學並未從實踐哲學層面對價值規範的性質與作用作出反思。霍尼希雖將法益重塑為規範性結構，但其中的價值規範在本質上仍是一種經由社會科學建構、以經驗材料為基礎的實證主義規範。這種定位要求人們按照自然科學的因果模型去理解價值規範的現實性，從而將法益的文化現實性與行為客體的經驗現實性混同。正是在這種混同之下，危險性的判斷自然地被還原為對心理偏差出現概率、行為成功率等經驗因素的評估，價值規範的應然結構難以發揮獨立作用。

然而，這一結果反證了，若從康德實踐哲學所揭示的先驗規範內核出發，即從行為的應然規範而非經驗規律出發，法益理論便能夠避免自然主義的窠臼，保持其價值規範性與評價性，並為危險判斷與不法性判斷提供獨立於經驗規律的合理基礎。在此框架下，判斷不能未遂是否應受防範或處罰，並不取決於行為對客體造成危害的經驗概率，而在於行為人是否違反了其人格角色範圍內的“職責”（*Zuständigkeit*）<sup>[68]</sup>，從而使法律規範對其的合理期待落空。

例如，甲誤以為將糖投入乙的咖啡中，或僅以念咒方式可以殺害乙。雖然甲主觀上意圖剝奪他人生命，但在其社會職責範圍之內並無義務避免實施這類行為，因此，這類行為的實施不構成職責義務的違反，也無法產生可罰性。相反，若甲意圖向乙的咖啡中投放毒藥卻誤放了白糖，則即便未造成經驗性的危害，由於任何人在其社會職責範圍內都負有避免實施此類危害的義務，其行為仍具有客觀不法性，因此構成可罰的不能未遂。<sup>[69]</sup>

以上分析表明，在康德式法哲學的視域下，法益的規範性地位既不需要，也不應通過經驗性的行為客體來獲得現實性，否則法益概念將不可避免地被自然化。同樣，對規範性法益是否受到危害，以及行為是否違法的判斷，也不依賴於行為客體的物理變化本身。

但法益侵害具有形態差異，行為人對職責義務的違反也必然體現出不同的形態（既遂、未遂等），而這種形態差異應當反映在違法性形態上。問題是，如何在經驗世界中恰當地說明這種規範性的形態差別。關鍵在於，行為計劃得以實現的階段，反映了職責義務被違反的形態。<sup>[70]</sup>故而行為客體的變化，並不是賦予法益現實性的自然事實，而是行為計劃進入經驗世界的外在跡象。這有助於理解，為何中德兩國刑法典都將行為客體是否發生變化作為區分既遂與未遂的核心標識。

然而，一個難點仍然存在。行為客體屬經驗領域，而職責義務則屬實踐理性的規範領域。如何能夠通過一個經驗事實去體現或說明規範性職責義務在現實中的被違反形態？新康德主義將事實與規範截然分離的二元論立場，顯然不足以回答這一問題。康德的實踐哲學在此提供了關鍵資源。依康德之見，人的行為並非自然的條件反射，而是由其自我設立的“準則”（*Maxime*）所引導。準則雖然是主觀的，但其形式必然包含著一種“普遍性”的訴求，即行為人試圖為自身的行動立法（AA 6:213）。即便是一條不道德的準則（例如“為獲利可以欺騙”），也隱含著“在所有類似情境中皆應如此”的普遍化傾向。正是這種潛藏於個別行為中的普遍化結構，使得對行為進行理性審查乃至譴責成為可能。因而，如康德所言，“惡行（*das Laster*）因其本性而自我懲罰。”（AA 6:331）<sup>[71]</sup>換言之，每一個具體的行為都已以某種規範性姿態介入到價值秩序之中。也正是在此意義

[68] Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, 2012, S. 356. 此處借鑒了米夏埃爾·帕夫利克（M. Pawlik）在其《公民的不法》（*Das Unrecht des Bürgers*）中闡發的職責理論。

[69] 值得注意的是，在此分析框架中，“計劃性”是行為意義與行為類型的識別要素，而非傳統犯罪論體係中主觀歸責層面的價值取向判斷。即使一個行為表現為高度計劃性的殺人，也不能自動推出行為人具有敵視規範的意志或拒絕規範的態度。只有進一步分析行為人在行為當時基於什麼理由做出決定，以及他對法律義務的態度如何（例如，是被強烈威脅下被迫籌劃、出於嚴重誤解而制定計劃，還是明確為了違反規範而策劃），才能判斷其行為是否在規範意義上表達了對法律秩序合作期待的否定（故意）。這是本文觀點與韋爾策爾（H. Welzel）所創立的目的行為論的根本差別。

[70] Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, a. a. O., 280 f.

[71] Vgl. Hariolf Oberer, “Begründungsaspekt der Kantischen Strafrechtslehre”, in: Reinhard Brandt, *Rechtsphilosophie der*

上，待裁決的案件事實只能還原為各方當事人基於各自對權利、義務與正當性的理解而提出的、相互衝突的規範性主張的交織，而非價值無涉的自然素材。<sup>[72]</sup>這便是法官得以援用價值規範及實證法所蘊含的“類型化概括”（typisierende Generalisierung）<sup>[73]</sup>對個案加以評價的根本根據。

在這一意義結構中，行為客體也不再是自然事實，而是已被社會實踐賦予規範性和類型化意義的經驗事實。例如，《德國刑法典》第 212 條（殺人）中的“人”，並非生物學意義的生命體，而是作為法律主體、具有尊嚴與人格地位的存在，其地位體現了法律規範對自由、有序交往關係的基本期待。同理，第 267 條（偽造文書）中的“文書”，也不只是紙張和墨蹟的物理結合，而是一種具有法律憑證性的交往形式，體現著法律規範對人們維持交往信賴結構的期待。因此，在不同的犯罪類型中，這些具有法律意義的行為客體正是行為計劃得以展開所必須指向的對象，而其變化與階段性發展成為區分行為方式與犯罪形態（既遂與未遂）的類型化標識。

儘管行為客體對於許多犯罪的行為計劃而言構成其實施的必要指向，但這並不意味著行為客體在每一種犯罪中都必須作為構成要件要素出現。以《德國刑法典》第 153 條偽證罪為例，虛假陳述的發生固然依賴特定的交往形式或表達媒介，並需面向特定的接受者，但這些因素並未被設定為構成要件意義上的行為客體。要理解這一點，需回到該罪的違法結構本身。

偽證罪的違法性並不源於對某一經驗性對象的損害，而在於虛假陳述違背了任何人在其制度性職責範圍內都承擔的“避免破壞司法公正”之義務。質言之，在司法程序所設定的角色與職責語境中一旦行為人未能真實陳述，則其所採取的行為方式即在規範意義上與司法程序所依賴的信賴結構不相容，從而違背了前述職責義務。正是在此意義上，我們才能理解“威脅法益”的規範性含義，亦即它並非經驗層面的危險概率，而是行為方式違背了相應的職責義務與制度性合作期待。

實證法通過類型化的方式，預先認定某些行為方式對行為人角色職責違背的嚴重性和趨勢，從而無須再借助行為客體的變化來區分既遂與未遂。因此，偽證罪等危險犯並不需要通過規定行為客體來呈現違法性結構，這絕非偶然，而是源於其法益本身的精神性以及違法結構的獨特性。正因如此，當阿梅隆（K. Amelung）主張若無物質客體則法益無法在現實意義上受到威脅、從而難以支撐危險犯的可罰性時，<sup>[74]</sup>他實際上是以自然主義的現實性概念誤解了法益的規範結構，也忽視了康德實踐哲學中關於“規範如何具備現實性”的先驗說明。從人文科學的視角看，經驗事件之所以具有重要性，並非由於其物理構成，而在於其在文化與規範秩序中的意義功能。同理，法益的現實性並不依賴自然物的存在，而在於其在現代分工社會中的實踐理性共同體中所承載的規範性角色。

阿梅隆的上述理解並非個別偏誤，而是自然主義思維在危險判斷與法益理論中反復浮現的典型體現。因此，如何避免在規範現實性與經驗現實性之間重新混同，正是今後犯罪論體系與法益理論深化所必須正視並加以克服的核心課題。

### 三、結語：康德實踐哲學視野下法益概念的價值再定位

新康德主義通過“價值關聯”方法，成功地將法益從自然主義的經驗性利益轉化為法秩序中的規範性結構。這一法益理論上的“哥白尼式革命”奠定了現代刑法理論的方法論基石，使法益從

*Aufklärung*, Walter de Gruyter, 1982, S. 399-423, 404.

[72] Vgl. Gerhard Luf: "Die 'Typik der reinen praktischen Urteilskraft' und ihre Anwendung auf Kants Rechtslehre". In: Rudolf Haller / Paul Weingartner (Hrsg.), *Wiener Jahrbuch für Philosophie VIII*, Wilhelm Braumüller Universitäts-Verlagsbuchhandlung, 1975, S. 54-71, 69 f.

[73] Vgl. G. Luf: "Die 'Typik der reinen praktischen Urteilskraft'", a. a. O., S. 69.

[74] Vgl. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, a.a.O., S. 149 f.

經驗事實轉化為價值規範秩序中的文化財富，進而使構成要件該當性、違法性、危險性判斷獲得了更堅實的評價結構。然而，由於新康德主義的價值規範主要停留在認識論層面，其應然基礎並不明確，其方法論運作無法保證普遍正當性也難以為法律與道德、政治權力之間劃定明確邊界，從而暴露出自然主義殘餘、政治絕對主義與過度倫理化傾向的內在風險。這些問題在當代中德刑法學說中仍未得到全面消化。

有鑑於此，理論有必要回到康德實踐哲學，以人格的先驗結構與自我立法的實踐理性作為刑法規範性的根本基礎。康德式的規範框架不僅能為法益概念提供不依賴經驗事實的正當化來源，使刑法規範的命令性與有效性得以統一奠基，同時也能夠通過先驗規範、類型化結構與個案規範訴求之間的內在聯結，將規範性重新引入經驗世界，從而解釋行為客體在刑法中的地位、行為計劃的展開方式，以及違法性形態的判斷依據。由此，法益既不被還原為自然物，也不被懸置於抽象的精神層面，而是在現代社會分工與法秩序結構中獲得統一的規範與經驗現實性。正是在這一基礎上，犯罪論方能同時避免自然主義與新康德主義各自的片面性，既保持規範自主性，又在具體法律生活中承擔限制國家刑罰權與指導不法判斷的功能，從而為未來的法益理論、危險犯理論以及不法概念的深化提供更為穩固、可持續的方法論和教義學路徑。

---

**Abstract:** Twentieth-century Neo-Kantian philosophy sought to counter the naturalistic colonization of the lifeworld by developing Kant's distinction between fact and norm, and by introducing the method of "value-relation" as a foundational approach for understanding legal goods (*Rechtsgut*) in criminal law. This shift helped move *Rechtsgutslehre* in both China and Germany away from empirical notions of interest and toward a more genuinely normative conception in which legal goods appear as cultural values embedded in the legal order. However, the Neo-Kantian methodological operation lacks reflection grounded in practical reason and cannot guarantee that its method is applied in a universal manner. Because of this, the theory of legal goods is still exposed to the recurrent pull of naturalism. Value standards may be supplied by political authority and thereby justify expansions of penal power; assessments of unlawfulness may drift toward moral or customary judgments rather than legal ones; and in areas such as impossible attempts or abstract endangerment offences, the evaluation of danger may fall back into causal or probabilistic reasoning that blurs the line between the protected good and the object of action. These difficulties suggest the need to return to Kant's practical philosophy. A framework grounded in the a priori structure of personality and in self-legislating practical reason can supply a more convincing foundation for criminal-law norms. It clarifies the normative perspective of legal goods and strengthens the autonomy of criminal law against both naturalistic reduction and moral-political overreach. Such a perspective offers a promising direction for contemporary Chinese and German debates on *Rechtsgutslehre*, as well as for safeguarding the normative independence of criminal law more generally.

**Key words:** Naturalism; Neo-Kantianism; Normativity; Legal Goods (*Rechtsgut*); Kant

---

(責任編輯：唐銘澤)

# 強制數據共享：何以可能與何以可為？

陳 怡\*

**摘要** 在市場經濟中，基於尊重民事主體意思自治的要求，數據的共享原則上應當以共享主體自願、同意為前提。然而，在特殊情形下，為了維護國家安全、社會公共利益、市場競爭秩序以及消費者權益，可以實行數據強制共享。強制數據共享是數據共享自由的例外，更是一種重要補充。目前中國內地立法中強制數據共享的適用場景比較有限，未來宜適當擴大強制數據共享的適用範圍，並建立起一個以強制履行為主，行政處罰為輔的法律責任體系。

**關鍵詞** 強制數據共享 數據共享 意思自治 數據壟斷 數據法

## 一、引言

在數字化時代，數據已經成為繼土地、勞動、資本和技術之後的又一重要生產要素。數據價值的充分挖掘與實現主要依賴於數據共享。所謂數據共享，是指數據持有人允許其他實體（個人或組織）訪問並使用其持有的數據行為，其目的在於促進實體或由其選擇的第三方對數據的重複使用。<sup>[1]</sup>作為市場經濟中的一種生產要素，數據的共享原則上應當以數據主體或數據持有人的同意為前提。這是市場經濟中，尊重當事人意思自治及維護民事主體權益的要求與體現。<sup>[2]</sup>基於此，美國《加利福尼亞消費者隱私法案》(CCPA)、歐盟《通用數據保護條例》(GDPR)、新加坡《個人數據保護法》(PDPA)以及中國內地的《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》）中都明確將數據主體的知情同意作為共享個人數據的前提與基礎。同理，企業等其他私主體將其持有的數據用於共享時，也應當以自願、同意為前提。

然而，有意思的是，歐盟、澳大利亞等地在新近的立法中不約而同地作出了強制數據共享的規定。所謂強制數據共享，是指根據法律的規定，當特定主體提出請求時，數據持有人負有向其提供相關數據，或者允許該特定主體訪問並使用其持有的數據的義務。<sup>[3]</sup>在強制數據共享的場景中，

\* 陳怡，澳門城市大學法學院助理教授、碩士生導師法學博士。

本文係澳門特別行政區政府高等教育基金支持項目“粵港澳大灣區數據跨境流通的治理與合規性研究”（項目編號：HSS-CITYU-2021-01）階段性成果。

[1] See OECD, *Enhancing Access to and Sharing of Data: Reconciling Risks and Benefits for Data Re-use across Societies*, OECD Publishing, 2019, p.24.

[2] 參見陳怡：《企業間強制數據共享：理論、挑戰及實現路徑》，載《中國海商法研究》2024年第3期，第83頁。

[3] 同上註。

與他人共享數據是數據持有人的一項法定義務，數據持有人或數據權屬人的真實意願在所不問。本質上，強制數據共享背離了市場經濟中數據共享應當以數據主體或數據持有人自願同意為前提的要求。可以說，強制共享數據是對數據主體或數據持有人的數據權益以及數據交易自由的一種限制和干預，因此，需要具有足夠充分且正當的理由。<sup>[4]</sup>基於此，本文討論的強制數據共享主要聚焦於私主體（個人和企業）與其他主體之間的數據共享，不包括政府向社會開放公共數據，也不包括政府等公共機構之間的內部數據共享。

關於強制數據共享本體的討論，首先需要回答以下問題：為什麼要強制數據共享？在什麼情形中需要強制數據共享？誰應該共享數據以及誰有權訪問、使用共享的數據？圍繞上述問題，本文將結合域外典型立法實踐，對強制數據共享進行類型化考察與分析，以論證強制數據共享的適用範圍及其正當性基礎，並以此為基礎審視中國內地立法中的相關規定，探討內地強制數據共享制度未來可能的發展方向。

## 二、強制數據共享的適用及理論證成

### （一）維護國家安全之需要

國家安全是一個國家生存與發展的前提與基礎，是定國安邦的重要基石。在現代社會，國家安全是國家治理的基本要求。具體而言，國家安全治理既是國家治理體系的基礎，又是法治國家建設的應有之義。<sup>[5]</sup>放眼當今世界，不少國家都在憲法層面明確了維護國家主權、領土完整等與國家安全密切相關的內容。除此以外，許多國家還有各種專門針對國家安全的立法。<sup>[6]</sup>中國內地《中華人民共和國國家安全法》（以下簡稱《國家安全法》）中就明確規定，公民及一切組織具有維護國家安全的責任與義務，並且有義務向國家安全機關、公安機關和有關軍事機關提供必要的支持和協助。從法理上看，維護國家安全往往構成近現代立法對個人權利和自由進行限制的正當性基礎。如，《公民權利和政治權利國際公約》及《經濟、社會及文化權利國際公約》兩個國際人權公約中均明確將維護國家安全作為限制公民各項權利和自由的一個合法理由。<sup>[7]</sup>在信息化時代，數據被視為人類社會應對各種威脅的重要資源，這其中包括維護國家安全。當今世界各國大都設有國家安全情報機構收集、處理與國家安全相關的情報信息工作，並通過立法賦予相關執法機關獲取相關信息的權力。據此，個人、企業等私主體負有應執法機關要求披露相關數據的義務。如，英國的《調查權力法案》（RIPA）中規定，為了國家安全以及偵查嚴重犯罪，政府執法部門可以要求私營部門提供有關數據<sup>[8]</sup>。美國的《電子通信隱私法》（Electronic Communications Privacy Act）《外國情報監視法》（Foreign Intelligence Surveillance Act）以及《澄清域外合法使用數據法》（Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act）中也有類似的規定。我中國內地的《中華人民共和國國家情報法》（以下簡稱《國家情報法》）中亦明確規定，國家情報工作機構工作人員依法執行任務時，依法可以進入限制進入的有關區域、場所，可以向有關機關、組織和個人瞭解、詢問有關情況，可以查閱或者調取有關的檔案、資料、物品。《數據安全法》第35條中更是進一步明確，公安機關、國家安全機關因依法維護國家安全或者偵查犯罪的需要，有權依法調取數據，有關組織、個人應當予以配合。

[4] 參見王軼：《民法價值判斷問題的實體性論證規則——以中國民法學的學術實踐為背景》，載《中國社會科學》2004年第6期，第111-114頁。

[5] 參見韓大元：《論中國憲法上的國家安全與人權的關係》，載《人權》2019年第5期，第5頁。

[6] 如美國的《國家安全法》《國土安全法》《愛國者法》等；英國的《2023年國家安全法》《2000年反恐法》；俄羅斯的《俄羅斯聯邦安全法》等。

[7] 參見《公民權利和政治權利國際公約》第12條、第14條、第18條、第19條、第21條、第22條；《經濟、社會及文化權利國際公約》第8條。

[8] 如英國《調查權力法案》（The Investigatory Powers Act 2016）第87條。

## （二）維護社會公共利益之需要

人類社會是個群居社會。公共利益一詞自出現就被視為一個社會存在所必需的一元的、抽象的價值，是全體社會成員的共同目標，<sup>[9]</sup>被譽為是“最高的善”，<sup>[10]</sup>代表著多數人的幸福與福祉。<sup>[11]</sup>因此，一般認為，從價值位階來看，公共利益比個人利益具有相對優位性。<sup>[12]</sup>也正是基於此，現代法律普遍將公共利益作為克減個人權利、限制個人利益的一個合法理由。以社會公共利益為由強制私主體共享數據，背後涉及到私主體數據權益（如隱私權、企業數據權益等）與社會利益的關係問題。公共利益與私人利益是兩種不同的獨立利益形態，<sup>[13]</sup>代表著不同的價值取向，當二者發生衝突時，如何進行取捨？傳統理論認為，公共利益是在不同主體的利益發生衝突時幫助公共管理者進行利益取捨的一個重要工具。<sup>[14]</sup>根據價值位階理論，公共利益優先於私人利益。

隨著經濟社會的發展以及納稅人對社會公共服務需求的不斷提升，政府在履行社會治理與管理職能過程中面臨著巨大的挑戰。大數據被喻為是信息化時代提高政府治理能力的一大利器。個人尤其是企業作為社會經濟活動的直接參與者，掌握著大量的數據，這些數據對於政府優化公共決策，提高社會治理和公共服務水平具有重要作用；<sup>[15]</sup>最顯著的就是可以為政府針對環境、公共衛生與安全等問題採取應對措施提供信息，政府依靠這些數據可以制定更為科學、合理的政策，從而能夠更好地保護每個人。<sup>[16]</sup>儘管 P2G (Person-to-Government)、B2G (Business-to-Government) 的數據共享對社會治理具有如此重要的價值與意義，但在實踐中，由於數據權屬問題在立法上還未完全明確、政府缺乏有效的激勵機制、擔憂數據洩露或被濫用等原因，個人、企業自主與政府共享數據的意願並不大。有礙於此，基於價值位階理論中公共利益優先於個體利益的主張，以社會公共利益為由強制 P2G、B2G 的數據共享進而成為一些立法的選擇。例如，歐盟在 2024 年開始生效的《數據法案》中就建立了企業與公共部門機構之間強制共享數據的機制。法案中明確闡釋了強制數據共享機制的目的與意義，認為在特殊情況下企業向政府共享數據，有助於提高公共當局為公共利益採取行動的能力，預防、應對公共緊急情況、協助從公共緊急情況中恢復。基於此，法案在第五章中還進一步明確規定，在公共緊急事件發生時，譬如突發公共衛生事件、因氣候變化或環境惡化而導致的自然災害，或是人為導致的重大災害（如重大網絡安全事件）等，歐盟的公共部門及相關機構有權要求企業提供應對公共緊急事件所必需的數據，數據持有人有義務根據歐盟公共部門、工會機構、機關或團體的要求向其提供相應的數據。

## （三）維護市場有效競爭之需要

### 1. 預防壟斷，促進市場有效競爭

在數字經濟時代，數據是企業參與市場競爭的重要資源。根據經濟學的杠杆效應及雙輪壟斷理論，企業經過長期的數據積累和挖掘後，逐漸掌握大量的用戶資源，並結合網絡效應、鎖定效應、馬太效應等互聯網競爭特性，利用“滾雪球效應”使數據資源漸漸集中到少數企業手中，形成數據

[9] 參見胡建森、邢益精：《公共利益概念透析》，載《法學》2004年第10期，第3頁。

[10] 同上註。

[11] 參見胡鴻高：《論公共利益的法律界定——從要素解釋的路徑》，載《中國法學》2008年第4期，第56-67頁。

[12] 參見高志宏：《個人信息保護的公共利益考慮——以應對突發公共衛生事件為視角》，載《東方法學》2022年第3期，第22-23頁。

[13] 同上註，第20頁。

[14] 參見劉太剛：《公共利益的認定標準及立法思路——以公共利益的概念功能為視角》，載《國家行政學院學報》2012年第1期，第67頁。

[15] 參見宋魏魏、黃璜、張晴：《企業數據向政府共享：歐盟經驗與啟示》，載《電子政務》2022年第9期，第103頁。

[16] See Jenna Slotin, *Data user challenges loom large: Learning from public private data sharing in the time of COVID-19*, <https://www.data4sdgs.org/blog/data-user-challenges-loom-large-learning-public-private-data-sharing-time-covid-19>, 2025年9月20日訪問。

壟斷。<sup>[17]</sup>不少經濟學者都一致認為，數字市場具有傾斜或集中，並且走向壟斷的自然趨勢。<sup>[18]</sup>競爭是市場經濟的本質特徵，壟斷是一種限制、排除競爭的現象，不利於市場公平競爭及社會經濟的安全與穩定。數據壟斷自然也不例外。美國知名競爭法學者 Maurice Stucke 曾直言不諱地指出，相較於傳統的壟斷，數據壟斷對社會的危險更大。<sup>[19]</sup>對於市場而言，數據壟斷首先會增加參加經濟活動的第三方的成本，譬如占市場主導地位的平台企業可以利用各種簡單廉價的方式排除競爭對手。<sup>[20]</sup>其次，數據壟斷會抑制市場創新。在數據壟斷的市場中，無論是占主導地位的企業或是其潛在的競爭者，創新的動機都很低。原因在於對於規模較小的公司而言，由於他們無法獲得占主導地位的公司的大量用戶信息，因此，即使他們具有先進的創意或生產技術，也面臨著更高的創新邊際成本。如果一家規模較小的公司大力投資創新並推出高質量產品，占主導地位的公司也可以以較低的創新成本迅速模仿它，並且在市場再次獲得領先地位。相反，數據壟斷企業知道潛在競爭對手創新的阻礙因素，在持有大量用戶信息流的情況下，依靠較低水準的創新努力亦仍然可以佔據市場。<sup>[21]</sup>最後，數據壟斷會破壞市場經濟賴以存在的信任基礎。原因在於消費者會逐漸意識到數據壟斷企業利用其個人數據來謀取經濟利益。當數據壟斷降低隱私保護低於競爭水平時，消費者與企業共享其個人數據的意願會降低，甚至提供虛假的個人數據。<sup>[22]</sup>當消費者放棄數據壟斷企業提供的產品或服務時，會導致無謂損失。<sup>[23]</sup>對於社會而言，數據壟斷會導致大量財富集中到數據壟斷企業。在杠桿效應之下，數據壟斷公司可以將其數據優勢擴張到其他關聯市場，並形成壓倒性優勢，壓縮其他競爭對手生存空間，<sup>[24]</sup>從而使得數據壟斷企業的壟斷利潤增加，而這通常是以犧牲市場消費者、其他企業的利益為代價的。譬如，數據壟斷企業可以免費從用戶在平台創建的內容獲取創意內容來獲取財富；數據壟斷企業將由於缺乏競爭導致的高昂的廣告費用轉嫁到廣告商品和服務價格中，最終由消費者買單等。<sup>[25]</sup>

有鑑於此，為防止數據驅動的市場走向壟斷，理論上普遍認為數據共享是規制數據壟斷的一個重要手段。問題是，在 B2B (Business-to-Business) 的環境中，對於數據驅動型企業而言，數據是其在市場獲取有利地位的資本與優勢。出於數據優勢會被削弱的擔憂，這些在市場佔據主導地位的企業自主共享數據的意願並不會太高。因此，一些國家在立法上設置了數據強制共享機制，強制佔據市場支配地位的企業向其他企業開放必要的數據資源。例如，歐盟在 2022 年通過的《數字市場法》在前言第 45 條就指出，大型網絡平台向商業用戶提供線上廣告服務的條件通常是不透明的，導致廣告商和出版商缺乏關於特定廣告效果的信息。對於線上廣告服務，以及完全集成在同一供應商的其他核心平台服務中的廣告服務，為了進一步提高公平性、透明度和可競爭性，要求構成“看

[17] 陳來瑤、馬其家：《平台企業數據共享的反壟斷法規制》，載《情報雜誌》2022年第6期，第100頁。

[18] See Emilio Calvano, Michele Polo, *Market power, competition and innovation in digital markets: A survey*, *Information Economics and Policy* Volume 54, 2021, pp. 17-21.

[19] See Maurice E. Stucke, *Here Are All the Reasons It's a Bad Idea to Let a Few Tech Companies Monopolize Our Data*, *Harvard Business Review Digital Article*, 28 March 2018, <https://hbr.org/2018/03/here-are-all-the-reasons-its-a-bad-idea-to-let-a-few-tech-companies-monopolize-our-data>.

[20] 同上註。

[21] See Inge Graef, Jens Prüfer, *Governance of data sharing: A law & economics proposal*, *Research Policy* Volume 50, Issue 9, November 2021, pp. 3-11.

[22] See Maurice E. Stucke, *Here Are All the Reasons It's a Bad Idea to Let a Few Tech Companies Monopolize Our Data*, *Harvard Business Review Digital Article*, 28 March 2018, <https://hbr.org/2018/03/here-are-all-the-reasons-its-a-bad-idea-to-let-a-few-tech-companies-monopolize-our-data>.

[23] 同上註。

[24] 陳來瑤、馬其家：《平台企業數據共享的反壟斷法規制》，載《情報雜誌》2022年第6期，第100頁。

[25] See Maurice E. Stucke, *Here Are All the Reasons It's a Bad Idea to Let a Few Tech Companies Monopolize Our Data*, *Harvard Business Review Digital Article*, 28 March 2018, <https://hbr.org/2018/03/here-are-all-the-reasons-its-a-bad-idea-to-let-a-few-tech-companies-monopolize-our-data>.

門人”的平台服務提供者應免費向廣告商和出版商提供平台的績效衡量工具以及廣告商和出版商用於獨立核查廣告庫存的必要信息。除此以外，前言第 58 條指出，為確保提供數字平台服務的大型企業不會通過限制用戶有效移植數據來破壞核心平台服務的可競爭性以及動態數字行業的創新潛力，《數字市場法》前言第 61、62 條還明確規定提供核心平台服務的企業有義務向商業用戶或其授權的第三方免費提供商業用戶與終端用戶在使用相關核心平台服務時提供或生成的數據，並且有義務應任何第三方線上搜索引擎提供者的要求，以公平、合理和非歧視的條件，向其提供終端用戶在平台線上搜索引擎上生成的搜索數據。與歐盟類似，為防止因數據佔有而產生市場封鎖效應，澳大利亞亦通過立法強制數據共享來維護行業競爭的公平性。為使獨立汽車維修商獲得公平公正的車輛保養和維修信息訪問許可權，澳大利亞在 2022 年 7 月生效的《2021 年競爭和消費者修正案（機動車保養和維修信息共享計畫）法案》中，設置了強制汽車製造商共享數據的制度。根據該法案，2002 年 1 月 1 日或之後製造的輕型貨車和客車的澳大利亞製造商必須以不超過公平市場價值的價格向獨立的汽車維修商或註冊培訓組織提供其持有的與車輛有關的信息，用於診斷這些車輛的故障、維修、保養、改裝或拆除。這種強制共享改變了澳大利亞過往只有汽車製造商及其附屬維修商才能訪問車輛的保養和維修信息，許多獨立維修商無法公平競爭汽車維修和保養工作的局面，有利於促進獨立車間之間的競爭，建立公平的競爭環境，同時也使得消費者可以自主選擇維修商，使其選擇的維修商能夠安全有效地對車輛進行維修、保養、改裝或拆卸。

## 2. 制止數據壟斷，恢復市場競爭秩序

必要設施理論是在工業經濟時代，美國、歐洲等西方國家和地區普遍用於證成反壟斷規制的一個理論。根據該理論，如果一個處於上游市場中的經營者控制了下游市場生產經營無法複製且必不可少的“必要的”或“瓶頸的”設施，為了消除限制競爭的效果，其有義務讓處於下游市場的生產經營者以合理的商業條款使用該必要設施。<sup>[26]</sup> 由於該理論孕育於工業經濟時代，因此，主要適用於交通、能源、醫院、建築、電腦、通信等領域的有形設施。<sup>[27]</sup> 具體而言，當滿足以下條件時，壟斷者有義務向競爭者開放其控制的設施：（1）壟斷者控制某一必要設施，並且拒絕競爭對手使用該設施；（2）壟斷者控制的設施對於競爭是必要的；換而言之，沒有它，其他市場主體就無法與壟斷者競爭；（3）競爭對手無法實際或合理地複製該必要設施；（4）壟斷者向競爭對手提供該設施是可行的。<sup>[28]</sup> 換而言之，如果這種共享不切實際或會阻礙壟斷者充分服務其客戶的能力，那麼壟斷者沒有義務向競爭對手開放有關設施。這意味著，如果壟斷者有正當的商業或技術理由，則可以拒絕向競爭對手提供該實施。<sup>[29]</sup>

在數字經濟時代，數據已經成為一種蘊含巨大商業價值的生產要素。可以毫不誇張地說，數據是數字經濟時代企業的核心競爭力。雖然政府普遍允許、甚至鼓勵數據交易，但在實踐中，由於懼怕共享數據會削弱自身競爭力，許多企業與其他企業共享數據的意願不大；而數據壟斷企業由於利用數據優勢可以更容易縱向一體化到下游市場或進入不相關市場，<sup>[30]</sup> 因此往往也不願意與其他企業交易數據。一般來說，在市場中，企業間數據的共享與交易應當按照市場經濟活動規律進行。根據市場經濟的契約自由精神，企業間數據的共享應當以雙方自願為前提。然而，當在市場佔有支配地位的企業持有的數據是其他企業進入相關市場及參與競爭的必要生產要素時，拒絕數據交易則可能

- [26] 轉引自段宏磊、沈斌：《互聯網經濟領域反壟斷中的“必要設施理論”研究》，載《中國應用法學》2020年第4期，第50頁。
- [27] 參見劉自欽：《論平台經濟領域“必要設施”經營者的反壟斷規制——以即時通信平台遮罩外部網址鏈接為例》，載《電子政務》2022年第8期，第101-102頁。
- [28] See Pitofsky Robert, Patterson Donna, and Hooks Jonathan, *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*, *Antitrust Law Journal* Vol.70, 2002, p. 443.
- [29] 同上註。
- [30] 參見曾彩霞、朱雪忠：《數字經濟背景下構建數據強制許可制度的合理性、基本原則和監管思路——基於數據作為關鍵設施視角》，載《電子政務》2022年第2期，第99頁。

會導致壟斷、限制競爭。在這種情況下，有必要依據濟學的市場失靈和國家干預理論，借助國家力量強制締約，促成數據的共享與交易。<sup>[31]</sup>就域外實踐來看，有的國家已經借助傳統經濟下的必要設施理論，將其適用範圍擴大至數據領域，強制數據壟斷企業與其他企業共享相關數據，以糾正數據壟斷行為。如，德國在2021年通過的《反限制競爭法》第十修正案中，就擴展了“必要設施”的範圍，明確將占市場支配地位的企業拒絕向其他企業提供數據列為拒絕提供必要設施行為之一。根據該修正案第19條規定，占市場支配地位的企業無正當理由拒絕授予其他企業訪問其數據、網絡平台或其他基礎設施的許可權，如果這種授予訪問許可權是其他企業在上游或下游市場上運營的客觀必要條件，並且拒絕可能會消除這些企業在該市場上的有效競爭，則拒絕授予許可權的企業構成濫用市場支配地位。由此，當企業拒絕提供數據的情形符合上述要件時，德國的執法機構或司法機關有權強制其開放相關數據的訪問權限。

#### （四）為保護消費者權益之需要

傳統理論認為，在市場經濟中，消費者在經濟實力、信息佔有、認知水準、議價能力等各方面與經營者嚴重不對等，處於弱勢和明顯不利的地位，因此需要予以特別保護，典型做法體現為通過立法直接賦予消費者權利。在經濟日益數字化的時代，數據成為企業開發、創新產品和服務的重要資源。個體消費者面對的往往是擁有強大科技力量強大和掌握海量數據的企業，相形之下，消費者的力量十分薄弱。<sup>[32]</sup>數字經濟催生新的商業模式與消費方式，產品結構以及服務模式也悄然改變。相應地，消費者權益也面臨各種新的挑戰。

從消費者的角度來看，企業對數據的使用可能會引發兩個問題：第一，企業收集數據的做法導致信息和市場力量的集中，消費者因為持有數據的企業不想讓競爭對手或上、下游企業進入市場而被剝奪創新服務；第二，消費者無法完全控制企業收集和處理與其相關的數據的情況，企業將其所收集的數據用於損害消費者權益，如操縱消費者需求、影響消費者的選擇自由等。<sup>[33]</sup>消費者保護對數字經濟的繁榮至關重要，但傳統意義上保護消費者權益的法律已不足以應對數字經濟時代消費者保護面臨的種種問題。為了應對消費者與數據驅動型企業之間權力嚴重失衡所引發的種種問題，以便在數字經濟中更加有效地保護消費者，需要遵循傳統的賦權理論，<sup>[34]</sup>通過立法賦予消費者數據權利，讓消費者可以訪問、控制企業持有的與消費者或其接受的產品、服務相關的數據。這意味著消費者有權要求企業披露、共享其持有的特定數據，以瞭解數據使用情況，並可以自主決定誰可以在什麼條件下訪問、使用這些數據。如此，一方面可以提高消費者在不同產品和服務間進行比較和切換的能力，另一方面有利於刺激、鼓勵提供產品和服務的企業之間的競爭，這不僅會為消費者帶來更實惠的價格，而且還會帶來更多創新的產品和服務。<sup>[35]</sup>

在立法實踐層面，澳大利亞在2020年2月6日開始實施的《競爭與消費者（消費者數據權）規則》（以下簡稱《規則》）中就創設了適用於個人與企業的消費者數據權(Consumer Data Right)。根據該《規則》，消費者可以直接要求或授權第三人要求數據持有者披露與該消費者相關的數據；除此以外，任何人都可以要求企業披露與其提供的產品相關的數據。該法案生效後，澳大利亞的銀行、能源、電信等行業已經先後開啟披露、共享消費者數據的工作。與澳大利亞相似，為充分保障消費者的數據權利，確保他們擁有更多的選擇權，歐盟在《數字市場法》中要求提供核心平台服務的企業應當允許終端用戶或其授權的第三方訪問、使用其在使用相關核心平台服務時提供

[31] 參見陳怡：《企業間強制數據共享：理論、挑戰及實現路徑》，載《中國海商法研究》2024年第3期，第86頁。

[32] 參見趙麗、郭晶：《如何維護“信息弱者”的消費權益》，載《法治日報》2021年3月17日，第04版。

[33] BEUC, Access To Consumers' Data In The Digital Economy, [https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2019-068\\_european\\_data\\_policy.pdf](https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2019-068_european_data_policy.pdf), 2025年9月20日訪問。

[34] 參見李慈強：《消費者保護重在賦權與共治》，載新華網2020年7月8日，[http://www.xinhuanet.com/politics/2020-07/08/c\\_1126210197.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2020-07/08/c_1126210197.htm)。

[35] The Consumer data right, <https://www.accc.gov.au/focus-areas/consumer-data-right-cdr-0>, 2025年9月20日訪問。

或生成的數據。在《數據法案》（Data Act）中，歐盟再次設置了強制企業向消費者共享有關數據的規定，要求產品的製造商、設計者或者服務的提供者有義務向用戶或用戶指定的第三方提供因使用產品或相關服務而產生的數據。

### 三、內地強制數據共享的立法現狀及制度困境

基于前述分析可以發現，當前國際社會中強制數據共享的類型主要有四種：（1）基於維護國家安全的 P2G 和 B2G 強制數據共享；（2）基於維護社會公共利益的 P2G 和 B2G 強制數據共享；（3）基於維護市場競爭需要的 B2B(Business-to-Business) 強制數據共享；（4）基於保護消費者權益需要的 B2C(Business-to-Consumer) 強制數據共享。

就中國內地而言，目前涉及數據強制共享的規定主要散見於一些單行法、部門規章<sup>[36]</sup>以及政策性文件<sup>[37]</sup>之中。結合國家層面的相關立法規定來看，內地的強制數據共享主要有以下特點及問題：

第一，類型較少，適用範圍有限。從現行立法規定來看，內地的強制數據共享僅適用於兩種情形，即維護國家安全和若干基於維護社會公共利益的需要（見表 1）。前者主要體現在《國家情報法》《數據安全法》《反恐怖主義法》及《網絡安全法》等法律中；後者則主要體現於《個人信息保護法》《電子商務法》《反洗錢法》以及《傳染病防治法》等相關規定。除此以外，在數據驅動的市場經濟領域，內地目前尚未建立起旨在維護市場有效競爭或保護消費者利益的強制數據共享制度。

表 1 內地關於強制數據共享的主要法律規定

立法目的	法律規定	主要內容	共享主體
維護國家安全、公共安全	《國家情報法》第 16 條	有關機關、組織和個人向國家情報工作機構工作人員提供執法有關的檔案、資料。	P2G /B2G/G2G
	《數據安全法》第 35 條	公安機關、國家安全機關因依法維護國家安全或者偵查犯罪的需要有權向有關組織、個人調取數據。	
維護國家安全、公共安全	《反恐怖主義法》第 20 條	物流運營單位對實行運輸、寄遞客戶身份、物品信息登記制度。	P2B/B2B
維護國家安全、社會公共利益	《網絡安全法》第 21 條	網絡運營者在與用戶簽訂協議或者確認提供服務時，應當要求用戶提供真實身份信息。	P2B/B2B
維護公共利益	《個人信息保護法》第 13 條	個人信息處理者為履行法定職責或者法定義務，或為應對突發公共衛生事件，可以未經個人同意，處理有關個人信息。	P2P/P2B/P2G
維護市場秩序	《電子商務法》第 25、27、28 條	政府主管部門有權依法要求電子商務經營者提供有關電子商務數據信息；電子商務平台經營者負有審核、登記平台內經營者的身份信息，以及報送市場監管部門的義務。	P2G/B2G
維護金融秩序	《反洗錢法》第 3 條	金融機構和特定非金融機構，應當建立客戶身份識別制度、客戶身份資料和交易保存制度，大額交易和可以交易報告制度。	P2B/B2B
維護公共安全	《傳染病防治法》第 14 條	我國境內一切單位和個人，必須接受和配合為預防、控制、消除傳染病危害依法採取的調查、採集樣本、檢驗檢測等措施	P2G /B2G/G2G

[36] 如國家市場監督管理總局《網絡交易監督管理辦法》第22條、第25條。

[37] 如交通運輸部《網絡預約出租汽車監管信息交互平台運行管理辦法》（交運規〔2022〕1號）；民航局《輕小型民用無人機飛行動態數據管理規定》（民航規〔2019〕64號）等。

第二，從立法模式來看，內地現行法律沒有基於公共利益強制企業向政府共享數據的一般性規定。分散、列舉式的立法模式雖然能根據企業向政府提供數據的具體場景制定針對性的規則，但存在適用場景狹窄的問題，導致在很多領域及場景中，政府為公共利益而要求企業共享數據面臨著無法可依的困境。譬如，政府部門日常履行公共管理職能中，為緩解、消除自然災害、事故災害、公共衛生事件等突發事件，恢復社會秩序時，也可能會有臨時需要企業提供數據的特殊需求。但由於立法的缺失，在上述情形中，如果企業不同意，政府將難以從企業獲得一些有助於及時、高效應對突發事件的數據，尤其是非個人數據。

## 四、內地強制數據共享制度的完善方向

### （一）強制數據共享的適用範圍

#### 1. 規定基於維護公共利益的 B2G 強制數據共享一般性規定

在國家層面的立法對基於公共利益，企業有義務向政府共享數據的情形及條件作出明確規定，為政府部門獲取實現法定職責必需的企業數據提供充分的法律依據。從立法模式上看，一般性規定的確可以有效克服目前碎片化、列舉式立法適用範圍過於狹窄的問題，但也要注意的是，公共利益是一個不確定的法律概念，<sup>[38]</sup> 具有高度的抽象性和概括性。<sup>[39]</sup> 在基於社會公共利益強制共享數據的情形中，社會公共利益的內涵和外延對公權力部門在多大程度上能夠訪問、使用私主體持有的數據具有決定作用。公共利益的範圍過大會增加公權力機關監控私主體的風險，定義過窄（如僅限於突發公共衛生事件）雖然能增強數據強制共享的合法性，但可能會限制適用的範圍，<sup>[40]</sup> 不利於政府等公共機構充分利用大數據提升科學決策及公共服務能力。因此，明確公共利益的範圍至關重要。如何合理地界定公共利益的範圍是當前包括歐盟在內許多國家和地區共同面臨的難題。本文認為，原則上，公共利益的範圍應當以應對自然災害、事故災難、公共衛生事件和社會安全事件等緊急突發事件為主。此外，公權力機構履行法定職責或者私主體履行法定義務之需亦屬於公共利益的範疇，但是在這種情形下要求企業共享相關數據，還必須有具體的法律規定為依據，而且必須嚴格遵循比例原則和目的正當原則。

#### 2. 增加基於維護市場競爭的 B2B 強制數據共享

如前述所言，在數字經濟時代，強制數據共享對於預防、規制壟斷，維護、恢復市場有效競爭具有重要作用與意義。因此，未來內地可以考慮在反壟斷法或相關立法中設立 B2B 強制數據共享制度。一方面，為預防壟斷，可以在相關立法中明確：達到一定規模的互聯網平台企業有義務向商業用戶或其授權的第三方免費提供商業用戶與終端用戶使用其平台服務時提供或生成的數據；非有正當理由（如涉及商業秘密），達到一定規模的數字驅動型企業有義務以市場公平價向其他相關企業（如產品維修商）提供與產品相關的數據等；另一方面，為規制數據壟斷企業拒絕交易的壟斷行為，有必要在反壟斷法領域將強制數據共享作為反壟斷的一種事後規制措施。

結合必要設施理論，對數據壟斷企業施加數據強制共享義務時，至少要滿足以下四個條件：第一，數據壟斷企業拒絕數據交易。作為一種反壟斷規制措施，數據強制共享屬於一種事後救濟手段，因此應當以壟斷者拒絕交易數據行為為前提。從行為表現形式來看，拒絕數據交易的行為既包

[38] 參見胡鴻高：《論公共利益的法律界定——從要素解釋的路徑》，載《中國法學》2008年第4期，第59頁。

[39] 參見王利明：《公共利益是否就等於“大家的利益”》，載《解放日報》2006年9月4日，第13版。

[40] Rethinking Value In Data Sharing For B2G In The Public Interest, Open\_future (28 Jan 2022), <https://openfuture.eu/blog/rethinking-value-in-data-sharing-for-b2g-in-the-public-interest/>。

括直接拒絕數據交易，也包括間接拒絕數據交易。<sup>[41]</sup> 其中，直接拒絕數據交易是指數據壟斷企業徑直拒絕與其他企業進行數據交易；間接拒絕數據交易則通常表現為數據壟斷企業通過設定不公平、不合理的交易價格和條件等間接行為達到拒絕交易的目的。<sup>[42]</sup> 第二，拒絕交易的數據是其他企業在市場參與競爭必需的。具體而言，該數據是其他經營者有效參與市場競爭的必備要素。缺乏這些數據，其他市場主體無法與數據壟斷企業競爭。第三，其他企業無法通過其他管道獲取這些數據，或至少在成本或技術條件上是不現實的。譬如，企業重新研發相關數據的成本極大地超過了准入壟斷企業數據的成本。<sup>[43]</sup> 第四，數據壟斷企業共享有關數據具有可行性。具體而言，數據壟斷企業不存在拒絕共享數據的正當商業理由，且這種共享在法律層面以及技術層面具有現實的可操作性。

### 3. 明確基於保障消費者權益的 B2C 數據強制共享

內地目前對消費者權益進行保護的法律主要是以傳統實體經濟為背景制定的，難以回應數字經濟時代消費者權益保護面臨的種種難題。作為應對之道，可以以賦權理論為基礎，效仿歐盟、澳大利亞的作法，通過在相關立法中賦予消費者數據權，明確規定消費者有權直接要求或授權第三人要求企業披露與其相關的數據；或是要求達到一定規模的網絡平台企業應當允許終端用戶或其授權的第三方訪問、使用其使用該平台服務時提供或生成的數據；產品的製造商、設計者或者服務的提供者有義務向消費者或其指定的第三方提供因使用產品或相關服務而產生的數據等。

## （二）違反數據共享義務的法律責任

### 1. 以強制履行為主的法律責任

如前所述，數據強制共享旨在賦予特定主體（如國家機關、企業、消費者等）獲得他人持有的數據的權利。因此，只要數據持有人違反了數據共享的義務，就必須採取強制共享的手段，促使其為權利人提供相應的數據。具體而言，在基於國家安全和社會公共利益的共享中，在義務人違反數據共享義務時，執法機關可以通過強制執行的方式獲取有關數據。在市場競爭中，B2B 和 B2C 數據共享一方面可以預防壟斷、保障市場主體平等正當的交易需求及促進競爭，另一方面有助於更好的保障數字經濟時代消費者的權益。因此，應當明確企業違反數據共享義務時，其他經營者或者消費者可以向主管機關或司法機關尋求救濟，如向主管機關投訴，向法院提起訴訟等，通過執法機關、司法機關的強制措施獲取有關數據。

### 2. 輔助性的行政處罰措施

行政處罰是國家對違法行為的一種制裁措施。一般認為，行政處罰的目的以懲罰違法行為為主，兼具預防、制止違法行為。<sup>[44]</sup> 從前述數據強制共享的適用情形可以看出，強制數據共享大多是從公法視角設定的一項法律義務，如基於國家安全、公共利益、預防及限制壟斷、保護消費者權益等，該制度的設置是為了保護超個人的法益。因此，在違反法定的數據共享義務時，義務主體除了要承擔繼續履行數據共享義務的責任之外，還應當承擔相應的行政法律責任。就基於維護國家安全而實施的強制數據共享而言，現行《數據安全法》中已經對違反相關義務的行為設置了行政罰款等處罰措施。根據該法第三十五條規定，數據持有人拒不配合國家安全機關、公安機關調取偵查犯罪所需數據的，給予警告，並科處罰款，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員科處一定金額罰款。從域外的實踐來看，國外針對強制數據共享的立法規定中通常也都設有相應的行政處罰措施，

[41] 尤建新、曾彩霞：《數據強制許可的幾點思考》，載《中國價格監管與反壟斷》2022年第1期，第22-23頁。

[42] 同上註。

[43] 參見曾彩霞、朱雪忠：《數字經濟背景下構建數據強制許可制度的合理性、基本原則和監管思路——基於數據作為關鍵設施視角》，載《電子政務》2022年第2期，第62頁。

[44] 參見鄒奕：《行政處罰之懲罰性的界定》，載《行政法學研究》2022年第2期，第45-46頁；參見熊樟林：《行政處罰的目的》，載《國家檢察官學院學報》2020年第5期，第42-48頁。

如歐盟、澳大利亞<sup>[45]</sup>在前述的相關立法中都針對企業違反數據強制共享義務的行為設定了罰金或定期罰款制度。未來內地在進一步擴大數據強制共享的適用範圍及情形時，亦有必要針對各種違反數據共享義務的行為，根據其性質及嚴重程度設置相應的行政處罰措施。

## 五、結論

作為數字經濟時代的一種重要生產要素，數據的共享應當以共享主體自願、同意為原則，這是市場經濟中尊重民事主體意思自治，遵循契約自由原則的要求與體現。強制共享數據是對私主體數據共享與交易自由的一種限制和干預，需要具有足夠充分且正當的理由。通過對域外相關立法的考察與分析，可以發現，在特殊情形下，為了維護國家安全、社會公共利益、市場競爭秩序以及消費者權益，可以突破數據共享自由原則，實行數據的強制共享。在市場經濟中，強制數據共享是數據共享自由的例外，更是一種重要的補充。<sup>[46]</sup>中國內地現有法律中強制數據共享的適用範圍還比較狹窄，基於維護社會公共利益和市場公平競爭秩序，以及保障消費者權益的考慮，未來有必要適當擴大強制數據共享的適用範圍，並建立起一個以強制履行為主，行政處罰為輔的法律責任體系，以保障數據強制共享制度的有效實施。

---

**Abstract:** In a market economy, data sharing should, in principle, be grounded in the autonomy and voluntary consent of private parties. However, under certain circumstances—such as safeguarding national security, protecting the public interest, maintaining market competition, and ensuring consumer rights—mandatory data sharing may be justified. As an exception to the general principle of voluntary data sharing, compulsory data sharing functions as an important supplementary mechanism. At present, the scope of mandatory data sharing under Mainland China's legislation remains relatively limited. Going forward, the applicable scenarios for compulsory data sharing should be appropriately expanded, accompanied by the establishment of a legal liability framework in which compulsory performance serves as the primary enforcement mechanism, supplemented by administrative penalties.

**Key words:** Mandatory Data Sharing; Data Sharing; Autonomy of Will; Data Monopoly; Data Law

---

(責任編輯：勾健穎)

---

[45] Bank of Queensland pays penalty for alleged breach of Consumer Data Right Rules, <https://www.accc.gov.au/media-release/bank-of-queensland-pays-penalty-for-alleged-breach-of-consumer-data-right-rules>, 2025年9月20日訪問。

[46] 參見陳怡：《企業間強制數據共享：理論、挑戰及實現路徑》，載《中國海商法研究》2024年第3期，第94頁。

# 功能主義視角下個人數據交易安全風險治理的進路轉向與構造

朱俊達<sup>\*</sup>

**摘要** 個人數據交易是促進個人數據有效流通、發揮數據價值、培育新質生產力的重要途徑之一，但與之相隨的個人數據洩露、被濫用等危害個人數據安全的現象亦日益凸顯。近年來，雖然國家相繼出台了多部法律對個人數據交易行為予以約束，但對個人數據交易安全風險的治理仍顯不足。究其原因，目前的規則供給與理論探索都體現了濃厚的規範主義色彩，多關注法律規則的概念化屬性與權利義務的傳統範式。然而，形式上完備整全的制度在實踐中可能出現效用不敷的困境。為此，對個人數據交易安全風險治理的探索可轉向功能主義，不再局限於規範本身，而是基於“目的—功能—手段”的分析框架，從培育治理主體、拓寬治理空間、延展治理時間和革新治理工具四個方面入手，構建功能主義視角下個人數據交易安全風險治理的新進路。

**關鍵詞** 個人數據交易 個人數據交易安全 安全治理 功能主義 規範主義

## 一、問題的提出

作為新質生產要素，數據要素參與經濟生產，形成新質生產力，促進社會財富的普遍增長。<sup>[1]</sup>社會中的大部分數據由個人的日常活動產生，企業既能通過提供服務直接採集個人數據，也可通過數據交易的方式從數據來源主體獲取個人數據。關於個人數據交易概念的界定，學界對此有廣義與狹義兩種觀點。廣義論認為，除了企業間通過數據合同與數據傳輸行為進行數據交易以外，企業與個人之間藉由合同進行的持續的數據收集行為也屬個人數據交易之範疇。<sup>[2]</sup>狹義論則強調數據交易

\* 朱俊達，西南政法大學經濟法學院博士研究生。

本文係重慶市2025年研究生科研創新項目“企業數據資產化的制度構造研究”（項目編號：CYB25165）、2024年西南政法大學學生科研創新項目“企業數據資產質押融資的規範構造研究”（項目編號：2024XZXS-018）階段性成果。

[1] 參見黃尹旭、楊東：《“利益—權利”雙元共生：“數據要素×”的價值創造》，載《中國社會科學》2024年第2期，第49、61頁。

[2] 參見林洹民：《個人數據交易的雙重法律構造》，載《法學研究》2022年5期，第38頁。

主要是“對數據明碼標價進行買賣”，<sup>[3]</sup>只不過相對於普通買賣，個人數據交易只是數據使用權的轉讓，賣方並未喪失對數據的持有與控制。<sup>[4]</sup>基於這一界定，有學者指出個人數據交易多在企業間進行，而非發軌於數據用戶與企業之間。<sup>[5]</sup>此外，《信息安全技術 數據交易服務安全要求》第3.1條也將數據交易定義為：“數據供方與需方之間以數據商品作為交易對象，進行的以貨幣或貨幣等價物交換數據商品的行為。”<sup>[6]</sup>本文擬將狹義的個人數據交易作為研究對象，從解釋論的角度出發，其原因主要在於以下兩點：一是揆諸現行立法，如《個人信息保護法》和《數據安全法》業已將個人與企業間的數據流轉行為界定為收集行為，並於買賣行為相互區分。<sup>[7]</sup>二是現行法律規範和政策當中已有諸如“數據交易場所”“數據交易中介服務機構”等指稱，這些概念中的“數據交易”應不包括“數據採集”之含義，從概念內涵一致性的角度考量，本文對個人數據交易作狹義解釋。

現有的個人數據交易活動主要涉及五類主體，包括數據來源方、數據供應方、數據交易服務機構、數據交易所以及數據需求方。上述主體參與的個人數據交易，在具體形式上可分為場外交易與場內交易兩種。場外交易一般由互聯網平台等數據供應方通過向數據來源方提供服務的方式收集大量個人數據，進而將相應的數據集合以動態或靜態的方式傳輸、共享給數據需求方，獲取一定的對價。在場內交易中，數據來源主體可不經數據供應方，而是通過“數據信託”等方式將個人數據授權給數據交易服務機構進行處理，再由數據交易服務機構經由數據交易所匹配數據需求方以達成交易。當然，收集個人數據的數據供應方也可以選擇在數據交易所內開展個人數據交易活動。

個人數據交易作為數據流通的重要形式之一，不僅能夠促進數據要素產生經濟價值，發揮乘數效應，而且是個人分享個人數據財產利益，平衡數據採集、處理等不同環節相關主體間利益分配的重要手段。在實踐中，貴陽大數據交易所在2023年完成了全國首筆個人數據合規交易，並為數據來源者分享了收益。<sup>[8]</sup>然而與此同時，個人數據交易仍存在著不少危害個人數據安全的隱患。在交易進行階段，個人數據交易可能潛伏著個人數據濫用和倒賣的行為，還可能因為交易方安全資質不達標而無法防範系統漏洞、網絡攻擊等所造成的個人數據洩露現象。此外，安全風險並非僅來源於個人數據交易行為本身，還源自交易後對數據的處理、存儲等行為，如可能出現數據需求方超範圍使用數據，侵犯供方的合法權益，以及將數據進行二次流轉、轉賣等風險。<sup>[9]</sup>數據交易使得個人數據處理的鏈條被無限拉長，從而進一步加劇了個人數據交易的安全風險。對此，立法者相繼出台了《數據安全法》《個人信息保護法》等法律進行規制。上述規範為個人數據交易行為提供了較為完備的規則指引，但是其中伴生的安全風險依然未被完全消除。在個人數據的場外交易場景中甚至存在著規模龐大、分工明確的數據黑產，對個人信息權益造成嚴重威脅。對此，需要回應的問題是：在當下數據保護、個人信息權益保護的制度已然確立的情形下，緣何個人數據交易中的安全問題依舊未得完滿解決？個人數據交易的治理存在何種缺憾以及應如何補足，以構建安全可信、便捷暢通

[3] 參見張莉主編、中國電子信息產業發展研究院編著：《數據治理與數據安全》，人民郵電出版社2019年版，第9頁。

[4] 參見張艷：《企業數據交易模式的構建》，載《法商研究》2024年第2期，第73頁。

[5] 參見陽雪雅：《數據要素市場下個人數據交易的證成與實現》，載《上海政法學院學報》2023年第5期，第93頁。

[6] 國家市場監督管理總局、中國國家標準化管理委員會《信息安全技術 數據交易服務安全要求》，GB/T 37932—2019。

[7] 例如，《個人信息保護法》第十條規定：任何組織、個人不得非法收集……他人個人信息，不得非法買賣……他人個人信息。《數據安全法》第三十二條規定：任何組織、個人收集數據，應當採取合法、正當的方式，不得竊取或者以其他非法方式獲取數據。

[8] 參見錢麗：《全國首筆個人數據合規流轉交易在築完成》，載《貴陽日報》2023年9月3日，第A01版。

[9] 參見劉業政等：《數據要素流通使用的安全風險分析及應對策略》，載《大數據》2023年第2期，第82頁。

的個人數據交易流通環境？

## 二、個人數據交易安全風險治理的規範主義現狀及迷思

現有規範以知情同意制度作為含括個人數據交易行為在內的所有個人數據處理活動的起點，並借助“權利——義務”的規範架構形塑起適用於個人數據交易主體的規範體系。然而，形式上完備整全的制度在實踐中可能出現效用不敷的困境。

### （一）個人數據交易安全風險治理的規範主義實踐

規範主義注重法律的規範性和概念結構，擅長以民事權利義務為內容展開規範設計，其要害是從內在規範邏輯上區分不同的概念。<sup>[10]</sup>目前，我國個人數據交易安全風險治理的實踐符合規範主義特徵，強調形式完備與權利義務的劃分。對此，可基於個人數據交易安全風險治理中知情同意制度這一制度始點展開分析，同時從個人信息保護與數據安全兩個面向，國家立法與地方立法兩個維度進行探討。具體而言，一方面，中國目前構建了以知情同意原則為核心的個人數據交易範式。個人數據作為記錄個人信息的數據，前者與後者是形式與實質的關係，<sup>[11]</sup>個人針對其個人數據享有個人信息權益。<sup>[12]</sup>《個人信息保護法》構建了以“知情——同意”為核心的個人信息處理規則，<sup>[13]</sup>個人數據交易也應將其作為合法性依據。《個人信息保護法》通過多個條文，對於實質同意、撤回同意和重新同意等設立了詳細規則予以保障，可以說，同意貫穿了個人信息的全生命週期。<sup>[14]</sup>此外，針對敏感個人信息，《個人信息保護法》亦選擇通過強化知情同意制度予以特殊保護，即要求個人信息處理者須取得個人的單獨同意。針對個人信息處理者，《個人信息保護法》則規定了其處理個人信息的告知義務，要求其詳盡列舉應告知的事項；在敏感個人信息方面，個人信息處理者還應告知個人處理此類信息的必要性以及對個人權益的影響。

另一方面，通過“賦權規範+行為規範”的結構分別對個人數據進行個體賦權，並為個人數據交易需求方設定一定的義務。在國家立法層面，《個人信息保護法》賦予個人知情權、決定權、可攜帶權、更正補充權、刪除權等多項權利，並要求個人信息處理者承擔採取安全保障措施、設立保護負責人、定期合規審計、個人信息保護影響評估等義務。針對特殊的個人信息處理者，還增加了設立獨立的個人信息保護監督機構、制定平台規則、在平台內實施懲戒措施以及發佈社會責任報告四項義務。同時，在法律責任上，《個人信息保護法》與《數據安全法》分別對個人數據交易的相關主體進行處罰。例如，《數據安全法》規定了政府主管部門對數據交易中介服務機構履職不能的處罰；《個人信息保護法》概括性地規定了個人信息處理行為違法的罰則。上述規定皆旨在通過對個人信息處理活動的執法活動，實現對於個人數據交易行為的規制，從而防控安全風險。

在地方立法層面，各地對於數據交易的規制呈現出“場內交易為主，場外交易為輔”的現象。除少數地方立法如《貴州省數據流通交易管理辦法（試行）》，將適用對象設定為全省域的所有數據流通交易活動外，大部分地區均聚焦於規範數據交易場所內的交易活動，對場內交易行為率先立法。在監管端，如上海、深圳、天津等地出台的規則都將適用範圍限定於數據交易場所內，並且設

[10] 參見張平華：《基於功能主義的合同制度統合》，載《法律科學》2023年第6期，第149-150頁。

[11] 參見任丹麗：《民法典框架下個人數據財產法益的體系構建》，載《法學論壇》2021年第2期，第93頁。

[12] 參見程嘯：《個人數據授權機制的民法闡釋》，載《政法論壇》2023年第6期，第85頁。

[13] 《個人信息保護法》第六條對於個人信息的處理採取了廣義的界定，包括個人信息的收集、存儲、使用、加工、傳輸、提供、公開和刪除等行為。

[14] 參見姬蕾蕾：《企業數據交易的階梯式規則構建》，載《法學論壇》2025年第1期，第145頁。

立專章為相關部門履行監督管理職責提供依據。<sup>[15]</sup>在合規端，現行規則主要針對數據交易場所設立了安全保障義務。例如，上海強調數據交易場所應健全數據安全、個人信息保護制度，應用技術保障數據交易安全；貴州要求數據交易場所應制定風控制度和應急處置預案，定期進行第三方數據交易安全風險評估；天津要求數據交易服務機構專設數據安全負責人和管理機構，並建立交易數據分級保護機制。

## （二）規範主義下個人數據交易安全風險治理的挑戰

目前，由於嚴格的規範主義解釋範式，現行制度在對職權法定的理解上往往侷限於狹窄的範疇當中，多元主體協同治理與規則內容間存在張力，<sup>[16]</sup>形成了治理資源不足與風險擴散不匹配的矛盾。同時，規範主義思維下的制度設計注重靜態的形式規則，未能充分考慮風險隨著個人數據交易鏈條動態擴散的現實狀態，也未能充分迴應知情同意制度出現的制度目標與實際效用脫節的困境。具體而言，可以從三個方面進行探討。

第一，在主體方面，權力概念的實踐意涵超脫規範本意，造成現有治理規則對個人數據交易安全的關照不足。一方面，權力實際內涵的演化膨脹傾軋個人信息權利的活動空間，“權利——權力”格局形成，權力主體類型逐漸多樣化。現有立法雖然為數據主體與數據處理者設定了相應的權利與義務，但還存在著權利兌現和義務落實的法律實踐問題。在社會現實中，大型個人數據處理者已獲得類似於公權力的地位，個人數據來源者與數據處理者之間地位平等的理論假設已被實踐中實質化的“權利——權力”非對等地位打破。借助算法技術，部分數據處理者擁有了改變用戶的強制力量，<sup>[17]</sup>形成了“算法權力”。例如，購物平台可以對用戶的支付帳號採取取消收款、資金止付等強制措施，網約車平台能夠決定訂單分配、指定行駛路線、收取並分配行程費用、設立評分機制等。<sup>[18]</sup>由於算法模型的複雜性和算法決策過程的“黑箱性”，算法作用於利益相關方和社會的過程具有高度的隱蔽性。<sup>[19]</sup>用戶難以完全理解個人數據如何被收集和使用，這將致使個人知情權等權利難以被真切實現，同時造成“知情”這一環節變得愈加困難。失去了“知情”這一基礎，隨之而來的便是同意行為的形骸化。更為重要的是，個人活動受制於算法權力的支配，算法權力帶來的隱性規訓逐漸消解了個人的權利意識，<sup>[20]</sup>被侵權而難以自知和尋求救濟，使得權利規範被束之高閣。同時，用戶難以依照合同自由理論，通過“要約——承諾”的反復磋商來實現交換正義，服務協議突破最初的民事權利義務關係而具有一定的強制性。<sup>[21]</sup>然而，目前立法並未完全認識到這一點，不僅對此種權力規制不足，相反還採取了“給平台加責任”的監管方式，使得平台不僅身為一個龐大的“商業帝國”，還擁有了規則制定權、審查權、管理權和處分權，加劇了“準公權力”的特徵。<sup>[22]</sup>

另一方面，國家強制力量維度的公權力依舊局限在傳統規範框架之內，“權利——權力”格局打破傳統監管雙方間的均衡，個人數據交易治理主體單一。結合央地兩級立法可以看出，目前主要採取依靠政府部門公權力量進行剛性執法的模式對個人數據交易活動進行約束。從組織層面看，保

[15] 例如《上海市數據交易場所管理實施暫行辦法》第2條、第24條，《深圳市數據交易管理暫行辦法》第2條、第29條，《天津市數據交易管理暫行辦法》第2條、第37條、第38條，《廣西數據交易管理暫行辦法》第25條。

[16] 參見郭大林：《跨區域生態環境協同執法機制研究》，中國政法大學出版社2021年版，第19頁。

[17] Nathan Ogle, *The Digital Markets Act: A Blueprint for Modernizing American Antitrust Law*, 26 *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law* 147, 151 (2024).

[18] 參見張凌寒：《算法權力的興起、異化及法律規制》，載《法商研究》2019年第4期，第64-65頁。

[19] 參見肖紅軍：《算法責任：理論證成、全景畫像與治理範式》，載《管理世界》2022年第4期，第200-226頁。

[20] 參見王懷勇、鄧若翰：《算法時代金融公平的實現困境與法律應對》，載《中南大學學報（社會科學版）》2021年第3期，第6頁。

[21] 參見解志勇：《超級平台重要規則制定權的規制》，載《清華法學》2024年第2期，第7頁。

[22] 參見馬長山：《數字時代的人權保護境遇及其應對》，載《求是學刊》2020年第4期，第104頁。

障個人信息安全的職責集中於網信、工業和信息化、市場監管等多個部門，統一的監管機構空缺，且存在監管職責不明確、監管機構職能分散和多頭交叉執法的情形，這往往易造成機構之間相互推諉。<sup>[23]</sup>在信息層面，政府部門不直接參與個人數據交易環節，距離市場的實際運作相對較遠。同時，政府在監管信息的收集上存在被動依靠被監管者報送信息的路徑依賴，政府部門與市場主體間存在著較為明顯的信息偏在現象。這增加了監管失配的風險，影響個人數據交易治理整體的有效性和及時性。在技術層面，數據要素市場的參與者能夠迅速回應市場變化和技術更迭，相對於這些技術驅動型企業，政府機關更多地受到運行模式、業務結構的約束，難以即時跟進最新的技術發展，造成監管能效降低。可見，當下的單一主體模式存在治理失效的窘境，在“權力——權力”的治理格局中，公權力對於“準公權力”的約束存在客觀不足。

第二，在視角方面，目前治理模式存在點狀思維依賴與片面視野約束的不足。一是法律規範的節點式規制與安全風險在個人數據交易全鏈條彌散之間存在矛盾。涉及個人數據交易安全風險治理的規則分佈不均，主要密集投放於數據收集的單點時刻，而在個人數據收集後的數據傳輸、數據處理等過程則供給不足。事實上，數據交易具有明顯的時間鏈條性，數據收集只是交易的前序動作，之後還需要經過數據處理、數據傳輸以及交易後的再處理等階段。安全風險可能隨個人數據交易的後續接力行為而不斷累積，只有在數據收集環節的權利才得以保護，那麼數據被收集之後的權利怎麼保護，什麼法律法規可以提供保護？<sup>[24]</sup>雖然《數據安全法》規定了數據處理者的風險預防、監測、報告和評估的義務，在形式上似乎邏輯縝密，但這些規則仍主要針對數據處理活動的某些特定階段，無法即時監控數據交易過程中數據流的動態變化，因此在操作上存在相當的局限性。二是場內交易治理規範供給的選擇性偏好與個人數據交易活動在場內場外全面展開的矛盾。在場外交易中，個人數據交易主體能夠以更低成本、更高效率完成數據交易，因此目前存在著場外交易活躍、場內交易冷清的現狀，但是場外交易的蓬勃發展卻伴隨著數據黑灰產業甚至數據犯罪的滋生。<sup>[25]</sup>然而，目前各地出台的數據交易立法並未直接回應這一問題，相反主要聚焦於對數據交易所的規範，個人數據場外交易的治理仍然存在較為明顯的真空地帶。在場外交易治理不足的情況下，數據供需主體傾向於選擇政策環境更為寬鬆的場域，而數據交易所作為監管高地則“無人問津”，從而形成監管逃逸現象。更為重要的是，大量的個人數據流向場外，而場外未建立起交易安全的制度體系和防範機制，最終造成個人數據交易安全風險加劇的負向循環。

第三，在實效方面，紙面上的規範表達難以完全落地於個人數據交易安全風險的治理場面。有學者通過對司法裁判文書的實證分析得出，數據主體的權益保護並未隨著立法高效而達到預期成效。<sup>[26]</sup>以立法規則和學界研究皆關注的知情同意規則為例，知情同意確實是個人信息處理行為的合法性依據，同時也是個人信息保護規則整套體系的邏輯起點，這一制度無論是在理論上還是實踐上都具有重大意義。因而，無論是立法者還是學界，都試圖通過規則改造和理論解釋來保障個人的實質性同意。在個人數據交易方面，由於其不同於一般的個人信息採集和處理行為，對效率提出了一定的要求，因此眾多學者嘗試從規範始點——知情同意制度展開研究，通過對現行規則進行適應性解釋來保全現有規範的體系完整性和邏輯自治性。然而，該制度在保護隱私、防止信息損害與限制

[23] 參見李晗：《區塊鏈智能合約中個人信息安全的法律保護》，載《華東政法大學學報》2023年第4期，第54頁。

[24] 參見安柯穎：《個人數據安全的法律保護模式——從數據確權的視角切入》，載《法學論壇》2021年第2期，第64頁。

[25] 參見陳兵、郭光坤《國家級數據交易平台建設的法治方向及架構——以〈數據二十條〉為中心的解讀》，載《法治現代化研究》2023年第6期，第81頁。

[26] 參見馮果、薛亦颯；《從“權利規範模式”走向“行為控制模式”的數據信託——數據主體權利保護機制構建的另一種思路》，載《法學評論》2020年第3期，第71頁。

數據提取上的功能發揮並不樂觀，<sup>[27]</sup> 无法完全維護個人數據交易的安全。暫不討論實質性的同意是否能夠真切實現，事實上即使是實質同意也難以起到規避個人數據交易安全風險的作用。因為風險的發生僅具有蓋然性，所以數據主體為了接受高效便捷的服務，往往傾向於同意隱私條款。個人願意放棄一定程度的隱私，以換取被認為值得承擔信息披露風險的結果。<sup>[28]</sup> 從這一視角來看，知情同意制度並未良好地將個人與個人信息處理風險相互區隔，制度本身預設的目標或難以實現。

### 三、個人數據交易安全風險治理的功能主義轉進與思路

基於上述討論可知，目前個人數據交易安全風險的治理不能企圖通過單獨改造知情同意制度而“畢其功於一役”，更不能一味地將視角局限於規範本身，而是需要進一步考察已有規則在功能發揮上仍存何種不足，並探索如何歸正目前治理不能的局面，這一目標的實現僅靠教義學上對規範進行解釋可能是不夠的。對此，可從規範主義視野轉向功能主義視野，尋求個人數據交易安全風險治理的新路徑。

1992年，馬丁·洛克林將公法研究的理想類型分為功能主義與規範主義兩種，二者分別呈現出不同的價值取向。與規範主義側重於法律的規範性和概念結構，關注法律邏輯連貫性和規則系統性相對，功能主義導向強調從形式性和規範價值走向實質性和公共意義，注重經世致用和法律的意圖與目標，而非形而上的抽象原則和法律的形式規範性和體系化，倡導採取目標取向及工具主義的思維模式，以解決現實問題為首要目標。<sup>[29]</sup> 同時，功能主義拒斥形而上學的假定，並且致力於用科學方法來解決政治、政府和法律中的難題。<sup>[30]</sup> 功能主義者考慮我們必須確保或滿足的東西，而不只是考慮我們據以努力確保或滿足這些東西的制度——就好像那些制度本身就是它們為之存在的終極目的似的。<sup>[31]</sup>

在功能主義視野下，探討個人數據交易安全風險的治理進路具有其優勢性。功能主義與規範主義本質上的區別便在於前者具有強烈的目的導向性，而後者強調規範性和形式性。功能主義思維下的治理模式直接關注其所採取的手段是否能夠達致現實的目標，而不會單純依循固定的規則和程序。這種以目的為導向的思維要求治理範式始終跟隨社會實際需要的動態變化而進行效用評估和調整。因此，功能主義下的個人數據交易安全風險的治理在構造之初就是動態的，以確保預設目標在不同的環境下得以實現。此外，在功能主義思維的指引下，個人數據交易安全風險的治理不再將目光停留在法律規則的概念化屬性以及權利義務的傳統範式之間，而是更為積極地回應目前存在的具體風險問題。由於功能主義一定程度上擺脫了僵化規則的桎梏，因此具有更強的社會適應性，使其得以靈活回應社會結構變動和技術發展帶來的新變化。功能主義思維能夠突破法律規則中關於權利和權力的傳統認知，覺察當下權力內涵的衍化形態，對互聯網平台等系統重要性數據處理者予以妥適規制，並以實現特定功能為目標驅動，擴大個人數據交易安全風險治理主體的範疇，實現“公權力主體”的擴容。同時，功能主義風格旨在適應一種與當時正在興起的技術導向的社會相容的法

[27] See Sebastian Benthall & Salomé Viljoen, *Data Market Discipline: From Financial Regulation to Data Governance*, 8 Journal of International and Comparative Law 459, 460 (2021).

[28] See Tamara Dinev & Paul Hart, *An Extended Privacy Calculus Model for E-commerce Transactions*, 17 Information Systems Research 61, 61 (2006).

[29] 參見劉志堅：《環境保護稅創制：功能主義和規範主義之辯——以超標排污行為可稅性問題為中心》，載《甘肅政法學院學報》2018年第5期，第62頁。

[30] 參見[英]馬丁·洛克林：《公法與政治理論》，鄭戈譯，商務印書館2002年版，第193頁。

[31] 參見[美]羅斯科·龐德：《法律史解釋》，鄧正來譯，商務印書館2013年版，第204頁。

律風格。<sup>[32]</sup> 這種思維提倡在治理活動中應用更加靈活的法律工具和方法，鼓勵適用相應的技術標準等，從而促使治理主體能夠快速適應新技術帶來的變化，而非束縛於帶有滯後性的規則。個人數據交易作為當前數字經濟背景下技術密集型的市場活動，功能主義能夠促使治理理念和手段不斷調整和更新，充分發揮“以技治技”的優勢。

在整體的建構思路上，個人數據交易安全風險治理的功能主義進路可以沿著“目的——功能——手段”的分析框架進行探索。需要注意的是，無論在何種視角下，制度被建構出來自有其目的和功能。然而，規範主義下的目的與功能多被理解為制度的附隨屬性，且多停留在靜態層面。功能主義的獨特價值在於將目的與功能作為制度建構的邏輯起點和效用評價標準，並據此推動治理工具和治理路徑的調整，此種調整在必要時可能會突破既有的形式邏輯與範疇限制。具言之，在目的上，個人數據交易安全風險的治理並非旨在保障安全這一單一目標，而是要衡平安全與發展兩大重要目標，即既要保障個人數據交易安全，同時所採取的手段不能對數據流通造成不合理的、不成比例的限制。<sup>[33]</sup> 因此，保護數據安全，並非簡單地將數據“圈地為牢”，而是要讓數據在流動過程中防範化解危害行為。<sup>[34]</sup> 基於上述目標，新型的治理模式應當發揮三大功能，並為功能實現探索相應制度手段。具言之，一是實效評估功能。功能主義下，制度不僅是靜態的規範，更要在實踐中持續檢驗其效用。因此，風險治理要從原來強調規範的單視角轉換為“規範+實踐”的雙視角，通過不斷強化規則和標準的制定來為個人數據交易活動提供具體可行的行為標準。在此基礎之上，更加重視既有規則運行的實效，不斷完善治理主體的監督管理活動，以對個人數據交易行為的適法性進行動態評估。二是發展引導功能。功能主義不將個人數據交易安全風險治理侷限於傳統的制度強制和禁止，而是通過引導功能的啟發性與激勵性，藉助激勵相容原理，將治理行為轉化為促進個人數據交易發展的動力。對此，可以進一步明確數據交易所在個人數據交易中的功能定位，完善健全數據交易所的內部治理機制和數據交易機制，<sup>[35]</sup> 不僅發揮數據交易所在個人數據交易過程中的中介作用，而且應將其培育成個人數據交易安全風險的治理主體。同時，通過不斷完善場內交易的設施條件和配套服務，優化場內個人數據交易的環境，引導更多數據入場交易，從而將更多的個人數據交易行為置於數據交易所的監控之下，維護個人數據交易安全。三是預防強化功能。有學者認為，國內數據治理的一大短板在於數據交易之後的問責糾錯機制缺乏法律的有效保障。<sup>[36]</sup> 功能主義視角下的制裁不僅是事後的責任追究，更是形成前端威懾與持續防範的重要手段。通過建立完善的問責糾錯機制，對未起到安全注意義務的數據交易所和違法從事個人數據交易的行為與主體予以追責。對既有行為科以一定責任，在懲處既有行為的同時，還能對未來個人數據交易行為形成強有力的預防效果，從而大幅降低個人數據交易的安全風險。

#### 四、功能主義視角下個人數據交易安全風險治理的展開

在探討個人數據交易安全風險治理時，功能主義的視角提供了一個全面深入的分析框架，並且

[32] 參見[英]馬丁·洛克林：《公法與政治理論》，鄭戈譯，商務印書館2002年版，第191頁。

[33] Andrea Stazi, *Data Circulation and Legal Safeguards: A European Perspective*, 10 Comparative Law Review 89, 113 (2019).

[34] 參見王雪誠、馬海群：《總體國家安全觀下我國數據安全制度構建探究》，載《現代情報》2021年第9期，第43頁。

[35] 參見鄭丁灝：《中國數據交易所政策變遷、功能定位與規範配置》，載《科技進步與對策》2024年第13期，第118頁。

[36] 參見楊力：《論數據交易的立法傾斜性》，載《政治與法律》2021年第12期，第4頁。

強調了構建一個多維度治理體系的重要性，對此可具體從四個方面展開。第一，治理主體培育，引入二元協同治理主體，提升治理效能並增強規則的實際運行效果，從而強化實效評估功能；第二，治理空間拓寬，將場內與場外交易一併納入治理範圍，即有效維護數據安全，也促進了數據可信流通，體現了發展導向功能；第三，治理時間延展，打破節點式的靜態治理格局，將風險防控嵌入交易的全鏈條當中，形成全程約束與監督，從而發揮預防強化功能；第四，治理工具革新，作為功能主義視角下因應發展需求的應有之義，數據沙箱的引入為創新交易模式提供可控安全環境，不僅在制度效用的檢驗中增強了實效評估功能，也在鼓勵試錯與容納創新中展現出發展導向功能。

### （一）治理主體培育：數據交易所+政府的二元治理主體

“特定的功能要由以特定方式組織起來的機構承擔”，<sup>[37]</sup>要發揮個人數據交易安全風險治理的功能，在政府部門履行回應的治理職責之外，必須培育新的治理主體，構建多主體的治理格局。<sup>[38]</sup>而數據交易所能夠承擔相應的職能職責，其不僅應發揮做市功能和驗證功能，還需要監督對商定條款和法律規則的遵守情況。<sup>[39]</sup>首先，數據交易所應該進一步加強自身建設，優化服務提供質量，從而吸引更多數據通過交易所進行交易。在總體建設上，中國數據交易所的發展經歷了初創期、爆發期以及目前的平台期。在爆發期，數據交易所在全國“遍地開花”，甚至在同一地域同時設立數個數據交易平台，重複建設現象嚴重。當下，數據交易所的建設應由“量的積累”向“質的躍升”轉變，為數據交易所設立增添准入門檻，強化對數據交易平台數量的控制，優化數據交易所的區域佈局。在此基礎之上，將運營良好並具備一定規模的數據交易所上升為國家級數據交易平台，以回應“數據二十條”提出突出國家級數據交易場所合規監管與基礎服務功能的要求。在具體業務上，數據交易所應明確自身的功能定位，<sup>[40]</sup>完善場內個人數據交易的審核規則、定價機制、交易流程和技術標準等，對個人數據交易的引導做到有章可循。交易規則混亂會使數據在不同主體間交換和流轉產生高昂的交易成本，抑制數據主體之間達成合作。<sup>[41]</sup>數據交易所應當統一場內交易規則、簡化交易流程，降低場內個人數據交易的成本。此外，更為重要的是，目前阻礙個人數據交易陽光化運行的一大痛點在於個人數據交易存在合法性質疑，這導致數據供需雙方不敢公開進行交易。因此，數據交易平台還應當為個人數據交易提供風險合規機制，這是解決數據產品合法性與可交易性的關鍵路徑，<sup>[42]</sup>從而提升企業進入場內交易的動力。<sup>[43]</sup>數據交易所應該豐富業務形式，加強與數據商的聯動，通過數據信託、可信身份驗證統一授權等形式，實現個人數據的合法交易，提供個人數據交易的可信環境。

其次，數據交易所應與政府部門互相協作配合，構建個人數據交易的二元主體治理模式。一方面，數據交易場所直接接觸個人數據交易的真實過程，對交易的一手信息有較為全面的瞭解，因此有能力對交易雙方的身份以及個人數據來源、交易申請、交易磋商、交易實施和交易結束等個人數

[37] 張翔：《我國國家權力配置原則的功能主義解釋》，載《中外法學》2018年第2期，第292頁。

[38] See William McGeeveran, *The Duty of Data Security*, 103 Minnesota Law Review 1135, 1146-1175 (2019).

[39] See Paul M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, 117 Harvard Law Review 2056, 2110 (2004).

[40] 參見朱康、唐勇、劉恬凱：《數據要素市場化進程研究——來自數據交易所設立的證據》，載《現代金融研究》2025年第2期，第59頁。

[41] 參見魏益華、楊璐維：《數據要素市場化配置的產權制度之理論思考》，載《經濟體制改革》2022年第3期，第43頁。

[42] 參見高富平、冉高冉：《數據要素市場形成論——一種數據要素治理的機制框架》，載《上海經濟研究》2022年第9期，第83頁。

[43] 參見丁曉東：《數據交易如何破局——數據要素市場中的阿羅信息悖論與法律應對》，載《東方法學》2022年第2期，第155頁。

據交易全流程進行審查。<sup>[44]</sup>目前，在數據來源合法合規方面，交易平台一般均設置免責條款，由數據供應方保證數據的合法合規。<sup>[45]</sup>然而此種做法無法發揮數據交易所應起到的個人數據交易的安全管理作用，因此需要補充數據交易所的責任追究機制。因此，除了明確個人數據供應者的瑕疵擔保責任外，<sup>[46]</sup>平台明知或者應知個人數據存在質量瑕疵或不合法而未及時切斷交易的，應承擔相應的連帶責任；因過失未能履行上述義務的，應承擔補充責任。<sup>[47]</sup>

另一方面，打通數據交易方、數據交易所和政府部門之間監管信息傳輸的堵點，構建平台與政府之間實質化的聯動治理體系。對此，需要發揮數據交易所作為數據要素市場培育政策介導器的功能。<sup>[48]</sup>個人數據交易是數據要素市場的重要活動之一，然而數據要素市場決非自動自發所能形成，而是需要政府採取監管措施、激勵機制以及行業自律等引導市場行為。<sup>[49]</sup>作為社會中間層主體，<sup>[50]</sup>數據交易所承擔著連接政府與個人數據交易者的任務。在“平台——市場主體”一端，數據交易所能夠將國家出台的法律和政策動態、個人數據交易發展實踐動態以及數據要素市場化配置理論動態實及時彙集公開。同時，結合國家政策要求，數據交易平台及時更新場內交易規則，通過調整數據交易平台自身的目標定位、主體准入、交易標的、服務模式等對交易主體產生直接影響，最終促成政策目標的實現。在“平台——政府部門”一端，可以考慮由數據交易所在個人數據交易雙方以及政府機構之間構建常設性的信息披露機制，定期持續性地開展信息收集和技術分析。<sup>[51]</sup>通過動態傳送與定期報送相結合的方式，將個人數據交易信息、運行系統故障、數據存儲洩露等風險事件進行彙報和處置。

## （二）治理空間拓寬：場內 + 場外的雙重治理場域

有學者坦言，儘管場外數據市場可以滿足一些企業的需求，但如何監管場外市場是一個巨大的難題，<sup>[52]</sup>這確是眼下個人數據交易安全風險治理的痛點與難點。然而，難治理不能成為不治理的託辭，只有構建起場內場外兼顧的雙重治理場域，個人數據交易的安全風險才有機會得以真正化解。首先，在治理職能方面，目前對於個人數據場外交易治理主體的分工並不明確。由於個人數據交易涉及眾多部門的職能範疇，此種九龍治水的格局極易產生治理空白與治理交叉並存的局面，然而簡單化地指派一個部門對個人數據交易全程進行治理並非當下完全切實可行的方案。因此，從現實情況出發，基於國務院機構改革實踐，在個人數據場外交易治理中，可以率先嘗試將數據主管部門設為統籌協調機構，組建部際協作機制。在場內交易中，由於交易活動在數據交易所內進行，數據交易所可作為個人數據交易的第一道審查機制，主要由數據交易所對個人數據場內交易進行治理。相對於場外交易，場內交易的流程環節比較清晰、標準化程度更高，相關交易信息由交易所匯總，

[44] 參見程嘯：《論個人數據交易的合法性審查義務》，載《華東政法大學學報》2025年第2期，第47頁。

[45] 參見張帆、李春光：《數據流通交易平台的全生命週期治理路徑研究》，載《學習與實踐》2022年第5期，第80頁。

[46] 參見時誠：《數據交易的合同法規則》，載《比較法研究》2025年第1期，第101-102頁。

[47] 參見雷震文：《以平台為中心的大數據交易監管制度構想》，載《現代管理科學》2018年第9期，第20頁。

[48] 參見朱俊達：《數據要素市場化配置下數據交易平台監管的雙重要求及完善路徑》，載《價格理論與實踐》2024年第5期，第56頁。

[49] 參見許可：《數據要素市場的法律建構：模式比較與中國路徑》，載《法學雜誌》2023年第6期，第118頁。

[50] 經濟法理論將經濟法主體分為國家干預主體、社會中間層主體、市場主體和消費者四大類別，其中社會中間層主體是指不同於政府與市場主體，為政府與市場、市場主體之間相互聯繫起中介作用的主體。參見李昌麒主編：《經濟法學》，法律出版社2016年版，第93頁。

[51] 參見徐玖玖：《從“數據”到“可交易數據”：數據交易法律治理範式的轉向及其實現》，載《電子政務》2022年第12期，第88頁。

[52] 參見歐陽日輝：《我國多層次數據要素交易市場體系建設機制與路徑》，載《江西社會科學》2022年第3期，第71頁。

因此可以設置單一部門與數據交易平台進行對接，以實現政府部門對個人數據場內交易的治理。

其次，在治理對象方面，場內交易的治理對象首先應為數據交易活動，一旦發現數據交易活動存在不合規之處，則應啟動對數據交易活動的審查，並因此審查相關數據交易雙方與數據交易所。換言之，在場內交易的治理中，首先關注的是個人數據交易行為本身。由於每一筆場內交易都要於數據交易所進行登記存檔，因此將交易行為作為治理對象具有效率優勢和成本優勢。而個人數據場外交易治理的難點便在於交易行為的隱蔽性，因此治理者很難即時察覺數據交易活動的存在。基於這一特徵，在治理對象的選取方面，應直接從數據交易方，尤其是從作為數據供應方的數據處理者入手。因為數據價值多與數據體量、質量以及準確性、及時性等因素相關，只有擁有一定價值的個人數據才具有交易的可能。而要滿足市場對於數據價值的上述要求，往往只有個人數據收集和處理能力較強的大型數據處理者才能成為合格的數據供應方。相對於非公開的數據交易活動，數據處理者是更容易被政府識別的對象。同時，注重差異化治理理念，依據治理對象的市場規模、業務複雜程度和系統重要性等標準對數據處理者進行分級治理，集中資源對高風險主體進行個人數據交易風險審查。

最後，在治理方式上，想要真正型構起場內 + 場外的雙重治理體系，當下應補強對場外交易的治理。一方面，可以考慮從加大違法懲戒力度的角度入手，提高違法成本。相對於場內交易，目前場外交易旺盛不僅因為存在治理死角，而且違法後果較輕，威懾能力不足。雖然現有立法已經對個人信息違法處理行為設置了高額處罰條款，但仍然值得進一步完善。例如，《個人信息保護法》第 66 條為個人信息違法處理行為設置了兩檔責任，一般情況下，由相關部門責令改正，拒不改正的處一百萬元以下罰款；情節嚴重的，處五千萬元以下或上一年度營業額百分之五以下罰款。換言之，在一般的違法情節下，只有在拒不改正的情況下才予以罰款處罰。個人數據交易行為時刻都在發生，個人數據違法交易行為難以達到情節嚴重的認定標準，無法適用加重條款，而適用一般標準又可能面臨著沒有實際處罰的窘境。因此，對於該條款可以將原來規定中的“情節嚴重”分為“情節嚴重”與“情節特別嚴重”，<sup>[53]</sup>合理設置責任梯度，在針對個人數據交易的處置上，不僅需要避免“小過重罰”，更要防止“重過輕罰”甚至是“不罰”的現象出現，保證過罰相當。

另一方面，應不斷完善投訴渠道，提升公眾對個人數據安全的防範意識。可以說，個人作為個人數據最為關切的主體，當其發現個人數據被違規採集或者流通時可能更有動機採取行動。眾包理論（crowdsourcing）認為，通過挖掘與利用公民集體智慧的行動，能為公共問題的解決帶來新的洞見與創新。<sup>[54]</sup>相對於組織或者機構，公眾具有數量龐大的優勢，可以形成一支強大的監督力量，整體上提高治理的細度和廣度，彌補個人數據交易安全風險治理中，尤其是在場外交易中，政府機構存在的視野盲區問題。對此，應培養公眾對個人數據保護的意識，不僅需要使數據主體意識到自身數據的利用價值，同時也要讓其瞭解數據處理可能存在的風險，並且向公眾傳達一定的識別個人數據被違法採集、交易等行為的技巧。在此基礎之上，專設個人數據違法處理行為的投訴舉報渠道，通過電話專線、線上平台等多種途經相結合的方式，簡化數據主體舉報流程，鼓勵個人對個人數據交易違法行為進行積極反映。同時，為了避免上述途徑的虛設問題，應對其進行大面積推廣宣傳，確保公眾知曉和利用相應渠道。

### （三）治理時間延展：從節點式治理到週期式治理

數據要素安全治理的強化有賴於結合數據要素的特徵和全週期治理的理念順勢而為。<sup>[55]</sup>在功能

[53] 參見孫瑩：《違法處理個人信息高額罰款制度的理解與適用》，載《華東政法大學學報》2022年第3期，第25頁。

[54] 參見李燕：《公共管理中的眾包機制：研究現狀與未來展望》，載《探索》2018年第5期，第148頁。

[55] 參見陳兵：《因應數據要素市場化配置全週期治理的挑戰》，載《法學》2023年第10期，第170頁。

主義的視野下，個人數據交易的安全風險治理應關注個人數據交易的整體週期。在交易前期，審查數據交易主體是否符合法律允許的進行個人數據交易的條件，審查用以交易的個人數據來源是否合法，是否經匿名化和去標識化等技術處理。在交易中期，需要審查個人數據交易是否獲得數據來源主體的授權，雙方之間的數據交易合同是否合法、交易傳輸過程是否安全可控和可追溯等。在交易後期，需要關注是否存在個人數據未按合同約定範圍使用，將個人數據進行二次流轉，以及未對交易數據採取安全保護措施等行為。總而言之，一方面需要監督數據的質量、效用是否符合數據交易需求方的要求，另一方面需要監督交易完成後數據是否在許可的範圍內進行使用，以形成對交易全週期的監督。<sup>[56]</sup>

在場內交易中，週期式治理的要求應該是較為容易實現的，數據交易所直接設定交易規則對場內交易行為進行約束，並對交易主體提供一定的技術條件支持，例如通過區塊鏈公鑰與私鑰的雙驗證技術對數據交易雙方的身份進行驗證，<sup>[57]</sup>並且為交易雙方提供同態加密技術等，實現數據的可用不可見。這既能夠保障個人數據的安全，也能防止個人數據被二次交易。<sup>[58]</sup>然而，在場外交易中，由於交易行為多以私下聯繫的方式進行，缺乏官方數據交易平台等外部約束機制，因此週期式治理的實現存在著一定困難。對此，首先應強調源頭治理，建立數據登記制度。目前，深圳、貴州等地已經對數據登記進行了地方性立法探索。數據登記具有證明功能、節約功能以及保護功能，其能夠保護數據權利和維護交易安全。<sup>[59]</sup>在進行數據登記時，應要求申請人提交數據來源合法、真實的證明材料，並由登記機關進行審查。其次，要完善數據處理者的內部治理，尤其是需要加強對內部員工的管控，防止員工洩露個人數據的事件發生。例如，實施嚴格的數據訪問控制與監控策略，將具有接觸個人數據權限的員工範圍設置在最小必要的限度之內，並通過技術手段監控個人數據的訪問和使用情況。同時，加大對數據處理者的約束，以督促數據處理者將風險管理機制落到實處。例如，進一步完善數據處理者的報告機制，擴大數據合規信息報送的內容，將數據保護措施實施情況、數據洩露或安全風險的記錄和處置情況、員工數據保護培訓與管理情況以及數據處理安全風險自我評估情況等納入報告範疇。最後，為了保證政府部門的審查得以實質性開展，應規定個人數據交易雙方對交易信息的存檔義務，要求交易主體將數據交易主體和數據來源的核驗信息、個人數據來源主體的授權信息、個人數據交易合同文本以及個人數據交易的安全風險評估資料等予以留存，以供政府機構審查之用。

值得注意的是，週期式治理並非簡單地滿足於對個人數據交易的全流程進行關注，同時也強調從傳統上的靜態治理模式轉向動態治理。在靜態治理模式下，個人數據交易的不同環節只是被機械地串聯在一起，而動態治理涉及持續的監測、評估和反饋，確保治理措施能夠有效適應新的變化並應對新的挑戰。因此，政府機構需要因應技術治理的思路，對數據交易流通中因技術特徵引發的法律安全風險困境直接進行技術回應。<sup>[60]</sup>因此，政府不僅需要增加主動檢查執法的頻次，完善執法檢查的內容，還應借助雲計算、人工智能等治理科技，加強對網絡流量、市場上數據流通情況的監

[56] 參見黃志雄主編：《數據治理的法律邏輯》，武漢大學出版社2021年版，第280頁。

[57] 參見陳華、李慶川、翟晨皓：《數據要素的定價流通交易及其安全治理》，載《學術交流》2022年第4期，第116頁。

[58] 參見朱曉武、黃紹進：《數據權益資產化與監管：大數據時代的個人信息保護與價值實現》，人民郵電出版社2020年版，第142頁。

[59] 參見程嘯：《論數據產權登記》，載《法學評論》2023年第4期，第138頁。

[60] 參見許可：《數據交易流通的三元治理：技術、標準與法律》，載《吉首大學學報（社會科學版）》2022年第1期，第43頁。

控，對數據處理者的非結構性、非傳統數據進行抓取，<sup>[61]</sup>自動識別個人數據交易行為。在此基礎之上，可以開發一種帶有動態與自適應特徵的治理模型，通過算法而非靜態程序，實現模型的自我更新。<sup>[62]</sup>借助這一自動化治理模型，實現對個人數據交易全週期的風險評估和風險預警，並根據風險評估結果與異常行為預警情況，動態匹配安全治理策略和措施。在個人數據交易風險化解後，模型對此次治理行為的效果進行收集和分析，根據分析結果不斷迭代和優化個人數據安全治理措施。

#### （四）治理工具革新：兼顧安全與流通的數據沙箱

沙箱的本義在於提供一個安全的隔離環境，允許技術在其中試驗並評估風險，<sup>[63]</sup>後被英國金融行為監管局引入金融監管領域，旨在應對金融科技快速發展帶來的挑戰，隨後新加坡、澳大利亞等國也相繼使用了類似的沙箱工具。目前，沙箱工具已被推廣到數據保護領域，新加坡、英國等國家開始了相關實踐。在中國，國家發展和改革委員會也提出既要鼓勵企業在數據要素應用上的首創精神，又要建立有效的“數據沙箱”機制防範化解重大風險。<sup>[64]</sup>作為一種治理工具，沙箱提供了一個可控空間，企業可以在監管當局的支持以及有限實踐的約束下，借助該空間測試和驗證新產品、服務和商業模式以及交付機制。<sup>[65]</sup>數據沙箱具有鼓勵創新和防範風險的雙重功能，在沙箱環境下，個人數據交易雙方與數據交易所在一定程度上能夠不受當下規則的拘束，從而可以激勵數據交易主體大膽創新個人數據交易的方式。正如學者指出，沙箱能夠鼓勵創新、包容試錯，既不必因擔憂風險將新興科技束之高閣，又不會導致全盤放開介入之後的不利局面。<sup>[66]</sup>

因此，可以在個人數據交易安全風險治理中設置數據沙箱，明確入選標準、監管豁免、測試時間、測試範圍、測試流程、評估標準等沙盒運行的框架。任何沙箱啟動和運轉都需要有透明的入選標準，在域外，沙箱的實踐經驗相對成熟。英國信息專員辦公室在開發人工智能監管沙箱時，將產品創新性作為如何測試的核心標準，具體包括：創新是否與該辦公室重點關注的問題領域一致、是否能夠促進質量與效率的提升，是否能使社會公共獲益；同時，還需審查信息專員辦公室自身是否具備開展該項沙箱所需的資源與能力，以及沙箱計劃是否具備可行性。<sup>[67]</sup>歐盟在金融科技領域的監管沙箱中則形成了一套更為細化的資格標準，例如，產品或服務是否具有真正的創新性；是否能夠為消費者、金融穩定與金融市場帶來益處；申請主體是否已瞭解相關監管框架；項目是否達到足夠成熟的階段；創新內容是否難以適應現有的監管框架；供應商是否已經對產品或服務的風險進行評估與緩解；是否承諾合規與投資者保護；是否服務本國市場。<sup>[68]</sup>綜合而言，沙箱的入選標準主要集中在項目與產品範圍、創新性與風險特徵、市場價值與社會效益等方面。<sup>[69]</sup>結合個人數據交易的特殊性，入選數據沙箱的產品或服務首先應當滿足“創新性”這一要求，這種創新必須達到實質性

[61] 參見秦文岩：《互聯網信息科技在金融監管創新中的應用》，載《南方金融》2021年第7期，第79頁。

[62] 參見[荷]馬克·舒倫伯格，里克·彼得斯：《算法社會：技術、權力和知識》，王延川、栗鵬飛譯，商務印書館2023年版，第141頁。

[63] 參見朱俊達：《新質生產力發展的制度保障：一種自適應的保障模式》，載《北方民族大學學報（哲學社會科學版）》2025年第1期，第127頁。

[64] 參見國家發展和改革委員會：《加快構建中國特色數據基礎制度體系 促進全體人民共享數字經濟發展紅利》，載《求是》2023年第1期，第45頁。

[65] See Wolf-Georg Ringe & Christopher Ruof, *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, 11 European Journal of Risk Regulation 604, 607(2020).

[66] 參見張欣：《生成式人工智能的數據風險與治理路徑》，載《法律科學》2023年第5期，第53頁。

[67] 參見張紅、岳洋：《人工智能創新與監管動態平衡的規制設計——基於監管沙盒視角》，載《浙江學刊》2025年第1期，第77頁。

[68] See OECD, *Regulatory sandboxes in artificial intelligence*, OECD publishing, 2023, p.15.

[69] 參見戚聿東、劉健：《人工智能產業的包容審慎監管：理論內涵與實現路徑》，載《蘭州大學學報（社會科學版）》2024年第4期，第163頁。

程度，且無法通過常規的監管渠道進行處理；同時，此種創新應當有助於促進個人數據交易可信流通，並能夠促進數據要素市場的培育與完善。此外，產品或服務提供者應當已採取一定措施保障數據主體及相關方的合法權益，並提交完整、合理的項目計畫書以供評估審查。

數據沙箱的運作可以分為申報審核、測試運行以及結束退出三大階段。在申報審核階段，可以由符合要求的數據交易所、數據交易主體單獨或聯合作為申請機構提交相關的申報材料，並可考慮由數據主管部門進行審核。審核通過後，相關項目進入沙盒進行測試運行，在這一階段，主管部門應當定期聽取申請人對項目測試的匯報並進行評估，同時放寬部分法律規則的適用。當然，沙箱中的監管豁免並不等同於供應商不需要承擔任何責任，而是在行政處罰前設立緩衝區，採取較為寬容的策略，激勵其摒棄短期主義和監管套利行為。<sup>[70]</sup>如若測試過程中發生個人數據交易違法事件或者安全風險問題，應暫停或終結試驗，同時可與申請人達成行政和解協議，對於承諾重新調整計畫、降低數據安全風險、未造成實質性損失或者對損失予以積極補救的，則可以對其從輕、減輕或者免除處罰。<sup>[71]</sup>在結束退出階段，如果項目評估通過，那麼可以將此類個人數據交易實踐正式進行市場推廣；如果項目評估未通過或者暫不具備推廣條件的，那麼應該由申請人申請延長測試時間，或者直接強制退出數據沙箱。當然，除了數據沙箱的內部運行架構外，還需要對數據沙箱制度本身進行規範，加快完善和規範監管沙盒制度的實施條件、操作流程、執行標準、管理模式與風控機制，儘量避免監管沙盒本身的操作風險和功能失效。<sup>[72]</sup>

## 五、結語

個人數據交易已經成為個人數據流通共享的重要方式之一，其具有社會收益與安全風險並存的複合特徵，只有及時化解個人數據交易中的安全風險，才能推動個人數據交易持續健康發展，助力數據要素市場化配置改革。在法律規範較為完備的客觀情況下，個人數據交易安全問題仍時有發生，既有治理模式略顯捉襟見肘。基於此，個人數據交易安全風險的治理不宜依循傳統的規範主義視角，而是可以考慮轉向功能主義進路，以一種更加靈活的思維方式，探索個人數據交易安全風險治理的創新方案。當然，功能主義引導下的個人數據交易安全風險治理，並非意在矮化或者法律規範的重要作用，相反，其也應當在規則建構的框架內運作，同時需要法律制度對其運行予以保障。

[70] 參見許多奇：《論監管科技的雙層容錯機制》，載《政治與法律》2024年第1期，第154頁。

[71] 參見陳振其：《監管沙盒：數據要素治理新方案》，載《圖書館論壇》2024年第4期，第145頁。

[72] 參見陸岷峰、歐陽文傑：《現代金融治理體系視角下的監管體制改革研究》，載《經濟學家》2023年第8期，第93頁。

**Abstract:** Personal data trading is crucial for enhancing data circulation and value, fostering new quality productivity forces. However, issues such as data leakage and misuse that threaten personal data security have also become increasingly prominent. Despite new laws aimed at regulating these transactions, governance of their security risks is still lacking. This shortfall stems from a focus on normative approaches, emphasizing legal rules and traditional rights obligations, which may not be effective in practice. Shifting towards a functionalism perspective, this exploration advocates moving beyond mere norms to an “objective—function—means” framework. It suggests refining governance through cultivating governance entities, expanding governance spaces, extending governance timing, and innovating governance tools, offering a new approach to managing personal data trading security risks under functionalism.

**Key words:** Personal Data Trading; Personal Data Trading Security; Security Governance; Functionalism; Normativism

---

(責任編輯：昝晨東)

# 法律人工智能的論證功能與模型建構

封明坤\*

**摘要** 一般來說，論證的功能有三：證成、反駁與說服。傳統基於形式邏輯建模的智能論證系統忽略了法律論證的似真性、辯證性與語用性，因而僅能實現論證的證成功能。非形式邏輯為法律智能論證系統的建模提供了新的理論來源，彌補了形式論證功能的不足。本文試圖將非形式邏輯應用於法律人工智能的論證模型，通過“可廢止性”啟發法律人工智能從對話性和論辯性的視角來詮釋法律論證的反駁功能；通過非形式邏輯的語用維度，構建起智能論證系統的“可接受性”框架，將說服目標聽眾作為評價論證的充分性標準。除此之外，證據推理與價值衡量中的主觀因素作為模型建構中的重要考量，提醒我們應意識到智能論證模型的運行限度，並在特定環節進行適當的人為干預。

**關鍵詞** 法律人工智能 論證功能 非形式邏輯 論證模型

## 一、引言

1956年，“人工智能”（Artifical Intelligence）一詞在達特茅斯會議上被首次提出，自此人工智能成為一門獨立的學科逐漸走進大眾的視野，並逐漸廣泛應用於各領域。在法學領域，為減輕法官審判負擔並限制恣意裁判，法律人工智能的研究愈發深入。目前來看，法律人工智能的研究方向可以分為兩種。一種可以稱之為法與人工智能，致力探究面向人工智能新發現的法律應對。另一種則基於二者在應用上的融合，從模型建構的角度討論適用於法律領域的人工智能系統。進一步地，法律人工智能系統的開發從技術上又可區分為聯結主義路徑與符號主義路徑。聯結主義試圖賦予計算機以人類的心智觀，通過人工神經元網絡系統及深度學習等操作實現人工智能的自主決策，進而使人工智能能夠“像法官一樣思考”；相反，符號主義並不試圖去發掘人類心靈的底層邏輯，而是試圖在計算機上實現邏輯的推演。這一路徑將法律論證的邏輯建模視為法律人工智能系統構建的核心問題，並發展出了諸多優秀的司法專家系統。

本文將沿著符號主義的研究路徑討論法律人工智能的論證模型。堅持這一路徑的原因並非否定聯結主義在法律人工智能研究中的突出成果，而是符號主義更能充分還原現實的司法運作。從法學的角度來看，司法審判並不會僅僅關注結論的產生，更多的是法官對結論提供論據並進行論證說理

\* 封明坤，中山大學法學院博士研究生。

的過程。機器學習的方法所採用的是關聯驅動從大量數據中擬合並總結出相關規律，但是由於缺乏人類的推理能力，其很難給出數據中的因果關聯。<sup>[1]</sup>符號主義的進路可以較為清晰地還原法律推理與論證的具體過程，只不過需要採用一種從形式邏輯到非形式邏輯的思維轉換。本文認為，這一邏輯基礎的轉換能夠提供一種法律人工智能論證模型的構建思路，更重要的是幫助我們重新審視法律論證的邏輯刻畫方式，並以更加精細化的方式發掘法律論證的證成機理。

下文將首先從理論上闡明這一邏輯轉換的必要，其次基於非形式邏輯的可廢止性與語用特徵嘗試構建起一種智能論證模型，它包含了法律論證的論辯結構及其“可接受性”框架。最後將對模型建構的其他考量因素進行分析。

## 二、法律人工智能論證的邏輯基礎：從形式邏輯到非形式邏輯

基於符號主義的構建路徑關注到了智能論證模型與法律論證實踐相擬合的重要性，但傳統思路大多建立在形式邏輯的基礎上，這使其難以完全呈現法律論證的自然屬性與特徵。究其原因，可以認為形式邏輯無法滿足法律論證的似真性、辯證性、語用性特徵，而這又可從根本上歸結於法律的不完備性、不一致性。我們在此試圖論證的是，非形式邏輯源於法律論證的實踐情境，在研究對象、關注的論證要素、評價維度方面不同於形式邏輯的運用，因而能夠更為全面地還原法律論證的本身面貌，並為人工智能論證模型的構建提供方法支撐。

### （一）形式邏輯的功能缺位與成因

關於“論證”，語用論辯理論的提出者范愛默倫（Frans H.van Eemeren）、荷羅頓道斯特（Rob Grootendorst）等人曾給出過一個準確的定義：“論證是一項關涉社會性、言辭性、理性的活動，旨在通過陳述來證成自己立場的可接受性，從而說服理性的批判者”。<sup>[2]</sup>這一定義總結出了論證的證成性、反駁性、說服性功能，並將論證從兩個層面予以區分。第一個層面是“作為結果的論證”（argument-as-product）。此時，論證僅作為一個包含結論命題與前提命題的命題序列，強調論證的證成性。第二個層面是“作為過程的論證”（argument-as-process）。它更多地將論證視為論證者為使自己的主張被聽眾所接受而進行互相論辯的過程，因而更具動態性、目的性、多主體性、語境敏感性、對話性等特點。<sup>[3]</sup>

形式論證通過形式邏輯對自身內部有效性標準進行考察。演繹論證是較為典型的形式論證方式，在前提為真的情況下通過演繹論證必然推出結論也為真。亞里士多德給出的經典例子是：凡人皆有一死；蘇格拉底是人；因此，蘇格拉底也會死。傳統法律人工智能論證系統大多基於形式邏輯進行設計，基於規則與案例的“專家系統”是這一路徑的主要成果。<sup>[4]</sup>此路徑作為早期人們探索法律人工智能系統的主要方式雖然取得了很大發展，但囿於形式邏輯的適用局限，其仍舊無法處理諸

[1] 參見丁夢遠、蘭旭光、彭如、鄭南寧：《機器推理的進展與展望》，載《模式識別與人工智能》2021年第1期，第2頁。

[2] Frans van Eemeren, Rob Grootendorst & Franscisca Snoeck Henkemans, *Argumentation: Analysis, Evaluation, Presentation*, Lawrence Erlbaum Associates, 2002, p. xii.

[3] 參見熊明輝：《訴訟論證——訴訟博弈的邏輯分析》，中國政法大學出版社2012年版，第24-27頁。

[4] 例如，1981年，沃特曼（Donald Waterman）和彼得森（Mark Peterson）基於規則推理的建模建立起了用以解決產品侵權責任法律裁定的專家系統；阿什利（Kevin D.Ashley）與其導師里士蘭（Edwina L.Risslan）則基於案例推理開發了海波（HYPO）系統。see Rissland Edwina L. et al, *AI and Law: A Fruitful Synergy, Artificial Intelligence*, 2003, pp.1-15. see Kevin D.Ashley, *Reasoning with cases and hypotheticals in HYPO*, International Journal of Man-Machine Studies, 1991, p.753-796.

多法律實踐場景。根本原因在於，基於形式邏輯所刻畫的論證模式僅僅滿足我們對論證第一層面的要求，其將法律視作一個封閉且靜態的規則體系，人工智能僅需要把特定的案件要素數據對應於特定的法律後果，進而將法律意義上的“證成關係”轉化為算法操作的“對應關係”。正如韋伯（Max Weber）所最早描述的那樣，他將法官通過形式理性裁判得出結論的過程形象地比作“自動售貨機”，認為法律體系應當是確定而又非人格化的。其尤為關注形式理性的法律，因為這代表著抽象而又高度邏輯化、“制度化”的普遍思維，而“制度化代表了一種邏輯清晰、一以貫之的完美規則體系（至少在理論上）”。<sup>[5]</sup>

返回到法律本身，這種規則演繹的封閉算法背後實際上蘊涵的是機械主義的法律觀。拋卻其他爭議，韋伯的法律觀點的確為法律人工智能系統的構建提供了一種理論上的支撐，並且使得首架基於規則推理模式的法律人工智能從理論變為現實，但其終究是無法用來恰當描述法律論證的性質。法律自身的“不完備性”（incompleteness）與“不一致性”（inconsistency）是導致這一事實的根本原因，具體來說：

法律的不完備性體現在語言的模糊性、規則的例外情況及法律自身的漏洞等等。哈特將導致這些實踐困境的原因歸結為“法律規則的開放性結構”，認為法律規範自身所具有開放結構本質上導致了適用中的不確定性。在他所描述的“禮堂脫帽”的例子中，“任何人進入教堂時都應當把帽子摘下”作為一種規則的指引方式，一般來說，“人們只需確定某個語詞所能夠囊括的特殊事例，並將待定事實‘涵攝’在一般分類之下，便能夠通過簡單的三段論結構得出結論。”<sup>[6]</sup>然而，究竟是用左手摘帽還是右手摘帽？帽子摘下後放在什麼地方？這些都是不清楚的。可見，現實情況中特定的事實案例並不會打上標籤以證明自己具有某些語詞所指代的特徵，規則本身也不會主動“承認”自己所包含何種事例。因此，邊緣事實的不確定性蔓延至規則中時，不管是立法還是判例，不論它們如何順利地適用於日常案例，當其解決邊緣案件時將會變得尤為難以把握。進而，通過形式邏輯所力求實現的嚴格“對應關係”也會淪為不切實際的幻想。

除此之外，法律的不一致性也會導致形式邏輯脫離論證實踐的要求，這種不一致性體現在法律規範間的衝突。毫無疑問，法律規範本身應當是內部和諧且協調的，意味著在進行法律論證的時候相互衝突的前提命題不能同時為真。但事實上，同一法律內部及不同法律之間的規範衝突時常會發生。

法律自身的“不完備性”及“不一致性”使得法律的論證活動具備特殊的性質，簡單的形式邏輯無法充分滿足其特性。這種特質表現在三個方面：似真性、辯證性、語用性。

首先，“似真性”（plausibility）有時也被稱為“合情性”。<sup>[7]</sup>傳統邏輯通常認為，論證結論是否為真與論證形式密切相關——演繹方法中的前提為真，則結論必然為真。而似真性的思想則為規則的例外留出空間，將支持力放在命題的背後，只給出暫時接受某一命題的基礎。沃爾頓（Douglas N. Walton）將似真推理看作是區別於演繹與歸納的第三種類型，這一推論的特徵是：如果前提為真，那麼結論似然為真，<sup>[8]</sup>其建立在人類經驗常識和自然感知的基礎之上。<sup>[9]</sup>作為法律判斷中小前

[5] 參見[德]馬克斯·韋伯：《論經濟與社會中的法律》，張乃根譯，中國大百科全書出版社1998年版，導論第22-30、61頁。

[6] [英]哈特：《法律的概念》，張文顯等譯，中國大百科全書出版社1996年版，第125頁。

[7] 參見熊明輝：《訴訟論證——訴訟博弈的邏輯分析》，中國政法大學出版社2012年版，第60頁。

[8] 參見[加]道格拉斯·沃爾頓：《法律論證與證據》，梁慶寅、熊明輝譯，中國政法大學出版社2010年版，第111頁。

[9] 熊曉彪：《論似真推理的法律適用》，載陳金釗、謝暉主編：《法律方法》2024年第3期，法律出版社2024年版，第27頁。

提的案件事實便具有“似真性”，從證據到事實的推論過程本身具有科學性與猜測性相統一的特徵。<sup>[10]</sup>而形式邏輯對“似真性”的忽視導致其缺乏塑造論證反駁功能之基礎。

其次，法律論證是“辯證的”（dialectical）。亞里士多德在《論題篇》中描述了論辯中的辯證特徵：論辯應當是一個具有目的性的過程，這一過程至少要包含兩名參與者，並且圍繞命題的提出與反駁而展開。<sup>[11]</sup>法律論證的進程正是在原被告之間的不斷質疑中向前推進的，同時，法律論證的參與者當然也秉持各自的目的，即通過爭辯而駁倒對方的訴訟請求轉而正當化自己的訴訟請求。形式邏輯囿於其單主體的論證結構，在缺乏“似真性”考量的基礎上，更難以還原法律論證的反駁功能。

傳統形式邏輯不能充分描述法律論證的最後一個原因在於其忽視了論證是“語用性的”（pragmatic），這使其無法生動還原法律論證的說服功能。法律論證中的特定句式和表述通常不是單純語言的編碼意義，並不能從字面義直接得到聽者想要獲得的意義，<sup>[12]</sup>因此辨者對聽眾的說服都需要借助言說的意義推動才能得以實現。例如，法律條文中的“故意”與“過失”顯然不能僅根據語言習慣進行理解。同時，論證的語用評價標準具有語境依賴性，這意味著法律論證絕不是一個“非真即假”的判定過程。由於不同情境下所包含的材料不同，某一情境下的事實材料可能支持結論，而另一情境也可能會阻止同一結論的得出。

## （二）非形式邏輯對論證功能的補充

由此觀之，法律論證是關涉對話、意見分歧、目標、聽眾、語境諸因素的複合體。<sup>[13]</sup>目前而言，基於傳統形式邏輯建模尚不能滿足法律論證的所有特性，因而無法實現智能論證模型的反駁與說服功能。與之相較，非形式邏輯實際並非站在形式邏輯的絕對對立面，而是對形式邏輯進行論證評價時的必要補充，<sup>[14]</sup>其在研究對象、所關注的論證要素、評價標準方面皆與形式邏輯不同。這導致非形式邏輯的優勢在於，能夠通過邏輯維度的可廢止性回應法律論證的似真性特徵，並在此基礎上將論證主體、論證目的等對話性要素考慮在內，還原庭審主體間（起方、應方、審方）的論辯狀態。同時，它將語用維度作為論證評價的標準，兼顧法律論證的情境依賴性，進而彌補形式邏輯在智能論證模型建構方面的功能缺位。具體而言：

第一，非形式邏輯通過可廢止性回應法律論證的似真性。傳統形式邏輯的研究對象是“蘊涵”，描述的是命題之間的邏輯關係。典型的範例就是演繹的推理形式，前提為真是演繹推理的一個要件。但正如先前所述，法律論證的大小前提本身就具有不確定性，因此難以刻畫法律推理的全過程。“可廢止”是指“概念的初顯性適用在例外情況下會被終止”。<sup>[15]</sup>這意味著非形式邏輯並不需要從一個確定無疑的前提展開，當原本妥當的法律論證因為新出現的理由而變得不妥當的時候，可廢止性允許對推理的前提進行必要修正。這在系統的建模問題上可以對規則的“例外”做出恰當的處理。例如法律規則中的“但書”結構，當例外情況得到滿足時，原本法律的適用就會遭到阻卻。

[10] 參見杜文靜：《論刑事證據推理的似真性》，載陳金釗、謝暉主編：《法律方法》2015年第2期，山東人民出版社2015年版，第184頁。

[11] See J. Anthony Blair, Ralph H. Johnson, *Argumentation as dialectical, Argumentation*, 1987, p.45-47.

[12] 參見[法]丹·斯珀波、[英]迪埃珏·威爾遜：《關聯：交際與認知》，蔣嚴譯，中國社會科學出版社2008年版，第3頁。

[13] 參見陳鑫泉、武宏志：《非形式邏輯的理論成就及其對法律論證的意義》，載《湖南科技大學學報（社會科學版）》2014年第4期，第39頁。

[14] 參見熊明輝：《訴訟論證——訴訟博弈的邏輯分析》，中國政法大學出版社2012年版，第12頁。

[15] 參見董焱焱：《圖爾敏模型在法律論證中的應用與深化——以于歡案為應用實例》，載陳金釗、謝暉主編：《法律方法》2022年第1期，中國出版集團2022年版，第174頁。

第二，非形式邏輯可以在可廢止性的基礎上實現論證的反駁功能。顯而易見，“證成”與“反駁”是截然不同的：前者是論證的“正向建構”，一旦結論被推出，就不會被輕易動搖；後者則是一種對抗或限制的理由，它引入了“結論的可撤銷性”，即推理並非一旦成立就永遠有效。由於傳統的形式邏輯通常是單調邏輯（monotonic logic），這意味著論據的增加僅會增加結論，而不會推翻已有結論，因此在人工智能的建模過程中很難實現對原有結論的廢止。但是，現實的法庭論辯一定是建立在“證明——反駁”的循環往復之上的，庭審的主體從不僅限法官一人，判決的產生也絕不是法官的獨斷。缺乏攻擊與反駁的論證一定是“零主體”的“無目的的”。正如希契柯克（David Hitchcock）所總結的那樣，他認為論證是為論證者根據個人目的，通過提出支持主張的理由來說服聽眾的過程，這一過程應當包含相互反駁的辯證層。<sup>[16]</sup>沃爾頓亦認為，論辯的過程應當允許質疑，即允許對方提出相反意見；現實法庭辯論亦復如此，法官不可能僅聽取一方之言就得出判斷。<sup>[17]</sup>而非形式邏輯通常是非單調的（non-monotonic），這種非單調性意味著除了證成之外，原有的結論也可能因為新的信息而被廢止。非形式邏輯正是將這種可廢止性引入更廣闊的對話場景中進行理解，使其能關注論證要素中的“論證主體”與“論證目的”。因此，可廢止性體現在論證主體之間有目的的質疑與辯護的動態變化上，進而啟發法律人工智能從對話性與論辯性的視角來詮釋法律論證的反駁功能。

第三，非形式邏輯引入語用的評價維度，進而實現論證的說服功能。鑑於邏輯與語言的內在聯繫，對語言研究維度的不同側重導致了論證評價標準的不同傾向。人工語言是形式邏輯研究的語言載體，是指為達成某一目的而人工自行設計的語言；在這一研究旨趣上，形式邏輯僅關注語言的語形、語義維度。前者描述符號與符號之間的關係，後者則重視符號及其所指之間的關係。非形式邏輯對此的理解並不相同，它更關注經由人類自身發展所形成的自然語言，認為論證應當是對特定人展開的目的性說服，因此，論證需從語用的維度出發，重點處理符號使用者與符號之間的關係。二者之間的區別實際上也說明了“證成”與“說服”之間的差異。一方面，證成主要處理推理的“有效性”（validity），但這種有效性僅能以“全有或全無”的方式呈現，忽視了對論證有效性程度的考察。而論證的說服功能則以“充分性”（sufficiency）取代“有效性”之評價標準，這一標準兼顧論證的情境化特徵，即便某一論證在特定場景中是無效的，但仍有可能滿足其他領域的充分性標準。充分性也意味著不同論證對結論的支持存在程度之別。例如，有些法律論證僅能排除合理懷疑，而有些則可完全駁倒對方的論證。沃爾頓認為，“充分性”的標準顯然不是為了證明一方的正確性，而是對雙方論點的說服力進行評估，因此，論證“充分性”標準的運用顯然應當以語用為基礎。<sup>[18]</sup>而相較於形式邏輯，非形式邏輯的優勢便在於，通過對語用維度的關注，使其得以實現論證的說服功能。

當然，在既往的研究中，也有一種聲音認為形式邏輯在某種程度上可以實現與非形式邏輯相同的效果。例如，如果對演繹推理的前提進行修改，將限制性條件加入到規則的構成要件當中，那麼同樣可以應對法律論證中的例外與規則衝突現象，進而實現與非形式邏輯近似的反駁功能。<sup>[19]</sup>不

[16] See David Hitchcock, *The Practice of Argumentative Discussion, Argumentation*, 2002, p.287–298.

[17] 沃爾頓在其文中進一步豐富了論辯層的內容：（1）這一過程應當允許質疑，也即允許對方提出相反意見。現實的法庭辯論亦是如此，法官不可能僅聽取一方之言就得出判斷；（2）能夠標示證明責任的。例如“誰主張誰舉證”的法律證明責任，正方需為自己的主張承擔證明責任，如果反方提出質疑，那麼證明責任便隨之轉移；（3）這一過程的論辯屬性允許論辯主體撤回其結論，這意味著可以還原訴訟過程中的撤訴及對對方論證的認可。see Douglas N. Walton, *Defeasible Reasoning and Informal Fallacies*, *Synthese*, 2011, p.377–407.

[18] See Douglas Walton, *Informal Logic: A Pragmatic Approach*, Cambridge University Press, 2008, pp.1–3.

[19] See Peng-Hsiang Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, Baden-Baden: Nomos, 2004, S.143–173, 轉引自雷磊：《人工智能時代法律推理的基本模式——基於可廢止邏輯的刻畫》，載《比較法研究》2022年第1期，

過，尚且不說形式邏輯如何在缺乏語用維度的情況下實現法律論證的說服效果，即便在反駁功能上，這種方式亦是存在問題的。因為法律所應用的世界之開放性與不可預見性本質，使得我們無法在事前就羅列出所有潛在的例外情況。此外，就人工智能論證模型的開發目的而言，理想的情況是人工智能能夠在全樣本數據庫的基礎上實現自動裁斷，非形式邏輯的可廢止性特徵顯然更合乎這一目標。

### 三、基於非形式邏輯的智能論證模型

早在上世紀五十年代，圖靈（Alan M. Turing）提出了“機器會思維嗎”這一著名哲學問題，並嘗試通過一個被稱之為“模仿遊戲”（the Imitation Game）的思想實驗進行驗證。實際上，在邏輯學家看來，論證推理才是思維形式的核心，<sup>[20]</sup>因此“機器是否具備思維”這一問題可以歸結為“機器是否會進行論證推理”。如此一來，法律人工智能的論證功能實現就聚焦到了法律論證的建模問題上。在本文所提出的論證模型中，非形式邏輯可以通過兩個核心的“組件”補充實現法律人工智能的論證功能：其一，是基於可廢止性所建立的、容納起應主體間相互反駁的“論辯結構”；其二，是基於語用維度、從聽眾視角出發，圍繞爭議焦點所建立的論證“可接受性”框架。二者的有效互動不僅能夠完成法律論證的證成環節，而且能夠對法律人工智能的論辯與說服功能進行補充。

#### （一）規則的邏輯形式化與“例外”的表達

需要明確的是，非形式邏輯並非是沒有“形式”的形式邏輯。如果我們將“形式”看作是受到規範、標準或程序的支配，那麼非形式邏輯本身也是“形式”的。非形式邏輯並不排斥邏輯語言的必要，而是拒斥將邏輯形式理解為論證結構的關鍵，並將形式有效性當作評價論證好壞的唯一標準。<sup>[21]</sup>因此，對基於非形式邏輯的智能論證模式進行建模同樣可將規則及其例外進行邏輯形式化處理。

與一般的社會規範不同，法律規則所展現出的往往是一種條件式結構，也就是滿足特定的構成要件將會觸發某一法律後果，其中法定的構成要件作為結構的前件，法律後果作為後件。完美的條件式結構可以被形式化為：

$$E \leftarrow A_1 \wedge A_2 \wedge A_3 \dots \dots A_n$$

在建模的層面其可以簡單表達為“如果……那麼……”的形式，E 代表“那麼”之後的法律後果，A 代表諸個構成要件。雖然法官在進行法律推理必須時刻遵循這一“法律 - 實事 - 結論”的流程，但是完美的條件式結構並不能複刻出法官在真實審判程序中的思維活動，規則的例外與特殊情況在實踐中往往在所難免。那麼，如何在完美的條件結構中加上“不完美”的成分？紐曼（Neumann Jr.）認為每一條法律規則必須包含“一組可被檢測的要素”，並且允許部分規則可以涵蓋一個或一個以上的例外，當這些例外情況出現時，即便所有的要素均被滿足，結論仍會被擊敗。<sup>[22]</sup>沙托爾（Sartor. G）進一步將其具象化，認為法律規則構成要件分為兩個部分：“有待證明的要素”（elements to be proved）和“未被駁倒的要素”（elements not to be refuted）。“有待證

第15頁。

[20] 參見熊明輝：《法律人工智能的推理建模路徑》，載《求是學刊》2020年第6期，第91頁。

[21] 參見武宏志、周建武、唐堅：《非形式邏輯導論》（上卷），人民出版社2009年版，第135頁。

[22] See Richard K. Neumann, *Legal Reasoning and Legal Writing: Structure, Strategy, and Style*, Wolters Kluwer Law and Business, 2013, p.10.

明的要素”即需要當事人舉證進行確定，當一條規則中的此類要素皆被證實，並且“未被駁倒的要素”未被擊敗時，法官就可以確定法律規則的構成要件並得出結論。<sup>[23]</sup>因此，規則的條件式可以被修改為：

$$E \leftarrow A_1 \wedge A_2 \wedge \langle A_3 \rangle \cdots \langle A_n \rangle^{[24]}$$

其中， $A_1$ 、 $A_2$ 作為“有待證明的要素”， $\langle A_3 \rangle$ 、 $\langle A_n \rangle$ 作為“未被駁倒的要素”。如此一來，將推理的規則前件劃分為以上兩種要素，便確定了不同要素在案件結果證立過程中的角色地位。

試舉一個例子來說明。《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《民法典》）第 1245 條規定：“飼養的動物造成他人損害的，動物飼養人或者管理人應當承擔侵權責任；但是，能夠證明損害是因被侵權人故意或者重大過失造成的，可以不承擔或者減輕責任。”在此條規則中，動物的飼養人和管理人承擔無過錯責任，責任的阻斷條件需要由飼養人舉證。那麼綜合前兩種要素，該條可以表述為：

x 應當承擔侵權責任  
 IF 動物 z 由 x 飼養或者進行管理；  
 AND 動物 z 實施了行為 f  
 AND 行為 f 侵害了 y 的民事權益並造成了損害  
 AND  $\langle$ 被侵害人 y 不具有故意或重大過失 $\rangle$

在這當中，動物造成損害的具體事實作為“有待證明的要件”，需要由被侵害人給予證實， $\langle$ 被侵害人 y 不具有故意或重大過失 $\rangle$ 屬於規則前件中確立飼養人責任的“未被駁倒的要素”。這表明，在飼養動物致人損害的案件中，動物的飼養人和管理人通常需要承擔責任，除非其能夠證明被侵害人有故意或者重大過失。比如 y 出於好玩特意去挑逗 x 所飼養的狗，則此時該條要件將會被擊敗，進而影響意圖證立的結果。

基於非形式邏輯的法律論證模型需要一定程度上還原庭審中起應雙方主體的交鋒狀態，因此模型的構建需要建立在“衝突”的觀念基礎上。上述規則與規則的例外情況是法律推理過程中“立與破”的運行依據，規則的例外一定程度上能夠阻卻特定法律後果的獲得。在成文法中，規則的例外一般具有兩種形式：一種是例外情況本身就蘊含在法條之中。比如《民法典》第 985 條：“得利人沒有法律依據取得不當利益的，受損失的人可以請求得利人返還取得的利益，但是有下列情形之一的除外：……”。另一種是專門的例外條款，比如民法典有關贈與人撤銷權的規定。

我們同樣可以借助“未被駁倒的要素”將《民法典》第 1245 條的例外情況展示出來。該條規則中， $\langle$ 被侵害人 y 不具有故意或重大過失 $\rangle$ 作為證立飼養人責任的規則要件，實際上已經將其例外情況的否定集納入到了構成要件之中，也就是如果規則之例外表示為：

e:  $\neg E \leftarrow A^e$   
 e: x 不應當承擔侵權責任  
 IF 被侵害人 y 具有故意或重大過失 (y 有意挑逗 z)

那麼上文的規則結構即為：

$$E \leftarrow A_1 \wedge A_2 \cdots (\neg A^e)^{[25]}$$

其中，規則之例外 (e) 承擔着對規則結論 (E) 的否定作用，規則中的“未被駁倒的要素”通

[23] 參見雷磊：《人工智能時代法律推理的基本模式——基於可廢止邏輯的刻畫》，載《比較法研究》2022年第1期，第16頁。

[24] See Giovanni Sartor, *The structure of norm conditions and nonmonotonic reasoning in law*, In Proceedings of the 3rd International Conference on Artificial Intelligence and Law, 1991, p.155.

[25] Ibid., p.158.

過例外情況的否定集 ( $\neg A^e$ ) 進行表示。在智能論證模型的運行工作上，通過非形式邏輯實現的這種規則與例外的邏輯關係可以幫助我們建立起法庭論辯的對抗情景，而這正是傳統形式邏輯所無法達到的。

## （二）智能論證模型的論辯結構

在整體的模型建構中，我們希望達到的是通過多重例外（例外的例外）將規則中固有的“未被駁倒的要素”剔除，進而形成案件的“唯一正解”，或者僅留下爭議的焦點。因此可以構建起能夠展現論辯層級，並且反映出法律論證之後果不斷變化的論辯結構（圖 1）：首先，將各方所持的規範與事實前提吸收到論據 A 當中，當且僅當證明規則 ( $r: \text{if } q \text{ then } p$ ) 的要件均在事實的佐證下得以滿足，A 論據才能夠推出 p 結論。其次，起應雙方能夠在此框架中實現不同論辯層級的對抗關係。在論辯  $D_1$  層面，起訴方的  $A_1$  論據能夠支持結果  $C_1$  的呈現；在論辯的  $D_2$  層面，應訴方所提出的  $A_2$  論據可以引出一階例外  $e_1$ ，進而破壞掉起訴方  $A_1$  對結果  $C_1$  的證成，也即案件  $C_1$  結果並不成立，引出結果  $C_2$ ；在論辯的  $D_3$  層面，起訴方所提出  $A_3$  論據同樣可以引出二階例外  $e_{e1}$ ，攻擊應訴方的  $A_2$  論據進而恢復  $A_1$  論據對結果  $C_1$  的支持。以此往復，直至一方無法再圍繞爭議點提出與對方相反論據，或者至其論據無法再推翻對方論據。在這一過程當中，各方論據所包含的規範及事實促使了論辯雙方“攻防”角色的不斷替換，也進而使得法律結果隨之變換。

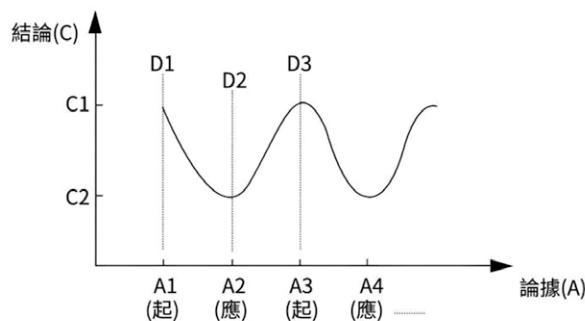


圖 1 智能論證模型的論辯結構

引入一個複雜情景進行說明：甲育有一子乙。丙為甲的朋友，在甲身患重病期間悉心照料甲的生活起居，甲遂立遺贈撫養協議將自己的部分遺產遺贈給丙。在甲病逝後，乙、丙分別向法院起訴，主張各自的法定繼承權、受遺贈權。其中，乙援引《民法典》第 1127 條<sup>[26]</sup>，證明自己系甲的法定繼承人，因此有權繼承遺產。此條規則可以表示為：

$r_1: \text{乙可以作為甲的法定繼承人繼承甲的部分遺產}$   
 IF 甲已逝世； (a)  
 AND 甲有合法有效且可執行的遺產； (b)  
 AND 乙係甲的兒子； (c)

丙援引《民法典》第 1158 條：“自然人可以與繼承人以外的組織或者個人簽訂遺贈扶養協議。按照協議，該組織或者個人承擔該自然人生養死葬的義務，享有受遺贈的權利。”該條規則可以表示為：

$r_2: \text{丙可以作為受遺贈人取得甲的部分遺產}$   
 IF 甲已逝世； (a)

[26] 《中華人民共和國民法典》第1127條第1款第（一）項：“遺產按照下列順序繼承：（一）第一順序：配偶、子女、父母”。

AND 甲有合法有效且可執行的遺產； (b)

AND 丙盡到了生前扶養、死後喪葬甲的義務； (d)

AND 甲、丙之間有合法有效的遺贈扶養協議； (g)

假設，上述的所有事實均已被證實，那麼乙、丙的主張就可以被法院所允許。此時，乙的論據可以表示為  $A_1 (r_1, a, b, c)$ ，丙的論據可以表示為  $A_2 (r_2, a, b, d, g)$ 。繼續假定兩條來自雙方提供的事實與規則（例外）：

$f_1$  (丙的新論據)：乙曾經嚴重虐待過其父親甲

$f_2$  (乙的新論據)：丙曾經為了爭奪遺產試圖殺害乙，以此來增加自己所能夠享有的利益。

所適用的規則皆為《民法典》第 1125 條第 1 款有關繼承人與受遺贈人喪失繼承權與受遺贈權的規定，<sup>[27]</sup> 其可以表示為：

$e_1$ ：乙無權繼承甲的部分遺產

IF 乙曾經嚴重虐待過甲；

$e_2$ ：丙無權接受甲的遺贈

IF 丙曾經為爭奪遺產試圖殺害乙

此時，雙方都提出了一條針對乙、丙所援引規則的例外情況，也即當乙、丙實施了《民法典》1125 第 1 款規定中的行為時，原本所具有的繼承權與受遺贈權喪失。如果  $f_1, f_2$  均已證實，這便構成了雙方用以攻擊  $A_1, A_2$  論據的反向論據  $A_3 (e_1, f_1)$  與  $A_4 (e_2, f_2)$ ，根據例外對規則的可廢止性，也即  $e_1 > r_1, e_2 > r_2$ ，原本的  $A_1, A_2$  論據將會被新論據所擊敗，法律推理的後果也隨之變化。為了展現出論辯的多重性，我們可以在此論辯層級上再加入一個反駁項，繼續引入新的事實及依據。乙可以提出事實  $f_3$ ：甲生前曾通過書面形式對乙表示寬恕。<sup>[28]</sup> 在此情境中，此條例外的例外可以表示為：

$e_{e1}$ ：乙可以作為甲的法定繼承人繼承甲的部分遺產

IF 乙確有悔改表現

AND 甲生前曾通過書面形式對乙表示寬恕

由此，乙新生成的論據  $A_4 (e_{e1}, f_3)$  便可以作為  $A_3 (e_1, f_1)$  論據的反向論據將其擊敗，以此恢復  $A_1 (r_1, a, b, c)$  論據的效力，進而回歸到原本的案件結論上。

不難看出，基於非形式邏輯的論辯結構能夠破除既有研究對主體的回避，還原起應雙方的主體地位，並且很好地處理了規則與例外情況的關係。在傳統的形式邏輯模型中，規則與例外的處理往往是將規則之例外統一涵蓋在大前提當中，多以“but”邏輯詞相連接。這種方式一方面無法生動還原法庭論辯的互動狀態，使整個法律人工智能陷入單一、呆板的境地。另一方面，且不說能否用一個指令完整涵蓋所能涉及案件的例外情況，在法律適用的疑難情況中，例外情況往往無法預先設定，只能在雙方的論辯過程中逐漸生成。此外，在上述例子中，各方論據之間的爭鋒狀態需要建立在規範與事實的有效結合上，這一定程度也解決了審判程序中的舉證責任分配。雖然系統並沒有明確展現證明責任的分配，但其可以在特定的規則、行動集之間的互動過程中將“誰主張誰舉證”這

[27] 《中華人民共和國民法典》第1125條第1款：“繼承人有下列行為之一的，喪失繼承權：（一）故意殺害被繼承人；（二）為爭奪遺產而殺害其他繼承人；（三）遺棄被繼承人，或者虐待被繼承人情節嚴重；（四）偽造、篡改、隱匿或者銷毀遺囑，情節嚴重；（五）以欺詐、脅迫手段迫使或者妨礙被繼承人設立、變更或者撤回遺囑，情節嚴重。

[28] 《中華人民共和國民法典》第1125條第2款：“繼承人有前款第三項至第五項行為，確有悔改表現，被繼承人表示寬恕或者事後在遺囑中將其列為繼承人的，該繼承人不喪失繼承權。”

一原則進行內化。

### （三）智能論證模型的“可接受性”框架

就模型的構建而言，僅僅恢復起應雙方的主體地位仍舊不夠。法律論證的論辯結構可以描述控辯雙方之間論證的反駁與被反駁、擊敗與被擊敗關係，但是論據之間的相互作用同樣需要明晰。也就是說，各方的論證在什麼情況下才能在論辯中“勝出”？傳統形式邏輯將論證形式的有效性作為判斷的標準，這通常難以適應複雜的法律環境。對話及修辭的理論讓我們關注到“目標聽眾”在這一過程中的重要地位，應當通過目標聽眾對論證的可接受性來評價論證的“優劣”。因此，文章接下來將率先考察法律論證環節的目標聽眾，進而對論證模型的“可接受性”框架進行描述。

在訴訟環節中，起訴方、應訴方、與審判方的目標聽眾並不完全相同。起訴方與應訴方在訴訟過程中的目標聽眾包含自己、對方及審判方。說服自身是起、應雙方論證的第一層目的。起訴方作為訴訟博弈的主動方，是否進入到訴訟階段，主動權完全掌握在起方。因此，對於民事訴訟來說，理性的起訴方會在進入訴訟程序之前認真權衡訴訟為自己帶來的收益，只有說服自身認為能夠從此獲益才會提起訴訟。同理，應訴方要想使自己的論證能夠成功反駁對方，首先也需要說服自身，但是是否進入到訴訟程序其並不能自行決定。說服對方接受自己的論證一般在進入訴訟程序之前，進入到訴訟博弈階段，說服對方就不那麼重要了。此時，二者會圍繞案件的爭議焦點據理力爭，無法實現一方被說服的局面。雙方之所以能夠接受最後的結果往往並不是因為對方給出了一個好的論證，而是因為接受程序正義的法律原則。<sup>[29]</sup>這一階段，說服審判方才是雙方論證的主要目的。

審判方的目標聽眾相較於前二者較為特殊。根據佩雷爾曼（Perelman）和蒂特卡（Lucie Olbrechts-Tyteca）對目標聽眾的區分，目標聽眾可以包括一類具體的人群，也可以被認為是所有的理性人。前者是論證的特定聽眾，後者則是普遍聽眾。<sup>[30]</sup>審方論證的目標聽眾也可以進行如此區分，其具體聽眾由判決書所直接影響的人群構成，包括審方自己、起訴方和應訴方。普遍聽眾即上級法院、法學家、普羅大眾等所有理性人組成的法律共同體。

為了引發目標聽眾的共鳴，論證的說服功能決定了其評價需要引入修辭學的思想，非形式邏輯所關注的語用維度又恰當地將這一思想表達出來。不論是古典修辭學還是佩雷爾曼所提出的新修辭學，都是一門研究如何說服目標聽眾的藝術。新修辭學更是進一步將論證視作說服聽眾的手段，認為應當將聽眾對論證的可接受性作為評價標準，而非單純的形式有效。法律人工智能的論證模型構建可以通過一套程序性方法，允許上述聽眾在模型中尋求有關論證的解釋，從而將論證的“可接受性”表現出來。

論證的“可接受性”評價過程可以分為三個部分（圖2）。第一，論辯結構中未被起應雙方所接受的爭議焦點。如前所述，起訴方與應訴方作為互相說服的論證主體，真正能夠接受對方論證的時間主要在訴前的階段。這一經過可能是雙方訴前的和解，也可能是各自對論證可接受性的內心推演，而未被雙方所互相接納的論證將形成爭議的焦點。

第二，訴訟過程中的論證主體向聽眾進行解釋論證，這一過程又可區分為兩個層面。一方面，起應雙方需要圍繞爭議焦點進行解釋論證，目標聽眾是法官。此時，人工智能作為提問者可以向論證的雙方提出解釋要求，起應主體需要對論證中的法律規範及案件事實做出進一步解釋。另一方面，法官需要對其所做出的法律決策面向起應雙方及普遍聽眾做出解釋。此時，人工智能則作為解釋者對其生成的判決預測、刑期預測及法律文書做出解釋。第三，聽眾對解釋的檢驗階段。不論是旨在說服審方的起應主體，還是要對其法律決策做出廣泛解釋的審方，在對其論證進行解釋之後，

[29] 參見熊明輝：《訴訟論證——訴訟博弈的邏輯分析》，中國政法大學出版社2012年版，第188頁。

[30] See Eveline T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation*, Springer, 2017, p.45-46.

都需要各自的聽眾來檢驗解釋是否通過，進而反映論證的可接受性。如果解釋通過，那麼解釋者便成功使聽眾接受其立場。反之，則意味著解釋沒有通過。此時，聽眾可選擇進入新的一輪解釋論證中，即允許解釋者從其他角度再次進行解釋，直到解釋通過，或者直接選擇不接受解釋者的論證。

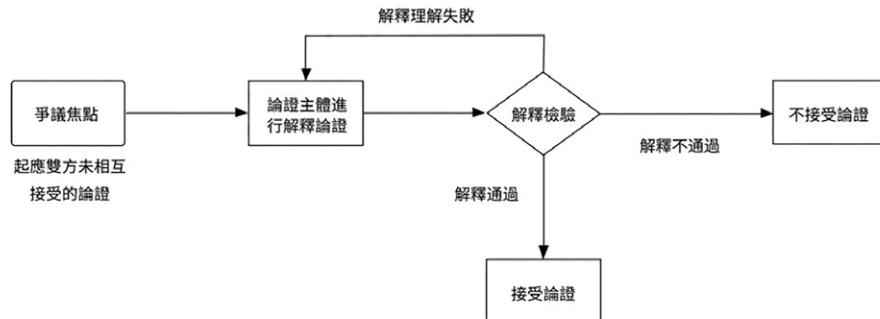


圖 2 智能論證模型的“可接受性”框架

接續前文的事例。乙與丙在爭議焦點產生之前會經歷一個互相說服的階段。從論辯結構來看，乙提出的論據 1 能夠擊敗丙所提出的論據 2 主要有兩個原因：一種是論據 1 要挑戰論據 2 中規則  $r$  所產生的結論，也即對規則所產生的後果進行否定，這種情況下需要比較二者之間所包含的子論據（規則與例外）之間的強度。一般來說，我國成文法中所規定的例外性條款普遍優先於規則本身，也即  $e > r$ 。另一種是論據 1 需要阻斷規則  $r$  與結論之間的聯繫，證明待適用的規則並不合適，而不是攻擊後果本身。但衝突的結果還有一種情況是各論據之間的強弱關係很難比較，進而形成案件的爭論焦點，控辯雙方的說服目標也隨之發生轉變。不妨將上文事例再做出一些調整：

丙仍舊援用《民法典》第 1125 條第 2 款第（三）項作為依據，只不過在事實方面將原本的 “ $f_1$ : 乙曾經嚴重虐待過其父親甲” 修改為  $f_1'$ ：乙曾毆打其父親甲，並且甲在疾病影響下心理素質堪憂，每次遭遇此事都會寢食難安導致體重驟減，也一定程度上影響到了身體的恢復。<sup>[31]</sup> 此時，如何權衡  $f_1'$  與  $e_1$  所形成的新論據  $A_6 (e_1, f_1')$ ，與最初的論據之間的擊敗關係？在實際的審判過程中，法官可能會通過虐待行為的手段、次數、實施的時間及後果來判斷是否應當將這種情況納入到“情節嚴重”當中。審方作為起應主體的目標聽眾可以請求其對論證作出進一步的解釋：

開始階段：

解釋聽眾 [請求解釋]：請解釋為何認定乙喪失繼承權？

解釋者丙 [宣告]：乙曾經虐待過其父親甲，且情節嚴重。

對話階段：

解釋聽眾 [質疑]：乙採取何種手段虐待其父親甲，並且施虐的次數及時長是多少？

解釋者丙 [解釋]：乙通過拳打腳踢的方式，每日虐待其父親甲數次，時間大約持續一小時之久。

解釋聽眾 [請求解釋]：通過什麼證據進行佐證？

解釋者丙 [解釋]：家中的監控器及家政服務人員可以證明（提交證據）。

結束階段：

解釋聽眾 [接受]：我接受你的論證。

當然，現實司法實踐中的論證活動並不會如此簡單，案件事實的複雜性以及規則適用的彈性，

[31] 做出此調整的目的在於，將原本事實中的“嚴重”情況模糊化，這一定程度上將會影響法官判斷是否符合法條中的“情節嚴重”。

往往會使解釋論證的結構呈現出更為複雜和多層次的面貌。不過，整個模型對論據的評價基礎卻是統一的，也就是需要通過以語用維度為導向的“充分性”標準檢驗論證的成功與否。此外，需要強調的是，在這一案例中，“可接受性”框架被適用於評價起應主體的論證，但論證活動仍舊需要通過論辯結構展開。比如，目標聽眾也可能會接受來自反方的解釋論證，更有力的反駁——例如，乙已獲得其父親甲的生前諒解——可以改變原本論證的可接受性狀態，進而否定丙的解釋論證。

在技術配套問題上，人工智能對非形式邏輯的論證與評估理論在實踐中也得到了驗證。典型的系統代表是人工智能辯手系統。相關的研究團隊證明了論證實踐以及對論證的評估能夠被非形式邏輯清晰表達，並發現理論與自然論證對論證實踐的評價是相同的。<sup>[32]</sup> 這類人工智能辯手系統從一般意義上區分了“論證品質”的3個維度：邏輯、修辭和合理性。邏輯維度的評價包含前提的可接受性、前提與結論的相關性以及前提對結論的支持程度；修辭維度的重點關注論據的可信度、情感訴求、清晰度和適當性等；合理性維度包含聽眾對論證的接受程度、論證對最終結論的支持程度以及論證能夠充分反駁可預見的反對意見的屬性。<sup>[33]</sup>

#### 四、智能論證模型的其他考量因素

不可否認的是，非形式邏輯與人工智能技術理性的有機耦合雖然能夠作為智能建模的新動力，而且也取得了相當大的技術進展。但這種以非形式邏輯驅動的人工智能建模方式仍然是一種情境化的應用。拋卻論證邏輯本身，法律論證實踐仍舊存在諸多主體性色彩的因素。因此，如果要對模型的建構作出更為全面的考慮，那麼至少還應包含對以下幾種因素的考量：

##### （一）完善的證據論證

在論辯形式當中，法律的適用、案件事實與案件結論應當是相互交織地發展並完善。法律適用需要考慮的是，一條待適用的規範能否可以將待決案件涵蓋在其要件之下；證據推理則是在已取得的事實證據基礎上重新構建法律事實，以判斷案件事實是否符合各種要件，然後進行法律論證。本文在模型的建構中雖未重點突出證據論證，但考慮到“法律+事實=案件結論”的推理結構，法律論證的運行過程理應展現出一種規範與事實交互前進的姿態，動態地剔除和肯定各類信息，從而引出合理的結論。因此，智能論證模型的完整構建應當將證據推理也納入到研究範疇。

一般來說，證據推理模型的構建主要存在三種進路：基於論證進路、基於故事進路以及概率推理。<sup>[34]</sup> 基於論證進路主要源自於威哥摩爾（John Henry Wigmore）的證據理論，其理論以事實的證明力作為基礎，研究個體事實的證明力在證據鏈條中如何分配的問題。據其理論，案件中各方所提出的證據群都可以以相互連接的推論網進行表達，並將法律證據建立在可以承載證明力的似真推論的基礎上，這些推論隨着案件的進展將有可能被新引入的證據所擊敗。<sup>[35]</sup> 基於故事進路的證據推理源自於法律心理學，班尼特（W. Lance Bennett）等人認為刑事證據的運用應當是借其構建可能案情經過的假設性故事，並通過各種既定的標準選擇出最佳故事。之後的學者又在其基礎上作出了進一

[32] See Henning Wachsmuth, et al., *Argumentation Quality Assessment: Theory vs. Practice*, in Proceedings of the 55th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics, 2017, p.250–255.

[33] See Henning Wachsmuth, et al., *Computational Argumentation Quality Assessment in Natural Language*, in Proceedings of the 15th Conference of the European Chapter of the Association for Computational Linguistics, 2017, p.182.

[34] 參見杜文靜、蔡會明：《法律論證的人工智能模型》，載《上海政法學院學報（法治論叢）》2019年第1期，第56頁。

[35] [加]道格拉斯·沃爾頓：《論辯與證據理論》，王建芳、童海浩譯，載陳金釗、謝暉主編：《法律方法》2015年第1期，山東人民出版社2015年版，第25頁。

步的延伸，提出了如何運用故事片段並分析已有證據。<sup>[36]</sup> 基於論證的進路與基於故事進路都是在對案件事實進行定性的分析，概率推理則是目前最貼合法律人工智能模型構建的實踐路徑，其採用定量分析的方法，通過貝葉斯信念網絡評估證據與待證事實之間的契合度。例如，運用目的導向性的信念網絡對複雜案件進行建模，或者作為概率專家系統分析並評價一系列具體的法庭證據的信息價值。<sup>[37]</sup>

## （二）必要的價值判斷

基於非形式邏輯所刻畫的智能論證模型能夠從修辭理論的視角重新界定“好論證”的評價標準，避免了形式邏輯的機械性、封閉性評價。但是價值判斷仍舊是人工智能法律論證的核心難題。因為法律人並非將法律規則視為片面的法律表述，而是用以追求特定目的的手段，這終究會回歸到各種價值利益之間的衡量。相較於人類思維對論據的經驗性理解，人工智能無法洞悉不同論據的真正“意義”。同時，不同論據之間的強弱關係，論據對特定結論的“支持”或“反對”關係往往較為複雜，作為裁判依據的各項規範代表了不同的價值取向，旨在說服的目標聽眾對同一事件的法律判斷、道德判斷本身就存在不一致。比如，在“瀘州遺贈案”當中，學界對本案的判決持兩種針鋒相對的觀點。一種觀點認為應當按照法律的規定，黃某的遺囑有效，因此應按遺囑內容分配給張某部分財產。而另一種觀點則認為黃某與張某並不是法定的夫妻關係，而是為大眾所不能接受的“非法同居”關係，其贈予行為有悖公序良俗，因此應當認定遺囑無效。顯然，本案涉及到法治與道德這兩種價值訴求的矛盾，這是法官在處理疑難案件時經常會面臨的不可通約性難題。

不少學者在這一難題上嘗試過理論突破。日本學者平田勇人自 2006 年開始在諸多數學家的幫助下研究如何根據法律推理的主體、語境以及價值判斷的功能之間的關係確立價值函數，從而完成智能價值植入。<sup>[38]</sup> 其基本主張是將法律的價值判斷轉化為價值函數，將不同類型審判所涉及的基本價值作為價值函數的演算符，比如民法中的公平原則、平等原則等。這當中每一個演算符都會根據不同的價值評價標準進行獨立運算，最後將各評價值進行綜合評價。如若存在價值評判標準的衝突或者其他圍繞評價標準本身的問題，那麼可以在論辯模型中展開以達成適用價值的妥協為目的的商談活動，進而達成價值共識。實際上，對價值進行賦值仍舊是以自動化的方式將預設的輸入值與一組可能的輸出結果相關聯，而非復現法律論證。如此以來，法律論證中的邏輯關係便成為了參數間相關性的比較，論證的可靠性很大程度上取決於數據的質量與算法的設計。這是目前弱人工智能應用開發中的“智識瓶頸”。不過，雖然不能使人工智能實現真正意義上的法律論證，但同人類思維模式的建立過程相似，在缺乏主觀判斷的情況下仍舊可以通過海量歷史數據的學習積累，擴大人工智能預設輸入值的範圍，提高輸入數據的質量，進而無限接近於嚴格意義上的法律邏輯思維。

## （三）人為的干預與更新

鑑於目前人工智能在還原法律論證思維上的困境，智能論證模型從弱到強的技術轉型階段免不了人為的干預及更新。一如上文所討論的那樣，在事實認定領域中，“自由心證”賦予了裁判者根據內心確信評價證據證明力的權力，這種裁判的零散性與不確定性使得人工智能短期內無法完全勝任裁判者一職。而對於價值判斷的運用，人工智能更是力所不逮，即便能夠在人為標註價值權重的幫助下解決部分簡單案件，但在面臨重大疑難案件時仍舊需要人為的干預。

[36] See Floris J.Bex, *Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Springer, 2011, p.2-3.

[37] See Amanda B.Hepler, A.Philip Dawid & Valentina Leucari, *Object-oriented Graphical Representations of Complex Patterns of Evidence*, Law Probability and Risk, 2007, p.2-22.

[38] 參見季衛東：《人工智能時代的法律議論》，載《法學研究》2019年第6期，第42-43頁。

此外，考慮到基於非形式邏輯的論證系統的語用性質，知識庫的語義更新與人為標示也是不可或缺的。如上文所述，語用是一個在對話情境中進行話語明示的過程。話語要在具體語境中發揮作用，並不能僅僅依靠語句中概念的字面意思，更多的應該推導出語句在特定情境下的意蘊。在我國，作為成文法規範之對象的現實生活往往處在千變萬化之中，新出現的社會情況經常不必然被已有的規範語句所包含，仍舊用過去法律語句的含義來概括新出現的事實可能會導致語詞的無效。以“許霆案”為例，在當時的時代背景之下，“利用 ATM 機的故障獲取錢財”並不在當時 1997 年刑法的語境之內，因為這絕對不是當時立法者的所持立場能夠涉及的。因此，系統之中應建立完善的更新機制來幫助法律人工智能做出更合理的判斷。

總而言之，人工智能目前的諸多技術應用實現了非形式邏輯在法律論證領域的工具論價值，也檢驗了其理論成果的實踐效力。但非形式邏輯驅動的法律人工智能論證系統仍舊無法回避論證中的主體性特點。因此，在發揮技術層面的客觀性、穩定性的同時，我們也要在實踐層面正視經驗於論證活動中的價值，清醒認識到法律人工智能的優勢與限度。

## 結語

在某種程度上，為實現法律論證的反駁與說服功能，法律論證應當是一種建立在對話基礎上的辯證推理，同時也是在特定場景下對特定聽眾的一種說服。基於形式邏輯所刻畫的法律人工智能因其“機械”的演繹形式而無法還原法律論證的自然屬性。因此，人工智能論證模型的建構需要接受非形式邏輯的路徑轉向。非形式邏輯否定形式邏輯“零主體”、“無目的”的基本特徵，為刻畫庭審主體的論辯活動留有空間，從而更好展現論證的反駁功能。同時，非形式邏輯考慮到了論證的語用維度，將論證的評價標準從“形式有效”替換為聽眾的可接受性，進而補充了法律論證的說服功能。反映在模型建構上，基於非形式邏輯的智能論證模型能夠通過論辯結構，模擬起應主體之間的對抗狀態，並將聽眾納入到論證的評價體系當中，通過“可接受性”框架還原法律論證主體為說服目標聽眾所進行的解釋性活動。除此之外，法律論證還需包含對事實因素的考量，應將證據推理的形式化納入到模型設計當中。同時，人工智能現階段的技術發展樣態仍舊無法妥善應對“自由心證”、價值衡量、語用確認等主觀判斷環節，此類系統運行的特定階段仍需以人機協同的方式進行。

**Abstract:** In general, argumentation serves three primary functions: justification, rebuttal, and persuasion. Traditional AI argumentation systems that rely on formal logic often overlook the plausibility, dialectical nature, and pragmatic aspects of legal reasoning, limiting their focus primarily to justification. Non-formal logic provides a new method for modeling legal argumentation in AI, addressing the shortcomings of formal approaches. This paper seeks to incorporate non-formal logic into the construction of legal AI argumentation models. By focusing on the concept of “defeasibility”, we will explore rebuttal in AI legal reasoning from both a dialogical and argumentative perspective. Through the pragmatic dimension of non-formal logic, we will further develop a framework of “acceptability”, which highlights how to persuade the target audience as a crucial standard for evaluating the adequacy of arguments. Additionally, the evidentiary reasoning and the presence of subjective factors in value judgments remind us of the inherent limitations of computational models, indicating that appropriate human intervention is sometimes very important.

**Key words:** Legal Artificial Intelligence; Function of Argumentation; Non-formal Logic; Argument Model

---

(責任編輯：張雨虹)

# 論香港競爭法的實施局限與邊界拓展

費蘭芳\*

**摘要** 香港特區競爭法與其他司法管轄區相比存在顯著制度局限，包括合併規則僅限電信行業適用，私人獨立訴訟權缺失，部分核心規則定義模糊等。香港競爭法近十年的實施情況顯示，其司法主導模式呈現審慎特徵，具體表現為案件集中於核心卡特爾，罰金以本地營業額為基準且適用排除合理懷疑的刑事證據標準，救濟機制注重企業商業自主空間及合併審查鮮少應用等。基於錯誤成本理論框架的分析顯示，香港壟斷風險與執法保守特徵存在矛盾，行業集中度攀升與投訴量增長表明現有規則滯後於市場現實需求。競爭法作為實用工具，其邊界需適配香港制度環境與經濟結構。《條例》作為利益妥協的階段性方案，可通過漸進優化拓展局限，重點方向為擴展自願申請合併審查至高集中度行業以及啟動私人訴訟通道。

關鍵詞 競爭條例 局限 錯誤成本 擴展

## 一、香港競爭法的局限

競爭法的局限或邊界是競爭規制研究領域的核心命題之一。<sup>[1]</sup>這一概念具有多維度的複雜性。在理論上，其內涵既涉及經濟學中市場結構理論和效率分析的衝突<sup>[2]</sup>，又延伸至社會整體成本考量<sup>[3]</sup>、多元價值平衡<sup>[4]</sup>，更深層次還觸及政治哲學中的治理理念與意識形態博弈。<sup>[5]</sup>在實踐層面，競爭法的局限則具體呈現為法律文本中規制目標的優先序位設定、違法行為類型的要件劃分以及執法機構與司法審查之間的權限配置。<sup>[6]</sup>值得關注的是，規範層面的應然價值與實證層面的實然運作

\* 費蘭芳，暨南大學法學院副教授，法學博士。

本文係國家社會科學基金一般項目“網絡交易中數據污染競爭法規制的實效評估及雙維優化研究”（項目批准號：25BFX051）階段性成果。

- [1] Nicolas Petit, *A Theory of Antitrust Limits*, 28 *George Mason Law Review* 1399 (2021).
- [2] William E. Kovacic, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, 1 *Columbia Business Law Review* 12, 14 (2007).
- [3] Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 *Texas Law Review* 1, 4 (1984).
- [4] Sandra Marco Colino, *Antitrust's Environmental Footprint: Redefining The Boundaries Of Green Antitrust*, 103 *North Carolina Law Review* 135 (2024).
- [5] 王曉曄：《反壟斷新思潮新布蘭代斯主義批判》，載《法學評論》2025年第1期，第26頁。
- [6] James Calder et al., *A Review of Similarities and Contrasts Between American Antitrust and European Union Competition Law*, *Columbia Business Law Review* 380 (2004).

雖存在界限，卻在法律實施過程中卻存在相互影響。司法機關通過個案裁判不斷調整立法原意與政策導向，執法機構則借助個案調查、實施細則和指南修訂厘清規則邊界。這種理論與實踐的雙向互動，使得競爭法的邊界始終處於動態調整狀態，既催生出豐富的學術論辯，也持續推動著競爭法制度安排的更新和變化。

香港特別行政區競爭立法的演進路徑與制度設計，體現出普通法傳統下自由市場理念對競爭法邊界的塑造作用，為探討競爭法局限性問題提供了一個獨特的樣本。香港作為全球金融中心和發達、開放、自由的小型經濟體，競爭法的全面立法《競爭條例》（以下簡稱“條例”）直至2012年才通過，2015年12月方始生效，明顯晚於新加坡、新西蘭等類似經濟體。受自由市場理念影響，《條例》體現保守特徵，重點參照歐盟模式同時兼顧普通法傳統，既順應了國際競爭法發展的主要方向，也部分保留了作為自由港積極不干預的政策立場。條例確立了第一行為規則（FCR）禁止反競爭的協議、第二行為規則（SCR）禁止業務實體濫用市場權勢及特定行業並購審查三大支柱，但整體立法側重反競爭行為的禁止，淡化立法目標。<sup>[7]</sup>《條例》在相關制度設計上兼采歐盟、英國、澳大利亞的競爭法規則，同時具有明顯的保守性和本土化特點，包括合併守則僅適用於電訊行業，中小企業定量豁免，罰款上限基本局限為香港營業額，限制獨立私人訴訟，引入“嚴重反競爭行為”、“相當程度的市場權力”概念，寬大政策僅適用於卡特爾案件首位自首者等。

香港立法當局在《條例》頒行之初即做出優化《條例》的表態，表明將在積累充分執法經驗與技術儲備後，對法律適用範圍的拓展進行政策檢視。<sup>[8]</sup>自2012年立法審議啟動至今，該法實施已逾十載，可以考慮制度調整的可行性。本文立足於香港競爭法制演進的特殊性，通過回溯立法博弈中的價值衝突與《條例》實施過程中的裁判及行政執法特點，歸納香港競爭法實施的特徵。在此基礎上，參考“壟斷危害/司法錯誤”這一錯誤成本分析框架，對香港現行競爭法邊界的恰當性展開規範分析。通過定性分析香港特區的潛在壟斷危害和司法錯誤可能性，論證香港競爭法的局限及未來擴展的方向。

## 二、香港競爭法局限性形成的背景和成因

香港市場規制政策的制度變遷呈現三個階段的演進特徵。整體表現為從自由放任的消極治理，轉向部門規制的局部管控，最終實現競爭法制的系統出台。1964年前政府恪守古典自由主義信條，相信市場運行完全依賴自發調節機制。<sup>[9]</sup>1964年啟動的中電管制計劃標誌著公共事業領域有限干預的開始，此後監管範圍在80年代逐步擴展至電信、公交等自然壟斷行業。在這些行業，政府通過價格審查與服務標準設定平衡企業自主經營權與公共利益。<sup>[10]</sup>1992年彭定康總督關於限制性貿易行為危害的演說觸發政策理念轉型，<sup>[11]</sup>1996年消費者委員會（以下簡稱“消委會”）發佈專項調查報告建議成立競爭管理機構，<sup>[12]</sup>雖因政治阻力未獲採納，卻開啟了競爭立法的先河。1998年競爭政

[7] 《競爭條例》（香港法例第619章）。

[8] Kelvin Kwok, *The new Hong Kong competition law: anomalies and challenges*. 37 World Competition 541 (2014).

[9] Changqi Wu & Leonard K. Cheng, *Hong Kong's Business Regulation in Transition*, in Takatoshi Ito and Anne O. Krueger eds., *Deregulation and Interdependence in the Asia-Pacific Region*, University of Chicago Press, 2000, p.158-159.

[10] Hong Kong Government, *The schemes of control*. Government Printer. 1988, quoted in Changqi Wu & Leonard K. Cheng, *supra* note 9.

[11] Williams, M., *Competition policy in Hong Kong: present conditions and future prospects*, 3 *Competition Policy International* 133 (2007).

[12] 消費者委員會：《公平競爭政策：香港經濟繁榮之關鍵報告》，載見香港消費者委員會官方網站1996年11月25

策諮詢委員會成立，香港開啟市場競爭規制的探索。一方面，立法部門通過《電訊條例》、《廣播條例》在特定領域加入競爭條款；<sup>[13]</sup>另一方面依託競爭政策諮詢委員倡導社會競爭文化。2005年政治領導層更迭後，政府高層明確宣佈突破消極不干預傳統，轉向關注社會成本內化的積極治理模式。<sup>[14]</sup>競爭政策審查委員會於2006年發佈《香港競爭政策檢討》開啟新一輪立法推動。歷經2006-2008年兩輪公眾諮詢，政府於2010年提交的《競爭條例草案》並最終在2012年完成立法程序。<sup>[15]</sup>

一般認為，香港競爭法制定的滯後性與其自由市場意識形態存在歷史性關聯。追溯香港政府的規制傳統，其自由放任主義可追溯到殖民初期。1929年港英當局回應公共交通訴求時，即以“提供營商便利即盡政府本分”<sup>[16]</sup>為由拒絕干預；該理念延續至1994年政府文件，該文件將香港與新加坡的經濟成功歸因於“市場動力自由運作”，<sup>[17]</sup>並明確反對整體性競爭立法。這種認知將高市場集中度視為小經濟體城市經濟體的自然特徵，強調行政權力介入可能引發制度性尋租風險。<sup>[18]</sup>《條例》的頒佈並未平息競爭法局限性的理論爭議，其核心爭點聚焦於競爭法干預的適度性邊界。支持強監管的觀點強調《條例》對反競爭行為的矯正功能，指出條例將有助於遏制特許壟斷，糾正公用事業、房地產、港口行業的機構性失衡。<sup>[19]</sup>一些學者認為應當全面擴展競爭法的邊界，引入全行業並購審查、私人訴訟等<sup>[20]</sup>，平衡財閥利益與公共利益，強化執法力度，確保競爭法充分發揮作用<sup>[21]</sup>。批評者則在規範層面指責《條例》預留的解釋空間過於寬泛，可能帶來過度干預，損害中小企業利益，強調競爭法對香港而言本質是個經濟問題，譬如在航運領域嚴格實施競爭法可能導致香港失去其區域航運樞紐地位。<sup>[22]</sup>

近年來受大型數字平台興起、全球經濟發展放緩及保護主義興起的影響，競爭法的局限性問題再次成為熱點議題。儘管部分學者將反壟斷範式轉型歸因於意識形態更迭，如芝加哥學派推動的效率主義轉向，或者新布蘭戴斯學派主張的遏制科技巨頭口號<sup>[23]</sup>。但此類解釋框架存在本質性缺陷。

目，<https://www.consumer.org.hk/tc/advocacy/study-report/19961101>.

- [13] Mark Furse, *Competition Law and Reform in Hong Kong*, 28 European Competition and Regulatory Law Review 401 (2007).
- [14] Mark Williams, *Seeds of Its Own Destruction: Hong Kong's Dysfunctional Competition Policy*, 6 Journal of Business Law 550, 553 (2006).
- [15] Mary Catherine Lucey, *Competition Law Enforcement in Hong Kong SAR and in Ireland: Similar and Atypical*, 18 Journal of International Trade Law and Policy 108 (2019).
- [16] Chen, E.K.Y., Lin, P. *Competition Policy under Laissez-Faireism: Market Power and its Treatment in Hong Kong*. 21 Review of Industrial Organization, 145–166 (2002).
- [17] 香港政府在對消委會報告的回復中表示 “自由市場力量一直令香港獲益；我們須小心謹慎，不應擾亂使我們得益的營商環境。”香港特別行政區政府工商局：《政府對消費者委員會所發表的〈公平競爭政策：香港經濟繁榮之關鍵〉報告書的回應》，1997年11月，第5.4節，見香港競爭政策諮詢委員會官方網站，<https://www.compag.gov.hk/simp/reference/brochure.pdf>.
- [18] Richard Y.C. Wong, *Understanding Competition in Hong Kong*, HKCER Letters, Vol. 20, May 1993.作者表示在像香港這樣的小城市經濟中，人們不應該某些行業的市場集中度很高感到驚訝。
- [19] 馬克·威廉姆斯著，路延君譯：《蕩起救生之舟：競爭法是否可以挽救香港港口產業》，載《廈門大學法律評論》總第十九期，廈門大學出版社2011年版，第35頁。
- [20] T Cheng, Thomas K., and Kelvin Hiu Fai Kwok. *Hong Kong Competition Law: Comparative and Theoretical Perspectives*. Cambridge University Press, 2021,p.9.
- [21] Sandra Marco Colino, *A History of Competition: The Impact of Antitrust on Hong Kong's Telecommunications Markets*, 29 Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 931 (2019).
- [22] Cichen Shen, *Hong Kong's dilemma: antitrust immunity for liner agreements*, see website of Hong Kong Business, 2016, <https://hongkongbusiness.hk/shipping-marine/commentary/hong-kongs-dilemma-antitrust-immunity-liner-agreements>.
- [23] Herbert J. Hovenkamp, *Antitrust Error Costs*, 24 University of Pennsylvania Journal of Business Law 293 (2022).

這一觀點將多樣化、多層次的競爭法律變化簡化為觀念和立場博奕，忽視法律運轉的現實約束和技術限制。競爭法的局限性並非全然由意識形態因素所決定。相反，對法律邊界的界定本質上植根於法律適用體系的內在完整、清晰和高效，體現為執法機關與司法機構在實踐互動中形成的實施邊界。基於這一邏輯，本文將對香港競爭法近十年來的執法和司法實踐進行檢視，描述性考察香港法院在面對競爭法若干不確定性問題上的立場和態度，探究香港競爭法在實施中的實際局限和邊界。在此基礎上，本研究將依賴“壟斷危害/司法錯誤”的社會成本框架，分析當前香港競爭法的局限性合理與否，並探討邊界擴展的可行方向。

### 三、香港競爭法實施的審慎特徵

競爭法實施的現實邊界取決於其實施機制的制度特性。在實施路徑層面，司法主導型實施機制較之行政主導型模式往往形成更顯著的約束效力，前者可通過嚴格的訴訟程序、證據規則及司法審查制度，形成更具制衡色彩的執行框架。在解釋論層面，法律適用的限制性特徵體現為方法論選擇，特別是本身違法原則與合理原則兩大分析範式的適用界限劃分將構成競爭規制的實際尺度。在事實查明層面，反壟斷案件涉及市場界定、競爭效應評估等專業事實認定，對證據的多樣性、專業度具有特殊要求，這使得舉證責任配置規則與證明標準設定直接影響判決走向<sup>[24]</sup>。此外，執法和司法機構對法律不確定性的理解、對非完整證據的認定偏好，往往成為決定競爭法執行趨於嚴格或寬鬆的重要因素。

#### （一）程序和證據要求

香港競爭法在實施模式上採取了司法主導模式，即競爭委員會（以下簡稱“競委會”），具有負責調查和執法，擁有強制取證、突擊檢查等廣泛權力，但沒有裁決權，必須通過專門法院即高等法院法官組成的競爭審裁處（以下簡稱“審裁處”）來處理，以確保司法終審權。這一選擇普遍認為受到“*Koon Wing Yee*”案確立的原則的影響。該案裁定施加懲罰性或阻嚇性制裁構成刑事指控，根據香港人權法案，刑事控罪的裁定要求由“合格、獨立和公正的法庭進行公平和公開的審訊”。<sup>[25]</sup>

該案還進一步影響了後續競爭事務訴訟證據標準的認定。在 *Competition Commission v W. Hing* 一案中<sup>[26]</sup>，審裁處援引刑事判例 *Koon Wing Yee* 案，認定《競爭條例》下的經濟處罰具有刑事指控性質，必須適用“排除合理懷疑”的刑事證明標準。儘管終審法院最終確認違反第一行為守則不構成刑事犯罪，但仍維持刑事舉證責任要求，客觀上形成非刑事行為卻適用刑事證據規則的矛盾。這種矛盾性在 *Competition Commission v Nutanix* 案中也得到印證，審裁處雖堅持經濟處罰的刑事證明標準，卻拒絕全面適用刑事程序規則如限制企業援引不自證其罪特權，形成刑事證據部分適用的情形。雖然未將競爭執法全面對標刑事指控，香港法院堅持違法競爭法的經濟處罰需適用刑事證明標準的要求，仍明顯高於其他普通法國家。如英國競爭上訴法庭承認經濟處罰屬刑事指控，但拒絕適用排除合理懷疑標準，而澳大利亞與新西蘭則明確規定民事罰款適用民事證明標準。<sup>[27]</sup> 這種差異既可能源於香港法院對人權公約項下正當程序原則的恪守，亦可解讀為通過提升證明標準形成對競爭

[24] Walter L. Rice, *Trial Technique in Antitrust Cases*, 7 Law and Contemporary Problems 138 (1940).

[25] *Koon Wing Yee v Insider Dealing Tribunal* (2008) 11 HKCFAR 170.

[26] *Competition Commission v W. Hing Construction Company Ltd and Others* [2021] HKCA 877.

[27] Stephen Crosswell, *Competition Law: An Exception to Human Rights?*, 52 Hong Kong Law Journal 513 (2022).

法限度的隱形制約。<sup>[28]</sup>

### （二）罰款認定

競爭法最大的威懾力在其罰款力度，《條例》跟隨歐盟規定審裁處可判處的罰款金額，可達每個業務實體在違反《條例》的每一年度營業額的 10%，最多可達 3 年，但營業額的計算限於本地營業額，低於歐盟以全球營業額為基數的做法。在罰款的具體計算上，法院的判決傾向於尊重竟委會的執法自主權。在 *Competition Commission v W Hing (No.3)* 案中，竟委會會主張參照歐盟和英國的“結構式四步法”，即通過基礎金額設定、加重及減輕因素調整、應用法定上限、支付能力評估的系統化流程確定罰款。被告方則提出應採用澳大利亞的“整體裁量模式”，主張賦予裁判者更大自由裁量權以靈活平衡個案特徵。最終審裁處認可了竟委會提供了方案，認為結構化方法計算的罰款數額過程透明，具有最佳的威懾效果。上訴法院在該案的上訴審中同樣支持了竟委會對罰款折扣的主張，法院推翻審裁處以“參與程度有限”“未追償分包商”等為由作出的 1/3 罰款折減，強調罰款應基於違法行為整體嚴重性，而非個體參與度，且競爭委員會無需起訴經濟實體所有成員即可主張全額罰款，最終恢復涉事企業全額罰金。<sup>[29]</sup> 在另一些案件中，<sup>[30]</sup> 審裁處在針對合併程序、處罰一致性、保密義務及證據披露的爭議上也傾向於保護被告的程序權益，包括傾向於分案處理責任與處罰，強調程序合規性及透明度，並支持被告獲取影響其抗辯的關鍵信息等。<sup>[31]</sup>

### （三）法律解釋

在立法過程中，政府為緩解中小企業對法律嚴苛性的擔憂，同時考慮香港中小經濟體集中度絕對數值要求可能偏低的現實，《條例》在“嚴重反競爭行為”做了擴大化的表述。所謂“嚴重反競爭行為”覆蓋橫向和縱向的四類行為：價格固定、限制產量、市場分配和投標串通，這一立法態度更偏向於歐盟的原則禁止立場而偏離美國 *Leegin* 案以來確立的合理原則立場。<sup>[32]</sup> 而“相當程度的市場權力”這一用於在解釋空間上也大於歐盟法上的“市場支配地位”，可能覆蓋市場份額較小的企業。從執法態勢上看，目前競爭會層面對縱向限制和第二行為守則均採取了較為審慎的態度。竟委會近十年的執法實踐顯示，竟委會在執法政策上優先調查橫向協議，並將寬大處理限於此類行為。<sup>[33]</sup> 截至目前，香港竟委會提出的轉售價格維持案件只有一例，<sup>[34]</sup> 在相關新聞稿中，香港竟委會強調操控轉售價格可能在某些情況下具有反競爭效果。<sup>[35]</sup> 換言之，竟委會並未禁止所有的操控轉售價格的安排，而是認可了某些有利於消費者的操控轉售價格的安排是有利於競爭的。因此，在確定操控轉售價格的安排是否違法時，竟委會將會考慮其對競爭和消費者的影響。這一表態顯示竟委會在轉售價格維持上持類似合理原則的立場，再次顯示執法機構的審慎態度。

《條例》第二行為守則規制濫用市場勢力，其制度設計具有顯著的地域特性與執法實踐特點。基於小型經濟體市場集中效應的考量，條例對“相當程度市場權勢”的認定未設定具體市場份額門檻，而側重分析企業行為對市場競爭的實際壓制效果，這與其他司法管轄區相比為執法機關預留了更大的解釋空間。竟委會在《第二行為守則指引》中明確列舉禁止的排他性濫用行為，包括掠奪性定價、搭售、拒絕交易等旨在排除競爭對手的實踐，但未涵蓋剝削性濫用行為如壟斷高價和差別定

[28] *Competition Commission v Nutanix Hong Kong Ltd and Others* [2018] HKCT 1.

[29] *Competition Commission v W Hing Construction Co Ltd and Others* [2022] HKCA 786.

[30] *Competition Commission v MULTISOFT LIMITED*, CTEA 2/2023 [2023] HKCT 9.

[31] *Competition Commission v ATAL*, CTEA 1/2023 [2024] HKCT 2.

[32] *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

[33] *Sinchit Lai, Defining and Regulating Hardcore Cartels in Hong Kong: Agency Reconciling the Divergence Between Legislators and International Standard*, 20 University of Pennsylvania Journal of Business Law 933 (2018).

[34] *Competition Commission v. The Tien Chu (Hong Kong) Company Limited*, CTEA3/2022.

[35] *Comms Auth. & Competition Comm'n, H.K., Guideline on the First Conduct Rule* (July 27, 2015) (H.K.).

價, <sup>[36]</sup>反映出執法重點集中於維護市場准入而非直接干預定價自主權。<sup>[37]</sup>截至當前, 競委會僅提起一宗第二行為守則訴訟, 即 2020 年針對某醫療氣體供應商的指控。在該案中, 被告公司在 2015 至 2018 年間利用其在醫用氣體供應市場的支配地位, 通過無理斷供及強加不合理交易條款, 阻礙唯一潛在競爭者參與公立醫院氣體管道系統維護服務的市場競爭。然而, 此案因競委會的程序缺陷包括證據開示申請未明確檔範圍遭競爭法院駁回, 目前尚在處理之中。<sup>[38]</sup>

在《條例》的框架下, 私人訴訟受限, 僅允許先有執法機構裁決的後續訴訟, 但實踐中迄今為止並未出現獨立的私人訴訟。但美亞柴油案中, 審裁處認定訴訟當事人可以提出違反競爭法作為民事訴訟的抗辯<sup>[39]</sup>。競爭法庭確認了關於平行行為在何等情形下會違反第一行為守則的法律原則, 並引述了兩宗歐盟判例以支持該觀點。<sup>[40]</sup>競爭法院同時還譴責美亞在檔披露後仍堅持抗辯, 要求其承擔被訴物件額外兩年訴訟成本。

### (三) 非司法工具

競委會也在《條例》框架下適用非司法執法工具來解決不涉及核心卡特爾行為的調查, 包括侵權通知與承諾制度、集體豁免等配套機制, 並在實施中展現出審慎平衡執法與商業自由的特點。競委會在調查後若認定存在違法行為, 可向涉事方發出通知, 要求其承諾整改如停止特定行為、建立合規計劃等, 若接受則免於訴訟。首例侵權通知應用於軟件供應商 Nintex 及其分銷商, 要求其承認違規並實施合規計劃, 但未涉及罰款<sup>[41]</sup>。

截至 2024 年底, 競委會完成五項承諾個案, 覆蓋網上外賣平台、私家車保用、香港海港聯盟, 網上旅行社、旅遊景點門票及試算表招標市場。在最最新的網上外賣平台個案中, 競委會調查了香港兩大領先外賣平台 Foodpanda 和戶戶送實施的獨家合作、價格限制和搭售行為。最終競委會接受兩家公司的承諾, 包括 Foodpanda 和戶戶承諾刪除獨家合作、價格限制、搭售條款, 允許餐廳與非獨家平台合作, 但兩個公司仍可與合作餐廳簽訂獨家合作協議並提供更低的傭金費率, 但與“低市場份額平台”的合作將不受獨家合作條款的約束。此外, 如果 Foodpanda 或戶戶送的市場份額下降到 30% 以下, 它們將不受其所作出的承諾約束。<sup>[42]</sup>該案在事實上非常接近美團“二選一”濫用市場支配地位案,<sup>[43]</sup>但香港競委會並未做出處罰, 同時在承諾要求上更為關注預留商業自由安排的空間。總體而言, 與歐盟或內地的類似和解制度相比, 香港的通知承諾機制不要求和解企業支付罰款。且香港無強制認罪要求, 導致後續私人訴訟權利受限。總體而言, 香港侵權通知制度因缺乏經濟處罰和強制認罪要求, 對嚴重反競爭行為的威懾力低於其他法域。<sup>[44]</sup>《條例》也引入了集體豁免以平衡競爭規制與商業需要, 目前處理的集體豁免僅有一例, 即船舶共享協議集體豁免。2022 年, 競委會決定將 2017 年船舶共享協議集體豁免命令續期 4 年。競委會考慮續期維持法律確定性,

[36] Jae Woon Lee & Yiu Yeung Tong, *Enforceability of Excessive Pricing Rules under Hong Kong Competition Law*, 52 Hong Kong Law Journal 977 (2022).

[37] Comms Auth. & Competition Comm'n, H.K., Guideline on the Second Conduct Rule (July 27, 2015) (H.K.).

[38] Competition Commission v. LINDE HKO LTD AND OTHERS , [2021] HKCT 3.

[39] Taching Petroleum Company Limited v Meyer Aluminium Limited (unreported, CTA 1/2018 & CTA 2/2018, [2021] HKCT 2, 12.10.2021), Taching Petroleum Company Limited v Meyer Aluminum Limited (unreported, HCA 1929/2017 & HCA 1069/2018, [2021] HKCFI 3028, 12.10.2021)

[40] Case C-89/85 Alhstrom Osakeyhtio v Commission of the EU [1993] ECR I-1307 (Wood Pulp II), Case T-442/08, CISAC v European Commission, EU:T:2013:188.

[41] Competition Commission v. Quantr Limited and Cheung Man Kit [2020] HKCT 10.

[42] 競委會: 《就競爭事務委員會接受網上外賣平台個案中的承諾發出的通知》(EC/03JJ)。

[43] 美團在中國境內網絡餐飲外賣平台服務市場壟斷案, 國家市場監督管理總局〔2021〕74 號行政處罰決定書。

[44] Sinchit Lai, *The Infringement Notice System under Hong Kong's Competition Law: Using the EU as a Benchmark*, 40 Journal of Law and Commerce 127 (Fall 2021).

支持香港港口競爭力，與其他司法管轄區如歐盟、新加坡豁免政策一致。<sup>[45]</sup> 競委會對上述競爭法配套機制的使用總體反映出審慎執法的態度。

#### （四）合併審查

在合併審查方面，通訊事務管理局（以下簡稱“通訊局”）與競委會依據《競爭條例》對電訊及廣播行業行使共享管轄權，並通過《諒解備忘錄》協調職能分工。涉及該領域的案件通常由通訊局主導，負責行使調查權及執行措施，而競委會則側重於其他行業。自《條例》生效以來，通訊局以非正式接觸替代正式調查程序，正式處理的案件僅有一起，即2018年香港寬頻（HKBN）收購WTT Holdings案。<sup>[46]</sup> 通訊局接受企業提出的兩項行為承諾開放樓宇設施接入、維持現有批發條款兩年，但並未啟動調查。對於其他領域如2019年集裝箱碼頭聯盟案需依賴競委會《第一行為守則》間接規制。在制度審查方面，政府原承諾於條例生效三年後（2018年）評估其適用範圍，但2020年商務及經濟發展局（CEDB）僅聚焦法定機構適用性，明確排除將合併規則擴展至其他經濟領域，與競委會形成分歧。未來改革方向取決於立法會對條例修訂的審議進展。

### 四、香港競爭法實施的錯誤成本分析及擴展方向

在描述香港競爭法實施的實踐特徵後，關鍵問題轉向如何評估當前干預邊界的合理性。這一命題本質上是如何平衡市場自我修復與公權力干預的邊界。伊斯特布魯克法官于1980年提出的錯誤理論框架為該問題奠定了基於成本的分析基礎，其核心邏輯在於通過比較市場與司法機構的糾錯成本確定反壟斷限度。<sup>[47]</sup> 該理論框架認為市場在消除壟斷行為上比司法機構更優，因市場錯誤，亦即II類錯誤未糾正壟斷，可通過競爭逐步修正，而司法錯誤，亦即I類錯誤誤判促競爭行為，具有不可逆且擴散的負面效應，由於II類錯誤代價更高，故主張機構應避免過度干預如誤判良性競爭行為，將因遵循先例原則產生不可逆且廣泛擴散的負面效應，因此應當優先抑制過度干預。<sup>[48]</sup> 然而，多年來該理論飽受質疑，包括其假設市場具有充分自我淨化能力，忽視網絡效應、准入壁壘等現實因素對壟斷持續性的強化作用；簡化兩類錯誤的成本比較，低估II類錯誤導致的長期消費者福利損失及市場結構固化風險；忽略司法系統通過判例迭代逐步優化規則的能力，例如漸進式法律解釋可縮小錯誤裁決的擴散範圍等。<sup>[49]</sup> 總體而言，司法錯誤因其可見性更易被識別與修正，而隱性市場錯誤可能長期積累系統性風險，故反壟斷政策需基於動態實證分析，在干預尺度上保持靈活校準。<sup>[50]</sup> 儘管伊斯特布魯克框架存在理想化缺陷，但其突破性價值在於將反壟斷討論從意識形態對抗轉向成本維度的實證比較，為政策制定提供了超越政治立場的評估工具。本文將參考伊斯特布魯克的寬泛框架即“壟斷危害/司法錯誤”論證香港競爭法當前限度是否恰當。

[45] 競委會：《將2017年競爭事務（船舶共享協議集體豁免）命令更改（續期）的決定更改通知》（BE/0004）。

[46] Commitments given by Hong Kong Broadband Network Limited, HKBN Enterprise Solutions Limited and WTT HK Limited to the Communications Authority pursuant to section 60 of the Competition Ordinance (Cap. 619) (Feb. 13, 2019) (H.K.)

[47] Frank H. Easterbrook, *Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks*, 76 The Georgetown Law Journal 305, 320 (1987)

[48] F. M. Scherer, *Conservative Economics and Antitrust: A Variety of Influences*, in Robert Pitofsky ed., *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, 2008.

[49] Michelle M. Burtis, Jonah B. Gelbach & Bruce H. Kobayashi, *Error Costs, Legal Standards of Proof, and Statistical Significance*, 25 Supreme Court Economic Review 1 (2017).

[50] Jonathan B. Baker, *Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, 80 Antitrust Law Journal 1, 19-20 (2015).

### （一）壟斷危害

評估香港市場是否存在壟斷危害相對困難，其核心挑戰在於壟斷行為識別受限於多重因素。但一些官方數據和信息仍為瞭解香港市場的整體態勢提供了一定程度的參考。

其一是香港行業集中度數據顯示特定行業存在集中度較高的形態，而高集中度無疑指向壟斷的高風險性。香港政府統計處自 2014 年起定期發佈五大核心行業，包括工業、建築與地產業、進出口貿易、批發零售及住宿餐飲、運輸倉儲及快遞、金融保險及專業服務，的競爭狀態報告，採用行業集中率（CR）與赫芬達爾 - 赫希曼指數（HHI）兩大國際通用指標衡量市場結構。2024 年的最新數據顯示，航空運輸及水上運輸業 HHI 值已達到美國《橫向合併指南》<sup>[51]</sup> 定義的“高寡占 I 型”市場標準，即單一企業主導且新進入者面臨極高壁壘；金屬製造、人壽保險等細分領域則屬於“高寡占 II 型”，表明少數頭部企業控制多數市場份額；快餐與快遞行業呈現“低寡占 I 型”特徵，顯示中等競爭水準但存在局部壟斷風險。<sup>[52]</sup> 值得注意的是，旅行代理、投資及控股等領域的集中度近年顯著攀升，暗示競爭動態加速演變。儘管統計報告明確警示行業集中度無法直接等同於市場競爭強度，例如高集中度可能源於規模經濟或技術壁壘等合理因素，但其量化結果為識別潛在壟斷風險提供了重要參照。

二是《條例》施行以來的投訴數量。從競委會的投訴數據來看，反競爭行為投訴的數量趨勢與類型分佈可為評估本地市場壟斷風險提供參照。截至 2020 年 11 月底，競委會累計接收的 4,600 余宗投訴及查詢，行業覆蓋面廣且問題類型集中，其中約 55% 涉及“禁止反競爭協議”，超過 17% 指向“禁止濫用相當程度市場權勢”，兩類投訴合計占比超七成，<sup>[53]</sup> 凸顯反競爭行為的結構性特徵。縱向觀察 2021-2023 年投訴量變化，違法競爭法案件數從 235 件（2021 年）、261 件（2022 年）攀升至 320 件（2023 年），年均增長率達 16.7%，<sup>[54]</sup> 反映市場主體對壟斷風險的感知與舉報意願顯著增強。儘管單一投訴數據無法直接等同於壟斷危害的嚴重性，但投訴規模擴大、類型集中與持續增長趨勢的結合，足以構成香港市場存在一定壟斷危害的間接證據，並提示監管機構需關注重點行業的競爭健康度。

三是香港經濟體的財團主導型結構客觀上加劇了市場集中風險。少數財團通過交叉持股、關聯交易及垂直整合，控制房地產、港口、零售、能源、公用事業等關鍵行業。以港口業為例，作為全球十大集裝箱港之一的葵湧 - 青衣貨櫃碼頭群，其 9 個泊位由五家運營商分控，其中長江和記實業通過旗下公司掌控三家，九龍倉集團間接控制現代貨箱碼頭，剩餘一家為外資企業。進一步觀察發現，上述財團不僅主導香港本地港口運營，更通過控股珠三角如鹽田港、韓國釜山港等區域樞紐形成跨境壟斷網絡，這種跨司法管轄區的市場控制力遠超小型經濟體範疇。尤其值得注意的是，香港作為國際航運中心及中國內地對外貿易核心中轉站，其經濟規模與戰略地位超越了普通小經濟體的範圍。因此，針對財團通過股權交叉、關聯交易形成的隱性壟斷聯盟，需要構建匹配其全球化運營特徵的監管框架，避免市場集中度攀升損害香港作為自由港的競爭中立性。

### （二）司法錯誤

香港競爭法實施呈現高度司法化特徵，其核心邏輯在於通過司法程序防範“I 形錯誤”，即誤

[51] U.S. Dep’t of Just. & Fed. Trade Comm’n, Merger Guidelines (2023).

[52] 香港特別行政區政府統計處：《行業集中度統計數字》，載《香港統計月刊》，2024年9月，第3-13頁，[https://www.censtatd.gov.hk/en/data/stat\\_report/product/FA100084/att/B72409FB2024XXXXB0100.pdf](https://www.censtatd.gov.hk/en/data/stat_report/product/FA100084/att/B72409FB2024XXXXB0100.pdf).

[53] 競委會：《常見問題》，2020年，第8點，載香港競委會官網，[https://www.comppcomm.hk/sc/media/press/files/SC\\_SCR\\_QA\\_Final.pdf](https://www.comppcomm.hk/sc/media/press/files/SC_SCR_QA_Final.pdf).

[54] 競委會：《競爭事務委員會2023-2024年年報》，2024年，第32頁，載香港競委會官網，[https://www.comppcomm.hk/en/media/reports\\_publications/files/2023\\_24\\_HKCC\\_Annual\\_Report.pdf](https://www.comppcomm.hk/en/media/reports_publications/files/2023_24_HKCC_Annual_Report.pdf).

判合法行為為違法導致過度干預市場。具體表現為：（1）司法審查前置：任何針對反壟斷被告的補救措施須經法院批准，法官裁量時優先考量事實證據的完整性與法律適用的邏輯自治，而非政策導向的產業平衡。（2）嚴格證明標準：法院對經濟處罰適用排除合理懷疑的刑事證據標準，顯著高於歐盟、新加坡等多數法域的民事證據規則。（3）法律解釋限縮。雖參考歐盟判例，但在轉售價格維持上偏向合理原則而非本身違法原則，對濫用相對市場權勢行為明確排除如不公平高價“剝削性濫用”的適用空間。（4）在承諾制、集體豁免等輔助工具中嚴格限定適用範圍，為企業商業自主權預留空間。上述特徵使得香港競爭法司法錯誤的發生概率偏低。

從案件處理規模與執法效能的對比來看，香港競爭執法的低干預特徵更為顯著。數據顯示，2015-2024年間香港競委會僅發起15起訴訟，審裁處作出6起勝訴裁決，年均處理不足1起案件。且缺乏對重大並購如國泰航空收購香港快運、貝萊德收購長實旗下港口等重大並購的事前審查權。反觀同屬自由經濟體的新加坡，其競爭執法呈現高強度、廣覆蓋特徵。新加坡競爭與消費者委員會（CCCS）2023年處理48起競爭案件，近20年累計發佈19項侵權決定並處罰超8630萬新元，2024年3月該機構以承諾維持運力為前提有條件批准新航與印度航空合併，並對Grab擬收購Foodpanda東南亞業務啟動臨時措施指令以強制維持市場開放。<sup>[55]</sup>相較之下，香港對同類交易僅能依賴承諾機制和事後調查。

### （三）壟斷危害和司法錯誤比較

從上述分析看，香港市場存在的壟斷風險與競爭執法的保守傾向之間呈現出結構性不匹配。儘管現有數據難以精確量化壟斷危害，但競爭法規則的文本局限疊加司法和執法程序的高度審慎實施，導致競爭干預力度顯著滯後于市場集中幅度及投訴數量，兩者間的非對稱性凸顯《條例》的規制邊界有待拓展。反壟斷法的限制並非教條化原則，而是實用主義工具，其邊界需與制度環境、經濟結構及技術變革相匹配，避免陷入“自由或干預”的意識形態對立。2012年《條例》作為多方利益妥協產物，即政府平衡商界遊說與消費者權益訴求的階段性方案，在應對香港既有壟斷問題上顯露制度不足。對此，可通過漸進式改進提升競爭規制的有效性。

### （四）香港競爭法局限性的擴展方向

基於前述對香港競爭法現狀與實施難題的分析，未來法律改革可優先針對競爭法在並購和私人訴訟方面的局限性進行改進，在擴展規制範圍的同時，盡可能維護市場自主性與交易確定性。具體建議如下：

第一、針對高集中度行業擴展合併控制的覆蓋範圍，引入有限度的自願申報機制。在港口、能源、電信、超市零售等市場結構高度集中的領域，建立一套帶有明確觸發門檻的自願並購審查機制。其核心設計為法律並不普遍強制事前申報，而是設定客觀的申報標準，由交易雙方自行評估是否達到門檻並決定是否申報。這一機制可參考英國的經驗，即交易方沒有法定義務必須在完成交易前通知競爭當局或等待批准，但執法機構保留在交易完成後一定期限內啟動審查並採取補救措施的權力。自願申報機制可吉利涉及潛在競爭問題的交易方因存在這種事後被審查的不確定性與代價，主動選擇自願申報，以換取法律確定性。這種有限干預模式契合香港競爭法低干預定位，既避免了對絕大多數普通交易的過度規管，又能有效控制財團跨境並購、扼殺式並購及平台生態型壟斷等高風險交易，在尊重市場自主決策與防範系統性競爭損害之間實現較好的平衡。

第二、在侵權通知與承諾機制中引入和解罰款條款，打通私人訴訟通道。目前企業接受競委

[55] Competition and Consumer Commission of Singapore, Championing Fair Markets, Empowering Consumers Annual Report 2023-2024, 2024, p.14-15, at <https://isomer-user-content-by.gov.sg/45/00ac9f26-9d5d-4e52-9393-6e2acc88c23d/CCCSFull%20AR%20FY2324%20PDFA.pdf>.

會承諾決定只需停止違法行為並整改，無需支付任何罰款，導致違法成本嚴重外部化。私人民事訴訟雖在理論上存在，但因舉證難度高、成本巨大，至今未出現一起成功賠償案例，相關條款形同虛設。可借鑒歐盟、英國、澳大利亞等地的和解罰款做法，要求企業在作出承諾的同時繳納一定比例的行政和解金，作為承諾生效的前提條件。其中一部分和解金可注入專門設立的“競爭損害賠償基金”，用於資助受損企業或消費者的舉證、專家費用與訴訟支出；更關鍵的是，只有在企業完成和解金繳納後，受害方才可憑競委會的侵權認定檔及和解協議，直接向法院提起簡化的私人損害賠償訴訟，從而真正啟動私人執行機制。

第三、對於目前法例中“嚴重反競爭行為”、“相當程度的市場權力”等核心概念定義較為模糊的問題，不宜急於通過修法一次性補足，而應在上述兩項制度通道啟動後，能夠使更多案件進入執法與司法程序，依託香港普通法傳統，由法院通過個案裁判逐步澄清與發展。香港法院在解釋成文法、提煉判例原則方面積累了豐富經驗與高度專業能力。通過案件的審理，法官可結合經濟分析、行業特性與國際慣例，逐步明確市場權勢的認定標準、實質性削弱競爭效果的評估框架等關鍵問題，最終形成更具可操作性、可預見性的當地語系化競爭法分析方法。

上述改革方向既具較強的針對性與可操作性，又能在強化競爭執法威懾、補齊私人救濟短板的同時，最大程度減少對正常商業活動的干擾，可以在下一輪《競爭條例》修訂中重點考慮。

## 五、結語

全球競爭法的發展呈現表層趨同與內核分化並存的複雜圖景。各國雖在禁止卡特爾、規制濫用支配地位等核心規則上高度近似，但在執法強度、舉證標準、產業豁免等實施機制卻因體系安排、法律形式及規制文化差異而大相徑庭。這種“形似神異”的根源在於反壟斷法本質是“事實密集型”工具，<sup>[56]</sup>其功能邊界的劃定必須符合本土市場結構、治理傳統與產業升級需求。考察香港實踐，《條例》的頒佈雖填補了法制空白，但其司法化主導模式下的執法局限與區域經濟中的壟斷問題形成一定程度的脫節。儘管《條例》實施初期需兼顧法律權威與市場適應，但在總結十年實施經驗的基礎上，香港需通過規則邊界擴展加強競爭治理的敏捷性，使制度威懾力與壟斷形態的複雜化保持同步，以維護香港市場競爭的公平性，保護香港消費者的利益。

[56] Herbert J. Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 130 Yale Law Journal 1952 (2021).

**Abstract:** Compared to other jurisdictions, Hong Kong's Competition Ordinance exhibits significant institutional limitations, including merger rules applicable only to the telecommunications sector, the absence of private litigation rights, and ambiguities in defining key provisions. Over the past decade, its judicially-driven enforcement model has demonstrated cautious characteristics: cases predominantly target hardcore cartels, penalties are calculated based on local turnover under the criminal evidence standard of "proof beyond reasonable doubt," and remedial mechanisms prioritize preserving corporate autonomy. However, analysis through the error-cost theoretical framework reveals an institutional tension between systemic monopoly risks and the enforcement regime's conservative design. Rising industry concentration and the growing volume of competition-related complaints indicate that current rules lag behind market realities. As a pragmatic policy tool, the boundaries of competition law must dynamically align with Hong Kong's institutional environment and economic structure. The 2012 Ordinance, as a transitional compromise balancing business interests and consumer rights, requires incremental reforms to address its limitations. Priority directions include expanding voluntary merger control mechanisms to high-concentration industries and activating private litigation channels through embedded settlement penalties.

**Key words:** Competition Ordinance; Limitation; Error Cost; Expansion

---

(責任編輯：馬志遠)

# 內地與澳門犯罪收益沒收比較研究

何永福\*

**摘要** 完全剝奪犯罪收益是犯罪治理現代化的重要一環。因沒收制度功能相同，從犯罪收益沒收的規範模式、性質、標準及第三人沒收制度等方面對內地與澳門犯罪收益沒收實體法的立法現狀、理論研究及實踐運作進行比較分析，檢視內地與澳門犯罪收益沒收制度的相關缺失，進而提出相應的完善對策。

**關鍵詞** 犯罪收益 沒收 規範模式 性質 标准

自《粵港澳大灣區發展規劃綱要》實施以來，粵港澳積極構建內外高效聯通的大灣區現代化基礎設施體系，大力推進規則機制的銜接對接工作，“經濟社會呈現全面融合發展的態勢，成為我國開放程度最高、經濟活力最強的區域之一”。<sup>[1]</sup>“面對刑事犯罪漸趨複雜化、跨境化、智慧化、非接觸化的新形勢、新情況、新特點”<sup>[2]</sup>，如何有效防範打擊各種犯罪（特別是跨境犯罪），是關係維護粵港澳大灣區的融合發展新態勢及社會安全穩定的重大問題。剝奪犯罪行為人通過犯罪行為（特別是經濟犯罪行為）所獲得的收益，直接宣示犯罪不值得的價值理念，對打擊預防粵港澳大灣區犯罪具有重要意義。基於內地與我國澳門特別行政區（以下簡稱澳門）犯罪收益的沒收制度不同，本文擬從制度和實際運作等方面對內地、澳門的犯罪收益沒收制度進行深入分析，總結異同，檢視沒收制度的相關缺失，進而提出相應的完善對策，以期為促進立法和司法的完善及粵澳制定犯罪收益沒收協作機制提供參考。

## 一、犯罪收益沒收規範模式比較

### （一）內地犯罪收益沒收規範模式

內地主要通過《中華人民共和國刑法》（以下簡稱《刑法》）、司法解釋和司法文件等方式對犯罪收益沒收進行規範。內地現行的1997年《刑法》第64條<sup>[3]</sup>只概括規定刑事定罪沒收制度，明

\* 何永福，廣東省珠海市人民檢察院檢察官，法學博士。

[1] 毛艷華：《粵港澳大灣區融合發展新形勢與推進路徑》，載《人民論壇》2024年第24期，第42頁。

[2] 富子梅：《粵港澳警方刑偵主管第27次工作會晤在澳門舉行》，載人民網2024年05月22日，<http://hm.people.com.cn/n1/2024/0522/c42272-40241363.html>。

[3] 內地《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

確犯罪收益為違法所得、違禁品及供犯罪所用的犯罪分子財產，沒收類型分為針對違法所得的追繳或者責令退賠、針對違禁品及供犯罪所用的犯罪分子財產的沒收。

隨後通過司法解釋、司法文件等方式，對犯罪收益的範圍、沒收類型適用條件、犯罪工具認定標準及沒收第三人犯罪收益條件等做出進一步規定。

1. 進一步明確違法所得的範圍。不僅將直接違法所得投資或置業所獲的相關財產及收益界為違法所得<sup>[4]</sup>，還將違法所得界分為直接違法所得、間接違法所得及兩者的收益、違法所得的替代資產及其收益<sup>[5]</sup>。在個別單行法中，明確擴大沒收的違法所得範圍包括等值財產和他案的違法所得。<sup>[6]</sup>

2. 確定違法所得沒收類型的適用條件。將追繳的適用條件明確為存在直接違法所得，將責令退賠的適用條件明確為直接違法所得滅失。<sup>[7]</sup>

3. 明確犯罪工具的認定標準。以專門標準作為認定犯罪工具的標準，如將專門用於非法採挖海砂犯罪且為犯罪分子所有或實際控制的船舶、機具等認定為犯罪工具。<sup>[8]</sup>

4. 明確沒收第三人犯罪收益的條件。不沒收第三人善意取得的涉案財物，但在第三人明知其取得財物是犯罪收益、無償或明顯低價取得犯罪收益等情形時應沒收第三人所取得的犯罪收益。<sup>[9]</sup>

## （二）澳門犯罪收益沒收規範模式

澳門《刑法典》第8章第101-104條明確規定與犯罪有關之物或權利之喪失制度，即犯罪收益沒收制度。

1. 明確規定沒收犯罪工具、犯罪產物。澳門《刑法典》第101條規定犯罪工具和犯罪產物的沒收。犯罪工具為“用於或準備用於實施刑事上具有重要性的事實的物件（有形物），而非在該實行行為中會被或可被消耗或滅失之物（例如：殺人的武器、盜竊中的假鎖匙、綁架或強姦用的車輛、製造偽品的機器等）”，犯罪產物為“在實施犯罪的過程中所產生或衍生之物（有形物），例如：非法生產的貨幣或偽造的文件”。<sup>[10]</sup>根據澳門《刑法典》第101條第1款的規定，在犯罪工具或犯罪產物有可能對人身安全、公共道德或公共秩序構成危險的或基於案件的情節極可能存在再用作符合罪狀的不法事實的危險時，應宣告沒收犯罪工具或犯罪產物歸澳門所有。

2. 明確規定沒收屬於第三人的犯罪工具或犯罪產物。根據澳門《刑法典》第102條規定，若物件屬於第三人時，且該第三人“曾以可譴責之方式共同參與使用或產生該等物件，或曾自事實中獲取利益，又或物件系在事實作出後以任何方式被取得，而取得者知悉其來源者”時，應沒收屬於該第三人的犯罪工具或犯罪產物。

3. 明確規定沒收犯罪所得。澳門《刑法典》第103條將犯罪所得界為物、權利或利益。“物、權利或其他本義上的利益是指在實施符合罪狀的不法事即時所獲得的好處，即一切自不法事實所取得及直接源自不法事實（例如：偷來的圖書或金錢）或間接源自不法事實者（例如：利用盜取回來的黃金所鑄造的物品、利用犯罪所得的金錢所購買的物品）”。<sup>[11]</sup>第103條對犯罪所得的規定雖然“沒有與第101條第2款相同或類似的表述，但考慮到兩種喪失措施的性質、目的和功能，在就不

產，應當及時返還；違禁品和供犯罪所用的本人財產，應當予以沒收”。

[4] 參見2014年最高人民法院《關於刑事裁判涉財產部分執行的若干規定》第10條。

[5] 參見同上註、2021年最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國刑事訴訟法〉的解釋》第443條。

[6] 參見2021年《中華人民共和國反有組織犯罪法》第45條。

[7] 如1999年《全國法院維護農村穩定刑事審判工作座談會紀要》三（五）中規定“如贓款贓物尚在的，應一律追繳；已被用掉、毀壞或揮霍的，應責令退賠”。

[8] 參見2023年最高人民法院、最高人民檢察院、中國海警局《依法打擊涉海砂違法犯罪座談會紀要》第10條。

[9] 如2011年最高人民法院、最高人民檢察院《關於辦理詐騙刑事案件具體應用法律問題的解釋》第10條。

[10] Manuel Leal-Henriques: 《澳門刑法培訓教程》（第二版），盧映霞譯，法律及司法培訓中心2012年版，第274頁。

[11] 同上註，第278頁。

法利益的喪失作出決定時，也不應以行為人受到法律制裁為必要前提。”<sup>[12]</sup>

4. 明確規定應根據犯罪行為人的經濟、財力狀況、個人負擔等因素來確定犯罪收益的沒收數額及其遲延支付或分期支付方式。<sup>[13]</sup>

### （三）比較分析

通過以上分析，可以發現內地犯罪收益沒收主要通過司法解釋、司法文件及單行法等方式進行規範，不僅在規範體系上呈現出碎片化的特點，且存在著以“程序性規則彌補實體性規則的缺項”的特點，“缺乏系統性”<sup>[14]</sup>。如內地在《刑事訴訟法》中規定未定罪沒收程序，卻沒有在《刑法》中規定未定罪沒收制度，未能實現實體與程序一體融貫立法以確保該制度的有效運作。澳門在實體法上構建了定罪沒收和犯罪工具、犯罪產物未定罪沒收的犯罪收益沒收體系，明確將犯罪收益分為犯罪工具、犯罪產物及犯罪所得，明確沒收第三人所有犯罪工具、犯罪產物及沒收犯罪所得的替代價額等，沒收犯罪收益立法雖具有一定的系統性，但未規定擴大沒收、沒收第三人犯罪所得等制度，不夠全面、完整。未來內地與澳門均應通過實體和程序一體融貫方式構建犯罪收益沒收體系，明確犯罪收益的對象為犯罪物及犯罪所得，統一使用沒收措施剝奪犯罪收益及其替代價額，並將沒收分為定罪沒收、未定罪沒收、擴大沒收等三種類型，明確三種沒收制度適用的具體情形，明確犯罪客體是否應沒收及沒收範圍。

## 二、犯罪收益沒收性質比較分析

犯罪收益沒收的性質不僅決定沒收的正當性和效用性，還在一定程度上決定著刑事制裁體系的完整性、系統性<sup>[15]</sup>，因此，對內地與澳門犯罪收益的性質進行比較分析就具有十分重要的意義。

### （一）內地犯罪收益沒收的性質

雖內地《刑法》第一編第四章第一節量刑第64條規定犯罪收益沒收制度，但因主要面向犯罪行為人刑罰制裁的量刑與主要面向阻絕犯罪和剝奪犯罪收益的沒收存在著明顯區別，無法僅憑犯罪收益沒收規定量刑一節中就能得出犯罪收益沒收的性質。

內地對《刑法》第64條規定的犯罪收益沒收的性質尚未形成一致意見。第一種觀點為保安處分說，該說認為內地《刑法》第64條規定的涉案財物處置措施性質為對物的保安處分。<sup>[16]</sup>第二種觀點為刑罰說，該說基於犯罪收益沒收具有懲罰性而認定其性質為刑罰。<sup>[17]</sup>第三種觀點為類型區分說，該說認為不同犯罪收益的沒收具有不同的性質，如“沒收犯罪所得的性質為類似（准）不當得利之衡平措施，沒收違禁品的性質為保安處分，沒收犯罪工具和沒收犯罪組成之物的性質為刑事政策”<sup>[18]</sup>；或沒收犯罪工具性質為保安處分，其目的是預防犯罪工具被再次用於實施刑事違法行為<sup>[19]</sup>，沒收違法所得的性質為“一種類似於民法不當得利返還的‘准不當得利之衡平措施’”<sup>[20]</sup>。第四種觀點為強制處理方法說，該說認為沒收“兼具刑罰、保安處分、恢復原狀等多種性質”，僅

[12] 澳門特別行政區終審法院第108/2023號案裁判書。

[13] 參見澳門特別行政區《刑法典》第104條。

[14] 畢清輝：《刑事涉案財物沒收研究》，吉林大學2023年博士學位論文，第49-50頁。

[15] 參見屈舒陽：《刑事沒收制度研究——以台灣地區沒收新制為鏡鑒》，廈門大學2018年博士學位論文，第71頁。

[16] 參見張明楷：《刑法學（上）》（第6版），法律出版社2021年版，第818、824-827頁。

[17] 參見楊彩霞：《沒收財產刑的困境與出路》，載《華東政法大學學報》2001年第4期，第52頁。

[18] 何永福：《刑事訴訟涉案財物處置程序研究》，社會科學文獻出版社2020年版，第85頁。

[19] 參見馮文傑：《比例原則視野下犯罪工具沒收的實質解釋》，載《法學家》2022年第2期，第163頁。

[20] 金焱：《違法所得沒收的理論反思與價值重塑——以黑社會性質組織犯罪為中心展開》，載《東北大學學報（社會科學版）》第3期，第90頁。

用一種性質難以全面、確切地界定沒收的性質，應將沒收界定為一種強制處理方法。<sup>[21]</sup>

### （二）澳門犯罪收益沒收的性質

1. 明確犯罪工具、犯罪產物的沒收性質為類似保安處分的措施。根據澳門《刑法典》第101條第2款規定，沒收犯罪工具或犯罪產物無需以特定人被判決有罪為前提，僅需要“證明一項符合罪狀的不法事實”且其目的“完全是預防性的”，為一種不具有刑事“性質的法律後果”<sup>[22]</sup>，“既不體現為附加刑，也不體現為犯罪或判罪的效力”，為“與保安處分性質類似之處罰措施”<sup>[23]</sup>。

2. 明確犯罪所得沒收的性質為恢復符合法律上的財產秩序的措施。沒收通過“不法途徑所取得的利益”為“刑事制裁及實施符合罪狀的不法事實的直接後果”<sup>[24]</sup>，“由實施一項符合罪狀的不法事實而產生的收益被撤銷，並恢復符合法律上的財產秩序”<sup>[25]</sup>。“關於來源於犯罪的利益，一般認為，該等利益的宣告喪失，是一項‘主要功能（甚至可以說是唯一功能）’在於‘將從符合罪狀的不法事實中產生的任何財產利益收歸國有’的措施”。<sup>[26]</sup>“按照S.Santos和L.Henriques的說法，財產利益的喪失是一項旨在根據法律來重建經濟秩序，從而合理地剝奪不法取得之好處的措施，防止某人從違反刑事法律秩序的事實中獲得好處和利益”。<sup>[27]</sup>

### （三）比較分析

通過對比內地與澳門犯罪收益沒收性質的立法現狀、理論研究情況，可以發現內地不僅在立法未明確犯罪收益沒收的性質，且在理論上對犯罪收益沒收性質的界定也較為混亂，難以為實務提供有益的適用參考，從而導致違法所得沒收存在“泛化適用”“沒收範圍內外失衡”<sup>[28]</sup>等問題。澳門雖在立法中明確犯罪工具、犯罪產物沒收的性質，並在理論與實務上進一步明確犯罪所得沒收的性質，明確剝奪不同犯罪收益的正當性基礎，但未能準確界定犯罪物沒收的性質。

其實，基於不讓犯罪行為人從犯罪中獲利的原則，犯罪所得的沒收僅是剝奪犯罪行為人通過犯罪行為所取得的不法利益，是對因犯罪行為受到破壞的財產秩序進行導正的一種干預措施，讓財產秩序回歸到犯罪行為實施前的狀態，既非對犯罪行為人實施不法行為所施加的刑罰，也非保安處分，本質上是一種准不當得利的衡平措施。內地關於犯罪所得的刑罰說、保安處分說、強制措施說等學說均未能準確把握犯罪所得沒收的本質，不能將上述學說作為界定犯罪所得沒收性質的法理依據。澳門將犯罪所得沒收的性質界定為恢復符合法律上的財產秩序的措施，其實質與准不當得利的衡平措施相同，應進一步將澳門犯罪所得沒收的性質明確為准不當得利的衡平措施。

犯罪物沒收的性質為財產權濫用的中性干預措施。即若行為人“以犯罪方式”行使其合法財產權，則其行使財產權的方式“超出憲法保障財產權之合理限度而屬於財產權之濫用”，該合法財產

“自始不在憲法財產權的保障範圍”，因而國家沒收犯罪物具有干預財產權的正當性。<sup>[29]</sup>犯罪物沒收規範重點在於行為人通過使用特定財產達到促成犯罪成立的目的，便利於行為人實現後續法益損害，進而“有助於最終局構成要件的實現”。<sup>[30]</sup>基於特別預防的保安處分著眼于“特定行為人是否

[21] 李長坤：《刑事涉案財物處理制度研究》，華東政法大學2010年博士學位論文，第23頁。

[22] [葡]喬治·德·菲格雷多·迪亞士：《刑法總論（第二卷）：犯罪的法律後果》，翁文強譯，社會科學文獻出版社2024年版，第468-470頁。

[23] 同上註，第474-475頁。

[24] Manuel Leal-Henriques：《澳門刑法培訓教程》（第二版），盧映霞譯，法律及司法培訓中心2012年版，第279頁。

[25] [葡]喬治·德·菲格雷多·迪亞士：《刑法總論（第二卷）：犯罪的法律後果》，翁文強譯，社會科學文獻出版社2024年版，第480頁。

[26] 澳門特別行政區終審法院第108/2023號案裁判書。

[27] 同上註。

[28] 李迎寒：《刑法中違法所得的泛化適用及其糾偏》，載《財經法學》2022年第6期，第179頁。

[29] 林鈺雄：《沒收新論》，元照出版有限公司2020年版，第55頁。

[30] 許恒達：《論犯罪客體之沒收》，載《當代法律》第24期（2023年），第41頁。

透過其不法行為表現出未來的危險性”，而犯罪物的沒收系著眼於特定財產的危險性或該財產促成犯罪的事理關聯性，因而犯罪物沒收的性質並非為制裁行為人未來危險性的保安處分。<sup>[31]</sup>內地與澳門將犯罪物（包括犯罪工具）沒收的性質界定為保安處分未能準確把握犯罪物沒收的本質，難以說明其剝奪犯罪物的正當性。

未來，內地與澳可通過立法在刑法典中明確犯罪所得沒收的性質為准不當得利的衡平措施、犯罪物沒收的性質為財產權濫用的中性幹預措施，建構系統、完整的對物刑事制裁體系，合理完善內地與澳門的刑事制裁體系，並加強理論研究為實務適用犯罪收益沒收制度提供有效的理論指引，促進實務規範、正確適用犯罪收益沒收制度，切實提升內地與澳門剝奪犯罪收益的正當性、合理性，在保障財產權與打擊犯罪之間實現動態平衡。

### 三、犯罪收益沒收標準比較分析

明確的犯罪收益沒收標準有利於實務人員準確認定特定刑事涉案財物是否為犯罪收益，並基於完全剝奪犯罪所得或貫徹比例原則沒收犯罪工具等不同的沒收法理對犯罪收益的範圍或數額等作出準確界定或認定，以實現完全剝奪犯罪收益的目的。

#### （一）內地犯罪收益沒收標準

因內地《刑法》未提及犯罪收益沒收標準，理論與實務對犯罪所得、犯罪工具的認定標準未形成一致意見。下面從實踐和理論兩個方面對內地犯罪所得、犯罪工具沒收標準進行分析：

##### 1. 犯罪所得沒收標準

基於起訴書通常只在附件中提及涉案財物提請法院判決等原因，內地刑事裁判書大多只在判項中判決追繳或責令退賠犯罪所得，但未說明沒收犯罪所得的標準及依據。如在吳某走私普通貨物罪一案<sup>[32]</sup>中，一審法院僅在刑事判決書中判決沒收吳某退繳扣押在案的犯罪所得5萬元，但卻未論證吳某在本案所獲得的犯罪所得的具體數額，其退繳的5萬元是否為其走私普通貨物所獲得的全部犯罪所得數額。不能僅憑被告人主動退繳相關款項就將該款項自動認定為犯罪所得，進而加以沒收。在寧某走私普通貨物罪一案<sup>[33]</sup>中，針對被告人寧某提出其按照偵查機關要求上繳的款項不是犯罪所得的辯解，一審法院認為寧某向偵查機關上繳的款項無法被本案證據證實為寧某的犯罪所得，而將上述款項認定為寧某個人合法財產，用以執行本案罰金刑。

以走私普通貨物、物品罪犯罪所得沒收為例，在劉某等三人偽報品名報關幫助他人走私普通貨物一案中，一審法官認為走私的犯罪所得為“走私獲利或者減少的支出”，“在走私貨物、物品無法被扣押（已經被售賣、消耗、損毀等）或者不便扣押情況下，以犯罪分子走私的實際獲利數額來追繳犯罪所得”<sup>[34]</sup>。也有判決認定“走私普通貨物、物品罪中的違法所得為偷逃的應納稅費”。<sup>[35]</sup>可見，內地實務中沒收走私普通貨物罪犯罪所得的標準不一。

內地有學者認為應以直接關聯性作為沒收犯罪所得收益的標準，即只能沒收與犯罪所得具有直接關聯性的收益<sup>[36]</sup>，但卻沒有界定直接關聯性的認定要素。有實務人士認為犯罪所得的認定標準有：犯罪所得直接關聯違法行為、行為人無須具有罪責、“行為人對犯罪所得具有事實上的處

[31] 王玉全：《犯罪成本之沒收：以德國法的總額原則為借鏡》，載《月旦裁判時報》第48期（2016年），第84頁。

[32] 參見海南省第二中級人民法院刑事判決書（2024）瓊97刑初47號。

[33] 參見廣東省湛江市中級人民法院刑事判決書（2024）粵08刑初103號。

[34] 尹振國：《涉走私自洗錢行為的認定和處罰》，載《人民司法（案例）》2023年第20期，第16頁。

[35] 北京市第四中級人民法院（2020）京04刑初2號刑事判決書，轉引自李迎寒：《刑法中違法所得的泛化適用及其糾偏》，載《財經法學》2022年第6期，第186頁。

[36] 參見嚴林雅：《刑事沒收違法所得的判斷規則與法律效果》，載《公安學刊》2021年第3期，第66、69頁。

分權”。<sup>[37]</sup> 還有學者認為犯罪所得的認定要素有：“因犯罪行為而取得”“行為人獲得了財產性利益”“財產性利益的可支配性”、應限定為“犯罪所得所生之財產性利益和犯罪所得的財產性替代利益”。<sup>[38]</sup>

## 2. 犯罪工具沒收標準

前已述及內地相關司法解釋或司法文件中明確犯罪工具的認定標準為專門性標準。內地不少裁判書中僅認定相關涉案財物為犯罪工具，而未論述其認定理由和認定標準。如在寧某走私普通貨物罪一案<sup>[39]</sup>中，一審法院認定偵查機關扣押寧某所有的蘋果手機為作案工具，進而在該判決書中判決沒收該手機，但未說明認定該手機為作案工具的標準及理由。也有不少裁判書中明確以專門性標準作為沒收犯罪工具的標準。在林某非法捕撈水產品罪一案中，一審法院認定被告人林某實施犯罪行為所使用的漁船系主要用於林某家庭的日常生產經營，“不宜認定為犯罪工具，予以發還”。<sup>[40]</sup> 在郭某等人走私國家禁止進出口的貨物罪一案中，一審法院認定被扣押的用於走私凍品的貨船系“無登記，無權屬證明，且系本案所涉走私的主要犯罪工具”，進而在判決書中判決沒收該貨船。<sup>[41]</sup>

內地理論界對犯罪工具沒收標準尚未形成一致意見，有的認為以專門標準沒收犯罪工具，有的認為應從主客觀兩方面相結合來沒收犯罪工具。<sup>[42]</sup> 內地有學者認為供犯罪所用之物認定標準界為涉案財物對犯罪行為的實施起到決定性作用、犯罪行為人具有在實施犯罪行為時使用該財物的主觀意思。<sup>[43]</sup> 還有學者認為犯罪工具的認定標準為犯罪行為人在犯罪行為實施中有使用該財物的主觀意圖、該財物具有造成犯罪危害的現實危險。<sup>[44]</sup> 也有實務人士認為供犯罪所用財物的認定標準為：涉案財物與犯罪行為和犯罪結果的聯繫是直接或密切的、犯罪行為人故意或過失將該財物用於犯罪。<sup>[45]</sup>

### （二）澳門犯罪收益沒收標準

1. 犯罪所得沒收標準為實施符合罪狀的不法事實即時所獲得的好處。在某不法資產或物品的轉換罪上訴案中，澳門初審法院曾宣告沒收屬於上訴人的不動產並歸澳門政府所有，理由為已證明該不動產為上訴人使用通過不法行為所得或相關利潤所購置，上訴人不服該沒收宣告向澳門中級法院提起上訴。澳門中級法院經審理，認為雖上訴人已證明其使用銀行貸款 504070 元澳門幣購買該動產，但鑑於該不動產的總價值為 637879 元澳門幣，認定該不動產的總價值和上訴人的銀行貸款之間的差價為上訴人的犯罪所得，並做出沒收上訴人該犯罪所得的宣告。澳門終審法院經審理，認為上訴人已用書證動搖中級法院審查證據的嚴謹性，將該不動產總價與上訴人貸款數額的差價認為上訴人的犯罪所得或收益“是幾何學的推算”，因而裁定撤銷中級法院判中關於判處上訴人向澳門繳付 133809 元澳門幣的部分。<sup>[46]</sup>

在不服某歸檔案件刑事預審法官根據澳門《刑法典》第 101 條規定作出宣告沒收本卷宗內所有被扣押的假造手錶歸澳門所有的指示提出上訴案中，澳門終審法院經審理，認為雖然《工業產權法律制度》第 296 條第 1 款 a 項規定，凡顯示用作實施本法所指之刑事違法行為之物品均應被沒收並

[37] 畢清輝：《刑事涉案財物沒收研究》，吉林大學2023年博士學位論文，第72-73頁。

[38] 屈舒陽：《刑事沒收制度研究——以台灣地區沒收新制為鏡鑒》，廈門大學2018年博士學位論文，第230-233頁。

[39] 參見廣東省湛江市中級人民法院刑事判決書（2024）粵08刑初103號。

[40] 參見海南省海口海事法院刑事判決書（2025）瓊72刑初3號。

[41] 參見廣東省珠海市中級人民法院刑事判決書（2020）粵04刑初80號。

[42] 參見張和林、何永福：《海峽兩岸犯罪收益認定標準之研析》，載《人民檢察》2024年第22期，第79-80頁。

[43] 參見屈舒陽：《供犯罪所用之物沒收的法理基礎、模式轉變及技術操作》，載江溯主編：《刑事法評論》第45卷，北京大學出版社2021年版，第295-296頁。

[44] 參見王莉、胡成勝：《犯罪工具認定和沒收標準之辨析》，載《人民檢察》2023年第9期，第70頁。

[45] 參見畢清輝：《刑事涉案財物沒收研究》，吉林大學2023年博士學位論文，第93頁。

[46] 參見澳門特別行政區終審法院第37/2004號案裁判書。

歸澳門所有，但出售本案被扣押的手錶不算實施犯罪行為，認定上述被扣押的手錶不能被宣告為沒收並歸澳門所有，而是應還其所有人，不宣告沒收這些手錶並歸澳門所有的上訴裁判是恰當的。<sup>[47]</sup>

在澳門終審法院第 108/2023 號案中，澳門終審法院認為根據經中級法院確認事實，上訴人甲、乙、丙、丁、戊、己、庚、辛及甲甲參加甲所創立的不法經營賭博集團，共謀合力，分工合作，通過不法經營賭博活動獲取數額龐大的不法利益。上述集團所獲得不法利益為上述上訴人通過實施犯罪活動取得的非法收益，為犯罪所得，根據《刑法典》第 103 條的規定應被宣告沒收歸澳門所有，在上述不法利益不存在時應沒收與該不法利益相等的價值。上述上訴人對沒收的犯罪所得支付承擔連帶責任，“每一上訴人是否實際獲取犯罪所得以及獲分配或享有不法收益的多寡相對來說則並不重要”。在計算犯罪所得數額時不應予以扣除為招攬博彩者而給予的高額回報，因上述費用乃不法經營賭博集團用於吸引賭客進行賭博的支出和成本。

在 H 不服澳門初審裁判上訴案中，H 請求澳門中級法院撤銷宣告沒收從上訴人身上所搜獲的 1300 元人民幣的初審裁判，理由為上述款項不是犯罪所得，不應被沒收。澳門中級法院經審理，認為現有證據可以證實上訴人在本案中已收到他人通過微信轉帳 9200 元人民幣的犯罪所得，因貨幣為可替代物，從上訴人身上搜獲得 1300 元人民幣可視為上訴人因不法行為所增加的整體財產的一部分，因而裁定上訴人此一上訴理由不成立。<sup>[48]</sup>

2. 犯罪工具、犯罪產物沒收標準為與一項符合罪狀的不法事實具有因果聯繫、具有危險性。上訴人不服宣告沒收登記在其名的車牌號碼為 MF-XX-XX 的汽車及其配件等財物的判決提起上訴，認為其所有的上述汽車及安裝在該汽車上的攝錄機、電視機均未用於黑社會犯罪活動，不能根據《刑法典》第 101 條第 1 款予以沒收。澳門終審法院經審理，認為在案證據可以證實本案上訴人所有的汽車用於監控治安警察車輛和人員等，可以認定該車被用於黑社會的指揮活動，該汽車和該汽車上安裝的攝錄機、電視機在上述犯罪行為實施中共同形成了嚴重危險，進而認定上訴人這一部分的上訴理由不成立。<sup>[49]</sup>

在某高利貸罪上訴案中，上訴人甲向澳門終審法院上訴，稱上訴人的手提袋與相關犯罪沒有任何關聯，不應被沒收。經審理，澳門終審法院認為初審法院在未能證實上訴人的“手提袋或其中的物件是用於或預備用於作出某一符合罪狀之不法事實，又或者是由該不法事實所產生的事實”的情況下，裁定撤銷宣告沒收上訴人手提袋的決定，並命令將手提袋及其中的物品歸還上訴人。<sup>[50]</sup>

### （三）比較分析

從上面分析可知，內地犯罪收益的認定標準不僅理論上有多種觀點，且實務上適用較為混亂，缺乏明確性。澳門《刑法典》雖明確規定沒收犯罪所得、犯罪工具、犯罪產物等，但缺乏具體的沒收標準，且實務中也未形成明確的認定標準。且無論是內地還是澳門均未提及是否沒收犯罪客體及其沒收標準。未來內地與澳門可借鑒德國和我國台灣地區等國家和地區確定犯罪收益認定標準的有益經驗來完善各自的犯罪收益認定標準。具體來說<sup>[51]</sup>：

一是明確犯罪所得認定標準包括以下四個要素：①犯罪行為人或第三人在犯罪流程中所取得犯罪所得與犯罪行為人實施違法行為具有因果關聯性；<sup>[52]</sup> ②該犯罪所得歸屬於犯罪行為人或第三人，

[47] 參見澳門特別行政區終審法院第18/2004號案裁判書。

[48] 參見澳門特別行政區中級法院上訴案第654/2024號判決書。

[49] 參見澳門特別行政區終審法院第14/2000號上訴案裁判書。

[50] 參見澳門特別行政區終審法院第84/2015號案裁判書。

[51] 以下論述參見：張和林、何永福：《海峽兩岸犯罪收益認定標準之研析》，載《人民檢察》2024年第22期，第 81頁。

[52] 參見林鈺雄：《沒收新論》，元照出版有限公司2020年版，第141頁。

歸屬的標準為對犯罪所得具有事實上處分權；<sup>[53]</sup>③犯罪後犯罪行為人或第三人的整體財產總值超過犯罪前整體財產總值<sup>[54]</sup>；④犯罪行為人或第三人取得犯罪所得違反具體罪名犯罪構成要件的規範保護目的。即“犯罪所得系指反映系爭犯罪不法內涵的財產利益”<sup>[55]</sup>。若涉案財物不在系爭犯罪構成要件保護範圍內，則其本質上屬於“日常生活中的獲利機會的實現，並非不法的財產轉移”<sup>[56]</sup>，不是犯罪所得。判斷特定涉案財物是否為違反具體罪名犯罪構成要件的規範保護目的所取得的關鍵為犯罪行為人或第三人行為人能否通過合法方式獲得該財物，若只能通過實施犯罪行為才能取得該財物則應認定該財物為犯罪所得，否則不得認定為犯罪所得。將可以通過合法方式獲取得財物認定犯罪所得無法實現“穩固系爭犯罪構成要件之行為規範的效果”。<sup>[57]</sup>

二是明確犯罪工具的認定標準為促進標準。即犯罪工具有促進行為人實施犯罪行為的作用。該促進作用並不需要達到對犯罪行為的實行起到決定性作用的程度。犯罪工具認定的關鍵在於特定物與犯罪之間的“關聯性/貢獻度的判斷問題”，專供犯罪使用之物僅該物與犯罪的“關聯性/貢獻度特別高，其意義亦僅在於作為傾向沒收的裁量基準而已”。<sup>[58]</sup>

此外，應將犯罪物區分犯罪產物、犯罪工具和犯罪客體（或關聯客體），明確沒收犯罪客體（或關聯客體）須特別立法。<sup>[59]</sup>

#### 四、第三人沒收制度比較分析

##### （一）內地第三人沒收制度

前已述及內地《刑法》沒有明確規定第三人沒收制度，而是通過相關司法解釋或司法文件對第三人善意取得犯罪所得予以規範。

在張魁死亡犯罪所得沒收案中，法院認定第三人張某名下的涉案房產是該第三人用從張魁處無償取得的張魁詐騙被害人田某犯罪所得所購買的，並裁定追繳查封在案的張某名下涉案房產，以返還給被害人。<sup>[60]</sup>在王某職務侵佔一案中，王某迷戀網路歌舞直播，利用職務便利侵佔某快遞公司快遞款 600 多萬元人民幣，並將該侵佔款打賞網路主播，讓主播為其表演。對於能否沒收該主播獲得的王某職務侵佔犯罪所得，內地實務中有三種意見：第一種意見為對王某打賞該主播的全部犯罪所得予以追繳，理由該打賞行為屬贈與行為而非履行合同行為；第二種意見為不應追繳該主播所獲得的王某職務侵佔犯罪所得，理由為該打賞行為屬於應受刑法保護的自由交易行為；第三種意見為應對該主播追繳超出主播服務對等價值的打賞報酬，理由為該打賞行為屬消費行為，無法適用善意取得制度，對於超出與主播服務價值的部分應加以追繳。法院採納第三種意見，從該主播處追繳王某的犯罪所得 550 余萬元。<sup>[61]</sup>在胡某職務侵佔一案中，胡某利用職務便利侵佔其公司資金共計 2585.5 萬元，並將上述犯罪所得用於網路直播打賞、網路遊戲消費等。二審法院認為胡某將職務侵佔的犯罪所得用

[53] 參見薛智仁：《刑事沒收制度之現代化：2015年沒收實體法之立法疑義》，載《台大法學論叢》第47卷第3期（2018年），第1081頁。

[54] 參見林鈺雄：《犯罪所得之差價追征及自動繳交之程序定性》，載《台灣法律人》第23期（2023年5月），第143頁。

[55] 薛智仁：《直接利得之認定標準》，載《當代法律》第24期（2023年），第21頁。

[56] 薛智仁：《再論內線交易罪之犯罪所得》，載《月旦實務選評》第1卷第2期（2021年），第113頁。

[57] 同上註。

[58] 林鈺雄：《初探犯罪物沒收》，載《法學叢刊》第259期（2020年），第25頁。

[59] 張和林、何永福：《海峽兩岸犯罪收益認定標準之研析》，載《人民檢察》2024年第22期，第81頁。

[60] 參見石魏：《違法所得沒收程序證明標準的適用》，載《人民司法（案例）》2022年第5期，第51頁。

[61] 以上內容參見張劍、婁毅：《違法所得打賞主播可否予以追繳》，載《中國檢察官》2022年第16期，第75頁。

於網路打賞，第三方網路直播平台基於善意取得上述打賞款，不予追繳第三人所佔有的打賞款。<sup>[62]</sup>

內地學者對於第三人沒收制度進行專門研究較少。對用巨額犯罪所得打賞形成應沒收、不應沒收兩種觀點。主張應沒收的學者認為對於犯罪行為人短期內將獲取的巨額犯罪所得打賞網路平台主播的，因該打賞行為屬於不對等高價饋贈，應追繳該主播所獲得的打賞；<sup>[63]</sup>主張不應沒收的學者認為應根據主播和平台是否善意取得犯罪行為人打賞的犯罪所得決定是否追繳，一旦認定主播和平台取得犯罪行為人的打賞金符合善意取得規定，則不應追繳主播和平台通過合法方式獲得的他人的犯罪所得。<sup>[64]</sup>

## （二）澳門第三人沒收制度

前已述及，澳門將沒收屬於第三人的犯罪工具或犯罪產物的前提規定為曾以可譴責之方式共同參與使用或產生該等物件，或曾自事實中獲取利益，又或物件系在事實作出後以任何方式被取得，而取得者知悉其來源者。

在丁某上訴案中，戊、己前往貴賓廳，戊將現金 200 萬元港幣交給己，己將這些現金存入有關帳戶內用作償還早前辛欠下貴賓廳的款項，並等待當天許可簽出 300 萬港幣元的款項，但最終未能簽出。次日，戊向澳門司法警察局作出刑事檢舉。應司警人員的請求，該貴賓廳一名經理用該廳的籌碼換取現金 200 萬元港幣並將上述現金交給司警人員扣押。後辛被提起控訴，但被裁定濫用信任罪的罪名不成立。2015 年 11 月 10 日澳門初級法院裁定將扣押的 200 萬元港幣退還給戊。貴賓廳的所有者丁不服初級法院的裁定向澳門中級法院提出上訴，但被中級法院裁定敗訴。丁不服中級法院的裁定向澳門終審法院提起上訴，稱被扣押的現金 200 萬元港幣是通過籌碼兌換來的，是上訴人的財產，不是任何犯罪的所得或工具。澳門終審法院經審理，認為本案被扣押的現金是上訴人的職員根據偵查機關的要求或請求從上訴人的銀行帳戶取得的，再由該職員交給偵查機關，且“類似的款項是為了償還欠它的債務而被存入的”，因此裁定“上訴勝訴，命令將所扣押的錢歸還給上訴人”。<sup>[65]</sup>

## （三）比較分析

通過上面的分析可知，內地關於第三人沒收的相關規定主要散見於司法解釋及其他規範性文件，且主要適用於詐騙犯罪等，不僅規範效力低，且不健全，導致實踐中“容易出現應當沒收的第三人財物並未沒收，不應當沒收的第三人財物反而被沒收情形，第三人沒收亂象叢生，不利於發揮第三人沒收對於犯罪特殊預防之功效”<sup>[66]</sup>。內地第三人沒收制度主要規範第三人是否善意取得犯罪所得情形，但是善意取得情形只適用於犯罪所得履行型案例，不僅類型化明顯不足，且在實踐中存在未準確把握第三人的問題。在前述是否沒收主播與網路平台所收取的犯罪所得案例中，因犯罪行為人直接打賞給主播，網路平台只是為主播提供相應的服務，應以主播作為第三人來審查其是否符合善意取得規定，而非以網路平台為第三人來審查網路平台是否符合善意取得規定。澳門《刑法典》只明確規定沒收屬於第三人的犯罪工具和犯罪產物，卻未對屬於第三人的犯罪所得沒收作出明確規定。因第三人沒收涉及如何在“有效貫徹追討刑事不法利得之沒收機制設置目的，使擴及於未參與犯罪實行但卻獲取不法利益的第三人之際”與“合法兼顧交易安全之信賴保護”<sup>[67]</sup>之間保持動態平衡，合理規範第三人沒收制度具有重大意義。未來內地與澳門可明確第三人沒收類型為犯罪所

[62] 關於本案的詳細情況，參見張元元、於曉航：《贓款用於網路打賞應受善意取得制度限制》，載《人民司法（案例）》2023年第2期，第32-33頁。

[63] 參見黃曉亮：《對第三人追繳贓款或者違法所得的原則適用》，載《中國應用法學》2024年第3期，第208頁。

[64] 參見孟強、張靜靜：《善意取得抑或贓款追繳——贓款直播打賞民刑交叉問題的實證研究》，載《北京理工大學學報（社會科學版）》2022年第2期，第119頁。

[65] 參見澳門特別行政區終審法院第23/2017號案裁判書。

[66] 劉學敏、魏佳軒：《台灣地區第三人沒收制度改革和啟示》，載《台灣研究集刊》2023年第2期，第62頁。

[67] 陳重言：《第三人利得沒收之立法必要及其基礎輪廓》，載《月旦法學》第238期（2015年），第87頁。

得第三人沒收、犯罪物第三人沒收，其中犯罪所得第三人沒收又分為代理型、挪移型，犯罪物第三人沒收又分為提供型、取得型<sup>[68]</sup>。然後再根據犯罪所得和犯罪物沒收的法理，分別構建不同類型的第三人沒收制度的適用條件，以準確適用第三人沒收制度，“同時輔以相應的過苛調節條款，避免不當侵害第三人之合法財產權”<sup>[69]</sup>。

## 五、結語

“完整對應犯罪的法律效果體系”要求刑法法律效果的設置不僅應對犯罪行為人實施犯罪行為進行否定性評價，對犯罪行為人處於刑罰，而且應基於不因犯罪而獲利和阻卻犯罪的原則，對犯罪物和犯罪所得加以沒收。<sup>[70]</sup>從立法上來看，不論內地《刑法》還是澳門《刑法典》規定犯罪收益沒的條款非常有限，未明界定犯罪收益的類型、沒收性質、沒收類型、沒收的標準等，遠未形成完整的犯罪收益刑事制裁體系，難以滿足實務的需要。為實現完全剝奪犯罪收益與保障合法財產權、交易安全信賴保護的動態平衡，內地、澳門均應建構完整的犯罪收益沒收體系，明確犯罪收益的對象為犯罪物及犯罪所得，統一使用沒收措施剝奪犯罪收益及其替代價額，並將沒收分為定罪沒收、未定罪沒收及、擴大沒收等三種類型，明確三種沒收制度適用的具體情形。明確犯罪所得沒收的性質為准不當得利的衡平措施、犯罪物沒收的性質為財產權濫用的中性幹預措施。明確犯罪所得沒收的標準為犯罪所得與犯罪行為具有因果關聯性、犯罪行為人對犯罪所得具有事實上處分權、犯罪行為人整體財產有所增加、取得犯罪所得違反具體罪名犯罪構成要件的規範保護目的，犯罪工具沒收的標準為促進標準。明確第三人沒收類型為犯罪所得第三人沒收、犯罪物第三人沒收，其中犯罪所得第三人沒收又分為代理型、挪移型，犯罪物第三人沒收又分為提供型、取得型。

---

**Abstract:** Comprehensively deepening crime protection is a crucial aspect of modernizing crime governance. Since the confiscation systems of the two regions have the same functions, from norm model, nature, standards, and third-party confiscation system of crime proceeds, this paper conducts a comparative analysis of the legislative status, theoretical research and practical operation forfeiture of proceeds of crime system in the Mainland China and Macau, examines the relevant deficiencies in the forfeiture of proceeds of crime systems of the two regions, and proposes corresponding improvement countermeasures.

**Key words:** Norm Model; Nature Standards; Proceeds of Crime; Forfeiture

---

(責任編輯：馬志遠)

[68] 上述第三人沒收的類型詳細介紹參見林鈺雄：《沒收新論》，元照出版有限公司2020年版，第81、166-178頁。

[69] 劉學敏、魏佳軒：《台灣地區第三人沒收制度改革和啟示》，載《台灣研究集刊》2023年第2期，第62頁。

[70] 柯耀程：《沒收法制修正之評釋》，載《軍法專刊》第62卷第3期（2016年），第9-12頁。

# 十九世紀法律移植背景下澳門華商類型及影響研究

王 華\*

**摘要** 澳門特區的五大法典法律體系移植於葡萄牙，屬於大陸法系。在十九世紀法律移植的過程中，當地華商以不同的姿態適應著新的商事法律體制，並在同一時期對周邊地區產生了影響，澳門豐富的中文與葡文史料為考證這些商事主體的具體法律類型提供了直接或間接的證據，本文嘗試用不同的視角和方法去審示澳門歷史中的法律資源，嘗試展示法律制度更替之下的社會生活邏輯的選擇。

**關鍵詞** 法律移植 公司類型 澳門華商 商法典

## 一、引述

乘清政府內外疲敝，葡萄牙強行拉開澳門殖民管治時代的序幕。同時，席捲歐陸的法典化浪潮也延伸到了澳門，伴隨而來的是葡萄牙法律及其司法管轄權奪取中華法系及清廷的原有之位，但所謂“西風東漸”並非一蹴而就，只是其主動與被動的預見性與實踐的意願確實影響到了它行進的速度。不同學科有著不同的任務，就法史學科來說，“話語的力量”的控制者<sup>[1]</sup>已經回歸於其原本的主人，而怎樣在歷史的前進量中批判與接納才是最好的法史學解釋道路。有學者已經將此問題回答得很明白了，“昔日的言說者與言說本來就已經隨風消逝了。澳門法文化的一切言說皆為今日之言說，而其言說者自當是今日的言說者；今日的言說者不可能追昨日的風”，“澳門的法律制度雖然繼受於葡萄牙，但是澳門的社會不是葡萄牙的社會；處於澳門法律制度頂端的基本法也不是葡萄牙憲法；然而，由於歷史的關係，特別行政區的這一新的法律文化與原來的法律文化有割不斷的紐帶卻是不爭事實”<sup>[2]</sup>。本文要做的，不過是試圖為這一條無法割裂的歷史場景中某些片段進行法律規範解釋的探索。

\* 王華，廣東工業大學法學院副教授、廣東工業大學粵港澳大灣區協同治理與法治保障研究中心副主任，法學博士。本文係廣東省哲社科一般項目“港澳原有法律清理比較研究”（項目批准號：GD24CTQ03）階段性研究成果。

[1] 參見湯開建、吳志良主編：《澳門憲報中文資料輯錄（1850-1911）》，澳門基金會2002年版，序言。

[2] 唐曉晴：《澳門法制發展之路——在後殖民的困惑中探索澳門一國兩制的法治理想》，載《中研院法學期刊》第17期（2015年），第27、38頁。

## 二、研究背景及目的

十九世紀的澳門，面臨的是二元法制下之一端的中華法律的留存與消散。從現代法學部門法的分類來看，最先被改變的是司法管轄權領域，而連根帶出的泥土即是刑事法律、行政法律，之後是商事與民事法律。民事法律部分，為目前大部份研究反覆提及的是涉及婚姻繼承方面的華人習慣與風俗及後來形成的《華人風俗民法典》。從澳門的法律演變來看，堅持最為持久的部份是私人生活核心部份——家庭，因為這一塊涵蓋著中國人數千年來形成的核心價值觀。這一部分逐漸瓦解並讓位於葡萄牙民商法——如同近代的中華大地一樣，中華法系從局部到全面的消散，被動或主動地引入了同為羅馬一日耳曼法律表達方式並在生活中生根，是一個循序漸進的過程。

以往的研究集中在歷史學的研究上，相關的法律研究要麼拘泥於殖民與被殖民的語境中，要麼還疲於材料的羅列，還未來得及梳理法律史的時間連貫性所能昭示的問題。何志輝從刑法、民法、商法幾個部門法的領域做了詳細的材料梳理及概況性的部門法分析，<sup>[3]</sup>林廣志的歷史學博士論文《晚清澳門華商與華人社會研究》<sup>[4]</sup>對澳門近代社會華人的商業生存狀況做了很好的研究闡述，然而畢竟學科不同，研究方式也有差別。從法學研究角度來說，回歸到法律規範進行研究仍然是必要的，法律史需要在事實材料上具體論之，而脫離法律規範分析對法律文本或材料的法律史論證，則可能引發具體規範本身及個體適用發展的事實扭曲。本文的部分研究正是要在法律史領域及方法指導下重拾先前諸君使用過的一部分材料。這些材料雖然已在這些作品中得到了運用，但仍有大部份的內容可待深度挖掘，思路方法也可另辟它徑，這亦是本文的創新之處。本文所使用的材料主要是澳門基金會出版的十九世紀中葉到二十世紀初的《澳門憲報中文資料輯錄（1850-1911）》（以下簡稱：“澳門憲報”）以及十餘冊的《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案》（清代部分·中文）（以下簡稱：“領事館檔案”）。前者集中展示了澳門地區在殖民時代伊始通過政府憲報這種具有公示效力的方式公布的法例、決議以及民商事法律公告<sup>[5]</sup>等等，後者主要涉及到的是澳門駐廣州領事與兩廣政府的往來照會，其中佔主要部份的是在粵有相關生意及往來的中外澳門籍人士請求領事向兩廣政府要求提供的諸如拘傳民商事被告的信件。

## 三、十八世紀的澳門公司及影響

長時間的二元法制過程中，歐洲的法律規範與法律思想在澳門這塊土地上與中華法律的碰撞在所難免，表面上的涇渭分明不能全然覆蓋彼此相互作用的痕迹。如現行《澳門民法典》中合夥（Sociedade）的源流及其在澳門的發生史就可見一斑，其中，在1710年1月，成立了一家由兼具商業和宗教性質的兄弟會（Espírito Santo de Pedreira）進行管理的澳門公司<sup>[6]</sup>，該公司十年續期屆滿之時，在廣州區別於之前官商所設立的牙行的公行（Cohão）建立了，該公行由廣州十六家勢力最大的行商在神前宰雞啜血共同盟誓而建立，並訂立十三條規約，公行由民間商人為保護自己的利益

[3] 參見何志輝：《近代澳門司法：制度與實踐》，中國民主法制出版社2012年版，第109-147頁。

[4] 參見林廣志：《晚清澳門華商與華人社會研究》，暨南大學歷史學系2005年博士學位論文。

[5] 這種公布具有構成性，且受到法國大革命思想的影響，以落實“法律規範在不為關係人所知的情況下不具強制力”，大概在1833年，這種將法律公布於政府官方期刊的方式正式形成。參見[葡]科斯塔：《葡萄牙法律史》，唐曉晴譯，澳門大學法學院2004年版，第302-305頁。

[6] 參見王華：《作為公司（Companhia）母體的合夥（Sociedade）制度歷史梳理——以澳門民商法為視角》，載謝暉、陳金釗、蔣傳光主編：《民間法》，第25卷，研究出版社2021年版，第322頁。

而設立，未得官方認可，經營者為行商。<sup>[7]</sup>此後由於各方面的原因，該公司時散時復，直到1780年在官方支持下，才正式恢復，持續經營到1842年。它的建立使得該華人“公司”壟斷了與外國人的商貿。

有觀點指出，從該行會僅存英文譯本的規約譯本來看，<sup>[8]</sup>其與此前清朝官府頒布的洋貨行制度相去甚遠，它很可能參考了當時的外國人的商會條款。這些章程顯示，這些商人極為重視信譽，而且希望交易流程儘可能透明化和公平化。他們有清晰的股份制意識，也將公有財產和私有財產分得很清楚。儘管暫時沒有直接的史料能夠證明其向當時盛行的歐洲特許商業公司借鑒經驗，但是作為當時與西方商業公司直接來往的主體，互動的對象又是當時華南地區唯一對外窗口澳門及其洋商，獲取任何商事組織交流經驗都是有可能的。亦有觀點指出，行商制度本來就是清政府利用特許的壟斷商人集團工具來干預、控制、壟斷對外貿易的商業經濟制度，而公行則是行商組織壟斷的加強，<sup>[9]</sup>而這種特許商業集團與葡萄牙早期的特許公司在追求王室壟斷利潤又是何其相似。

#### 四、十九世紀法制下的澳門華商典型類型分析

對於商業團體的制度性接觸產生的直接作用，相比於清政府開啓修律的滯後性，澳門則相對尷尬地提早了很多。圖1即是十九世紀晚期商業團體的活動統計，它來源於對澳門憲報選定材料的整理。澳門憲報主要是1850年到1911年之間用來刊登行政法規、批示文獻、文告，以宣示其法律效力，而其中1857至1872年又完全停止刊登中文翻譯，1872年至1878年所載中文資料寥寥無幾，1879年2月18日開始命令將該憲報皆譯華字，<sup>[10]</sup>從筆者的統計來看，通過憲報方式宣告設立、頂讓或倒盤，即法律意義上宣告轉讓公司股份的或破產的——主要是華人團體，於1880年6月出現第一例退股公告，到了近十九世紀末和二十世紀初期，這類活動突增，可能表示這一時期商業活動的外部環境出現了一定的狀況。除了此類商業主體的活動狀況外，更值得關注是這些通過政府憲報進行適法活動的商主體。

[7] 參見韓瑞軍：《略論公行在清政府對外經濟中的作用》，載《商業研究》2006年第21期，第112頁。

[8] 1.中國和外國商人全都食毛踐土，理應共同報答皇恩；2.為了劃清公私利益，現特制定此行規，以便日後共同遵守；3.中國和外國商人相互平等，如果外國商人賤買貴賣，那麼中國商人勢必虧損，而且容易產生魚目混珠的弊端，因此各行商必須與來廣州的外國商人在公行聚首，公開議定買賣貨物的價格，私自議價交易者應當受到懲罰；4.外省或外地商人來廣州與外國商人交易時，本公行應協助其定價，以求合理的利潤，私自議價交易者應當受到懲罰；5.貨物價格談妥之後，本公行商人必須保證貨物質量優良，以次充好欺瞞外國商人者應當受到懲罰；6.為防止走私，所有入港貿易的外國船隻都必須登記註冊，故意規避登記註冊或手續不清者應當受到懲罰；7.允許普通商家與外國商人直接交易扇子.漆器.刺繡.書畫等手工製品；8.允許普通商家與外國商人直接交易須專家鑒定的收藏級別瓷器，但無論交易盈虧，均需向本公行繳納交易額的百分之三十作為手續費；9.綠茶必須從實登記淨重，違者應當受到懲罰；10.外國商船卸貨及簽訂裝貨合同時，均需繳納定金，裝貨後再繳齊餘款，違者應當受到懲罰；11.外國商人指名要求與某位行商交易時，只允許該行商購買該外國商船的一半貨物，其餘一半要由本公行商人共同分攤購買，違者應當受到懲罰；12.行商中對公行承擔責任最重.繳納會費最多的頭等行，可以在外貿中占一股，次一等的二等行可以占半股，規模較小的三等行占四分之一股；13.創始會員中，頭等行共五家，二等行共五家，三等行共六家，日後有申請加入本公行者，應當繳納會費紋銀一千兩，才可以註冊為三等行。羅三洋：《當中國商人主宰地球時》，載《中國民商》2013年第4期，第90-96頁。

[9] 參見蕭國亮：《清代廣州行商制度研究》，載《清史研究》2007年第1期，第32-48頁。

[10] 參見湯開建、吳志良主編：《澳門憲報中文資料輯錄（1850-1911）》，澳門基金會2002年版，序言。

1880-1911年商業團體設立、頂讓、倒盤統計

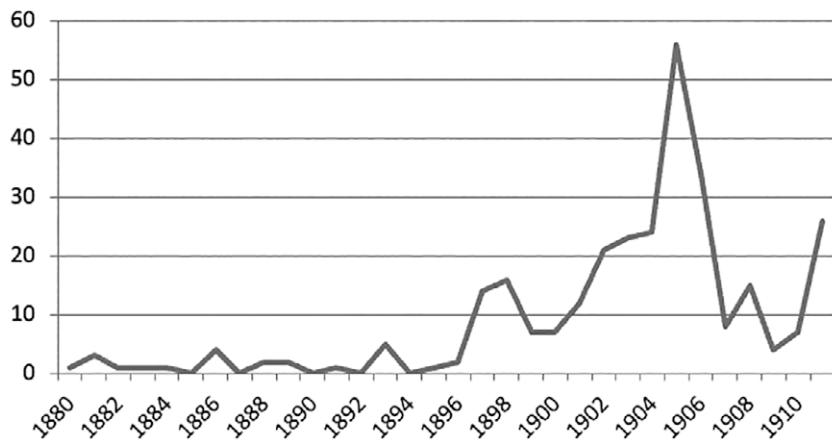


圖 1

首先，先討論在統計中第一次出現的設立公司的公告（1881年6月1日第23號憲報），澳門歷史檔案館有該公告對應的葡文版本，<sup>[11]</sup>由於此時適用的是1833年《葡萄牙商法典》，法律文本的規範性討論得以進行。該公司在相關的歷史彙編中有記載，為澳門第二代賭王盧九所設立，名為宜安公司。<sup>[12]</sup>通過中文版的章程<sup>[13]</sup>可以發現該章程的結構比較完整，首先是該公司是經過批准設

[11] BOLETIM DE PROVINCIA DE MACAU E TIMOR, N.º 23, 10 DE JUNHO DE 1881, SEXTA-FEIRA.

[12] “6月6日，澳門著名的宜安公司創立。宜安公司系澳門華商盧焯之（即盧九）仿照西人俱樂部形式創設，‘以為暢敘遣興之所’。經澳門政府札諭第51號批准。宜安公司是澳門出現的第一個華商會所。該公司暫租清平新街之屋作為會所。各友可在此暢敘，乃系看新聞紙、看書、弦歌、唱戲及宴飲，並例所准之賭博，紙牌、骨牌、擲狀元籌、捉象棋、鬥蟋蟀。但公司內不能開番攤及設團轉盤。該公司科合本銀4000元，分80股，每股50元。該公司應設值理3位：正總理1位，副總理1位，管銀1位。”見《澳門編年史》第四卷，廣東人民出版社2009年12月，第1902頁。另有文獻稱為“怡安公司”，為光緒七年（1881年）承充澳門闡姓的博彩專營公司。趙利峰：《民國澳門博彩史》，社會科學文獻出版社，2018年12月，第11頁。

[13] 照得現有華商合夥設立公司，以為暢敘遣興之所，取名曰宜安公司。其公司章程，先經各股份人商允。茲據稟呈前來，查設此公司甚是平和，誠於澳門華民大有裨益，亦為律例所准。現經與澳門公會商議，是以將後開章程並經輔政司畫押，本大臣均已准行。惟該公司應將允准之餉銀及印厘繳納。查該公司所立之原意，與例相符。倘該公司有違創立之意，即將准行之權銷廢。合札行各官軍民人等一體得知。特諭。辛巳年五月初十日。札諭第五十一號。章程：一、設立公司一所，名曰宜安公司，內有出本股友，並有捐資友人及助力友人。二、所設立公司之故，原系友人在此暢敘附款一本公司現暫租清平新街之屋，候日後稍有贏餘，另行或建或買，以為本公司之實業。三、各友在此暢敘，乃系看新聞紙、看書、弦歌、唱戲及燕飲，並例所准之賭博，紙牌、骨牌、擲狀元籌、捉象棋、鬥蟋蟀。附款但公司內不能開番攤及設團轉盤。四、本公司科合本銀四千元，分八十股，每股五十元。五、各友任做股份，不拘多少，或一股或多，均可。六、該股份銀一齊交出，或每月分交十元亦可。如過期不交，則按每百銀加息銀十元算，作為罰款。七、本公司所科本銀，以為置買本公司應用架擡等物之需。附款一除買架擡家私什物外，所餘之銀，貯在銀鋪生息，預為買業所用。八、本公司應設值理三位正總理一位，副總理一位，管銀一位。此三位系出本股友公舉。另請書記一位，須用酬金。九、本公司之大權系在衆出本股發齊集公議，如經議定，各出本股友均要聽從。十、齊集會議之時，各出本股友有做一股至五股者，投名一次六股至十股者，投名二次。其餘照算。十一、當各會友齊集公議之時，必須投名而議，以現到出本股友投名多者為准。十二、各出本股友齊集之時，先舉一位為主席，次位為書記。十三、如有事齊集會議，必先三日具函通知在澳居住之各出本股友。至於不在澳之股友者，則函知其代理人倘非照行，不能作為齊集。十四、每年十一月必須邀齊出本股友看驗數目，並議新值理。十五、不論何時，倘有要事，或經五位出本股友求請齊集，聲明其故，則可通知各友齊集會議。十六、所議之值理，以一年為期，系經出本股友每年齊集公舉。附款一如值理所行之事，當各股友齊時，應分將其行事聲明，並各股友可向值理詢明，以專責成。十七、所舉值理，各出本股友，如經公舉者，不能推辭。倘來年再舉，果實有事，方得推辭。十八、該值理時常

立，然後是設立公司之名稱、地址、宗旨、資本構成、公司機構、會議召集、股份的轉讓、繼承、解散等。結合對應的葡文版章程，對照 1833 年的《葡萄牙商法典》進行規範性分析，將其特徵歸納如下：

在章程正文之前的諭令，可知該公司是通過行政批准而設立；

整個章程中，該公司的概括稱呼為“associação”；

第一條為資本之構成，出本股友、捐資友人、助力友人分別對應為“socios accionistas, contribuintes, socios de meritos”；

第二條與第三條為公司住所和公司宗旨，後者對應的葡文版為“fim”；

第四條規定的是公司的股份劃分，對應的葡文版，本銀為“capital”，分八十股對應的葡文為“divididas em 80 acções de (§ 50) cincoenta patacas cada uma”；第五、六條全部關乎股份的繳納以及未繳納之後果，而第七條則又涉及到本銀的處理，此處使用的不是與第四條相同的“capital”，而是“fundo”；這就是說在這裏“fundo”和“capital”是通用的；

章程第八條到第二十二條，均為公司機關及其職責之事。其中第八條的值理，對應葡文為“comissão directora”，其成員總理對應為“presidente”，管銀為“thesoureiro”，正、副總理及管銀三人本身為出股股東（socios accionistas），職務依選舉產生，還有一位聘請的秘書。第九條到第十五條即是具有最高權力的股東大會（assembela geral）及其具體職權內容，第十條為股東所佔股份與投票數的關係，第十一條為投票的規則，第十二條及以下為股東大會主席以及相股東大會的召集方式等；

第十六至二十二條為值理、管銀的職責，在章程末尾諸條文規定了股份的對外轉讓以及繼承的問題。

根據條文的內容，可以判斷其屬 1888 年商法典<sup>[14]</sup>中股份有限公司（Sociedade anónima）的前身商業公司（Companhias de commercio）。但在該公司機關架構上，已經開始出現 1888 年商法典中股份有限公司（Sociedade anónima）規定的這一類公司的機關。其理由如下，並可與上一段的章程特徵概括相對應：

1833 年商法典第 526 條至 537 條規定了公司的類型，它們的概括性總稱為“associações”；

該法典第 544 條規定，公司的股本被分為股份，且得分成相等價值的份額，對應葡文即是“o

可能聚會，但至少必須每月一次。十九、（一）該值理所應理之事列後一管理本公司之本銀，妥為安置，謀多生息。（二）本公司應用什物，即行呈買。（三）收各帳項，並支給使費。（四）修整本公司房舍及改換等物。（五）各項數目須要明白登記，不得胡塗。（六）各有份人如欲看數，即便交看。（七）每年出入費用，必須時常列明若干。（八）所雇工人，或用或辭，均歸管轄。（九）設立更換本公司內章程。（十）每年本公司所有進支銀數，經齊集議准後，開列報章刊印，送呈一張督憲。二十、該正總理所辦之事：（一）邀各出本有份人齊集。（二）邀值理齊集。（三）指點該值理所行之事。（四）設法令各人遵守本章，並所有內章。（五）或有各懷意見，未能決斷，惟其專主，並有要件可邀齊各有份人商議。廿一、副總理所辦之事。（一）代署正總理。（二）所有志事錄，惟其主筆。廿二、管銀所辦之事。（一）收支數目銀兩。（二）進支各帳部為其替理。廿三、所議內章程之事，乃系督理暢敘各事，並主去留捐助友人之事。廿四、如捐銀友人欲入本公司，每名先捐銀二元，後每月出銀一元，祇得與暢敘各事如不在澳者，未經報知，每月則捐銀半元。廿五、出本有份人，無論到與不到，本公司每月均要捐銀半元。廿六、除使費外，所溢之銀，存貯蓄積，以為日後置業之用。廿七、本公司買業之後，倘出入之項有餘，則集有份人公議如何置用。廿八、如各出本有份人，均不願做公司，即可分散。廿九、各出本有份人，或有將名份頂與份內人，或捐銀友人，或外人，必先通知值理准行，方得頂手。附款一如值理不准出頂，即可通知各出本友齊集公議，若公議仍不允出頂，則本公司照各出本友所定之價承頂，不得執拗。三十、至於本公司所有之屋業並什物，系出本友人，均有業主之權，並所有業主之是問，亦為有份人之事。卅一、該值理全不能將本公司之物業轉賣按揭，須要出本有份人齊集公議允准方可。卅二、倘出本友人身故，其名份乃歸該份友之遺業後人。湯開建、吳志良主編：《澳門憲報中文資料輯錄（1850-1911）》，澳門基金會2002年版，第46-47頁。

[14] DIARIO DO GOVERNO, 1888 ANNO, 6 de setembro, Numero 203.

fundo da companhia é dividido em acções; e pode ser dividido em frações d'acção d'un valor igual” ,並對於“acção”一詞予以強調，它在這時期的法制史進程中，就是股份有限公司（Sociedade anónima）及其前身的標誌。1833年商法典中，其他任何類型的公司都無該詞出現；

在第541條中，出現了公司的管理機關“os administradores ou directores”，這就是說無論稱呼“administrador”或“director”均是相同機關的稱呼；

該公司僅能通過政府特別授權建立並批准其設立；

在1833年的商法典中，對於公司機關沒有具體的規定，但是到了1888年的商法典中，“companhias de commercio”進化到了“Sociedades anónimas”中，在其第171條到第187條出現了對於該類公司機關的具體規定，其中第171條到178條為行政和監事的規定，其中仍有“director”，而第179條到第187條，就是股東大會（assembela geral）的章節規定。至於股東的權利，股份的轉讓等問題，1833年商法典均規定詳細，非本處必要之對比內容。

綜上，1881年成立澳門宜安公司即是1833年商法典中的companhia de commercio，它的章程無疑顯示出了這一點。另外，其還受到了以法國商法典為藍本的商業公司進化版類型“Sociedades anónimas”的公司機關規定的影響，且由於該公司類型在1867年由單行法<sup>[15]</sup>引入了葡萄牙本土，在對該單行法是否及時引入了澳門無充分證據的情況下，只能說這很可能是兩者的實踐結合體。另，這個章程想必是出自一位十分熟悉葡萄牙法律進展的澳門法律工作者所為之。

## 五、華商類型分析相關材料解讀勘正

1911年4月8日的《澳門憲報》中，還發布了一個集股有限公司章程。<sup>[16]</sup>筆者在查閱歷史檔案中並未看到該日的憲報中有對應的葡文版本，但是在該章程的最後寫明“右章程系一千九百零一年四月十一日上諭頒行。”而有限公司（Sociedade por quotas）是在1901年從德國引入《葡萄牙商法典》。<sup>[17]</sup>這個上諭的日期明確了該公司類型。至於十年後在澳門為何翻譯成漢文而並無對應葡文版本公布，可先假設至少在之前澳門的華人社會暫時還未採用這種新型的公司類型，而並不能說並無這類公司在澳門運營，因為葡國本土早已接納之。而澳門晚了整整十年才引入該法律，或者說是晚了十年才翻譯成漢文。其背後的原因為何，是不是華人這時候才在商業接觸中對這類公司類型有法制上需求，則待下文進一步闡釋。

結合上文對宜安公司章程的規範性分析，林廣志的博士論文中“隨著華資公司的增加，澳葡政府於年1901年7月1日頒行《集股有限公司章程》，進一步加強公司設立和運營的管理”<sup>[18]</sup>的判斷僅僅建立在歷史事實的初步判斷之上，而缺乏法律規範的歷史分析的前提，<sup>[19]</sup>因而是不準確的。該章程的出現是歐陸及葡萄牙法典化時代的產物，是對公司類型的完善。如果非要說與華資公司有關，也需要在法史的框架內對該公司制度類型的特點，及其與當時華人商業活動的特點是否相契合進行分析才能得出結論。在這之前的大部分公司已經處於1833年《葡萄牙商法典》的公司類型的規制下，並且其章程由於受到其進化版股份有限公司（Sociedade anónima）影響，而幾乎能與1888年《葡萄牙商法典》接軌了。

[15] Carta de Lei de 22 de Junho.

[16] 參見湯開建、吳志良主編：《澳門憲報中文資料輯錄（1850-1911）》，澳門基金會2002年版，第590-595頁。

[17] 參見[葡]科斯塔：《葡萄牙法律史》，唐曉晴譯，澳門大學法學院2004年版，第310頁。

[18] 參見林廣志：《晚清澳門華商與華人社會研究》，暨南大學歷史學系2005年博士學位論文，第62頁。

[19] 參見宜安公司章程其博士論文中未見法律規範性的分析，林廣志：《晚清澳門華商與華人社會研究》，暨南大學歷史學系2005年博士學位論文，第215-218頁。

另外，在林文中的 1898 年的 8 月 27 日的德興公司進行股本變更的舉例說明中，其結論“該公司就是依據這樣（《集股有限公司章程》）的規定”也是不正確的，因為根據該公司的股本變更公告的葡文版本<sup>[20]</sup>，其全文的“股”的葡文為“acções”。此時甚至連葡國本土都未引入該新類型的法律，因此此處的法律材料分析是不正確的。該論文的出版版本中，相關結論改為“德興公司此次轉股，實際上是按照澳葡政府有關公司管治的規定進行的”。<sup>[21]</sup>可見論者依然對此沒有深究。幾乎可以確定該德興公司適用的是 1888 年葡萄牙商法典，公司類型為股份有限公司（Sociedade anónima）。至於正真開始適用（集股）有限公司類型法制的情況，正是接下來要論證的內容。

在澳門憲報中，與宜安公司類型章程相似的還有 1881 年 10 月 1 日憲報的生利公司以及 1882 年 2 月 4 日憲報的同和公司。<sup>[22]</sup>而之後出現的公司章程則無前面諸公司類型中的股份（acções）構成及用詞的規定。如 1905 年 11 月 11 日憲報的廣行公司章程全文明確出現了“sociedade”的概括稱呼，稱資友（股東）為“socios”，每月捐資為“uma quota mensal”<sup>[23]</sup>，而這種用詞是符合（集股）有限公司（Sociedade por quotas）的法律文本的用詞的，包括之後 1906 年 7 月 28 日發布的和安公司章程，1906 年 8 月 11 日發布的適安公司章程，1906 年 8 月 25 日發布的永康公司章程，1906 年 9 月 15 日發布的粵商公司章程，<sup>[24]</sup>這些公司的章程與廣行公司行文幾乎雷同。因此，行文到此就可確證的是集股有限公司的法律從一開始就幾乎同步引入了澳門，而 1911 年的憲報只不過是一個翻譯而已——很可能是為了使得更多華人知曉。但它的適用應該始於廣行公司，而非林文中提到的 1898 年的德興公司。所以對於前文的假設便可以予以否定了，即該類公司在憲報以中文刊登之前就已經存在了。1911 年 5 月 20 日的會安公司與 1911 年 5 月 27 日的合益公司的章程內容<sup>[25]</sup>，根據其內容在類型上都屬（集股）有限公司（Sociedade por quotas）。

## 六、其他適用葡萄牙商法典之案例分析

那麼，宜安公司是不是第一個受惠於歐陸法制的呢？答案是否定的。早在 1865 年，澳門憲報未譯成中文之前，就已經出現了明確援引 1833 年《葡萄牙商法典》宣告破產的案件。在殖民化進程初期，1862 年理事官署將對華人糾紛的民事管轄部分進行規範後，一些案件結案後在澳門政府憲報上得以刊登<sup>[26]</sup>，使其達到公示的效果。其中有一個案件審判了首宗<sup>[27]</sup>並且影響極大的華商破產案，理事官署法庭刊登結案判詞：

鑑於華商 Tong-yek 在附帶之文書中宣稱無法滿足他的債主，我根據《葡萄牙商法典》（codigo commercial portuguez）第 1148 條第 3 款宣布他破產；因此在查封破產人 Tong-yek 全部資產、簿記和文書前下達命令，並且本人起誓任命商人 Caetano José Lourenço、巴冷登、Avong 和 Sam-qua 為破產臨時財產看管人。<sup>[28]</sup>

[20] 參見《澳門憲報》，壹千八百九十八年九月初一日，第35號附報。

[21] 參見林廣志：《澳門之魂：晚清澳門華商與華人社會研究》，廣州人民出版社2017年版，第143頁。

[22] 參見湯開建、吳志良主編：《澳門憲報中文資料輯錄（1850-1911）》，澳門基金會2002年版，第52、63頁。

[23] 參見同上註，第436頁。

[24] 參見同上註，第458-461頁。

[25] 參見同上註，第603-604頁。

[26] 參見曾金蓮：《19世紀中葉大陸法系在中國的移植——以葡萄牙對澳門華人司法管治為個案》，載《華南師範大學學報（社會科學版）》2017年第1期，第53-54頁。

[27] 根據該文的論證，首宗為顧辣地（José Bernardo Goularte）當選為1865年議事公會理事官後，任期一年內刊登了至少12宗執行結案告示中的首宗，參見同上註，第53頁。

[28] Tribunal da procuratura (1865.7.14) O Boletim do Governo de Macao, 1865-07-24 (Vol. XI No. 30): 119. 轉引自曾金

這裏明確適用的是 1833 年《葡萄牙商法典》，但此處的破產是何種破產呢？根據法條的內容，可初步判斷為商人的破產制度。其所適用的第 1148 條所在的章節為破產的認定（Da qualificação da quebra），其中第 1145 條規定破產有三種情形：有事由的，過失的以及欺騙的。第 1146 條規定的是由於遭遇不可抗力或意外事件導致商人無償還能力而破產；第 1147 條規定有過失的破產；第 1148 條規定的是在無抗辯的情況下視為過失破產的幾種情況，其中以上適用的第三款為失蹤或隱匿，或不前往法院或不在法律確定之居所（os que se ausentarem ou occultarem, ou não comparecerem na apresentação e termos de residência marcados pela lei），這裏可能是個人適用的情況。

除此之外，其他大部分都是商鋪的轉股、倒盤的公告，其中有一些明確提出按商法典處理的，大部分都是有葡文對照版本的。在以上圖 1 的數據中隨機抽取三個樣本進行說明：

樣本一是 1884 年 5 月 27 日的憲報，<sup>[29]</sup> 其對應的葡文日期有誤，應是 5 月 24 日，第 21 號，其漢文“合股做新利源頭磁器”可對應為“da sociedade denominado San li nguen”，其將股份頂讓其給其原來的股友黃五福堂承受……，日後生意盈虧，與蔡照無干涉，對應的葡文為“os quaes interesses e responsabilidades foram trespassados a Von-foe-tong”，可見此處的合股即是“sociedade”之一種，而股份則為“interesses”，生意盈虧濃縮成了具有高度概括性的法律用語“responsabilidade”。

樣本二為 1897 年 10 月 30 日第 44 號憲報，<sup>[30]</sup> 但對應的葡文版本也有錯誤應該是後一期，該樣本內容是昆隆店倒盤公示，其對應的葡文為“falencia da firma Kuan-long”，即該店破產，但是後面的是以認定生意為倒盤則對應的葡文為“declararam-se em cotado de quebra”，而後文所提及的適用商律例第 694 條及 706 附款則分別涉及的倒盤公告的管轄法庭以及債權人申報的期限，這些條文在 1888 年的《葡萄牙商法典》的第四卷專章（第 692 至 749 條）規定的破產（Das fallencias）中，其中包括商人和所有類型的“sociedade”，根據以上材料難以完全認定商主體類型，倒是將該店直接稱呼為“firma”也可能屬 Sociedades em nome colectivo 類型，但不管怎樣，其肯定是商法法制下受到規制的商事主體無疑。

樣本三為 1905 年 9 月 30 日第 39 號憲報，<sup>[31]</sup> 其主要的法律內容是分拆商股攤派事，對應的葡文是“dissolução de sociedade”，即公司的解散，而商股則是“uma ação commercial”，至於最後表述適用的“商律例條文准行分拆（julgada dissolvida a sociedade）”，樣本原文此處的翻譯的商律例與葡文不符，葡文指的是 Cod.do.Proc.Cmm，對應應是商事訴訟法典。不過，從此段樣本來看，此商事主體為“Sociedades anónimas”無疑。

綜上，在澳門憲報中的資料中，從該統計的第一例——即 1880 年 6 月出現第一例退股公告開始，<sup>[32]</sup>（其葡文資料中亦為商主體 sociedade），幾乎可以斷定這些華人商業團體以不同的姿態存在於歐陸商事法律體系下。由於篇幅所限，本文無法一一羅列細究。

## 七、澳門商業法制對內地的影響

以歐陸法典化法律體系為內容的澳葡法律在與澳門語言文化相同乃至親族往來頻繁的相近地

蓮：《19世紀中葉大陸法系在中國的移植——以葡萄牙對澳門華人司法管治為個案》，載《華南師範大學學報（社會科學版）》2017年第1期，第54頁。

[29] 參見湯開建、吳志良主編：《澳門憲報中文資料輯錄（1850-1911）》，澳門基金會2002年版，第111頁。

[30] 參見同上註，第267頁。

[31] 參見同上註，第432-433頁。

[32] 參見同上註，第33頁。

區，又產生何種影響呢？大清商律是光緒二十九年（1903年）十二月頒行。此前法律意義上的現代公司制度還未引入中國，關於公司的合法性沒有統一的規定<sup>[33]</sup>。但是，這不代表中西商事主體之間沒有以其他形式相互影響的可能，近代著名的改良派思想家澳門名士鄭觀應先生也針對內地的情況曾說道：

“華商公司不能振興，由於有剝商之條，無保商之政。查各國商律，各公司股東皆由股東公舉，總辦由股董公舉……今我國向無商律，不知商情”他還亟呼，“今欲整頓商務，必須仿照西例，速定商律”。<sup>[34]</sup>

長期在澳門生活的鄭觀應對於澳門社會的華商及其法律體制，不可謂是不熟悉。澳門的商事制度對周邊的影響，可從部分史料中窺見。《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案（清代部分·中文）》中的檔案反應了十九世紀中葉到二十世紀初，葡籍人士（包括澳門入籍華人）在兩廣地區請求廣州葡國領事予以商業等各方面保護的狀況，其中大部份是當事人申請保護的信件，以及領事照會當時的兩廣總督予以協助的照會信件。這些來往照會中大多數反映了一方情事和訴求，僅有幾個檔案反映了該請求保護或有來往情事的涉澳葡籍商事主體的法律狀況：

材料一：

於西紀一千八百九十八年九月十七日在澳門衙門有本國股東二人暨商共三人與前任前山都司黎中升即黎中配訂立合同開設公司購買小火輪船專做由省城往來中國內地各埠裝載貨物客生意按該合同第一款所載該小火船公司名平安其資本系由股東四人四分匀出其第二款載明該總公司設在澳門至第三款載明該總公司之總理系由各股東內擇一人為之名為伯爵飛南杖舉凡本公司所有詞訟事件無論在澳或在中國內地各埠三股東均給權由該總理出頭妥理

本公司現購有小火輪船多隻均系裝載貨客由省城往來中國內地各埠又經令該華人股東黎中配在省城南海縣屬朝陽街開設分公司一間挂有平安字號招牌但該黎中配開設公司已久迄尚未呈出該分公司數目是以商特用本公司合同第三款定明由華股東黎中配暨本國股東二人所給之權稟請貴總領事官轉照兩廣總督部堂飭南海縣傳該華人股東黎中配到案令伊將其所管理該分公司之數目呈出並將該分公司小火輪船九隻送回澳門以便由本總公司管理免失利益等情拋查此商所稟足見該公司資本本國人佔四份之三自應歸本總領事官保護為此照請貴部堂知照希飭南海縣傳該華人黎中配赴案飭其將該公司數目呈出將該公司所有之小火輪船三板船及帳部單據等件均送回澳門並飭迅速催傳俾免耽延日則本國人大受虧折是為至要<sup>[35]</sup>

材料一分析：

該商業司法協助的請求人為葡籍人士非難地伯爵，該案由光緒二十七年的正月入稟葡國領事一直持續處理到當年八月兩廣總督陶模的回覆截止，請求協助的內容為由葡國領事照會兩廣總督轉南海縣官署拘黎中配到案。

材料一的檔案反映的不僅僅是該商事主體的訴求，也直接表明了設立該公司的合同的主體內容，其重要性的前提是該合同的第二款，該總公司設在澳門。而設在澳門的公司顯然首先是適用於當時的葡萄牙的商法典體系的，該公司設立於1898年9月17日，顯然此時相對應的法典是1888年的商法典。正是基於此，本檔案才如此重要。該公司本身是由合同設立的，這也是符合此時的法

[33] 參見徐立志：《略論〈欽定大清商律〉對外國法的移植》，載《鄭州大學學報（哲學社會科學版）》2005年第5期，第80頁。

[34] 李玉：《晚清公司制度研究》，人民出版社2002年版，第99-100頁。

[35] 參見澳門基金會等編：《非難地委黎中配擅自開設分公司事致葡總領事稟文（光緒二十七年正月十五日）》；吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案》（清代部分·中文）第十六冊，廣東教育出版社2009年版，第283-316頁。

律規定的，<sup>[36]</sup>再觀察本公司的股份構成，以及公司機關總理，這些雖不能構成一個具體的章程，但是也完全可以構成成立該公司的合同的完整內容。另外還可知由華人股東黎中配在省城廣州開設了分公司，因此毫無疑問，該公司可以說是一家近代意義的外資公司。但由於在當時的中國，現代商事法律尚未引進，更不要提商事上的司法協助了，因而只能通過領事保護的程序照會兩廣總督予以協助拘傳未按要求呈交分公司帳目的華人股東。從這份成立公司的合同和訴求內容來看，這毫無疑問就是商業模式引入內地的明證，而這種公司的形式內容，也因此可以用來對證在相關地區的受到相同法制影響的公司類型。

材料二：

集股合約一<sup>[37]</sup>

竊以交無中外聲氣務貴相投盟矢初終手足究資效用是以集思者廣益知燕廈非一木能支通濟者有功故蜜巢由百花釀出道果克全於管鮑金分知我以何奇業苟不擇於虞奚利普同人而足茲中國香山縣人林梓芳新會縣人黃衛堯西洋人羅伯多祿三人素相友善花晨月夕恒以詩酒怡情矧值秋高豈讓龍山雅興因樓頭燕飲酒後鴻談益寬交情莫逆也然欲永敦友誼取善輔仁念各國有互市之條商務為當世所重以同心同德擬集資本銀壹萬伍仟大員 兑專請熟悉商務生意中人入開平赤坎埠開永祥源號正業生理並擬立鋪規各有專守特立合同三本三人簽名各執一本為據

永祥源生意既專托在事人全盤掌管凡鋪中一切應辦事宜概由在事人自主

在事人掌管永祥源生理日後財發萬金鷹照生意十份均派我三人名下各著三份在事人著壹份以為有功者賞勸

有功應賞有過不得無罰倘在事人為謀不忠致有弊竇一經察出定即斥逐該在事人或有虧空吞克等弊我三人須要合力追究不得挾私徇情

永祥源生理本為遠大起見或者買貨較多應由老本未能敷支應由在事人隨時酌加付充以期生意暢旺

所加充之本銀我三人無論孰為長短均計月息壹分 以昭公道

所集之老本銀壹萬伍仟大員 兑照周息壹分計庶外東始無虧負

集股合約二<sup>[38]</sup>

立合同帖人 西洋國人羅伯多祿 中國人楊向余張竹泉三人集股在省城其昌街南約設立寶華洋行亦出入口貨物等生意每股本壹仟元 兑 分三股共計三仟元各股東付仲無論多小照每月息壹分 應將股本經已按股皆壹式存下壹張在大西洋領事署每股收執壹張為據

光緒三十年貳月吉日 立約人 知見人

材料二分析：

材料二則同樣是一位西洋人——即葡萄牙人與華人的兩個不同公司的集股合同，其標題明確寫明是集股合約，內容均為集股，此前在分析澳門憲報中就提到過集股有限公司章程，但是由於漢文此時的翻譯難以確定其規範性，因此很難斷定其是否為所謂的集股有限公司，即有限公司（Sociedade por quotas），但此時立約時間為光緒二十六年，即 1900 年，葡萄牙本土都未引入該法律，當然只存在從德國直接借鑒該類型予以實踐的可能。對於合約一，在該領事檔案中影印有其封面，除了合約兩個手寫漢字，還有手寫的葡萄牙語“Regulamento da Firma”加其商號的粵語拼音名

[36] 見1888年葡萄牙商法典第113至117條對公司合同形式內容的專章規定。

[37] 參見澳門基金會等編：《羅伯多祿林梓芳黃衛堯集股合約（光緒二十六年九月初五日）》，載吳志良等主編：《葡萄牙外交部藏葡國駐廣州總領事館檔案》（清代部分·中文）第十三冊，廣東教育出版社2009年版，第247-255頁。

[38] 參見同上註，第256-258頁。

字<sup>[39]</sup>，回到上文的樣本二，同樣可見相同的命名方式，這難道是巧合？就合同的內容來說，該公司有股東三人，分別為葡萄牙人羅伯多祿，中國人林梓芳及黃衛堯，股份平均分為十份，每人三份，聘請之經理一份。而合約二，立於光緒三十年即1904年，此時大清商律已經施行，但仍未知全國的商業主體的合法性登記制度已經全面展開，鑑於之前兩個的合同文本，特別是後者基於前者立約之經驗，其法律文本在制度上的應該沒什麼差別。

綜上，材料一作為跨境公司，是歐陸商事法律制度實踐的直接證明，材料二則由於葡文內容所限，可以作為間接的證明。總之，澳門的葡萄牙法律制度對周邊地區的影響在此已經有明證，只是對於後來在法制層面的影響，例如常年接觸珠江流域洋商事務並主持修商律的粵籍法學家伍廷芳是否曾將其納入立法的考察範圍，則未所知也。

## 八、結論

據以上的論證，在中華大地上，澳門是首先接觸與適用歐陸法典體系的。商業團體豐富的類型也為澳門華商廣為接受，無論從數據統計還是從法律規範的分析來看都證明了這一點，並傳播到了臨近的廣東地區。

就本文的方法來說，通俗地表達之，就是將目光在法律史實與法律規範史之間來回穿梭。而法律史的社會科學化道路成功與否，關鍵就在於材料和理論之間的銜接。約束這二者關係的，除了傳統史學所講的“史識”和“史德”之外，恐怕更為重要的是要把社會科學化的理論回放到經驗材料中去檢驗。<sup>[40]</sup>

所謂邁向生活的法律史，一方面指問題意識要從生活中來，另一方面指要將生活邏輯帶入經驗到理論的推演中去。更深層次說，生活對於學術，不僅是一種方法論，更是一種立場。<sup>[41]</sup>就本文來說，我們看到了市民社會地帶的商事團體在法制上的融入，但究其根本來說，都緣於當事者的邏輯，筆者的邏輯不過是對他們的生活邏輯的一種臨摹而已，本文開頭所提到的話語的立場在今日說起來本來就有一絲奇怪，在歷史的場景中也會是整日逡巡在當事者的腦海中嗎？未必見得。當然，筆者的臨摹未必見得可靠，因為邁向生活的法律史的細節還需要更多材料的充實，才得以完善當事者的生活邏輯本身。

[39] 參見同上註，第247頁。

[40] 參見汪雄濤：《邁向生活的法律史》，載《中外法學》2014年第2期，第339-356頁。

[41] 參見同上註。

**Abstract:** The five codes and legal system of the Macao Special Administrative Region (SAR), transplanted from Portugal, falls under the civil law system. During the process of legal transplants in the 19th century, local Chinese merchants adapted to the new commercial legal regime in diverse ways, and influenced neighboring regions at the same period. Macao's abundant historical materials in both Chinese and Portuguese provided direct or indirect evidence for verifying the specific legal types of these commercial entities. This paper attempts to examine the legal resources in Macao's history from diverse perspectives and methodologies, and aims to demonstrate the choices of the logic of social life under the changing legal systems.

**Key words:** Legal Transplantation; Types of Company; Chinese Merchants in Macao; Commercial Code

---

(責任編輯：晉晨東)

# 歐盟數據跨境的司法檢視與中國鏡鑒

## ——GDPR“效力範圍”與“跨境轉移” 條款的聯動適用

紀正坦 \*

**摘要** GDPR第5章“向第三國或國際組織轉移個人數據”的具體解釋並非完全清晰，引發了GDPR第3條“效力範圍”與第5章“跨境轉移”條款之間的適用關係迷思。整體觀之，GDPR第3條“效力範圍”與第5章的“跨境轉移”條款相輔相成、相得益彰。一方面，當數據處理滿足GDPR第3條“效力範圍”但不構成數據跨境轉移時，尚不觸發GDPR數據跨境轉移規則的適用，數據控制者和處理者只需遵守GDPR的其餘規則以符合歐盟數據保護水準。另一方面，當數據處理構成了跨境轉移，在滿足GDPR第3條“效力範圍”的適用條件而受其約束後，GDPR第5章的“跨境轉移”條款將被觸發，保障數據跨境傳輸中的數據保護水準不被減損。釐清GDPR“效力範圍”與“跨境轉移”條款之間的適用關係可以為中國的法律完善和企業合規提供經驗鏡鑒。其一，中國可以通過司法解釋強化《中華人民共和國個人信息保護法》第3條“效力範圍”與第3章“跨境傳輸”條款之間的有機聯繫，並通過規則修訂改善個人信息跨境傳輸工具規則的可適用性。其二，鑑於在數據傳輸至歐盟後中國企業的抗辯難度較大，在數據跨境前採取GDPR第5章的數據跨境傳輸工具可以減少合規風險和救濟成本。

**關鍵詞** GDPR 效力範圍 數據跨境轉移 條款關係 聯動適用

### 一、問題的提出

2024年8月26日，荷蘭數據保護局（Autoriteit Persoonsgegevens，以下簡稱“荷蘭AP”）宣佈對Uber的兩家公司——總部位於美國的Uber Technologies Incorporated（以下簡稱“UTI”）和位於荷蘭的歐洲經濟區代表Uber B.V.（以下簡稱“UBV”）處以2.9億歐元的罰款。<sup>[1]</sup>關於該處罰

\* 紀正坦，西南政法大學國際法學院博士研究生。

本文係國家社會科學基金一般項目“中國加入CPTPP金融服務法律問題研究”（項目編號：22BFX143）、西南政法大學地方立法協同創新中心2025年度立法研究學生項目（項目編號：DFLFX202504）階段性成果。

[1] See Autoriteit Persoonsgegevens(AP), *Dutch DPA imposes a fine of 290 million euro on Uber because of transfers of drivers' data to the US*, Dutch DPA(26 August 2024), <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/current/dutch-dpa-imposes-a-fine-of-290-million-euro-on-uber-because-of-transfers-of-drivers-data-to-the-us>.

決定，荷蘭 AP 和 Uber 各執一詞，雙方的爭議主要集中在 Uber 的行為是否構成數據跨境轉移上。

#### （一）荷蘭 AP 指控：UTI 和 UBV 之間構成數據跨境轉移且未滿足歐盟標準

荷蘭 AP 指控 UTI 和 UBV 之間實施了數據跨境轉移行為，但二公司沒有滿足歐盟《通用數據保護條例》（General Data Protection Regulation, GDPR）第 44 條規定的個人數據跨境傳輸的保護水準，故對 Uber 處以行政罰款。<sup>[2]</sup>具言之，2020 年 7 月，歐盟法院在 *Shrems II* 案中宣佈歐盟與美國之間的《隱私盾協定》（Privacy Shield Framework）無效，但標準合同條款（Standard Contractual Clauses, SCCs）仍然可以作為將數據傳輸到歐盟域外的第三國或國際組織的有效工具，即便如此，仍需要滿足一定的條件，即第三國或國際組織需確保其提供與歐盟域內同等的數據保護水準。<sup>[3]</sup>

根據 Uber 的隱私聲明，UBV 和 UTI 簽署了數據共用協議，二者是處理歐洲經濟區內 Uber 司機個人數據的共同控制者，並在協議中納入了歐盟標準合同條款（SCCs）。然而，在 2021 年 6 月歐盟委員會（以下簡稱“歐委會”）對標準合同條款（SCCs）更新後，Uber 於 2021 年 8 月 6 日在共用協議中刪除了舊版的標準合同條款（SCCs），直到 2023 年 11 月 27 日，Uber 才加入歐盟與美國新達成的“數據隱私框架”（Data Privacy Framework）。<sup>[4]</sup>因此，荷蘭 AP 認為，UBV 在 2021 年 8 月 6 日至 2023 年 11 月 27 日期間通過平台收集的歐盟司機的“個人數據”<sup>[5]</sup>傳輸至美國總部 UTI 的服務器，在此期間內，一方面，歐盟和美國之間不存在 GDPR 第 45 條規定的“充分性認定”，另一方面，UBV 和 UTI 之間也不存在符合 GDPR 第 46 條規定的標準合同條款（SCCs）來為數據跨境傳輸提供適當保障，因此，UBV 和 UTI 之間的行為違反了 GDPR 第 5 章關於數據跨境轉移的規定，二者在數據跨境傳輸中損害了 GDPR 對自然人的保護水準。<sup>[6]</sup>同時，UBV 和 UTI 之間的行為違反了《歐盟基本權利憲章》第 7 條和第 8 條，將歐盟數據主體的基本權利和自由置於風險之中。<sup>[7]</sup>

#### （二）Uber 之抗辯：UTI 和 UBV 之間構成數據跨境轉移之悖論

針對荷蘭 AP 的指控，Uber 認為 UTI 和 UBV 之間的行為不構成數據跨境轉移，且在滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”<sup>[8]</sup>而適用 GDPR 數據處理的一般規則後，GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”<sup>[9]</sup>不能被同時觸發。首先，Uber 認為，UTI 直接收集了歐盟司機在應用程序上提供的個人數據，UTI 和 UBV 之間不存在“數據輸出方”和“數據接收方”的關係，UBV 並未向 UTI 傳輸

[2] See Autoriteit Persoonsgegevens(AP), *Besluit tot oplegging bestuurlijke boete*, Dutch DPA(22 July 2024), <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/system/files?file=2024-08/Besluit%20boete%20Uber%20doorgifte%20naar%20VS.pdf>.

[3] See Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximillian Schrems, ECJ Case 311/18, Judgment of 16 July 2020, para.168-189.

[4] 2023年7月10日《歐盟—美國數據隱私框架的充分性認定》正式生效，加入該框架的美國商業組織可以傳輸歐盟個人數據，無需提供額外的保障措施。

[5] 這些數據涉及帳戶數據、駕駛證數據、位置數據、照片、付款數據等。

[6] See Autoriteit Persoonsgegevens(AP), *Besluit tot oplegging bestuurlijke boete*, Dutch DPA(22 July 2024), <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/system/files?file=2024-08/Besluit%20boete%20Uber%20doorgifte%20naar%20VS.pdf>.

[7] 《歐盟基本權利憲章》第7條規定了“尊重私人和家庭生活”的隱私權，第8條明確了個人數據權。

[8] GDPR第3條“效力範圍”：1.本條例適用於在歐盟內部設立的數據控制者或處理者對個人數據的處理，不論其數據處理是否位於歐盟內部。2.本條例適用於如下相關活動中的個人數據處理，即使數據控制者或處理者不在歐盟設立：(a)為歐盟內的數據主體提供商品或服務——不論此項商品是否要求數據主體支付對價；或(b)對發生在歐洲範圍內的數據主體的活動進行監控。3.本條例適用於在歐盟之外設立，但基於國際公法成員國的法律對其有管轄權的個人數據處理。

[9] GDPR第5章“數據跨境轉移條款”包括GDPR第44條—第50條，具體包含第44條“轉移的一般原則”、第45條“基於充分性認定的轉移”、第46條“遵守適當保障措施的轉移”、第47條“有約束力的公司規則”、第48條“未經歐盟法授權的轉移或披露”、第49條“特定情形下的克減”、第50條“個人數據保護的國際合作”。

這些數據，因此應排除適用 GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”。<sup>[10]</sup>但在對“數據輸出方”的認定上，荷蘭 AP 認為，UBV 直接與歐盟司機簽署合同，其要求歐盟司機向 UBV 主動提供或允許 UBV 收集其個人數據，UBV 對歐盟司機的權利行使和意願抉擇產生重大影響，UBV 在對歐盟司機的個人數據處理上具有絕對的控制權。為了保障歐盟司機的權利，需要明確歐盟司機個人數據向美國傳輸的責任主體，因而荷蘭 AP 對“數據輸出方”作出擴大解釋，認為 UBV 是“數據輸出方”，而 UTI 為“數據接收方”，雙方之間存在數據跨境轉移行為。<sup>[11]</sup>

其次，Uber 認為，UTI 和 UBV 之間的數據處理行為因滿足 GDPR 第 3 條“效力範圍條款”而受到 GDPR 約束後，GDPR 的數據保護條款已經規制了二者之間的數據處理行為，GDPR 第 5 章“跨境轉移條款”因不應適用於二者故應處於休眠狀態。詳言之，Uber 認為，當 UBV 和 UTI 作為聯合控制者處理歐盟司機的個人數據時，在二者的行為已經滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”後應直接受 GDPR 數據處理規則的規制，而不應被納入 GDPR 第 5 章“跨境轉移條款”的約束範圍。<sup>[12]</sup>然而，荷蘭 AP 並不認可 Uber 的辯解，其認為，如果因 UTI 和 UBV 為共同的數據控制者而否定數據跨境轉移的存在，並故此排除適用 GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”，此時，GDPR 的立法宗旨和目標將被違背，歐盟的數據保護水準將被減損。<sup>[13]</sup>

### （三）GDPR “效力範圍”與“跨境轉移”條款的適用關係迷思

概言之，荷蘭 AP 和 Uber 的爭議焦點為：GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”與第 5 章的“跨境轉移條款”之間的適用關係究竟為何，即在滿足 GDPR 第 3 條“效力範圍條款”而受 GDPR 規則約束後，什麼時候觸發 GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”的適用？究其本質，該問題的核心在於對“數據跨境轉移”的判定，對“數據跨境轉移”術語的不同解釋即可產生差異化的判斷。

然而，GDPR 規則本身並未對第 5 章中的“將個人數據轉移到第三國或國際組織”的內涵進行釋明，歐盟判例法對澄清這一術語的貢獻也十分有限。毋庸置疑，在 GDPR 缺少相關內容、判例指引尚顯不足的情況下，數據跨境轉移的內涵與外延愈發模糊，導致 GDPR 第 3 條與第 5 章之間的適用關係也變得模糊。鑑於此，2023 年 2 月 14 日，歐洲數據保護委員會（European Data Protection Board, EDPB）發佈了《關於適用 GDPR 第 3 條與第 5 章跨境轉移規定之間相互作用的第 05/2021 號指南》（以下簡稱《第 05/2021 號指南》），對數據跨境轉移的具體內涵進行了釋明。<sup>[14]</sup>該指南雖未能與 GDPR 規則一樣具有強制性約束力，但能夠體現歐盟數據保護和合規理念，進而為司法實踐提供指引。

當前，中國學界已分別針對 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”和第 5 章的“跨境轉移條款”展開了研究。在 GDPR “效力範圍條款”的相關研究上，陳詠梅、伍聰聰以 GDPR 第 3 條的域外適用規則為研究對象，對 GDPR 第 3 條的“設立機構”標準、“目標指向”標準及“因國際公法而適用”的域外適用標準開展了深度分析。<sup>[15]</sup>董京波、蘇希春在互聯網企業場景下探討了 GDPR 第 3 條的域外效力對中國互聯網企業帶來的合規挑戰與因應方案。<sup>[16]</sup>張哲、齊愛民以《中華人民共和國個

[10] See Autoriteit Persoonsgegevens(AP), *Besluit tot oplegging bestuurlijke boete*, Dutch DPA(22 July 2024), <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/system/files?file=2024-08/Besluit%20boete%20Uber%20doorgifte%20naar%20VS.pdf>.

[11] Ibid., p.23-27.

[12] Ibid., p.13.

[13] Ibid., p.18.

[14] See Guidelines on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR (Version 2.0), (EDPB) 05/2021, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_guidelines\\_05-2021\\_interplay\\_between\\_the\\_application\\_of\\_art3-chapter\\_v\\_of\\_the\\_gdpr\\_v2\\_en\\_0.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_guidelines_05-2021_interplay_between_the_application_of_art3-chapter_v_of_the_gdpr_v2_en_0.pdf).

[15] 參見陳詠梅、伍聰聰：《歐盟〈通用數據保護條例〉域外適用條件之解構》，載《德國研究》2022年第2期，第87-88頁。

[16] 參見董京波、蘇希春：《GDPR域外效力對我國互聯網企業的挑戰與應對》，載《湖南大學學報（社會科學版）》2022年第4期，第115-116頁。

人信息保護法》（以下簡稱《個人信息保護法》）的域外效力制度為視角，對GDPR第3條的域外效力規則與中國個人信息保護規則的域外效力制度進行了對比研究。<sup>[17]</sup>在GDPR“跨境轉移條款”的相關研究上，李仁真、羅琳娜分析了GDPR第5章數據跨境傳輸工具中標準合同條款（SCCs）的變化特點、應用場景和規則啟示。<sup>[18]</sup>金晶對GDPR第5章中的“充分性認定”、標準合同條款（SCCs）等數據跨境傳輸規則的司法適用進行了研究。<sup>[19]</sup>梅傲、黃林羚對GDPR第5章數據跨境傳輸規則所體現的歐盟模式進行了探討，並提出了中國數據跨境轉移規則的完善建議。<sup>[20]</sup>

由此可見，已有研究成果要麼探討GDPR第3條的“效力範圍條款”，要麼探究GDPR第5章的“跨境轉移條款”，而聚焦於分析GDPR“效力範圍條款”與“跨境轉移條款”之間適用關係的研究暫付闕如。目前，中國缺少處理《個人信息保護法》第3條“效力範圍條款”與第3章“跨境傳輸條款”之間適用關係的規則。因此，本文將通過撥開GDPR“效力範圍條款”與“跨境轉移條款”之間的適用關係迷霧，檢視歐盟數據跨境轉移的保護水準，旨在為深化中國數據跨境傳輸規則的理論研究、改善中國數據跨境傳輸規則的適用性提供建議。

## 二、滿足GDPR“效力範圍”之後“跨境轉移條款”的排除適用

根據EDPB發佈的《第05/2021號指南》所界定的數據跨境轉移的三項“累積標準”<sup>[21]</sup>，作為“數據輸出方”的數據控制者或處理者在處理數據時需受到GDPR的約束，即“數據輸出方”的數據處理行為需首先滿足GDPR第3條的“效力範圍”。換言之，首先需要判斷“數據輸出方”的數據處理行為受GDPR的管轄，在此基礎上，再判斷其數據處理行為是否涉及數據跨境轉移。在判斷數據處理行為屬於受GDPR第3條“效力範圍”管轄的三種情形之一後，若甄別並排除“數據輸出方”和“數據接收方”之間的數據跨境轉移行為，此時GDPR第5章的“跨境轉移條款”將處於休眠狀態。

第一，根據GDPR第3.1條的規定，GDPR適用於在歐盟境內設立的數據控制者或處理者處理個人數據的行為，不論其數據處理行為是否發生於歐盟境內（以下簡稱“設立機構”標準）。<sup>[22]</sup>例如，B公司作為A公司在歐盟設立的分支機構，由於B公司在歐盟成員國領土內以“穩定安排”的方式開展了實際有效的活動，並且在其經營活動範圍內開展了個人數據處理行為，因而滿足GDPR第3.1條的“設立機構”標準，由此B公司被納入GDPR的管轄範圍。<sup>[23]</sup>此時，如果B公司未向歐盟境外的數據控制者或處理者提供或披露歐盟數據主體的個人數據，則不構成數據跨境轉移行為，在滿足GDPR第3.1條的“設立機構”標準下排除適用GDPR第5章的“跨境轉移條款”，

[17] 參見張哲、齊愛民：《論我國個人信息保護法域外效力制度的構建》，載《重慶大學學報（社會科學版）》2022年第5期，第215-216頁。

[18] 參見李仁真、羅琳娜：《歐盟數據跨境傳輸標準合同條款新發展及啟示》，載《情報雜誌》2022年第5期，第149-150頁。

[19] 參見金晶：《個人數據跨境傳輸的歐盟標準——規則建構、司法推動與範式擴張》，載《歐洲研究》2021年第4期，第94-95頁。

[20] 參見梅傲、黃林羚：《數據跨境轉移的歐盟規則及對中國的啟示》，載《國際貿易》2023年第3期，第41-42頁。

[21] 三項累積標準包括：第一，作為“輸出方”的數據控制者或處理者在處理個人數據時受GDPR約束；第二，“輸出方”通過傳輸或其他方式向作為“接收方”的數據控制方、處理方或聯合控制方披露被處理的個人數據；第三，“接收方”位於第三國，無論“接收方”是否受GDPR第3條規定的處理方式的約束，或者是否為國際組織。

[22] See General Data Protection Regulation (GDPR), (EU) 2016/679, art. 3.1.

[23] See GDPR, rec. 22.

而直接適用 GDPR 關於數據處理的其他條款。

第二，根據 GDPR 第 3.2 條的規定，GDPR 適用於在歐盟境外的數據控制者或處理者為歐盟境內的數據主體提供商品或服務，或針對歐盟境內數據主體的活動進行監控的情形（以下簡稱“目標指向”標準）。<sup>[24]</sup> 例如，A 公司位於歐盟境外，B 公司位於歐盟境內，A 公司係 B 公司的母公司，根據 A 公司與 B 公司之間簽訂的相關協議，位於歐盟境外的 A 公司向歐盟境內的用戶提供商品或服務。此時，如果 B 公司未向位於第三國的 A 公司提供或披露歐盟數據主體的個人數據，則不構成數據跨境轉移，此時將在滿足 GDPR 第 3.2 條的“目標指向”標準下，排除適用 GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”，A 公司和 B 公司需遵守 GDPR 關於數據處理的其餘規則。需要注意的是，“數據輸出方”需為歐盟境內的數據控制者或處理者，而當數據主體直接向歐盟境外的數據控制者或處理者提供自己的個人數據時，數據主體並非為輸出數據的歐盟數據控制者或處理者，即數據主體不構成“數據輸出方”。<sup>[25]</sup> 因此，即使歐盟境外的數據控制者或處理者滿足 GDPR 第 3.2 條的“目標指向”標準，數據主體直接向其提供個人數據的行為也不構成跨境轉移。例如，位於歐盟的數據主體 A 通過第三國運營的平台 B 購買商品，在此過程中，B 收集了 A 的個人數據。由於 B 針對歐盟境內的用戶提供商品和服務，因此 B 已滿足 GDPR 第 3.2 條的“目標指向”標準而受到 GDPR 的規制。此時，A 直接向 B 提供自己的個人數據，如上所述，直接提供自己個人數據的數據主體不構成“數據輸出方”。因此，該數據處理行為並不構成 GDPR 第 5 章意義上的數據跨境轉移，此數據處理行為亦不受 GDPR 第 5 章“跨境轉移條款”的約束，而受到 GDPR 其他非跨境轉移條款的約束。

第三，根據 GDPR 第 3.3 條的規定，GDPR 適用於在歐盟境外設立，但基於國際公法，歐盟成員國的法律對其有管轄權的個人數據處理活動（以下簡稱“因國際公法而適用”標準）。<sup>[26]</sup> 該項標準適用於歐盟成員國駐歐盟境外使領館的個人數據處理行為，包括將個人數據轉移到第三國或國際組織的行為。例如，當歐盟成員國將其收集的歐盟數據主體的個人數據發送到歐盟成員國駐第三國的使領館時，由於滿足 GDPR 第 3.3 條的“因國際公法而適用”標準，該行為將受到 GDPR 的約束，但該數據傳輸被視為僅發生在歐盟成員國的領土範圍內，將不構成歐盟成員國向第三國的數據跨境轉移，因此雖然適用 GDPR，但並不受 GDPR 第 5 章的規制。

綜上，當數據控制者或處理者的數據處理行為滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍”但不構成第 5 章意義上的數據跨境轉移時，將排除適用 GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”。然而，這並不意味著數據控制者或處理者無需採取任何數據保護措施。鑑於 GDPR 第 3 條“效力範圍”旨在解決 GDPR 能否規制某數據處理行為，在確定數據處理行為能夠被納入 GDPR 的規制範圍後，數據處理行為即需受到 GDPR 約束。儘管此時的數據處理行為因不構成 GDPR 第 5 章意義上的數據跨境轉移而排除適用該章規則，但該數據處理行為仍需遵守 GDPR 關於數據處理的其餘規則。

### 三、滿足GDPR“效力範圍”之後“跨境轉移條款”的相繼觸發

那麼，在滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍”後，GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”如何被相繼觸發呢？對於這一問題，歐盟立法和司法實踐尚未有固定的標準，需要分情形進行判斷。

#### （一）第三國數據控制者委託歐盟境外數據處理者處理數據

[24] See GDPR, art. 3.2.

[25] 從GDPR第4條第10款的規定來看，GDPR將數據主體、數據控制者、數據處理者作為並列的主體概念，因此應當對數據主體、數據控制者、數據處理者進行區分。

[26] See GDPR, art. 3.3.

如前所述，當數據主體直接向歐盟境外的數據控制者提供自己的個人數據時，鑑於數據主體並不構成“數據輸出方”，因此該數據處理行為不構成GDPR第5章意義上的數據跨境轉移。在此基礎上，如果第三國的數據控制者進一步將其收集的數據發送並委託給歐盟境外的數據處理者處理這些數據，則此行為將構成數據跨境轉移，第三國的數據控制者將被認定為“數據輸出方”，歐盟境外的數據處理者為“數據接收方”，此時GDPR第5章的“跨境轉移條款”將得以適用。<sup>[27]</sup>

例如，位於歐盟的數據主體A通過在第三國運營的平台B購買商品，在此過程中A向B提供了個人數據。如果B滿足GDPR序言第23條的前提，即B使用歐盟成員國的語言或貨幣訂購商品或服務，或對歐盟境內的用戶提供服務，則表明B有意向歐盟境內的用戶提供商品或服務。<sup>[28]</sup>因此，B因滿足前述GDPR第3.2條的“目標指向”標準而受到GDPR規制。在此基礎上，如果B作為數據控制者委託位於歐盟境外的數據處理者C處理歐盟用戶的個人數據。那麼，B向位於歐盟境外的C提供數據的行為就構成數據的跨境轉移，需要遵守GDPR第5章的“跨境轉移條款”，歐盟通過此規制手段來保障數據跨境轉移過程中數據主體的權利不被減損。

## （二）歐盟數據控制者或處理者向第三國數據控制者或處理者跨境轉移數據

根據GDPR第44條的規定，“數據輸出方”既可以為數據控制者，也可以是數據處理者。<sup>[29]</sup>無論為何，某數據處理行為若要構成數據的跨境轉移，需要存在作為“數據輸出方”的數據控制者或處理者。不同情形下歐盟對數據跨境傳輸的保護措施存在差異，如歐盟標準合同條款(SCCs)設置了“控制者—控制者”“控制者—處理者”“處理者—控制者”“處理者—處理者”四種個人數據跨境傳輸的模型，對不同模型設置了差異化的個人數據跨境傳輸保護措施。<sup>[30]</sup>鑑於此，需要進一步對歐盟數據控制者和數據處理者分別作為“數據輸出方”時歐盟的數據保護措施進行研究。

### 1. 歐盟數據控制者作為“輸出方”向第三國數據控制者或處理者傳輸數據

當位於歐盟境內的數據控制者為“數據輸出方”時，此時歐盟數據控制者因滿足GDPR第3.1條的“設立機構”標準而受GDPR約束，在此基礎上，需要繼續分析歐盟數據控制者是否存在將歐盟數據主體的個人數據傳輸至第三國數據控制者或處理者的跨境轉移行為，進而判斷其是否受GDPR第5章規則的約束。具體而言，歐盟數據控制者作為“輸出方”向第三國傳輸數據存在以下兩種情形：

第一，歐盟數據控制者向第三國數據控制者傳輸數據。位於歐盟境內的數據控制者收集歐盟數據主體的個人數據，該數據控制者（數據輸出方）將其收集的歐盟數據傳輸至第三國的數據控制者（數據接收方），此時構成數據的跨境轉移，將引發GDPR第5章的規制。<sup>[31]</sup>例如，歐盟的數據主體S通過歐盟境內的線上旅遊平台P預訂了位於歐盟境外的酒店（第三國數據控制者），在此過程中，P作為歐盟境內的數據控制者收集了S的個人數據，並將S的個人數據傳輸至歐盟境外的酒店，此時便發生了數據的跨境轉移，因而該數據轉移行為將受到GDPR第5章“跨境轉移條款”的規制。

- 
- [27] See Guidelines on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR (Version 2.0), (EDPB) 05/2021, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_guidelines\\_05-2021\\_interplay\\_between\\_the\\_application\\_of\\_art3-chapter\\_v\\_of\\_the\\_gdpr\\_v2\\_en\\_0.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_guidelines_05-2021_interplay_between_the_application_of_art3-chapter_v_of_the_gdpr_v2_en_0.pdf).
  - [28] See GDPR, rec. 23.
  - [29] See GDPR, art. 44.
  - [30] See Commission Implementing Decision on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679, (EU) 2021/914, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021D0914>.
  - [31] See Guidelines on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR (Version 2.0), (EDPB) 05/2021, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_guidelines\\_05-2021\\_interplay\\_between\\_the\\_application\\_of\\_art3-chapter\\_v\\_of\\_the\\_gdpr\\_v2\\_en\\_0.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_guidelines_05-2021_interplay_between_the_application_of_art3-chapter_v_of_the_gdpr_v2_en_0.pdf).

第二，歐盟數據控制者向第三國數據處理者傳輸數據。在此情形下，位於歐盟境內的數據控制者收集歐盟數據主體的個人數據，該數據控制者（數據輸出方）將其收集的數據傳輸至第三國的數據處理者（數據接收方），此時便構成了數據的跨境轉移，從而引發 GDPR 第 5 章規則的適用。<sup>[32]</sup>例如，歐盟境內的數據控制者 A 委託歐盟境外的數據處理者 B 處理歐盟數據主體的個人數據。此時，歐盟數據主體的個人數據由 A 傳輸至 B，即屬於 GDPR 第 3.1 條“設立機構”標準中“歐盟境內控制者委託境外處理者處理數據”的情形，需要雙方簽訂協議以明確 GDPR 管轄下的責任劃分。<sup>[33]</sup>此外，由於此時發生了將歐盟數據主體的個人數據轉移至第三國的情形，因此應當受 GDPR 第 5 章“跨境轉移條款”的規制。又如，一家位於第三國的 C 公司是母公司，位於歐盟境內的 D 公司是 C 公司的子公司。D 公司向 C 公司提供其員工的個人數據，C 公司將這些數據存儲在第三國的設施中。此時，D 公司是歐盟境內的數據控制者，C 公司是第三國的數據處理者。D 公司向 C 公司傳輸數據即構成跨境轉移，受到 GDPR 第 5 章“跨境轉移條款”的規制。

## 2. 歐盟數據處理者作為“輸出方”向第三國數據控制者或處理者傳輸數據

當歐盟境內的數據處理者成為“數據輸出方”時，歐盟數據處理者將因滿足 GDPR 第 3.1 條“設立機構”標準而受到 GDPR 的約束。在此基礎上，可能發生將歐盟數據主體的個人數據傳輸至第三國數據控制者或處理者的數據跨境轉移情形。此時也可分為兩種情形：

第一，歐盟數據處理者向第三國數據控制者傳輸數據。在此情形下，第三國數據控制者委託歐盟境內的數據處理者處理數據。此時，如果歐盟數據處理者向第三國數據控制者傳輸歐盟數據主體的個人數據，則構成第 5 章意義上的數據跨境轉移。<sup>[34]</sup>例如，第三國數據控制者 A 將其直接收集的歐盟數據主體的個人數據發送至歐盟境內的數據處理者 B，A 委託 B 處理這些數據，B 將處理後的數據發回至 A 位於第三國的存儲設施上。此時，由於 B 將處理後的數據發送回至 A，即發生了個人數據的跨境轉移，因此行為將被納入 GDPR 第 5 章“跨境轉移條款”的規制範圍。

第二，歐盟數據處理者向第三國數據處理者傳輸數據。根據前述 EDPB 發佈的《第 05/2021 號指南》的規定，當數據處理者將部分數據處理活動委託給第三國的次級處理者時，如果數據控制者在書面指示中強調不允許數據處理者向第三國轉移或披露個人數據，則即使數據處理者在第三國設有分支機構，也不允許其向第三國的次級處理者傳輸數據，這與 EDPB 在其他指南中對數據控制者和處理者的解釋有關。<sup>[35]</sup>究其原因，在涉及數據跨境轉移的數據處理活動中，歐盟認為，數據主體的基本權利和自由將被置於較高風險之中，如果數據控制者在數據跨境轉移上持保守立場，則數據處理者與次級處理者之間的數據跨境轉移應遵從數據控制者的立場。<sup>[36]</sup>例如，作為數據控制者的歐盟 A 公司委託作為數據處理者的歐盟 B 公司處理數據，B 公司將其部分數據處理活動分包給位於第三國的次級處理者 C 公司，在此過程中，B 公司將數據傳輸至了 C 公司。此時，B 公司作為歐盟的數據處理者向第三國的次級處理者 C 公司傳輸數據，這一行為便構成了 GDPR 第 5 章的數據跨境轉移，因此觸發 GDPR 第 5 章的規則適用。

[32] 參見裴軼、洪延青：《關於GDPR第3條與根據第五章的數據國際轉移規定在適用時相互作用的05/2021準則》，載《數據法學》2023年第2期，第236-237頁。

[33] See Guidelines on the territorial scope of the GDPR (Article 3) (Version 2.1), (EDPB) 3/2018, [https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/file1/edpb\\_guidelines\\_3\\_2018\\_territorial\\_scope\\_after\\_public\\_consultation\\_en\\_1.pdf](https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_after_public_consultation_en_1.pdf).

[34] See Guidelines on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR (Version 2.0), (EDPB) 05/2021, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_guidelines\\_05-2021\\_interplay\\_between\\_the\\_application\\_of\\_art3-chapter\\_v\\_of\\_the\\_gdpr\\_v2\\_en\\_0.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_guidelines_05-2021_interplay_between_the_application_of_art3-chapter_v_of_the_gdpr_v2_en_0.pdf).

[35] See Guidelines on the concepts of controller and processor in the GDPR (Version 2.1), (EDPB) 07/2020, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-10/EDPB\\_guidelines\\_202007\\_controllerprocessor\\_final\\_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-10/EDPB_guidelines_202007_controllerprocessor_final_en.pdf).

[36] 參見商希雪：《超越私權屬性的個人信息共用——基於〈歐盟一般數據保護條例〉正當利益條款的分析》，載《法商研究》2020年第2期，第61-62頁。

### （三）第三國當局數據訪問請求引發的數據跨境轉移

第三國當局的數據訪問請求可能導致原來的歐盟內部數據處理行為轉化為數據跨境轉移行為，進而引發 GDPR 第 5 章規則的適用。此時需要採取符合 GDPR 規定的保障措施，確保第三國的數據訪問請求不會將歐盟數據主體的基本權利和自由置於風險之中。

#### 1. 代表歐盟數據控制者的歐盟數據處理者允許第三國訪問數據

當歐盟數據處理者代表歐盟數據控制者開展數據處理活動時，可能收到第三國當局的數據訪問請求，由此導致發生數據跨境轉移。<sup>[37]</sup> 例如，荷蘭的數據處理者 A 公司代表法國的數據控制者 B 公司處理數據，位於歐盟境外的 C 公司是 A 公司的母公司。根據 A 公司和 B 公司之間的協議，A 公司根據 B 公司的指示處理歐盟個人數據。由於 A 公司和 B 公司都位於歐盟境內，因此二者因滿足 GDPR 第 3.1 條的“設立機構”標準而受 GDPR 約束。但此情形下 A 公司與 B 公司之間的數據傳輸不構成 GDPR 第 5 章的數據跨境轉移。然則，如果 A 公司受到其位於歐盟境外的母公司 C 公司所在國具有域外效力的法律約束，進而收到該國當局的數據訪問請求，且 A 公司因遵循該請求而將數據傳輸至 C 公司，此時該行為則構成 GDPR 第 5 章項下的數據跨境轉移，將觸發 GDPR 第 5 章規則的適用。

事實上，數據處理者允許第三國當局的數據訪問也將違反 GDPR 的其他規定。詳言之，數據控制者往往通過與數據處理者簽訂協議等方式授予數據處理者處理數據的权限，如果數據處理者違反了有關禁止向第三國轉移個人數據的協議條款，因遵循第三國法律接受了該國當局的數據訪問請求，進而發生了數據跨境轉移，這種行為將違反 GDPR 第 28.3 條的規定。<sup>[38]</sup> 此時，數據處理者突破了數據控制者的授權範圍，間接行使著數據控制者的獨立職能。在此情形下，根據 GDPR 第 5 章第 48 條“歐盟法律未授權的傳輸或披露”的相關規定，當第三國的有關當局要求數據控制者或處理者轉移或披露歐盟個人數據時，需要第三國與歐盟或歐盟成員之間存在有效的國際協定才能轉移數據，如司法協助條約等。<sup>[39]</sup> 此外，在第三國的數據訪問下，數據處理者應當履行確保數據處理不會損害歐盟數據主體基本權利和自由的義務。然而，當數據處理者受到第三國的法律約束時，毫無疑問將增加自身履行義務的難度。鑑於此，數據控制者應當充分履行挑選適格數據處理者的義務，在委託數據處理者處理數據時開展審慎評估，使數據處理者涉及的數據跨境轉移行為能夠得到 GDPR 第 5 章規制措施的約束。<sup>[40]</sup>

#### 2. 歐盟數據控制者的員工基於第三國請求披露數據

作為數據控制者的歐盟公司的員工因公務赴第三國出差，在出差期間，該員工通過電子設備訪問公司內部的數據並保留至其設備中。此種情形屬於數據控制者利用人力資源實現數據的內部處理，該員工通過電子設備訪問並存儲公司內部數據的行為並不構成 GDPR 第 5 章的數據跨境轉移，因為該員工是在公司授權下開展的活動，且其並非臨時雇傭的員工。<sup>[41]</sup> 此時，該員工與公司被視為

[37] See Guidelines on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR (Version 2.0), (EDPB) 05/2021, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_guidelines\\_05-2021\\_interplay\\_between\\_the\\_application\\_of\\_art3-chapter\\_v\\_of\\_the\\_gdpr\\_v2\\_en\\_0.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_guidelines_05-2021_interplay_between_the_application_of_art3-chapter_v_of_the_gdpr_v2_en_0.pdf).

[38] 根據GDPR第28.3條的規定，數據處理者只需根據數據控制者的書面指示向第三國或國際組織傳輸個人數據，並遵守GDPR第5章的數據跨境轉移規則，在未獲得數據控制者書面指示的情況下，除非歐盟或成員國法律要求數據處理者向第三國或國際組織傳輸個人數據才能實施傳輸行為，此時數據處理者在跨境傳輸個人數據前應當通知數據控制者，除非上述歐盟或成員國的法律以公共利益為由禁止向數據控制者提供此類信息。

[39] See GDPR, art. 48.

[40] 根據GDPR序言第81條和正文第28.1條的規定，當數據控制者委託數據處理者進行數據處理時，數據控制者應當只使用在專業知識、可靠性和資源等方面提供充分保證的數據處理者，即數據處理者針對數據處理行為採取了符合GDPR規定的適當的技術和組織措施，以保障歐盟數據主體的基本權利和自由。

[41] See Guidelines on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as

一體，因此，該數據傳輸亦被認為發生於公司內部，隨後的數據處理活動也是由該公司執行。由於該公司位於歐盟境內，因滿足 GDPR 第 3.1 條“設立機構”標準而受到 GDPR 的約束。<sup>[42]</sup>然而，如果該員工基於第三國的法律約束而允許第三國當局訪問公司內部數據，或將其存儲的數據披露給第三國的數據控制者或處理者，此行為將被視為該公司作為“數據輸出方”向第三國的數據控制者或處理者傳輸數據，因而構成 GDPR 第 5 章規制的數據跨境轉移，引發 GDPR 第 5 章所涉條款的適用。

### 3. 歐盟成員國駐外使領館基於第三國請求提供數據

當歐盟成員國將其收集的歐盟數據主體的個人數據發送到該成員國駐第三國的使領館時，因滿足 GDPR 第 3.3 條的“因國際公法而適用”標準而受到 GDPR 的約束。鑑於該數據傳輸發生於歐盟成員國與其駐外使領館之間，被視為發生於歐盟成員國的領土範圍內，原本並不構成歐盟成員國向第三國的數據跨境轉移。然而，如果該使領館基於第三國的訪問請求而提供或披露了歐盟數據主體的個人數據，則將構成歐盟個人數據的跨境轉移，此時則將受到 GDPR 第 5 章所涉條款的規制。

## 四、GDPR “效力範圍”與“跨境轉移”條款的聯動效應

整體觀之，GDPR 第 3 條“效力範圍條款”與第 5 章所涉“跨境轉移條款”適用關係的邏輯在於：當數據處理已經符合 GDPR 第 3 條效力範圍規定而受到 GDPR 約束時，需要鑑別其是否涉及 GDPR 第 5 章規制的數據跨境轉移，並根據不同情況考慮 GDPR 具體條款的適用。第一，如果不構成數據跨境轉移，則不觸發 GDPR 第 5 章所涉的“跨境轉移條款”，此時數據控制者或處理者僅需遵守 GDPR “跨境轉移條款”之外的其他條款。第二，如果構成數據跨境轉移，數據控制者或處理者首先因符合 GDPR 的“效力範圍條款”而受其約束，在此基礎上，將進一步觸發 GDPR 第 5 章的規制。可見，歐盟通過 GDPR 第 3 條“效力範圍條款”和第 5 章“跨境轉移條款”的相輔相成、相得益彰，構建起歐盟數據保護水準不被減損的規則堡壘。

### （一）落入 GDPR “效力範圍”後“跨境轉移條款”的排除適用：數據保護水準的穩定延續

當數據控制者或處理者的數據處理行為滿足 GDPR 第 3 條“效力範圍”而不滿足 GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”要求時，數據控制者或處理者在開展數據處理活動時將適用第 5 章以外的其他 GDPR 條款，以確保符合歐盟的數據保護水準，使得歐盟數據主體的基本權利和自由得到持續保障。例如，當歐盟境外的數據控制者向歐盟境內的數據主體提供商品或服務，並且歐盟數據主體直接向其提供自己的個人數據時，由於數據主體不構成“數據輸出方”而不符合數據跨境轉移的判定條件，此時只因滿足 GDPR 第 3.2 條的“目標指向”標準而適用 GDPR 第 5 章以外的其他非跨境轉移規則。再如，當歐盟數據控制者的員工在第三國出差時訪問該控制者的內部數據，由於該員工被視為歐盟數據控制者的一部分，因此數據將被視為在歐盟數據控制者的內部傳輸而非跨境轉移，也將因滿足 GDPR 第 3.1 條的“設立機構”標準而受 GDPR 約束。

諸如此類，數據控制者或處理者在開展非跨境轉移的數據處理活動時應遵守 GDPR 關於數據處理的一般規則，以保障歐盟數據保護水準的穩定延續。第一，數據控制者或處理者需要遵守 GDPR 第 5 條的個人數據處理原則，並採取保障措施以符合歐盟標準，如數據控制者或處理者需要履行透

per Chapter V of the GDPR (Version 2.0), (EDPB) 05/2021, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_guidelines\\_05-2021\\_interplay\\_between\\_the\\_application\\_of\\_art3-chapter\\_v\\_of\\_the\\_gdpr\\_v2\\_en\\_0.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_guidelines_05-2021_interplay_between_the_application_of_art3-chapter_v_of_the_gdpr_v2_en_0.pdf).

[42] See Guidelines on the concepts of controller and processor in the GDPR (Version 2.1), (EDPB) 07/2020, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-10/EDPB\\_guidelines\\_202007\\_controllerprocessor\\_final\\_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-10/EDPB_guidelines_202007_controllerprocessor_final_en.pdf).

明度義務，在處理個人數據時向數據主體告知處理風險等。<sup>[43]</sup>第二，根據 GDPR 第 24 條和第 32 條的規定，數據控制者或處理者需要採取適當的技術和組織措施等來保障數據主體的基本權利和自由，如採取數據匿名化、加密技術等措施減少數據洩露的風險。<sup>[44]</sup>第三，數據控制者或處理者需要開展 GDPR 第 35 條規定的“數據保護影響評估”並尋求數據保護官的意見。<sup>[45]</sup>

整體觀之，雖然某些數據處理行為符合了 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”，但因尚未構成 GDPR 第 5 章下的數據跨境轉移而排除適用該章相關條款，但仍需遵守 GDPR 關於數據處理行為的一般規定。由此看來，GDPR 通過嚴密的規則佈局，在各種數據處理場景下，要求數據控制者或處理者充分履行個人數據保護義務，當數據處理行為不涉及數據跨境轉移時，歐盟通過 GDPR 非跨境轉移情形下嚴絲合縫的規則密網，確保歐盟數據保護水準的穩定延續。

## （二）落入 GDPR “效力範圍”後“跨境轉移條款”的相繼觸發：數據保護水準的循序補足

對於在歐盟境外開展的數據處理活動，儘管 GDPR 第 3 條可以產生域外適用效果，但歐委會認為歐盟數據保護規則提供了一套包括司法和執法在內的具有獨立性的實體和程序框架，在滿足 GDPR 第 3 條“效力範圍”之上單獨適用“跨境轉移條款”之外的其他條款，無法確保在任何數據處理場景中，尤其在數據跨境轉移時第三國能夠提供與歐盟境內“實質等同”的數據保護標準。歐盟的數據保護標準已經體現在歐盟法院的若干判決中，這些判決主要的法律依據即為 GDPR 第 5 章所涉的“跨境轉移條款”。<sup>[46]</sup>歐盟通過評估數據處理行為是否符合歐盟標準而採取不同措施，而 GDPR 第 5 章的相關條款確保了在數據跨境轉移場景中歐盟要求的數據保護水準。因此，在滿足 GDPR 第 3 條“效力範圍”之後繼而適用 GDPR 第 5 章所涉的“跨境轉移條款”，將對歐盟數據主體的基本權利和自由形成全方位的有效保護，符合歐盟數據保護規則的價值取向。

一方面，GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”確保了數據跨境傳輸過程中歐盟的數據保護水準不被減損，避免跨國企業利用 GDPR 中數據跨境轉移內涵的模糊性逃避規制，而實現這一目標需要發揮 GDPR 第 5 章“跨境轉移條款”的“安全網”作用。另一方面，在數據跨境轉移場景中，為了確保第三國的數據保護水準符合歐盟的“實質等同”標準，數據輸出方在遵守 GDPR 關於數據處理的一般規定之外，還需要滿足 GDPR 第 5 章規定的合規措施和合規標準，即採取 GDPR 第 5 章規定的數據跨境傳輸工具，包括 GDPR 第 45 條規定的“充分性認定”，以及在缺少“充分性認定”的情況下，根據 GDPR 第 46 條採取歐盟標準合同條款 (SCCs)、有約束力的公司規則 (Binding Corporate Rules, BCRs) 等在內的保護措施，或滿足 GDPR 第 49 條“克減之例外”<sup>[47]</sup>的規定。由

[43] 根據GDPR第5條的規定，數據處理需要遵守的原則包括：合法、公平和透明原則，目的限制原則，數據最小化原則，準確性原則，存儲限制原則，完整性和機密性原則等。

[44] See GDPR, art. 24 and art. 32.

[45] See GDPR, art. 35.

[46] 歐盟法院在Schrems I案中首次引入了“實質等同”標準，即要求第三國根據其國內法或其國際承諾採取的符合GDPR第5章要求的對歐盟公民基本權利和自由的保護措施必須在實踐中證明是有效的。See Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner, ECJ Case 362/14, Judgment of 6 October 2015, para.73-76.

[47] 即GDPR第49條“特殊情形下的克減”。根據GDPR第49條的規定，如果不存在GDPR第45條規定的“充分性認定”或GDPR第46條規定的標準合同條款 (SCCs) 等適當保障措施，只有在滿足以下“特殊情形”之一時才能進行數據跨境轉移：(a) 數據主體被明確告知，由於不存在“充分性認定”或適當保障措施，預期的數據轉移存在風險，但數據主體仍明確同意預期的數據轉移；(b) 為履行數據主體與控制者之間的合同或執行應數據主體要求採取的合同前措施，轉移是必要的；(c) 控制者和另一自然人或法人之間簽訂或履行合同時，轉移對於實現數據主體的利益是必要的；(d) 轉移對於實現重要的公共利益是必要的；(e) 轉移對於確立、行使或捍衛法律主張是必要的；(f) 當數據主體基於身體性或法律性原因無法表達同意，為了保護數據主體或其他人的重要利益是必要的；(g) 轉移是根據登記冊而進行的，這種登記冊是歐盟法律或成員國法律為了向具有正當利益的一般性公眾或個人提供諮詢。但是，只有滿足歐盟法或成員國法對諮詢所規定必要條件，此類個案中的轉移才能進行克減。如果不能根據GDPR第45條或第46條的規定進行轉移，且以上“特殊情形”均不滿足，則只有在

此觀之，GDPR 通過第 5 章所涉“跨境轉移條款”與第 3 條“效力範圍條款”的環環相扣，循序補足歐盟高標準的數據保護水準。

### （三）GDPR “效力範圍”與“跨境轉移”條款的交相輝映：數據保護水準的動態守恆

通過 GDPR 第 3 條“效力範圍條款”與第 5 章“跨境轉移條款”的相輔相成、相得益彰，歐盟旨在防止數據控制者或處理者拒絕、破壞或規避歐盟數據保護規則對歐盟數據主體基本權利和自由提供的高水準保護。鑑於歐盟數據保護框架下有一套充分且完整的實體規則和程序機制，因此，通過在滿足 GDPR 第 3 條“效力範圍條款”後同時觸發第 5 章的“跨境轉移條款”，歐盟的高水準數據保護將愈發穩固。由此觀之，GDPR 第 3 條與第 5 章所涉條款並非“二者擇一”，而是相輔相成、相得益彰的關係，旨在確保歐盟數據主體的基本權利和自由在任何數據處理場景中的保護水準動態守恆。一方面，當數據處理行為符合 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”受到 GDPR 約束後，若不涉及數據跨境轉移行為，則 GDPR 的其他非跨境轉移條款將被適用，此時歐盟的數據保護水準得到維繫。另一方面，當數據處理涉及數據跨境轉移時，則在滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”而遵守 GDPR 關於數據處理的一般規則之上，GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”將被觸發適用，以確保歐盟的數據保護始終處於 GDPR 所保護的水準。

回歸 Uber 一案，位於第三國的 UTI 因向歐盟用戶提供服務而滿足 GDPR 第 3.2 條的“目標指向”標準，位於歐盟的 UBV 則符合 GDPR 第 3.1 條的“設立機構”標準，二者在處理歐盟數據時應當受到 GDPR 的約束。基於此，Uber 認為 GDPR 關於數據處理的一般規則將適用於 UTI 的數據處理活動中，且事實上歐盟司機直接通過應用程序向 UTI 提供個人數據，並非由 UBV 將歐盟司機的數據轉輸出於歐盟，即 UBV 並不構成 GDPR 法律意義上的“數據輸出方”，本應排除 GDPR 第 5 章所涉“跨境轉移條款”的適用。<sup>[48]</sup>然而，荷蘭 AP 基於保護歐盟數據主體基本權利和自由的考量，通過權衡數據主體與數據控制者和處理者之間的權利與義務，對“數據輸出方”進行了擴大解釋，將 UBV 納入“數據輸出方”範疇，進而觸發了 GDPR 第 5 章“跨境轉移條款”的適用，以此實現歐盟的高水準數據保護。<sup>[49]</sup>此外，Uber 認為，依據 GDPR 第 49.1 條，其為履行數據主體與數據控制者之間的合同，以及為滿足數據主體利益而必需跨境傳輸數據，因此滿足 GDPR 第 49 條“克減之例外”。<sup>[50]</sup>然而，荷蘭 AP 認為，Uber 的數據跨境傳輸重複且持續，並非具有偶然性，其數據跨境傳輸行為不具有保護數據主體利益的客觀必要性，並不滿足 GDPR 序言第 111 條的要求，因而未能保障數據主體的基本權利和自由。<sup>[51]</sup>可以看出，荷蘭 AP 對 GDPR 第 49 條“克減之例外”採取了嚴格解釋，謹慎適用“克減之例外”。

由此可見，鑑於 GDPR 規則本身尚未澄清“向第三國或國際組織轉移個人數據”的具體內涵，EDPB 發佈的《第 05/2021 號指南》則彰顯了歐盟數據保護的一貫立場，在實踐中為歐盟或其成員國的數據保護機構擴張執法權提供了空間。例如，根據 EDPB《第 05/2021 號指南》界定數據跨境轉移的第三項標準，該標準只要求“數據接收方”位於第三國，而對“數據接收方”涉及的數據處理行為是否滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍”在所不問。<sup>[52]</sup>此時，只需作為“數據輸出方”的歐盟

滿足以下條件時才可進行數據跨境轉移：該轉移是非重複性的；轉移僅涉及有限的數據主體；轉移是為了實現控制者壓倒性的正當利益所必需，並且不會違反數據主體有限的利益或權利與自由；控制者已經對數據傳輸的所有相關情況進行了評估，並基於評估為保護個人數據提供了適當保障。

[48] See Autoriteit Persoonsgegevens(AP), *Besluit tot oplegging bestuurlijke boete*, Dutch DPA(22 July 2024), <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/system/files?file=2024-08/Besluit%20boete%20Uber%20doorgifte%20naar%20VS.pdf>.

[49] Ibid., p.23.

[50] See GDPR, art. 49.1.(b) and art. 49.1.(c).

[51] See GDPR, rec. 111.

[52] 根據EDPB《第05/2021號指南》界定數據跨境轉移的第三項標準，“接收方”需位於第三國，而無論“接收

數據控制者或處理者滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍”即可，而無論作為“數據接收方”的第三國數據控制者或處理者是否滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍”，皆不影響歐盟對數據跨境轉移行為的認定。EDPB 設計該規則的目的在於，當 GDPR 第 3 條的“效力範圍”無法涵蓋某些“數據接收方”的數據處理行為時，或因“數據接收方”受所在國法律的影響而引發規則衝突時，這些情況不會影響歐盟或成員國的數據保護執法機構在數據跨境轉移行為上的判斷，從而確保各種場景下的數據處理行為始終能夠受到 GDPR 的規制。

整體觀之，一方面，歐盟在實踐中對“數據輸出方”作出擴大解釋，較為廣泛地定義數據跨境傳輸中的“輸出方”，以便通過觸發 GDPR 第 5 章規則來實現歐盟數據主體基本權利和自由的全面保護。另一方面，鑑於歐盟嚴格的數據保護標準，在實踐中很難滿足 GDPR 第 49 條“克減之例外”。鑑於此，歐盟基於 GDPR 中“向第三國或國際組織轉移個人數據”的模糊定義，通過軟法性質的《第 05/2021 號指南》界定數據跨境轉移的“累積標準”進行規則指引，荷蘭 AP 等數據保護執法機構將嚴苛的數據合規理念融入數據保護的執法實踐中，歐盟數據保護機構利用執法裁量權要求在歐盟開展業務的企業在進行數據處理活動時履行較高的合規義務，只要企業的數據處理行為被判定為數據跨境轉移，則企業援引 GDPR 第 49 條“克減之例外”進行抗辯恐難取勝。由此看來，對於涉及歐盟境外的數據處理行為，歐盟傾向在滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”基礎上要求企業繼續遵守 GDPR 第 5 章關於數據跨境轉移的具體規定，以對標歐盟較高的數據保護要求。荷蘭 AP 對 Uber 作出巨額罰款的執法實踐再次佐證了 GDPR 第 3 條與 GDPR 第 5 章所涉條款之間相輔相成、相得益彰的關係。

## 五、歐盟數據跨境司法檢視下的中國鏡鑒

歐盟為 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”與第 5 章的“跨境轉移條款”之間構建聯動機制，使此兩項條款相輔相成、相得益彰，鞏固了歐盟的數據保護水準。在釐清 GDPR 第 3 條與第 5 章所涉條款之間的適用關係後，以中國數據跨境治理場景為參照進行考察，不僅可以為改善中國數據保護法律規則提供理論鏡鑒，也能指引中國企業在開展數據合規時有的放矢。

### (一) 歐盟數據跨境司法檢視下的制度供給

《個人信息保護法》第 3 條規定了“效力範圍”，包括“境內處理”標準和“效果原則”，並設置了兜底條款。<sup>[53]</sup>此外，《個人信息保護法》第 3 章規定了“個人信息跨境提供的規則”，設置了“個人信息出境安全評估”“個人信息保護認證”“個人信息出境標準合同”在內的跨境傳輸工具。<sup>[54]</sup>有鑑於此，一方面，應當利用司法解釋強化中國個人信息跨境傳輸規則的體系化建構，實現《個人信息保護法》第 3 條與第 3 章所涉條款之間的有機聯繫；另一方面，應當通過規則修訂與司法解釋的協同明確《個人信息保護法》第 3 章個人信息跨境傳輸工具規則的功能適用性，確保個人信息跨境傳輸場景中個人信息權益得到充分保護。

#### 1. 規則修訂協同下《個人信息保護法》跨境傳輸工具的適用性強化

整體觀之，《個人信息保護法》第 3 章關於個人信息跨境傳輸的規制多為原則性規定，尤其在

方”是否受 GDPR 第 3 條規定的處理方式的約束，或者是否為國際組織。

[53] 參見《個人信息保護法》第 3 條：“在中華人民共和國境內處理自然人個人信息的活動，適用本法。在中華人民共和國境外處理中華人民共和國境內自然人個人信息的活動，有下列情形之一的，也適用本法：（一）以向境內自然人提供產品或者服務為目的；（二）分析、評估境內自然人的行為；（三）法律、行政法規規定的其他情形。”

[54] 參見《個人信息保護法》第 3 章“個人信息跨境提供的規則”。

傳輸工具上只規定了在個人信息跨境傳輸場景中需要提供“出境安全評估、個人信息保護認證、個人信息出境標準合同條款”的傳輸工具，而傳輸工具的具體規則由《數據出境安全評估辦法》《個人信息出境標準合同辦法》《個人信息保護認證實施規則》等予以規定。儘管中國現行的制度設計體現了一定程度的靈活性，但鑑於這些部門規章或規範性文件的立法層級較低，較低位階的法律規範易受政策變動影響，從而削弱個人信息跨境傳輸規則的權威性，降低企業合規預期。此外，在具體案件中法院不能將部門規章或規範性文件的具體內容直接作為獨立的裁判依據，而通常需要結合上位法，將這些部門規章或規範性文件的具體條款作為輔助性依據，在說理部分用於解釋法律、認定事實或判斷行為的合法性。詳言之，第一，《數據出境安全評估辦法》作為部門規章，其內容是對《個人信息保護法》等上位法的細化，法院在裁判具體案件時需結合《個人信息保護法》第38條進行參照適用，通常不能單獨作為裁判依據，但可作為說理依據或認定行為合法性的參考。第二，在個人信息出境標準合同的效力審查上，法院可能引用《個人信息出境標準合同辦法》這一部門規章的內容判斷標準合同條款是否符合法定要求（如是否履行備案義務等），但仍需結合《個人信息保護法》關於個人信息跨境傳輸的具體規則以及《中華人民共和國民法典》合同編第三章第502條至第509條關於“合同的效力”規則進行裁判。第三，《個人信息保護認證實施規則》屬於規範性文件，其本身多用於指導企業合規實踐，不具有強制約束力，法院可能將其作為認定企業是否盡到合理注意義務的參考，但一般不直接作為裁判依據。然而，在司法實踐中，缺少可直接和單獨援引的具體規則可能導致裁判標準不一。

長遠觀之，我國宜推動法律修訂與配套法規的完善，形成層級分明、權威統一的個人信息跨境傳輸工具體系。一方面，在整合《數據出境安全評估辦法》《個人信息出境標準合同辦法》《個人信息保護認證實施規則》等現有部門規章和規範性內容的基礎上，國務院可以制定出台《數據跨境傳輸管理條例》等行政法規，在實踐中可以將其直接作為裁判依據，增強規則的權威性。另一方面，在修訂《個人信息保護法》時，我國可以將個人信息跨境傳輸涉及的“安全評估”“標準合同”“認證”等工具的核心程序納入法律條文，如明確“安全評估”的觸發條件、“標準合同”的重要條款、認證機構的資質等，以有效保障個人信息跨境傳輸場景中的個人信息權益。

## 2. 司法解釋牽引下《個人信息保護法》“效力範圍”與“跨境傳輸”條款的體系聯動

根據GDPR序言第101條和正文第44條的規定，當數據控制者或處理者向第三國或國際組織轉移個人數據時，需要符合包括GDPR第5章在內的所有規定，以確保歐盟數據的保護水準不被削減。<sup>[55]</sup>因此，在滿足GDPR第3條的“效力範圍條款”而受到GDPR的規則約束後，GDPR第5章的“跨境轉移條款”能夠對數據跨境轉移場景中歐盟要求的數據保護水準始終得以維持，以此保障歐盟數據主體的基本權利和自由，實現數據跨境的安全傳輸。

在《個人信息保護法》的框架下，個人信息保護水準在跨境傳輸場景中同樣被置於重要地位。根據《個人信息保護法》第38條關於個人信息跨境傳輸的規則，個人信息處理者應當採取必要措施保障境外接收方處理個人信息的活動達到《個人信息保護法》規定的保護標準。<sup>[56]</sup>相較於一般數據處理活動，個人信息在跨境傳輸場景中需要滿足更多要求。例如，在開展個人信息跨境傳輸時，不僅需要遵守關於處理個人信息要求的合法、正當、必要等原則，在採取加密、去標識化等安全保護措施基礎上，個人信息跨境傳輸還需提供《個人信息保護法》第3章規定的跨境傳輸工具。由此可見，由於個人信息在跨境傳輸場景中的風險較大，《個人信息保護法》已經開啟個人信息在跨境傳輸場景中受到保護的措施。

因此，實現《個人信息保護法》第3條“效力範圍條款”與第3章所涉“跨境傳輸條款”之

[55] See GDPR, rec. 101 and art. 44.

[56] 參見《個人信息保護法》第38條。

間的有機聯繫，能夠對境外個人信息處理活動形成有效規制，確保個人信息權益得到充分保護。然而，《個人信息保護法》在總則以及第3章的具體條款部分缺少可以連接《個人信息保護法》第3條與第3章所涉條款之間的表述，這為疏通《個人信息保護法》第3條“效力範圍條款”與第3章“跨境傳輸條款”之間的邏輯關係帶來了非確定性。此外，關於GDPR第3條“效力範圍條款”與第5章“跨境轉移條款”之間的適用協調，EDPB為此出台了《第05/2021號指南》以指引實務操作，並在該指南中提出了界定數據跨境轉移行為的“累積標準”。相較而言，中國缺少關於第3條“效力範圍條款”與第3章“跨境傳輸條款”之間適用關係的司法解釋，不利於明確判斷第3章適用的具體條件，由此將不利於實現個人信息跨境傳輸場景中個人信息權益的有效保護。<sup>[57]</sup>

鑑於此，中國應當通過司法解釋明確《個人信息保護法》第3條“效力範圍條款”與第3章“跨境傳輸條款”之間的適用關係或適用順位。具言之，在出台司法解釋以澄清《個人信息保護法》第3條與第3章所涉條款之間的適用關係時，應當重點考慮以下因素：第一，在滿足《個人信息保護法》第3條的“效力範圍條款”而被納入《個人信息保護法》的規則框架後，如果個人信息處理行為不構成跨境傳輸，則處理者需履行《個人信息保護法》關於個人信息處理的一般義務，如遵守個人信息的處理原則並提供充分的安全保障措施。第二，如果個人信息處理行為構成跨境傳輸，此時需要引入《個人信息保護法》第3章的“跨境傳輸條款”對此行為進行規制。第三，在判斷個人信息處理行為是否構成跨境傳輸的標準上，如果“輸出方”在處理個人信息時符合《個人信息保護法》第3條“效力範圍條款”規定的“境內處理”標準或“效果原則”，並且“輸出方”以披露、提供等方式向位於第三國的境外“接收方”傳輸被處理的個人信息，則應當認定個人信息處理活動構成個人信息的跨境傳輸。

此外，在規則修訂尚未完成時，當前我國可以通過司法解釋、指導性案例的協同提升個人信息跨境傳輸規則的可適用性。一方面，我國可以通過司法解釋明確“安全評估”“標準合同”等個人信息跨境傳輸工具的具體內容，或將《數據出境安全評估辦法》《個人信息出境標準合同辦法》中的重要數據範圍、標準合同必備條款等轉化為司法解釋，增強個人信息跨境傳輸工具的可操作性。另一方面，最高人民法院可以通過指導性案例提煉規則，再以司法解釋形式固定數據跨境傳輸合法性的判斷標準，以增強《個人信息保護法》框架下個人信息跨境傳輸規定在實踐中的震懾效果，保障個人信息跨境傳輸的安全性。

## （二）歐盟數據跨境司法檢視下的合規方案

儘管中國企業在歐盟境內開展業務或基於GDPR的域外效力在歐盟境外處理數據時需要遵守歐盟數據保護標準，但由於歐盟擁有世界級的數字用戶市場，經過市場利益得失的反復權衡，因歐盟數據保護高標準的規則強壓而放棄歐盟市場似乎並不明智。因此，對於在歐盟境內開展業務或基於GDPR域外效力在歐盟境外處理數據的中國企業而言，需要採取充分的合規措施。

首先，當中國企業的數據處理行為完全不涉及數據跨境轉移時，存在以下兩種情況：第一，中國企業的數據處理行為適用GDPR的規定，即數據處理行為因滿足GDPR第3條的“效力範圍條款”而受GDPR的規則約束，此時中國企業需要遵守GDPR的具體規定，如需要採取符合GDPR規定的適當的技術和組織措施保障數據主體的基本權利和自由。第二，中國企業的數據處理行為不適用GDPR的規定，即數據處理行為因未被納入GDPR第3條的“效力範圍條款”而排除GDPR規則的適用，此時中國企業無需根據GDPR的規則採取合規措施。例如，歐盟公民在中國旅遊時訂

[57] 雖然出台司法解釋不屬於嚴格意義上的立法活動，但其作為司法機關對法律適用的具體解釋，在司法實踐中可能起到“準立法”的作用，因為某些司法解釋可能因內容廣泛、創新性解釋而具有類似立法的實際效果，這種現象被稱為“司法能動性”的體現。此外，當法律條款本身具有模糊性時，司法解釋可以成為司法裁判的直接依據。

購中國境內的酒店，該中國酒店直接收集了歐盟公民的個人數據，但該中國酒店未面向歐盟市場提供酒店住宿等服務，也未對歐盟境內的用戶實施監控，而只在中國境內為來自不同國家或地區的遊客提供酒店住宿等服務。此時，該中國酒店的數據處理行為因不滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”而排除適用 GDPR 的規定，無需履行 GDPR 規定的數據處理義務。

其次，如果在數據跨境傳輸前未能採取歐盟規定的數據跨境傳輸工具，當中國企業的數據處理行為被歐盟認定為數據跨境轉移之後，中國企業的數據跨境傳輸活動需要符合 GDPR 第 5 章要求的數據保護水準，此種情況通常以滿足 GDPR 第 49 條“克減之例外”的方式體現。然則，如前所述，歐盟在適用 GDPR 第 49 條“克減之例外”上採取審慎態度，鑑於歐盟的執法裁量權較大，在此情況下，中國企業的數據跨境傳輸活動需要承受 GDPR 的嚴苛檢驗。鑑於此，當中國企業的數據處理行為涉及數據跨境轉移時，在數據跨境傳輸之前，中國企業需要採取符合 GDPR 第 5 章的數據跨境傳輸工具，以減少數據合規風險和司法救濟成本。詳言之，由於中國尚未獲得歐盟依據 GDPR 第 45 條授予的“充分性認定”，因此，中國企業可以根據 GDPR 第 46 條的“適當保障措施”與歐盟企業簽訂歐盟標準合同條款 (SCCs)，或採取 GDPR 第 47 條規定的“有約束力的公司規則 (BCRs)”等。此外，中國企業在審查作為“數據接收方”的歐盟外第三國存在的法律風險時，需要重點考慮該國基於國家安全訪問數據的風險，並採取措施預防一般數據處理行為向數據跨境轉移行為的轉化，以避免因觸發 GDPR 第 5 章“跨境轉移條款”的規制而承擔更多的合規成本。

## 六、結語

在 Uber 被處罰一案中，荷蘭 AP 和 Uber 的據理力爭引發了 GDPR 第 3 條“效力範圍條款”和第 5 章“跨境轉移條款”之間適用關係的紛爭。在梳理 GDPR 第 3 條與第 5 章所涉條款邏輯關係的過程中，判斷數據處理行為是否構成數據跨境轉移成為破題的關鍵。然而，GDPR 規則本身並未澄清數據跨境轉移的內涵，歐盟法院的判例實踐尚缺少統一標準，但 EDPB《第 05/2021 號指南》確立的累積標準可以發揮一定的指引功效。整體觀之，當數據處理行為滿足 GDPR 第 3 條的“效力範圍條款”但不構成跨境轉移時，GDPR 第 5 章的“跨境轉移條款”將被排除適用，數據控制者或處理者需遵守 GDPR 關於數據處理的其餘規則，以維持歐盟的數據保護水準。當數據處理在滿足 GDPR 第 3 條“效力範圍條款”的基礎上發生了跨境轉移，則 GDPR 第 5 章“跨境傳輸條款”將被同時觸發，歐盟的數據保護水準在數據跨境轉移場景中得以維繫。可見，GDPR 的“效力範圍條款”與“跨境轉移條款”之間相輔相成、相得益彰。

釐清 GDPR 第 3 條與其第 5 章所涉條款之間的法律適用關係可以為中國提供理論和實踐鏡鑒。一方面，在對中國數據跨境治理的制度啟示上，中國可以通過司法解釋強化個人信息跨境傳輸規則的體系化建構，實現《個人信息保護法》第 3 條“效力範圍條款”與第 3 章“跨境傳輸條款”之間的有機聯繫，並通過規則修訂的協同，改善個人信息跨境傳輸工具規則的可適用性，為個人信息跨境傳輸提供充分保護。另一方面，在對中國企業數據跨境的合規啟示上，應當根據中國企業的數據處理行為是否受 GDPR 約束、是否涉及數據跨境轉移而採取不同應對方案，鑑於在歐盟認定數據跨境轉移發生後，中國企業證明數據處理行為滿足 GDPR 第 49 條“克減之例外”的空間較小，因此，中國企業應當在數據跨境傳輸前採取 GDPR 第 5 章下的數據跨境傳輸工具，降低合規風險和救濟成本。

**Abstract:** The specific interpretation of Chapter 5 of the GDPR, “transfers of personal data to third countries or international organisations,” is not entirely clear, giving rise to confusion regarding the relationship among Article 3 on “territorial scope” and the provisions of Chapter 5 on “cross-border transfers” of the GDPR. Overall, Article 3 on “territorial scope” and the provisions of Chapter 5 on “cross-border transfers” of the GDPR complement and reinforce each other. On the one hand, when data processing satisfies the criteria of Article 3 on “territorial scope” of the GDPR but does not constitute a cross-border transfer of data, the provisions of Chapter 5 on “cross-border transfers” of the GDPR do not apply. Data controllers and processors only need to comply with the remaining provisions of the GDPR to meet the EU's data protection standards. On the other hand, when data processing constitutes a cross-border transfers, once it meets the conditions for the application of Article 3 on “territorial scope” of the GDPR and is subject to its constraints, the provisions of Chapter 5 on “cross-border transfers” of the GDPR will be triggered to ensure that the level of data protection is not diminished during cross-border data transfers. Clarifying the relationship among the Article 3 on “territorial scope” and the provisions of Chapter 5 on “cross-border transfers” of the GDPR can provide valuable insights for China's legal improvements and corporate compliance. Firstly, China can strengthen the organic connection among Article 3 on “territorial scope” and the provisions of Chapter 3 on “cross-border transfers” of the Personal Information Protection Law through judicial interpretations, and improve the applicability of cross-border transfers tools of personal information by revising relevant regulations. Secondly, given the difficulty for Chinese enterprises to defend themselves after data is transferred to the EU, utilizing the cross-border data transfers tools under Chapter 5 of the GDPR prior to cross-border data transfers can reduce compliance risks and the costs of seeking remedies.

**Key words:** GDPR; Territorial Scope; Cross-border Data Transfers; Relationship among the Provisions; Interplay Application

---

(責任編輯：王鎔洪)

# 法律意識再思考

蔡可欣、戴維·M·恩格爾<sup>\*</sup> [著] 石華琛、蔡可欣<sup>\*\*</sup> [譯]

---

**摘要** 法律意識是一個充滿活力的研究領域，正吸引著全球越來越多的學者。然而，關於目標與方法的差異化預設引發了激烈的爭論，而爭論的根源在於未能識別出三大流派——“身份流派”“霸權流派”和“動員流派”——所追求的研究目標及其對“法律意識”概念的不同運用方式。三大流派的相關學術研究表明，法律意識是一種具有多元應用場景的靈活範式，而非單一僵化的方法。此外，近年來新一代學者聚焦於邊緣群體和非西方語境，為該領域注入了新的研究活力。這些研究成果契合了社會科學領域的發展趨勢，使得“關係型法律意識”的重要性日益凸顯。法律意識研究應被置於一個從思想行動個人主義化模式到互動式、共構性方法的連續體上加以理解。

**關鍵詞** 法律意識 關係性 身份 權力 動員

---

## 引言

一個多世紀以來，社會 - 法律學者一直致力於探討法律在社會生活中何時以及如何發揮作用的問題。這些研究者並不滿足於僅分析法律專業人士在官方場域中提出的主張，而是將視野擴展至法院甚至律所以外的社會空間。研究者發現，法律往往滲透進日常生活的毛細血管，其直接與間接影響亦可在最為平凡、看似非法律性的日常互動中體現出來。社會 - 法律研究迄今的核心發現表明：法律與社會或文化之間存在無法分割且深刻的聯結。

儘管學界長期關注法律與日常社會實踐的關聯，但仍未決的問題是：應如何最為有效地研究法律 - 文化 - 社會的聯結關係 (legal-culture-society nexus)？哪些理論與方法最有助於揭示其交互影

---

\* [新]蔡可欣 (Lynette J. Chua)，新加坡國立大學法學院杰納爾·辛格·科薩 (Jernal Singh Khosa) 教授，法學博士。

[美]戴維·M·恩格爾 (David M. Engel)，紐約州立大學布法羅分校法學院教授，法學博士。

\*\* 石華琛，中國人民大學法學院博士研究生。

蔡可欣，新加坡國立大學法學院杰納爾·辛格·科薩 (Jernal Singh Khosa) 教授，法學博士。

本文原載於《法律與社會科學年度評論》（第15卷），2019年第1期，第335-353頁。See L.J. Chua & D.M. Engel, *Legal Consciousness Reconsidered*, 15 Annual Review of Law and Social Science 335 (2019).

響？在這些問題上，本領域呈現出顯著的多樣性觀點和研究進路。某種意義上，這是一段關於新型優質研究範式“不懈尋找”的故事。<sup>[1]</sup>

當今最具影響力的研究範式之一當屬法律意識，它興起於20世紀80年代初，現已被越來越多的研究者所採納。本文回顧了近四十年來法律意識研究的發展脈絡，並指出一個可資未來學者探索的有望方向。文章首先梳理了社會-法律學者關於法律意識的界定與應用，指出其在研究目標上的差異催生出三大不同的研究流派；繼而考察了21世紀初法律意識研究領域所經歷的理論動盪與自我反思階段，以及隨後的蓬勃發展時期；最後，文章提出“關係型法律意識”（relational legal consciousness）概念，並認為該路徑是未來社會-法律研究的重要趨向。

## 一、理論基礎

### （一）界定法律意識

不同學者關於法律意識的研究路徑各異，並提出了多樣化的定義。<sup>[2]</sup>本文首先提出我們自己的界定：所謂法律意識，是指人們在與法律互動的過程中所形成的體驗、理解與行動方式。它既包含認知層面，也涵蓋行為維度；既涉及人們對法律現象所持有的意識形態，也包括其應對法律情境的實踐策略。法律意識並非簡單指稱法律覺知（legal awareness），更非為了測度人們對法律知識的瞭解或無知。事實上，諸多研究反而表明人們並未援引法律、未曾思考法律，甚至認為法律無關緊要。法律意識研究不僅探討法律在人們對社會世界及其自身位置的理解中的“在場”，還同樣重視其“缺席”狀態。正如柴郡貓<sup>[3]</sup>那般，法律在法律意識研究者所描繪的日常生活圖景中時隱時現。

根據上述界定並結合該領域主流文獻的共識，無論研究方法或理論取向為何，法律意識研究者均聚焦於主體性的三個核心要素：世界觀（worldview）、認知（perception）<sup>[4]</sup>和決定（decision）。此三者均非被給定（given）的，而是在具體社會互動中以特定方式生成，並相互交織、彼此關聯。

#### 1. 世界觀

世界觀是指個體對社會結構、自身位置、相對他人之定位，以及據此形成的應以何種方式進行社會互動的理解。世界觀體現在個體對自我（self）或身份（identity）的建構之中，並在其與他人、群體和機構的關係中得以展現，亦延伸至其所處的自然與精神世界。世界觀源自個體先前的體驗，

[1] See F. Munger, *Mapping Law and Society*, in A Sarat, M Constable, DM Engel, V Hans & S Lawrence eds., *Crossing Boundaries: Traditions and Transformations in Law & Society Research*, Evanston, IL: Northwest. Univ. Press, 1998.

[2] See C. R. Albiston, *Legal Consciousness and Workplace Rights*, in B Fleury Steiner & LB Nielsen eds., *New Civil Rights Research: A Constitutive Approach*, Burlington VT: Ashgate, p.55–75, 2006; P. Ewick & S.S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago: Univ. Chicago Press, 1988; M.W. McCann., *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago: Chicago Univ. Press, 1994; S. Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*, Chicago: Univ. Chicago Press, 1990; L.B. Nielsen, *Situating Legal Consciousness: Experiences and Attitudes of Ordinary Citizens about Law and Street Harassment*, 34 *Law & Society Review* 1055, 2000.

[3] 該隱喻源自經典兒童文學作品《愛麗絲夢遊仙境》（Lewis Carroll, *Alice's Adventures in Wonderland*, Oxford University Press, 1865）。在書中，柴郡貓的身體（實體）逐漸消解，只剩下一張懸浮著的神秘笑臉（Cheshire Cat's Grin）獨立於實體永恆在場。這種分離性特徵，在此映射出法律的“制度實體性”與“實踐非顯性”的雙重悖論。——中譯注

[4] 就字面意思來看，“perception”一般只有“感知/知覺”的意思，而很少具有“認知”（cognition）的意思；但基於作者是在“worldview—perception—decision”的過程遞進中使用perception一詞，並將其定義為“個體對特定事件的主觀解釋機制”，故在此翻譯為“認知”可能與作者想要表達的意思最為貼近。——中譯注

並影響其對新體驗的感知與應對方式——包括是否應該訴諸法律的行動。

### 2. 認知

認知是指個體對特定事件的主觀解釋機制。例如，人們可能對同一新事件產生不同的認知理解，將其視為“常規的”“存疑的”“有害的”或者“不當的”。對於將某一特定事件視為無異議的個體而言，法律可能顯得無關緊要；而對於將該事件視作侵害自身權益的個體來說，法律則可能顯得尤為重要。隨著體驗的累積，個體對事件的認知也可能發生改變，比如與社會活動家或法律專業人士的接觸，可能促使個體形成關於法律權利的全新認知框架。

### 3. 決定

決定是指個體針對事件所採取的應對方式，通常反映其世界觀與認知結構。個體有時會主動選擇訴諸法律，有時則將其擱置一旁。每一次決定及其後果都會形成新的體驗，進而可能重塑個體未來的世界觀與認知。

20世紀80年代起，法律意識研究者開始關注世界觀、認知與決定等議題。這方面的發展，特別是對非專業行動者的關注，反映出社會-法律研究範式的整體轉型，轉向法律中的主體性研究。正如塞隆（Seron）和西爾貝（Silbey）指出，法社會學研究的“文化轉向”<sup>[5]</sup>實則是順應當代社會理論朝向認知（cognition）維度與社會建構發展的必然結果。<sup>[6]</sup>法律意識研究正是在該理論背景下應運而生，並繼承了早期法社會學關於法律文化、法律多元主義及糾紛解決機制的研究傳統。儘管存在諸多共性，但關於法律意識研究的理論取向與方法選擇，學界始終未能達成共識。下文將探討社會-法律學者如何以不同路徑建構其關於法律意識的研究框架。

## （二）法律意識研究的三大流派

法律意識研究自20世紀80年代中期逐步興起，並在世紀末蓬勃發展。學界逐漸形成三大研究流派，本文將其歸納為身份流派（Identity）、霸權流派（Hegemony）與動員流派（Mobilization）。需要指出的是，被納入這三大流派的學者是否接受此種分類尚屬未知。事實上，各流派之間並非涇渭分明，部分研究同時借鑒多個理論傳統，且三者之間也存在交叉融合與協同演進的趨勢。儘管如此，三大流派在研究目標與理論預設上的根本差異不容忽視。正是未能充分識別這些差異，才導致學界在理解和使用法律意識概念時產生了不必要的混淆甚至爭議——而在我們看來，這種爭論是不必要的，因為三大流派本就在追求不同的研究目標。本節將系統闡釋三者之間的主要差異，並著重剖析它們分別如何處理法律意識的三個構成要素——世界觀、認知與決定。

### 1. 身份流派

該流派將法律關係中個體的主體性視作“待解釋項”（explanandum），即需要批判性審視與理論分析的核心現象。法律意識和社會身份都表現出流動性與多重性，不能將其納入僵化的類型化分析框架。<sup>[7]</sup>在身份流派的理論視野中，法律意識與社會身份存在相互生成、彼此塑造的關係——法律在個體生活中的位置與個體的自我認同密切相關，自我認同既是世界觀的產物，又是重塑世界觀的動力。如果個體身份與新事件所體現的社會邏輯相符合，個體便會對該事件進行自然化的認知解讀，並作出不訴諸法律的決定；反之，若二者之間存在張力，個體則可能將該情境視為不公，進

[5] See C. Seron & S.S. Silbey, *Profession, Science, and Culture: An Emergent Canon of Law and Society Research*, in A Sarat ed., *The Blackwell Companion to Law and Society*, Malden, MA: Blackwell, p.30–59, 2004.

[6] See C.R. Albiston, *Legal Consciousness and Workplace Rights*, in B Fleury Steiner & LB Nielsen eds., *New Civil Rights Research: A Constitutive Approach*, Burlington VT: Ashgate, p.55–75, 2006.

[7] 一些身份認同具有外部強加性，而另一些則是內在生成的自我概念。正如戈夫曼（Goffman）在論述“受損身份”（spoiled identities）時所表明的，這兩種身份生產機制實為互構共生關係——既不可分割，又相互建構。See E. Goffman, *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*, New York: Simon & Schuster, 1963.

而決定採取法律行動。值得注意的是，個體採取法律行動並不局限於對法律制度的正式援引，還包括利用權利話語發出口頭威脅，在日常言說中使用法律術語或者概念，甚至還涵蓋那些受到法律規範影響的無言思維過程。

恩格爾和芒格 (Munger) 將此作為研究框架，深刻揭示了殘障成年群體中法律意識與身份認同之間的互構關係。<sup>[8]</sup> 該研究採用生命述事的方法，證明法律意識的本質是身份建構，而非權利的工具性運用。雖然幾乎所有受訪者都提及曾因歧視而遭遇不公對待並影響了職業發展，但是他們從未訴諸法律，也很少諮詢律師。儘管他們擔心法律主張可能會破壞所追求的身份認同，其中許多人卻也明確表示，法律已然以間接性或構成性的方式作用於自己的生命體驗——法律改變了殘障人士關於“我是誰”以及“我歸屬何處”的認知預設，並促使其想像在殘障權利立法前無法想像的職業發展圖景。

憑藉對社會身份與法律意識的流動性與多重性的洞察，身份流派揭示了法律主張對從屬身份的悖論性影響。對於邊緣群體而言，法律猶如雙刃劍——當他們基於受法律保護的身份而主張法定權利以謀求社會接納時，反而可能構建出被污名化甚至對立化的新身份。<sup>[9]</sup> 哈托格 (Hartog) 關於 18 世紀美國女性阿比蓋爾·貝利 (Abigail Bailey) 的研究為此提供了經典範例。<sup>[10]</sup> 貝利的丈夫不僅施暴於她，還強姦了他們的未成年女兒。作為一名受制於夫權制法律原則 (*doctrine of coverture*) 的已婚女性，貝利的法律身份被其殘暴丈夫的法律人格完全遮蔽。雖然貝利的思想和行動深受宗教性自我觀念的影響，但法律仍扮演著關鍵角色。法律既塑造了她無權且順從的女性身份，同時也為其提供了強有力的反抗路徑。最終，當貝利運用法律為自己和女兒爭取自由時，她雖然掙脫了夫權制原則所施加的限制，卻未能重構出自由獨立的女性身份，反而強化了恭順從屬的身份——為了遵守“賢妻”的法律定義，貝利不得不選擇分居，否則她將被視為丈夫非法行為的共謀者。

身份流派近來的研究驗證並延續了這些早期作品的理論脈絡。柯克蘭 (Kirkland) 展示了肥胖群體的社會身份如何使反歧視的法律主張陷入誘人與風險並存的悖論。<sup>[11]</sup> 其受訪者面對職場的不公平待遇並未採取法律行動，而是致力於身份認同的主動建構。雖然其中有些人能運用反歧視法的術語概念化自己遭遇的職場不公，即柯克蘭所稱的“權利話語” (*rights discourse*)，但也清醒地認識到法律對肥胖群體的保護力度非常薄弱。因此，他們拒絕任何可能被貼上異常或“殘障”身份標籤的維權策略。阿夫雷戈 (Abrego) 對加州議會第 540 號法案（豁免無證移民學生高等教育非居民學費）實施後的研究表明，法律既具有壓迫性又具有解放性<sup>[12]</sup>。移民法及其實施強化了無證移民學生作為外來威脅者的社會身份，但同套法律體系也提供了保護和機會，即這些學生無需再進行自我污名化歸類便可獲得高等教育的機會。從這個意義上說，法律在邊緣化他們的同時，也強化了其受過高等教育的專業人士身份。<sup>[13]</sup>

[8] See D.M. Engel & F. Munger., *Rights of Inclusion: Law and Identity in the Life Stories of Americans with Disabilities*, Chicago: Univ. Chicago Press, 2003.

[9] 雖然米諾 (Minow) 並未明確聚焦法律意識這一主題，但是她提出的議題對身份流派的學者產生了極大影響。See M. Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, NY: Cornell Univ. Press, 1990.

[10] See H. Hartog, *Abigail Bailey's Coverture: Law in a Married Woman's Consciousness*, in A Sarat & T Kearns eds., *Law in Everyday Life*, Ann Arbor: Univ. Mich. Press, p.63–108, 1995.

[11] See A. Kirkland, *Think of the Hippopotamus: Rights Consciousness in the Fat Acceptance Movement*, 42 *Law & Society Review* 397, 2008.

[12] See J.L. Abrego, *Legitimacy, Social Identity, and the Mobilization of Law: The Effects of Assembly Bill 540 on Undocumented Students in California*, 33 *Law & Social Inquiry* 709, 2008.

[13] 雖然阿夫雷戈對某一特定法律的有益影響得出了相當積極的結論，但是整體上她的研究與身份流派十分契合。

許多法律意識研究都能歸入本文界定的身份流派。可以毫不誇張地說，幾乎所有法律意識研究都隱含著身份維度，因為援引法律行為本身即預設了主體身份的存在，只有當個體身份使其感知到法律與自身處境相關時，法律才被動用。此外，每一項援引法律的決定都會影響其主張者的身份認同。因此，法律與身份的互構效應與法律意識研究的整個領域都息息相關，但我們將看到，對於另外兩個流派的學者來說，其他研究關切則佔據更為核心的位置。

## 2. 霸權流派

該流派將法律視作普遍且強力的國家控制工具，即便在未被直接性或者工具性地運用於具體情境的情況下，法律仍能深刻地形塑個體的世界觀、認知與決定。研究者大多關注法律的運作機制及其在普通民眾的思想與行動層面所產生的深遠且隱蔽的影響，另一些學者則重點討論某些個體如何用反抗手段來抵制法律的強力效應，儘管抵抗行為反而會強化或維持法律既有的上位性權力結構。雖然個體的主體性很重要，但在霸權流派的理論視野中，主體性本身並不是待解釋項，而主要是為了揭示法律權力的效應而服務。

在霸權流派的典範作品中，法律權力的彌散性與不可置疑性尤為突顯。對薩拉特（Sarat）所研究的政府福利領取者而言，法律陰暗的權力和強制性無處不在。<sup>[14]</sup> 依據我們界定的法律意識三要素，法律為政府福利領取者強加了一種從屬性世界觀——既規定其對生存需求的悲觀認知，也限制了其決定生活私域的自主性。尤伊克（Ewick）和西爾貝的調查對象同樣認為法律是日常生活中“持久而強力”的存在，但這種霸權地位並非因為人們對法律命令的機械服從，而是通過在普通民眾“日常”（common place）思想和行動中的持續再生產得以確立，從而實現了霸權。<sup>[15]</sup> 用我們提出的術語來說，尤伊克和西爾貝認為，這些受訪者基於不同的認知而做出相異的決定——或認為法律是“權威”，或視之為“博弈”，甚或試圖與之“對抗”——其世界觀也隨生命體驗不斷演化。法律始終持續滲透和彌漫於個體日常生活中，無論他們如何回應，都不能避免法律之於社會生活的霸權地位，並持續強化著法律的權威和控制。在一項在先的對新英格蘭地區美國勞工階層的研究中，梅麗（Merry）雖然聚焦訴訟問題——不像薩拉特、尤伊克和西爾貝那般，關注那些不引起法律專業人士注意力的問題——但她也得出了類似結論：法律深度操控著人們對問題的認知及其應對策略。受訪者懷著有權獲得司法保護的信念訴到法院，但是法官往往將其鄰里和家庭問題重新界定為“垃圾案件”（garbage cases），轉而提供非法律性解決方案，致使其期望的司法制度保護落空。<sup>[16]</sup> 這種司法體驗不僅改變了他們對自我與自身困境的認知，更重塑了其世界觀。

根據霸權流派的觀點，即使個體採取反霸權的抵抗行動來“對抗法律”，<sup>[17]</sup> 也無法克服法律對社會生活的構成性滲透效應。薩拉特研究中的部分福利領取者確實會通過尋求法律援助實施抵抗，<sup>[18]</sup> 然而，正如霸權流派指出這並未能動搖法律的霸權地位。這些抵抗行動僅帶來了短暫

她的研究證明了法律與身份形成的互構效應，並提醒我們，法律在與身份的關係中仍然是一個高度可變的因素。

- [14] See A. Sarat, “*The Law is All Over*”: Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor, 2 *Yale Journal of Law & the Humanities* 343, p.345–346, 1990.
- [15] See P. Ewick & S.S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago: Univ. Chicago Press, p.247, 1998.
- [16] See S. Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*, Chicago: Univ. Chicago Press, p.13-15, 1990; B. Yngvesson, *Virtuous Citizens, Disruptive Subjects: Order and Complaint in a New England Court*, New York: Routledge, 1993.
- [17] See P. Ewick & S.S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago: Univ. Chicago Press, 1998.
- [18] See A. Sarat, “*The Law is All Over*”: Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor, 2 *Yale Journal of Law & the Humanities* 343, p.345–346, 1990.

緩和與微小勝利，卻最終維繫了法律權力的再生產。<sup>[19]</sup>究其原因，正如“策略性抵抗”（tactical resistance）概念<sup>[20]</sup>與規訓權力理論<sup>[21]</sup>的內在一致性所示——抵抗始終在法律的裂隙之間運作，受制於其內在邏輯和認知框架，而非法律框架之外的對抗。抵抗者“最終仍在再生產出國家法的合法性及其權力”<sup>[22]</sup>。

雖然尤伊克和西爾貝的思想動機是披露法律的霸權屬性，<sup>[23]</sup>但是霸權流派中諸多研究的重點已轉向對抵抗策略的闡釋。<sup>[24]</sup>科斯蒂納（Kostiner）探討了舊金山灣區社會正義活動家抵抗法律的反霸權可能性，並得出結論：儘管法律具有霸權地位，只要活動家採取非法律主導策略仍可能實現社會變革。<sup>[25]</sup>弗里茨沃爾德（Fritsvold）將抵抗分析推向更深層：對於其研究中的激進環保主義者而言，法律是維護不合法社會秩序的霸權力量，必須受到全然挑戰——不僅開展秘密抵抗，更主張實施公民抗命和故意違法。<sup>[26]</sup>這些行動超越了尤伊克和西爾貝定義的“對抗法律”的法律意識形式，弗里茨沃爾德因而提出“顛覆法律”（under the law）來作為第四種解釋圖式。

### 3. 動員流派

該流派學者通過研究法律意識來探究法律推動社會轉型的潛能，特別是通過權利運用來實現正義或保護弱勢群體。該流派內部存在雙重理論取向：一些學者聚焦個體或群體法律意識，衡量既有社會變革的程度；而另一些學者則是為了解析人們發起變革的動態認知過程。無論採取何種路徑，法律意識研究都有助於動員派學者以人類能動性（human agency）視角來審視社會變革，從而彌補了傳統社會學傾向宏觀結構分析與客觀數據建模開展社會變革研究的局限性。

部分學者從個體法律意識角度出發，探究法律與社會變遷之間的交互影響，強調地方性規範與習慣對民眾法律行為選擇上的約束作用。根據本文提出的分析框架，這些研究者揭示了地方性規範與習慣通過塑造個體的世界觀來削弱法律推動社會轉型的效果——在這種情況下，個體很難對法律的有用性與相關性有所認知，或者在處理現實問題時決定規避法律路徑。加拉格爾（Gallagher）將中國勞工法律意識作為研究對象，發現在國家主導的“法治”工程進程中，勞動者一旦意識到勞動法及司法救濟體系受到既有市場不平等結構制約時，就更傾向於採取罷工或者暴力抗爭等法律之外的手段來表達自己的訴求，而不是依靠正式法律途徑解決問題。<sup>[27]</sup>同樣地，阿爾比斯頓（Albiston）

[19] See S.S. Silbey, *After Legal Consciousness*, 1 Annual Review of Law and Social Science, 323, 2005.

[20] See A. Sarat, “*The Law is All Over*”: *Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor*, 2 Yale Journal of Law & the Humanities 343, p.345–346, 1990; P. Ewick & S.S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago: Univ. Chicago Press, 1998. Citing M. de Certeau, *The Practice of Everyday Life*, transl. SF Rendall, Berkeley: Univ. Calif. Press, 1984.

[21] See P. Ewick & S.S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago: Univ. Chicago Press, 1998. Citing M. Foucault, *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*, ed. C Gordon, transl. C Gordon., New York: Random House, 1980.

[22] J.C. Wilson, *Sustaining the State: Legal Consciousness and the Construction of Legality in Competing Abortion Activists' Narratives*, 36 Law & Social Inquiry 455, p.481, 2011.

[23] See S.S. Silbey, *After Legal Consciousness*, 1 Annual Review of Law and Social Science 323, 2005.

[24] See J. Gilliom, *Overseers of the Poor: Surveillance, Resistance, and the Limits of Privacy*, Chicago: Univ. Chicago Press, 2001.

[25] See I. Kostiner, *Evaluating Legality: Toward a Cultural Approach to the Study of Law and Social Change*, 37 Law & Society Review 323, 2003.

[26] See E.D. Fritsvold, *Under the Law: Legal Consciousness and Radical Environmental Activism*, 34 Law & Social Inquiry 799, 2009.

[27] See M. Gallagher, *Mobilizing the Law in China: “Informed Disenchantment” and the Development of Legal Consciousness*, 40 Law & Society Review 783, 2006; M. Gallagher, *Authoritarian Legality in China*, Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, 2017.

發現，美國新的民權立法通過重新界定家庭假與醫療假的社會意義，重塑了勞動者的世界觀，使其認知到雇主拒絕批假構成違法行為；但另一方面，職場規範、時間管控以及對殘障人士的偏見，卻降低了勞動者動員新法維權的可能性。<sup>[28]</sup> 馬歇爾（Marshall）亦指出，企業內部申訴機制的設計往往會進一步降低員工借助司法途徑解決職場性騷擾問題的可能性。<sup>[29]</sup>

其他學者則聚焦身份與社會地位，探究它們如何塑造研究對象的世界觀、認知與決定。例如，尼爾森（Nielsen）的研究表明，男性、女性與少數族裔在遭遇冒犯性公共言論時，在借助法律途徑應對的意願上不盡相同。<sup>[30]</sup> 布瓦坦（Boittin）考察了中國性工作者應對暴力的多樣方式，並運用法律意識分析解釋了多數人主動消解動員法律必要性的原因。<sup>[31]</sup> 阿夫雷戈也提出，無證移民抵達美國的年齡及其在職場、學校接受社會化的年齡會影響其身份認同，進而導致他們在動員法律解決問題的預備性上有所差別。<sup>[32]</sup>

從動員派的理論視角出發，法律可以被視為一種強力性存在（此點同霸權流派），但個體受法律制約的程度較弱，個體的能動性在社會互動過程中佔據主導地位。研究者的核心關切不是為了證明法律的宰制地位，而是探究人們在何種情境下動員法律來維護自身權益，進而更好地理解法律對於正向社會變革的潛在貢獻。例如，埃爾南德斯（Hernández）發現，在一個弱勢群體（特指低收入母親）之中，這些行動完全可能：獲取法律知識、重塑自我身份、建立權利主體意識，進而動員法律，而非一味地迴避或排斥法律。<sup>[33]</sup> 赫爾（Hull）的研究顯示，在法律制度空白期，同性伴侶群體表現出對同性關係獲得法律承認的強烈渴望，他們通過踐行法律性——使用婚姻術語、舉行公開承諾儀式等，來重構文化話語和社會意義，這也打破了既往理論中邊緣群體慣持抵抗性法律意識並迴避法律的認知局限。<sup>[34]</sup> 該觀點與美國同性婚姻合法化後關於性少數群體法律意識的研究發現相契合。<sup>[35]</sup>

動員派學者將法律意識作為理論框架，重點探究社會變革參與者的思想與行動，首要目標在於近距離檢視人的能動性如何與權利發生互動，進而促進、阻礙或以其他方式影響其社會變革的效果。用本文定義的術語來講，該流派追問：人們是否以及如何在認知與決定中提取權利話語，以幫助自己理解問題事件或者選擇應對策略。麥卡恩（McCaan）作為動員流派的主要先驅學者之一，發現在法庭不利的情況下，工會組織與女性主義活動家可以憑藉權利的象徵性與策略性力量，動員女性勞動者爭取同工同酬。<sup>[36]</sup> 萬哈拉（Vanhala）和海爾（Heyer）提出，殘障權益倡導者通過

[28] See C.R. Albiston, *Institutional Inequality and the Mobilization of the Family and Medical Leave Act: Rights on Leave*, New York: Cambridge Univ. Press, 2010.

[29] See A.-M. Marshall, *Confronting Sexual Harassment: The Law and Politics of Everyday Life*, Abingdon, UK: Routledge, 2005.

[30] See L.B. Nielsen, *Situating Legal Consciousness: Experiences and Attitudes of Ordinary Citizens about Law and Street Harassment*, 34 *Law & Society Review* 1055, 2000.

[31] See M.L. Boittin, *New Perspectives from the Oldest Profession: Abuse and the Legal Consciousness of Sex Workers in China*, 47 *Law & Society Review* 245, 2013.

[32] See J.L. Abrego, *Legal Consciousness of Undocumented Latinos: Fear and Stigma as Barriers to Claims-Making for First- and 1.5-Generation Immigrants*, 45 *Law & Society Review* 337, 2011.

[33] See D. Hernández, “I’m Gonna Call My Lawyer:” *Shifting Legal Consciousness at the Intersection of Inequality*, 51 *Studies in Law, Politics, and Society* 95, 2010.

[34] See K.E. Hull, *The Cultural Power of Law and the Cultural Enactment of Legality: The Case of Same-Sex Marriage*, 28 *Law and Social Inquiry* 629, 2003.

[35] See K.D. Richman, *License to Wed: What Legal Marriage Means to Same-Sex Couples*, New York/London: NYU Press, 2014.

[36] See M.W. McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago: Chicago Univ. Press, 1994.

多種策略重塑權利話語，從而拓展了國家法律框架內的平等範圍。<sup>[37]</sup> 蔡可欣進一步的研究表明，緬甸 LGBT（女同性戀、男同性戀、雙性戀和跨性別）活動家創造性地將國際人權話語與本土關於業力、社會角色和責任的觀念相融合，賦予人權理念以地域文化意義，從而吸引緬甸民眾投身平權運動。<sup>[38]</sup>

儘管研究對象並不必然偏好法律策略或者權利主張，動員派學者卻依舊致力於探究行動主體對於法律權利的認知結構與決定方式，通過法律意識分析，揭示權利對於集體行動與社會變革的局限和潛力，<sup>[39]</sup> 還得以解釋在缺乏明確主張的情況下，權利如何在社會變革的進程中產生影響。

## 二、動盪：法律意識研究的死亡與延生

關於我的死訊實屬誇大其詞。

——馬克·吐溫 (Mark Twain) <sup>[40]</sup>

21世紀初，法律意識研究領域遭遇了動盪。一方面，一些學者開始質疑該範式本身，認為它可能已經耗盡了潛力，研究者們應該另謀差事。另一方面，法律意識學術研究持續增長，表明它並沒有走入死胡同。來自三大流派的學者，特別是那些關注各種社會情境下未被充分研究群體的學者，愈加發現法律意識研究範式具有重大價值。

2005年，西爾貝在本刊（指《法律與社會科學年度評論》）發表的論文將這段自我質疑時期推向高潮。她敦促研究者將法律意識研究的方向重新定位為“重拾解釋法律的持久性與意識形態力量的批判社會學項目”。<sup>[41]</sup> 她擔憂本領域喪失“批判優勢與理論效用”<sup>[42]</sup>，淪為“只對個體心理及其對預設政策目標的適應性研究”<sup>[43]</sup>。其評論標題《法律意識之後》（After Legal Consciousness）本身便暗示了此類研究的時代或許已然終結。

西爾貝精心論證的批判主要立基於霸權流派立場。她主張，法律意識研究應“針對法律霸權問題，特別是在書本之法與行動之法的持久鴻溝中，法律為何仍能維繫其制度性權力。”<sup>[44]</sup> 具體而言，此類研究旨在揭示人們為何“默許”（acquiesce）一個使其處於不利地位並剝奪其權力的法律

[37] See L. Vanhala, *Making Rights a Reality? Disability Rights Activists and Legal Mobilization*, New York: Cambridge Univ. Press, 2011; K. Heyer, *Rights Enabled: The Disability Revolution, from the US, to Germany and Japan, to the United Nations*, Ann Arbor: Univ. Mich. Press, 2015.

[38] See L.J. Chua, *The Vernacular Mobilization of Human Rights in Myanmar's Sexual Orientation and Gender Identity Movement*, 49 *Law & Society Review* 299, 2015; L.J. Chua, *The Politics of Love: LGBT Mobilization and Human Rights as a Way of Life*, Stanford, CA: Stanford Univ. Press, 2019.

[39] 列維茨基（Levitsky）和蔡可欣未明確使用“法律意識”這一術語來描述他們的研究成果。See H. Aviram *Make love, not Law: Perceptions of the marriage Equality Struggle Among Polyamorous Activists*, 7 *Journal of Bisexuality* 261, 2008; L.J. Chua, *Pragmatic Resistance, Law, And Social Movements in Authoritarian States: The Case of Gay Collective Action in Singapore*, 46 *Law & Society Review* 713, 2012; L.J. Chua, *Mobilizing Gay Singapore: Rights and Resistance in an Authoritarian State*, Philadelphia: Temple Univ. Press, 2014; S. Levitsky, “What's rights?”: *The Construction of Political Claims to American Health Care Entitlements*, 42 *Law & Society Review* 551, p.551–589, 2008; S. Levitsky, *Caring for Our Own: Why There Is No Political Demand for New American Social Welfare Rights*. New York: Oxford Univ. Press, 2014.

[40] <http://www.thisdayinquotes.com/2010/06/reports-of-my-death-are-greatly.html>.

[41] See S.S. Silbey, *After Legal Consciousness*, 1 *Annual Review of Law and Social Science*, 323, 2005.

[42] Ibid, p.342.

[43] Ibid, p.359.

[44] Ibid, p.323.

體系。<sup>[45]</sup>在她看來，記錄主體性個案的價值僅在於研究者能否借此揭露文化生產中難以觸及的霸權力量——這些霸權力量通過注入日常生活的觀念、價值與意象，既限制了行動選擇，又再生產著不平等。

然而，西爾貝的批判對於身份流派與動員流派學者來說，其理論衝擊力可能顯得不那麼突出，原因在於，其文章發表後的數年間，法律意識研究並未衰退反而蓬勃發展。在西爾貝文章發表兩年前，馬歇爾和巴克利（Barclay）曾描繪出一幅更為樂觀、截然不同的學術圖景，主張法律意識研究對於理解個體主體性如何動員法律規範和制度來緩解不公並促進社會平等仍具有價值。<sup>[46]</sup>儘管他們贊同西爾貝對法律構成性效應的洞見，但是他們也強調分析法律霸權並非法律意識研究的唯一旨趣，甚或主要目的。相反，他們支持聚焦個體主體的能動性，即“個體在意志自主區域內就法律如何塑造其行為作出決定”。<sup>[47]</sup>

在近期對西爾貝批判的回應中，<sup>[48]</sup>赫爾指出，學者們已經將法律意識研究範式擴展到邊緣群體，用以闡明法律權利的重要性和正向性，以及“普通”人的創造力和能動性。<sup>[49]</sup>赫爾聚焦 LGBT 相關的研究，即她對邊緣群體能動性與法律策略性運用的討論，典型體現了近期法律意識研究的轉向——即關注無證移民、<sup>[50]</sup>性少數群體、<sup>[51]</sup>種族少數群體、<sup>[52]</sup>原住民、<sup>[53]</sup>女性、<sup>[54]</sup>勞工、<sup>[55]</sup>囚

[45] Ibid.

[46] See A.-M. Marshall & S. Barclay, *In Their Own Words: How Ordinary People Construct the Legal World*, 28 Law & Social Inquiry 617, 2003.

[47] Ibid, p.632.

[48] 此外，埃爾托格（Hertogh）提出了對尤伊克和西爾貝之分析的一種歐洲對應觀點。See M. Hertogh, *Nobody's Law: Legal Consciousness and Legal Alienation in Everyday Life*, London: Palgrave Macmillan, 2018.

[49] See K.E. Hull, *Legal Consciousness in Marginalized Groups: The Case of LGBT people*, 41 Law & Social Inquiry 551, 2016.

[50] See J.L. Abrego, *Legal Consciousness of Undocumented Latinos: Fear and Stigma as Barriers to Claims-Making for First- and 1.5-Generation Immigrants*, 45 Law & Society Review 337, 2011; J.L. Abrego, *Renewed Optimism and Spatial Mobility: Legal Consciousness of Latino Deferred Action for Childhood Arrivals Recipients and Their Families in Los Angeles*, 18 Ethnicities 192, 2018.

[51] See C. Connolly, *The Voice of the Petitioner: The Experiences of Gay and Lesbian Parents in Successful Second-Parent Adoption Proceedings*, 36 Law & Society Review 325 (2002); R. Harding, *Regulating Sexuality: Legal Consciousness in Lesbian and Gay Lives*, London: Routledge, 2011; K.E. Hull, *The Cultural Power of Law and the Cultural Enactment of Legality: The Case of Same-Sex Marriage*, 28 Law and Social Inquiry 629, 2003; K.D. Richman, *License to Wed: What Legal Marriage Means to Same-Sex Couples*, New York/London: NYU Press, 2014.

[52] See E. Hirsh & C.J. Lyons, *Perceiving Discrimination on the Job: Legal Consciousness, Workplace Context, and the Construction of Race Discrimination*, 44 Law & Society Review 269, 2010; C. Morrill, L.B. Edelman, K. Tyson & R. Arum, *Legal Mobilization in Schools: The Paradox of Rights and Race Among Youth*, 44 Law & Society Review 651, p.651–693, 2010.

[53] See L.A. Jacobs, *Mapping the legal consciousness of First Nations voters: understanding voting rights mobilization*. Pap. 36, Aborig. Policy Res. Consort. Int., Ontario, Can., 2010; L.J. McMillan, *Colonial Traditions, Co-Optations, and Mi'kmaq Legal Consciousness*, 36 Law & Social Inquiry 171, 2011.

[54] See M.L. Boittin, *New Perspectives from the Oldest Profession: Abuse and the Legal Consciousness of Sex Workers in China*, 47 Law & Society Review 245 (2013); Q. Liu, *Legal Consciousness of the Leftover Woman: Law and Qing in Chinese Family Relations*, 5 Asian Journal of Law and Society 7, 2018; A.M. Marshall, *Confronting Sexual Harassment: The Law and Politics of Everyday Life*, Abingdon, UK: Routledge, 2005.

[55] See M. Gallagher, *Mobilizing the Law in China: "Informed Disenchantment" and the Development of Legal Consciousness*, 40 Law & Society Review 783, 2006; X. He, L. Wang & S. Yang, *Above the Roof, Beneath the Law: Perceived Justice Behind Disruptive Tactics of Migrant Wage Claimants in China*, 47 Law & Society Review 703, 2013; E.A. Hoffmann, *Legal Consciousness and Dispute Resolution: Different Disputing Behavior at Two Similar Taxicab Companies*, 28 Law & Social Inquiry 691, 2003; T.P. Nguyen, *Labor Law and (In)Justice in Workers' Letters in Vietnam*, 5 Asian Journal of Law and Society 29, 2018; A.A. Smith, *Legal Consciousness and Resistance in Caribbean Seasonal Agricultural Workers*, 20 Canadian Journal of Law & Society 95, 2005.

犯、<sup>[56]</sup> 農民<sup>[57]</sup> 和窮人<sup>[58]</sup> 等群體的研究。

法律意識研究探討廣泛的社會科學議題，涵蓋多個研究關切，關聯多種學科理論。根據圖 1 的統計分析，該研究範式在 21 世紀初的動盪時期之後呈現出顯著發展的態勢，這非但沒有暴露出其對法律意識概念理解上的不足，反而彰顯了社會 - 法律研究的重要優勢：儘管學者們的智識動機各異，他們卻共同致力於探究法律在社會生活中的作用。

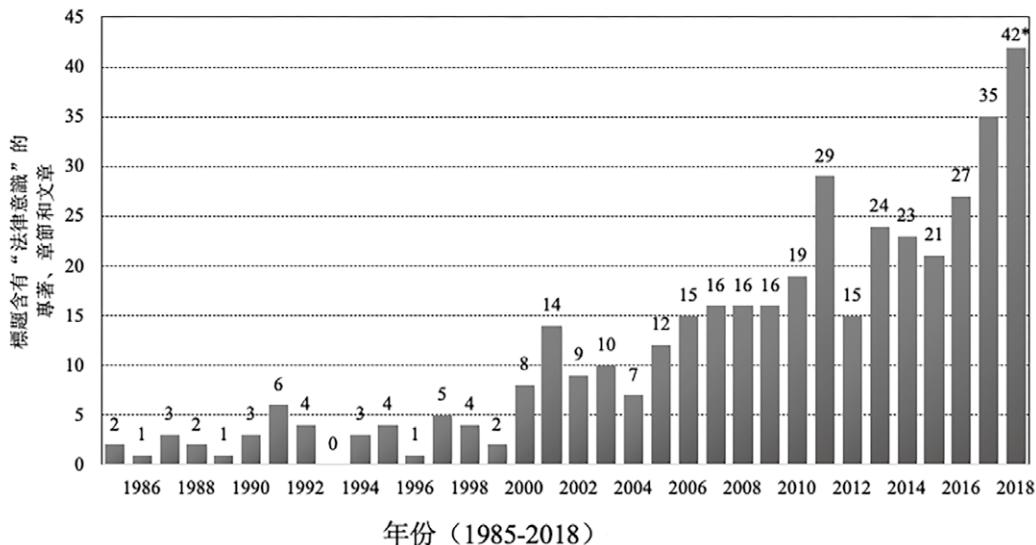


圖 1 學術出版物標題中的“法律意識”

該圖表通過檢索 Google Scholar 和 WorldCat 中全球範圍內收錄的包含“legal consciousness”（法律意識）一詞的專著、文章和章節生成。數據篩選僅限於英文文獻，並對標題主題不明確的文獻進行了逐一閱讀以確保分類的準確性。圖中星號 (\*) 表示截至 2019 年 3 月的部分統計數據。

值得注意的是擴展到北美之外地區所實施的研究，支持了法律意識研究不應僅基於霸權流派一說。堅持單一的理論取向對於這場跨國對話來說，或許是不現實的，甚至可能是有害的。正如劉思達所指出的，社會 - 法律研究對“權力 / 不平等”（power/inequality）的執著——這與霸權流派的動機相一致——“在很大程度上是美國進步主義思想運動的歷史產物。”<sup>[59]</sup> 雖然這一關注對於美國社會 - 法律研究議程的大部分內容仍具重要性，但劉思達主張在其他社會中披露法律的霸權性並不必然是最具啟發性甚至相關性的分析工具。當然，一些美國之外的法律意識研究確實揭露了法律霸權及其在新自由主義政策中的具體表現，<sup>[60]</sup> 或考察了底層抗爭以及動用顛覆性策略來對抗官方法律

[56] See K. Calavita & V. Jenness, *Appealing to Justice: Prisoner Grievances, Rights, and Carceral Logic*, Berkeley: Univ. Calif. Press, 2014.

[57] See H.D. Hudson, “Even if You Cut Off Our Heads”: Russian Peasant Legal Consciousness in the First Half of the Nineteenth Century, 35 Canadian-American Slavic Studies 1, 2001.

[58] See D. Hernández, “I’m Gonna Call My Lawyer:” Shifting Legal Consciousness at the Intersection of Inequality, 51 Studies in Law, Politics, and Society 95, 2010; K.-C. Huang, C.-C. Lin & K.-P. Chen, *Do Rich and Poor Behave Similarly in Seeking Legal Advice? Lessons from Taiwan in Comparative Perspective*, 48 Law & Society Review 193, 2014.

[59] S. Liu, *Law’s Social Forms: A Powerless Approach to the Sociology of Law*, 40 Law & Social Inquiry 1, p.6, 2015.

[60] See B. Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Abingdon, UK: Routledge, 1995; B. Santos & C. Rodríguez-Garavito eds., *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, 2005.

的現象。<sup>[61]</sup>然而，其他非美國研究則更多受到身份流派或動員流派之旨趣與議題的驅動。有些研究考察個體、群體和社會如何組織自身或展現自我意識，<sup>[62]</sup>另一些研究則探索了人們如何解釋法律或動員法律處理不公和解決不滿。<sup>[63]</sup>

法律意識研究在全球社會的廣泛傳播與不斷深入表明，該領域並未陷入學術困境，而是迎來了一個重要的發展契機。自 21 世紀初開始，學界在批判性自我反思的引領下，厘清了法律意識視域下不同的研究目標，證明了法律意識作為一種研究範式的獨特價值，它能夠容納多元的理論視角、學科背景和方法取向。研究者將法律意識的基本概念和方法應用於此前未被充分關注的社會文化語境以及法律領域，為社會 - 法律研究增添了新的活力並拓寬了理論空間。

### 三、前瞻：關係型法律意識

所謂“關係型法律意識”的湧現成為法律意識研究最有發展前途的面向之一。本節將討論關係性視角的擴展路徑，以及未來法律意識研究更廣泛地運用關係模型的潛力。我們認為，法律意識研究中的“關係轉向”（the relational turn）對本文始終強調的三個核心維度——世界觀、認知和決定——均具有深遠影響。

#### （一）關係型法律意識的興起

當然，未曾有法律意識研究者斷言個體意識產生於社會真空。在某種程度上，所有社會 - 法律學者都認為人類是社會性存在，其思想和行動不可避免地反映出與其他個體、群體和機構之間的互動關係。因此，所有法律意識研究本質上都具有關係性特徵。近期關係性視角的發展是一個程度問題，而非性質問題。當代法律意識研究的多樣性應被置於一個連續體上（a continuum）進行理

- 
- [61] See R. Harding, *Regulating Sexuality: Legal Consciousness in Lesbian and Gay Lives*, London: Routledge, 2011; E.L.-E. Ho & L.J. Chua, *Law and "Race" in the Citizenship Spaces of Myanmar: Spatial Strategies and the Political Subjectivity of the Burmese Chinese*, 39 *Ethnic & Racial Studies* 896, 2016; A.A. Smith, *Legal Consciousness and Resistance in Caribbean Seasonal Agricultural Workers*, 20 *Canadian Journal of Law & Society* 95, 2005.
- [62] See M. Hertogh & M. Kurkchiyan, "When Politics Comes Into Play, Law is No Longer Law": *Images of Collective Legal Consciousness in the UK, Poland and Bulgaria*, 12 *International Journal of Law in Context* 404, 2016; R. Khorakiwala, *Legal Consciousness As Viewed Through the Judicial Iconography of the Madras High Court*, 5 *Asian Journal of Law and Society* 111, 2018; M. Kurkchiyan, *Perceptions of Law and Social Order: A Cross-National Comparison of Collective Legal Consciousness*, 29 *Wisconsin International Law Journal* 366, 2011; E. Michelson, *Dear Lawyer Bao: Everyday Problems, Legal Advice, and State Power in China*, 55 *Social Problems* 43, 2008; K. Somanawat, *Constructing the Identity of the Thai Judge: Virtue, Status, and Power*, 5 *Asian Journal of Law and Society* 91, 2018; A. Tungnirun, *Practicing on the Moon: Globalization and Legal Consciousness of Foreign Corporate Lawyers in Myanmar*, 5 *Asian Journal of Law and Society* 49, 2018.
- [63] See D.M. Engel & J.S. Engel, *Tort, Custom, and Karma: Globalization and Legal Consciousness in Thailand*, Stanford, CA: Stanford Univ. Press, 2010; X. He, L. Wang & S. Yang, *Above the Roof, Beneath the Law: Perceived Justice Behind Disruptive Tactics of Migrant Wage Claimants in China*, 47 *Law & Society Review* 703, 2013; K. Hendley, *Resolving Problems Among Neighbors in post-Soviet Russia: Uncovering the Norms of the pod"ezd*, 36 *Law & Social Inquiry* 388, 2011; M. Hertogh, *What's in A Handshake? Legal Equality and Legal Consciousness in the Netherlands*, 18 *Social & Legal Studies* 221, 2009; K.-C. Huang, Lin CC & Chen KP., *Do Rich and Poor Behave Similarly in Seeking Legal Advice? Lessons from Taiwan in Comparative Perspective*, 48 *Law & Society Review* 193, 2014; A. Kubal, *Legal Consciousness as A Form of Social Remittance? Studying Return Migrants' Everyday Practices of Legality in Ukraine*, 3 *Migration Studies* 68, 2015; Q. Liu, *Legal Consciousness of the Leftover Woman: Law and Qing in Chinese family relations*, 5 *Asian Journal of Law and Society* 7, 2018; T. Moustafa, *Islamic Law, Women's Rights, and Popular Legal Consciousness in Malaysia*, 38 *Law & Social Inquiry* 168, 2013; T.P. Nguyen, *Labor Law and (In)Justice in Workers' Letters in Vietnam*, 5 *Asian Journal of Law and Society* 29, 2018.

解——從高度個人主義與自主性的思維模式到高度互動性與共構性的思維模式。<sup>[64]</sup>

雖然將自我本質視為原子性與自主性的觀念通常與 18 世紀的啟蒙運動理論相關聯，但關於個體意識的關係性視角至少可以追溯到 19 世紀（甚至更早）。例如，馬克思（Marx）的早期作品表明，工人階級意識中的世界觀與認知都具有關係性本質，<sup>[65]</sup> 這種性質源自工人與資本家的相對地位。<sup>[66]</sup> 19 世紀末，涂爾幹（Durkheim）通過其“集體良知”（conscience collective）概念提出了一種關係型的世界觀形式，指稱一套共用的規範社會成員思想和行動的道德信念體系。<sup>[67]</sup> 同時期的理論家詹姆斯（James）提出，認知與決定是由個體的社會關係所塑造的——意識本質上是關係性的，並且實際上每個個體所擁有“社會自我的數量，等於承認他並在腦海中保有其形象的個體人數（as many social selves as there are individuals who recognize him…）”。<sup>[68]</sup> 總之，儘管存在啟蒙運動的相關理念，但意識理論始終呈現出從個人主義到關係論的競爭性觀點。

20 世紀末，關係性視角在西方學界各學科中逐漸受到重視。例如，心理學家格根（Gergen）強調，個體並非逐一地創造意義，而是通過作為關係性存在的個體在交流互動中的“協調行動”（coordinated action）來建構意義。<sup>[69]</sup> 社會學家埃米爾拜爾（Emirbayer）在其《關係社會學宣言》中，反對“個人”（person）的封閉性預設，而是主張個人“與其所嵌入的人際交往情境無法分割”。<sup>[70]</sup> 關係理論在一些女性主義法學學者的作品中也佔有突出地位。例如，法恩曼（Fineman）認為所有人都具有相互依存性、“脆弱性”和本質上的互聯性；<sup>[71]</sup> 內德爾斯基（Nedelsky）則主張，法律和政府的人類主體並不是獨立式個體，而是“由其所處的關係網絡所構成的”。<sup>[72]</sup>

此外，在亞洲、非洲以及歐洲和北美之外的其他地區，社會 - 法律研究愈發顯現出更為關係性的法律意識研究路徑。在這些地方，啟蒙哲學的影響參差不齊，對原子論個人主義的通俗理解即便存在也欠缺深厚根基。在那些社會環境中，法律意識研究者發現世界觀、認知和決定都具有關係性發展特徵，並且往往無法將任何個體的意識與其家庭成員、同村村民或其他親密關聯者的意識相分離。正如莫雷拉（Morreira）在津巴布韋人權的研究中總結道：“脫離與他人錯綜複雜的聯繫，個體就不復為人（person）。”<sup>[73]</sup> 如果自我在本質上具有關係性，那麼過度個人主義的分析框架必然

- [64] See N. Crossley, *Towards Relational Sociology*, London: Routledge, 2011; K. von Benda-Beckmann, *Relational Social Theories and Legal Pluralism*. Paper presented at the Conference on Citizenship, Legal Pluralism and Governance in the Age of Globalization, Commission on Legal Pluralism, Aug. 22–24, Ottawa, Can., 2018.
- [65] See K. Marx, *Early Writings*, transl. R Livingstone & G Benton., London: Penguin Books, p.328-329, 1975.
- [66] See J.M. Held, *Marx via Feuerbach: Species-Being Revisited*, 39 *Idealistic Studies* 137, 2009; G. Roelvink, *Rethinking Species-Being in the Anthropocene*, 25 *Rethinking Marxism* 52, 2013; T.E. Wartenberg, “Species-being” and “Human Nature” in Marx, 5 *Human Studies* 77, 1982.
- [67] See E. Durkheim, *The Division of Labor in Society*, transl. G Simpson., New York: Free Press, 1964.
- [68] W. James, *The Principles of Psychology*, New York: Henry Holt & Co., p.189, 1952.
- [69] See K.J. Gergen, *Relational Being: Beyond Self and Community*, New York: Oxford Univ. Press, p.397, 2009.
- [70] M. Emirbayer, *Manifesto for a Relational Sociology*, 103 *American Journal of Sociology* 281, p.287, 1997.
- [71] See M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, Yale Journal of Law & Feminism 1 (2008); M.A. Fineman., *Injury in the Unresponsive State: Writing the Vulnerable Subject into Neo-Liberal Legal Culture*, in A Bloom, DM Engel & M McCann eds., *Injury and Injustice: The Cultural Politics of Harm and Redress*, Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, p.50–75, 2018.
- [72] J. Nedelsky, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, New York: Oxford Univ. Press, 2011, p.19. See also R. Harding, *Duties to Care: Dementia, Relationality and Law*, Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, 2017.
- [73] S. Morreira, *Rights After Wrongs: Local Knowledge and Human Rights in Zimbabwe*, Stanford, CA: Stanford Univ. Press, p.129, 2016. 類似的研究還有 S. Tanabe, *The person in transformation: body, mind and cultural appropriation*, in S Tanabe & CF Keyes eds., *Cultural Crisis and Social Memory: Modernity and Identity in Thailand and Laos*, Honolulu:

無法捕捉法律意識的本質。

然而，從這些非西方社會研究中湧現的關係型法律意識概念不應被浪漫化。因為當個體人格被歸納入其他社會關係時，就存在關係不平等並維繫現有社會等級的可能性。比如，一些特定形式的關係型意識可能會使受虐待配偶或被剝削勞工的困境正常化。<sup>[74]</sup>即便如此，一些法律意識研究者發現，人們並非一定受制於社會關係，而相反地，可能因其關係紐帶而有效動員法律。例如，緬甸酷兒群體中的法律積極分子是由其瞭解或信任的人邀請加入新興 LGBT 權利運動之後才得以紮根，並且許多人因為與活動家所建立的關係而決定留下來。<sup>[75]</sup>費爾德曼 (Feldman) 同樣指出，雖然日本社會成員通常不願以個體身份主張權利，但如果足夠多的人因共同關切而關係性地結成群體，那麼他們可能願意集體動員權利。<sup>[76]</sup>

## （二）關係型法律意識連續體

此前我們提出，現有法律意識文獻中的關係性視角可以被排列在一個從最個人主義到最為關係性的連續體上。位於連續體一端的是那些將自我本質視為自主且獨立的法律意識研究——儘管並未完全脫離社會關係，但其世界觀—認知—決定的形塑主要依託個體自身的運作（如前文所述）。連續體這一區域的研究將個體心智視為法律意識的基底，並假定研究者應採取逐個訪談或個案研究方法，而非試圖研究兩個或更多心智互動中意識的共構起源。當這些研究者考慮他人和社會因素的影響時，他們會將這些因素視為與個體世界觀、認知和決定（因變數）相關的自變數。

動員流派的研究大多歸屬於法律意識連續體的個人主義區域，剖析每個研究對象如何作出動員法律或者迴避法律的決定。部分研究者也將人際關係要素納入考量範疇，不過他們通常將其作為處於個體法律意識之外的因素加以分析。例如，摩根 (Morgan) 揭示了家庭紐帶對於女性遭受性騷擾時訴訟維權決定的影響機制；<sup>[77]</sup>梅麗指出，社會工作者、律師及社會活動家的介入，可能會對受家暴女性動員法律資源的認知與決定產生影響；<sup>[78]</sup>加拉格爾和麥卡恩對中國及美國勞工群體的研究表明，與專業人士的互動有益於增強勞動者動員法律維護自身權利的意願。<sup>[79]</sup>

許多霸權流派的研究也可以被置於連續體的個人主義區域。對於隸屬霸權流派的研究者來說，關係性關切在其研究中很大程度上是隱含的。這些研究假定，法律的控制與約束機制及其削弱權力的意識形態，是通過個體與外在他者的關係被體驗並再生產的——比如政府官員與機構、警察、律

Univ. Hawai'i Press, p. 43–67, 2002; X. Fei, *From the Soil: The Foundations of Chinese Society*, transl. GG Hamilton and W Zheng., Berkeley: Univ. Calif. Press, 1992; K.H. Ng & X. He, *Embedded Courts: Judicial Decision-Making in China*, Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, 2017.

- [74] See M. McCann, *Listening for the Songs of Others*, in MN Trautner ed., *Insiders, Outsiders, Injuries, and Law: Revisiting "The Oven Bird's Song"*, Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, p.139–160, 2017. 引自S.E. Merry, *Rights Talk and the Experience of law: Implementing Women's Human Rights to Protection from Violence*, 25 *Human Rights Quarterly* 343, 2003.
- [75] See L.J. Chua, *The Politics of Love: LGBT Mobilization and Human Rights as a Way of Life*, Stanford, CA: Stanford Univ. Press, 2019.
- [76] See E. Feldman, *The Ritual of Rights in Japan: Law, Society, and Health Policy*, Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, 2000.
- [77] See P.A. Morgan, *Risking Relationships: Understanding the Litigation Choices of Sexually Harassed Women*, 33 *Law & Society Review* 67, 1999.
- [78] See S.E. Merry, *Rights Talk and the Experience of law: Implementing Women's Human Rights to Protection from Violence*, 25 *Human Rights Quarterly* 343, 2003.
- [79] See M. Gallagher, *Mobilizing the Law in China: "Informed Disenchantment" and the Development of Legal Consciousness*, 40 *Law & Society Review* 783 (2006); M.W. McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago: Chicago Univ. Press, 1994.

師、法官、官僚，以及與個體可能具有社會關聯的其他個體與群體。<sup>[80]</sup>通過案例研究，其他霸權派學者仔細剖析了性別、種族、族裔等潛在從屬因素如何影響個體的關係，進而影響其世界觀、認知和決定。<sup>[81]</sup>然而，特別是在早期法律意識研究中，趨勢是將這些因素作為個體思想和行動的外部影響。

在持個人主義法律意識研究立場的學者中，一些人著重剖析負載權利的社會關係來揭示等級制度與不平等如何制約和控制個體與他人、群體和機構的互動。例如，李柯研究了中國農村律師代表其客戶動員法律的決定如何受制於律師與客戶、當事人和周圍社區的關係網絡，她將其稱為“關係性嵌入”（*relational embeddedness*），揭示出農村弱勢群體（如貧困老人、離異婦女及村民等）在當地精英小圈子之外的系統性從屬困境。<sup>[82]</sup>同樣地，劉思達和哈利迪（Halliday）關於中國律師的研究表明，他們可能無法推動社會變革，因為他們“並不只是像職業浮萍一樣漂浮在社會汪洋中的個體律師”，而是受制於其與政府機構或官員的制度性或私人性的關係紐帶。<sup>[83]</sup>這兩項研究都將外部等級制度與權力不平等關係視為深刻影響中國法律職業者個體法律意識的關鍵變數。

當我們轉向個人主義 / 關係性連續體的中間區域，我們會發現法律意識研究仍將個體作為研究對象，但將其他個體視為意識的共同創造者而非純粹的外部變數。此外，位於連續體這一區域的研究更加強調個體認知與他人關係界線的滲透性。身份流派研究將個體的法律意識與其人際關係視為彼此交織的互構過程。<sup>[84]</sup>由於自我意識“分佈”（*distributed*）在重要他者構成的關係網絡中，法律意識會隨著人們參與這些重要關係而發生流動和形變，並在此過程中顯現其身份的不同面向。<sup>[85]</sup>因此，恩格爾在探討被侵權人為何不動員法律起訴侵權人時指出，人類“作為其社會網絡的一部分作出決定，即便在沒有明確指示的情況下行事……人類身份並非在孤立中形成。我們就是（are）我們的關係。”<sup>[86]</sup>同樣地，梅麗對夏威夷希洛地區遭受家暴女性的研究表明，隨著女性將其主體從與親屬、家庭和職業的關係轉向與國家行為者的關係，一種法律導向性的意識形式出現了。<sup>[87]</sup>這些轉變促使女性越來越傾向於將自己視為權利主體。

位於連續體上該區域的研究往往更加強調群體成員身份是塑造法律意識的關鍵因素，這不僅是因為群體規範具有廣泛的共享性，還因為在群體中維繫個體地位本身就是主要動機。正如納德勒（Nadler）所指出的：“群體生活作為中介形塑著人們與法律之間的互動形態。”<sup>[88]</sup>在她看來，

脫離社會語境空談法律如何影響個體行為，無異於忽視群體身份與法律互動共同提供守法動機的方式。這些動機包括合作、忠於群體、遵從群體規範以及規避社會排斥。<sup>[89]</sup>

[80] See P. Ewick & S.S. Silbey, *Conformity, Contestation, and Resistance: An Account of Legal Consciousness*, 26 *New England Law Review* 731, 1992; J. Gilliom, *Overseers of the Poor: Surveillance, Resistance, and the Limits of Privacy*, Chicago: Univ. Chicago Press, 2001.

[81] See L.B. Nielsen, *Situating Legal Consciousness: Experiences and Attitudes of Ordinary Citizens about Law and Street Harassment*, 34 *Law & Society Review* 1055, 2000.

[82] See K. Li, *Relational Embeddedness and Socially Motivated Case Screening in the Practice of Law in Rural China*, 50 *Law & Society Review* 920, 2016.

[83] See S. Liu & T.C. Halliday, *Criminal Defense in China: The Politics of Lawyers at Work*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, p.xii, 2017.

[84] See D.M. Engel & F. Munger, *Rights of Inclusion: Law and Identity in the Life Stories of Americans with Disabilities*, Chicago: Univ. Chicago Press, 2003.

[85] Ibid. 引自J. Bruner, *Acts of Meaning*, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press, 1990.

[86] D.M. Engel, *The Myth of the Litigious Society: Why We Don't Sue*, Chicago: Univ. Chicago Press, p.154, 2016.

[87] See S.E. Merry, *Rights Talk and the Experience of law: Implementing Women's Human Rights to Protection from Violence*, 25 *Human Rights Quarterly* 343, 2003.

[88] J. Nadler, *Expressive Law, Social Norms, and Social Groups*, 42 *Law & Social Inquiry* 60, p.60, 2017.

[89] Ibid. p.70.

位於連續體中間區域的部分身份流派研究強調，個體法律意識與群體的意義建構活動密不可分。這些研究並不將群體或社區視為被給定的存在，而是揭示個體實際上能夠通過其法律意識主動創造社群，就像社群塑造個體法律意識與自我意識一樣。例如，通尼潤（Tungnirun）發現，外國公司律師在緬甸基於對法律的相異理解，建構了兩個截然不同的社群——一個是與本土律師同化的群體，另一個群體則帶有法律優越感並刻意保持區隔。<sup>[90]</sup> 通尼潤借用恩格爾的術語稱之為“意義社群”（communities of meaning）。<sup>[91]</sup> 此類研究表明，參與持續性關係網絡的個體生產出一種維繫社群的法律意識——賦予內部成員身份認同，使成員對適當運用和不運用法律有著共同的假定。

最後，在連續體的另一端是一種拒斥將個體作為分析單元的關係論觀念，它將法律意識視為一種完全協作性質的現象。從該視角來看，法律意識不是個體逐個構建的，而是由其所處的關係網絡形構，而且存在於個體心智之間而非個體內部。此類法律意識可以呈現與關係數量相等的多樣形式——比如夫妻、家庭、群體、協會、社區等關係形態之間。因為個體擁有多重關係，他們參與並共同建構了多種形式的集體法律意識。

法律意識的共構模型反映了一種成熟的社會理論傳統。例如，梅洛-龐蒂（Merleau-Ponty）理論化了一種意識形式，其整體性源自與他者的對話，即在一種“兩人共享的存在”（being-shared-by-two）中，“我們彼此之間成為完美互惠的合作者：我們的視角相互交融，我們共存於同一個世界。”<sup>[92]</sup> 另外，當代實踐理論家，如布迪厄（Bourdieu），<sup>[93]</sup> 提出了沃德（Warde）所稱的“一體化實踐”（integrative practice）<sup>[94]</sup>。根據沃德的理論，“一體化實踐”是在“超個體”層面運作，以其自身條件存在並且“自為”（for itself）存在。個體的生命體驗與超越個體思想和行動的集體性法律意識相關聯。<sup>[95]</sup>

儘管法律意識學者尚未完全理論化純粹的共構模型，但近期一些作品似乎正朝著這個方向努力。例如，凱瑟琳·楊（Kathryne Young）提出一種“二階法律意識”（second-order legal consciousness），它超越個體化模型並且獨立存在於任何單一個體。她認為，“個體對特定法律或法律體系的信念與態度不僅受自身體驗影響，更受其對他者法律體驗與信念的理解而形塑。”<sup>[96]</sup> 阿夫雷戈在討論《童年入境暫緩遣返行動》（Deferred Action for Childhood Arrivals, DACA）的影響時，也暗示了法律意識能存在於集體層面。<sup>[97]</sup> 雖然 DACA 針對的是無證移民，但阿夫雷戈發現，DACA 的好處使其受益者“擺脫一種因依賴他人恩惠滿足基本家庭生存需求的嬰兒化經歷而產生的家庭法律意識（family legal consciousness），轉向通過 DACA 受益者之間的相互依賴實現家庭獨立的法律意

- 
- [90] See A. Tungnirun, *Practicing on the Moon: Globalization and Legal Consciousness of Foreign Corporate Lawyers in Myanmar*, 5 Asian Journal of Law and Society 49, 2018.
- [91] See D.M. Engel, *How Does Law Matter in the Constitution of Legal Consciousness?*, in ed. BG Garth & A Sarat eds., *How Does Law Matter?*, Evanston, IL: Northwest. Univ. Press, p.109–144, 1998. 引自C.J. Greenhouse, *Courting Difference: Issues of Interpretation and Comparison in the Study of Legal Ideologies*, 22 Law & Society Review 687, 1988; B. Yngvesson, *Making Law at the Doorway: The Clerk, the Court, and the Construction of Community in A New England Town*, 22 Law & Society Review 409, 1988.
- [92] M. Merleau-Ponty, *Phenomenology of Perception*, transl. DA Landes., New York: Routledge, p.370, 2012.
- [93] See P. Bourdieu, *Outline of a Theory of Practice*, transl. R Nice., Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, 1977.
- [94] A. Warde, *The Practice of Eating*, Cambridge, UK: Polity, p.42, 2016.
- [95] 我們感謝吳貴亨（Kwai Hang Ng）和基貝特·馮·本達-貝克曼（Keebet von Benda-Beckmann）對這種關係性法律意識類型提出的建議。
- [96] K.M. Young, *Everyone Knows the Game: Legal Consciousness in the Hawaiian Cockfight*, 48 Law & Society Review 499, p.500, 2014. 此外，可以參見赫爾2016年的分析討論K.E. Hull, *Legal Consciousness in Marginalized Groups: The Case of LGBT People*, 41 Law & Social Inquiry 551, 2016.
- [97] See J.L. Abrego, *Renewed Optimism and Spatial Mobility: Legal Consciousness of Latino Deferred Action for Childhood Arrivals Recipients and Their Families in Los Angeles*, 18 Ethnicities 192, 2018.

識。”<sup>[98]</sup>

由於關係型法律意識連續體的共構區域尚未被充分理論化，一些關鍵問題仍有待深入分析。我們尚不明確是否所有法律意識都應被視為關係性的，抑或僅特定類型如此；也不清楚為何關係中的某些參與者採納集體法律意識的特徵，而其他參與者卻沒有。共構過程本身也尚未得到描述和證明，個體法律意識（如果存在）與集體形式之間的動態關係亦未被揭示。我們是否應將其類比為多用戶共享的電腦雲存儲？個體是否會根據其體驗從雲端下載相關內容以作出相應決定？又是否會將新的或修正過的內容上傳到雲端？

在共構模型的極端形態中，個體主體性可能會完全消失在關係中，研究者或將徹底摒棄個體作為分析單位。相反，他們會將動態關係作為恰適的研究對象，並因此認為法律意識僅僅作為兩人或更多人之間關係的一部分而存在。<sup>[99]</sup>如果完全採納這種觀點，則需要對研究方法進行重大修正。從20世紀80年代初至今，法律意識學者所採用的逐人訪談或個案研究方法可能不再適用。研究者需要設計新方法，聚焦於觀察和分析關係與社會互動，以探究不同形式的法律意識如何從梅洛-龐蒂“兩人共享的存在”的對話過程中產生。<sup>[100]</sup>此類方法論可能呈現何種樣態以及該如何操作，仍待考究。

## 結論

自20世紀80年代初期以來，法律意識研究為社會-法律學者提供了新洞見，使其得以深入探究法律實踐、個體/群體的世界觀—認知—決定與社會文化背景之間的互構關係。通過法律意識分析，身份流派闡明了法律與自我觀念之間的關聯；霸權流派揭示了權力、不平等與壓迫之間慣常且隱蔽的運作機制；動員流派則證明了法律對生活境遇的變革力量，即便法律在某些情境下並未被直接援引或者工具性運用。因此，法律意識研究可以作為一種靈活性較強、容納性較廣的範式來綜合諸多研究目標與理論視角，展現出多元適用路徑。

總的來說，法律意識研究始終抵制單一、僵化的研究進路，自21世紀初的自我質疑與自我反思之後，法律意識研究就一直蓬勃發展，並逐漸成為社會-法律研究中最為活躍的領域之一。近年來，年輕學者對非美國社會的田野調查以及美國本土邊緣社群的考察分析，為法律意識研究指明了新方向，並拓展了三大流派的理論視野。

法律意識研究的發展脈絡表現出對關係性、共構性維度的日益關注。社會-法律研究的這種遠離個人主義視角的趨向，既歸因於跨學科關係理論的深刻影響，又得益於在啟蒙哲學自我觀念欠深入的文化語境中所開展得研究。本文提出個人主義—關係主義的法律意識連續體，來完成對三大理論流派的系統性理解，但也強調更為純粹的關係型或者共構性的法律意識觀念目前尚不成熟且極具推測性。

[98] Ibid, p.204. 納德勒聲稱，法律與群體直接互動來塑造其規範和價值觀，因此“群體身份”影響個人的思想和行動。這引發了一些問題，但她的文章中並未明確解決這些問題，即群體身份是如何發展的，群體是如何與法律互動的，以及群體層面的法律意識是如何因此而形成的。See J. Nadler, *Expressive Law, Social Norms, and Social Groups*, 42 *Law & Social Inquiry* 60, 2017.

[99] See M. Emirbayer, *Manifesto for a Relational Sociology*, 103 *American Journal of Sociology* 281, 1997; L. Liang & S. Liu, *Beyond the Manifesto: Mustafa Emirbayer and relational sociology*, in F Dépelteau ed., *The Palgrave Handbook of Relational Sociology*, Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan, p.395–411, 2018.

[100] See M. Merleau-Ponty, *Phenomenology of Perception*, transl. DA Landes., New York: Routledge, p.370, 2012.

未來研究者可以從個人主義方法已然失效的社會文化語境入手，採用高度關係性的法律意識研究進路，以應對目前法學界所面臨的諸多困境，深入考察關係型法律意識，推進現有理論的發展與革新，孕育新的問題、方法與理論，以便解釋法律何時以及如何發揮作用。該研究趨向也是文化轉向中的一項有望進展，關係型法律意識擴充了社會 - 法律研究數十年來的理論成果，也使法律意識研究範式更加豐富多元並具有可持續發展的生命力。

#### 披露聲明

作者確認不存在任何可能影響本文客觀性的隸屬關係、會員資格、基金資助或財務權益。

#### 致謝

我們感謝利西・阿夫雷戈 (Leisy Abrego)、基貝特・馮・本達 - 貝克曼 (Keebet von Benda-Beckmann)、馬克・埃爾托格 (Marc Hertogh)、劉思達、邁克爾・麥卡恩 (Michael McCann)、弗蘭克・芒格 (Frank Munger)、吳貴亨 (Kwai Hang Ng) 和凱瑟琳・楊 (Kathryne Young) 對本文的反饋意見，以及感謝尼爾・詹森 (Neal Johnson)、路朝博宇、楊偉堅 (Daryl Yang) 和楊可依的研究協助。本文早期稿件曾發表於 2017 年法律與社會協會 (LSA) 及亞洲法律與社會協會 (ALSA) 年會，承蒙與會者的寶貴意見。研究資金由新加坡國立大學教育部二級學術研究基金 (WBS R-241-000-168-112) 資助。

---

**Abstract:** Legal consciousness is a vibrant research field attracting growing numbers of scholars worldwide. Yet differing assumptions about aims and methods have generated vigorous debate, typically resulting from a failure to recognize that three different clusters of scholars—identified here as the Identity, Hegemony, and Mobilization schools—are pursuing different goals and deploying the concept of legal consciousness in different ways. Scholarship associated with these three schools demonstrates that legal consciousness is actually a flexible paradigm with multiple applications rather than a monolithic approach. Furthermore, a new generation of scholars has energized the field in recent years, focusing on marginalized peoples and non-Western settings. Through their findings, and as a result of broader trends across the social sciences, relational legal consciousness has taken on greater importance. Legal consciousness research should be imagined on a continuum ranging from individualistic conceptualizations of thought and action to interactive, co-constitutive approaches.

**Key words:** Legal Consciousness; Relationality; Identity; Power; Mobilization

---

(責任編輯：張雨虹)

# 投稿格式與體例說明

## 一、基本格式

1. **來稿語言**: 本刊僅接受中文稿件，但具有一定學術價值的葡語、英語等外文學術文章的中文譯本也可刊用。

2. **來稿項目**: 所有稿件除正文外，均應包括四個項目：中文及英文題目、中文及英文摘要（200字左右的中文摘要及英文翻譯）、中文及英文關鍵詞（四至五個）、作者工作機構及職稱或職務（中文，並在作者姓名前用“\*”號在首頁下方註明）。

3. **來稿文字**: 所有稿件，均應使用宋體、繁體字，中文標點符號採取全角符號。

內文：11 點，間隔為 1.5 倍行距。

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 點居中打印。

內文一級標題為 12 點加粗居中打印。例：一、標題內容。

內文二級標題為 11 點加粗，加括號，空兩格放置。例：（一）標題內容。

內文三級標題為序號後加“.”，空兩格放置。例：1. 標題內容。

內文四級標題為序號外加小括號，空兩格放置。例：（1）標題內容。

## 二、註釋體例

1. 註釋為腳註，編號連排。

2. 文字為 9 點，空一格加註釋內容。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：國家、作者、書名、譯者、出版者、年份、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 Kapitalisierung im chinesischen Gesellschaftsrecht, Recht der internationalen Wirtschaft, 59. Jahrgang, Heft 08/2013, Verlag Recht und Wirtschaft, Germany, S.518.

6. 文集的註釋順序為：作者、文章名、文集名、出版者、年份、頁碼。

【範例】唐曉晴：《論要物合同》，載趙國強主編：《澳門人文社會科學研究文選法律卷（上卷）》，社會科學文獻出版社 2010 年版，第 268-284 頁。

7. 非引用原文者，註釋前加“參見”；非引自原始出處者，註釋前加“轉引自”。

8. 引用古籍的，參照有關專業部門發佈之規範；其他引用外文的，遵循該語種的通常註釋習慣。

9. 說明未詳盡之處，按《法學引註手冊》（第二版）北京大學出版社 2025 年版執行。