REVISTA DE CIÊNCIA JURÍDICA DE MACAU

澳門法學

• MACAU LAW REVIEW •

編委會

主　任：唐曉晴

委　員：（按姓氏筆劃排列）

王　禹　　杜　立　　邱庭彪　　李　哲　　汪　超　　於興中

唐曉晴　　涂廣建　　稅　兵　　翟小波　　趙國強　　蔣朝陽

劉建宏　　劉高龍　　駱偉建　　魏　丹

主編

趙國強

編輯部主任

唐銘澤

責任編輯

勾健穎　　張竹成　　馬志遠　　張雨虹　　咎晨東　　王鎔洪

學術顧問委員會（按姓氏筆劃排列）

王利明教授（中國人民大學）

田文昌律師（京都律師事務所）

范　健教授（南京大學法學院）

陳弘毅教授（香港大學法律學院）

徐國棟教授（廈門大學法學院）

孫憲忠教授（中國社會科學院法學研究所）

黃　進教授（中國政法大學）

葉　青教授（華東政法大學）

趙秉志教授（北京師範大學法學院）

廖義男教授（台灣世新大學法學院）

劉仁文教授（中國社會科學院法學研究所）

韓大元教授（中國人民大學法學院）

稿約

一、稿件選題：

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

1. 以貫徹、落實“一國兩制”過程中涉及的法律問題為研究對象之稿件。

2. 以澳門、香港地區法律規範及相關法學理論為研究對象之稿件。

3. 以中國區際法律制度比較為研究對象之稿件。

4. 以當代法治社會中具有先進性、創新性、獨特性的理念或法律制度為研究對象之稿件。

5. 以粵港澳大灣區、粵澳深度合作區政策與法律銜接模式為研究對象之稿件。

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

二、投稿審稿：

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

來稿須未曾在國內外其他出版物或網站上刊登和發表。

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

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

三、版權聲明：

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

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

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

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

澳門法學

MACAU LAW REVIEW

2026 年 | 第 1 期 | （總第 63 期）

永遠的懷念

罪刑法定原則法定化與高銘暄教授的學術貢獻 ..... 趙秉志　袁　彬 / 004

“人權”入憲與李步雲教授的理論和實踐貢獻 ..... 肖　武 / 012

名家特約

“堅持和完善行政主導”的法理邏輯與實踐展開 ..... 鄒平學 / 019

論　文

涉麻醉藥品與精神藥品案件刑法認定的規範路徑 ..... 胡　江 / 033

——以“胡某弟非法經營案”為例的展開分析

論數位時代GPS偵查程序的構建 ..... 陳　戀 / 050

論促進“高水平安全”的法律原則 ..... 劉　強 / 068

書　評

主持人語：信息隱私法的理論重構與未來圖景 ..... 鄭　戈 / 078

少有人走的路 ..... 楊子超 / 080

——評《信息隱私：制度議題與多元理論》

數字時代法律的道路：評《信息隱私：制度議題與多元理論》 ..... 邱遙堃 / 091

“從理論到理論” ..... 戴　昕 / 102

——網絡信息與數字法治議題研究再反思

區域法治研究

經濟特區授權立法的功能構造、制度實踐與發展可能 ..... 李天雨 / 117

港澳法治研究

論香港普通法優勢與國家涉外法治建設的融合實踐 ..... 張　旭 / 134

全國人大常委會特區租管地決定的憲法基礎 ..... 肖峻峰 / 148

“一國兩制”下規範交通事故不顧而去行為的立法比較 ..... 霍嘉誠 / 166

——兼論澳門逃避責任罪若干問題

域外法治研究

德國近四十年網絡犯罪立法評述與啟示 ..... 劉　夢 / 182

MACAU LAW REVIEW

2026 No.1 (Serial No.63)

[Everlasting Remembrance]
The Statutoryization of the Principle of Legality for Crimes and Punishments and the Academic Contributions of Professor Gao Mingxuan ..... Zhao Bingzhi & Yuan Bin / 004
Incorporating "Human Rights" into the Constitution and Professor Li Buyun's Theoretical and Practical Contributions ..... Xiao Wu / 012

[Invited Article]
The Jurisprudential Logic and Practical Development of Upholding and Improving Executive-Led Governance ..... Zou Pingxue / 019

[Articles]
Criminal Liability Determination in Cases Involving Narcotic Drugs and Psychotropic Substances ——An Analysis Based on the Hu Illegal Business Operation Case ..... Hu Jiang / 033
Procedural Construction of GPS investigation in the Age of Digital Intelligence ..... Chen Lian / 050
On the Legal Principles for Promoting "High-level Security" ..... Liu Qiang / 068

[Book Review]
Symposium Introduction: Theoretical Reconstruction and Future Prospect of Information Privacy Law ..... Zheng Ge / 078
The Road Less Traveled: Review on Informational Privacy: Institutional Issues and Multivariate Theories ..... Yang Zichao / 080
The Path of Law in the Digital Age: Review on Informational Privacy: Institutional Issues and Multivariate Theories ..... Qiu Yaokun / 091
"From Theory to Theory": Reflections on Scholarship in Internet and Digital Law ..... Dai Xin / 102

[Interregional Legal Systems Studies]
Delegated Legislation of Special Economic Zones: Functional Structure, Institutional Practice, and Future Prospects ..... Li Tianyu / 117

[Hong Kong and Macao Legal Studies]
The Integration of Hong Kong's Common Law Advantages and the Country's Foreign-Related Rule of Law Construction ..... Zhang Xu / 134
Constitutional Basis of NPCSC's Decisions on the Leased Land under Management of SARs ..... Xiao Junfeng / 148
Legislative Comparison of Conduct of "Hit-and-Run" Behavior after a Traffic Accident under "One Country, Two Systems" ——with a Discussion about the Reform of the Crime of Evading Responsibility in Macao ..... Huo Jiacheng / 166

[Extraterritorial Legal Studies]
Review of German Cybercrime Legislation in the Past Forty Years ..... Liu Meng / 182

懷念兩位法學前輩高銘暄先生、李步雲先生

2026 年 1 月 21 日，首批“全國傑出資深法學家”、我國法治和人權理論的開拓者和奠基人之一、中國社會科學科學院榮譽學部委員李步雲先生在北京逝世，享年九十二歲。哀哀欲絕之際，2026 年 2 月 26 日，“人民教育家”國家榮譽稱號獲得者、新中國刑法學的主要奠基者和開拓者、中國人民大學榮譽一級教授高銘暄先生在北京逝世，享年九十八歲。

兩位先生與澳門大學法學院素有淵源，先生們的離開，不僅是中國內地法學界的重大損失，也使澳門大學法學院失去了兩位敬愛的師長與領路人。今特恭述兩位先生與我院的往還舊事，以寄全院上下對高銘暄先生、李步雲先生難以割捨的哀思，並致永遠的懷念。

高銘暄先生曾應我院邀請，親臨澳門大學法學院講學，並參加 2016 年度澳門刑事法學會年度會員大會，與特區同仁廣泛交流、給予指導。先生也曾為《澳門法學》撰文《中國刑法立法的最新進展》，集中展現中國刑法立法最新成果，對指導刑事司法解釋與審判具有重要參考意義。此前，趙秉志教授亦在本刊撰文《“人民教育家”高銘暄教授的刑法學術立場和學術方法》，回顧先生在參與立法、教學科研、人才培養、引領學科建設及促進區際國際學術交流等方面的卓越成就。

李步雲先生曾言，他這輩子始終不渝地在社會主義框架下堅持著兩項事業，一是法治，二是人權。他以一生踐行此語，用學術與行動守護著每一個普通人的尊嚴與權利。先生曾兩度在《澳門法學》刊文，一篇《中國人權知識體系論綱》專注人權，一篇《論建設更高水準的社會主義法治國家》聚焦法治，此兩篇文章是先生關於人權與法治的最終思考與學術絕唱。如今斯人已去，先生的思想與文字，將成為本刊寶貴的精神財富。

唯有秉承先生遺志，潛心治學，培育英才，方是對先生們最好的紀念。

謹此短文，以表懷念與敬仰之情。

《澳門法學》編委會主任、澳門大學法學院院長
唐曉晴

罪刑法定原則法定化與高銘暄教授的學術貢獻

趙秉志* 袁彬**

摘 要 罪刑法定原則的法定化是我國刑法法治化的重要標志。我國1979年《刑法》沒有明文規定罪刑法定原則，同時還規定了有悖於罪刑法定原則的有罪類推制度。1997年《刑法》規定罪刑法定原則並廢除類推制度是我國刑法理論研究直接推動的結果。高銘暄教授關於罪刑法定原則的刑法定位、基本價值、派生原則、司法貫徹等問題的闡釋為我國罪刑法定原則的法定化及其展開做出了重要的理論和實踐貢獻。以罪刑法定原則為基礎，高銘暄教授對犯罪構成理論、死刑制度改革等刑法重大理論和實踐問題進行了本土化、法治化研究，是對構建新中國刑法自主知識體系的重大貢獻。

關鍵詞 罪刑法定原則 類推 法定化 高銘暄 自主知識

引言

高銘暄教授是當代中國傑出的法學家和法學教育家，新中國刑法學的主要奠基者和開拓者。2019 年 9 月 17 日，國家主席習近平簽署主席令，授予高銘暄“人民教育家”國家榮譽稱號。高銘暄教授一生致力於新中國刑事法治事業：在刑法基本理論方面，他提出了諸多與時俱進的刑法新觀念，深化了犯罪概念、社會危害性、犯罪構成、正當行為等基本理論，創新了刑事責任和共同犯罪人分類理論；在刑法立法方面，他論述了刑法立法的根據、原則和技術，總結了刑法立法的經驗，探索了刑法立法完善的理念、方向和方式；在法學教育方面，他創新了培養博士生的方法，造就了一大批高層次的法律人才；在服務實踐方面，他投身法治建設，為我國《刑法》的完善建言獻策、關注實踐推動司法改革貢獻卓著。[1] 高銘暄教授曾將其關於刑法理論研究的主要學術觀點以簡潔的語言概括為八個“堅持”：一是堅持並倡導罪刑法定、罪責刑相適應、適用刑法人人平等、刑罰人道主義等原則；二是堅持刑法的保護社會和保障人權並重；三是堅持實質和形式相統一的犯罪概念；四是堅持主客觀要件有機統一的犯罪構成理論；五是堅持定罪歸責及量刑必須做到事實清楚、證據確實充分、程序合法、裁量適當；六是堅持治理犯罪必須運用綜合手段，認為刑法是必要的，但又應當是有限的、謙抑的，刑法的干預要適度；七是堅持刑

* 趙秉志，北京師範大學法學院暨刑事法律科學研究院教授、博士生導師。
** 袁彬，北京師範大學法學院暨刑事法律科學研究院教授、博士生導師。

[1] 趙秉志、陳冉：《法界泰鬥 杏壇大師——高銘暄教授的人生歷程及其學術貢獻》，載《河北法學》2023年第11期，第2頁。

罰的目的是通過懲罰和矯正，實現特殊預防和一般預防；八是堅持從中國國情出發，嚴格控制和慎重適用死刑，逐步減少死刑，直至最終廢除死刑。[2]

高銘暄教授的刑法學術思想博大精深，並對新中國刑法立法和刑事司法的全面進步作出了重要貢獻。其中所涉及的罪刑法定原則是法治國家刑法的根本准則，罪刑法定原則的實現程度是“檢驗法治成色與程度的試金石”。[3] 我國 1979 年《刑法》沒有明文規定罪刑法定原則，同時還規定了有悖於罪刑法定原則的有罪類推制度。1997 年《刑法》雖然明文規定了罪刑法定原則，但在修訂過程中對於應否在立法上明確規定罪刑法定原則也曾存在重大爭議。[4] 高銘暄教授始終堅持罪刑法定的理念和精神，積極闡明罪刑法定原則的內涵和推動罪刑法定原則的法定化。鑒於其堅持的罪刑法定思想的特殊重要性，並限於篇幅，筆者擬以我國罪刑法定原則的法定化為視角，介述高銘暄教授對於罪刑法定原則法定化、新中國刑法自主知識體系構建以及新中國刑事法治現代化所作的重要理論和實踐貢獻。

一、未雨綢繆：罪刑法定原則法定化的理論准備

高銘暄教授曾指出，我國 1997 年《刑法》中以罪刑法定原則為代表的刑法基本原則的法定化，是我國刑法理論研究直接推動的結果。[5] 不過，由於 1979 年《刑法》沒有明文規定罪刑法定原則，在 79 刑法背景下，我國刑法理論和實務領域對罪刑法定原則是否是我國刑法的基本原則，曾存在否定和肯定的不同認識。[6] 對此，高銘暄教授主要從兩個方面進行了理論闡述，為罪刑法定原則的法定化提供了重要理論基礎：

第一，關於罪刑法定原則是 1979 年《刑法》基本原則的理論闡釋。高銘暄教授對此主要是從兩個方面進行闡釋：一是罪刑法定原則立法的實質化論述。高銘暄教授認為，罪刑法定原則是否屬於一個國家刑法的基本原則，不能僅看刑法立法中是否作了明文規定，而是要看實質。“《刑法》明確規定了什麼是犯罪，有哪些犯罪，各種犯罪的構成要件是什麼；又規定了哪些刑種，各個刑種如何適用，以及各種具體罪的具體量刑幅度如何等等。這就說明它是實行罪刑法定原則的。”[7] 這種對罪刑法定原則立法的實質化論述，為確定罪刑法定原則作為我國 1979 年《刑法》的基本原則提供了重要的理論基礎。二是罪刑法定原則立法的主體化論述。1979 年《刑法》規定有類推制度。類推制度與罪刑法定原則的要求不相符。對此，高銘暄教授認為，1979 年《刑法》規定類推制度有當時現實情況的考慮。同時，他認為，“由於類推制度適用的條件極為嚴格，而且必須報經最高人民法院核准，因此在司法實踐中適用類推制度定罪判刑只是極個別的。這種情況並不能排除罪刑法定原則是我國《刑法》的基本原則。”[8] 在其主編的我國第一部刑法學統編教材中，高銘暄教授也認為，我國刑法典對於犯罪和刑罰從總則到分則有一系列規定，有罪類推制度的適用條件極為嚴格因而只能是極個別案件，因此可以說我國刑法基本上

[2] 參見高銘暄：《我的基本刑法理念》，載趙秉志、陰建峰編：《刑法學70年之探索——人民教育家高銘暄先生文選》，北京大學出版社2024年版，代前言，第1-8頁。

[3] 參見梁根林：《罪刑法定原則：挑戰、重申與重述——刑事影響力案件引發的思考與檢討》，載《清華法學》2019年第6期，第63頁。

[4] 參見趙秉志主編：《新中國刑法學的自主理論——高銘暄教授學術思想專題研究》，北京大學出版社2024年版，第28頁。

[5] 參見高銘暄口述、傅躍建整理：《我與刑法七十年》，北京大學出版社2018年版，第71頁。

[6] 參見高銘暄主編：《新中國刑法學研究綜述（一九四九——一九八五）》，河南人民出版社1986年版，第48-57頁。

[7] 高銘暄：《〈中華人民共和國刑法〉的產生及基本原則》，載《深圳大學學報》1984年第1期，第17頁。

[8] 同上註。

是實行罪刑法定原則的，類推制度只是罪刑法定原則的補充或例外。[9] 高銘暄教授對罪刑法定原則的上述理解，對於確立罪刑法定原則作為我國 1979 年《刑法》的基本原則提供了重要的理論基礎。同時，將罪刑法定原則在刑法教材中作為刑法基本原則進行闡釋，也不斷深化了人們對罪刑法定原則屬於我國刑法基本原則的認識，並逐漸為刑法學界多數人所接受。

第二，關於罪刑法定原則重要價值的闡釋。高銘暄教授從 1954 年一直到 1979 年《刑法》出台的 25 年間，一直參與 1979 年《刑法》的起草工作。[10] 在 1979 年《刑法》制定過程中，有些參與立法起草和討論的民主黨派人士提出，我國刑法應當采取罪刑法定主義，明確宣布法律無明文規定的不為罪、不處罰，類推不符合罪刑法定主義；甚至有人認為，規定類推，將後患無窮，很可能造成“不教而誅”，因而應當禁止類推。但這種意見當時只占少數，多數人主張將類推制度規定下來。[11] 高銘暄教授高度認同罪刑法定原則的價值、反對類推制度，並從兩個方面進行了闡釋：一是從正面闡釋罪刑法定原則的價值。高銘暄教授認為，實行罪刑法定原則是我國刑事立法健全的一個標志。在 1979 年《刑法》公布施行以前的很長時間內，我國並沒有能夠實行罪刑法定原則，以致被林彪、“四人幫”鑽了空子。他們制造種種莫須有的“罪名”，任意抓人捕人，濫施殘酷刑罰，制造了大量冤假錯案。因此，我們要十分珍惜罪刑法定原則，用它來同各種非法現象作鬥爭。這對於進一步加強社會主義民主和社會主義法治是大有裨益的。[12] 二是從反面闡釋罪刑法定原則的漏洞填補。高銘暄教授認為，規定罪刑法定原則之後也可能帶來一點負效應：將來遇有危害社會的行為而刑法無明文規定的，司法機關將不能對之定罪處罰。但這有救濟之道，即“總結經驗，通過立法上的修改補充加以解決”。[13] 通過罪刑法定原則價值的正反兩方面闡釋，高銘暄教授打消了不少關於罪刑法定原則法定化的顧慮。

在當時的社會背景下，高銘暄教授關於罪刑法定原則的理論闡釋促進了人們對罪刑法定原則的認識和精神認同，成為我國罪刑法定原則法定化的重要理論准備。

二、據理直言：罪刑法定原則法定化的理論推動

我國 1997 年《刑法》明確規定了罪刑法定原則並廢除了類推制度，標志著我國刑事法治領域向依法治國邁出了重要步伐。但在 1988 年至 1989 年刑法修改期間，刑法界對類推存廢問題存在三種見解，分別是永久保留說（認為只要有刑法就應當有類推制度）、暫時保留說（認為類推制度有其積極作用，在立法不完備和立法經驗不足的情況下，應暫時保留類推制度）和立即廢止說（認為要真正徹底地實行罪刑法定原則，就必須取消類推制度）。這種爭論後來發展為保留說和廢止說之爭。[14] 這些理論爭議直接影響到了罪刑法定原則的立法命運。對此，高銘暄教授旗幟鮮明地主張廢止類推制度並在刑法中明確規定罪刑法定原則，並進行了多方面的理論闡釋和推動。

第一，關於廢除類推制度。在對 1979 年《刑法》進行修訂過程中，立法機關對於類推存廢的看法，當時是傾向於暫時保留。甚至全國人大常委會法工委於 1988 年 11 月 16 日擬訂出的一份《刑法修改稿》在保留乃至放寬類推制度之主張的影響下，對於類推的規定，不僅保留了原有類推制度的基本內容，而且放寬了類推適用的程序條件，規定類推案件不必每案報請最高人民法院核准，凡經最高人民法院核准

[9]　參見高銘暄主編：《刑法學》（第二版），法律出版社1984年版，第38頁。
[10]　參見趙秉志主編：《高銘暄刑法思想述評》，北京師範大學出版社2013年版，第83頁。
[11]　參見趙秉志、肖中華：《罪刑法定原則的確立過程》，載《河北法學》1998年第3期，第7-8頁。
[12]　參見高銘暄：《〈中華人民共和國刑法〉的產生及基本原則》，載《深圳大學學報》1984年第1期，第17頁。
[13]　高銘暄：《試論我國刑法改革的幾個問題》，載《中國法學》1996年第5期，第13頁。
[14]　參見趙秉志、肖中華：《罪刑法定原則的確立過程》，載《河北法學》1998年第3期，第8-9頁。

和公布的類推案例，地方各級人民法院可以比照適用。[15] 這在當時引發了很大的爭議和討論。對於類推制度，高銘暄教授在修訂 79 刑法過程中鮮明地主張立即予以廢除，認為廢除類推制度有著重要的意義：其一，直接表明在刑法領域內堅持依法治國，建設社會主義法制國家的戰略方針；其二，在堅決與犯罪作鬥爭的同時，更全面地保護公民的合法權利不受侵犯；其三，適應國際上的進步潮流，更好地體現我國刑法的民主性和進步性，提高我國刑事法治的國際威望。[16] 高銘暄教授主張的類推制度立即廢除論是當時刑法理論界的主要代表，成為主流意見。

第二，關於罪刑法定原則法定化。在對 1979 年《刑法》進行修訂過程中，有觀點贊成廢除類推制度，但不贊成在刑法中明文規定罪刑法定原則。也有少數觀點主張保留類推，但不反對實行罪刑法定，而是認為類推也是刑法明文規定的制度，因而認為類推定罪並無“法無明文定罪判刑”之嫌。[17] 這些都為罪刑法定原則的完全法定化制造了困難。高銘暄教授認為，這些主張是難以自圓其說的。廢除類推，就意味著實行罪刑法定，實行罪刑法定，就應當在法律上明確加以宣示，這不僅可以收到法治思想原則的宣傳教育效果，而且對於實際指導刑事立法、司法工作，促進刑事立法內容和技術上的完善，強化刑事司法工作人員的法治意識，乃至規範刑事司法解釋等，都有不容忽視的重大意義。[18] 高銘暄教授的這一論述精准地切中了類推制度與罪刑法定原則關係的要害。正如有學者所認為的，“罪刑法定與刑事類推是水火不相容的兩種制度。”[19]

第三，關於罪刑法定的派生原則。罪刑法定原則作為刑法的一項基本原則，其精神的落實不能僅停留在一般的宣示上，而是要有具體的原則和制度來體現和保障。成文法主義、禁止重法溯及既往、禁止類推制度和有罪類推解釋、禁止絕對不定期刑等被認為是罪刑法定原則的主要派生原則。對此，高銘暄教授重點關注了刑法溯及力問題。高銘暄教授認為，刑法上確立罪刑法定原則，除了廢除類推制度外，還要求在刑法溯及力問題上堅持 1979 年《刑法》第 9 條所體現的從舊兼從輕原則。從舊兼從輕是罪刑法定原則的必然要求，因為罪刑法定原則是禁止重法溯及既往的。在 20 世紀 80 年代初，我國有個別單行刑事法律沒有考慮罪刑法定原則的內在要求，在溯及力問題上采取從新或有條件從新的原則，這種做法的實際效果並不好，在未來刑法典中應予以防止，使之不再發生。[20]

正是在以高銘暄教授為主要代表的學者們的努力推動下，刑法界對在刑法中規定罪刑法定原則並廢除類推制度逐步達成了共識。1996 年 4 月 30 日，全國人大常委會法工委曾在北京召開了一個有立法機關、司法機關和院校、科研機構的專家學者約 60 人參加的刑法修改座談會，會議提出了立法機關認為刑法修改中應當著重研究的十大問題，罪刑法定原則的立法化被列為十大問題之首，並得到與會專家學者的高度認同。此次座談會後，最高人民法院、最高人民檢察院和公安部對於刑法明確規定罪刑法定原則並廢止類推達到了完全的共識，沒有了爭議。[21] 罪刑法定原則也通過立法程序最終被明確規定在 1997 年《刑法》中，我國刑法終於實現了罪刑法定原則的法定化，同時類推制度也被廢除。

---

[15] 參見高銘暄、趙秉志編：《新中國刑法立法文獻資料總覽》（第二版），中國人民公安大學出版社2015年版，第351頁。

[16] 參見高銘暄：《試論我國刑法改革的幾個問題》，載《中國法學》1996年第5期，第13頁。

[17] 參見趙秉志、肖中華：《罪刑法定原則的確立過程》，載《河北法學》1998年第3期，第9頁。

[18] 參見高銘暄：《試論我國刑法改革的幾個問題》，載《中國法學》1996年第5期，第13頁。

[19] 丁慕英、丁澤芸：《確立罪刑法定原則　廢除類推制度》，載《中央檢察官管理學院學報》1997年第1期，第5頁。

[20] 參見高銘暄：《試論我國刑法改革的幾個問題》，載《中國法學》1996年第5期，第13頁。

[21] 參見趙秉志主編：《新刑法全書》，中國人民公安大學出版社1997年版，第85-86頁；趙秉志、肖中華：《罪刑法定原則的確立過程》，載《河北法學》1998年第3期，第10頁。

三、落地生花：罪刑法定原則法定化的全面展開

刑法基本原則具有綱領性（突顯近現代刑法的法治精神、刑法理論基礎、價值取向、功能設定、制度安排）、全局性（超越具體、個別的思維，從全局的高度規劃與設計刑法典及其內容）和貫穿性（貫徹整個法典或刑事司法）。[22] 罪刑法定原則的法定化突出了罪刑法定原則的刑法地位，同時對刑法立法和刑事司法提出了更明確的要求，要求刑法立法和刑事司法必須全面貫徹落實罪刑法定原則的要求。對於罪刑法定原則的展開，高銘暄教授主要對罪刑法定原則的立法、司法和理論展開進行了闡釋。

第一，罪刑法定原則的立法展開。罪刑法定原則的派生原則很多，包括明確性原則、禁止溯及既往、禁止類推制度等一系列內容。高銘暄教授認為，這其中最重要的內容是明確性原則。按照明確性原則，是否構成犯罪及其依據、標准等，必須由法律明確規定，也就是刑法必須明確規定。這客觀上形成了犯罪構成的法定化效應。對於類罪或個罪的犯罪構成要件及其要素，應當堅持“明確性”原則的基本要求。為此，刑法總則規定了犯罪的概念和犯罪構成的基本要件，刑法分則則有層次、分類型地規定了各個具體罪的犯罪構成要件。[23] 這構成了犯罪構成的立法法定化。同時，高銘暄教授認為，罪刑法定原則的合法性、有效性，是在立法變革與內容更替的變遷中得以保障的。刑法典的持續完善，是克制類推定罪、防止重罪重罰溯及既往等偏差的良方。當前我國仍應以“刑法修正案”這一常態模式，推進刑法典的可持續性完善。[24] 在此基礎上，高銘暄教授堅定地支持采用刑法修正案模式的主張和立法實踐，指出采取修正案模式修改刑法典是我國立法機關經過長期立法實踐所選擇確定的正確途徑，這種模式有利於保持刑法典的統一性和完整性，也有利於司法實務和公民守法，而不應再走已被我國法治實踐檢驗過有諸多弊端的多元化立法的回頭路。[25]

第二，罪刑法定原則的司法展開。高銘暄教授認為，刑法基本原則的綱領性、全局性以及貫穿性之基本特質，使其被賦予指導司法實踐的重大使命。[26] 罪刑法定原則亦如此。罪刑法定原則的司法展開，重點是為罪與非罪的界限劃分提供法治權威性和標准唯一性，審查刑法解釋的限度、標准及其結論，調和刑法與刑事政策的關係。高銘暄教授認為，我國司法實踐中存在一些偏離罪刑法定原則的做法，包括兜底條款與口袋罪適用的泛化跡象，口袋罪的制度根源是“明確性不足”，按照同類解釋規則的邏輯，應嚴格限縮適用，否則，有突破罪刑法定原則邊界的風險；法定犯時代刑事違法性判決依據與基准的不確定性，行政立法及其法律責任規定的變動性、複雜性驟增，加大了刑事違法性判斷的難度，也使罪刑法定原則的貫徹面臨多重價值交錯的情況；空白罪狀的適用容易突破罪刑法定的邊界，如由於立法規範供給能力下降，明確性原則的司法適用面臨前所未有的調整，對“違反國家規定”這種空白罪狀之表述，由於處在法定犯擴張背景下，又由於涉及刑事違法性之認定，往往容易突破罪刑法定的邊界；擴張解釋與類推解釋的混同，擴張解釋作為激活並充實刑法規定的常態做法，其與類推解釋的界限一直都是實踐中的難題，處理不當的結果就是滑向類推制度的老路子；高銘暄教授認為司法解釋在溯及力也應當堅持從舊兼從輕原則。[27]

第三，罪刑法定原則的理論展開。罪刑法定原則包括罪的法定與刑的法定，其中罪的法定在實質層

[22] 參見高銘暄：《刑法基本原則的司法實踐與完善》，載《國家檢察官學院學報》2019年第5期，第14頁。
[23] 同上註，第16頁。
[24] 同上註，第29頁。
[25] 參見高銘暄：《20年來我國刑事立法的回顧與展望》，載《中國法學》1998年第6期，第25-29頁；高銘暄：《新中國刑法立法的變遷與完善》，載《人民檢察》2019年第19-20期，第25頁。
[26] 參見高銘暄：《刑法基本原則的司法實踐與完善》，載《國家檢察官學院學報》2019年第5期，第13頁。
[27] 同上註，第21-22頁。

面上主要涉及犯罪構成的明確化，刑的法定在實質層面上主要涉及刑罰的正當化。這兩者反映在刑法理論上的關聯問題是犯罪構成理論和死刑改革理論。關於犯罪構成理論，以高銘暄教授為代表的老一輩刑法學家在借鑒 20 世紀前蘇聯犯罪構成理論的基礎上，結合中國現實提出具有中國特色的四要件犯罪構成理論。不過，隨著晚近時期德日刑法理論不斷進入中國，刑法學界出現了以德日階層式犯罪論體系取代我國長期通行的四要件犯罪構成理論的主張（“推倒重來論”）。高銘暄教授結合我國四要件犯罪構成理論產生與發展的歷史和現實進行了針對性的研究，指出我國四要件犯罪構成理論的形成是一種歷史性的選擇，具有歷史必然性；該理論也經受住了歷史的考驗，具有歷史合理性。再從現實的維度、理論內在邏輯和犯罪論不同體系的比較來看，四要件犯罪構成理論也都具有其合理性。而否定四要件犯罪構成理論的“推倒重來論”漠視和曲解了四要件犯罪構成理論的現實合理性，其主張的三階層犯罪成立體系也存在著諸多矛盾、衝突之處而不宜采納，奉行“推倒重來論”必然會把中國刑法學引向歧途，會造成我國刑法理論和司法實務的混亂。[28] 高銘暄教授的這一見解深刻把握我國刑事立法和司法的現實，有助於避免理論混亂造成司法實踐中定罪的混亂，也有助於推進罪刑法定原則對司法實踐的指導，從而更好地實現罪刑法定原則關於犯罪構成的法定化和明確性要求。

死刑的正當性是刑法理論上討論較多但也是爭議較大的問題，與罪刑法定原則存在千絲萬縷的聯系，關係到刑罰正當性的判斷。高銘暄教授在 1997 年《刑法》通過之前即已開始關注我國死刑制度的改進問題，指出基於我國特定的國情民意，目前在我國徹底廢止死刑尚不現實，但立法者必須認識到死刑的弊端及其作用的有限性，應當隨著社會的發展和治安的好轉，盡量減少死刑的適用，而對於非暴力的財產犯罪和經濟犯罪，原則上不應配置死刑。[29] 在 1996 年 11 月於北京召開的刑法修改大型座談會上，高銘暄教授在大會發言中，針對刑法修訂草案中死刑立法改革力度不大的狀況，從歷史經驗、死刑價值、“少殺”刑事政策以及國際交往需要等多個維度，旗幟鮮明地提出了刑法典修訂應再努力削減死刑的建議，給人鼓舞和啟迪。[30] 之後二十多年裡，在我國死刑制度邁開司法改革與立法改革步伐的法治背景下，高銘暄教授也加強了對我國死刑制度改革問題的關注，其研究涉及歷史與現實、國際與國內、刑事實體法與程序法、人道與預防等多維度，凝聚了“堅持從中國國情出發，嚴格控制和慎重適用死刑，逐步減少死刑，直至最後廢除死刑”的基本主張，起到了豐富、深化、啟迪我國死刑制度改革理論研究和支持、推動相關法治改革的作用。[31]

---

[28] 相關論述參見高銘暄：《對主張以三階層犯罪成立體系取代我國通行犯罪構成論者的回應》，載趙秉志主編：《刑法論叢》2009年第3卷，法律出版社2009年版，第1-11頁；高銘暄：《論四要件犯罪構成理論的合理性暨對中國刑法學體系的堅持》，載《中國法學》2009年第2期，第5-11頁；高銘暄：《關於中國刑法學犯罪構成理論的思考》，載《法學》2010年第2期，第56-60頁。

[29] 參見高銘暄：《毛澤東同志關於刑法問題若干論述的指導意義》，載《政法叢刊》1987年第1期，第2頁；高銘暄：《試論我國刑法改革的幾個問題》，載《中國法學》1996年第5期，第16頁。

[30] 參見趙秉志、彭鳳蓮：《高銘暄教授刑法立法思想要覽》，載趙秉志、郎勝主編：《和諧社會與中國現代刑法建設——新刑法典頒行十周年紀念文集》，北京大學出版社2007年版，第5頁。

[31] 相關研究參見高銘暄：《從國際人權公約看中國部分非暴力犯罪的死刑廢止問題》，載《法制日報》2003年6月26日，第10版；高銘暄：《我國的死刑立法及其發展趨勢》，載《法學雜誌》2004年第1期，第5-8頁；高銘暄：《略論我國死刑制度改革中的兩個問題》，載《法學家》2006年第1期，第12-15頁；高銘暄：《略論中國刑法中的死刑替代措施》，載《河北法學》2008年第1期，第18-21、26頁；高銘暄等：《從此踏上廢止死刑的坦途——〈刑法修正案（八）（草案）〉死刑問題三人談》，載《法學》2010年第9期，第3-15頁；高銘暄、趙秉志等：《關於取消組織賣淫罪、集資詐騙罪死刑的立法建議》，載趙秉志主編：《刑事法治發展研究報告（2009-2010年卷）》，中國人民公安大學出版社2011年版；等等。

結語

高銘暄教授認為，法學家為刑法立法工作提供了堅實的理論基礎，保證了立法的質量，法學家對刑法立法工作的參與具有三方面的作用：一是提供咨詢意見和建議；二是整理和提供有關資料；三是直接參與刑事法律條文的起草擬定工作。高銘暄教授本身也是這麼做的，他被國家立法機關聘請長期參加刑法典的起草和修訂工作，為我國刑法典的制度完善做出了突出貢獻。[32] 其中，罪刑法定原則的法定化與高銘暄教授參與刑法立法活動積極予以推動是分不開的，更與高銘暄教授的理論闡釋與論證密不可分。這些活動和理論研究也反映出高銘暄教授的中國本土化現代刑事法治立場。高銘暄教授曾結合自己數十年參與刑法立法工作的體會，把“刑法立法要從中國實際出發、立足於本國國情”視為我國刑法立法工作應當予以肯定和堅持的首要經驗，[33] 並將這一條作為基本的學術立場貫穿於其刑法理論研究中。同時，高銘暄教授認為，我國刑法學必須以本國現行刑法為主來確定研究對象範圍，要緊密圍繞研究對象開展理論研究，闡述概念，講清原理，分析和解決實際問題，以形成具有中國特色的社會主義刑法學，貢獻於我國社會主義法制建設事業。[34] 本著立足於中國國情這個實際開展自主性研究的基本學術立場，高銘暄教授數十年卓有成效地開展了我國刑法學的學術研究，主導創建了具有中國特色的我國刑法學的學科體系和話語體系。

2015 年 4 月 15 日，在卡塔爾首都多哈召開的聯合國第十三屆預防犯罪與刑事司法大會期間，在國際刑法學協會前後三任主席、國際犯罪學會主席、國際社會防衛學會主席及中國參會代表團等的共同見證下，作為全球性四大刑事科學團體之一的國際社會防衛學會隆重授予高銘暄教授“切薩雷・貝卡里亞獎”。這是國際社會防衛學會在刑事法領域設立的一項極有分量的國際性大獎，旨在表彰全世界在刑事法律領域為推動實現法治精神與人道關懷作出巨大貢獻的賢達之士，素有刑事法領域的“諾貝爾獎”之稱。高銘暄教授是首位獲此殊榮的亞洲人士。國際社會防衛學會主席發表了熱情洋溢的頒獎詞，闡述了頒獎給高銘暄教授的主要理由，其中重要的一條是“他在中國建設現代法治中豐碩的法學研究成果及其重要影響”，並高度評價說“高銘暄教授的一生是奉獻於刑法學教學與研究的一生。”“高銘暄教授的肩上匯集了前人的最高品質，他極富成果地將其一生貢獻給了刑法科學和刑事法制的發展進步以及人道主義刑事政策的傳播普及。”[35]

令人感到無比悲痛的是，2026 年 2 月 26 日，受到無數刑法學人衷心愛戴的高銘暄教授因病不幸離世，享年 98 歲。這是我國刑法界、法律界乃至整個教育界的重大損失。高銘暄教授一路走來，創造了人生和學術的雙子豐碑。“高山仰止，景行行止。雖不能至，然心向往之。”[36] 作為高銘暄教授的學生和後輩，我們唯有化悲痛為力量，高擎高銘暄教授傳遞給我們的法治火炬，以罪刑法定原則的法治精神為指引，奮發圖強，不斷推動我國刑事法治建設事業的繁榮發展。

謹以此文深切緬懷我們敬愛的導師高銘暄先生。

[32] 參見高銘暄：《高銘暄自選集》，中國人民大學出版社2007年版，第183-184頁。
[33] 參見高銘暄主編：《刑法專論》（第二版），高等教育出版社2006年版，第36頁。
[34] 參見高銘暄：《略論刑法學研究的對象和方法》，載《中央政法管理幹部學院學報》1992年第1期，第10頁。
[35] 參見趙秉志、陳冉：《法界泰斗　杏壇大師——高銘暄教授的人生歷程及其學術貢獻》，載《河北法學》2023年第6期，第23頁。
[36] 參見（西漢）司馬遷：《史記・卷四十七・孔子世家第十七》。

Abstract: The legalization of the principle of legality for crimes and punishments is an important symbol of the rule of law in criminal law in China. The 1979 Criminal Law of the People's Republic of China did not explicitly stipulate the principle of legality for crimes and punishments, and at the same time retained the system of analogical conviction, which was inconsistent with this principle. The enactment of the principle of legality for crimes and punishments and the abolition of the analogical system in the 1997 Criminal Law were the direct result of the advancement of theoretical research on criminal law in China. Professor Gao Mingxuan's elaborations on such issues as the criminal law positioning, fundamental values, derivative principles, and judicial implementation of the principle of legality for crimes and punishments have made important theoretical and practical contributions to the legalization of this principle in China. On the basis of the principle of legality for crimes and punishments, Professor Gao Mingxuan has conducted localized and law-based studies on major theoretical and practical issues in criminal law, including the theory of crime constitution and the reform of the death penalty system, thus making a significant contribution to the construction of an independent knowledge system of criminal law in New China.

Key words: Principle of Legality for Crimes and Punishments; Analogy; Legalization; Gao Mingxuan; Independent Knowledge System

（責任編輯：趙國強）

“人權”入憲與李步雲教授的理論和實踐貢獻

肖武*

摘　要　“人權”入憲在當代中國人權發展進程中起著承上啟下的作用，使“尊重和保障人權”上升為國家意志，成為國家的核心價值觀，中國憲法的一項基本原則，以及中國共產黨和中國政府治國理政的一項基本原則。“人權”入憲離不開李步雲教授的極力推動，他既從學理上闡釋“人權”入憲的重要性，為“人權”入憲掃清理論障礙，又長期呼籲並在關鍵時刻“臨門一腳”，在李步雲教授的建議下，“國家尊重和保障人權”最終載入憲法。

關鍵詞　人權保障　憲法原則　李步雲　國家價值觀

引言

無論在當代中國人權理論界還是實務界，李步雲教授都是一個繞不開的關鍵性人物。他既是當代中國人權理論體系的開拓者、奠基人和引領者，也是當代中國人權實踐的見證者、推動者和燃燈人。學界稱其為“敢開第一腔的法學家”“人權旗手”“中國人權法第一人”“‘法治三老’之一”“最早摘到權利哲學和人權這顆法學王冠上明珠的人之一”。張文顯教授認為，“李步雲”三個字已經成為新時期、新時代中國法學的鮮明符號，李步雲學術思想已經成為中國法學一道亮麗的風景。對此，李步雲教授謙稱，其所取得的一切成就都要歸功於這個偉大的時代，自己不過是偉大時代的一朵小小浪花。[1]

總結自己的學術生涯，李步雲教授認為其畢生致力於兩件事，一是宣導依法治國，二是宣導保障人權。[2] 李步雲教授的人權理論研究涵蓋人權概念、人權本原、人權本質、人權形態、人權主體、人權內容、人權實現、人權與主權、人權的普遍性與特殊性、人權與法律、人權與社會主義、人權教育、權利與義務等多個領域，構成了內涵豐富、思想深刻、邏輯嚴密、系統完備的人權理論體系，對人權理論研究和實踐發展都具有重要意義。不少學者尤其是李步雲教授的弟子已對其人權理論作出了系統的概括、

*　肖武，西南政法大學人權研究院副教授、碩士生導師，法學博士。
本文係重慶市社科規劃重點項目“國家能力視角下的中國人權保障模式研究”（項目批准號：2025RC21）、西南政法大學科研項目“中國式人權發展道路研究”（項目批准號：2023XZZXYB-07）階段性成果。

[1]　參見《全國傑出資深法學家李步雲九十感言：我不過是偉大時代的小小浪花》，載澎湃新聞網2023年8月23日，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_24336383。

[2]　參見李步雲：《法治新理念：李步雲訪談錄》，人民出版社2015年版，第1頁。

研究、闡釋和深化。[3] 本文擬以 2004 年修憲時將“國家尊重和保障人權”條款載入《中華人民共和國憲法》（以下簡稱“人權”入憲）為切入點，回顧和梳理 2004 年憲法修改時李步雲教授在推動“人權”入憲上的理論和實踐貢獻。

1978 年改革開放以來，中國人權事業發展歷程中有五大具有標誌性意義甚至是里程碑意義的事件：一是 1991 年中國政府發布首部人權白皮書《中國的人權狀況》；二是 2004 年“人權”入憲；三是 2007 年“尊重和保障人權”被寫入《中國共產黨黨章》；四是 2009 年制定國家人權行動計劃；五是 2022 年十九屆中央政治局就中國人權發展道路進行第三十七次集體學習。五次里程碑事件中，“人權”入憲起著承上啟下的作用，既是對上述第一次里程碑事件的理論提升和制度構造，又為後三次里程碑事件奠定基礎，提供根本法依據。“人權”入憲使“尊重和保障人權”上升為國家意志和“國家的核心價值觀”[4]，成為中國憲法的一項基本原則以及中國共產黨和中國政府治國理政的一項基本原則。可以說，如何強調“人權”入憲的價值和意義都不為過。

“國家尊重和保障人權”得以載入憲法，既源於中國共產黨和中國政府對尊重和保障人權的價值及意義認識的極大深化，也離不開一些具有家國情懷和經世致用使命的學者的鼓與呼，李步雲教授便是其中之一。李步雲教授在 2004 年的“人權”入憲中起到了極為重要的作用，他既從學理上闡釋“人權”入憲的重要性，為“人權”入憲掃清理論障礙，奠定堅實的理論基礎，又在關鍵時刻“臨門一腳”，向國家領導人當面建議，推動“國家尊重和保障人權”最終載入憲法。

二、理論證成：“人權”入憲的重要意義

人權是法治的價值源泉，法治是人權的強力保障。在人權的法治保障中，憲法居於根本地位。“什麼是憲法？憲法就是一張寫著人民權利的紙”[5]。李步雲教授很早就認識到憲法在推動人權保障上的重要作用，強調無論是人權原則、人權內容還是人權的實現途徑，都要通過憲法作出規定，沒有憲法保障，任何人權保障都將成為無源之水、無本之木，同時，人權保障又是憲法的核心，否則憲法便失去了其存在價值。[6] 李步雲教授結合國內和國外、歷史和現實等問題，系統闡述了憲法在人權保障中的功能，廓清了一些理論認知誤區。

改革開放之初，中國學界曾開展過一場人權問題大討論，其中一部分人強調“人權”是資產階級的口號，從來都不是無產階級的戰鬥旗幟；[7] 另一部分人則認為對人權要作歷史的具體的分析，簡單將人權與資產階級聯繫起來的觀點是錯誤的，[8] 無產階級以徹底消滅階級，實現全人類的解放作為自己的遠

[3] 參見陳佑武：《中國人權知識體系的理論探索與實踐追求—論李步雲人權學科建設思想》，載《湖湘法學評論》2024年第3期，第73-98頁；陳佑武：《利益與道德：人權本質的二元統一——論李步雲先生的人權本質觀》，載《法制與社會發展》2015年第2期，第68-75頁；陳佑武：《論李步雲先生的人權思想》，載肖海軍主編《嶽麓法律評論》第8卷，湖南大學出版社2013年版，第50-62頁；肖海軍：《書劍人生擔道義　為謀華夏法治篇——當代著名法學家李步雲先生傳略與學術思想評介》，載肖海軍主編《嶽麓法律評論》第8卷，湖南大學出版社2013年版，第2-29頁；楊松才、陳佑武：《李步雲人權理論體系論綱》，載《廣州大學學報（社會科學版）》2007年第11期，第32-36頁；陳佑武：《人權本原的“人性論”——簡論李步雲先生的人權本原觀》，載《廣州大學學報（社會科學版）》2006年第11期，第20-24頁；陳佑武：《人權的存在形態及實現途徑——論李步雲先生的人權三種存在形態理論》，載《廣東社會科學》2003年第4期，第128-133頁；張志銘等：《書劍人生》，湖南人民出版社2004年版。

[4] 韓大元：《論我國現行憲法的人民民主原則》，載《中國法學》2023年第1期，第39頁。

[5] 《列寧全集》（第12卷），中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局譯，人民出版社1987年版，第50頁。

[6] 參見李步雲、鄧成明：《論憲法的人權保障功能》，載《中國法學》2002年第3期，第41頁。

[7] 參見：《“人權”不是無產階級的口號》，載《北京日報》1979年3月22日；《“人權”是資產階級的口號》，載《文彙報》1979年4月8日；肖蔚雲等：《馬克思主義怎樣看“人權”問題》，載《紅旗》1979年第5期。

[8] 參見林榕年、張晉藩：《談人權問題》，載《學習與探索》1980年第1期，第30-37頁。

大理想，必然是徹底的“人權論”者。[9] 李步雲教授認為，“對歷史上的包括現今資本主義的人權理論與制度全盤否定、一筆抹殺，或者拒絕吸取與借鑒以往的一切文明成果，實際上是把自己置於全人類文明發展的大道之外，既不利於社會主義人權理論與制度的建設，也勢必在全世界人民的心目中敗壞社會主義的聲譽。”[10] 李步雲教授指出，馬克思主義從來沒有對資本主義人權持簡單的全面否定態度，也沒有否定人權本身，只是批判資本主義人權的階級性和局限性。關於社會主義與人權保障之間的關係，李步雲教授指出，自由、平等、富裕是人權所追求的基本價值，也是社會主義的理想，社會主義是最講人權的，社會主義者是最徹底的人權論者。[11]

基於對資本主義人權和社會主義人權的客觀理性認知，李步雲教授在《憲法的人權保障功能》一文中首先對憲法與人權保障的歷史淵源進行了梳理，著重分析了英國《人身保護法》《權利法案》、美國《獨立宣言》《人權法案》、法國《人權與公民權宣言》等對人權保障的規定。李步雲教授指出，雖然各國的生產力發展水準不同、歷史文化傳統不同、經濟文化條件不同，發達國家和發展中國家對人權還存在不同理解，各國憲法所確認的人權範圍也不同，但保障人權已成為各國立憲的基本價值目標和一項世界性的憲法原則。[12]

李步雲教授將憲法對人權的保障作用概括為四大方面：一是確認保障人權是憲法的基本原則。從世界範圍看，保障人權已經成為各國憲法所宣示的普遍原則。保障人權應該是社會主義國家一切活動的出發點和歸宿，我國憲法中人權保障原則的缺失，不僅有悖於社會主義本質和世界政治發展潮流，影響我國人權事業的健康發展，也為西方國家的攻擊指責提供了口實。二是憲法確認人權的範圍。從人權成為各國普遍接受的基本價值，以國際法的形式被確立並成為各國憲法的共同性規定來看，體現出了人權的普遍性。與此同時，人權是歷史的、發展的，各國國情不同，發展水準不同，憲法對人權範圍的規定也不同。憲法要真正發揮人權保障作用，就要將人權的普遍性和特殊性有機結合，在理想和現實之間找到契合點。三是憲法確立國家權力運行的規則體系。調整國家權力與公民權利的關係，限制和規範國家權力，保證國家權力沿著保障公民權利的正確軌道運行，是社會主義國家憲法的神聖使命。四是確立違憲審查制度。開展違憲審查，是維護憲法權威，實現憲法人權保障功能的重要途徑。[13]

三、實踐貢獻：久久為功力推“人權”入憲

談及李步雲教授，都會提到他 1978 年 12 月 6 日在《人民日報》發表的《堅持公民在法律上一律平等》一文，在那個人心思法、人心思治的時代，李步雲教授率先突破思想禁區，開出第一腔。自此，李步雲教授開啟了將推動中國人權保障作為“志業”的學術生涯。

李步雲教授全程見證和參與了 1982 年憲法的修改。1981 年底，他在《人民日報》上連續發表了 10 篇有關公民權利和憲法結構的文章，對修憲提出意見和建議，[14] 釋明了憲法修改中的一些重大問題，

[9] 參見藍瑛：《“人權”從來就是資產階級的口號嗎？——同肖蔚雲等同志商榷》，載《社會科學》1979年第3期，第71-76頁。

[10] 李步雲：《走向法治》，湖南人民出版社1998年版，第483頁。

[11] 參見李步雲、楊松才：《執政為民必須依法治國》，載《光明日報》2003年11月11日，https://news.sina.com.cn/c/2003-11-11/12001096298s.shtml。

[12] 參見李步雲、鄧成明：《論憲法的人權保障功能》，載《中國法學》2002年第3期，第41-43頁。

[13] 參見同前註，第44-49頁。

[14] 參見李步雲：《憲法的結構》，載《人民日報》1981年11月2日，第五版；《憲法的完備問題》，載《人民日報》1981年11月3日，第五版；《憲法條文必須明確、具體、嚴謹》，載《人民日報》1981年11月9日，第5版；《憲法的規範性》，載《人民日報》1981年11月10日，第5版；《憲法的制定和修改必須貫徹民主原則》，載《人民日報》1981年11月24日，第5版；《我國現行憲法為什麼要修改》，載《人民日報》1981年11月27日，第5版；《憲法的穩定性》，載《人民日報》1981年12月1日，第5版；《憲法的現實性》，載《人民日報》1981年12月4日，第5版；《憲法的原則性與靈活性》，載《人民日報》1981年12月7日，第5版；《什

廓清了一些認知誤區。其中最具價值的是，李步雲教授強烈建議要突破此前 1954 年憲法、1975 年憲法和 1978 年憲法文本中把“國家機構”置於“公民的基本權利和義務”之前的結構框架，將“公民的基本權利和義務”移至“國家機構”之前，因為在社會主義國家，人民才是國家的主人，國家權力屬於人民，國家機關應在民主的基礎上產生，並為人民服務。憲法修改委員會最終採納了李步雲教授的建議，將“公民的基本權利與義務”由第三章提前到第二章，位於“總綱”之後，“國家機構”之前，這一體例沿用至今。將“公民的基本權利和義務”置於“國家機構”之前，理順了公民和國家機構之間的邏輯關係，彰顯了公民基本權利的基礎性地位，反映了國家權力屬於人民的憲法原則，強化了國家機關的人權保障職能，“科學闡明了我國憲法作為社會主義類型憲法對於公民的基本權利和義務的法理立場和態度，是一種理念上的巨大進步和飛躍”[15]。

1982 年憲法修改時不僅將“公民的基本權利和義務”置於“國家機構”之前，還恢復了 1975 年憲法和 1978 年憲法中被刪除的公民基本權利，並作出新的規定和更為規範的表述，具有極大的時代價值和進步意義。但對於李步雲教授而言，這還不夠，他始終念茲在茲的是，除了具體權利規定外，憲法中還應當寫入“國家尊重和保障人權”的原則條款。李步雲教授在參加 1999 年修改憲法前的相關座談會時便提出了“人權”入憲的建議，但由於各方面原因，未被採納。

2003 年 6 月 13 日，李步雲教授等五名法學專家和兩名長期從事人大工作的實務部門人員在人民大會堂參加由時任全國人大委員長吳邦國同志主持召開的憲法修改座談會。李步雲教授被要求第一個發言，他談了三條建議，其中第一條就是建議在本次修憲中增加“國家尊重和保障人權”的內容，對此，李步雲教授言簡意賅地講了“人權”入憲的四點理由：一是有利於徹底消除“人權是資產階級的口號”“人權是禁區”等有關人權的誤解和顧慮；二是有利於從立法、執法、司法、護法等各個層面促進對人權的尊重和保障；三是有利於進一步消除國際上對中國人權的誤解和攻擊，提高中國國際聲譽；四是人權比憲法規定的基本權利的範圍要廣得多，因而在憲法中作出“國家尊重和保障人權”的原則性規定非常有必要。

2004 年對 1982 年憲法進行第四次修改時，採納了李步雲教授等學者的建議，在憲法第三十三條增加了一款作為第三款，內容為“國家尊重和保障人權”。自此，“國家尊重和保障人權”正式成為中國憲法的基本原則，開啟了以國家根本大法確認和保障人權的新起點。有憲法學者指出，2004 年通過的憲法第四次修正案中，最大的亮點是增加了“國家尊重和保障人權”條款。[16]

“人權”入憲後，李步雲教授非常振奮，專門撰寫《“人權”入憲開創了中國人權保障的新時期》一文，闡釋中國人權入憲的歷史意義。李步雲教授指出，“人權”入憲是中國社會文明進步的重要標誌，是中國社會主義憲政的新起點，是中國人權持續進步的根本保障。李步雲教授同時指出，憲法有規定並不等於人們實際享有，法定人權轉化實有人權尚需通過憲法人權原則的貫徹實施，對此，他提出了三點建議，一是強調黨和國家人權保障的憲法義務；二是確定人權為黨和國家的基本價值觀；三是提高全民憲法意識，開展人權宣傳教育。[17]

四、未竟的事業：人權保障沒有最好，只有更好

人人得享人權，是人類社會的夢想。新時代以來，中國的人權保障發生歷史性變革、取得歷史性成就，中國人民享有更加廣泛、充分、全面的人權。中國堅持構建人類命運共同體，積極參與全球人權

麼是公民？》，載《人民日報》1981年12月18日，第5版。

[15] 莫紀宏：《充分發揮憲法在人權保障中的重要作用》，載《民主與法制周刊》2023年第47期，第62頁。

[16] 參見韓大元：《“人權條款”實施20年：成效、意義與課題》，載《人權》2024年第3期，第14頁。

[17] 參見李步雲：《“人權”入憲開創了中國人權保障的新時期》，載《中國人大》2004年第15期，第14-15頁。

治理，為推動世界人權事業發展貢獻了中國智慧、中國力量和中國方案。但“人權保障沒有最好，只有更好”[18]，從國內看，我們進入一個以穩固生存權保障為基礎，向人的全面發展為主導，進而滿足人民的美好生活需求的新時代，在推進中國式現代化建設的進程中，人權保障領域仍有不少短板弱項；從全球看，和平赤字、發展赤字、安全赤字、治理赤字加重，全球人權治理正面臨著嚴峻挑戰。放眼未來，“我們要統籌國內國際兩個大局，深刻認識做好人權工作的重要性和緊迫性，更加重視尊重和保障人權，推動我國人權事業健康發展”[19]。

“人權既是一種權利現實，一種法律安排，又是一種社會理想，一種令人嚮往卻永無盡頭的人類理想”[20]。二十多年前李步雲教授力推“人權”入憲時所陳述的理由和在“人權”入憲後所提出的貫徹實施憲法原則的期望，時至今日仍具有重要的價值和意義。

第一，為人權“正名”和“脫敏”工作仍需繼續。李步雲教授提出，“人權”入憲有助於消除人們關於人權是“禁區”，是“資產階級的口號”等認知誤區。“人權”入憲以來，“黨通過人權立法完善、人權文件發佈以及人權觀念普及等方式努力推動人權成為公民意識、社會常識和大眾共識，民眾也不斷強化和更新自身的人權觀念，理直氣壯講人權，為人權而鬥爭”[21]，對人權的錯誤認知在逐步弱化和隱退。但從黨政部門、學界到社會層面，仍不同程度存在對人權“過敏”的問題，有時對政治原則問題、思想認識問題和學術觀點問題的區分度不夠，認為人權是不能輕易觸碰的“敏感”議題，是西方強加的“舶來品”和亂華工具，不願談不敢談人權。人權研究存在轉化難、面世難等問題，一定程度上影響學者的研究積極性和人權學術發展。新中國成立以來，尤其是新時代以來，中國人權保障成就斐然，有目共睹，我們應當有底氣講人權；黨的十八大以來，以習近平同志為核心的黨中央高度重視人權工作，習近平總書記圍繞尊重和保障人權發表了一系列重要講話，作出了一系列重要論述，十九屆中央政治局還就中國人權發展道路進行集體學習，我們應當有信心研究闡釋好人權。

第二，人權國際話語權爭取任重道遠。李步雲教授很早就注意到西方國家對中國人權的攻擊指責，認為“人權”入憲有助於消除國際上一些政府和人士對中國人權的誤解和攻擊，提高中國國際聲譽。多年來，西方一些國家、政黨、非政府組織和研究機構無視中國人權發展取得的巨大成就，長期將中國視為“人權問題國家”，從政治制度、民族宗教、司法個案等層面不斷攻擊指責和施加壓力。近年來，美國等西方國家更是以人權為名，圍繞新疆、西藏、香港等地的治理和發展，頻繁進行攻擊指責，中西人權道路、制度和意識形態之爭愈演愈烈。中國人權理論和實務界立足中國人權發展生動實踐凝練出了一系列原創性人權概念和人權話語，包括堅持以人民為中心的人權發展理念，堅持從實際出發，堅持以生存權、發展權為首要的基本人權等，但相較於西方長期以來影響深遠的自由主義人權觀、天賦人權觀等人權思想理論，我們還未形成一套完整、體系化的人權理論，被“他塑”的現象突出，自我定義自我解釋自我生成的能力不足，中國特色人權理論未能充分反映中國的人權發展道路和發展成就，還需進一步提煉和總結。與此同時，我們對全球人權治理的實踐貢獻遠大於理論貢獻，未能完全將中國人權發展成就和對世界人權的積極貢獻有效轉化為國際人權理論和規範，中國人權話語的國際影響力和傳播效果與中國國際地位不匹配。中國人權理論工作者尚未充分參與到國際人權話語塑造和提升的議程中來，在國際學術期刊、門戶網站上的發文發聲嚴重不足，對氣候變化與人權、工商業與人權等世界人權前沿問題的學理研究不夠。

第三，人權學科體系建設亟需加強。發展人權學科體系、學術體系和話語體系是當前中國人權理論界亟需研究的重大課題，人權學科體系、學術體系和話語體系有機聯繫，學科體系是學術體系的基礎，學術體系是學科體系建設的核心，話語體系的完善離不開學科體系和學術體系的支撐。人權研究涵蓋法

[18] 參見《習近平致“2015・北京人權論壇”的賀信》，載《人民日報》2015年9月17日，第1版。
[19] 習近平：《堅定不移走中國人權發展道路 更好推動我國人權事業發展》，載《求是》2022年第12期，第8頁。
[20] 李步雲：《“人權”入憲開創了中國人權保障的新時期》，載《中國人大》2004年第15期，第15頁。
[21] 肖武：《中國共產黨人權主體觀的觀念史變遷：1921-2021》，載《人權》2021年第2期，第89頁。

學、政治學、社會學、新聞學、歷史學、國際關係等諸多學科，但當前中國人權學科體系不健全，各高校的人權教育和研究主要集中在法學範疇內，屬於法學下的二級學科或研究方向，尚未打破學科壁壘，形成融貫多學科的一級學科，存在教研單位稀少、學位層次斷裂、人才輸出稀缺等瓶頸，構建中國人權原創性學術體系和完善人權話語體系缺少學科體系支撐。李步雲教授一直非常重視人權教育和研究，中國國家人權教育與培訓基地的設立離不開李步雲教授的建議和推動。李步雲教授晚年仍在致力於推動人權一級學科建設，與弟子共同發文，建議國務院學位委員會、教育部在“交叉學科”門類下設置“人權”一級學科，根據人權交叉學科性質授予相應學位。[22] 推動人權學科體系化建設，形成完整的人權學科矩陣，仍是人權理論和實務界未來需要重點努力的方向。

第四，學者需平衡好政治話語與學術話語的關係。雖然我們成功走出了適合中國國情的人權發展道路，但目前中國學界對人權概念的定義和運用總體上仍受制於西方，尚未完全從西方人權觀的理論和邏輯束縛中擺脫出來。一些研究者習慣性用西方人權概念和話語審視中國人權實踐，以西方人權標準檢驗中國人權發展成就，認為西式民主和三權分立體制下對公民及政治權利的主張和保障才是真人權。還有一些研究者要麼以政治話語闡釋學術話語，簡單做政治話語的注腳，缺乏學術研究的思想高度和理論深度；要麼躲在象牙塔裡做學問，“兩耳不聞窗外事，一心只讀聖賢書”，缺乏為人民做學問的責任和擔當。在平衡好學術與政治之間的關係上，李步雲教授為我們樹立了良好典範，他既能處江湖之遠，又能居廟堂之高，既能著書立說留下深邃的學術思想觀點，又敢為天下先開法治人權之腔。正如有觀點所言，“李步雲的政治智慧體現在，不是以反政府的姿態謀取鬥士的虛名，而是將自己有益的學術成果，通過為黨和政府出謀劃策的方式，轉變成政治理念，從而惠及政府和國家，惠及大眾”[23]。

第五，黨和政府需進一步貫徹落實“國家尊重和保障人權”憲法原則。中國人權保障在理念和實踐上區別於西方的一個鮮明特色是，與西方一些國家將自由權作為首要人權，強調公民個體權利與國家權力之間的對抗，認為政府是“有限政府”不同，中國強調黨和政府在人權保障上承擔“組織者”和“建設者”角色，以積極的領導者身份履行人權保障作為義務。[24] 正如有觀點所指出的，人權不只是一種防禦權，還有合作權的屬性。[25] 由此，也就對黨和政府在人權保障上提出了更多的要求，既要在消極權利的保障上承擔一定消極不作為義務，又要在積極權利保障上承擔積極作為義務。李步雲教授認為，“人權原則能否貫徹實施取決於一個社會是否具有公認的人權價值觀，特別是居於社會領導與管理地位的黨和國家領導人是否具有人權價值觀”[26]。黨的十八大以來，習近平總書記圍繞尊重和保障人權作出了一系列重要論述，十九屆中央政治局就中國人權發展道路進行了集體學習，習近平總書記強調各級黨委（黨組）要擔負起推動我國人權事業發展的歷史責任，各級幹部特別是領導幹部要主動做好尊重和保障人權各項工作，各地區各部門各行業要增強尊重和保障人權意識，[27] 人權保障的關鍵在於黨和政府牢固樹立尊重和保障人權理念，並通過各種舉措將“國家尊重和保障人權”憲法原則落到實處，形成推動中國人權事業發展的合力。

結語

1883 年，著名思想家馬克思逝世，恩格斯在倫敦海格特公墓馬克思安葬儀式上發表的悼詞中說，

[22] 參見陳佑武、李步雲：《論當代中國的人權學科》，載《人權研究》2023年第1期，第73頁。
[23] 孟慶濤：《李步雲的法治思想及其政治智慧》，載《東北財經大學學報》2016年第1期，第16頁。
[24] 參見肖武：《從第四輪普遍定期審議看中國人權保障實踐成就及制度優勢》，載《中國新聞發佈》2024年第2期，第14頁。
[25] 參見劉志強：《論人權的合作權》，載《四川大學學報（哲學社會科學版）》2020年第5期，第153-164頁。
[26] 李步雲：《“人權”入憲開創了中國人權保障的新時期》，載《中國人大》2004年第15期，第15頁。
[27] 參見習近平：《堅定不移走中國人權發展道路　更好推動我國人權事業發展》，載《求是》2022年第12期，第10頁。

馬克思發現了人類歷史發展規律，以及現代資本主義生產方式和它所產生的資產階級社會的特殊的運動規律，恩格斯認為，一生中能有這樣兩個發現，該是很夠了，即使只能作出一個這樣的發現，也已經是幸福的了。但是馬克思在他所研究的每一個領域都有獨到的發現。[28] 從一定程度上說，同樣的話也可以用來概括李步雲教授。“法治”和“人權”是現代社會的重要基石和現代文明的重要標誌，一個學者一生中能夠在其中一個領域作出重要發現和貢獻，就已經很幸福了，而李步雲教授同時在“法治”和“人權”兩個領域都作出了獨特貢獻，“依法治國，建設社會主義法治國家”和“國家尊重和保障人權”寫入中國憲法，都離不開李步雲教授的強烈呼籲和全力推動。

2026 年 1 月 25 日，李步雲教授的遺體告別式上，全國各地數百位人權和法治領域的學者、實務部門工作人員自發趕來送別，靈堂前一副題為“征戰沙場身許家國及天下 傾情學術力倡法治與人權”的挽聯，概括了李步雲教授波瀾壯闊的一生。談及自我評價和要求，李步雲教授曾寫過一首自勉詩，“真理無價當奮身，道義千鈞擔鐵肩；權勢利祿身外物，是非功過任評點；歲月無情終有情，願留文章在人間”。李步雲教授的八句自勉詩，也是所有學者終其一生應當努力的方向。

Abstract: The incorporation of "human rights" into the Constitution plays a connecting role in the development of human rights in contemporary China, making "respecting and protecting human rights" become the national will, the core values of the nation, a basic principle of the Chinese Constitution, and a basic principle of the CPC and the Chinese government in governing the country. The inclusion of "human rights" in the Constitution cannot be separated from professor Li Buyun's strong promotion, he not only explained the importance of "human rights" in the Constitution from a theoretical perspective, clearing theoretical barriers for its inclusion, but also has long called for and "stepped in" at critical moments. .At the suggestion of Professor Li Buyun, efforts were made to promote the inclusion of "the State respects and protects human rights" into the Constitution.

Key words: Human Rights Protection; Constitutional Principle; Li Buyun; National Value

（責任編輯：勾健穎）

[28] 參見[德]弗里德里希・恩格斯：《在馬克思墓前的講話》，載《馬克思恩格斯選集》（第3卷），人民出版社2012年版，第1002-1003頁。

“堅持和完善行政主導”的法理邏輯與實踐展開

鄒平學*

摘　要　堅持和完善行政主導，是維護特別行政區憲制秩序的必然要求，其憲制依據源自憲法和基本法。從“堅持行政主導”到“堅持和完善行政主導”，這一話語轉變標志著對行政主導體制的認知由制度確認進入效能優化的新階段，行政主導體制的優勢最終要體現為促進港澳長期繁榮穩定的管治成效。從角色定位看，行政主導體制以行政長官為核心，在特別行政區治理中居於超然地位，其最核心的角色是連接中央與特區的關鍵樞紐。同時，作為當家人和第一責任人，行政長官和特別行政區政府對特區的整體治理成效承擔首要責任。隨著“一國兩制”實踐進入新時代，“堅持和完善行政主導”下處理好行政與立法的關係尤為重要，未來應當堅持行政與立法以協作配合為良性互動模式的基本原則，以高官問責制為核心的公務員改革作為執行保障，並最終以對接國家“十五五”規劃的管治成效作為對行政與立法協作的檢驗。

關鍵詞　行政主導　特別行政區　基本法　“一國兩制”　行政長官

一、引言

2025 年 12 月 16 日，習近平總書記在分別聽取香港特別行政區行政長官李家超 [1] 和澳門特別行政區行政長官岑浩輝 [2] 述職報告時，均強調特區政府要“堅持和完善行政主導”。2026 年 1 月 26 日，中共中央港澳工作辦公室、國務院港澳事務辦公室主任夏寶龍在全國港澳研究會舉辦的“堅持和完善行政主導，促進特別行政區良政善治”專題研討會中再次強調，“行政主導作為基本法設計特別行政區政治體制的重要原則，根源於中華人民共和國憲法，是全面准確貫徹‘一國兩制’方針的制度保障。”[3] 行政主導這一老生常談的概念，再次引起了廣泛關注。在當前歷史節點，強調港澳特別行政區“堅持和完善行政主導”並非偶然。

* 鄒平學，深圳大學法學院教授，港澳基本法研究中心、港澳及國際問題研究中心主任、博士生導師。

[1] 參見《習近平聽取李家超述職報告》，載《人民日報》2025年12月17日，第1版。

[2] 參見《習近平聽取岑浩輝述職報告》，載《人民日報》2025年12月17日，第1版。

[3] 夏寶龍：《堅持和完善行政主導 不斷提升特別行政區治理效能——在“堅持和完善行政主導 促進特別行政區良政善治”專題研討會上的致辭》，載中共中央港澳工作辦公室、國務院港澳事務辦公室網站，https://www.hmo.gov.cn/xwzx/zwyw/202601/t20260126_42005.html。

首先，從國家戰略之需看，2026 年是我國“十五五”規劃的開局之年，港澳特區必須做好與國家“十五五”規劃的對接，這也是港澳兩地主動對融入國家發展大局的使命擔當。一方面，“堅持和完善行政主導”有助於特區政府完成統籌資源、高效決策；另一方面，也在強調港澳兩地立法機關不僅要履行監督職責，還需配合政府依法施政，司法機關亦要高度尊重行政權的行使。其次，明確“堅持和完善行政主導”旨在正本清源，澄清錯誤認知。由於過去很長一段時間以來，社會各界對特別行政區的政治體制存在誤解，這不僅導致了無謂的爭執，甚至被反中亂港勢力所利用，企圖架空行政主導，強調所謂的“三權分立”。因此，當前有必要從法理和輿論上正本清源，明確行政主導是憲法和基本法[4]設計的根本原則。最後，港澳特別行政區的治理面臨現實挑戰，需要重申、堅持和優化行政主導。港澳特區目前面臨著住房、產業轉型、青年發展等深層次問題，這些問題的解決需要特區政府以更強的主導性和積極作為的擔當精神推動改革。行政主導具有實踐優勢，重點是如何通過“堅持和完善行政主導”，將“一國兩制”下港澳特區的制度優勢持續轉化為市民可感的發展成果和民生福祉。

一言以蔽之，“堅持和完善行政主導”是當前特別行政區尤其是香港應對外部環境變化，確保“一國兩制”行穩致遠的綜合性和戰略性安排。其核心目標在於提升特別行政區治理效能，最終實現良政善治和長治久安。在落實“愛國者治港”“愛國者治澳”的新基礎上，本文旨在通過闡釋“堅持和完善行政主導”的憲制基礎，梳理從“堅持行政主導”到“堅持和完善行政主導”轉變的法理邏輯，鞏固行政主導下行政與立法的良性互動，以期全面准確理解習近平主席強調“堅持和完善行政主導”的重要精神。

二、“堅持和完善行政主導”的憲制依據和演進邏輯

（一）憲法和基本法是特別行政區“堅持和完善行政主導”的憲制依據

在兩部基本法的條文中並不能找到“行政主導”的字眼。以香港基本法為例，追溯至香港基本法起草時，香港基本法咨詢委員會的政制專責小組於 1986 年 7 月 8 日就行政長官的職權開會，在涉及取消或保留行政長官職權的分組討論中，有委員提出：“在現行的制度下，法例最初由行政局提議，經立法機關通過後，由港督批准執行。換句話說，是采用‘行政主導’方式，法例的動議權乃屬於行政機關。”亦有委員提出香港特區應沿用“行政主導”模式。[5]鄧小平同志於 1987 年在會見香港基本法起草委員會委員時，曾明確“香港的制度也不能完全西化，不能照搬西方的一套。香港現在就不是實行英國的制度、美國的制度，這樣也過了一個半世紀了。現在如果完全照搬，比如搞三權分立，搞英美的議會制度，並以此來判斷是否民主，恐怕不適宜。”[6]這就意味著，回歸前後的香港均不可能實行三權分立的政治體制。在香港基本法起草委員會主任委員姬鵬飛所作的《關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法（草案）〉及其有關文件的說明》裏，其以較多的筆墨論及香港的政治體制要符合“一國兩制”的原則，要從香港的法律地位和實際情況出發，以保障香港的繁榮穩定為目的；要有利於資本主義經濟的發展；要保持原有政治體制中行之有效的部分；要

[4] 具體是指《中華人民共和國香港特別行政區基本法》《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》，為行文方便，本文統稱《基本法》，在特定情形下簡稱《香港基本法》《澳門基本法》。

[5] 該討論收錄於《1986年7月8日政制專責小組第五次會議紀要（第一分組）》，參見李浩然：《香港基本法起草過程概覽》（中冊），三聯書店（香港）有限公司2012年版，第483頁。

[6] 《鄧小平文選》（第三卷），人民出版社1993年版，第220頁。

有助於保持香港的穩定和行政效率等問題，[7] 這說明基本法在設計香港特區政治體制時確實有貫徹行政主導理念的考量。曾親身參與兩部基本法起草、且擔任香港基本法起草委員會政治體制專題小組中方負責人的著名憲法學家肖蔚雲教授就指出：“《基本法》貫徹‘行政主導’。起草時，對於《基本法》裏面的政治體制，要規定‘行政主導’這一點是比較明確的。但一開始有不同的爭論，一種‘行政主導’，一種‘立法主導’，第二次政治體制小組在深圳開會，就展開了激烈辯論，多數委員認為應當寫‘行政主導’，所以，條文包含的內容就體現了‘行政主導’。”[8] 從邏輯上分析，我們不能因為基本法條文裏沒有出現“行政主導”的字眼，就否認香港特區管治體制具有“行政主導”的特色，因為一部法律的原則和特色並非必須出現在該部法律條文的符號表達上，它更多地是體現於立法的目的、宗旨及各個條文之間的邏輯關係上。這如同大家公認美國憲法是一部規定國家權力“三權分立”“制約平衡”的憲法，但整部憲法找不到“三權分立”的字眼。

特別行政區政治體制的憲制基礎源自憲法與基本法，基本法設計特別行政區政治體制的鮮明特征即表現為行政主導。夏寶龍主任在致辭中專門強調，“實行行政主導是維護特別行政區憲制秩序的必然要求”。[9] 特別行政區的憲制秩序由憲法和基本法所共同確定。《憲法》第 31 條規定：“國家在必要時得設立特別行政區，在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定。”該條款為設立香港、澳門特別行政區及構建其政治體制提供了最高法律依據和憲制前提。在此基礎上，兩部基本法作為全國性法律，依照憲法制定並具體規定了香港、澳門特別行政區的政治體制架構。《香港基本法》第 11 條第 2 款明確規定，“香港特別行政區立法機關制定的任何法律均不得同本法相抵觸”；同樣地，《澳門基本法》第 11 條第 2 款也明確規定，“澳門特別行政區的任何法律、法令、行政法規和其他規範性文件均不得同本法相抵觸”。這充分表明，基本法在特別行政區具有憲制性地位。因此，港澳兩地實行何種政治體制，本質上源於憲法授權下通過基本法所確立的制度安排，而非基於普通法傳統或地方自治邏輯自發形成。

（二）“堅持和完善行政主導”重要論述的形成

港澳自回歸以來，在中央政府的全力支持下，“一國兩制”的成功實踐體現在多個方面，這其中行政長官帶領特區政府貫徹落實行政主導體制功不可沒。2007 年 6 月 6 日，吳邦國委員長在人民大會堂舉行的紀念中華人民共和國香港特別行政區基本法實施十周年座談會上指出，“香港特別行政區政治體制的最大特點是行政主導。”[10]2017 年 7 月 1 日，習近平主席在會見香港特別行政區行政長官林鄭月娥和新任行政、立法、司法機構負責人的講話中指出，“特別行政區政府管治團隊是一個整體，關鍵是要全面落實和進一步完善以行政長官為核心的行政主導體制，處理好行政、立法關係，真正做到議而有決、決而有行，確保政府依法施政的順暢、高效；要自覺維護管治團隊的團結，堅決維護行政長官的權威，在工作上相互支持、相互配合，共同維護政府整體的威信和聲譽。”[11]2019 年 12 月，習近平主席在會見澳門特別行政區行政、立法、司法機關負責人時，曾強

[7] 參見香港特別行政區政府律政司編撰：《基本法起草材料及案例精選》（第一冊），香港特別行政區政府律政司2022年版，第47-57頁。亦可參見：姬鵬飛：《關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉（草案）及其有關文件的說明》，載中共廣東省委港澳工作辦公室（廣東省人民政府港澳事務辦公室）網站1990年3月28日，https://www.gdhmo.gov.cn/jbf/content/post_70943.html。

[8] 肖蔚雲：《關於香港特別行政區基本法的幾個問題》，載《法學雜誌》2005年第2期，第7頁。

[9] 夏寶龍：《堅持和完善行政主導 不斷提升特別行政區治理效能——在“堅持和完善行政主導 促進特別行政區良政善治”專題研討會上的致辭》，載中共中央港澳工作辦公室、國務院港澳事務辦公室網站，https://www.hmo.gov.cn/xwzx/zwyw/202601/t20260126_42005.html。

[10] 《吳邦國：香港政治體制的最大特點是行政主導》，載中國人大網2007年6月6日，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/wbgwyz/content_1615725.htm。

[11] 《習近平會見林鄭月娥和香港特別行政區新任行政、立法、司法機構負責人》，載中華人民共和國中央人民政府網站2017年7月1日，https://www.gov.cn/xinwen/2017-07/01/content_5207263.htm。

調“必須始終堅持、堅決維護基本法確立的特別行政區以行政長官為核心的行政主導體制。”[12]2022年7月，習近平主席在慶祝香港回歸祖國25周年大會暨香港特別行政區第六屆政府就職典禮上的講話中指出，“特別行政區堅持實行行政主導體制”。[13]此後，黨的二十大報告正式寫入“堅持行政主導，支持行政長官和特別行政區政府依法施政”[14]。質言之，“堅持行政主導”是被“一國兩制”實踐所成功檢驗了的政治體制，符合港澳經濟和社會發展的客觀要求。

2024年12月，習近平主席在慶祝澳門回歸祖國二十五周年大會暨澳門特別行政區第六屆政府就職典禮上，針對具有澳門特色的“一國兩制”成功實踐進行總結，其中特別提到了“行政主導體制運行順暢”。[15]回歸以來的特區治理實踐充分證明，行政主導體制展現出巨大的生命力和優越性。以香港為例，行政主導體制為其發展提供了強勁動能。在經濟領域，特區政府果斷應對亞洲金融風暴、國際金融危機、非典疫情、新冠肺炎疫情等多重挑戰，推動金融體系穩健發展；民生方面，在行政主導框架下，公屋建設、醫療改革等重大民生工程得以高效推進，公屋輪候時間較峰值縮短超過一年；區域融合更取得突破性進展，港珠澳大橋、高鐵香港段等重大基建的建成，彰顯了行政決策的效率優勢。[16]“堅持行政主導”的成功實踐通過特別行政區治理秩序的穩定以及香港、澳門長期繁榮穩定不斷得到確認，並被實踐證明行之有效。

因此，習近平主席於2025年12月在聽取行政長官述職報告時所提出的“堅持和完善行政主導”才富含深意。只有“堅持行政主導”取得了成功實踐，港澳才能具備繼續堅持並根據新形勢的要求，進入“完善”階段的充分條件。換言之，只有行政主導體制得到牢牢“堅持”，才能進一步討論如何“完善”使其運行得更順暢。總之，習近平主席關於從“堅持”到“堅持和完善”的話語演進，絕非簡單的文字增補，而是深刻反映了中央對特別行政區治理規律認識的不斷升華，以及對新階段、新任務作出的戰略性回應。

（三）從“堅持”到“堅持和完善”轉變的治理邏輯

第一，這一轉變標志著對行政主導體制的認知由制度確認進入效能優化的新階段。“堅持行政主導”核心在於守正。港澳回歸初期，首要任務是確立憲制秩序以避免急速政治化引發社會動蕩。[17]此時強調行政主導，本質上是對制度方向的根本確認，即旗幟鮮明地反對將特區政治體制誤解為“三權分立”，確保“一國兩制”不變形、不走樣。更為重要的在於，“堅持行政主導”能夠適應中央對香港特區行使和落實全面管治權的需要，滿足中央全面管治權與特區高度自治權的有機結合和銜接統一的需要。因為基本法關於中央對特區行政長官與主要官員的實質任命權、特區行政長官對中央人民政府負責、執行中央政府就有關事務發出的指令等規定內容，只有在行政主導體制下才有實現的可能。“堅持行政主導”，還有助於“一國兩制”下的特區治理行穩致遠。香港、澳門兩個特區雖享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權，但這些權力來源於中央授權，必須接受中央監督。行政主導體制有助於確保中央意志通過行政長官及其領導的政府有效傳導至特區治理實踐的各個方面，從而維護國家主權、安全與發展利益。[18]

---

[12] 《習近平會見澳門特別行政區行政、立法、司法機關負責人》，載《人民日報》2019年12月20日，第2版。

[13] 習近平：《習近平談治國理政》（第五卷），外文出版社2025年版，第368頁。

[14] 習近平：《高舉中國特色社會主義偉大旗幟　為全面建設社會主義現代化國家而團結奮鬥——在中國共產黨第二十次全國代表大會上的報告》，人民出版社2022年版，第58頁。

[15] 參見習近平：《習近平談治國理政》（第五卷），外文出版社2025年版，第377頁。

[16] 參見紫荊評論員：《以行政主導之力 築良政善治之基》，載《紫荊雜誌》2026年2月號，第2頁。

[17] 對於剛回歸的港澳來說，其價值定位應該在於經濟城市，若強調以立法為主導，突出政黨政治，急速政治化必然導致社會劇烈動蕩。參見張定淮、涂春光：《論鄧小平關於香港特區治理方式的設想》，載《社會主義研究》2006年第3期，第26頁。

[18] 參見鄒平學：《憲法和基本法是香港實行行政主導的憲制依據》，載香港《文匯報》2026年2月7日，第A14版。

而提出“堅持和完善行政主導”則指向的是治理效能要追求提質增效。在二十屆四中全會審議通過的“十五五”規劃建議[19]中，涉及港澳的表述由“保持”長期繁榮穩定升級為“促進”長期繁榮穩定。由“保持”到“促進”說明港澳發展在趨於穩定的同時，必須開始思考更深層次的融入國家發展大局之問題，這就要求特區治理必須實現雙重躍升。一是治理效能的躍升。在“愛國者治港”“愛國者治澳”原則全面落實、行政主導制度根基前所未有穩固之後，特區工作的重心必然轉向改善民生、強政勵治、提升效能。行政主導體制已不僅是權力分配的憲制原則，更是一套需要不斷完善、以釋放最大管治效能的運行機制。二是管治思維的躍升。面向未來，特區治理必須要轉變單純依賴經濟手段解決政治問題的思維，認識到政治問題涉及制度、法律、文化、社會等多重維度，必須采取綜合性治理策略，尤其是香港在“由治及興”新階段更需以堅定決心直面政治體制、社會觀念等深層次矛盾，方能真正融入國家發展大局，實現長期繁榮穩定。[20]這正是“完善”二字承載的攻堅使命。

第二，這一轉變內嵌了如何將制度優勢轉化為管治效能的改革創新命題。之所以能夠從“堅持”走向“完善”，恰恰是因為長期“堅持”已為“完善”掃清了制度障礙。與澳門行政主導運行一貫順暢相比，香港曾長期受困於立法會惡意“拉布”[21]、修例風波等政治亂象，行政與立法關係嚴重惡化，行政主導體制雖具有憲制依據卻難以充分施展。隨著選舉制度的完善以及“愛國者治港”原則的落地，這些掣肘施政的痼疾已得到有效遏制。特區治理已邁入全面釋放管治效能的新時期，這一歷史條件的成熟也必然帶來治理重心的轉移。在此基礎上，“堅持和完善行政主導”作為一個有機整體，對特區提出了更高的要求和期待。一方面，在制度運行層面，需直接錨定行政主導在實踐中可能遇到的堵點、難點，在“愛國者治港”“愛國者治澳”的新政治基礎上，構建行政與立法既相互制衡又相互配合的良性互動機制，確保政府決策高效落地。另一方面，在憲制功能層面，特區不僅要維護自身憲制秩序，更要在中央全面管治權與特區高度自治權的有機結合、銜接統一中，主動對接國家發展戰略，凝聚社會共識，改革體制機制，釋放制度活力。一言以蔽之，行政主導體制的優勢最終要體現為促進港澳長期繁榮穩定的管治成效。

三、行政長官和特別行政區政府的角色定位

夏寶龍主任指出，“堅持和完善行政主導，關鍵是行政長官和特別行政區政府要強化香港、澳門當家人意識，切實擔負起治理香港、澳門第一責任人的責任”。[22]這一重要論述，深刻揭示了行政長官和特區政府在行政主導體制中的核心定位，也明確了其在特區治理中的責任邊界。

（一）行政主導體制以行政長官為核心

[19] 參見《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》，載《人民日報》2025年10月29日，第1版。

[20] 參見郝詩楠：《“由治及興”新階段香港特區政治發展前景展望》，載《上海市社會主義學院學報》2024年第4期，第86-97頁。

[21] “拉布”是政治詞語“filibuster”的中文翻譯“阻撓議事”在香港粵語語境中的獨特表達方式，指的是少數派議員為了表達特定政治目的、阻撓特定議案通過、幹預政府施政，以無休止發言、無休止辯論或其他方式癱瘓議事、阻撓投票，逼使其他議員做出讓步的議事策略。參見鄧偉平、李少速：《論香港立法會制約“拉布”的法理基礎與實踐進路》，載陳廣漢、黎熙元主編：《當代港澳研究》2019年第2輯，社會科學文獻出版社2020年版，第149-181頁。

[22] 夏寶龍：《堅持和完善行政主導 不斷提升特別行政區治理效能——在“堅持和完善行政主導 促進特別行政區良政善治”專題研討會上的致辭》，載中共中央港澳工作辦公室、國務院港澳事務辦公室網站，https://www.hmo.gov.cn/xwzx/zwyw/202601/t20260126_42005.html。

以行政長官為核心的行政主導體制在基本法關於特區權力配置結構的安排中得到完整體現。

第一，在整個基本法的結構安排上，行政主導是顯而易見的立法原意。無論是《香港基本法》第四章將“政治體制”分為六節，還是《澳門基本法》第四章將“政治體制”分為七節，均將“行政長官”和“行政機關”分列第一、第二節，這一排列順序，體現出行政長官在政治體制中地位首屈一指，是一個地位高於行政、立法和司法三機關的首腦以及行政機關相對於立法和司法來說的優位地位的特點。

第二，從基本法通過對行政長官、行政機關、立法會與司法機關之間的職權劃分來看，基本法構建了以行政長官為核心的行政主導體制。以《香港基本法》為例，其表現在以下八個方面：

1. 在特區政制地位上，行政長官和行政權處於優位

行政長官是香港特別行政區的首長，代表香港特別行政區。行政長官依照本法的規定對特別行政區和中央政府負責（《香港基本法》第 43 條）。行政長官具有的雙重憲制角色和“雙負責”機制體現了行政長官既是地方行政首腦，又是中央全面管治權在港落實的重要樞紐。

2. 在決策權限上，行政長官享有廣泛的法定職權

行政長官擁有包括領導特區政府、簽署法案公布法律、提名主要官員報請中央任命、決定政府政策和發布命令、執行中央政府就有關事務發出的指令、代表特區政府處理中央授權的對外事務、批准向立法會提出有關財政收入或支出的動議、依照法定程序任免各級法院法官、依照法定程序任免公職人員、赦免刑罰、處理請願和申訴事宜等多項實質性權力（《香港基本法》第 48 條），行政長官主持行政會議，並在重大決策前征詢其意見，但在緊急情況下，行政長官可不經行政會議征詢直接采取措施（《香港基本法》第 56 條），從而強化行政決策的集中性。

3. 在財政控制上，行政機關主導財政權

行政機關負責編制財政預算並提交立法會審核（《香港基本法》第 62 條第 4 項），而行政長官有權批准涉及財政收入或支出的動議（《香港基本法》第 48 條第 10 項），確保政府掌握財政主動權。

4. 在各項議題的提出、審議通過程序的設定上，行政優先於立法

比如，政府提出的議案須優先列入立法會議程（《香港基本法》第 72 條第 1 款第 2 項），以防止立法機關長期拖延或阻撓施政。立法會議員不能提出涉及公共開支或政治體制或政府運作者的法律草案，立法會議員若提出涉及政府政策者，在提出前必須得到行政長官的書面同意（《香港基本法》第 74 條）。除基本法另有規定外，立法會對法案和議案的表決采取下列程序：政府提出的法案，如獲得出席會議的全體議員的過半數票，即為通過。立法會議員個人提出的議案、法案和對政府法案的修正案均須分別經選舉委員會選舉產生的議員和功能團體選舉、分區直接選舉產生的議員兩部分出席會議議員各過半數通過（《香港基本法》附件二第 7 條）。值得注意的是，這一條的內容，從基本法制定到 2010 年全國人大常委會對附件二的備案修正、再到 2021 年 3 月 30 日全國人大常委會對附件二的修訂，均保持不變。

5. 在行政與立法的相互制衡關係上，行政權處於優勢

如行政長官有權簽署立法會通過的法案，若拒絕簽署且立法會再次通過，行政長官可決定解散立法會（《香港基本法》第 50 條）；行政長官可以拒絕簽署立法會通過的法案（《香港基本法》第 49 條）。政府提出的財政預算案及其他重要議案，立法會若拒絕通過，可觸發解散立法會程序。立法會無權對政府提出不信任案迫使行政長官或政府高官辭職。立法會盡管有權指控行政長官嚴重違法或瀆職行為而以三分之二的議員多數通過彈劾案，但須報請報請中央人民政府決定（《香港基本法》第 73 條第 1 款第 9 項）。

6. 在各項職權的規定上，行政權大於立法權

如《基本法》第 62 條規定香港特別行政區政府的職權之一是“制定並執行政策”，立法會議員可以提出建議，但無權制定政策，擬定並提出法案、議案和附屬法規的權力，在特區政府而不在立法會。立法會盡管在行使有關職權時有權傳召有關人士出席作證和提供證據（《香港基本法》第 73 條第 1 款第 10 項），但行政長官有權根據安全和重大公共利益的考慮，決定政府官員或其他負責政府公務的人員是否向立法會或其屬下的委員會作證和提供證據（《香港基本法》第 48 條第 1 款第 11 項）；

7. 在人事安排上，行政長官可通過任命權促進“行政吸納”

行政長官還可以通過本人所擁有的對政府職位的任命權來取得更多立法會議員的支持，這些可由立法會議員擔任的政府職位包括行政會議部分成員、以及公營機構和各咨詢委員會主席的職位等，以“行政吸納”的方式促進行政主導。

8. 在行政長官的職務代理上，僅限於行政系統內部來解決

在行政長官短期不能履行職務或缺位時，由政府的政務司長、財政司長、律政司長依次臨時代理或代理其職務而不是其他機關的官員代理（《香港基本法》第 53 條）。

第三，從香港基本法有關中央人民政府依照基本法第四章的規定任命香港特別行政區行政長官和行政機關的主要官員的規定（《香港基本法》第 15 條）來看，中央政府對行政長官和政府主要官員的任命權是實質性的，是體現國家主權的重要權力。而香港基本法對立法會主席、議員的產生及各級法院法官的任免均無類似規定，只有“香港特別行政區終審法院的法官和高等法院首席法官的任命或免職，在履行第 88 條、第 89 條規定的程序外，還須由行政長官征得立法會同意，並報全國人民代表大會常務委員會備案”的規定（《香港基本法》第 90 條第 2 款）。此外，從前述的行政長官的廣泛職權以及行政長官是政府的首長，廉政公署、審計署直接向行政長官負責等規定看，都可以說明，立法者對特區政治體制中行政長官職位的特殊重視程度。

第四，從基本法實施實踐來看，中央還通過一系列不斷充實特別行政區制度的重大舉措，進一步鞏固和強化了行政長官的核心地位。例如，第十三屆全國人民代表大會常務委員會第二十次會議通過的《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（以下簡稱《香港國安法》），是這一趨勢的集中體現。根據《香港國安法》第 12 條、第 13 條，香港特別行政區設立維護國家安全委員會，由行政長官擔任主席，負責香港特別行政區維護國家安全事務，承擔維護國家安全的主要責任，並接受中央人民政府的監督和問責。值得注意的是，《香港國安法》第 14 條明確規定，香港特別行政區維護國家安全委員會作出的決定不受司法複核。這就意味著，行政長官作為國家安全委員會主席主導作出的涉及維護國家安全的決定，可以免受司法的限制，這進一步在維護國家安全的重大議題上強化了行政長官的主導地位。再比如，2021 年，為全面貫徹”愛國者治港“原則，中央主導完善了香港選舉制度，完善了行政長官的產生機制、優化了立法會的結構、設立了候選人資格審查制度、擴展了選舉委員會的職能使之成為核心政治平台，顯著增強了行政長官的政治基礎和施政能力，優化了行政與立法的關係，進一步實質化地強化了以行政長官為核心的行政主導體制。

由此可見，行政主導體制以行政長官為核心，在特別行政區治理中居於超然地位，其最核心的角色是連接中央與特區的關鍵樞紐。對於行政長官具有超然於行政、立法和司法三個機關之上的特殊法律地位，處於特別行政區權力運行的核心位置的特點，肖蔚雲教授稱之為“行政長官制”，並認為行政長官制是單一制的特別行政區地方政權形式。[23] 確立行政主導體制最重要的就是權力向

[23] 參見肖蔚雲：《行政長官制是單一制下新的澳門特別行政區地方政權形式》，載《中國法學》2017年第4期，第104-123頁。說起此文，筆者還想補敘幾句。肖老的這篇文章，《中國法學》雜誌社請我審稿。我在審稿意見中指出：已逝著名憲法學家和基本法專家肖蔚雲教授的論文《行政長官制是單一制下新的澳門特別行政區地方政權形式》闡發的是肖老的一個重要學術創見和貢獻，對這一學術觀點闡述最為詳盡的可見他2005年在澳門

行政長官傾斜，[24] 這是由行政長官的“雙首長”身份以及“雙負責制”決定的。此外，從兩部基本法均未將“行政長官”置於“行政機關”之中，而是專門獨立成節亦可體現此種超然地位。同時，基於中央全面管治權與特區高度自治權相統一的考量，行政長官的超然地位也必須在憲法和基本法下行使，並接受中央監督。特區行政權的一部分並不掌握在行政長官手裏，而掌握在中央人民政府手裏。[25] 質言之，行政長官最核心的角色定位應當是連接中央與特區的關鍵樞紐，並不斷在落實中央全面管治權的實踐中調整行政長官的角色定位。在特別行政區，無論是行政、立法還是司法機關，其權力都非本身所固有，而是中央授予的，即被授權者對授權者在政治倫理上負有一種內在責任。[26] 行政長官作為連接中央與特區的關鍵樞紐，“對國家的認同和對中央任命的行政長官的認同緊密聯系在一起”[27]。因此，行政長官的核心地位既源於基本法的制度設計，更源於中央的授權與信任。

（二）行政長官和特區政府對特區承擔第一責任人責任

作為當家人和第一責任人，行政長官和特別行政區政府對特區的整體治理成效承擔首要責任，這是第一責任人的角色所賦予其的擔當使命。

第一，從角色定位看，第一責任人是行政長官“雙首長”地位的內在要求。行政長官既是特別行政區的首長，代表特別行政區，又是特別行政區政府的首長，領導特區政府。這一“雙首長”身份，使其在特區治理架構中居於核心樞紐，因而對特區整體治理成效亦要承擔“雙重”責任。一方面，作為特別行政區的首長，行政長官依法對中央人民政府負責，要對整個特區的憲制秩序、社會穩定和長遠發展負責。這體現在行政長官的職權之一為包括執行中央人民政府就基本法規定的有關事務發出的指令，以及行政長官每年向中央人民政府述職成為慣例等。另一方面，作為特別行政區政府的首長，行政長官要對整個特區政府的施政負責，以當家人的意識將行政主導的制度優勢持續轉化為惠及特區居民的發展成果，實現特區的良政善治。在中央全面管治權與特區高度自治權的有機結合和銜接統一中，“雙重”責任的全面性和根本性決定了行政長官和特區政府“第一責任人”的角色定位。

第二，從責任內涵看，第一責任人意味著對特區治理成效承擔全面領導責任和最終責任。現任澳門特區行政長官岑浩輝就強調，行政長官和特區政府承擔對澳門特區的全面領導責任。[28] 香港和澳門特別行政區的行政機關可以分為決策層、政策層和執行層三層，[29] 這種全面領導責任也具體體現在這三個層面。一是，決策主導責任。行政長官和特區政府作為特區管治的當家人，應當對重大

出版的專著《論澳門特別行政區行政長官制》。“行政長官制”是肖蔚雲教授最早明確提出的，很有眼光和創見。肖老也是第一個將特別行政區的政治體制提到地方政權組織形式的高度上來看待的學者。此文充分論證了行政長官制是我國“一國兩制”偉大構想下獨創的特別行政區地方政權形式，如同“一國兩制”的偉大構想在其他方面做出許多創新一樣，這是一種獨創的地方政權形式。由於肖老去世較早，這一學術貢獻在內地傳播並不廣泛，關注的人不是很多，在香港也更少人知曉這一成果，故我十分主張發表此文，並期待可以引起更多的學者重視這一重要學術觀點，沿著肖老開辟的路徑繼續貢獻更多相關成果。

[24] 參見喬曉陽：《在“堅持和完善行政主導　促進特別行政區良政善治”專題研討會上的發言》，載全國港澳研究會網站2026年2月5日，https://cahkms.org/HKMAC/webView/mc/AboutUs_1.html?zthz0513&%E4%B8%93%E9%A2%98%E6%B1%87%E6%80%BB&BA926CA91B2340799E6C8E7C1142DDC1。

[25] 參見郝鐵川：《從國家主權與歷史傳統看香港特區政治體制》，載《法學》2015年第11期，第69-79頁。

[26] 參見王禹：《港澳政治體制中行政、立法與司法既互相配合又互相制約原則的探討》，載《政治與法律》2018年第8期，第107-118頁。

[27] 孔世平：《香港管治實踐視角下的行政主導》，載《國家行政學院學報》2018年第2期，第104-108頁。

[28] 參見《岑：築牢行政主導社會根基》，載《澳門日報》2026年1月27日，第A01版。

[29] 決策層，在香港是由政務司、財政司和律政司負責政府的高層決策；政策層，由各種局組成，負責制定政策，監督和協調政府各個部門；執行層，執行法律和政策所賦予的各項權力。參見：葉正國：《特別行政區行政主導制的實質意涵及其權力配置》，載《華北電力大學學報（社會科學版）》2014年第4期，第78-82頁。

政策的制定和出台承擔最終決策責任，確保政策方向正確、符合“一國兩制”方針以及特區整體利益和長遠發展需要。決策主導責任在實施中應體現為主動對接國家戰略、科學制定施政報告以及准確研判重大風險。二是，政策實施責任。作為政策層的主體，特區政府各個行政機關承擔著將戰略決策轉化為可操作政策的職責。面對百年未有之大變局加速演進，特區政府要善用行政主導的統籌優勢，在各分管領域將宏觀戰略細化為具體政策，將政策意圖轉化為執行指引，確保政策具備可執行性。三是執行統籌責任。行政長官領導特區政府，對政策的落地實施承擔統籌協調責任，確保並協調各部門統籌配置政策資源。執行層主要官員應當對政策實施成效承擔直接責任，在香港實踐中通過高官問責制，消除公務員系統與行政長官之間的隔閡與不協調，使政府形成“行政長官——高官——公務員”的組織架構，提高了政府的管治能力。[30]

第三，從責任履行看，第一責任人要求行政長官和特區政府展現當家人的擔當與作為。夏寶龍主任強調，行政長官和特區政府“要主動識變應變求變，革新管治理念，改進管治方式，善用基本法賦予的權力推進改革，破除利益固化藩籬，破解港澳發展的深層次矛盾和問題”。[31] 這就要求，第一責任人的責任履行必須體現為行政長官和特區政府攻堅克難的勇氣和改革創新的智慧。其一，勇於直面深層次矛盾。無論是香港進入“由治及興”的新階段，還是澳門紮實推動經濟適度多元發展，都面臨著住房、產業、青年發展等深層次問題。行政長官和特區政府未來應當以堅定決心直面這些深層次矛盾，主動對接國家發展戰略。尤其是在國家“十五五”規劃的開局之年，行政長官和特區政府須主動加強頂層設計，推動香港、澳門更好融入和服務國家發展大局。其二，切實回應市民的急難愁盼。“普選”是香港政制發展的最終目標，“普選”的推進能夠為行政主導體制提供更廣泛的民意基礎，保障其暢行。[32] 在回應市民急難愁盼的過程中，行政主導的最終目的應當落實到提升民生福祉上，行政長官和特區政府實際上承擔著為行政主導積累政治信任、厚植民意基礎的重要使命。當港澳民眾從執行層的日常服務中真切感受到急難愁盼得到回應，他們對特區治理的信任感以及對行政主導體制的認同感便會獲得提升。這種來自基層的民意支持，正是行政長官和特區政府在未來“普選”中獲得民意認受性的根基所在。

四、“堅持和完善行政主導”下行政與立法關係的良性互動

完善香港的管治體制，提高管治效能，首先必須處理好行政與立法的關係。[33]“堅持和完善行政主導”關涉行政與立法的關係，隨著“愛國者治港”“愛國者治澳”原則的全面落實，特別行政區必須探索行政與立法既相互制衡又良性互動的新模式。尤其是香港，其行政與立法分離程度較高，缺乏保障行政和立法互相合作的機制，使得立法會往往會采取對政府敵對的態度。[34] 正如鄧小平同志所講，“香港的穩定，除了經濟的發展以外，還要有個穩定的政治制度”。[35] 因此，必須重

[30] 參見陳弘毅：《香港基本法概論》，三聯書店（香港）有限公司2024年版，第148頁。

[31] 夏寶龍：《堅持和完善行政主導 不斷提升特別行政區治理效能——在“堅持和完善行政主導 促進特別行政區良政善治”專題研討會上的致辭》，載中共中央港澳工作辦公室、國務院港澳事務辦公室網站，https://www.hmo.gov.cn/xwzx/zwyw/202601/t20260126_42005.html。

[32] 參見姚秀蘭：《“普選”目標下香港行政主導體制的發展分析》，載《深圳大學學報（人文社會科學版）》2010年第3期，第100-103頁。

[33] 參見鄒平學：《抵觸基本法還是符合基本法——評香港特區立法會〈議事規則〉第57年第（6）條之定位》，載《法學》2007年第5期，第7-17頁。

[34] 參見倉田徹：《香港政制改革的課題》，載陳廣漢、黎熙元主編：《當代港澳研究》2014年第1輯，社會科學文獻出版社2015年版，第117-129頁。

[35] 《鄧小平文選》（第三卷），人民出版社1993年版，第267頁。

視“堅持和完善行政主導”下行政與立法的關係問題，在“愛國者治港”“愛國者治澳”原則全面落實的新基礎上，重新審視和建構行政與立法的關係。

（一）原則：行政與立法應以協作配合為良性互動模式

港澳兩地行政主導體制運行成效不一，習近平主席在提到澳門經驗時，多次強調“行政主導體制運作順暢”。反觀香港，在反對派煽動輿論的常規操作下，作為民意機關的立法會的認受性強於特區政府，享有更大話語權，直接削弱行政主導制的作用。[36] 從 1998 到 2020 年，香港立法會與特區行政機關的關係是制衡多於配合。[37] 自 2021 年通過《全國人民代表大會關於完善香港特別行政區選舉制度的決定》後，“愛國者治港”得以保障，香港和澳門均實現了以“愛國者”為主體的治理原則，立法與行政的關係開始進入良性的互相配合。立法與行政的關係本質是在“一國兩制”和基本法框架下的協作夥伴關係。[38] 正如夏寶龍主任所闡釋，“特別行政區行政、立法、司法機關各司其職、各負其責、協作配合是行政主導體制的要義所在”。[39] 配合是目的，而制約是手段；行政與立法的互相配合應當優先於互相制約。[40] 當前，“堅持和完善行政主導”應以協作配合作為行政與立法良性互動的主要原則。

從新局面看，行政與立法關係實現了歷史性突破。自 2021 年起，香港第七屆立法會任期內通過的政府法案共 124 條和議員法案共 6 條，一共多達 130 條，較上一屆多出超過 60%。[41] 這種良性互動局面的形成，得益於行政主導體制使行政立法關係擺脫了過去的無謂內耗，轉而從國家與香港整體利益出發，釋放“一國兩制”的獨特優勢。2025 年，香港第八屆立法會和澳門第八屆立法會均已如期舉行並取得圓滿成功，這些立法會議員由愛國者共同組成。特區在“愛國者”更加廣泛和基礎更加鞏固的新氣象下，未來行政與立法應在“以配合為主”的基礎上展現新作為。夏寶龍主任對新時期的行政和立法關係作出明確指示：“希望新一屆立法會自覺維護行政主導，全力支持行政長官和特別行政區政府依法施政，多提建設性意見，促進政府施政更加科學、順暢、高效；對特別行政區政府重大施政決策和舉措，立法會不能光口頭上喊支持，更要拿出實際行動，圍繞政策落地加強調研，多出主意、想辦法、提對策，使政府提出的政策舉措更具操作性、更容易落地見效。立法會要做到支持政府不缺位、監督政府不越位，形成擔當有為、高效務實的新風尚，與特別行政區政府一起探索出一條資本主義制度下行政與立法良性互動的路子”。[42] 這一論述清晰界定了立法會在行政主導體制中的角色定位，即作為監督者，必須全力支持配合行政長官和特區政府依法施政。

從實踐看，建立健全行政與立法之間的溝通渠道尤為重要。澳門以政長官委任部分立法會議員

[36] 參見馮澤華：《新時代中央對港澳全面管治權：實施困境與法治進路》，載《統一戰線學研究》2020年第1期，第54-63頁。

[37] 參見范徐麗泰：《發揮立法會角色 堅持和完善行政主導》，載全國港澳研究會網站2026年2月5日，https://bau.com.hk/web/article/1468282739175821312/web/content_1468282739175821312.html。

[38] 參見施家倫：《行政主導體制下，立法會如何配合行政長官和特區政府依法施政》，載全國港澳研究會網站2026年2月5日，https://cahkms.org/HKMAC/webView/mc/AboutUs_1.html?zthz0513&%E4%B8%93%E9%A2%98%E6%B1%87%E6%80%BB&C34EDF334D914EEAA6564998661CF6A6。

[39] 參見夏寶龍：《堅持和完善行政主導 不斷提升特別行政區治理效能——在“堅持和完善行政主導 促進特別行政區良政善治”專題研討會上的致辭》，載中共中央港澳工作辦公室、國務院港澳事務辦公室網站，https://www.hmo.gov.cn/xwzx/zwyw/202601/t20260126_42005.html。

[40] 參見王禹：《港澳政治體制中行政、立法與司法既互相配合又互相制約原則的探討》，載《政治與法律》2018年第8期，第107-118頁。

[41] 參見《立法會主席就立法會選舉事宜會見傳媒的發言》，載香港特別行政區立法會網站2025年9月29日，https://www.legco.gov.hk/cn/open-legco/press/yr2025/pr20250929-1.html。

[42] 夏寶龍：《堅持和完善行政主導 不斷提升特別行政區治理效能——在“堅持和完善行政主導 促進特別行政區良政善治”專題研討會上的致辭》，載中共中央港澳工作辦公室、國務院港澳事務辦公室網站，https://www.hmo.gov.cn/xwzx/zwyw/202601/t20260126_42005.html。

強化行政和立法之間的良性互動，即行政長官根據直接選舉和間接選舉的結果，挑選一些在選舉結果中缺乏的專業人士、小社群的代表人物進入立法會，同時照顧和方便一些相對弱勢的群體的代表進入立法會，以讓其訴求能充分地在立法會中得到充分反映。[43] 但由於委任議員與特區政府的意見保持高度一致，也面臨立法會對特區政府的監督無法奏效的質疑。[44] 香港自 2023 年起，現任行政長官李家超陸續推動建立起立法會行政長官互動交流答問會、前廳交流會等，特區政府和立法會議員之間的互動性進一步增強，極大促進了立法與行政之間的良性互動。必須注意的是，由於立法會與特區政府之間缺乏政黨或委員會作為紐帶，政府官員因此無法透過政黨在議會建立穩定的支持，造成行政與立法持續性割裂的管治困局。[45] 因此，在堅持和完善行政主導中，香港行政會議和澳門行政會的作用不容小覷。行政會議的設立是從盡可能“議行一致”的角度設計的行政主導機制，行政長官在主持行政會議時可預先消除行政官員與議員間的意見分歧，在行政與立法的制衡與配合關係中，體現著配合為主的理念。[46]

（二）保障：以高官問責制為核心的公務員改革

從香港公務員制度及其發展來看，很長時期以來的香港政府是一個以公務員為骨幹、為主導的政府，由於其任命不是政治性的，問責性明顯不足，在負責決策的主要官員或者其下屬在決策或執行時犯有明顯錯誤時，這樣的制度很難迫使公務員承擔政治責任。這也強化了歷史上政府的行政主導色彩。[47] 在基本法實施的初期，主要官員雖由行政長官提名、中央任命，但其政治責任機制尚不健全，公務員體系保持傳統文官中立原則，制度機制上缺乏明確的政治問責安排。從 2002 年 7 月開始實施“主要官員問責制”後，三名司長和十一名局長不再是公務員，行政長官可物色原非公務員的社會人士出任主要官員。各局長每人領導一個負責某一方面事務的決策局，下屬的部門和機關首長向局長負責，局長向行政長官負責。2005 年後延續並優化問責制，增設副局長和政治助理，構建三層政治委任架構（司局長——副局長——政治助理），以提升政策協調能力。這種讓高官向行政長官負責的制度設計，可以視為行政主導在新的歷史條件下的發展形式。2012 年起實施“政治委任制度擴容”，進一步擴大問責團隊規模，加強與立法會及公眾的聯系。自 2023 年 9 月根據《公務人員（管理）命令》第 12 條，簡化對工作表現持續欠佳公務員的“著令退休”機制後，截至 2026 年 1 月中旬，該機制已共對當地 23 名公務員啟動程序，香港公務員從穩定的流程型轉變為責任型崗位。[48] 到今天，這一制度運行的特色始終保持穩定的特征，即行政長官是責任中樞，問責官員是行政長官的政策夥伴，對其負責，形成行政主導下的集體責任制度。此外，香港行政長官李家超在 2025 年《施政報告》中，還提出建立部門首長問責制。當部門出現問題，須查找不足、予以改善，並厘清責任誰屬，按缺失輕重情況，依照公務員管理制度進行相應行政或紀律處理，後果包括警告、譴責、不獲增薪、降級、扣薪、勒令退休以至革職等。

近年來，澳門亦不斷通過修法加強官員問責手段，2025 年通過修改第 15/2009 號法律《領導及主管人員通則的基本規定》，增加問責手段，使監督實體可以因應不同情況的嚴重性而對相關人

[43] 參見郭善文、溫天鵬：《澳門立法會委任議員制度研究——以歷史制度主義為路徑》，載《澳門研究》2021年第4期，第34-45頁。

[44] 參見祝捷：《澳門特別行政區行政主導制的檢討與再論——基於政權組織形式的詮釋》，載黃衛平、汪永成主編《當代中國政治研究報告》社會科學文獻出版社2015年第0期，第286-299頁。

[45] 參見付婧：《香港立法會功能界別的源起、實證表現及未來發展》，載陳廣漢、黎熙元主編：《當代港澳研究》2018第4輯，社會科學文獻出版社2018年版，第60-97頁。

[46] 參見徐顯明：《中外制度文明史上的創舉——對基本法所確立的行政主導政治體制的幾點認識》，載《中國人大》2007年第12期，第20-21頁。

[47] 參見陳弘毅、陳文敏、李雪菁等：《香港法概論》，三聯書店（香港）有限公司1999年版，第116-117頁。

[48] 參見焦建：《香港改進公務員管理制度，強化獎懲問責》，載財經網2026年1月28日，https://yuanchuang.caijing.com.cn/2026/0128/5139238.shtml。

員采取勸誡、不續期定期委任、終止定期委任、紀律處分等不同層級的問責措施。為配合第 9/2025 號法律的修改，特區政府又制定第 10/2025 號行政法規《修改第 26/2009 號行政法規〈領導及主管人員通則的補充規定〉》，訂定有關補充性規定。澳門特區政府行政長官岑浩輝在 2026 年《施政報告》中，提出重整部門職能架構，按照新生效的政府組織結構法規，對部門職能進行重整和歸口管理；同時強調著力推進公務人員人才隊伍建設。

創設高官問責制是就立法會開創對政府主要官員投不信任票先例的被動回應。[49] 行政與立法之間的協作配合是核心原則，二者的良性互動能夠推動決策的順暢通過。而高官問責制為核心的公務員改革則能為高效執行政策提供機制保障。在行政主導體制下，行政長官和特區政府居於主導地位，但這種主導不能僅停留在決策層面，必須穿透到執行層面，以推動公務員制度改革形成全鏈條的責任閉環。因此，深化高官問責制能夠讓行政機關內的每個角色都找到自己的位置並承擔相應責任，這是行政長官和特區政府作為第一責任人對行政主導的落實。

（三）檢驗：以對接國家“十五五”規劃作為行政與立法協作的新目標

習近平主席在聽取香港、澳門特區行政長官述職時，均明確要求特區政府要“主動對接國家‘十五五’規劃，堅持和完善行政主導”。這一重要指示將“堅持和完善行政主導”與“主動對接‘十五五’規劃”並列提出，深刻揭示了兩者之間存在內在聯系。行政主導不是抽象的政治體制，而是要落實到對接國家戰略以及推動高質量發展的具體實踐中；而能否高效順暢地完成這一任務，恰恰是對行政和立法協作配合成效的集中檢驗。當前，香港准備首次制定自身的五年規劃，澳門“三五”規劃編制工作有序推進，這為行政與立法協作開辟了全新的實踐場域，也提出了更高的時代要求。

第一，作為長遠戰略規劃，“十五五”規劃的周期性要求行政與立法在戰略規劃層面形成共識。與國家“十五五”規劃相對應，香港將首次制定自身的五年發展規劃，將聚焦重點發展領域，進行更細致的部署，力求與國家的五年、十年乃至更長遠的規劃進行配合。這意味著，香港特區治理已經超越一年一度《施政報告》的相對短期思維，在更高維度上謀求更長期的發展布局。立法會作為管治隊伍的重要組成部分，必須在規劃醞釀階段就深度參與，協助政府在政策醞釀環節集思廣益，將議員的專業洞察轉化為政策建議。目前，香港特區立法會於 2026 年 1 月通過關於“制訂香港特區發展願景，主動對接國家‘十五五’規劃”的議案，[50] 成為第八屆立法會通過的首份推動香港融入國家發展大局的議案。澳門在編制“三五”規劃過程中，行政長官岑浩輝亦強調要廣泛聽取社會意見，立法會議員作為社會各界代表，在這一過程中承擔著匯聚民意、反映民情的重要職能。規劃的落地執行需要各政策局的協同推進，也需要立法會在法案審議、撥款審批等環節的積極配合。立法會議員作為特別行政區管治隊伍的重要力量，要在特別行政區改革發展中發揮重要作用，不當“局外人”。[51] 也就是說，立法會不是政府施政的旁觀者，而應成為規劃落地的推動者甚至是促成者，在對接國家戰略的實踐中展現“愛國者治港”“愛國者治澳”的新風貌。

第二，國家“十五五”規劃明確支持港澳更好融入和服務國家發展大局，這一導向要求特區行政與立法共同突破制度壁壘。國家“十五五”規劃不僅涉及經濟、金融，更涵蓋教育、醫療、房屋等多層次問題，這也是整個特區政府未來應當致力於實現的戰略任務。這些任務就是特區政府任期內施政的總綱領，也是立法會工作的立足點。這就意味著，立法會的立法工作以及監督工作，都應

[49] 參見程潔：《香港憲制發展與行政主導體制》，載《法學》2009年第1期，第45-56頁。

[50] 《香港特區立法會通過主動對接國家“十五五”規劃議案》，載《人民日報海外版》2026年1月23日，第4版。

[51] 參見夏寶龍：《堅持和完善行政主導 不斷提升特別行政區治理效能——在“堅持和完善行政主導 促進特別行政區良政善治”專題研討會上的致辭》，載中共中央港澳工作辦公室、國務院港澳事務辦公室網站2026年1月26日，https://www.hmo.gov.cn/xwzx/zwyw/202601/t20260126_42005.html。

以此為標尺，判斷是否有利於國家戰略和特區任務的落實。具體而言，無論是香港的北部都會區建設，還是澳琴聯動發展，都涉及跨境規則銜接、機制對接等深層次問題。這些問題往往超越單一行政機關的職權範圍，不僅需要行政層面統籌協調，還需要立法層面提供執行保障。但是，規劃的最終落腳點在於提升市民福祉。港澳立法會在這個過程中，必須做好市民和政府之間的橋梁，協助政府有效處理各種複雜的民生經濟問題，也要在必要時通過立法程序為改革創新提供配合，確保規劃成果能夠惠及廣大市民。

因此，行政機關與立法機關若能同心協力、同向發力，在對接國家戰略中展現新作為，則行政主導的體制優勢必將轉化為實實在在的發展成果，為“十五五”規劃建議中提出的“促進香港、澳門長期繁榮穩定”注入強勁動能。

五、結語

習近平主席在會見澳門特區行政、立法、司法機關負責人時，曾強調行政主導體制的優勢，“這個體制好就好在既能有效發揚民主又能避免內耗，行政、立法、司法機關既各司其職又相互協同，大家心往一處想，勁往一處使”。[52] 從“堅持行政主導”到“堅持和完善行政主導”的話語演進，是中央對特別行政區治理規律認識的深刻升華，是對“一國兩制”實踐進入新階段作出的戰略性回應。站在新的歷史起點上，特別行政區的治理正迎來前所未有的機遇。國家“十五五”規劃全面啟動、粵港澳大灣區建設縱深推進等重大戰略部署，既能釋放行政主導體制發揚民主避免內耗的施政優勢，又能確保特區政府高效運作，有效維護國家主權、安全和發展利益。在堅持中央全面管治權和特區高度自治權有機結合的基礎上，特區政府定能強化當家人意識，以第一責任人的擔當作為，促進行政與立法高效良性互動，團結社會各界，將行政主導的體制優勢持續轉化為惠及市民的發展成果。在“一國兩制”行穩致遠的偉大征程中，堅持和完善行政主導定能推動香港、澳門更好融入和服務國家發展大局、促進港澳長期繁榮穩定作出更大貢獻，共同開創特別行政區良政善治的嶄新篇章。

[52] 《習近平會見澳門特別行政區行政、立法、司法機關負責人》，載《人民日報》2019年12月20日，第2版。

Abstract: Upholding and improving executive-led governance is an inherent requirement for safeguarding the constitutional order of the Special Administrative Regions, and its constitutional basis lies in the Constitution of the People's Republic of China and the Basic Laws. The discursive shift from "upholding executive-led governance" to "upholding and improving executive-led governance" signifies a new stage in which the understanding of the executive-led system has evolved from institutional confirmation to performance-oriented optimisation. The institutional strengths of executive-led governance should ultimately be translated into governance effectiveness conducive to the long-term prosperity and stability of Hong Kong and Macao. From the perspective of institutional positioning, the executive-led system is centred on the Chief Executive, who occupies a pivotal place in the governance structure of the Special Administrative Region. Most fundamentally, the Chief Executive serves as a key institutional link between the Central Authorities and the Region. At the same time, as the principal official and the primary person accountable, the Chief Executive and the government of the Special Administrative Region bear primary responsibility for the overall effectiveness of regional governance. As the practice of "One Country, Two Systems" enters a new stage, properly managing the relationship between the executive and the legislature under the principle of upholding and improving executive-led governance has become particularly important. Looking ahead, the basic approach should be to maintain a model of positive interaction based on coordination and cooperation between the executive and the legislature, to treat civil service reform centred on the accountability system for principal officials as the institutional guarantee for implementation, and ultimately to assess executive-legislative collaboration in light of its governance effectiveness in aligning with the national 15th Five-Year Plan.

Key words: Executive-led Governance; Special Administrative Region; Basic Law; One Country; Two Systems; Chief Executive

（責任編輯：昝晨東）

涉麻醉藥品與精神藥品案件刑法認定的規範路徑
——以“胡某弟非法經營案”為例的展開分析

胡　江*

摘　要　胡某弟非法經營案並不是孤立的個案，其折射出的是涉麻醉藥品與精神藥品案件在刑法適用上面臨的普遍性困境。在涉麻醉藥品與精神藥品案件增多的毒情形勢下，最高人民法院2023年出台的《昆明會議紀要》雖然對此類案件的實務認定作出一些規定，但此類案件存在的認定難題與理論爭議並未就此消解。為此，應當在明確麻醉藥品與精神藥品具有雙重屬性的基礎上，注重考察主觀方面對此類犯罪認定的影響，區分其是基於醫療等合法用途還是濫用等非法用途，進而分別適用毒品犯罪或者藥品犯罪等罪名。基於對罪名間相互關係的分析，未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的行為在觸犯妨害藥品管理罪的同時，也可能觸犯非法經營罪，兩罪之間存在競合適用的關係。在適用刑罰時，要充分注意法理和情理的關係，基於對案件特殊性的考慮，作出既符合法律規定又兼顧社會公眾基本情理的判斷。

關鍵詞　麻醉藥品　精神藥品　醫療用途　毒品犯罪　妨害藥品管理罪　非法經營罪

一、問題的提出

2023 年 3 月 31 日，河南省中牟縣人民法院對被告人胡某弟走私、販賣毒品案作出一審宣判，認定胡某弟構成非法經營罪，但考慮到其買賣的藥品用於治療癲癇病患者，社會危害性較小，屬於情節輕微，不需要判處刑罰，故對其免予刑事處罰。[1] 作為廣受社會關注的案件，本案的特殊性體

*　胡江，西南政法大學法學院副教授、西南政法大學毒品問題治理研究中心（毒品犯罪與對策研究中心）研究員、碩士生導師，法學博士。
本文係2022年國家社會科學基金一般項目“網絡毒品犯罪的刑事治理研究”（項目編號：22BFX043）階段性成果。

[1]　參見《被告人胡阿弟走私、販賣毒品案一審當庭宣判》，載河南省中牟縣人民法院2023年3月31日，https://zmxfy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=2671。另據公開資料顯示，一審宣判後，被告人胡某弟不上訴、公訴機關未提出抗訴，該案的判決已發生法律效力。此外，本案宣判時的案由為“走私、販賣毒品案”，但司法機關後續在介紹本案時其案由則已被改為“非法經營案”，並被納入第1547號刑事審判參考案例。參見郭慧、楊帆：《胡某弟非法經營案——出於醫療目的從境外購買國家管制的二類精神藥品並在境內銷售應如何定性》，載最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭編：《刑事審判參考》（總第137輯），人民法院出版社2024年版，第32頁。

現在兩個方面：

一是關於犯罪對象，本案的案由雖然是毒品犯罪，但被告人所走私、販賣的氯巴占、喜保寧等均為境外銷售的處方藥品，如果未經國家藥品管理部門許可則不得在國內銷售，特別是其中的氯巴占還屬於受管制的二類精神藥品。檢察院最初起訴的罪名是走私、販賣毒品罪，但在一審開庭之後卻變更罪名為非法經營罪，法院最終認定的也是非法經營罪。原本是作為毒品犯罪起訴的案件，而人民法院最終認定的卻是作為擾亂市場秩序的非法經營罪，不同司法機關適用罪名的前後差異，充分反應了本案在刑法認定上所產生的爭議以及其背後所具有的特殊性。

二是關於社會危害，和通常情況下人們對毒品犯罪具有嚴重社會危害性的認識不同，本案從媒體公開報道之初，社會公眾對其社會危害性就存在有別於其他案件的認識，其中最核心的原因在於氯巴占等藥物是用於治療患兒癲癇疾病所急需的物質，而且也是醫生所推薦的藥物，但當時無法在國內通過合法途徑購買，因此無數患兒家屬只能通過境外代購的方式購買氯巴占等藥物。對此，檢察院顯然也注意到了這一事實，其只對作為代購者的胡某弟提起公訴，而對原本列為被告人的患兒母親則作出了不起訴決定。在對患兒母親作出的不起訴決定中，檢察院的理由主要包括其在共同犯罪中起次要作用或輔助作用，係從犯；協助公安機關抓獲同案犯，具有立功表現；認罪認罰；係初犯；因為子女治病誘發犯罪，未獲利，社會危害性較小；家中有患癲癇病的未成年子女需要撫養，涵蓋了各種影響社會危害評價的法定與酌定情節。即便是對於起訴至法院的代購者胡某弟，法院也考慮到其買賣的藥品用於治療癲癇病患者，進而作出了其“社會危害性較小，屬於情節輕微”的評價，認為不需要判處刑罰。

正是基於本案所具有的上述特殊性，使得對本案的刑法認定充滿爭議，社會公眾也對此廣泛關注。[2] 首先，本案究竟是否構成犯罪？這涉及到行為社會危害性有無及其大小的判斷。其次，如果認為本案構成犯罪，那麼被告人胡某弟究竟是構成作為毒品犯罪的走私、販賣毒品罪還是法院最終認定的非法經營罪？此外還有檢察院和法院均未提到的藥品類犯罪如妨害藥品管理罪等罪名能否構成？而這些問題就涉及到上述罪名的界限尤其是不同罪名構成要件的認定。最後，相對而言並不複雜卻也很重要的問題就是刑罰裁量問題，即考慮到本案中氯巴占等藥品是用於治療患兒疾病的特殊性，如何在本案的刑法適用中準確貫徹罪刑相適應原則的要求，使案件的處理既彰顯法治的理性，又體現人性的溫情，是本案處理中不得不認真對待的問題。

最高人民法院早在 2015 年發佈的《全國法院毒品犯罪審判工作座談會紀要》（法〔2015〕129 號）（以下簡稱《武漢會議紀要》）就專門對非法販賣麻醉藥品和精神藥品的行為定性問題做了規定，主要從販賣對象和主觀目的兩個方面進行了界分；2023 年發佈的《全國法院毒品案件審判工作會議紀要》（法〔2023〕208 號）（以下簡稱《昆明會議紀要》）對此做了進一步的規定，對藥物類型、醫療目的和販賣對象的具體認定作了明確要求，同時對接《中華人民共和國藥品管理法》（以下簡稱《藥品管理法》）的修改，就這種情形的罪名適用做了規定，成為當前和今後一段時期指導全國毒品案件審判工作的重要文件。[3] 但是，在具體案件中如何準確理解和適用這些司法文件的規定，還有待學理上做出進一步深入地研究。

事實上，本案並非孤立的個案，而是近年來毒品犯罪司法實踐中帶有普遍性的問題，通過對本案刑法認定問題的專門研究，能夠回應此類案件處理中的實踐難題，為涉麻醉藥品和精神藥品案件的司法處理提供學理依據。我國大陸地區《麻醉藥品品種目錄》原本列管的麻醉藥品有 121 種，《精神藥品品種目錄》原本列管的精神藥品有 149 種，在 2015 年、2019 年、2020 年和 2023 年又

[2] 參見於雪、賈雯靜等：《罕見病用藥困局再解》，載《瞭望》2023年第24期，第28頁；晏國文、曹學平：《“救命藥”氯巴占仿制之困》，載《中國經營報》2022年1月10日，第B21版。

[3] 參見李睿懿：《毒品案件刑事政策的理解與把握》，載《中國應用法學》2023年第6期，第50頁。

先後將含可待因復方口服液體制劑和瑞馬唑侖列入第二類精神藥品管理，將含羥考酮復方制劑列入精神藥品管理，將奧賽利定和泰吉利定列入麻醉藥品目錄，將蘇沃雷生、地達西尼和依託咪酯（在中國境內批准上市的含依託咪酯的藥品制劑除外）列入精神藥品目錄。自 2024 年 7 月 1 日起，又將右美沙芬、含地芬諾酯復方制劑、納呋拉啡和氯卡色林列入第二類精神藥品目錄；將咪達唑侖原料藥和注射劑由第二類精神藥品調整為第一類精神藥品，其它咪達唑侖單方制劑仍為第二類精神藥品；將溴啡、卡痛、美托尼秦和美托咪酯等 46 種物質列入《非藥用類麻醉藥品和精神藥品管製品種增補目錄》。自 2025 年 7 月 1 日起將尼秦類物質和三氟乙咪酯等 12 種物質進行列管。2025 年 7 月，公安部、國家衛生健康委員會、國家藥品監督管理局對麻醉藥品和精神藥品管製規定作調整，通過發佈《藥品類麻醉藥品目錄（2025 年版）》《藥用類精神藥品目錄（2025 年版）》和《非藥用類麻醉藥品和精神藥品目錄》的形式，形成了新的麻醉藥品和精神藥品目錄。根據 2025 年新調整的規定，截止 2025 年 12 月，我國大陸地區共計列管了 524 種麻醉藥品和精神藥品，[4] 此外對芬太尼類物質、合成大麻素類物質與尼秦類物質實行整類列管，在毒品種類上形成了“524 種 +3 大類”的列管格局，是“全球列管種類最多、列管速度最快的國家”。[5]

而胡某弟非法經營案中的氯巴占僅僅只是所列管的眾多麻醉藥品和精神藥品中的一種。對於這類案件的刑法認定，通過考察司法實務案例可以發現，同樣是通過網絡向境外購買氯巴占後向他人銷售的行為，有的案件被認定為非法經營罪；[6] 在《藥品管理法》修改之前，也有案件被認定為銷售假藥罪；[7] 而在郭某案中，郭某通過“暗網”（也稱“深網”，Dark Web）多次從境外購買國家禁令管控的藥品鹽酸曲馬多片，後以營利為目的多次將其走私得來的鹽酸曲馬多片賣給他人，法院對其認定的罪名則是走私、販賣毒品罪。[8] 相同的案件情形，在實踐認定上卻存在不同的處理結論，可見涉麻醉藥品和精神藥品案件的刑法認定是刑事司法實踐中需要認真予以研究的問題。

此外，公安部的數據顯示，部分吸毒人員為緩解毒癮，轉而尋求其他麻精藥品、新精神活性物質及未列管物質進行替代濫用，或交叉濫用非慣用毒品以滿足毒癮。2022 年查處濫用曲馬多、二氯西泮等麻精藥品和氟胺酮、合成大麻素等新精神活性物質人數增多。[9] 在這樣的事實背景下，加強涉麻醉藥品和精神藥品案件刑法認定的學理研究，具有現實的急迫性和針對性。

二、麻醉藥品與精神藥品的雙重屬性

作為此類案件的犯罪對象，麻醉藥品和精神藥品在法律屬性上具有特殊性。以胡某弟案中的氯巴占和喜保寧為例，這兩類物質均屬於治療癲癇疾病的藥品，但檢察院最初起訴的卻是毒品犯罪罪名，此後法院認定的罪名則是非法經營罪。犯罪對象雖然不是犯罪構成的必要要件，但不同犯罪對象卻反映不同的犯罪客體，因此，“同一對象，可以表現為不同的社會關係，同一對象所處的位置、狀態不同，因而社會關係不同”，[10] 即便是同一對象，但其法律性質不同時，也會直接影響到

[4] 其中，藥用類麻醉藥品32種，藥用類精神藥品96種，非藥用類麻醉藥品和精神藥品396種。

[5] 參見李靜然：《被管制麻醉藥品和精神藥品涉案情形的定性問題》，載最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭編：《刑事審判參考》（總第145、146合輯），人民法院出版社2025年版，第295頁。

[6] 參見祁某非法經營案，遼寧省瀋陽市大東區人民法院（2020）遼0104刑初332號刑事附帶民事判決書。

[7] 參見張某某生產、銷售假藥案，廣東省深圳市寶安區人民法院（2017）粵0306刑初7875號刑事判決書。

[8] 參見郭洋走私、販賣、運輸、製造毒品案，河南省鄭州市管城回族區人民法院（2020）豫0104刑初129號刑事判決書。

[9] 參見《2022年中國毒情形勢報告》，載中華人民共和國公安部2023年6月21日，https://www.mps.gov.cn/n2255079/n6865805/n7355741/n7355780/c9085203/content.html。

[10] 馬克昌主編：《犯罪通論》，武漢大學出版社1999年版，第132頁。

刑法認定的結論。這方面最典型的例子莫如刑法上關於盜竊使用中的電力設備與盜竊倉庫中的電力設備，兩種行為都針對的是電力設備，但由於一個處於使用中，對其實施盜竊時侵犯的是公共安全；另一個不處於使用中，對其實施盜竊時僅侵犯財產權，因而兩者的法律屬性不同，導致最後的刑法認定結論也不同，分別應認定為破壞電力設備罪與盜竊罪。因此，要準確認定涉麻醉藥品與精神藥品案件，其首要前提是明確麻醉藥品與精神藥品的刑法屬性。

（一）作為毒品的麻醉藥品和精神藥品

《中華人民共和國刑法》（以下簡稱《刑法》）第 357 條第一款和《中華人民共和國禁毒法》（以下簡稱《禁毒法》）第 2 條第一款對毒品的定義作了明文規定，[11] 兩個條文的內容是一致的。從基本語義和語法角度對這兩個條文進行分析不難發現，能夠推導出來的其最核心內容就是“毒品是麻醉藥品和精神藥品”。至於麻醉藥品和精神藥品的具體範圍，一方面是前述《刑法》和《禁毒法》條文採用列舉 + 概括的方式，具體列出了鴉片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、嗎啡、大麻、可卡因等物質，此外還概括式地規定了國家規定管制的其他能夠使人形成癮癖的物質；另一方面是通過《麻醉藥品和精神藥品管理條例》等行政法規作出明確規定的方式，對麻醉藥品和精神藥品的具體範圍做了明確規定。對此，《麻醉藥品和精神藥品管理條例》第 3 條第一款明確規定：“本條例所稱麻醉藥品和精神藥品，是指列入本條第二款規定的目錄（以下稱目錄）的藥品和其他物質。”而該條第二款規定：“麻醉藥品和精神藥品按照藥用類和非藥用類分類列管。藥用類麻醉藥品和精神藥品目錄由國務院藥品監督管理部門會同國務院公安部門、國務院衛生主管部門制定、調整並公佈。其中，藥用類精神藥品分為第一類精神藥品和第二類精神藥品。非藥用類麻醉藥品和精神藥品目錄由國務院公安部門會同國務院藥品監督管理部門、國務院衛生主管部門制定、調整並公佈。非藥用類麻醉藥品和精神藥品發現藥用用途的，調整列入藥用類麻醉藥品和精神藥品目錄，不再列入非藥用類麻醉藥品和精神藥品目錄。”基於刑法與行政法相銜接的要求，《刑法》與《禁毒法》所規定的作為毒品的麻醉藥品和精神藥品，其範圍也應當與《麻醉藥品和精神藥品管理條例》第 3 條所規定的麻醉藥品和精神藥品範圍一致。在胡某弟案中，其犯罪對象氯巴占就屬於第二類精神藥品。

不過，要認定為毒品，除了是麻醉藥品和精神藥品之外，《刑法》和《禁毒法》還對其作了進一步的限定。理論上一般遵循立法的規定將其概括為毒品的三個特徵，即成癮性、違法性、危害性，也有學者將其表述為法定性、依賴性、毒害性。[12] 如果說成癮性和危害性是基於毒品自身的屬性而具有的事實特徵，那麼違法性就是毒品的法律特徵。但從法律層面來看，“毒品”之所以被稱為“毒”，評價的重點不在於其危害性，而在於其違法性，[13] 在事實上具有成癮性和危害性的物質，並不當然地就成為毒品。要成為法律意義上的毒品，必須納入國家規定管制的範圍，亦即必須具備違法性特徵才屬於毒品。“僅僅具有毒害性和依賴性，而沒有被國家列入管制範圍的，在法律上就不屬於毒品。”[14] 這也是毒品犯罪作為法定犯所具有的典型特徵，特定物質能否被認定為毒品，其判斷的法定依據便是看其是否被納入國家規定管制的範圍。換言之，在排除事實認識錯誤等

[11] 《刑法》第357條第一款規定：“本法所稱的毒品，是指鴉片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、嗎啡、大麻、可卡因以及國家規定管制的其他能夠使人形成癮癖的麻醉藥品和精神藥品。”《禁毒法》第2條第一款規定：“本法所稱毒品，是指鴉片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、嗎啡、大麻、可卡因，以及國家規定管制的其他能夠使人形成癮癖的麻醉藥品和精神藥品”

[12] 參見高巍：《販賣毒品罪研究》，武漢大學出版社2007年版，第16頁。

[13] 參見李雲鵬：《我國“毒品”定義之思考》，載《中國人民公安大學學報（社會科學版）》2012年第3期，第86頁。

[14] 黃太雲主編：《中華人民共和國禁毒法解讀》，中國法制出版社2008年版，第8頁。

特殊情形下，將犯罪對象認定為毒品是構成毒品犯罪的前提；要構成毒品犯罪，[15] 其犯罪對象必須屬於納入國家規定管制範圍的麻醉藥品和精神藥品；如果某一物質根本不屬於國家規定管制範圍的麻醉藥品和精神藥品，對其實施的行為自然也就不能構成毒品犯罪。

（二）作為藥品的麻醉藥品和精神藥品

按照《藥品管理法》第 2 條第二款之規定：“藥品是指用於預防、治療、診斷人的疾病，有目的地調節人的生理機能並規定有適應症或者功能主治、用法和用量的物質，包括中藥、化學藥和生物製品等。”列入麻醉藥品和精神藥品目錄的物質，通常也具有一定的藥用價值。

首先，從藥物發展的歷史上看，鴉片、海洛因、嗎啡等最初就是作為藥品而使用的。例如，人類使用鴉片的歷史已有 3000 年之久，但其真正成為一種濫用的毒品卻是在近代以後的事，[16] 其在歷史上長期被作為藥物使用。早在古希臘醫學家的著述中即有關於其醫用功能的記載，以至於曾經被醫生奉為神明，甚至稱之為“上帝自己的藥”（God’s own medicine）。[17] 而後來出現的諸多新型毒品中，有不少也是用於臨床醫療或者科學研究用途的藥品。[18] 在胡某弟案中，被告人所販賣的氯巴占是一種合成的 1，5- 苯二氮卓類藥物，1975 年作為抗焦慮藥問世，此後被發現具有抗癲癇作用，在很多國家被作為兒科癲癇治療的一線藥物。氯巴占的理化性質為白色至類白色結晶性粉末，其分子式為 $C_{16}H_{13}ClN_2O_2$，具有療效確切、安全性高、耐受性良好的特點。[19] 作為一種藥物，氯巴占被我國大陸地區列為第二類精神藥品管控，說明其所具有的藥用價值是為法律法規所認可的。不僅是胡某弟案中的氯巴占具有藥用價值，即便是對於濫用範圍廣泛、眾所周知的海洛因、冰毒等常見毒品，其在歷史上也曾經具有藥用價值，海洛因的發現最早是作為藥品出現，1898 年至 1910 年期間其作為一種止咳處方藥出售；而冰毒在 1919 年由日本藥理學家所合成，起初被用來治療成人肥胖症和小兒多動症。[20] 只是隨著社會的發展，因為海洛因、冰毒等物品的毒副作用太大而在臨床上不再將其作為藥物使用，如今法學界和醫學界也不再認為其具有藥用價值。

其次，從有關國際公約和國際文件的規定來看，也強調麻醉藥品、精神藥品對於維護人類健康，在醫療、科研中的使用是必要的，只是必須予以嚴格管理，防止其流入非法渠道。例如，1961 年通過的《麻醉品單一公約》開宗明義便指出，“關懷人類的健康與福利，確認麻醉品在醫藥上用以減輕痛苦仍屬不可或缺，故須妥為規定俾麻醉品得以供此用途”；1971 年通過的《精神藥物公約》也指出，“必須採取強力措施，將該等物質之使用限於合法用途，確認精神藥物在醫學與科學用途上不可或缺，且其僅供此種用途應不受不當限制。”

再次，從我國大陸地區法律法規的規定來看，《禁毒法》第 2 條第二款明確規定：“根據醫療、教學、科研的需要，依法可以生產、經營、使用、儲存、運輸麻醉藥品和精神藥品。”《麻醉藥品和精神藥品管理條例》第 1 條關於立法目的的規定也明確提出：“為加強麻醉藥品和精神藥品的管理，保證麻醉藥品和精神藥品的合法、安全、合理使用，防止流入非法渠道，根據藥品管理法和其他有關法律的規定，制定本條例。”這些規定表明，法律法規也承認麻醉藥品和精神藥品具有藥用價值，只要用於合法用途，就能夠發揮其治療疾病、維護健康的作用。

---

[15] 此處毒品犯罪的概念是在狹義上使用的，主要是指走私、販賣、運輸、製造毒品罪和非法持有毒品罪，而不是指作為一類罪的毒品犯罪。

[16] 參見夏國美、楊秀石等：《社會學視野下的新型毒品》，上海社會科學院出版社2009年版，第7頁。

[17] 包涵：《論毒品政策的演變與抉擇：國家意志與市民需求的良性互動》，載《中國人民公安大學學報（社會科學版）》2017年第4期，第55頁。

[18] 參見黃太雲主編：《中華人民共和國禁毒法解讀》，中國法制出版社2008年版，第9頁。

[19] 參見高君偉、孫搏等：《癲癇治療新藥氯巴占的藥理與臨床評價》，載《中國新藥雜誌》2013年第4期，第375-378頁。

[20] 參見姚建龍主編：《禁毒學導論》，中國人民公安大學出版社2014年版，第17-18頁。

正是基於麻醉藥品與精神藥品的雙重屬性，司法機關在胡某弟案的定性上就存在認識上的變化，檢察院最初起訴的是毒品犯罪罪名，顯然是將其犯罪對象認定為毒品，而之後法院認定的罪名卻是非法經營罪，則是將其認定為藥品，對同一物質的屬性作出不同的法律認定，最終適用的罪名也存在差異。不難發現，涉麻醉藥品與精神藥品案件的犯罪對象具有特殊性，其具有雙重屬性，既作為毒品，同時也作為藥品。要在刑法層面準確認定涉麻醉藥品與精神藥品案件，應當首先認識到麻醉藥品與精神藥品所具有的雙重屬性。犯罪對象反映犯罪客體的性質，“作為犯罪對象的具體物是具體社會關係的物質表現”，[21] 對於同一物質，要明確其是在發揮毒品的作用，還是在發揮作為藥品的作用，進而準確判斷其侵犯的究竟是毒品管制秩序還是藥品管理秩序，從而相應地選擇毒品犯罪罪名或者藥品犯罪等經濟類犯罪罪名。

不過，需要注意的是，對麻醉藥品和精神藥品雙重屬性的肯定，是建立在其具有藥用價值等合法用途的基礎上的。換言之，只有是能夠被用於醫療等合法用途的麻醉藥品和精神藥品，才可能基於其不同的使用目的而分別被認定為藥品或者毒品。但是，如果是不具有醫療等合法用途的麻醉藥品和精神藥品，由於其本身不具有藥用價值或者在醫學臨床上不再被作為藥品使用，對其應該直接認定為毒品，自然也就不存在雙重屬性的問題。對此，我國大陸地區 2024 年 12 月修訂的《麻醉藥品和精神藥品管理條例》第 3 條第二款也具體區分了兩種不同的情形：一是藥用類麻醉藥品和精神藥品；二是非藥用類麻醉藥品和精神藥品。對於藥用類麻醉藥品和精神藥品，其具有雙重屬性，如列入《藥用類麻醉藥品目錄（2025 年版）》的嗎啡、可待因等，都是在醫學臨床上被認可並可以依法使用的藥品，只有是當其被吸毒者濫用以及被用作其他非法用途時才被視為法律意義上的毒品。反之，對於非藥用類麻醉藥品和精神藥品，如海洛因、甲卡西酮、可卡因等，其已被列入《非藥用類麻醉藥品和精神藥品目錄》，由於其不具有醫療等合法用途，所以應當直接將其認定為法律意義上的毒品。[22]

三、主觀方面對刑法認定的規範意義

現代刑事法治將“行為與罪過同在”作為一項基本准則，作為犯罪構成中必不可少的要件，犯罪主觀方面直接影響到罪與非罪、此罪與彼罪等刑法認定的基本問題，正因為其在犯罪認定中的重要地位，甚至於被有的學者稱為是“犯罪構成的核心”。[23] 作為一種心理態度，犯罪主觀方面包括了犯罪故意與犯罪過失這兩種罪過形式，此外還包括了犯罪目的、犯罪動機等心理因素。涉麻醉藥品與精神藥品案件的刑法認定，除了極少數情況下因涉及到國家機關工作人員監管方面的瀆職犯罪而可能存在犯罪過失之外，其他大多數情形都不涉及到犯罪過失問題，因而主要還是犯罪故意的適用問題，其中尤其是主觀明知、犯罪目的和犯罪動機這三個方面的內容直接影響到此類案件的刑法認定。

（一）界分明知的具體情形

[21] 高銘暄、馬克昌主編：《刑法學》（第10版），北京大學出版社、高等教育出版社2022年版，第55頁。

[22] “非藥用類麻醉藥品和精神藥品”的表述在邏輯上是不周延的，既然是“非藥用”，又如何能成其為“藥品”呢？因而“非藥用類麻醉藥品和精神藥品”的概念本身是一個容易讓人產生誤解的概念，會讓人誤以為其屬於麻醉藥品和精神藥品。公安部、國家衛生健康委、國家藥監局2025年發佈的《非藥用類麻醉藥品和精神藥品目錄》包含了396種物質。嚴格來講，這些物質既然不具有醫療等合法用途，那就說明其不是“藥品”，將其稱為“非藥用類麻醉藥品和精神藥品”就是欠妥當的。例如，海洛因、甲卡西酮、可卡因等被列入《非藥用類麻醉藥品和精神藥品目錄》的物品本身就不是藥品。但是，在我國禁毒工作的長期實踐中，已經逐漸形成了“非藥用類麻醉藥品和精神藥品”的語詞表達，以此區分具有雙重屬性的麻醉藥品和精神藥品。因此，雖然“非藥用類麻醉藥品和精神藥品”並非一個嚴謹的概念，但這對法律適用並不會產生不當影響，所以本文遵從法律規範和表達習慣，仍然使用“非藥用類麻醉藥品和精神藥品”這一概念表述。

[23] 陳忠林：《刑法散得集》，法律出版社2003年版，第272頁。

明知是成立犯罪故意的前提，理論上雖然對明知的具體內容存在不同的理解，但一般均認為需要存在對行為性質的認識，行為人明知行為及其結果的危害社會性質就足以，[24] 亦即至少要求行為人認識到其行為是會發生危害社會的結果的。對於涉麻醉藥品與精神藥品案件，行為對其行為性質的認識，主要是通過以下兩個方面體現：

1. 對物的明知。所謂對物的明知，是源於此類案件中犯罪對象的特殊性。若要認定為毒品犯罪，需要行為人認識到其走私、販賣、運輸的對象是毒品，在此基礎上方能形成毒品犯罪故意。反之，如果沒有認識到走私、販賣、運輸的對象是毒品，自然也就不能被認定為毒品犯罪。

2. 對人的明知。所謂對人的明知，要求行為人認識到是在向吸毒、販毒等毒品違法犯罪分子銷售或者提供毒品。當認識到對方是毒品違法犯罪分子後仍為其銷售或者提供毒品的，就意味著毒品進入了流通領域，能夠為吸毒人員用於吸食，或者被其他違法犯罪分子用於實施其他違法犯罪行為，由此對他人身心健康與社會管理秩序造成侵犯。

但問題在於，在涉麻醉藥品與精神藥品案件中，行為人對物和對人的明知均存在認定上的難題。其中，對物明知的難題在於不少行為人無法認識到所販賣、運輸的對象是毒品，而僅僅只是將其作為一種藥品或者其他商品予以銷售。如前所述，列入管制目錄的麻醉藥品和精神藥品多達數百種，“普通大眾往往更難及時、準確地對此類藥品的成分、是否列入管制有所瞭解，毒品認識鴻溝不斷加深”。[25] 即便是專業人員也難以熟知每一種物質，而一般人能夠認識到其中常見的物質已經具有難度，若要認識到其他種類繁多的麻醉藥品和精神藥品則幾乎不可能。也許有人會提出，行為人在走私、販賣、運輸物品時，可以通過查閱資料、咨詢有關部門或者人員的方式來瞭解物品的法律性質。但是，這對普通公民而言顯然是提出了更高的要求。同對物的明知難題相似，對人的明知也存在判斷上的難題，要求行為人在銷售、提供特定物品時，就對方的身份作準確的法律判斷是不現實的，對方究竟是不是毒品違法犯罪分子，司法機關尚且需要通過嚴格的法律程序才能作出認定，而對一般公民則顯然難以做到。特別是在涉麻醉藥品和精神藥品案件中，行為人通常是通過微信和 QQ 群組的方式，向通訊群組裡面的成員銷售或提供，雙方並不熟悉，難以判斷對方是否屬於毒品違法犯罪分子，還有不少群組本身就是病友為了醫療互助等目的而建立的，群組成員相互之間更難以判斷對方的身份。

上述對物和對人兩個方面的主觀明知認定難題，在胡某弟案中都得到了集中體現，無論是胡某弟還是曾被列入被告人的多名患兒母親，均只是認識到氯巴占屬於治療癲癇疾病的藥品，並未認識到其毒品性質。而本案中氯巴占的銷售流通，也主要是通過群組方式進行聯絡的，但建立群組的目的只是為了病人親屬之間提供藥物信息以及購買途徑的互助，加入群組的人員均是患者的親屬，作為銷售者的行為人是向群內人員銷售氯巴占的，這種群組的性質以及群成員的組成情況決定了行為人是無從認識到對方的毒品違法犯罪分子這一身份。雖然在事實上確實可能存在並不是患者親屬的人員加入群組的情況，甚至還可能存在吸毒人員進入群組的情況，但是作為群組管理者的行為人畢竟有別於司法人員，在對方表明自己是患者親屬並需要氯巴占用於治病時，行為人顯然無從認識到對方作為吸毒人員的真實身份及其不法意圖。

因此，要準確認定涉麻醉藥品和精神藥品案件，應當重視明知的認定，充分運用刑事推定的方法，結合所查證的主客觀事實來認定主觀方面的內容 [26]，重點考察兩個方面內容：一是行為人是否明知走私、販賣、運輸的對象屬於毒品；二是行為人是否明知銷售、提供的對象屬於毒品違法犯罪分子。行為人明知對象屬於列管範圍的麻醉藥品和精神藥品而將其作為毒品予以走私、販賣、運輸

[24] 參見高銘暄、馬克昌主編：《刑法學》（第10版），北京大學出版社、高等教育出版社2022年版，第104頁。

[25] 石經海、邱勝帆：《走私毒品罪的擴張適用與理性回歸》，載《重慶大學學報（社會科學版）》2024年第3期，第282頁。

[26] 參見胡江：《毒品犯罪網絡化的刑事治理》，載《西南政法大學學報》2020年第5期，第95頁。

的，才能認定其具有毒品犯罪故意；行為人明知對方是毒品違法犯罪分子而為其銷售、提供麻醉藥品和精神藥品的，才能認定為毒品犯罪。反之，如果行為人僅僅只是認識到對象是藥品或者其他商品，根本沒有認識到其屬於列管範圍之內的毒品的，則不能認定其具有毒品犯罪故意；如果行為人確實不知道對方屬於毒品違法犯罪分子，而將麻醉藥品和精神藥品作為藥物銷售、提供給對方的，則不能認定為毒品犯罪。

至於明知的具體判斷，相關司法解釋和司法文件規定了一系列的實務認定標準，《辦理毒品犯罪案件適用法律若干問題的意見》[27] 和《昆明會議紀要》等司法解釋或司法文件也就毒品犯罪的明知認定作了具體規定。這些規定體現的實質精神在於，注重從客觀去判斷主觀。例如，《大連會議紀要》（已失效）規定的 8 種情形，無一例外都屬於客觀行為或客觀事實；《武漢會議紀要》（已失效）明確了主觀明知認定的基本規則，即應當綜合運用在案證據加以證明，綜合被告人供述，相關證人證言，從涉毒場所、物品上提取的痕跡、生物檢材，從被告人體內或者貼身隱秘處查貨的毒品，從被告人體表、隨身物品上提取的毒品殘留物，以及調取的物流寄遞單據、資金交易記錄、通信記錄、行程軌跡信息等證據，足以證明被告人明知是毒品的，可以依法認定。在前述司法文件已經作了較多規定的基礎上，《昆明會議紀要》詳細列舉了 8 種在一般情況下可以認定明知的具體情形 [28]。在實務認定上，最高人民法院、最高人民檢察院發佈的相關指導案例或者典型案例也明確了同樣的認定規則，例如郭某某欺騙他人吸毒案（檢例第 152 號）的指導意見明確提出，行為人對於涉案物品係毒品主觀上是否明知，應當根據其年齡、職業、生活閱歷、有無吸販毒史以及對物品的交付、使用方式等證據，運用經驗法則和邏輯規則綜合分析判斷。[29] 這體現的即為通過客觀去判斷主觀的認定規則，其實質是推定規則的運用。從客觀去判斷主觀之所以可能，從心理學上而言，其原因在於，包括明知在內的主觀心理因素雖然和客觀事實、客觀行為不同，心理因素往往是隱藏在人的內心深處，難以直接感知和認識，具有明顯的內隱性，但外顯的行為與事實卻是心理因素的外化，我們可以根據外顯行為做推論性解釋，特定的客觀行為或客觀事實其背後是受主觀心理因素所支配的。[30] 因此，在對明知的判斷上，不能過於依賴口供，而應該注重對客觀事實的判斷，通過客觀去判斷主觀。當然，需要注意的是，運用推定規則證明行為人的主觀明知，其結論並不是絕對的，如果推定結論存在合理懷疑、推定所依據的事實基礎發生動搖等，則應當排除推定結論的成立，進而否定行為人的主觀明知。[31]

（二）區別不同的犯罪目的

《刑法》對走私、販賣、運輸、製造毒品等犯罪的立法條文表述中並未要求特定的犯罪目的，但這並不意味著行為人在事實上沒有特定的目的，而是否具有特定目的以及特定目的的類型不同，也會影響到刑法層面對行為性質的判斷。就麻醉藥品和精神藥品而言，基於其雙重屬性的客觀事實，行為人在實施走私、販賣、運輸麻醉藥品和精神藥品等行為時，也會基於發揮其不同屬性的考慮而形成不同的目的。對此，2015 年發佈的《武漢會議紀要》已經對此作了區分，2023 年發佈的《昆明會議紀要》又對此作了進一步的細化。[32] 在具體認定時，要考察行為人是基於醫療目的還是非法目的，從而作出不同的刑法認定。

1. 醫療用途。首先要判斷行為人所走私、販賣、運輸、製造的麻醉藥品和精神藥品是否具有醫療等合法用途的價值，如果特定物質根本不具有醫療等合法用途，對此一般應直接認定為毒品犯

[27] 該司法文件由最高人民法院、最高人民檢察院、公安部於2007年12月所發佈。
[28] 參見《昆明會議紀要》第六部分之規定。
[29] 參見《郭某某欺騙他人吸毒案（檢例第152號）》，載《檢察日報》2022年6月25日，第2版。
[30] 參見張春興：《心理學原理》，浙江教育出版社2012年版，第8頁。
[31] 參見胡江等著：《毒品問題治理的刑事法治保障》，中國檢察出版社2024年版，第77頁。
[32] 參見《昆明會議紀要》第二部分第（三）點“關於涉麻醉藥品、精神藥品行為”之規定。

罪。例如，海洛因、麥角酰二乙胺（LSD）、冰毒等雖然在其產生之初曾被作為藥品使用，但在後續的使用中人們發現其成癮性遠遠大於其醫療價值，且人類已開發出可以替代的危害性更小、更可靠的藥品，因而不再認為其具有醫療價值。[33] 這些物質在法律上也沒有被許可在醫療領域臨床上使用，因而不能認定為藥品。反之，對於具有醫療用途的麻醉藥品和精神藥品，行為人基於治療疾病等醫療目的而生產、走私、販賣、運輸麻醉藥品和精神藥品的，則不能認定為毒品犯罪。此時，行為人所實施的行為是在發揮特定物品作為藥品的價值，所侵犯的並不是毒品管制秩序和他人的身體健康。即使其行為係未經批准而實施，也只是侵犯的藥品管理秩序，如果符合妨害藥品管理罪等其他罪名的構成特徵的，完全可以按照相應的其他罪名予以認定。

2. 非法用途。麻醉藥品和精神藥品具有成癮性，非法濫用後會產生嚴重的社會危害。所以，如果犯罪嫌疑人或被告人實施相應行為是出於供吸毒人員吸食或者其他毒品違法犯罪人員販賣、運輸等非法用途，則應當按照走私、販賣、運輸、製造毒品罪等毒品犯罪罪名予以認定。具體而言，將麻醉藥品和精神藥品用於非法用途的常見情形表現為：（1）明知是吸毒人員而為其販賣、提供麻醉藥品和精神藥品，供吸毒人員吸食的；（2）明知是毒品違法犯罪人員而為其販賣、提供麻醉藥品和精神藥品，供其用於實施後續的走私、販賣、運輸毒品等違法犯罪行為的；（3）明知他人利用麻醉藥品和精神藥品實施強姦、搶劫等其他犯罪，而為其販賣、提供麻醉藥品和精神藥品，供他人後續將麻醉藥品和精神藥品作為實施犯罪的工具。

（三）考察特定的犯罪動機

犯罪動機與犯罪目的作為主觀心理因素，雖然都不是犯罪構成的必要要件（要素）[34]，但都能夠反映行為的社會危害程度與主觀惡性和人身危險性。其中，犯罪動機是犯罪人需要的表現，能夠反映犯罪人的主觀惡性程度，因而在刑法適用中不能忽視犯罪動機的作用。[35] 在涉麻醉藥品和精神藥品案件中，行為人的犯罪目的和犯罪動機通常是一致的，即要麼是基於治療疾病的醫療用途，要麼是基於實施違法犯罪的非法用途，在刑法適用中應當予以區別對待，視不同情形分別認定為藥品犯罪或者毒品犯罪。不過，其中也有一些特殊情形需要予以重點關注。在胡某弟案中，除了被告人胡某弟之外，司法機關此前所列的被告人還有數名患兒母親。雖然檢察機關最終對患兒母親作出了不起訴決定，不起訴決定的理由中也提到這幾位患兒母親是“因為子女治病誘發犯罪，未獲利，社會危害性較小”。從結果上而言，不起訴決定對患兒母親而言固然是一個值得肯定的結果，但檢察機關是以患兒母親所實施的行為觸犯刑法為前提的。問題在於，患兒母親是在因為子女患病的情況下，根據醫生處方而實施購買氯巴占的行為，氯巴占確實也對治療癲癇病具有較好的療效，檢察院對此也予以認可，不過當時在國內藥品市場通過合法途徑無法購買到該藥品。既然合法途徑買不到，而氯巴占又是治療疾病所需的藥物。母親為了治療子女的疾病，可以說是在不得已的情況下，向代購者購買氯巴占用於治病，究竟是如不起訴決定所說的“社會危害性較小”還是根本就沒有社會危害性呢？對此，固然不能僅從主觀方面予以認定，但行為人的動機卻是不能忽視的重要因素。在涉麻醉藥品和精神藥品案件中，還有不少行為人像胡某弟案中的患兒母親那樣，他們是在親人乃至本人患病的情況下，基於治療疾病的動機而實施了購買、運輸、提供麻醉藥品和精神藥品的行為，其實質是在治病救人而不是違法犯罪，其動機是在幫助他人而不是危害社會，所以應當予以特殊考慮，綜合全案事實進行判斷後直接宣告其不構成犯罪。

[33] 參見杜新忠主編：《實用戒毒醫學》（第2版），人民衛生出版社2014年版，第11-12頁。

[34] 對於目的犯而言，特定的目的是其成立犯罪的必備要素，因而特定目的屬於目的犯的必要要件（要素），但對於刑法上大量的其他犯罪而言，特定的目的並不是犯罪構成的必要要件（要素）。

[35] 參見劉建清：《犯罪動機與犯罪人格》，中國政法大學出版社2009年版，第276頁。

四、涉麻精藥品案件認定的罪名適用

涉麻醉藥品和精神藥品案件所涉及的罪名，主要是源於麻醉藥品和精神藥品的雙重屬性以及不同行為方式而可能觸犯的罪名。其中，所涉及到的毒品犯罪罪名主要有走私、販賣、運輸、製造毒品罪，非法持有毒品罪，非法提供麻醉藥品、精神藥品罪，其他毒品犯罪罪名如容留他人吸毒罪等雖然也可能涉及到，但並不是涉麻醉藥品和精神藥品案件的主要罪名；所涉及到的藥品犯罪罪名主要有生產、銷售、提供假藥罪，生產、銷售、提供劣藥罪，妨害藥品管理罪。此外，還有非法經營罪以及利用麻醉藥品、精神藥品實施的強姦罪、搶劫罪等罪名。在上述罪名中，大多數犯罪的界限是比較明確的，無論是在理論界還是實務界均不存在太大的爭議，例如走私、販賣、運輸、製造毒品罪與非法持有毒品罪的界限，走私、販賣、運輸、製造毒品罪與非法提供麻醉藥品、精神藥品罪的界限，生產、銷售、提供假藥罪與生產、銷售、提供劣藥罪的界限等。在具體認定時，要嚴格把握具體罪名的犯罪構成，從而對案件依法作出準確定性。

（一）毒品犯罪與藥品犯罪的選擇

毒品犯罪和藥品犯罪的入罪標準、刑罰後果存在明顯的差異。對於涉麻醉藥品和精神藥品案件，首先需要準確判斷其是構成毒品犯罪還是藥品犯罪，在這兩者之間作出正確的選擇。對此，雖然可以從犯罪客體、犯罪主體以及客觀方面的角度作出區分，但最關鍵的還是應當從主觀方面去予以界分。

首先，考察行為人主觀上是否明知所走私、販賣、運輸、製造的物品是毒品。只有明知是毒品而走私、販賣、運輸、製造或者實施其他行為的，才能按照毒品犯罪罪名予以認定。如果行為人對毒品缺乏明知，自然也就談不上對毒品實施相應犯罪行為的故意，因而也就無法認定為毒品犯罪。實踐中，對於行為人雖然明知特定物質有危害，但並不知道其屬於毒品進而實施走私、販賣、運輸等行為的，其仍然屬於欠缺毒品犯罪的明知，不能按照毒品犯罪予以認定。特別是按照大多數社會公眾的認知，“是藥三分毒”，即便就是在治療疾病這樣的情形，人們通常也都能夠認識到其所服用的物品會對身體造成危害，但其未必就形成了對毒品的認知。

其次，考察行為人主觀上是具有醫療用途還是非法用途。當行為人主觀上是出於醫療用途時，其發揮的是麻醉藥品和精神藥品作為藥品的作用，因而不能認定為毒品犯罪。只有當行為人將麻醉藥品和精神藥品當做毒品，用於吸食濫用等非法用途時，其所侵犯的才是毒品管制秩序，才有認定其構成毒品犯罪的可能。當然，非法用途的具體範圍十分廣泛，行為人在將麻醉藥品和精神藥品用於非法用途時，往往也可能還會觸犯其他一些罪名，例如強姦罪、搶劫罪等。對此，在最高人民法院、最高人民檢察院發佈的典型案例以及《昆明會議紀要》中，已經對其罪名選擇和罪數適用問題做了明確。[36]

（二）妨害藥品管理罪與非法經營罪的適用

2015 年發佈的《武漢會議紀要》曾明確規定，行為人出於醫療目的，違反有關藥品管理的國家規定，非法販賣麻醉藥品或者精神藥品，擾亂市場秩序，情節嚴重的，以非法經營罪定罪處罰。但是，2023 年發佈的《昆明會議紀要》對此則採取了一種模糊的處理方式，只是籠統規定“構成其他犯罪的，依法處理”，其內容為“確有證據證明出於治療疾病等相關目的，違反有關藥品管理

[36] 例如，對於郭某某欺騙他人吸毒案（檢例第152號），最高人民檢察院的指導意見明確指出，對於行為人明知係國家管制的麻醉藥品、精神藥品而向他人的飲料、食物中投放，欺騙他人吸食的，應當以欺騙他人吸毒罪追究刑事責任。對於有證據證明行為人為實施強姦、搶劫等犯罪而欺騙他人吸食麻醉藥品、精神藥品的，應當按照處罰較重的罪名追究刑事責任。

的國家規定，未經許可經營國家規定管制的、具有醫療等合法用途的麻醉藥品、精神藥品的，不以毒品犯罪論處；情節嚴重，構成其他犯罪的，依法處理”。同時，《昆明會議紀要》新增了關於妨害藥品管理罪罪名適用的內容。[37]

其中，妨害藥品管理罪是2020年12月通過的《中華人民共和國刑法修正案（十一）》（以下簡稱《刑法修正案（十一）》）新設的一個具體罪名，主要是刑法為對接《藥品管理法》的修改而在刑法層面作出的銜接性規定，實現了《刑法》與《藥品管理法》的有序銜接。[38] 按照《刑法》第142條之一的規定，構成妨害藥品管理罪以“足以嚴重危害人體健康”為前提，因而本罪屬於具體危險犯。[39] 正是為了嚴格遵循刑法關於本罪構成特徵的規定，《昆明會議紀要》從以下幾個方面對適用妨害藥品管理罪做了限制性要求：一是目的上的要求，應當是出於治療疾病等相關目的；二是違法性要求，要求違反藥品管理法規，未取得藥品相關批准證明文件，而生產、進口或者銷售麻醉藥品和精神藥品；三是實質性要求，即在進口境外麻醉藥品和精神藥品時，不僅要求在形式上違反藥品管理法規，未取得藥品相關批准證明文件，而且要求其在境外也未合法上市。《昆明會議紀要》的這些規定，對於司法實務中準確把握妨害藥品管理罪的實質具有積極意義。

不過，由於《昆明會議紀要》並沒有就未經許可經營麻醉藥品和精神藥品能否適用非法經營罪作出明確規定，而實務上的觀點是雖然承認兩個罪名之間是特殊與一般關係，但又認為在《昆明會議紀要》發佈後究竟應當如何適用罪名還需要深入總結實踐經驗。[40] 換言之，實務上究竟應當如何處理，目前其實尚無明確的處理意見。而《刑法》第142條之一第二款又明確規定實施妨害藥品管理罪同時構成其他犯罪的，依照處罰較重的規定定罪處罰。從法定刑來看，非法經營罪重於妨害藥品管理罪；從行為方式來看，妨害藥品管理罪中的生產、銷售等行為和非法經營行為具有事實上的相似性。由此帶來的疑問就是，對於未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的行為究竟能否適用非法經營罪？在涉麻醉藥品和精神藥品案件中，非法經營罪和妨害藥品管理罪這兩個罪名究竟應當如何選擇？

對此，有觀點認為，兩罪之間的競合關係只是邏輯上的存在，並非法律上的存在，對於妨害藥品管理罪所規定的行為，即使承認其和非法經營罪之間的競合關係，也只能適用妨害藥品管理罪。[41] 但是，在二者之間存在競合的情況下，就意味著妨害藥品管理罪中的部分行為符合非法經營罪的構成要件，在分別符合兩個罪名構成要件的情況下又否定適用非法經營罪的可能，在刑法學理上缺乏充分的理由。

為此，基於兩罪的邏輯關係，首先應當承認的是，未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的行為能夠適用非法經營罪。雖然《昆明會議紀要》並未明確指出應當適用的罪名，但是從非法經營罪的構成特徵來看，未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的行為是能夠為本罪的犯罪構成所涵攝的。其理由在於：第一，就“違反國家規定”的前置法要求而言，《麻醉藥品和精神藥品管理條例》的規定都清楚地表明，麻醉藥品和精神藥品並非不可以生產、經營、使用、儲存、運輸，但前提是需要具備法定條件。例如，該條例第22條明確規定國家對麻醉藥品和精神藥品實行定點經營制度，同時明確了從事經營活動應具備的條件。因此，要從事麻醉藥品和精神藥品的生產、經營活動，必須符合

[37] 《昆明會議紀要》規定：“確有證據證明出於治療疾病等相關目的，違反藥品管理法規，未取得藥品相關批准證明文件，生產國家規定管制的麻醉藥品、精神藥品，進口在境外也未合法上市的國家規定管制的麻醉藥品、精神藥品，或者明知是上述未經批准生產、進口的國家規定管制的麻醉藥品、精神藥品而予以銷售，構成妨害藥品管理罪的，依法定罪處罰。”

[38] 參見梅傳強：《危害藥品安全犯罪的最新修訂及其適用研究》，載《當代法學》2021年第5期，第7頁。

[39] 參見陳興良：《妨害藥品管理罪：從依附到獨立》，載《當代法學》2022年第1期，第63頁。

[40] 參見方文軍：《毒品犯罪司法實務精解》，法律出版社2024年版，第62頁。

[41] 參見陳興良：《妨害藥品管理罪：從依附到獨立》，載《當代法學》2022年第1期，第67頁。

國家規定的條件。如果違反國家規定而生產、經營麻醉藥品和精神藥品，則屬於非法經營行為。第二，就犯罪客體而言，藥品犯罪和非法經營罪一樣，都屬於我國大陸地區刑法分則第三章破壞社會主義市場經濟秩序中的罪名，其同類客體完全一致，都是社會主義市場經濟秩序。同時，麻醉藥品和精神藥品的合法經營活動是受法律法規的規定所保護的，因此，對於未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的行為，是一種擾亂市場秩序的行為。第三，就行為方式而言，未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的行為，同其他非法經營行為一樣，都表現為在市場流通環節中的生產、經營、銷售等一系列行為。基於上述理由，未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的行為，完全具備適用非法經營罪的空間。

至於《昆明會議紀要》未就非法經營麻醉藥品和精神藥品的罪名適用問題作出明確規定的做法，其背後原因雖無從考察，但基於近年來非法經營罪適用的現狀考慮，嚴格把握非法經營罪的構成特徵、防止非法經營罪成為新的“口袋罪”已經成為學界的共識。例如，有學者一針見血地指出，“非法經營罪雖然只是一個罪名，但實際上包含著數十個甚至上百個頂著非法經營罪名義的犯罪，成為刑法中的一個巨大無比的口袋罪”。[42] 在這樣的背景下，嚴格遵循罪刑法定、合理限縮非法經營罪的適用是大勢所趨，由並不是司法解釋的會議紀要直接規定其構成非法經營罪確實存在正當性和合理性上的疑問，回顧 1997 年《刑法》施行以來非法經營罪的司法實踐情況，對於刑法沒有明文規定的具體的非法經營行為均是以司法解釋的形式予以明確的，因此，即便是要將此類行為以非法經營罪處理，由司法解釋予以明確規定也比由會議紀要這一司法文件直接作出規定更為妥當。

在明確了未經許可經營麻醉藥品和精神藥品行為可以適用非法經營罪的前提下，還需要對非法經營罪和妨害藥品管理罪這兩個罪名的選擇適用問題進行專門探討。不可否認，二者在犯罪性質、犯罪客體、行為方式等方面均具有相似性。第一，就犯罪性質而言，二者都是法定犯，非法經營罪以“違反國家規定”為前提，妨害藥品管理罪以“違反藥品管理法規”為前提。同時，由於包括麻醉藥品和精神藥品在內的藥品經過批准是可以合法經營的，這也就決定了妨害藥品管理罪中的“違反藥品管理法規”也完全可能屬於非法經營罪中的“違反國家規定”。第二，就行為方式而言，妨害藥品管理罪共四種行為方式 [43]，除了第三和第四種行為外，另外兩種行為從其實質上而言也屬於經營行為，其中第一種屬於生產、銷售行為，第二種屬於銷售行為，這兩種行為均完全能夠被評價為非法經營罪中的經營行為。此外，兩個罪名均屬於《刑法》分則第三章破壞社會主義市場經濟秩序罪中的具體罪名，侵犯的客體具有一致性。因此，妨害藥品管理罪和非法經營罪之間存在交叉重合，對於妨害藥品管理的行為，在涉麻醉藥品和精神藥品案件中具體表現為未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的行為，該行為在觸犯妨害藥品管理罪的同時，也完全可能觸犯非法經營罪。此時，應當按照《刑法》第 142 條之一的規定，依照處罰較重的規定定罪處罰。所以，在具體適用中，要注重罪名之間的這種競合關係。理論上也有學者認為尋找犯罪之間的界限實際上是使犯罪之間形成對立關係，與其重視和增加犯罪之間的對立，莫如注重犯罪之間的競合，減少犯罪之間的對立。[44] 這並不意味著否定不同罪名之間在構成要件上的差異，但這種重視不同罪名之間競合關係的總體精神是值得肯定的。《昆明會議紀要》一方面規定了妨害藥品管理罪，另一方面對未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的行為沒有指出具體應當適用的罪名，但基於兩罪犯罪構成特徵的分析，二者之間確

[42] 陳興良：《非法經營罪範圍的擴張及其限制》，載《法學家》2021年第2期，第70頁。

[43] 按照中國大陸地區《刑法》第142條之一的規定，妨害藥品管理罪的四種行為方式分別是：（1）生產、銷售國務院藥品監督管理部門禁止使用的藥品的；（二）未取得藥品相關批准證明文件生產、進口藥品或者明知是上述藥品而銷售的；（三）藥品申請註冊中提供虛假的證明、數據、資料、樣品或者採取其他欺騙手段的；（四）編造生產、檢驗記錄的。

[44] 參見張明楷：《刑法分則的解釋原理（上）》（第二版），中國人民大學出版社2011年版，第243頁。

實是存在交叉重合關係的，應該承認一個行為同時觸犯這兩個罪名的情況是客觀存在的，進而依照法律從一重罪處罰的規定對兩個罪名進行選擇適用。

五、法理與情理交融的規範適用路徑

刑法是法律責任最嚴厲的法律，但刑法也是充滿溫情的法律。刑事司法活動既要通過刑法適用彰顯懲罰犯罪的任務，也要通過刑法適用踐行保護人民的價值。我國大陸地區最高司法機關也曾明確提出，“要正確適用刑事法律，兼顧天理國法人情，堅持嚴格公正司法，以嚴謹的法理彰顯司法的理性，以公認的情理展示司法的良知”。[45] 在 2025 年 11 月召開的第八次全國刑事審判工作會議上，最高人民法院進一步強調要樹立正確的刑事司法理念，“將法律的專業判斷與人民群眾對公平正義的認識判斷結合起來，把遵循法度、順應常理、合乎常情融合作為定罪量刑的基本考量”。[46] 現代法治不僅僅是規則之治，“歸根結底應該是人性之治、良心之治”，“良心”或者“社會公認的常識、常理、常情”是現代法治運行的靈魂。[47] 這就意味著，法律適用絕不僅僅是孤立地、機械地適用法條，這對於關乎公民生殺予奪的刑法而言尤為重要，可以說，在刑法適用中要兼顧天理國法人情、實現法理和情理的統一已經成為一種共識。基於麻醉藥品和精神藥品的特殊性，不少麻醉藥品和精神藥品具有治病救人的藥用價值，“法官在作出裁決時既要尊重法律，也要相信自己的生活經驗”[48]，因而在處理涉麻醉藥品和精神藥品案件時，要充分注意法理和情理的關係。一方面嚴格把握犯罪的構成特徵，準確認定犯罪；另一方面要考慮案件的特殊性，在認定罪與非罪以及刑罰適用中作出既符合法律規定又兼顧基本情理的判斷，使這類案件處理實現良好的法律效果與社會效果。

（一）全面評價社會危害

嚴重的社會危害性是犯罪的本質特徵，這是中國大陸地區刑法學界通說在犯罪本質上的主流認識。雖然德、日刑法學上通說使用的是“法益”這一概念，認為“刑法有保護法益的任務。所有刑法規範均是以對重要法益的積極評價為基礎的”。[49] 中國大陸地區也有不少學者對社會危害性理論進行批判，認為法益相對於社會危害性具有更大的優勢 [50]，主張用“法益”替代“犯罪客體”或者“社會危害性”等概念。但是，無論是社會危害性理論還是法益理論，都只是指導刑法解釋和刑法適用的理論工具，二者都不可能盡善盡美，即使是為很多學者所推崇的法益理論也面臨很多問題與挑戰，誠如有學者所說，“法益理論面臨危機已是不爭的事實。”[51] 究竟是使用“法益”這一概念，還是使用“社會危害性”這一概念，二者孰優孰劣，探討這些問題這並非本文的任務。但應該看到，作為《刑法》第 13 條所明確規定的概念，社會危害性在犯罪認定和刑法適用中所具有的指導意義是不容忽視的，而中國大陸地區刑事司法實踐中使用社會危害性這一概念已經由來已久。因

[45] 孫航：《周強出席第七次全國刑事審判工作會議強調 牢記初心使命 忠誠履職盡責 努力把新時代刑事審判工作提高到新水平》，載《人民法院報》2019年10月18日，第1版。

[46] 白龍飛：《第八次全國刑事審判工作會議召開 深入貫徹習近平法治思想 推動新時代刑事審判工作高質量發展》，載《人民法院報》2025年11月14日，第1版。

[47] 參見陳忠林：《刑法散得集》，法律出版社2003年版，第37頁。

[48] [美]拉塞爾・F.卡南等編著：《法律還是情理？法官裁判的疑難案件》，張玉潔譯，上海人民出版社2022年版，第65頁。

[49] [德]漢斯・海因里希・耶賽克、托馬斯・魏根特著：《德國刑法教科書》，徐久生譯，中國法制出版社2001年版，第10頁。

[50] 參見付立慶：《法益理論不是皇帝的新裝》，載《人民檢察》2018年第5期，第32頁。

[51] 陳家林：《法益理論的問題與出路》，載《法學》2019年第11期，第3頁。

此，本文仍然還是選擇大陸地區通說的社會危害性這一概念。

嚴重的社會危害性是從實質上對犯罪行為所做的綜合判斷，其所包括的內容除了客觀危害之外，還包括主觀惡性與人身危害性。因此，對社會危害性的評價，就不能僅從形式上依據客觀危害進行判斷，而應當貫徹主客觀相統一原則的要求，既注重對客觀危害的考察，也注重對主觀惡性與人身危險性的判斷。對涉麻醉藥品和精神藥品案件社會危害有無以及程度的判斷，都應當體現全面評價社會危害這一基本要求。對此，《昆明會議紀要》從麻醉藥品和精神藥品本身的屬性、行為目的、行為對象等多個方面做了較為全面的規定，體現了全面評價社會危害的精神。首先，對於沒有醫療等合法用途的麻醉藥品和精神藥品，只要行為人實施了走私、販賣、運輸、製造等行為，原則上都應當追究刑事責任；其次，對於出於治療疾病的目的而實施的相關行為，視情況要麼不作為犯罪處理，要麼不按照毒品犯罪而按照妨害藥品管理罪等其他罪名處理；再次，對於向吸毒人員等毒品違法犯罪分子販賣、提供麻醉藥品和精神藥品的，視情況分別按照販賣毒品罪或者非法提供麻醉藥品、精神藥品罪處理。在具體判斷時要特別注意以下幾點：

第一，不能僅僅因為行為人實施了走私、販賣、運輸、製造的客觀行為就直接認定其具有嚴重的社會危害性，而是應該要進一步考察其走私、販賣、運輸行為的主觀目的是什麼，對於確有證據證明行為人係出於治療疾病等相關目的而實施行為的情形，要充分注意其主觀方面的特殊性，視情況不作為犯罪處理或者不作為毒品犯罪處理。

第二，不能僅僅因為行為走私、販賣、運輸、製造的對象是麻醉藥品和精神藥品就直接認定其構成毒品犯罪，也不能就此直接認定其具有嚴重的社會危害性，而應該充分注意到麻醉藥品和精神藥品所具有的雙重屬性，注重考察其所發揮的是作為藥品的屬性還是作為毒品的屬性，進而在此基礎上判斷其有無社會危害性以及社會危害性的大小。例如，對於根本不具有醫療用途的物品，由於其無法發揮作為藥品的作用，因而其不僅具有社會危害性，而且體現的是毒品犯罪的社會危害性，因而構成毒品犯罪。反之，對於很多具有藥用價值或者醫療用途的麻醉藥品和精神藥品，就要特別注意其作為藥品而對社會和個人所具有的積極意義，只要其沒有違反藥品管理法規，一般難以認定其具有嚴重的社會危害性，因而也就不能構成毒品犯罪。

第三，不能僅僅因為向他人販賣或者提供了麻醉藥品和精神藥品就直接認定其具有嚴重的社會危害性。同樣的物品，由不同的人使用時，其所發揮的作用是不同的。當提供給毒品犯罪分子或者吸毒人員時，這些人員是將麻醉藥品和精神藥品作為毒品使用，其用途具有非法性，因而具有嚴重的社會危害。反之，當提供給患者或者患者親屬時，其往往是將其用於治療疾病，這是將麻醉藥品和精神藥品作為藥品使用，屬於正當、合法的用途，一般不具有嚴重的社會危害。《刑法修正案（十一）》對妨害藥品管理罪入罪標準和法定刑的設置，也體現了其和生產、銷售、提供假藥劣藥犯罪以及走私、販賣、運輸毒品罪等犯罪的差異，這有助於罪刑相適應原則的貫徹。[52] 與此相應，對於《昆明會議紀要》所明確規定的適用妨害藥品管理罪的情形，當藥品具有治療疾病的功效並被實際用於治療疾病等合法用途時，即便行為因未經批准等原因違反了藥品管理法規，也因為不符合“足以嚴重危害人體健康”這一具體危險犯的要件，不能以妨害藥品管理罪定罪處罰。

（二）激活刑事出罪機制

我國大陸地區在總體上呈現出對毒品犯罪從嚴懲治的刑事政策精神，但是強調對毒品犯罪的從嚴懲處並不意味著對毒品犯罪不加區分地一律從嚴，對罪行較輕的毒品犯罪一概從嚴打擊，難以真正契合寬嚴相濟刑事政策的要求。[53] 對此，《昆明會議紀要》也明確提出“要認真貫徹寬嚴相濟刑

[52] 參見周光權：《刑事立法進展與司法展望——〈刑法修正案(十一)〉總置評》，載《法學》2021年第1期，第33頁。

[53] 參見何榮功：《毒品代購與代購牟利的行為定性》，載《法學》2022年第9期，第89頁。

事政策，在從嚴懲處的同時，做到寬以濟嚴、寬嚴有度、罰當其罪”。由於麻醉藥品和精神藥品具有雙重屬性，它在可能危害社會的同時，也可能被用於治療疾病等合法用途而產生有益於社會的積極效果。當其被用於治療疾病等合法用途時，即便從形式上看可能符合相關罪名的客觀要件，但是其並不會產生危害社會的結果。如果僅僅因為行為符合了相關罪名的客觀要件，就直接對其予以定罪處刑，這樣的處理方式既違反了刑法上的定罪標準，也嚴重侵犯社會公眾維護健康的正當需求。將一個用於治療疾病的物品認定為毒品，將一個用於治療疾病的行為認定為犯罪，其結果必然是背離刑法標準，損害法治精神，衝擊公眾情感，最終會使刑法的適用因得不到社會公眾的認同而喪失權威。這充分說明了此類案件的特殊性，對於涉麻醉藥品和精神藥品的行為，不能只是強調積極層面的入罪，也要重視反向層面的出罪，從而使案件的處理體現法理與情理的交融。

為此，《昆明會議紀要》在規定了對涉麻醉藥品和精神藥品行為要按照相關罪名定罪處罰的同時，也規定了涉麻醉藥品和精神藥品行為出罪的三種具體情形：第一，出於治療疾病等相關目的，違反有關藥品管理的國家規定，未經許可經營麻醉藥品和精神藥品的，不以毒品犯罪論處；第二，雖然違反有關藥品管理的國家規定，未經許可經營麻醉藥品和精神藥品，但帶有自救、互助性質的行為，不作為犯罪處理；第三，因治療疾病需要，在自用、合理數量範圍內攜帶、寄遞麻醉藥品和精神藥品進出境的，不構成犯罪。上述情形，都考慮了在特殊情形下經營或者攜帶、寄遞麻醉藥品、精神藥品的特殊用途及其對治療疾病的積極意義，為涉麻醉藥品和精神藥品行為的出罪提供了明確的依據，在刑法從嚴打擊毒品犯罪的總體態勢下激活了毒品犯罪的出罪機制。《昆明會議紀要》作出這樣的規定，充分考慮涉麻醉藥品和精神藥品行為的特殊性，充分考慮到了此類案件對社會公眾治療疾病等基本民生需求的影響，以規範文件的形式為合理處理此類案件提供了明確的指引，彰顯了刑事司法的溫度。

在處理這類案件時，要結合物品的屬性、主觀目的等因素，從實質上依法準確判斷其是否屬於《昆明會議紀要》所規定的上述情形。需要特別說明的是，對特殊情形下涉麻醉藥品和精神藥品案件作出罪處理，不僅要注重從實體上予以出罪，也要注重從程序上予以出罪。實體上出罪，是從刑法層面直接宣告其不構成犯罪；程序上出罪，是通過不起訴等刑事訴訟制度而將其不作為犯罪處理。通常情況下，對實體上出罪是理論界和實務界關注更多的情形，特別是對於進入審判程序的案件，實體上出罪是最直接的出罪方式。但是，基於刑事訴訟程序制度設計的特殊性，對一個行為不作為犯罪處理，不僅可以在審判階段通過實體出罪的方式實現，也可以在審查起訴階段通過不起訴的方式實現。《昆明會議紀要》雖然是最高人民法院印發的指導毒品犯罪審判工作的規範性文件，但由於其內容體現了涉麻醉藥品和精神藥品案件的特殊性，檢察機關也應當在懲治毒品犯罪的實踐工作中對這些科學合理的內容予以體現。所以，立足於司法適用的角度，對涉麻醉藥品和精神藥品案件，審判機關和檢察機關應結合自身工作，充分運用實體出罪或者程序出罪的方式對符合條件的案件依法予以出罪。

（三）依法合理裁量刑罰

定罪和量刑是刑事司法最核心的兩個範疇，雖然依法準確定罪是刑罰適用的前提，但站在犯罪人的角度而言，其實對其影響更大的是刑罰適用情況。“就犯罪人、公訴人、被害人和公眾來說，他們甄別犯罪性質和輕重的主要依據是主審法官對刑事處置措施的選擇和刑量的選擇，他們對刑事法公正與否的判斷也多半以此為依據”。[54] 因此，如果說定罪主要解決對行為的定性問題，那麼刑罰適用則因為直接涉及到對犯罪人權益的剝奪而更受關注。從總體上而言，涉麻醉藥品和精神藥品案件的量刑同其他案件的量刑一樣，都要遵循量刑的一般規則。但是，涉麻醉藥品和精神藥品行為

[54] 參見王利榮：《量刑說理機制》，法律出版社2012年版，第19頁。

的特殊性在於，涉案物品往往具有藥物的屬性，而所販賣或提供的對象很多時候是病人或者病人親屬，這就使得這類案件和其他案件在社會危害性的評判上存在明顯差別。以胡某弟案為例，人民法院雖然對被告人胡某弟的行為認定為犯罪，但卻作出了免予刑事處罰的判決。法院作出這一判決的理由主要有三點：一是主觀惡性較小；二是社會危害性較小；三是具有初犯、主動交代、認罪悔罪、坦白等量刑情節。[55] 這樣的判決結果，體現了法院對此類案件處理的慎重態度，也反映了這類案件的特殊性，使社會公眾對此類案件的基本情理在刑罰裁量活動中得到了體現。

刑罰裁量不僅要遵循刑法規範，也要尊重基本情理，從而做到合法又合理，使量刑結論“符合公理，經得起社會倫理觀念與憲法精神的考量與評判”。[56] 對於已經構成犯罪的涉麻醉藥品和精神藥品行為，在刑罰裁量活動中，為了充分體現基本的情理，要按照罪刑相適應原則的要求，貫徹寬嚴相濟刑事政策，在全面評價案件社會危害性的基礎上，綜合考察麻醉藥品和精神藥品的性質、物品產生的實際效果、流入社會產生危害的風險大小、行為的實施方式和情節、犯罪人的主觀目的和動機、犯罪人有無前科、認罪悔罪態度等主客觀因素，對全案作出綜合評判，在此基礎上慎重適用刑罰。合法與合理不可割裂，“合理”是“合法”的實質內容，“合理”必然蘊含於“合法”之中，表現為互為表裡的統一體。[57] 特別是在麻醉藥品和精神藥品是用於治療疾病等合法用途的情形，不能機械地理解刑法規定，不能僅僅因為行為在形式上符合了刑法規範的字面含義就一律予以定罪處刑甚至從嚴懲處。對於藥品發揮了藥效、社會公眾對行為的包容度高等情形，從藥品本身的角度而言其並未產生嚴重的社會危害性，而刑法所要規制的是違反法律規範或者國家有關規定而生產、進口或者經營的社會危害行為。換言之，不是因為物品本身產生了社會危害性而構成犯罪，而是因為行為本身違反了有關法律法規的規定而構成犯罪。在這樣的情形，如果和其他犯罪不加區別地一律從嚴懲處，判決結果將難以得到社會公眾的認同，刑事司法活動將難以產生良好的社會效果。

六、結語

數據顯示，中國大陸地區毒品濫用的物質種類已經發生結構性變化，麻精藥品和未列管成癮性物質濫用快速蔓延，濫用人數不斷增多。[58] 在這樣的背景下，涉麻醉藥品和精神藥品行為已經成為毒品犯罪司法實踐中最常見的行為類型。胡某弟案的刑法適用集中反映了此類案件在司法實務處理上的疑難爭議問題，而胡某弟案並不只是個案，胡某弟案所反映的問題也不是個別問題，而是一類帶有普遍性的案件所面臨的共性問題，即涉麻醉藥品和精神藥品案件的刑法認定問題。正因為如此，《昆明會議紀要》專門就涉麻醉藥品和精神藥品行為的刑法適用問題作了規定。該紀要的出台雖然對此類案件的處理提供了規範指引，但在具體適用中仍然還存在理解和適用上的難題。本文立足於涉麻醉藥品和精神藥品案件的客觀事實，明確了此類案件的特殊性，結合刑法以及相關司法文件的規定，明晰了麻醉藥品和精神藥品的雙重屬性，對此類案件處理中主觀方面認定、罪名選擇適用等問題作了規範分析與理論闡述。在對毒品犯罪總體上呈現出從嚴懲處的刑事政策背景下，對涉麻醉藥品和精神藥品行為的刑法認定，不僅要立足刑法規範以明確其規範依據，更要充分考慮到麻

[55] 參見《被告人胡阿弟走私、販賣毒品案一審當庭宣判》，載河南省中牟縣人民法院網站2023年3月31日，https://zmxfy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=2671。

[56] 王利榮：《量刑說理機制》，法律出版社2012年版，第2頁。

[57] 參見石經海：《論量刑合法》，載《現代法學》2010年第2期，第74頁。

[58] 參見《2024年中國毒情形勢報告》，載中華人民共和國公安部網站2025年6月19日，https://www.mps.gov.cn/n2255079/n6865805/n7355741/n7355780/c10114656/content.html。

醉藥品和精神藥品在治療疾病和保護公眾健康等方面所具有的積極作用。對涉麻醉藥品和精神藥品案件特殊性的重視，體現的是刑法適用中所堅守的理性精神以及對人性的尊重，“刑法的文明，往往需要刑法之外的社會措施提供必要的前提”“刑法學者不能只是刑法規範的學習者”。[59] 為此，應當在保護人民的價值引領之下，在堅守刑法理性的同時彰顯刑法的溫情，實現情理法的交融，使涉麻醉藥品和精神藥品行為的刑法適用達到良好的法律效果與社會效果。[60]

Abstract: The Hu Illegal Business Operation Case is not an isolated incident; rather, it reflects the broader challenges in determining criminal liability in cases involving narcotic drugs and psychotropic substances. Against the backdrop of the increasing number of such cases, although the Kunming Conference Minutes issued by the Supreme People's Court in 2023 provide certain guidance for judicial practice, the difficulties in case determination and the related theoretical controversies have not been fully resolved. It is therefore necessary to recognize the dual nature of narcotic drugs and psychotropic substances, which function both as legitimate medical resources and as substances that may be abused. In determining criminal liability, particular attention should be paid to the subjective intent of the actor, distinguishing whether the substances are intended for legitimate purposes such as medical use or for illicit purposes such as abuse, and accordingly applying the charges of drug-related crimes or pharmaceutical-related crimes. Furthermore, analysis of the relationship between relevant offenses suggests that unauthorized business operations involving narcotic drugs and psychotropic substances may simultaneously constitute the crime of violating drug administration regulations and the crime of illegal business operation, giving rise to a concurrence of offenses. In sentencing, due consideration should be given to both legal reasoning and considerations of fairness. Taking into account the particular circumstances of each case, courts should ensure that their judgments are not only consistent with statutory requirements but also aligned with fundamental societal expectations of justice.

Key words: Narcotic Drugs; Psychotropic Substances; Medical Use; Drug-Related Crimes; Crime of Violating Drug Administration Regulations; Crime of Illegal Business Operation

（責任編輯：王鎔洪）

[59] 莫洪憲：《毒品犯罪的挑戰與刑法的回應》，載《政治與法律》2012年第10期，第88頁。

[60] 在胡某弟案審理過程中，國家衛生健康委、國家藥監局於2022年6月聯合發佈《臨床急需藥品臨時進口工作方案》和《氯巴占臨時進口工作方案》，完善了藥品供應保障政策，從而為滿足群眾臨床急需藥品的需求提供了制度保障。這不僅是因為刑事個案反映出社會政策、社會治理中的不足進而推動公共政策完善的具體事例，也充分說明了依法合理處理涉麻醉藥品和精神藥品案件對實現司法公正、保障公眾權益的重要價值。

論數智時代GPS偵查程序的構建

陳　戀*

摘　要　數智時代GPS偵查不再僅是定位追蹤，而是融合大數據、AI形成高效犯罪防控體系，但這種偵查方式存在超法定範圍、程序失範、第三方數據調取無規制等問題，根源在於偵查權制約機制有待完善以及法律規制更新速度無法適應技術賦能的發展。立足本土實踐，借鑒域外經驗，構建“權利分級保護+動態程序構建”的規制方案，具體規制措施為：明確隱私權與個人信息（含敏感信息）的分級保護對象及方式，按權力干預程度將GPS偵查動態分為即時監控（強制措施）、數據調取（任意措施）、追捕（弱強制措施）三類，並分別細化規制程序。以此來破解GPS偵查性質定位偏差與程序混亂難題，平衡打擊犯罪與隱私權、個人信息權益保障，為刑事偵查程序完善及法治中國建設提供操作性的指引，推動公法與私法權利保護的銜接。

關鍵詞　GPS偵查　強制措施　隱私權　個人信息　分級保護

由於大多數智能手機或其他電子設備現在都配備了 GPS 技術，執法人員可以通過電子設備或從第三方搜集數據以監控了解犯罪嫌疑人行蹤。在刑事案件中，與耗時耗人力精力的人為監視、找人措施不同，GPS 數據獲取的便捷性使偵查人員更加傾向於採用此種偵查方式。全國各地的執法機構越來越頻繁地使用 GPS 技術來偵查犯罪，檢察機關也已經開始在審判中使用 GPS 數據作為實質性證據。GPS 技術廣泛應用於法庭之上，在憲法和刑事證據法方面產生了引人注目的影響。學界逐漸開始研究 GPS 偵查，研究方向與內容主要集中在以下幾方面：偵查機關通過 GPS 技術獲取被調查者定位信息與個人信息保護的程序構造[1]、GPS 偵查與個人隱私保護之間的博弈[2]、GPS 偵查措施以及作為技術偵查方式的規制機制[3]等。從研究的內容來看，學界將研究重點偏向於 GPS 作為

*　陳戀，西南政法大學法學院博士後、西南石油大學法學院講師。
本文係中國法學會2022年部級法學研究一般課題“刑事案件GPS數據收集的程序規制”（項目編號CLS（2022）C18）最終成果。

[1]　參見蔣勇：《個人信息保護視野下中國電子取證規制的程序法轉向》，載《西安交通大學學報（社會科學版）》2019年第6期，第140-148頁。

[2]　參見田芳：《手機定位信息的憲法保障》，載《華東政法大學學報》2019年第1期，第67-80頁；高榮林：《警察無司法令狀使用GPS設備與公民隱私權保護之衝突與協調》，載《重慶郵電大學學報（社會科學版）》2016年第6期，第53-59頁。

[3]　參見鄭曦：《美國瓊斯案對我國技術偵查制度構建的啟示》，載明輝、李昊主編：《北航法律評論》第1輯，法律出版社2012年版，第283-290頁；艾明：《論美國對新型監控偵查措施的法律規制——以GPS和視頻監控為

一種搜查措施是否具有合法性的理論層面，對如何界定、以什麼標準界定 GPS 這一偵查行為性質沒有進行深入探討。GPS 技術運用於刑事偵查提高了偵查效率，但同時從權力規範與權利保障視角觀之，GPS 偵查措施存在明顯的規範漏洞。域外先進立法經驗表明，刑事訴訟中運用新技術偵查案件，應當以程序正義與人權保障為基礎，規範偵查取證程序。本文具體分析實踐中 GPS 偵查存在的問題並深入剖析其背後的制度性與觀念性成因，借鑒域外 GPS 偵查中的權力規制模式，進行批判性整合與本土化銜接，分析 GPS 偵查的性質，進而提出更具系統性與可操作性的運用 GPS 偵查的制度模型。

一、我國GPS偵查存在的問題

通過查詢中國裁判文書網，筆者發現從 2009 年到 2025 年 6 月 20 日，涉及“GPS 定位”的刑事案件判決書共計 7513 件。從判決主文來看，作為證據採用的 GPS 數據主要來自於四種途徑：一是偵查機關通過技偵手段在被調查者車上或其他載體上安裝 GPS 定位器，自己掌控移動終端，及時獲取 GPS 定位信息；二是犯罪嫌疑人等的手機或車輛自帶 GPS 設備，偵查機關通過技術手段或第三方網絡運營機構即時獲取犯罪嫌疑人移動軌跡；三是事後偵查機關向第三方運營機構調取；四是偵查機關扣押犯罪嫌疑人 GPS 載體或證人、被害人提交 GPS 載體，從載體中獲取信息。從偵查機關獲取 GPS 數據的方式來看，第一、二種方式偵查機關可以長時間無限制監控犯罪嫌疑人的活動軌跡，屬於典型的技術偵查中的行蹤、場所監控 [4]；後兩種方式屬於一般偵查行為。無論採用技術偵查還是一般偵查，偵查機關在具體收集 GPS 數據過程中均存在問題。

（一）實踐中 GPS 技術偵查超出授權範圍

技術偵查是偵查機關為偵查犯罪而使用專門技術設備、方法，對犯罪活動進行秘密調查取證的一種偵查活動。2025 年 6 月 20 日，筆者通過在中國裁判文書網搜索關鍵字“刑事案件”“技術偵查”“2025 年”共查詢到案件 17 例。筆者梳理了上述 17 份案例，發現表明技術偵查與 GPS 定位有聯繫的共計 5 例，具體如下表。

序號	案號	罪名	判決書載明內容
1	（2025）吉 07 刑終 18 號	李某雙盜竊罪	通過公安的技術偵查手段確定了該手機號 2023 年 10 月 23 日至 2023 年 10 月 29 日 23 時許的基站軌跡，未發現李某雙的上述 2 個手機號占過公主嶺市雙龍鎮的基站。軌跡回溯圖顯示 2023 年 10 月 26 日至 27 日，李某雙手機號在光明鄉活動路線。
2	（2025）黔 05 刑終 79 號	餘某、鄧某某詐騙罪	2024 年 4 月 12 日，威寧縣公安局刑偵大隊通過技術偵查手段鎖定餘某在威寧縣 ** 街道 ** 路 ** 酒店內後，到該酒店將其抓獲。
3	（2025）甘 3027 刑初 24 號	韓某盜竊罪	證明被告人韓某駕駛的黑色大眾牌轎車（未安裝車牌）的四處案發地點的行車軌跡與 1809748**** 手機信號軌跡信息交集，該四處交集點具有唯一性，經甘南藏族自治州公安局技術偵查支隊數據分析發現 18097486406 號碼有重大嫌疑，該手機號碼為被告人韓某的手機號碼。

例》，載《山東警察學院學報》2015年第6期，第64-71頁；初殿清：《鑲嵌論視野下車載GPS證據的可采性——兼評2012年United States v. Jones案》，載《政法論壇》2013年第3期，第160-169頁。

[4] 目前技術偵查的方式主要有記錄監控、行蹤監控、通信監控、場所監控等。

序號	案號	罪名	判決書載明內容
4	（2025）內 2527 刑初 11 號	邱某某、黃某某盜竊罪	證實辦案民警向上級公安機關呈請了採取技術偵查措施，經查案發時有三個手機號（分別為 135××××**** 實際使用人孫某，136××××**** 手機號實際使用人邱某某，198××××**** 實際使用人黃某某）基站信息同時出現在 xx 鎮 xx 社區 11 號樓、xx 社區 11 號樓，xx 社區 7 號樓三個案發現場周圍。
5	（2024）川 0681 刑初 285 號	李某、吳某、張某危險作業罪	當時民警通過技術偵查手段已定位到李某、吳某、張某在該茶樓。

《中華人民共和國刑事訴訟法》（以下簡稱《刑事訴訟法》）第 150 條規定了可以採取技術偵查措施的範圍，包括危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪、黑社會性質的組織犯罪、重大毒品犯罪或者其他嚴重危害社會的犯罪案件”。雖然“其他嚴重危害社會的犯罪案件”給了執法機關較大的自由裁量權，但《公安機關辦理刑事案件程序規定》第 254 條對“其他嚴重危害社會的犯罪案件”進行了列舉式規定。從上述 5 例案件涉及的罪名來看，GPS 技術偵查範圍明顯已經超出了刑事訴訟法等相關法律的規定，出現了適用擴張。這反映了偵查實踐中“重犯罪打擊、輕權利保障”的思維慣性，以及在技術便利的背景下，法律規定的“授權範圍”存在被架空的風險。其根源在於，對 GPS 偵查這類新型技術手段的干預強度評估不足，未能將其與傳統的物理性強制措施等量齊觀，導致適用範圍在實踐層面被不當放寬。

（二）授權內 GPS 偵查的程序失範及其根源

雖然“尊重與保障人權”已經寫入《刑事訴訟法》，但保障人權大多停留在行為人的人身、自由以及財產權益上，並未強調保護隱私權。特別是在技術偵查過程中，偵查程序干預公民隱私，缺乏嚴格的程序規制。[5] 一是，程序啟動並不嚴謹。從《刑事訴訟法》關於技術偵查的規定來看，“宣言式”規定以及授權性規定多，限制性規定少，且條文內容並未提及被調查者的權利保障問題 [6]，偵查人員適用技術偵查的門檻較低。加之與普通偵查措施相比技術偵查能夠準確、快速偵破案件，偵查人員可能對技術偵查措施有一定的依賴性。雖然法律明確了採用技術偵查有嚴格的程序規制，但目前，偵查機關啟動 GPS 技術偵查的程序規制並不嚴謹。公安機關負責人形式化審查採取技術偵查的理由而批准適用。造成這種現狀的原因在於缺乏第三方中立機構的監督或者審批，僅靠偵查機關內部審批難以對這類偵查措施的適用形成規制。二是，偵查機關有採用 GPS 技術偵查時限的較大自由裁量權。雖然《刑事訴訟法》對技術偵查措施的事件進行了限制，但偵查機關有權無限延長。只要屬於複雜、疑難案件，三個月期限屆滿後偵查機關認為“仍有必要繼續採取技術偵查措施，經過批准，有效期可以延長，每次不得超過三個月”。“疑難複雜”“有必要”均由偵查機關把握，也未明確審批主體以及審批手續。三月又三月，實際上是變相的長久監控被調查者行蹤。這凸顯了偵查比例原則在具體偵查過程中的缺失，以及對“長期監控”可能構成的“馬賽克式”隱私侵害 [7] 認識不足。三是，偵查機關採用技術偵查手段獲取關於犯罪嫌疑人的 GPS 數據後，我國法律並沒有要求偵查機關告知犯罪嫌疑人其被採取了技術偵查。犯罪嫌疑人無法第一時間對採

[5] 參見謝登科：《論偵查機關電子數據調取權及其程序控制——以〈數據安全法（草案）〉第32條為視角》，載《環球法律評論》2021年第1期，第52-67頁。

[6] 參見鄭曦：《美國瓊斯案對我國技術偵查制度構建的啟示》，載明輝、李昊主編：《北航法律評論》第1輯，法律出版社2012年版，第283-290頁。

[7] 馬賽克理論認為，通過信息的收集，原本片段化的離散數據可能沒有數據價值，但其會像個別而細小的瓷磚那樣，借由信息的聚合、累計與分析，得以了解信息之間的彼此相關性，進而拼湊出一幅完整的馬賽克圖案。United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012).

取技術偵查措施的合法性合理性進行申訴。程序透明度與事後救濟機制的雙重缺失，致使公民權利保障鏈條在關鍵環節斷裂。四是，部分非技術偵查部門借由法律對 GPS 偵查的定性缺位，在實踐中將其界定為普通偵查手段，從而放鬆內部控制。這使得本應適用的正當程序被架空，暴露了因定性不明而引發的程序規避風險。我國《刑事訴訟法》對訊問、搜查等偵查取證行為設有明確的實施細則，卻未涉及數據比對、查詢與挖掘等信息分析活動。這種“重收集、輕分析”的規制空白，使得 GPS 數據的事後分析處於失範狀態。[8] 五是，解除技術偵查措施不及時。雖然《刑事訴訟法》第 151 條規定了對於已經獲取了證據，不需要繼續技術偵查的，要求及時解除。由於“及時解除”的模糊性，導致司法實踐中，不及時解除技術偵查措施的情況存在，侵犯了公民隱私權。上述程序失範的深層次原因，根植於制度性根源：既無有效的外部權力對 GPS 偵查權形成制衡，在執法理念中對隱私權的程序性保障價值也缺乏充分認知。

（三）從第三方獲取 GPS 數據的程序規制缺位

偵查機關可以無阻礙從第三方運營機構或從已經獲取的 GPS 載體中獲取犯罪嫌疑人移動軌跡。網絡信息時代，網絡運營商、網絡服務商等第三方佔有和控制數據隱私信息 [9]，因此，第三方機構可能會成為偵查機關的取證對象。偵查人員通過證據調取程序這種任意性搜查措施就可從第三方獲取被調查者車輛或手機等 GPS 定位信息。這種措施無須經過審批就可以由偵查人員自行決定適用。[10] 一方面，《刑事訴訟法》第 137 條和 152 條都明確了任何單位和個人有應公安機關和檢察機關要求交出物證、書證、視聽資料等證據的義務。《數據安全法》也明確了企業的概括性執法協助義務。加之偵查機關作為打擊犯罪的執法機關，公民企業對其有天生的認同感而願意提交證據。因此，偵查機關要從第三方獲取被調查者 GPS 數據幾乎沒有難度。偵查機關如果要獲取被調查者長時間的 GPS 數據，對個人權利干預程度越強（數據調取越多），程序控制就更加嚴格。[11] 但是目前我國法律並沒有對該證據調取設立門檻，也沒有對審批主體和審批令狀加以詳細規制，公民隱私完全暴露於偵查機關眼下。其核心問題在於，未能根據數據調取對個人信息權益和隱私期待的干預程度，建立分級分類的審批與規制程序。法律對“任意偵查”的定性，未能充分回應大數據時代下，從第三方批量獲取個人行蹤軌跡等信息可能構成的嚴重權利干預。

另一方面，偵查機關運用搜查、扣押手段獲取犯罪嫌疑人持有的 GPS 載體（通常是手機）或者證人、被害人提供 GPS 載體，偵查機關以查案為由，在沒有任何程序規制的情況下，可以直接從 GPS 載體中獲取犯罪嫌疑人的所有個人信息。偵查機關為查清案件事實，可以搜查與犯罪有關的材料是刑事訴訟法的規定。但手機幾乎記錄了個人全部生活樣態，而可能涉及犯罪的信息只是其中一小部分，沒有任何程序規制，偵查人員不加節制地查看 GPS 載體內的信息，違反了程序正義的要求，也侵犯了被調查者的隱私權與個人信息。若偵查人員發現導出 GPS 載體中的信息與案件無關，偵查人員未及時密封、銷毀，使被調查者的合法權益一直處於被侵犯狀態。這反映出當前制度理念對數字載體搜查的特殊性認識不足，既缺乏針對電子數據的“特定性原則”作為精細化的程序約束，也未能將“比例原則”徹底貫徹於數據篩查與分析的後續環節。

[8] 參見王仲羊：《GPS偵查的法律規制》，載《中國人民公安大學學報（社會科學版）》2021年第4期，第50頁。
[9] 參見謝登科：《論電子數據與刑事訴訟變革：以“快播案”為視角》，載《東方法學》2018年第5期，第52頁。
[10] 參見謝登科：《刑事電子數據取證的基本權利干預——基於六個典型案例的分析》，載《人權》2021年第1期，第77頁。
[11] 參見蔣勇：《個人信息保護視野下中國電子取證規制的程序法轉向》，載《西安交通大學學報（社會科學版）》2019年第6期，第140-148頁。

二、域外GPS偵查規制模式考察

GPS 技術已經深入公民生活的方方面面，GPS 設備已經成為公民隱私、個人信息的載體。我國刑事訴訟中已經廣泛運用 GPS 技術收集證據，但對於 GPS 技術對隱私權或個人信息權的干預並未引起足夠重視。美國、歐盟、日本以及我國台灣地區均立足於隱私權保障與犯罪打擊的平衡對利用 GPS 技術收集證據程序進行了論證。

（一）美國：以隱私權規制 GPS 偵查

美國以合理隱私期待標準將 GPS 偵查方式定位為憲法第四修正案中的“搜查”。Jones 案（United States v. Jones）之前，美國法院用“科學證據”標準評估 GPS 數據是否可采。2012 年，美國聯邦最高法院在 Jones 案中，確認了在被調查者車上安裝 GPS 追蹤器，侵犯其個人隱私，屬於美國憲法第四修正案的“搜查”[12]，違反“搜查”程序獲取的證據不具有可采性。此後，對 GPS 偵查的合法性評價以及規制方式在判例中逐漸發展與明確。如何評價 GPS 偵查性質，美國經歷了三個階段。

第一階段，2012 年 Jones 案前，法院並不評價 GPS 偵查性質，而僅以科學證據理論評價 GPS 數據是否可采。1923 年，在 Frye 案（Frye v. United States）中，聯邦法院認為只有在“充分確立並得到科學界的普遍接受”時，科學證據才被接受。[13]1993 年，在 Daubert 案（Daubert v. Merrell）中，聯邦最高法院概述了影響科學證據可靠性的因素 [14]，這被稱為 Daubert standard（Daubert 標準）[15]。2000 年，《聯邦證據規則》（the Federal Rules of Evidence）第 702 條納入了 Daubert 標準。[16] 截至 2007 年，在科學證據可采性問題上，28 個州遵循 Daubert 或類似的標準，如德州上訴法院在 2005 年 Brown 案（Brown v. State of Texas）[17] 中適用類似於 Daubert 的標準後採納了 GPS 數據；17 個州遵循 Frye 或類似的標準 [18]，如佛羅里達州上訴法院在 2005 年 Still 訴州 [19]、2006 年 Medina [20] 訴州案中適用 Frye 規則認可了 GPS 數據的可采性。

第二階段，以物理侵入理論將 GPS 偵查定義為聯邦憲法第四修正案的“搜查”。2012 年，美國聯邦最高法院在 Jones 案中，確認了在被調查者車上安裝 GPS 追蹤器這種物理侵入行為，監視其行動屬於美國憲法第四修正案的“搜查”。[21] 同時，聯邦最高法院在評價 GPS 偵查是否侵犯公民隱私時，引入了“馬賽克理論”，即長時間 GPS 監測對個人活動的精確、全面的記錄，反映了他的家庭、政治、專業、宗教和性聯繫的豐富細節，而公民對這些細節組合享有合理隱私期待。[22] 聯

[12] United States v. Jones, 132 S. Ct. 945, 949 (2012).
[13] Frye v. United States, 293 F. 1014 (D.C. Cir. 1923).
[14] 影響科學證據可靠性的幾個因素：（1）科學技術或理論是否已被檢驗；（2）該技術是否經過同行評審；（3）該科學的已知錯誤率是多少；（4）是否存在行業標準；（5）該技術是否已被科學界普遍接受。
[15] Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).
[16] FED. R. EVw. 702 advisory committee's note.轉引自Nathan J. Buchok, *Plotting a Course for GPS Evidence*, 28 Quinnipiac Law Review 1039 (2010).
[17] Brown v. State, 163 S.W.3d 818 (Tex. App. 2005).
[18] Christopher B.Mueller & Laird C.Kirkpatrick, *Evidence Under The Rules* (6th ed. 2008), Aspen Publishers, 2008, p. 630 n.8.
[19] 917 So. 2d 250 (Fla. Dist. Ct. App. 2005).
[20] 920 So. 2d 136 (Fla. Dist. Ct. App. 2006).
[21] United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012).
[22] Richard M. Thompson II, *United States v. Jones: GPS Monitoring, Property, and Privacy*, Congressional Research Service, 2012, p. 6-9.

邦最高法院認為 Jones 對車輛暫態或者短時間的地理位置不享有合理的隱私期待，因為這些信息是其自願向公眾展示的，但是若對該車輛運行軌跡進行長達 28 天的檢測並收集位置信息，隱私期待的性質發生了質的變化。[23] 公民享有不受長期全天候監測的合理隱私期待，這一權利應當受到憲法第四修正案的保護。[24]Sotomayor 大法官認為，物理入侵理論足以解決 Jones 案。聯邦最高法院最後基於憲法第四修正案確立的“人民的身體、房屋、文件和財物不受無理搜查和扣押的權利”，認為警方超過搜查許可的時間，在 Jones 的汽車底部安裝 GPS 裝置並對他進行長達四周的跟蹤是憲法上的搜查，排除了 GPS 偵查獲取的證據。

第三階段，以合理隱私期待理論定義偵查機關向第三方調取 GPS 數據屬於憲法第四修正案的“搜查”行為。在 Carpenter 案 [25] 中，美國聯邦最高法院認為即便公民將手機定位信息向運營公司披露仍享有合理隱私期待，應受憲法第四修正案的保護，政府應當事先獲得搜查令才能調取公民 GPS 定位信息。Carpenter 案解決了困擾司法界多年的問題，改變了 Jones 案以物理入侵評價 GPS 偵查性質的觀點，引入 Katz 案確立的合理隱私期待標準，從個人隱私保護角度重新探討了 GPS 數據調取的性質以及通過這種方式獲取的 GPS 數據的可采性問題。同時 Carpenter 案推翻了各法院以政府從第三方機構獲取 GPS 數據系商業記錄而不受憲法第四修正案保護的作法，確立了 GPS 定位信息屬於公民隱私範疇，應受憲法第四修正案保護的評價體系。

美國判例逐漸明晰了公民對於存放於第三方的個人信息享有合理的隱私期待，對於這類信息的收集、利用若侵犯其隱私應當受程序規制，放棄了傳統以傳聞例外規則規避搜查程序規制的作法。關於 GPS 偵查性質爭論，美國聯邦最高法院經歷了從有形的物理空間到無形的合理隱私期待標準評價路徑。美國模式的演進展現了其普通法系通過個案逐步回應技術挑戰的特性，其核心是將 GPS 偵查（無論是物理安裝還是數據調取）納入憲法第四修正案的“搜查”範疇，並以“合理隱私期待”和“馬賽克理論”作為判斷干預是否合憲的關鍵標準。這為程序規制提供了堅實的憲法基礎。但“合理隱私期待”是一個主觀且動態的標準，其邊界可能因法官的不同理解而存在不確定性，導致法律適用的不穩定性。此外，美國模式將個人信息保護納入寬泛的隱私權框架下，這可能在一定程度上輕視了個人信息權益作為一項獨立權利的私法定位。

（二）歐盟：GPS 偵查違反《歐洲人權公約》第 8 條

《歐洲人權公約》第 8 條明確了人人有權享有使自己的私人和家庭生活、住所和通信得到尊重的權利，同時該條第 2 款也明確為了國家與公共安全、經濟福利等情況，可以對上述權利進行必要的干預。歐盟法建構了獨立的個人信息保護法體系，《通用數據保護條例》（GDPR）是迄今為止在全球範圍內對個人信息保護層次最高、最全面的法律制度，其中包括了對隱私的保護。[26]2020 年 12 月 31 日，歐洲人權法院出台了最新的《< 歐洲人權公約 > 第 8 條適用指南》，對於 GPS 監控是否侵犯公民權利而應被排除於訴訟，該指南通過兩個案例表明了其態度。

案例一：在 Uzun 案（Uzun v. Germany）[27] 中，歐洲人權法院認為政府通過 GPS 對 Uzun 進行監視，侵犯了其私人生活應受尊重的權利，違反了《歐洲人權公約》第 8 條。

Uzun 以 GPS 偵查侵犯了其根據《歐洲人權公約》第 8 條享有的私人生活應受尊重的權利向歐洲人權法院提出申訴。歐洲人權法院認為 GPS 偵查侵犯了私人生活，還提到了歐洲委員會 1981

[23] 參見李延舜：《公共場所隱私權研究——法理、要素及類型》，載《法學論壇》2018年第6期，第102頁。
[24] Jones, 132 S. Ct. at 956 (2012) (Sotomayor, J., concurring).
[25] Carpenter v. United States, 585 U.S. 296 (2018).
[26] 參見王利明：《和而不同：隱私權與個人信息的規則界分和適用》，載《法學評論》2021年第2期，第15頁。
[27] Uzun v. Germany [GC], no. 35623/05, ECHR 2010.

年1月28日出台了關於保護個人信息自決權的公約，該公約於1985年10月1日生效（對德國生效），其目的是“在每一締約方的領土內確保每一個人……在自動處理與他有關的個人數據方面，尊重他的權利和基本自由，特別是他的隱私權。”根據這一原則，歐洲人權法院認為，通過GPS對Uzun的監視，調查當局在大約三個月的時間裏，系統地收集和存儲數據，確定Uzun在公共領域的行蹤，並進一步記錄了個人數據並將其用於繪製Uzun的行動模式，侵犯了公約第8條第1款保護的公民信息自決權。

案例二：在Ben Faiza案（Ben Faiza v. France）[28]中，歐洲人權法院認為政府在申訴人車輛上安裝GPS，加上竊聽電話，侵犯了申訴人私人生活應受尊重的權利。

Ben Faiza根據《歐洲人權公約》第8條，向歐洲人權法院申訴，認為政府在其車輛上安裝GPS設備侵犯了其私人生活應受尊重的權利。歐洲人權法院認為，法院已經通過其他判例裁定，GPS對某人的監控以及由此獲得的數據的處理和使用構成對該人私人生活的干擾（Uzun v. Germany, no. 35623/05, §52, ECHR 2010 (excerpts)）。在本案中，歐洲人權法院認為，在申請人使用的車輛上安裝GPS，並使用該設備產生的數據，使調查人員能夠即時了解申請人的行蹤，以及對所獲得數據的處理和使用構成對當事人私人生活的干擾。歐洲人權法院認為本案申請人沒有享受到民主社會法治所要求的最低程度的保護，調查人員通過GPS獲取定位信息並使用這些信息的行為侵犯了公民私人生活應受尊重的權利，政府行為違反了《公約》第8條。

《歐洲人權公約》第8條對公民在私人生活、家庭生活、住宅、通信四個領域內的個人利益進行了概括性保護。從《歐洲人權公約》條文來看，並沒有區分隱私和私人生活[29]，但是通過判例明確了對個人信息與隱私權的雙重保護。歐洲人權法院通過保護“個人信息自決權”“私人生活應受尊重權”，對政府收集、利用、處理公民個人信息的活動進行一定限制，加強了公民對政府部門以先進信息處理技術入侵私人生活的防禦能力。從上述案例的分析路徑來看，GPS作為一種新的偵查技術，政府使用該技術獲取信息並利用信息的行為不僅侵犯了行為人私人生活應受尊重的權利，同時因為整合個人信息侵犯了公民的隱私權。從人權法院對《歐洲人權公約》第8條的實際適用來看，形成了以保護公民個人信息自決權為基礎考察權力機關收集、利用個人信息是否侵犯隱私權成為基本的評價路徑。

歐盟模式的特點在於其強大的人權公約框架和獨立、高標準的個人信息保護立法（《通用數據保護條例》）。它將GPS偵查視為對《歐洲人權公約》第8條“私人生活受尊重權”的干預，並特別強調“個人信息自決權”的基礎地位。其評價不僅關注收集行為本身，還延伸至數據的處理與使用，要求任何干預都必須符合法律明確規定、追求合法目的且為民主社會所必需。這種模式權利保障力度強，但對偵查效率的制約也相對明顯。

（三）日本：GPS偵查違反強制處分法定主義

日本以強制處分法定主義與令狀主義規制GPS偵查行為，保障被調查者隱私權。日本學者將偵查分為任意偵查與強制偵查，後者是侵害個人重要利益的處分。強制處分是侵害重要利益的處分行為，偵查人員實施強制處分必須同時貫徹強制處分法定主義與令狀主義。[30]強制處分法定主義要求立法明確規定採用該強制措施有合法性；令狀主義要求司法機關審查採用該強制措施是否合理合法，具有從程序上保障強制處分法定主義的功能。關於GPS偵查取證，日本最高裁判所在平成29

[28] Ben Faiza v. France, no. 31446/12, ECHR 2018.

[29] Maria Tzanou, *Data protection as a fundamental right next to privacy? 'Reconstructing' a not so new right*, 3 International Data Privacy Law 88, 88-99 (2013).

[30] [日]田口守一：《刑事訴訟法學》，張淩、於秀峰譯，法律出版社2019年版，第53頁。

年（2017 年）3 月 15 日作出的平成 28 年（あ）第 442 號判決明確了未經被調查者同意私自在被調查者車上安裝 GPS 定位器，搜索並掌握其位置信息，嚴重侵犯了個人隱私權，屬於強制處分。最高裁判所認為 GPS 偵查既沒有法律明確規定，也沒有提前向法官申請令狀，因此 GPS 偵查違法，GPS 數據應當排除。

日本最高裁判所認為：首先，GPS 偵查嚴重侵犯個人隱私。GPS 定位器能時刻掌握被調查者公共領域和私人領域的活動軌跡，通過這種方式，偵查人員能夠持續的、全面的掌握被調查者的行動，是對其個人隱私的侵犯。這不同於公路上的電子監控，是公權力對私人領域的嚴重侵入。其次，GPS 搜查侵犯了日本憲法第 35 條保護的法益，沒有法律明確授權不得為之。日本憲法第 35 條 [31] 保障對象除了住所、文件及其所攜帶物，還應當包括基於這些物品所衍生的私人領域。GPS 偵查以違背被調查人意志的方式，私自將 GPS 定位器安裝於被調查者車上，侵害了憲法保護的法益。刑事訴訟法並沒有授權 GPS 偵查，其屬於違法的強制處分。最後，GPS 偵查不能用勘驗令狀予以規制。2017 年日本千葉縣警察局最先通過獲取勘驗許可狀進行 GPS 搜查。[32] 從偵查人員通過 GPS 定位器相關聯設備讀取被調查車輛的移動軌跡這一點來看，與日本刑事訴訟法上的勘驗 [33] 類似，貌似可以採用勘驗令狀予以規制。對於 GPS 偵查能否適用日本刑事訴訟法中已經存在的勘驗令狀，日本最高裁判所明確表示即使 GPS 偵查事先申請了勘驗令狀，但是該令狀內容不能涵蓋偵查人員持續、全面掌握被調查人行蹤的內容，無法實質滿足令狀主義的要求。GPS 偵查可能記錄被調查者以外的車輛使用人的行蹤，且搜查範圍不確定，這違背了勘驗令狀要求法官事先確定勘驗對象及範圍的規定。此外，GPS 偵查要求偵查人員秘密將 GPS 定位器安置於被調查者車輛上，這與勘驗令狀要求偵查人員事先向被調查者出示令狀相違背。

目前日本沒有法律規制 GPS 偵查，但 GPS 偵查低成本、高效率的優勢將使其成為偵查機關廣泛使用的有力搜查方法。基於此，最高裁判所希望立法機關儘快制定符合憲法、刑事訴訟法各原則的規範 GPS 偵查的法律規定。日本最高裁判所這一判決可以說實際上否定了 GPS 偵查的合法性，通過 GPS 偵查方式獲得的證據應當被排除。最高裁判所希望通過這一判例嚇阻偵查機關的違法採用 GPS 偵查行為，以保障憲法賦予的公民的合法隱私權。此外，最高裁判所也對適用 GPS 偵查與強制處分法定主義和令狀主義之間的關係進行了論述，在理論上和實務上具有極其重要的意義。[34] 最高裁判所及其部分學者 [35] 都寄希望於立法機關儘快出台規範為執法機關使用 GPS 偵查方式提供法律依據。

日本模式嚴格遵循“強制處分法定主義”和“令狀主義”，將 GPS 偵查明確歸類為缺乏法律授權的強制處分因而違法。其邏輯清晰、標準嚴格，最大限度地保障了公民權利，但也因其僵化而可能導致偵查機關在面對新型犯罪時手段不足。最高裁判所的判決實質上將立法任務推給了立法機關，反映了司法權對立法權的尊重以及在法律空白期的保守態度。

---

[31] 日本《憲法》第35條：“對任何人的住所、文件以及持有物不得侵入、搜查或扣留。此項權利，除第三十三條的規定外，如無依據正當的理由簽發並明示搜查場所及扣留物品的命令書，一概不得侵犯。搜查與扣留，應依據主管司法官署單獨簽發的命令書施行之。”

[32] 長沼範良=田中開=寺崎嘉博『刑事訴訟法（第5版）』（有斐閣，2017年）136頁。

[33] 我國台灣學者如範耕維在《現行法下GPS追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向——比較法觀點與最高法院106年度台上字第3788號判決之考察》將勘驗翻譯為檢證，本文採用田口守一著，張淩、於秀峰譯的《刑事訴訟法學》（第七版）中的稱謂“勘驗”。

[34] 井上正仁「GPS捜査」井上正仁、川出敏裕、大澤裕編『刑事訴訟法判例百選（第十版）』（有斐閣，2017年）64-69頁。

[35] [日]田口守一：《刑事訴訟法學》，張淩、於秀峰譯，法律出版社2019年版，第125-126頁。田口守一提出：“使用GPS獲取定位信息，這個問題應當通過新的立法加以解決。”

（四）我國台灣：GPS 偵查應遵循強制處分法定原則

我國台灣地區以強制處分法定主義否定了 GPS 偵查行為的合法性。2017 年我國台灣“最高法院”106 年度台上字第 3788 號刑事判決書對 GPS 偵查的性質以及是否具有合法性進行了詳細論證，最後得出了 GPS 偵查屬於強制偵查，應當符合強制處分法定原則的結論。該案是我國台灣“最高法院”對 GPS 偵查是否違法作出的第一案。[36]

“最高法院”首先認可了個人即使處於公共領域，仍然享有社會公認的個人事務不受非法干擾的合理隱私期待。這裏的合理隱私期待屬於我國台灣憲法第 22 條保護的隱私權範疇。其次，我國台灣“最高法院”認為 GPS 偵查嚴重侵犯了陳某的隱私權。GPS 定位器可以幫助偵查人員不受時間空間限制，持續而精確掌握被追蹤人的活動軌跡。偵查人員通過分析 GPS 定位器回饋的大量信息，能夠推斷出被追蹤人的日常生活及行為模式，這是對被追蹤人隱私權的極大侵害。最後，我國台灣“最高法院”認為 GPS 偵查缺乏法律授權，警察的偵查行為違法。我國台灣法律根據偵查行為是否實質侵害個人權利或壓制個人意志，將偵查方法分為任意偵查與強制偵查。本案中，GPS 偵查違反了被追蹤人的個人意志，嚴重侵犯個人隱私權，該行為屬於強制偵查。我國台灣地區法律對強制偵查行為進行了明確的規定，強制偵查應當嚴格按照法律規定執行。但我國台灣地區現行刑事訴訟法以及其他特別法均沒有明確 GPS 偵查屬於法律規定可以使用的手段。故，我國台灣“最高法院”認為沒有法律明確授權的 GPS 偵查違法。

GPS 偵查作為一種新型科技手段，在打擊犯罪上有低成本、高效率的優勢，但也應當看到 GPS 偵查對個人權利侵害的嚴重性，如何做好打擊犯罪與人權保障的平衡是司法界未來的難題。“最高法院”在該判決中也呼籲立法機關從 GPS 偵查屬於強制處分角度出發，儘快出台規制 GPS 偵查行為的文件，使 GPS 偵查行為既能滿足發現實體真實，也能符合正當法律程序的要求。

我國台灣地區的做法與日本高度相似，均嚴格遵循強制處分法定原則，因 GPS 偵查缺乏明確法律授權而否定其合法性。台灣地區模式呈現出一種以“司法堅守法律保留、敦促立法回應”為特點的 GPS 偵查規制路徑。其優勢在於通過司法判決堅決捍衛了程序法定原則，為公民權利提供了剛性保護；但是這一模式的現實困境在於，在立法機關完成相關授權立法之前，偵查機關將因手段合法性缺失而面臨一定的辦案效能減損，從而在特定時期內形成打擊犯罪與權利保障之間的制度性張力。

（五）評析

從域外案例可以看出，美國、歐盟、日本以及我國台灣地區重點強調的是禁止偵查機關非法主動積極的在被調查者車上安裝 GPS 定位器並長時間監控以及整合、利用被調查者長時間的行蹤信息，盡最大可能保障公民的隱私權與個人信息。從美國、歐盟、日本以及我國台灣地區在處理 GPS 定位信息的方式可以看出，他們有一個共同取向：合理限制偵查手段，保障公民合法權益。美國、日本以及我國台灣地區的法官均呼籲通過立法方式確立 GPS 偵查的正當程序。科技變化影響了司法環境，要維持打擊犯罪與人權保障的司法生態的平衡，立法機關制法可能是解決困境的最佳途徑。然而，深入剖析四地規制模式可見，其在規制路徑、法理基礎及程序彈性層面存在顯著差異。這種差異並非偶然，其背後深植於各自相異的法律傳統、權利保障體系及司法角色。

通過梳理美國各階段的判例可以發現，美國司法界容易接受新的偵查技術以提高檢警偵查能力，但必須做好增強偵查能力與保障隱私權的平衡，並在判例中逐步探討如何保障公民隱私權。美國聯邦最高法院在卡茨案 [37] 中明確：“第四修正案保護公民的隱私，而不是場所”，放棄了以物理

[36] 吳燦：《科技偵查搜證之授權依據及證據能力——以警察裝置GPS偵查為例》，載《檢察新論》2020年第27期，第155頁。

[37] Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

入侵標準界定憲法搜查行為的做法，將搜查本質確定為侵犯公民隱私權，並提出“合理隱私期待標準”用以判斷公民隱私權是否受到干預。在具體的 GPS 案例中，美國聯邦最高法院雖然跳過侵犯個人信息偵查行為的評價過程，但是其在個案中運用“馬賽克理論”，肯定了公民對關涉其個人的公開信息的片段組合享有合理的隱私期待[38]，認為收集、匯編公民個人信息，能夠描繪其私人生活樣態的，屬於侵犯隱私權的搜查行為。美國將所有信息保護納入大隱私保護背景之下，以是否侵犯合理隱私期待作為偵查權規制的起點，能夠較好平衡權利保護與打擊犯罪。美國模式的優勢在於司法能動性強，能通過判例靈活適應技術發展；劣勢在於標準可能因法官而異，且對個人信息自權益的獨立保護不足。日本和我國台灣地區通過判例強調在應對新技術提升偵查能力時，遵循嚴格的強制措施法定主義與令狀主義，要求通過立法以解決適用難題。日本和我國台灣地區的 GPS 規制模式優勢在於法律安定性強，對權利保障徹底；劣勢在於在犯罪手段日益革新，反偵查能力不斷提升的當下，立法滯後可能導致偵查手段的法律授權空白，靈活性不足，導致犯罪打擊效能減退。

歐盟有獨立的個人信息保護模式，歐洲人權法院認為通過 GPS 定位行蹤侵犯了公民自決權，進而侵犯其隱私，但只要在必要的限度內，與政府保護的利益相稱，同時建立完整的被調查者權利保障機制，可以採用新技術提升偵查能力。歐盟在評價偵查行為時重點關注與論述個人信息自決權，將其作為偵查行為規制的出發點與落腳點。歐盟模式權利保障標準最高，形成了隱私權與個人信息權雙重保護的嚴密體系，但其嚴格的程序和要求可能降低偵查效率。

我國傳統的基本權利保護模式，對於個人信息與隱私權保障力度較為薄弱。司法界並未正面討論 GPS 偵查與 GPS 數據的搜集與運用的性質，但實際上 GPS 偵查已經成為偵查機關常用的偵查方式。偵查機關採用 GPS 手段偵查犯罪，存在 GPS 偵查手段性質定位偏差，可能侵犯公民個人信息以及隱私權，不僅造成刑事偵查程序混亂，也無法銜接私法上的權利保護模式。域外先進立法經驗與技術可以為我國平衡打擊犯罪和保障個人權利提供有益借鑒，但應從我國實際出發，立足於基本制度基礎與技術中立，在平衡打擊犯罪與個人權利保護過程中作出合理的制度設計。綜合比較，我國 GPS 偵查程序的構建，不宜全盤照搬任一模式。可吸收美國“合理隱私期待”和“馬賽克理論”以豐富對干預程度的判斷標準；借鑒歐盟對“個人信息自決權”的重視以及比例原則的嚴格適用；參考日本以及我國台灣地區對法律保留原則的堅持，但需避免其過於僵化可能帶來的偵查效能低下問題。制度構建的關鍵在於，必須結合《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《民法典》）和《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》）已確立的隱私權與個人信息分立保護模式，以及刑事訴訟的具體語境，進行創造性的本土化轉換，構建一套層次分明、規制嚴密且具備可操作性的程序體系。

三、確立GPS偵查中權利分級保護模式

《歐洲人權公約》第 8 條第 2 款[39] 以及《公民權利和政治權利國際公約》第 17 條第 1 款明確了國家保護公民隱私權，但是基於國家與公共安全、利益價值的考量，可以對私人生活進行必要的干預。一方面，在合理界定公民隱私範圍時，應當堅持一種主客觀相統一的標準，既要考慮公民自

[38] 高榮林：《公開場所行蹤隱私保護之馬賽克理論評述》，載《三峽大學學報（人文社會科學版）》2019年第3期，第81-85頁。

[39] 《歐洲人權公約》第8條第2款：“公共機構不得干預上述權利的行使，但是，依照法律規定的干預以及基於在民主社會中為了國家安全、公共安全或者國家的經濟福利的利益考慮，為了防止混亂或者犯罪，為了保護健康或者道德，為了保護他人的權利與自由而有必要進行干預的，不受此限。”

身對隱私的容忍範圍，又要客觀看待社會對個人隱私合理期待的界定。[40] 另一方面，國家在干預公民隱私權時應當注意適用比例原則，防止為了較小的公共利益而侵害較大的個人權利。在高度信息化社會中，國家借助科技手段更容易侵犯公民權利，因此立法反而應當更加重視公民個人權利的保障。在 GPS 技術已經廣泛應用於刑事訴訟中的情況下，我們需要探討的是如何從法律上明確 GPS 偵查程序，使其符合刑事訴訟目的。

（一）保護對象：隱私權和個人信息

第一，刑事偵查引入合理隱私期待理論。日本以及我國台灣地區均認為偵查機關主動放置 GPS 數據於被調查者車上的偵查方式，並無法律明確授權而不能採用。目前在我國禁止適用這種偵查方式並不現實。美國嚴格按照物理入侵以及合理隱私期待標準評價偵查行為是否屬於憲法意義上的“搜查”，從而確定是否需要嚴格的令狀審批手續。歐盟強調干擾公民私人生活，侵犯公民隱私必須有相應的保障性措施。從具體分析路徑來看，美國、日本以及我國台灣地區重點分析了刑事偵查中的隱私權保護與刑事偵查的平衡，歐盟則以保護公民信息自決權為出發點，明確了在刑事偵查中個人信息保護與利用程度。比較法的關鍵，並不在於機械地對法律制度全盤移植，而在於拓寬思維，以便於我們逃離自身傳統造就的概念牢籠。[41] 借鑒域外的理論精髓，立足於我國現有的刑事偵查制度，應當確立以下原則：一是，在評價 GPS 偵查行為以及採納證據上，引入隱私期待理論，特別是“馬賽克理論”，用於判斷長時間、大範圍的 GPS 監控或數據整合是否構成對隱私權的實質性侵害。二是，在採取可能侵犯公民隱私的偵查手段時，設定嚴格的程序限制。程序限制的嚴格程度應與該偵查手段對權利的干預程度相匹配。

第二，刑事司法中正視並對接私法隱私權與個人信息雙重保護模式。2020 年我國出台的《民法典》在人格權編中設專章規定“隱私權與個人信息受保護”，《民法典》第 1032 條明確了隱私權保護範圍 [42] 與第 1034 條明確了個人信息的內涵 [43]，個人信息中的私密信息受隱私權保護。2021 年《個人信息保護法》出台，將個人信息單獨進行細化規定並明確權利保障程序。由此可見，我國私法確立了個人信息權與隱私權分立並進行雙重保護模式，形成了不同於歐美模式的“第三條道路”[44]。《民法典》《個人信息保護法》的保護範圍主要在於民事與行政領域，而刑事領域對個人信息以及隱私權保護的邏輯起點在於打擊犯罪與人權保障的平衡，與民事、行政領域存在較大差異。但這種差異不能成為刑事司法忽視個人信息權與隱私權的理由。刑事司法中確立個人信息權與隱私權雙重保護模式不僅符合國際人權保障發展趨勢，也能夠對接私法權利保護模式。

個人信息權獨立於隱私權又與隱私權存在重合部分。就權利客體而言，個人信息不完全等於隱私，一些已被公開的信息可能不再構成隱私但仍屬於個人信息。從權利內容上看，隱私權內容主要包括個人生活安寧不被侵擾、隱私信息不被披露，個人信息權則保護公民控制、支配個人信息等自決利益，包括個人對信息被收集、利用、處理等的知情權及決定權 [45]。個人信息具有直接或者間接

[40] 肖中華：《大數據時代“合理隱私期待”主客觀標準的適用》，載《江西社會科學》2016年第11期，第183-188頁。

[41] 參見施鵬鵬主編：《現代刑事訴訟模式：對話與衝突》，中國政法大學出版社2021年版，第329頁。

[42] 隱私權保護範圍：私人生活安寧和不願為他人知曉的私密空間、私密活動、私密信息。

[43] 個人信息：以電子或者其他方式記錄的能夠單獨或者與其他信息結合識別特定自然人的各種信息。

[44] 參見申衛星：《數字權利體系再造：邁向隱私、信息與數據的差序格局》，載《政法論壇》2022年第3期，第91頁。

[45] 參見商希雪：《個人信息隱私利益與自決利益的權利實現路徑》，載《法律科學》（西北政法大學學報）2020年第3期，第71—85頁。

的可識別性，其功能在於為人與人之間的社會交往建立基礎[46]，因而與構築私人領域的隱私有所不同。二者權利屬性也不相同，隱私權是一種消極性、防禦性權利，個人信息權則具有積極性、主動性，除保護權利人被動防禦他人侵害外更強調權利人對個人信息的積極利用權。[47]但個人信息權與隱私權之間存在相當程度的重合，例如二者客體都包括個人銀行帳戶、住宅地址、健康信息等私密信息；受侵害的方式都包括非法收集、轉讓、洩露等形式。[48]從上述分析可以看出，部分個人信息已經承載了私密生活，個人對其享有合理的隱私期待，應當對其進行嚴格保護；部分公之於眾的信息，沒有進行整合而無法描繪私密生活樣態的信息的保護力度相對較弱。在具體的刑事偵查行為中應當針對侵犯個人信息以及隱私權的情況設置相應的偵查行為規制程序。具體到GPS偵查情境下：偵查機關秘密安裝GPS設備進行長時間、持續性監控，因其全面描繪個人生活樣態，直接侵入私密空間和活動，應認定為主要侵犯隱私權。而偵查機關從第三方調取GPS行蹤軌跡數據，尤其是長時間的、能夠反映行為模式的數據，雖然不必然直接揭露私密空間內活動，但因其深度干預了個人對自身行蹤信息的控制權，且通過整合能間接揭示私生活，應認定為主要侵犯個人信息權（特別是敏感個人信息中的行蹤軌跡），並可能同時觸及隱私權。單一、孤立的定位點，若無法關聯成行為模式，則可能僅涉及一般個人信息。

（二）保護方式：根據權利的重要程度分級保護

第一，對侵犯隱私權的刑事偵查措施進行嚴格規制。《民法典》對於隱私權與個人信息權利保護強度不同，對前者有更為嚴格的隱私信息收集限制。[49]隱私體現的是一種人格尊嚴，隱私權側重個人私生活安寧與私密性保持能力，以保護個人遠離他人的侵擾為核心，因而作為一種法律上的權利要受到絕對的保護。[50]而個人信息是與個人身份直接或間接聯繫的信息，因而更具客觀性。[51]個人信息可能成為公共利益的承載者，因而對個人信息的保護需要平衡各方利益，不能像隱私權一樣受到絕對的保護。相比於個人信息，隱私權侵犯對於個人權利的干擾最為嚴重，屬於強制偵查，遵循偵查比例原則，應當設置更為嚴格的程序障礙，法治國家已經對此作出了較為明確的規定。我國司法實務界也逐漸予以認可。因此，對於前述認定為嚴重侵犯隱私權的GPS即時監控行為，必須適用最為嚴格的程序規制，包括但不限於限於重罪原則、必要性審查、司法令狀或更高級別的內部審批、明確的期限與範圍限制以及事後告知與救濟機制。

第二，敏感個人信息與一般個人信息進行分級保護。從《個人信息保護法》關於個人信息的定義以及權利保護方式來看，法律更加注重個人對於個人信息的處分，即“個人信息自決”。《個人信息保護法》將個人信息分為敏感個人信息和一般個人信息，敏感個人信息一旦洩露或者非法使用，容易導致自然人的人格尊嚴受到侵害或者人身、財產安全受到危害的個人信息[52]，而一般個人信息並不具有極高人身依附性、極強財產關聯性，因而侵犯公民一般個人信息行為對公民人身、財產安全造成的侵害有限。侵犯公民敏感個人信息行為的社會危害性要遠大於侵犯公民一般個人信息

[46] 參見申衛星：《數字權利體系再造：邁向隱私、信息與數據的差序格局》，載《政法論壇》2022年第3期，第95頁。

[47] 參見王利明：《論個人信息權在人格權法中的地位》，載《蘇州大學學報（哲學社會科學版）》2012年第6期，第68-75、199-200頁。

[48] 參見王利明：《和而不同：隱私權與個人信息的規則界分和適用》，載《法學評論》2021年第2期，第15-24頁。

[49] 同上注，第18頁。

[50] 同上注，第19頁。

[51] 石佳友：《隱私權與個人信息關係的再思考》，載《上海政法學院學報（法治論叢）》2021年第5期，第92-93頁。

[52] 敏感個人信息包括生物識別、宗教信仰、特定身份、醫療健康、金融帳戶、行蹤軌跡等信息，以及不滿十四周歲未成年人的個人信息。

行為[53]，因此《個人信息保護法》明確了敏感個人信息獨特的處理規則，強調對敏感個人信息進行特殊保護。刑事司法中貫徹比例原則，相比於調取一般個人信息，偵查機關干預敏感個人信息在程序啟動與審批程序上應當更為嚴格。GPS 行蹤軌跡已被《個人信息保護法》明確列為敏感個人信息。因此，調取能夠形成行蹤軌跡的 GPS 數據（即長時間、連續性的位置信息），應適用敏感個人信息的特殊保護規則，其審批程序應嚴於調取一般個人信息（如單一時間點的定位信息）。

從權利重要性程度以及權利被侵犯造成的嚴重性來看，權利保護分級模式為：隱私權≥敏感個人信息＞一般個人信息。在 GPS 偵查中，此分級模式可具體轉化為對不同偵查行為的差異化程序要求：對隱私權的核心領域（如私密空間、核心私密活動）的侵入，保護強度最高；對敏感個人信息（如行蹤軌跡）的處理，保護強度次之，但仍需嚴格規制；對一般個人信息（如公開的、非連續的定位點）的收集，可在必要性前提下適用相對簡化的程序。鑒於 GPS 行蹤軌跡信息通過整合極易觸及隱私核心，且《個人信息保護法》已將其列為敏感信息，在刑事偵查程序設計中，可將涉及長時間、大範圍 GPS 監控（嚴重侵犯隱私權）與調取形成行蹤軌跡的 GPS 數據（處理敏感個人信息）的程序規制標準適當拉近，均適用高階審批和嚴格限制。

四、動態化構建GPS偵查程序

日本最先將偵查行為區分為強制處分與任意處分，根據日本刑事訴訟法 197 條 1 項規定，任意處分是為了實現偵查目的而採取的必要處分，強制處分是刑事訴訟法沒有特別規定就不能實施的處分。[54] 日本現在的通說理解是，“強制處分”是違反被處分者的意思，實質性制約或侵害其重要權利、利益的行為。[55] 強制處分法定主義的實質含義就是對於嚴重侵犯公民權益的行為應當通過法律明確偵查程序，防止偵查行為不當侵犯個人權益。但另一方面，雖然日本刑事訴訟法對任意處分進行了概括性規定，但是也有學者認為考慮到在任意處分中可能存在偵查機關濫用權力風險，從法律保留觀點來看，對於重要事項應當提升規制力度，明確具體的程序、條件。[56] 在保持技術中立情況下，在 GPS 偵查中平衡打擊犯罪與保障人權，需要根據 GPS 偵查行為對公民權利（主要是隱私權與個人信息權益）的干預程度，將其動態化地劃分為三類，並分別界定其法律性質與構建相應程序。

（一）將 GPS 即時監控定義為“強制措施”

任意偵查與強制偵查的區分標準在於刑事偵查對公民基本權利的干預程度。[57] 將 GPS 追蹤器等設備置於被調查者私人物品上以及借助 GPS 設備運營機構提供的平台長時間監控被調查者行蹤的行為定義為強制偵查，且屬於行蹤或場所監控這一類技術偵查，偵查範圍不能超過法律授權。這兩種偵查方式的“強制性”體現在三個方面：一是，通常以秘密方式進行，違背當事人意志；二是，持續、全面地收集信息，構成“馬賽克式”監控，嚴重侵入私人生活核心領域；三是，對隱私權和個人信息權益造成深度、長期的干預。這兩種方式都是偵查機關主動對公民隱私權的侵犯且侵犯程度最重，應當受到嚴格的程序限制。

第一，嚴格限制 GPS 技術偵查的運用。《刑事訴訟法》以及《公安機關辦理刑事案件程序規

[53] 劉憲權：《敏感個人信息的刑法特殊保護研究》，載《法學評論》2022年第3期，第3頁。

[54] 刑事訴訟法197条：「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これをすることができない。」

[55] 井上正仁『強制偵査與任意偵査（新版）』（有斐閣，2014年）12頁。

[56] 緑大輔『捜査法の研究』（日本評論社，2022年）9頁。

[57] 陈瑞华：《刑事诉讼法》，北京大学出版社2021年版，第374頁。

定》對技術偵查的範圍進行了明確規定，偵查機關不能因為 GPS 技術的低成本高效率優勢而隨意採用。在可以適用技術偵查的案件範圍內，偵查機關也應當衡量是否其他偵查措施已經不能實現偵查目的而不得不採用 GPS 技術偵查。即使採用 GPS 技術偵查，偵查機關也應當遵循法律保留主義、令狀主義、比例原則等基本要求[58]，對偵查的對象、範圍、限度以及時間等作出合理的限制，防止技術偵查擴大化而過於侵犯被調查者隱私權。具體而言，適用 GPS 即時監控必須限於《刑事訴訟法》第 150 條規定的嚴重犯罪，並遵循“最後手段原則”，即只有在其他偵查手段無效或過於困難時方可使用。

第二，我國雖然不存在司法審查制度，但是對技術偵查措施的採用有嚴格的審批手續，在一定程度上能夠保證 GPS 技術偵查的合法性。公安機關負責人在審批採用 GPS 技術偵查時，應當審查 GPS 偵查是否侵犯了犯罪嫌疑人合法權益。這裏的合法權益不僅僅是有形財物，還應當包含公民的個人隱私（可借鑒美國合理隱私期待理論）；為國家公共利益而侵犯公民隱私權是否在合理限度、採取該取證方式是否必要。但從法治發展趨勢來看，偵查機關的內部監督難以有效制衡偵查權。將刑事訴訟中收集、利用特定行為人信息的事前審批權交於司法機關應是法治國家制度建設的應有之義。[59] 長遠來看，應積極探索建立對技術偵查措施的司法審查或准司法審查機制，例如由檢察機關進行事前審批。同時，審批時需重點評估監控的持續時間、地理範圍以及可能獲取的信息類型與案件關聯性，避免過度監控。審批決定書應明確記載這些限制要素。一旦偵查目的完成就應當及時解除技術偵查措施。此外，從上述案例來看，美國四周、日本六個月、我國台灣地區七天都屬於長時間，我國在規範 GPS 技術偵查時，可以在原有法律規定的“三個月”的基礎上，對“長時間”可以進行再探討。建議引入“階段性審查”機制，對於超過一個月（或一個特定較短週期）的持續監控，需要重新審批，以動態評估其持續的必要性。

三是，明確偵查機關技術偵查後的告知義務。技術偵查在搜集證據時有顯著的隱秘性，公民隱私置於偵查機關監控之下會給被調查者造成極大的心理恐慌。《德國刑事訴訟法》第 100i 條以及 101 條明確規定，偵查機關應當將採用科技設備調查行動通訊設備告知被調查者。[60] 歐盟 [61]、英國 [62] 以及我國台灣地區 [63] 雖然將信息告知設置為刑事偵查的例外，但這都以可能妨礙刑事訴訟訴訟進行為前提，若信息告知不會影響刑事訴訟推進就應當告知被調查者。偵查機關在技術偵查解除之後，一般應立即通知犯罪嫌疑人其被採取了技術偵查措施，通知告容應包括措施種類、起止時間、法律依據等。對於因有礙偵查而暫緩告知的，應在妨礙情形消失後立即告知。犯罪嫌疑人對該措施的啟用以及執行的合法性有異議時，可以向偵查機關負責人或者檢察機關提出異議。未來立法應當設立這一事後告知程序以及針對犯罪嫌疑人的異議程序。[64] 確立犯罪嫌疑人、被告人的事後知情

[58] 參見謝登科：《刑事電子數據取證的基本權利干預——基於六個典型案例的分析》，載《人權》2021年第1期，第86頁。

[59] 參見龍宗智：《尋求有效取證與保證權利的平衡——評“兩高一部”電子數據證據規定》，載《法學》2016年第11期，第14頁。

[60] 連孟琦譯：《德國刑事訴訟法附德國法院組織法選譯》，元照出版公司2016年版，第101-105頁。

[61] 歐盟《個人數據刑事司法指令》指出，在確保正當程序保障的前提下，應當尊重和保留成員國為確保刑事訴訟順利進行之目的，通過立法限制、推遲或排除向數據主體披露信息的權力。

[62] 英國《數據保護法》允許數據控制者為防止妨礙刑事訴訟的順利進行以及國家或公共安全等目的，限制向數據主體披露數據處理信息。

[63] 我國台灣地區“個人資料保護條例”第8條明確規定當告知行為可能妨害公共利益或公務機關執行法定職務時，告知義務免除。

[64] 參見吳俊毅：《2012年中國大陸刑事訴訟法之評析——以辯護制度與秘密信息搜集措施的規定為中心》，載《高大法學論叢》第5卷（2013年），第210頁。

權，能夠保障其在後續階段對自我信息的控制以及辯護權的有效行使。[65] 通過這一程序倒逼偵查機關遵循比例原則執法、嚴格執法，進而保障犯罪嫌疑人、被告人隱私權。

（二）將 GPS 數據調取定義為“任意措施”

刑事偵查機關收集、利用公民個人信息行為其侵犯程度遠遠大於民事、行政領域，必須建立刑事訴訟個人信息保護機制，賦予信息主體信息權利，明確公權力機關收集使用個人信息的責任。[66] 在不突破原有制度的情況下，將行為人個人信息應受尊重與保護的理念納入偵查中，這是現代法治的基本要求。偵查機關從第三方獲取 GPS 數據是典型的收集、利用公民信息行為，在公民讓渡出個人信息的情況下，應當有一套健全、嚴密的制度保障執法機關合法合理利用該信息。[67] 偵查機關事後從通訊服務商處調取行蹤信息，不屬於即時監控行為，而是普通的偵查取證行為。但根據“馬賽克理論”，對這些 GPS 數據進行整合、分析，就能夠窺探公民生活的細節、規律，可能侵犯公民隱私。從這個角度來看，對這類 GPS 偵查行為規制的重點不再是純粹的信息收集行為，而是後續的信息整合、分析行為。GPS 數據屬於電子數據，根據我國現有的司法解釋和部門規章，主要是將調取電子數據定性為任意性偵查。[68] 但不能僅僅因為調取 GPS 數據屬於任意偵查而放鬆程序規制。此處的“任意性”是相對於“強制偵查”而言，指其通常不涉及直接的物理強制或對財產權的剝奪，但絕不意味著不受程序約束。其規制核心在於根據調取數據的性質和範圍進行分級管理。

2022 年出台的《數據安全法》第 35 條明確了基於偵查犯罪的目的調取通訊信息需要經過嚴格手段審批。偵查機關向第三方獲取 GPS 數據可以適用調取通訊信息的相關規定，理應有嚴格的審批程序。因此，結合 GPS 數據調取的具體情況，即使將從第三方獲取 GPS 數據定義為任意偵查，其侵犯公民個人信息仍有實質區別，應當對公民一般個人信息與敏感個人信息進行分級保護。在刑事偵查審批環節，機關內部應當根據干預手段的嚴重程度與權利侵犯程度實行分級審批。偵查機關調取 GPS 數據包含以下兩種情況。

第一，調取特定定位數據。偵查機關調取公民特定時間的定位信息，並沒有整合公民一段時間的信息，無法描繪公民生活軌跡，並沒有侵犯其隱私，只是為了偵查犯罪而利用其一般個人信息。對於調取非連續性的、特定時間點或短時段的 GPS 定位信息（屬一般個人信息），並未嚴重干預公民權利，應定義為任意偵查，可維持現行由辦案部門負責人審批的程序。對於這種行為，辦案部門負責人可以授權調取。2019 年公安部《公安機關辦理刑事案件電子數據取證規則》明確規定，公安機關辦案部門負責人審批電子數據調取通知書，該通知書應當注明需要調取電子數據的相關信息。GPS 數據屬於電子數據的一種，應受上述規範的約束。偵查機關從第三方運營機構獲取 GPS 數據時，應當有審批手續，並向運營機構出具調查令，調查令載明調查內容。

第二，調取 GPS 軌跡數據。對於偵查機關從第三方獲取一段時間的 GPS 數據，其調取目的是為了能夠描繪行為人行動軌跡，勾勒生活樣態的情形，應認為行為人對這些整合信息享有隱私期待。《個人信息保護法》第 28 條明確將行蹤軌跡定位為“敏感個人信息”，只有在具有特定的目的和充分的必要性，並採取嚴格保護措施的情形下，個人信息處理者方才能處理敏感個人信息。偵查機關調取 GPS 數據的本質是獲取被調查者的行蹤軌跡，屬於處理敏感個人信息。雖然將這類偵

[65] 參見吳桐：《科技定位偵查的制度挑戰與法律規制——以日本GPS偵查案為例的研究》，載《中國刑事法雜誌》2020年第6期，第88頁。

[66] 參見鄭曦：《刑事訴訟個人信息保護論綱》，載《當代法學》2021年第2期，第115-124頁。

[67] 參見程雷：《刑事司法中的公民個人信息保護》，載《中國人民大學學報》2019年第1期，第113頁。

[68] 參見謝登科：《論偵查機關電子數據調取權及其程序控制——以〈數據安全法（草案）〉第32條為視角》，載《環球法律評論》2021年第1期，第57頁。

查行為定位為任意偵查，但相比於處理一般個人信息，應當有更為嚴格的規制措施。具體的調取程序可以參照電子數據取證規則，但是在審批上應當比調取一般個人信息更加嚴格。目前可以嘗試審批主體上調一級，由公安機關負責人審批。[69] 具體而言，調取能夠形成行蹤軌跡的連續性、長時間段（例如超過 24 小時或特定天數）的 GPS 數據（屬敏感個人信息），其審批權限應上收至縣級以上公安機關負責人。調取令狀應明確數據的時間範圍、地理範圍，並說明調取該敏感信息的充分必要性。此外，偵查機關扣押犯罪嫌疑人或從證人、被害人處獲取 GPS 設備，因為手機等設備承載了所有者大量的隱私信息，偵查機關要偵查這些設備並拷貝數據也應按照這種方式規制偵查機關的偵查行為，將個人信息、隱私干預限定在合理程度。對手機等 GPS 載體的數據提取，應遵循“特定性”原則，僅限於與案件相關的信息。對於可能涉及大量無關個人隱私的數據，應考慮採用技術手段進行精准提取而非全面流覽，必要時可引入獨立第三方見證或監督。

在不妨礙偵查的情況下賦予行為人知悉偵查機關調取其信息的權利。刑事偵查中，偵查機關不需要獲得行為人同意就可以調取其個人信息，但應當保障其知悉權。上文已述，採取技術偵查措施後，在不妨礙偵查的情況下賦予行為人知悉權。舉重以明輕，對於調取 GPS 數據（特別是敏感個人信息），原則上應在數據調取完成後、偵查終結前，以適當方式通知信息主體，告知其信息被調取的情況、法律依據及救濟途徑。若通知有礙偵查，可經審批後暫緩，但應在妨礙消除後及時通知。

（三）將 GPS 追捕定義為“弱強制措施”

根據《公安機關辦理刑事案件程序規定》，公安機關追捕在逃犯罪嫌疑人、被告人，可以採取追捕所必需的技術偵查措施，但並非為追捕而採取的措施都是技術偵查措施。若一律將 GPS 追捕定位為技術偵查，對偵查機關設置了過度障礙，不利於及時抓捕犯罪嫌疑人被告人。有學者將技術偵查措施分為“為偵查犯罪而實施的技術偵查措施”和“為追捕而採取的技術偵查措施”[70]。因此，將偵查機關利用 GPS 追捕定位為介於一般偵查措施與技術偵查措施之間的“弱技術偵查措施”[71]，符合偵查規律。偵查機關為偵查犯罪與追捕所採用的強制力和侵入被調查者隱私範圍不同，前者手段更加嚴厲、隱私侵犯程度更深，但為追捕而定位所採用的偵查手段又比事後從第三方獲取 GPS 信息更加嚴厲，將偵查機關利用 GPS 追捕定位為“弱強制措施”便於區分三者之間的規制程序。其“弱強制性”體現在：一是，目的特定且緊迫（追捕在逃人員）；二是，通常持續時間較短，集中於定位和抓捕行動本身，而非長期監控；三是，對權利的干預強度介於即時監控與數據調取之間。

前文提出的適用技術偵查長時間監控被調查者行蹤應當嚴格按照法律規定，適用於特定種類犯罪；而為追捕採用的“弱強制措施”可適用於所有刑事案件。雖然可以適用於所有案件，但對於適用前提應當進行明確，必須是有證據表明犯罪嫌疑人在逃，且使用 GPS 定位對於及時抓捕具有明顯必要性。雖然 GPS 追捕不屬於技術偵查，但這並不意味著這種偵查方式不需要程序規制。在放寬 GPS 定位追捕的案件範圍的情況下，為防止不當、隨意利用 GPS 進行追捕，由公安機關負責人審批才符合偵查比例原則。審批應側重於確認在逃狀態和使用 GPS 定位的必要性。追捕措施應有

[69] 上文GPS即時監控定位侵犯公民隱私，將其定位為強制偵查，由公安機關負責人審批。設置這類敏感個人信息調取由公安機關負責人審批程序與前文“強制偵查”審批程序相適應，這也對應了《民法典》第1034條第3款規定的個人信息中的私密信息適用隱私權規定。

[70] 龍宗智等：《司法改革與中國刑事證據制度的完善》，中國法制出版社2016年版，第345頁。

[71] 孔德倫：《GPS數據在刑事案件中的證據運用——基於106份重大案件裁判文書的實證分析》，載《人民檢察》2020年第22期，第35頁。

明確的時限，例如一次授權有效期為幾天，若需延長需重新報批。一旦抓捕成功或明確嫌疑人位置後，應立即停止或轉為其他偵查措施。

五、結語

我國刑事訴訟程序線性作業，決定了偵查機關擁有較大的許可權，如何規範偵查機關行使權力，作好打擊犯罪與保障人權的平衡是整個刑事訴訟、甚至是法治中國建設應當重視的問題。立法和執法時要明確干預公民個人權利的理由以及干預的程度，在偵查階段設置“程序障礙”以保障公民權利。[72] 合理運行偵查權能夠實現打擊犯罪，維護社會穩定；但若濫用偵查權，將嚴重侵犯公民基本權利，動搖法治信仰。[73] 通過與 C 市某區公安局負責人座談，其披露運用 GPS 技術是目前在定位犯罪嫌疑人蹤跡與偵查犯罪行為中常用的手段。GPS 偵查突破了傳統的人力跟監缺陷，成本低廉且取證效果極佳。不可否認這種方式高效、便捷地解決了犯罪嫌疑人難找、相關證據難收集的問題，但是如果不對 GPS 偵查方式進行規制，不僅可能造成權力濫用、損害人權，同時也阻礙了法治中國的建設。研究 GPS 偵查程序背後的核心價值理念是：合理限制偵查手段，保障公民合法權益。GPS 偵查對私法上確認的隱私保護與個人信息保護產生了衝擊與挑戰，現有的刑事偵查程序難以調整、平衡公法與私法之間的緊張關係。為了保護個人權益，在保持技術中立的立場下，有必要構建一套完整的 GPS 偵查程序。在以隱私權為代表的公民權益日益受到重視的當下，本文針對我國 GPS 偵查實踐中的問題，在深化問題成因剖析、批判性借鑒域外經驗的基礎上，提出了以“權利分級保護”為理論基礎，以“動態化程序構建”為實踐路徑的規制方案。通過明確 GPS 即時監控、數據調取、追捕三類行為的性質及其對應的程序規制，力求在現有制度框架下，為 GPS 偵查的合法、合理適用提供清晰且具操作性的指引。通過完善我國 GPS 偵查程序，推動刑事偵查制度的完善，實現刑事訴訟法打擊犯罪與人權保障的雙重目的。刑事立法應將私法上明確的隱私權與個人信息保護理念納入刑事 GPS 偵查程序之中，根據權利侵犯程度定義偵查行為性質，侵犯權利越嚴重的應當有更為嚴格的偵查規制措施，這才符合法治國家的發展趨勢。未來的研究與實踐，應繼續關注技術發展帶來的新挑戰，並積極探索司法審查等更有效的權力制約機制在刑事偵查中的引入路徑。

[72] 參見胡忠惠、李慧英等：《技術偵查制度中的隱私權保障問題研究》，中國法制出版社2016年版。
[73] 參見卞建林、張可：《偵查權運行規律初探》，載《中國刑事法雜誌》2017年第1期，第27頁。

Abstract: In the digital-intelligence era, GPS investigation is no longer limited to mere positioning and tracking; it integrates big data and AI to form a highly efficient crime prevention and control system. However, such investigative methods face problems including exceeding statutory scopes, procedural irregularities, and the absence of regulation over the acquisition of data from third parties. The underlying causes are the need to improve the mechanism for constraining investigative powers and the fact that the pace of updating legal regulations has failed to keep up with the development driven by technological empowerment.Rooted in domestic practice and drawing on extraterritorial experience, this study constructs a regulatory scheme of "graded rights protection + dynamic procedural construction." The specific regulatory measures are as follows: clarifying the objects and methods of graded protection for the right to privacy and personal information (including sensitive information), and dynamically classifying GPS investigation into three categories according to the degree of power intervention-real-time monitoring (coercive measure), data retrieval (arbitrary measure), and pursuit (weak coercive measure)-with refined procedural rules for each.This approach aims to resolve the difficulties of mischaracterizing the nature of GPS investigation and procedural chaos, balance crime suppression with the protection of privacy and personal information rights, provide operational guidelines for improving criminal investigation procedures and advancing the building of the rule of law in China, and promote the convergence of public-law and private-law rights protection.

Key words: GPS Detection; Coercive Measures; Privacy; Personal Information; Graded Protection

（責任編輯：馬志遠）

論促進“高水平安全”的法律原則

劉　強*

摘　要　“高水平安全”是一個包容性概念，對這一概念的深刻剖析離不開對安全的理解。從經驗中歸納，對安全的認知主要有四種類型：手段型安全、服務型安全、商品型安全、資本型安全。它們的正當化的進路須遵循人的目的性、內容的均等性、防止負外部性以及公正性的標準。在具體法律制度中，各種類型的安全都要在上述標準的約束下遵循對應的法律原則，從而實現“高水平安全”，更加規範地貫徹落實總體國家安全觀，實現高品質發展和高水平安全的良性互動。

關鍵詞　數字安全　總體國家安全觀　“高水平安全”　安全類型

一、問題的提出

隨著數字技術的應用以及由此而來的社會經濟生活的改變，安全問題逐漸凸顯。這是在互聯網支撐下，以生物技術、大數據分析技術、AI 技術等前沿信息科技為內核的生產力“內爆”而成的現代性社會對人類精神、生命、價值、尊嚴、倫理突變式構序的集中體現。人們對這種構序感到便利的同時也感到不安，它最終將會帶來哪些負面後果等問題始終縈繞在人們的心頭。從技術與安全的角度分析，技術就是人類在不斷地尋求安全的過程中所積累的控制體系，它使我們逐漸擺脫祖先曾面臨的悲慘命運。[1] 技術帶來的種種便利從根本上講也是從安全性而來。中共二十屆四中全會把“國家安全屏障更加鞏固”列為“十五五”主要目標之一，把“堅持統籌發展和安全”作為“十五五”時期國家經濟社會發展遵循的重要原則，[2] 要以高品質發展促進高水平安全，以高水平安全保障高品質發展，發展和安全實現動態平衡、相得益彰。由此可見，實現“高水平安全”是新時代的重要任務之一，本文擬從類型化的角度對安全這一上位概念展開分析，通過正當性的評判，剖析“高水平安全”制度的法律內涵，提煉相關的法律原則，促進高品質發展和高水平安全的良性互動。

*　劉強，江蘇大學法學院講師，法學博士。

[1]　參見[英]布萊恩•亞瑟：《技術的本質：技術是什麼，它是如何進化的》，曹東溟、王健譯，浙江人民出版社2014年版，第397頁。

[2]　《中國共產黨第二十屆中央委員會第四次全體會議公報》，2025年10月23日中國共產黨第二十屆中央委員會第四次全體會議通過。

二、安全的類型

從人類歷史發展過程中看，可以從中抽象出四種安全類型。這些類型是對人類透過安全來瞭解、規制、塑造社會關係範疇層面的一個總結。它並不意味著現實社會中彼此會必然存在一種相替的規律關係，而是表明不同種類的類型之間的差異及特點。

（一）作為手段的安全

這種類型是將安全作為達到某種結果的手段、方式或方法。因為特定目標的實現離不開在其之前一定時空內相關要素按計劃組合排列的過程。如果在目標實現之前存在過多影響其實現的變數，也就是增加了不安全的因素，所以要通過多種方式確保預期的順利實現。這種類型安全的歷史比較悠久，如《唐律疏議》所講的“以刑止刑，以殺止殺”“懲其已犯而防其未然”就是這種類型安全在法律上的體現。[3] 其實，作為維護社會外在秩序的剛性手段，現代社會的強制性法律規範也是如此。這種類型下的安全特點包括：首先，安全層級種類繁多。除了直接起制裁作用的層級外，為了盡可能順利實現特定目標，相關制度設計往往會增加諸如預防性層級、輔助性層級、實施性層級、監督性層級等，制度會越來越龐雜，甚至臃腫。比如，為了全面維護社會穩定，輔警制度從無到有、人數從少到多、崗位性質從臨時性轉為正式職業 [4]，最終形成了職業化輔助力量，這在一定程度上反映了維護安全層級的增加。其次，施加的壓力遞增。一方面為了防止不安全因素出現，能夠制止特定行為的壓力程度本身就要比這種行為發生所要獲得利益的欲望要大；另一方面，隨著二者長期的博弈，這種單向度施加的壓力勢必會隨著侵犯行為的不斷挑釁而逐漸升級、逐漸加大。最後，安全閾值趨於極限。在以上兩個特徵的共同作用下，這個制度的安全閾值就會趨於極限，制度的熵值會不斷增加。因為這會激發表達性不安全行為，而對表達性不安全，這種安全類型恰恰是最沒有效率的。隨著安全手段的窮盡以及表達性不安全增加，整個系統安全閾值就會有被突破的危險，正所謂“福兮禍之所倚”。這種安全型下的思維不注重人的主體性、目的性而強調其客體性、手段性，人類的尊嚴得不到應有的體現。

（二）作為服務的安全

這種類型是將安全作為滿足某些群體不同目標、需求、欲望的某種活動或行為。它的一個典型代表就是資產階級革命時期的國家觀。這種觀念認為國家要扮演守夜人的角色，除了提供維持治安等基本的公共服務外，對其他事物不應插手管理，而應由市場解決。在破除了君權神授的神話後，政權存在的合理性轉向了現實需要，統治也就隨之變成了服務，其中公共安全是政府首先或只能應當提供的服務。後期的福利國家理念，也是基於此種類型，只不過服務的範圍有所擴大。這種類型安全的特點包括：首先，安全內容趨低化。作為一種公共服務或者私人免費提供服務的供給，其付出必定要照顧到最大受益群體或成本最小，在資金有限的前提下，相關內容必定具有趨向低等級的傾向，福利項目種類也許很多，但在整體收支預算的約束下，平均安全內容具有趨低性。其次，服務內容缺乏彈性。一方面，級別越低，可選範圍就相對越窄，缺乏彈性，甚至只能以“全有或全無”的方式決定是否接受。另一方面，面對項目繁多的供給，人類搭便車的心理也不會根據自身需求而彈性化地選擇，而是盡可能全部享有。這種彈性的缺乏就是對不安全因素判定標準的強制

[3] （唐）長孫無忌等：《唐律疏議》，岳純之點校，上海古籍出版社2013年版，“名例”部分第1頁。

[4] 《中華人民共和國國家職業分類大典》2022年修訂時將輔警正式作為擁有獨立職業編碼的職業（3-02-02-02），並將其定性為“以非人民警察身份為人民警察開展警務活動直接提供服務、支援和保障的人員”，內容涵蓋戶政、偵查、治安等諸多方面。

同一，而這恰恰會忽略社會實踐中不安全的情況；最後，安全效能有限。基本的安全服務之外的領域完全自由化難免會產生叢林法則，雖然會有各種社會機構進行調節，但這並不是充分的，因為這種制度設計本身就預設了某種生存邏輯，所以這種安全的服務對象實際上也只是在該邏輯下能夠獲取利益的部分對象。一旦調節失序，不安全因素依然會增加。美國的佔領華爾街運動就是最為直觀的例子。另外，過於全面的安全服務在實際運作中也會窒息人類勞動創造的動力，從而形成社會發展緩滯的局面，這又從整體上催生了社會系統性的不安全。這種類型下的思維強調權威來源的合理性，希望獲得來自受眾的自覺而自由的自動服從，[5] 有一種“不戰而屈人之兵”的意味。但對於真正的安全問題缺乏審慎的考慮。

（三）作為商品的安全

這種類型將安全視為在市場體系中作為一種可自由交易的供給物品。在這個體系中，安全的生產者、銷售者、消費者形成了一個龐大的關係，需求與供給決定著體系的運行。安全作為其中的一個要素而被交換著，各方通過這個中介來滿足各自的需求。這種類型的典型例子就是商業保險。個體可以通過購買不同種類的保險來化解未來可能面臨的各種風險，進而為自身獲得未來時空中的安全保障。這種類型下的安全特點包括：首先，安全是可以被私有化的。安全這種可預期的穩定狀態不只是一個公共物品，它是可以被私有化的，人們可以創造私人的安全領域，可以為自己在一定時空下設定一定的安全利益，並將其為自己最大化。其次，安全是可以通過交易獲得的。安全不只是只有公權力通過特定的部署才能使個體獲得其中一部分的狀態，安全也可以是個體通過市場這個中介而購買到的物品，安全的範圍大小、層次高低也是可以調節的。最後，安全是要付出成本的。作為交易體系中的物品，安全的獲得需要支付相應對價才可能獲得。從另一角度看，沒有能力支付的人便也不能獲得充分的安全。這種安全型有一種“我買故我安”的意味。這種安全類型下的認知強調推責性，第一個層面，個人沒有獲得足夠的安全在某種程度上是自己的責任，因為自己無法購買更多的安全商品，所以不能怨其他人，其他主體也就在某種程度上免責了。例如郵寄物品不保價，丟失貨物的郵寄者就不能獲得相應的賠償，而只能按照最低標準賠付；第二個層面，為了減輕可能因侵權而給他人造成的損害——證明自己盡到了提示或告知等義務，相關行為主體會購買在法律上可以被認為是盡到安全義務而免責的相關各類商品。但這種免責性的過分強調則會推卸其本應承擔的預防責任；第三個層面，由於可以轉移給他人造成危險的賠付責任等類型的不安全，行為者甚至可以忽略應然層面的良心訓導。

（四）作為資本的安全

這種類型將安全作為可獲利、可增值的要素來謀取利益。不同于作為商品的安全——為了提供消除或防止不安全因素出現，這種類型則是為了利益而忽視真正的安全，它通過誘導、慫恿甚至放縱人性中的惡而製造了安全實現方式之間的不公平競爭，進而壟斷安全實現的方式來獲利。這種類型的典型例子是軍火貿易、核武研發。這已然成為利益集團獲取利益而免遭猜忌的最安全的藉口。雖然軍火商們出售維護安全的各種武器彈藥，但他們甚至並不希望真正的安全、和平得以完全到來。用馬克思主義的資本運動總公式表示就是從 G 到 G′，對超額利潤的追求已經把安全異化為了資本。[6] 這種看似悖論性的認知其實並不自相矛盾，當把它放在作為資本的安全類型下這就不難理解了。這種類型下安全的特點包括：首先，實現安全並不是其最終目標；資本的目標在於獲利，這種利益不僅僅表現為金錢，還可以表現為權力等社會稀缺要素。至於是否真正能夠實現安全並不是

[5]　參見[法]科耶夫：《權威的概念》，姜志輝譯，譯林出版社2011年版，第7頁。

[6]　《資本論》（第二卷），載《馬克思恩格斯全集》（第45卷），人民出版社2003年版，第60頁。

其最終目標。其次，孿生式地製造不安全。這種類型的安全每實踐一次就孿生式地製造了潛在的不安全，而且二者還存在螺旋式遞增的關聯。通過這種鏈式反應，安全－不安全呈現出立體化的膨脹趨勢。最後，安全從理由異化為了藉口。因為相關行為者最終目標並不是實現安全而是獲取利益。以安全為說辭的本質就是藉口，而不是真正的理由，它缺乏內部證成的要素。這種安全類型下的認知不斷將人類社會基本要素碎片化、資源化、稀缺化，不斷以此通過重組、異構等方式再次提供出來以獲取利益，很有可能為了自身的利益而破壞人類之間的團結、友愛和自信從而讓其處於彌散性不安全中，使其只有通過不斷地被內嵌於資本邏輯中的安全消費才能獲得片刻的安心。

上述四種安全的類型不僅是對安全的分類，更是對社會實踐的一種思維方式，如果不經反思便急切地作為理由而出現在各種政策制定中，就未免有些草率，如何反思這些認知，對於不同類型安全的理由化標準便凸顯出來。

三、不同類型安全的正當化標準

正所謂“法律旨在創設一種正義的社會秩序”。[7] 高水平安全的目標就是通過制度安全來實現制度正義，那麼，在這一目標實現之前，不同安全類型本身需要經過正當性評判，從而才能為高水平安全提供理論依據。

（一）人的目的性是手段型安全正當化的評判標準

人類的社會生活固然離不開目的—手段認知下的社會實踐，但在現代法治社會，這需要一定的價值觀指導才能得以正當化，否則就會形成“有善制而無善政”的局面。而且這種價值觀不僅僅是溫飽層面的物質生活問題，還涉及人類精神層面的尊嚴問題，因為安全作為一種手段不能僅僅將人也看作手段。康德認為與自然狀態相對的並非社會狀態，而是文明狀態，[8] 因為正是文明的結構才將人群與物群分別開來。這首先是因為人類是具有理性的動物。理性是人類特徵，對理性的頌揚成為近代哲學史上的宏偉篇章，如果沒有對理性的重視，人類可能仍生活在柏拉圖所稱的那種“豬仔的城邦”中。[9] 馬克思主義為我國奠定的社會主義道路也注重人的理性，馬克思主義僅僅反對抽象形而上的理性教條，他強調要在社會實踐中認識理性，而不是要通過物質經濟等範疇否定理性本身。馬克思主義所追求的目標就是人類的解放，而解放本身就意味著人類在理性的指導下自由發揮自己的潛能。其次，理性蘊含著互相承認。理性為個體所具有，而社會由不同的個體組成，個體之間的關係為何是理性的重要內容。對此，黑格爾認為，個體之間只有揚棄自身的片面主體性，才能進入理性的完善階段，否則仍停留在片面的局限中，這種個體性的揚棄就包含著每個理性主體之間的互相承認，這總體上就是一個一般性和普遍性聯合的過程。[10] 只有通過相互承認，人才可以成為社會中的人。最後，承認就意味著尊重對方。承認的基本含義就是彼此都將對方視為主體。這種視為不僅僅是外在的行為，也是內在的認知，其核心就是尊重，從內心裡將對方視為與自己平等的主體。何況我國現階段面臨的矛盾都是人民內部矛盾，所以無論從理論上還是實踐上，都應當把人的目的性放在首要位置。在此基礎上的法律秩序就不是壓制而是應當創造促進人類力量發展的條件。[11]

---

[7] [美]E.博登海默：《法理學：法律哲學與法律方法》，鄧正來譯，中國政法大學出版社2004年版，第332頁。

[8] 參見[德]康德：《法的形而上學原理》，沈叔平譯，商務印書館2005年版，第51頁。

[9] 參見[古希臘]柏拉圖：《理想國》，謝善元譯，上海譯文出版社2015年版，第86頁。

[10] 參見[德]黑格爾：《精神哲學——哲學全書·第三部分》，楊祖陶譯，人民出版社2006年版，第221-222頁。

[11] 參見[美]羅斯科·龐德：《法律史解釋》，鄧正來譯，中國法制出版社2002年版，第214頁。

（二）均等性是服務型安全正當化的評判標準

人類的生活需要一定的安全感，這樣處於社會中的個體才能自主地規劃未來的生活，整個社會才能有序運轉，現代國家的職責之一亦是維護並提供安全服務。通過服務來樹立權威相對於武力統治固然是一個進步，但長遠來看，服務型權威的根基在於提供服務的均等性。只有提供均等性地惠及全體的服務，統治才能取得穩固的權威，如果僅服務優待特權階層，獲得服務最少部分的群體可能就會成為不穩定因素。也就是說，這種安全並不是為某個人或某類人或某個階級的安全，而應是全體共同體成員的安全。而且這不只是穩定的安全，還是發展的安全；不只是生存的安全，還是生活的安全；不只是本代的安全，還是代際的安全。在這個前提下，均等性就成為了一個重要的評判依據。首先，共同體的健康發展離不開其成員之間的有機式團結。共同體以團結為紐帶，否則就會解體。按照社會學家涂爾幹的研究，社會團結分為機械式和有機式兩種。不同於機械式團結所要求的那種把個人吞噬掉的整體穩定的局面，有機式團結所要求的就是人的自由發展不會受到直接或間接的阻礙。[12] 而且，有機式團結在多個方面優於機械式團結的共同體，這是人類共同體發展的方向。其次，有機式團結的前提要求安全服務在成員彼此間均等。共同體必須向個人預示一個比他作為單個的人所能夠獲得的更好的當下或者至少一個更好的未來，才能證明其存在的正當性。[13] 在有機式團結的社會中，個人發展主要取決於個人成長過程中對各自未來的籌劃。沒有或少有後顧之憂則會降低人們籌劃未來生活時的成本和不確定性，進而提升其人生目標實現的可能性。所以，國家均等化提供的這種安全服務對於每個人獲得公平發展的機會進而增進有機式團結至關重要。最後，有機式團結的目標要求安全服務在代際均等。有機式團結的目標是可持續的個人發展。這種個人發展不僅僅局限於本代，還包括與本代密切相關的其他代際的人。特別是在中國這種宗族、家族觀念濃厚的文化裡，為下一代或下幾代均等發展的考量一直是當代人追求的目標之一。故此均等性服務也應具有時間上的延展性。

（三）防止負外部性是作為商品的安全正當化的評判標準

私有化的安全作為商品在市場中出售的行為在為購買者帶來便利的同時，也會對其他人造成一定影響。根據經濟學理論，經濟行為必然伴隨著外部性的問題。所謂外部性主要指在社會經濟活動中，一個經濟主體（國家、企業或個人）的行為直接影響到另一個相應的經濟主體。商品型的安全在市場中運行的結果也會隨之帶來外部性的問題。外部性有正外部性和負外部性之分。所以，如何避免、減少、規制負外部性，也即如何減少在安全作為商品供買賣雙方消費時減少對他人不好的影響，是商品型安全理由化的評判依據。首先，維護其他人的安全要求防止負外部性。商品型安全負外部性的後果是對其他主體的不安全。因為有些情況隨安全而轉移的風險並沒有消失，而是以市場為中介轉嫁給了其他人，這就使得一部分的安全是建立在他人的不安全之上。社會連帶思想認為，社會成員彼此存在著相互作用、互相依賴的客觀上的關聯性，這是人類社會發展的趨勢。所以，要防止商品型安全負外部性對他人可能造成的損害，“以鄰為壑”的這種局面應當予以防範。其次，維護公共安全利益要求防止負外部性。安全是一種特殊狀態的維持，可這種狀態的形成所需的要素並不是完全私人化的。有些要素具有社會公共屬性，在以商品型安全佔有這些要素時是否給其他主體留有使用的空間應當進行評估。安全領域的塑造不能形成英國歷史上的“圈地運動”成為有錢人的自留地而忽視對公共安全利益的維護。最後，總體國家安全觀的實現要求防止負外部性。總體國家安全觀的落實是新時代國家發展的主要目標之一，總體國家安全觀是一個系統工程，其內容涵蓋

[12]　參見[法]埃米爾·涂爾幹：《社會分工論》，渠敬東譯，生活·讀書·新知三聯書店2000年版，第336頁。

[13]　參見[奧]歐根·埃利希：《法社會學原理》，舒國瀅譯，中國大百科全書出版社2009年版，第257頁。

廣泛，實現手段多樣，內在於這一過程中問題就是多種負外部性疊加而造成的不安全局面。對商品型安全負外部性進行規制可以減輕這種次生因素，進而促進總體安全觀的全面落實。

（四）公正性是作為資本的安全正當化的評判標準

奧古斯丁認為，國家不能沒有正義，沒有正義的王國就會如一個匪幫。[14] 國之大事不在祀與戎而在於追求善。正義的實現隨著時空的不同而有各異的具體目標和實踐方式。在當下這樣一個以市場經濟為主導的世界裡，防止社會資源過度資本化是促進正義實現的一個關鍵進路。哈貝馬斯曾喟歎於資本主義對人類生活的全面侵蝕而主張在言談領域—一個尚未被資本完全控制的領域—奮起反擊，通過理性商談交往進而約束資本主義的弊端。然而，這一過程必定充滿艱辛，資本的力量並非僅僅依靠言談就可以被控制，美國生物倫理學家雷斯尼克通過實證研究得出結論，甚至科學研究的問題的選擇、試驗的設計、數據的分析與解讀，試驗對象的招募、成果的發表與轉化都會受到金錢的影響而偏離方向。[15] 所以，堅守底線、抵制資本化安全對正義的侵蝕至關重要。這就需要正當性的規制，追求正當是人類實踐理性的能力，資本化安全的特點就是表面正當，但實質並不完全正當，這一面紗的刺破，就離不開人類實踐理性的運用。首先，防止安全目標的異化需要正當性規制。正當性意味著，在相關措施中，獲得安全應當成為首要或根本目標，安全不能異化為以不當利益的獲取為目標，即僅僅為了獲取利益而忽視真正的安全問題。其次，防止安全內容的異化需要正當性規制。安全的核心含義是能夠免於未知的恐懼進而規劃自身的生活、實現自身的潛能，它是一種包容性、保護性而非排他性、壓制性的含義。無論相關舉措帶來的是何種安全，不應將這一核心含義丟失，而僅僅帶來個人無法自由發展潛能的安全。最後，防止安全實現途徑的異化需要正當性規制。路徑的選擇所謂手段對於目標的實現亦至關重要，安全的實現途徑應當為其目標而服務，否則就會偏離初心，而這種途徑的確立尤須正當性規制而不能異化為資本的邏輯。

不同類型安全的理由化要經過上述不同標準的評判，進而能夠指導當下我國社會實踐，又可以在實踐中來檢驗理論的正確性。

四、“高水平安全”法律原則的內涵

在上述標準的評判下，“高水平安全”可以推導出一些法律原則，這些法律原則在重申對部門法現有相關原則的基礎上，更多地從法律適用的角度對各個主體安全治理相關的行為提出法理指引，從而彌補相關行為缺乏有效規制的局面。

（一）在目的性的約束下，手段型安全應當遵循的法律原則

1. 告知原則

告知是對人的尊重的體現，意味著把人當作目的，與自身平等的主體。這一原則要求採用手段性安全時必須向不特定的多數人明示以使其知曉，明示的方式應當顯著、易理解。我國行政法雖然有行政告知制度，但該制度主要從行政處罰角度強調要告知公民相關內容，其適用範圍較窄。在目的性約束下，不應從後果的角度考慮是否需要告知，而是從採取的安全行為本身的角度，出於對人的尊嚴的尊重而告知。譬如當下存在攝像頭等地方一般都有“您已進入圖像採集區”的告知圖示，但隨著人臉識別技術的應用，好多人群聚集處的攝像頭都具有人臉識別的功能，然而卻沒有法律規

[14] 參見[古羅馬]奧古斯丁：《上帝之城》（上卷），王曉朝譯，人民出版社2006年版，第144頁。

[15] 參見[美]大衛·B.雷斯尼克：《真理的代價：金錢如何影響科學規範》，蔡仲、韋敏譯，南京大學出版社2019年版，第187頁。

定要對該功能進行相關告知。《人臉識別技術應用安全管理辦法》也僅對後期處理強調告知，但對採集沒有告知。這種攝像頭與以往的攝像頭在功能上差別很大，按照當然解釋，這更有值得告知的必要，所以更應當進一步告知，在具有人臉識別功能的攝像頭區域內應明確寫明“您已進入人臉識別區”。

2. 必要性原則

人類實踐領域並非理想狀況，無法完全把人當作目的來對待，此時，應遵循必要性原則。這一原則要求相關措施、手段應當是達成目標所必需的條件，並且沒有增加額外的負擔，而不是僅僅為了提供自身的方便或者效率。據新聞報導，2025 年 9 月 20 日，內蒙古自治區錫林浩特市公安局發佈《關於錫林浩特市集中採集男性居民血樣並錄入本地 DNA 數據庫的通告》（以下簡稱《通告》）。《通告》稱，根據上級部門統一部署，錫林浩特市公安局各派出所將開展男性居民血樣集中採集工作。此舉是為了推進“Y 庫”建設，“Y 庫”的全稱為“Y 庫家系工匠系統”，可以快速鎖定男性犯罪嫌疑人，減少未來案件偵破難度。[16] 此舉侵犯了人的尊嚴，可我國缺乏行政行為法，而《中華人民共和國刑法》暗含的無罪推定僅適用刑事領域。因此，對於上述現象，現行法律體系難以充分規範。本文提出的必要性原則可以彌補此方面的不足。正所謂“極端不該被視為規範，而是例外。滑坡謬誤並不是用來顯示不斷限制權利的論據，它的作用在於提醒眾人，權利非常容易遭到剝奪”。[17]

（二）在均等性的約束下，服務型安全應當遵循的法律原則

1. 地位平等原則

這一原則要求國家提供的安全服務應當對所有公民一視同仁，不得有身份、性別、戶籍、地域等方面歧視。在社會保障法領域，就養老保險而言，中央決定自 2014 年 10 月起，機關工作人員也要和企事業人員一樣繳納養老保險，這是向地位平等的服務型安全邁出了重要一步。[18] 但遺憾的是這種改革缺乏上位法支撐，以至於改革缺乏規劃。實際上除了養老雙軌制外，在其他社會保障領域，依然存在身份區隔而得不到糾正。如企業職工退休後死亡情況下，一般公民家屬獲得的喪葬補助金為上一年度城鎮居民月人均可支配收入的 2 倍，撫恤金標準為上一年度城鎮居民月人均可支配收入，最長為 24 個月，每領取一年養老金減少 1 個月。[19] 然而，普通公職人員退休死亡情況下，其親屬獲得的喪葬補助金和撫恤金卻另有計算方法，普通國家工作人員退休後死亡的，其親屬可以獲得的喪葬補助費由各個省市自行規定，如鞍山市規定，國家機關、事業單位工作人員因病或非因工（公）死亡，其喪葬補助費標準按所在市上年度城鎮非私營單位在崗職工月平均工資的 3 倍。此條規定一個是倍數增加了一倍，一個是計算標準為在崗職工月平均工資。[20] 其他地區亦類似。這兩個變動實際上導致了後者家屬會獲得超過企業職工 2 倍左右的喪葬補助。就撫恤金而言，國家統一規定為上一年度全國城鎮居民人均可支配收入的 2 倍加本人生前 40 個月基本離退休費，且沒有因領取退休金而減少的規定。[21] 這些規定都遠遠優厚于普通勞動者的保障。以上社會保障領域之現狀

[16] 維辰：《集中採集男性血樣是否於法有據》，載中國經濟網2025年09月24日，http://views.ce.cn/view/ent/202509/t20250924_2486215.shtml。

[17] [美]艾倫·德肖維茨：《你的權利從哪裡來》，黃煜文譯，北京大學出版社2014年版，第4頁。

[18] 參見《國務院關於機關事業單位工作人員養老保險制度改革的決定》（國發〔2015〕2號）。

[19] 參見《企業職工基本養老保險遺屬待遇暫行辦法》（人社部發〔2021〕18號）第四條、第五條。

[20] 參見《鞍山市人力資源和社會保障局關於調整機關事業單位喪葬補助費標準和辦法的通知》（鞍人社發〔2013〕44號）第二條。

[21] 參見《關於國家機關工作人員及離退休人員死亡一次性撫恤金發放有關問題的通知》（民發〔2011〕192號）第一條。

嚴重削弱了國家提供的服務型安全的均等性。我國社會保障領域法律體系不完善，一些重要改革缺乏上位法支撐，許多重要規定並非通過法律的形式作出，而是通過規範性文件的方式作出。對此，地位平等的原則可以糾正社會保障領域存在的根本性法律問題。

2. 內容適配原則

安全服務的樣態雖然會隨著社會生活的變化而改變，但這種動態化應當充分考慮不同群體的接受能力問題。這一原則要求安全服務的內容要與不同群體的行為習慣、生活習性、文化素養相匹配，而不能強制同一化。在信息時代如何為老年人等群體提供服務的問題值得認真對待。特別是通過手機等電子產品使用以及各種小程序的應用而提供的安全服務不能將上述群體邊緣化。新聞報導的黑龍江省某老人無法掃健康碼而與特殊時期防控人員發生衝突的事件就是服務缺乏適配性的表現。[22] 國務院於 2020 年 11 月 15 日出台了《關於切實解決老年人運用智慧技術困難的實施方案》（國辦發〔2020〕45 號）旨在為解決這一問題提供總體規劃，這一方案的具體落實仍需要地方政府出台人性化的措施。安全服務固然應當便利化，但便利不等同於簡單的數字化管理，人性化服務才是根本，這也是政府“以人為本”執政理念的具體落實。

（三）在防止負外部性的約束下，商品型安全應當遵循的法律原則

1. 最小不利原則

對作為商品出現的安全，相關職能部門不僅僅要對其是否具備相關性能進行監管，還要對其是否給其他人造成不安全隱患進行監管評估，從給社會造成最小不利的角度，審視新商品的安全性能是否恰當。無論從專利申請還是商品的生產、銷售，如果存在給他人造成危險、嚴重影響的時候，職能部門則應予以糾正，將其對他人造成的不利因素降到最低。比如：有的機動車輛為防止被追尾而在車輛後面加裝倒鉤裝置，雖然這樣可以增加自身的安全，但對行人及後面的車輛則會造成危險。對於此類問題，由於追尾情況，交警絕大部分均判定後車全責，從而會對後車向前車主張民事賠償產生影響。為了減少這種情況發生，市場監管等職能部門應對該類產品的安全性能在倒鉤最大尺寸、形狀、硬度等方面進行全面評估，制定對他人造成最小不利的自我保護產品的生產標準；還有電瓶車等車輛的聲音報警裝置，雖然在被盜竊時會發出聲響提醒車主。但在風雨之夜也會受雷雨聲音刺激而響個不停，影響他人休息。對此，市場監管等職能部門亦應當制定相關標準對非特殊場合的報警聲音設置分貝上限，在保證權利人財產安全的同時儘量減少報警產品對他人的影響。

另外，就私人保安服務而言，國務院出台的《保安服務管理條例》（以下簡稱《條例》）第二十九條規定，在保安服務中，保安員在執行武裝守護押運任務時，可以根據任務需要設立臨時隔離區。國務院法制辦工作人員就出台該《條例》答記者問時說道，由於沒有法律依據，保安員設立的臨時隔離區有時得不到群眾的認可和配合，個別人為了省時間、少走路經常穿越臨時隔離區，導致與保安員發生衝突。[23] 衝突的實質即隔離區劃定是否給其他公民出行造成不合理的不便。公安機關如何在隔離區劃定方面對保安公司進行監督，該《條例》並未規定，最小不利原則可以進一步為判斷隔離區是否恰當提供指導。

2. 綜合判斷原則

在判定相關商品是否會對他人造成不利影響時，除了參照現行的法律法規外，也可參照最為類似的規定判斷或者常識性判斷，因為法律法規本身就具有滯後性。另外，最高法第 128 號指導性

[22] 參見阿文：《老人用“老人機”無法掃碼被攔引發衝突》，載搜狐網2020年03月24日，https://www.sohu.com/a/382871473_632210。

[23] 參見《國務院法制辦負責人就〈保安服務管理條例〉答記者問》，載中華人民共和國司法部網2009年10月21日，https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zcjd/200910/t20091021_389912.html。

案例也明確指出：在國家及地方沒有光污染環境監測方面的規範及技術指標時，應當考慮光污染對人身的傷害具有潛在性、隱蔽性和個體差異性等特點，並應當從是否干擾他人正常生活、工作和學習，以及是否超出公眾可容忍度等進行綜合認定，而不是僅僅以沒有相關規定而判決受害方敗訴。例如有些校園為了車輛識別、道路監控等原因購買了高清攝像頭等產品。但在夜間因為光線暗的原因，攝像頭無法正常攝取清晰圖像，對此，廠商特意配置了高亮度 LED 照明設備安裝在攝像頭旁照明。雖然目前的法律對這種照明強度沒有法律規定，但這種強光照對行人眼睛所產生的危害或者對道路出行安全的影響卻與有光照強度控制的產品是一樣的，正因如此，國內有許多城市就對於戶外看板的亮度設有規定。[24] 對此，應通過綜合判斷的原則，來處理車牌識別器燈光是否違規等類似問題。商品型安全雖然是市場主體發揮創造性的結晶，但也要遵循上述原則才可以正當化。以上原則可以為相關監管部門提供指導。

（四）在公正性的約束下，資本型安全應當遵循的法律原則

智研瞻產業研究院的 2023 年報告顯示，“安全產業的投資前景廣闊，預計將繼續保持快速增長。隨著社會對安全問題的日益關注和需求的增加，安全產業市場規模將進一步擴大”。[25] 上述數據表明，安全設備領域已經產業化了，這對於經濟的發展或許會帶來增長，但也要警惕其資本化傾向，防止為利益而通過製造不安全來實現安全的現象出現。

1. 論證充分原則

安全作為人類生存的基本需求不應當被當作資本，否則就是安全的異化。正當性的約束就是要防止對安全的認知異軌地資本化。這一約束需要相關措施的出台必須經過充分的論證，也就是想要使用新型安全設備的一方必須進行充分的論證。而不僅僅是原來設備已經過時或難以滿足需要等簡單的說明。要具體對各種不安全類型深入分析，並表明將要採取的措施或方式有何建設性作用，而不僅是為了推脫法律責任或成為不認真履行職責的藉口。比如有些高校曾經為了維護校園安全而購買安裝無死角全套監控設備，理由是可以全面維護安全，一旦出現問題，保衛人員可以第一時間趕到。但後來又要安裝電子門禁系統，出入都要刷卡或刷臉，其理由也是為了徹底維護安全。但相關部門對於原先無死角監控設備在安全防範上存在哪些問題，以及新裝門禁系統的花費和帶來的邊際安全關係如何都無說明，似乎僅僅為了購買而購買，甚至還帶來了其他的不安全性。安全產品帶來的安全效用也是遵從邊際遞減規律的，所以，門禁等新型安全商品不是不可以使用，而是要通過充分的說明、論辯等嚴格的程序來避免將安全資本化，進而僅僅以安全為藉口來獲利卻忽視了真正的安全問題。

2. 程序透明原則

充分的論證固然重要，但仍需相關程序輔助才能發揮最大效用。這也是跳出問題找問題的一種方式，資本化的安全一定有收益方，收益方與提出動議者有沒有利益關聯，能否經得起公正的審視都離不開監督。而透明的程序恰恰可以降低監督的成本、提高監督的效率，進而防止安全被資本

[24] 例如《湘潭市城市容貌規定》（潭城執函〔2019〕82號）第124條規定，戶外電子廣告螢幕夜間亮度值應≤1000cd/m²；《益陽市城市戶外廣告設置管理辦法》（益政發〔2019〕8號）第19條規定，在商業區及其周邊設置的電子顯示幕，夜間亮度值應小於1000cd/m²；在其他地區設置的電子顯示幕，夜間亮度值應小於400cd/m²；《寧波市巡遊計程車智慧頂燈使用管理辦法（試行）》（甬客管〔2018〕127號）第4條規定，巡遊計程車智慧頂燈電子顯示幕，商業區域夜間亮度值小於400cd/㎡；其他區域夜間亮度值應小於350cd/m²；《北京市戶外電子顯示幕設置規範》（京政管發〔2008〕82號）第7條規定，在商業區及其周邊設置的戶外電子顯示幕，夜間亮度值應小於等於1000cd/㎡；在其他地區設置的戶外電子顯示幕，夜間亮度值應小於等於400cd/m²。

[25] 智研瞻產業研究院：《中國安全產業分析報告：安全產業成為國民經濟的重要支柱產業之一》，載搜狐網2023年9月7日，https://business.sohu.com/a/718436001_120815556。

化。推而廣之，該原則可以為政府採購提供指導，現行《中華人民共和國政府採購法》僅對決定採購後如何採購進行規範。但為了防止安全被資本化，應全鏈條遵循程序透明原則，從物品採購的初始環節就要充分徵求意見，在採購結束後，也應有諸如質詢等反饋的程序。

結語

古典自然法學認為：“國家的職責在於保衛每個人的生命和屬於今生財產的安全”。[26] 這一古老命題在新形勢下需要更為深刻的反思，因為影響生命或財產安全的因素發生了重要變化，一個是微觀化，如病毒；一個是虛擬化，如數字技術。面對這種逐漸影響人類生活的不安全因素，如何實現“高水平安全”的思考更加重要。通過對安全的類型化反思以及從價值層面分析不同類型安全正當化的標準，“高水平安全”的制度構建也需遵循相應的法律原則，其最終目的也是更好地貫徹落實總體國家安全觀，實現高品質發展和高水平安全的良性互動。

Abstract: “High-level security” is an inclusive concept, and a profound analysis of this concept is inseparable from an understanding of security. From experience, we can conclude that there are four main types of security perceptions: means-based security, service-based security, commodity-based security, and capital-based security. Their justification approach must follow the standards of human purpose, equality of content, prevention of negative externalities, and fairness. In specific legal systems, various types of security must follow corresponding legal principles under the constraints of the above standards. In order to achieve “high-level security”, implement the overall national security concept in a more standardized manner, and achieve a positive interaction between high-quality development and high-level security.

Key words: Digital Safe; Holistic View of National Security; “High-level Security”; Security Type

（責任編輯：唐銘澤）

[26] [英]洛克：《論宗教寬容》，吳雲貴譯，商務印書館2002年版，第38頁。

主持人語：信息隱私法的理論重構與未來圖景

鄭戈（上海交通大學凱原法學院教授，法學博士）

《信息隱私：制度議題與多元理論》一書，代表了近年來中文學界在信息隱私與數據治理領域進行理論化探索的重要努力。面對數字技術深度重構社會生活的現實，該書跳脫了法教義學對精確界權和靜態規則的傳統執著，轉而擁抱一種更具動態性與情境敏感度的理論框架。其核心貢獻在於，敏銳地指出信息隱私問題在本質上是個體權利、商業創新、國家安全、經濟效率及社會規範等多重價值與力量交織碰撞的場域，無法僅憑傳統法學中強調的個人信息控制權（如同意權）或形式化的概念界定（如區分“隱私”“數據”和“個人信息”）獲得根本解決。為此，本書創造性地借鑒並拓展了萊西格（Lawrence Lessig）的“多元規制”模型，將法律、市場、社會規範與技術架構（書中稱“架構”“物質結構資源”或“物質技術條件”）視為共同塑造信息流動與隱私實踐的四維框架，強調隱私保護的實效來自於這些力量在具體語境中的互動與平衡，而非法律的一元主導。這種理論進路，不僅有效拆解了“信息隱私”這一複合概念的模糊性所帶來的困擾，更重要的是，它為理解數字時代紛繁複雜的隱私爭議——從公眾人物隱私到數據交易困境，從算法歧視到聲譽修復——提供了一套連貫且具有解釋力的分析工具。此外，書中對“看破不說破”等本土隱私規範的深入發掘，對霍菲爾德法律關係理論的形式化運用，以及將“聲譽”作為信息治理核心機制的論述，亦為全球隱私話語體系注入了來自中國語境的重要思考，展現了法學理論連接社會經驗的可能性。

基於此，《信息隱私：制度議題與多元理論》本身也成為一個激發學術對話的重要節點。本次書評專輯收錄的三篇深度評論，均從不同維度對該書展開了細緻解讀與批判性檢視，進一步豐富和深化了我們對該書貢獻及其引發爭議的理解。《少有人走的路——評〈信息隱私：制度議題與多元理論〉》從方法批判與理論實用性的角度切入，認為《信息隱私：制度議題與多元理論》對形式主義法學的批評是服務於後續問題分析的“理論準備”，其價值在於揭示了形式主義在複雜問題面前的無力。該評論詳細剖析了書中核心採用的多元規制框架，肯定其概括性與啟發性的同時，也犀利地指出了其內在的“法律中心主義”傾向及理論局限。評論認為，多元規制框架在描述層面有意義，但作為操作工具則可能過於宏觀，常流於對四種因素的平面化列舉；更根本的是，該框架隱含地以理性選擇理論為前提，將所有規制最終還原為對行為成本收益的計算，這可能忽略了內在動機、文化認知等非理性或非經濟因素，也未能充分吸納“第一方、第二方、第三方”約束來源的分析視角。評論特別以書中對社會信用體系的分析為例，指出其遵循科學與工程範式的實用主義分析，雖然清晰有力，但可能低估了“政治過程”與權力分配在制度建構與運行中的核心作用。該文最後提出了一個深刻的見解：學術固然是“說破的藝術”，但在某些情境下，過於直白地揭示價值衝突與權力博弈（即“說破”），可能反而不如形式化的教義話語那樣，能夠形成“不完全理論化合意”，從而在掩蓋根本分歧的同時維護社會協作與穩定。這實質上是對純粹實用主義立場的一種現實主義修正。

《數字時代法律的道路：評〈信息隱私：制度議題與多元理論〉》一文，立足於數字社會轉型的宏大背景，高度肯定了《信息隱私：制度議題與多元理論》通過多元理論框架回應複雜現實的嘗試，認為其為法律人超越狹隘的法條主義、擁抱跨學科知識以應對技術變革提供了示範。該評論深入探討了多元規制理論在當下的適用性與局限性，指出其作為一個“起點”雖有啟發，但作為並列式框架，對法律、規範、市場、架構四者之間的動態關係與層次互動缺乏深入闡釋，使得理論在面對如生成式人工智能規制等新問題時，可能僅停留在常識層面而難以提供精細的對策分析。評論進一步將問題延伸至“關係主義法學是否可能”的探討，對書中運用霍菲爾德框架進行的“關係界權”分析，既肯定其形式化分析的清晰意圖，也指出其在整合社會關係理論、提供實質價值判斷方面的“扁平化”局限。最後，該文反思了法社會科學自身在面對數字時代不確定性時的定位，提醒我們外部社會科學並不一定能帶來比教義學更確定的答案，而法教義學在社會相對穩定後必然回歸，因此跨學科研究最終仍需以規範為導向，並融入法律自身的知識結構。

《從理論到理論》則將焦點集中在《信息隱私：制度議題與多元理論》的理論建構方法與發展方向上。該文敏銳地指出，數字法治研究欲保持前沿性，關鍵在於提升理論化程度，並應側重結合社會科學等外部視角，以及像霍菲爾德理論這類負載價值前見較少的形式化工具。評論贊同書中對經典理論（如萊西格的多元規制框架）應超越“口號化”和“平面化”運用、挖掘其層次性與動態性的主張，並通過重述萊西格理論中關於法律能動性、權力隱蔽性以及商業力量潛在侵蝕性的深層關切，展示了經典理論的持續生命力。同時，該文強調了經驗對於理論發展的重要性，主張以不斷湧現的新經驗（如清華食堂、武大圖書館等事件）去衝擊和檢驗既有理論框架（如“隱私權換”理論），從而實現理論的更新與拓展。此外，評論還觸及了理論研究者與實務界互動時的定位問題，指出實務界對理論的期待往往局限於為既定決策提供話語包裝（“第三性問題”），而學者應有意識地在更具實質意義的“第一性問題”上與決策者展開交流，避免在價值中立的幻覺中放棄知識權力與批判責任。

綜觀《信息隱私：制度議題與多元理論》原著與三篇深入且視角各異的書評，我們不難發現一條清晰的學術探索脈絡：面對數字技術對社會生活根基的持續滲透與改造，傳統隱私法框架正面臨前所未有的理論與實踐雙重危機，亟需根本性的重新思考。《信息隱私：制度議題與多元理論》以其宏闊的多元規制視野、對形式主義的批判、對本土經驗與經典理論的再發掘，為這一重構工程奠定了重要的理論基石。而三篇書評則如同精密的探針與鏡鑒，既標定了這塊基石的堅固之處（如突破教義孤立、擁抱跨學科對話、強調經驗敏感性），也精準地觸及其內在的張力與縫隙：無論是多元規制框架在動態解釋與操作轉化上的不足，霍菲爾德式關係分析在實質價值厚度上的相對扁平，實用主義進路對法律之外治理機制（如市場設計、技術標準、社區自治）論述的相對薄弱，還是對政治權力過程與社會非理性因素分析的潛在忽略。這些批評並非否定，而是建設性地將討論推向更深層次。它們共同指向的未來研究路徑愈發清晰：我們需要更為深入、細緻的跨學科整合，不僅停留在理論借用層面，更要發展出能融貫法學、經濟學、社會學、政治學、科學技術研究乃至道德哲學核心洞見的整合性分析框架；需要更加關注權力結構、社會不平等與歷史文化脈絡如何在數據採擷與隱私分配中運作；需要超越單一的“法律解決方案”思維，深化對多元治理機制協同與衝突的實證研究與精巧的機制設計；需要在理論抱負與實務轉化之間搭建更堅實的橋樑；最終，目標應錨定於探索在動蕩的數字化轉型中，如何構建既能保障個人尊嚴與自主性，又能促進創新公平與社會福祉，同時具備制度韌性和適應能力的治理願景。這無疑將是一場漫長而艱巨的學術與實踐征途，而《信息隱私：制度議題與多元理論》及其引發的這場重量級對話，已為這條“少有人走的路”點亮了關鍵的引航燈火，並劃定了下一段旅程有待探索的廣闊疆域。

（責任編輯：張竹成）

少有人走的路
——評《信息隱私：制度議題與多元理論》

楊子超*

摘　要　《信息隱私：制度議題與多元理論》首先對形式主義法學方法進行了細緻且嚴厲的批評。但這不是學派之爭，而只是為了後續的問題分析進行的理論準備。本書不僅在理論上貢獻頗豐，與實踐結合也相當緊密。隱私、數據、聲譽是本書的三大部分，其採用的多元規制模型覆蓋全面，但依賴理性人假設，且表現出法律中心主義傾向。在當前的技術條件下，社會信用體系本身能力不足，本書原創的“看破不說破”理論能夠予以回應。對社會信用體系的實用主義分析雖遵循了科學範式，卻忽略了政治過程，後者對於研究方法的評價十分重要，因為權力分配問題存在於制度建構和運行的全過程。

關鍵詞　形式主義　數據產權　多元規制　不完全理論化合意

一、方法批判作為理論準備

在一眾以信息技術為主題的法學研究中，“信息隱私”這一不符合法學著作常用題名語法的書名，顯得有些奇怪。這或許是作者有意為之的，至少他料到了讀者將要產生的困惑。所以本書的導論沒有喜聞樂見的學術八卦，而是一開始就直奔主題，從對書名的解析入手，展開了拳拳到肉的說理。但讀幾段導論，尤其是讀到，“作為法律人，我們就必須承認，和其他‘吃瓜群眾’相比，自己無非是湊熱鬧的時候多些專業或職業利益相關的角度而已，並沒有比旁人更能一錘定音的知識”，[1] 習慣了定義與操作概念的傳統法律學人可能會感受到“開幕雷擊”，進而產生懷疑：這本書是不是充滿了對於法教義學的偏見？畢竟名為爭個理，實則爭口氣的“學術爭鳴”並不鮮見。

“本書所整體採取的反形式主義立場”[2] 是十分明確的，但其對於形式主義的批評服務於整體的問題意識，並且基本是點到為止。具體而言，通過對公眾人物隱私問題，及其相應司法實踐和法學研究在中國與美國興起與演變的梳理，作者指出，以定義、分類以及確權為主要手段的形式主義法律方法，在解釋和應對隱私爭議與數據利用問題時往往流於表面，實際上不得要領，十分無力。

*　楊子超，山東大學紀檢監察學院助理研究員，法學博士。

[1]　戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第6頁。

[2]　同上註，第1頁。

更重要的是，對法律現實主義的簡短回顧說明，[3] 法律形式主義的這種無力一直以來都是房間裡的大象——它不是近十年數據爆炸帶來的新問題，也不是傳統隱私法領域特有的老問題，而是，“只要問題足夠複雜，形式主義其實從來都是指望不上的”。[4] 然而，由於形式主義到目前為止依然是法學研究和實踐中應用最為廣泛的方法，所以本書才必須要首先、著重、“尋釁滋事”[5] 地說明和建構貫穿全書的實用主義理論工具。易言之，其關於方法論的言辭雖然犀利，但卻是服務於分析和解決問題的。

絕大多數內容是批評之後的理論建構與應用。除去導論，本書分主要的三個部分：隱私、數據、聲譽，分別作為三編。作為信息法治的三個側面，它們的確糾纏不清，也缺少明顯的邏輯主線。筆者推測，作者如此排布有兩方面的原因。一方面，信息法治確實千頭萬緒，無法用單一視角較為完整地展現整個論域。而隱私、數據和聲譽可以用一個三圓交錯的韋恩圖來表示，[6] 它們在互有重疊的同時又保持了各自不可替代的角度，就像一台外科手術的無影燈，將信息法治的各個陰影死角一一展現。

另一方面，雖然本書的主要內容來自于作者已經發表的學術論文，但隱私、數據、聲譽的排布順序表明作者並不僅僅是想編撰一本論文集。筆者認為，三個議題是按照抽象程度由低到高，也就是由具體到一般的順序排列的。這不僅照顧到了大多數讀者的認知規律，更體現出驅動作者寫作本書的學術興趣——不單單是隱私，而是“信息隱私”。實際上，由前兩章構成的第一編（分別刨去兩章的最後一節）雖然也貫徹了實用主義的研究方法，但卻是新方法對老議題的解構。這一部分完整地展現了由來已久的隱私治理問題，但作者學術野心顯然不止於此。

一來，信息技術爆炸導致的信息產業發展使得隱私問題不再主要限於公眾人物，而是與每個普通人息息相關。因為普通人的個人數據在技術上能夠比以往更輕鬆地獲取，在這一背景下，是否以隱私為由阻礙個人數據的自由流動不僅關係到本人的幸福，更決定了數據驅動型經濟乃至強人工智能能否以及在多遠的未來實現。二來，創新性發掘的“看破不說破”理論其實是為數據信息治理準備的，因為對於前信息社會的隱私問題而言，這一理論其實少有用武之地，這也許就是它一直散見並潛藏於實踐的原因。然而，數據爆炸帶來的信息劇增大大激發了“看破不說破”的理論潛力。因為信息條件的改善意味著從前因為信息“架構”天然屬於秘密，從而不需要被作為隱私保護的許多事實與道理，將會越來越頻繁地被“看破”。但我們的隱私觀念和制度設計卻來自前信息時代，因此也就無法全然地依賴這些觀念和制度來回答，是否應當將如今能夠輕易“看破”的東西進一步“說破”。

所以前兩章雖然不失為優秀的隱私法研究，但著眼於全書，其主要的論證功能是從一個大家都能說兩句的議題引出第二編，也就是信息時代數據隱私治理的新問題。而最後一編則進一步地將前兩部分的分析一般化，指出無論是前信息時代的傳統隱私，還是信息時代的數據隱私，其主要的內在運行機理就是聲譽機制。[7] 以數據和算法為基礎，以法律為主要途徑的聲譽機制設計，實際上是以中心化的方式對整個社會價值體系與生產關係的主動重塑。換句話說，如果以社會信用體系為代表的新型信息法治要觸及社會生活的方方面面，無論是源於人工智能對生產方式的深度變革，還是來自主權者對理想政治的不懈追求，設計這樣的法律就是規定一個社會中的成員應該以何種方式進

[3] 同上註，第133頁。
[4] 同上註，第11頁。
[5] 同上註。
[6] 這種圖形經常用來描述不可能三角。
[7] 這種理解實際上有意地忽略了本書所總結的尊嚴、獨處、體面等價值維度。

行生產與生活，這樣的法律履行的實際上是憲法職能。[8] 也因此，本書得以完成其對自身意義的元論證：它不是隱私法著作，也不只是信息法治著作，它是一部與每個法學部門都多少有點關係的法理學著作。

作為一項法理學研究，自然就免不了讀者對理論創新的期待。一般而言，“什麼是你的貢獻”這類詰問難免引發窘迫。這比各類課題申報書中的創新點描述更加令人難堪，因為糟糕的選題至少還可以吹個泡泡，蹩腳的作品則無法按需撤回。但筆者確信，本書作者可以免于對這種窘迫的恐懼——幾乎每一章都不難找出學術貢獻。這些貢獻包括但不限於：率先應用了多元規制的分析框架、發掘了傳統社會規範中的“看破不說破”原理，並原創性地將其推廣為信息治理的一般理論、將數據議題類型化成為了更加清晰的三個維度、澄清了長久以來在數據產權議題中被廣泛誤解和誤用的科斯定理，並由此發現了數據交易停滯的癥結、引入霍菲爾德框架對數據相關權利和義務進行了重述、總結了社會信用體系的功能實質、提出了“增加信息”作為適應信息時代的信用修復手段、指出了社會信用立法的憲制屬性。

除了澄清和推進理論本身，本書的一大貢獻還在於展現了理論研究真的有可能指導實踐。通常來說，人文社會科學的理論研究往往長於批判而短于建設。面對被批評者或實務部門“你行你上”的回擊（無論有沒有道理），法學批評者常常只能顧左右而言他，因為自己的理論分析說到底無非是“‘複雜歸因’（社會根源）加‘簡潔應對’（堅持法治）”。[9] 然而再一次地，《信息隱私：制度議題與多元理論》可以正面回答這個問題。比如，本書指出，“科斯理論中強調的‘界權’並不是“流行認知中所講的‘界定財產（所有）權屬’，而只是為利益衝突的解決給個‘誰可以妨礙誰’的說法”。[10] 而數據交易雙方的主要擔憂就是，自己所買賣的數據可能會導致事前無法有效評估的法律風險（比如數據隱私傷害與數據安全風險），也就是，自己的交易是否被允許妨礙潛在的利益相關方。對於解決這一問題，作者認為，比建構物權更加有效的法律技術是構造安全港，而後者在現實中已經有了現成的載體，即尚未找到自身準確定位的數據交易所。由此，作者通過理論研究對於數據交易實踐面臨的困境給出了一個頗為具體的解決路徑，這種“我上真行”的表演確實令觀者拍案。

安全港只是應對數據交易風險敞口的一個工具，數據的法律治理顯然需要更加系統和基礎性的制度框架。對此，本書的分析表明，數據在物理性質上與人們熟知的實物財產有重大區別。“以保護抽象的排他訴求為基本功能的傳統財產權體制，與數據的規模價值和非對立性之間，是存在深刻張力的”。[11] 其實，按照作者的分析，以傳統財產權為基礎來構建數據治理體系，相對於社會期待數據能夠發揮的價值，以及現階段發揮這些價值所面臨的障礙來說，不僅僅是“深刻張力”，根本就是刻舟求劍，甚至南轅北轍；數字法學界已經逐漸並深刻認識到數據與有形物在功能上的重大區別，如今談及數據確權，洛克式的產權建構方案已經不那麼流行了。[12]

---

[8] 從這個意義上講，讀者也可以按照微觀、中觀與宏觀的邏輯把握隱私、數據、聲譽三部分內容。

[9] 戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第15頁。筆者認為這種說法有些失於偏頗，至少類似建構產權的解決方案不能僅僅以“堅持法治”來概括，雖然本书作者在後續的論述中論證了這種方案不僅過於籠統，方向也不對。

[10] 戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第141頁。

[11] 同上註，第137頁。

[12] 參見胡淩：《數據要素財產權的形成：從法律結構到市場結構》，載《東方法學》2022年第2期，第120-131頁；包曉麗：《二階序列式數據確權規則》，載《清華法學》2022年第3期，第60-75頁；周漢華：《數據確權的誤區》，載《法學研究》2023年第2期，第3-20頁；丁曉東：《新型數據財產的行為主義保護：基於財產權理論的分析》，載《法學雜誌》2023年第2期，第54-70頁。當然，也有學者繼續從實用主義的角度論證數據產權的合理性。參見熊丙萬、何娟：《數據確權：理路、方法與經濟意義》，載《法學研究》2023年第3

二、多元規制框架的創新與無力

“任何沾上信息技術的東西都扛不過時間的摧殘”。[13] 所以一部著作是否能經得起歲月的考驗，不僅在於其設想和預測是否能夠落地，更在於它所提供的方法是否能夠被後來者持續、有效地使用。《信息隱私：制度議題與多元理論》堪稱表達方法的範例，加上中外通吃和巨細無遺的文獻挖掘，一定程度上可以用作相關領域的研究手冊。首先，該書概念使用克制，語言表達精準，內容編排合理，讀起來十分流暢。更重要的是該書的學術考據不僅十分嚴謹，這從第 50 頁的註腳 4 可窺見一斑——有多少法律人知道圓形監獄並非出自那位我們想當然的邊沁？[14] 而且相當全面——幾乎所有非原創的觀點與事實都會以註腳的形式註明出處。[15] 對於專業讀者來說，相對於全書尾註，這種即時的溯源不僅可以為後續的研究提供相當大的便利，即時本身也能夠增強內容的可信度，節省懷疑編造所占用的注意力。所以在形式上，本書可以作為寫作方法的教學案例，硬要說美中不足之處，可能是對於不太勤快的讀者來說，若要將其充分利用，用作研究手冊的話，缺少細目與索引。

（一）何為多元規制框架

更有趣的是實質的研究方法，其中最引人注目的可能就是第一章首先祭出的多元規制分析框架。根據這一框架，法律、社會規範、物理架構以及市場都能夠作為規制工具來控制人的行為，而其中的法律又可以通過控制其他因素而間接控制人的行為，是主權者可利用的最具能動性的規制工具。此框架由美國著名網絡法學者萊斯格總結而成，在上世紀末，他指出這是一種新興的，繼承但區別于老芝加哥學派的研究進路，遂稱之為“新芝加哥學派”。[16] 雖然有很多法律學者很早就意識到法律之外還存在著重要的多元社會控制手段，也早有學者使用“架構”這一幾乎是為網絡法研究量身定制的概念。[17] 但在筆者的檢索範圍內，《信息隱私：制度議題與多元理論》的作者是中文世界中最早對這一框架進行專門引述並將其深度嵌入自身研究的學者。[18]

自此之後，萊斯格所總結的這一行為規制模型被越來越多的中文學者使用。[19] 毫無疑問的是，四種規制手段的劃分避免了重疊，也足夠簡潔。即使是初次接觸也能夠一眼明了這四種規制的含義並立馬上手操作。但目前對此模型的運用，包括《信息隱私：制度議題與多元理論》，都沒有提及萊斯格當時對其作出的深入討論，後者實際上才是萊斯格當時的重點。並且，在筆者看來，相對於

期，第54-72頁。兩派觀點的總結，參見申晨：《論數據產權的構成要件：基於交易成本理論》，載《中外法學》2024年第2期，第346-365頁。

[13] 參見戴昕：《犀利還是無力？——重讀〈代碼2.0〉及其法律理論》，載張志銘主編：《師大法學》2018年第1輯，法律出版社2018年版，第252頁。

[14] 雖然對於這一思想的傳播和理解而言也並不會有什麼實質性影響。

[15] 準確地說，考據的細緻、準確與全面體現的是作者“一力降十會”式的詩外功夫。這使得後來的學術批評幾乎無處置喙。

[16] See Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 Journal of Legal Studies 661, 661-692 (1998). 這一研究方法隨後被寫入其著作《代碼》之中，此書的修訂版《代碼2.0》於2009年在國內翻譯出版，隨即成為了國內網絡法研究的必讀書。參見[美]勞倫斯 • 萊斯格：《代碼2.0：網絡空間中的法律（修訂版）》，李旭、沈偉偉譯，清華大學出版社2018年版，第132-150頁。

[17] 參見胡淩：《網絡安全、隱私與互聯網的未來》，載《中外法學》2012年第2期，第379-394頁。

[18] 參見戴昕：《公眾人物的隱私保護：一個框架性理論重述》，載《現代法學》2017年第2期，第166-180頁。

[19] 參見王博陽：《信用聯合獎懲的制度演化與法理邏輯》，載《法商研究》2024年第3期，第137-151頁；李錦華：《從對抗到合作：個人信息處理關係的範式轉換》，載《西南政法大學學報》2023年第5期，第122-134頁；吳亮：《論學生網絡欺淩的法律規制模式》，載《青少年犯罪問題》2023年第2期，第125-132頁；吳林昊：《借助規範互動的法律實施研究——以無理由退貨制度為例》，載《時代法學》2022年第2期，第42-54頁。

多元規制模型本身，這些討論更具理論啟發性，它涉及這一模型的內部有效性和外部合理性，也就是是否能夠有效地影響行為以及這種影響本身在更宏觀的視角看來是否能夠被接受。

形式主義法學沒有實質的行為理論。[20] 法律形式主義者不怎麼關心人們是否真的按照法律的規定或教義的解釋行動。換句話說，就理論前提而言，他們要麼假設，只要法律作出規定行動者就會遵照規定行事，要麼認為，人們是否實際上遵守法律並不是“法學”研究應該關心的事情。無論哪種觀點，作為一項問題導向的研究，都很難讓人信服。相較而言，舊的芝加哥學派引入了理性選擇作為基礎的行為理論，較為一致地解決了上述問題，即便其基本假設在面對複雜現實的時候依然可能產生系統性的偏差。

（二）多元規制框架的深層邏輯

萊斯格在論述多元規制框架的應用前景時，曾引入主觀約束與客觀約束的區分，用來衡量規制的實際有效性。一個行動者可能受到客觀約束而不自知，比如激情犯罪者不會想到將來要受的刑罰；行動者也可能在客觀上並未受到約束時以為自己受到了某種約束，比如並沒有設置闖紅燈拍照的紅綠燈路口。總之，主權者要想控制人的行為，無論其採用什麼手段，終究都要轉化為行動者頭腦中的主觀約束，這在文中被稱為行動者對規制的內化。[21] 形式主義法學沒有或不關心這一區分，而在筆者看來，現實主義法學用以批判形式主義的核心觀點所揭示的很大程度上其實就是客觀約束與主觀約束的落差。這種觀點認為，由於現實世界影響因素的多樣性，法律對人起作用的實際途徑與效果，與其字面規定以及法學家所期待的總是相去甚遠。但現實主義者沒有給出替代理論，接過這一重擔正是萊斯格所說的舊芝加哥學派，後者在市場與社會規範這兩個方向上已經作出了諸多有益探索與建設。

他們與所謂新芝加哥學派的首要區別在於對法律能動性的不同觀點。後者的研究在一些特定的問題上證明了，法律能夠通過影響市場、社會規範與架構來間接實現由立法者集體理性所預設的目的。儘管萊斯格總體上也傾向於支持這一觀點，其後續的討論卻表明，這種影響並不總是能實現。比如，為了描述規制手段的功能特點，他進一步設置了觸達性（immediacy）與可操作性（plasticity）兩個指標維度，但他認為四種規制手段在這兩個維度上並沒有固定的表現，而是取決於具體的場景。也就是說，法律在某些情況下並不比其他手段更具可塑性，反過來，其他手段可能也並沒有比法律更加直接有效。

這會大大削弱多元規制框架的一般性。乍看起來，多元規制模型似乎可以用於開展對任何行為的規制分析，而不僅僅是有關信息網絡的行為。但很多時候，在對一個特定的行為開展這一工作時，根據這種行為所牽涉的一目了然的具體特性，研究者會在一開始就比較輕鬆地察覺到，多元規制手段中的某一元將會在規制工作中起到主導乃至決定性的作用。這導致多元規制的分析在很多場景中會流於形式，也就是在走過場似地逐一分析多元的規制因素後，徑直深入探討其中的某一元因素。在這個意義上，多元規制模型就不像看起來的那麼實用，對於很多研究來說它過於宏觀，也許更適合作為一個描述而非操作框架。

數字法學的研究可能也說明了這一點。多元規制模型能夠在現有的許多此類研究中得以運用，

[20] 參見戴昕：《好摘的桃子難啃的骨頭——評〈物權法之經濟分析：所有權〉》，載蘇力主編：《法律書評》第13輯，北京大學出版社2020年版，第17-30頁；張永健：《法經濟分析——基本立場與教義應用》，載蘇力主編：《法律書評》第13輯，北京大學出版社2020年版，第3-16頁。

[21] 與理性選擇理論中對外部性的內化有細微的差別。核心思想都是將原本外在于行為主體的損益加諸於這一主體，迫使其在決策時考慮自身行為對社會產生的全部影響，而非僅僅是對自己的影響。區別在於，萊斯格所說的內化強調的是理性選擇理論中認為已經完成的內化，比如通過法律規定給違法行為設置懲罰，在現實中往往走不完內化進程的“最後一公里”，即行動者必須要真正感知到這一潛在懲罰。

可能並非是由於其全面性，而只是因為數據社會的興起，使得作為其中一元規制手段的架構越來越具備了在傳統線下物理世界中常常缺失的可用性。而架構又是在多元規制模型中作為一個創新性的概念而提出的，[22] 所以在必須使用架構這一概念才能準確地描述、研究和處置信息網絡法相關問題的背景下，[23] 多元規制模型就總是會被順帶提及。本書在結束了隱私問題的討論之後，實際上也還是在隱蔽地使用多元規制框架，只是很少再刻意地說明，這可能反映出了這一理論模型隱含的邏輯缺陷。

（三）多元規制框架隱含法律中心主義

萊斯格認為，舊芝加哥學派中的法律經濟學過分地強調了市場的作用，同時否定了法律規制市場以及通過影響市場進而規制行為的能動性。他認為這種能動性在很大程度上是可能的，所以將市場作為多元規制手段之一與法律並列放置，並且將其作為法律的間接手段之一。筆者認為，與其批評舊芝加哥學派是市場中心主義，不如說是萊斯格，某種程度上也是推介多元規制模型的本書作者，抱有一種寄託在法律之上的理性主義理想。只是，這其中多少有點法律人的一廂情願。

即便適合的規制手段不那麼容易找到，一個非法律出身的治理者在追求某個治理目標的時候，首先想到的也會是架構。因為無論在空間還是時間上，架構對行為的約束都具有最高的觸達性，並且在特定的場景中具有優秀的可操作性——很多八零與九零後都有假期被反鎖在家裡的記憶。線上下世界裡，架構有時之所以不可用，第一是因為技術、成本與觀念的限制使其喪失了可操作性——不是所有社會都有能力部署天網系統；第二是因為架構的靈活性欠佳——把大門從外面栓上，萬一失火了怎麼辦？[24]

架構不可用時可以考慮法律，比如與小孩約定不出門的獎賞與出門的懲罰，但多數時候起作用的是社會規範。第一是因為，那些基礎性的社會規範猶如人腦的固件，只要是情商及格的人，對於那些會冒犯別人或是會給自己招致難堪的行為幾乎具有直覺性的感知；第二是因為，正如本書的作者所強調的那樣，社會規範的監控與執行是分散的，因而成本低廉，進而具有高觸達性。但原有社會規範的運行是一回事，創設新的社會規範是另一回事。主動利用社會規範來實現規制會面臨高昂的規範創業成本，所以很多時候，社會規範只能作為一個給定的背景。法律要通過社會規範來實現自身目標，實際上也是一種規範創業活動，因此同樣要面臨高昂的創業成本。[25] 也就是說，雖然法律自身的操作性優良，但社會規範的低操作性會成為瓶頸。所以，當社會規範無法倚仗時，法律也只能親自出馬，但在此之前，還要面對市場的考驗。

（四）市場：一元還是一層

由於同樣不依賴事後的懲罰或獎賞，市場對行為的觸達性僅次於架構，同時市場運作的核心——供求關係和價格機制在一定程度上也是可以操作的。法律本就是現代市場經濟的基礎設施，比如本書所批判的數據產權，實際上就是要給數據冠以法律上的物權從而促進交易。法律能動性地影響市場從而影響行為的最為廣泛的方法是直接操作價格，也就是徵稅與補貼。向燃油徵稅，提高成品油的價格，人們就會減少使用或購買燃油車；反之，補貼電力和電池，人們就會增加使用和購買新能源車。在市場運作失靈的時候，法律也可以直接使用命令與控制手段規範行為，比如禁止買賣人口。看起來，在面對市場時，法律好像全然沒有了之前面對架構和社會規範時的無奈，顯得勢

[22] 正如萊斯格所強調的，這並非原創，圓形監獄就是典型的架構之治，但對於架構的研究在以往佔據法學學術主流的權利範式中確實沒有那麼受重視。

[23] 參見胡淩：《數字架構與法律：互聯網的控制與生產機制》，北京大學出版社2024年版。

[24] 需要注意的是，這容易與可操作性混淆，實際上是多元規制框架的先天缺陷，此處暫且擱置。

[25] 參見[美]埃里克·波斯納：《法律與社會規範》，沈明譯，中國政法大學出版社2004年版，第43-47、169-222頁。

均力敵，甚至技高一籌。

然而，市場這一概念的外延要大得多。當流媒體平台普遍設置了付費墻這一技術架構之後，實質上只是提高了用戶搜尋盜版資源的成本，對於那些樂意稍微花點時間的人來說，盜版的電影和音樂仍然唾手可得。當吃瓜群眾將“渣男”與“小三”釘在恥辱柱上時，出軌需要考慮的只是能否負擔由此帶來的精神壓力和可能的社交孤立所導致的經濟損失——都只是成本。同樣，當法律禁止生產與銷售含酒精飲料時，也只是讓消費者要花更多的錢才能買到，比以往花同樣價錢能買到的品質更低的酒——也只是成本。[26]

所以無論是架構、社會規範還是法律，最後都是通過市場這個基礎性的資源配置機制來產生所謂的主觀約束，而多元規制中的“市場”只是一種狹義的市場，即以貨幣標價的商品市場。[27] 如此一來，多元規制模型就應當轉變為三層而非原先的兩層結構。這種咬文嚼字看起來似乎有些過於“法經濟教義學”了，但筆者認為，這正是理性選擇理論最為核心的洞見——人的行為直接並且僅源于其對行為後果的成本—收益分析。將市場單獨作為一層雖然略微增加了模型的複雜度，但實際上卻緩解了之前各規制手段相互影響導致理論分析沒有落腳點的困境。這並非法律經濟學的市場原教旨主義，而是理性選擇的理論結果，後者也是多元規制框架承認的邏輯前提。

（五）多元規制框架的局限及其改進方案

如果遵守理性選擇這一邏輯前提，那麼多元規制框架對規制因素的歸納至少是完整的。本書作者在分析過程中對行為經濟學理論的使用進一步表明，即使放鬆假設，引入有限理性的考量，也只會改變分析結論而不會影響分析結構。但若繼續放鬆假設，多元規制框架就可能會出現遺漏。人的行為確實基於成本—收益分析，將主觀效用的增長都定義為收益在解釋層面問題也不大，但若將一切追求這種收益的決策都定義為理性選擇，則理論預測會無所適從，因為利他動機，以及更一般性的內在動機的動力機制與理性選擇並不一致，甚至相反。比如，理性選擇理論預測懲戒和獎勵會減少會增加目標行為的數量或強度，但對內在動機的研究卻發現二者可能會產生相反的效果。[28]

相較之下，舊芝加哥學派常用的另一個分析框架就更加全面。這一框架按照來源將行為面臨的約束分為三類，分別是第一方，第二方與第三方。[29] 第三方約束來源於國家，最典型的此類約束就是法律。之所以稱之為第三方，是因為國家通常並不是行為能夠直接影響的對象。如果約束來自這樣的對象，那麼就稱之為第二方約束，比如，即使不存在合同法，違約也必須考慮來自交易對手的報復，前文所說的社會規範就屬於這一範疇。[30]

---

[26] 事實上“禁酒令”確實使得一些中等品質（物美價廉）的酒消失了，這是由釀酒所必須的技術架構所限，但離完全禁止還差得遠，參見[美]丹尼爾·奧克倫特：《最後一杯：美國禁酒令的立與廢》，鐘志軍、羅夢玲譯，中國民主法制出版社2022年版。即使是代孕、人體器官移植這種技術條件苛刻從而高度依賴專業人士和基礎設施的交易，也無法完全消滅黑市。

[27] 這不僅僅是一種語詞，它在後果上達成了對市場要素的矮化。也許正是這一技術中立的包裝使得本書能夠在後來以“發展和現代化敘述”調和“自由主義敘事”與“國家主義”敘事，也因此遺漏或規避了可能是最重要的價值問題。參見戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第215-233頁。

[28] See Uri Gneezy & Aldo Rustichini, *A Fine Is a Price*, 29 Journal of Legal Studies 1, 1-18 (2000).有學者認為社會信用體系能夠通過機制設計激發行為者守法的內在動機，參見王博陽：《信用聯合獎懲的制度演化與法理邏輯》，載《法商研究》2024年第3期，第137-151頁。本書作者其實也注意到了信用承諾對激發內在動機的正面效應，但筆者認為，正是由於多元規制模型的理論前提無法在分析中整合內在動機，所以本書對其著墨不多，參見戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第220頁。

[29] 參見[美]羅伯特·埃里克森：《無需法律的秩序：相鄰者如何解決糾紛》，蘇力譯，中國政法大學出版社2016年版，第129-143頁；[美]勞倫斯·弗里德曼：《碰撞：法律如何影響人的行為》，邱遙堃譯，中國民主法制出版社2021年版，第303-345頁。

[30] 當然，社群與國家並不是涇渭分明的。社群足夠成熟之後其功能也就與國家無異，此時社群的非正式規範也就會演變為正式規範，也就是法律。

較難進行規制分析的是第一方約束。第一方約束來自于行為者的內心，也就是受內在動機驅動。通常認為，內在動機對人的約束具有無可替代的觸達性，但由於其源于行為者的自然稟賦、人生閱歷、道德教化等生物和文化因素，對於規制者來說，囿於時間與手段，這一規制路徑都不具有可操作性。這也許是多元規制框架隱性地將內在動機歸結為規制對象（主觀效用的成本—收益分析）而對其工具價值加以忽略；三方規制框架也僅僅對其進行描述而非使用的原因。但数字信息技術可能已經為規制者創造了將內在動機納入規制工具箱的充分條件。[31]

更重要的是，以上兩種分析框架也許是可以整合的。三方規制框架說明規制權力的來源，而多元規制框架則描述規制方法的類型。也就是說，無論是第一方、第二方還是第三方，當他們準備或已經對某種行為施加約束的時候，都能夠使用多元規制框架進行建構和描述。如此嫁接，便能形成一個從中觀到宏觀覆蓋全面的規制分析框架。

三、學術表達的“看破不說破”

也許是因為意識形態偏見，在中國的社會信用體系只是初具雛形的時候，就有不少外國學者杞人憂天地將其類比為奧威爾式的反烏托邦統治技術。本書作者當時就注意到了這一現象。[32] 雖然也有一些西方學者對社會信用體系進行了客觀的分析並且給出了正面評價，但時至今日，依然有很多西方權威學者保持著對這一制度的高度警惕。[33] 與此同時，正如書中所說，社會信用體系在國內無論在實際應用還是理論研究上都呈現出收縮或停滯的狀態。作者認為這屬於初步勝利後的鳴金收兵，但筆者更傾向于將其看作屢次碰壁之後的不了了之。

這些碰壁根本上是由技術層面的能力不足而內生的，也就是說，社會信用體系並不能實現其預設的目標。根據作者的提煉，截至其寫作時，社會信用體系具有或應當具有三種功能邏輯：法治分散、德治集中、規制強化。他也敏銳地察覺到，社會信用體系的遠景是全面接管重要社會經濟生活的綜合性治理體系，所以，“整體性設計與規劃的困難，是社會信用體系建設在當前和今後推進時最難克服的”。[34] 但事實上，此類困難更多是科學問題，至少是社會科學問題，而不單單是工程問題——在獲得答案之前，沒有人知道答案是否真的存在。筆者在日常生活中總是有這樣一種經驗：一種工具如果集成了太多的功能，它在具體實現這些功能中的某一項功能時，效能往往差強人意。當然，“類比思維的誤導性是極強的”，[35] 而要將這一假說推廣到所有的工具，乃至只是被類比為工具的法律制度上，未免過於民科。所以筆者的傾向是無所謂的，我們暫且假定，信息科技最終會進步到能夠揭示事物之間哪怕最微小的普遍聯繫。即使如此，這樣一種孔德式的社會控制工程可能仍然是不可欲的。[36]

首先是因為，我們無法有效估計和控制這一系統在建設過程中由科技不完善所導致的錯誤裁判

[31] 參見楊子超：《規訓與賞罰：論法律的遊戲化》，載《華東政法大學學報》2023年第4期，第153-164頁。

[32] 參見戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第212頁。

[33] 參見戴昕：《信用法治研究：“瓶頸”與前景》，載《地方立法研究》2025年第2期。另見[以色列]尤瓦爾·赫拉利：《智人之上》，林俊宏譯，中信出版社2024年版，第215-219頁；O. Ben-Shahar, *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Oxford University Press, 2021, p. 166.

[34] 戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第243頁。另參見閆申：《信用評價跨場景使用的法律規制》，載《地方立法研究》2025年第3期，第58-77頁。

[35] 參見戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第136頁。

[36] 參見鄭戈：《在鼓勵創新與保護人權之間——法律如何回應大數據技術革新的挑戰》，載《探索與爭鳴》2016年第7期，第79-85頁。

和相應的社會成本。社會信用體系的最終形態是一個與複雜現實高度匹配的複雜系統。但在向這一形態演化的過程中，它會一直是一個不完整的複雜系統，這其實還不如一個完整的簡單系統，因為前者產生的偏差往往要大於後者，並且更不透明。[37] 比如，在傳統的法律框架內，無論對哪一類行為，負面的公共評價往往只在那些負面行為的後果較為嚴重時啟動，這能夠給予各類行為較為均衡的規制力度，也在很大程度上能夠降低錯判的概率和絕對數量。但社會信用體系縮小了行為考察的顆粒度，而同時由於科技的不完善，這種細化是不均勻的，也就是會給某一類負面行為配備與其實際危害後果不相稱的考察細微性。這將增加此類行為中任何一個微小的子行為在整個規制體系中的權重，而後者本應當是著眼全域的。[38] 以人工智能和大數據為代表的信息科技，其在社會信用體系中的預測能力要超過某個門檻變得可用，也許不是一個均衡、線性的發展過程，那麼社會信用體系如果堅持要包羅萬象，可能也就無法以漸進的方式來完成部署。

其次，這一體系作為一種規制手段不夠靈活。萊斯格所提出的觸達性與可操作性是對手段的合目性的考察，這無可厚非，但卻必須基於一個前提，那就是規制目的本身的明確和正當。然而，社會作為一個整體可能並不存在一個能夠以大多數人有能力理解的方式清晰定義的目標，或者說，這個目標本身就由安全、富裕、尊嚴、體面等等各個子目標的動態調整來構成，而這一過程需要每一個行動者靈活的分散式運算，或者，至少是每一種部門法條塊分割的運行來完成——條塊分割不僅僅滋生官僚主義，它就像輪船的水密艙，保證了一個局部的錯誤不會輕易地蔓延到整個系統。

最後，更進一步地講，社會目標無法定義的真正原因可能是缺乏共識。通常，對某個目標的追求會犧牲另一個或幾個目標，而其間的取捨，就像作者在公眾人物隱私問題中所洞察的那樣，最後往往會落腳在對平等與效率的權衡——關鍵就在於，這種衡量很可能是拿不上，或更準確地說，不應該拿上檯面的。

所以，評估規制手段合目的性的前提條件並不像法學研究者想像的那樣容易滿足，我們實際上總是在假設這一前提的成立。而吊詭的是，從實質上來說，是社科法學，而非法教義學，更依賴這一假設。社科法學的研究者往往將自己想像成為乙方的工程師。對這一角色而言，首先搞清楚甲方的需求，然後根據需求給出成本和現有技術水準約束下的工程方案，實在是一個再正常不過的工作思維，這也是《信息隱私：制度議題與多元理論》的主張："政策判斷在先，法律建構在後，這一邏輯理應是清晰的"。[39] 但現實，尤其是人類組織的現實可能是不講邏輯的，起碼不太講工程邏輯。首先，制度不一定需要一個前置、清晰的目標，因為不同群體有時存在根本性的，也就是僅靠論證說理斷然無法彌合的價值分歧。但此時，一個暫且擱置深層爭議並能夠在很大程度上增進群體福利的規制體系仍然是有可能的，這就是桑斯坦所說的不完全理論化合意。[40]

形式化的，從而時常讓人感覺隔靴搔癢的教義分析在很多時候就能夠掩蓋這種深層的裂隙，使暫時無法解決的矛盾不至於浮至表面，讓人討論任何細微的問題時都能一眼看到。如此，即便有爭論，也只會表現為概念和學說之間的"代理人戰爭"。相較而言，重實質輕形式的社會科學研究會把無論大小的問題全都暴露出來，其中就包括真誠地指出需要對平等與效率作出取捨，因為這就是

[37] 參見[以色列]丹尼爾・卡尼曼、[法]奧利維耶・西博尼、[美]卡斯・R.桑斯坦：《雜訊》，浙江教育出版社2021年版，第153-155頁；[德]格爾德・吉仁澤：《風險認知：如何精準決策》，王晉譯，中信出版社2019年版，第145-148、272-283頁。

[38] 建基於新興科技的制度會對不同社會群體的造成非對稱影響，本書作者的最新研究已將其建構為了一個包容性較強的一般理論框架，參見戴昕：《"數字拉齊"：數字法治議題的知識線索與分析框架》，載《中外法學》2026年第1期，第42-61頁。

[39] 戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第100頁。

[40] 參見李晟：《作為社會共同體建構技術的法律修辭》，載《法學家》2020年第3期，第1-14頁。另見田雷：《"差序格局"、反定型化與未完全理論化合意：中國憲政模式的一種敘述綱要》，載《中外法學》2012年第5期，第927-951頁。

它引以為傲的特長。

然而，掩蓋問題畢竟不是解決問題，很多時候，即使問題無法解決，也需要作出決斷。避免決斷變為擅斷少不了溝通與討論，但受制于種種現實因素，對於關乎全社會的問題，真正能夠參與有效討論的人總是極其有限的。所以某種價值能否在決斷中被賦予權重，很大程度上取決於重視這種價值的人是否具有相應的話語權。因此，通過某種制度來決斷資源的分配（社會評價實質上還是在分配資源），不僅僅是一個工程問題，還是，甚至更多是一個權力確認和平衡的問題，換句話說，討論如何建構這一制度的各方不僅僅是這一社會工程的乙方，他們同時也是甲方。即便只從專業分工的角度講，法律人也不可能放心地將治理目標的本體論證（決斷）任務完全交給其他職業或專業。事實上法律人確實在制度議題上擁有高出其他領域的權力，這一方面是因為法律本身對社會生活方方面面的嵌入性，另一方面，也許是因為，權力最重要的，甚至是本質的特徵，就是無法，或無需解釋——如傑克遜大法官所言：“我們說了算不是因為我們不犯錯，我們不犯錯是因為我們說了算。[41] 權利話語容易武斷，時有含混，稍不注意就會自相矛盾，常常又落入循環論證，[42] 但也許，“不明”才能“覺厲”，雖然這毫無疑問是論證品質的硬傷。

從這個意義上講，《信息隱私：制度議題與多元理論》對於制度建構思維的澄清和批評似乎並沒有充分考慮（平均意義上）法律人的真實處境。“實際上，如果法律人安於將自身的論域限定在第三性問題上，這無非是導致其對數據議題的可能貢獻相當邊緣。但麻煩的是，鑒於法律人的制度影響力，如果其堅持要所有人都將第三性問題當作第一性問題討論，那麼數據制度的建構，恐怕在整體上都可能被帶偏方向。”[43] 誠如其言，將自身論域限定在第三性問題上的實質後果並不會是將影響力也限制在第三性問題上，那麼就有理由懷疑，法律人將第三性問題當作第一性問題討論，是故意的還是不小心的?

其實無所謂。在電視劇《大明王朝 1566》中，嘉靖皇帝主政的大明久旱無雪，所以欽天監的官員周雲逸冒死上奏，認為是朝綱不正所致；作為一個封建王朝的祭司，他一定真誠地相信朝綱與天氣之間的因果關係。對於整頓朝綱來說，清醒的頭腦也並不必然比這種無知更有效。當然，朝綱是否應該，以及往哪裡改正依然是一個需要回答乃至決斷的第一性問題。在一個本身無偏的社會中，權利話語肯定會導致決斷後果的系統性偏差——拿著限制公權力的錘，自然哪裡都是侵犯私權的釘子。但當社會有偏時，問題就變成了，如果沒有拿著這柄錘，可能就更難看見釘子。老實說，這幾乎不構成對《信息隱私：制度議題與多元理論》的批評，因為它並非沒有這柄錘——“如果以聯合獎懲為核心內容的信用激勵措施無法以科學設計為基礎，始終處於盲目和即興而為的狀態，那麼其不但確實可能被濫用”，而只是志不在此。[44] 但它確實構成了對形式主義法學論說的解構。從說理論證的角度出發，這無疑是理所應當的。但如果將視角拉遠，皇帝身著空氣新裝固然愚蠢，但戳破皇帝的新裝在某種背景下也可能並不明智，因為剝奪一些人對權力的掌控並不會瓦解權力本身，這將開啟對權力的爭奪，過程經常伴隨失序，結果也不一定會更好。[45]

---

[41] Brown v. Allen 344 U.S. 443 (1953) at 540 (Jackson J.concurring)，轉引自蘇力：《法條主義、民意與難辦案件》，載《中外法學》2009年第1期，第 93-111頁。

[42] 參見桑本謙、翁成龍：《法律解釋方法的反覆運算升級——以共有人優先購買權為例》，載《開放時代》2025年第4期，第170-187页。當然，事物是普遍聯繫的，這使得任何論證最後都會構成某種邏輯閉環，但這裡說的迴圈是邏輯鏈條過短以至於沒有新增事實性知識的迴圈。當然，法教義學並不會罔顧事實，相反它對特殊性的個案事實十分重視，經常強調“在事實與規範之間輾轉遊移”；它所忽略的是一般性的科學事實。

[43] 戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第101頁。

[44] 同上註，第233頁。

[45] 參見鄭戈：《功能分化社會的法學與經濟學——圭多・卡拉佈雷西與〈法和經濟學的未來〉》，載《中國法律評論》2019年第2期，第162-174頁。

四、結語

現實地講，學術是說破的藝術，而藝術在於適度，過猶不及，所以本文作者很可能才是自己所批評的那個小孩。學術地講，這些批評既有些“不講武德”，也顯得不自量力——以筆者的年紀，在人文社科領域談論方法著實過早。但本文並不會因此喪失學術合法性，因為其所評之作足夠硬核——假設之內，無懈可擊。因此，如果全然懷著批評的目的去閱讀本書，那麼收穫最多的只會是沮喪。批評者會在閱讀的過程中不斷發現，原本寄予厚望的“觀點猛將”或“角度法寶”原來早已在沒有讀到的章節中嚴陣以待——想到的和沒想到的，都至少是以一編之內最優的形態編排在了書中。所以必須承認，本文選擇討論方法出於一定程度上的無奈。但同時，現實主義法學這條如今少有人走的路可能確實需要更加“現實”。實用主義的對立面不一定是形式主義，還可能是理想主義。而一個實用主義者即使拒絕形式主義與理想主義，也應該欣然接受形式與理想的實用性。

Abstract: “Information Privacy” begins with a meticulous and rigorous critique of formalist legal methodologies. This is not a sectarian debate but rather a theoretical preparation for subsequent problem analysis. The book makes significant theoretical contributions while maintaining close ties to practical applications. Privacy, data, and reputation constitute its three major sections, and the pluralistic regulatory model it adopts is comprehensive, though it relies on the rational actor assumption and exhibits a legal-centralist tendency. Under current technological conditions, the social credit system itself remains insufficient in capability which could be respond by the book’s original “see through but don’t say it” theory. This book’s pragmatic analysis of the social credit system adheres to scientific paradigms yet overlooks political processes, which are crucial for evaluating research methodologies. This is because issues of power distribution permeate the entire process of institutional construction and operation.

Key words: Formalism; Data Property Rights; Pluralistic Regulation; Incompletely Theorized Agreements

（責任編輯：張竹成）

數字時代法律的道路：
評《信息隱私：制度議題與多元理論》

邱遙堃*

摘　要　《信息隱私：制度議題與多元理論》是運用社會科學理論研究數字法學問題並通過前沿研究反思經典理論的代表作。然而，書中所用的多元規制理論不僅對不同規制方式之間的關係與互動缺乏更進一步的闡釋，而且代碼也許只是法律與社會規範的執行手段而非與之並列的規制方式；所用的關係進路不僅略顯形式主義而缺乏實質性，成為經濟分析的下位執行理論，而且關係主義理論的多樣性、關係概念本身的不確定性，也使得建立一套統一的關係主義法學變得更加充滿挑戰。更重要的是，社會科學面對新興問題的不確定性，司法過程運用法社會科學的可能性，法教義學與社科法學的折衷可能與未來前景，皆構成社科法學研究與發展需要解決的重要問題。因此，這條數字時代法律的道路仍然有待繼續探索。

關鍵詞　信息隱私　多元規制　關係主義　社科法學

戴昕老師的《信息隱私：制度議題與多元理論》是運用社會科學理論研究數字法學問題並通過前沿研究反思經典理論的代表作，體現了直面數字社會現實的法學理論學者所應有的研究追求。不論是對“看破不說破”這一老生常談的個人信息保護意蘊的意外解讀，還是對“數據是石油”這一新時代理論教條的法經濟學批判，抑或是對“聲譽修復”問題的超越教義的分析與解決，都讓人耳目一新。因此，讓受到這一研究進路影響的我來進行評價，並且必須是批評而非直接或變著花樣的吹捧（“最大的問題就是太難了”），其實是頗為困難的。

但正如蘇格拉底為看清個人的正義而訴諸對城邦的考察，學術共同體中的傳承關係事實上也可以投射回個人自身。於是乎後輩對前輩的批評問題轉化為自我批評，不僅在一定程度上消解了社會規範層面的壓力，也給我的純粹學術批判指明了可能的方向：這條數字時代的法律道路也許還有一些障礙需要掃除，還有一些方向需要明確，甚至這條道路本身是否正確，我也仍然保有懷疑。在數字時代，法律與法學應當何去何從，是我希望通過這個書評與自我反思來討論的問題。

*　邱遙堃，上海交通大學凱原法學院、中國法與社會研究院副教授，法學博士。

更具體地，我希望與戴老師、以及其他同樣關注數字時代新問題的法律與社會科學研究者探討的問題有三個：多元規制理論何去何從，能否成為研究數字法學問題的基本框架甚至數字治理的基礎？關係主義法學是否可能，霍菲爾德理論框架是否具有實質性而非純粹形式性，能否統合法律關係與社會關係？數字時代的法律與社會科學研究又將走向何方，在面臨數字技術所帶來的不確定性時，其他社會科學是否當然能帶來比法教義學更為確定的結論？這些問題的解決，不僅關乎本書的理論貢獻，更關乎數字時代法律的道路如何展開。

一、多元規制理論何去何從

多元規制理論可以說是所有數字法學或網絡法學學者的研究起點，不論進路偏教義還是社科。這一理論可以追溯到法律與社會規範理論，後者意味著國家法律並非社會秩序的唯一保障，存在著無需法律的秩序；這一秩序的維護手段是社會規範，通過社會組織的賞罰，無組織的聲譽制度、信號傳遞，乃至個體的報復與守法來執行，體現了法律對社會影響有限的法社會學基本判斷。[1] 在此基礎上，多元規制理論不僅認為通過價格機制來調節人們行為的市場亦是重要規制手段，而且代碼乃至更一般意義上的架構同樣能夠影響人們行為，並且比其他規制手段，特別是法律，更具剛性、更難違反，是自我執行、即刻實現、不以被規制者意志為轉移的“法律”。[2] 於是誕生了“代碼就是法律”的經典論斷，“硬規則”的世界到來了。網絡法學或數字法學如果能夠成立獨立學科而非僅僅代表一個研究領域，多元規制是其最為有力的辯護，因為它意味著數字化產生了新的規制手段而非僅是新的研究對象。

但它只是起點而並非終點，更不是當下數字法學研究的“主流”（雖然所謂主流並不一定好）。個中原因包括數字技術持續發展、理論研究不斷推進，令多元規制理論略顯古早，但更重要的問題在於：繼續應用這一理論，能否做出好的研究？[3]

為什麼不能？以當下最受熱議的生成式人工智能規制為例，多元規制理論仍然富有啟發。法學學者研究生成式人工智能，總是想方設法地加強規制；相比於規制可能對技術發展造成的負面影響，更擔心技術帶來的新型風險甚至失控可能。但考慮到新興技術仍然值得被鼓勵發展，於是“敏捷治理”“風險治理”“場景治理”“模塊治理”等等概念應運而生，試圖取得某種平衡。[4] 然而以多元規制理論觀之，也許這只能導致“規範越多、秩序越少”；無需法律入手，人工智能規制也伴隨著技術發展而一併發展。技術開發人員及其所屬企業始終追求人工智能運行過程的透明度與輸

[1] 參見[美]羅伯特・C.埃里克森：《無需法律的秩序——鄰人如何解決糾紛》，蘇力譯，中國政法大學出版社2003年版，第149-165頁。

[2] 參見[美]勞倫斯・萊斯格：《代碼2.0：網絡空間中的法律》，李旭、沈偉偉譯，清華大學出版社2009年版，第135-152頁。

[3] 正如蘇力老師在十多年前所說，研究採用的方法或理論並非最重要，“重要的是，某研究有沒有意思，邏輯是否成立，經驗根據是否充分可靠，結論是否有助於社會變革的對策，能否不局限於回答個案，而是能由個案幫助理解社會的其他大大小小相關聯的社會現象，對人有沒有智識挑戰或帶來了新的其他學科的知識，是否令人信服，讓那些不太懂法條和法律教義學，還沒被法治意識形態馴化的普通人和其他學科的知識人，可概稱之‘法盲’的人，大致信服。”參見蘇力：《好的研究與實證研究》，載《法學》2013年第4期，第17頁。

[4] See W. Wallach & G. Marchant, *Toward the Agile and Comprehensive International Governance of AI and Robotics*, 107 Proceedings of the IEEE 505, 505-508 (2019); Margot E. Kaminski, *Regulating the Risks of AI*, 103 Boston University Law Review 1347, 1347-1395 (2023); 丁曉東：《論算法的法律規制》，載《中國社會科學》2020年第12期，第138-159、203頁；許可：《馴服算法：算法治理的歷史展開與當代體系》，載《華東政法大學學報》2022年第1期，第99-113頁。

出結果的準確與公平，因為不透明、不準確、不公平的人工智能投入市場必然引起輿論批評、引發賠償風險、有損企業營收。人工智能訓練數據的個人信息、知識產權風險也並未因為相關法律的不健全不完備而完全受到忽視，社會規範與市場機制同樣在約束著開發者、所有者與提供者的行為。甚至，“代碼就是法律”對人工智能規制同樣具有啟發，不論新加坡政府的 AI.Verify 還是 IBM 的 WatsonX.Governance 都代表了從技術角度規制人工智能並試圖統籌安全與發展的嘗試。[5]

但只有啟發可能不夠，至少從最直觀的層面來看，多元規制理論似乎沒有提出什麼意想不到的洞見。無需多元規制理論，視野更為開闊的法學研究仍然存在，甚至我們在泛泛而談相關問題的時候也很容易想到法律以外的解決方案，更不用提以上“XX 治理”或“治理”概念本身即蘊含著多元規制的潛在意義。例如朱迪・弗里曼（Jody Freeman）認為，治理是公共與私人行為者之間的一系列協商關係，而非傳統的等級控制體系。在這一框架下，政府與私人主體通過談判共同進行政策制定、實施與執行，形成去中心化的決策過程；治理既非純粹的公共領域，也非純粹的私人領域，而是兩者相互依賴、共同參與的動態協商網絡，強調通過多元機制實現“聚合問責”。[6]

更重要的是，多元規制是一個並列式的理論框架，對其中包含的法律、社會規範、市場與代碼之間的關係與互動缺乏更進一步的闡釋，從而不僅導致理論本身的豐富性有所欠缺，而且對現實的問題分析也缺乏實質指導。仍以生成式人工智能規制為例：既然法律以外規制手段已經能夠起到一定規制作用並尚未過分抑制人工智能發展，那麼法律是否可以真的放任不管？ ChatGPT 引導青少年自殺、DeepSeek 蒸餾 OpenAI 模型、以及各大生成式 AI 企業對知識產權與個人信息的廣泛侵權，都提示著法律以外規制手段的效果有限。[7] 法律如果認為現有平衡尚未達到最優而選擇介入，那麼究竟會促進還是抑制其他規制手段？畢竟法律的擠出效應與溢出效應皆有可能發生：[8] 如果法律與其他規制手段一道加強了人工智能規制，且不論對技術發展可能造成的負面影響，至少前述問題能夠得到解決或至少緩解；如果法律的介入反而成為了相關企業與人員的合規豁免，在滿足法律最低要求以後便不再需要致力於更妥帖的問題解決或考慮輿論與市場反應，那麼也許這一介入並不如預想得那麼可取。而且，法律以外規制手段之間的關係如何，當它們成為方向不同、大小不一的規制向量，其合向量的方向與大小如何確定？等等。這些問題都沒有得到多元規制理論的進一步解決，也阻礙著這一理論在常識或老生常談層面以上提供更為精細與富有洞見的分析。胡淩老師對此的批評是：“沒能解釋法律與代碼之間此消彼長的動態過程，即當賽博空間蔓延時，為何傳統法律會退卻，以及如何轉變。”[9] 事實上，戴老師自己也早已認識到了這個問題：“所有變數都無法相互獨立，所以我們不但難以解釋行動真正的驅動力，而且更難以確定，在哪個維度上可以採取具有對策

[5] See AI Verify Foundation, What is AI Verify, https://aiverifyfoundation.sg/what-is-ai-verify/, visited on 24 May, 2024; IBM, WatsonX.Governance, https://www.ibm.com/products/watsonx-governance, visited on 24 May , 2024.

[6] See Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 New York University Law Review 543, 548 (2000).

[7] See Kashmir Hill, *Lawsuits Blame ChatGPT for Suicides and Harmful Delusions*, The New York Times (6 November 2025), https://www.nytimes.com/2025/11/06/technology/chatgpt-lawsuit-suicides-delusions.html; 劉曉潔、鄭栩彤：《DeepSeek首次回應“蒸餾OpenAI”質疑》，載《第一財經日報》2025年9月19日，第A4版；Brad Lightcap & OpenAI, *How We're Responding to The New York Times' Data Demands in Order to Protect User Privacy*, OpenAI (5 June 2025), https://openai.com/index/response-to-nyt-data-demands/.

[8] See Chris Reinders Folmer, *Crowding-out Effects of Laws, Policies and Incentives on Compliant Behavior*, in Benjamin van Rooij & D. Daniel Sokol, eds., The Cambridge Handbook of Compliance, Cambridge University Press, 2021, p. 326-340; Brett Frischmann, *Spillovers Theory and Its Conceptual Boundaries*, 51 William & Mary Law Review 801, 801(2009).

[9] 參見胡淩：《數字架構與法律：互聯網的控制與生產機制》，北京大學出版社2024年版，第100頁。

意義的行動。”[10]

戴老師在本書中運用多元規制理論分析公共人物隱私之所以相對成功，或許功勞不在於多元規制理論本身。多元規制理論提供了一個在法律以外思考隱私問題的框架，但更實質性的分析可能還是戴老師一如既往堅持的邊際性的成本收益分析。[11] 換句話說，去掉多元規制理論，似乎仍然不（那麼）妨礙法律經濟學對公眾人物隱私所展開的討論。

如何闡釋多元規制內部的關係與互動，弗德曼在討論法律對社會之影響時提到的威懾曲線或許可資參考。這條曲線所在坐標系的橫軸是執法概率或懲罰後果，縱軸是威懾效果，而曲線本身是單調遞增但斜率遞減的。單調遞增體現了經典威懾理論的基本假定：投入更多威懾資源可以取得更大威懾效果；斜率遞減則說明法律威懾的邊際效果遞減，許多人的固有偏好是不受威懾影響的，要麼是極端的守法者，要麼是極端的違法者。因此，討論法律威懾需要集中關注可受威懾影響的人，而數據上不受威懾影響的人則說明了法律以外規制手段對其產生的影響。[12] 應用到生成式人工智能的規制問題，同樣可以分析哪些主體能夠受到法律規制影響，哪些主體由於法律以外規制手段的影響而對法律規制的回應性相對較弱。由於該技術處於持續發展狀態，因此可以區分不同階段進行分析：在技術發展初期，包括法律在內的規制手段對其相關問題皆缺乏有效共識與有力約束，因此法律干預可以取得較大效果，但也需要考慮對技術發展的負面影響；在技術發展的成熟期，社會共識與市場壟斷已然形成，法律介入對大型企業影響相對有限，反而阻礙中小企業的進一步發展，因此應當更加克制。誠然，弗里德曼的威懾曲線仍然只是相對粗疏的定性分析，他也承認不同規制力量之間的合力難以確定，因此多元規制理論的發展前景可能並不令人樂觀。

多元規制理論作為並列式框架的更進一步問題在於：看似並列的各種規制手段是否真的不存在等級或層次關係？這一問題的更深層次意涵在於：多元規制作為與社會規範一脈相承的理論，與社會規範理論之間的關係究竟如何？或者換句更直接的話說：代碼是否只是一種不成文的規範？萊斯格談論用減速帶來執行道路限速法律，那麼減速帶不就只是法律的一種執行方式？他擔憂被商業力量支配的代碼統治網絡空間，並主張代表民主的國家政府介入來與之爭奪代碼的制定權，事實上是否只是社會規範與法律、企業與政府之爭以新技術為載體的重現？[13] 有學者將從法律與社會規範到代碼的發展視為規範的死亡，[14] 但如果將代碼視為規範的下位概念、執行機制，這一發展或許不過是規範的進化。因此，用胡淩老師的話說：（多元規制理論）“未能深入討論商業 / 政治力量利用代碼實施控制的動機和微觀機制，特別是未能延伸至當下大數據與智能算法時代。”[15]

這一問題具有明確的法學理論意義，我在討論平台規則性質的時候即有觸及。平台規則雖然不是法律，但對與平台在傳統理論上僅具有合同關係的用戶實施具有行政性質的管理，因此具有准法律性質，從而與組織規則或依賴聲譽或信號傳遞等等機制執行的社會規範有所不同。更具體地，平台規制的執行在很大程度上依靠“代碼”：其數據獲取依靠數據收集、其決策過程依靠人工智能，

[10] 參見戴昕：《犀利還是無力？——重讀〈代碼2.0〉及其法律理論》，載張志銘主編：《師大法學》第三輯，法律出版社2018年版，第264頁。

[11] 參見戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第39-48頁。

[12] 參見[美]勞倫斯・弗里德曼：《碰撞：法律如何影響人的行為》，中國民主法制出版社2021年版，第142-152頁。

[13] See Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version* 2.0, Basic Books, 2006, p. 322-323.

[14] 參見余成峰：《法律的“死亡”：人工智能時代的法律功能危機》，載《華東政法大學學報》2018年第2期，第5頁。

[15] 胡淩：《數字架構與法律：互聯網的控制與生產機制》，北京大學出版社2024年版，第100頁。

其規範實施依靠網絡架構。[16] 因此，代碼成為法律、平台規則、社會規範的下位概念、執行方式，更根本的仍然是規範，需要研究的是規範從何而來、以何面貌出現、並將如何發展。

且這一問題還有更廣泛的實踐意義，即未來的法律是否可能實現完美執行，抑或仍然存在不同社會秩序與社會力量之間的相互博弈與鬥爭？不論如何看待這一問題，代碼或許只是影響博弈與鬥爭形式的一個因素，而無法決定更根本的社會力量對比與社會秩序格局。因為受代碼支援的法律與規範固然效率更高、剛性更強，但強化規制也並未觸及社會問題的根本，無法完全壓倒對立面的規範。只要社會矛盾仍然存在，規範衝突就不會消失，只會轉變形式、轉移陣地，甚至向更極端、更劇烈的形式轉化。創新與革新從來都不會停止，也不會被完美執法所阻卻，而只會改變其出現的形態，要求社會付出或高或低的不同代價。[17]

既然多元規制存在理論應用與理論本身兩個層次的重大問題，那麼我們是否應當放棄它，還是有可能發展它？個中選擇既有可能導向數字時代法學的歧路，也有可能通往柳暗花明又一村。胡淩老師嘗試建立由帳戶、數據、算法、評分四大要素構成的新架構理論，用以闡釋互聯網是如何控制個體並使之成為穩定的生產者，從而建立新的平台經濟模式，並進而揭示架構要素是國家或平台控制與實施生產的工具，使其所欲秩序、所需利益得以實現。[18] 這一理論富有新意，但是否成功，仍然需要經受時間的檢驗。

二、關係主義法學是否可能

如果多元規制暫時無法成為數字法學與數字治理的理論基礎，那麼下一個有可能的備用選項即是《關係界權》一章提及的關係進路。關係界權，亦即數據界權的關係進路，在戴老師的書中意味著運用霍菲爾德的法律關係分析框架來重新理解數字社會中的權利與義務關係。霍菲爾德認為權利與義務的表述太過模糊，不能精准分析現實遭遇的各種法律關係。於是他提出了四組、八項嚴格對應的法律關係：其一，請求權（claim）與義務（duty），這意味著 A 享有一項請求權，B 便負有相應作為或不作為義務；其二，自由（privilege）與無權利（no right），這意味著 A 可自由做某事，B 無任何請求 A 不做的權利；其三，權力（power）與責任（liability），這意味著 A 能以單方行為改變他人法律地位，B 承擔被改變的風險；其四，豁免（immunity）與無能力（disability），這意味著 A 的法律地位不受 B 的某種權力影響，B 則缺乏改變 A 地位的能力。其中，權利與義務、自由與無權利、權力與責任、豁免與無能力互為“相關關係”；而權利與無權利、自由與義務、權力與無能力、豁免與責任互為“相反關係”。這套分析使模糊的日常用語（“我有權……”）被精確歸入四類之一，避免了把不同性質的關係混為一談。[19]

然而，相比於其他章節，本章分析略顯瑣碎，甚至形式主義。讀者確實從中掌握了霍菲爾德這一套更為精細的權利分析框架，能夠區別“請求權”與“特權”、“權力”與“豁免”等等，但關係界權本身區別于傳統財產權界定之處，主要在於“權利相互性”的精神，而具體關係如何確定，並非關係進路能夠回答。

[16] 參見邱遙堃：《論網絡平台規則》，載《思想戰線》2020年第3期，第148頁。
[17] 參見邱遙堃：《法社會學視角下的算法規避及其規制》，載《法學家》2023年第3期，第67-68頁。
[18] 參見胡淩：《數字架構與法律：互聯網的控制與生產機制》，北京大學出版社2024年版，第104-120頁。
[19] See Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 The Yale Law Journal 16, 21-24 (1913).

這種“形式主義”或許是偏教義建構的理論所不可避免的，畢竟關係界權的前提是對數據的法律經濟學分析，關係界權只是將前面的實質判斷落實為更精細的規則。用戴老師的話說：這是個“第三性問題”。但教義分析不解決實質問題的“迴旋鏢”或許也會回擊到關係界權，進而使人懷疑一整章的思維體操有何貢獻，特別是相對于現有的教義學建構而言。例如，不區分“請求權”與“特權”，是否就無法澄清數據權益相關主體之間的關係；如果已經明確誰有權或無權要求誰做什麼，誰應當或不應當對誰做什麼，增加霍菲爾德框架是否同樣只是增添了一個好聽的外來標籤？特別是考慮到霍菲爾德框架本身的掌握要求動用思維，因此意在減輕思維負擔的理論建構似乎反而增添了思維負擔。

但這樣的批評仍顯初級，關係界權與經濟分析的關係令我想到更為根本的研究進路問題：後果主義與本質主義的研究進路，二者關係如何安排？或者更直接的，戴老師對於第一性（具有規範前置性、必須首先決斷的問題）、第二性（工具性或操作性、服務於前置決斷之落實的問題）、第三性（只需在人們就前兩者形成決斷後基於邏輯推演的問題）問題的安排，是否合理？[20] 後果主義分析誠然能夠直面問題的根本，回答什麼才是可欲的社會秩序或社會福利安排，而且相比於本質主義分析遮遮掩掩（“塞進去再拿出來”）、瞻前顧後（“目光流轉於事實與規範之間”）的內在局限，開誠佈公更能避免誤入思維的歧途。但本質主義也許更符合思維習慣，更照顧既有實踐，且先本質主義分析再後果主義檢驗，或穿梭於規範與後果之間，也許亦有可取之處，亦能兼及規範與後果。例如對數據確權問題，雖然我也不同意用傳統物權或財產權理論來刻舟求劍，但刻舟求劍的失敗是引入社會科學的前提，而且引入的社會科學也不唯經濟學一門。如果用社會關係網絡理論來考察數據確權問題，是否成功尚且不論，但分析思路是偏向本質主義而非後果主義的：考察傳播數據的社會關係網絡的節點、關係與結構，數據與網絡之間的匹配關係，等等。[21] 誠然，遮遮掩掩與瞻前顧後的問題仍然存在，但這種姿態的扭捏是否代表了一種平衡的嘗試；相比之下，先後果再本質的分析是否也如關係界權不夠“止渴”一樣，讓第三性問題的回答，亦即相關的法律規則建構，變得沒有那麼重要?

也許我把這個問題極端化或誇張化了，但這確乎是我一直以來的一個自我懷疑，也指向了我持續關心的另一個重要問題：關係主義法學，亦即以關係作為法學研究的理論工具，是否可能？更具體地，同為關係的法律關係與社會關係之理論研究資源，能否實現某種程度的整合，二者背後是否存在更為根本的內在一致性？傳統法理學理論認為：法律關係是經法律調整的社會關係，二者當然具有包含與被包含的內在關係。但霍菲爾德框架在精細化法律關係方面的深入發展，與社會關係網絡理論在數理化社會關係方面的探索，已成為兩套截然不同的理論資源。當戴老師提出“關係界權”的理論命題，我首先想到的是社會關係網絡理論對數據界權有何啟發，而並非僅僅是在經濟分析基礎上用霍菲爾德框架來重新建構規則。事實上，關係主義的數據理論也不止霍菲爾德框架應用一家，亦存在其他學者區分數據問題上的橫向關係與縱向關係，並提出超越對縱向關係的純粹關注，而更加關注有利於數據流程通與利用的橫向關係。[22] 這一思路對數據匿名化問題的反思亦有深刻地影響：數據要素的關聯性指向的是橫向數據關係層面的群體性特徵，而這種群體性特徵也是數據經濟價值的關鍵所在。[23] 更一般地，社會關係中還存在更為特別的經濟關係，由此生發關係性合

[20] 參見戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第100頁。

[21] See Lior Jacob Strahilevitz, *A Social Networks Theory of Privacy*, 72 University of Chicago Law Review 919, 970-971 (2005).

[22] See Salomé Viljoen, *A Relational Theory of Data Governance*, 131 The Yale Law Journal 573, 636-638 (2021).

[23] 參見趙精武：《個人信息匿名化的理論基礎與制度建構》，載《中外法學》2024年第2期，第326頁。

同理論，亦成為無需法律之秩序的重要支柱。[24] 然而，關係理論的多樣性、關係概念本身的不確定性，也使得建立一套統一的關係主義法學變得更加充滿挑戰。這種挑戰不僅來自于理論資源的整合難題，也源自於如何在不同領域中識別和應用這些理論，以及如何在實踐中平衡不同類型關係的複雜互動。

我在此可能有點糾纏不清，畢竟戴老師並無意在這篇文章中建立關係主義法學。我只是仍然基於我閱讀此文的不滿足而展開思考與反思：這篇文章能不能寫得更好？“關係界權”這個標題的野心能不能更大？所以，不論是本質主義與後果主義之間的關係，還是關係主義法學的進一步追求，都是由此而發。

更重要的是，與關係界權的形式主義問題類似，關係主義法學同樣存在缺乏理論“厚重感”的問題。人與人之間的關係普遍存在，差序格局一般地、定性地描述了不同關係的遠近親疏之別，社會關係網絡理論更進一步將關係分析結構化乃至數理化，法律關係、經濟關係、數據關係等等關係理論在具體領域繼續深研關係，皆令我們對關係的認識更加豐富、深入。但我們為什麼要關注關係而非單純個人，這需要進行前提性的價值判斷，正如戴老師的關係界權以法律經濟學分析為前提一樣。關係主義法學是社群主義對個人主義進行糾偏的嘗試，然而如果沒有意識到背後的意識形態與利益之爭，一味追求維護關係，要求關係高於個人，甚至將關係過度實在化，也不可避免地走入關係壓迫個人、理論無視實際的極端。說得嚴重一些，在我們這個仍處於現代化發展進程當中而且傳統文化過分強調關係的國家，關係主義的好處未得，而損害個人權利的弊病卻可能先發生。由此觀之，也許後果主義與本質主義的先後關係仍然應如戴老師所安排，但我仍想把這個問題同關係主義法學的問題一道留存，期待戴老師能給出怎樣的回應，不論通過對這篇書評的回復，還是通過未來更精彩的研究。

三、法社會科學的自我反思

不論是多元規制還是關係法學，都代表了運用法學以外的社會科學來研究法學問題的一種嘗試；之所以如此，是因為傳統法學與法律規則對數字時代的新法律問題已無力應對與解決。例如，個人信息與數據如何流通與保護，特別是人臉信息、行蹤軌跡信息等特殊的敏感信息如何處理？算法與人工智能如何應用與規制，特別是以 ChatGPT 為代表的生成式人工智能如何治理？新就業形態的勞動權益如何保障，與此相對的消費者權益如何保護，二者如何與平台利益進行平衡？區塊鏈、非同質化通證（NFT）與元宇宙如何治理？……雖然我國社會主義法律體系已基本建成，《網絡安全法》《電子商務法》《數據安全法》《個人信息保護法》等網絡立法也正在不斷追趕社會發展的步伐，但新數字技術、新商業模式與新法律問題仍然層出不窮——新數字技術指數級放大了法律與社會之間的鴻溝，法教義學與社科法學之間的關係更加此消彼長。

這是因為法教義學或狹義法學以社會狀況的相對穩定為前提，即使發生某些細節變化，也能通過“舊瓶裝新酒”的方式以不變應萬變，最終以量變引起質變的“特修斯之船”之姿隨社會完成漸進的轉型。但當社會劇變時，前述應對方式與進化邏輯皆無法繼續，法教義學努力維護的法律穩定性與自主性面紗被揭開，暴露其從來都伴隨一定的社會物質經濟基礎而變化的不自足本質，而這符

[24] See Ian R. Macneil, *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 Virginia Law Review 589, 589-610 (1974); [美]麥克尼爾：《新社會契約論》，雷喜甯、潘勤譯，中國政法大學出版社1994年版，第4頁。

合法社會學對法律的基本認知。[25] 此時的法教義學，既可以選擇路徑依賴，通過類推適用具體規則或遁入模糊的一般原則假裝一切仍在掌握，例如運用《反不正當競爭法》第 2 條第 2 款一般條款來規制新型互聯網不正當競爭行為；[26] 也可以選擇保持謙抑審慎，按兵不動以待執法司法積累更多經驗或立法出台新的規則，例如要求對互聯網新問題採取例外主義立場。[27] 當然，還有第三條道路：選擇與其他社會科學合作，通過外部知識的引入完成與時俱進的內部革新，例如在經濟法案件中援引經濟學分析 [28]——此即所謂社科法學的社會發生學時刻。

然而，劇烈的社會變革所挑戰的豈止法學一門學科；其他社會科學在面對新興問題時，難道沒有黔驢技窮的困擾，自信能比法教義學分析帶來更大的結果確定性？例如在數據權益糾紛案件中，如何平衡用戶、平台與協力廠商利益，從而平衡數據保護與數據流通？司法實踐確立的“用戶授權”+“平台授權”+“用戶授權”的“三重授權”模式是否合理，能否在理論與實踐層面站得住腳？事實上，“無論是法律條文和法律教義的分析，還是基於正當性與後果主義的分析，都無法完全明確界定數據權屬。”[29] 又如，更一般地分析互聯網平台對經濟效率的提升，從而作為規制或反壟斷的依據時，是否可以僅僅追求卡爾多—希克斯改進而非帕累托改進，不顧對某些利益群體的巨大損害而支持社會總福利的提升？甚至更往前一步，是否可以通過社會財富的短期虛增認定生產效率與社會福利已真正得以提高，而不考慮掠奪性定價與金融泡沫所帶來的更長遠的社會效率損害與更廣義的社會成本？[30] 經濟學也未能提供確定的答案。多元規制理論、關係主義法學的固有問題也成為這一不確定性的有力佐證。

更何況不同社會科學的後果追求亦有不同，特定社會科學內部還可能存在爭議與分歧，因此有益於學術發展的多元化在面對要求確定方案的現實法律問題解決時反而成為了缺陷。例如，經濟學追求效率、社會財富或社會福利的最大化，是否適合構成一般性的政策目標，如何與社會公平之間進行平衡？以及更具體地，如何界定效率、社會財富、社會福利、及其相關的成本、收益等概念？這些問題皆構成法律經濟學分析的現實挑戰。此外，經濟學中的“效率違約”理論是否可在我國適用，是否與誠信原則相衝突，同樣體現出理論與實踐之間存在不易彌合的鴻溝。總之，無法確定司法裁判的錯誤率能否通過經濟分析予以降低，因此法官們在裁判中使用經濟分析的頻率也自然不會太高。所以當法學與司法試圖尋求外部援助時究竟應當轉向哪一學科與哪一理論，其實沒有標準答案，而這也是社科法學這一統一戰線頗受詬病之處，似乎難以在一般研究旨趣的相似性基礎之上拿出更高層次統一綱領。[31] 因此，過分高估外部知識對法學與司法之發展的促進意義亦不可取，以兼聽則明的心態獲取思考上的啟發或許更為合適。

與社科法學自身的局限性相對應，法官能力也構成了運用其他社會科學來解決新型法律問題的又一重障礙。不論是其他社會科學還是社科法學的研究成果，法官欲在司法中運用皆面臨各種各樣的成本：一方面，法官的工作負擔較重、案件時限較緊，可能沒有時間去搜集乃至學習可能有所幫助的其他社會科學知識；另一方面，法官本身的學習能力客觀上有限或主觀上由於習得性無助

[25] See Lawrence M. Friedman, *Impact: How Law Affects Behavior*, Harvard University Press, 2016, p. 3-4.

[26] 參見張占江：《論反不正當競爭法的謙抑性》，載《法學》2019年第3期，第45-47頁。

[27] See Eric Goldman, *The Third Wave of Internet Exceptionalism*, in Berin Szoka & Adam Marcus, eds., The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet, TechFreedom, 2010, p. 165-167.

[28] 參見侯猛：《司法中的社會科學判斷》，載《中國法學》2015年第6期，第49-50頁。

[29] 參見丁曉東：《數據到底屬於誰？——從網絡爬蟲看平台數據權屬與數據保護》，載《華東政法大學學報》2019年第5期，第74頁。

[30] See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale Law Journal 710, 747-754 (2017).

[31] 參見邱遙堃：《當法律撞上社會》，載《讀書》2021年第9期，第129-130頁。

等負面心理，可能難以掌握、更侈談應用新學的社會科學知識來解決現實的法律問題。“對於事實審法院而言，法官沒有特別的必要，除非刻意展示自己的學識。無論如何，對於法官來說，社會科學的引入說到底是成本問題。法官引入社會科學的成本很高，包括搜索知識的成本、購買知識的成本等。因此，就絕對數量而言，法官運用社會科學的案件也不會太多。”[32] 誠然，近年來線上訴訟、裁判大數據分析、司法人工智能的發展確實為司法賦能不少，但一方面這些賦能本身不可被過分高估，特別是司法的數據化與智能化，受限於數據相對有限、流通困難，以及生成式人工智能的幻覺、不能推理與價值判斷問題，另一方面法官對這些新技術的運用同樣面臨前述客觀與主觀局限性，即使是當前水準的技術潛力也尚未被充分挖掘，更不用提偏遠地區、較低層級的法官所面對的數字鴻溝。

更重要的是，司法本身的保守性與被動性使法官更傾向于選擇風險最小化的教義分析，而不是冒著被批評為法外裁判的風險而援引社會科學分析。儘管司法不僅有糾紛解決的相對被動面孔，也有政策實施的相對主動面孔，但當凸顯法律不確定性的新型案件發生時，由於科層組織對職業官員的考核約束，與其追求收益更大但風險同樣更大的運用其他社會科學的創新方案，不如採用收益較小但風險也相對較小的教義分析式維持現狀方案。[33] 層級越低、約束越強的法院與法官越是如此，但高層級法院在面對具有潛在市場影響但又無法準確預測其積極後果的案件時同樣如此：“採取規避損失的態度來防止消極後果的發生，從而將決策成本和錯誤成本最小化……首先要權衡可欲的後果，然後再去尋找合適的法條將裁判結果正當化，同時確保法院行為的正當化。”[34]

更進一步，即便社會發生了變化乃至劇變，甚至法學借助其他社會科學提出了新的解決方案或治理規則，未來類似問題的處理仍將回到更新版本的法律解釋與教義分析，而非每次皆採取成本較高的跨學科研究進路。換言之，法教義學不會因社會變化而消失，一旦變化被固定下來，便將捲土重來。從政治經濟學或社會學角度觀之，這是因為法律人階層在可預見的短期內不會消失，因此他們為維護自身階層利益、守住自身職業位置，必然孜孜不倦謀求建立新的教義體系、控制對法律教義的解釋權。[35] 從現實需要角度觀之，如果某些社會部分進入相對穩定狀態，那麼固定規則並借規則進行治理，對守法者與執法者而言皆有利於降低交易成本、建立穩定預期，而且在公法領域，教義化更有利於限制公共權力、保護個人權利。[36]

因此，儘管法學在本質上並不自足，但由於社會經濟基礎的尚未完全變革，法律人利益群體的尚未消失，而且具有規範性質的法律仍然存在，對其解釋與適用的需求亦仍然存在，因此法學依舊構成一個獨立學科，具有自身的邏輯與知識結構，並要求其他學科的引入最終仍然必須融入前述結構之中，否則法學將不復存在，只剩關於法律的其他學科研究，而這些研究並不能直接服務于現實的法律解釋與適用。這一融入將集中體現為以法律規範為中心的研究取向：社科法學雖以實用主義而非教義主義的態度對待法條，但其研究依然應當從法律規範出發，在考察其實施後果以後，最終

[32] 參見侯猛：《“科學”在司法中的運用——基於學者與法官互動的知識社會學考察》，載《法學》2022年第9期，第21-22頁。

[33] 參見侯猛：《不確定狀況下的法官決策——從“3Q”案切入》，載《法學》2015年第12期，第16頁。

[34] 同上註，第15頁。

[35] 參見[美]理查德·波斯納：《超越法律》，蘇力譯，中國政法大學出版社2002年版，第39-42頁；[美]勞倫斯·弗里德曼：《法律制度：從社會科學的角度觀察》，李瓊英、林欣譯，中國政法大學出版社1994年版，第187-188頁。

[36] See Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke Law Journal 557, 557 (1992); 張翔：《立法中的憲法教義學——兼論與社科法學的溝通》，載《中國法律評論》2021年第4期，第101-103頁。

再回到如何更好地解釋、適用乃至改變法律規範的結論上來。[37] 因此，過分擴大社科法學後果主義的思維方式同樣不可取，規範導向也是社科法學應當堅持的底線之一。

雖然社科法學在規範消亡的可能未來面前相較於法教義學更具優勢，但相比於不執著於規範的其他社會科學本身，規範消亡事實上構成兩派法學的共同難題。如果未來社會只需要數據與算法即可治理，將一視同仁的法律拆解為因人而異的個性化規則，而這一規則也不以規範的形式表現自身，而是成為剛性的架構或者評分而得的一個分數，那麼原初意義上的所謂法律就不復存在了。即使代碼仍然可以翻譯為法律，但這一所謂法律已經轉變為像數據分析一樣精確、像架構治理一樣剛性、像信用評分一樣靈活的新治理方式了，這是僅僅作為規範的法律所不能具有的性質。於是不論法教義學還是社科法學，規範導向的法學都將“失業”，與人類智能在人工智能面前的普遍失業一樣。[38]

因此，社會科學面對新興問題的不確定性，司法過程運用法社會科學的可能性，法教義學與社科法學的折衷可能與未來前景，也是我希望向同為法社會科學研究者的戴老師、以及其他這條道路上的同行者提出的問題。

結語

本文對戴昕老師在《信息隱私：制度議題與多元理論》一書中使用的多元規制理論與關係進路進行批評，主張前者不僅對不同規制方式之間的關係與互動缺乏更進一步的闡釋，而且代碼也許只是法律與社會規範的執行手段而非與之並列的規制方式，後者不僅略顯形式主義而缺乏實質性，成為經濟分析的下位執行理論，而且關係主義理論的多樣性、關係概念本身的不確定性，也使得建立一套統一的關係主義法學變得更加充滿挑戰。更進一步，本文反思了以戴昕老師此書為代表的社科法學研究進路，並認為社會科學面對新興問題的不確定性，司法過程運用法社會科學的可能性，法教義學與社科法學的折衷可能與未來前景，皆構成社科法學研究與發展需要解決的重要問題。

這篇書評題為《數字時代法律的道路》，內行人一眼即可看出意在致敬美國著名大法官霍姆斯的經典名篇《法律的道路》。霍姆斯當時提出：“對於法律的理性研究，現在可能屬於擅長咬文嚼字的法律人，但未來必將屬於精通統計學和經濟學的人。”[39] 對於同處變革之中的數字時代的我們，這番話如今更為振聾發聵。

當霍姆斯寫下那篇雄文時，鐵路與電報正重塑十九世紀的美國，工業資本主義的浪潮把舊日農業社會的規則拍得粉碎。他敏銳地意識到，法律不能再躲在形式主義的“概念金字塔”裡自我繁殖，而必須直面統計規律與經濟效率的冷酷計算。今日，我們面對的不止鐵路與電報，而是算法、區塊鏈、生成式人工智能與量子計算交織而成的數字洪流。數據像新的石油，平台像新的國家，代碼像新的法律。傳統的“命令—控制”式規制被“平台—生態”式治理取代，主權與私權、公法與私法、強制與自治的邊界正在溶解，甚至連“人”這一法律主體本身，也因數字孿生、算法代理與腦機接口而面臨重新定義。

[37] 參見劉思達：《美國“法律與社會運動”的興起與批判——兼議中國社科法學的未來走向》，載《交大法學》2016年第1期，第32-33頁。

[38] 參見余成峰：《法律的“死亡”：人工智能時代的法律功能危機》，載《華東政法大學學報》2018年第2期，第17-20頁。

[39] See Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897).

因此，數字時代的法律人必須完成雙重跨越：一方面，要像霍姆斯呼喚的那樣，掌握統計學、電腦學、網絡科學等工具，用數據與模型揭示隱藏在億萬次點擊與交易背後的行為規律；另一方面，又不能淪為純粹的技術工程師，而要在價值與規範的維度上，為“可解釋的算法”“負責任的創新”“數字正義”奠基。這意味著，我們既要理解代碼如何塑造行為，也要追問行為應當如何被代碼塑造；既要利用預測性警務、智能合約、合規科技提升治理效率，也要警惕算法偏見、信息繭房、監控資本主義侵蝕人的尊嚴與自由。

數字時代法律的道路將通向何方？第三條法律的道路是否可能？這些或許將會是所有法律人與其他社會科學研究者都不得不持續思考、努力回答的問題。為此，法學院必須拆掉圍牆，讓計算科學家、倫理學家、設計師、公共政策專家同席而坐；法官與監管者必須學會閱讀代碼，就像他們曾經學會閱讀判例；而每一位數字公民，也必須從被動的“數據客體”成長為能夠參與規則制定的“數據主體”。唯其如此，當潮水退去，當堅固的東西煙消雲散，留下的才不只是赤裸的算力與資本，而是真正實現法律與技術之交互的數字法治。

Abstract: Dai Xin’s Informational Privacy: Institutional Issues and Multivariate Theory stands as a seminal work that employs social science theories to examine digital legal issues and re-evaluates classical theories through pioneering research. Nevertheless, the pluralistic regulatory theory presented in the book not only falls short in providing a deeper explanation of the relationships and interactions among various regulatory approaches but also suggests that code may merely serve as an enforcement mechanism for laws and social norms, rather than a regulatory method on par with them. The relational approach adopted in the book not only exhibits a degree of formalism and lacks substantive depth, effectively rendering it a subordinate implementation theory within economic analysis, but also the diversity inherent in relational theories and the inherent ambiguity of relational concepts pose significant challenges to the establishment of a unified relational jurisprudence. More critically, the uncertainties encountered by social sciences in addressing emerging issues, the feasibility of integrating legal and social sciences into the judicial process, and the potential compromises and future trajectories between legal dogmatics and social science-based jurisprudence all represent pivotal issues that necessitate resolution in the research and advancement of social science jurisprudence. Consequently, the path of law in the digital era remains an avenue ripe for further exploration.

Key words: Informational Privacy; Pluralistic Regulation; Relational Approach; Law and Social Sciences

（責任編輯：張竹成）

“從理論到理論”
——網絡信息與數字法治議題研究再反思

戴　昕*

摘　要　網絡信息與數字法治議題是當下法學研究領域中的熱點，但相關研究的持續推進仍需致力於在理論層面尋求突破。想保持相對於傳統研究的前沿性，數字法治領域的研究仍應堅持提升其理論化程度，更多結合社會科學等外部視角，以及以霍菲爾德法律關係理論為代表的負載價值前見相對較少的形式化理論。在發展變動迅速的新興論域中，對於以萊西格的多元規制框架為代表的經典網絡法理論，應超越口號化和平面化的運用，挖掘其中更具層次性與動態性的部分，並可在原有理論的周邊探索更新和創新。同時，應重視經驗對理論發展的重要性，以新經驗檢驗、完善既有理論。數字法治領域的理論研究者在與實務界互動時，應對自身的實際角色及相關預期有更清晰的認識，在此基礎上提高能動性和自主性。

關鍵詞　數字法治　理論　經驗性　多元規制

近十來年，網絡信息與數字法治議題的熱度持續升高，眾多法學研究者從各自不同的學術背景出發，參與到隱私、數據、網絡、平台乃至人工智能等主題的研究熱潮之中。這種學術議題選擇有時被批評為“跟風”——甚至前面還要加上“盲目”作為狀語。但在筆者看來，這股風刮成這樣，實在也是大勢所趨。[1] 說到底，法學的研究對象是社會生活各領域中實現治理和秩序的制度化方案。而由於社會經濟生活本身正在經歷全面數字化和智能化，這不僅催生出各類看上去似乎之前沒見過的新現象，導致法律不得不有所回應，而且法學原有的全部議題實際上也都已經進入了數字化場景——無論是交易、犯罪還是行政監管，如今都很難想像可在完全沒有數字技術參與的情況下發生（至少都得用個微信吧？）。進而，稍作大膽之論，法學的所有部門或二級學科，其實某種程度上都正在或已經變成事實上的“數字 XX 法學”。這種情況下，恐怕不能也不應過度期待法律研究者“有定力”。

*　戴昕，北京大學法學院長聘副教授、北京大學武漢人工智能研究院研究人員，法學博士。本文相關研究受東湖高新區國家智能社會治理實驗綜合基地資助。

[1]　需要披露，筆者大概也可算落在這一波跟風群體中，至多是比一些人跟得稍早：雖然在2003年春非典期間的課堂上就已接觸到網絡法理論，但筆者真正較為集中、系統地開始關注這一領域的研究問題和學術資料，還要到2011年末。

不過，“紅海”中行船自然要更多忍受擁擠和碰撞。再新鮮的規則、案例或社會話題，能靠搶到“沙發”拉一波流量的，總是少數幾個快手。包括筆者在內，手速不太行的，如果要還想有所貢獻，終究還得回到原有的學術作業方式，即在研究洞見而非話題本身的層面求新，特別是嘗試為老問題、熱點問題、大眾問題給出一些至少在邊際上較既有討論有所推進的新思路、新角度。《信息隱私：制度議題與多元理論》一書（以下簡稱《信息隱私：制度議題與多元理論》）[2] 及其所基於的研究工作和學術寫作，即是筆者“跟風求新”的嘗試——在隱私與數據問題受到越來越多專業及公眾關注的背景下，筆者試圖既能參與熱點探討，又不因動作慢半拍而落得只能拾人牙慧。而正如同輯中邱遙堃和楊子超兩位評論者慷慨指明的那樣，[3]《信息隱私：制度議題與多元理論》的追求是將隱私、數據以及信用等本身在實踐層面並不缺乏關注的議題學理化，以有助於學界在零散議題中看到整體性，在被裁剪的訟爭中看到豐富性。在筆者看來，唯有引入並借助有啟發性的理論思考，我們才有可能突破表層討論的重複性，真正挖進學術富礦的深處。

但正如兩位評論者的精准批評所指出的那樣，《信息隱私：制度議題與多元理論》對不少問題的學理處理存在重要不足和局限。作為自我寬慰，信息隱私乃至數字法治一般領域的研究，恰因真正的學理化工作尚屬不足，因此仍值得有理論頭腦和追求的研究者“入坑”。不過，評論者提供的啟發不應被隨便揮霍。將其作為“借題發揮”的由頭，才算是應有的認真對待。本文的立意，即是結合《信息隱私：制度議題與多元理論》及相關評論，提出筆者認為數字法治領域學術理論研究工作可繼續推進的幾個方向。以下第一節致力於指出，理論化仍應是信息隱私乃至網絡信息與數字法治研究發展的核心路徑，而有效的理論化則應繼續側重對外部理論的參考和運用。第二節將以萊西格（Lawrence Lessig）的多元規制框架為例，反思、討論在當前研究中如何看待、處理早期研究中形成的經典理論。第三節意在提示，雖然學術研究自身的發展邏輯或許就是“從理論到理論”，但對經驗的敏感和思考在這一推進過程中至關重要。基於上述討論，本文中，筆者希望對未能在《信息隱私：制度議題與多元理論》一書中充分呈現的研究旨趣再作補充交待和延展討論，特別是將“理論化”這一未來研究應繼續堅持的方向加以突出強調。毫無疑問，有意思的研究總是還沒做出的“下一個”研究——哪怕所謂“還沒做出”，往往並不像聽起來那樣無辜，更多是研究者自身局限或疏漏導致的結果——但走到半路先望梅止渴，總也無妨！

一、數字法治、社科理論與教義學說

近年網絡信息與數字法治領域的熱點話題之一是學科建設。[4] 再前衛的學術工作，其開展和發展當下也都無法完全脫離現實中以學科為組織線索的學術體制，因此學科建設確實是一項非常重要的工作。不過，凡在相關領域中有較多投入、一定程度上已將自身學術標簽改為“法律與科技”甚至“網絡法”“數字法”的研究者，大概早都意識到，在邊界明晰的意義上建構作為“領域”甚至“部門”的網絡信息法或數字法，難度很大，而且可能越來越大。早先網絡法曾被視為“馬的法

[2] 戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版。

[3] 參見邱遙堃：《數字時代法律的道路：評〈信息隱私：制度議題與多元理論〉》，載《澳門法學》2026年第1期，第91頁；楊子超：《少有人走的路——評〈信息隱私：制度議題與多元理論〉》，載《澳門法學》2026年第1期，第82頁。

[4] 參見周靜圓：《網絡與信息法學學科建設論壇召開 專家學者齊聚謀發展》，載人民網2024年4月1日，http://society.people.com.cn/n1/2024/0401/c1008-40207803.html。參見周輝：《中國網絡與信息法學的體系化建構》，載《法律科學（西北政法大學學報）》2025年第5期，第88-99頁。

律”，即只有看似特殊的對象，沒有能夠抽象到一般層面的制度性原理，因此無法與合同法、財產法等傳統部門相提並論。[5] 甚至，儘管在過去二三十年間，世界範圍內確實出現了看似專屬網絡信息領域的制度規定，如中國的《網絡安全法》《數據安全法》《個人信息保護法》乃至《電子商務法》，以及歐洲的《通用數據保護條例》等，但這些制度及其中特定實定法規範本身，不必然足夠支撐一個全新部門，因為傳統部門法格局的擁護者仍可堅持傳統部門法的劃分界定邏輯，將這些新的規範視為既有民事、刑事、行政法規範的延伸，並被後者吸納。[6] 另一面，在一個完全不同向度上可以提出的同樣反對新建部門的理由，則是本文開篇提到的“大趨勢”：當前幾乎所有作為法律對象的社會活動，都在數字經濟場景中發生，因此所謂數字領域的法律規則很容易喪失特殊性——例如，當絕大多數交易、交往都會涉及到線上操作或網絡數據交互之後，“數字合同”與傳統信件往來簽訂的合同相比有哪些特殊性的問題，就不會再像此前那樣被作為一個突出重要的課題加以重點研討。

在筆者看來，網絡信息與數字法治領域的研究，如仍試圖保持其相對於法學主流或傳統主幹研究的某種前沿性（以及由此可以獲得證成的“獨立性”），真正重要且能夠持久的方法，可能只有進一步提升自身研究的理論化程度。網絡信息與數字法治研究未必要致力於在完全齊平的分析層面上，從其他的法律部門或領域手中搶出地盤，而是應追求進入各類部門法律現象的底層，特別是將各類制度規範及其話語中隱含的信息技術條件發掘、曝光並聚焦呈現出來，使其重新走進法律的理論視野。為此，研究者的任務不但是分析那些明顯直接有數字技術出場的場景中的法律規則，更應是揭示出，大量在表面看來與科技條件無關、並因此常被視為具有超越歷史、永恆不變屬性的規範原則和制度安排，背後實際上都與特定時代信息技術條件的賦能或局限相關聯。在此基礎上，結合人們對信息技術發展本身的想像，網絡信息與數字法治研究可以真正深化人們對未來制度發展可能的認知與理解。

最近十多年來部分研究者有關“個性化法律”（personalized law）的研討，非常好地例示了這種旨趣的理論化研究。[7] 基於相關研究者的闡釋，所謂個性化法律，聽上去是新議題，但其涉及的深層原理本身並非全新，其在理論上將“訂立規範應粗疏還是細緻”這一設計決策，與相關制度活動過程所能調動的信息資源與信息技術條件關聯甚至綁定起來，視後者為前者面臨的基本約束。[8] 當信息處理的成本相對較高時，決策者要考慮是在規則制定的環節投入信息資源、把規則定細，還是先用較低的成本制定出較為原則、粗疏的規則，將更多社會認知資源留在規則執行和裁判環節——這種權衡是立法有時從粗、有時會求細的基本邏輯。[9] 而依循相同的邏輯，假如法律系統在各個環節處理個人信息的能力全面提升，特別是可以更好地了解社會不同主體在不同場景中對不同規則的偏好，上述權衡的難度似乎就會大大降低。例如，有些細心甚至較真的消費者，在特定事項上，確實需要並能夠受益于廠商提供的更為細緻的信息披露和風險提示，而另一些人在相同事項上的決策則不會受商家相關披露的影響，甚至會對反復的提示感到厭煩或產生誤解。相比於統一的披

[5] Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 University of Chicago Legal Forum 207, 208 (1996).

[6] 參見陳景輝：《數字法學與部門法劃分：一個舊題新問？》，載《法制與社會發展》2023年第3期，第85-88頁。

[7] 較早的重要文章見Ariel Porat & Lior Jacob Strahilevitz, *Personalizing Default Rules and Disclosures with Big Data*, 112 Michigan Law Review 1417, 1417-1478 (2014)，以及 Anthony J. Casey & Anthony Niblett, *The Death of Rules and Standards*, 92 Indiana Law Journal 1401, 1401-1447 (2017)。集中作系統討論的專著見Omri Ben-Shahar & Ariel Porat, *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Oxford University Press, 2021.

[8] See Ben-Shahar & Ariel Porat, *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Oxford University Press, 2021, p. 23-27.

[9] See Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke Law Journal 557, 579-584 (1992).

露或無需披露的規則，更加有效率的法律規定應是要求廠商對前者作細緻披露和提示，對後者則無需為此耗費過多資源，[10] 而應轉去更多關注實質性的消費者福利保障。儘管全面鋪開的個性化法律在今天仍然見不到，甚至在一定意義上被認為技術層面無法實現，[11] 但至少在數字經濟已有個性化算法分析能力可支撐的場景中，對社會不同群體甚至個體適用不同的規範要求，顯然不是天方夜譚。而正是借助對相關信息技術條件的關注，研究者不但能看到這種趨勢，還可以反過來理解“法律面前人人平等”“平等普遍適用”等傳統上被視為真理的原則，不應在機械的意義上被視為必然，其當前形態可能僅僅是人類社會應對特定歷史時期技術條件的產物。

在《信息隱私：制度議題與多元理論》中，筆者也曾淺嘗輒止地將技術條件支撐制度規範及其相關觀念、理念的視角引入，尋求觀察、探索並想像關涉信息隱私的法律與社會規範流變，但尚未能充分展開。這其實是下一階段大有可為的一個學術議題。儘管隱私和信息保護相關的法律研究已經不少，但當下仍值得投入較多精力的課題中，既包括完整、深入理解隱私在歷史中國的觀念、制度流變背後的動因，也包括想像智能體應用等新型人工智能技術普及後仍可能有用的信息規範。[12] 有關中國傳統隱私制度和觀念的研究中，對文化表達的關注更多，[13] 但如能對物質技術因素有更細緻、更有想像力的處理，則顯然可以在解說深度上有所突破。[14] 既有西方研究中，惠特曼（James Q. Whitman）有關隱私文化價值的著名比較法律史研究指出，“隱私”的實際制度運作，之所以在社會經濟和政治體制都相當接近的現代西方兩大發達經濟體——美國和西歐——之間也存在重要差別，核心是因為“隱私”概念及相關制度本身只是更深層的社會意識形態與文化價值的表徵。[15] 惠特曼有關文化的討論中，強調了文化和意識形態相對於法律制度的穩定性和延續性，但並沒有明確討論物質技術條件變化對於文化和意識形態的塑造作用。相比之下，在閻雲翔有關中國農村的人類學研究中，物質技術條件變化對規範觀念和文化意識的影響，則被更直接地做了處理：中國東北農村在改革開放前的居住條件以南北炕為形式，一家兩代夫妻共處一室，外人進屋也直接拖鞋上炕，由此很難區分內外或公私；只有在改革開放後，年輕人進城打工，看到了城市的單元房佈局，回村後照此改造農村的民居格局，隱私才有了客觀條件。[16]

而今天應獲得關注的問題是，當新的信息技術條件逐漸掏空原有信息隱私規範觀念及其制度的客觀基礎時，我們應如何預測觀念和制度的改變，又應如何引導觀念和制度的發展？自“零隱私社會”“中國人不關心隱私”的說法在數字經濟起飛之初被業界大佬毫無顧忌地宣揚之時起，公眾及法律政策界便開始為隱私尋找新的錨點，使其可以在技術變革的劇烈風浪中再次求得哪怕階段性的安穩。坦率地講，業界人士的說法雖不中聽，但“話糙理不糙”。層出不窮的可用于廣泛、充分、多樣處理個人信息的技術，在私人生活便利、市場經濟效率、社會公共安全和治理等領域，都不斷產出可為民眾廣泛並實在感受到的改進與提升。這使得一些理想主義的話語策略——如呼籲人們要堅守初心，或警告如偏離既有均衡將萬劫不復——雖時不時可在輿論場引起關注、發人深省，

[10] See Ariel Porat & Lior Jacob Strahilevitz, *Personalizing Default Rules and Disclosures with Big Data*, 112 Michigan Law Review 1417, 1473-1476.

[11] See Peter N. Salib, *Complex Algorithmic Law*, University of Chicago Law Review Online (26 April 2023), https://lawreview.uchicago.edu/online-archive/complex-algorithmic-law.

[12] 戴昕：《“數字拉齊”：數字法治議題的知識線索與分析框架》，載《中外法學》2026年第1期，第15-17頁。

[13] See generally Bonnie S. McDougall and Anders Hansson, *Chinese Concepts of Privacy*, Brill, 2002.

[14] 如蘇力近期有關胡服騎射的討論，是一個很好的示例。參蘇力：《從“騎射”到“別男女”——胡服在中原農耕區的功能變遷》，載《開放時代》2026年第1期，第85-95頁。

[15] See James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty,* 113 Yale Law Journal 1151, 1219-1221 (2004).

[16] 參見閻雲翔：《從南北炕到“單元房”》, 載《中國鄉村研究》2003年第1期，第184頁。

但仍不可能說服公眾乃至決策者真的拒絕這些技術。而隨著人工智能應用的發展，特別是基於智能體的用戶個人助理類應用普及到公眾日常生活的前景逐漸迫近，乃至增強現實、腦機接口應用推廣的可能性提升，都使得對個人信息更為全面、深入的處理活動將徹底擺脫以保護自主、知情、選擇為核心規範的現當代信息隱私制度的束縛。換言之，當下意義上的隱私和隱私法（包括個人信息保護法）難免將要衰落甚至消亡。但沒有了現時意義上的“隱私”，是否就意味著徹底的無序、毀滅或“天網”控制下的反烏托邦？如果不把“隱私”或任何其他進入制度文本的規範概念作本質化理解，特別是如果意識到隱私從來都是一個幫助社會共同維護某種與個人信息有關的公共道德秩序的中介性觀念和話語工具，那麼在新的技術條件出現時，我們還是需要回到這種更為底層的價值論域中，去想像新的秩序錨點可能是什麼。

而基於筆者的個人觀察和分析，下探到更深層面，我們反而會發現，當下可能只是歷史與未來實現聯通之前的過渡。在有關“看破不說破”的研究中，筆者曾提出，當信息技術使得人們從可以輕易遮蔽自我身份的現代陌生人社會，進入到人與人在物理意義上相遇之前就互相“知根知底”的零隱私社會，我們或許會發現後者與早先更小規模、但人與人之間同樣高度透明的熟人社會中人們的信息處境頗為類似。[17] 然而，當下與古早之間的關鍵區別在於，熟人社會存在著一系列熟人之間的信息處理乃至人際互動規範，核心是在維護個體尊嚴、體面的同時，維繫甚至強化小共同體內人與人之間的關係聯結及由此形成的社會資本。而在相互透明的大型陌生人社會中，即使無法基於選擇和同意限縮個人信息被處理的範圍、目的與場景，社會或許至少仍可在要求尊嚴、體面、安全以及維護有價值的共同體聯結等價值議題上達成共識。以這些為基礎，我們迫切需要重建規範，而這些規範其實也可以不再被稱作隱私（例如直接稱為“體面”）——只是，如果為了降低社會認知成本或話語接受成本，我們也完全可以繼續將其稱為“隱私”。

綜上，筆者希望提出的觀點是，對於信息隱私乃至網絡信息與數字法治領域研究的持續發展而言，追求理論化在今後會是關鍵路徑，而這種理論化恐怕主要將是結合社會科學或其他各類外部視角及知識的工作。這與部分研究者通常的判斷，即某個領域相對成熟之後，“教義理論”或較為形式化的法律研究和分析工作會成為主導，恐怕不大相同。一方面，整個數字法治領域的論題在技術變革加速的背景下，很難穩定下來。另一方面，儘管數字領域的法律制度建設本身逐漸形成規模，甚至也有學者試圖追求某種意義上的“體系化”，但這種“體系”註定以開放而非封閉為特徵。而這不僅意味著該領域所謂“法典化”將難以想像，且由於司法和行政機關會不斷被迫探索治理創新，這使得其中的裁判和執法活動相比其他領域都將具有更高程度的立法、規則制定或社會治理屬性——這對於穩定教義的出現和發展也會構成限制。

部分也正是由於這樣的判斷，《信息隱私：制度議題與多元理論》中正面展示其運用的主要形式化理論，是霍菲爾德（Wesley Hohfeld）的所謂法律關係（jural relations）理論。[18] 正如邱遙堃在評論中所說，霍氏理論雖然出名，但並不主流，特別是對於中文世界的讀者來說，儘管其多有耳聞，卻從不熟悉，認知和理解上有一定難度，這也製造出新的推廣和運用成本。[19] 筆者對此完全認同。甚至，由於筆者在書中將科斯的界權理論引入，與霍氏的框架結合，提出了一個所謂“關係界權”的說法，[20] 這或許在中文語境中造成了更大混淆。儘管相關論文目前是筆者學術生涯引用

[17] 參見戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第74頁。
[18] 同上註，第152-176頁。
[19] 邱遙堃：《數字時代法律的道路：評〈信息隱私：制度議題與多元理論〉》，載《澳門法學》2026年第1期，第95-96頁。
[20] 參見戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第152-176頁。

率最高的一篇，且在實務界獲得許多正面評價，但坦白說，引用和反饋的實際情況表明，部分讀者對“關係界權”的理解常與筆者本想表達的意思有出入。例如，部分讀者以為筆者所說的“關係界權”中的“關係”，指向的是社會事實意義上的關係，而“關係界權”意味著法律權利規範應參考主體間的社會關係，等等。但實際上，這裡的“關係”指的是抽象和規範意義上的法律關係——特別是霍菲爾德分析框架中運用其特定的術語概念建構的最基本類型的法律關係，即“權利—義務”關係、“自由—無權利”關係、“權力—責任”關係和“豁免—無能力”關係。[21]

這種廣泛的誤解或不到位理解，當然只能歸咎于作者寫作或修辭方面的失誤。但即便其在接收端未必讀者友好，筆者仍認為，或許只有類似霍菲爾德這樣的形式化理論，才真正適合信息隱私乃至數字法治這類研究論域。實際上，正如筆者在《信息隱私：制度議題與多元理論》導論中所說，法律離不開形式層面的規範建構，而後者離不開一些基本的形式方法。但許多常見的所謂法學方法論理論的最大問題，在於其方法或概念工具本身的價值負載過重，一旦使用，容易成為包袱。[22] 例如，法律上經典的財產權或物權相關概念體系，就有這樣的特點。這套體系對應的話語在很大程度上隱含了保護權利主體對特定資源或資產享有、行使專有權的制度安排具有道德正當性甚至道德優越性，並且預設了專有權對於實現效率、自由乃至人格自主等價值的必要性。在當代數據經濟中，這樣的價值預設本身有爭議——數據是否以及在何種程度上應當以所謂“確權”的方式保護其專有、排他控制，數據專有、排他控制的制度安排在規範上是否正當，無疑是近年參與者規模最大的爭鳴之一。[23] 但即使基於傳統財產權模式建構數據權利規則的方案不一定不對，或者不一定最終不會被認為正確，人們其實也需要在制度建構的一開始就考慮，是否真有必要因為採納了這套話語，就將手裡的籌碼全部押注在以“數據財產權”為目標的這條狹窄路徑之上。

而相比于這種理論，霍菲爾德的關係型權利概念，是負載價值前見相對更少的——甚至可能是截至目前各類權利理論中，負載價值前見最少的。在霍菲爾德框架中，“財產”被還原為特定主體與各類不同他人之間的多重法律關係組合；抽象來看，由於每一種具體的法律關係在單獨意義上都並非特定主體享有“財產”的題中必有之義，因此“財產”或“財產權益”概念可以體現的價值傾向，或者人們可以向“財產”概念中注入的價值理念，完全可謂“豐儉由人”。由此，法律形式服務於價值追求，社會實體目標的豐富性不會反過來過度受困於概念表述工具的貧瘠。仍回到數據治理論域中的“數據確權”一例，如《信息隱私：制度議題與多元理論》中所說，當下關於要不要“確權”的爭議之所以激烈，很大程度上是因為學界對“確權”的理解受困于以物權為基本模型的財產權概念。在這種明確蘊含私權優先性的概念工具的束縛下，確權與否對應的價值和政策立場也難以避免二元對立。但若換用霍氏的關係界權概念，將有關數據的“確權”理解為明確界定主體間有關特定數據處理行為的具體關係安排及規則，那麼“確權”顯然不必須與數據私益優先對應，而“確權”對數據市場和公共等各類價值產出的必要性也很容易被廣泛接受。例如，就包含個人信息數據的“確權”而言，如果不將其理解為是要確定相關數據“歸屬於”個人、企業或政府，而只是界定，個人何時可以針對何種信息處理者享有主張其未經授權不得獲取的權利（claim），後者有義務（duty）遵從，而何時哪類處理者有自由（privilege）不經授權處理信息，個人無權利（no

[21] 同上註，第153-157頁。

[22] See Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale Law Journal 16, 21-25 (1913).

[23] 例如，參見申衛星：《數據確權之辯》，載《比較法研究》2023年第3期，第1頁；周漢華：《數據確權的誤區》，載《法學研究》2023年第2期，第3頁；張新寶：《論作為新型財產權的數據財產權》，載《中國社會科學》2023年第4期，第147頁。

right）反對、干預，那麼人們恐怕就不大會一直停留在私權、效率還是公益優先的寬泛維度辯論要不要確權，而更有可能落實、聚攏到更為具體的數據利用場景之中，討論何種具體關係界權對於促進何種價值是必要的。

霍菲爾德概念框架所具有的這種相對價值中立的優勢，當然與其本人在建構該理論工具時的刻意設計有關。[24] 作為一個法律現實主義者，霍菲爾德對於有關法律形式主義貌似中立、實則在抽象規範概念中夾帶意識形態私貨的批評顯然應不會陌生。[25] 更重要的是，在今天看來，霍氏的關係界權理論是一種在邊際上進行建構、因此較其他更為體系化的權利理論而言，更能夠支持靈活調整、與時俱進的理論工具。在這個意義上，筆者確實建議，有足夠理論興趣的研究者，稍微花點時間了解、思考霍氏理論——這是非常值得的。[26] 但需要再次澄清，筆者並非主張，在工程（即具體的法律規則撰寫）層面，中國乃至任何國家需要原樣採納霍氏理論的概念術語。[27] 作為分析工具，霍氏概念體系如今最常見的使用方法，是對基於人們更為習慣的現有術語撰寫的法律規則進行批判性“轉譯”，例如識別出一個條文實際對應建立的若干霍氏法律關係，並由此發現其中可能存在疏漏或者含混，以此作為立法工程層面進一步開展工作的基礎。[28]

二、超越經典理論（？）

前一節旨在提出，數字法治領域的研究尤其需要注重引入主流法學學術傳統之外更為豐富多元的理論資源。在《信息隱私：制度議題與多元理論》一書的寫作過程中，筆者在自身學力限度內努力踐行這一理念，綜合運用盡可能多的理論視角和分析工具，呈現相關制度問題所嵌入的生活語境和社會場景的豐富性。筆者用到的不少理論來自西方學術界既有成果，其中一些經由此前研究者多年來的譯介努力，也已為中文世界的同仁所熟知。在當下強調建構自主知識體系的大背景下，理論工作者確需更自覺地思考應如何對待來自西方的既有理論。儘管《信息隱私：制度議題與多元理論》的寫作和呈現本身應是向讀者展示作者知識論和學術觀維度考量的最好窗口，但不妨在此對相關問題給出一些更為直接的交待。

正如兩位評論者在其批評中提示的那樣，《信息隱私：制度議題與多元理論》在建構其理論分析時參用最多的經典理論，莫過於萊西格的的多元規制理論及其分析框架。後者在中文學界應早已膾炙人口，多年來也一直被廣泛運用。不說別人，除《信息隱私：制度議題與多元理論》外，筆者至少有兩篇公開發表的文稿，其主要內容即是與其理論對話，[29] 另有多篇文章則將多元規制用於文章一些部分的分析之中。[30]

---

[24] See Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Appliedin Judicial Reasoning*, 23 Yale Law Journal 16, 28-59 (1913).

[25] See Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 Columbia Law Review 809, 809 (1935).

[26] 對霍氏理論也有很多反思，見Shyamkrishna Balganesh, Ted M. Sichelman & Henry E. Smith eds., *Wesley Hohfeld A Century Later: Edited Work, Selected Personal Papers, and Original commentaries*, Cambridge University Press, 2022.

[27] 參見戴昕：《信息隱私：制度議題與多元理論》，北京大學出版社2024年版，第153頁。

[28] 同上註，第155-157頁。

[29] 參見戴昕：《超越“馬法”？——網絡法研究的理論推進》，載《地方立法研究》2019年第4期，第1-17頁；戴昕：《犀利還是無力？——重讀〈代碼2.0〉及其法律理論》，載張志銘主編：《師大法學》2018年第1輯，法律出版社2018年版，第252-268頁。

[30] 例如，戴昕：《重新發現社會規範：中國網絡法的經濟社會學視角》，載《學術月刊》2019 年第2期，第110-114頁；戴昕：《數據界權的關係進路》，載《中外法學》2021年第6期，第1573頁。

兩位評論者都就書中選用萊西格的經典理論搭建主要分析和論說框架這一點提出了評論，特別是從不同角度有所質疑和商榷。[31] 在他們看來，多元規制雖在三十年前提出時頗為抓人，但如今可繼續貢獻的智識似乎已經沒那麼多。特別是，這一理論自身在原創性方面有其局限性，用得越多，局限性也被暴露得更清晰——池裡水不夠深，能持續發掘得就很有限。那麼，在信息隱私乃至數字法治領域的下一階段研究中，我們是否還可以繼續參考甚至依賴這個分析框架？在什麼意義上、以什麼樣的方式，我們可以實現對這類經典理論框架的超越，並由此做出新的更具原創性的理論貢獻？

這些質疑非常到位，也十分重要。實際上，筆者在 2018 年發表的一個短評中已提出過類似判斷：多元規制框架在描述意義上有助於人們拓寬視野、增進理解，但作為一種政治法律理論，其推動規範思考的意義則是有限的。[32] 其實，這樣的質疑顯然不僅指向萊西格的多元規制框架。更一般而言，運用源於西方世界的理論工具，分析其理論產生語境之外的問題，尤其是中國問題，經常會面臨生搬硬套甚至荒腔走板的批評。或者，至少，如果研究者只是用外國理論拆解中國現象，拿中國經驗來驗證外國的理論，這容易被詬病為缺乏建構原創理論和自主話語的雄心。

上述批評都有道理，但需要注意的是，這不意味著中國研究者要在所有研究中都必須憑空或重新徒手造出本土理論分析和言說需要用到的所有工具。不是所有西方理論都有足夠強的超越其生成語境的一般適用性，但也不是所有西方理論都不能在超越其生成語境的一般場景中提供分析和解釋上的啟發。相比於其他理論，一些理論的文化專屬性較弱，可遷移性較強——多元規制總體來看屬於此類。如楊子超所說，對多元規制框架的運用，最常見的情形，一是口號化的，二是平面化的。所謂“口號化”運用，集中為“代碼即法律”，其早期流行的原因，主要是技術這種因素在傳統法律研究視野中不被認為是一種“規制因素”甚至“法律”——後者在定義式爭論中，往往被要求具有所謂“規範性”。而之後，該論斷更廣泛的流行則是因被誤讀，即許多人認為萊西格這個說法本身是在鼓吹技術應當具有和法律一樣的規範性和權威地位，應該“用技術治理”，甚至“由技術（專家）說了算”。[33] 而所謂“平面化”的使用，即分析者理解這一理論框架致力於將多種來源不同的分析理論統合到相同分析過程之中，但在將其運用于自身分析時，只是將法律、市場、社會規範和技術 / 架構這四個因素放在一個二維平面上，像在記事清單上打勾一樣，逐個過一遍，以保證分析全面。而由此得到的解釋理論，往往無非是“行為背後有多重影響因素”；獲得的規範推論，則是“規制需要多管齊下”。

其實，即便這個水平的分析，也不能說毫無貢獻：在多元規制框架提供了較為明確、可以把握的四個變量之後，即便是平面化的解釋和規範分析，也已經在通常更為含糊的“這事兒說來複雜”的基礎上，向前有所推進。但需要看到，萊西格本人在最初提出這一理論框架時，其屬意並非僅僅是將可能用到的來自不同理論傳統——經濟學（市場）、社會學 / 人類學（規範）、譜系學 / 工程學 / 計算機科學（架構）——的解釋及規範變量進行歸納匯總。歸總式的理論建構，原創性當然有限。但萊西格在 1990 年代進行相關工作時，試圖做出的推進至少有以下幾點。第一，他希望將第二代芝加哥學派開啟的尋求更為貼近現實的理論解釋這一努力延續下來，並有進一步發展，使得人

[31] 參見邱遙堃：《數字時代法律的道路：評〈信息隱私：制度議題與多元理論〉》，載《澳門法學》2026年第1期，第92-95頁；楊子超：《少有人走的路——評〈信息隱私：制度議題與多元理論〉》，載《澳門法學》2026年第1期，第83-87頁。

[32] 參見戴昕：《犀利還是無力？——重讀〈代碼2.0〉及其法律理論》，載張志銘主編：《師大法學》第三輯，法律出版社2018年版，第253頁。

[33] 筆者就此在2018年也提到過，技術企業一向以“不可規制”為自身行為辯護，甚至認為公共權威一直沒能理解“代碼即法律”——而區塊鏈和加密貨幣企業的論調就更是如此，參見戴昕：《犀利還是無力？——重讀〈代碼2.0〉及其法律理論》，載張志銘主編：《師大法學》第三輯，法律出版社2018年版，第258頁。

們對規制的思考和理解擺脫純粹圍繞市場和經濟因素展開的範式。[34] 換言之，這是法律和社會科學研究向第一代芝加哥學派告別的封頂（capstone）工程。

第二，通過呈現並強調法律運作所處的更為複雜的嵌入性（embeddedness）範式，萊西格其實希望進一步確證並凸顯法律的能動性。這也是其與第一代和第二代芝加哥學派學說的核心區別。此前的學說都致力於反對霍布斯以降的“法律中心主義”。法律中心主義將法律作為秩序的核心來源，而兩代芝加哥學派的學說則都在提示，法律在嵌入市場和社會結構之後，其在影響行為和提供秩序方面的作用相對有限；甚至第二代芝加哥學派相對于第一代在這個路向上走得還要更遠，其核心論題——即埃里克森的“無需法律的秩序”——是，在社會規範發生規制作用的緊密社群中，法律制度本身不僅不決定最終秩序面貌，甚至連其為後續市場自發調整提供初始界權作為起點的功能，也可以被社會規範取代。[35] 而萊西格雖將市場和社會規範作為與法律一樣可直接作用於規制對象的規制因素，納入了其分析框架中，但進一步引入架構或物質技術因素這一變量所達到的理論效果，其實是降低了市場和社會規範各自作為規制因素的單一重要性。換言之，既然在法律之外，還存在著其他相當多樣的規制力量，那麼每一種規制因素的解釋和規範地位就更不應在相對意義上被過度拔高，而“法律”這種唯一能夠直接體現社會公共意志、公共利益和高度能動性的人為因素，其值得重視的程度反被進一步凸顯出來。[36]

第三，在此基礎之上，特別是在《代碼 2.0》一書中將多元規制理論主要應用於網絡社會中的法律與規制時，萊西格尤其希望將顯然來自福柯的有關權力以隱蔽和間接方式運作的洞見突出、聚焦呈現出來。如前所述，所謂“代碼即法律”的提法，時至今日仍常被誤解為具有規範性；筆者碰到過的很多人都以為，萊西格的說法是在鼓吹技術應當被尊為網絡世界中具有法律權威性的規制力量。但正如萊西格在其書中及後來多次演講中反復強調的那樣，“代碼即法律”是一個描述性命題，其試圖揭示人們的行為常被物質技術條件約束、改變，但人們卻對此往往缺乏意識；這使得通過代碼或者技術的間接規制對掌握權力者非常有吸引力，其最大優勢就在於間接性（indirection）提供的隱蔽，由此可以使權力行使規避監督制衡，也較少引發反抗。但這種在暗影中運行的權力恰恰更值得警惕。因此，萊西格希望強調的，正是代表公共利益的法律必須對代碼的規制作用有清晰認識和有效控制，特別是要避免商業利益間接通過代碼去攫取權力，架空法律和公共利益。[37]

由此可見，多元規制理論在規範上有很強的層次性和動態性，並不僅僅是平面化的一個整理匯總式分析框架。在最近十年，隨著其研究向憲政和制度性腐敗擴展，[38] 萊西格將更多的動態分析視角引入了多元規制。在一些演講中，他突出強調，多元規制模型中不同因素排擺呈現的相互位置同樣有其理論意涵。例如，在最常見的模型圖像呈現中（如圖一），基於正當性的規範設想，法律是被置於最頂端的，意味著在權威和規範方面，法律仍然可以並應當是最高的。但現實中，這四個因素的權威性高低可能發生調轉，特別是市場或商業利益可能轉到最高位（如圖二），成為事實上的主導。這種情況下，商業或市場利益集團為了強化對特定領域的控制，可以通過購買輿論宣傳影響社會規範和民意，可以利用其掌握的技術手段（如算法）實施隱秘操控，當然也可以直接對政治權威實施影響力，將自身的意志轉化為不僅有強制力、而且有正當性外觀的法律。[39] 在萊西格看來，

[34] See Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 Journal of Legal Studies 661, 662-672 (1998).
[35] See Robert C. Ellickson, *Order without Law*, Harvard University Press, 1991, p. 280-283.
[36] See Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, *Version 2.0*, Basic Books, p. 123-132.
[37] 同上註，第72-80頁。
[38] See Lawrence Lessig, *Republic, Lost: How Money Corrupts Congress--and a Plan to Stop It*, Twelve, 2011.
[39] 《視頻回放|特邀演講：勞倫斯・萊西格論人工智能對美國政治體制的挑戰》，載微信公眾號“PKUDigitalLaw”2025年8月18日。

鑒於商業力量潛在的全面侵蝕性，強調並保持法律的自主性，確保社會共同體有能力能動地利用法律維護公共利益、抵禦特殊利益集團，就顯得更為重要——而這樣的觀點，在《代碼 2.0》一書中已經表達得非常明確，即萊西格所謂“東海岸代碼”（政治與法治）應當壓倒“西海岸代碼”（技術及其背後商業）的呼籲。[40]

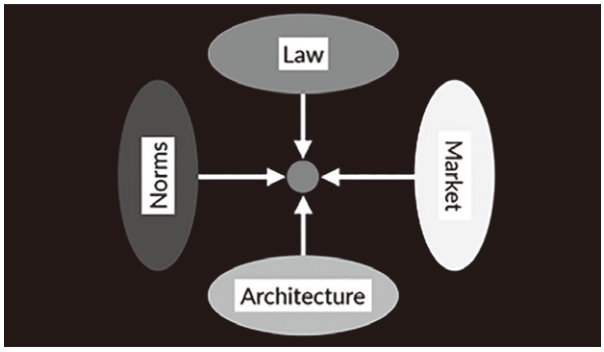

圖 1

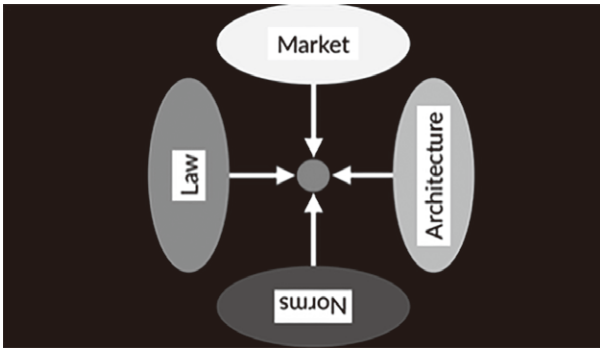

圖 2

如果能夠更有意識地將這些富於層次和動態性的理解帶回到多元規制理論之中，那麼這一框架對於未來的信息隱私和數字法治研究當仍有可資運用的價值，特別是可為研究思路的深入和擴展提示路徑。尤其是，在目前常見的格外突出技術因素或將四個因素平鋪的範式之外，未來研究應致力於更多從變量之間的互動入手，探索出一些規制效果發生的間接機制鏈條，由此為有關信息隱私的複雜社會和制度爭議，提供深刻但同時又足夠清晰的解釋和規範思考路徑。例如，在人臉識別、深度偽造等議題上，當下的研究呈現出非常明顯的文化認知差異，主要國家之間對相關技術應用的偏好和接受度有明顯差異，各國內部不同群體對相關技術應用的積極價值與風險、不同場景中應用的可接受性等，看法也有差別。[41] 一方面，技術本身的實際應用狀況，可能對文化認知和態度產生影響——例如相關研究發現民眾對人臉識別的接受程度差異與其對相關技術的實際接觸或使用經驗的多少呈正相關——[42] 而應用的推廣則又往往是法律和市場力量共同作用的結果，例如對此類技術應用在問世初期包容性相對更強的監管環境下，市場主體更可能快速鋪開應用，並且也能更有力地建構有關此類應用在便利、效率和安全層面提升福祉的敘事。另一方面，認知本身也可以成為政治行動的基礎，不同認知促生的社會規範也能進一步激發行動，這提供了理解法律制度差異的重要視角。

需要指出，多元規制看上去既是一個繁複的理論，又是一個簡單的理論。說它繁複，是因為其指出的四種規制要素，如果就其影響或規制行為的根本機理而言，仍可以進一步還原為每種因素對理性行動者成本收益計算的影響。正如楊子超指出的，《信息隱私：制度議題與多元理論》一書中，有不少分析就做了這樣的還原。[43] 但這樣做會引起的質疑是，如果最終要還原，那為什麼在分

[40] See Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, p. 335-339.

[41] See Genia Kostka, Léa Steinacker & Miriam Meckel, *Between Security and Convenience: Facial Recognition Technology in the Eyes of Citizens in China*, *Germany, the United Kingdom, and the United States*, 30 Public Understanding of Science 671, 679-685 (2021); Matthew Kugler, *Public Perceptions Can Guide Regulation of Public Facial Recognition*, 25 Columbia Science and Technology Review 1, 31-43 (2023).

[42] Genia Kostka, Léa Steinacker&Miriam Meckel, *Between Security and Convenience: Facial Recognition Technology in the Eyes of Citizens in China, Germany, the United Kingdom, and the United States*, 30 Public Understanding of Science 671,681-683 (2021).

[43] 參見楊子超：《少有人走的路——評〈信息隱私：制度議題與多元理論〉》，載《澳門法學》2026年第1期，

析的中間環節還要將市場、規範和技術作為分立的範疇各自處理？而反過來看，多元規制似乎又過於簡單，因為這四種因素各自似乎有必要再做細分。例如，張永健曾提及，他在研究中認為“社會規範”的概念或許過寬，而如包含比較明確、具體知識體系（如中醫）的“文化”，應當單獨拿出來，作為第五種規制因素。[44]

這兩種不同方向的批評，呈現出理論建構工作通常面臨的困難抉擇。儘管弗里德曼（Milton Friedman）早有“理論的價值不在描述而在預測”的經典說法，但隨著複雜性（complexity）作為一種學理視角被日益重視，建構有關作為複雜系統的真實世界的理論，總免不了在個體還原和整體描摹兩個極端之間找到一個妥協。“多元規制”應是萊西格基於其對有關規制和權力的社會科學學說的觀察和提煉找到的在他看來適中的分析層次。而在後續的理論發展中，顯然不是沒有其他可能的理論建構方案。例如胡淩在平台經濟語境中提出的“賬戶、數據、算法、評分”模型，[45] 的確如邱遙堃所說，是分析平台權力及規制模式的有效框架。但這一框架與萊西格框架之間的關係未必是互斥的，在某種程度上可以視為對架構因素的細化，其揭示出的是“架構”或“代碼”這一概念本身的寬泛或粗疏。而筆者在此前一個分析中，也曾提出過平台規則是否屬於社會規範的問題。[46] 儘管在互聯網經濟的早期，自發形成的網站自律規則確實更像是集聚在網絡小社群中的社會規範，但對於處在當代監管環境下的超級平台而言，其平台規則更應理解為法律、社會規範、市場和代碼相互作用的產物。多元規制的框架仍有助於分析者識別特定平台規則的出現及其運行效果，但平台規則這一在很大程度上已自成一體的規制力量，很難以整體而非散裝的面貌，出現在萊西格的原有框架中。這確實意味著後續研究者至少在“多元規制”的周邊會有進一步探索理論更新的空間。

三、借力經驗再思理論

循著經典理論提供的線索推進當然是理論研究展開的一條務實路徑。但筆者所謂“從理論到理論”，更多是在修辭，不能在字面意義上當真——至少，筆者的意思絕非在研究中應完全排斥經驗。恰恰相反，在筆者看來，推進數字治理領域的理論研究，必須依賴經驗。只是，或許仍值得強調，如不能有意識地以推進理論為宗旨，研究者在經驗層面的涉獵甚至著力，並不能充分兌現其學術價值。

筆者在隱私與數據保護領域的有限理論心得，其實很大程度上都從經驗中來，並隨直接與間接經驗信息和研究素材的累積演進。這個領域中的法律制度在過去幾十年中逐步獲得構建，由此也以相對清晰、收斂的形式呈現為一個制度議題領域——儘管如前所述，還遠未被承認已構成一個傳統意義上的“部門”。但在制度形式發生的經驗層面，以及制度形式內涵的理論線索層面，“信息隱私”作為一個論域遠未穩定下來，仍持續呈現出動盪的態勢與伸展、擴張的可能性。現實生活中，新型個人信息處理技術的不斷出現及其新型應用的不斷發生，使得許多原本剛剛自覺想通的理論思路，旋即又遭受擾動。這是就相關主題開展研究工作有挑戰性的地方，但更是其始終誘人之處。

比如，筆者在一些地方曾提過的一個猜想是，隨著公共和私人主體進行實時信息記錄的能力日

第85-86頁。

[44] 參見張永健：《法經濟分析——基本立場與教義應用》，載蘇力主編：《法律書評》第13輯，北京大學出版社2020年版，第11頁。

[45] 參見胡淩：《數字架構與法律：互聯網的控制與生產機制》，北京大學出版社2024年，第125-230頁。

[46] 參見戴昕：《重新發現社會規範——中國網絡法的經濟社會學視角》，載《學術月刊》2019年第2期，第118-119頁。

益普及，許多原本因為缺乏證據而難以在實質意義上判斷、解決的糾紛將更容易獲得化解，甚至原本就因缺乏信息才發生的糾紛將會減少出現——只是，這種糾紛解決領域的突破，又難免會引發與此前不同的隱私憂慮和困擾。[47] 性騷擾是非常好的例子。總的來看，職場或學校性騷擾維權的最大困難，是受害人往往無法保留或固定證據。如果被指控的侵害事件發生在有監控的場所，或受害人自身有意識運用錄音錄像設備，則公權機關介入保護時，就會更有依據、更少顧慮。[48] 然而，新增的監控本身，無疑增加了個人信息被處理的範圍和規模，因此難免又會成為爭議對象——換言之，無論怎樣，都沒法讓所有人滿意。

例如，數年前曾有一起在社交媒體上頗有熱度的清華大學食堂“騷擾”事件。事件中，一位女生認為身後排隊的男生故意觸碰其敏感私密部位，構成騷擾，要求男生道歉賠罪不成後，發起“線上維權”，在社交媒體公開發布男生個人信息。此後，學校保衛部門調出監控，顯示男生並無騷擾舉動，只是書包與女生觸碰，引發誤解，女生也被要求道歉。[49] 在筆者看來，這一案例不只是在傳播的維度相當“狗血”，而且具有非常精彩的理論意蘊：女生為了維護自身的隱私利益（私密部位），採取了公開披露嫌疑侵害人隱私（個人信息）的手段，而糾紛的最終解決則依賴公共監控這一通常被認為減損了所有人隱私預期的機制。這很好地印證了此前有學者提出的不同類型隱私侵害或減損之間存在權換（privacy trade-off）關係的理論，即對一些人或一些向度上的隱私利益提供保護，往往意味著同時犧牲另一些人或另一些向度上的隱私利益。[50] 基於這一理論框架，並考慮到監控技術的可得性，社會可以相對聚焦地識別其需要做的選擇和決策，特別是要比較監控能夠幫助特定個人或群體避免的隱私侵害或錯誤指控，與監控本身帶來的隱私侵害等風險，孰輕孰重。例如，在最近另一起事件中，有女性顧客指控景德鎮一家理髮店的店員在洗頭房中對其有騷擾舉動，而雙方爭執無法化解的重要原因之一，則似乎就是洗頭房恰好是整間理髮店中唯一沒有安裝攝像頭的空間。[51] 雖然該事件或有其他背景，[52] 但抽象而言，其向經營者以及治安部門提出的，就是前面所說的最基本決策或抉擇問題：為了避免性騷擾爭議，是否值得讓所有顧客承受洗頭時影像被記錄以及潛在洩露、濫用的風險?

對以上兩例的討論旨在說明，“隱私權換”的理論，對於筆者思考監控技術普及時代的監控應用合理性、監控的多方利益影響及邊界等問題，一直都有重要啟發，甚至常被用作基本的思考框架。但近年另一個熱點事件——武漢大學圖書館“性騷擾”和與之相關的所謂“誣告”的爭議[53]——則提示這一理論在解釋力和規範啟發方面也有局限。僅基於此前新聞報道和法院裁判文書中披露出的事實，作為當事一方的女生自認為在公共場合被另一位男生以不雅動作“隔空”騷擾，並自稱出於取證目的對該男生的動作用手機進行了長時間拍攝，之後上前與男生交涉，要求男生認錯、道歉、寫下書面材料，據此提交學校管理部門，由後者對男生予以校內紀律處分。在此基礎

[47] 參見侯猛等：《如何用法律視角看待世界：南方週末法律通識課》，江蘇鳳凰文藝出版社2024年版，第230-234頁。

[48] 同上註。

[49] 趙雲：《“清華學姐”稱被學弟性騷擾，曝光個人信息讓其“社會性死亡”？結果卻是…》，載每日經濟新聞網2020年11月21日，https://www.nbd.com.cn/articles/1553491.html。

[50] See David Pozen, *Privacy-Privacy Tradeoffs*, 83 University of Chicago Law Review 221, 228-233 (2015).

[51] 《女子稱在景德鎮洗頭被性騷擾，“手摩擦我的皮膚數十秒”，店方：操作合規》，載百家號2025年8月7日，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1839789805693342574&wfr=spider&for=pc。

[52] 《女子控告理髮師性騷擾後續，個人隱私被曝光，曾登上新聞疑似常犯》，載百家號2025年8月9日，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1839944418794027702&wfr=spider&for=pc。

[53] 《不能認定性騷擾，“武大圖書館性騷擾事件”一審宣判》，載觀察者2025年7月26日，https://www.guancha.cn/politics/2025_07_26_784397_s.shtml。

上，女生事後進一步到法院起訴男生的行為構成侵權。而法院基於訴訟過程中雙方進一步提交的證據材料，包括聽取被告一方說明的情況，即其長期患有皮膚病、當天在圖書館因病發瘙癢難忍而做出連續抓撓動作，最終拒絕支持女生的訴訟請求，認定男生行為不構成性騷擾。[54] 司法裁判做出後，由於其結論與校方此前做出紀律處分的決定有重要差別，再度引發關注，導致了一波嚴重、產生強烈外溢和“躺槍”效應的輿情。

與“清華學姐事件”相比，武大事件同樣包含了自稱受害者自行借助披露嫌疑侵害人的個人信息以尋求救濟的要素。但在武大事件中，不僅學校圖書館閱覽室本身有監控設備，對當時的情況保留了監控記錄，而且相比于清華學姐事件，當事人一方自己也主動進行了攝影取證，如此實現的信息收集更為全面。由此，相關行為的性質認定，照理也應有條件做到更為及時、準確才是，爭議和糾紛理應更容易在第一時間獲得適當解決。但令人不解的是，實際情況並非如此。無論事件發生當時的學校管理部門，還是後來的法院，乃至通過網絡渠道看到了至少部分監控信息的網民公眾，對於雙方之間到底發生了什麼、孰是孰非，認知看上去非常不同。[55] 對於這種人們在面對相同事實信息、甚至相當豐富的信息時仍會形成重大差異認知的現象，當然本身也有其理論解釋，例如政治人類學和文化心理學層面的“文化認知”（cultural cognition）理論——認知是人們結合自身既有的文化世界觀和價值前見處理信息的過程，其結果因此不會僅取決於信息本身，也取決於認知主體自身因素。[56] 如果武大事件中監控在解決糾紛層面的失敗，確實是出於這一原因，那麼這實際上提供了一個非常重要的理解監控局限性的啟發：在原有的“隱私權換”視角下，監控帶來的隱私風險是實現對另一些隱私利益予以保護和救濟的必要代價；但如果由於文化認知等因素的存在，借助監控可以實現的保護和救濟面臨局限，我們就有必要重新反思之前所做的權換是否持續合理、正當。

而由此向前，監控在今天屬於常規技術，對監控的救濟效果構成挑戰的更重要因素是變動中不斷湧現的新技術，特別是導致“有圖有真相”“視頻還原真相”的基本認知前提被顛覆的技術，如深度偽造和其他生成式人工智能圖像應用。毫無疑問，在新的技術前提下，監控在何種意義上可以繼續發揮其救濟作用，或者什麼樣的監控才能夠發揮保護和救濟作用，並由此得到證成，迫切需要新的理論思考，原有認知中的權換邏輯可能已經不再可靠甚至成立。不過，在另一個層面，可以發現，儘管我們對監控的評價可能有所變化，但隱私權換這一理論框架的可用性，倒是在這一過程中又獲得了驗證——只是新的經驗提示我們，隱私權換中的認知和判斷不能固化，權換必須被堅持作為一個動態的分析和決策過程。

在筆者看來，信息隱私論域中的理論研討應以這種方式推進，即不斷用新的經驗去衝擊哪怕是不久前剛剛提煉出的理論命題和分析框架，在由此獲得新的場景化實證與規範判斷的同時，檢驗其可用性，識別其可拓展性或不可拓展性。通過保持經驗層面的敏感，我們才有不斷實現獲得理論更新的基礎。即使筆者的旨趣是“從理論到理論”，但無論是在《信息隱私：制度議題與多元理論》一書中，還是在之外乃至之後的研究中，筆者認為理論研究最有意思的，恰恰是在研究過程中與他人和自我經驗的不斷遭遇。

[54] 楊景媛訴肖明瑶性騷擾損害責任糾紛案，湖北省武漢經濟技術開發區人民法院（2024）鄂0191民初4030號民事判決書。

[55] 《武大圖書館事件一審落幕：性騷擾難認定，為何輿論仍在撕裂？》，載百家號2025年7月30日，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1839074769411511581&wfr=spider&for=pc。

[56] Dan M. Kahan, David A. Hoffman & Donald Braman, *Whose Eyes Are You Going to Believe? Scott v. Harris and the Perils of Cognitive Illiberalism*, 122 Harvard Law Review 837, 852-853 (2009).

四、結語

大部分母雞都不會獲得表白自己如何下蛋的機會。拜刊物盛情與評論者啟發，筆者方能就《信息隱私：制度議題與多元理論》及相關研究工作的思路和旨趣作以上延伸論說。就自身在開展數字法治議題相關研究時的關注與側重而言，筆者認為，理論研究推進的路徑，至少應包括廣泛引入外部理論、深入反思經典理論、並借助基於經驗的感受與分析發展理論。本文旨在向感興趣的同仁呈現並推介上述路徑。

此外，文末還希望再談的一點，是理論研究者如何看待並回應實務界對理論的需求。這也是筆者在開展信息隱私有關的研究過程中，包括在寫作本書以及成書後與讀者交流的過程中有一定感受之處。

筆者在日常與實務界進行交流時，通常以理論研究者作為自身定位，以儘量避免被視為具體實踐問題解決方案的直接提供者——最多，筆者能夠提供的合作與協助，是出些點子、思路和話語。這聽上去非常“不落地”，甚至許多人不能理解，這樣的工作為什麼還會在實務界有任何受眾（除了或許是為滿足妝點門面的需要）。不過，基於筆者的理解，大多數實務單位在邀請學者、特別是法律學者參與相關政策與制度建設討論時，更多想要的其實就是“理論”——只是，他們期待的“理論”，核心是提供在建構有關法律制度的論證時可以使用的“定義”，如“數據是什麼”“數據財產是什麼”“數據產權包括什麼”“公共數據包括什麼”，等等。

實務界對理論界工作的這種期待，或許與教義學有關。傳統的教義理論是圍繞概念定義構成的語義體系展開的，並將其視為最具基礎性的工作，因為沒有定義，後續一切規範層面的分析、論證和體系建構都無從出發。但實際上，無論學界還是實務界，雙方在進行交互時，經常未能意識到的一個問題是，“下定義”在法律領域中本身不只是一種學術或學理探究，更是一種權力行使的活動——法律規範中包含的定義，寬一尺、窄一寸，都不只是咬文嚼字的迂腐或愉悅，更是有實在法律後果的。而如果真能意識到這一點，那麼至少學者應該明白，實務界其實並不是真的願意把這個權力交給學界；很多時候，實務機關對於其想要的規則，已經做好了第一性（制度後果）和第二性（實現機制）的考量，僅希望把編織一套措辭的第三性問題留給法律學者。

而如果這是法學研究者以理論研究介入實踐時面臨的現實，那學者到底又能做什麼呢？一種策略，是有意識地借助自身掌握的語言和話語的策略，仍然追求隱蔽地行使自身的知識權力。另一種策略，則是正面地在第一性問題上與實務界或實權決策者展開交流、探討甚至交鋒。在筆者看來，這兩種策略其實不可偏廢，但截至目前，法學界不僅缺乏對第二種策略的有效運營，甚至對第一種策略，也往往沒有明確的意識，誤以為自己只是在價值中立的意義上進行純粹客觀的形式主義法律分析。這種集體無意識，也是筆者在寫作《信息隱私：制度議題與多元理論》一書時尤其希望能夠助力破除的。感謝兩位評論者的評論，讓筆者感到這種追求是能夠獲得覺察、感知和理解的。

Abstract: Scholarship in internet and digital law is currently a focal point in legal studies. Sustained progress in this field requires a commitment to seeking breakthroughs at the theoretical level. To maintain a cutting-edge position relative to traditional legal research, scholarship in internet and digital law must persist in enhancing its theoretical sophistication. This involves a deeper integration of external perspectives, such as those from the social sciences, as well as the utilization of formalistic theories that carry fewer value-laden preconceptions, such as Hohfeld's theory of fundamental legal conceptions. In this rapidly evolving emerging field, scholars engaging with classic cyberlaw theories, represented by Lessig's framework of multi-modal regulation, must move beyond superficial or reductionist applications. Instead, scholars must endeavor to uncover the more nuanced and dynamic elements of these frameworks while exploring opportunities for renewal and innovation at the peripheries of existing theory. Simultaneously, the significance of empirical reality to theoretical development must be emphasized. New empirical findings should be employed to test and refine established theories. Finally, when interacting with legal practitioners, theoretical researchers in internet and digital law should possess a clearer understanding of their actual roles and associated expectations, thereby enhancing their intellectual agency, autonomy, and realistic impact .

Key words: Digital Rule of Law; Theory; Empiricism; Modalities of Regulation

（責任編輯：張竹成）

經濟特區授權立法的功能構造、制度實踐與發展可能

李天雨*

摘　要　經濟特區授權立法是在改革開放初期形成的特殊立法形式，制度基礎在於單一制國家結構形式下的地方立法分權與法制統一原則的彈性空間。觀察改革開放四十餘年的立法實踐，經濟特區授權立法有效承擔起了構建特區規範秩序、充當全國“立法試驗田”的任務，發揮了“規範供給”與“立法試驗”的功能，同時存在明確涉及法律保留事項的情形。經濟特區授權立法的概括性授權特性使得不同經濟特區之間呈現出了基於在地化原則的差異化立法特徵，並且自身的事項範圍向社會治理領域發生了擴張。同時，對已經受到關注的經濟特區授權立法與一般地方立法混同問題，應由地方立法機關通過規範立法程序的方式予以解決。新時代背景下，經濟特區授權立法應繼續維持概括式授權，以支持在地化立法創新，並立足改革開放創新實踐，進一步發揮“立法試驗”功能。此外，經濟特區授權立法、浦東新區授權立法、海南自貿港授權立法的突出特徵均在於因授權行為而具備了額外的立法權限，三者之間在事項範圍、監督機制等方面存在制度整合空間。

關鍵詞　立法試驗　法律保留　法制統一　區域治理

引言

經濟特區授權立法是我國立法體制中一項特殊的制度安排，指經濟特區所在地的省、市根據全國人大及其常委會的授權，在遵循憲法的規定以及法律和行政法規的基本原則的前提下，制定經濟特區法規的制度。基於經濟特區授權立法產生的特殊時代背景與制度本身在規範意義上的不足，此前圍繞特區立法權是否應當存續這一問題，學界爭議頗多。反對者認為經濟特區授權立法屬於改革開放初期特定時代下的產物，應當廢除。例如有研究者認為經濟特區授權立法違反了授權明確性原則、違反了法制統一原則、導致了嚴重的法律衝突、帶來了其他地區的不滿和攀比，因此應當予以

* 李天雨，武漢大學法學院博士研究生。
本文係國家社科基金青年項目“全覆蓋背景下地方‘兩院’規範性文件備案審查制度研究”（項目編號：23CFX081）階段性研究成果。

廢除。[1] 還有研究者在堅持應當廢除經濟特區授權立法的基礎上，強調若要保留經濟特區授權立法及其變通權則必須完善相關的制度規範，以防止授權立法及其變通權的濫用。[2] 認為經濟特區授權立法應當繼續存在的研究者占多數。對於以上所列舉的問題，已有諸多研究者作出了回應。例如有研究者系統性地就經濟特區立法權繼續存在的正當性展開論證，對以上問題都作出了較好的回應。[3] 也有研究者就其中的單個問題進行了探討，例如有研究者從經濟特區相對於國家立法從屬性和自主性著手，論證了法制的統一性與加強經濟特區立法之間的關係。[4] 還有研究者從規範視角出發，對經濟特區授權立法是否違反立法授權明確性原則這一問題作出了詳盡探討。[5] 隨著 2023 年《中華人民共和國立法法》（以下簡稱《立法法》）修訂，將浦東新區授權立法和海南自貿港授權立法與經濟特區授權立法一同納入第 84 條規定，標誌著授權地方立法制度的進一步發展，經濟特區授權立法的存廢之爭亦可了結。已有討論多聚焦於經濟特區授權立法的存廢之爭，缺乏對經濟特區授權立法的當下實際運行狀況與未來建設走向的關注。

本文擬從中央創設經濟特區授權立法的目的出發，結合時代背景梳理發展歷史。從規範角度論述經濟特區授權立法的制度基礎，同時立足實踐情況與已有經濟特區法規，對經濟特區授權立法的運行現狀與變通功能表達進行概括。分析總結經濟特區授權立法的作用效果與缺陷不足，對經濟特區授權立法在事項範圍、立法權限、運行機制等方面存在的有關爭議予以回應。在前述基礎上，明確經濟特區授權立法具體功能的發展方向，以及在國家治理領域的功能拓展空間，並結合新設立的浦東新區授權立法與海南自貿港授權立法，探討三者間存在的制度整合空間。

一、經濟特區授權立法的創設歷史

經濟特區授權立法是時代的產物，是改革開放初期“試”和“闖”兩種精神在法治領域的重要體現。鄧小平同志在改革開放初期曾作出重要論斷：“改革開放膽子要大一些，敢於實驗，不能像小腳女人一樣。看准了的，就大膽地試，大膽地闖。”[6] 經濟特區授權立法帶有濃厚的改革色彩，導致其與制度規範間存在著天然的張力。結合特殊時代背景、具體發展歷程對經濟特區授權立法創設目的進行分析，能夠更好地理解這一制度的根本意義，並對相關爭議予以回應。

（一）規範上的變動歷程

經濟特區授權立法制度自建立以來，經歷了多次變遷。在改革開放初期，我國尚未建立起中央統一領導下的分權立法體制，省一級的地方人大及其常委會均不享有地方立法權，各個經濟特區也同樣不享有制定地方性法規、政府規章的權力。

經濟特區授權立法，最早可以追溯到 1981 年全國人大常委會授權廣東省、福建省人大及其常委會制定單行經濟法規。為使經濟特區的建設順利進行，更好地發揮經濟特區改革開放排頭兵的作用，廣東省、福建省人大及其常委會可以按照經濟特區的情況，在不違背法律、法令、政策規定原則的前提下，按照深圳、廈門經濟特區的具體情況和實際需要，制定經濟特區單行經濟法規，並報

[1] 參見吳鵬：《經濟特區授權立法制度應被廢除》，載《雲南大學學報（法學版）》2007年第1期，第2-4頁。
[2] 參見龐淩：《關於經濟特區授權立法變通權規定的思考》，載《學習與探索》2015年第1期，第77-78頁。
[3] 參見何家華：《經濟特區立法權繼續存在的正當性論證》，載《地方立法研究》2018年第2期，第73-79頁。
[4] 參見張心泉：《中國經濟特區立法的理論分析》，載《華東政法大學學報》2000年第2期，第32頁。
[5] 參見周葉中、周鴻雁：《我國經濟特區立法變通權的規範審視》，載《荊楚法學》2020年第3期，第105-107頁。
[6] 鄧小平：《在武昌、深圳、珠海、上海等地的談話要點》，載中共中央文獻研究室編：《新時期經濟體制改變重要文獻選編》（下），中央文獻出版社1998年版，第749頁。

全國人民代表大會常務委員會和國務院備案。[7] 此後全國人大及其常委會又陸續頒佈了一系列的決定與決議，授權經濟特區所在的地方國家權力機關制定經濟特區法規，其中包括針對深圳、廈門市人大及其常委會的授權。[8]2000 年《立法法》在法律層面對經濟特區授權立法進行了肯定，同時規定經濟特區所在地的市屬於較大的市，其地方人大及常委會有權制定地方性法規，經濟特區由此享有了“雙重立法權”。同時，2000 年《立法法》首次對法律保留事項作出了列舉，這使經濟特區授權立法在事項範圍上受到了一定程度的限制。[9] 此外，針對經濟特區法規的適用問題，2000 年《立法法》專門明確，經濟特區法規根據授權對法律、行政法規、地方性法規做變通規定的，在本經濟特區適用經濟特區法規的規定。2015 年《立法法》延續了 2000 年《立法法》關於經濟特區授權立法的規定。2023 年《立法法》再次修改，將浦東新區授權立法、海南自貿港授權立法與經濟特區授權立法，以並列方式一同寫入了第 84 條。

通過對經濟特區授權立法的規範變動歷程分析可知，最早中央僅將變通立法的權力下放到了經濟特區所在的省一級政府，而非經濟特區本身。在制度運行一段時間後，方才將權力直接下放到經濟特區。其中固然有受限於在 1981 年時首批授權對象之一的深圳尚未選舉出人大機構這一現實因素，但這未嘗不代表著授權機關的審慎態度。同時，在權力下放到經濟特區本身後，經濟特區所在的省一級政府所獲得的授權雖然並未宣告廢止，但事實上卻再未有過行使。由此可見，經濟特區授權立法制度同樣經歷了從試驗到成熟的過程，事實上反映的是改革開放中權力下放，鼓勵地方進取的風潮。

（二）特殊時代背景下的創設目的

在 20 世紀 80 年代，我國的各項制度尚不健全、法治建設較為落後，經濟特區的經濟工作開展多處於無法可依或是與已有規範衝突的狀態，尤其是在吸引外資、發展經濟、同外商打交道方面。經濟特區的建設與發展面臨諸多困難，亟需解決，經濟特區授權立法由此應運而生。全國人大常委會在首次進行經濟特區授權立法時便指出，創設經濟特區授權立法，目的便在於“為了使廣東省、福建省所屬經濟特區的建設順利進行，使特區的經濟管理充分適應工作需要，更加有效地發揮經濟特區的作用。”[10] 以作為改革開放排頭兵的深圳經濟特區為例，當時因深圳市地方頒發的規範性文件權威性不足，使得外商對政策連續性、穩定性存疑，擔心投資權益不能得到保護，影響了外商的投資熱情。深圳經濟特區為此多次向中央要權，希望獲得更具權威的立法權。[11] 彼時我國整體的法律制度還較為保守，尚未完成與商品經濟相適應的轉變，經濟制度的改革，不少當前看來十分尋常的市場經濟行為確易引起爭論。

國務院在提請授權深圳經濟特區立法的議案說明中，同樣對相關問題進行了討論。“深圳市

[7] 參見《全國人民代表大會常務委員會關於授權廣東省、福建省人民代表大會及其常務委員會制定所屬經濟特區的各項單行經濟法規的決議》，1981年11月26日第五屆全國人民代表大會常務委員會第二十一次會議通過。

[8] 《關於授權深圳市人民代表大會及其常務委員會和深圳市人民政府分別制定法規和規章在深圳經濟特區實施的決定》，1992年7月1日第七屆全國人民代表大會常務委員會第二十六次會議通過；《關於授權廈門市人民代表大會及其常務委員會和廈門市人民政府分別制定法規和規章在廈門經濟特區實施的決定》，1994年3月22日第八屆全國人民代表大會第二次會議通過；《關於授權汕頭市和珠海市人民代表大會及其常務委員會、人民政府分別制定法規和規章在各自的經濟特區實施的決定》，1996年3月17日第八屆全國人民代表大會第四次會議通過。

[9] 參見黃金榮：《大灣區建設背景下經濟特區立法變通權的行使》，載《法律適用》2019年第21期，第69頁。

[10] 《全國人大常委會關於授權廣東省、福建省人大及其常委會制定所屬經濟特區的各項單行經濟法規的決議》，1981年11月26日第五屆全國人民代表大會常務委員會第二十一次會議通過。

[11] 參見師春苗：《改革開放初期深圳經濟特區向中央要權紀實》，載《廣東黨史與文獻研究》2010年第9期，第20頁。

的進一步發展也面臨著一些新的問題。最突出的是沒有建立起與之相適應的商品經濟秩序。主要表現在缺乏完整的適應商品經濟需要並符合國際慣例的法律體系和保證政府廉潔高效運轉的新體制，這已經成為深圳經濟特區進一步開放和發展的障礙。”[12] 通過上述的說明可以發現，中央最初授予經濟特區立法權的主要初衷之一便是，通過立法建立適應商品經濟需要，並且符合國際慣例的法律體系和保證政府廉潔高效運轉的新體制，以此來促進經濟特區發展。議案說明還指出，“國外一些後發展起來的新興工業化國家的經驗表明，要想在短時間內建立適應商品經濟需要的法律體系，都要大膽地借鑒發達國家和地區的某些經濟法規和管理體制。我們有必要吸取這一成功的經驗，但這項工作十分複雜，關係重大，為穩妥起見，必須選擇適當的地區進行試驗，取得經驗後再向全國推廣。”[13] 以經濟特區為試驗田，通過經濟特區摸索出一套行之有效的、適應於商品經濟的法律體系，進而在全國推廣，在當時的情形下顯然是可取的做法。我國幅員遼闊，整體情況較為複雜，在改革開放初期貿然在全國範圍內進行立法，顯然存在較大的政治風險。因此，在經濟特區進行立法試驗不僅具有必要性，而且對改革開放的推進是相當有益的。這與時任全國人大常委會委員長彭真此前所言明的，立法要進行試驗的觀點亦相吻合。[14] 概言之，中央創設經濟特區授權立法的目的，一是為了創設法規範支撐改革開放中地方的經濟建設；二是為了以經濟特區作為立法試驗載體推動全國的法治建設。

厘清了中央創設經濟特區授權立法的目的，自然就能更好地理解經濟特區授權立法面對的諸多爭議了。例如，經濟特區授權立法為概括式授權的原因，便可以解釋為考慮到經濟特區在運行過程中遇到法律問題難以全面列舉，並且由於其同時承擔著經濟特區自身建設與為全國進行法治試驗的任務，所需要的自主權是較大的，多加限制只會導致這一制度無法發揮其應有的作用。這也是對當時立法工作“宜粗不宜細”思路的一種現實反映。再如經濟特區授權立法的性質究竟是國家立法還是地方立法這一問題，基於當時創設經濟特區授權立法的目的之一在於增強其權威性，而非對其法律位階進行提升，將其解釋為地方立法顯然更為合適。全國人大常委會法工委後續對這一問題表明了立場，“經濟特區法規是我國地方立法的一種特殊形式。”[15] 事實上，全國人大常委會辦公廳研究室原副主任闞珂早已指出了前述問題的實質：“授權立法到現在 15 年，很多人都在對其研究，但一牽涉到具體問題，還是研究不明白。因此，花太大精力去作理論研究不太值得，全國人大常委會也不會給予定位，今後全國人大可能也不會下定論。給予你們這種權力，你們就用吧，沒必要作太多的爭論和糾纏。”[16] 這充分反映了全國人大對於這一問題實用主義的傾向，即不過於糾結經濟特區授權立法的具體問題，而是把目光放在其能否產生積極效應上。

二、經濟特區授權立法的功能表達

已有關於經濟特區授權立法的討論無不涉及“變通”這一話題，並且聚焦在規範層面分析經濟

[12] 羅幹：《關於提請授權深圳市人民代表大會及其常務委員會和深圳市人民政府分別制定深圳經濟特區法規和深圳經濟特區規章的議案的說明》，1989年3月28日在第七屆全國人民代表大會第二次會議上，載全國人民代表大會常務委員會辦公廳編：《中華人民共和國第七屆全國人民代表大會第二次會議文件彙編》，人民出版社1989年版，第148頁。

[13] 同上註。

[14] 參見彭真：《彭真文選（1941-1990）》，人民出版社1991年版，第505頁。

[15] 全國人大常委會法制工作委員會國家法室編：《中華人民共和國立法法釋義》，中國民主法制出版社2015年版，第239頁。

[16] 《全國人大有關部門領導和專家談經濟特區授權立法》，載《海南人大》2003年第12期，第21頁。

特區授權立法的具體變通許可權，實際上仍然是在關注概括式授權所帶來的事項範圍不明確問題。事實上，我國的單一制國家結構和法制統一原則決定了即使是概括式授權，其所能涉及的事項範圍也仍是直接受限的。同時，規範意義上事項範圍的不明確，並不影響經濟特區授權立法在實踐中對上位法進行變通。經濟特區授權立法對上位法的變通，實質上是在維護國家法制統一前提下的局部突破和制度調試。關注能夠變通上位法這一特性為經濟特區授權立法帶來的獨特功能表達，方是用足用好經濟特區授權立法的關鍵所在。通過對已有經濟特區法規的整理分析，可以將經濟特區授權立法的功能表達概括為“規範供給”和“立法試驗”，且受時代與政策背景的影響，表達形式側重亦會發生變化。

（一）運行前提：單一制國家結構和法制統一原則

我國憲法雖未明確規定我國的國家結構形式為單一制，但從憲法規定的內容來看，我國具備鮮明的單一制國家特徵，屬於單一制國家範疇。“實行單一制的一級立法體制國家，通常就只有國家立法權，沒有其他立法權。”[17] 單一制國家具有立法權集中於中央的特點，地方立法權的存在並非必然，但這並不意味著我國地方立法權的存在缺乏依據。“對於單一制國家，雖然主流理論認為地方的權力不是固有的，而是中央授予的，地方不應當享有立法權或者只能享有較小的立法權，但是，隨著世界形勢的發展，地方自治和地方分權改革已經成為很多單一制國家的發展趨勢。”[18] 此外，還有研究者通過對《中華人民共和國憲法》第 2 條第 2 款的規範分析，認為在我國全國人大並非獨享國家權力的機關，地方各級人大同樣享有國家權力，強調地方立法權亦可劃定為固有性權力。[19] 無論是從中央授權還是地方固有權力的角度，我國地方人大享有立法權都是毋庸置疑的事實。在這一基礎上，需要進一步討論的是地方變通中央立法的權力來源。在我國，這一權力來源的表現形式便是授權立法。當前關於授權立法的權力來源主要有兩種學說，一是“立法權轉移說”[20]，二是“代表立法說”[21]。前者的核心觀點在於授權立法意味著授權主體將自身的部分立法權限通過授權決定等形式轉移給了被授權主體，因此被授權主體具備了額外的立法權限，後者的核心觀點在於，通過類比民法中的代理行為，認為在授權立法中被授權主體實際上是在代表授權主體進行立法。二者的主要區別在於，前者認為經授權所立之法位階由被授權主體地位決定，而後者認為經授權所立之法位階由授權主體地位決定。但無論所立之法位階如何，二者均承認授權立法能夠使地方立法與中央立法不相一致，且這種不一致是規範所允許的。

簡言之，在單一制國家的國家結構形式背景下，地方所享有的立法權來自憲法和憲法性法律的規定以及國家立法機關的授權決定。而我國的授權地方立法多只做了原則性規定，並無明確限制，這便意味著地方能夠在中央允許的範圍內，在不與上位法律原則衝突的前提下，制定與中央不同甚至“相衝突”的規範，此即所謂的“變通”。由此便引發了另一個問題，即如何處理授權地方立法與法制統一原則間的張力。“單一制的國家結構形式對法治統一是剛性要求，對地方特色則是彈性考量。”[22] 法制統一原則的核心在於，保證法律規範的一致與法律適用的平等。經濟特區授權立法既能夠在法律空白的情況下創制規範，更能夠在已有法律的情況下制定與現行法律不一致的變通規

[17] 周旺生：《立法學》，法律出版社2009年版，第210頁。
[18] 鄧世豹：《立法學：原理與技術》，中山大學出版社2016年版，第140頁。
[19] 參見趙一單：《央地兩級授權立法的體系性思考》，載《政治與法律》2017年第1期，第94頁。
[20] 參見陳伯禮：《授權立法研究》，法律出版社2000年版，第21頁；張根大、方德明、祁九如著：《立法學總論》，法律出版社1991年版，第217-218頁。
[21] 參見周旺生：《立法論》，中國法制出版社1994年版，第386頁；參見馬懷德：《中國立法體制、程序與監督》，中國法制出版社1999年版，第138頁。
[22] 秦前紅：《走出書齋看法》，上海三聯書店出版社2015年版，第96頁。

定，這對法制統一原則的衝擊是顯而易見的，不僅是在法律解釋或法律適用層面，而是直接造成了不同或相同位階法律規範在文本上的不一致。因此，如何正確理解法制統一原則與經濟特區授權立法之間的關係，顯得尤為重要。“遵守法治統一性原則，維護中央權威是地方開展法治試驗的前提。”[23] 但這並不意味著法制統一原則是完全排他性的存在。“法制統一儘管重要，但並非唯一、排他或壓倒性的原則，它必須與對立性原則、任務或目標相互競爭，從而確定其可以得到適用的範圍和程度。”[24] 我國各項制度設計中與法制統一原則存在衝突的現象並不罕見，例如民族區域自治制度、特別行政區制度，均與法制統一原則產生了直接衝突。但這並不妨礙它們的正常運行，法制統一原則的權威也並未因此受到弱化。原因在於，法制統一原則本身並非絕對剛性，而是具備一定的彈性空間。經濟特區授權立法在法制統一原則的彈性空間內進行，同樣是對法制統一原則的遵守。

換言之，只要經濟特區授權立法內容得當，便不會違背法制統一原則。針對經濟特區授權立法創制規範、變通法律許可權的問題，有研究者強調地方變通立法應當恪守原則性法律界限，不得突破必要限度的法制統一原則。[25] 就具體如何處理變通許可權而言，已有研究多關注於法律保留事項的變通。有研究者分析經濟特區授權立法實踐情況後認為，“無論是先行先試，還是變通立法，均指向中央事權的領域。具體而言，即主要突破涉及《立法法》第 8 條中的事項。”[26] 也有研究者認為經濟特區法規不能變通法律保留事項。[27] 此前亦有學者就經濟特區授權立法在變通上位法時有觸碰上位法法律原則嫌疑的案例展開了探討。[28] 就目前而言，能夠明確的是，經濟特區授權立法的最大變通上限，或者說法制統一原則彈性空間的底線，是不可突破上位法的法律原則。

（二）表達形式：“規範供給”與“先行先試”

2023 年《立法法》修改後，對經濟特區授權立法的保留，說明了權力機關對經濟特區授權立法的肯定態度。得益於經濟特區在改革開放中制度上的特殊性，經濟特區能夠較好地承接起改革試驗的任務。完成這一任務需要較為自主的立法權力提供制度支撐，否則經濟特區的許多改革措施將會面臨於法無據或與已有的法律法規具體規定衝突的難題。經濟特區授權立法能夠滿足這一需求，使進步性的改革措施做到於法有據。同時，在構建規範制度、實現有法可依的功能之外，因具備的許可權廣泛，經濟特區授權立法還有試驗立法的功能。“在國家相關法律法規尚未出台的情況下，廣東省的幾個經濟特區先行先試制定的法規條例填補了國家立法的空白，為相關行業的發展提供了法律依據，為其他省份的經濟特區提供了制度參考，為中央的立法提供了試驗和經驗。”[29] 在改革開放早期，深圳經濟特區通過授權立法迅速完成了小規模社會主義市場經濟法治體系的構建，為改革開放中的法治建設提供了大量的先行經驗，近年來更是在諸多領域做出了具有積極意義的立法嘗試。

1. 從無到有：以“規範供給”完善特區制度建設

[23] 鄭智航：《當下中國地方法治試驗的理想類型與實踐反思》，載《國家檢察官學院學報》2021年第1期，第126頁。

[24] 王建學：《改革型地方立法變通機制的反思與重構》，載《法學研究》2022年第2期，第44頁。

[25] 參見李德旺、葉必豐：《地方變通立法的法律界限與衝突解決》，載《社會科學》2022年第3期，第90-91頁。

[26] 參見葉海波：《“天使投資”、示範立法與風險管控——“雙區”語境下深圳特區立法的邏輯與使命》，載《地方立法研究》2020年第3期，第50頁。

[27] 參見姚建龍、俞海濤：《論浦東新區法規：以變通權為中心》，載《華東政法大學學報》2023年第3期，第91頁；林圻、李秋悅：《浦東新區法規：法規家族新成員》，載《上海人大月刊》2021年第7期，第9-10頁。

[28] 參見朱應平、徐柏芳：《公然違法立法，迄今未見糾正——〈深圳經濟特區道路交通管理處罰條例〉的違法性評析》，載《法學》1999年第5期，第6-7頁；曹疊雲：《為深圳市人大常委會辯護——關於〈深圳經濟特區道路交通管理處罰條例〉的違法性之商榷》，載《法學》2000年第1期，第5-8頁。

[29] 孫瑩：《經濟特區立法該如何突出“特”》，載《人民之聲》2018年第11期，第49頁。

經濟特區初創階段，我國社會主義市場經濟體制尚未形成，在勞動用工、企業設立、交易保障等方面均無可用規範。在當時，經濟特區通過運用授權立法，實現了對發達國家相關制度的法律移植。與整體較為落後的法治環境相比較而言，這一行為滿足了經濟特區強烈的規範需求，令經濟特區在法治建設上走在了全國前列。“同一般地方立法相比，經濟特區地方立法帶有明顯的破格性、先行性，有時還帶有一定程度的試行性質。”[30] 在這一階段，經濟特區授權立法的功能側重點在於從無到有，以現實規範缺陷為依據，先行實現規範供給，立法試驗並非第一目的。這一點從先行經濟特區法規與後來立法之間產生衝突後的處理方式可以得到側面印證。若這一階段的經濟特區法規的功能側重在於立法試驗，那麼在正式的法律施行後，經濟特區先行立法的立法試驗功能已經消失，應當與後來正式立法保持一致。但事實上，這一階段與後來立法相衝突的經濟特區法規並不會被及時修改或廢除。[31] 對這一問題更為合理的解釋是，這一階段經濟特區法規更傾向於為經濟特區提供制度規範，對經濟特區範圍產生的各類新型社會關係予以調整，而經濟特區所需調整事項的特殊性並沒有因後來正式立法的頒佈實施而消失，因此經濟特區法規仍然應當保持變通，無需修改。

在過去，經濟特區有諸多較好地運用經濟特區授權立法解決自身問題的先例，主要是在公司制度、企業合夥、企業破產、勞動用工、社會保險等方面制定了一系列的經濟特區法規，為市場經濟秩序的建設提供了充足的法律規範，以此實現經濟特區範圍內市場經濟活動的有法可依。（參見下表）深圳的體會是，“市場經濟也是法治經濟，只有通過公開立法才能讓外商相信，才敢來投資。”[32] 上述立法，為經濟特區實現在改革開放的浪潮中闖出一片天地這一目標提供了強有力的制度支持，使經濟特區平穩進入了市場經濟的“快車道”。與內地相比較，經濟特區在改革開放早期所享有的優勢不僅在於政策，更在於由立法所帶來的市場信心與法治保障。經濟特區要在一片空白之中建設出一套商品經濟體系，就離不開法治的支撐。經濟特區授權立法在這一階段制定的諸多規範，大多涉及基本法律空白領域，事實上屬於 2000 年《立法法》制定後所稱的法律保留事項。

先行經濟特區法規	施行時間	對應法律	施行時間
《廈門經濟特區企業登記管理規定》 《深圳經濟特區有限責任公司條例》 《海南經濟特區有限責任公司條例》 《海南經濟特區股份有限公司條例》 《深圳經濟特區股份有限公司條例》	1984 1993 1993 1992 1993	《中華人民共和國公司法》	1994
《深圳經濟特區合夥條例》	1994	《中華人民共和國合夥企業法》	1997
《深圳經濟特區企業破產條例》 《深圳經濟特區企業清算條例》	1994 1995	《中華人民共和國企業破產法》	2007
《海南經濟特區外商投資條例》	1991	《中華人民共和國外商投資法》	2020
《深圳經濟特區勞務工條例》 《廈門經濟特區勞動管理條例》 《深圳經濟特區勞動合同條例》	1993 1993 1994	《中華人民共和國勞動法》 《中華人民共和國勞動合同法》	1995 2008
《深圳經濟特區工傷保險條例》 《深圳經濟特區失業保險條例》 《汕頭經濟特區企業職工社會保險條例》 《廣東省珠海經濟特區職工社會保險條例》	1994 1997 1998 1994	《中華人民共和國社會保險法》	2010

2. 改良嘗試：以“立法試驗”助力地方治理試驗

[30] 參見周旺生：《立法學》，法律出版社2009年版，第297頁。

[31] 例如《深圳經濟特區公證條例》部分內容長期與《中華人民共和國公證法》不相一致，直至2017年方被修改。

[32] 王成義：《深圳經濟特區立法權：歷史、學理和實踐》，載《地方立法研究》2019年第1期，第2頁。

經歷了改革開放的早期階段後，隨著我國立法權的逐步下放與法律體系健全完善，經濟特區授權立法“規範供給”功能的弱化是必然結果，與之相對應的，則是“立法試驗”功能的凸顯。雖然經濟特區授權立法的初衷在於關注經濟領域事項，但事實上，時至今日，其功能已經拓展到了社會治理領域。授權制定經濟特區法規的目的在於，將國家給予經濟特區的特殊政策具體化，在改革開放方面作出探索試驗性規定，起到立法“試驗田”的作用。[33] 立法試驗現象在經濟特區授權立法的現實運作中已然愈發顯眼，並且仍然涉及法律保留事項。

以經濟特區授權立法為載體，進行地方立法試驗，為國家立法提供實踐基礎和經驗參考的做法，得到了地方人大的普遍承認與實際運用。例如，2020 年《深圳經濟特區個人破產條例》的出台，便是對未來可能制定的《個人破產法》的一次試驗，並且涉及對作為法律保留事項的民事基本制度的變通。深圳市人大常委會在該條例的立法說明中指出，“深圳制定個人破產條例可以使個人破產制度更加具有可操作性，也可以為國家將來專門制定個人破產法探索和積累經驗。”[34] 又如廈門 2020 年制定的《廈門經濟特區地方金融條例》，通過運用經濟特區授權立法，填補了地方金融監管方面的規範空白。“我國憲法及憲法性文件並未對中央與地方金融事權劃分作出明文規定，金融法律僅是間接確定了中央事權的範圍。”[35] 這導致地方立法若要涉及金融事項將面臨較大阻力，而經濟特區授權立法因其具備的變通屬性，在金融領域的立法權限同樣較為廣泛，避免地方金融領域立法產生爭議。廈門市人大法工委針對這一條例指出，“我們承擔先行先試的使命，如果可行，廈門的制度模式，就可以為今後其他省市甚至國家層面的立法提供藍本。”[36]

同時，在地方人大予以明確說明之外，部分經濟特區授權立法的立法試驗屬性同樣突出。2022 年 6 月，深圳市人大常委會頒佈了我國首部汽車無人駕駛地方法規《深圳經濟特區智能網聯汽車管理條例》，解決了智能網聯汽車無法准入、無法登記、無法合法上路、無法開展道路運輸等關鍵問題。條例中的第 3 條對自動駕駛進行了類型劃分，第 50 至 55 條規定了自動駕駛交通違法和事故處理的具體標準。關於自動駕駛的分類與責任的認定，在我國現行法律法規中尚屬首創。該條例在第 44 條還規定，對於國家、地方尚未制定標準但符合國際先進產品標準或者規範的低風險人工智能產品和服務，允許通過測試、試驗、試點等方式開展先行先試。又如，珠海 2017 年制定的《珠海經濟特區物業管理條例》，在缺少上位法規定的前提下，對各級物業管理行政主管部門的職責、物業管理的區域和共有物業的具體內容、業主大會及業主委員會的產生、職責、日常工作等群眾關心的重難點問題作出了細緻規定。這一法規也是“珠海市開展地方立法工作以來社會關注度最高、徵求意見範圍最廣、審議次數最多、社會反響良好的地方性法規。”[37] 社區物業管理是當前基層社會治理領域較為棘手的一項難題，國務院制定的《中華人民共和國物業管理條例》較為籠統，難以對現實工作起到具體指導作用，珠海運用經濟特區授權立法作出的探索，能夠為其他地方的物業管理立法提供參考樣板。

[33] 参见全國人大常委會法制工作委員會國家法室編：《中華人民共和國立法法釋義》，中國民主法制出版社2015年版，第288頁。

[34] 深圳市人大常委會法工委：《〈深圳經濟特區個人破產條例〉解讀》，載深圳人大網2020年9月17日，http://www.szrd.gov.cn//v2/zx/szfg/content/post_966147.html。

[35] 孟飛：《中央與地方金融事權的劃分標準》，載《東方法學》2022年第6期，第114頁。

[36] 《央視深度報導廈門地方金融立法》，載微信公眾號“廈門人大視界”2020年12月25日。

[37] 黃鶴林：《珠海：先行先試創新立法 服務特區發展大局》，載南方網2012年10月14日，https://economy.southcn.com/node_14d38ae8d1/432b4dd83f.shtml。

三、經濟特區授權立法的運行特徵

經濟特區授權立法的授權範圍具有概括性的特點，為採取各類創新做法提供了一定的規範空間，部分授權法規的制定體現了地方立法機關解決問題的能動性和探索試驗的積極性。但概括式授權本身的不確定性，導致經濟特區授權立法實踐中涉及的事項範圍在規範層面難以明確界定。此外，從法體系的角度觀察，能夠發現經濟特區授權立法存在與一般地方立法混同的問題。

（一）基於在地化原則的差異立法

通過對已有的經濟特區法規進行考察，能夠發現在“在地化原則”的影響之下，不同經濟特區的經濟特區法規之間呈現出了立法內容的差異化，經濟特區授權立法“規範供給”功能為其提供了制度支持。“在地化原則”這一概念多見於地方治理研究領域，並在事實上對地方立法內容產生影響。“‘在地化原則’要求對本地事務的治理，地方應有足夠的制定規則、實施規則和進行監督的權力。換言之，治理地方事務的各種規則和指令，不是自上而下給出的，而是在本地生成的。”[38] 在地化原則對地方立法內容的影響在經濟特區法規中表現得尤為明顯。

深圳經濟特區憑藉毗鄰香港的地理優勢在改革開放的過程中實現了快速發展，在粵港澳大灣區的建設背景之下，深圳為深化與香港合作，充分發揮資源優勢，設置了前海合作區。前海的開發建設目的之一是支持香港地區經濟社會發展、推動香港地區、澳門地區與內地的協同發展，具有推動“一國兩制”的目的，在建設過程中要用好深圳經濟特區立法權。[39] 深圳運用經濟特區授權立法制定了《深圳經濟特區前海深港現代服務業合作區條例》，為建設粵港現代服務業創新合作示範區提供了規範依據。與深圳相類似的是珠海經濟特區，其作為粵港澳大灣區的一部分，負有融入灣區、建設灣區的責任。對於在灣區建設過程中遇到的涉港澳人員的管理以及相關法律銜接等問題，一般地方立法顯得力有不逮，需要珠海運用經濟特區授權立法對其予以妥善解決。典型的如，珠海下設的橫琴新區與澳門關係相當密切，日常往來頻繁，產生了諸多一般地方立法調整範圍之外的事項，尤其是在執業人員的行政許可方面。珠海運用經濟特區授權立法制定了《澳門特別行政區醫療人員在橫琴粵澳深度合作區執業管理規定》《港澳旅遊從業人員在橫琴粵澳深度合作區執業規定》《橫琴粵澳深度合作區港澳建築及相關工程諮詢企業資質和專業人士執業資格認可規定》等一系列法規，及時解決了有關問題，並為粵港澳大灣區建設的進一步規範化、法制化積累了經驗。

廈門經濟特區在地理位置上臨近台灣，長期以來便是大陸對台交流的主要窗口之一。在社會層面，廈門民間有著與台灣往來的客觀需求，在制定對台政策方面，廈門作為試驗地有著天然的優勢。而對台交往事項顯然不在一般地方立法的許可權範圍之內，廈門運用經濟特區授權立法，制定了《廈門經濟特區台灣同胞投資保障條例》《廈門經濟特區鼓勵台灣青年來廈就業創業若干規定》等涉台法規。其中，《廈門經濟特區鼓勵台灣青年來廈就業創業若干規定》是全國首部鼓勵台青就業創業的地方性法規。

汕頭經濟特區的地方特色在於當地華僑資源相當豐富，這也是汕頭成為經濟特區的原因之一。“汕頭是全國著名僑鄉，在海外的華僑、華人和港澳台同胞 335 萬人，遍佈世界 40 多個國家和地區。僑資僑力僑智是一筆極大的財富，也是招商引資最重要的資源，汕頭改革開放後直接吸收的外

[38] 胡蕭力、王錫鋅：《基礎性權力與國家“縱向治理結構”的優化》，載《政治與法律》2016年第3期，第62頁。

[39] 參見王江淮：《論先行地區變通立法的邏輯、風險和對策》，載《政治與法律》2023年第12期，第49頁。

資中，80% 以上是僑資。”[40] 基於這一客觀情況，汕頭運用經濟特區授權立法制定了《汕頭華僑經濟文化合作試驗區條例》。汕頭人大在立法解讀中指出，汕頭華僑經濟文化合作試驗區是全國唯一以“華僑”和“文化”為核心概念的國家級發展戰略平台。《條例》的頒佈實施，必將更好推動華僑試驗區全面深化改革擴大開放，推動海外華僑與祖國經濟文化深度融合發展。[41] 經濟特區法規的在地化特徵，由此可見一斑。

（二）授權立法事項範圍發生擴張

經濟特區授權立法的事項範圍在規範上並無明確規定。但因經濟特區授權立法伴生於經濟特區制度的屬性，其事項範圍並非毫無限制，而是受經濟特區的發展建設方向影響。“經濟特區立法主體所制定的法規、規章在經濟特區實施，因此在立法中必須立足於經濟特區實際，根據經濟特區的具體情況和實際需要來立法。”[42] 這也正是早期經濟特區授權立法涉及事項集中在經濟領域的原因之一。但近年來，觀之各經濟特區授權實際立法情況，經濟特區授權立法所涉及的事項向社會治理領域發生擴張，並且多帶有試驗屬性，與經濟特區授權立法“立法試驗”功能相匹配。

早在 2000 年《立法法》初次頒佈實施後，便有研究者就經濟特區授權立法的事項範圍分析指出，“《立法法》在對經濟特區立法的原則規定方面留出了餘地空間，沒有局限經濟特區立法的範圍。如果說，《立法法》頒佈之前的特區立法主要是經濟法的話，《立法法》頒佈之後走向新世紀的經濟特區法規除卻國家專屬立法權既定事項未經授權不容侵權之外，將呈現以經濟法為主同時兼具民商法、行政法、社會勞動保障等社會立法在內多部門法相互共建的綜合走勢。”[43] 這一設想在後續的經濟特區授權立法發展實踐中得到了印證。在 2003 年，珠海經濟特區出台全國首部《律師執業保障條例》，創造性地拓展、細化了律師執業權利，特別是對律師執業中的現實難題作了針對性規定，不僅優化了珠海的律師執業環境，而且為 2006 年《中華人民共和國律師法》的修訂提供了有益借鑒和經驗。[44]2005 年施行的《廈門經濟特區城市管理相對集中行使行政處罰權規定》，創新性地設立了城市管理綜合執法部門，解決了行政處罰中存在的部分制度性問題，提高行政執行的效率和公平，為我國行政管理體制改革提供了極佳的借鑒和參考。[45] 經濟特區授權立法事項範圍向社會治理領域擴張的現象在近年越發顯眼。深圳制定全國首部數據領域基礎性、綜合性立法《深圳經濟特區數據條例》，首次在地方立法中建立了數據領域公益訴訟制度；廈門制定全國首部醫療衛生人員職業暴露防護的專項立法《廈門經濟特區醫療衛生人員職業暴露防護若干規定》；珠海制定《珠海經濟特區無障礙城市建設條例》，細化了無障礙設施所有權人和管理人的維護管理責任，對於不履行維護管理職責導致設施無法使用的，設置了明確的法律責任。

（三）與地方性法規之間存在混同

《立法法》第 81 條規定，地方立法機關可就城鄉建設與管理、生態文明建設、歷史文化保護、基層治理等事項制定地方性法規。上述四類立法事項被理解為一般地方立法事項，地方立法機關就《立法法》第 81 條規定一般地方立法事項制定授權法規，被視作授權地方立法與一般地方立

[40] 趙靜、傅超：《經濟特區發展戰略研究——以汕頭經濟特區為例》，載《中國物價》2016年第6期，第73頁。

[41] 汕頭人大：《〈汕頭華僑經濟文化合作試驗區條例〉解讀》，載汕頭人大網2021年11月1日，http://rd.shantou.gov.cn/rd/flfgjd/202111/f0bce098c2714c69bf3d8e8baf179dba.shtml。

[42] 許佩華：《經濟特區立法研究》法律出版社2013年版，第51頁。

[43] 陳俊：《經濟特區雙重立法權論要》，載《法學》2001年第9期，第15頁。

[44] 參見王智斌：《大膽探索 先行先試 試論經濟特區立法在中國特色社會主義法律體系中的地位和作用》，載珠海市人大網2011年2月28日，http://www.zhrd.gov.cn/lfgz/lfdt/201102/t20110228_7652257.html。

[45] 參見廈門市人大常委會理論學習中心組：《充分發揮地方立法優勢 為經濟特區改革開放提供有力的法律制度保障》，載《廈門日報》2008年12月2日，第16版。

法的混淆。此種混淆在經濟特區授權立法上表現的尤為明顯。以深圳經濟特區法規為例，根據深圳人大網所顯示的數據，在 2010 年深圳經濟特區範圍擴展到全市，使得深圳經濟特區享有“雙重立法權”後，深圳市人大及其常委會所新制定的地方性法規名稱幾乎均為《深圳經濟特區某某條例》，在性質上屬於經濟特區法規。但這一期間的部分經濟特區法規所涉及的事項卻與一般地方立法高度重合。例如 2014 年通過的《深圳經濟特區促進全民健身條例》、2015 年通過的《深圳經濟特區全民閱讀促進條例》、2019 年通過的《深圳經濟特區科學技術普及條例》。從立法事項和動用經濟特區授權立法必要性的角度來看，一般地方法規亦可對這類事項作出規定，完全不必動用授權立法。

針對授權地方立法與地方一般立法混淆的現象，有研究者強調，授權地方立法與一般地方立法的混淆，偏離了授權地方立法制度的初衷和核心功能。[46] 另有研究者認為，個別經濟特區之所以就一般地方立法事項制定經濟特區法規，動機或是在於逃避地方立法事項限制和批准程序。[47] 事實上，授權地方立法與一般地方立法在立法程序上全然不同，在一般地方立法中，設區的市的地方性法規須報省、自治區的人民代表大會常務委員會批准後施行，而經濟特區授權立法則僅需報全國人大常委會、國務院備案。授權法規、地方性法規是兩種不同立法權的行使結果。對立法者而言，區分兩種法規是完全可行的。授權地方立法就一般地方立法事項做出規定的不利影響主要有二，一是在結果層面消解了授權地方立法存在的必要性，授權地方立法本意在於擴充地方立法機關立法事項，在部分情況下被運用於地方立法機關固有立法事項之上，是對授權地方立法的降格使用；二是在事實層面架空了一般地方立法權，授權地方立法本意在於發揮地方積極性，但事實上卻抑制了具有重要憲制地位的一般地方立法權行使，這顯然不利於地方積極性的發揮，違背了設置授權地方立法的初衷。

授權地方立法下探就一般地方立法事項作出規定，導致授權法規與一般地方性法規混同這一現象，本質上反映的是地方立法機關存在濫用授權立法的可能。推定此種可能成立的前提在於，一般地方立法在《立法法》設定事項範疇內的行使不受限制，授權立法的下探規定即意味著立法事項重合，而非立法事項擴張。但我國“一元兩級多層次”的立法體制，決定了法律保留範疇之外的立法權分配仍然有著較為豐富的層級，有的事項固然屬於地方立法範疇，但其中的部分具體規定僅能由全國性的行政法規作出。故而即使是在《立法法》設定事項範疇內，一般地方立法仍然受到限制。典型的如“行政三法”中關於設置行政許可、行政處罰和行政強制的許可權規定。[48] 在這類情況下，部分涉及一般地方立法事項的授權法規，其中重要條款仍是運用授權立法所對應之權力方能制定。因此，不應僅以事項範圍重合為依據，推定地方立法機關濫用授權立法。總之，經濟特區授權立法對一般地方立法事項的有限涉及並不會架空一般地方立法權，經濟特區授權立法涉及一般地方立法事項並不必然意味著與一般地方立法的混同

不可否認的是，即使對經濟特區授權立法與一般地方立法的混同現象進行限定式的界定，現實中仍然存在以經濟特區法規形式就一般地方事項作出規定的情況。對於這類在性質上屬於濫用經濟特區授權立法的行為，應當要求經濟特區立法機關按照《立法法》第 81 條對一般地方立法的規定，將屬於一般地方立法範圍的立法事項按照一般地方立法的程序進行，遵循授權立法啟用的必要性原則。如此既能消除二者混同的消極影響，又可凸顯經濟特區授權立法的重要性，促進其積極發揮作用。具體而言，為了從程序上徹底厘清經濟特區授權立法與一般地方立法的界限，防止授權立

[46] 林彥：《經濟特區立法再審視》，載《中國法律評論》2019年第5期，第180頁。
[47] 參見王建學：《改革型地方立法變通機制的反思與重構》，載《法學研究》2022年第2期，第46頁。
[48] 參見王貴松：《地方性法規制定許可權的界定方式》，載《法學》2024年第3期，第36-38頁。

法的降格使用和與一般地方立法的混同，地方立法機關應以“實質性變通”為標準，把握啟用經濟特區授權立法的必要性。其判斷標準在於，擬規範的事項是否必須突破現行法律、行政法規的具體規定，或是否屬於《立法法》第 81 條規定的一般地方立法事項之外的法律空白領域。變通必要性的論證應當包括以下三方面內容：一是，詳細列舉該項立法所欲解決的問題在現行上位法框架下無法處理的具體法條。二是，明確說明該法規在哪些條款中對上位法進行了何種程度的局部突破。三是，論證變通內容如何遵循了憲法規定以及法律、行政法規的基本原則，確保不觸碰法制統一的底線。同時，在法規文本中，應通過立法技術明確區分授權立法與一般地方立法。凡動用授權權力的法規，應在第一條中載明“根據全國人大常委會授權決定制定”；而純屬一般地方事務的，則應嚴格遵循《立法法》第 81 條的程序，報省人大常委會批准後施行。

四、經濟特區授權立法的發展可能

經濟特區是經濟特區授權立法的空間載體，離開了經濟特區，經濟特區授權立法便失去了存在的可能。經濟特區制度的延續是經濟特區授權立法延續的前提。習近平總書記在深圳經濟特區建立 40 周年慶祝大會上的講話上指出，“深圳等經濟特區的成功實踐充分證明，黨中央關於興辦經濟特區的戰略決策是完全正確的。經濟特區不僅要繼續辦下去，而且要辦得更好、辦得水準更高。”[49] 經濟特區制度在未來相當長的一段時間內都將會繼續存在，同時將會繼續發揮改革開放排頭兵的作用，為改革開放作出更多的貢獻。但在我國已經完全步入社會主義市場經濟的時代，經濟特區在經濟方面所享有的先發優勢已開始逐步消失，與其他地區相比較，經濟特區在經濟政策上已不再享有過多的特殊待遇。同時，經濟特區在過去直至現在都扮演著我國改革開放法治建設工程中“立法試驗田”的角色，在將來的立法工作中特區是否仍要承接這一功能值得考慮。此外，在浦東新區授權立法與海南自貿港授權立法設立後，二者與經濟特區授權立法並列成為三種授權立法方式，如何正確理解三者之間的關係，同樣有待闡釋清楚。

（一）概括式授權對在地化立法的保障作用

全國人大及其常委會最初對經濟特區採取概括式立法授權的方式，雖然在法理層面飽受爭議，但恰恰反映了立法者希望經濟特區能夠進行重大制度創新的主觀訴求，這也正是經濟特區授權立法與一般地方立法之間的重要區別。這一理念到目前為止仍然是適用的。《立法法》第 13 條規定，授權決定應當明確授權的目的、事項、範圍、期限以及被授權機關實施授權決定應當遵循的原則等。顯然，現有的經濟特區授權立法並未達到上述標準。一種可能的假定是權力機關故意使得經濟特區授權立法存在明顯違法這一現實，但更為合理的解釋是本條款並不適用於經濟特區授權立法。有研究者針對這一條款同樣指出，“結合其上下文語境來看，這主要是針對全國人大及其常委會對國務院的授權決定，今後針對國務院的應該是具體的單項授權，而作為經濟特區法規依據的授權決定宜做概括性授權對待，對授權事項、範圍不宜進一步限縮。”[50] 同時，概括授權與法律保留之間也並非完全對立，二者之間存在調和空間。例如有研究者提出，對於法律相對保留事項可以進行概括授權，而對於法律絕對保留事項則必須進行具體授權。[51]

[49] 習近平：《在深圳經濟特區建立40周年慶祝大會上的講話》，載《人民日報》2020年10月15日，第2版。
[50] 林彥：《經濟特區立法再審視》，載《中國法律評論》2019年第5期，第183頁。
[51] 參見俞祺：《授權立法範圍的合理界定》，載《法學》2024年第2期，第67頁。

受限於地方立法權有限的格局，地方立法創新動力缺乏活力、立法抄襲現象普遍存在。[52] 在2015年《立法法》修改後，地方立法主體雖然得到了擴容，但其與之對應的則是立法權限的限縮。部分專屬立法權向中央立法機關的回歸和立法層級的逐步提高是立法權限縮的具體表現。[53] 因此前述問題仍然存在，這便導致一般地方立法無法承接起經濟特區以改革創新、適應地域特殊需求為目的的創新性立法。“經濟特區授權立法主體則享有授權機關——全國人民代表大會或常務委員會的部分立法權，可以在全國人民代表大會或常務委員會的立法權限範圍內進行立法。”[54] 通過和民族區域自治立法變通制度相比較，能夠直觀發現經濟特區授權立法權限的廣泛程度。《立法法》第85條規定，自治條例和單行條例可以依照當地民族的特點，對法律和行政法規的規定作出變通規定，但不得違背法律或者行政法規的基本原則，不得對憲法和民族區域自治法的規定以及其他有關法律、行政法規專門就民族自治地方所作的規定作出變通規定。而經濟特區授權立法中則僅規定，遵循憲法規定以及法律和行政法規基本原則。在事項範圍上，概括式授權給予了經濟特區基於地方經濟文化特色創設規範的可能。在地化的立法創新既能夠滿足經濟特區自身的發展需求，也能夠為國家在特定領域如一國兩制建設、對台交流、華僑往來等事項上提供有益經驗，這是一般地方立法所難以企及的。

維持概括式授權的根本原因在於，中央立法機關難以預見所有經濟特區的地方性需求。而在概括式授權前提下的，經濟特區授權立法所具備的“規範供給”功能可以滿足不同地方的特殊治理需求。各經濟特區面臨的地理區位、產業結構、社會生態和戰略任務千差萬別且動態演變。中央立法機關無法提前預判珠海橫琴會面臨澳門醫療人員執業的具體細節，也難以預料到汕頭需要一部專門法規來啟動其獨特的華僑資源。列舉式授權必然存在滯後性和局限性，無法敏銳捕捉和回應這些非標準化、普遍化的地方治理需求。同時，概括式授權使得各個經濟特區能夠扮演起“制度轉換器”和“規則銜接器”的角色，將“一國兩制”的原則性方針和對台工作的大政方針，轉化為具體、可操作、符合當地實際的法律規範。這不僅有效解決了人員、資本、服務等要素跨境流動的現實法律障礙，更是在探索不同法域、不同社會制度間融合發展的中國方案，其意義遠超地方治理本身，具有服務國家統一和區域發展大局的戰略價值。此外，概括式授權鼓勵並保護了地方發展的多樣性。它使得每個經濟特區都能將自身的資源稟賦和文化特質，通過立法固化為獨特的制度優勢和發展動力，避免了經濟特區之間的同質化競爭。

總之，經濟特區授權立法所呈現出的顯著在地化特徵，絕非偶然，而是概括式授權這一制度智慧的必然結果。維持並善用這一授權模式，對於用足、用好經濟特區授權立法至關重要。它不僅是確保各經濟特區能夠根據自身獨特的區位、資源和使命，進行有效治理和創新發展的法律基石，更是我國在處理央地關係、推動區域協同、探索國家治理現代化路徑上的一項寶貴制度財富。

（二）改革實踐需求驅動的立法試驗功能演進

在中國全面加入世貿組織前，經濟特區擁有的優勢在於中央給予的優惠政策和經濟特區授權立法。而到目前為止，除深圳和海南兩處經濟特區在部分事項上仍享有一定經濟優惠政策以外，其餘地區已無額外的經濟優惠政策。但經濟特區授權立法卻一直得到了保留，特區之特殊性，也開始從經濟上特殊逐步轉向了立法上的、制度上的特殊。2009年全國人大在對經濟特區授權立法進行綜

[52] 參見孫波：《試論地方立法“抄襲”》，載《法商研究》2007年第5期，第3-5頁。

[53] 參見袁明聖：《我國地方立法權的整合問題研究》，中國政法大學出版社2016年版，第124頁。

[54] 宋方青：《論中國經濟特區立法的新格局——兼評〈立法法〉有關經濟特區立法的規定》，載《現代法學》2000年第6期，第128頁。

述時同樣表示，“從一定意義上來說，今後經濟特區的特殊之處就在於有授權立法權。”[55]《中共中央、國務院關於支持深圳建設中國特色社會主義先行示範區的意見》指出，“要用足用好經濟特區立法權，在遵循憲法和法律、行政法規基本原則前提下，允許深圳立足改革創新實踐需要，根據授權對法律、行政法規、地方性法規作變通規定。”[56] 與此前有學者主張的集中於經濟領域事項不同，經濟特區授權立法的建設方向得到了新的闡釋，即“立足改革開放創新實踐需要”，這一點在經濟特區授權立法的實踐發展中也得到了印證。

經濟特區授權立法在社會治理方面的創新舉措，展現了經濟特區授權立法創新的發揮空間。改革創新既需要打破舊有格局，也需要創造條件來培育新事物、適應新事物。當前社會發展日新月異，科學技術的快速進步，不斷改變著人們的生活方式，各類新型社會關係隨之產生，對法規範提出了更多的要求。“法律具有與其他社會規範相比更高的穩定性，往往是對社會關係進行滯後性的規範，當出現了某種新的社會關係之後，才逐步上升到法律之中來。”[57] 域外亦有學者指出，應對社會關係的快速複雜發展是授權立法存在的必要性之所在，並對美國、英國和德國的授權立法制度進行了比較分析，並對各國授權立法制度的實踐效果和局限性進行了評估，強調可以從明確授權對象和內容、制定授權規則程序、開放公眾參與授權途徑三種方式確保授權立法的民主性與合法性。[58] 立法的滯後性不可避免，但具備先行先試屬性的經濟特區授權立法，能夠以先行、試驗立法的方式有效緩解社會需求與立法滯後之間的張力，為適應社會發展制定新法律提供寶貴的實踐經驗，進而持續驅動改革開放中的法治建設工程。

經濟特區授權立法在當代中國地方治理與國家法治建設中扮演著關鍵角色，其作用已遠超早期單純服務於經濟開放的範疇，深刻體現為一種高效的制度創新模式。以經濟特區授權立法為載體，進行立法試驗的重要意義在於：首先，經濟特區授權立法構建了中央頂層設計與地方基層探索間的雙向互動與回饋機制。國家通過概括式授權賦予特區制度創新的自主空間，特區則將宏觀改革目標轉化為具體、可操作的法律規範，並在實踐中予以檢驗。這種“授權—試驗—回饋”的循環，不僅確保了國家政策意圖的精准落地，更重要的是，地方的成功經驗與失敗教訓能夠為國家層面立法提供寶貴的經驗素材與實踐例證，從而優化國家整體的制度供給。其次，經濟特區授權立法賦予了地方應對新興社會經濟挑戰所需的前瞻性治理能力。在數字經濟、人工智能等技術迭代迅速、傳統立法週期難以覆蓋的新興領域，經濟特區授權立法憑藉其“切口小、回應快”的立法優勢，能夠率先進行規則探索。這種前瞻性立法，使地方治理從被動適應轉向主動塑造，有效引導新興產業健康發展，為區域獲取發展先機提供了堅實的法治保障。再者，經濟特區授權立法構成了風險可控的“制度試驗場”，顯著降低了全國性改革的制度成本與社會風險。對於個人破產、金融監管等具有基礎性、高風險特徵的制度改革，通過在特區先行先試，可將潛在風險限制在特定區域內進行壓力測試。此過程使得成功的制度模式得以提煉推廣，而暴露的問題則能在全國立法層面得到規避與修正，從而確保了國家法治體系演進的穩健性與科學性。最後，持續的立法試驗本身亦推動了地方治理範式的深層轉型。為保障試驗成功，地方政府必須深入研究市場規律、回應社會訴求，這一過程倒逼其治理能力與法治素養的提升。通過良法善治創造穩定、透明、可預期的發展環境，正是現代

[55] 秦蓁：《經濟特區授權立法有關情況綜述》，載全國人大網，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/zt/qt/dfrd30year/2009-04/14/content_1497664.htm。

[56] 《中共中央、國務院關於支持深圳建設中國特色社會主義先行示範區的意見》

[57] 李龍：《法理學》，武漢大學出版社2011年版，第183頁。

[58] See Hermann Punder, *Democratic Legitimation Of Delegated Legislation——A Comparative View On The American, British And German Law*, 58 International & Comparative Law Quarterly 353, 353-378 (2009).

社會治理的追求所在。

（三）多元區域授權立法模式的制度整合路徑

2021 年 6 月 10 日全國人大常委會分別以制定決定和寫入法律的方式，授權浦東新區和海南自貿港進行立法。經濟特區授權立法自此不再是我國立法體制中的單例。要想用足用好新設立的浦東新區授權立法與海南自貿港授權立法，就有必要對此類立法的內涵與作用進行明確。通過對早期形態經濟特區授權立法的得失進行深入研究總結，並從功能取向的角度出發，能夠找准兩種授權立法在地方與國家治理體系中的定位。

上述的三種授權立法在授權方式、授權範圍、實踐運行上均存在差異，導致了理論張力的產生。但通過對已有規範的考察，能夠發現三者具備以下三項共同特徵：第一，權力來源是最高國家權力機關的授權；第二，功能屬性的核心是變通上位法，目的在於為特定區域提供新型規範或配套政策試驗；第三，制定的規範只在特定地域範圍內具備效力。與同為授權立法的授權國務院立法相比，二者的權力來源相同，但功能屬性不同，效力的地域範圍不同。與同為地方變通立法的民族自治變通立法相比，二者的權力來源不同，變通功能屬性相同但變通範圍不同，效力的地域範圍相同。事實上，浦東新區授權立法和海南自貿港授權立法表現出了同經濟特區授權立法相似的“制度試驗性”，並且這兩類法規從一開始的試驗性定位比經濟特區法規更為突出。[59] 這類規範在權力來源上具備授權立法的特徵，在功能屬性上具備地方變通立法的特徵，兼具授權立法與地方變通立法的雙重屬性。

通過對現有文獻材料與相關立法的梳理，總結浦東新區授權立法與海南自貿港授權立法的建設方向，能夠發現二者在變通功能表達上與經濟特區授權立法存在緊密聯繫。就浦東新區授權立法而言，其主要目的在於打造社會治理樣板，“立法試驗田”色彩濃重，功能表達側重於“立法試驗”。全國人大常委會在授權決定中明確指出，“推動浦東新區高水準改革開放，打造社會主義現代化建設引領區。”[60] 浦東新區授權立法的目的繁多，但最終目的都指向打造社會主義現代化建設引領區。[61] 就海南自貿港授權立法而言，其主要目的在於滿足海南自貿港基於高度開放的制度定位所產生的強烈規範需求，功能表達側重於“規範供給”。全國人大常委會法工委在《中華人民共和國海南自由貿易港法（草案）》的說明中明確指出，“海南自由貿易港政策制度體系的核心是制度創新，需要積極探索建立適應自由貿易港建設的更加靈活高效的法律法規、監管模式和管理體制”[62] 基於高度開放所採取的相應措施，多涉及法律保留事項，一般地方立法權對此無能為力，海南自貿港規範供給缺失已然是客觀存在的事實。針對這一問題，目前已有研究者指出，海南自貿港在貨物貿易、外商投資、金融市場等方面仍有較大的制度建設空間。[63] “要高度重視‘對接國際高

[59] 參見趙一單：《論〈立法法〉的調整範圍：分佈結構與邏輯原理》，載《法學家》2025年第3期，第122-124頁。所謂“制度試驗性”，是指相較於自治條例和單行條例而言，經濟特區授權立法、浦東新區授權立法、海南自貿港授權立法的立法權限更加靈活，且以自治條例和單行條例為參考。

[60] 《全國人民代表大會常務委員會關於授權上海市人民代表大會及其常務委員會制定浦東新區法規的決定》，2021年6月10日第十三屆全國人民代表大會常務委員會第二十九次會議通過。

[61] 參見姚建龍、俞海濤：《論浦東新區法規：以變通權為中心》，載《華東政法大學學報》2023年第3期，第93頁。

[62] 沈春耀（全國人大常委會法制工作委員會主任）：《關於〈中華人民共和國海南自由貿易港法（草案）〉的說明》，2020年12月22日在第十三屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議上，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202106/t20210611_311952.html。

[63] 參見韓龍、戚紅梅：《〈海南自由貿易港法（草案）〉的三維透視與修改建議》，載《海南大學學報（人文社會科學版）》2021年第2期，第40頁。

水準經貿規則’，做好‘高水準經貿規則’的銜接轉化立法工作。”[64] 而要解決上述需求，用足用好海南自貿港授權立法顯然是必要條件。

浦東新區授權立法和海南自貿港授權立法與經濟特區授權立法變通功能屬性完全一致，表達形式亦同為“立法試驗”與“規範供給”，僅在功能表達側重上略有區分。未來在概念整合的基礎上，或可根據三者之間的密切聯繫與運行過程中的功能表達側重，實現三種授權地方立法的制度整合，以消弭三者之間存在的理論張力，更好地服務國家治理體系與治理能力現代化。例如在事項範圍方面，當前三種授權地方立法在事項範圍上存在一定差異，尤其是經濟特區授權立法和浦東新區授權立法，因適用概括式授權模式導致其事項範圍越發模糊。而傳統的清單模式難以有效發揮授權地方立法的改革工具效能。基於此，可以考慮引入體系解釋方法，將國家發佈的關於該區域的根本性、綱領性戰略定位文件作為體系解釋主要依據，對授權地方立法的事項範圍予以柔性約束。在監督機制方面，當前對授權地方立法的監督主要通過備案審查實現，但實踐中授權地方立法的備案審查工作處於隱性運作狀態，導致效果並不顯著。可以嘗試推動監督機制由形式審查，轉向以備案審查為主體、立法評估為支撐的實質性動態管控。具體而言，首先是完善備案審查，強化其事前指引與實質判斷功能；繼而建立立法後評估機制，科學檢驗變通法規的實施成效，從而形成完整制度閉環。

五、結論

至今為止，經濟特區授權立法設立歷時四十餘年，運轉仍然良好，且仍在不斷產生新成果，其在改革開放中對經濟建設和法治建設起到的積極作用毋庸置疑。經濟特區授權立法具體展現出的以“規範供給”構建區域法治秩序和以“立法試驗”配套治理改革試驗的功能，具有重要的歷史參考價值和現實指導意義。在新時代背景下，經濟特區授權立法通過在特定區域內進行立法試驗，為相關改革提供治理手段，能夠實現在法治軌道上構建新治理機制的目標，在推進實現國家治理體系和治理能力現代化方面具有積極意義。同時，浦東新區授權立法與海南自貿港授權立法的建設發展，同樣需要汲取經濟特區授權立法的成功經驗，以此為基礎更好地發揮出授權立法在國家治理與法治建設中的獨特優勢。經濟特區授權立法應當充分發揮已經具備的制度優勢與先發優勢，不斷推陳出新，嚴格把控立法品質、規範立法程序、保證立法效果，有效承載起對現實需要、改革需求的新的體制機制、法律法規進行探索並試驗運行的重要任務，進而持續為改革開放作出貢獻。

[64] 胡光輝、熊安靜：《海南自由貿易港法規制定權研究》，載《海南大學學報（人文社會科學版）》2023年第2期，第50頁。

Abstract: The delegated legislation of Special Economic Zones (SEZs) is a special legislative form that emerged during the early stages of the Reform and Opening-up. Its institutional basis lies in the devolution of legislative power to local authorities and the flexibility within the principle of legal uniformity under China's unitary state structure. An examination of over forty years of legislative practice reveals that SEZ delegated legislation has effectively fulfilled its roles of establishing a normative order in the zones and serving as a "legislative experimental field" for the nation. Concurrently, its functional emphasis has migrated from "normative supply" to "legislative experimentation," and it has explicitly involved matters subject to legal reservation. In terms of scope, the matters covered by SEZ delegated legislation have expanded into the sphere of social governance, with different SEZs exhibiting differentiated legislative characteristics based on the principle of localization. Meanwhile, the noted issue of the conflation between SEZ delegated legislation and ordinary local legislation should be addressed by local legislative bodies through the standardization of legislative procedures. In the context of the New Era, SEZ delegated legislation should continue to maintain its model of general authorization to support localized legislative innovation and, rooted in the innovative practices of Reform and Opening-up, further enhance its function of "legislative experimentation" Furthermore, the prominent feature of delegated legislation for SEZs, the Pudong New Area, and the Hainan Free Trade Port is the acquisition of additional legislative powers through the act of authorization, suggesting that there is room for institutional integration among these three models in terms of the scope of matters and supervision mechanisms.

Key words: Legislative Experimentation; Legal Reservation; Uniformity of Legal System; Regional Governance

（責任編輯：張竹成）

論香港普通法優勢與國家涉外法治建設的融合實踐

張　旭*

摘　要　香港普通法制度以判例法為核心，強調程序公正與契約自治，能夠與國際商事規則和仲裁實踐高度銜接，是香港長期保持國際法律服務中心地位的制度優勢。隨著香港由“背靠祖國、面向世界”向“背靠祖國、聯通世界”的戰略定位轉變，其普通法優勢逐漸從單純的國際商事平台功能轉向國家涉外法治的重要支點。香港普通法制度通過安全導向與開放規則的雙向聯結，既服務於國家主權與安全需求，又依託雙向規則流通與跨境爭議解決的多法系適應力，推動內地法律與國際規則的互動。　通過加強內地與香港法律制度對接與規則銜接，推動香港全球商事爭議解決的高效化與多元化，拓展其在國際治理與法治發展中的制度性參與，並以普通法優勢反哺涉外法治人才培養，能夠形成制度與人才雙輪驅動的支撐格局，助力國家涉外法治建設。

關鍵詞　香港普通法　“一國兩制”　涉外法治　國家安全

一、問題的提出

2022 年 7 月，習近平主席在慶祝香港回歸祖國 25 周年大會的講話中指出，“香港積極融入國家發展大局、對接國家發展戰略，繼續保持高度自由開放、同國際規則順暢銜接的優勢，在構建我國更大範圍、更寬領域、更深層次對外開放新格局中發揮著重要功能”。[1] 同年黨的二十大報告中也提出，要“發揮香港、澳門優勢和特點，..... 深化香港、澳門同各國各地區更加開放、更加密切的交往合作。”[2] 黨的二十屆三中全會更是對“完善高水平對外開放體制機制”“健全香港、澳門

* 張旭，蘭州大學法學院講師，法學博士。
本文係全國人大常委會香港、澳門基本法委員會基本法研究項目“香港普通法優勢服務國家涉外法治建設研究”（項目批准號：JBF202428）、甘肅省2025年高等教育教學改革一般項目“西部高素質涉外法治人才培養創新與實踐”（項目批准號：GJJGB017）階段性成果。

[1] 習近平：《在慶祝香港回歸祖國二十五周年大會暨香港特別行政區第六屆政府就職典禮上的講話》，載《人民日報》2022年7月2日，第2版。

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

在國家對外開放中更好發揮作用機制”提出了深化改革的要求。香港特別行政區作為中國實行“一國兩制”方針的重要實踐樣本，依託其獨特的歷史和制度背景，保持了與內地截然不同的普通法司法體系。“一國兩制”的制度優勢不僅奠定了香港作為國際金融、貿易和法律服務中心的地位，也使其在涉外法律事務中擁有獨特的競爭力和影響力。

自 2020 年《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（以下簡稱《香港國安法》）實施以來，國家安全成為處理涉外法律事務的首要考量，標誌著香港普通法體系在確保法治獨立性的同時，必須深刻融入國家總體安全戰略，統籌維護國家主權和安全。2024 年《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全條例》（以下簡稱《維護國家安全條例》）的生效，是在此基礎上對香港特區維護國家安全法律制度的進一步完善，夯實了香港法治運行的安全底座。與國家安全法治建設同步推進的，是香港對外交往功能的戰略性調整。 相較於習近平主席在香港回歸 20 周年講話中強調的“面向世界”的國際接軌功能，如今的香港正經歷逐步轉向習近平主席在香港回歸 25 周年講話中明確提出的“聯通世界”的樞紐橋樑角色。[3] 香港戰略定位的轉變，使香港從單純的國際商事平台升級為國家涉外法治的重要支點，不僅要求在法律制度上保持與國際規則的高度相容性，還必須在制度運行過程中更全面地落實總體國家安全觀，實現開放與安全的動態平衡。

過去國內對香港特別行政區的普通法優勢研究，無論是從香港回歸前就已開始的特別行政區高度自治權討論，還是到《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》白皮書中提出的中央全面管治權，抑或是黨的二十大報告對完善特別行政區司法制度和法律體系的關注，都是集中於“一國兩制”的視角。對香港普通法體系在國家涉外法治和對外開放格局中的功能性定位，尤其是其在國家戰略層面的角色轉型，仍有進一步深化討論的空間。習近平主席在慶祝香港回歸祖國 25 周年大會上的講話為香港在新時代如何發揮普通法優勢、服務國家涉外法治建設提供了新的歷史機遇與戰略方向，也為後續作用機制與實現路徑的探討奠定了基礎。深入研究香港普通法優勢在新時代國家涉外法治建設中的具體作用機制及實現路徑，如何保持普通法制度，拓展暢通便捷的國際聯繫，如何在《香港國安法》《維護國家安全條例》和總體國家安全觀的指導下發揮普通法優勢服務國家涉外法治建設與戰略發展，既是理論探索的需要，更是推動國家法律治理現代化和提升國際競爭力的戰略需求。

二、香港從“面向世界”向“聯通世界”的戰略定位轉變

香港特別行政區自回歸以來，依託“一國兩制”制度優勢和普通法體系的國際認可度，一直以“背靠祖國、面向世界”作為其核心功能定位。過去對於香港特殊法律制度的研究強調香港利用內地作為堅實後盾，發揮與國際接軌的法律、金融、貿易和專業服務平台作用，吸引全球資本與企業落戶香港，從而鞏固其作為國際金融中心和國際商事平台的地位。隨著國際格局的深刻調整、國家發展戰略的不斷推進，以及香港在《香港國安法》和《維護國家安全條例》實施後的法治新格局形成，香港的發展功能和對外交往角色正在由單向度的“面向世界”，轉向雙向互動的“聯通世界”。香港戰略定位的轉變不僅僅是單純的經濟功能調整，而是由國際政治環境、國家安全需求以及香港社會治理現實共同驅動的深層戰略轉變。脫離戰略定位的變化去探討普通法優勢，將極易局

[3] 參見習近平：《在慶祝香港回歸祖國二十周年大會暨香港特別行政區第五屆政府就職典禮上的講話》，載《人民日報》2017年7月2日，第2版。習近平：《在慶祝香港回歸祖國二十五周年大會暨香港特別行政區第六屆政府就職典禮上的講話》，載《人民日報》2022年7月2日，第2版。

限在既有的制度功能分析中，忽視新時期國家戰略、全球治理和安全格局的深刻變化。

（一）戰略定位轉變決定了香港普通法優勢的服務方向

在“背靠祖國、面向世界”的階段，香港普通法優勢主要服務於吸引國際資本、提供商事爭議解決和促進貿易往來，其制度功能偏重於單向對外開放。近年來，國際政治經濟格局發生深刻變化，單邊主義、保護主義抬頭，國際規則體系的不確定性上升。部分西方國家在涉港問題上採取政治化、工具化手段，甚至干涉中國內政，直接影響到香港原有的對外合作環境。[4] 在這種背景下，單向“面向世界”的開放模式容易受到外部政治因素的制約，迫切需要建立更穩固、更可控的“雙向聯通”格局，使香港既能吸引和利用國際資源，又能有效防範外部風險。“背靠祖國、聯通世界”的新定位強調雙向互動與內外貫通，要求普通法不僅能吸納國際法律資源，更要將中國立場和法律理念向外傳遞。十四屆全國人大三次會議的《政府工作報告》特別提出支援香港“深化國際交往合作”[5]，不僅要求香港更緊密地融入國家發展大局，特別是粵港澳大灣區和“一帶一路”倡議下的戰略佈局，也使香港在連接中國內地與全球市場、法律規則和治理體系中承擔更為關鍵的作用。香港不僅繼續為國際市場提供進入中國的便捷渠道，更要在制度、規則、資源和人才等多維度上，承擔起連接中國與世界的樞紐作用，實現內外法律與規則體系的雙循環對接。一方面，香港需要更深度地嵌入國家發展大局，為“一帶一路”建設、粵港澳大灣區協同發展以及國家涉外法治戰略提供制度支撐；另一方面，香港也要通過其普通法優勢，將中國法律理念、制度成果和治理經驗更加有效地傳遞到國際舞台，在全球治理與國際規則制定中發揮橋樑作用。

（二）戰略定位轉變重塑了普通法運用的制度邊界

普通法最獨特之處是依據司法判例制度，不限於取自單一司法管轄區的判決，而是可以納入所有普通法適用地區的案例。在“背靠祖國、面向世界”的階段，香港普通法制度在涉外事務中的運用，主要是圍繞經濟交往和商事便利化展開，其制度邊界更多由國際商業慣例、合同自由原則和司法獨立性所界定。[6] 然而，《香港國安法》及《維護國家安全條例》的實施，確立了香港在維護國家主權、安全、發展利益方面的法律框架和底線要求，使國家安全成為涉外法律事務的核心要素。[7] 隨著香港進入“背靠祖國、聯通世界”的戰略新階段，普通法的運用邊界已不僅由市場邏輯決定，而是深度嵌入國家安全與國家發展大局之中。戰略定位的轉變不僅要求普通法的運作設定新的法律邊界，也對其在國際爭議解決、跨境交易和法律服務中的適用提出了更高要求，普通法制度必須在法律適用、司法裁量以及爭議解決過程中，將國家安全因素作為優先考量。

與此同時，新的定位要求普通法制度在保持與國際法律體系相容的基礎上，更加注重與內地法律制度的對接與協同。[8] 香港融入國家發展大局並不意味著需要犧牲普通法開放性特徵，而是通過確定普通法在涉外法治建設中的具體完善路徑，使香港普通法優勢的發揮可期、可控、可持續。“聯通世界”的雙邊兼容模式對普通法制度邊界的重塑主要通過兩方面展開：一是要確保香港在國際仲裁、跨境交易等領域的規則適配性，二是要保證涉外法律活動不觸碰國家安全底線，從而形成開放與安全相統一的法律運行格局。普通法的制度邊界的重塑，使普通法在新時代不再只是國際商

[4] 參見何志鵬：《國際法現代性中大國強權傾向之破除》，載《清華法學》2025年第1期，第80頁。

[5] 李強：《政府工作報告》，載《人民日報》2025年3月13日，第1版。

[6] 《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第84條規定，香港特區法院可參考其他普通法適用地區的司法判例。

[7] 參見張龍平、韓萱怡：《香港國安法與底線思維在香港治理中的運用》，載《南方論刊》2021年第10期，第14-15頁。

[8] 參見王一棟：《“規則銜接”的含義闡釋與路徑開拓——基於〈香港國安法〉的立法創新》，載《海峽法學》2024年第6期，第60-78頁。

事交往的工具，而成為國家涉外法治體系的重要組成部分，為香港在全球治理、國際規則制定和涉外法律服務中發揮橋樑與紐帶作用提供了制度保障。只有在理解並適應“聯通世界”背景下安全與開放並重的制度邏輯，普通法優勢的研究才能準確把握其在國家涉外法治戰略下的發展空間。

（三）戰略定位轉變拓展了香港普通法優勢的功能領域

過去，香港普通法優勢主要集中在國際商事爭議解決、跨境投資交易、國際仲裁等經濟性領域，其核心作用是為境外資本和企業提供穩定、透明和可預測的法律環境。而在新的戰略定位下，香港從單純的國際商事平台轉向國家涉外法治的重要支點，意味著普通法制度的功能已從單一的經濟平台擴展至多維度的國家涉外法治支撐體系，普通法優勢將被應用於包括“一帶一路”法律保障、國際規則制定參與、涉外法律人才培養、發展中國家法律合作等更廣泛的領域。研究普通法優勢必須以戰略定位轉變為框架，才能明確新功能領域的需求與潛力。例如在全球治理與國際規則制定方面，香港普通法的國際通行性和專業性，使其能夠在多邊談判、國際組織規則協商及區域合作機制中，代表國家發聲並提供制度化法律意見。香港在服務國家戰略、參與國際治理和推動法律交流方面的功能升級，要求普通法優勢的發揮不僅限於經濟貿易，還包括環境保護、網絡安全、知識產權等新興領域。[9] 在國家安全與法律風險防控方面，普通法制度在遵循國際規則的同時，能夠結合《香港國安法》與《維護國家安全條例》形成更靈活的風險管理機制，對涉外投資、跨境金融、國際數據流通等敏感領域進行法律篩查與風險評估，為國家涉外安全提供制度化支撐。

三、香港普通法優勢在國家涉外法治建設中的作用機制

根據《中華人民共和國憲法》與《香港特別行政區基本法》，香港的高度自治權是中央授權的結果，其法律制度和司法權的存在與運作都必須服從於國家的統一與安全。[10] 香港的普通法制度源自中央授權並在“一國兩制”框架內行使，憲制秩序要求地方自治的行使應在國家整體法治體系與國家利益框架內進行，因而其涉外法治活動必須與中央意志和國家整體戰略保持一致，切實維護國家的主權、安全和發展利益，否則將削弱其憲制正當性。在“一國兩制”框架下，香港特別行政區涉外法治建設必須同時實現雙重目標，既要維護國家主權、安全、發展利益，又要維護香港長期繁榮穩定，包括維護香港獨特的國際地位、優勢與法治基礎。[11] 普通法制度的運用不再僅為商事便利服務，而是與國家主權、安全和發展利益緊密關聯，成為國家戰略落地的法律支撐。普通法優勢通過安全與開放並舉、規則雙向流通、跨境爭議解決樞紐、法律資源集成等多重機制形成複合能力，能夠在不同領域同時發揮作用，覆蓋經濟、政治、安全及國際治理等多層面。

（一）普通法的獨特優勢

香港作為中國唯一實行普通法的司法管轄區，普通法體系與中國大陸實行的大陸法體系差異鮮明、格局互補。與中國大陸以成文法典為核心淵源、強調法條剛性適用與演繹推理的大陸法邏輯不同，香港普通法以判例法為核心支撐，秉持遵循先例原則與歸納推理思維，能夠通過判例的積累不斷及時回應新型法律需求。香港普通法自形成以來便深度融入國際法治體系，在具體規則制定和司法實踐中，在“一國兩制”框架內可以成為連接中國內地與全球法治體系的關鍵橋樑。普通法在全

[9] 參見楊曉楠、陳雅雯：《粵港澳大灣區法治協同發展路徑探索：普通法在大灣區適用的新方式》，載《港澳研究》2024年第3期，第26-42頁。

[10] 參見韓大元：《論香港基本法上“國家”的規範內涵》，載《中外法學》2020年第1期，第19-40頁。

[11] 奚俊堅、田飛龍、底高揚等：《國家涉外法治建設中的香港角色探析》，載《港澳研究》2025年第1期，第45頁。

球化進程中展現出的獨特制度優勢，不僅為香港自身的繁榮穩定提供了法治保障，更能精準彌補中國大陸法系在涉外規則銜接、國際爭議解決、全球治理參與等領域的適配差異，為國家涉外法治建設提供重要支撐。具體而言，香港普通法在國家涉外法治建設中具備三方面優勢：

第一，促成跨境交易。普通法在促成跨境交易中的核心優勢，源於規則的全球認可度高。英國律師協會《2025 年國際數據洞察報告》顯示，英國法律作為普通法的典型代表，支撐著全球約 40% 的跨境商業與金融交易，涵蓋銀行、併購、衍生品、保險與海事貿易等關鍵領域。[12] 普通法促成交易的制度優勢，依託於四大核心原則：遵循先例原則以穩定的判例適用體系為商業決策構築可預期的法律環境，顯著降低跨境交易中的風險溢價；商業目的解釋規則立足合同整體商業背景與當事人真實交易意圖展開裁判，更貼合複雜跨境交易的現實邏輯；[13] 默示條款制度依託成文立法確立標準化權利義務框架，為國際貨物交易等商事活動提供清晰規則指引，有效壓縮談判與履約成本；法無禁止即可為的規制邏輯則區別於成文法的剛性約束，為數字經濟、金融創新等新興交易形態預留了適配空間。與此同時，普通法與國際條約具有協同效應，普通法國家普遍加入並通過判例發展解釋規則。例如香港《仲裁條例》第 2 條法律選擇自由、第 34 條仲裁庭對其管轄權作出裁定的權力等相關規則，與《貿易法委員會國際商事仲裁示範法》保持一致，強化了跨境交易的法律保障。由於在實務中協調統一國際貿易法要求對相關法律作出統一的解釋，普通法的判例能夠為律師和商業交易當事方及其他相關人士在進行交易時提供參考，增強了國際商界對國際貿易法在所有相關國家的一致適用的信心。

第二，高效解決爭議。以英國、中國香港、新加坡為代表的普通法司法環境，在爭議解決領域的核心優勢，體現為裁決執行率高、解決週期短與成本效益優。根據英國有效爭議解決中心（CEDR）報告，英國調解整體和解率高達約 89%，有 74% 的案件在調解當天達成和解，企業通過調解每年節省約 30 億英鎊。[14] 新加坡調解中心（SMC）自成立以來，約 70% 的案件達成和解，其中超過 90% 的案件能夠在當天解決。[15] 在成本方面，調解的平均成本通常僅為訴訟的 10% 左右，解決週期多為數週至數月，而傳統訴訟或仲裁往往需要 12 至 36 個月才能完成。[16] 在執行層面，雖然調解協定與仲裁裁決相比，沒有統一的國際執行機制，但國際調查普遍顯示商事調解協定的自願履行率高達 80%–90% 以上，顯著降低了後續強制執行的制度與交易成本。[17]

第三，推動全球治理規則形成。普通法通過國際條約、示範法與國內立法國際化等形式，推動其規則邏輯成為全球共識。普通法優勢一方面體現在判例法邏輯能夠被國際條約組織廣泛採納，例如貿易法委員會致力於構建可被多種法律傳統（包括普通法與大陸法）共同接受的國際規則體系，

[12] The Law Society of England and Wales, *International Data Insights Report 3rd Edition 2025*, Sep. 09, 2025, https://www.lawsociety.org.uk/topics/research/international-data-insights-report-2025.

[13] 例如香港《合約（第三者權利）條例》（第623章）第4條第（1）款第（b）項及第（3）款採納了ICS案的解釋原則，明確規定第三者可強制執行合同條款的第二個前提是該條款“看起來（purports）是賦予第三者利益”，除非按該合同的“適當解釋（proper construction）”，與中國大陸成文法體系中更強調法條字面含義與立法原意的解釋方法形成鮮明對比，參見Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896。

[14] *The Singapore Convention on Mediation*, Norton rose Fulbright (Aug. 2019), https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/376106c1/the-singapore-convention-on-mediation--a-new-enforcement-regime.

[15] 參見新加坡調解中心網站，https://mediation.com.sg，2026年3月1日訪問。

[16] International Chamber of Commerce, *ICC Dispute Resolution 2024 Statistics* (24 June 2025), https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-dispute-resolution-statistics-2024/

[17] Sarah Mitchell, *Mediation Statistics*, Gitnux (Feb 13, 2026), https://gitnux.org/mediation-statistics.

1988 年建立了收集並傳播與貿易法委員會法規有關的法院判決和仲裁裁決相關資料的系統；[18] 另一方面，國際條約規範移植進一步使普通法成為全球法治秩序完善的重要支撐。例如，貿易法委員會制定的《國際商事仲裁示範法》已經被約 80 個國家和地區批准、採納或在國內仲裁法中廣泛參考，成為國際仲裁立法的重要參考範本；《國際商事調解和調解所產生的國際和解協定示範法》的制定與修正，推動了調解制度在不同法律體系中的現代化與統一適用，為國際商事調解規則的統一性提供了法律框架。

（二）安全導向與開放規則的雙重嵌入

香港普通法在新時代國家涉外法治建設中的首要作用機制，是在制度運行中實現安全導向與開放規則的雙重嵌入，通過制度設計與操作細則，將國家安全要求與國際化法律規則有機結合，避免安全與開放之間形成零和對立。在堅守國家安全底線的前提下，保持並利用普通法制度在全球法律體系中的開放性與相容性，為內地企業“走出去”以及外國投資者“引進來”提供高度便利的制度環境，能夠為國家涉外法治建設提供可複製的經驗，也為香港在全球法律服務市場贏得長期的制度信任。

一方面，安全導向源自憲制秩序與總體國家安全觀的要求。自《香港國安法》和《維護國家安全條例》實施以來，共同確立了香港在涉外法律事務中必須維護國家主權、安全和發展利益的根本原則。當開放規則與安全要求發生衝突時，國家安全原則具有優先性，應當優先適用，並在制度運行中發揮決定性作用。[19] 在涉外法治實踐中，普通法司法機構和法律服務行業需要具備跨領域的安全風險識別能力，並在制度上將其納入審查和合規體系。在司法適用層面，安全導向要求法官在解釋法律、適用國際規則時，將國家安全作為解釋的價值指引。例如，在涉及外國仲裁裁決承認與執行的案件中，如果該裁決的履行可能危害國家安全，法院可依照《香港仲裁條例》第 86 條 [20]、《外地判決（限制承認及強制執行）條例》第 3 條 [21] 及《香港國安法》第 3 條 [22] 等相關條款予以拒絕；在審理涉外案件、簽訂跨境合同、處理國際仲裁時，必須對涉及主權、安全、關鍵基礎設施、數據安全等領域的風險進行實質性審查和防範。安全導向不僅是司法判決的價值取向，還需要通過行業監管和自律機制落地。律師事務所、仲裁機構、公證機構等涉外法律服務主體應建立內部安全審查流程，對涉及敏感領域、敏感技術、敏感信息的案件進行風險分類，並在必要時向相關主管部門報告，確保涉外法律服務與國家安全戰略相適應。與此同時，安全導向並不意味著與國際法律規則割裂。相反，安全審查的邊界與程序越清晰、透明，就越能獲得國際法律市場的理解與尊重。

另一方面，開放規則是香港普通法制度能夠發揮橋樑作用的核心優勢。開放規則的本質，在於香港作為普通法轄區，擁有在程序規則的透明性、判例方法的可追溯性、合同解釋的靈活性等方面與國際通行的商事規則高度相容的制度框架。[23] 例如，在跨境商業爭議中，香港法院採用的證據

[18] 參見聯合國國際貿易法委員會：《貿易法委員會法規的判例法（法規判例法）》，載聯合國網站https://uncitral.un.org/zh/case_law，2026年3月1日訪問。

[19] 參見何志鵬：《論涉外法治的安全維度》，載《法治研究》2023年第3期，第65-82頁。

[20] 《香港仲裁條例》第86條拒絕強制執行仲裁裁決：（2）如有以下情況，第85條所提述的裁決的強制執行亦可遭拒絕：（a）根據香港法律，該裁決所關乎的事宜是不能藉仲裁解決的；（b）強制執行該裁決，會違反公共政策；或（c）由於任何其他原因，法院認為予以拒絕是公正的。

[21] 《外地判決（限制承認及強制執行）條例》第3條違反爭議和解協定的外地判決：（3）在裁定一項海外國家法院作出的判決應否在香港獲承認或強制執行時，香港的法院無須受該海外國家法院就任何有關第（1）或（2）款所述事情而作出的決定約束。

[22] 《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》第3條：香港特別行政區行政機關、立法機關、司法機關應當依據本法和其他有關法律規定有效防範、制止和懲治危害國家安全的行為和活動。

[23] 參見羅富中：《香港國際仲裁的制度支柱及其啟示》，載《港澳研究》2024年第4期，第13-27頁。

開示制度（discovery）、合同解釋中的客觀意圖原則以及衡平法救濟措施（equitable remedies），均與英美法系司法轄區高度一致，使國際當事人能夠在熟悉的法律環境中處理爭議。此外，香港還能夠承認並執行外國仲裁裁決（基於《承認及執行外國仲裁裁決公約》）、適用國際統一商法（如《聯合國國際貨物銷售合同公約》）以及靈活引入國際行業規則（如國際航運和保險領域的慣例），與國際商事規則、投資條約和跨境仲裁準則實現無縫銜接。香港普通法制度的開放性使其在國際社會得到廣泛信任，推動了國際仲裁裁決執行率和跨境合同爭議處理的高效率，進一步加強了外國法律界與香港同行進行深度合作的意願。與此同時，在數字經濟、綠色金融、跨境數據流動等新興領域，國際規則仍在快速發展，需要動態適應國際規則的演變。香港普通法制度的靈活性，既能夠較快吸收新的國際規則中的先進經驗，也能夠主動為新規則形成提供豐富的法治實踐資源，為涉外法治建設提供了可持續的創新能力。

（三）雙向規則流通中的制度樞紐作用

“雙向規則流通”是指香港在“一國兩制”制度安排下，既能向國際法律市場傳遞和解釋內地法律制度與政策邏輯，又能將國際通行的法律規則、行業標準引入並與內地法律體系進行相容性對接。與單向的信息傳遞不同，雙向流通是一種制度層面的互動機制，涉及規則的轉譯、適配和重塑。香港既是中華人民共和國的特別行政區，又是與英美法系深度契合的國際法律節點，在普通法與大陸法的雙重法律語境中具備流利轉換的能力。在規則引入過程中，普通法優勢能夠結合國家安全、發展利益與國際慣例，形成符合雙方制度要求的共識性規則。基於雙向規則流通，香港不僅是中外商事交易的平台，更是國家涉外法治體系中不可替代的制度樞紐。

在雙向規則流通的制度基礎層面，香港特別行政區的雙向流通能力源於其憲法地位與普通法制度。根據《中華人民共和國憲法》第 31 條與《香港特別行政區基本法》，香港作為特別行政區，實行高度自治並保持原有的資本主義制度和生活方式。[24] 憲法與基本法共同確立的制度身份，使香港在國際法律市場上能夠作為“國家代表”保有與國際法律體系深度兼容的運作能力。香港特別行政區的雙重制度屬性是香港普通法優勢能夠同時獲得中央與國際社會信任的制度前提，一方面香港特別行政區作為中華人民共和國的一個地方行政區域，必須服從憲法和中央的全面管治權；另一方面香港的普通法制度在涉外法治建設中具備實現雙向規則流通的關鍵法治資源，並擁有深厚的國際信用。香港特別行政區是享有獨立法律體系的普通法轄區，不僅能引入規則，還能在規則流通中與國際市場保持高效銜接，可以在對外法律交流中獨立參與規則制定。[25] 作為普通法轄區，香港的普通法制度與全球法律市場保持同頻，為國際當事方選擇香港作為法律適用地和爭端解決地提供了天然便利，香港在國際法律網絡中與其他英美法系地區也保持了制度互認。例如，《承認及執行外國仲裁裁決公約》下的仲裁裁決在香港與全球多數法域之間可以相互承認與執行，香港與新加坡、倫敦等國際仲裁中心之間形成了功能互補。在香港普通法下，香港仲裁以國際仲裁為主，為香港在內地與國際的接軌與聯通中扮演好樞紐角色提供了實踐基礎。

在雙向規則流通的運行機制層面，香港的普通法優勢除了早期的信息傳遞功能，還依託“一國兩制”下的獨特身份與普通法嵌入性特徵，形成了多層次法律與制度交互體系。首先，香港“中英雙語 + 雙重法治邏輯”的法律制度翻譯能力是規則流通的基礎環節。在涉外法治實踐中，不同法系的規則表述與制度邏輯存在顯著差異，香港律師、法官及仲裁員能夠將內地的法律規則用普通法

[24] 《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第5條規定香港特別行政區實行的制度，第8條確認香港繼續實行原有法律制度（包括普通法、大不列顛法律原則和衡平法原則），第19條確立香港獨立的司法權和終審權，第151條允許香港以“中國香港”的名義參與一定範圍的對外法律和經貿活動。

[25] 參見朱孔武：《論香港國際金融中心地位的憲制韌性》，載《港澳研究》2025年第2期，第6-15頁。

術語和判例邏輯進行解釋，降低國際當事方的理解成本；反之，在引進國際規則時，能夠將其轉化為契合內地法制要求的法律適用路徑。其次，國際規則引入內地或內地規則走向國際市場時，需要在程序制度上進行適配。香港的普通法制度可作為中間程序平台，在保持國際認可的程序標準的同時，嵌入國家安全、公共利益等必要考量，從而形成兼具國際可接受性與國家制度要求的共識性規則。[26] 再次，香港“雙適用”能力在爭議解決機制中的節點作用明顯。香港具有利於獨立商事調解制度發展的商人自治傳統和較為完備的商事法律制度優勢，也能在必要時參照內地法律，不僅能為內地企業走出去提供低摩擦的法律保障，也為外國企業進入中國市場提供法律信任。[27] 例如香港仲裁裁決在《承認及執行外國仲裁裁決公約》框架下可在 160 多個司法轄區執行，同時與內地建立了仲裁和判決互認安排，能夠實現境內外雙向執行通道。最後，雙向規則流通依賴於具備雙法系知識背景的法律人才和跨境法律服務網絡。香港的法律教育體系、執業資格制度以及與國際法律機構的合作，為規則流通提供了專業資源保障。同時，香港的律所、仲裁中心、行業協會等機構構成了跨境法律服務的高密度網絡，使制度對接具備現實可操作性。

（四）助力國家參與國際規則制定

香港作為普通法轄區，其在跨境爭議解決和全球治理參與中的制度優勢，既是其國際法律服務中心地位的核心體現，也是在國家對外開放中更好發揮作用的重要支點。[28] 在“一國兩制”框架下，香港能夠同時嵌入國際商事規則體系與國家法治戰略，為跨境投資、貿易往來、知識產權保護、海事事務等領域提供高效、權威的制度保障，實現跨境爭議解決功能。憑藉與英美法系深度契合的法律制度、成熟的仲裁與調解機制以及在國際法律職業網絡中的緊密關聯，香港不僅僅是為經濟與商事活動提供司法與仲裁支援的涉外爭議終點站，更作為參與全球治理的前哨，成為推動國家在全球治理體系中獲得制度話語權的重要渠道，在國際規則制定中發揮作用。[29]

香港在跨境爭議解決中的多法系適應力，實質上是香港作為“一國兩制”下保留普通法制度的特別行政區，憑藉其天然具備應對不同法系制度邏輯的深度理解與操作能力的制度適應力，在具體案件中處理法律衝突與制度差異的綜合能力。一方面，普通法的判例法體系與英美法系高度契合，使香港在處理涉及英美及其他普通法轄區當事方的爭議時能夠實現程序與實質規則的無縫對接；另一方面，香港與內地在民商事判決互認與仲裁裁決執行方面已有相關具體制度，能夠在保留國際仲裁通行規則的同時，引入內地法律在特定案件中的適用與考量，實現普通法與大陸法在個案層面的協調。香港多法系適應力不僅表現在法律文本上相容國際商事規則，在程序設計、證據標準、判例運用和當事人自治空間等方面形成了可調適的操作框架，還體現在其能夠將內地法律的立法意圖與制度價值，通過普通法話語體系準確傳達給國際當事方和仲裁庭，從而降低跨法系溝通成本。憑藉多法系適應力，香港能夠持續在國際商事仲裁、投資爭端解決、海事與知識產權案件等傳統領域保持優勢，還可以作為面向“一帶一路”沿線國家和新興經濟體的法律服務中心，推動多邊爭議解決規則的共建。

香港作為普通法轄區和獨立關稅區，亦在眾多國際組織中發揮著橋樑和樞紐作用，能夠在國家安全與開放合作的雙重框架下，實現對國家涉外法治體系的持續貢獻。香港法律界在仲裁、海事、

[26] 參見楊愛平：《港澳融入國家發展大局的三重邏輯》，載《港澳研究》2022年第3期，第3-16頁。

[27] 參見林健：《粵港澳大灣區商事調解制度的規範邏輯》，載《國際法研究》2025年第3期，第149-168頁。

[28] 參見黃惠康，董華亮：《一體推進涉外法治體系和能力建設的實踐路徑》，載《法治現代化研究》2024年第6期，第1-17頁。

[29] 參見黃惠康：《香港特別行政區在中國涉外法治建設中的獨特地位和重要作用——紀念香港回歸祖國暨〈香港特別行政區基本法〉實施25周年》，載《國際法研究》2022年第4期，第3-17頁。

知識產權、金融等專業領域長期活躍於國際組織、行業協會和跨國仲裁機構中，具備參與規則起草、修訂和解釋的渠道與資源。截至 2025 年 3 月 31 日，適用於香港的多邊公約有 264 項，簽訂並已生效的包括航空運輸、投資、刑事司法協助、移交逃犯、自由貿易、環保合作、勞務合作等領域主要雙邊協定 233 項。[30] 香港特別行政區依據《香港基本法》以“中國香港”的名義參與世界貿易組織（WTO）、亞太經濟合作組織（APEC）、亞洲開發銀行（ADB）、國際貨幣基金組織（IMF）等多邊平台，在貿易、投資、金融和區域發展等領域藉助普通法跨境案件實踐，將中國經驗轉化並成為國際規則，提升國家在全球治理中的話語權；同時，通過國際海事組織（IMO）、國際仲裁與調解機構等專業平台，香港可以通過仲裁與司法判例，將實踐中積累的制度創新反饋到國際規則談判中，推動國際規則的制定與協調，實現制度話語權的延伸。

（五）以實踐為導向的涉外法治專業人才培養

香港在涉外法治建設中的核心優勢之一是其高度國際化的法律人才隊伍與完備的法律資源網絡。作為普通法轄區，香港擁有成熟的法律教育體系和職業資格認證體系，為培養通曉中國法與國際法的複合型涉外法律人才提供了制度土壤。通過在跨境商事仲裁、投資爭端解決、海事、知識產權、金融合規等領域培養既熟悉中國內地法律制度、又精通國際規則和多法系操作的複合型法律人才，能夠為國家涉外法治建設提供持續的人才保障。[31] 同時，香港匯聚了豐富的法律資源，包括國際仲裁與調解機構、專業律師事務所、法律研究機構、行業協會以及全球專業網絡，能夠實現法律專業人才以所長服務國家所需。利用普通法的平台優勢，香港不僅能夠為國際投資者和國內企業提供高品質的法律服務，還能夠通過學術交流、聯合培訓、國際實習等方式，將法律人才和資源向“一帶一路”沿線國家、新興經濟體輸出，形成服務國家戰略的法律資源集成平台，實現法律知識、規則標準和實務經驗的集成共享。法律資源的集成不僅提高了案件處理和爭議解決的效率，也使香港在全球治理和國際法律事務中具備參與規則制定能力，為國家涉外法治建設提供戰略性、系統性的支撐。

在法律專業人才實踐平台建設方面，截至 2024 年底，香港擁有約 923 家規模靈活、服務多樣的本地律師事務所和 85 家外地律師事務所（46% 為獨資企業，42% 為擁有 2 至 5 名合夥人的小型事務所，67% 為根據《法律執業者條例》（Legal Practitioners Ordinance）成立的有限責任合夥制事務所）。[32] 在實踐中，香港律師和法官通過參與內地司法協作項目、加入國家級法律諮詢機構以及在“一帶一路”司法合作中承擔橋樑角色等方式，將香港的法學思想和實踐經驗轉化為對國家涉外法治建設的推動力量。[33] 為拓展國際業務，香港本地律所積極與內地及海外律所結成聯營關係，使香港成為聯繫國際和內地客戶的橋樑，提供公司法、金融法、知識產權等領域的綜合法律服務。在香港律師協會的支援下，香港法學會也正在推動普通法中心的建設，以推廣普通法體系，並與其他組織以及其他非普通法法域就普通法培訓展開合作。香港國際法律人才培訓學院（HKILTTA）於 2024 年 11 月在香港法律週期間成立，充分利用香港中英雙語普通法制度和國際化格局，定期舉辦法律實務課程、國際研討會和交流活動，促進“一帶一路”沿線國家和地區法律人才的交流與培訓。[34]

[30] 參見香港特別行政區政府律政司網站：《多邊協定》，https://www.doj.gov.hk/tc/external/treaties.html，2026年3月1日訪問;《其他協定》，https://www.doj.gov.hk/tc/external/international_agreements.html，2026年3月1日訪問。

[31] 張旭：《西部地區涉外法治實踐育人研究》，載《大學教育》2025年第14期，第129-132頁。

[32] The Law Society of Hong Kong, *Annual Report 2024*, p. 114, see at https://www.hklawsoc.org.hk/-/media/HKLS/pub_e/about/report/AR_2024/Annual-Report-2024.pdf?rev=988940d2e03b446dbc320a0c3c03bd80.

[33] 梁美芬：《運用香港普通法優勢 貢獻國家法治建設》，香港經濟民生聯盟評論文章，2024 年10月2日。

[34] 張維：《發揮獨特優勢服務國家涉外法治建設》，載《法治日報》2025年2月28日，第1版。

四、香港普通法優勢服務國家涉外法治建設的實現路徑

（一）加強法律規則銜接

隨著我國對外開放的不斷擴大，涉外法律事務日益複雜，涉及跨境貿易、投資、金融、知識產權等多個領域。如果法律規則缺乏銜接和協調，容易出現規則衝突或適用不一致的問題，導致司法實踐缺乏確定性，影響海外投資者可以通過香港爭議解決機制投資內地的信心。加強法律規則銜接與規則制定，是實現國內法治與國際規則協調統一、降低涉外法律風險、提升國際競爭力和話語權的必要手段。

第一，完善涉外商事法律體系與司法解釋是推動香港普通法優勢服務國家涉外法治建設的基礎環節。香港普通法在商事法律實踐中積累了豐富的判例經驗和靈活適用規則，其合同自由原則、誠信交易理念及風險分擔模式在國際商務活動中具有較高的參考價值。通過借鑒香港普通法的制度設計，結合內地大陸法的規範性體系，可以進一步完善我國涉外合同、公司、金融及證券等商事法律制度，並在司法解釋層面明確適用標準，使涉外商事案件在法律適用上既符合國際慣例，又兼顧國內法治秩序的統一性。同時，應加強針對跨境投資、國際貿易、金融衍生品交易等領域的制度創新，制定兼顧兩大不同法系的規則，為境內外市場主體提供可靠的法律預期，從而提升我國涉外法治環境的國際吸引力和競爭力。

第二，建立內地與香港法律規則銜接的常態化機制，是實現機制對接的關鍵保障。隨著我國對外開放水平的不斷提升，涉外法律事務日益複雜多樣，單靠單一法律體系難以完全覆蓋跨境商事活動的需求。因此，需要通過制度化的協調平台和定期溝通機制，實現內地與香港法律規則的互通、互鑒與銜接。[35] 例如，可在全國人大及司法部門設立專項協作機制，推動對重要涉外商事法律制度進行聯合研究，形成內地適用普通法理念的指導意見，或者針對具體行業制定統一規則。通過強化規則銜接、機制對接，為開放發展營造有利的法治化、市場化、國際化環境，能夠推動內地與香港在爭議解決、司法互助、法律服務標準方面的制度相容，提高涉外案件處理的效率和一致性，還能夠在實務操作中減少法律衝突，降低企業的法律成本，為我國涉外法治建設提供堅實的制度支撐。[36]

第三，推動普通法制度在國際規則制定中與內地制度協同，是提升我國國際話語權的重要途徑。香港普通法因其靈活性和國際化特點，在國際商事、金融監管、跨境爭端解決等領域具有顯著影響力。我國在參與國際條約談判、跨境合作及多邊規則制定時，應該將普通法的先進理念與內地制度相結合，形成具有中國特色的國際規則表達。通過建立國家層面協調機制，統籌香港普通法制度優勢與國家涉外法治戰略需求，有助於提升我國在全球治理中的制度貢獻，也能夠增強我國在國際商事仲裁、投資爭端解決、金融監管協調等方面的話語權和影響力。與此同時，協同推進普通法與大陸法制度的對接，也能夠為國內法治改革提供經驗借鑒，使我國在國際規則制定和國內制度完善之間形成良性互動，實現涉外法治體系的整體優化與國際化發展。

第四，加強粵港澳司法及法律交流與合作。深植於法治土壤的法治文化和人才供給，培養了一大批熟諳國際法律理論與實務的人才是香港成為國際法律及爭議解決服務中心的優勢。[37] 要充分發揮香港律政司作用，使香港成為國際投資法及國際投資爭端調解技巧培訓基地，通過爭端調解員培

[35] 參見屠凱：《粵港澳大灣區規則銜接再思考》，載《中國社會科學報》2025年6月17日，第4版。

[36] 參見丁晉清：《強化粵港澳大灣區規則銜接機制對接》，載《經濟日報》2025年1月12日，第6版。

[37] 張維：《鞏固提升香港國際仲裁中心優勢明顯》，載《法治日報》2024年5月8日，第3版。

訓課程為亞洲區建構處理國際投資爭端的調解員團隊，通過粵港澳合作專班以及粵港澳法律部門聯席會議等機制，穩步推進三地在法律服務和人才培養方面的合作。例如探索建立統一域外法查明平台，在平台內覆蓋法律資料庫、域外法查明專家庫、域外法適用案例庫資源，為案件審理提供可學習、可借鑒的域外法資源。[38]

（二）普通法優勢服務於全球商事爭議解決

在粵港澳大灣區、長三角等區域經濟融合背景下，企業跨境經營和資本流動日益頻繁。普通法的制度優勢因此不僅解決法律爭議，也成為經濟發展的制度支撐，通過靈活的調解、仲裁和清盤程序，為企業在爭議發生前後提供高效解決路徑。面對全球商事活動的跨境性、複雜性和多樣性，涉及不同國家和地區的法律制度、商業習慣和文化背景，普通法制度還為內地涉外法律制度完善和國際化提供示範作用，使我國在國際商事規則制定中既能遵循國際慣例，也能發揮制度創新能力。

第一，推動大灣區融合發展是普通法優勢服務於商事爭議解決的重要實踐路徑。為了因應全球經濟區域一體化發展趨勢和國內統一大市場的構建，香港需加強粵港澳司法及法律交流與合作，進一步加強粵港澳大灣區規則銜接與機制對接。提高粵港澳大灣區市場一體化水準，促進要素高效便捷流動，以機制對接加快普通法制度融入國家發展大局。在大灣區一體化建設中，企業跨境投資與合作頻繁，商事糾紛可能涉及多地法律和司法管轄。如果企業在面臨潛在清盤或爭議時，如果能夠通過香港普通法體系提供的調解機制尋求妥善解決方案，或者在必須清盤的情況下優先在香港進行處理，不僅符合普通法靈活、高效的原則，也能夠將資產、人才和資源留在本地，促進區域經濟資源的優化配置和協同發展。[39] 通過以規則銜接為重點，出台涉港澳商事糾紛司法規則銜接指引，加強粵港澳三地調解、仲裁等與訴訟的有效銜接，統一跨境糾紛管轄、訴訟主體認定等適用標準，推動“港資港法港仲裁”“澳資澳法澳仲裁”落地，從而構建更開放、更趨同的司法規則體系。[40]

第二，在保障國家安全的前提下，保持香港普通法制度的國際信譽和開放度，也是提升全球商事爭議解決能力的重要支撐。香港作為國際金融和商事中心，其普通法制度的透明性、公正性和國際認可度是吸引境外投資、跨境交易和仲裁合作的重要因素。普通法優勢服務於全球商事爭議解決，需要良好的外部環境配合，穩定、可預期的營商發展環境會進一步增強香港普通法優勢。在國家安全得到有效維護的同時，通過持續完善司法程序、強化仲裁及調解機制、提升判例公開和司法獨立性，能夠增強境內外企業對香港法律環境的信任。普通法體系的優勢能夠為企業提供穩定、高效的爭議解決機制，服務境內企業在國際市場中的運營和投資，也為國際企業在中國市場提供可靠法律保障，使我國涉外法治建設在全球商事治理中發揮更大影響力。通過拓展暢通便捷香港國際聯繫，保障商業諮詢、市場調查等活動的正常開展和信息的自由流通，為香港營造更穩定、更可預期的營商和發展環境。

第三，構建多元化商事爭議解決生態，是發揮香港普通法優勢服務於全球商事爭議解決的重要路徑。在全球商事活動日益複雜和跨境化的背景下，單一的爭議解決機制已難以滿足企業和投資者的多樣化需求，應建立以訴訟、仲裁、調解及專家諮詢為核心的多層次爭議解決體系，使不同類型、不同複雜程度的商事糾紛均能得到適宜的處理渠道。《粵港澳大灣區發展規劃綱要》提出要推

[38] 參見《為高品質共建“一帶一路”提供有力司法服務和保障——最高人民法院民四庭負責人就發佈第四批涉“一帶一路”建設典型案例相關問題答記者問》，載《人民法院報》2023年9月28日，第4版。

[39] 中國評論通訊社：《兩會專訪：梁美芬論法治優勢下香港新機遇》，載中國評論新聞網2025年3月9日，https://gb.crntt.com/doc/1070/4/1/3/107041356.html?coluid=27&kindid=0&docid=107041356&mdate=0310102548。

[40] 參見張海波：《立足“一點兩地”全新定位　奮力推進粵港澳大灣區法治融合發展》，載《民主與法制周刊》2024年第33期，第46-51頁。

動建立多元化糾紛解決機制，並支持通過非訴訟爭議解決方式，包括仲裁、調解、協商，處理如知識產權等方面的糾紛。香港應以開放、包容的理念，將香港打造為可提供多種選擇，訴訟、仲裁、調解順暢銜接、相互配合的爭端解決平台。[41] 同時要注重獨立但又方便企業使用的“一站式”法律服務平台建設，要充分發揮“一邦國際網上仲裁調解中心”（eBRAM）在亞太經合組織網上爭議解決合作框架下的網上爭議解決服務功能，推進國家調解院總部落戶，通過拓展內地對香港法律服務業開放措施的深度和廣度，全方位支援與香港建設亞太區國際法律及爭議解決服務中心。通過觀察和分析香港普通法多元化爭議解決機制的運行規律，內地可結合自身法律體系特點，探索多元化爭議解決渠道的本土化路徑，推動跨境商事爭議處理的制度創新。例如依託制度化的調解機制，企業在爭議早期可通過非訴訟途徑尋求和解，從而節約時間、降低成本並保持商業關係的穩定。同時，針對跨境投資和大型國際貿易糾紛，可以將調解、仲裁、訴訟及專家諮詢等多種機制有機整合，提供高效、專業和國際認可的解決方式，使境內外企業能夠在統一、公正的框架下解決複雜爭議。

（三）普通法優勢服務於全球治理

香港普通法優勢能夠靈活適應國際法治發展，強化我國在全球治理中的法律話語權，推動我國涉外法治建設在國際法治體系中佔據主動地位。通過普通法制度在國際規則制定中的實踐，能夠為國內法治改革提供經驗借鑒，在參與國際條約履行、多邊規則制定以及跨境合作中提高制度適應性和協調能力，為涉外法治建設提供長期支撐，實現國內法與國際規則的良性互動。

第一，通過中央政府的支援和制度化安排，香港可以成為國家法律界的前沿陣地，提前介入新興國際規則的制定過程。香港是全球最開放的經濟體之一，參與了 260 多個國際協定和 30 多個政府間國際組織，地位獨特，優勢突出。[42] 保持普通法傳統的香港法治名片，有助於維繫香港國際化角色的功能，同時能夠增強國際社會選擇用香港法律規範合約方的權利義務，以及用香港的多元爭議解決機制的意願。普通法制度在國際商事和金融規則、跨境爭端處理等領域具有高度專業性和國際認可度，香港法律界的參與能夠確保中國立場和制度元素在規則形成初期就得到體現。香港需要充分把握東盟和中東市場的增長潛力和廣闊機遇，在東盟、中東等地區的共建“一帶一路”國家開設更多經貿辦事處及顧問辦事處，盡早加入《區域全面經濟夥伴關係協定》（RCEP），吸引更多發展中國家和新興經濟體運用香港民商事規則。[43]

第二，推動普通法理念與內地制度在全球治理中的協同應用，是實現制度互補與優化的重要途徑。香港與發達國家法治體系和市場體系連接緊密的普通法制度，以及香港法律界的珍貴國際經驗與兩大法系合作專長，令香港享有獨特優勢，可以扮演聯通世界與祖國的橋樑角色。香港普通法想要真正發揮自身所長，貢獻國家所需，需要站在國家全面依法治國的大局觀上，才能與內地優勢互補，協同發展。[44] 例如，在國際金融監管、國際投資爭端解決、跨境知識產權保護等方面，可利用香港普通法在判例積累、程序公正及風險分配機制上的優勢，與內地法律制度相結合，實現規則制定、政策協調和風險防控的整體優化，提升我國在全球治理中的制度貢獻，增強我國在國際組織和

[41] 參見孔慶江：《香港建設亞太區國際法律及爭議解決服務中心的實現路徑》，載《人民論壇・學術前沿》2022年第23期，第82-94頁。

[42] 參見夏寶龍：《築牢國家安全防線　全力護航“一國兩制”行穩致遠——在香港特別行政區“全民國家安全教育日2023”開幕典禮上的致辭》，載中央人民政府駐香港特別行政區聯絡辦公室網站2023年4月15日，http://www.locpg.gov.cn/jsdt/2023-04/15/c_1212094980.htm。

[43] 參見遲福林：《共促RCEP從全球“最大”走向水準“更高”》，載《環球時報》2025年6月11日，https://opinion.huanqiu.com/article/4N2g7ZQQpR1。

[44] 參見劉洋：《助力國家涉外法治工作 提升香港法治樞紐地位》，載《大公報》2021年12月1日，第A12版。

多邊機制中的影響力。

第三，將香港建設成為國際仲裁中心以及亞太地區國際法律與爭議解決服務中心。當下跨國貿易和商業的發展比以往更加複雜，而基於複雜的商業環境及不斷增加的工商業貿易，發生糾紛的機會也會不斷增加，法律事務的需求旺盛。香港建設亞太區國際法律及爭議解決服務中心具有“一國兩制”的制度保障和百年涉外法律事務經驗的兩大優勢。由於香港的特殊地位，在共建“一帶一路”倡議中，能夠在涉外國際商事中扮演法律服務及爭議解決中心的重要角色，但面對日益激烈的競爭，香港要進一步鞏固基礎，發揮優勢，包括強化現有國際團隊和建立第二、第三梯隊接班人才，與中國內地同業加強協作，拓展國外法律及仲裁朋友圈，扮演好超級“代理人”的角色。[45]

第四，提升香港法律人士服務國家涉外法治建設的實際效能。在全球治理和國際法治發展進程中，香港法律人才在國際規則制定中能夠發揮傳遞中國聲音的橋樑作用，可以充分利用香港普通法的優勢，助力國家在國際規則博弈中兼顧不同法系訴求、提升話語權。例如建立常態化溝通或吸納香港法律人士進入條法司等機制，應鼓勵香港法律界積極參與國際法治事務，包括多邊條約談判、國際仲裁機構活動以及跨境規則研討，香港法律界可以將普通法觀點的意見及時反饋給中央政府，當國家參與國際公約磋商時，就擁有了成文法與普通法雙重意見的優勢；也可以在中央政府支援下，助力更多香港人才被任命為國際組織要員，參與國際規則制定。此外，可定期組織香港法律人才與內地相關部門工作人員開展專題研討、業務交流，促進雙方法系認知融合，提升建言的針對性與實操性，推動香港法律人才優勢與國家涉外法治建設需求深度對接。

（四）普通法優勢服務於涉外法治人才培養

涉外法治人才是國家參與全球治理、提升國際法治話語權和規則影響力的核心資源。在全球化和國際法治日益複雜的背景下，培養具備國際視野、熟悉普通法體系並能與內地法律制度有效對接的涉外法治人才，不僅能在國際仲裁、跨境投資爭端和國際條約履行中發揮作用，也能為國內法律制度創新和涉外法律政策制定提供智力支援，是發揮香港普通法優勢服務國家涉外法治建設的重要路徑。當法律專業人才在普通法和大陸法兩大法系均打下扎實基礎，取得內地和香港的雙重執業資格，能夠有效提高靈活應對跨區域法律事務能力。[46] 同時，香港普通法優勢不僅體現在法學教育體系和法律制度的國際化水準上，更體現在其作為全球法律服務樞紐所能提供的廣闊實踐舞台。涉外法治人才的成長不能僅停留在課堂和理論，而是需要通過直接參與跨境爭議解決、國際仲裁、跨國投資項目等實踐活動，來鍛煉多法系適應力與規則轉換能力。一方面，香港聚集了大量國際仲裁與調解機構，如香港國際仲裁中心（HKIAC）、國際商會國際仲裁院（ICC）香港代表處、國際調解院（IMI）等，可以為內地和香港法律人才提供實習機會。通過在仲裁庭、調解中心或跨境法律項目中擔任助理、秘書或研究員，青年法律人能夠直接接觸複雜的國際商事案件，熟悉普通法與大陸法、國際商事規則之間的銜接方式，從而提升跨境案件處理能力。[47] 另一方面，香港的普通法體系使其能夠與國際商事仲裁規則、跨境併購與投融資法律框架實現無縫對接。在“一帶一路”合作、跨境基礎設施項目、綠色金融等新興領域，香港可以搭建實訓與研究結合的平台，讓人才在模擬項目和真實項目中同時鍛煉解決實際問題的能力。

[45] 參見鄺志強：《香港何以建設亞太區國際法律及爭議解決服務中心？》，載微信公眾號“中國新聞社”，2024年11月29日。

[46] DING Chunyan, *Training of Dual-Jurisdictional Legal Talent*, Trends In Legal Education, Sep. 2022, see at https://www.hk-lawyer.org/content/training-dual-jurisdictional-legal-talent.

[47] 參見最高人民法院：《人民法院服務和保障粵港澳大灣區建設情況報告（2019-2022）》，載中華人民共和國最高人民法院網站2022年6月23日，https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/363221.html.

五、結語

香港普通法的獨特優勢不僅是香港社會長期繁榮穩定的重要支撐，也是國家在涉外法治建設中一項不可多得的制度財富。在全球治理體系深刻變革、國際法律競爭日益激烈的背景下，充分發揮香港普通法的制度活力，並將其有效融入國家涉外法治建設，既有助於增強我國法律制度的國際適應性與競爭力，也有助於提升我國在國際規則制定與話語體系中的主動權。未來，應當堅持“一國兩制”的制度優勢，推動內地與香港在涉外法治領域的深度合作，形成制度互補、規則銜接與人才互動的多元格局。香港普通法優勢服務國家涉外法治的融合實踐，不僅能夠有效服務“一帶一路”等重大國家戰略，還將為我國在全球治理和國際法治體系中提供更為堅實的制度支撐與中國方案。

Abstract: The common law system in Hong Kong, characterized by case law, procedural justice, and contractual autonomy, is highly aligned with international commercial rules and arbitration practices, and has long sustained the city's role as a global legal services hub. With Hong Kong's strategic repositioning from "relying on the Motherland and facing the world" to "relying on the Motherland and connecting with the world," its common law advantages have gradually evolved from serving merely as an international commercial platform to becoming a vital pillar of China's foreign-related rule of law. The system operates through the dual embedding of security orientation and openness, serving both national sovereignty and security while, at the same time, relying on two-way rule circulation and the multi-jurisdictional adaptability of cross-border dispute resolution to promote interaction between Mainland law and international legal norms. By strengthening the coordination and rule-making between Mainland and Hong Kong legal systems, enhancing the efficiency and diversification of global commercial dispute resolution, expanding institutional participation in global governance and the development of international rule of law, and leveraging the common law system to reinforce the cultivation of foreign-related legal talents, Hong Kong is able to form a dual engine of institutional capacity and talent resources, thereby supporting the advancement of China's foreign-related rule of law.

Key words: Hong Kong Common Law; "One Country, Two Systems"; Foreign-Related Rule of Law; National Security

（責任編輯：勾健穎）

全國人大常委會特區租管地決定的憲法基礎

肖峻峰*

摘　要　在特區租管地決定中，全國人大常委會授權特區取得內地特定區域的土地使用權與管轄權，屬於人民代表大會制度與特別行政區制度的創新實踐。“管轄屬性”和“租賃屬性”不足以概括其複合法律效果，特區租管地決定在授予特區管轄權的同時，改變了原本在特區租管地實施的法律的適用條件和特區本地法律效力的空間範圍，也使港澳基本法的屬事效力發生了變動，還就國有土地租賃事宜創設了個別規範。在複合法律效果的背後，全國人大常委會的法律制定權、法律修改權以及全國人大通過港澳基本法授予的專門職權為其提供支撐，這種複合型決定為反思我國憲法實施制度提供了嶄新的實踐素材。

關鍵詞　特區租管地決定　全國人大常委會　職權複合性　“一國兩制”方針

一、問題的提出

2023 年 12 月 29 日，全國人大常委會做出《關於授權澳門特別行政區對廣東省珠海市拱北口岸東南側相關陸地和海域實施管轄的決定》（以下簡稱“拱北口岸決定”），批准特區政府以租賃方式取得內地國有土地和海域使用權，同時授權其按照特區法律實施管轄。有學者將特區政府這類集合租賃與管轄屬性的用地稱為“特區租管地”，[1] 全國人大常委會的相關決定可被稱作“特區租管地決定”。

特區租管地決定的歷次實踐在拓展特區發展空間上初顯成效，但未明確自身憲法根據，決定的憲法基礎引發關注。[2] 通過特區租管地決定，全國人大常委會確立了國有土地使用權取得的特殊模式，改變了全國性法律在租管地內的適用條件和特區本地法律的效力範圍，還附條件地向特區授予管轄權，塑造出有別於內地其他地方的獨特區域。

*　肖峻峰，中國人民大學法學院博士研究生。
本文係全國人大常委會香港基本法委員會、澳門基本法委員會2025年度基本法研究項目“香港特別行政區立法保障加快北部都會區、河套地區建設問題研究”（JBF202520）階段性成果。

[1]　參見董暐：《“特區租管地”：一種區域合作法律制度創新模式》，載《中國法學》2015年第1期，第152頁。

[2]　“全國人大常委會授權澳門管轄橫琴島澳大校區”被選作2009年度中國十大憲法事例。《2009年度中國十大憲法事例評選揭曉》，載明德公法網2009年12月26日，http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=5146。

這種複合法律效果背後涉及精細的憲制運作，難以找到直接的規範根據和對應的實踐模式。就法律適用條件的改變而言，《中華人民共和國立法法》（以下簡稱《立法法》）第 16 條的授權事項與之相近，但特區租管地決定停止適用的法律範圍寬泛，不限於特定法律的特定條款。就管轄權的改變而言，內地各地方管轄權的移轉通過行政區劃調整實現，但特區租管地決定不涉及行政區域界線的調整。就實踐效果而言，內地支持各地打破行政區劃界限發展“飛地經濟”，但全國人大常委會嚴格限定特區租管地用途，不包括合作園區的開發建設。[3]

各項法律效果的規範根據尚不明晰，全國人大常委會又將這些法律效果融合為一份決定。為此，有必要細緻分析特區租管地決定究竟引起哪些法律效果，全國人大常委會在《中華人民共和國憲法》（以下簡稱《憲法》）框架下的職權根據何在，歷次決定的做出是否超出《憲法》框架，特區租管地模式今後的發展又需要受到怎樣的約束。

回顧已有研究，一種思路著眼於對法律適用條件的改變，將特區租管地決定視作“立法性決定”或“抽象法命題決定”，這種理論概括忽視了決定中關於授予特區管轄權和移轉國有土地使用權的內容，無法展現特區租管地決定法律效果的全貌。[4] 另一種思路將特區租管地決定作為一類特殊的全國人大常委會授權決定展開分析，同樣無法全面涵蓋特區租管地決定的法律效果，忽略了對法律適用條件改變和國有土地租賃事宜的分析。[5] 由於難以為特區租管地決定找到直接根據，還有觀點主張為了補強特區租管地決定的合憲性，全國人大常委會做出決定前需得到全國人大的專門授權。[6] 鑒於全國人大常委會兜底職權的模糊性，在訴諸全國人大做出專門授權之前，還有必要審視《憲法》第 67 條中的列舉職權是否足以作為根據。

在此背景下，本文將在回顧歷次特區租管地設立實踐的同時剖析其憲制定位，並根據對決定合憲性的分析為今後完善特區租管地模式提供建議，以求豐富對全國人大常委會決定權的理論儲備，深化對“一國兩制”方針實踐模式的認識。

二、特區租管地決定的實踐運作模式

在實踐中，特區租管地最初由國務院批復設立，最終實現由全國人大常委會決定設立的轉變。歷次特區租管地決定的內容也經歷變遷，體現在全國人大常委會對國務院授權範圍的縮小，直到《關於授權澳門特別行政區對設在橫琴島的澳門大學新校區實施管轄的決定》（以下簡稱“澳門大學決定”）之後，才形成了相對穩定的運作模式。

在設立特區租管地的前期探索中，全國人大常委會尚未就此做出決定，國務院的有關批復和其他規範性文件發揮著授權根據的作用。為興建澳門特區新邊檢大樓及配套設施，國務院在 2001 年做出《關於廣東省珠海市和澳門特別行政區交界有關地段管轄問題的批復》（以下簡稱“關閘大樓

[3] 參見《國家發展改革委員會等八部門聯合印發關於支持“飛地經濟”發展的指導意見》，載中華人民共和國發展和改革委員會網站2017年6月6日，https://www.ndrc.gov.cn/fzggw/jgsj/dqs/sjdt/201706/t20170606_1050612.html。

[4] 參見江輝：《有關法律問題的決定與法律的區別》，載《人大研究》2012年第1期，第33頁。陳鵬：《全國人大常委會“抽象法命題決定”的性質與適用》，載《現代法學》2016年第1期，第66頁。

[5] 參見萬千慧：《全國人大常委會授權決定的合憲性控制》，載《河北法學》2019年第8期，第144頁；常澍：《關於橫琴澳大校區相關法律事務的初步研究》，載《“一國兩制”研究》總第2期，第32頁；張麗英：《澳門大學橫琴校區租賃的特殊法律性質——兼論法律適用的衝突》，載《澳門法學》2013年第7期，第22頁。

[6] 參見朱世海：《全國人大常委會授權澳門管轄橫琴島澳大校區的法理分析》，載《“一國兩制”研究》總第5期，第47頁；董皞：《“特區租管地”：一種區域合作法律制度創新模式》，載《中國法學》2015年第1期，第164頁。

批復”），將相應地段交由澳門特區管轄。[7] 此後，國務院辦公廳又通過《關於澳門租用珠海土地興建新邊檢樓有關問題的復函》，在授權珠海市政府與澳門特區政府簽署國有土地租賃合同的同時規定租期與續租條件，同時明確“關閘大樓批復”中所稱“管轄”包括行政管理權與司法權。[8]

此外，為建設珠澳跨境工業區，澳門特區政府在珠海市管轄海域填海造地，國務院 2003 年在《關於設立珠澳跨境工業區的批復》中規定，填海形成的澳門園區的土地所有權屬於國家所有，使用權歸屬澳門特區，由澳門特區進行司法和行政管轄。[9] 在國務院批復的授權下，澳門特區取得了位於內地的國有土地使用權，還被授權實施司法和行政管轄，這從法律效果上看可被視作設立特區租管地的實踐。

2006 年 10 月 31 日，全國人大常委會通過《關於授權香港特別行政區對深圳灣口岸港方口岸區實施管轄的決定》（以下簡稱“深圳灣口岸決定”）。這是特區租管地決定的初次實踐，體現出不同於此後歷次決定的特點。在“深圳灣口岸決定”中，全國人大常委會授權香港特區對位於內地的深圳灣口岸港方口岸區按照香港特區法律實施管轄，並授權國務院規定港方口岸區範圍以及土地使用期限。根據“深圳灣口岸決定”的授權，國務院在《關於授權香港特別行政區實施管轄的深圳灣口岸港方口岸區範圍和土地使用期限的批復》中將租期規定為 2047 年 6 月 30 日，與《中華人民共和國香港基本法》（以下簡稱《香港基本法》）第 5 條中“五十年不變”的規定具有內在聯係。相比之下，“深圳灣口岸決定”之後，國務院不再被授權規定國有土地使用權事宜，而是由全國人大常委會直接做出相應規定。

2009 年的“澳門大學決定”為此後歷次特區租管地決定確立起相對穩定的運作模式和內容框架，其中授權澳門特區按照澳門特區本地法律實施管轄，同時明確實施管轄的時空範圍，還對國有土地使用權取得方式和使用期限做出規定。相比起“深圳灣口岸決定”，國務院在“澳門大學決定”下不再有權規定管轄區域和國有土地使用權事宜。回顧起草過程，決定草案原本授權國務院規定澳門大學新校區範圍、土地使用權取得方式及使用期限，但考慮到“對橫琴島澳門大學新校區需要實行特殊的管轄”以及“澳門大學新校區占地規模比較大及其辦學的長期性”，全國人大法律委員會在審議過程中建議明確規定這些事項，決定最終文本採納了這些建議。[10]

全國人大常委會在 2019 年通過《關於授權澳門特別行政區對橫琴口岸澳方口岸區及相關延伸區實施管轄的決定》（以下簡稱“橫琴口岸決定”），沿用了“澳門大學決定”的內容框架。到“橫琴口岸決定”為止，此前歷次特區租管地決定只涉及陸地使用與管轄，2023 年通過的“拱北口岸決定”首次授權特區管轄內地海域。

經歷多年實踐，全國人大常委會決定已經取代國務院批復，成為設立特區租管地的授權根據，體現著特區租管地實踐法治化水平的提升。在運作實踐中，特區租管地決定法律效果的複合性得到體現，這種特質構成後續分析其憲制定位以及合憲性的基礎。

---

[7] 《國務院關於廣東省珠海市和澳門特別國務院關於廣東省珠海市和澳門特別行政區交界有關地段管轄問題的批復》，國函〔2001〕152號，2001年11月26日發佈。

[8] 《國務院辦公廳關於澳門租用珠海土地興建新邊檢樓有關問題的復函》，國辦函〔2001〕28號，2002年3月21日發佈。

[9] 《國務院關於設立珠澳跨境工業區的批復》，國函〔2003〕123號，2003年12月5日發佈。

[10] 《全國人民代表大會法律委員會關於〈國務院關於提請審議授權澳門特別行政區對橫琴島澳門大學新校區實施管轄的議案〉審議結果的報告》，2009年6月26日在第十一屆全國人民代表大會常務委員會第九次會議上。收錄於《全國人民代表大會常務委員會公報》2009年第五號，第507頁。

三、特區租管地決定的複合法律效果

特區租管地決定為特區實施管轄提供基本框架，特區租管地設立與運作的制度細節主要由特區立法和政府間協議明確。[11] 特區租管地決定在結構上包括三條，前兩條對特區管轄權做出規定，最後一條規定國有土地租賃事宜，學界一般以“管轄屬性”和“租賃屬性”總結特區租管地決定的法律性質。[12] 然而，這種概括不足以完整涵蓋特區租管地決定帶來的法律效果，下文將以“深圳灣口岸決定”為例做出更為精細的分析。

（一）“管轄”屬性的複合法律效果

根據《香港基本法》第 18 條的規定，香港特區法律包括《香港基本法》、香港原有法律、特區立法和被列於附件三的全國性法律。[13]“深圳灣口岸決定”中“依照香港特別行政區法律實施管轄”的規定，給不同類型的香港特區法律帶來了不同的法律效果。理論上看，法律效力範圍可以分為時間、空間、屬人和屬事四個維度，時空範圍與規範構成事實的時空背景有關，屬人範圍涉及規範調整行為的做出主體，屬事範圍由規範調整行為的內容屬性決定。[14]

首先，“深圳灣口岸決定”改變了香港原有法律和特區立法效力的空間範圍。回歸前香港原有法律的效力僅及於香港本地，《香港基本法》在保留原有法律內容的同時也保留了對效力範圍的限制，“深圳灣口岸決定”將香港原有法律的效力延伸至內地。一般而言，法律效力的空間範圍與制定主體有關。[15] 特區立法會屬於香港特區的立法機關，由其制定的本地法律的效力限於香港特區本地，“深圳灣口岸決定”將特區立法的效力延伸至特區之外。

其次，“深圳灣口岸決定”沒有改變《香港基本法》的空間效力和屬人效力，但《香港基本法》在特區租管地的屬事效力發生了變動。從制定主體和內容性質來看，《香港基本法》屬於全國性法律，效力及於特區內外的全國各地方，因此空間效力沒有發生變動。一方面，“香港特別行政區基本法既然是全國人民代表大會制定的基本法律，當然也是全國性法律。”[16] 另一方面，《香港基本法》“把‘一國兩制’的總方針和我國對香港的基本方針政策以法律形式規定下來”，[17] 內容上是對基本國策的確認而不是對香港特區本地事務的規定。就屬人效力而言，即使全國人大常委會

[11] 以“深圳灣口岸決定”為例，香港特區制定了《深圳灣口岸港方口岸區條例》，用以規定香港特區法律在深圳灣口岸港方口岸區的適用方式。此外，為了將已有的強制性質保險單的地域界限擴大至包括港方口岸區，《深圳灣口岸港方口岸區條例草案》委員會還專門做出《深圳灣口岸港方口岸區（“港方口岸區”）啟用後的保險安排》。關於國有土地使用權事宜，香港特區政府與深圳市政府之間簽署了《深圳灣口岸“一地兩檢”合作安排》，協定內容包括了國有土地租賃合同、深圳灣口岸重大事宜合作安排、深圳灣口岸運作實施方案，以及深圳灣公路大橋深圳段運作及保養維修安排合作協定。

[12] 參見董皞：《“特區租管地”：一種區域合作法律制度創新模式》，載《中國法學》2015年第1期，第152-154頁。

[13] 《深圳灣口岸港方口岸區條例》第2條規定，“香港法律（laws of Hong Kong）指當其時在香港施行的、在香港具有立法效力的、實施範圍擴及香港的或適用於香港的法律，包括《基本法》第十八條指明的所有香港法律來源”。

[14] 參見[奧]漢斯・凱爾森：《純粹法學說》（第二版），雷磊譯，法律出版社2021年版，第16、18頁。

[15] 參見張根大：《法律效力論》，法律出版社1999年版，第64-65頁。

[16] 王叔文主編：《香港特別行政區基本法導論》（修訂本），中共中央黨校出版社1997年版，第93頁。

[17] 王漢斌：《第七屆全國人民代表大會法律委員會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法（草案）〉審議結果的報告》，1990年4月2日第七屆全國人民代表大會第三次會議主席團第三次會議通過。收錄於香港特別行政區基本法起草委員會編：《關於中華人民共和國香港特別行政區基本法的重要文件》，第108頁。

沒有做出“深圳灣口岸決定”，各類主體在特區租管地上的行為也必須遵守《香港基本法》。[18]

不過，“深圳灣口岸決定”改變了《香港基本法》的屬事效力。根據《香港基本法》第 11 條的規定，《香港基本法》主要就香港特區的制度和政策做出規定，各類主體在內地的行為較少落入《香港基本法》效力的屬事範圍，《香港基本法》在內地多數時候處於被遵守的狀態。即使在內地發生違反《香港基本法》的行為，香港特區也無權實施管轄，而是由內地法院等國家機關負責適用。但在“深圳灣口岸決定”做出後，香港原有法律和特區立法構成各類主體在特區租管地上的行為根據，《香港基本法》首先作為香港本地法律的效力來源在特區租管地實施。另外，香港原有法律和特區立法體現著香港特區的制度和政策，各類主體在特區租管地上實施的行為也落入《香港基本法》效力的屬事範圍。此時，如果在特區租管地發生違反《香港基本法》的行為，特區經決定授權可以實施管轄。

最後，“依照香港特別行政區法律實施管轄”還意味著原本適用于特區租管地的法律、行政法規和地方性法規暫停實施，特區租管地僅可適用被列於《香港基本法》附件三的全國性法律。圍繞是否可在港方口岸區繼續適用此前實施的內地法律，“深圳灣口岸決定”起草過程中有的常委會委員提出，除了與口岸管理和旅客、交通工具、貨物出入境通關查驗有關的法律，其他內地全國性法律仍可在港方口岸區適用。最終，為避免兩地執法機關分別執行兩套法律產生管轄矛盾，從而更為有效地實施管理，決定並未給適用內地法律留下空間。[19] 自香港特區對港方口岸區實施管轄之日起，直至管轄授權到期為止，原本在港方口岸區實施的內地法律原則上不再適用。與此同時，被列於《香港基本法》附件三的全國性法律屬於決定中的“香港特區法律”，作為例外可以適用于特區租管地。

在特區租管地管轄問題上，全國人大常委會不僅在“深圳灣口岸決定”第 1 條中對特區做出授權，還通過第 2 條授權國務院規定管轄範圍。“深圳灣口岸決定”將香港特區管轄範圍規定為“深圳灣口岸港方口岸區”，這種表述無法在空間上確定管轄區域的大小和位置，因此在第 2 條授權國務院做出具體規定。但從“澳門大學決定”開始，全國人大常委會直接規定特區管轄區域範圍，將對國務院的授權範圍縮小至確定具體界址，也就是從技術層面給出決定中已確定區域的空間座標。

從法律屬性上看，管轄權的授予不同於行政區劃的變更。一方面，“深圳灣口岸決定”從形式上看無法被歸為行政區劃的變更。國務院在《行政區劃管理條例》中具體規定了行政區劃變更方式，《行政區劃管理條例實施辦法》第 2 條明確了行政區劃變更的類型，其中與特區租管地決定最相類似的是行政區域界線的變更，二者存在著不可混同的差異。[20] 根據《行政區劃管理條例實施辦

[18] 比如香港基本法第22條對中央各部門、各省、自治區、直轄市和中國其他地區的人明確施加了法律義務，又比如內地各省市司法部門根據香港基本法第95條與香港特區律政司達成各項《法律服務合作協定》。

[19] 參見喬曉陽：《全國人民代表大會法律委員會關於〈國務院關於提請審議授權香港特別行政區對深圳灣口岸港方口岸區實施管轄的議案〉審議結果的報告》，2006年10月27日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議上。收錄於《全國人民代表大會常務委員會公報》2006年第八號，第700-701頁。

[20] 《行政區劃管理條例實施辦法》第2條：“條例所稱行政區劃的變更，包括行政區劃的設立、撤銷，行政區劃隸屬關係的變更，行政區域界線的變更，人民政府駐地的遷移和行政區劃名稱的變更。行政區劃隸屬關係的變更，是指行政區劃整建制由其原上級行政區劃劃歸另一個上級行政區劃管轄。在不改變行政區劃隸屬關係的情況下，將行政區劃整建制委託另一行政區劃代管或者變更代管關係，參照行政區劃隸屬關係的變更辦理。行政區域界線的變更，是指將一個行政區劃的部分行政區域劃歸另一行政區劃管轄。人民政府（派出機關）駐地的遷移，是指縣級以上地方人民政府（派出機關）駐地跨下一級行政區劃（派出機關管轄範圍）的變更和鄉、民族鄉、鎮人民政府、街道辦事處駐地跨村（居）民委員會管轄範圍的變更。行政區劃名稱的變更，是指改變行政區劃專名。”

法》第 2 條的解釋，行政區域界線的變更是“將一個行政區劃的部分行政區域劃歸另一行政區劃管轄”，這種管轄權的移轉是永久性且不依附於任何條件的。相比之下，“深圳灣口岸決定”在授予管轄權時以特區取得國有土地使用權為前提，同時設定了在租賃期限內行使管轄權的限制條件，與行政區域界線的變更存在差異。

另一方面，“深圳灣口岸決定”對管轄權改變產生了行政區劃變更無法引起的法律效果，香港特區法院和香港特區政府律政司通過“深圳灣口岸決定”直接取得了對特區租管地的司法管轄權，但行政區劃的變更無法改變審判權和檢察權的行使範圍。行政區劃決定了地方各級人大和本級地方人民政府的管轄範圍以及地方各級人民法院和檢察院的建制，但無法決定地方各級人民法院和檢察院的管轄範圍。根據《憲法》第 99 條和第 107 條的規定，地方各級人大和同級地方人民政府的管轄權受到“本行政區域內”的地域約束。相比之下，雖然地方各級人民法院和檢察院的建制層級由行政區劃決定，但二者無法當然取得對本行政區域內案件的管轄權。根據《中華人民共和國人民法院組織法》和《中華人民共和國人民檢察院組織法》的規定，地方各級人民法院和檢察院的建置與行政區劃對應，[21] 審判權與檢察權的行使範圍由法律設定了包括案件發生地在內的多重條件，地方各級人民法院對發生在本行政區域內案件不必然具有管轄權。就此而言，行政區劃的變更無法直接改變由《中華人民共和國民事訴訟法》《中華人民共和國刑事訴訟法》和《中華人民共和國行政訴訟法》確定的管轄範圍，但香港特區法院和香港特區政府律政司在“深圳灣口岸決定”的授權下取得了發生在特區租管地的案件的管轄權。

就實踐而言，“關閘大樓批復”揭示出行政區域界線變更與特區租管地設立之間法律效果上的區別。澳門特區通過“關閘大樓批復”臨時取得了特區租管地的管轄權，但直到 2015 年國務院重新公佈《澳門特別行政區行政區域圖》之後，相應區域才劃入澳門特區的行政區域界線。相比之下，香港特區的行政區域界線在“深圳灣口岸決定”做出前後沒有發生變動，始終以全國人大《關於設立香港特別行政區的決定》作為根據，並由國務院在 1997 年公佈的《香港特別行政區行政區域圖》中加以明確。

（二）“租賃”屬性的複合法律效果

圍繞國有土地使用權問題，“深圳灣口岸決定”第 3 條授權國務院規定土地使用期限，這種授權路徑並未被沿用。在之後歷次特區租管地決定中，全國人大常委會直接就當次國有土地租賃合同租期創設了個別規範。按照《中華人民共和國民法典》第 705 條的規定，租賃合同期限最長不超過 20 年，租期屆滿後可以續期。該條規定適用於國有土地二級市場中國有土地使用者與承租者簽訂的租賃合同，不適用於國有土地一級市場中以政府為主體簽訂的行政合同。相比起普通的民事租賃，“深圳灣口岸決定”下國有土地租賃合同雙方主體并非民事主體，而是深圳市政府與香港特區政府。按照特別法優于一般法的原則，《中華人民共和國土地管理法》（以下簡稱《土地管理法》）第 54 條和《土地管理法實施條例》第 17 條的規定，國有土地租賃是國有土地有償取得的方式之一，應當適用有關國有土地租賃合同的專門規定。

不過，《土地管理法》和《土地管理法實施條例》中未對國有土地租賃期限做出規定。從現行規範上看，原國土資源部印發的《規範國有土地租賃若干意見》第 4 條規定，國有土地長期租賃“具體租賃期限由租賃合同約定，但最長租賃期限不得超過法律規定的同類用途土地出讓最高年期”，為國有土地租賃合同租期設定上限。據此，《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第

[21] 相關條文包括《中華人民共和國人民法院組織法》第20條、第22條和第24條以及《中華人民共和國人民檢察院組織法》第13條。

12 條有關國有土地使用權出讓最高年限的規定設定了租期上限。[22]

按照前述規定，口岸用地屬於綜合或者其他用地，應當適用 50 年的租期上限。但是，特別法優于一般法原則適用於同一位階的法規範，無法約束由全國人大常委會所作的決定。“深圳灣口岸決定”就深圳灣口岸港方口岸區的租賃合同創設了新的個別規範，授權國務院將租期規定為 2007 年 7 月 1 日至 2047 年 6 月 30 日還在合同續期時額外前置了由國務院批准的條件。在此後的特區租管地決定中，全國人大常委會不再授權國務院就特區租管地的租期做出規定，而是直接在《土地管理法》之外以決定形式就國有土地租賃合同租期創設了個別規範。

綜上，儘管歷次決定均以“授權特區進行管轄”為名，但實際引發的法律效果不限於此，還改變了香港原有法律和特區立法效力的空間範圍。《香港基本法》在特區租管地的實施方式發生了變動，原本在特區租管地實施的其他法律、行政法規和地方性法規均不再適用，同時就國有土地租賃合同租期創設個別規範，這種複合法律效果賦予其較為複雜的憲制定位。

四、特區租管地決定的憲法職權定位

考慮到特區租管地決定的複合法律效果，不可將其簡單定性為全國人大常委會決定權的行使，而要分別判斷各種法律效果背後的職權屬性，否則會造成規範評價的缺漏，也可能減損憲法效力。

（一）決定權不足以作為職權根據

首先，《憲法》第 67 條列舉了六項決定職權，特區租管地決定不屬於其中任何一項。[23] 從學理上看，一種觀點將決定權等同於全國人大常委會所具有的全部職權，特區租管地決定在此意義上雖然屬於決定權，但這種同義反復式的論述不利於分析的深入。[24] 一種更有代表性的觀點以立法權、監督權、任免權和決定權概括全國人大常委會職權，[25] 採取“決定”形式在“四權”框架下不意味著決定權的行使，全國人大常委會可以通過決定形式行使其他職權。舉例來說，1997 年刑法頒佈之後，全國人大常委會在《關於懲治騙購外匯、逃匯和非法買賣外匯犯罪的決定》中新設罪刑，以“決定”形式行使立法權。此外，全國人大常委會在 2013 年還通過《關於廢止有關勞動教養法律規定的決定》行使“四權”框架中的監督權。

就此而言，不可因採取“決定”形式就認為特區租管地決定體現著決定權的行使，在此之前要首先判斷特區租管地是否可被歸入立法權、監督權與任免權等列舉職權。不過，當前研究中多將特區租管地決定視作決定權的體現，決定內容被歸納為授予特區管轄權，又因為《憲法》第 67 條列舉的職權無法涵蓋其複合法律效果，主張全國人大需要做出專門授權以補強合憲性。[26] 這種觀點忽

[22] 《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第12條：“土地使用權出讓最高年限按下列用途確定：（一）居住用地七十年；（二）工業用地五十年；（三）教育、科技、文化、衛生、體育用地五十年；（四）商業、旅遊、娛樂用地四十年；（五）綜合或者其他用地五十年。”

[23] 《憲法》第67條列舉的決定職權包括第（十四）項、第（十五）項、第（十八）項、第（十九）項、第（二十）項和第（二十一）項。

[24] 劉少奇在1954年《關於中華人民共和國憲法草案的報告》中指出“人民代表大會制度既規定為國家的根本政治制度，一切重大問題就都應當經過人民代表大會討論，並作出決定”，泛化決定權的觀點可能來源於此。參見《劉少奇選集（下卷）》，人民出版社1984年版，第157頁；何華輝主編：《人民代表大會制度的理論與實踐》，武漢大學出版社1992年版，第153頁。

[25] “四權”框架源自1980年彭真關於地方人大常委會工作的一次講話，此後被學界用於概括人大及其常委會的權力配置。參見彭真:《關於地方人大常委會的工作》，載《彭真文選一九四一——一九九〇年》，人民出版社1991年版，第386—387頁；蔡定劍：《中國人民代表大會制度》，法律出版社2003年版，第259—417頁。

[26] 參見朱世海：《全國人大常委會授權澳門管轄橫琴島澳大校區的法理分析》，載《“一國兩制”研究》總第5

略了授權特區實施管轄之外的其他法律效果，也模糊了對特區租管地決定合憲性的判斷。

由於《憲法》對全國人大常委會決定權和其他職權的行使提出了不同要求，不宜將具有職權複合性的特區租管地決定簡單歸結為決定權的體現，否則會在合憲性判斷的過程中引起《憲法》審查根據的錯配。為了對特區租管地決定做出完整的規範評價，有必要單獨分析各種法律效果背後體現的職權屬性。

（二）創設個別法律規範的職權根據

創制性是區別立法權與法律執行權的核心特徵，體現為立法權主體在不抵觸《憲法》的前提下，不需要《憲法》或法律的額外授權可以針對任何事項創設與已有法律相衝突的措施和法律後果。[27] 全國人大常委會在特區租管地決定中行使法律制定權，針對個案情形創設了不同於其他法律的個別規範。針對國有土地租賃事宜，特區租管地決定做出了與原有法律不同的規定，體現了區別于法律執行權的創制性。《土地管理法》第 54 條僅列舉“出讓”這一種國有土地使用權有償取得的方式，“澳門大學決定”以來的歷次特區租管地決定中規定以“租賃”方式取得國有土地使用權。可以看到，特區租管地決定補充了《土地管理法》第 54 條中國有土地使用權有償取得的方式，就國有土地租賃合同最長租期創設了《土地管理法》中未規定的個別規範，體現了立法權的創制性，實踐中簽訂的國有土地租賃合同也遵循著特區租管地決定設置的限制。[28]

由於並未停止原有規範的效力，特區租管地決定體現了法律制定權而非法律修改權的行使。《憲法》第 67 條第（二）項將“制定和修改除應當由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律”合併規定，立法權在廣義上包含這兩項職權，創制性為法律制定權和法律修改權共享。比較法律修改權與法律制定權，前者在創設新規範的同時停止被修改規範的效力，後者使新創設的法規範與衝突規範之間形成了競合關係，此時需按照《立法法》第 103 條處理，其中可能出現適用新創設規範的情形，但這不意味著相應的衝突規範失去效力。全國人大常委會雖然在特區租管地決定中創設了不同於《土地管理法》第 54 條的個別規範，但與特區租管地決定不一致的這些規範並不因此失效，因此體現著法律制定權的行使。

不過，將特區租管地決定理解為法律制定權的行使，還面臨內容和形式上的質疑。就內容而言，傳統上認為法律具有一般性，因此效力範圍特定的特區租管地決定被認為不是法律制定權的體現。在學界的通常理解中，法規範針對不特定對象做出並且可以反復適用，從而保障法治原則、分權原則和平等原則的實現，行政法學上也以此作為區分抽象行政行為和具體行政行為的標準。[29] 除此之外，還有觀點主張“權利義務的未完結性”構成立法一般性的另一特質，法律被認為在內容上搭建起基本框架，之後還需依靠其他國家行為才可規制個別情形。[30] 按照這種觀點，特區租管地決定指向歷次特區租管地設立的特定情形，對國有土地租賃事宜所作的規定也沒有進一步細化的空間，因此不屬於一般意義上的法律。

期（2009-2019年），第45-46頁；董皞：《“特區租管地”：一種區域合作法律制度創新模式》，載《中國法學》2015年第1期，第164頁。

[27] 參見江輝：《論有關法律問題的決定的含義與識別》，載《中外法學》2024年第5期，第4頁。

[28] 歷次特區租管地決定涉及的國有土地租賃合同文本並未公開，《〈深圳灣口岸港方口岸區條例草案〉委員會土地使用安排》透露了“深圳灣口岸決定”中國有土地租賃合同內容，其中明確“港方口岸區內的土地使用期限自口岸啟用之日起至2047年6月30日止”。香港特區政府保安局：《〈深圳灣口岸港方口岸區條例草案〉委員會土地使用安排》，立法會CB(2)1457/06-07(02)號文件，第2頁。

[29] 參見沈宗靈主編：《法理學》（第 4 版），北京大學出版社2014年版，第25-27頁；劉風景：《法治的阿基米德支點——以法的一般性為中心》，載《法學論壇》2013年第5期，第32頁；姜明安主編：《行政法與行政訴訟法》（第7版），北京大學出版社2019年版，第172頁。

[30] 參見黃宇驍：《立法應當是抽象的嗎？》，載《中外法學》2021年第3期，第560頁。

但這種否認個別立法的主張缺乏憲法規範的支持，也在學理和實踐中面對質疑。《憲法》第62條和第67條有關法律制定權的規定並未要求法律具備一般性，這與《德國基本法》第19條第1款前句對法律一般性的強調相區別。[31] 還有觀點以法治原則作為論據，主張依照具有一般性的法律行使公權力才符合法治，[32] 但《憲法》第5條並未要求法律具有一般性，因此存在循環論證之嫌。

即便將法治原則還原為平等原則與分權原則，也不足以否認個別立法的正當性。平等原則一方面主張同等情況同等對待，對應著法律一般性的要求，但與此同時不能否認存在不同情況差別對待的必要，這就對應著效力範圍特定的個別立法。以分權原則支持法律一般性的觀點主張，個別立法的存在會造成“立法機關的專制主義”，進而架空憲法上的分權原則。[33] 但如果只否認以個別命令形式行使立法權，卻無視制定一般命令的行政權，這種對分權原則的理解背後隱含著行政權高於立法權的認識，也是對分權原則的破壞。

此外，個別立法的存在也不會對我國權力分工造成影響。根據我國《憲法》第67條和第89條的規定，全國人大常委會與國務院的職權之間按照事權內容而非一般性與否區分，比如國務院有權制定具有一般性的行政法規，全國人大常委會也有權決定針對特定對象的特赦。事實上，歷次特區租管地決定是由國務院向全國人大常委會提出議案，最終由後者做出決定，體現著國務院與全國人大常委會間的分工。因此，有關法律一般性的主張不足以否認個別立法存在的正當性，也無法以決定內容的特定性否認其體現著法律制定權的行使。

就形式而言，有觀點主張只有滿足《立法法》規定的形式要件才屬於法律制定權的行使，特區租管地決定不符合制定一般法律的主體和程序要件，因而不屬於法律。[34] 根據《立法法》第32條、第40條和第47條的規定，法律案原則上需向社會徵求意見並經三讀程序後再交付表決，最終由國家主席簽署主席令公佈。僅就公開的制定過程來看，特區租管地決定草案往往經一次審議即交付表決，均未向社會徵求意見，最終也是由全國人大常委會自行公佈。就此而言，有觀點可能主張特區租管地決定不具備一般法律的形式要件。

前述觀點預設了特區租管地決定不適用一般法律制定程序，這既不符合《立法法》的規定，也不利於對特區租管地決定的監督。根據《立法法》第68條的規定，全國人大常委會有關法律問題的決定適用《立法法》中的有關規定，歷次特區租管地決定均被全國人大常委會辦公廳列為“有關法律問題和重大問題的決定”，包含適用一般法律制定程序的可能。[35]《關於〈中華人民共和國立法法（修正草案）〉的說明》中將“豐富立法形式”作為增加規定《立法法》第68條的理由，恰恰是認識到有關法律問題的決定可能體現著立法權的行使，該條為有關法律問題的決定保留了適用立法程序的空間。[36] 不過，《立法法》本身無法窮盡立法程序要求，有關法律問題的決定還可能適用其他法律中的程序規定。比如，如果相關決定構成對兩部基本法的修改，需要符合《香港基本法》第159條和《中華人民共和國澳門基本法》（以下簡稱《澳門基本法》）第144條的特殊要求。因此，“有關法律問題的決定”在一定條件下也應滿足一般法律的制定程序要求，未採取立法

[31] 《德國基本法》第19條第1款：“一、凡基本權利依本基本法規定得以法律限制者，該法律應具有一般性，且不得僅適用於特定事件，除此該法律並應具體列舉其條文指出其所限制之基本權利。”

[32] 參見劉風景：《法治的阿基米德支點——以法的一般性為中心》，載《法學論壇》2013年第5期，第31頁。

[33] [德]卡爾·施米特：《憲法學說》，劉鋒譯，上海人民出版社2016年版，第207頁。

[34] 參見陳鵬：《全國人大常委會“抽象法命題決定”的性質與適用》，載《現代法學》2016年第1期，第66-67頁。

[35] 經檢索，由全國人大常委會辦公廳建設的“國家法律法規數據庫”將四次特區租管地決定均列為“有關法律問題和重大問題的決定”。

[36] 王晨：《關於〈中華人民共和國立法法（修正草案）〉的說明》，2023年3月5日在第十四屆全國人民代表大會第一次會議上。收錄於《全國人民代表大會常務委員會公報》2023年第三號，第240頁。

程序的決定可能違反《立法法》第 68 條的規定。

就此而言，以形式要件否認個別立法的觀點將“有關法律問題的決定”與立法權的行使相分離，預先排除了“有關法律問題的決定”適用一般法律制定程序的可能，又未明確應當滿足何種主體和程序要件，不利於對特區租管地決定的監督。對特區租管地決定而言，鑒於其創設了不同於既有法律的個別規範，應當採取與這種法律效果匹配的制定程序加以約束，有必要適用一般法律的制定程序進行監督。

（三）暫停租管地既有法律實施的職權根據

特區租管地決定暫時停止既有法律在特區租管地的實施，體現法律修改權的行使。當授權按照特區法律實施管轄時，原本適用于特區租管地的法律在特區管轄期限內不再適用，這些法律的適用條件發生了改變。一般而言，法律除非被修改廢止或有諸如《香港基本法》第 18 條第 2 款這樣的特殊規定，否則可適用包括特區租管地在內的所有地方。儘管通常未被明確寫入條文中，但適用條件構成法律隱含的重要組成。在傳統的三要素說下，法律規則的邏輯結構包括了假定、行為模式和法律後果，法律的適用條件被視作每項法律規則的假定部分。[37] 在新近的兩要素說下，法律規則的邏輯結構被簡化為構成要件與法律後果，法律的適用條件不再被視為法律規則或法律規則的組成，而是不直接表述法律規範的輔助性條文，也構成法律的重要組成。[38] 學說上對法律規則邏輯結構的組成存在爭議，但各種觀點均認為適用條件屬於法律不可缺少的組成部分。在此背景下，特區租管地決定在管轄期限內排除了法律在特區租管地的適用，為原有的適用條件設置了新的地域限制，屬於法律修改權的運用。

根據《立法法》第 16 條的規定，全國人大及其常委會有權決定在規定期限和範圍內暫時調整或者暫時停止適用法律的部分規定，特區租管地決定與此存在諸多差異。一方面，二者在停止適用的條文範圍上存在差異。在《立法法》第 16 條授權下，全國人大常委會只可在特定範圍內暫時停止適用某部法律的部分規定。相比之下，特區租管地決定暫時停止適用原本在特區租管地上實施的所有法律，不是《立法法》第 16 條的授權所能涵蓋。另一方面，二者暫時停止適用法律的目的也不相同。根據 2015 年《關於〈中華人民共和國立法法修正案（草案）〉的說明》，授權全國人大及其常委會在部分地方停止適用法律的部分規定，旨在應對“實踐條件還不成熟、需要先行先試的”情形，從而“實現立法和改革決策相銜接”。[39] 由此可見，《立法法》對暫時調整或停止適用法律部分規定的授權，旨在以地方試點為全國性改革積累經驗。相比之下，特區租管地決定聚焦于特定工程建設或特定項目運營。此外，實踐中二者在停止適用的期限條件上存在差異。全國人大常委會根據《立法法》第 16 條做出的決定以 5 年為期，期限相對較短。與此不同，歷次特區租管地決定中停止適用法律的期限與國有土地租賃合同租期一致，往往長達數十年且經全國人大常委會決定可以延期。

（四）改變特區本地法律效力的職權根據

特區租管地決定對特區管轄權的授予以及對特區本地法律效力範圍的改變，無法被歸入《憲法》第 67 條中列舉的全國人大常委會職權，屬於全國人大授予的其他職權。根據《香港基本法》

[37] 參見舒國瀅主編：《法理學導論》，北京大學出版社2012年版，第102頁。

[38] 雷磊：《法律規則的邏輯結構》，載《法學研究》2013年第1期，第83頁。

[39] 有關全國人大及其常委會決定暫時調整或者暫時停止法律部分規定的條文最早規定在2015年《立法法》第13條，並在2023年修改後調整為第16條，內容上也發生了改變。李建國：《關於〈中華人民共和國立法法修正案（草案）〉的說明》，2015年3月8日在第十二屆全國人民代表大會第三次會議上。收錄於《全國人民代表大會常務委員會公報》2015年第二號，第184頁。

第 20 條和《澳門基本法》第 20 條的規定，全國人大常委會可授權特區行使港澳基本法中未列舉的其他權力。在就“深圳灣口岸決定”出具的法律意見中，香港特區政府保安局認為《香港基本法》第 20 條“容許中央在適當的情況下將進一步的權力轉授香港特區”。[40] 根據該條，全國人大常委會有權在《香港基本法》列舉權力之外授予特區管轄權，特區本地法律效力範圍的改變作為管轄權授予的法律效果，也可將該條作為職權根據。

不過，僅從《香港基本法》第 20 條的規範文義與起草過程來看，無法判斷其他權力中是否包含對特區租管地的管轄權。就規範文義而言，“其他”的表述排除了由《香港基本法》第 12 條到第 19 條列舉的由中央和香港特區各自行使的權力，對特區租管地的管轄權不在列舉權力之中，但也沒有限定其他權力的範圍。從起草過程來看，《香港基本法》第 20 條旨在平息有關“剩餘權力”的爭議，焦點放在“如何劃分在中央與特區之間的權力，未劃清楚的、未能夠劃清楚的權力，應怎樣處理”，偏重對特區自治權的制約。[41] 從中無法得知全國人大常委會做出授權的限度，無法得出其他權力是否包括對特區租管地的管轄，對此要做進一步分析。

綜上，全國人大常委會在特區租管地決定中同時行使了法律制定權、法律修改權和由全國人大通過港澳基本法授予的職權，達成了複合法律效果，下文將進一步分析全國人大常委會各項職權的行使是否符合憲法。

五、特區租管地決定的合憲性分析

特區租管地決定的合憲性包含形式和實質兩個方面，形式合憲性要求全國人大常委會各項職權行使符合《憲法》中程序和權限的規定，實質合憲性要求特區租管地決定在實體法律關係層面不與《憲法》相抵觸。

（一）特區租管地決定的形式合憲性

1. 法律制定權的形式合憲性

特區租管地決定中法律制定權的行使，符合《憲法》對全國人大常委會與國務院、全國人大之間的關係定位，具有形式合憲性。一方面，特區租管地決定對個別規範的創設，沒有打破國務院作為最高國家行政機關的憲法屬性，也符合《憲法》對全國人大常委會與國務院之間權力分工的規定。反對者可能認為，若承認個別規範會模糊行政權與其他權力的邊界，有違國務院作為最高國家權力機關的執行機關以及最高國家行政機關的憲法屬性，以此否認存在效力範圍特定的法律，質疑在特區租管地決定中創設個別規範的合憲性。

這種觀點將效力範圍的特定性預設為行政權運作的固有特徵，還隱含地要求國務院在執行國家權力機關表達的意志時必須指向特定的對象，缺乏《憲法》規範根據。不同於國家立法權、審判權、檢察權和監察權，我國《憲法》中並沒有出現“行政權”的表述，而是在《憲法》第 85 條將“行政機關”作為國務院的機關屬性加以規定，這意味著行政權在我國《憲法》下難以從內容實質的角度進行界定，主要從權力行使者的角度加以規定。[42] 在此意義上，行政權可以被等同於《憲法》規定由國務院行使的權力，體現為《憲法》第 89 條對國務院各項職權的列舉。根據《憲法》

[40] 香港特區政府保安局：《〈深圳灣口岸港方口岸區條例草案委員會〉憲法及司法管轄權事宜》，立法會CB(2)1231/06-07(02)號文件，第2頁。

[41] 李浩然主編：《香港基本法起草過程概覽》（上冊），三聯書店2012年版，第167頁。

[42] 參見王貴松：《國務院的憲法地位》，載《中外法學》2021年第1期，第213頁。

第 89 條的規定，效力範圍特定並非行政權的固有屬性，其中第（一）項就規定國務院有權制定效力範圍不特定的行政法規。此外，執行機關的定位不意味著國務院只能採取具體化的執行方式，當全國人大及其常委會所表達的意志不存在進一步具體化的空間時，國務院還可以採取諸如監督下級政府等方式實現最高國家權力機關的意志。

就實踐而言，特區租管地決定的制定和執行過程，充分體現了全國人大常委會與國務院之間的合理分工。在歷次特區租管地設立實踐中，往往是由內地地方政府與特區政府向國務院提出請求，再由國務院向全國人大常委會提出議案，以求獲得更強的民主正當性支撐。在全國人大常委會做出特區租管地決定後，內地地方政府與特區政府簽訂國有土地租賃合同，實現決定所創設的有關租賃合同期限和續期條件的個別規範。在合同執行階段，根據《憲法》第 89 條第（四）項的規定，具有領導地方各級政府工作職權的國務院，可以監督內地地方政府與特區政府間簽訂的國有土地租賃合同是否符合特區租管地決定，保證決定中所創設的個別規範的實現。[43]

另一方面，特區租管地決定在就國有土地租賃合同租期及續期條件創設個別規範時，也沒有違反《憲法》對全國人大與其常委會之間立法權限的分配。結合《憲法》第 62 條和第 67 條的規定，全國人大常委會無權制定應當由全國人大制定的基本法律，特區租管地決定創設的個別規範不在基本法律之列。

現行規範未從正面界定何為基本法律，有觀點整理了被立法機關定性為基本法律的各項法律，從中總結出基本法律需要兼具事務領域的重大性與影響範圍的全域性兩項特徵。[44] 就事務領域而言，《憲法》第 62 條列舉了“刑事、民事、國家機構的”三種類型，土地管理制度並不在此列。從立法實踐來看，作為土地管理領域基本法律的《土地管理法》也是由全國人大常委會制定，這也可從側面說明土地管理制度在立法者看來不屬於具有重大性的事務領域。就影響範圍而言，特區租管地決定創設的個別規範僅適用於特定區域，不具有影響範圍的全域性。鑒於特區租管地決定創設的個別規範不涉及重大事務，影響範圍也較為局限，因此不屬於基本法律之列，全國人大常委會對此享有法律制定權。

2. 法律修改權的形式合憲性

特區租管地決定在修改原本在特區租管地實施的法律的適用條件時，符合《憲法》對全國人大常委會法律修改權行使的要求。根據《憲法》第 62 條和第 67 條的規定，原本在特區租管地適用的法律可以被分為基本法律與非基本法律。《憲法》第 67 條第（二）項將非基本法律的修改權授予全國人大常委會，除此之外未對修改權行使做出特殊限制。就改變非基本法律的適用條件而言，特區租管地決定並未抵觸《憲法》中規定的形式要件。相比之下，《憲法》第 67 條第（三）項對全國人大常委會的基本法律修改權設置了額外限制，包括了“全國人大閉會期間”的時間限制、“部分補充和修改”的程度限制以及“不得同該法律的基本原則相抵觸”的內容限制。從憲法史的角度看，賦予全國人大常委會基本法律修改權是 1982 年《憲法》的創設，起草過程中為了“充分保證全國人大作為最高國家權力機關的地位”，採納了針對全國人大常委會的這些限制條件。[45]

就改變基本法律的適用條件而言，特區租管地決定也符合《憲法》第 67 條第（三）項設置的

[43] 根據香港特區政府保安局披露的信息，“深圳灣口岸決定”中涉及的國有土地租賃合同定稿先送國務院審批後再由深港雙方簽署。香港特區政府保安局：《〈深圳灣口岸港方口岸區條例草案〉委員會土地使用安排》，立法會CB(2)1457/06-07(02)號文件，第3頁。

[44] 參見韓大元、劉松山：《憲法文本中“基本法律”的實證分析》，載《法學》2003年第4期，第10頁；韓大元：《全國人大常委會新法能否優於全國人大舊法》，載《法學》2008年第10期，第10頁。

[45] 參見彭真：《關於中華人民共和國憲法修改草案的報告》，載《人民日報》1982年12月6日,第1版。

三個限制條件。迄今四次特區租管地決定分別於2006年10月31日、2009年6月27日、2019年10月26日和2023年12月29日通過，均在全國人大閉會期間制定，而且距離下一次全國人大會期有一定時間，可由全國人大常委會行使法律修改權。此外，特區租管地決定只修改了隱含在基本法律條文背後的適用條件，符合對有關修改幅度的限制條件，而且這種部分修改未改變基本法律的條文本身，不具有抵觸被修改法律基本原則的可能。

3. 管轄授权的形式合憲性

全國人大常委會在特區租管地決定中授權特區實施管轄，行使全國人大通過港澳基本法授予的其他職權，並未超出《憲法》第67條規定的職權範圍。根據《憲法》第31條和第62條的規定，制定特別行政區內實行的制度以及決定特別行政區的設立及其制度，屬於全國人大的固有職權。除非得到《憲法》第67條第（二十二）項下的專門授權，否則全國人大常委會無權通過特區租管地決定授權特區實施管轄。在全國人大並未做出專門授權的情況下，《香港基本法》和《澳門基本法》第20條構成特區租管地決定授予特區管轄權的可能根據。

根據《香港基本法》第20條和《澳門基本法》第20條的規定，香港和澳門特區可享有全國人大常委會授予的其他權力。僅從文義來看，其他權力不包括兩部基本法中列舉的由特區享有的權力，但是否包括按照特區法律實施管轄的權力並不清晰。從起草過程來看，《香港基本法》和《澳門基本法》第20條規定了中央與特區之間“未劃清楚的、未能夠劃清楚的權力，應怎樣處理”，明確特區的權力“不是它本身所固有而是國家授予的”，平息關於“剩餘權力”問題的爭議。[46] 至於像管轄特區租管地這類明確歸屬於內地的權力是否可以授予特區，不在起草者的討論範圍。

可見，其他權力的範圍從文義解釋和歷史解釋的角度都難以明確，卻構成了認定特區租管地決定合憲性的關鍵。如果其他權力中可以包含管轄內地特定區域的權力，特區租管地決定向特區授權的根據就是由全國人大制定的港澳基本法，因而可以將《憲法》第67條第（二十二）項作為自身職權根據。反之，在未獲全國人大授權的情況下，全國人大常委會無權就特別行政區制度做出決定，否則超越了《憲法》第67條確定的職權範圍。在合憲性解釋原則下，應當採取前一種解釋方案，令管轄內地的權力得以被涵括進《香港基本法》和《澳門基本法》第20條中的其他權力，從而保全特區租管地決定的效力。[47]

綜上，特區租管地決定中法律制定權和法律修改權的行使具有形式合憲性。就特區租管地決定對特區的授權而言，可以在合憲性解釋原則下從《香港基本法》和《澳門基本法》第20條中找到授權來源，將《憲法》第67條第（二十二）項作為職權根據。

（二）特區租管地決定的實質合憲性

特別行政區租管地決定中個別規範的創設與對法律適用條件的修改，主要涉及對法制統一原則和法安定性價值的維護，向特別行政區授予管轄權時應當與憲法上單一制的國家結構形式相容，同時與《憲法》第31條隱含的“一國兩制”方針保持協調。

《憲法》第5條第2款規定國家維護社會主義法制的統一和尊嚴，確立了法制統一原則。作為統領性規範，法制統一原則還與平等原則和單一制原則產生內在聯結，要求作為主權體現的全國性

[46] 參見李浩然主編：《香港基本法起草過程概覽》（上冊），三聯書店2012年版，第167頁；王叔文主編：《澳門特別行政區基本法導論》，中國人民公安大學出版社1993年版，第144-145頁。

[47] 在合憲性審查中，合憲性解釋通常指向被審查的法律與憲法之間的兩角關係，這裡出現的是被審查的特區租管地決定、作為中介的特區基本法與憲法之間的三角關係。在兩角關係中，對被審查的法律做合憲性解釋可以保全其效力。在三角關係中，對作為中介的特區基本法做合憲性解釋，可以保全作為被審查對象的特區租管地決定的效力。

法律在各地平等適用，全體公民在國家主權範圍內服從相同的法律。[48] 就此而言，全國人大常委會以決定形式令法律不再平等適用于特區租管地，構成對法制統一原則的干預。但干預並不意味著抵觸《憲法》，還需與其他價值進行權衡。比如，《香港基本法》第 18 條和《澳門基本法》第 18 條就排除了絕大多數全國性法律在特區的適用，但出於調和“一國兩制”方針與法制統一原則的考慮，全國人大在《關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉的決定》和《關於〈中華人民共和國澳門特別行政區基本法〉的決定》中確認了其合憲性。

同樣地，特區租管地決定的合憲性需要權衡法制統一原則與歷次決定追求的目標，比例原則在其中構成“最為核心的控制手段”。[49] 從實質上看，比例原則是以合比例性控制國家權力的手段，可以用於約束全國人大常委會對法制統一原則可能的干預。《憲法》第 3 條第 4 款規定，“中央和地方的國家機構職權的劃分，遵循在中央的統一領導下，充分發揮地方的主動性、積極性”，在“中央的統一領導”與“地方的主動性、積極性”之間留下了可供權衡的空間。從比較法的角度，在歐盟法律中廣泛適用的輔助性原則可以認為是合比例性分析的例子。

回顧歷次特區租管地決定，“深圳灣口岸決定”和“橫琴口岸決定”追求提高通關便利化水準，“澳門大學決定”意圖緩解澳門大學的用地壓力，“拱北口岸決定”服務於澳門輕軌東線項目建設。特區租管地決定的這些目標為憲法所容許，決定中規定的手段也有助於實現相應目標，因此滿足目的正當性與妥當性要求。

在能達致設定目標的前提下，必要性原則要求選擇對法制統一原則干預程度最小的手段。若不排除既有法律在特區租管地的適用，特區租管地決定就無法實現拓展特區發展空間的目標，還會在內地與特區之間造成管轄矛盾，因此滿足手段有效性要求。[50] 此外，歷次特區租管地決定涉及區域面積不大，而且選取口岸、大學和工程項目這類與外部相對隔絕的空間，還以“禁區式管理”等規定盡可能減少對特區租管地外區域的影響，從而將對法制統一原則的干預程度降至最低，因此特區租管地決定對法制統一原則的干預符合必要性原則。

經過了目的正當性、妥當性與必要性的檢驗，均衡性原則要求權衡特區租管地決定實現的目標與對法制統一原則的干預是否合比例。一方面，相較于地方立法對全國性法律的變通，特區租管地決定是在中央主導下對地方法制的調整，對法制統一原則的干預程度更低。另一方面，特區租管地決定除了服務于特定項目建設外，更能拓展特區發展空間、實現內地與特區的互聯互通，同時推動特區融入國家發展大局，從而鞏固憲法上的特別行政區制度價值。就此而言，特區租管地決定也能通過均衡性原則的檢驗。

在法制統一原則之外，《憲法》第 5 條第 2 款中規定的“統一和尊嚴”包含對法安定性價值的維護，著眼于保護公民的穩定預期。從法律制定權的行使看，決定創設的個別規範僅對當次國有土地租賃合同發生屬事效力，不會打破公民對國有土地使用權取得方式和租賃合同期限等事項的規範預期。就法律修改權的行使而言，租管地在決定做出之前或為填海造陸區域、或為待開發的空置地塊，原本涉及的法律主體和法律關係較為簡單，可以將法秩序變動對公民規範預期造成的影響降至最低。

[48] 參見王建學：《改革型地方立法變通機制的反思與重構》，載《法學研究》2022年第2期，第43頁。

[49] 參見王建學：《授權地方改革試點決定應遵循比例原則》，載《法學》2017年第5期，第42頁。

[50] 這點在“深圳灣口岸決定”審議過程中也有提及。參見喬曉陽：《全國人民代表大會法律委員會關於〈國務院關於提請審議授權香港特別行政區對深圳灣口岸港方口岸區實施管轄的議案〉審議結果的報告》，2006年10月27日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議上。收錄於《全國人民代表大會常務委員會公報》2006年第八號，第700頁。

特區租管地決定不僅涉及法秩序的變動，管轄權授予還會對國家結構形式產生影響，需要在“一國兩制”方針下判斷其與單一制原則是否相容。單一制下也可容納地方自主空間，源自中央授予的地方權力可以合法地被中央單方改變，“一國兩制”方針可被視作我國單一制原則的制度特質。[51] 從 1982 年修憲的背景資料來看，“一國兩制”構成理解特別行政區制度的前提，《憲法》第 31 條 “實際體現了‘一國兩制’的指導思想與方針”。[52]

在單一制原則下，全國人大常委會在授予管轄權時符合“一國兩制”方針。採取授權形式意味著特別行政區並無管轄租管地的固有權力，全國人大常委會有權單方改變管轄權的範圍。全國人大常委會在授予管轄權的同時還對管轄權行使方式施加限制，將租管地用途限定在授權預期實現的目標範圍內。《香港基本法》第 5 條和《澳門基本法》第 5 條做出“一國兩制”方針五十年不變的規範承諾，“深圳灣口岸決定”之後歷次決定均將租期限定在港澳基本法生效後五十年內，從“澳門大學決定”開始還以續租批准程序施加控制，與“一國兩制”方針相互融貫。

綜上，特別行政區租管地決定中各項職權的行使具有實質合憲性，在創設個別規範與修改法律適用條件時維護了法制統一原則和法安定性的價值，對特別行政區管轄權的授予也符合“一國兩制”方針的要求。

六、特區租管地發展模式的完善路徑

設立特區租管地涉及個別法律的創設、法律適用條件的改變以及特別行政區制度內涵的豐富，超出國務院在《憲法》第 89 條下的職權範圍，實踐中由全國人大常委會取代國務院做出決定，體現特區租管地設立法治水平的提升。不過，經過對其合憲性的考察，特區租管地決定還有進一步完善的空間，從而在《憲法》層面補強其正當性。

首先，由於特區租管地決定當前只有在合憲性解釋原則下才可將《憲法》第 67 條第（二十二）項作為自身職權根據，全國人大有必要對常委會做出專門授權，以補強特區租管地決定的合憲性。結合《憲法》第 31 條、第 62 條第（十四）項和第 67 條第（二十二）項的規定，全國人大常委會只有取得全國人大專門授權才可授予特區管轄權。在當前實踐中，《香港基本法》和《澳門基本法》第 20 條固然可以在合憲性解釋下被視作全國人大授權的體現，但合憲性解釋的運用本身就意味著全國人大常委會做出授權的憲法根據可以進一步完善，因此全國人大有必要對其常委會做出專門授權，以補強特區租管地決定的合憲性。

鑒於特區租管地決定所涉事項不屬於“在特別行政區內實行的制度”，全國人大有權對其常委會做出授權。《憲法》第 62 條第（十四）項規定全國人大有權決定“特別行政區制度”，其中包含“在特別行政區內實行的制度”和其他特別行政區制度，[53]《憲法》對後者並未施加特別程序限制，全國人大有權就此做出授權並採取法律以外的其他形式。由於租管地位於特區之外，對特區管轄權的授予不屬於“在特別行政區內實行的制度”，可由全國人大授權其常委會做出規定。

在具體設計授權決定時，全國人大有必要明確以《憲法》第 31 條、第 62 條第（十四）項和第 67 條第（二十二）項作為根據。根據全國人大的有關決定，在實施港澳基本法中有關中央與特別

[51] 參見屠凱：《自治條例並非民族自治地方“小憲法”》，載《政治與法律》2018年第3期，第36頁。

[52] 參見韓大元：《〈憲法〉第31條“特別行政區”一詞由來及其規範內涵》，載《華東政法大學學報》2020年第5期，第12頁。

[53] 莫紀宏：《特別行政區制度法律特徵的憲法學再釋義》，載《中外法學》2022年第5期，第1166頁。

行政區間關係的條款時，香港基本法委員會和澳門基本法委員會可以向全國人大常委會提供意見，港澳基本法對應條款中也設計了相關的徵詢程序。[54] 授權事項涉及中央與特別行政區之間的關係，全國人大常委會也可參考港澳基本法中的程序機制，在擬定相關議案前徵詢其下設的香港基本法委員會和澳門基本法委員會的意見，之後將相關議案提交全國人大審議。出於授權明確性的考慮，全國人大在決定中可明確設立租管地預期實現的目標。

其次，特區租管地決定的職權複合性不應成為弱化程序約束的理由，全國人大常委會做出決定時需從嚴適用各項職權根據對應的程序要求。《立法法》第 68 條規定全國人大常委會所作有關法律問題的決定適用本法中的有關規定，具體如何適用需要結合實踐進行判斷。鑒於特區租管地決定包含著全國人大常委會的多種職權，引發了不同程序規範之間的競合。處理這種競合情形應當採取從嚴適用的思路，適用全國人大常委會制定法律的有關程序，否則會造成程序約束機制的落空。舉例來說，根據《立法法》第 32 條和第 47 條的規定，特區租管地決定的議案原則上需經三讀程序後再交付表決，最終由國家主席簽署主席令公佈。

最後，在發展特區租管地模式的過程中，全國人大常委會在拓展特區租管地的土地用途和區域範圍的過程中，要維護法制統一原則。為了在“一國兩制”方針下增強內地與港澳之間的互聯互通，特別行政區租管地決定今後在管理方式上有必要在便利人員流動和維護公共秩序之間尋求合理平衡。

回顧以往實踐，“深圳灣口岸決定”和“澳門大學決定”中的有關規定可為今後實踐提供參考。“深圳灣口岸決定”要求香港特別行政區實行“禁區式管理”，按照香港特別行政區《公安條例》中的有關規定，過境人員只有取得許可證方可進出，香港特別行政區政府還為便利人員流動制定附屬條例。[55] 這種框架性規定具有因應現實兼顧人員流動便利化與公共秩序維護的彈性，同時還考慮到與特區本地法律的銜接，但由於未明確設定授權條款，實踐中可能導致權力向特區的過度下放。“澳門大學決定”明確將規定管理方式的權力授予國務院，但“隔離管理”方式指向過於單一，不利於提高人員流動的便利化程度。[56] 在今後實踐中，可考慮沿用“澳門大學決定”下授權國務院的規定方式，但僅設置兼顧特區本地法律的框架性約束，要求在分隔管理的同時為人員流動提供便利條件。

在內地“飛地經濟”蓬勃發展的背景下，有觀點建議擴大特區租管地的區域範圍，同時將土地用途拓展到產業園區的建設，在特區租管地“總體適用特區的法例和稅制”。[57] 這種發展構思固然有助於拓展特區的發展空間，但構成了對法制統一原則的過度干預。就必要性原則而言，發展“飛地經濟”無須授權特區按照特區法律對內地特定區域實施管轄，由產業園區所在地制定地方立法同

[54] 《全國人民代表大會關於批准香港特別行政區基本法起草委員會關於設立全國人民代表大會常務委員會香港特別行政區基本法委員會的建議的決定》，1990年4月4日第七屆全國人民代表大會第三次會議通過；《全國人民代表大會關於批准澳門特別行政區基本法起草委員會關於設立全國人民代表大會常務委員會澳門特別行政區基本法委員會的建議的決定》，1993年3月31日第八屆全國人民代表大會第一次會議通過。

[55] 香港特別行政區政府保安局：《〈深圳灣口岸港方口岸區條例草案〉委員會禁區式管理》，立法會CB(2)1366/06-07(01)號文件，第1-3頁。

[56] “實行隔離式管理後，進出橫琴島澳門大學新校區的人員只能從澳門特別行政區方向經專用通道進出，不從該校區直接進入橫琴島的其他區域。”參見周波：《關於〈國務院關於提請審議授權澳門特別行政區對橫琴島澳門大學新校區實施管轄的議案〉的說明》，第十一屆全國人民代表大會常務委員會第九次會議，2009年6月22日。

[57] 《新民党就2024年〈施政報告〉提出建議》，載新民黨網2024年7月16日：https://npp.org.hk/asset/upload/2024%E6%96%BD%E6%94%BF%E5%A0%B1%E5%91%8A%E5%BB%BA%E8%AD%B0%E6%9B%B8_16072024.pdf。

樣可以實現目標，不必排除既有法律在內地的平等適用。從均衡性原則考慮，不同于口岸、大學與工程項目這類封閉區域，作為特區租管地的產業園區不可避免地與內地產生複雜的法律關係，特區法律會透過這些法律關係擴大對法制統一原則的干預，超出憲法所允許的限度。因此，在特區租管地模式的發展過程中，應嚴格限制特區租管地用途和區域範圍的拓展，避免對法制統一原則的過度干預。

結論

在特區租管地決定中，全國人大常委會首先行使法律制定權針對國有土地租賃事宜創設了個別規範，還行使法律修改權改變了原本在特區租管地實施的法律的適用條件，又在港澳基本法的專門授權下授予特區管轄權，隨之改變了特區本地法律效力的空間範圍。從當前實踐來看，歷次特區租管地決定符合憲法對全國人大常委會職權行使的程序要求，符合《憲法》第 5 條第 2 款規定的法制統一原則與《憲法》第 31 條隱含的“一國兩制”方針，在形式和實質上均具有合憲性。在特區租管地模式今後的發展中，全國人大常委會在拓展特區租管地的土地用途和區域範圍的過程中還受到法制統一原則的約束。

從特區租管地決定實踐中可以看到，全國人大常委會的決定權常常依附於其他職權的行使，具有法律效果和職權根據的複合屬性。相比之下，現有理論中“立法性決定”“執行性決定”“授權性決定”的歸納著眼於某類法律效果或某項職權根據，在一定程度上忽視了特區租管地決定這類複合型決定。[58] 若套用“立法性決定”這類理論歸納來理解特區租管地決定，既有損規範評價的精准性，還會模糊全國人大常委會據以做出決定的程序機制。就此而言，本文對特區租管地決定的分析以個案形式說明了複合型決定的特性，今後研究中還需對複合型決定進行更為深入的研究。

[58] 有學者曾將人大決定分為“單一型”和“複合型”兩類。參見孫瑩：《論人大重大事項決定權的雙重屬性》，載《政治與法律》2019年第2期，第34頁。

Abstract: In the decisions on the leased land under management of SARs, NPCSC has authorized SARs to acquire the right to use land and jurisdiction over a specific area in the mainland, which is an innovative practice of the system of people's congresses and the system of special administrative regions. The terms "jurisdictional attributes" and "leasehold attributes" are not sufficient to summarize its compound legal effect. While granting jurisdiction to SARs, the decisions have changed the conditions for the application of the laws that were originally in force in the leased land under management of SARs and the spatial scope of the effects of the SARs' local laws, and has also changed the substantive effect of the Basic Laws of Hong Kong and Macao, and created individual norms on the leasing of state-owned land. Behind the composite legal effect, the NPCSC's power of law-making, power of law-amending, and the NPC's specialized powers and functions conferred by the Basic Law of Hong Kong and Macao provide support, and this kind of composite decisions provide brand-new practical materials for reflecting on the system of implementation of the Constitution of China.

Key words: NPCSC's Decisions on the Leased Land under Management of SARs; NPCSC; Attributes of Composite Authority; "One country, Two systems" Principle

（責任編輯：王鎔洪）

“一國兩制”下規範交通事故不顧而去行為的立法比較
——兼論澳門逃避責任罪的改革

霍嘉誠*

摘　要　隨著粵港澳大灣區積極促進互聯互通，三地居民在“一國兩制”下各司法管轄區駕駛車輛已成現實。在道路上駕駛車輛，駕駛者除要面對發生交通事故的風險外，也需要知悉發生交通事故後的處理方法。澳門的逃避責任罪從學說選擇、罪狀和處罰制度設計以至司法實務不僅與其它國家和地區的類似制度脫節，還容易令包括灣區在內的三地居民在澳門發生交通事故後誤墮法網。因此，探索“一國兩制”下規範交通事故“不顧而去”行為的立法比較既彰顯理論價值，也體現實踐需要。三地對交通事故不顧而去行為評價存在差異性本屬正常，但澳門相應制度本身的不合理性和質量問題相對突出，因此擬具體提出幾方面可從立法上進行改革的建議：第一，採納與澳門法律相協調的保障民事損害賠償說並輔以維護公安秩序說作為立法學說；第二，總體上將“不顧而去”非刑事化，涉及公物損毀的“不顧而去”維持刑事定性但改為半公罪；第三，調整有關罪狀及增設配套罪名；第四，訂定“不顧而去”非刑事化後的處罰條文，包括釐清是否須就事故召喚主管當局人員到場跟進及須將事故報告主管當局。

關鍵詞　交通事故　不顧而去　交通運輸肇事後逃逸罪　意外後沒有停車罪　逃避責任罪

一、概述

建設粵港澳大灣區，既是新時代推動形成全面開放新格局的新嘗試，也是推動“一國兩制”事業發展的新實踐。在《粵港澳大灣區發展規劃綱要》指引下，近年三地政府在交通事務作出了一些重大舉措，尤其公安部與澳門特區政府簽署《內地與澳門駕駛證互認換領協議》（以下簡稱“駕照互認”）以及落實“澳車北上”“粵車南下”等政策。

隨大灣區積極促進互聯互通，灣區居民在“一國兩制”下各司法管轄區駕駛車輛已成現實。在道路上駕駛車輛，駕駛者除要面對發生交通事故的風險外，也有必要知悉發生交通事故後的處理

*　霍嘉誠，澳門特別行政區政府法務局顧問高級技術員，澳門理工大學公共政策博士。

方法。基於直觀認知，不少人認為諸如留下真實聯繫資料、事故情節清晰但損害輕微而免除他方責任、雙方自行達成協議、沒有侵犯身心完整、參與重要會議、趕赴醫院救治病人，甚至純粹的“自炒”而離開現場，不會招致刑事後果。

在中國內地、香港等地，如交通事故相關情節符合法律規定，事故後離開現場並不會產生所謂“不顧而去”的法律後果，甚至還有條文或指引明確指出當事人在一些情況下可以或應當離開現場，又或無須警方到場處理。在複雜多變的陸路交通環境，法律因應特殊情況創設相關規定是順理成章的，或至少也是符合情理的。

在澳門，懲罰“不顧而去”行為的第 3/2007 號法律《道路交通法》（以下簡稱《道路交通法》）逃避責任罪不但沒有設定相關情況，在罪名中竟以簡單一句“牽涉交通事故者意圖以其可採用的法定方法以外的其他方法，使自己免於承擔民事或刑事責任，科處最高一年徒刑或最高一百二十日罰金”了事。由於這種糟糕的罪狀描述，導致執法現狀變成：不論出於何種原因，只要在懷疑發生交通事故，且在現場沒能發現涉事人的情況下，基本會循逃避責任的方向進行刑事偵查。在這意義上，對於有關交通事故的成因、涉事人的過錯或事故的嚴重程度，一概在所不問。[1]

內地和香港法律存有可讓交通事故當事人離開現場或無須警方介入的條文而澳門沒有，彼此形成了差異性。當然，單憑這種差異性並不足以構成修改澳門法律的充分理由，但只要再加思考，便可從這現象反映出逃避責任罪的一些深層問題，尤其包括採用學說的合理性、設計罪狀和處罰的嚴謹性以及實踐的混亂性等。須知道，相關罪名的取材地法國也未曾創設該等罪狀，[2] 逃避責任罪的規定可算是澳門獨有的，而“別樹一幟”的罪名往往產生令人“出乎意料”的結果。

駕照互認雖不代表內地機動車駕駛證持有人可直接駕駛其內地車輛駛進澳門，但該等人士已被承認在澳門具有駕駛資格，起碼可自入境澳門首十四日直接在澳門駕駛特定輕型汽車。澳門人煙稠密，路窄車多，澳門居民在本地駕駛車輛也難免發生交通事故，何況是經驗不足的灣區其他居民。有經驗的澳門居民或能在現行法律下透過最直截了當的做法處理交通事故—“事無大小，召喚警方”。但是，凡事報警又是否符合現代社會處理交通事故的應然做法？在正常人（homem médio）的角度下，如果所發生的事故情節確實輕微，事實清晰，也不涉及公物損毀，雙方當事人不能藉達成協議或免除責任等做法圓滿解決問題嗎？這不是法律所樂見的做法嗎？如是，為何當事人嗣後反而有機會冒上被追究逃避責任的風險，甚至被定罪？

在“一國兩制”下，國家本來就允許多元法制的共存，包容彼此的差異性。在大灣區互聯互通下，灣區居民在澳門駕駛將會愈見尋常，逃避責任罪將會是該等人士在交通事故發生後可能誤墮的法網。在交通法範疇，同屬“一國兩制”的內地和香港正好可為澳門罪名的改革提供參考，因此探索三地規範交通事故不顧而去行為的立法比較既彰顯理論價值，也體現實踐需要。

二、澳門逃避責任罪的各種問題

依照刑法罪名的分類，逃避責任罪屬於非刑事法律中的刑法規範。《道路交通法》第八十九條及第九十四條（二）項規範“不顧而去”的逃避責任罪的構成和後果，其指出：牽涉交通事故者意圖以其可採用的法定方法以外的其他方法，使自己免於承擔民事或刑事責任，科處最高一年徒刑或

[1] 參見霍嘉誠：《對澳門特別行政區〈道路交通法〉逃避責任行為的幾點看法—借鑒中國台灣地區的經驗》，司法文明協同創新中心網站，http://www.cicjc.com.cn/info/1040/14159.htm?fbclid=IwAR0M7KP-PDE0Zm3-tU9kuc9YmBmsFt-260eQl4nwcDWowp9JVrj7NYOYrvA，2026年2月9日訪問。

[2] 參見前澳門法律改革及國際法事務局：《〈道路交通法〉》註釋，前澳門印務局2011年版，第155頁。

最高一百二十日罰金，及科處禁止駕駛兩個月至三年。

逃避責任罪有太多本身問題未能澄清，包括司法機關在內的執法者也無法對罪名的各方面形成統一的理解，引致在司法活動中存在“模糊地帶”，以下逐一說明。

（一）認定擬保護的法益

懲罰不顧而去的目的為何，法律界一直喋喋不休。參照澳門法院過往的裁判，當中有指“法律（逃避責任罪）希望保護的是社會公平，具體而言，是公共道路的安全和秩序以及民事請求權的保障”（澳門中級法院第 429/2024 號案）；有的指出“牽涉交通事故的人士理應留在現場處理，尤其警員尚未到場定斷事故責任的對錯或讓有關駕駛者可離開之時，又或牽涉交通事故的人士之間尚未協商好如何私下解決之時，根本不應自行離去”（澳門中級法院第 976/2020 號案）；有裁判認為“在逃避責任罪方面，主要是針對公共道路使用的秩序作為該罪的法益基礎”（澳門中級法院第 971/2015 號案）；也有裁判同意檢察院對逃避責任罪的理解—“該罪所追求的，除了說是廣義上的道路使用安全以外，更希望提高駕駛者的公民意識，促進使用合法合理的手段去平息因交通事故而引發的糾紛，同時更是為了能在事後確認事故責任的誰屬”（澳門中級法院第 654/2015 號案）。另有澳門法律專業社團的代表認為：“發生交通事故後，無論責任誰屬或只涉及一車‘自炒’的事故，肇事者均必須立即報警並留在現場等待及配合警方處理。因為這樣不但可讓警方立即到達事發現場調查事故原因，還原事件真相、初步釐清責任，並恢復現場交通秩序，更重要的是確保傷者得到及時救治，避免傷勢加劇。”[3]

由此可見，法律界對逃避責任罪擬保護法益的觀點實在五花八門。經梳理，被提倡的觀點主要涉及救助傷者（生命和身體完整性）、保障公安秩序、釐清事故責任、確保民事損害賠償責任以及重疊權益保障。五類觀點可分別對應交通法的五個學說。

1. 相關學說

第一，救助義務說（保護個人生命身體說）。本學說認為交通事故當事人應對受害人負有救助義務，減低死傷。救助正受危難的人，不僅是一種美德，更是一項法律義務。學說將個人生命和身體安全的保護歸屬為個人法益。[4]

第二，維護公安秩序說。本學說認為，禁止不顧而去保護的法益應當是公共安全及道路秩序。無論是否出現死傷，均有可能造成危害公共秩序的情形，交通事故當事人有義務維護道路公共安全和秩序，監督肇事後的危險狀態，排解安全隱患，或至少防止情況變得更壞（尤其避免二次事故）。

第三，禁止逃避責任說（釐清事故責任說）。本學說認為將不顧而去定為不法行為要保護的法益是協助調查、釐清並承擔事故責任。責任可以包括刑事、民事及 / 或行政責任。因此，交通事故當事人應當停留在事故現場，有義務揭露身份和配合後續的調查工作，不得逃避責任。

第四，保障民事損害賠償說。本學說旨在維護交通事故受害人的民事損害賠償權，事故當事人停留在事故現場，有助於提供和保全事故證據，保障損害賠償請求權的有效伸張。

第五，重疊權益保障說（綜合保護說）。目前較少國家及地區採納單一學說立法，大多數國家及地區以上述學說為基礎發展各種結合或折衷說用以解釋立法目的。常見的重疊權益是救助義務說配合維護公安秩序說，及 / 或兼有保護受害人的保障民事損害賠償說。

[3] 參見《法進會副會長羅珮琪於澳門日報發表“自炒應報警肇逃涉刑責”文章》，https://www.mlepa.org.mo/2020/10/15/16372/，澳門法律交流協進會網站，2026年2月9日訪問。

[4] 參見許澤天：《評釋行政院會通過之交通事故後逃逸罪修正案》，載《台灣法學雜誌》第414期（2021年），第5頁。

2. 相關學說的缺陷

救助義務說主張加強救護，促使交通事故當事人對受害人實施救助，提升其存活機會，學說的原意是良好的，然而，將之置於刑法體系和適用於特定現實情況中，可以發現存在不少缺失：第一，不少地區在規範“不顧而去”不法行為的同時，亦早已規定見死（傷）不救或遺棄受害人的罪行，其中見死（傷）不救還適用於一般人。因此，如認為打擊“不顧而去”是為確保當事人履行救助義務，則制定肇事逃逸、事故後不停車等罪便變得多餘；第二，受害人能否獲得救助與當事人有否離開現場可以是完全沒關係的。試想，當事人在事故後留在現場但無能力施以援手，或現場情況根本超出當事人力所能及的範圍，則仍須等待救援人員到場，受害人的生命和身體安全方獲確保；第三，如果受害人的情況根本無須當事人施以救助，[5] 例如其僅受輕傷而自行求診，或已當場死亡，因救助必要性而強制當事人於現場停留的理由似乎不再，那麼停留的意義何在?

維護公安秩序說的主旨是向交通事故當事人施加監督肇事後的危險狀態，維護道路公共安全和秩序。然而，在某些情形下要求當事人留在現場或作出善後似乎是過於苛刻，例如現場洩漏燃油或化學物質、車輛正在燃燒，當事人的停留無法實現減低危險和防止情況惡化等學說設想的目的。向當局求助為大多數情況下當事人可以做到的事，要求當事人停留現場屬於期待的不可能，[6] 反而因其留在現場對自身的生命身體安全產生危險，對救援工作更造成負擔。因而本學說未能應用在某些現實場景。

禁止逃避責任說的中心思想是讓交通事故的責任得到釐清，因此強制事故當事人停留在現場，表露身份，協助調查，以正向的態度面對交通事故及承擔責任是當事人應盡的義務。有人可能認為學說的主張相當正氣凜然，值得推崇，但其實在眾理論學說中，本學說的問題才是最嚴重的。第一，本學說的理念相當於要求當事人有義務配合司法機關追訴自己。如果採用此學說，將有悖確立“不自證己罪原則”的法律文件，特別是《公民權利和政治權利國際公約》和刑事訴訟法律。公權力不應以刑罰手段壓制當事人不自證己罪的權利和空間，不然這與為達到調查目的而強迫當事人自述其違法經過無異；第二，法律界普遍採納懲罰為逃避法律責任而去的行為本身便不具有期待可能性的觀點。[7] 即使面對法庭，不論當事人是否確實觸法，法律一概允許被追訴的當事人（嫌犯）保持緘默或為自己作出陳述、辯解，以尋求無罪和對其較有利的結果。那麼，為何只在交通事故場景下便強制當事人留在現場並配合後續調查的工作? 這恰好說明了學說的主張違背法律精神、人之常情和本性；第三，為禁止逃避交通事故法律責任而設立專門罪名，將難以解釋為何不對在生活中更常見，或性質更嚴重，又或對社會影響更惡劣的其他罪行設立逃避該等法律責任的獨立罪名而只選擇交通事故場景。

保障民事損害賠償說，顧名思義，是要保障交通事故受害人在民事方面的損害賠償。為防止民事責任無法釐清，學說認為應該向當事人施加停留現場的義務。如果採納此學說：第一，只要不涉及公物損毀，雙方當事人交換基本和聯絡資料，或經私下磋商後達成和解、確定賠償金額、免除他方責任等，制裁性的法律便不應該介入；第二，同樣與公物損毀無關，假設牽涉交通事故的兩車均是同一當事人名下的財產，被撞的一車僅處於停泊狀態（沒有人駕駛或驅動），則發生碰撞後可能更無須作任何跟進。然而，要反思的是：在現今社會，以刑事威懾力來維護交通法特定場合下的民事權益是否顯得有必要? 得益於“科技強警”“科技執法”，澳門道路已滿佈公共地方錄像監視系統，“不顧而去”的可能性已變得微乎其微。在《道路法典》年代已存在的“責任之逃避”罪在當

[5] 參見姚詩：《交通肇事“逃逸”的規範目的與內涵》，載《中國法學》2010年第3期，第94頁。
[6] 參見余振華：《肇事逃逸罪之規範評價》，載《月旦法學雜誌》第193期（2011年），第8頁。
[7] 參見張明楷：《刑法學》（第六版），法律出版社2021年版，第926頁。

時來說可能十分必要，因為當事人一旦逃之夭夭，受害人便幾乎不可能追償事故造成的損失。但在今天，雖然這項法益仍有存在空間，但其重要性是否還與以前的社會環境相當而需要維持由刑事及公罪方式來保護，值得深思。

關於重叠權益保障說，就是綜合上述兩種或以上的學說相互配搭作為禁止交通事故當事人離開現場的依據。學說並無自身的觀點，只是從其他學說中析取適用者想要的內容，“集百家之大成”。司法實務中常用這種立場審判案件，包括澳門和香港（香港高等法院第 CACC233/2021 號案）。惟本學說完全破壞了由法益指導刑事立法和解釋的功能，[8] 此外，還容易使法官在具體案件中肆意選擇“適合”案情的某一或某些法益作出應用，對當事人非常不利。

3. 小結

誠如澳門終審法院所言，法律條文的標題沒有規範效力，既不決定甚麼，也不規定甚麼。法律標題只是向讀者介紹法律的大方向（澳門終審法院第 97/2014 號案）。在澳門，規範“不顧而去”的《道路交通法》第八十九條的標題正是“逃避責任（fuga à responsabilidade）”。從行文中也不難發現，條文想要懲罰的是“牽涉交通事故的、意圖以其可採用的法定方式以外的其他方法使自己免於可能承擔的 [9] 民事或刑事責任”的行為人。當時的立法者制定打擊不顧而去罪名時主要採取的大方向就是“禁止逃避責任說”。

如上所述，禁止逃避責任說是眾學說中內在問題最大的一個。在法律適用上，不少司法官以本身理解“賦予”逃避責任罪各種價值，並以這些價值為導向解釋法律禁止交通事故當事人離開現場的原因，但往往忽略作為立法之本的禁止逃避責任說。更甚者，大量的現實操作是：司法機關主要判斷嫌犯是否知悉有（或可能有）碰撞或 有（或可能有）牽涉自己的事故發生而不在現場，即可控訴或定罪。

（二）罪狀設計及適用

1. 罪狀設計的問題

在刑法範疇，法律規範必須具備可視性。顧名思義，就是指法律規定都是可以看得見的，而非屬虛無的東西。[10] 而逃避責任罪中恰好出現了兩個未能滿足可視性的客觀要素—“交通事故”和“以其可採用的法定方法以外的其他方法”。

(1)“交通事故”的概念

“交通事故”是逃避責任罪的客觀要素之一，但《道路交通法》沒有賦予其明確定義，最多只能從其他條文作概括理解。在澳門，逃避責任罪下的“交通事故”到底屬於行為人在至少有過失或包含由無過錯的意外情況引致，法律完全沒有着墨。此外，實務上還會出現一些似是而非的情況。舉例說明，機動車輛在無動力狀態（發動機處於關閉）時與其他車輛或物體發生碰撞（尤其以人力驅動機動車輛時不慎損毀他人財物），又或司機已將摩托車停靠在泊車處，下車時不慎令摩托車失去平衡導致與其他車輛發生摩擦。作為犯罪客觀要素，“交通事故”一詞欠缺應有的明確性。

(2)“以其可採用的法定方法以外的其他方法”的含義

“以其可採用的法定方法以外的其他方法”是另一極為抽象且毫無邊際的客觀要素。在法律解釋方面可以有極大的空間，這在刑事法律規範中是極為罕見的。[11] 有學者詮釋逃避責任罪時表明：

[8] 參見薛智仁：《變遷中的肇事逃逸罪—評最高法院104年度台上字第2570號刑事判決》，載《政大法學評論》第149期（2017年），第14頁。

[9] 中文法律文本未有準確翻譯葡文法律文本中的“eventualmente”的意思。

[10] 參見趙國強：《澳門刑法概說（犯罪通論）》（修訂版），澳門基金會、社會科學文獻出版社2021年版，第94頁。

[11] 參見鄭成昌：《道路交通事故的各種刑事責任問題》，載《行政》2003年第16期，第844頁。

即使行為人並無遺棄被害人，或者無被害人可被遺棄，只要其發生交通事故後，通過客觀行為表現其意圖逃避責任，即可構成本罪。[12]

考察罪狀，必須首先知悉交通事故當事人有何“可採用的法定方法”，繼而才可確切知悉該等方法“以外的其他方法”。在此層面上，法律同樣一片空白。例如，有司機駕駛車輛期間不幸遇上“碰瓷黨”，有關人士故意制造交通事故場景（常見的情況是故意跑到車輛前方假裝被撞），而事實上司機可能因識破對方伎倆或因驚慌而離開現場，法律又會否因司機沒有停留在所謂事故現場而被認定已實施“以其可採用的法定方法以外的其他方法”？

2. 罪狀適用的問題—“意圖”的認定意見不一

逃避責任罪行為人的故意必須是有意圖使自己免於承擔民事或刑事責任的特定故意。而該“意圖”具體可包含哪些種類（直接故意、必然故意或或然故意），司法機關並無一致的認定標準（澳門中級法院第 795/2023 號案、第 191/2017 號案及第 111/2016 號案），有意見認為“意圖”只能由直接故意構成，也有觀點指出全部種類的故意也可。

引述較新的澳門中級法院第 795/2023 號案，檢察院助理檢察長在意見書中提出關於逃避責任罪的故意問題如下：“根據前述法律規定、刑法理論和一般邏輯，在或然故意 / 間接故意的場合，行為人是不可能具有法定的“意圖”（對可能性的接受心態中不存在以確定性為前提的意圖）。因此，只有在直接故意的情況下才可能包含法定的“意圖”（目的犯）作為行為人故意中特定的意志要素而存在。而在或然故意 / 間接故意的場合（如本案事實），行為只是意識到“可能性”（發生事故的可能性），對於事故有無發生並不確定，因而根本無從談及對倘有之責任的逃避意圖。質言之，放任（對可能性的接受）的意志要素本身在邏輯上和經驗上是不可能包含明確的追求意圖的。”但審理該案的法官則不認同，並指出“特定故意犯罪（crime de dolo específico）中，犯罪的主觀要素完全成為法律特別規定的故意的特別形式的部份，是與普通故意相對應，以故意的目的為標準的劃分方法而區分出來的故意的形態，指行為人以特別的目的或者意圖而實施符合罪狀的犯罪事實的意願。作為故意這個主觀要素之一中的形態的或然故意僅僅是行為人對犯罪事實得以實現抱着可能性的態度。而在特定故意的犯罪中，並不會排除行為人在主觀上表現為這種態度，即嫌犯‘意圖（tentar）’以其可採用的法定方法以外的其他方法，使自己免於承擔可能應該承擔的民事或刑事責任，那麼上訴人作出了符合《道路交通法》第八十九條所要求的犯罪構成要件中的行為。”

案件最終能移交法院，意味有檢察官與上述案件中的助理檢察長持不同意見。須知道，“意圖”的認定標準直接影響控訴與不控訴、此罪與彼罪，甚至罪與非罪的結論。如在執法過程中出現適用不一，便容易造成混亂。既然有上級檢察官認為逃避責任罪的“意圖”的應有之義是“直接故意”，則從法律適用的統一性和保障人權的角度考慮，是否可探討在檢察機關內形成“一致的見解”，以化解同一檢察機關先是控訴嫌犯，其後又專為他的利益或正確實施法律而上訴的局面。

（三）罪狀的中葡文本行文不一

中文和葡文均為澳門的正式語文。十二月十三日第 101/99/M 號法令第五條第一款規定：“規範性文件是單一的，兩種正式語文文本之任一文本均具公信力，且推定各文本相同之意義及範圍。”如法律中葡文本不幸出現意思差異時，便會產生解釋的問題。

逃避責任罪中文文本的表述是：“牽涉交通事故者意圖以其可採用的法定方法以外的其他方法，使自己免於承擔民事或刑事責任，科處最高一年徒刑或最高一百二十日罰金。”葡文文本則為：“Quem intervier num acidente e tentar, fora dos meios legais ao seu alcance, furtar-se à

[12] 參見方泉：《澳門特別刑法概論》，澳門基金會、社會科學文獻出版社2014年版，第320頁。

responsabilidade civil ou criminal em que eventualmente tenha incorrido é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.”可見兩個文本間出現了“免於承擔民事或刑事責任”和“免於可能承擔的民事或刑事責任”的差別。

實務上，司法機關普遍認為葡文文本更符合逃避責任罪的目的之意義（澳門中級法院第191/2017號案及第111/2016號案）。但中葡文本行文不一的問題仍然存在，立法者應儘早修正，選取最能符合立法精神的版本，並使兩者的文義成為一致。

（四）缺乏離開現場或無須報告警方的靈活規定

在現行逃避責任罪仍存續的情況下，界定何時可以離開現場、哪些情況可不召喚警方的條文便變得相當重要。遺憾的是，《道路交通法》及補充法規對此並無任何規定，充其量只存在當局對公眾的呼籲：“當發生交通事故時，不論是否有人受傷或撞及其他對象，肇事駕駛者都不應離開事故現場，並應即時報警處理，否則有機會觸犯《道路交通法》之逃避責任罪，最高可被科處1年徒刑或120日罰金，以及禁止駕駛2個月至3年。另外，市民如目睹交通事故發生，應盡公民責任，立即報警。”[13]當局的立場非常明確—發生交通事故，當事人均應停留在現場並即時報警。然而相關說法均建基在逃避責任罪的推演，別無正式規定。

三、“一國兩制”下有關司法管轄區的比較研究

綜觀各地的立法例，世界各國及地區普遍立法打擊交通事故後“不顧而去”行為。部份地區採取全面刑事化（如香港和澳門），有些則僅納入行政處罰（如葡萄牙及大多葡語系國家），也有些地區視乎事實及造成後果的輕重，分別由刑法及行政法規管（如內地和台灣）。

如上所言，澳門逃避責任罪問題繁多，一些內在問題（如認定擬保護法益、解構“意圖”的範圍以至罪狀中葡文本的行文不一）只能由內部解決，但對於學說選擇、罪狀及處罰制度設計及吸納外地類似法制的優點，內地和香港制度應有可借鑒之處。

（一）中國內地

1. 犯罪方面

《中華人民共和國刑法》（以下簡稱《刑法》）第一百三十三條規定：“違反交通運輸管理法規，因而發生重大事故，致人重傷、死亡或者使公私財產遭受重大損失的，處三年以下有期徒刑或者拘役；交通運輸肇事後逃逸或者有其他特別惡劣情節的，處三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，處七年以上有期徒刑。”

行為人如觸犯交通運輸肇事後逃逸罪，除須承擔相關刑事責任外，根據《中華人民共和國道路交通安全法》（以下簡稱《道交法》）第一百零一條第二款的規定，造成交通事故後逃逸的，由公安機關交通管理部門吊銷機動車駕駛證，且終生不得重新取得機動車駕駛證。

2000年，內地發佈《最高人民法院關於審理交通肇事刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》（以下簡稱《解釋》），以明晰交通肇事罪的罪狀應用及回應存在較大爭議的問題，尤其着墨於交通肇事後逃逸和因逃逸致人死亡的刑罰適用。《解釋》直接將禁止逃避責任說引入交通肇事罪的司法實務中。雖然這種做法引發了一些問題，但它目前是中國內地的統一標準，因此進行相關分析時仍須結合《解釋》的規定，否則將失去現實價值。

[13] 參見治安警察局社區警務Facebook專頁：《治安警察局偵破兩宗逃避責任案（2024年4月14日下午8時5分）》，https://www.facebook.com/cpspmacao，2026年2月9日訪問。

實務上，《解釋》將觸犯交通肇事罪的情況分為一般情況和特別情況。其中，第二條第二款第（六）項規定：“交通肇事致一人以上重傷，並為逃避法律追究逃離事故現場的，以交通肇事罪定罪處罰”；《解釋》第三條規定：“交通運輸肇事後逃逸，是指行為人具有本解釋第二條第一款[14]規定和第二款第（一）至（五）項[15]規定的情形之一，在發生交通事故後逃避法律追究而逃跑的行為”；《解釋》第五條第一款規定：“因逃逸致人死亡，是指行為人在交通肇事後為逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。”

從規範可見，《刑法》和《解釋》的規定至少揭示了交通肇事罪本身的兩個內在問題。

第一，邏輯的混亂。首先，交通肇事與交通運輸肇事後逃逸場景的罪狀組成並不一致。交通肇事罪有其本身的罪狀，而交通肇事後行為人逃逸的，理論上應另外成罪的。前者是因違反交通管理法規而引起重大交通事故，導致他人重傷、死亡或者公私財產遭受重大損失的過失犯，後者則屬於肇事後逃逸的故意犯。究其原因，後罪並非前罪的情節加重犯。有學者認為，倘若不是《刑法》第一百三十三條將“交通運輸肇事後逃逸”從立法上定為交通肇事罪的加重狀態，交通運輸肇事後逃逸的場合本來應與交通肇事罪數罪併罰。[16]繼而，雖然《解釋》第三條規定了“交通運輸肇事後逃逸”的定義，但《解釋》第二條第二款第（六）項又指出“交通肇事致一人以上重傷，負事故全部或者主要責任，並為逃避法律追究逃離事故現場的，以交通肇事罪定罪處罰。”這不禁令人懷疑《解釋》是用於明晰交通肇事刑事案件的具體應用，還是以另一種方式改變交通肇事罪的犯罪構成?

第二，《解釋》除引入逃避法律追究說外，還間接引進了救助義務說。《解釋》第五條將“因逃逸致人死亡”定性為“行為人在交通肇事後為逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形”。基於此定性，“逃逸”便分為兩個層次。其一是沒有致人死亡的逃逸，其二則是致人死亡的逃逸。立法者作出這種區分，真實的意思並非單純打擊“逃逸”，而是“不救助被害人”。[17]法律將行為人的刑罰輕重與被害人生命保全掛鈎，理由是因行為人的先行行為產生了對被害人的救助義務。而在“不顧而去”的罪名中引入救助義務說衍生的負面問題已經得到明晰，在此不再贅述。

(1) 交通運輸肇事後逃逸

結合《刑法》《解釋》及《道交法》等法例，可歸納一般交通運輸肇事罪的罪狀，具體包括：第一，空間要件。《道交法》指出：“道路”是指公路、城市道路和雖在單位管轄範圍但允許社會機動車通行的地方，包括廣場、公共停車場等用於公眾通行的場所。《解釋》第八條第一款作進一步規定：“在實行公共交通管理的範圍內發生重大交通事故的，依照《刑法》第一百三十三條和《解釋》的有關規定辦理。”因此，本罪必須適用於符合供公眾通行的公共交通管理範圍。但如在公共交通管理範圍外發生肇事逃逸的，則按照具體情節以相應罪名追究責任；第二，主體要件。從事交通運輸人員或者非交通運輸人員，按照《刑法》規定已滿十六周歲，便可成為犯罪主體；第

[14] 《最高人民法院關於審理交通肇事刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第2條第1款：“交通肇事具有下列情形之一的，處三年以下有期徒刑或者拘役：（一）死亡一人或者重傷三人以上，負事故全部或者主要責任的；（二）死亡三人以上，負事故同等責任的；（三）造成公共財產或者他人財產直接損失，負事故全部或者主要責任，無能力賠償數額在三十萬元以上的。”

[15] 《最高人民法院關於審理交通肇事刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》第2條第2款：“交通肇事致一人以上重傷，負事故全部或者主要責任，並具有下列情形之一的，以交通肇事罪定罪處罰：（一）酒後、吸食毒品後駕駛機動車輛的；（二）無駕駛資格駕駛機動車輛的；（三）明知是安全裝置不全或者安全機件失靈的機動車輛而駕駛的；（四）明知是無牌證或者已報廢的機動車輛而駕駛的；（五）嚴重超載駕駛的。”

[16] 參見勞東燕：《交通肇事逃逸的相關問題研究》，載《法學》2013年第6期，第8頁。

[17] 參見候國雲：《論交通肇事後逃逸》，載《法制與社會發展》2003年第2期，第148頁。

三，主觀要件。構成交通肇事罪的罪過是過失，而交通運輸肇事後逃逸罪的罪過只能是故意。有意見認為對於交通運輸管理法規而言，肇事後逃逸是直接故意；對於肇事後可能帶來的人命傷亡或公私財產的損失而言，則可以是各種故意；第四，行為要件。交通肇事致死亡一人或者重傷三人以上，負事故全部或者主要責任的、死亡三人以上，負事故同等責任的、造成公共財產或者他人財產直接損失，負事故全部或者主要責任，無能力賠償數額在三十萬元以上的，又或交通肇事致一人以上重傷，負事故全部或主要責任且具有法律規定的特定情形之一。[18] 基於罪狀規定，違反交通行政管理法規並不足以構成本罪，觸犯交通運輸管理法規規範的方為可能，但還須具體分析行為是否引致事故發生的成因，否則因果關係不能成立，自然不能定罪；[19] 第五，為逃避法律追究逃離事故現場。《解釋》表明意在打擊“為逃避法律追究而逃跑”，逃逸行為是出於逃避法律追究的主觀目的與逃跑客觀行為的有機結合，才構成逃逸情形，亦即，只有確定行為人逃跑的目的是逃避法律追究，方滿足罪狀要求。[20] 因此，交通肇事後的逃逸行為絕不等同肇事後客觀離開現場行為，相關的認定應從當時環境和其客觀行為出發。實踐中，少數行為人逃跑的目的是怕被害人或者其他圍觀群眾對其進行毆打等，他們往往在逃離現場後，能夠通過報告單位領導或者報警等方式接受法律的處理。[21] 實務上也曾出現交通肇事後的行為人及時作出搶救傷者、保護現場、報案等但其後為逃避法律責任而離開事故現場不被認為構成交通運輸肇事後逃逸 [22]。被害人方面，其範圍應以逃逸前的交通肇事行為所侵害的被害人為限，因逃逸行為而引起後續的交通肇事行為所侵犯的被害人，並不包括在內。[23]

交通肇事罪在內地存續已久，理論及司法實務已有長足的發展，法律界也針對一些問題作專門研究，特別是將懲處逃逸行為合理化尋求支持、以死傷人數作為定罪元素的合理性及要求“逃逸的當事人負全責”的理由，基於篇幅有限，故不展開討論。

(2) 交通運輸肇事後逃逸致人死亡

《解釋》第五條第一款規定：“因逃逸致人死亡，是指行為人在交通肇事後為逃避法律追究而逃跑，致使被害人得不到救助而死亡的情形。”

適用本加重犯須以構成交通運輸肇事後逃逸的場合為前提，配合行為人以事後逃避法律追究為目的的逃跑行為、因逃跑致被害人得不到救助而死亡的情形，以及因行為人逃跑與被害人未能獲救助而死亡的因果關係。

然而，如行為人在交通肇事後為逃避法律追究，將被害人帶離事故現場後隱藏或遺棄，致使被害人無法得到救助而死亡或嚴重殘疾的，應分別依照《刑法》相關規定，以故意殺人罪或故意傷害罪定罪處罰 [24]。

2. 行政處罰方面

根據《道交法》第九十九條第一款第（三）項和第二款的規定，造成交通事故後逃逸，尚不構

[18] 具體包括：（一）酒後、吸食毒品後駕駛機動車輛的；（二）無駕駛資格駕駛機動車輛的；（三）明知是安全裝置不全或者安全機件失靈的機動車輛而駕駛的；（四）明知是無牌證或者已報廢的機動車輛而駕駛的；（五）嚴重超載駕駛的。

[19] 參見李三寶、祖鐵軍：《罪名適用新解》，中國人民公安大學2003年版，第96頁。

[20] 參見張鵬成：《如何把握和認定“交通肇事逃逸”》，https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/201904/t20190402_413508.shtml，載中國人民共和國最高人民檢察院網站2026年2月9日訪問。

[21] 參見胡雲騰、熊選國、高憬宏、萬春：《刑法罪名精釋—對最高人民法院、最高人民檢察院關於罪名司法解釋的理解和適用（上）》（第五版）（修訂版），人民法院出版社2024年版，第150頁。

[22] 參見陳興良、劉樹德、王芳凱：《注釋刑法全書》，北京大學出版社2022年版，第500-501頁。

[23] 參見陳興良：《刑法各論精釋》，人民法院出版社2021年版，第924頁。

[24] 參見陳興良、劉樹德、王芳凱：《注釋刑法全書》，北京大學出版社2022年版，第490頁。

成犯罪的，由公安機關交通管理部門處二百元以上二千元以下罰款，還可併處十五日以下拘留。

此外，違法者尚會被交通違規制度作記分處理。目前，《道交法》規定：“公安機關交通管理部門對機動車駕駛人違反道路交通安全法律、法規的行為，除依法給予行政處罰外，實行累積記分制度。公安機關交通管理部門對累積記分達到規定分值的機動車駕駛人，扣留機動車駕駛證，對其進行道路交通安全法律、法規教育，重新考試；考試合格的，發還其機動車駕駛證。”

根據公安部二零二一年第一百六十三號令《道路交通安全違法行為記分管理辦法》（以下簡稱《辦法》）相關規定：“造成致人輕傷以上或者死亡的交通事故後逃逸，尚不構成犯罪的，機動車駕駛人一次記十二分。”“造成致人輕微傷或者財產損失的交通事故後逃逸，尚不構成犯罪的，機動車駕駛人一次記六分。”

《辦法》還規定：“在最近三個記分周期內，機動車駕駛人因造成交通事故後逃逸的，不予受理其接受交通安全教育扣減交通違法行為記分的申請。”

如在一個記分周期內，機動車駕駛人累積記滿十二分，將按《辦法》相關規定被扣留或註銷其機動車輛駕駛許可並強制受教育。

3. 無須等待警方介入的規定

《道交法》第一百一十九條第（五）項對交通事故作出了明確的定義：“交通事故，是指車輛在道路上因過錯或者意外造成的人身傷亡或財產損失的事件。”

根據《道交法》第七十條第二款及第三款的規定，在道路上發生交通事故，未造成人身傷亡，當事人對事實及成因無爭議的，可以即行撤離現場，恢復交通，自行協商處理損害賠償事宜；不即行撤離現場的，應當迅速報告執勤的交通警察或者公安機關交通管理部門。在道路上發生交通事故，僅造成輕微財產損失，並且基本事實清楚的，當事人應當先撤離現場再進行協商處理。

《中華人民共和國道路交通安全法實施條例》（以下簡稱《實施條例》）更細化上述規定，《實施條例》第八十六條及第八十七條分別規定牽涉機動車和不牽涉機動車的交通事故具體處理規定：“機動車與機動車、機動車與非機動車在道路上發生未造成人身傷亡的交通事故，當事人對事實及成因無爭議的，在記錄交通事故的時間、地點、對方當事人的姓名和聯繫方式、機動車牌號、駕駛證號、保險憑證號、碰撞部位，並共同簽名後，撤離現場，自行協商損害賠償事宜。當事人對交通事故事實及成因有爭議的，應當迅速報警。”“非動車與非機動車或者行人在道路上發生交通事故，未造成人身傷亡，且基本事實及成因清楚的，當事人應當先撤離現場，再自行協商處理損害賠償事宜。當事人對交通事故事實及成因有爭議的，應當迅速報警。”

（二）香港

1. 犯罪方面

香港法例第三百七十四章《道路交通條例》（以下簡稱《交通條例》）第五十六條就打擊肇事司機在交通意外後不停車、不報告及作出虛假陳述訂定相應罪行，並處以不同刑罰。本條文並非單獨規範“不顧而去”，而是肇事司機未有在發生意外後履行法律規定的義務。

《交通條例》第五十六條第 (1) 款規定：“凡因有車輛在道路上而有意外發生，以致—(a) 並非該車輛司機的人身體受傷；或 (b) 下述者受到損害—(i) 車輛，但不包括該車輛或該車輛所拖曳的拖車；(ii) 指明動物（指明動物如在該車輛之內或之上，或在該車輛所拖曳的拖車之內或之上，則屬例外）；或 (iii) 不在該車輛或該車輛所拖曳的拖車之內或之上的任何其他東西，則該車輛的司機必須停車。”同條第 (2) 款規定：“遇有任何該等意外，該車輛的司機在被要求時須向任何警務人員或任何有合理理由提出要求的人，提供以下詳情—(a) 其姓名及地址；(b) 車主的姓名或名稱及地址；及 (c) 該車輛的登記或識別標記或號碼。”同條第 (2A) 款規定：“遇有第 1(b) 款所指的意外，

如該車輛的司機因為任何理由不提供第 (2) 款所述的詳情，須在合理切實可行範圍內，盡快而在任何情況下不遲於意外發生後 24 小時，親自前往最近的警署或向任何警務人員報告該意外。”同條第 (3) 款規定：“如該意外涉及任何人（包括司機）受傷，該司機須在合理切實可行範圍內，盡快而在任何情況下不遲於意外發生後 24 小時，親自前往最近的警署或向任何警務人員報告該意外，除非該司機由於在意外中受傷以致不能照辦。”同條第 (4) 款被廢除；同條第 (5) 款規定：“任何人違反第 (1) 款，即屬犯罪，可處第 3 級罰款及監禁 12 個月。”同條第 (6) 款規定：“任何人違反第 (2)、(2A) 或 (3) 款或在根據第 (2) 款提供詳情時，明知而作出虛假陳述，即屬犯罪，可處第 4 級罰款及監禁 6 個月。”同條第 (7) 款規定：“在本條中—指明動物（specified animal）指任何馬、牛、驢、騾、綿羊、豬、山羊、貓或狗。”

同時，根據香港法例第三百七十五章《道路交通 (違例駕駛記分) 條例》（下稱“《記分條例》”）附表的規定，意外發生後沒有停車屬表列罪行，違者將被扣五分。

法益方面，有裁判指出《交通條例》意在克服涉案司機在意外發生後不顧而去逃之夭夭對執法所造成的困難，容許警方能盡快執法，從而可讓受傷的人或動物能盡快得到適當的救治，或移除道路上的障礙物恢復交通。也令警方可以繼續後續工作，包括調查事故的起因、保存證供以便後續的刑事檢控或民事索償（香港高等法院第 CACC233/2021 號案）。這種判詞也屬於司法實務中典型的採用重疊權益保障說的說法。

由於《交通條例》第五十六條分門別類規定罪行，所以也有條件區分對應的法益。

首先，就交通意外後不停車罪，如受損害的是對象（具體是指不包括肇事司機的車輛或該車輛所拖曳的拖車和不在肇事車輛或該車輛所拖曳的拖車之內或之上的任何其他東西），法律要求停車的法益是便利在當時的情況下考察事故發生的道路或場所的特點，並讓有權調查情況的人親自向司機調查事故情況。如受損害的是人和指明動物，除具上述意義外，要求司機停車是避免人和指明動物失去及時獲得治理的機會 [25]；第二，就交通意外不報告罪和作出虛假陳述罪，法律旨在確保有權調查情況的人可獲得肇事司機和車輛的基本和真實的資料，以便跟進調查和便利受害人進行民事索償。交通意外後不停車罪由規定的罪狀組成。

第一，空間要件。受停車義務約束的空間範圍必定是在路、道路上。具體是指“包括所有公眾可連續或間歇進入的公路、大道、街、里、巷、短巷、坊、停車場、通道、徑、路及地方，不論是否屬於政府財產，並且包括西北鐵路的車路，但私家路或署長為本定義而以憲報公告指定的西北鐵路車路的任何部分，則不包括在內。”確定某地方屬道路須由控方舉證，除證明案發現場的性質屬於道路外，尚須對“所有公眾可連續或間歇進入”加以證明，要證明是公眾而不僅是某一特定階層的人有經過權，而且這種經過得到了道路所有者的允許或至少是容忍（Harrison v Hill 1932 SC (J) 13 案）。

第二，主體要件。《交通條例》第五十六條第 (5) 款規定任何人違反第 (1) 款，即屬犯罪。違反第 (1) 款的人，只能是車輛 [26] 的司機。[27]

---

[25] 參見香港立法會：《2021年道路交通(修訂)條例草案》，https://www.legco.gov.hk/yr20-21/chinese/bills/brief/b202102193_brf.pdf，2026年2月9日訪問。

[26] 香港法例第三百七十四章《道路交通條例》第二條：“車輛（vehicle）指任何經構造或改裝為用於道路上的車輛，而不論是否由機械驅動的，但不包括西北鐵路車輛或電車。此定義曾在司法實務上引發判斷上的分歧。”香港高等法院對“經構造或改裝為用於道路上”採用的標準是：一個合理的人會否在看過這車輛後，認為車輛的其中一個用途是在道路上使用。參見香港高等法院第915/2006號案及Burns v Currell (1963) 2 QB 433案）。

[27] 香港法例第三百七十四章《道路交通條例》第二條：“司機、駕駛人（driver）就任何車輛（人力車除外）、西北鐵路的車輛或電車而言，指任何掌管或協助控制該車輛的人，而就人力車而言，指任何拉拖人力車的人。”

第三，主觀要件。司機必須具備犯罪意圖，除有意觸犯法律的情況外，意圖也可存在於認識到自己行為可能會造成被禁止結果發生仍實施該行為的案件。並且，這種主觀狀態與實施被禁止的行為同時存在，犯罪意圖必須是實施被禁止行為的主動起因[28]。

第四，客觀要件。有駕駛行為、涉及車輛的交通意外、車輛的存在引致意外發生以及交通意外後司機沒有停車。其一，有駕駛行為。MacDonagh (1974) QB 448 案為“駕駛”確立下列指導原則：第一，駕駛的本質特徵在於司機使用控制裝置使車輛行駛；第二，一個重要因素是被告本人是否故意地使車輛處於行駛之中；第三，“驅動”與“駕駛”存在差別，這視被告依賴控制裝置操縱車輛的程度而定；第四，車輛是否在其動能作用下運動，又或是否在慣性或其他驅動力的作用下運動的，這並不重要。其二，涉及車輛的交通意外。香港並未規定“交通意外”定義。但有英國法院裁判認為法官應從有理智者的角度出發來對待這一問題，即“對於本案這種情況，一個普通人會說曾經發生了事故嗎？[29]”其三，車輛的存在引致意外發生。所謂“車輛的存在”即指司機駕駛車輛的行為，“引致意外發生”則為導致並非肇事車輛的司機的身體受傷、其他車輛、指明動物或其他對象受損。事實上，香港法院也曾對“意外”的定性出現分歧，有法官認為蓄意的碰撞不屬於有關條例所指的交通意外。其後，同一法院有法官表達相反觀點，認為“意外”一詞應按一般人對該詞的理解及考慮有關法例的立法目的來詮釋，裁定“意外”一詞字面上是指“一樁事故的發生”，無須是“無意”或“偶發性的”，並直指把“蓄意”行為從“意外”的定義中摒棄而只局限於“意料之外”的做法有違條文，也令立法原意蕩然無存。[30] 其四，交通意外後司機沒有停車。Lee v Knapp (1996) 3 All ER 961 案表明了停車的目的是指讓車停下來並留在事故現場一段時間，以便於在當時的情況下考察事故發生的道路或場所的特點，這段時間足以使有權調查情況的人們親自向司機調查事故情況。僅有代理人或僱員留在現場是不夠的。

其次，就交通意外後不報告罪，如肇事司機因為任何理由沒有提供詳情或涉及任何人（包括司機）受傷，則其須在合理切實可行範圍內盡快而在任何情況下不遲於意外發生後二十四小時親自前往最近的警署或向任何警務人員報告該意外，除非司機本人在意外中受傷以致不能照辦。任何人違反相關規定即屬犯罪，可處第四級罰款及監禁六個月。

最後，就交通意外後作出虛假陳述罪，如肇事司機向有權調查情況的人在提供詳情時明知而作出虛假陳述即屬犯罪，可處第四級罰款及監禁六個月。

2. 無須等待警方介入的規定

香港運輸署《道路使用者守則》明確規定：“如意外只涉及車輛或財物輕微損毀而沒有人傷亡，車輛的司機可與其他有關司機及第三方商量，將車輛駛至附近路旁的安全地方，以免造成阻塞。此類事故並沒有必要向警方報告，除非有需要尋求他們的協助。”

香港警務處《交通意外處理指引》也指出：“當交通意外只涉及損毀或動物受傷，涉及的車輛司機、動物或其他財產的擁有人如已停車並交換其姓名、地址、車主姓名及車牌號碼的話，便無需向警方報告交通意外。”

四、對澳門立法的反思及建議

逃避責任罪在澳門實施多年，其內在的及實務操作產生的問題浮現已久，長遠來說不利於澳門

[28] 參見趙秉志：《香港刑法》，北京大學出版社1996年版，第18頁。

[29] 參見Chief Constable of West Midlands Police v Billingham (1979) RTR 446案。

[30] 參見香港高等法院第CACC233/2021號案和第HCMA 528/2018號案。

與大灣區及其他地區的互通和交往。修訂《道路交通法》之時，是一個對逃避責任罪進行反思的契機。藉拋磚引玉，冀為有關的工作和研究帶來一些思考。

1. 擬保護的法益應以保障民事損害賠償為主

至此，“不顧而去”擬保護法益學說的優劣之處已得到充分探討。如認為仍有必要維持相關規範，則擬保護的法益應以保障民事損害賠償為妥。

救助義務說希望交通意外當事人對受害人實施救助目的已由《道路交通法》第八十八條規定的遺棄受害人罪[31]和《刑法典》第一百九十四條規定的幫助之不作為罪[32]確保，將救助義務說納入“不顧而去”規範反而造成混亂，沒有必要；禁止逃避責任說和重叠權益保障說（特別是將超過兩種學說重叠時）的問題更為嚴重，無須考慮。

某程度上，維護公安秩序顯得相對合理。在以有過錯為前提的交通事故發生後，有過錯的當事人應就其先行行為對道路安全和秩序盡其力所能及的義務，例如在安全情況下指示其他車輛不要駛入事故的行車線、在涉事車輛後方架設警示牌避免後方來車追撞，但現場情況超出當事人可控範圍或當事人在事故中不存在過錯，此說便難以適用；最後，以保護民事權益為名的保障民事損害賠償說在眾學說中是較有道理的—因故意或過失不法侵犯他人權利或違反旨在保護他人利益之任何法律規定者，有義務就其侵犯或違反所造成之損害向受害人作出損害賠償。因此，雙方當事人在事故後隨即接觸磋商，以期達成和解或其他處置方法。在事故得到適當處理前禁止當事人“不顧而去”，體現了法律對民事損害賠償權的保護和私法自治的精神。另外，如事故引致公物損毀，則必須召喚警方處理。

綜上，“不顧而去”宜以保障民事損害賠償說為主，符合特定情況時，也可應用維護公安秩序說。

2. 變更法律定性

(1) 原則上將“不顧而去”非刑事化

新法並不一定要繼受舊法的規定，關鍵是要審時度勢，與時俱進。首先，應承認發生交通事故後有需要保障民事損害賠償和維護公安秩序的法益。但要思考的是，藉刑事手段保護特定民事損害賠償權益是否存在不適度的情況。刑法的最低限度介入原則指出，就刑事立法而言，立法機關應當盡量少地將某種違反法秩序的行為規定為犯罪，並予以刑事處罰，盡可能縮限“犯罪圈”。堅持以最低限度介入為原則，其最終目的在於最大限度地限制公共權力運用刑法介入和干預社會和個人生活，防止公權力濫用刑罰權，動輒設罪施刑，從而有效地保障公民的自由和權利[33]。

為在保護法益的同時更好地調整手段的相稱性，建議從原則上將“不顧而去”非刑事化。其後，具體改以何種機制保護有關法益則是政策問題。

(2) 涉及公物損毀的“不顧而去”維持刑事定性但改為半公罪

---

[31] “在遺棄受害人罪中，法律希望保護的，是人們的身體完整性和生命安全。在交通意外發生後，當事者（無論其是否承擔交通事故的過錯責任）負有協助救助處於需要緊急救助的受害人、防止死傷情況擴大的義務，從而促進社會各成員間的互助精神。” 參見澳門中級法院第429/2024號案。

[32] “幫助之不作為罪規範之一般之幫助義務，其正當性理據在於社會所有及任何成員均應受到約束之人類間之互助。（…）其法益是生命、身體完整性及自由，因此，涉及的客觀法定罪狀具多元人身性。（…）身體完整性及自由的概念均應以廣義去理解。‘身體完整性’之傳統及現行表述，均不只包括身體完整性，亦包括心理、智力及道德之完整性，而自由則包括各種類型的人身自由：行動自由、性自決自由。參見Jorge de Figueiredo Dias：《刑法典評註1》，鄧志強譯，澳門大學法學院2015年版，第710頁至第712頁。”類似的見解參見Manuel Leal-Henriques：《澳門刑法典註釋及評述（第三冊）》，盧映霞、陳曉疇譯，法律及司法培訓中心2022年版，第539頁。

[33] 參見徐京輝：《澳門刑法總論》，澳門基金會、社會科學文獻出版社2017年版，第82-83頁。

涉及公物損毀的“不顧而去”中，受損的物還包括澳門特別行政區或其他公法人的財產，因而已超出交通事故各當事人可處分權利的範圍，照理應要求公物的所有人與當事人磋商賠償事宜。此時的“不顧而去”將會直接地使公共利益受損。因此，建議牽涉公物損毀的“不顧而去”仍維持刑事化。

本建議在比較法中也能找到依據，內地《實施條例》第八十八條專門規定發生公物損毀交通事故時的處理辦法。不論事故嚴重程度，也不論雙方當事人對事實及成因有否爭議，該條規定：“機動車發生交通事故，造成道路、供電、通訊等設施損毀的，駕駛人應當報警等候處理，不得駛離。機動車可以移動的，應當將機動車移至不妨礙交通的地點。公安機關交通管理部門應當將事故有關情況通知有關部門。”

至於採取公罪或半公罪模式，實質上是基於刑事重要性及給社會帶來的影響而決定的。當中，有些不法性只有某些具利害關係的人士在符合法定時間和形式下，並在程序中作出要求，才可開展程序。立法者有時也要基於充分理由，因為某些犯罪對程序上的決定要求較為謹慎，規定程序的開始取決於第三人的預先介入。當中有兩個重要的理由與本罪有關：第一，刑事政策的原因，面對某些刑事不法訴訟，不建議有權限公共當局超前於特定被害人，在後者不作出追擊下，以自己名義作出追擊；第二，不濫用干預原則—禁止有關當局介入主要參與者（行為人及受害人）涉及個人領域的事實，而有關情況不會對社會法益造成深度打擊，且本身當事人之間可以自行解決，不會對社會安定帶來犧牲的危險。[34] 有意見也指出非公罪大多屬於與公民的個人生活、家庭關係聯繫密切的。[35]

實務上，“不顧而去”損毀的公物大多涉及公務車輛、石墜、燈柱、欄柵、三角錐、水馬、彈力棒等，受損的程度和範圍普遍不大（達嚴重程度的通常已不只涉及“不顧而去”一項罪名了），故可考慮將公物損毀的“不顧而去”改為半公罪（非經告訴不得進行刑事程序），由特區或其他公法人根據實際情況決定是否提出告訴。

3. 調整有關罪狀及增設配套罪名

(1) 明確“交通事故”的定義

無論“交通事故”是否繼續為“不顧而去”罪名所用，強烈建議新《道路交通法》訂定相關定義，明晰應有之義。儘管立法者可能故意留白，留待法律適用者予以充實，但不可忽略的是道路上的異常狀況確實林林種種，模糊之處不勝枚舉，因此亟待法律定義。

香港法例以“交通意外”一詞表達“交通事故”，但沒有定義，其範圍一直透過實踐勾劃，但過程也不是一帆風順的。香港高等法院便曾有法官錯誤詮釋“交通事故”，將由被告一方蓄意造成的交通事件從“交通意外”的概念中排除，抵觸立法原意；相反，內地《道交法》指出“交通事故”是指車輛在道路上因過錯或者意外造成的人身傷亡或財產損失的事件。《道交法》對“車輛”和“道路”的定義[36]也足夠寬廣，且明確規定事故可以出於過錯或無過錯下造成喪失生命和傷害身體完整或對財產造成損害的事件。

基於“交通事故”是其中一個罪狀，對之作出定義是聊勝於無，建議在新《道路交通法》加入有關定義，基本的行文可參照內地法律，但表述須更精確。

---

[34] 參見Manuel Leal-Henriques：《澳門刑法典註釋及評述》（第二冊），盧映霞、陳曉疇譯，法律及司法培訓中心2019年版，第462頁。

[35] 參見李哲：《澳門刑事訴訟法總論》，澳門基金會、社會科學文獻出版社2015年版，第61頁。

[36] 《中華人民共和國道路交通安全法》第119條第（一）項及第（二）項：“‘道路’，是指公路、城市道路和雖然單位管轄範圍但允許社會機動車通行的地方，包括廣場、公共停車場等用於公眾通行的場所。‘車輛’，是指機動車和非機動車。”

(2) 將構成罪狀行為具體化及新增配套罪名

綜觀一些國家和地區，內地和台灣（《台灣地區刑法》第一百八十五之四條）將“不顧而去”行為定為“逃逸”，香港和法國（《道路法典》第二百三十一之一條）則着重於“停止駕駛行為”，都是非常具體的。葡萄牙、安哥拉等葡語系國家（葡萄牙《道路法典》第八十九條、安哥拉《道路法典》第八十八條、莫桑比克《道路法典》第九十二條及東帝汶《道路法典》第八十三條）則規定駕駛員必須向交通事故其餘各方提供其身份、車輛所有人的身份證明、保險人及保單號碼資料（如其餘各方有要求時，提供有關證明文件），以及如事故造成死傷，駕駛員必須在現場等待當局人員到場，違反有關規定，將構成違反秩序或行政違法。

在新《道路交通法》中，第一，建議原有罪名的名稱改為“離開交通事故現場”，罪狀定為“牽涉公物損毀的交通事故者”在“履行法定義務前離開事故現場”（法定義務包括召喚及等待主管當局人員到場跟進、向他方當事人提供身份資料、聯絡及地址資料、保險人及民事責任保險資料等，如他方當事人有要求時，提供有關證明文件），將構成犯罪；第二，新增一項犯罪，名稱為“不報告交通事故”，罪狀定為“如牽涉公物損毀的交通事故現場除交通事故者外沒有任何他方當事人或主管當局人員，則其應召喚及等待主管當局人員到場跟進，或盡快且在任何情況下不得遲於事故發生後兩小時親自前往主管當局報告該事故”，否則構成犯罪。

4. 訂定“不顧而去”非刑事化後的處罰條文

發生交通事故後禁止離開現場的主要目的是保障民事損害賠償權。無論當事人對事故的事實認定、過錯、責任分配等有否爭議，建議非刑事化後，違法行為的名稱改為“離開交通事故現場”，違法前提是“牽涉交通事故者”在“向他方當事人提供法定資料前離開事故現場”（包括身份資料、聯絡及地址資料、保險人及民事責任保險資料等，如他方當事人有要求時，提供有關證明文件），否則構成違法行為。

此外，尚應另訂條文規範特殊情況。第一，規定任一當事人對交通事故的事實認定、過錯、責任分配等存有爭議，則主張存有爭議的當事人須立即召喚主管當局人員到場跟進，為此，建議規定主張存有爭議的當事人不合理地遲延召喚當局人員構成違法行為；第二，規定交通事故現場除牽涉交通事故者外沒有任何他方當事人，則其立即召喚主管當局人員到場跟進，或盡快且在任何情況下不得遲於事故發生後兩小時親自前往主管當局報告該事故，否則構成違法行為；第三，參考比較法，可規定如雙方或多方當事人均對交通事故的事實認定、過錯、責任分配等沒有爭議，則相關當事人可就民事損害賠償自行協商而無須向主管當局報告。

五、結論

打擊交通事故後“不顧而去”理應出師有名，選用相對合適的學說。澳門現行逃避責任罪的立法，可以歸納為“標奇立異，簡單粗疏”。“標奇立異”是指澳門的立法模式難以在比較法中找到類似立法，就連其罪名取材地法國也不使用此等罪狀；“簡單粗疏”是指該罪罪狀空泛虛無，有欠嚴謹，容易誤擊非立法原意想要懲罰的人群，這些情況在刑法中理應是不該出現的。

不論罪成與否，人們基於此空泛的罪名被立案偵查已足以瞠目結舌。這不僅不必要地消耗司法資源，還浪費當事人的寶貴時間和精神，無助於實現公正。長遠來說，逃避責任罪確有修訂的必要。

Abstract: With the active promotion of connectivity in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area, it has become a reality for residents of the three regions to drive vehicles across different jurisdictions under the “one country, two systems” framework. When driving on the road, drivers not only face the risk of traffic accidents but also need to understand how to handle the aftermath of such incidents. Macao’s crime of evading responsibility is not only out of step with similar systems in other countries and regions in terms of its choice of doctrine, design of the crime and punishment system, and judicial practice, but also prone to causing residents of the three areas, including those in the Greater Bay Area, to inadvertently fall into legal trouble after a traffic accident in Macao. Therefore, exploring a comparative legislative study on regulating “hit-and-run” behavior under “one country, two systems” not only highlights theoretical value but also reflects practical needs.It is normal for the three regions to have different evaluations of the act of fleeing the scene of a traffic accident. However, the irrationality and quality problems of the corresponding system in Macao are relatively prominent. Therefore, it is proposed to put forward several suggestions for legislative reform of “hit-and-run” behavior: First, adopt a legislative doctrine that coordinates with Macao law by emphasizing the protection of civil damage compensation, supplemented by maintaining public security order; second, generally decriminalize “hit-and-run” behavior, while maintaining criminal classification for “hit-and-run” involving public property damage but changing it to a semi-public offense; third, adjust the relevant crime definitions and add supporting offenses; fourth, establish penalty provisions following the decriminalization of “hit-and-run,” including clarifying whether it is necessary to summon authorities to the scene for follow-up and the requirements for reporting the accident to the competent authorities.

Key words: Traffic Accident; Hit-and-Run after an Accident; The Crime of Causing Traffic Accidents; The Crime of Failing to Stop after an Accident; The Crime of Evading Responsibility

（責任編輯：昝晨東）

德國近四十年網絡犯罪立法總述評

劉 夢 *

摘 要 德國經由上世紀國內法的初步探索與本世紀國內法與國際法的並進，在四十年間逐步實現了網絡犯罪刑法規制的逐步擴張與刑法條文的逐步完善。其網絡犯罪立法的重點領域同時涉及不純正的網絡犯罪與純正的網絡犯罪。德國針對網絡犯罪的刑事立法具有雙重價值取向，既為了打擊網絡犯罪而採取積極的立法應對，又為了捍衛刑法理論而採取消極的立法應對。但其消極取向仍有所不足，並引發了學界的反思與批判。德國的網絡犯罪立法歷程，能夠為我國今後的相關立法提供啟示。

關鍵詞 德國刑法 網絡犯罪 演化進程 重點領域 價值取向

全球正在急速地向一個全新的“網絡信息社會”“網絡時代”邁進。[1] 網絡時代浪潮中泥沙俱下，信息技術的迭代升級引發了犯罪形態的迭代升級，不僅盜竊、詐騙、侮辱、誹謗等傳統犯罪在互聯網上死灰復燃，非法侵入、破壞計算機信息系統等針對信息系統完整性的計算機犯罪以及針對計算機信息系統所涉內容的數據犯罪也與日俱增。基於網絡技術的即時性、無邊界性等特性，網絡犯罪的刑事治理已經成為世界各國必須應對的時代問題。在此背景下，即使是作為最後手段的刑法，也不得不直面如何針對網絡犯罪進行刑事立法的任務。我國於 1994 年正式接入互聯網，1997 年《刑法》率先對網絡犯罪作出了一定程度的立法回應。隨後的近三十年間，網絡犯罪的立法主要是通過刑法修正案增設新罪、修訂舊罪完成的。良好的司法適用以良好的刑事法制為前提，網絡犯罪的洶湧態勢啟發我們思考如何完善刑事立法。

網絡技術是跨越物理國界的新技術，網絡犯罪的刑事立法也並非全然是本國關起門來的命題。比較研究具有重要意義，為了給我國今後的網絡犯罪立法提供參考，可以從其他法域的既有立法中獲得鏡鑑。德國於 20 世紀 80 年代初正式接入互聯網，自此開始了網絡犯罪的刑事立法進程。隨著歐洲法規的逐步實施，網絡刑法正成為刑法領域中最具代表性的範本，其影響力遠超其他任何刑法領域，堪稱推動歐洲刑法體系一體化的典範。[2] 作為最典型的大陸法系國家，也作為我國刑法教義學發展的最主要借鑒國家，德國的網絡犯罪立法應當也務必成為我國學者的了解對象。然而，目前國內研究針對德國總體刑事立法的述評文章較為多見，針對德國網絡犯罪專門刑事立法的評介成果

* 劉夢，東南大學法學院、柏林洪堡大學法學院聯合培養博士研究生。

[1] 參見孫偉平：《貓與耗子的新遊戲——網絡犯罪及其治理》，北京出版社1999年版，第5頁。

[2] Vgl. Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, § 1, Rn. 7.

卻尚無蹤跡，不能不說是本領域學術研究的一大缺憾。德國的網絡技術發展相較於我國要早，刑事立法對網絡犯罪的相關規制也起步較早，考察德國的立法內容能夠為我國的網絡犯罪立法提供經驗或教訓。因此，以下擬就德國四十年來網絡犯罪立法的演化進程、重點領域、價值取向加以總體評述，以期掇菁擷華，對我國未來的相關刑法修正有所裨益。

一、德國網絡犯罪立法的演化進程

在考察德國網絡犯罪立法的演化進程之前，有必要提及德國刑事立法的基本範疇。從刑事立法的實體來看，頒布於 1871 年的《德意志帝國刑法典》標誌著德國境內刑事立法的統一，現行德國核心刑法也是以該部刑法典為基礎的。從刑事立法的程序上看，德國刑法的修訂首先需要提出立法提案並在聯邦參議院（Bundesrat）網站上公布，相關立法提案的公布以聯邦參議院印刷資料（Drucksachen）為形式，由聯邦參議院決定通過與否。最終通過的立法提案會在聯邦法律公報第一部分（Bundesgesetzblatt Teil I，BGB I）正式公布。[3] 縱向而言，德國的網絡犯罪立法在上世紀依賴國內法的初步探索，在本世紀則依賴國內法與國際法的並進，契合了信息網絡技術本身的無邊界性特質。

（一）上世紀國內法的初步探索

德國的網絡犯罪立法，是與 20 世紀 80 年代現代互聯網的正式誕生同步的。計算機網絡的雛形最早出現在 20 世紀 60 年代，1970 年代 NCP 協議被開發用於處理數據傳輸，直至 1980 年代 TCP/IP 協議成為 ARPANET 的標準協議，才標誌著現代互聯網的正式誕生。雖然德國的刑法典早在 1871 年就已經生效，並歷經了 1969 年的刑法大改革（Große Strafrechtsreform），但此時尚未涵括計算機犯罪的專門規定。上世紀的最後二十年間，德國完成了系統性的網絡犯罪國內立法，通過一部專門法律在刑法典中增設了諸多計算機犯罪罪名，填補了刑法在打擊網絡犯罪中的刑事責任空白；並通過一部刑法修正案使利用網絡實施的傳統色情犯罪認定適應了以軟盤等數據存儲為特徵的計算機時代的要求。

1986 年 5 月，《第二部反經濟犯罪法》的頒布拉開了德國網絡犯罪立法的正式序幕。[4] 隨著互聯網的誕生與發展，通過計算機進行經濟交易十分常見，計算機犯罪的數量較少，但涉及的損失十分高額。實踐中的網絡犯罪主要為針對系統完整性的計算機犯罪以及利用網絡實施的詐騙、偽造證件等傳統犯罪。網絡詐騙、通過互聯網勒索保護費案件的增加，以及在網絡環境中活動的犯罪團夥所使用的尖端技術方法，都證實了網絡犯罪是經濟犯罪的一種表現形式這一假設。[5] 面對因計算機犯罪而產生的重大經濟損失，德國打擊經濟犯罪專家委員會在 20 世紀 80 年代對計算機犯罪的實體刑法問題進行了詳細分析，並在《第二部反經濟犯罪法》中對這些問題進行了規範，以保護計算機系統和數據完整性以及打擊詐騙和偽造證件。[6] 該法在刑法典中增設了窺探數據罪（Ausspähen von Daten, § 202a StGB）、計算機詐騙罪（Computerbetrug, § 263a StGB）、偽造有證據價值的數據罪（Fälschung beweiserheblicher Daten, § 269 StGB）、在涉及數據處理的法律交易中的欺騙罪（Täuschung im Rechtsverkehr bei Datenverarbeitung, § 270 StGB）、變更數據罪（Datenveränderung, § 303a StGB）、破壞計算機罪（Computersabotage, § 303b StGB），包含一系列針對特定形式的所

[3] 聯邦法律公報第I部分包含法律、法令和其他重要公告，除非它們將在聯邦法律公報第II部分中發布。

[4] Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, BGBl. I 1986 S. 721 ff.

[5] Vgl. Vassilaki, Kriminalität im World Wide Web Erscheinungsformen der „Post-Computerkriminalität“ der zweiten Generation, MMR 2006, S. 212.

[6] Vgl. Sieber, Straftaten und Strafverfolgung im Internet, NJW-Beil. 2012, S. 86.

謂計算機犯罪的新罪行。除了增設以上六個計算機犯罪以外，該法還在對第 271 條、第 273 條、第 274 條的修訂中增加了若干數據用詞，使得與數據處理有關的虛假證明 / 證件也成了相關文書犯罪罪名的行為方式，使得偽造證件犯罪的認定適應了計算機時代的要求。

此外，針對利用網絡實施的傳統色情犯罪，1997 年 7 月出台的《規範信息和通信服務框架條件的法律》對刑法總則第 11 條第 3 款“文書”（Schriften）的概念進行了完善。[7] 依據原刑法規定，“文書”需要實質體現物理性。但互聯網的眾多服務不僅改變和大大擴展了信息交流的可能性，而且還以其數字化而著稱。由此產生的信息的非物理性似乎並不容易與要求實質體現物理性的文書概念相一致。因此刑法典第 11 條第 3 款的適用性存在爭議。[8] 該法規定，《刑法》第 11 條第 3 款修訂後的措辭如下：“在提及本款的條款中，聲音和圖像載體、數據存儲介質、插圖和其他表述應被視為等同於文本。”通過這一修訂，立法者考慮到了信息和通信技術的深刻變化以及由此增加的非法內容的使用和傳播可能性，使色情刑法適應了以軟盤等數據存儲為特徵的計算機時代的要求。

（二）本世紀國內法與國際法的並進

雖然《第二部反經濟犯罪法》初步建立起了打擊網絡犯罪的德國國內法體系，但隨著網絡技術的全球擴展與無邊界特性顯現，德國認識到網絡犯罪的刑事立法事實上並不是一國的單打獨鬥，而是應當集合國家間的共同力量與協調努力。21 世紀以來，德國參與了眾多國際立法，網絡犯罪立法呈現出國內法與國際法的並進趨勢。

在歐洲層面，歐洲委員會試圖在單一公約中涵蓋網絡犯罪，歐盟則在不同公約中處理各種形式的網絡犯罪。2001 年，德國參與簽署了歐洲委員會《網絡犯罪公約》（Cybercrime Konvention）（以下簡稱《公約》）。《公約》於 2004 年 7 月 1 日生效，被稱為網絡犯罪領域最重要的歐洲和國際法律依據，其試圖在實體法中盡可能多地對網絡犯罪加以涵蓋。除了對數據和系統的攻擊（第 2-6 條）外，還有關於“與計算機有關的偽造”（第 7 條），“與計算機有關的詐騙”（第 8 條），兒童色情（第 9 條）和侵犯版權（第 10 條）的規定。[9]2005 年，德國參與簽署了歐盟理事會《關於攻擊信息系統的框架決定》（以下簡稱《框架決定》）。[10]《框架決定》補充了歐盟為保護對現代信息和服務社會如此重要的通信基礎設施而采取的許多舉措。《框架決定》與《公約》在內容上有許多相似之處，例如，《框架決定》中包含的一些罪行與《公約》的規定幾乎一字不差。然而，這兩項法規在領土範圍、實質內容上都存在差異。2013 年，德國參與簽署了《關於針對信息系統的攻擊的指令》，取代了上述《框架決定》。[11] 此外，德國還參與簽署了 2001 年《關於打擊詐騙和偽造非現金支付手段的框架決定》，[12]2003 年《關於打擊對兒童的性剝削和兒童色情製品的框架決定》，[13]2011 年《關於打擊對兒童的性虐待和性剝削以及兒童色情製品的指令》，[14]2016 年《網絡和信息安全指令》，[15]2016 年《關於在個人數據處理方面保護自然人以及關於此類數據自由流動的條例》，[16]2016 年《關於在主管當局為預防、調查、偵查或起訴刑事犯罪或執行刑事處

[7] Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations-und Kommunikationsdienste (Informations-und Kommunikationsdienste-Gesetz - luKDG)BGBl. I 1997 I S. 1870 ff.

[8] Vgl. Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012. S. 53 f.

[9] Vgl. Reindl-Krauskopf, Cyber-Kriminalität, ZaöRV 2014, S. 563.

[10] RB 2005/222/JI des Rates vom 24.2.2005 über Angriffe auf Informationssysteme.

[11] RL 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.8.2013.

[12] RB 2001/413/JI des Rates vom 28.5.2001.

[13] RB 2004/68/JI des Rates vom 22.12.2003.

[14] RL 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011.

[15] RL 2016/1148 EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.2016.

[16] VO 2016/679 EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016.

罰之目的處理個人數據時保護自然人，以及關於此類數據的自由流動的指令》，[17] 等等。

在國內立法與國際立法的基礎上，德國本世紀的網絡犯罪立法呈現國內立法與國際立法的協同局面，並且，國際立法逐漸成為德國網絡犯罪國內立法的外部動力。從歐洲委員會《公約》到歐盟理事會《框架決定》，再到歐洲議會和理事會的第 2016/679 號條例以及第 2016/680 號指令，這些國際立法都不是簡單的宣示性立法，而是通常都會規定一定的時間期限，明確要求簽署國在一定期限內必須將條約的內容轉化規定為本國法律。根據德國《基本法》第 59 條第 2 款（Art. 59 Abs. 2 GG），[18] 公約只有在轉化為國家法律後才生效。國內立法和國際立法都要求德國通過立法程序，將已經參與簽署的國際立法轉化為國內法律，在國內法基礎上簽署的國際立法反過來成為對國內法的立法要求。因此，21 世紀以來德國網絡犯罪的立法基本上都受到國際條約和框架的強烈影響，追求與之相協調，國內相關立法在很大程度上也是對所參與簽署的國際條約加以全部轉化或部分轉化的義務體現。例如，2007 年的第 41 次刑法修正案旨在將《公約》和《框架決定》（部分）轉化為國家法律；2015 年的第 49 次刑法修正案旨在實施歐洲性刑法的指導要求；2015 年《反腐敗法案》旨在將歐盟自 2013 年起實施的《關於針對信息系統的攻擊的指令》第 16 條轉化為國內法；2020 年的第 57 次刑法修正案則旨在實施歐洲委員會《保護兒童不受性剝削和性虐待公約》第 23 條和歐盟《關於打擊對兒童的性虐待和性剝削以及兒童色情製品的指令》第 6 條。[19]

二、德國網絡犯罪立法的重點領域

網絡犯罪的相關立法事實上涉及網絡犯罪的各種表現形態，不同的網絡犯罪形態在犯罪結構、社會危害性上都存在差異，相應的立法策略也應有所不同。根據德國“州刑事警察辦公室與聯邦刑事警察辦公室負責人工作組”（AG Kripo）的定義，網絡犯罪包括針對互聯網、其他數據網絡、信息技術系統及其數據的刑事犯罪，或利用這種信息技術實施的刑事犯罪。[20] 因而，雖然德國刑法學界以及司法實踐中存在計算機犯罪、信息和通信犯罪、狹義的網絡犯罪、以網絡為手段的犯罪等諸多提法，但網絡犯罪總體上可以被區分為不純正的網絡犯罪和純正的網絡犯罪兩種形式。對網絡犯罪類型的劃分要求把握新型網絡犯罪發展與傳統刑法規範之間的張力，網絡犯罪的根本區分在於傳統刑法規範能否毫無疑問地適用。大致而言，“針對互聯網、其他數據網絡、信息技術系統及其數據的刑事犯罪”屬於純正的網絡犯罪，“利用這種信息技術實施的傳統刑事犯罪”屬於不純正的網絡犯罪。因應網絡犯罪形態的迭代演化，德國立法者也在不同時期推動網絡犯罪立法的階段演化、轉換網絡犯罪的立法重點。

（一）不純正的網絡犯罪的相關立法

由於互聯網的濫用一直與兒童色情犯罪、性犯罪、知識產權犯罪等傳統犯罪相關，德國關於不純正的網絡犯罪的相關立法也主要是圍繞這幾類犯罪展開。除了以上介紹的 1997 年對文書概念的時代修訂，四十年來德國不純正的網絡犯罪相關立法主要包括 2003 年新《版權法》（UrhG）對主要用於規避保護措施的設備的商業製造和銷售犯罪的增設、2007 年刑法典跟蹤罪的修訂、2015 年刑法典性虐待兒童罪犯罪手段的增加、2020 年刑法典網獵未遂刑事責任的增設、2021 年刑法典跟蹤罪的修訂。以上刑事立法主要涉及利用網絡實施的侵犯知識產權的犯罪和侵犯人身權利的犯罪。

[17] RL 2016/680 EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016.

[18] 德國《基本法》第59條第2款規定：“調整聯邦的政治關係或涉及聯邦立法事項的條約應要求主管聯邦立法機關以聯邦法律的形式的同意或參與。行政協定適用聯邦行政規定。”

[19] 在此列舉的諸多刑事立法的具體內容將在後文詳述。

[20] Vgl. Wachter, Klausurrelevante Probleme aus dem Bereich der Cyberkriminalität, JA 2019, S. 827.

一是侵犯知識產權犯罪的相關立法。互聯網的發展便利了各類作品的傳播，在本世紀初關於版權法改革的討論中，音樂行業通過媒體再次呼籲對在互聯網上分享受版權保護的作品進行刑事制裁。2003 年 9 月，經過聯邦議院和聯邦參議院的激烈談判，新《版權法》正式生效。[21] 新法第 106 條至第 111a 條規定了刑事處罰條款和行政罰金條款，其中新增的“未經授權干擾技術保護措施和權利管理所需信息的犯罪”（Unerlaubte Eingriffe in technische Schutzmaßnahmen und zur Rechtewahrnehmung erforderliche Informationen, § 108b UrhG），將主要用於規避保護措施的設備的商業製造和銷售定為刑事犯罪。[22]

二是侵犯人身權利犯罪的相關立法。對於利用網絡實施的侵犯人身權利尤其是性權利的犯罪，德國的刑事立法十分頻繁。2007 年 3 月《持續跟蹤刑事責任法（第 40 次刑法修正案）》修訂“跟蹤罪”（Nachstellung, § 238 StGB），用以規制網絡時代對他人的跟蹤與騷擾行為。根據該條，任何人未經許可均不得長時間或反復實施跟蹤、守候、撥打無聲電話、以電子通訊工具發送信息或郵件等行為。[23]2015 年 1 月《第 49 次刑法修正案——實施歐洲性刑法指導要求》對性虐待兒童罪（Sexueller Missbrauch von Kindern, § 176 StGB）進行了完善，添加“使用信息和通信技術”的犯罪手段。[24] 該款修正案值得積極評價，因為經過多年的批評，通過現代通訊媒體進行的接觸準備性虐待現在首次被定為刑事犯罪。雖然本罪在之後的刑法修正中經過了較大修改，此處增加的規定也被刪除，但此次修正對於司法認定的積極作用是毋庸置疑的。2020 年 3 月《第 57 次刑法修正案——網獵未遂的刑事責任》新增規定，刑法典第 176 條未遂同樣應受處罰。[25] 針對網絡跟蹤犯罪，2021 年 8 月《關於更有效地打擊跟蹤行為，更好地記錄網絡跟蹤行為，以及改進刑法對強迫賣淫行為的保護刑法修正案》並沒有引入針對網絡跟蹤的具體規範，而是對刑法典第 238 條“跟蹤罪”進行了系統重組。[26]

（二）純正的網絡犯罪的相關立法

隨著技術的發展，純正的網絡犯罪在不同時代階段呈現不同的表現形式。在純正網絡犯罪內部，德國的立法重點從計算機犯罪逐漸轉移到數據犯罪再轉移到平台犯罪，刑法的保護範圍從特定主體的計算機系統擴展到一般主體的計算機系統，呈現階段性重點轉移的特點。

1. 攻擊計算機系統本身的犯罪及針對特殊主體計算機系統所儲存數據的犯罪

在互聯網發展的早期階段，所謂的網絡犯罪行動通常針對 IT 系統的機密性、可用性和完整性。尤其是計算機病毒和所謂的惡作劇，即有關此類病毒的虛假報告，構成了潛在損害的很大部分。除了這些主要針對 IT 系統完整性的攻擊之外，通過黑客攻擊或攔截傳輸路徑上的數據來獲取公司和商業秘密也發揮著重要作用，因為它也會造成嚴重損害。[27] 因而，德國在此階段的網絡犯罪立法重點在於增設攻擊計算機系統本身的犯罪以及針對公司、當局等特殊主體計算機系統及其所儲存數據的犯罪，主要涉及 1986 年《第二部反經濟犯罪法》在刑法典中增設的幾個罪名。

前文已經提及，《第二部反經濟犯罪法》在刑法典中增設了窺探數據罪（§ 202a StGB）、計

[21] Vgl. Gercke, Die Rechtsprechung zum Internetstrafrecht im Jahr 2003, ZUM 2004, S. 443.

[22] Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BGBI. I 2003 S. 1774 ff.

[23] Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (40.StrÄndG), BGBI. I 2007 S. 354 ff.

[24] Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht, BGBl. I 2015 S. 10 ff.

[25] Siebenundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Versuchsstrafbarkeit des Cybergroomings, BGBl. I 2020 S. 431 ff.

[26] Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings sowie Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen Zwangsprostitution, BGBl. I 2021 S. 3513 ff.

[27] Vgl. Beukelmann, Surfen ohne strafrechtliche Grenzen, NJW 2012, S. 2617.

算機詐騙罪（§263a StGB）、偽造有證據價值的數據罪（§269 StGB）、在涉及數據處理的法律交易中的欺騙罪（§270 StGB）、變更數據罪（§303a StGB）、破壞計算機罪（§303b StGB）。在此對增設的六個罪名進一步具體介紹。根據第 202a 條，“任何人未經授權獲取非為其提供且特別保護防止未經授權訪問的數據”應當受到刑事處罰。根據第 263a 條，“任何人出於為自己或第三方獲取非法財產利益的意圖，通過不正確地設計程序、使用不正確或不完整的數據、未經授權使用數據或以其他方式未經授權影響程序，影響數據處理操作的結果，從而損害他人的財產”將承擔刑事責任。該罪名為“計算機詐騙罪”，旨在填補第 263 條中的空白，即只有人，而不是機器，才能屈服於“錯誤”。因為刑法典第 263 條規定了人為錯誤，而當數據處理系統受到影響時，人為錯誤往往是不存在的。[28] 根據第 269 條，“任何人為了在法律交易中進行欺騙，存儲或更改具有證據價值的數據，使其一旦被發現就會構成虛假或偽造的文件，或使用以這種方式存儲或更改的數據”將承擔刑事責任，該條通過將文件的犯罪對象替換為與證據相關的數據對象來填補刑事責任的空白。[29] 根據第 270 條，“在法律交易中以虛假方式影響數據處理等同於法律交易中的欺騙”。根據第 303a 條，任何刪除、壓制、使其無法使用或更改第 202a 條所定義的數據（即未直接感知地存儲在數據載體上的數據）的人都應當承擔刑事責任。根據第 303b 條，任何人通過變更數據（第 303a 條）或破壞、損壞、使其無法使用、刪除或修改數據處理系統或數據載體，干擾對第三方業務、第三方公司或公共當局至關重要的數據處理，都應當承擔刑事責任。第 303a 條和第 303b 條的增設，旨在填補第 303 條及其後的空白。[30]

2. 侵入計算機系統本身的犯罪、針對一般主體計算機所儲存數據的犯罪及這兩類犯罪所衍生出的數據交易犯罪

隨著互聯網的進一步發展，不僅攻擊計算機信息系統的犯罪行為繼續氾濫，單純的侵入行為，即黑客行為也因其危害性具有刑事追責的必要；不僅針對外部企業、公司和當局計算機系統數據的犯罪繼續氾濫，而且私人計算機系統的數據也有必要加以刑法保護。此外，互聯網上存在活躍的非法獲取數據交易，犯罪者在論壇以及所謂暗網上出售在滲透計算機系統時獲得的數據。因而，德國在此階段的立法重點在於增設侵入計算機系統本身的犯罪、針對私人等一般主體計算機所儲存數據的犯罪以及這兩類犯罪所衍生出的數據交易犯罪，主要涉及 2007 年《打擊計算機犯罪的第 41 次刑法修正案》在刑法典中對相關罪名的修訂與增設以及 2015 年《關於引入交通數據存儲義務和最長存儲期的法案》對窩藏數據罪的增設。

2007 年 8 月的《打擊計算機犯罪的第 41 次刑法修正案》修訂了窺探數據罪（§202a StGB）、變更數據罪（§303a StGB）、破壞計算機罪（§303b StGB），增設了截獲數據罪（Abfangen von Daten, §202b StGB）、預備窺探和截獲數據罪（Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten, §202c StGB）。[31] 該法改革了實體計算機刑法的核心領域，將信息和通信技術迅速發展所產生的濫用可能性定為刑事犯罪。[32] 具體而言，根據修訂後的第 202a 條，通過克服訪問安全措施來獲取特別保護的數據構成刑事犯罪。根據新增的第 202b 條，“任何人未經授權並使用技術手段從非公開數據傳輸或從數據處理系統的電磁輻射中為自己或他人獲取並非為其準備的數據（第

[28] Vgl. Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht Ein Grundriss, 2. Aufl. 2012. S. 148.

[29] Vgl. Ceffinato, Einführung in das Internetstrafrecht, JuS 2019, S. 337.

[30] Vgl. Haft, Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) - Teil 2: Computerdelikte -, NStZ 1987, S. 6.

[31] Einundvierzigstes Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität (41. StrÄndG), BGBl. I 2007 S. 1786 ff.

[32] Vgl. Gröseling/Höfinger, Computersabotage und Vorfeldkriminalisierung Auswirkungen des 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität, MMR 2007, S. 626.

202a 條第 2 款）”，將被定為截獲數據罪。通過引入該罪行，立法機關執行了《公約》第 3 條的要求。[33] 根據新增的第 202c 條，窺探和截獲數據的預備行為也將被認定為犯罪。根據修訂後的第 303a 條，第 202c 條相應適用於本條第 1 款所述犯罪的預備行為。根據修訂後的第 303b 條，破壞計算機罪經歷了最徹底的重新設計，既涉及犯罪的對象和行為，也涉及第 202c 條第 2 款在預備階段的相應應用。

2015 年 12 月《關於引入交通數據存儲義務和最長存儲期的法案》增設了窩藏數據罪（Datenhehlerei，§ 202d StGB）。根據第 202d 條，“任何人獲取他人通過非法行為獲取的一般人無法獲取的數據（第 202a 條第 2 款），並將其提供給他人、傳播或以其他方式使他人獲取這些數據，以達到使自己或第三方致富或傷害他人的目的”，應承擔刑事責任。[34]

3. 個人數據自由流動過程中的犯罪以及在互聯網上經營犯罪交易平台的犯罪

因應互聯網的最新時代發展，個人數據的自由流動被納入歐洲議會和理事會條例和指令，個人數據自由流動過程中的違法犯罪呈現遞增態勢；在互聯網經營犯罪商品和服務的犯罪平台，尤其是在暗網上經營交易的犯罪平台，成為網絡犯罪的最新表現形態。因而，德國在此階段的立法重點在於增設個人數據自由流動過程中的犯罪以及在互聯網上經營犯罪交易平台的犯罪，主要涉及 2017 年新《聯邦數據保護法》第 42 條、第 84 條的刑事條款以及 2021 年刑法修正案增設的在互聯網上經營犯罪交易平台罪。

2017 年 7 月新《聯邦數據保護法》（Bundesdatenschutzgesetz，BDSG）的出台是德國數據保護領域的關鍵立法，也是德國網絡犯罪治理的重要立法。該法通過《歐盟第 2016/679 號條例數據保護法適應法和歐盟第 2016/680 號指令實施法》頒行，本身也是為了適應歐洲相關指令和條例的新要求。新《聯邦數據保護法》第 42 條和第 84 條規定了刑事條款。根據第 42 條，“任何人未經授權，在知情的情況下將大量不公開的個人數據，傳送給第三方或以任何其他方式獲取，並在此以商業方式行事”以及“任何人就不公開的個人數據未經授權處理或通過提供虛假信息騙取此類數據，以此獲取報酬或意圖使自己或他人致富或傷害他人”，均應追究刑事責任。根據第 84 條，“對於公共機構在第 45 條第 1、3 或 4 款規定的活動範圍內處理個人數據，第 42 條相應適用。”[35]

2021 年 8 月《關於在互聯網上經營犯罪交易平台刑事責任的刑法修正案》增設了在互聯網上經營犯罪交易平台罪（Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet，§ 127 StGB）。由於德國刑法中並不存在單位的刑事責任，這一新增罪名針對的是犯罪交易平台的經營者。根據第 127 條，“任何人在互聯網上經營以便利或促進實施非法罪行為目的的交易平台”，應當承擔刑事責任。[36]

三、德國網絡犯罪立法的價值取向

在國際條約簽署和國內立法轉化的過程中，在不純正網絡犯罪與純正網絡犯罪的立法重點轉換過程中，德國逐步實現了網絡犯罪刑事規制的逐步擴張與刑法條文的逐步完善。近四十年來德國網絡犯罪立法在總體上並非興致所至的回應型立法，而是具有雙重價值取向：既為了打擊網絡犯罪而採取積極的立法應對，增設新罪以填補刑法漏洞、修訂舊罪以完善刑法適用；又為了捍衛刑法理論

[33] Vgl. Schumann, Das 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität, NStZ 2007, S. 675.

[34] Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten, BGBl. I 2015 S. 2218 ff.

[35] Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, BGBl. I 2017 S. 2097 ff.

[36] Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet BGBl. I 2021, S. 3544 ff.

而採取消極的立法應對，在司法能夠優先應對時不再加以立法，既有立法也具有漸進性與保留性。但德國網絡犯罪立法的消極面向仍有所不足，並引發了學界的反思與批判。

（一）積極取向：打擊網絡犯罪的立法積極應對

網絡刑法過去和現在關注的問題是，是否以及在多大程度上可以利用現有的刑法工具有效打擊通過互聯網實施的各種形式的犯罪。[37] 刑事立法者雖然不能陷入對網絡犯罪輕率甚至恐慌的過度反應之中，但在現有刑法手段不夠的情況下仍然應當果斷應對，通過有效的新的和補充的規定來應對挑戰。我國通常認為德國刑法尤其是核心刑法具有超長的穩定性，但恰恰相反，德國的刑事立法事實上十分活躍。如果登錄聯邦參議院網址，就會發現幾乎每天都有一部新的立法提案提呈。

面對司法實踐中網絡犯罪的嚴峻態勢，以及那些依據現有刑法手段無法加以規制的刑法漏洞，德國通過立法彌補刑事責任的空白。根據警方犯罪統計數據（Polizeilicher Kriminalstatistik，PKS），2011 年記錄在案的利用互聯網實施的犯罪達 222,267 起，通過互聯網傳播色情作品的案件下降到 5,168 起，而窺探和截獲數據案件（包括預備犯罪）上升到 12,197 起。[38]2015 年，德國經濟研究所估計，僅德國每年就發生 1,470 萬起網絡犯罪案件，損失達 34 億歐元；同年共記錄了約 630 萬起犯罪，其中約 7 萬起所謂的計算機犯罪。[39]2018 年網絡攻擊數量再次大幅增加。雖然無針對性的群發郵件有所減少，但企業越來越多地面臨有針對性和複雜的攻擊活動。[40] 正是基於網絡犯罪的司法嚴峻態勢，德國相關核心刑法的修正案以及附屬刑法不勝枚舉。儘管如此，還是有學者指出，在過去兩個立法期間，刑事政策的總體特點是停滯不前和選擇性措施，而不是大膽的新提案。[41] 積極的立法應對是德國網絡犯罪立法的基本價值取向。這一價值取向的表現既包括通過增設新罪以填補刑法漏洞，也包括修訂舊罪以完善刑法適用。

1. 增設新罪以填補刑法漏洞

在近四十年的立法探索中，德國的刑事法制體系增設了諸多網絡犯罪罪名填補現行法律中的空白。相關罪名的增設通常經歷了多次立法提案的考驗，此處就窩藏數據罪（§ 202d StGB）與在互聯網上經營犯罪交易平台罪（§ 127 StGB）加以佐證。

“窩藏數據罪”由 2015 年《關於引入交通數據存儲義務和最長存儲期的法案》引入。由於數據的傳播有其自身的價值，在無數論壇以及所謂暗網中，都有出售犯罪者非法獲得的數據集和整個數據庫的非法數據交易。因而，將非法獲得的數據的交易定為刑事犯罪成為德國立法的目標。在 2012 年 7 月舉行的第 83 屆司法部長會議上，通過了一項關於采取措施將窩藏數據定為刑事犯罪的決議。2012 年 9 月舉行的第 69 屆德國法學家大會也討論了這一主題並通過決議，呼籲將數據窩藏定為犯罪。[42]2013 年 4 月，黑森州提出的法律草案通過引入一項新的數據窩藏刑事犯罪（StGB-E 第 259a 條），以解決在交易安全代碼或最初安全和非法獲取的數據的案件中存在的刑事責任漏洞的問題。[43]2013 年 6 月，聯邦參議院通過了將窩藏數據定為刑事犯罪的法律草案。該草案強調，現有刑法僅部分涵蓋了為牟利或造成損害而傳輸非法獲得的數據本身，無法充分有效地應對大規模濫用這些數據的風險，因而需要引入新的數據窩藏刑事犯罪（StGB-E 第 202d 條）來解決現有

[37] Vgl. Heinrich, Neue Medien und klassisches Strafrecht - § 184b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz, NStZ 2005, S. 361.

[38] Vgl. Beukelmann, Surfen ohne strafrechtliche Grenzen, NJW 2012, S. 2617.

[39] Vgl. Goger/Stock, Cybercrime - Herausforderung für die internationale Zusammenarbeit, ZRP 2017, S. 10.

[40] Vgl. Klarmann/Waag, Cybercrime und Arbeitsrecht, NZA-Beilage 2019, S. 107.

[41] Vgl. Weigend, Kriminalpolitik bis 2025 - Erwartungen und Wünsche, KriPoZ 1 | 2022, S. 1.

[42] Vgl. Gercke, Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2014/2015, ZUM 2015, S. 772.

[43] Vgl. https://netzpolitik.org/wp-upload/Gesetzentwurf-Datenhehlerei.pdf.

刑事責任漏洞。[44]2014 年 2 月，聯邦參議院通過了未經修改的將數據窩藏定為刑事犯罪的法律草案。[45]2015 年 6 月，聯邦參議院再次通過法律草案，將數據窩藏犯罪隱藏在了引入交通數據存儲義務和最長存儲期的法律草案之中。[46]2015 年 12 月，刑法典第 202d 條最終引入。

“在互聯網上經營犯罪交易平台罪”由 2021 年《關於在互聯網上經營犯罪交易平台刑事責任的刑法修正案》引入。2018 年初聯邦政府簽署的聯盟協議指出，在刑事責任存在漏洞的地方，將引入運營犯罪基礎設施的刑事責任，以特別懲治在互聯網上的經營犯罪商品和服務的暗網交易場所等行為。2019 年 1 月，北萊茵 - 威斯特法倫州向聯邦參議院提交了一項立法提案，將經營基於互聯網的非法商品和服務交易平台定為刑事犯罪。該立法提案是在暗網的特定語境中衍生出來的，由於沒有傳統組織結構的具體分工合作形式，“正犯和共犯的立法預設很難轉移到基於互聯網的現代犯罪人結構中”。因此建議引入刑法典第 126a 條，即針對“提供服務為刑事犯罪提供便利”的新犯罪。[47]2019 年 4 月，聯邦參議院通過了以上未經修改的立法提案。[48]2021 年 3 月，聯邦參議院再次通過立法提案，此立法提案不再局限於暗網平台，而是擴展至全部的互聯網平台。該立法提案認為，幫助犯規則在打擊此類犯罪上可能是不夠的，之前關於正犯和共犯的刑法結構並不總是適合充分涵蓋互聯網領域的這些形式的犯罪。因此有必要補充刑法規定，增設在互聯網上經營犯罪交易平台罪。[49] 通過一年半內三部立法提案的努力，刑法典最終增設了第 127 條。

2. 修訂舊罪以完善刑法適用

在刑事立法者不斷增設新罪名的同時，既有罪名也在立法活動中不斷受到修訂，既涉及純正的網絡犯罪也涉及不純正的網絡犯罪，以適應網絡時代的適用要求。

針對純正的網絡犯罪，2007 年《打擊計算機犯罪的第 41 次刑法修正案》對窺探數據罪（§ 202a StGB）和破壞計算機罪（§ 303b StGB）的修訂具有一定的代表性。根據修訂後的第 202a 條，黑客行為被明確納入犯罪範疇。該條修訂旨在填補刑事責任的空白，因為 1986 年規定的第 202a 條認為僅僅侵入計算機系統還不是值得處罰的對法益的損害，放棄了對黑客攻擊刑事責任的追究。根據修訂後的第 303b 條，破壞計算機罪通過兩個變化經歷了最徹底的重新設計。第一個變化是，不僅外部公司和當局的計算機系統，而且私人計算機也被納入第 303b 條的保護範圍；第二個變化是引入了兩個新的行為變體。隨著輸入和傳輸數據的納入，所謂的“拒絕服務攻擊”現在也毫無疑問地納入了第 303b 條的保護範圍。[50]

針對不純正的網絡犯罪，立法者對既有罪名的修訂主要集中在利用網絡實施的性犯罪領域。在前文介紹的相關罪名增設與修訂中，“網獵”（Cybergrooming）與“網絡跟蹤”（Cyberstalking）的刑事立法具有一定的代表性。其一，兒童在互聯網上成為網獵的受害者是個可悲的現實。網獵是指戀童癖罪犯通過電子通訊形式（例如聊天室）與兒童建立聯係，說服他們見面，然後對他們進行性虐待的現象。[51] 現行刑法很容易涵蓋性虐待；唯有爭議的是，建立聯係和勸說見面的預備行為是否受到懲罰。為此，2020 年第 57 次刑法修正案將網獵未遂認定為刑事犯罪。其二，網絡跟蹤十分頻繁。長時間的強迫性騷擾稱為跟蹤，在網絡跟蹤下，跟蹤的犯罪手段是平板電腦、智能手機

[44] BR-Drucks. 284/13.
[45] BR-Drucks. 70/14.
[46] BR-Drucks. 18/5088.
[47] BR-Drucks. 33/19.
[48] BR-Drucks. 19/9508.
[49] BR-Drucks. 19/28715.
[50] Vgl. Gercke, Die Entwicklung des Internetstrafrechts im Jahr 2006, ZUM 2007, S. 282.
[51] Vgl. Brodowski/Freiling, Cyberkriminalität, Computerstrafrecht und die digitale Schattenwirtschaft, 2011. S. 91.

等。[52]2007 年刑法典第 238 條“跟蹤罪”的修訂為利用刑法手段更有效地打擊跟蹤者奠定了法律基礎，但並沒有增加任何針對網絡跟蹤的內容。由於技術進步，網絡跟蹤案件正在增加。即使沒有深入的 IT 知識，犯罪者也可以使用應用程序未經授權訪問受害者的電子郵件或社交媒體賬戶或以受害者的名義發布照片。2021 年的刑法修正案為此對跟蹤罪進行了系統重組。

（二）消極取向：捍衛刑法理論的立法消極應對

依托多元化的刑事立法模式、立足時代化的網絡犯罪形態，德國網絡犯罪的相關立法可謂十分頻繁。但是，德國在積極采取立法手段打擊網絡犯罪的同時，也盡力保持著較為消極審慎的立法態度。為了維護刑法規範以及刑法教義學的穩定性，在整體上，德國網絡犯罪的刑事立法擴張是一種緩慢的擴張：在刑事司法能夠應對相關網絡犯罪時，盡量避免直接立法；即使不得不加以刑事立法，相關的立法也具有漸進性與保留性。

1. 司法的適用與優先

針對不純正的網絡犯罪，德國盡量通過刑事司法將傳統犯罪的網絡形式直接解釋進具體罪名的構成要件之中，這一思路在四十年間是一以貫之的。在以網絡形式出現的傳統犯罪中，更多體現的是刑法解釋問題而非刑事立法問題。個別案件雖然可以歸類為網絡犯罪，但其本身代表的是傳統事件，在技術上人人都能理解，因此不需要進一步解釋。[53] 對於此類犯罪，只要掌握並理解了相關法規的解釋，就能夠應對網絡犯罪領域出現的問題，刑事司法在不純正網絡犯罪的治理中發揮著更為重要的作用。

例如，網絡環境下的“濫用身份證件罪”（Missbrauch von Ausweispapieren, § 281 StGB）是典型的傳統犯罪，刑法對本罪的數次修正也並沒有對其網絡犯罪形式加以規定，但這並不妨礙聯邦最高法院刑事第五審判庭在判決中通過解釋將第 281 條的罪行轉移到數字時代。[54] 在聯邦最高法院的多起裁判中，法院均認為本條第 1 款第 1 句所指的身份證件也可用於在法律交易中進行欺騙，即出示真實身份證件的副本或以電子方式傳輸其圖像以欺騙身份。[55] 又如，通過信息網絡形式侵犯知識產權的大量犯罪行為仍然可以涵攝在《版權法》“未經授權利用版權作品”（Unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke, § 106 UrhG）之下。再如，互聯網兒童色情犯罪歷來是網絡犯罪的重災區，近幾十年來互聯網已成為兒童色情製品的主要分銷渠道。在德國立法者不斷擴大對互聯網兒童色情犯罪打擊範圍的同時，刑事司法機關也通過法律適用將在互聯網上的兒童色情犯罪納入刑法規制範圍。在 2001 年作出的在互聯網上傳播兒童色情作品的判決中，聯邦最高法院放棄了之前關於“傳播著作”的判例法並認為，與以前的理解相反，互聯網領域的“傳播”一詞不一定要求有形的傳輸，如果有關文件僅以某種方式（包括非有形的傳輸）到達互聯網用戶的計算機，“傳播”就已經存在，從而為將刑法典第 176 條“性虐待兒童罪”的犯罪變體適用於互聯網犯罪鋪平了道路。[56]

2. 立法的漸進與保留

在刑事司法無法解決的純正網絡犯罪領域，德國主要通過刑事立法的手段擴充罪刑規範。然而，德國網絡犯罪的立法雖然在總體上呈現擴張趨勢，但這種擴張是一種緩慢且較為理性的擴張，相關立法呈現漸進性與保留性的特徵。

其一，德國的網絡犯罪立法具有漸進性特徵。在任何一部法案正式出台之前，聯邦參議院都會

[52] Vgl. Huber, Cybercrime Eine Einführung, 2019. S. 114.

[53] Vgl. Wachter, Klausurrelevante Probleme aus dem Bereich der Cyberkriminalität, JA 2019, S. 827.

[54] Vgl. Ceffinato, Aktuelles Internetstrafrecht, JuS 2021, S. 311.

[55] BGHSt 20, 17; BGHSt 65, 98.

[56] BGHSt 47, 55.

將相應的立法提案公布在官方網站上，立法提案必須先對刑事責任方面是否存在漏洞以及在多大程度上存在漏洞進行詳細的調查。並非提出的每個立法提案都會被通過，相反，許多提案歷經多年仍被擱置。例如，2019 年 3 月聯邦參議院公布了“信息技術安全法 2.0”（IT Sicherheitsgesetz 2.0）立法草案，其中除了對現行《信息技術安全法》進行修訂外，還規定了與刑法典和刑事訴訟法典有關的意義深遠的措施。如果該草案得到落實，它將不亞於自 1986 年《第二部反經濟犯罪法》頒布以來對核心計算機刑法進行的最根本性改革。[57] 然而，2020 年 5 月提交的立法提案刪除了與刑法典和刑事訴訟法典有關的擬議修正案，從而直接終止了借此改革核心網絡刑法的任務。

其二，德國的網絡犯罪立法具有保留性特徵。無論對新罪的增設抑或對舊罪的修訂，核心刑法與附屬刑法都力求規定得十分具體且克制，秉持限制性擴張態度。例如，1986 年增設的窺探數據罪（§ 202a StGB）並未一刀切地將侵入或獲取計算機信息系統數據等窺探行為認定為刑事犯罪，而是僅將未經授權獲取非為其提供且特別保護防止未經授權訪問的數據定為刑事犯罪。直至 2007 年，立法者才將這一罪行擴大到包括僅僅獲取這些數據的行為，即簡單地繞過安全措施而不窺探數據。主要原因在於，在 20 世紀 80 年代，僅僅侵入計算機系統還不被認為是值得處罰的對法益的損害，不應以過度刑事化為代價追究黑客攻擊的刑事責任。[58] 又如，2021 年增設在互聯網上經營犯罪交易平台罪（§ 127 StGB）之前，有學者提出，有必要擴大對被禁止的網上交易的適當提及，也有必要將刑事責任擴大到交易平台以外，以提供促進任何犯罪的基礎設施措施。[59] 但最終頒布的刑法典仍然將刑事責任限制在了交易平台範圍之內。

3. 學界的反思與批判

雖然德國的網絡犯罪立法通過司法的適用與優先、立法的漸進與保留體現了一定程度的消極價值面向，但這種消極的立法應對尚未讓學界全然滿意，而是始終面臨著刑法學界的批判與詰難。伴隨著德國網絡犯罪刑事立法近四十年來的擴張，主流觀點認為，立法者制定了許多不必要的罪名。當然，學界的批判並沒有完全阻擋德國立法者相關網絡犯罪立法的腳步，相關新增罪名也已規定在刑法典之中。但學界的反思與詰難在一定程度上也會對立法者產生壓力，迫使其在今後的網絡犯罪立法過程中做出更充分和更詳盡的調查與論證。

例如，在 1986 年頒布《第二部反經濟犯罪法》之時，就有學者提出是否有必要進行如此全面的改革。面對新的技術現象，刑事立法者不斷追求的目標可以而且必須受到更多的質疑。新增的第 269 條“偽造有證據價值的數據罪”旨在彌補第 267 條“偽造證件罪”中的漏洞，但實際上這只是個刑法解釋問題而非刑事立法問題。[60] 又如，在 2007 年《打擊計算機犯罪的第 41 次刑法修正案》出台後，有學者針對增設的預備窺探和截獲數據罪（§ 202c StGB）指出，該法案實際射程的相當大的不確定性仍然是個問題。由於該規定對於客觀和主觀犯罪的強制性狹義解釋可能幾乎沒有實際意義，因此完全放棄計算機程序的預備犯罪化似乎會更明智。[61] 在該罪增設後不久甚至出現了三項針對本罪的憲法申訴，主要理由在於，根據刑法典第 202c 條第 1 款第 2 項，在研究和教學中處理數據安全問題的各個學科的教授及其學生，以及處理此類黑客的系統開發人員認為自己在開展日常工作時就已經在去拘留中心的路上了，或者至少隨時會有檢察院來訪。因此，向聯邦憲法法院提起

[57] Vgl. Gercke, Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2019/2020, ZUM 2020, S. 948.

[58] Vgl. Ernst, Das neue Computerstrafrecht, NJW 2007, S. 2661.

[59] Vgl. Kusche, Die Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet nach künftigem Recht, JZ 2021 , S. 27-34.

[60] Vgl. Haft, Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) - Teil 2: Computerdelikte -, NStZ 1987, S. 6.

[61] Vgl. Gröseling/Höfinger, Computersabotage und Vorfeldkriminalisierung Auswirkungen des 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität, MMR 2007, S. 626.

申訴的申訴人也認為自己根據《基本法》第 12 條第 1 款享有的職業自由基本權利受到了侵犯。[62]

再如，在 2015 年《關於引入交通數據存儲義務和最長存儲期的法案》出台後，有學者懷疑新增窩藏數據罪（§ 202d StGB）的立法必要性。絕大多數觀點認為，在引入本罪之前，核心刑法以及相關附屬刑法涵蓋了值得起訴的窩藏數據案件。因此本罪沒有任何合法目的，只是一個虛構的目的，應予以廢除。[63] 並且，該條第 3 款中對構成要件的排除以及其中提到的規則示例也存在問題。這一規定有時被認為過於寬泛，例如它涉及稅務管理部門對所謂“稅務 CD”（§ 202 d Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB）的行動的明確合法化；有時又被認為不夠充分，例如在保護記者和舉報人方面。[64] 再如，在 2021 年《關於在互聯網上經營犯罪交易平台刑事責任的刑法修正案》出台前，相當數量的學者都反對增設在互聯網上經營犯罪交易平台罪（§ 127 StGB）。暗網上的非法商品和服務貿易的確是一個日益嚴重的問題，刑事追訴機關對這些犯罪的偵查與舉證也的確面臨著巨大的困難。但是，原則上實體刑法的制定不應僅僅是為了減少舉證困難，尤其不應以大量的早期定罪為代價。[65] 根據現行法律，任何在暗網和通常表面網絡上運營以犯罪為導向的平台的人，如果在這些平台提供的框架內實施刑事犯罪，至少能夠作為幫助犯或作為某些其他刑事犯罪的正犯受到刑事處罰，並不存在需要立法機關採取行動的刑事責任漏洞。因此，沒有必要增設新的犯罪。[66]

四、結論與啟示

即使做比較研究，也要有本土意識。立足中國語境，對德國網絡犯罪立法演化進程以及價值面向的探討，最終目的在於為我國的網絡犯罪立法提供借鑒。網絡犯罪立法是介於積極價值取向與消極價值取向之間的立法活動，這種活動受制於打擊新生網絡犯罪與維持刑法教義學之間的天然張力。隨著網絡的發展，德國立法者依據積極取向增設新罪、修訂舊罪，而消極取向又制約著立法者務必在刑法教義學的框架內行動。德國的網絡犯罪立法基本處於積極與消極之間，但在後者上仍有所欠缺。鑒於德國網絡犯罪立法的經驗與教訓，在積極與消極之間開展網絡犯罪立法，成為我國今後的選擇。在此，可能的啟示主要有以下幾點：

一是在域內外的協同中積極開展網絡犯罪立法。德國的網絡犯罪立法實際上包括國內立法與國際立法的協同，在網絡犯罪無邊界性不斷擴展的當下，我國也應當積極參與國際的網絡犯罪立法活動。2024 年 8 月 9 日，聯合國打擊網絡犯罪公約特設委員會協商一致的《聯合國打擊網絡犯罪公約》開啟了網絡空間國際規則新篇章。中國是公約談判的首倡者和堅定支持者，這一立法活動值得積極評價。在此背景下，國內的相關立法還有很大的完善空間。應當認識到，刑法的修訂並不是為了破壞刑法，而是為了完善刑法。因應犯罪形態的進化不斷擴充刑法內容，是刑法跟隨時代發展

[62] 不過，聯邦憲法法院在2009年5月18日作出的裁決中認為，刑法典第202c條第1款第2項規定的犯罪對象只能是具有犯罪意圖而開發的程序，開發人員各自的意圖對於確定程序的目的也很重要：其具體意圖必須以外部可識別的方式表現出來，例如，使用意圖來自工具本身的設計或通過明確表明意圖的銷售和營銷策略，從而排除了部分善意的使用者。因而根據刑法典第202c條第1款第2項和刑法典第202a條追究預備窺探數據和截獲數據的刑事責任符合《基本法》。Vgl. BVerfG, BeckRS 2009, 35013, Rdnr. 68.

[63] Vgl. Stam, Die Datenhehlerei nach § 202d StGB - Anmerkungen zu einem sinnlosen Straftatbestand, StV 2017, S. 488-492.

[64] Vgl. Brodowski/Marnau, Tatobjekt und Vortaten der Datenhehlerei (§ 202 d StGB), NStZ 2017, S. 377.

[65] Vgl. Bachmann/Arslan, „Darknet“ -Handelsplätze für kriminelle Waren und Dienstleistungen: Ein Fall für den Strafgesetzgeber? NZWiSt 2019, S. 241.

[66] Vgl. Greco, Strafbarkeit des Unterhaltens einer Handels - und Diskussionsplattform insbesondere im sog. Darknet, ZIS 9/2019.

的應有之義，不能以刑法的謙抑主義為藉口阻礙刑法修正。刑法規範誕生於農業和工業社會，犯罪事實發生於網絡和數字社會。犯罪形態的更新拉開了刑法規範與犯罪事實的代溝，依托信息技術產生的部分犯罪注定傳統刑法無法對之加以規制，網絡犯罪的刑事立法是對抗網絡犯罪的實際要求。實際上，德國刑法中的諸多罪名所體現的犯罪行為在我國也有諸多體現，但立法尚未將之納入刑法規制範圍。例如，我國刑法中與德國刑法中窺探數據罪（§202a StGB）類似的是第285條“非法侵入計算機信息系統罪”，但本罪的對象範圍十分有限，不僅適用較少，也無法規制行為人僅僅侵入其他計算機信息系統的行為。進一步完善計算機信息系統的保護範圍，仍然是今後刑法修正的任務。

二是在網絡犯罪演化中準確把握網絡犯罪立法。網絡犯罪歷經了不同的發展形態，從早期的計算機犯罪逐漸轉移到數據犯罪再轉移到平台犯罪，德國立法呈現階段性重點轉移的特點。一方面，未來立法不必將網絡異化的傳統犯罪視為立法重點，而是應當更加注重刑事司法的能動作用，靈活解釋傳統犯罪罪名的構成要件。傳統刑法規定能否涵攝網絡異化了的傳統犯罪，首先是一個刑法解釋問題而非刑事立法問題。傳統犯罪更多的是“新瓶舊酒”，除了犯罪手段從物理手段轉換為虛擬手段、犯罪空間從物理空間轉移為網絡空間以外，其犯罪本質並無變化。對於傳統犯罪的網絡異化，我國刑法通常不會將之規定為明確的犯罪形式，而是歸入一般犯罪變體之中，這與德國的網絡犯罪立法是基本一致的。在刑法理論能夠進行合理解釋的基礎上，今後的刑事立法不應在網絡異化的傳統犯罪上過多著墨，而是需要更加注意刑事司法的判決立場。另一方面，未來立法應當重點關注純正網絡犯罪內部的犯罪形態演化，並針對性地加以階段性回應。純正的網絡犯罪內部包括針對計算機信息系統完整性的犯罪以及針對計算機信息系統所儲存數據的犯罪等類型。在我國，隨著要素市場化配置下數據交易的產生與發展，數據犯罪成為當前理論研究及司法實踐面臨的重要犯罪類型。然而，我國刑法中的數據犯罪相關罪名仍然限於非法侵入計算機信息系統罪等7個純正網絡犯罪罪名以及侵犯公民個人信息罪，近年來也並沒有針對數據犯罪的專門立法動態。在今後的刑事立法中，有必要對數據流動與數據交易過程中的犯罪行為充分調查論證，加強重點網絡犯罪的刑法規制。同時立法應當更為精細，對增設的新罪和修訂的舊罪在構成要件上更加細化。

三是在刑法教義學藩籬內審慎釐定網絡犯罪立法。德國的網絡犯罪立法在總體上仍然秉持著限制性擴張的態度，部分不盡符合教義學原理的刑事立法也面臨著學界的強力批駁。鑒於德國立法的經驗與教訓，我國在今後更應堅守刑法教義學藩籬。核心在於，未來的網絡犯罪立法應當限於必要。不能通過解釋路徑應對時，當然可以采取刑事立法的路徑；但對於網絡犯罪的增設也要考慮究竟是否必要。很多所謂網絡犯罪特殊性對刑法理論的挑戰，實際上都是“偽”挑戰。我們不能將偽挑戰當作真挑戰，從而人為破壞刑法歷經百年精心構建的教義學理論。在此，幫助信息網絡犯罪活動罪的立法是一個負面例子。由於網絡犯罪似乎被毫無爭議地認為比傳統犯罪具有更強的社會危害性、並具有共犯行為獨立性以及意思聯絡疏離性，因而導致犯罪參與理論在網絡犯罪領域難以為繼，網絡犯罪的幫助行為具有獨立歸責的必要，進而增設了本罪。然而，本罪的立法正當性疑問，部分原因在於其混同了純正網絡犯罪與不純正網絡犯罪，使得諸多依據之前刑法規定即可合理歸責的不純正網絡犯罪也進入了本罪的獨立規制範圍。今後的刑法修正應當注意不應增設此類犯罪。增設沒有必要的犯罪不僅對刑法規定來說是疊床架屋，也會導致司法實務人員罪名適用交叉重疊，更會對刑法教義學理論產生負面影響，使得高度體系化的刑法秩序被拆解成多個部分，淪為一條“碎布地毯”。

最後但並非不重要的是，我國的網絡技術起步較晚但速度較快，互聯網一經接入我國，其發展呈現出比西方發達國家更為迅猛的態勢，相應產生的網絡犯罪行為也成倍遞增，作為超大國家的中國面臨的是更為嚴峻的網絡犯罪治理壓力。網絡犯罪立法的近三十年，實際上也是我國整體刑事立

法的近三十年。需要借鑒德國網絡犯罪立法的積極經驗、規避負面教訓，在未來的網絡犯罪立法中不斷提升刑事立法水平。我國刑法教義學中最重要的變遷就是擺脫對德國刑法教義學的過度依賴，因而對德國網絡犯罪立法的經驗借鑒過程實際也是本土轉化過程。在網絡犯罪立法以及隨之而來的網絡犯罪司法中，中國學者應當致力于构建具有中國主體性的網絡刑法話語體系。

附錄：德國網絡犯罪关键立法匯總

立法時間	立法名稱	主要內容
1986.05	《第二部反經濟犯罪法》	增設窺探數據罪（§202a StGB）、計算機詐騙罪（§263a StGB）、偽造有證據價值的數據罪（§269 StGB）、在涉及數據處理的法律交易中的欺騙罪（§270 StGB）、變更數據罪（§303a StGB）、破壞計算機罪（§303b StGB）
1997.07	《規範信息和通信服務框架條件的法律》	修訂文書概念（§11 StGB）
2001.11	《網絡犯罪公約》	網絡犯罪領域最重要的歐洲和國際法律依據
2003.09	《規範信息社會版權的法律》	增設未經授權干擾技術保護措施和權利管理所需信息的犯罪（§108b UrhG）
2005.02	《關於攻擊信息系統的框架決定》	補充了歐盟為保護對現代信息和服務社會如此重要的通信基礎設施而採取的舉措
2007.03	《持續跟蹤刑事責任法（第 40 次刑法修正案）》	修訂跟蹤罪（§238 StGB）
2007.08	《打擊計算機犯罪的第 41 次刑法修正案》	修訂窺探數據罪（§202a StGB）、變更數據罪（§303a StGB）、破壞計算機罪（§303b StGB），增設截獲數據罪（§202b StGB）、預備窺探和截獲數據罪（§202c StGB）
2013.08	《關於針對信息系統的攻擊的指令》	取代上述《框架決定》
2015.01	《第 49 次刑法修正案——實施歐洲性刑法指導要求》	修訂性虐待兒童罪（§176 StGB）
2015.12	《關於引入交通數據存儲義務和最長存儲期的法案》	增設窩藏數據罪（§202d StGB）
2017.07	《歐盟第 2016/679 號條例數據保護法適應法和歐盟第 2016/680 號指令實施法》	頒布新《聯邦數據保護法》（BDSG）
2020.03	《第 57 次刑法修正案——網獵未遂的刑事責任》	修訂性虐待兒童罪（§176 StGB）
2021.08	《關於更有效地打擊跟蹤行為，更好地記錄網絡跟蹤行為，以及改進刑法對強迫賣淫行為的保護刑法修正案》	重組跟蹤罪（§238 StGB）
2021.08	《關於在互聯網上經營犯罪交易平台刑事責任的刑法修正案》	增設在互聯網上經營犯罪交易平台罪（§127 StGB）

Abstract: Through preliminary explorations of domestic law in the last century and the parallel development of domestic and international law in this century, Germany has gradually expanded the criminal regulation of cybercrime and improved its criminal statutes over the past four decades. Its legislative focus on cybercrime encompasses both impure and pure cybercrimes. German criminal legislation on cybercrime carries dual value dimensions: it adopts proactive legislative measures to combat cybercrime while also implementing reactive measures to safeguard criminal theory. However, the reactive dimension remains insufficient, sparking academic reflection and criticism. Germany's legislative journey on cybercrime can provide valuable insights for China's future related legislation.

Key words: German Criminal Law; Cybercrime; Evolutionary Process; Key Areas; Value Dimension

（責任編輯：馬志遠）

投稿格式與體例說明

一、基本格式

1. **來稿語言**：本刊僅接受中文稿件，但具有一定學術價值的葡語、英語等外文學術文章的中文譯本也可刊用。

2. **來稿項目**：所有稿件除正文外，均應包括四個項目：中文及英文題目、中文及英文摘要（200 字左右的中文摘要及英文翻譯）、中文及英文關鍵詞（四至五個）、作者工作機構及職稱或職務（中文，並在作者姓名前用“*”號在首頁下方註明）。

3. **來稿文字**：所有稿件，均應使用宋體、繁體字，中文標點符號採取全角符號。

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 Desenvol vimento da Produção Legislativa, Revista Doutrina IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional), Volume 13, Número 2, 2006, p.9-36.

【德語範例】Fan, Jianhong, Durchgriffshaftung gegen Gesellschafter wegen Unter kapitalisierung im chinesischen Gesellschaftsrecht, Recht der internationalen Wirtschaft, 59.Jahrgang, Heft08/2013, Verlag Recht und Wirtschaft, Germany, S.518.

6. **文集的註釋順序為**：作者、文章名、文集名、出版者、年份、頁碼。

【範例】唐曉晴：《論要物合同》，載趙國強主編：《澳門人文社會科學研究文選法律卷》（上卷），社會科學文獻出版社 2010 年版，第 268-284 頁。

7. **非引用原文者，註釋前加“參見”**；非引自原始出處者，註釋前加“轉引自”。

8. **引用古籍的，參照有關專業部門發佈之規範**；其他引用外文的，遵循該語種的通常註釋習慣。

9. **說明未詳盡之處**，按《法學引註手冊》（第二版）北京大學出版社 2025 年版執行。