

# 《澳門新視角》 第十七期

總編輯：邱庭彪

副總編輯：龐川

贊助：澳門基金會

出版者：澳門青年研究協會

電話：(853)2852 6255

傳真：(853)2852 6937

電郵：macaumyra@gmail.com

網址：www.myra.org.mo

創刊日期：2007.11

出版日期：2015.11

封面設計：劉新宇

印刷：嘉華印刷公司

發行數量：500本

定價：非賣品/Not-for-sale

## 編者的話

北京香山的紅葉預示秋天的來臨，秋天是收穫成果的季節。特區政府的新一屆領導班子已就任十個月，雖然不能說百廢俱興，亦開始見到成績。對此，澳門新視角學會展開了調查，《澳門居民對2016年度施政報告的期望調查報告》刊登於本期刊物上，希望為特區政府的施政提供一些有用的借鑒資料。

同時，本期亦就澳門社會的熱點及大家關心的問題收集了四篇文章，分別是：澳門大學劉丁己副教授的《港澳智慧財產權》，拙作《另一角度思考澳門新土地法與舊法的適用問題》，理工學院呂開顏博士的《推動澳門中小企發展的建議》及陶章講師的《一帶一路戰略背景下澳門的機遇與挑戰》。

為了拓寬視野，本刊物亦接受了幾位內地博士研究生的文章，他們分別是：上海法院工作者李妍卿的《完善網路環境下保全證據公證之探析》；徐燦博士生的《論無罪推定的根據-以哲學和政治學為視角》；薛向楠博士生的《中國內地與澳門地區羈押制度比較研究》及李婷博士生的《中國內地刑事和解制度的完善》。

《澳門新視角》創刊至今，已過八個年頭，在社會各屆支持下不斷發展，又得到澳門基金會支援和秘書處的辛勤勞動，在此，本人表示謝意！

《澳門新視角》總編輯 邱庭彪

二〇一五年秋澳門大學橫琴新校區

## 目 錄

編者的話.....	邱庭彪
澳門居民對 2016 年度施政報告的期望調查.....	澳門新視角學會 1
淺析數碼營銷時代下澳門與香港知識產權保護現況.....	劉丁己 18
從另一角度思考澳門新、舊土地法的銜接問題.....	邱庭彪 25
推動澳門中小企發展的建議.....	呂開顏 28
“一帶一路”背景下澳門的新機遇和挑戰.....	陶 章 32
完善網絡環境下保全證據公證之探析.....	李妍卿 38
論無罪推定的根據——以哲學和政治學為視角.....	徐 燦 43
中國內地與澳門地區羈押制度比較研究.....	薛向楠 51
中國內地刑事和解制度的完善.....	李 婷 59
《澳門新視角》徵稿啟事.....	69

# 澳門居民對 2016 年度施政報告的期望調查

## 澳門新視角學會

### 一、研究目的與方法

#### (一) 研究目的

2016 年度施政報告將於下月中旬發佈。對於作為施政主體的特區政府來說，居民對不同施政領域現狀的滿意程度與關心程度，是對現屆施政工作的評價，也是未來改進施政的依據。新視角學會選擇在 2016 年度施政報告發布之前通過問卷調查，瞭解居民對施政報告的期望，希望通過科學化問卷調查方法獲取有效數據達致瞭解居民對即將發佈的施政報告之意見，作為特區政府確定新一年度施政方向與制訂政策之參考。

本次調查研究的主要目的如下：

1. 瞭解居民對各施政領域現狀的滿意程度；
2. 瞭解居民最關心的施政領域與政策議題；
3. 瞭解居民對 2016 年施政報告最期望解決的問題；
4. 為特區政府確定施政方向及制訂政策提供參考性建議。

#### (二) 研究方法

##### 1. 調查對象

本次調查的對象為本澳 18 歲及以上居民。

##### 2. 調查時間

本次電話調查實施時間為 2015 年 10 月 12 至 17 日。

##### 3. 調查方法

本次調查由電話抽樣進行，使用電腦輔助電話調查系統【CATI(Computer Assisted Telephone Interviewing System)】進行電話訪談。先從澳門居民已登記的 9 萬多個住宅電話中，去掉上述電話號碼最後兩位數字，進行去重操作，在剩下的六位數字電話號碼末端加上 0-99 數字，由此產成 250,000 多個電話號碼的樣本池，這樣可以涵蓋到一些沒有在電話冊中顯示出來的號碼。本次調查由樣本池隨機抽出 20,000 個電話。在抽中電話號碼的家庭中，如果有多於一位的 18 歲以上的本澳居民，根據 next birthday rule（即在家中所有成年居民中，選擇下一個要過生日的成年居民），進行調查。

本次電話調查共打出電話 12,615 個，無人接聽、商業電話、拒訪、

無適當接聽人員等 10,306 個，中途中斷 28 個，最終成功訪問到 822 位受訪者，形成 822 份有效問卷。在 95% 的置信水準下，允許有不超過 3.5% 的統計誤差。

對於經電腦輔助電話問卷調查系統收集的原始數據，以 SPSS 軟件進行統計分析，以及編制統計圖表。以下是調查問卷的分析報告。

## 二、調查內容分析

### (一) 澳門居民對不同施政議題的滿意程度

關於居民對本屆政府在不同施政議題方面的滿意程度，問卷列出了經濟發展、區域合作、行政改革、法律改革、官員問責、就業保障、控制通脹、樓市調控與公屋建設、巴士服務與交通改善、人才培養與教育改革、文化保育、醫療保障、社會治安十三個方面，並請受訪者用 0 至 10 分進行評價。10 分代表非常滿意，5 分代表一半半，0 分代表非常不滿意。

調查顯示，居民對目前不同施政議題的滿意程度差異度較大，平均得分最高的是“社會治安”（6.48 分）、“醫療保障”（5.98 分）與“文化保育”（5.72 分），其餘依次為“就業保障”（5.48 分）、“經濟發展”（5.45 分）、“區域合作”（5.33 分）及“人才培養與教育改革”（5.21 分），再次為“行政改革”（4.74 分）、“法律改革”（4.57 分）、“控制通脹”（4.14 分），而“巴士服務與交通改善”（3.98 分）、“官員問責”（3.97 分）及“樓市調控與公屋建設”（3.45 分）則列在最後三位，均低於 4 分。

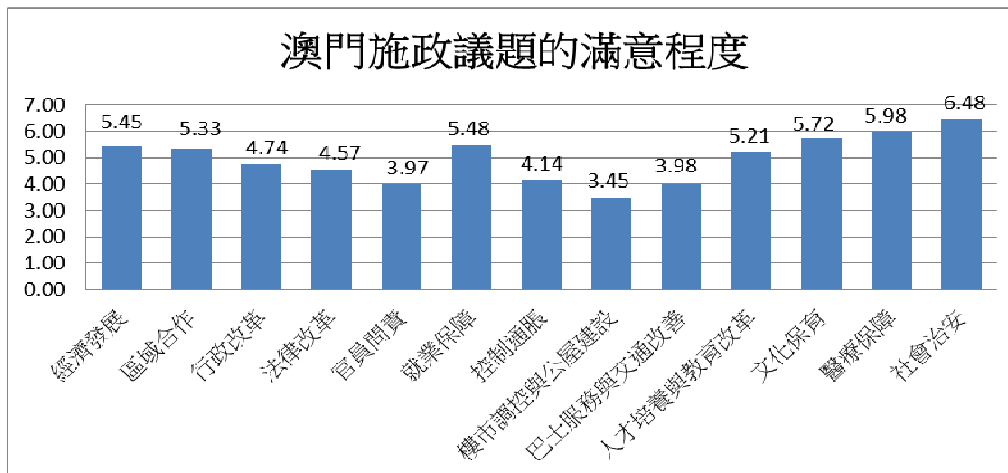


圖1.澳門居民對不同施政議題的滿意程度

總的看來，澳門居民對“社會治安”、“醫療保障”、“文化保育”、“就業保障”、“經濟發展”、“區域合作”、“人才培養與教育改革”七個施政議題的滿意程度評分都超過了5分，趨向積極的態度。然而，需要注意的是，這些議題的得分區間都在5—6.5分之間，未能達到7分，這也說明特區政府在這些方面的施政仍需要進一步改進。而澳門居民對“行政改革”、“法律改革”（4.57分）、“控制通脹”（4.14分）三方面的滿意程度評分則小於5分，而“巴士服務與交通改善”、“官員問責”及“樓市調控與公屋建設”則是最令澳門市民不滿意的，得分均低於4分，可見特區政府在這些方面的施政存在較大的改進空間，在新一年的施政中需要加大力度。

比較各項施政議題不同分值區間的比例分佈，用0—1分表示極度不滿意，2—4分表示不滿意，5分表示一般滿意，6—8分表示較為滿意，9—10分表示非常滿意，由此將澳門居民對不同領域的滿意度分為5個等級。

從相關資料可見，除了“行政改革”、“法律改革”、“官員問責”、“控制通脹”、“樓市調控與公屋建設”、“巴士服務與交通改善”議題外，居民對其他各施政議題的滿意度評分中6—7分的區間比例較接近，約為20—30%，但在“社會治安”、“醫療保障”、“文化保育”、“人才培養與教育改革”、“就業保障”、“區域合作”、“經濟發展”七個方面，6—10分區間的比例相對高於其他方面，意味著居民對該五個議題的評價較其他議題高。相對而言，澳門居民對“樓市調控與公屋建設”、“官員問責”、“巴士服務與交通改善”、“控制通脹”四個議題的評分中0—4分的區間比例遠高於其他各項，表明居民對這三方面滿意程度的強度較低，且較為強烈。同時，“經濟發展”、“區域合作”、“行政改革”、“控制通脹”、“人才培養與教育改革”方面所得評分在5分區間的比例較高，為25-34%。

對此，特區政府在2016年度施政中應對居民關心但滿意度不夠的議題方面，尤其是“樓市調控與公屋建設”、“巴士服務與交通改善”、“官員問責”等給予足夠的重視。

表1. 澳門居民在不同施政議題的滿意程度之比較

評分	經濟發展	區域合作	行政改革	法律改革	官員問責	就業保障	控制通脹	樓市調控與公屋建設	巴士服務與交通改善	人才培養與教育改革	文化保育	醫療保障	社會治安
0	5.0	5.0	7.4	7.4	14.9	5.7	13.6	20.3	14.6	6.0	3.4	4.1	2.3
1	1.0	0.5	0.9	1.1	1.5	0.7	1.6	3.9	4.2	1.4	0.6	0.9	0.1
2	1.8	1.8	3.4	3.7	6.4	2.7	5.9	9.1	8.7	3.4	1.5	1.5	0.6
3	5.3	4.3	8.0	8.0	9.5	6.4	10.6	13.0	10.2	7.1	4.9	5.3	2.6
4	4.8	5.9	8.8	10.1	10.3	5.3	10.6	8.6	10.1	6.1	4.3	5.4	2.8
5	33.7	30.3	26.8	24.3	23.8	24.6	25.6	20.1	19.8	25.7	24.6	21.1	20.4
6	15.1	13.4	11.9	11.1	7.4	15.4	10.3	7.2	9.6	14.0	16.2	15.7	16.7
7	12.4	10.4	6.6	5.3	4.5	12.4	5.3	3.3	5.3	10.7	15.1	16.1	22.0
8	6.0	8.2	3.5	3.2	2.6	9.3	3.4	3.1	4.5	6.8	9.2	11.2	15.0
9	0.6	1.1	0.6	0.4	0.5	2.1	0.6	0.4	0.7	1.0	1.4	3.8	3.5
10	4.8	2.2	3.2	2.6	2.2	4.7	2.6	1.5	3.3	4.2	3.9	7.7	6.5
遺漏	9.4	16.7	18.8	23.0	16.8	10.8	10.0	9.4	9.0	13.6	14.9	7.2	7.3

說明：遺漏項為“唔知道”與“拒絕回答”。

## (二) 澳門居民最關心的施政議題

對於澳門居民關注的施政議題，問卷列出了行政改革、政制發展、經濟放緩、區域合作、就業問題、通脹問題、住房問題、交通問題、環境保護、人才培養與教育發展、醫療衛生、社會福利、社會治安十三個方面，並請受訪者以 0 至 10 分評價自身的關心程度。10 分代表非常關心，5 分代表一半半，0 分代表非常不關心。

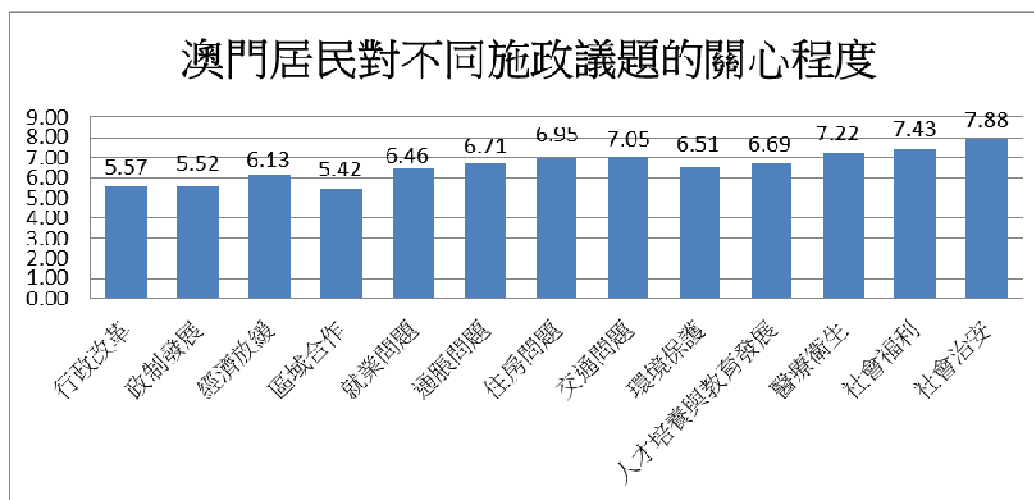


圖 2. 澳門居民對不同施政議題的關心程度

調查結果顯示，澳門居民對目前不同施政議題表示出不同程度的關心，“社會治安”以(7.88分)高居平均得分最高項，緊隨其後的即為“社會福利”(7.43分)、“醫療衛生”(7.22分)、“交通問題”(7.05分)三項；其次則為“住房問題”(6.95分)、“通脹問題”(6.71分)、“人才培養與教育問題”(6.69分)與“環境保護”(6.51分)，“就業問題”與“經濟放緩”兩項得分稍次，各得6.46分和6.13分，而“行政改革”、“政制發展”與“區域合作”則位於最後三項，分別為5.57分、5.52分和5.42分。

從各施政議題受關注得分排名可知，社會領域中民生息息相關的施政議題超過經濟和其他領域成為受訪者最為關心的部分，經濟領域的議題居次，而政制與法律方面的受關注度則較低。總體而言，居民對社會與經濟方面施政議題的關心程度都較高，關注度評分都在6.0分以上，趨向積極的態度，但對政治與法律方面則欠缺熱情，得分均不足6.0分。



進一步比較分析六項施政議題的關注度評分值區間比例分佈，用 0—1 分表示極度不關心，2—4 分表示不關心，5 分表示一般關心，6—8 分表示較為關心，9—10 分表示非常關心，由此將澳門居民對不同施政議題的關心態度分為 5 個等級。

由表中的資料可知，較之於其他項議題，只有“行政改革”、“政制發展”、“區域合作”、“經濟放緩”與“就業問題”五個議題中 0-5 分的比例超過 30%，表明居民對五個議題的關心程度一般。

與此同時，“通脹問題”、“住房問題”和“交通問題”三項議題評分 6-7 的區間比例較為接近，約為 20% 左右。由於“住房問題”和“交通問題”兩個議題評分為 9-10 區間的比例均超過 30%，高於其他議題，甚至超出某些議題同一評分區間的比例的几倍，可見澳門居民不僅對該兩個議題的關心程度更較其他議題高，且這種較高度的關注同時伴隨著十分強烈的情感因素。此外，“社會福利”、“社會治安”、“醫療衛生”與“通脹問題”四個議題在 9-10 分區間的比例也較高，意味著居民對此四者的關心程度亦較為強烈。

此外，所有議題評分中 0-4 分的比例都較小，表明僅有少數受訪者對這些領域持不關注態度。因此，政府在即將發佈的《施政報告》中首先需要應著力回應居民強烈關注的“住房問題”和“交通問題”問題，此外，“社會福利”、“社會治安”、“醫療衛生”與“通脹問題”等民生福利議題也具有相當的重要性，需要政府強化現有的相關政策和措施。

### **(三) 澳門居民最希望施政報告中列出的政策措施**

在居民對 2016 年度施政報告的期望方面，調查要求每位受訪者講出自己最希望特區政府採取的三項政策措施。雖然受訪者的各自訴求千差萬別，相當分散，然根據對受訪者所要求的政策措施進行的統計，仍可以大致歸納為“政治法律”、“經濟發展”與“社會民生”三個方面。具體見表 3 所示。

表 2. 澳門居民對不同施政議題的關心程度比較

評分	行政改革	政制發展	經濟放緩	區域合作	就業問題	通脹問題	住房問題	交通問題	環境保護	人才培養與教育發展	醫療衛生	社會福利	社會治安
0	5.0	4.9	3.2	5.3	3.1	3.8	4.3	4.4	2.3	2.8	1.4	1.1	1.6
1	0.4	0.6	0.7	0.5	0.6	0.4	1.0	0.7	0.4	0.7	0.9	0.6	0.4
2	1.7	1.4	0.6	2.0	1.2	1.1	1.5	1.7	1.2	1.4	0.6	0.4	0.4
3	5.2	5.4	3.1	5.2	2.0	2.5	3.4	4.2	2.2	1.5	1.1	0.6	0.6
4	3.3	4.5	4.2	6.0	3.6	3.3	3.3	2.8	2.8	2.5	2.5	2.6	2.8
5	28.5	26.7	24.2	27.1	19.9	18.4	14.0	13.5	22.7	19.9	15.1	13.1	16.2
6	14.7	14.7	12.7	14.5	10.8	9.3	8.6	7.1	12.9	10.7	8.4	8.1	9.2
7	11.5	10.6	15.4	11.7	16.2	11.4	10.8	12.4	13.9	14.7	15.7	17.1	16.7
8	7.9	7.9	12.0	6.8	19.2	19.8	12.8	13.5	16.6	17.3	19.5	17.8	17.3
9	1.7	1.4	2.7	1.1	3.6	5.4	7.4	8.6	4.2	6.2	8.2	8.6	7.6
10	5.0	4.9	7.7	4.8	8.8	14.1	24.0	21.9	10.4	10.6	17.4	20.8	17.7
遺漏	15.0	17.1	13.5	15.1	11.1	10.4	9.0	9.0	10.3	11.6	9.2	9.2	9.4

說明：遺漏項包括“唔知道”與“拒絕回答”。

表 3. 澳門居民最希望施政報告中列出的三項政策措施之分佈

具體政策措施	頻數 (N)	頻率 (%)	主要 領域	頻數 (N)	頻率 (%)
控制外勞輸入, 保護本地人就業	82	4.99	經濟 領域	433	26.35
加快推進經濟適度多元	99	6.02			
延續現金分享	48	2.92			
延續稅費減免	17	1.03			
控制物價上漲	120	7.30			
推動區域合作	18	1.10			
檢討賭牌政策	13	0.79			
調控遊客數量, 優化遊客結構	18	1.10			
經濟其他方面	18	1.10			
推進行政改革, 實行精兵簡政	19	1.16	政治 領域	40	2.44
加強法律改革	2	0.12			
加快寵物保護立法	13	0.79			
推進黨制改革	2	0.12			
政治其他方面	4	0.24			
延續樓市調控政策	100	6.09	社會 領域	1170	71.21
加快公共房屋建設	378	23.01			
協助夾心階層置業	27	1.64			
加快輕軌建設進度	10	0.61			
延續醫療券制度	48	2.92			
加快填海工程進度	10	0.61			
增加社會福利開支	36	2.19			
扶助弱勢群體	43	2.62			
全面實施賭場控煙	2	0.12			
加強人才培養	67	4.08			
發展優質教育	35	2.13			
加強巴士規管, 解決居民搭車難	215	13.09			
加快醫療改革	116	7.06			
社會其他方面	83	5.05			
合計	1643	100.0			

說明：因四舍五入而合計數略有誤差。

調查結果顯示，在受訪者所列出的三項政策措施中，社會民生領域的政策措施佔 72.21%，受關注程度最高，主要涉及“加快公共房屋建設”、“加強巴士規管，解決居民搭車難”、“加快醫療改革”、“加強樓市調控”、“加強人才培養”、“延續醫療券制度”、“扶助弱勢群體”、“發展優質教育”、“協助夾心階層置業”等方面。

其次是經濟發展方面的政策措施，約占 26.35%，主要是關於“控制物價上漲”、“加快推動經濟適度多元”、“控制外勞輸入，保護本地人就業”、“延續現金分享”、“調控遊客數量，優化遊客結構”、“推動區域合作”等方面。

相形之下，政治法律方面的居民關注度較低，僅占 2.44%，主要涉及“推進行政改革，實行精兵簡政”、“加快寵物保護立法”、“加強法律改革”、“推進黨制改革”等方面。

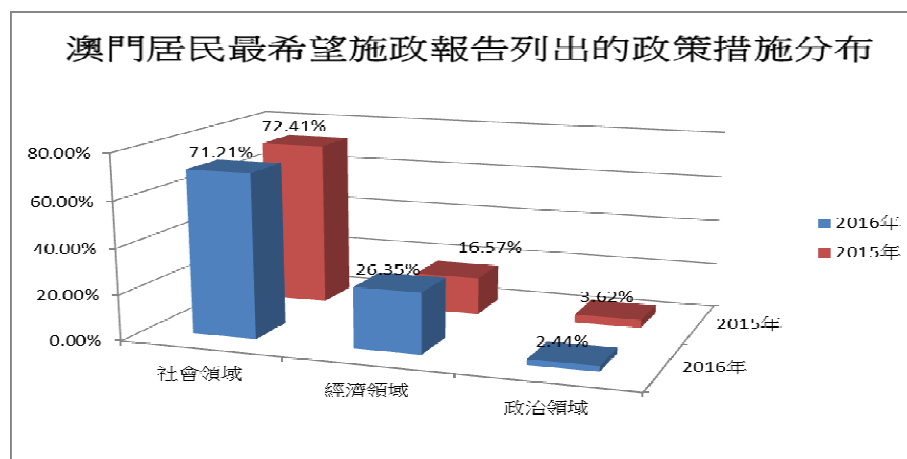


圖 3. 2016 和 2015 年澳門居民最希望施政報告中列出的政策措施分佈

較之於 2015 年施政報告前所進行的民意調查中的所得資料，民眾在社會領域方面的政策訴求所占的比例略有下降，降低了約 1.2 個百分比，而經濟領域方面的政策所占比例則有增加，增加了 9.78 個百分比，政治領域方面的政策比例也減少，減少了約 1.18 個百分點。總之，社會民生方面仍然是澳門居民關心的政策重心。

具體分析，在政治法律領域，民眾政策訴求的分佈如表 4 所列。

表 4. 居民政策訴求在政治法律領域內的分佈

	頻數 (N)	占該領域內政策訴求數的%	占全部政策訴求的%
推進行政改革，實行精兵簡政	19	47.50	1.16
加強法律改革	2	5.00	0.12
加快寵物保護立法	13	32.50	0.79
推進政制改革	2	5.00	0.12
政治其他方面	4	10.00	0.24
合計	40	100.00	2.44

說明：因四舍五入而合計數略有誤差。

從表 4 可知，居民政策訴求在政治法律領域內分佈情況。有 1.16% 的受訪者希望政府“推進行政改革，實行精兵簡政”，列第一位；希望特區政府“加快寵物保護立法”的有 0.79%，而與“加強法律改革”與“推進政制改革”的受訪者則為 0.12%。

在經濟領域，居民的政策訴求分佈可參見表 5 所示。

表 5. 澳門居民政策訴求在經濟領域內的分佈

	頻數 (N)	占該領域內政策訴求數的%	占全部政策訴求的%
控制外勞輸入，保護本地人就業	82	18.94	4.99
加快推進經濟適度多元	99	22.86	6.02
延續現金分享	48	11.08	2.92
延續稅費減免	17	3.93	1.03
控制物價上漲	120	27.71	7.30
推動區域合作	18	4.16	1.10
檢討賭牌政策	13	3.00	0.79
調控遊客數量，優化遊客結構	18	4.16	1.10
經濟其他方面	18	4.16	1.10
合計	433	100.00	26.35

從表 5 可知居民的政策訴求在經濟發展領域內的分佈情況。其中，“控制物價上漲”占據第一位，約占全部領域政策訴求的 7.30%。其次是希望政府“加快推進經濟適度多元”（6.02%）、“控制外勞輸入，保護本地人就業”（4.99%）及“延續現金分享”（2.92%）。至於“推動區域合作”（1.10%）與“調控遊客數量，優化遊客結構”（1.10%）兩項政策相同多的支持者。其它各項如“延續稅費減免”、“檢討賭牌政策”等政策訴求所占比例較小。

在社會民生領域，居民的政策訴求分佈情況可參見表 6。

從表 6 可知居民政策訴求在社會民生領域內的分佈情況，“加快公共房屋建設”和“加強巴士規管，解決居民搭車難”最為引人注目，這兩項訴求合計後占全部政策訴求的 33.10%。其次是“加快醫療改革”、“延續樓市調控政策”。此外，也有提出希望政府關注“加強人才培養”、“延續醫療券制度”、“扶助弱勢群體”、“增加社會福利開支”、“協助夾心階層置業”等問題。

表 6.澳門居民政策訴求在社會民生領域內的分佈

	頻數 (N)	占該領域 內政策訴 求數的%	占全部 政策訴 求的%
延續樓市調控政策	100	8.55	6.09
加快公共房屋建設	378	32.31	23.01
協助夾心階層置業	27	2.31	1.64
加快輕軌建設進度	10	0.85	0.61
延續醫療券制度	48	4.10	2.92
加快填海工程進度	10	0.85	0.61
增加社會福利開支	36	3.08	2.19
扶助弱勢群體	43	3.68	2.62
全面實施賭場控煙	2	0.17	0.12
加強人才培養	67	5.73	4.08
發展優質教育	35	2.99	2.13
加強巴士規管，解決居民搭車難	215	18.38	13.09
加快醫療改革	116	9.91	7.06
社會其他方面	83	7.09	5.05
合計	1170	100.00	71.21

說明：因四舍五入而合計數略有誤差。

綜合“政治法律”、“經濟發展”與“社會民生”三個領域中居民政策訴求的分佈，對於即將公佈的2016年施政報告，居民最希望能夠列出的十項政策措施如表7所示。

表7. 澳門居民最希望施政報告列出的前十項政策措施

排序	政策措施	頻數 (N)	占全部政策訴求數的%
1	加快公共房屋建設	378	23.01
2	加強巴士規管，解決居民搭車難	215	13.09
3	控制物價上漲	120	7.30
4	加快醫療改革	116	7.06
5	延續樓市調控政策	100	6.09
6	加快推進經濟適度多元	99	6.02
7	控制外勞輸入，保護本地人就業	82	4.99
8	加強人才培養	67	4.08
9	延續現金分享	48	2.92
10	延續醫療券制度	48	2.92

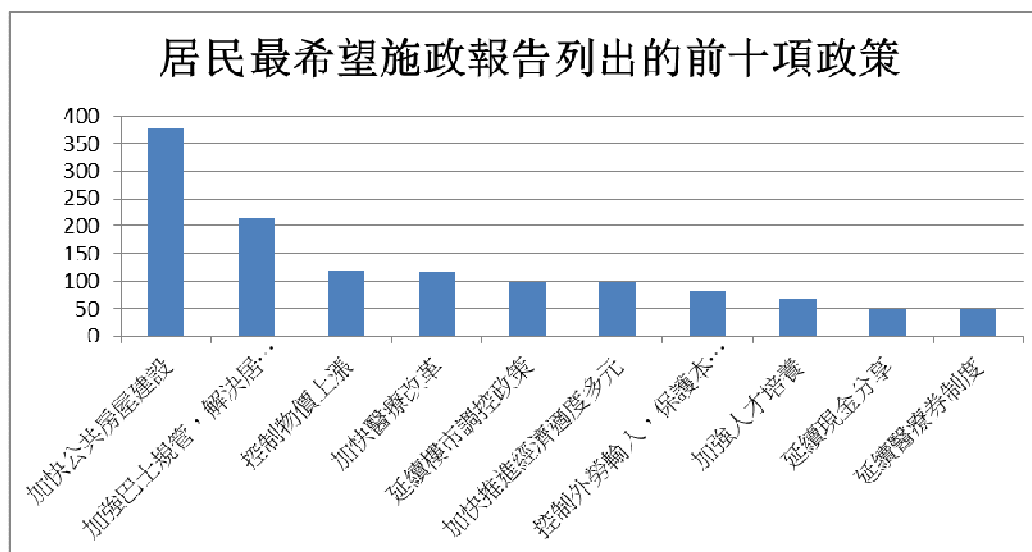


圖6. 澳門居民最希望2016年施政報告列出的前十項政策措施

調查顯示，在澳門居民最希望 2016 年施政報告提出的政策措施（開放性問題）中，排名前三位的分別是“加快公共房屋建設”、“加強巴士規管，解決居民搭車難”、“控制物價上漲”，分別占全部政策訴求的 23.01%、13.09%和 7.30%。其次是“加快醫療改革”、“延續樓市調控政策”、“加快推進經濟適度多元”、“控制外勞輸入，保護本地人就業”、“加強人才培養”，五項政策期望所占全部政策訴求均超過 4%。至於“延續現金分享”、“延續醫療券制度”則處於十項政策期望的最後兩位。

在排名前十項政策期望之後的其他各政策措施，其所占全部政策訴求的比例均未能超過 3%。而包括“扶助弱勢群體”、“增加社會福利開支”、“發展優質教育”等政策訴求雖未有進入最希望列入 2016 年度施政報告政策措施排名之前列，卻同樣有人提及，提及率分別為 2.62%、2.19%和 2.13%。其他問題（如“加強法律改革”、“推進政制改革”等）的提及率較低。

根據上述調查結果，特區政府的未來施政應關注強化“**加快公共房屋建設**”、“**加強巴士規管，解決居民搭車難**”、“**控制物價上漲**”等方面的政策投入，以及加強對“**加快醫療改革**”、“**延續樓市調控政策**”、“**加快推進經濟適度多元**”、“**控制外勞輸入，保護本地人就業**”、“**加強人才培養**”、“**延續現金分享**”、“**延續醫療券制度**”的政策調控。此外，盡管一些事關澳門長遠發展的非民生性政策（例如“**法律改革**”、“**行政改革**”、“**區域合作**”、“**政制改革**”等）未能獲得較多數關注，但是，政府在施政過程中卻不能忽視。

根據表 8 的資料，將 2016 年和 2015 年澳門居民最希望施政報告列出的十項政策措施進行比較，可見，居民較為重視社會民生領域的政策，尤其是住屋問題，連續多年高居首位。“**加強巴士規管，解決居民搭車難**”也連續兩年位列居民最希望施政報告列出的政策措施第二位，應當引起足夠重視。“**控制物價上漲**”、“**加快醫療改革**”、“**延續樓市調控政策**”、“**加快推進經濟適度多元**”、“**控制外勞輸入，保護本地人就業**”、“**加強人才培養**”同樣需要重視。此外，“**延續現金分享**”仍然獲得一定的關注，至於對發放金額的**期望值以 9,000 元為最多**受訪者之選項。



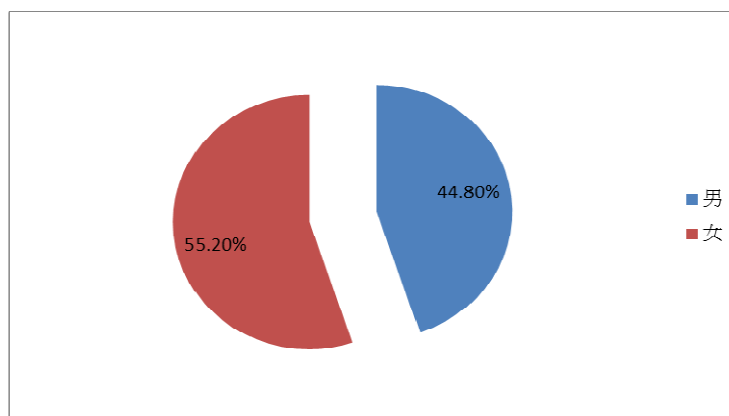
表 8. 澳門居民最希望施政報告列出的十項政策措施比較

排序	2016 年政策措施	排序	2015 年政策措施
1	加快公共房屋建設	1	加快公共房屋建設
2	加強巴士規管，解決居民搭車難	2	加強巴士監管，解決居民搭車難
3	控制物價上漲	3	延續樓市調控政策
4	加快醫療改革	4	加快醫療改革
5	延續樓市調控政策	5	控制物價上漲
6	加快推進經濟適度多元	6	控制外勞輸入，保護本地人就業
7	控制外勞輸入，保護本地人就業	7	增加社會福利開支
8	加強人才培養	8	加強人才培養
9	延續現金分享	9	發展優質教育
10	延續醫療券制度	10	加快推動經濟適度多元

### 三、受訪者資料

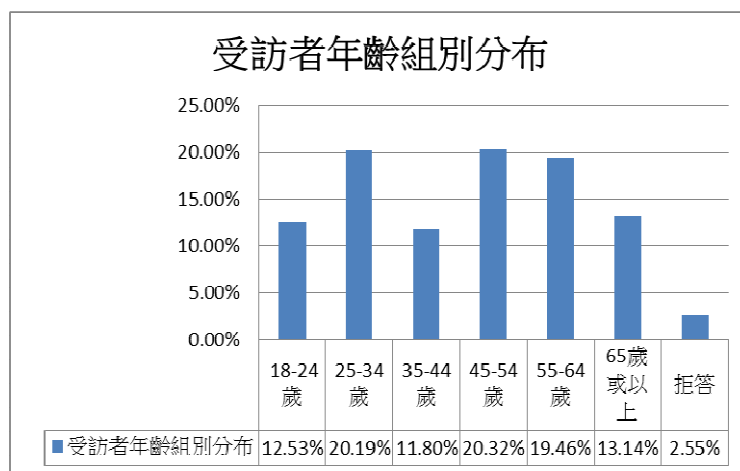
#### (一) 受訪者性別分佈

本調查樣本男性受訪者為 368 名，女性受訪者為 454 名，男性比例略為偏少 (44.80%)。



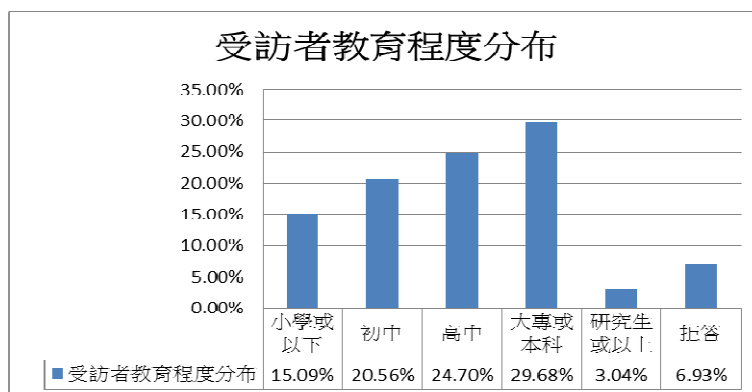
## (二) 受訪者年齡組別分佈

在822位受訪者中，18-24歲的有103位，占12.53%；25-34歲的有166位，占20.19%；35-44歲的有97位，占11.80%；45-54歲的有167位，占20.32%；55-64歲的有160位，占19.46%；65歲或以上的有108位，占13.14%；另有21位受訪者表示不便透露年齡，占2.55%。



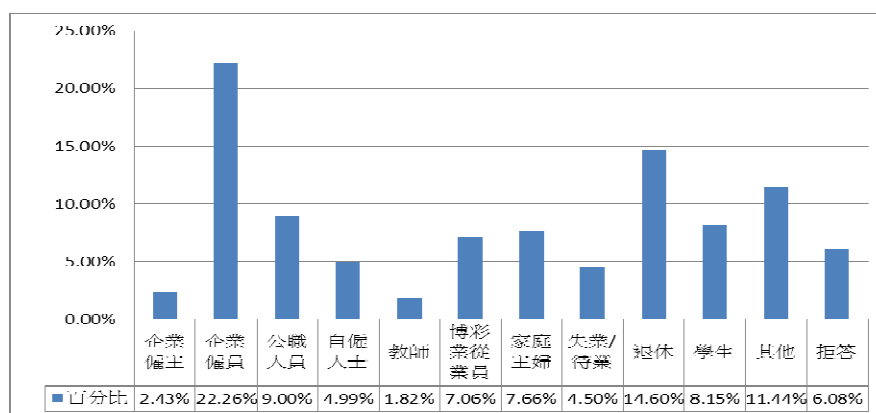
## (三) 受訪者教育程度分佈

在822位受訪者中，小學或以下教育程度的占15.09%，初中的占20.56%，高中的占24.70%，大專或本科的有29.68%，研究生或以上的有3.04%，另有6.93%的受訪者表示不便透露教育程度。



## (四) 受訪者工作情況以及職位類別分佈

在822位受訪者中，22.26%為僱員，公職人員占9.00%，雇主占2.43%，而受訪者中有7.66%、14.60%、8.15%分別是主理家務、退休和學生，其餘的4.50%的受訪者屬失業，另有約11.44%與6.08%的受訪者屬於其他情況及拒答。



#### 四、總結與建議

(一) 調查發現，澳門居民對“社會治安”、“醫療保障”、“文化保育”、“就業保障”、“經濟發展”、“區域合作”、“人才培養與教育改革”七個施政議題的滿意程度評分都超過了5分，趨向積極的態度。然而，需要注意的是，這些議題的得分區間都在5—6.5分之間，未能達到7分，這也說明特區政府在這些方面的施政仍需要進一步改進。而澳門居民對“行政改革”、“法律改革”(4.57分)、“控制通脹”(4.14分)三方面的滿意程度評分則小於5分，而“巴士服務與交通改善”、“官員問責”及“樓市調控與公屋建設”則是最令澳門市民不滿意的，得分均低於4分，分列最後三位，且在0—4分的區間比例遠高於其他項，表明居民對此方面的滿意程度不僅遠較其他方面低，且不滿情緒較強。可見特區政府在這些方面的施政存在較大的改進空間，在新一年的施政中需要加大力度。

(二) 澳門居民對不同施政議題的關心程度存在差異，各項議題中，“社會治安”以(7.88分)高居平均得分最高項，緊隨其後的即為“社會福利”(7.43分)、“醫療衛生”(7.22分)、“交通問題”(7.05分)三項。而“住房問題”和“交通問題”兩個議題評分在9-10區間比例高於其他議題，可見，居民對該兩個議題的關心同時伴隨著十分強烈的情感因素。比較而言，受訪者最為關心的部分是社會領域中與民生息息相關的施政議題，經濟領域的議題居次，而政制與法律方面的受關注度則較低。

(三) 調查居民最希望2016年度施政報告列出的三項政策措施發現，社會民生領域的政策訴求佔72.21%，經濟發展方面的政策訴求為26.35%，而政治法律領域的政策訴求則僅有2.44%。在最多人希望列入

2016 年度施政報告的十項政策措施中，排名前三位的分別是“**加快公共房屋建設**”、“**加強巴士規管，解決居民搭車難**”、“**控制物價上漲**”，分別占全部政策訴求的 23.01%、13.09%和 7.30%。其次是“**加快醫療改革**”、“**延續樓市調控政策**”、“**加快推進經濟適度多元**”、“**控制外勞輸入，保護本地人就業**”、“**加強人才培養**”，五項政策期望所占全部政策訴求均超過 4%。至於“**延續現金分享**”、“**延續醫療券制度**”則處於十項政策期望的最後兩位。其中，對於“**延續現金分享**”的追蹤調查表明，**受訪者中對發放金額的期望值以 9,000 元為最多。**

（四）根據上述調查結果，建議特區政府即將發佈的《2016 年財政年度施政報告》要以社會民生政策為重點，首先需要著力回應居民強烈關注的“**住房問題**”和“**交通問題**”問題，尤其需要強化在“**加快公共房屋建設**”、“**加強巴士規管，解決居民搭車難**”、“**控制物價上漲**”等方面的政策投入，以及加強對“**加快醫療改革**”、“**延續樓市調控政策**”、“**加快推進經濟適度多元**”、“**控制外勞輸入，保護本地人就業**”、“**加強人才培養**”、“**延續現金分享**”、“**延續醫療券制度**”的政策調控。此外，儘管一些事關澳門長遠發展的非民生性政策（例如“**法律改革**”、“**行政改革**”、“**區域合作**”、“**政制改革**”等）未能獲得較多數關注，但是，政府在施政過程中卻不能忽視。

# 淺析數碼營銷時代下 澳門與香港知識產權保護現況

劉丁己<sup>1</sup>

## 一、 知識產權保護牽涉重大商業利益

知識產權保護早已經成為全球各發達經濟體與重要工業國家的重要議題，不僅如此，知識產權保護其實無形中在每一天影響著你和我。以數碼技術和資訊創新知名的美國麻省理工學院（Massachusetts Institute of Technology, MIT）所出版的學術刊物《麻省理工學院技術評論》（MIT Technology Review）也有專文指出，以美國為例，高新技術企業的營收表現要有優異表現並在營商利潤上獲得保障，科研能力和專利是兩個很重要的元素，而毫無疑問的，其發展基礎就和知識產權保護制度的保障有密切關係。當然歐美等先進國家必須大力保障其知識產權，並且捍衛其因為知識產權而產生的商業利潤。

早在 2013 年 9 月，微軟公司（Microsoft）已經收購了手機巨頭諾基亞（Nokia）公司大部分手機業務，並且以 21.8 億美元獲得了諾基亞相關專利的十年使用權。也許有人會有疑問，諾基亞現在已經不生產手機了，保留這些專利到底有何用處呢？其實諾基亞當年在中國早已註冊十件涉及通訊方面的核心專利，因此一直以來，中國的小米、魅族等知名手機品牌在銷售過程中，因為手機製造技術牽涉到諾基亞的專利，所以都要向諾基亞支付 2% 的專利費用，否則將會面臨多國法律訴訟。所以說，即使當時諾基亞已經從手機製造商轉型成為了服務型的公司，可是手上持有的專利權仍然可以為其賺取可觀的收益，這正展現出了知識產權中的專利保護如何為企業賺取利潤的重要性<sup>2</sup>。知識產權的保障除了可以確保在行業取得壟斷地位之外還可以賺取特許經營費。來自美國的全錄（Xerox）公司是知名的影印機廠商。早在 1973 年便製造出圖形使用者界面（Graphical User Interface, GUI）的技術，然而當時卻沒有申請專利，直到 1983 年蘋

---

<sup>1</sup>劉丁己，澳門大學工商管理學院副教授，博士，博導，澳門大學教與學優化中心通識教育課程協調主任，澳門新視角學會副理事長。

<sup>2</sup> David Talbot (2012), Nokia's mobile patents are its last line of defense, *MIT Technology Review*, Available at: <http://www.technologyreview.com/news/428270/nokias-mobile-patents-are-its-last-line-of-defense/>

果 (Apple) 公司製造出第一台搭載圖形使用者界面的個人電腦，GUI 這一項技術才廣為人知。根據統計，由於全錄公司當年沒有對 GUI 註冊專利，估計已經導致超過至少 10 億美元的損失。

## 二、 數碼營銷時代下知識產權保護受到空前挑戰

工業設計、文化創意、專利、商標、品牌、和其他形式的知識產權在商業制度和法律保障下，可以如商品般被買賣，並且通過授權等方式，創造龐大收益，因此知識產權成為企業或國家/地區經濟體最重要的資產之一。知識產權保護體系 (intellectual property protection system) 必須被視為一個重要的制度，在這個制度下提供技術、產品、商標和設計的發明者有機會獲得保障並獨佔經濟和智力上的權利，同時使這套機制能夠提供給知識性產品一個有效率的市場。但是自從有了互聯網之後，這個世界就進入了數碼時代。加上現在智能手機的風潮，幾乎人手一機的現象，讓從事營銷工作的學者和經理人，必須正視數碼營銷的時代到來。其中，各式的商業活動與電子商務模式便紛紛出現，包括 B2B (商業對商業)、C2C (顧客對顧客)、B2C (商業對顧客)、O2O (Online to Offline 離線商務模式) 等等。在數碼營銷的時代，資料和創意的傳遞速度都是以秒計算，其複製、生產、再利用、甚至銷售和交易的完成，都能在極短時間和全球範圍內完成。這對於全球商務的促進有重要幫助，但是對於知識產權的保護就形成重大的挑戰。以 O2O 為例，知名品牌商家以重大投資在線上進行展示和營銷，但是一般生產商也能通過模仿和複製，在線下完成和顧客的直接交易。尤有甚者，由於社交網絡及不同社交平台的出現，許多商家可以跳過正式消費平台 (如淘寶、雅虎、Groupon 等) 而直接在社交平台 (如臉書、Instagram、Line 等) 開設賬戶，直接與顧客聯繫、尋找新客源以及建立更緊密的顧客關係。在這種情況下，如有侵權產品的生產、運輸和銷售在全球運行，知識產權該要如何獲得保障？

## 三、 知識產權保護對港澳都重要

侵犯知識產權的案例在世界各地都有。以中國為例，近期關於電子商務商家販售假冒或盜版產品的新聞更是轟動。由於電商的商家眾多、分佈範圍廣泛，因此對電商的監管難度往往要比實體經營相對要難。世界各地不少無良商家看準這空隙，在網上銷售假冒品，都造成原創商家巨大的經濟損失。而香港和澳門作為特區，享有十分便利自由的商業環境，自然就

成為侵犯知識產權商家的一個重要交易平台或轉運中繼站。前幾年，在中國知名的電商平台上，很容易就能搜索到大批的仿冒名牌產品。好比路易威登 (LV) 的包包在網上只需要幾百塊就有交易。原創商家母公司 LVMH 集團擁有旗下商標的註冊專利，但是網上的商家未經授權便擅自生產銷售別人已經註冊了的產品，這無疑是一個侵犯知識產權的明顯例子。儘管電商已經著手跟 LVMH 公司攜手解決侵權行為，然而截至目前為止，效果卻似乎仍不太明顯。由於有不少人認為，通過購買盜版產品便可以滿足了自己的需要，於是便不會到專賣店通過正規途徑選購正版產品，這樣就肯定降低了正規企業的產品銷量與利潤。隨著營業額的下降，經費的減少，企業也許就沒有充足的資金進行產品的研發和創新，不難看出這將可能會導致企業陷入惡性循環。香港和澳門作為中國重要的對外運輸和資金自由港，自然必須好把關和監督工作。

此外，從區域發展利益角度來看，對於澳門和香港這種地方不大、人口有限、缺乏大型工業與生產製造業、自然資源較少的微小型經濟體來說，要在世界上立足，主要就得依賴高效管理制度、獨特經營模式、吸收高知識人才、等差異化的方式才能良好發展。尤其澳門與香港近年來均積極發展包括影視、創作等文化創意相關產業，而這類型的產出物更是需要強大的知識產權保護才能確保期經濟收益。澳門和香港同樣毗鄰中國內地，三地在經濟上密不可分，使澳門和香港同樣成為國際客商接通中國內地市場的最便利門戶。北鄰的珠三角地區與港澳僅一河之隔，兩地客商往來暢通無阻。而珠三角是中國的製造業重地，有大量外資企業在區內設廠。中港澳三地之間人員往來、貨品進出，是不少經濟活動的命脈，而珠三角地區製造業發達，面向國際與強大內需市場，因為上述情況當然也因此產生許多和智慧財產保護相關的議題。因此如何通過良好的知識產權保障制度，來保持澳門與香港和知識產權有關的競爭優勢，十分重要。

#### 四、 澳門：完善知識產權保護有助產業多元化

澳門是座經濟發達的國際旅遊城市，其收入主要支柱在於近年高速蓬勃發展的博彩業。隨著《內地與澳門關於建立更緊密經貿關係的安排》(CEPA) 的影響以及開放自由行的政策，澳門博彩業收入不斷增長，以營收而言數年前已躍升全球第一，儼然成為美國拉斯維加斯之外，國際第一的博彩業品牌。在博彩業獨大的產業結構和亮麗的經濟成長數據下，澳門知識產權的問題並不顯著。但是隨著近期博彩業進入深度調整期，以及

澳門產業多元化的未來發展戰略已然確定，如何開發澳門其他可能良好發展的產業就成了一大議題，除了多元旅遊、酒店會議展覽等已經努力進行的產業之外，文化創意產業和中醫藥產業也是目前兩個重點發展方向，因此隨之而來的知識產權議題將逐漸增加。比方說，中醫藥產業作為戰略性新興產業，一定要有完善妥當的知識產權保護<sup>1</sup>；而文化創意產業要受到知識產權保護才能得到生存和發展<sup>2</sup>。

根據統計暨普查局的資料，2014年澳門使用互聯網的住戶佔超過澳門住戶總數的八成以上，普及率很高，加上智能手機的幾乎全面普及，這也讓澳門的文化創意產業必須完全配合數碼營銷的發展。越來越多文創業者擁有自己的社交平台帳戶，或者透過數碼網路平台向顧客推廣及開拓客源。同時也有更多澳門消費者習慣使用網上購物的方式消費或索取文創產品資訊。然而，在澳門，知識產權保護的主要挑戰在於澳門人對於文化創意和版權意識薄弱、澳門在相關法律上相對滯後，以及文創、知識產權與版權持有人對自身權益保護意識的不足。以版權收入為例，在澳門舉行的大型演唱會的版權費，主要還是以政府主辦的音樂節慶活動支付的版權費佔到相當大比例，一般民間活動則是未必知道要支付相關費用給版權持有人。另外，從版權法規方面來看，因為澳門產業結構的關係，過去對於知識產權的問題並不需要認識與理解，因此過去澳門法律體系沒有對知識產權作出明確的界定。不過從葡萄牙時期開始，總是按照歐洲規範行事，因此也有採用國際統一的標準，因此過去便有將知識產權分為由基於創造性智力而產生的著作權，和由工商業標記而產生的工業產權兩部份的基礎<sup>3</sup>。

近幾年，隨著澳門政府的重視，引入《世界知識產權組織版權條約》（World Intellectual Property Organization Copyright Treaty）和《世界知識產權組織表演和錄音製品條約》（World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty）的《修改著作權及相關權利的法律制度》<sup>4</sup>將能讓澳門知識產權保護的步調，跟上國際步伐，同時也特意加強保護網路中的知識產權，保障著作權人及相關權利人的權益，使讓澳門的著作保護權制度更貼近現時新的國際標準，解決互聯網技術不斷發展衍

---

<sup>1</sup> 王一濤（2013），戰略性新興產業的知識產權保護，2013年內地與香港、澳門特別行政區知識產權研討會論文集，2013年7月10日。澳門。

<sup>2</sup> 李順德（2011），加強知識產權保護是文化創意產業發展的必要條件，文化創意產業與知識產權工作坊，2011年6月1日。澳門。

<sup>3</sup> Mertha (2005), *The politics of piracy: Intellectual property in contemporary China*, Cornell University Press.

<sup>4</sup> Asian Patent Attorney Association (2014), *Copyright Committee Macau Country Report 2014*.



生的各種保護著作權的問題。對澳門來說，保護知識產權是文化創意產業生存和發展的關鍵，創意由產生至形成作品，需要知識產權制度予以確權（確定權利），由作品到商品作交易，同樣離不開知識產權的保護<sup>1</sup>，這也將是澳門邁向產業多元化的重要且基礎的一步。

順帶一提的是，在澳門主管知識產權保護的部門是經濟局知識產權廳。主要職責是負責向經濟局局長提供意見，協助制訂澳門特區的知識產權保護政策，此外也負責管理澳門特區的工業產權和著作權及相關權利的集體管理機構註冊。經濟局知識產權廳明確界定，“知識產權是指對智力勞動成果所享有的佔有、使用、處分和收益的權利。它是一種無形財產權，與房屋、汽車等有形財產一樣，都受到法律的保護。知識產權主要包括著作權（版權）、專利權及商標權等”<sup>2</sup>。澳門海關對於打擊盜版的行動一直不遺餘力，特區政府也有相關的法例如《著作權及有關權利之制度》來保護創作者的智力勞動成果。然而在一些舊城區和旅遊熱點出售假冒偽劣產品的現象仍然存在。如在噴水池步行街附近的小攤檔中，依然會發現有人兜售盜版的書籍、光碟。總體來說澳門對保護知識產權方面做得比鄰近地區要好，但政府仍需要針對上述所及的地方嚴加管理，消費者也要拒絕購買盜版品。

## 五、 香港：強力執法與國際合作有助確保全球經濟自由度領先地位

香港連續 20 年獲得『美國傳統基金會』以及『華爾街日報』獲得全球最自由經濟體系評級，經濟自由度指數排名第一（沒有之一，就是全球第一）。香港是國際著名的自由港，一般商品可以免稅自由進出。對資金的流動也沒有外匯管制，本地和外來資本都可以在各行各業投資。香港的新聞和資訊自由，更有利企業掌握國際市場動態，方便作出營商決定。這種開放和自由可以是一把雙刃劍，因為它亦同時讓全球非法貿易活動在香港有機可乘，其中盜版和侵權產品的運輸、中轉和銷售就成了香港一個大問題。不過強力執法與國際合作讓香港在這個問題上不至於太過被動，甚至也有良好表現。以 2013 年到 2014 年為例，香港海關和美國國土安全部（United States Department of Homeland Security, DHS）積極共享知識產權

<sup>1</sup> 陳子慧（2011），知識產權保護與澳門文化創意產業發展，*文化創意產業與知識產權工作坊*，2011 年 6 月 1 日。澳門。

<sup>2</sup> 澳門經濟局知識產權廳網站 [https://www.economia.gov.mo/zh\\_TW/web/public/pg\\_ip?\\_refresh=true](https://www.economia.gov.mo/zh_TW/web/public/pg_ip?_refresh=true)

數據，兩地數據共享使得在港緝獲的假冒商品數量於過去十年大幅上升。另外，香港海關、歐洲刑警組織（European Police Office, Europol），以及美國知識產權中心近期也聯手破獲了網上兜售假冒偽劣商品的大宗案件。香港是第一個，也是唯一一個來自亞洲的海關機關參與該跨國聯合行動。另外，Megaupload 職員在美國被控營運網站用以複製和發放受版權保護的電視節目、電影、軟件和音樂。調查過程中，香港海關和律政司人員與美國聯邦調查局（Federal Bureau of Investigation, FBI）和司法部（Department of Justice）緊密合作，成功凍結 Mega Media Group 將近 5000 萬美元的企業資產。這被視為美國有史以來最大宗刑事版權案件之一<sup>1</sup>。

除了強力取締、充公貨物，及嚴格懲處方面的工作做的出色之外，更重要的是香港致力推廣長遠的知識產權宣傳活動也頗有成效。過去十年，香港街頭假冒商品銷售的數字大幅下降，目前香港已沒有出現大規模的盜版光碟製造活動，市場上只剩下一些零星的黑市買賣活動。不過，香港目前依然面對知識產權保護的重大挑戰。比如說，每年大量來往香港和廣東兩地的民眾數字不斷上升，在便民過關效率和嚴厲執法檢察兩方面如何取得平衡，使海關以及邊境檢察站的工作變得更加嚴峻；而經香港港口轉運的假冒商品數量，近年有上升的趨勢，每年仍有許多盜版電子產品流入香港。另外，經由香港轉運至歐盟國家的貨品中，如何加強在打擊在運輸過程中涉及侵犯知識產權的貨物，不僅是歐盟成員國之間目前的分歧<sup>2</sup>，也是香港的重要挑戰。

在香港，主管知識產權保護的部門是知識產權署。主要職責是按照最高的國際標準保護知識產權，使香港繼續成為一個發揮創意和才華的地方。為市民提供高質素和迅捷的專利、商標及外觀設計的註冊服務。提高公眾對保護個人知識產權的意識，使他們尊重別人的權益。香港明確定義“知識產權泛指一組無形的獨立財產權利，包括商標權、專利權、版權、外觀設計權、植物品種保護權及集成電路的布圖設計權”<sup>3</sup>。香港對於知識產權保護具有很高的自我要求，有關商標註冊、專利註冊，以及外觀設計

---

<sup>1</sup> Hart, C. A. Jr. (2014), Hong Kong's Role in Protecting Intellectual Property, *International Anti-Counterfeiting Coalition (IACC) 2014 Spring Conference*, May, 8, 2014, Hong Kong.

<sup>2</sup> Zhang, N. (2012), Goods in Transit: Enforcement of IP Rights by Customs Officers, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 20, No. 2, p. 257.

<sup>3</sup> 香港知識產權署網站 <http://www.ipd.gov.hk/index.htm>

註冊的審批處理時間都有明確且快速的清楚說明和規定<sup>1</sup>。香港現行的版權法自 1997 年以來未有顯著更新。但經過八年的審議後，最終的修訂法案已臨近完成階段。關於香港對知識產權的具體保護措施可以在最新的《2014 年版權(修訂)條例》中找到，其中有許多條例都堪稱與國際第一流標準接軌，包括傳播權利、澄清刑責、版權豁免、以及網路安全等部份都有提到。同時，香港海關根據世界貿易組織《與貿易有關的知識產權協議》所須履行的義務，在邊境採取執法措施，負責執行一切有關侵犯知識產權的刑事工作。海關負責調查涉嫌侵犯商標、版權以及虛假說明的投訴。該部門具有頗大的搜查權和扣押權，並與海外執法機關及商標和版權擁有人合作，打擊侵犯知識產權權益的行為。

## 六、 知識產權保護制度的建立需長期努力

侵犯知識產權或者購買盜版產品，從個人角度來看似乎沒有啥大不了，但是只要數量大到一個程度，將對企業和整個知識產權保護產生顯著影響，並且將帶來一系列十分嚴重的後果，損傷企業在市場上的競爭能力。如果有一天市場上再也沒有企業願意投入研發，積極創新，那消費者將無法享受到進步和更新的產品，人類商業社會也將停滯不前，長遠來說，將導致嚴重後果。知識產權保護是一項長期性的工作，攸關澳門與香港兩地產業發展、整體競爭力之提升、國外產業之引進、外國直接投資，以及國際聲譽和形象的建立，因此必須長期、持續、不間斷地推動才行。同時，由於國際社會對於知識產權保護議題高度重視，國際間新推動簽署中的反仿冒貿易協定 (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) 對於知識產權保護有更嚴謹的規定，為經貿談判的重要議題。創新的意念、科技的實力、人才勞動產出的保護，都是帶動澳門及香港經濟增長的重要動力。不論是澳門或是香港，面對全球化經濟和國際貿易資本流動的格局，都應該持續善盡國際義務，在既有的基礎上繼續努力，並不能鬆懈，才能建構優質的知識產權保護環境。

---

<sup>1</sup> Yu, A. (2013), A Brief Guide to Intellectual Property in Hong Kong, Business Law Today, American Bar Association, Available at: [http://www.americanbar.org/publications/blt/2013/06/05\\_yu.html](http://www.americanbar.org/publications/blt/2013/06/05_yu.html)

# 從另一角度思考澳門新、舊土地法的銜接問題

邱庭彪<sup>1</sup>

近期，澳門居民就正在發展中的土地，是否應續約的問題，討論得非常熱烈，筆者亦希從下列角度思考該問題，與大家一起分享：

## 1. 法律安定原則

新土地法，第 10/2013 號法律中的第 2 條第 9 款法律安定原則，就是說明了，在理解新的土地法時、適用土地法時，當遇到大家不一的看法時、又或土地法沒有規範時，必需以法律"安定性"去思考。這是大家思考都必要堅守的法律原則。關於法律原則的理論，可參考拙作《澳門博彩法律制度》第 163 頁及隨後。

## 2. 關於批給的失效

在這場小風波中，大家的重心是跑到第 166 條第 1 款第 1 項首部份“如出現下列任一情況，都市性土地或具有都市利益的土地的臨時批給或正處於重新利用階段的確定批給亦告失效：未能在合同訂定的期間及按合同的規定完成土地的利用或重新利用。”中思考問題這是對的，沒有錯的。

但是，我們亦需要思考同項中的後部份，即“又或如合同未有訂明，在第 104 條第 3 款所指的 150 日期間過後未能完成土地的利用，且不論之前曾否被科處罰款；”

在第 104 條（利用的程序）第 1 款“土地的“利用期間”及程序由有關批給合同訂定。”第 3 款指向同條第 2 款的情況“如批給合同未有載明，而有關利用其中包括興建建築物，則須遵守下列最長期間”，在條文中，大家可以查看特別是“其中包括興建建築物”配合，同款第 5 項“完成工程的期間為工程准照所載者。”

我們可以看出，土地批給合同的失效，不單是看到合同的期間是否屆滿，而且，還要檢視合同中規定的“利用期間”，同時亦看興建建築物的工程准照所規定的期間。

在舊的土地法是上世紀七十年代的產物，當年澳門沒有很多的大型工程，高樓大廈在澳門極難看到，當時的立法時在思考問題時，亦難以想像，發展一土地，單單批則程序，需時幾年；為了興建地庫，單單是修建地基工程亦需幾年。

---

<sup>1</sup> 澳門大學法學院副教授，博士，澳門新視角學會監事長

加上，由於澳門居民對生活質素的要求提高，政府為了回應居民的需要，在批則時不單是有高度等的限制，近年來又增加了環境評估的規定，因舊的土地法生效時，及獲批土地發展時沒有環境評估等的規定，這是發展土地人士在獲批地時沒有預計的。

從以上角度考慮土地的“利用期間”，是否單純以土地批給合同的期間，而不考察土地的“利用期間”，是否可能超出土地批給合同的期間。

從表面上看來，當按批准時的圖則發展時，土地“利用期間”不會超越合同期間，“利用期間”就是批給合同的期間，這樣的理解土地法似乎沒有錯誤。但業界中的操作並非如是，因為，圖則是初步的發展計劃，當要細化時，如水、電的設計，特別是近年來興起的中央燃料的輸送系統等，亦可能導致要修改圖則，這些亦要求相關的部門重新批准。上述種種亦都會影響到實質的“利用期間”。同樣地，假如行政部門以合同的期間，批出利用期亦是錯誤的行政行為。

同時，當大家都以30天，90天等法定的行政行為期間去思考問題，似乎土地發展人應在合同期間內完成，但事實並非如是，作出批准與不批准的期間往往是遠超居民所想像。

加上，在新土地法在討論過程中，據聞有立法會議員要求以具體的條文解決，一些已經動工，或正待批准動工的，及將到期的批給土地。但時任的領導人，認為到時候，可以在條文中解決，更反映出新土地法對依舊土地法批給的土地中的“利用期間”已經有解決辦法。

綜上，筆者認為土地的“利用期間”是可以超越批給合同的期間，但前提是土地已經開始利用，而且在可見的將來，可以交付給社會使用，以不致於浪費珍貴的土地資源，這才是為社會的福祉考量，否則再走程序，再等十多年再可以使用土地，這才是浪費社會的土地資源。

### **3. 保護小業主的利益**

在土地合同期間方面，如何考慮保護小業主的利益，筆者認這是發展土地人與小業主之間的關係，發展商及小業主有義務履行簽訂的合同，雙方都應估計到合同是否能夠履行的風險，但合法的前提下，作為土地批給人的澳門政府是沒有義務為雙方沒有履行合同而承擔責任的。因此，除非是政府在行政行為上有主要過錯，否則，政府不應承擔責任。

但是實際的情況，政府又不能這般作為，萬一發展商無力支付相關的賠償金額，又或銀行依法向借款的小業主提起訴訟，這樣又使大批小業主

成為苦主，銀行收不到大批的貸款，澳門的金融體系又會出現，經濟立即出現危機，最後受苦、受難的，又是澳門居民。

#### **4. 土地應該續期，還是重批**

土地應該續期，還是重批，在這樣問題上，筆者認為是續期，不是重批，原因很簡單，因為，這合同中土地的“利用期間”，仍然在法定的期間內，所以，該考慮為續期，但溢價金一定要付，這種情況按續期的溢價金考慮。

#### **5. 解決辦法**

為了長期的解決上述的居民理解上的不穩定情況，特是解釋的土地法存在差異，本人認為應該進行修法去解決涉及百多幅土地的問題。話雖如此，但事實上，我們又須要立即面對幾幅土地將要到期的這問題，遠水救不了近火，筆者提出行政長官以公共利益為依據，先對幾幅正在動工的土地批准續期，但須訂明土地的利用期間，必需在有關部門批准的建造期間在完成，否則收回土地，這樣為國家的土地發揮最好的效益，不要浪費珍貴土地資源。

## 推動澳門中小企發展的建議

呂開顏<sup>1</sup>

從 2014 年開始，李克強提出了“大眾創業、萬眾創新”。此後，他多次考察創新企業，比如 2015 年 1 月考察深圳柴火創客空間、前海微眾銀行、華為公司，瞭解創意製造、小微企業金融服務和企業創新，5 月又到訪中關村創業大街，觀看企業路演，瞭解為創業者提供註冊、法律、金融以及免費水電、上網等服務。就在當前經濟下行壓力加大的時候，國務院 6 月推出鼓勵“大眾創業、萬眾創新”的政策措施，頒佈多項創業扶持政策，將創新創業提到前所未有的高度，使得國內掀起中小企業創業的熱潮。

反觀澳門，近年來博彩業高速發展帶動其他周邊行業，如酒店、餐飲、零售、會展、物流、建築等行業發展，為從事相關行業的大量中小企帶來新的發展機遇。特區政府不斷優化營商環境，近年針對中小企業及青年創業，特區政府推出多項企業援助計畫，大力推動青年創業。據政府資料，2003 年起推出 4 個援助計畫，至今收到 9,000 多宗申請，批出近 8,800 宗，以零售為主。其中，青年創業援助計畫自 2013 年 8 月推出，收到 643 宗申請，處理 493 宗<sup>2</sup>。共批准 410 宗申請，涉及 9,849 萬元，主要集中在零售、批發、餐飲業、不動產活動。當中有 363 宗申請用作營運資金，其他用作購買設備、裝修、宣傳等。迄今有 16 家受援助企業在批准申請後結業，佔整體的 3.9%。

從表面上看，本澳中小企享受到大量津貼和資助，也有大量青年積極創業。但是，許多中小企業主叫苦連天，認為政府沒有真正幫助到中小企解決經營上的問題。坦白說，澳門法制健全，稅制簡單，稅率也較低，營商環境與周圍城市相比已經相當優越，但是為何如此優良的經營條件下，中小企業主依然感到巨大壓力呢？當中既有客觀存在的現實約束，也有主觀認知上的差異。所以我們不妨先從瞭解一下本澳中小企發展遇到的問題，然後再討論應該如何鼓勵和支持青年創業。

本澳企業普遍規模較小，以中小微型企業為主。2013 年一項調查顯示<sup>3</sup>，在澳門 57188 間企業中，雇員人數在 200 人及以上的大型企業只有 134

<sup>1</sup> 呂開顏，澳門理工學院博彩教學暨研究中心研究員，博士，澳門新視角學會副理事長。

<sup>2</sup> [http://www.macaodaily.com/html/2015-03/31/content\\_986423.htm](http://www.macaodaily.com/html/2015-03/31/content_986423.htm) 《培訓授經驗 優化青創計劃》

<sup>3</sup> 《2013 年中小微企白皮書》

間，雇員人數 100 人以上的中型企業有 194 間，少於 100 人的小微型企業，共 56,860 間。中小微企共 57,054 間，佔全澳企業總數的 99.77%。該調查還顯示 2003 年以後註冊的企業，其規模更趨微型化。雇員人數更加向 5 人以及 6-10 人規模集中。其中零售飲食業和製造業在 10 人以下的企業占比 80%；而貿易業和專業服務業在 10 人以下的比例竟接近 90% 的比例。

由於市場規模小，利潤微薄，大多數中小企資本也不雄厚，客觀上缺乏迅速擴張的誘因和環境。所以，本澳中小企競爭力不足，在管理能力與人力資源狀況並不盡如人意。以製造業為例，由於澳門擁有員工人數超過 500 人的大廠較少，很多中小製造業廠家將生產過程中某些手工工序，分散到廠外工人去完成。這種由小企業下分給更小家庭式作坊加工經營的形式，在澳門十分普遍。因此，澳門中小製造業企業在技術、經營管理和人才培養等方面長期處於落後局面。

這種情況在其他行業也十分普遍。中小企業以低價格、低收益、低附加值的傳統發展路徑依賴，制約了其投入產出效益水平的提高。雖然本澳企業意識到升級轉型的迫切性，但是過往在資本、技術、管理和人才等方面積累不足，使得相當數量的中小微企難以升級和轉型。

03 年賭權開放競爭以後，博彩業高速發展帶動經濟發展，但是也對許多中小微企造成擠壓效應。目前澳門中小微企營運中較為普遍的主要問題有：1) 人力資源不足。由於博彩業吸引大量勞動力從中小企轉向博彩旅遊行業，導致中小企人資十分緊張。所以，企業面前的一個直接問題是“請人難”。新招聘的員工往往工作半年至 2 年就提出辭職，轉而流向其他大型的零售企業或博彩行業中就業。每當大型博彩娛樂項目即將開張，每個中小企都擔心人員流失。2) 營運成本高漲。中小企的成本一般包括商品成本、人力成本及租金成本等，近年各項成本上升過快，給中小微企業造成沉重的經濟負擔。此外，租金也是矛盾較為突出的問題。澳門傳統旅遊旺區經營時裝、化妝品或小食檔，利潤微薄，難以承受租金不斷上漲所帶來的壓力。所以，我們經常能見到旺區的食肆或店舖因為租金被迫關閉的現象。3) 市場競爭加劇。國際品牌和大型零售企業也相繼進駐進駐澳門，與本地企業爭奪遊客市場，所以導致澳門市場的競爭程度日益激烈。隨著進入市場的企業的數量不斷增加，產品和服務容易出現供過於求，加上本澳中小企經營模式、營銷策略、定價模式、配送方式等大同小異，沒有形成自身的差異化競爭優勢，因此中小企面對巨大的競爭壓力。



不過，本澳中小微企主面對種種困難，對澳門未來的發展抱積極樂觀的態度，表現出自強不息的奮鬥精神。俗語有說“船小好掉頭”，中小微企的一個特點就是企業主多數有過多次創業經歷，最終經過不懈努力才尋覓到最合適的發展平臺。一旦能找到合適機會，中小微企就會展現強烈的進取精神和頑強的生命力。這種創業精神，既是澳門企業自身謀求升級轉型需要的力量來源，也是整個澳門社會在面對賭收連跌，經濟下滑時所需要鼓勵和培養的信念。

賭收連跌超過一年，澳門已經進入經濟新常態，當中既是挑戰，更是機遇。導致這種變化的原因中，既有企業家自身的主觀因素，也有澳門經濟轉型的客觀原因。姑不論這種轉變是好是壞，我們看到中小企對於澳門經濟繁榮和社會穩定的貢獻不可低估。為了維持這股活力，我們必須不斷優化本澳的營商環境，讓更多年青人敢於創業，亦善於創業。為此提出以下幾點建議，僅供參考：

### **1. 優化創業培訓，增加競爭優勢**

在市場經濟的條件下，政府對中小微企業的扶助，並不違背自由競爭的市場原則。中小企的健康發展，有助市場經濟的平穩運行，因此，需要這“一只看得見的手”幫助推動。從企業家的訪談中，普遍都認同政府資助青年創業的政策。但是，普遍都認為，最高 30 萬的資助金額對一個創業者來說，其實並不足夠。

扶持計劃的出臺可以幫助一批企業創新，但是，協助創業不應只有啓動資金，更重要是源源不斷地向青年人創業提供支援，例如落實設立青年創業孵化中心，為青年人創業提供協辦行政手續、臨時辦公場所、以及財務營銷等課程的培訓，並透過商會和學會提供創業輔導服務，增加中小企的競爭優勢等等。即使市場競爭再激烈，中小微企只要能建立起獨特的競爭優勢，無論在本地，還是外地都可以找到適合自己生存和發展壯大的空間。

### **2. 通過區域合作，推動多元創業**

本澳發展空間趨向飽和，橫琴澳門青年創業谷對本澳青年來說，是一個很好的機遇，能為本澳青年提供新的開拓空間，通過區域合作能夠為青年創造更多空間，同時有效推動多元創業。橫琴是粵澳合作的重點，橫琴澳門青年創業谷於 6 月 29 日正式啟用，為澳門青年的創業創新提供了嶄新的平台和空間。據悉，自開放申請以來，收到 120 個團隊的入駐申請，其中 30 個團隊獲首批進駐資格，當中互聯網項目達 13 個，數目最多。第二

批項目初審已於8月17日完成，已提交入駐申請材料有170個，估計會有50個項目進駐。

根據目前的情況來看，橫琴積極配合澳門產業多元發展，粵澳兩地政府同時將推動兩地青年的交流合作作為重點內容，完全有理由相信在這種合作模式下，能為澳門年青人創業提供更多機會。在國家十二五規劃中，澳門明確經濟適度多元的目標，提出發展旅遊、會展、中醫藥、文創和教育產業。因此，政府可以將產業多元發展與支持青年創業有效結合，提供更多優惠政策，與內地緊密合作，鼓勵更多年青人在澳門未來重點發展的產業中追求創業多元。

### 3. 完善區域合作配套措施

7月15日人民銀行廣州分行出台《廣東南沙、橫琴新區跨境人民幣貸款業務試點管理暫行辦法》，允許符合條件的南沙和橫琴註冊企業從境外金融機構借入人民幣資金。當日，工銀澳門就成功為4家內地企業辦理首批跨境人民幣貸款業務，金額合計2.4億元用於橫琴和南沙新區項目的建設。隨着南沙和橫琴新區跨境人民幣貸款試點政策發佈，本澳金融機構可以提供更多金融產品和服務創新，為“走出去”的澳門企業提供項目融資、國際結算、貿易融資等全方位的跨境金融服務。

雖然大家都認同區域合作有利於澳門經濟多元，但是現實中依然容易遇到配套措施不足的情況。所以，特區需要進一步完善配套措施，建立全面的扶持創業的政策體系，鼓勵經濟多元發展。

# “一帶一路”背景下澳門的新機遇和挑戰

陶 章<sup>1</sup>

2015年3月，中國政府正式公佈《推動共同建設絲綢之路經濟帶與21世紀海上絲綢之路的願景與行動》（簡稱《願景與行動》），標誌著“一帶一路”即將進入實施階段，“一帶一路”作為涵蓋60多個國家和地區的新型區域經濟合作機制，強調應根據沿線各國的資源稟賦，以政策溝通、設施聯通、貿易暢通、資金融通、民心相通為主要合作內容。其發展目標既反映了中國和平崛起的利益訴求，又符合沿線國家發展的需要，已成為當前國家的重要戰略之一。作為中國與世界溝通的橋樑之一，澳門在此輪經濟格局大調整中會迎來重大機遇，同時也面臨巨大挑戰。

## 一、一帶一路給澳門帶來的新機遇

### （一）為澳門積極參與區域經濟一體化模式創新提供了平台

促進貿易投資便利化和自由化是《願景與行動》的重要內容，除了要求硬件基礎設施的互聯互通，更要優先推動區域經濟一體化進程，發展雙邊自貿區和境外經濟合作區。以此促進貨物暢通和貨幣流通，實現產業合作和產業轉移，建立健全地區供應鏈、產業鏈與價值鏈，形成沿線國家生產網絡，提升經濟合作，實現共同發展。

有學者認為，亞洲的經濟一體化有兩種不同的動力源：內部次區域合作及其擴展和外部一體化進程的吸納。前者主要是東盟的自貿區建設及其擴展，後者主要是美國主導的APEC及後來的TPP。這是兩個目標不同的進程，但都選擇從推動貿易投資自由化、便利化入手，以自貿區建設的形式推動區域經濟一體化。美國和東盟主導的一體化，目的都是把亞洲的部分經濟體帶入西方主導的經濟全球化進程，在合作模式上自然順承西方流行的從自貿區入手的一體化。但要真正形成以實現亞洲再平衡為目標的亞洲一體化，則需要新的合作模式，同時必須注重以下兩個方面。第一，以實現亞洲一體化為目標的一體化戰略。過去幾十年中，世界經濟一體化程度大大加深，推動一體化的力量主要來自發達國家並具有某種導向性；第二，一體化方案需要符合區域的現實，無論東盟出於怎樣的考慮，都反映了一個現實：在貧富差異巨大、基礎設施建設水平參差不齊的亞洲，只

<sup>1</sup> 陶章，吉林大學珠海學院講師，澳門新視角學會會員

靠消除制約一體化的主觀性的制度障礙，而不解決基礎設施建設等領域的客觀性的物理障礙，無法實現真正的一體化。

當下熱議的互聯互通不應僅被看作亞洲一體化的引擎，而應該是符合亞洲實際的新型一體化模式的雛形，應該是中國在"一帶一路"戰略推進中倡導和完善的亞洲新型合作模式。在中國--東盟互聯互通建設中，澳門自由的商業環境和相對簡便的通關手續可為區域內貿易夥伴建立起廣泛接受的、高效率的互通制度，並可作為內地城市互聯互通建設的參考案例。

## **(二) 沿線基礎設施建設為澳門資本提供優質投資機會**

據相關統計資料顯示，澳門 2014 年底居民銀行存款總額超過 10,000 億澳門元。<sup>1</sup>高額的民間財富短期內無較好的投資機會，導致澳門本地樓價持續攀高，最高時甚至超過 10 萬元每平方米，嚴重影響了澳門經濟的長遠發展，威脅到了澳門社會的穩定和長治久安。

一帶一路沿線基礎設施建設相對滯後。根據一帶一路的人口和經濟在全球中的比重，大致估算出其基礎設施的融資需求為 25 萬億美元左右，年均 3.16 萬億美元。亞洲是全球基礎設施建設的重點區域，根據亞洲開發銀行的估算，2010~2020 年期間該地區每年基礎設施投資需求將高達 7,300 億美元，其中電力和公路分別占總體需求的 51%、29%。可見，一帶一路跨境基礎設施的融資需求十分巨大。而目前的融資來源包括：亞洲基礎設施銀行，其資本規模為 1,000 億美元，其中中國出資 400 億美元；絲路基金，首期規模為 400 億美元，資金來源 外匯儲備、中國投資公司、中國進出口銀行、國開金融，資本比例為 65%、15%、15%、5%；金磚國家銀行，資本金規模為 1,000 億美元；上合組織開發銀行。此外，中國將向南亞、上合組織、非洲分別提供 200 億、50 億、300 億美元的信貸配套支持。此外，區域性和國際性組織也為一帶一路的基礎設施建設提供部分資金。上述各種融資渠道目前能向一帶一路跨境基礎設施提供的融資規模為 3,500 億美元左右，遠遠不能滿足融資需求。

一帶一路建設將為澳門民間資本的跨境投資提供難得的契機，結合沿線國家的實際需要，《願景與行動》確定優先發展的基礎設施領域，建立包括項目可行性報告等在內的項目庫。並且隨著合作的進一步推進，跨境

---

<sup>1</sup> 澳門金融管理局統計數據：

[http://www.amcm.gov.mo/cms\\_upload/general/press\\_release/pressrelease\\_cnAttachment20150217090233.pdf](http://www.amcm.gov.mo/cms_upload/general/press_release/pressrelease_cnAttachment20150217090233.pdf)

基礎設施資產極有可能實現證券化。<sup>1</sup>具體是以跨境基礎設施的收益作為對象，發行債券來融資。對於建成的跨境基礎設施而言，實施資產證券化，可以成為投資者退出的渠道；對於沒有建成的跨境基礎設施而言，其可成為私人小額資本參與基礎設施建設的重要途徑。

### （三）為澳門會展經濟發展開闢了新路徑

《願景與行動》明確提出要繼續發揮沿線各國區域、次區域相關國際論壇、展會等平臺的建設性作用，支持沿線國家地方、民間聯合舉辦“一帶一路”的專項投資、貿易、文化交流活動。在去年11月，廣東就首次試水並成功舉辦了“2014 廣東 21 世紀海上絲綢之路國際博覽會”。據統計，此次博覽會取得豐碩成果，吸引了泰國、印度、阿聯酋、波蘭等42個國家和地區參展，1,015家境內外企業共設置了2,040個展位；入場觀展、採購的人員達9.65萬人次；項目簽約方面，共達成簽約項目451個，涉及簽約資金1,747億元，其中超億元項目達179個。<sup>2</sup>借力“一帶一路”，廣東成功建立了會展經濟的另一大品牌。

澳門積累了多年主辦國際大型會展活動的寶貴經驗，應藉助周邊地區加強經貿合作的機會，努力推動構建多雙邊經貿關係的會展新平臺。一是建立“一帶一路”相關專題展會和論壇，比如即將於10月舉辦的“世界旅遊經濟論壇·澳門2015”便為澳門開展“一帶一路”相關的會展活動做出了很好的嘗試。其次要深化澳門會展的國際交流合作。推動澳門展覽機構與國際知名的展覽業組織、行業協會、展覽企業等建立合作機制，既引進國際知名品牌展會到澳門合作辦展，同時推動澳門會展業積極“走出去”，培育境外展覽項目，構建多元化、寬領域、高層次的境外參展辦展新格局。

### （四）有助於開拓“一程多站”旅遊新市場

9月中，廣東省旅遊局、香港旅遊發展局、澳門特區政府旅遊局在廣州廣交會展館開幕的2015中國(廣東)國際旅遊產業博覽會上，聯合發佈2015粵港澳五條“一程多站”旅遊新線路。<sup>3</sup>粵港澳將繼續致力於打造世界級旅遊休閒度假區。

<sup>1</sup> 李國彥.“一帶一路”開啟區域基礎設施建設新里程[J]. 建築, 2015.

<sup>2</sup> 廣東省貿易促進會官方網站新聞

[http://www.gdefair.com/news\\_detail/201411/lb26xl0201411411111620428.htm](http://www.gdefair.com/news_detail/201411/lb26xl0201411411111620428.htm)

<sup>3</sup> 中國新聞網：粵港澳發佈五條“一程多站”旅遊新線路，

<http://www.chinanews.com/ga/2015/09-11/7519216.shtml>

澳門可通過深化區域旅遊合作，彌補自然旅遊資源的不足，借一帶一路的東風，拓展海上絲綢之路沿線地區市場。澳門作為海上絲綢之路最後一段，具深厚歷史和文化價值，以及豐富的人文旅遊資源，通過有效的推廣宣傳，可以吸引更多一帶一路沿線的旅客到來。

## 二、澳門面臨的挑戰

### （一）全球經濟疲軟影響國際貿易環境

一方面，雖然國際貨幣基金組織預測 2015 年全球經濟增長 3.8% 左右，世界貿易組織預測國際貿易增長 4% 左右。但是新增動力不足，不確定不穩定性仍然較多，全球結構性問題尚未解決，重點國家經濟增長呈現分化，世界經濟增長仍表現為弱勢復蘇。另一方面，10 月 5 日，跨太平洋夥伴關係協議（TPP）談判協議達成，這是一個不包括中國在內的區域貿易協議，TPP 被廣泛認為將對亞洲經濟產生深遠的影響，同時也被解讀為是針對中國的一項經濟合作協定，其對“一帶一路”戰略的影響和衝擊還有待進一步驗證。以上兩方面的因素無疑會使亞洲的經濟合作之路更加複雜，也會增加澳門參與區域經濟一體化合作的風險和不確定性。

### （二）居民缺乏投資意識

澳門居民受傳統東方文化影響深遠，歷來重視儲蓄而輕投資。加之普通民眾文化程度及其對風險的認識有限，所以更願意將錢存入銀行以備不時之需，而非優先選擇用來進行投資。如果澳門的民間資本長期找不到合適的出路而滯留在澳門市場，必然導致本地物價的持續攀升，從而影響金融市場的穩定。

### （三）會展業競爭激烈

澳門周邊城市香港、深圳和廣州等地會展業向來具有優勢，加之橫琴新區也將會展業定為重點發展產業之一。與香港相比，澳門會展業的專業化程度明顯存在差距；而與廣州和深圳相比，廣深兩地則擁有強大的經濟腹地支持和成本優勢；橫琴會展業雖剛剛起步，但其擁有的政策優勢不容小覷。由此觀之，澳門的會展產業必然面臨周邊城市日益強大且慘烈的競爭。

### （四）旅遊接待能力接近飽和

據澳門旅遊學院研究結果顯示，澳門 2014 年日均旅客接待能力範圍在 89,374 至 92,325 人次；年度接待力範圍在 3,262 至 3,370 萬人次，其中公共交通實際接待能力需多加關注。基於社會接待能力考慮，澳門旅遊接

待力 2014 年可能已達飽和點。從社會角度看，居民開始為旅遊業的持續成長對日常生活素質的影響感到困擾；同樣地，旅客也感到擠逼，服務質素下跌，導致旅遊體驗變差。儘管 2014 年採取人流管制、延長通關時間等措施，但在高峰日子與持續上升的旅客不成正比，令居民和旅客對整體情況感惡化。這為澳門發展旅遊業提出了嚴峻考驗。

### 三、幾點建議

一帶一路戰略是中國未來的重大經濟和外交戰略之一，澳門應積極融入到這一國家戰略中去，為此，本文提出以下建議。

1. 澳門作為中國大陸的一個特別行政區，“一國兩制”，“澳人治澳”就構成了其根本特徵，也是相較內地省市最大的制度優勢，長期以來澳門均是以“自由港”身份參與區域經貿活動中，與東盟等貿易一體化組織合作關係緊密。澳門應該充分利用自由港優勢，主動探索推動區域經濟合作的各項可能性，加強與周邊地區（包括內地城市）的經貿合作關係，更好地擔當起內地與一帶一路沿線地區的經貿橋樑作用。

2. 澳門相關部門及金融投資機構更需要追蹤一帶一路建設相關政策和方案的出台及落實情況，為澳門資本的走出去做好前期的準備工作。包括推動澳門銀行及金融業產品及服務創新，提供更多投資理財產品；加強專業金融投資人才的引進和教育，改善澳門金融行業軟實力；為資本雄厚的大型企業搭建對外投資的平台，引導資本合理運作；培養民眾的理性投資意識，加強民間資本的流動性和盈利性等等；

3. 澳門與珠三角地區其它城市在經濟結構上有一定同質性，但也有很強的互補性，需要思考各自的比較優勢終究為何，以此為基礎加強與鄰近地區的產業合作，實現優勢互補、強強聯合。如透過參與橫琴新區大開發，共同發展金融、會展和物流等產業，以突破澳門在地域和資源方面的瓶頸，全力推進澳門產業結構的多元化調整，進而降低經濟運行系統性風險。

4. 澳門素以“東方蒙地卡羅”著稱於世，隨著周邊國家或地區的博彩業合法化，澳門以博彩旅遊一枝獨秀的旅遊產業格局嚴重影響了其對遊客持續的吸引力。

十年前澳門舊城區成功申請列入世界文化遺產名錄，一時令澳門民眾和旅遊行業為之振奮，但因為各種原因，導致十年後的今日，澳門世遺旅遊並未取得預期的卓越成效。

做好澳門旅遊業發展與“一帶一路”戰略的融合對接工作，提振行業士氣，扎實做好宣傳推廣工作，並就旅遊產品和服務大膽創新，打響休閒旅遊產業國際知名度，開拓更加廣闊的潛在市場，不失為澳門旅遊業的一條有效路徑。



# 完善網絡環境下保全證據公證之探析

李妍卿<sup>1</sup>

目前,在法院處理的眾多網絡環境下糾紛中,我們發現由於網絡的無形性、內容更迭迅速、數據易被篡改等特點,當事人為了獲得證據優勢,傾向於在訴前對存在於網絡中的證據進行保全公證。但是,由於網絡證據保全公證中存在操作不規範、內容、程序不完整等問題,導致公證證據效力存有瑕疵。因此,完善網絡證據保全公證採集,對於淨化網絡環境,更好的服務於司法審判實踐以及促進我國互聯網健康發展都有具有重要意義。

## 一、網絡環境下的證據特徵

網絡技術具有高科技性、數字性、多媒體性、易破壞性和虛擬性及管理的非中心性等特點,決定了基於網絡產生的網絡證據具有以下與傳統證據不同的特徵:

1、數字性。在計算機內部,網頁結構、用戶信息、文字內容等等所有的信息都被數字化。信息在進行存儲、處理的過程中,必須將數據電文一一對應的方式轉換為“1”和“0”組成的特定的二進制代碼。在進行電子商務交易過程中,一切信息都用這些代碼來傳遞。

2、脆弱性。網絡證據是以數字信號的方式存在的,而數字是非連續性的,因此如果有人故意或因為差錯對電子證據進行截收、監聽、刪減、剪接,從常規技術上將無法查明。而且計算機操作人員的差錯或供電系統、網絡系統的故障等環境和技術方面的原因都會使網絡證據無法反映真實的情況。行為人對網絡證據的修改或改造過程在幾分鐘甚至幾秒鐘就可以完成,不易察覺。

3、綜合性。網絡證據的表現是多種多樣的,特別是多媒體技術的出現,更使網絡證據綜合了文本、圖形、圖像、動畫、音頻及視頻等多媒體信息,甚至人機交互處理。這種以多媒體形式存在的網絡證據幾乎涵蓋了所有傳統證據的類型。從各國立法看,各國證據法對電子證據的可採納性要求不完全相同,我國民事訴訟法亦規定對視聽資料應當辨別真偽,並結

---

<sup>1</sup> 李妍卿,上海市普陀區人民法院知識產權庭

合具體案件的其他證據，審查確定其能否作為認定事實的根據。在侵權案件中，該類證據作為主要證據，決定案件的最終走向。

## 二、網絡公證保全證據具高證明力的司法理由

以上所述網絡環境下證據數字的真實性與脆弱性共存，即理論上數字證據對事實可以進行真實還原，但是又因為其脆弱性對證據保全更需要及時、專業，猶如硬幣的正反面。對於審判者來說，經公證的證據因其真實、客觀、證明效力較高，一般而言，被採信程度很高。因此，原告在涉網絡侵權糾紛案件中選擇採取公證保全，為將來的訴訟奠定證據基礎。

我國相關立法賦予公證證據區別於一般證據的法律效力，成為審理案件中的優勢證據，具體體現在：第一，經公證機構保全的證據，其證明力高於其他一般證據，對法院的民事審判具有一定的制約性<sup>1</sup>；第二，經公證機構保全的證據，具有免除當事人舉證責任的法律效力；第三，法律對知識產權保全證據公證亦有專門的規定，確認了知識產權保全證據公證的法律效力。然而，在司法實踐中的現狀卻是，網絡證據保全公證因技術性要求較高等因素造成各種問題在審判實務中逐漸凸顯，致使公證證據所特有的證明力較強的優勢面臨挑戰。

## 三、公證過程存在的瑕疵分類

網絡證據保全公證存在的瑕疵主要分為兩種類型：一種是形式上的瑕疵，譬如公證管轄的瑕疵、公證書製作的瑕疵、公證程序的瑕疵等；出現以上瑕疵的原因在於公證機構對於申請人的利害關係身份審查不嚴，公證場所選擇隨意、公證所用電腦未經清潔，出具的公證書及其所附光盤、公證筆錄的內容缺漏。不規範的公證程序足以引起對方當事人的合理懷疑，甚至引致法院無法認定公證書的證明力。

另一種是實質上的瑕疵，即內容不完整。具體來說，有的公證書中出現漏步、跳步，出現這樣的現象源於：公證人員自身省略了其認為不重要的步驟，公證申請人主動要求公證處忽略的步驟，無論是主觀還是客觀的原因都導致整個保全過程、程序不完整。而公證證據的完整性，對於還原事實來說至關重要，不能以公證人員的主觀判斷以決定將來是否能在訴訟中所起作用，對於申請人主動要求的省略公證處則更應當審慎對待。舉例來說，在網絡侵權案件中，如果截屏頁面不完整，尤其是進入路徑的跳步，

---

<sup>1</sup> 《中華人民共和國民事訴訟法》第六十九條規定，經過法定陳旭公證證明的法律事實和文書，人民法院應當作為認定事實的依據，但有相反證據足以推翻公證證明的除外。

會引發被告對於侵權事實的抗辯，由於訴訟的延後性，原告此時已經錯失了再行取證的最佳時間。此外，如果在公證中遺漏網站經營主體資格的 ICP 地址進行提取<sup>1</sup>，還會造引發被告關於主體的抗辯。值得一提的是，公證保全往往注重對侵權事宜的取證，忽略賠償金額證據固定，比如欠缺對網站的瀏覽量、銷售量的截取，而這些對於在知識產權案件的賠償來說是重要的參考依據。以上所列問題都是保全中出現是對關鍵性事實存在瑕疵，公證書或者現場記錄不完整將直接削弱該份證據的證明力。

#### 四、網絡證據保全程序、內容的完善

在網絡環境下的侵權糾紛正在呈現日新月異的趨勢，因此網絡證據保全中複雜的公證環境和司法實務中網絡層出不窮的新型問題已經對公證人員提出了更高的要求。完善保全公證從制度的建立上、實際操作層面上著手，進一步實現科學取證、過程完整、內容真實、文書嚴謹等保全公證的內在要求。

1. 程序合法性和完整性之強化。程序合法、完整是保全證據取得證明力的首要條件。按照不同的證據保全類型，制定相應的操作規範細則，以便公證人員有依據可得參照。<sup>2</sup>公證機構在對證據進行保全時，應嚴格依照該操作規程進行，不得以非法的或以侵害他人合法權益的手段來獲取證據，盡力做到取證過程的真實和完整。相關公證人員的培訓，強化公證資格的認證體系，提高公證人員的網絡基本取證技能；提高公證人員的准入門檻，加強公證人員的責任心，提高業務能力。

關於取證場所，以公證處取證為佳。公證人員可以選取公證機構或者隨機抽選的網吧裡的計算機，由公證人員親自監督操作。在辦理網頁公證保全時，建議公證書在公證處製作。一是為了保證電腦的清潔性，二是在公證處可以當場製作筆錄、在現場進行實時錄音、錄像。三是對於某類案件確定了取證地點也就決定了訴訟管轄地。

下面以一起網絡著作權糾紛為例來說明網絡取證場所對於公證保全證據的重要性。原告為證實被告有在網絡上允許他人任意下載其享有專有出版權的某作品之侵權事實，對被告的網絡進行了深度鏈接式的逐層公證。

<sup>1</sup> 由於目前網頁侵權的案件中，許多網站會鏈接到其他網站上，ICP 地址會直接影響到判定淺層鏈接或深層鏈接，最終影響法院判定屬直接侵權或間接侵權的問題。

<sup>2</sup> 現行的網絡保全公證的操作細則有：2008 年修訂通過的《辦理保全證據公證的指導意見（修訂）》，2012 年 1 月 7 日《辦理保全互聯網電子證據公證的指導意見》，內容仍較原則。

但在申請公證過程中，公證員稱公證處的電腦有問題，提出到申請人處用申請人的電腦辦理公證，準備公證時，公證員又提出其對電腦操作不熟，要求由申請人的工作人員代其操作，並且公證員將上述在申請人處由申請人工作人員代為操作的事實詳細記載在公證書中。對方當事人對此提出異議，認為如是操作極易由申請人進行技術控制，無法確保公證的客觀性。如果對域名解析問題有一些瞭解的話這個問題就不難理解。因為在申請人處進行深度鏈接的時候，申請人處的工作人員可以通過修改文件使特定域名與特定 IP 地址進行聯繫。換言之，技術人員可以使在某一層級上的“錨”所指向的 IP 地址發生改變，即鏈向另外一個網絡或者另外計算機，這一點在技術上不存在任何難度。這樣，在公證員使用瀏覽器訪問網站的時候，導致計算機去訪問該公司內部的某台計算機或者另外的網站，如果在該台內部計算機上預存或者另外的網絡存在侵權內容的頁面，就非常容易使公證人員產生誤解。因此，這種公證書的效力值得懷疑，最後司法機關也沒有認定該份證據的證據效力。

2. 保全方式科學性與多樣性並存。公證時，公證人員應採取適當的保全方式，必要時可以採取多種方式合併使用，如對現場狀況的保全，可以採取記錄、拍照、錄像，以及現場人員的陳述等多種方式共同進行，以確保公證證據的效力。此外，公證機構應高度重視網絡安全，防止木馬軟件或者通過黑客遠程侵入公證處網絡系統。

同時，建立公證人員出庭作證制度。我國法律尚未規定公證人員出庭作證的義務，其實公證人員在證據保全過程中所履行的職責，同勘驗人、鑒定人所履行的職責相同。因此，公證人員應同勘驗人、鑒定人一樣負有出庭作證的義務，就公證行為的客觀過程做陳述，從而為有瑕疵的公證證據提供一些佐證。

3. 保全證據內容完整性之細化。一本公證書從取證時間、取證對象、取證網頁等幾方面進行詳細的記錄，將有助於全面把握侵權主體、事實以及賠償依據。取證時間的確定，是對行為被發現時間的認定。<sup>1</sup>

取證對象，以往最終責任人為單純的網絡內容提供商，近些年來網絡侵權行為不斷的演化，網絡服務提供商與內容提供商兩者的身份正逐漸融合；網絡技術不斷進化，深層鏈接、轉碼技術、加框鏈接等等新興用戶體驗方式的湧現，也給對最終責任人的判定帶來不確定性。因此，在初步的

---

<sup>1</sup> 在進行網頁保全之前，可以先行確定時間。較常見的做法是登陸國家授時中心 <http://www.time.ac.cn> 進行時間點的截屏。

主體證據的舉證方面司法部門也希望公證書能反映渠道商、平台服務商、ISP、ICP 等主體的區分。公證機關在進行公證保全證據時，取證對象首要需截取網站的官方信息<sup>1</sup>，如有必要可將網站上刊登的地址、電話、連絡人等信息一併進行保全。至於網頁保全，對於保全公證的步驟細化要求程度相對較高，以期真實再現進入目標網頁的整個過程。在證與反證的對抗過程中，確保網頁保全公證的步驟明晰、目標網頁指向的唯一性的原因，不僅是因為公證保全對主體的確證，也是出於對侵權事實的固定目的。最後，賠償事實的相關證據也應當有相應的證據來加以證實。例如，在知識產權糾紛案件中，一方因侵權所遭受的損失、一方因侵權所獲利潤，可從對點擊量、銷售數額中相關網頁得以證實和證明。遇到該類案件時，公證人員也當注意相關網頁的證據採集。

4. 專家介入提供技術便利。目前，我國專家鑒定和諮詢制度在民事訴訟中缺乏完備的操作規則，通常出現在訴訟當中由法院進行委託，對於訴前程序則未有涉及。

事實上，網絡公證中，公證員常常很難判斷網頁來自於哪個服務器，其是否真的是公證對象的服務器。因此，在越來越多的網絡公證中，即使公證員認真執行公證程序，如果其缺乏相當高的技術水準，也有可能被人利用。但是要求公證員普遍達到計算機專家的標準也不現實，那麼在訴前的保全公證階段，讓計算機專家提前介入，將確保保全公證的準確性。此外，由於公證員在我國尚沒有出庭的法定義務，專家則可以在訴訟中出庭接受詢問，為法院及時查明事實提供技術上的便利。

5. 確保證據保全公證置於有效監督。司法實踐中，特別是當事人自行保全網絡證據時，其保全的網絡證據往往因其保全過程是否嚴格、合法受到裁判者的質疑和否定，網絡證據保全的有效性受到很大的影響。究其原因，在於網絡證據的提交者無法證明其保全過程是否合法，以及是否遵循嚴格的保全程序。因此，解決網絡證據保全的有效性問題，必須對其保全過程予以有效監督。就保全過程的監督而言，應當注意兩個方面：其一，網絡證據保全法律程序的監督。只有依照合法的程序進行，網絡證據保全的有效性才會有堅實的法律支撐，因此合法程序應當予以高度重視。其二，技術監督。網絡證據保全可以借助一定的保全工具或技術，再現整個保全公證。

---

<sup>1</sup> 與侵權網站的主題資格有關的信息一般包括 ICP 經營許可證、工業和信息化部 ICP/IP 備案信息、網頁中有關網站經營者的標示、域名持有者信息、網頁版權標注、IP 地址備案信息等。

# 論無罪推定的根據

## ——以哲學和政治學為視角

徐燦<sup>1</sup>

無罪推定，又稱無罪假定，其格言表述一般為“任何人在被依法證實有罪之前應被假定為無罪”<sup>2</sup>。無罪推定是現代刑事司法理念的精髓，是現代司法文明的象徵，已被世界各國和地區及國際相關立法普遍接受。<sup>3</sup>截至目前，關於無罪推定的論文可謂汗牛充棟，但是，對於無罪推定根據的專門理論分析卻寥寥無幾。本文試圖從哲學和政治學角度，對無罪推定的根據進行探索，以期填補中國學術界在這一令人熟知領域的理論空白。

### 一、哲學視角下的無罪推定

從無罪推定的起源及其格言的形成<sup>4</sup>來看，無罪推定具有雙重維度——它既是一項證據規則（即控訴方承擔證明有罪的責任，被控訴方不承擔證明自己無罪的責任），又是防止定罪前施加懲罰的保障。<sup>5</sup>雖然歷史上英美法系和大陸法系都曾對無罪推定有過同樣的理解，但如今，英美法系僅在狹義上將無罪推定理解為沒有審前效力的單純的證據規則，而大陸法系則堅持在雙重維度的廣義上理解無罪推定。

無罪推定的哲學基礎主要涉及認識論和價值論兩個方面。從英美法系狹義的無罪推定角度講，認識論主要解決推定的必要性問題，價值論主要解決“無罪”推定的正當性問題，且這兩個問題密切相連：前一問題是討論後一問題的基礎和前提，後一問題是前一問題實現的路徑和保障。從大陸法系廣義的無罪推定角度講，認識論主要解決證據規則維度上推定的必

<sup>1</sup> 中國政法大學博士研究生，中國政法大學-美國斯坦福大學聯合培養法學博士，海南省高級人民法院前法官。本論文得到國家留學基金資助。

<sup>2</sup> Cf. Kenneth Pennington, “Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim,” *The Jurist*, Vol. 63, (2003), pp. 106-124; Francois Quintard-Morenas, “The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, (2010), pp. 107-150.

<sup>3</sup> 根據 M. Cherif Bassiouni 的考證，截至 1993 年，已有至少 5 個國際公約和 67 個憲法性文件規定了無罪推定原則。See M. Cherif Bassiouni, “Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions,” *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 3, (1993), pp. 266-267.

<sup>4</sup> *Supra* note 1.

<sup>5</sup> Francois Quintard-Morenas, “The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, (2010), p. 149.

要性問題，價值論主要解決證據規則和防止定罪前施加懲罰雙重維度上“無罪”推定的正當性問題，而防止定罪前施加懲罰維度上推定的必要性則主要基於兩點：一個是程序上，由於尚未經過審判，因而無法認定被追訴人在法律上是否有罪；另一個是邏輯上，被追訴人在法律上必然或者有罪或者無罪。大陸法系廣義的無罪推定中推定的必要性和“無罪”推定的正當性之間的關係與英美法系狹義的無罪推定情況類似，亦即前者是討論後者的基礎和前提，後者是前者實現的路徑和保障。

無罪推定的認識論基礎既可以是不可知論，也可以是辯證唯物主義認識論。不可知論認為除了感覺或現象之外，世界本身是無法認識的，人的認識能力不能超出感覺經驗或現象的範圍，不能認識事物的本質及發展規律。<sup>1</sup>根據不可知論的觀點，人類無法認識事物的本質及發展規律，無法認識世界本身，因此，也無法通過證據認識案件的客觀真實。正是由於人類無法真正準確認識案件客觀真實，因此，對於是否有罪的問題，只能進行推定。然而，將不可知論作為無罪推定的認識論基礎是危險的，因為它將導致整個證據制度的崩解，使得整個訴訟程序的存在失去必要性。既然世界不可知，人的認識能力不能超出感覺經驗或現象的範圍，不能認識事物的本質及發展規律，那麼，就不可能通過證據來認識案件的原貌，哪怕是部分的還原也不可能。而證據制度是整個訴訟制度的基礎，證據是“認識主體——辦案人員與認識客體——案件事實之間不可或缺的橋樑。”<sup>2</sup>否定證據的作用和意義，就意味著否定整個訴訟制度存在的意義。辯證唯物主義認識論認為世界在實踐的意義上是可知的，以實踐為基礎的認識活動，是主體對客體的能動反映，人通過實踐能夠正確反映客觀實際，認識客觀事物。<sup>3</sup>然而，世界具有可知性，並不等於人類對世界的認識是靜止的、絕對的。實際上，人類的認識是無限性與有限性的統一。一方面，人類能夠正確認識無限發展著的客觀世界，另一方面，人類對客觀世界的認識具有階段性。人類對客觀世界的全面準確認識並非一蹴而就的，而是有一個發展的過程。在特定的時間內，人類可能囿於各種條件的限制，暫時無法準確全面認識客觀世界。因此，在有些刑事案件中，辦案人員可能囿於證據不全等因素而暫時無法還原案件本來面目，無法在有限的審限內全面認識

<sup>1</sup> 參見搜狗百科：“不可知論”詞條，網址：<http://baike.sogou.com/v1168190.htm?ch=ch.bk.innerlink>，最後訪問日期：2015年7月22日。

<sup>2</sup> 陳光中等：《訴訟真實與證明標準改革》，載於《政法論壇》，2009年第2期，第6頁。

<sup>3</sup> 參見《馬克思主義哲學》編寫組：《馬克思主義哲學》，北京：高等教育出版社，2009年，第254頁。

案件的客觀真實。<sup>1</sup>不可知論無法與現代訴訟制度並存，而馬克思主義關於人類認識有限性與無限性相統一的辯證唯物主義認識論則可以與現代訴訟制度相容。無罪推定的存在並非因為人類不能認識客觀真實，而是由於審判的有限性——一個案件的審理不能無限期拖延，而必須在一個合理有限的期限內基於現有的證據作出有罪或者無罪的明確結論，從無限糾纏的訟累中解脫。<sup>2</sup>因此，無罪推定在認識論上的真正基礎應當是辯證唯物主義認識論，而不是不可知論。無限性與有限性相統一的人類認識規律和審判必須在有限時間內作出有罪或者無罪明確結論的限制構成了證據規則維度上推定存在的必要性。<sup>3</sup>

無罪推定雖以認識論為基礎，但本身不是一個認知規則，而是一個標準原則，是一個價值判斷和選擇。實事求是是一個認知規則，屬認識論問題，不是價值判斷和選擇，亦非價值論問題。而且，無罪推定的認識論基礎即承認無限性與有限性相統一的辯證唯物主義認識論本身也要求實事求是。因此，實事求是與無罪推定完全可以共存。實事求是要求我們通過發揮主觀能動性對客觀事實和客觀規律進行認識和研究。而無罪推定則要求在未依正當法律程序證明有罪並作出有罪判決前，任何人有權被視為無罪。無罪推定的要求既包含了有罪判決要依正當法律程序作出，又包含了有罪判決的證明必須達到一定的標準，如排除合理懷疑，內心確信，或者案件事實清楚、證據確實充分，等。當一個被追訴人被依正當法律程序認定有罪之前，其可能有罪，但也可能無罪；在未獲得法律的權威認定之前，其是否有罪的狀態無法確定。此時，不是通過實事求是的方法確定其事實上是否有罪的問題，而是有無法律上的權威認定其是否有罪的問題，是法律地位問題，而非事實問題。當一個被告人經過法庭審理，是否有罪仍舊存疑時，根據無罪推定原則對其作出的無罪判決只是在審理案件的時點對案件事實情況（暫時無法確認是否有罪）的承認，而非在認識論上承認案件事實無法認識。這裡的存疑是對案件事實（是否有罪）階段性的暫時認定，而非絕對地認為案件事實無法查清。之所以要承認疑罪並據此做出無罪判決，是基於司法效率和社會安寧等價值的現實考量：一個太久不能獲

<sup>1</sup> 參見沈德詠：《論疑罪從無》，載於《中國法學》，2013年第5期，第9，10頁。

<sup>2</sup> 此處“審判的有限性”在無明確審限制度的國家主要是指審判必須根據現有證據作出有罪或者無罪的明確結論，從無限的訟累中解脫；在有明確審限制度的國家除此之外，更主要地是指審判必須在審限內完成。

<sup>3</sup> Cf. Edna Ullman-Margalit, “On Presumption,” *The Journal of Philosophy*, Vol. 80, No. 3 (1983), pp. 154-157.



得解決的案件即便經過極長的時間最終獲得解決，也幾乎會失去大部分意義——很多當事人甚至都已不在人間，結果意義上的價值（震懾整個社會以及罪犯個人潛在犯罪，維護社會安寧，等）也會大打折扣。馬克思主義尊重和保障個人價值<sup>1</sup>，這是馬克思主義能夠與無罪推定兼容的價值基礎。而馬克思主義同樣強調實事求是，這是馬克思主義對於認識論的態度。實事求是與無罪推定是兩個範疇內的問題，二者並不矛盾，可統一於馬克思主義的哲學觀中。

無罪推定不是絕對的。從證據規則的維度講，無罪推定意味著證明有罪的責任在控訴方，被控訴方不承擔證明自己無罪的責任，但享有反駁控訴方有罪指控的權利，即辯護權。然而證明不是絕對的，證明標準再高，也不可能排除一切無罪懷疑；否則，那將會是在有限的時間內不可能完成的任務，也違背認識具有階段性的規律。實際上，在嚴格的意義上講，證明總是與推定相伴相隨。俗話說：“人心隔肚皮。”這說明人的主觀世界是難以準確全面認識的，更是無法完全證明的。由於主觀世界無法完全證明，對於主觀世界的證明或多或少都會含有推測的成分，或者講，對犯罪主觀方面的認定或多或少都含有推定的成分，因此，就對犯罪主觀方面的認定方法而言，推定和證明的區別是相對的，而不是絕對的。即便對於其他犯罪構成要素而言，由於人類對客觀世界的認識是處於發展過程中的，因此，對其他犯罪構成要素的認定也是相對的，而不是絕對的。無罪推定在作為證明責任分配規則的意義上講，相應地也不具有絕對性。反映在證明規則上，雖然控訴方承擔證明有罪的責任，但是，其並不承擔絕對地證明構成犯罪所可能需要確認的一切要素的責任，特別是，涉及犯罪主觀方面的證明必然或多或少包含推定的成分；同時，對於犯罪的證明標準也不可能達到絕對地排除一切無罪可能的程度，而只能儘量達到一個極高的程度（例如排除合理懷疑）。對於這一極高的證明標準和案件待證事實（客觀真實）之間的差距，或者說對於案件待證事實的最後認定只能依賴於推定。此時，所認定的“案件事實”，實際上是“法律真實”，而非哲學意義上的客觀真實。如果將證明比作在證據鋪就的通往待證事實的道路上行

<sup>1</sup> 馬克思在《死刑。——科布頓先生的小冊子。——英格蘭銀行的措施》一文中指出：“一般說來，刑罰應該是一種感化或恫嚇的手段。可是，有什麼權利用懲罰一個人來感化或恫嚇其他的人呢？況且歷史和統計科學非常清楚地證明，從該隱以來，利用刑罰來感化或恫嚇世界就從來沒有成功過。適得其反！從抽象權利的觀點看，只有一種刑罰理論是抽象地承認人的尊嚴的，這就是康德的理論，特別是當黑格爾用了一個更嚴謹的定義來表述它的時候。黑格爾說：‘刑罰是罪犯的權利。它是罪犯本身意志的行為。罪犯把違法說成是自己的權利。他的犯罪是對法的否定。刑罰是這種否定之否定，因而又是對法的肯定；這種法是罪犯自己要求的，並且是他強加於自身的。’【黑格爾：《法哲學原理》】”見《馬克思恩格斯全集》第8卷，第578-579頁。

走，而將推定比作從已知事實到待證事實的跳躍的話，那麼，證明其實也是一種跳躍，只是一種“微小的”跳躍。同時，正是因為所有的證明都不是絕對的，都或多或少需要一定的推定作補充才能認定待證事實，而推定又都是允許反駁的（所謂不可反駁的“推定”其實是“擬制”，而非推定）<sup>1</sup>，由此構成了訴訟中控辯雙方“證明--反駁--證明”的循環往復。也正由此構成了紛繁複雜、千變萬化的具體訴訟過程。法官（裁判者）正是在對這一過程的主持和把控中，認定案件事實，亦即“法律真實”。這一過程生動體現了無罪推定的辯證唯物主義認識論基礎，是辯證唯物主義認識論在訴訟證明過程中的鮮活運用。

由於無罪推定的價值論基礎所涉及的自由、人權等內容與政治學緊密相連，因此，本文將在以下部分對其進行闡述。

## 二、政治學視角下的無罪推定

無罪推定不是一個可能性或者概率的陳述，<sup>2</sup>而是一個政治信仰的陳述，體現著一定的政治傾向和價值抉擇，是自由的保障。可以說，無罪推定最根本的價值基礎就是自由，自由是無罪推定正當性的根本支撐。在審前階段，如果沒有無罪推定，那麼邏輯上被追訴人必然會被假定為有罪，因為在審前尚未對被追訴人是否有罪進行法律上權威認定的情況下，被追訴人的法律地位邏輯上只能或者有罪或者無罪，不存在中間狀態。如果在沒有定罪的情況下就假定被追訴人有罪，那麼整個社會將人人自危，毫無自由和安全可言，因為任何人都無法保證自己不會被追訴，而且有罪假定在一定程度上會誘使辦案人員對被追訴人進行刑訊逼供。在審判階段，如果沒有無罪推定，那麼被告被錯誤定罪的風險將大大增加。由於任何人都面臨著被迫在法庭上證明自己無罪的風險，任何人的自由、安全和隱私都將無法得到保障，任何人都將可能為自己沒有犯下的罪行而承擔責任。這同樣會造成整個社會人心惶惶，毫無自由和安全可言。無罪推定的根本在於要求對犯罪追訴機關執行刑法進行問責。不能在給不出正當理由，不能

<sup>1</sup> 參見徐燦：《論腐敗案件中明知的推定規則在中國的確立》，載於《澳門法學》，2015年第14期。

<sup>2</sup> 雖然有些學者論及錯放有罪和錯判無辜人數之比例，但這種比例只是為了表明傾向於反對錯判無辜的態度，其本身並不是確立無罪推定的基礎。如 Blackstone 主張傳統上“寧願錯放 10 個，也不可錯判 1 個”。早期的文獻還有其他比例的陳述，如 Hale 主張這一比例是 5 比 1，Fortescue 主張這一比例是 20 比 1，Lord Stafford 甚至主張這一比例是 1000 比 1。See Glanville Williams, *The Proof of Guilt* (London: Stevens, 1963), pp. 186-188; W. Twining, *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore* (London: Weidenfeld, 1985), pp. 95-98.

作出合理解釋的情況下恣意執行刑法，實施懲罰。否則，自由和安全將不復存在。刑事訴訟程序總是敏銳地反映著一國或者一個地區當時的社會關係和政治關係。在自由受到嚴厲約束的社會，無罪推定經常被唾棄，被排除在刑事司法制度之外。例如，1958年蘇聯就有最高蘇維埃代表公開指責無罪推定為“陳舊教條的資產階級學說”。20世紀50年代中國進行的整風反右運動將無罪推定原則定性為“資產階級反動原則”，並認為其與中國的社會主義司法制度不相容。文革期間，自由被嚴重踐踏，公檢法都被砸壞，更談不上在司法制度中確立無罪推定原則。<sup>1</sup>有罪推定的社會是一個不寬容、缺乏信任、相互猜疑、暴戾和富有攻擊性、不和諧的社會。相反，無罪推定的社會趨向於寬容、相互信任、溫和和和諧。除了在社會中掌握了絕對的權力、財富等各種資源的人之外，誰會願意生活在一個有罪推定的社會中？很顯然，不寬容、缺乏信任、相互猜疑、暴戾和富有攻擊性、不和諧等特徵與現代民主社會格格不入，它們是專制社會的特徵。社會主義社會應當是一個人民依法享有自由權利的民主社會，不應當與上述那些特徵共存，因此，社會主義法制不能一般地接受有罪推定，而必須實行無罪推定。

無罪推定限制公權力隨意侵犯個人自由，賦予個人對公權力的行使提出質疑的權利，使個人有權要求公權力對其尋求限制個人自由的行為在法庭上作出合理解釋，確保個人安全不受公權力恣意不公的干涉，是個人自由的保障。<sup>2</sup>然而，自由來自於安全，並從不受犯罪侵害的安全自信中獲取力量。一個保障自由的政府必然同時竭力保障社會的安全和秩序，保證其人民能夠自由地生活、出行、合法享用財產而不必擔心其生命、健康、自由及財產會受到犯罪的侵害。<sup>3</sup>刑事訴訟程序不僅要懲罰和震懾犯罪以保護人民切身利益和伸張正義，而且要避免冤枉無辜，保證所有人不因錯誤定罪和懲罰而受到傷害。無罪推定正是為緩解這兩方面因素之間的基本緊張關係而在綜合權衡個人自由和社會利益後作出的程序上的平衡。<sup>4</sup>

此外，雖然無罪推定要求由控訴方而不是被告方承擔充分證明被告方有罪的責任，因而是人們不被隨意認定為有罪的自由的保障。然而，無罪

---

<sup>1</sup> Cf. Hock Lai Ho, “The Presumption of Innocence as a Human Right” in Paul Roberts and Jill Hunter (eds), *Criminal Evidence and Human Rights - Reimagining Common Law Procedural Traditions* (Oxford: Hart Publishing, 2012), pp. 277-278.

<sup>2</sup> *Id.*, p.279.

<sup>3</sup> *Id.*, p.280.

<sup>4</sup> Cf. Paul Roberts & Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 244.

推定並不意味著控訴方要主動證明所有可能的問題，（例如，無罪推定要求控訴方證明犯罪構成要素問題，但是，並不要求控訴方主動提起並證明違法阻卻事由問題）因此，無罪推定雖是自由的保障，但並非縱容無限制的自由。從這個角度講，無罪推定在保障人們自由的同時，也在尋求個體自由與社會公共利益之間的平衡。<sup>1</sup>

自由是基本人權之一，但自由不是絕對的、無條件的。無罪推定並不意味著絕對的不受任何約束的自由，反之，無罪推定權利的全面保障還要求對自由進行一定的限制。例如，在被追訴人未被法院依法認定為有罪之前，法庭以外的任何組織和個人不能視被追訴人為有罪。<sup>2</sup>此外，自由也不意味著可以不遵守職業道德或者組織紀律，無限放任自己的言行。例如，作為一名國家公職人員，就應當遵守相關的工作紀律、條例和法律法規，以服務國家和人民的根本利益為宗旨，而不應再沒有原則、無所顧忌地放任自己的言行。因為當一個人選擇成為國家公職人員時，他（她）就選擇了放棄不遵守相關的工作紀律、條例和法律法規，不以服務國家和人民的根本利益為己任的自由。

作為一項社會主義核心價值觀，民主是中國人民民主專政社會主義國家性質的內在要求。人民民主在司法領域的具體體現就是司法民主。司法民主要求司法活動必須充分吸收訴訟當事人和人民群眾參與訴訟進程，尊重與保障訴訟當事人和其他訴訟參與人的各項合法權益。<sup>3</sup>在刑事訴訟中，被追訴人在未被依法定罪以前，仍舊屬人民的一員，司法民主也特別表現為尊重與保障被追訴人的訴訟主體地位和其他合法權益，包括公正對待權、辯護權，等。公正權是基本人權之一。任何人都有權在政治上獲得基於歷史和現實的相對公平合理的對待。刑事訴訟是對犯罪行為的國家追究。無罪推定正是基於國家追訴力量相對於被追訴人所具有的壓倒性優勢的實際，為了保持被追訴人的政治主體地位，尊重其作為人而應當享有的獨立自主性，基於公正原則而在法律上做出的一種制度安排。實行無罪推定有助於保障被追訴人的訴訟主體地位和公正對待權、辯護權等其他合法權益。此外，公正權的實現也需要民主作保障。沒有民主就難以實現公正，難以落實無罪推定。<sup>4</sup>作為法治國家的一項基本原則，司法民主還要求司法

---

<sup>1</sup> *Id.*, pp.244-245.

<sup>2</sup> *Supra* note 4, pp.108-109.

<sup>3</sup> 前引 8，第 8 頁。

<sup>4</sup> 在沒有民主的條件下要實現公正，就只能依靠行為者都自覺按照法律、規則和公平正義原則行事。然而，在生產力水平尚不能滿足按需分配的現實條件下，我們無法假定所有人都是道德人，而只能假定

過程最大限度地實現公開化、透明化，確保公民的知情權、參與權、表達權，進而實現對司法工作的有效監督。<sup>1</sup>法諺有雲，“正義不僅要實現，而且要以看得見的方式實現。”<sup>2</sup>正是司法民主所要求的司法公開透明保證了司法受到人民監督，保證了包括無罪推定在內的正當法律程序得到遵守，保證了公正權以遵守包括無罪推定在內的正當法律程序的方式實現。

無罪推定有利於促進社會的和諧。有罪推定可能會增加社會的戾氣。一些原本可能中止的犯罪可能會因為有罪推定理論和實踐的存在而演變為激情犯罪或者不計後果的嚴重犯罪。當一個人因為一個較輕的過錯行為而可能導致日後被推定有較重罪行時，這個人可能會鋌而走險或者不計後果，乾脆將較輕的過錯行為發展為嚴重的犯罪行為，從而增加社會的戾氣。因此，即便對於有罪的懷疑是合理的，也不能僅僅因為存在有罪的可能就推定某人有罪。

無罪推定關係到國家權力的分配和行使，關係到國家刑事政策的制定，與政治密切相關。根據國家政治的需要和國家政策的變化，無罪推定的落實、具體內容和範圍等也會發生相應的變化。如英國的保護被害人利益政策以及美國的反恐政策等就對無罪推定的內容和具體執行產生了一定影響。

無罪推定符合自由、民主、人權等價值標準，符合中國共產黨的基本政策和宗旨，也與中國社會主義國家性質相吻合。因此，在中國確立無罪推定的基本理念、制度和原則不僅具有政治上的正當性，而且與中國的國體、政體和執政黨的政策及宗旨具有兼容性。

---

所有人原則上都是理性人，即努力實現自身利益最大化的人。此外，如果行為者都是自覺按照法律、規則和公平正義原則行事的道德人，那麼我們整個司法制度將沒有必要存在，因為在道德人假設的條件下，所有的實體法律、政策都將被這些道德人完美有效地執行，也就沒有真正不可調和的矛盾存在，不需要司法制度來解決這些矛盾。而這明顯是不現實的，文革砸爛公檢法實踐的失敗也證實了這一點。因此，道德人假設不成立，公正的實現仍舊需要民主作保障。

<sup>1</sup> 前引 20。

<sup>2</sup> *Supra* note 17, p.16.

# 中國內地與澳門地區羈押制度比較研究

薛向楠<sup>1</sup>

**摘要：**羈押是刑事訴訟中一項重要的強制措施。中國內地與澳門地區的羈押制度各具特色。本文從羈押條件、羈押程序以及羈押後的救濟等層面對中國內地與澳門地區的羈押制度加以比較研究，以期在更好的理解澳門地區羈押制度的基礎上，為中國內地羈押制度的完善提供借鑒。

**關鍵詞：** 羈押； 逮捕； 比較研究

羈押是世界範圍內普遍存在的一項制度，體現了國家權力對個人權利的干預，是刑事訴訟中一項重要的強制措施。中國內地 2012 年《刑事訴訟法》修改對逮捕（羈押）制度作出了較大的調整，具有一定的積極意義，但是仍存在進一步完善的空間。澳門地區刑事訴訟制度受大陸法系影響深遠，其羈押制度具有獨特之處，對被羈押人權利保障較為完善。下文將從羈押條件、羈押程序以及羈押後的救濟等幾個方面對中國內地與澳門地區的羈押制度加以比較研究，以期在更好的理解澳門地區羈押制度的基礎上，為中國內地羈押制度的完善提供借鑒。

## 一、中國內地的逮捕（羈押）制度

查看中國內地刑事訴訟法可以發現，內地刑事訴訟法並未對“羈押”作出過多的明文規定，但是這並不等於說中國內地刑事訴訟法缺乏對羈押制度的規範。事實上，中國內地刑事訴訟制度中的“逮捕”很大程度上是在羈押的意義上使用的，簡單的說，逮捕制度實際上代表了中國內地的羈押制度。因此，下文將以內地逮捕制度為核心，對中國內地的羈押制度進行介紹。

### （一）逮捕（羈押）的適用條件

2012 年《刑事訴訟法》第 79 條第一款規定“對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人、被告人，採取取保候審尚不足以防止發生下列社會危險性的，應當予以逮捕：（一）可能實施新的犯罪的；（二）有危害國家安全、公共安全或者社會秩序的現實危險的；（三）可能毀滅、偽造證據，干擾證人作證或者串供的；（四）可能對被害人、

---

<sup>1</sup>中國政法大學訴訟法學專業博士研究生，加州大學戴維斯分校訪問學者。

舉報人、控告人實施打擊報復的；（五）企圖自殺或者逃跑的。”通說認為，這一規定包含了逮捕適用的證據條件、刑罰條件以及社會危險性條件（有的稱之為必要性條件）。其中逮捕的證據條件是“有證據證明有犯罪事實”，根據相關司法解釋，有證據證明有犯罪事實是指同時具備以下條件：第一，有證據證明發生了犯罪事實；第二，有證據證明犯罪事實是犯罪嫌疑人實施的；第三，證明犯罪嫌疑人實施犯罪行為的證據已有查證屬實的。逮捕的刑罰條件要求可能判處有期徒刑以上刑罰，而逮捕的社會危險性條件是採取取保候審尚不足以發生社會危險性。值得注意的是，2012年《刑事訴訟法》修改對逮捕的社會危險性條件作出了具體的列舉，即：可能實施新的犯罪的；有危害國家安全、公共安全或者社會秩序的現實危險的；可能毀滅、偽造證據，干擾證人作證或者串供的；可能對被害人、舉報人、控告人實施打擊報復的或者企圖自殺或者逃跑的五類情況，從而對司法實踐中逮捕社會危險性的判斷作出更加明確的指導。除了上述79條第一款以外，79條第二款還規定“有證據證明有犯罪事實，可能判處十年有期徒刑以上刑罰的，或者有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰，曾經故意犯罪或者身份不明的，應當予以逮捕”。這一條款是2012年《刑事訴訟法》的新增規定，其在逮捕通常的適用條件下又增加了三種可以直接適用逮捕的情形，據此，在有證據證明有犯罪事實的前提下，可能判處十年有期徒刑以上刑罰的，或者可能判處徒刑以上刑罰，曾故意犯罪的，又或者可能判處徒刑以上刑罰但身份不明的被追訴人，可直接予以逮捕，而不再考慮逮捕的社會危險性要件。

## （二）逮捕（羈押）的程序

### 1、逮捕（羈押）的審查批准

中國內地《刑事訴訟法》第78條規定，逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必須經過人民檢察院批准或者人民法院決定，由公安機關執行。具體而言，公安機關提請逮捕的由人民檢察院予以批准，人民檢察院自己立案偵查的案件需要逮捕的，由檢察長或檢察委員會決定。此外，對於公安機關移送起訴但未逮捕的犯罪嫌疑人，若認為需要逮捕的可以由檢察長或檢委決定對其逮捕。人民法院對於提起公訴時沒有被逮捕的被告人以及自訴案件的被告人，認為應予以逮捕的，可以由人民法院決定逮捕。無論是人民檢察院批准或決定逮捕以及人民法院決定的逮捕，均統一公安機關執行。由於司法實踐中大多數案件的逮捕是由人民檢察院審查批准，因此本文主要討論人民檢察院的批准逮捕問題。關於逮捕的審批程序，中國內地2012

年《刑事訴訟法》修改之前，審查批捕主要採取書面審查的方式。2012年《刑事訴訟法》修改對審查批捕程序進行改革，規定對於是否符合逮捕條件有疑問的、犯罪嫌疑人要求向檢察人員當面陳述的以及偵查活動可能有重大違法行為的案件，人民檢察院審查批准逮捕應當訊問犯罪嫌疑人；人民檢察院審查批准逮捕，可以詢問證人等訴訟參與人，聽取辯護律師的意見，辯護律師提出要求的，應當聽取辯護律師的意見。這能夠在一定程度上改變過去審查逮捕書面化的做法，有助於逮捕的審批者獲取更為全面的信息，從而做出更為準確的判斷。

## 2、逮捕（羈押）的執行

在執行逮捕方面，中國內地《刑事訴訟法》第91條第二款規定“逮捕後，應當立即將被逮捕人送看守所羈押。除無法通知的以外，應當在逮捕後二十四小時以內通知被逮捕人家屬。”新增的逮捕後立即送看守所的規定能在一定程度上縮短偵查機關控制被追訴人的期間，有助於減少刑訊逼供等現象的發生。2012年《刑事訴訟法》還刪除了79、96年刑事訴訟法中在有礙偵查時不予通知家屬或單位的規定，要求逮捕後除無法通知的以外，一律要通知被逮捕人家屬。至於通知內容具體包括什麼則沒有明確，這相對於79、96年刑事訴訟法明確要求“應當把逮捕的原因和羈押的處所”告知家屬而言應該說是一種退步。對此，最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國刑事訴訟法〉的解釋》第131條、最高人民檢察院《人民檢察院刑事訴訟規則（試行）》第347條以及公安部《公安機關辦理刑事案件程序規定》第141條則進一步明確要求必須通知逮捕原因和羈押處所。除了捕後的通知以外，還要求人民法院、檢察院對於各自決定逮捕的人，公安機關對於經人民法院批准逮捕的人必須在逮捕後24小時內進行訊問，發現不應當逮捕的必須立即釋放。

### （三）逮捕（羈押）後的救濟和審查

中國內地《刑事訴訟法》第93條規定：“犯罪嫌疑人、被告人被逮捕後，人民檢察院仍應當對羈押的必要性進行審查。對不需要繼續羈押的，應當建議予以釋放或者變更強制措施。有關機關應當在十日以內將處理結果通知人民檢察院”。本條是2012年刑訴法修改的新增條款，規定了犯罪嫌疑人、被告人被逮捕後的羈押必要性審查程序。根據立法機關工作部門的解釋，這一規定有如下三層意思：第一，在犯罪嫌疑人、被告人被逮捕以後，人民檢察院仍然應當對羈押的必要性進行審查；第二，人民檢察院在對羈押必要性審查後，如果認為不需要繼續羈押的，應當建議予



以釋放或者變更強制措施；第三，對人民檢察院提出的予以釋放或者變更強制措施的建議，有關機關應當在十日以內將處理結果通知人民檢察院。<sup>1</sup>這一規定或許有助於改變過去“一押到底”的情況，並在一定程度上減輕超期羈押的情況。

## 二、澳門地區《刑事訴訟法》中的羈押制度

### （一）羈押條件

與中國內地分別規定各種強制措施的適用條件不同，澳門地區除了規定羈押的條件以外，還規定了適用刑事強制措施的一般要件。澳門地區《刑事訴訟法》第188條要求必須滿足以下情形之一才可適用包括羈押在內的絕大多數強制措施：1、有逃走或有逃走之危險；2、有擾亂訴訟程序進行之危險，尤其是對證據之取得、保全或真實性構成危險；3、或基於犯罪之性質與情節或嫌犯之人格，有擾亂公共秩序或安寧之危險，或有繼續進行犯罪活動之危險。除了一般條件之外，羈押的適用還有其特殊的要求。根據澳門地區《刑事訴訟法》第186條的規定，如法官認為羈押以外的強制措施對於有關情況系不適當或不足夠，且具有法定情況之一的，得命令將嫌犯羈押。這些情況包括：1、有強烈跡象顯示嫌犯曾故意實施可處以最高限度超逾三年徒刑之犯罪；2、作為羈押對象之人曾不合規則進入或正不合規則逗留於澳門特別行政區，又或正進行將該人移交至另一地區或國家之程序或驅逐該人之程序的。此外，澳門地區《刑事訴訟法》第193條還明確了對特定犯罪的羈押措施，其中第一款規定對於以暴力實施的且可處以最高限度超逾八年徒刑的犯罪，法官應對嫌犯採取羈押措施。第二款對“以暴力實施犯罪”作出解釋，即“凡犯罪涉及侵犯生命、身體完整性或人身自由，或犯罪中有作出該侵犯者，均視為以暴力實施犯罪”。該條第三款還規定如所歸責之犯罪屬下列情況，只要該犯罪可處以最高限度逾八年之徒刑，則第一款之規定相應適用之，這些情況有：1、盜竊車輛，或偽造與車輛有關之文件或車輛之認別資料；2、偽造貨幣、債券證券、印花票證、印花及等同之物，或將之轉手；3、不法製造或販賣毒品。

由上述條文可知，在澳門地區對被追訴人適用羈押首先要求其具有一定的危險性，具體而言至少要滿足有逃走、擾亂訴訟程序進行、擾亂公共秩序或安寧或有繼續進行犯罪活動之危險的一種。在滿足前述一般條件的

---

<sup>1</sup> 見郎勝主編：《中華人民共和國〈刑事訴訟法〉釋義》（最新修正版），法律出版社2012年版，第220至222頁。

基礎上，對於嫌犯曾故意實施最高可判處三年以上徒刑的犯罪，或者嫌犯是非法進入或逗留於澳門特別行政區抑或該人正處於移交、驅逐程序中時，法官可以命令對其羈押。而對於一些特殊的犯罪，則要求法官必須對嫌犯採取羈押措施，這類犯罪包括：以暴力實施的最高可判處八年以上徒刑的犯罪以及 193 條第三款列舉的盜竊車輛、偽造貨幣、製造或販賣毒品等最高可判處八年以上徒刑的特定犯罪。

## （二）羈押的程序

根據澳門地區《刑事訴訟法》第 179 條的規定，採用包括羈押在內的強制措施及財產擔保措施，在偵查期間須應檢察院之聲請，由法官以批示為之，而在偵查終結後，法官也可依職權以批示為之，但須先聽取檢察院之意見。如有可能且屬適宜者，則先聽取嫌犯陳述。如果是羈押措施，則經嫌犯同意後要立即將上述批示告知其血親、其信任之人或其指明之辯護人。可見在偵查階段，羈押由檢察院申請而由法院決定；偵查終結以後，法院可依職權決定是否羈押，但仍需要以聽取檢察院意見為前提。在可能且適宜的情況下應先聽取嫌疑人的陳述，如果採取的是羈押措施，在嫌犯同意的前提下要迅速將這一羈押批示告知嫌犯的血親、信賴之人或者其指定的辯護人。除此之外，澳門地區《刑事訴訟法》還規定了特殊情況下羈押的暫緩執行，如《刑事訴訟法》第 195 條規定了若嫌犯患嚴重疾病、懷孕或處於產褥期的，法官可在採用羈押措施之批示內或在執行羈押期間決定暫緩執行，而且明確了暫緩執行羈押的情況不復存在時暫緩隨即終止，並具體規定了如果是屬處於產褥期的情況，則分娩後之第三個月完結時暫緩必須隨即終止。這種暫緩執行規定一方面是基於客觀情況的需要，另一方面也體現了刑事訴訟法對一些特殊人群的照顧和保障。

## （三）羈押的複查和救濟

除了羈押的適用條件以及執行問題以外，澳門地區《刑事訴訟法》還以多個條文較為詳細的規定了羈押實施後對羈押前提的複查以及錯誤羈押的申訴救濟等內容。如《刑事訴訟法》第 197 條規定了羈押前提的定期複查，要求在執行羈押期間，法官依職權每三個月一次複查羈押前提是否仍存在，並決定羈押須維持或應予代替或廢止。且規定如有需要，法官須聽取檢察院之意見及嫌犯之陳述。除了上述規定以外，澳門地區《刑事訴訟法》還規定了對違法拘留進行申訴的“人身保護令”制度，根據《刑事訴訟法》第 204 條，因任何當局命令而被拘留的人，得以下列任何依據聲請終審法院命令立即將之提交法院：1、移交法院之期限已過；2、非在

法律容許之地方維持拘留；3、拘留系由無權限之實體進行或命令；4、因不為法律容許作為拘留理由之事實而作拘留。為了更好的實施這項規定，還要求對不正當阻礙提交此類聲請書或不正當阻礙將之移送有管轄權法院之當局，可處以《刑法典》第 347 條所規定之刑罰，並且以多個條文詳細的了規定了法院對於相關聲請的處理方式及處理程序等。從被羈押人權利保障的角度而言，這些規定顯然是十分重要和必要的。

### 三、比較和借鑒

通過上述介紹可知，中國內地的逮捕（羈押）制度和澳門地區的羈押制度各具特色，但是兩地的羈押制度也不乏類似之處，例如在羈押的適用問題上，中國內地的逮捕制度和澳門地區的羈押制度都強調了在其他強制措施不足以保證訴訟進行和防止社會危險時採用逮捕（羈押）措施，這也說明了兩地在適用羈押制度上都是較為謹慎的。此外，兩地的羈押制度都可以大致分為裁量適用和直接適用兩種情況：中國內地的裁量適用是指符合《刑事訴訟法》79 條第一款所規定的相應的證據條件、刑罰條件以及社會危險性條件情況下的逮捕（羈押）；澳門地區的裁量適用是在符合 188 條列舉的社會危險性以及滿足 186 條曾犯可判處三年以上徒刑犯罪的或（曾）非法入境等前提下的羈押。此外，兩地都規定對於特殊情況應直接適用羈押，如內地《刑事訴訟法》79 條第二款和澳門地區《刑事訴訟法》的 193 條中規定的情形。而且兩地對於曾經犯罪的被追訴人，在適用羈押方面都有一定的傾向性考量。

當然，兩地的羈押條件仔細對比還是有很多區別的，其中一些不同的規定可能有助於我們更理性的審視中國內地的逮捕（羈押）制度並對其完善提供一定的借鑒意義。例如澳門地區羈押適用的罪刑條件的起點為“以暴力實施並且可處以最高限度超逾八年之徒刑”，而中國內地逮捕適用的刑罰條件起點則是“可能判處徒刑以上刑罰”，後者不僅對於犯罪類型沒有限制，而且刑罰門檻也相對較低。一些學者曾建議提高中國內地逮捕（羈押）適用的罪刑條件，但是類似建議並未被立法者採納，2012 年《刑事訴訟法》仍維持了這一刑罰條件。對此有學者評論道：“按照刑法典以及刑法修正案的規定，除增設的危險駕駛罪外，其他所有犯罪的法定刑都包含有期徒刑，因此所有犯罪都可被認為可能判處有期徒刑以上刑罰，因而逮捕的第二項條件‘可能判處徒刑以上刑罰’實際上沒有任何規製作用。但如此嚴重的問題，在本次修正刑事訴訟法時卻未能得到修改，這不

能不令人遺憾。”<sup>1</sup>筆者認為，中國內地逮捕（羈押）制度的罪刑條件應適當提高，可以考慮以可能判處三年以上有期徒刑代替可能判處徒刑以上刑罰的規定，以減少逮捕（羈押）在較輕微案件中的適用。此外，澳門地區羈押制度對暴力犯罪和特殊類型犯罪予以特別規制也具有借鑒意義，畢竟羈押制度的目的主要是保障訴訟順利進行和防止社會危險的發生，而暴力犯罪嫌疑人和一些極其嚴重犯罪的嫌疑人通常具有較高的人身危險性，更容易對社會構成威脅，因而對此類犯罪嫌疑人採取較嚴厲的羈押措施更具有合理性。雖然中國內地 2012 年《刑事訴訟法》增加了對於可能判處十年有期徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人應當逮捕（羈押）的規定，但是由於其對犯罪類型（如是否暴力犯罪）沒有限定，而且此種情形下適用逮捕不受逮捕必要性條件的限制，因此極有可能導致本已遭到濫用的逮捕（羈押）制度的適用更加寬泛，不利於降低逮捕率和羈押率。在中國內地今後修改逮捕（羈押）條件時，可以考慮借鑒澳門地區的做法，以暴力犯罪及特定嚴重犯罪對逮捕（羈押）條件作出限定。

在羈押的程序方面，兩地刑事訴訟法都對羈押審查決定的主體、程序以及方式作出了規定，如兩地都明確規定審查決定羈押時在特定情況下要聽取被追訴人意見以及執行羈押後應告知親屬或相關人員等等。但是兩地關於羈押的決定主體的規定是有很大差別的：澳門規定偵查階段的羈押由檢察院提出聲請，而由法院作出批示，而中國內地偵查階段則由人民檢察院批准或決定逮捕（羈押）。由檢察院批准、決定逮捕（羈押）這一規定長期以來遭到學者的批評，如陳光中教授指出，“作為公訴機關的人民檢察院，其職能在一定程度上與偵查機關具有同質性，在此情形下，人民檢察院能否本著客觀、中立的立場和態度，作出批捕與否的決定，顯然令人懷疑。而這一缺陷在人民檢察院的自偵案件中顯得更為突出”。<sup>2</sup>由並非中立的檢察機關批准、決定逮捕（羈押）在司法實踐中確實存在很大弊端，引發了諸多問題，長遠來看借鑒澳門地區及其他法治國家和地區普遍採取的將涉及被追訴人人身自由的強制措施（特別是羈押）交由中立的法官裁決更為適宜。

---

<sup>1</sup> 陳永生：《逮捕的中國問題與制度應對——以 2012 年刑事訴訟法對逮捕制度的修改為中心》，載《政法論壇》2013 年第 4 期，第 24 頁。

<sup>2</sup> 陳光中、張小玲：《中國刑事強制措施制度的改革與完善》，載《政法論壇》2003 年第 5 期，第 128 頁。

除了在羈押條件、羈押程序方面的規定以外，澳門地區《刑事訴訟法》對羈押的暫緩、羈押前提的定期複查以及羈押的救濟等內容也均有較詳細的規定，對被羈押人的人權保障更為充分。相比而言，中國內地的逮捕（羈押）制度則偏重於適用條件和程序方面的規制，而對逮捕後的羈押則作為應然的結果並未給予足夠重視。雖然 2012 年《刑事訴訟法》修改增加了“逮捕後羈押必要性審查程序”，但是這一規定“相對比較原則，沒有對諸如以何種形式進行審查、審查間隔多長時間等具體的操縱性問題作出細緻的規定”<sup>1</sup>。可見，在羈押後的定期複查以及違法羈押的救濟等涉及被羈押人權利保障的重要問題上，內地刑事訴訟制度還存在較大的進步空間，而澳門的相關規定無疑為中國內地提供了學習和借鑒的可能。

---

<sup>1</sup> 郎勝主編：《中華人民共和國〈刑事訴訟法〉釋義》（最新修正版），法律出版社 2012 年版，第 222 頁。

# 中國內地刑事和解制度的完善

## ——以與台灣地區的刑事協商程序之比較為視角

李婷<sup>1</sup>

當事人和解的公訴案件訴訟程序（以下簡稱爲“公訴案件和解程序”）是中國內地 2012 年刑事訴訟法（以下簡稱“刑訴法”）新設的一種特別程序，它通過犯罪嫌疑人、被告人與被害人自願協商達成和解協議進而促成刑事糾紛的解決，已成爲一種重要的新型司法模式。對於此特別程序，內地從最初的學習借鑒、實踐探索到最終的“入律名篇”經歷了諸多曲折，這與文化同源的台灣地區刑事協商程序的艱難立法過程頗具相似性。中國內地的公訴案件和解程序和台灣地區的刑事協商程序在諸多程序要件上也存在著相似性。爲了更好地理解與適用中國內地的公訴案件和解程序，本文將借鑒台灣地區刑事協商程序的法律規定及實務運行狀況，來分析公訴案件和解程序的立法及實踐操作的問題，希望對改革和完善中國內地公訴案件和解程序有所裨益。

### 一、 中國內地公訴案件和解程序的特色

中國內地於 2012 年修訂的刑訴法新增了公訴案件和解程序，最高人民法院、最高人民檢察院和公安部隨後發布的司法解釋和相關規定進一步規定了該特別程序的具體操作。增設該程序的一項重要目的即在於更好地“化解矛盾糾紛”，貫徹“寬嚴相濟”刑事司法政策和建構社會主義和諧社會，體現了解決刑事案件方式和價值追求的多元化。總結起來，中國內地的公訴案件和解程序有以下幾個方面的特色。

#### （一）適用於刑事訴訟的多個階段

依據《公安機關辦理刑事案件程序規定》第 322 條的規定，犯罪嫌疑人真誠悔罪，通過向被害人賠償損失、賠禮道歉等方式獲得被害人諒解，被害人自願和解的，經縣級以上公安機關負責人批准，可以依法作爲

---

<sup>1</sup> 李婷（1984—），女，侗族，中國政法大學刑事司法學院 2014 級訴訟法學博士生，貴州省高級人民法院助理審判員。

當事人和解的公訴案件辦理。人民檢察院對於特定的公訴案件，可以建議當事人進行和解，並告知相應的權利義務。《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國刑事訴訟法的解釋〉》（以下簡稱最高法解釋）第496條的規定，對符合新刑訴法第二百七十七條規定的公訴案件，事實清楚，證據充分的，人民法院應當告知當事人可以自行和解；當事人提出申請的，人民法院可以主持雙方當事人協商以達成和解。由此可見，公訴案件和解程序既適用於偵查階段，也適用於審查起訴階段，同時還適用於審判階段，這既能鼓勵當事人充分利用和解程序來解決矛盾，也有利於充分實現和解程序的設置目的。

## （二）限定案件的適用範圍

內地刑訴法第277條明確將適用和解程序的公訴案件限定於兩大類，一類是因民間糾紛引起，涉嫌刑法分則第四章、第五章規定的犯罪案件（即涉嫌侵犯公民人身權利、民主權利罪和侵犯財產罪的案件），可能判處三年有期徒刑以下刑罰的；另一類是除瀆職犯罪以外的可能判處七年有期徒刑以下刑罰的過失犯罪案件。同時法條又將在五年以內曾經故意犯罪的犯罪嫌疑人、被告人排除在外。適用公訴案件和解程序的案件均屬輕刑犯罪，一般來說，這些案件被告人的主觀惡性不大，犯罪情節較輕，社會危害性也較小。

## （三）和解協議內容的廣泛性

根據公檢法三機關各自的司法解釋及相關規定，和解協議書應當包括以下方面的內容：一是雙方當事人的基本情況；二是案件的基本事實和主要證據；三是犯罪嫌疑人、被告人真誠悔罪，承認自己所犯罪行，對指控的犯罪沒有異議；四是犯罪嫌疑人、被告人通過向被害人賠禮道歉、賠償損失等方式獲得被害人諒解；涉及賠償損失的，應當寫明賠償的數額、履行的方式、期限等；提起附帶民事訴訟的，由附帶民事訴訟原告人撤回附帶民事訴訟；五是被害人自願和解，諒解犯罪嫌疑人、被告人，並要求或者同意公安司法機關對犯罪嫌疑人、被告人依法從寬處理。但當事人不得對案件的事實認定、證據采信、法律適用和定罪量刑等依法屬於公安機關、人民檢察院、人民法院職權範圍的事宜進行協商。

## （四）和解具有程序和實體上的法律效力

公訴案件和解程序的法律效力，在不同的階段效力各異。依據內地刑訴法第279條的規定，在偵查階段，公安機關可以行使從寬處理的建議權。在審查起訴階段，人民檢察院對於公安機關移送審查起訴的案件，雙

方當事人達成和解協議的，可以作為是否需要判處刑罰或者免除刑罰的因素予以考慮，符合法律規定的不起訴條件的，可以決定不起訴。對於依法應當提起公訴的，人民檢察院可以向人民法院提出從寬處罰的量刑建議。<sup>1</sup>在審判階段，對達成和解協議的案件，人民法院應當對被告人從輕處罰；符合非監禁刑適用條件的，應當適用非監禁刑；判處法定最低刑仍然過重的，可以減輕處罰；綜合全案認為犯罪情節輕微不需要判處刑罰的，可以免除刑事處罰。<sup>2</sup>除此之外，公訴案件中雙方當事人選擇適用和解程序並達成和解協議，也是司法機關作出某些程序性裁決的考量因素之一，並對訴訟程序產生重大影響。<sup>3</sup>

### （五）救濟程序的限制性

對於公訴案件的當事人達成和解協議，在和解協議已經全部履行的情況下，原則上不允許當事人反悔的情況，除非能夠證明和解違反自願、合法原則。如最高法解釋第 502 條第二款規定，“和解協議已經全部履行，當事人反悔的，人民法院不予支持，但有證據證明和解違反自願、合法原則的除外。”第 503 條規定“雙方當事人在偵查、審查起訴期間已經達成和解協議並全部履行，被害人或者其法定代理人、近親屬又提起附帶民事訴訟的，人民法院不予受理，但有證據證明和解違反自願、合法原則的除外。”犯罪嫌疑人或者其親友等以暴力、威脅、欺騙或者其他非法方法強迫、引誘被害人和解，或者在協議履行完畢之後威脅、報復被害人的，應當認定和解協議無效。在審判階段，公訴案件的當事人對適用和解程序審結的案件不服的，可以參照普通程序依法上訴，立法對此沒有特別的限制。

## 二、公訴案件和解程序在司法適用中突顯的問題

公訴案件和解程序作為一種多元化的刑事糾紛解決機制，在司法實踐中彰顯的積極作用是毋庸置疑的。但是，我們也看到公訴案件和解程序在適用過程中突顯的一些問題與台灣地區刑事協商程序的遭遇一樣，如案件適用範圍的限制導致程序適用普遍率較低，適用該程序審理的案件案由比較集中等。

<sup>1</sup> 參見《人民檢察院刑事訴訟規則（試行）》第 520 條第一款。

<sup>2</sup> 參見《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國刑事訴訟法〉的解釋》第 505 條。

<sup>3</sup> 參見《人民檢察院刑事訴訟規則（試行）》第 519 條。



<sup>1</sup>如不加以關注並積極解決，依然可能會導致公訴案件和解程序適用的成效不彰，與立法之初衷南轅北轍。

### （一）適用範圍狹窄，法律界定模糊

內地刑訴法第 277 條明確將適用和解程序的公訴案件限定於兩大類，一類是因民間糾紛引起，涉嫌刑法分則第四章、第五章規定的犯罪案件（即涉嫌侵犯公民人身權利、民主權利罪和侵犯財產罪的案件），可能判處三年有期徒刑以下刑罰的；另一類是除瀆職犯罪以外的可能判處七年有期徒刑以下刑罰的過失犯罪案件。立法本意通過縮窄適用範圍，將適用和解程序的公訴案件縮窄至犯罪情節較輕，主觀惡性不大，社會危害較小的輕刑犯罪案件和過失犯罪案件，可以將公眾對花錢買刑的擔憂降到最低程度，即便真出現花錢買刑現象，也不至於發生太大危害；却導致實踐中大量因戀愛、婚姻、家庭、鄰里等民間矛盾而引發的糾紛，因一時激情犯罪造成嚴重後果，但此類犯罪被告人的罪行不是十分嚴重、社會危害性並非極大，被告人的主觀惡性及人身危險性也並不深，因刑法規定了較重的法定刑，即便原被告雙方願意達成和解，被告方積極賠償被害人親屬，被害方自願諒解被告人，但因受“三年有期徒刑以下刑罰”的量刑限制，無法適用和解程序，造成被告人在量刑上體現不出從寬處罰，故而拒絕賠償，被害人的利益得不到有效保障，不利於化解雙方矛盾，修復鄰里關係和社會秩序，也不利於社會的和諧穩定。

### （二）公眾對公訴案件和解程序的誤讀，容易使程序變異

和解程序涉及司法理念、刑罰權運作、當事人權利等一系列複雜且敏感的問題<sup>2</sup>，現行法律突破立法理念與法律制度，明確在特別程序中設立該程序，引發了社會各界對此的普遍關注。公眾質疑甚至擔心此舉會讓“花錢買刑”合法化。有人認為和解制度就是“錢”與“刑”的交換，金錢賠償的多少決定了司法機關從寬處理的幅度。於是，犯罪嫌疑人、被告人在參與刑事和解程序過程中，往往不是發自內心地向被害人真誠悔罪、賠禮道歉，從而緩解雙方的矛盾，而是將經濟賠償當作換取司法機關從寬處理的籌碼，與被害人甚至司法機關討價還價，妄想司法機關從寬處理自己

---

<sup>1</sup> 筆者通過實地調研，內地 Q 省所轄的四個地區法院在修訂的刑訴法實施後的半年內，適用和解程序審理的公訴案件比率最高僅為 7.7%，有的地方甚至不足 1%；案由則主要集中於故意傷害和交通肇事兩類。

<sup>2</sup> 張軍主編：《新刑事訴訟法法官培訓教材》，法律出版社 2012 年版，第 416 頁。

才答應賠償,如果不從寬就不賠償。這就扭曲了和解程序應有之功效,使和解程序變異成一種可以“討價還價的商品”。

### (三) 立法對和解程序的審查規定過於原則,難以操作

根據內地刑訴法第278條的規定:“雙方當事人和解的,公安機關、人民檢察院、人民法院應當聽取當事人和其他有關人員的意見,對和解的自願性、合法性進行審查,並主持製作和解協議書。”儘管從本質上說當事人之間的和解是一種“私了”,但這並不是一種純粹的“私了”,它是在公安機關、檢察機關或是法院的主持下進行的,需要經過公安司法機關的審查和確認。根據最高法解釋第500條的規定,“審判期間,雙方當事人和解的,人民法院應當聽取當事人及其法定代理人等有關人員的意見。雙方當事人在庭外達成和解的,人民法院應當通知人民檢察院,並聽取其意見。經審查,和解自願、合法的,應當主持製作和解協議書。”這說明和解必須在自願平等的原則下進行,由犯罪嫌疑人、被告人或者被害人主動自願提起並進行合意協商,和解是雙方當事人的合意的產物。對於審查的內容,重點在於和解協議的自願性和合法性。因當事人之間的和解協議牽涉雙方的切身利益,公安司法機關不得代替、誘導或者強迫當事人達成和解,而且還要審查當事人的和解程序是否合法,協議內容是否合法。但對於如何審查當事人之間的和解是基於意思自治,平等自願,立法似乎有意回避了此問題。

### (四) 當事人違反和解協議,救濟不力

在實踐中,基於各種複雜的因素,公訴案件的雙方當事人在達成和解協議後存在“反悔”的情形,可能會發生毀約或者不履行和解協議的情況,此時公安司法機關面臨如何認定和解協議的效力以及附帶民事部分具體如何處理等問題。雖然相關司法解釋指出,對於“和解協議已經全部履行,當事人反悔的,人民法院不予支持。”“當事人在不起訴決定作出之後反悔的,人民檢察院不撤銷原決定,”但是法律又允許犯罪嫌疑人、被告人對被害人的損失賠償在被害人同意並提供有效擔保的情形下,可以分期履行。在此種情形下,若公安司法機關已經基於和解協議對犯罪嫌疑人、被告人進行寬緩處理,隨後犯罪嫌疑人、被告人又違背和解協議的約定,拒絕履行,導致雙方當時人“和”而“不解”,被害人的權益就無法得以救濟,很可能引發一方當事人申訴。<sup>1</sup>即便是訴諸於相關機關,但案件程序已經終結,公安司法機關有時也會基於違約僅是雙方當事人之間的民事

<sup>1</sup> 鐘文華、徐瓊:“刑事和解的困境與對策”,載《中國刑事法雜誌》2009年第2期。

責任的認識而不予理會，或者愛莫能助。爲了避免上述情況的出現，立法、司法機關應儘快對當事人達成和解協議後反悔產生毀約或者不履行協議的情況提出可行的解決方案，從而儘可能確保公訴案件和解程序得到有效地適用，真正做到人“和”事“解”。

### 三、台灣地區刑事協商程序之鏡鑒

爲了分流進入審判中的刑事案件，以集中資源更好地落實當事人主義的審判模式，2004年台灣地區對“刑事訴訟法”<sup>1</sup>進行了大幅修改，新增了協商程序一編。雖然短短十個條文，仍然展現出台灣刑事協商程序的諸多特色，例如，程序旨在爲減輕刑事案件審判壓力，采起訴後協商制度並僅限於量刑協商，明確強制辯護制度以及“審判外”協商，法官不得介入協商程序，協商程序需要被害人同意等。至今，台灣刑事協商程序在實踐中運行已十年有餘，從司法運作的實際數據得知，刑事協商程序並未在台灣各地得到普遍適用。2004年至2010年連續7年間，刑事協商程序的適用率都保持在3%之下<sup>2</sup>，這與當初立法爲節約訴訟資源，減輕刑事案件審理負擔的初衷相距甚遠。儘管台灣地區刑事協商程序在實務運作中存在諸多問題，就其制度本身有三個特點對中國內地的公訴案件和解程序極具借鑒意義。

#### （一）采強制辯護制度

台灣地區在效仿美國認罪協商制度對被告人權益的有效保障同時結合自身的法律援助制度不完全發達的現狀作出了變通規定，在刑事協商程序中采區別性的強制性辯護。對於“所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑宣告”的被告人，法條規定適用強制性辯護。至於被告表示所願受科之刑未逾有期徒刑六月或被告受緩刑宣告者，仍許不經公設辯護人或律師之協助，進行協商，以節約辯護資源的使用。

在中國內地，法律並未明確公訴案件和解程序中的犯罪嫌疑人、被告人是否享有法律援助律師的幫助。這無疑不是一個遺憾。事實上，律師參與和解可以最大限度的維護當事人的合法權益，監督和解的自願性和合法

<sup>1</sup> 爲了區別於中國內地的刑事訴訟法，以下將臺灣地區“刑事訴訟法”簡稱爲“台刑訴法”，並用引言加以區分。

<sup>2</sup> 2004年臺灣地區一審法，適用協商程序的案件比例爲0.5%；2005年爲1.6%；2006年爲1.7%；2007年爲2.0%；2008年爲2.7%；2009年爲2.0%；2010年爲1.3%。（說明：數據來源於各年臺灣地區《司法統計年報》）

性，保障和解機制的順暢運行。而且修訂的刑訴法完善了律師在偵查階段的訴訟權利，為當事人及時獲得律師的法律服務提供了法律依據。這樣，無論在偵查、審查起訴還是審判階段，只要當事人願意和解，律師就可以隨時介入以保障犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權益，確保和解的正當性。當前，中國內地正在進一步加強法律援助工作，新近出臺的《關於完善法律援助制度的意見》為公訴案件和解程序引入法律援助制度提供了新的契機。

### （二）協商的內容及於量刑幅度

台灣地區的刑事協商程序，檢察官與被告可以對下述事項進行協商：一是被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告；二是被告向被害人道歉；三是被告支付相當數額之賠不償金；四是被告向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。可見，適用協商程序審理的案件被告人，可以就量刑部分提出自己的意見。而且這種量刑幅度有明確的法律規定，即若檢察官與被告人達成協商，法院在協商合意範圍內可以判決宣告緩刑、二年以下有期徒刑、拘役或罰金。這在很大程度上能夠激勵被告人自願積極選擇適用協商程序審結自己的案件。

相較而言，雖內地公訴案件中當事人和解協議的內容廣泛，但當事人僅能通過和解處分自己的民事權益，對刑事責任部分則不能直接和解處分。正如有學者所言中國內地“刑事和解側重民事賠償責任的和解、當事人雙方精神上的諒解，而不是刑事責任的和解。雖然雙方和解協商可能涉及到刑事責任承擔問題，但在是否追究刑事責任上，被害方只能提出請求，換言之，當事人之間就刑事責任承擔達成的和解協議不具有必然的法律效力，它需要國家專門機關在法律賦予的權限內依據法定程序和實體法律規定自由裁量”。<sup>1</sup>

### （三）簡化判決書之製作

台灣地區新增協商程序一編的主要目的就是為了減輕刑事案件的審判壓力。為了減輕法官製作裁判文書的負擔，法院接受協商合意而做的判決，按照“台刑訴法”第455條之九的規定，“協商判決，得僅由書記官將主文、犯罪事實要旨及處罰條文記載於宣示判決筆錄，以代判決書。”此條文的規定對法官而言，可以減輕莫大的負擔，也是協商程序對法官最

---

<sup>1</sup> 張朝霞、謝財能：“刑事和解：誤讀與澄清——以與恢復性司法比較為視角”，載《法制與社會發展》2010年第1期。

大的利益基礎所在。<sup>1</sup>這一點對提高中國內地法官的司法效率，節約司法資源同樣積極可行。

#### 四、對公訴案件和解程序完善的幾點思考

##### (一) 適用“寬嚴相濟”刑事政策，彌補適用範圍限制的不足

立法將適用和解程序的案件範圍限制在因民間糾紛引起的侵害個體法益的輕罪案件以及除瀆職犯罪以外的可能判處七年有期徒刑以下刑罰的過失犯罪案件，是爲了避免當事人和解導致“一味從寬”的不良後果，同時也是立足於現階段的經濟社會狀況和社會治安形勢，充分考慮人民群眾的安全感以及懲治犯罪的實際需要。考慮到在短期內立法機關不太可能會對公訴案件和解程序的案件範圍修改擴大，對於普通的重罪，即刑法分則第四章、第五章所規定的犯罪案件，此類犯罪由於侵犯的主要是個體法益，如果被告人的主觀惡性不是很深，社會危險性不是很大，被告人自願真誠悔罪，通過積極賠償損失或者其他方式取得被害人諒解的雙方自願達成和解協議，也可以作爲酌定的量刑情節考慮。最高人民法院於2010年初出臺的《關於貫徹寬嚴相濟刑事政策的若干意見》第23條也明確指出：“被告人案發後對被害人積極進行賠償，並認罪、悔罪的，依法可以作爲酌定量刑情節予以考慮。”據此，人民法院可以對被告人適當從輕處罰，這也是貫徹寬嚴相濟的刑事政策應有之義。法官審理此類案件，通過自由裁量權可以彌補現有法律對公訴案件和解程序適用範圍狹窄的不足。至於是否從寬以及從寬的幅度，則取決於被告人所犯罪行的嚴重程度以及案件情節的具體情況。這就要求在司法實踐中法官必須準確衡量民事賠償情節的分量，可以重點從被告人的賠償數額、賠償態度和賠償時間等方面考慮，從而做出公正的裁判。

##### (二) 多渠道把關，防止“花錢買刑”

考慮到公衆對和解“泛化”的擔憂，立法機關在對公訴案件和解程序案件適用範圍上已予以限制，同時還通過嚴格限定當事人和解的方式、結果和程序加以把關。通過明確適用條件、審查和解的自願性和合法性以及明確刑事和解在公法上的法律效果保證公訴案件刑事和解程序的公正性。因此，當事人和解的前提不在於“花錢”而在於當事人雙方的“自願”，即“犯罪嫌疑人、被告人自願真誠悔罪並通過特定方式取得被害人

---

<sup>1</sup> 參見王皇玉：“認罪協商程序之法社會學考察：以臺灣刑事司法改革爲例”，載《台大法學論叢》2008年第37卷第4期，第79頁。

的諒解，被害人自願和解”。雖現行立法對審查機制的規定難以操作，但刑訴法第277條賦予了公訴案件被害人在和解程序中的主動權，以保證被害人自己有權決定是否與犯罪嫌疑人、被告人達成和解協議以及是否諒解犯罪嫌疑人、被告人。被害人在和解程序中的主動權避免了只要被告人花錢就能減刑的可能，能夠在一定程度上遏制“花錢買刑”現象的產生。即使犯罪嫌疑人、被告人經濟實力較差，因為家庭貧困等因素不能完全賠償被害人方，只要其自願真誠悔罪，通過賠禮道歉等多種方式和形式獲得被害人的諒解，被害人自願和解，雙方當事人也可以進行和解。可見，當事人和解是被害人與加害人雙方合意的結果，僅有一方當事人有和解的意願和行爲，並不能達成和解。爲了避免實踐中被害人“漫天要價”等非正常因素影響犯罪嫌疑人、被告人被迫認罪、悔罪的情況出現，公安司法機關今後還要進一步努力把關，嚴格審查犯罪嫌疑人、被告人“真誠悔過”的真實性，避免將公訴案件和解程序蛻變成“賠償——從寬”的單一程序，消除具體個案中的量刑化差異產生不合理的差別對待問題。<sup>1</sup>

公訴案件和解程序作爲一種新型的刑事糾紛處理機制，它既不同於西方時興的恢復性司法，也不同於英美國家的辯訴交易制度，它是在中國本土文化環境中逐漸生長的一種嘗新，在司法實踐中的適用還處於一種摸索、總結和完善的循環階段。這就需立要立法機關、司法機關不斷總結經驗，進一步將該程序的司法適用法制化、規範化和實效化。同時我們還需完善和解程序的司法監督機制，建立一套完備的監督制約機制和社會監管機制，明確檢察機關對公訴案件和解程序的監督權，確保制度公正。同時我們還可以吸納多元主體參與和解程序，優化多元和解，提高刑事和解效率。如家庭、鄰里之間的犯罪案件可以委托家庭或社區中德高望重的成員予以調解，同事、在校學生之間的犯罪案件可以委托威望較高的單位領導、老師主持調解，甚至是雙方共同的朋友都可以對其進行疏導，促成雙方達成賠償和諒解。值得欣慰的是我們的司法機關已經在司法解釋中認可這種第三方參與和解方式，但是在實踐中還需進一步地規範發展。另外，完善被害人司法救助制度也是適用好和解程序必不可少的一個方面，能夠在一定程度上減少因被告人客觀貧困無法賠償被害人帶來的消極影響。

---

<sup>1</sup> 周長軍：“刑事和解和量刑平衡”，載《法律適用》2010年第4期。

## 五、小結

中國內地與台灣地區文化同源，兩者在刑事訴訟中的一些基本理念與原則上頗為相似甚至一致，內地的公訴案件和解程序和台灣地區的刑事協商程序雖各具特點，存在不少差異，但也呈現出諸多的共同性。本文只是借鑒台灣地區協商程序對內地公訴案件和解程序的粗淺思考，謹願拋磚引玉，在發現問題和完善制度方向繼續探索。正如學者所言，“當一項關係到千萬人命運的制度要被考慮確立時……對這一制度的合理性及其運作效果的實際可能性提出的任何質疑都不是沒有益處的。”<sup>1</sup>誠然，“作為一種新制度，在最初運行的時候，理性的構建是主要的，也就是說在制度安排上應當經過充分的考慮、詳細的論證和周密的設計，而後，在具體的實踐中，通過意識的培養和經驗積累，逐漸完善發展，”<sup>2</sup>才能使公訴案件和解程序“節省司法成本、提高刑罰效益、最大限度保護加害人與被害人的合法利益等長處”<sup>3</sup>得以發揮盡致。

---

<sup>1</sup> 張建偉：“辯訴交易與討價還價中的正義”，載《法律適用》2004年第3期。

<sup>2</sup> 冀祥德：“構建中國的控辯協商制度”，載《法律適用》2007年第8期。

<sup>3</sup> 陳光中：“刑事和解再探”，載《中國刑事法雜誌》2010年第2期。

## 《澳門新視角》徵稿啟事

- 一、《澳門新視角》係澳門青年研究協會編輯出版的學術理論性刊物。
- 二、《澳門新視角》以“研究青年、研究澳門”為宗旨，推動本澳學者特別是青年學者的學術研究與交流，力求發揮學術理論服務社會的基本功能。
- 三、本刊暫定為不定期出版，內容涉及政治、法律、經濟、文化等方面的社會事宜。第十八期將會爭取在 2016 年 05 月份出版。
- 四、本刊除發表本澳專家學者的有關論述外，歡迎外地專家學者惠賜有關論文，提供訊息及資料。
- 五、本刊特設“大學生習作”專欄，並安排專家對習作進行點評。
- 六、《澳門新視角》編委會成員為澳門青年研究協會全體理事。  
總編輯：邱庭彪  
副總編輯：龐川  
編輯部設在澳門媽閣街中山新邨第三座 17/D  
電話：00853-2852 6255 傳真：00853-2852 6937  
電郵：[macaomyra@gmail.com](mailto:macaomyra@gmail.com)
- 七、文稿一經發表，即致薄酬（大學生習作也適當支付稿酬）。本刊有權在其他場合編輯採用。
- 八、本刊堅持學術自由原則，文責自負。所發表觀點不代表本會及編輯部意見。
- 九、本刊只接受通過電子郵件（本刊編輯部電子郵箱為 [macaomyra@gmail.com](mailto:macaomyra@gmail.com)）以文字檔傳來或寄來磁盤的稿件，手寫稿件一律不收。文稿發表與否，三個月內均通知作者。
- 十、本刊編輯部對選用文稿有權進行必要體例規範工作，倘作者有所保留，請在來稿中說明。

《澳門新視角》編輯部

二〇一五年十一月