

目 录

【论文】

论自然之债在我国未来民法债 (1)

在 (18)

之 (35)

国 我国 (50)

INUS 论 (65)

论国

——以美国 FSIA、英国 SIA 和 UN 公约为视角 (82)

国人在国 法 (95)

论国第 自 (114)

【民法典编纂】

论 “ ” (136)

(157)

【法政时评】

论 (170)

国 (183)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 149 Jan. 2017 No. 1

Contents

Articles

- On the Position of Natural Obligation in Obligation Law System of Future China Civil Law Code
..... *Li Yongjun* (1)
- The Security Guaranty Liability of Customer Service Facility Operators in Roman Law and Its Reception and
Development in Modern Law *Xu Guodong* (18)
- Redefining the Sentencing Standards of Corruption and Bribery *Jiang Tao* (35)
- The Pretrial Hearings of American Criminal Proceedings Openly and Its Significance to China
..... *Gao Yifei* (50)
- On the INUS Causation Theory in Environmental Tort *Chen Wei* (65)
- The Standing of SOEs in Sovereign Immunity: The Comparative Study of US FISA, UK SIA and UN Convention
..... *Liang Yixin* (82)
- A Constitutional Controversy about Aliens' Holding Executive Positions in the United States: The Supreme
Court's Equal Protection Cases Revisited *Zou Yi* (95)
- On Self-governance Powers of American Indian Tribes: Another Modality of Constitutional Powers Separation
in the United States *Gu Yuan* (114)

Codification of Civil Law

- On the Remedy to the Guardian's Improper Supervise of the Ward's Property: Concurrently on the Necessity
of the Principle of "Conflict of Interest" *Xie Gen* (136)
- Possibility and Its Boundary of Numerus Clausus Relaxation *Zhang Zhipo* (157)

Comments on Legislation and Jurisdiction

- On the Prosecuting Powers and the Occupational Security in Australia *Li Xin & Ji Meijun* (170)
- Interstate Competition and Development of U. S. Corporate Law *Yang Chengliang* (183)

“ ”? 较 安符 情、逻辑 。(4) 现 生活 已 经 , 按照 情况, 机整 进 去, 课 。 基 由, , 值得探讨 , ,更 助益。

“ ” 源 罗马 , 产生 疑惑: 什么罗马 冠 “ ” 名 ? 让 看看罗马 看 “ ” 字 。 罗马 彼 罗指 :市 更 微妙。“ ”、“ ”、“ ” 指世界 生、需 动 情 , , 、 。 指“ 现 产生 ”, 由 动 动 , 产 ; 市 现 现 。 “ ” “ ” “ ” “ ” [3] , “ ” 罗马 : (1) 源 市 , 市 。 ; (2) 得 还, “ ” (市 “ ”), ,需 ; “ ” (还 。 罗马 还 “ ” (产生 源, 罗马 [4]); (3) “ ” : “ 还 ; , “ 现 : , “ 得 。 罗马 “ ” 。 [5] “ ” 指 市 [5]。 ? : 得 [6] : 现 , 指 得 、 , 得 得 , 还

[3] [] 彼 罗 得:《罗马 》, 1992 , 19,304 。 [4] [] 彼 罗 得, 3 , 306 ;《 》 1131 1133 “ ” ; 《 》 1325 , 1343 1345 。 [5] :《 源》, 安 :《 罗马 、 讨 》,2009 10 。 [6] [] :《 》, , 2008 , 60 。

一种不 债。^[7] 一 一 是 的:自然债 的债 是可以 债 提
的, , 随 不可 的

。合同，因为由法定的一合同类型的所定。一方面，大部分债权合同的法律问题自合同人虽未以定债权系生的情。及的是所自然：如人所的，如债法的合同自由为法所可的、由法所定的定类型的合同的自由，可以按照类来定自然进一的规定。之，如自由地债权合同的，及为的体法自然有法的。^[10]也是说，法由债的定自由，因，自然债的定，但现在国都自由，不债的类型，96387 440720954000的大的。但“ ”如？

按照自由的原则，可以自的意自由地种债的系，不法的规定，法种定所整的债基基经由由，在所的自由意所的债的系中，是“自然债或者说“自然之债的系”？一问题及债法体系的整体安及自由原则的，有说之。值得注意的是，如合同人按照自由的原理合同义定为的民法义则方没有生民法或者合同法的权义系，论是按照法为中的意规则，还是按照合同26387 40.67 354.705

。() 双 围 素 。 ,双
除, 束 , 该 。 , 《 》 15
, 难 除 拘束 。 , 除
束 , 前 变 , 刻 域
“ ” 变 , 再 。
逃逸 入 域。 除 。 “君子 ”
《 》 。 , 束 除 。 “君子 ”
“绅 ”并 。 ,弗卢梅先 举 子 累斯顿州
1909 ,“服 S 己 告 己 允 除 ”
, : (1) 告 , ,

国法上是有意义和价值的。

关于问题(2),A 的义务显然属于民法上的义务,是有执行性的。而 B 的义务因无强制执行性,属于自然债务,即民法外的义务,该义务不受法律管辖。

关于问题(3),当然在罗马法、法国法、英美法国家都可以得到上述救济,而德国,就如弗卢梅所说,可以视同赠与而适用赠与的救济规则。在我国合同法上如何? 也应适用《合同法》关于赠与合同的规则,即第 186 条的规定:赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。而 B 的义务就是自然债务。但我国法律现在缺乏的是对于自然债务应如何对待的规范。

在谈到自然之债与契约自由或者意思自治的关系时,还有一个不得不讨论的问题是:自然之债与单方法律行为的关系问题,更直接地说,就是一个疑问:单方法律行为能否产生自然之债? 这一问题直接关系到民法理论中一个很大的问题:单方法律行为的效力问题。我们常常讨论契约自由或者意思自治,将法律行为作为意思自治的手段,更将法律行为分为单方法律行为与双方法律行为。但是,我们常常 的问题恰恰就是:意思自治与单方法律行为的关系问题。这给司法实践 来了许多疑惑,许多判例不问是否单方行为,直接 予其效力,例如,A 直接告诉 C 的债权人 B:“我愿意为 C 对的债务承担担保 任。”这种单方行为是否具有法律上的效力? 如果没有法律上的效力,是否还具有自然债务意义上的效力?

德国学者 指出,单方法律行为是原则上由一个人即可单独有效地(即能够发生法律效力)从事的行为。^[16] 由于一个人的意思就能够决定这种行为的法律效力,因此,单方法律行为必 受到严格的限制才具有法律上的合理性。为此,德国学者施 布指出,有效做出一项单方法律行为的前提是表意人具有一项形成权,该权利要么是直接以法律制度为依据,要么以一项法律行为为依据。^[17] 施 布所说的“形成权是单方行为的前提”,应该说,绝大多数情况下是正确的,但在有的情况下,法律也允许在“仅对他人给予权利”的限度内承认单方法律行为的效力,例如,立 、代理权授予等等。但法律 对这些单方法律行为有特别的要求

，且异，证。”^[20] 单，
 ?
 该“单”：“，并
 。单 创设，并
 “ ”、 恰恰。弗卢梅先 举
 子 累斯顿州 1909，告 S 单
 。 ， 担 证 ， 证
 ， 证 证 。 ， 证 证
 ， ? 处 :(1) 证 ，
 ， 证 ， 证 该 ;(2) 证 ， 证
 证责 ， 担() ;(3) 证
 “ ”， 证 。
 ， 证 ? 。 ， 须
 ， 证 证 ，
 ， ， 证 。

、
 着某 ， 陆 英美 着
 命运， ， 。
 熟悉 陆 ， 托 他
 ， 结 似， 托 ， “ ”。 模 ， 陆
 模 : ， 。 模 “ ”归 “ ”， 模 ，
 “ ”。 普 陆 着截 。
 普 ， 。 普 ，
 ， 某 托向他 供服 供报酬 补 妥 。 英
 官 Bowen Falcke v. Scottish Imperial Insurance Co. :“毫 ， ，
 英 ， 某 他 财 工 支 金钱
 挽救 财 并 创设 项担 ， ， 创设 项 。 责 背着
 予 。”^[21] 场 美 “禁止好 闲 ”， 1887
 俄勒冈州 Glenn v. Savage 。 该 ， 1880 ， 俄勒冈州 拉斯 ，
 量 珍贵木材落入哥伦 并 急 冲走，木材 Savage 并 场。 ， 旁边
 工 Glenn 供 帮 服 ， 避免 木材 冲走。⁷ ， Glenn 向 ， Sav-
 age 供 服 价 。 俄勒冈州 ， Savage 担责 ， 他曾 供
 服 知 供 服 ， 曾 服 。 ， 把 他 ， 他

[20] 《 》 〈 华 共 担 〉 《 》 ([2000]44号) (2000 9 29

1133) 22 1款。

[21] 转 李昊:《 英美 “好撒 ”》， 《华东 报》2014 4 ， 64 。

的 的 为 为 自 的 意 为， 提 的 法 。法
的 为 为 的 。[22] 法系国 法系国 因 以
债的一 在 :未 人 意 人 ， 是一 ，
在 为 所 人 ， 的 意 是 的，因为 在 法 ，在 中， 是 的，因
， 在 地 的 因为 的 是 的 。[23] 是，如
人 人 以 ， 如 ？ 因为 法系 自然债 的 ， 来

。 法系的 法 ，在 法系的 因 中，的 出 法 的
“ ”问题， “ 人 的 意 ” 以 的问题：是 为 人 的 意 。
体 ， 法系的 法 法 及 ， 中国国 。 因 的
， 是为 的 的。 ，在《 体 法》以 ， 因 法 的
， ， 为 是 的， 体 的 ， 以 人
的 。 是，如 ， 人 以 人 的 ， 人 的 自
。在 法 ，《 体 法》 ， 因 出 ，如 ，所 民
以 人 的 义 提 之 。 ，在 ， 法 因 ，
法， 因 因 的 ， 来 的 的 ，

出 的 以 。 国 ， 因 民法 以 ， 体 的
义 。 的 中 地 ， 是 的 ， 因 在 因 人 之
系。[24] 之 的 法 国民法典 国民法典 债 的 因。

因 法系 的 ， 人 因 ， 因 ， 在 法系国 地 为，
因 人 人 因 的 债 自 因 的 ，
。 一 ， 在 论 自然债 的 ： 法 ，

的 义 ， 如 为， 人 ， 是
之 的， 之 的，是 自然债 是 ？ 我 ， 自然之债
的一 的 是 之 是 在一 “ 债 系”， 系 然 是 民法 的
义 系， 义 。 我 为， 人 人 之

自然债 的 “ 债 因 ” ， 来 ， 我国《 法 》 186 的 “
意 ”。 以 自然债 的 来 问题， 的 ， 如 人

的，法 ， 因为， 法 ， 人 ， 人 一 义 。
在 法 ， 人 是 义 的，一 义 ，
人 以 。 是 人 义 为 的 ， 自然债 的 ， 因 ， 提出

法 因 人 的 的 。[25] 自然债 的 自 法 以来
因 的 ， 为 人 因 为 的 ， 因 的
。

[22] 自 :《论 法 的 “ 人 ”》， 《 法 》2014 4 ， 64-65 。

[23] 自 :《论 法 的 “ 人 ”》， 《 法 》2014 4 ， 65 。

[24] :《 法 论 》()， 1994 ， 773 。

[25] 、 民 :《论 因 人 的 》》， 《中国 》2012 148 ， 198 。

有学者提出一个的概念——“谊因理”，认为，因理是法律对要行的“谊行为”所的理论 and 立法概括，谊行为是因理的基础，或者说因理行为都是谊行为，因理是要法律行的谊行为。将因理定为谊行为的原因如下：(1)二者均为行为；(2)二者原则上都于私的利他行为；(3)二者都法律束的意，也，虽然法律要因理者具有为他人理事务的意，但却不要其对理后的法律后具有意或者意。^[26]该学者敏锐地察在因理的后方面，涉及债与债的关系，因理关涉民法的间与民法间，似乎应该是一种接器，这一是正和可贵的，其所发的民法间的东西就是民事债，法间恰恰就是自然债。但是，其关于因理的定是不的，不能说谊行为是因理的基础，就如我们不能说“友谊是民间借贷的基础一样”，这种说法在民法或者法上是没有意义的，因理是有自己的“债因”的，是被法律别纳入自己范围的关系，就意大利学者所说，这种事实同“债因”或者客关系意义上的委托很相似，当人说债于时，他们的正是因理。^[27]谊关系则完全是在债法之的关系，不民法，其并不具有民事债务之“债因”，因，不能上法律的法律关系上。但这种义务所发的义务，为自然债务，要行完毕，不，在这刚刚与民法沾边，民法行的结。

五、自然之债与不当利的关系

不当利为债的发原因，在大陆法系国家及我国的学理与立法中普遍承认，但何为利之“不当”？学理上却存在争议，有“统一说”与“统一说”。^[28]我国《民法通则》第92条规定：“没有合法，取不当利，成他人损失的，应当将取的不当利损失的人。”这一规定，似乎采取“统一说”，但如仔细分析，却不免有不周延：因法律规定取的利，应当如何？例如，在附合于不时，不所有权人为有合法的取，但必须不当利。因此，德国民法理论及我国台湾地区民法学理都采取“统一说”，将不当利分为“型不当利”与“型不当利”分别分析原因。^[29]其实，法上债的分类是建立在各种债的“债因”是不同的基础之上的，这的“债因”恰恰就与自然之债有极大的关系。例如，意大利的法学者德出，建立在不正当的原因或者法律关系基础之上的财增加叫不当利。这种一是因取的近原因偶然地同一个在法律上不存在或者效的远原因相结合发。这种债和诉权的某些事实同实物很相似，但是，应加以意的是“债因”，意债合法的客关系，当事人一方取一方出的财增加。^[30]比来，如通过对我国《民法通则》关于不当利规定中的“合法”行解释，可以认为，在型不当利就是合法的，原因，在型不当利，则应是正当基础。其实，这些统统可以归于法的“原因与正当原因”之中，这些原因中其中就包括自然债务的。

[26] 王雷：《民法学视野中的谊行为》，北京大学出版社2014年版，第153-154页。

[27] [意]德·：《法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第396页。

[28] 王泽鉴：《民法债编总论——不当利》(第二册)，民书局1990年版，第17页。

[29] 参见[德]迪尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢湛，法律出版社2007年版，第525-587页；王泽鉴：《民法债编总论——不当利》(第二册)，民书局1990年版，第22-182页。

[30] 同27书，第399页。

， 814 “ 得 返还请求 ” ,特 ， 给付符
道 礼仪 考虑 ， 得请求返还。 ,侄 叔叔 赡养 ， 果 道
而赡养 ， 得 得 而请求返还， 进 领 考虑。另
外,由 得 返还 ， 道 良 。 ，
“ ” 182 1 :“ 得 受领 ，而 受 益已
， 返还 偿还

誉，激，并止。^[35]
令结：(1) 违
违，违并导，违，各
。(2) 违
：；，。

(一) 民法理论与立法体例的比较法观察

“ ” “ 模
”。“ ”、；模
()。

1. 四种学说

“ ”前，先，
庭度。
价，留。
且，再负担，想
某，仍归，负担，
广持。^[36]
“ ”^[37]
“ ”^[38]持，他，
子，()数，
处度，异，抛弃欠^[39]
“ ”
赋予
“ ”，梅迪库斯，
“ ”)数，(762、764 656
、 报酬均设。

[35] []迪 尔·梅迪库斯：《 》，杜景林、卢湛， 2004， 20。
[36] (列 《 珍 》)：《 》， 2006， 281。
[37] 广：《 》， 1997， 35。
[38] 参见[]克·斯、·：《 》， 2004， 687；《 》，结珍， 2005， 949-950。
[39] 6， 61。

由而请求返还。 ， ， 得请求 ， 请履
 [40]
 “ ” 从 ， ， 请求 ， 指
 [41] ， ， ， 指 而生 。 更 ， 指 情形而
 基 道 ； 指 而生 。 更 ， 指 情形而
 。 ， ， 使 。 使 ， 指 情形而 ，
 由 而 [42] 生 断 点 ：(1) 使 ，
 使 ， 确 ， 生 。 而 ， 生 。
 (2) 生 由 ： “ ”而使 “ ”，
 生 而指 、 而指 ？ ，
 指 情况,而 指 情况,更像 。

2. 两种模式

表 ， ： (，
)， ()。
 ： 确 ，而
 从 () () 19 “ ”(762
 764)看， “ ”作 ， [43]
 、 ，而 外， 214 2 、814
 作 。
 “ + ” ，即
 “ ” ， 《 》 1235
 1 ：“ ， 而 ，得请求返还。” 2 ：“

[40] 11 ， 19-20 。

[41] “ ((

[42]

[43]

作 清 理 ， 得 请 求 返 还 。” 指 点 ；(1) ；(2) 即使
 ， 清 理 即 得 请 求 返 还 。 从 《 》 结 构 看 ，
 1235 置 ， “ ” 置 。 1965 - 1967 “ 射 幸 ”
 处 。 从 《 》 结 构 看 ， 置 。
 采 取 模 式 ， “ ” 七 章 “ 非 ” 专 门 “
 ” ， 而 且 各 ， 各 作 处 ， 1933 - 1935 赌
 彩 、 940 。 从 《 》 六 章
 节 3 确 定 ： “ 列 情 形 : a. 丧 失 强 ； b.
 另 负 推 卸 道 义 ， 尽 管 强 ， 按 照 另
 得 该 项 履 行 。” [44]

(二) 关于我国未来民法典债法体系中的自然之债规范模式之我见

模 式 作 简 单 评 价 话 ， 觉 得 ， 坚 持
 ， 讨 论 ， 而 且 目 前 尚 找
 替 代 名 词 ， 点 ， 值 得 。 替 代 、 折 衷
 现 在 ， 只 有 什 么 名 词 ： 冠 “ ” 还 “
 ” ， 即 还 。 像 ， 度 ，
 。 恐 怕 ， “ 请 求
 ” 核 心 结 构 ， 放 “ ” ， 它 结 构 产 生 “ 请 求
 ” 。 指 出 ， “ 归 结 基 础 ，
 构 造 ” [45] 。 茨 威 格 指 出 ， “ ” ， 它 某 基 础 、
 得 而 得 、 只 针 对 请 求 。 [46] ， 从 阻 请 求
 角 度 看 ， 疑 确 。 优 点 ， ，
 整 体 把 握 ， 再 ， 更 。
 ， 该 采 取 模 式 ， “ ”
 ， 并 采 取 “ + 处 ” 模 式 。

1. 在债法总论部分或者相当于总论部分的位置规定“自然债务”可以为裁判提供依据

由 ， 它 请 求 供 基 础 ，
 身 请 求 ， 即 使 履 行 ， 消 灭 。 须 ，
 疑 点 疑 非 常 确 定 。 ， 功 请 求 供 基 础 。
 ， 唯 功 ， 外 ， 还 他 功 ， 支 持 项 请 求 功
 ， 作 裁 判 ， 辅 助 。 ， 《 》 117 “
 ” ， 68 “ 安 ” 。 任 ， 辅 助
 。 已 经 履 行 返 还 请 求 阻 功 ， ， 而 且
 。 1235 裁 功 。

[44] 参 见 《 》 ， 2006 ， 161 。
 [45] [] 弗 茨 · 林 斯 基 : 《 损 害 赔 偿 共 同 法 》 ， 李 云 琦 、 吴 训 译 ， 《 私 法 》 (12) ， 2015 12 ， 54 。
 [46] [] K. 茨 威 格 、 H. 克 茨 : 《 较 法 学 》 ， 潘 汉 译 ， 贵 州 1992 ， 269 。

2.

先, “ ” , 习惯 。

“ ”, 陆 “ ” “ ”

” 仍 1929 “ ”

“ ” “ ” “ ” 习惯, “ ” “ ” “ ” 好。 “ ” “ ” 身

且 且, 掌握 呈 违 并 乎 欧洲 欧洲 碰撞 财

; 扶 扶 财 该 财 畴, 仍 予精神 扶 担共 支 ; 前, 予 损害 女 财 补 报酬 , 某 随 ,

[47] 离 双 扶 并 ; 双 ; 子女 父 亲子 前, 父 负 抚 ; 父母 参 工 轻 供住 , ; 抛弃 妍 女子 , 该女子负 “ 证 ” [48]

草 《 》 () (草) 2 : “ 配 他 , 除 财 补 , 支 该补 支 补 悔 , 予支持。” 该 包 层 : 层 补 , 款 支 , 向 支 该补 , 予支持; 层 补 款 支 , 支 悔 , 予支持。 [49] 除 , 普 “ ” 长 习惯, 女 结 , 男 城 淡 , 广 农村仍 习惯 , 且 纷 众 , 。

[47] [] · 拉 : 《 》, : 《 · 》, 2001 , 382 - 383 。

[48] [] 克· 斯 、 · : 《 》, 2004 , 687 ; 《 》, 结珍 , 2005 , 949 - 950 。

[49] 眉: 《 补 》, 《 》2010 12 。

“么，么非”，非即彼已经，需缓。非即彼：，游外。履，。24% 36%息情况，现资现需求作。

3.

“ ” “ ” ， “ ” “ ” 置， ， 得更章。 ，即使 “ ” 情况 ， ， 较符 “ ” ， 即 。 ， 采 ， 现 。 ，由任 详细 、 余清 ， ，需官 由裁 。 ， 更 ， 官裁 。 ， 官 根据 1235 展 ：(1)即使亲 得确 非婚生 女，生父亦 抚养 (，1976 6 30)；(2)父母 偿 刚刚 作 轻劳动 住 ， (，1983 4 5)； (3)情 ，只 打 姘居 女 ， “ 女 生活” (，1959 10 6)， [50]

(三)我国未来民法典债法中的自然之债的规范模式设计

张， “ ” 。而 ， “ ”，即 “ + ” 。 “ ” ， 作 。 简 ，而 官去 断。 ， 作 。 ， 而 请求 情况、赌 彩 。 “ ” 章 节 ， 章(节) :

第 XX 章(或节) 自然之债

X 请求 ， 经履 即 得 由请求返还， 履 得履 益。 X 产生， 。 X 履 改 履 ， 余 请求 [51] X ， 得 而 张 。 ，亦 。

[50] 《 》()，罗 ， 2005 ， 950 。 [51] 《 草 》， 献 2004 ， 458 。

七、结论

自一工性总,它描述表达处定与公道一“”,自”“”表明了边缘性、跨域性(领域与道领域)特征。“自财产性”^[52],一道。自”表达领域颇微词,除,还什么总够更确切更自表彰一灰色带呢?好够助历史形一总,赋予较确定内涵,够一,模。觉得,模。

On the Position of Natural Obligation in Obligation Law System of Future China Civil Law Code

Li Yongjun

Abstract: Natural obligation intends to provide duty between legal duty and pure social or moral duty, laying in the middle ground between legal duty and non-legal duty. Natural obligation exists in most of European countries' civil law code, but the specific way of provisions is different. In general, the ways of provisions can be classified as Germany provision mode and French provision mode. In China, natural obligation also exists, such as agreed rates of private lending limited to 24% - 36%, obligation plead by debtor for exceeding the limitation of action, betrothal gifts for marriage. Besides, the legal consequence of no cause management is to pay for the cost by being managed beneficiary. And in unjust enrichment system, bona fides beneficiary is limited to acquire existing benefit, so natural obligation exists between legal duty and social duty. It is impossible to ignore the existence of natural obligation during the period of making China Civil Law Code. There must be general principles of obligation in China Civil Law Code because many scholars agree with both contract and tort as an independent part. According to this viewpoint, it is more practical to adapt French provision mode, which is the provision mode of general provisions & specific individualized treatment.

Keywords: natural obligation; incomplete obligation right; civil law code; obligation law system; freedom of contract.

(责任编辑:丁洁琳)

[52] 注3引。

罗马法中 设 经营人的承保 任 及其在现代法中的 受和发展

国 *

摘 要: 的 是 法 、 法 、 法 2 法 , 在
这些 的 人

农牧经济，换基市经济得形展，营业(negotiatio)企业(taberna instructa)得并且创业、融、运服小模生产门企业活动度。^[9]

缘治，罗马经旅游，水旱往帝各，各客服设，生，颁告示进调整，什么奇怪情。

、公 前2世纪罗马 客服设

告示 客服设 船舶、客棧 车马店 ，前 水运客服设 ， 陆运客服设 。 按 。

(一)水运客服设施

水运客服设 船舶。罗马 陆 ， 谙造船。迦太基 展 匿 ， 海 需 始造船。取得 海 海 ，罗马 海 ， 造并拥 船舶。计 :长船， 靠划桨 ， 帆 进。^[10] 长船， 长? 曰 长 35 ， 短 15 ^[11] 长 船 运货， 作 轻船(Liburnicae)， 快跑， 海 ， 。 船(Onerariae) 运送 品。 酒船、粮船 马船， 运送 冠名 品。 船(Corbitae)， 慢 船， 运送 他 品。^[12] 快船(Actuar-iae)， 桨， 转运 船 货 。 ， 船 阿非 运 奥斯 港 小麦 换 快船 溯 伯河而 达罗马城。 专门运客。^[13] ，除 船外，还 渔船、河船 船。^[14] 海 调整 象， 而 。

船 吨 150 吨 350 吨 ^[15] 图拉 皇帝 ，造船技 进步，运粮船 量 1200 吨 1300 吨。^[16]

候 运客船 ，客运航线 ， 现 阿尔巴尼 Dyrrachium 林迪 航线处 。 数 情形 货船带客。乘客像 数船 生活 甲板 住 帐篷 。他 带食 ， 船 厨房 煮熟。水 槽 取。 好 埃 罗马 运粮船。好处 达；好处 ， 装 百 ^[17] 圣 罗坐 船，他 乘客 287 ^[18] 根据罗得海 ，乘客 带 孩子 乘。男乘客 占 3 腕尺 船 ，女乘客 占 腕尺

[19]

外。尔安《告示评注》32 (D. 19,2,19,7) , 果
程 , 新生付费, 子给付 费微不足道,而且他

供 切服 [20]
经 保 任只 , , 产 他 盗走
, 情况 经 保 任制度处 ,而 按《罗得 》 57 处 : 现 盗窃
双 赔偿受 失,并丧失 益。[21]

经 并 见得 ,而 经 支 ,他 ,
(尔 安:《告示评注》 28 。 D. 14,1,1,15),[22] 任 并 经 。
情形, 参 任 经 , 担 经 造 任。
, 经 保 任制度采 “ 管 , ”。

(二)陆运客服设施

讲到 , 程 。 , 除了 ,
马 里了, 使 , 使 。
公路进 。公元 2 世 ,罗马已 道: 道(公元 312) ,
212 公里,从罗马 普 , 延 到 口 市 林迪西; 里 道(公元 241) ,
从罗马 勒尼安 北 市 Vada, 延 。弗 米尼 道(公元 220) ,从
罗马 得里 北 市 里米 , 368 公里。艾格纳 道(公元 147) ,
又名东 道,从罗马 得里 马 顿, 达希 北 [23] 四 道, 三
围内, 四 走了 ,远 希 。 , 公路。 , 道
著名 罗马道路 基础。 达 8 公里,包括 375 路, 。 只
砂 支 道路, 15 公里。[24]

既 公路 , 备 设 ,诸 餐馆、 马 。公元 2 世 设
情况 ,已 考。公元 333 , 从波尔 耶路撒冷朝 留 图 itinerarium
hierosolymitanum burdigalense 记 了他 服设 ,作 图 表示 镇, 马厩 图
表示 备, 马 马 修 设 , 屋 图 表示 , 杯 图 表示 餐 。基
本 格局 马 隔 设 。从 灵 到 斯, 凡 247 罗马里, 365 公里。计 11 , 12
马 , 12 餐点。[25] , 隔 33 公里余 , 隔 30 公里余 马 , 并 餐 馆。三
设 彼 , 似乎 只 供 宿, 并 供 餐。 马 供 马 匹 服, 供 餐。公
元 2 世 罗马公路 服 设 格局。 “近古”推“远古”了。

[19] 参见 波:《〈罗得 〉》, 2011 , 84 。

[20] 参见[] 尔 · 特 :《 从 古 罗 马 到 现 展》, 译,载 :《罗马 现代
》 1 , 制 2000 , 232 。

[21] 参见 波:《〈罗得 〉》, 2011 , 218 。

[22] See The Digest of Justinian, Vol. 1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 416.

[23] 参见 允:《浅析罗马道路 设 历史作 》,东北师 硕 文,2007 , 3 。

[24]

[25]

裁官 客服设 营 责 告 客栈 车 店, 各
 陈己见。 , 裁 官并列 。 ,客栈处 城镇
 , 车 店处 郊 沿 设。^[26] 朝圣 留 旅 ,客栈 车 店 回 ,
 。 车 店处 城郊,并 , 灵、苏萨、戎、瓦斯 车 店处
 城 , 且 既 客栈, 车 店。
 陆运客服设 营 , 租赁 设 营 。

、客服设 营 责

(一)裁判官告示的文本以及法学家对它的解释

客运 ,裁 官 元前2 纪颁 告 客服设 营 责 。 辞曰:船
 舶、客栈、车 店 营 , 还 收 财 , 予 他 ^[27]
 告 客服设 营 责 , , 告 船舶 营
 责 , 久,扩 客栈老板 车 店老板。 ,乃 营 角色并
 。按照 ,船舶 营 工 租赁 租 , 客栈 营 车 店 营 租
 赁 租 ^[28] 先 船舶 营 责 乃 航运企业 陆 服 企业 。 , 告
 续 列告 , 把 告 ^[29] ,
 告 阐 ,船舶 营 责 仍 告 核 , 责 处 座 , 他
 责 。

富 ,餐馆 客服设 , 告 言 餐馆老板 食客财 责 ,
 旅客 餐馆逗留 较短, 夜, 他 好仔细 好 己 随身财 。幸运 ,
 留 漏洞 填补 (参见)。

“ 还 收 财 ” 营 辅 (构 “ ”)收 旅客
 财 ,旅客托 财 目 , 《 海 》^[30] 32 ,旅客携带金币 他
 品登船, 船长 。 丢失,船长 负责 ^[31] 设想,旅客 把 己 贵
 财 客栈 车 店 。 丢失 ,客栈 车 店 担责 。

客服设 老板 旅客 财 想 还 , 犯 诈欺 , ,倒霉 旅客
 遇 黑船黑店。 , 想 还 , 盗 , 遭遇灾难灭失
 。 哪 ,裁 官 予 他 。 着
 ,裁 官 告 填补 漏洞。

[26] Voir Marie – Adeline Le Guennec, Le Stabulum romain, ecurie ou etablissement hotelier? La Langue juridique et l’usage a Rome, En Aux Sources de la Mediterranee antique, 2014, Presses Universitaires de Provence, p. 220.

[27] D.4,9,1pr.。参见《 汇 卷:恢复 状 责 担》,窦海阳 , 2012 , 241 , 改

[28] See Stanislaw Kordasiewicz, Receptum nautarum and «Custodiam praestare» revisited, In Revue Internationale des droits de l’ Antiquité, LVIII (2011), p. 195.

[29] Cfr. Aldo Petrucci, Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori, I, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 120s.

[30] 《 海 》 8 纪 , 元前3 纪 并 采 。参见 小波:《〈 海 〉 》, 2011 , 3 。

[31] 参见 小波:《〈 海 〉 》, 2011 , 215 。

上述告示的文句并未告诉我们授予的诉权的数。尔比安在对这一告示的注中告诉我们,它是双倍之诉(D.47,5,1,2。尔比安:《告示注》第38),这是课加给非现行经营者的诉权(I.4,6,23)。^[32]这个数告诉我们,立法者把客交付的财物不还的经营者看作经营者。同时,这也是对否认发生过寄托的保管人的诉权的数,这种同为后世人把承保责任纳入寄托开了路。但否认别人让自己保管,也是寄托的一种形式。^[33]

在诉讼系属中原告或被告死亡了怎么办?在原告死亡的情形,其继承人可承担诉讼,这实际上是把被继承人开办的诉讼当作诉讼体物继承之。在被告死亡的情形,其继承人不必承担诉讼,因为他们并未实施引起责任的行为(D.4,9,7,6。尔比安:《告示注》第18)。

另外,如果很发现了客财物的损害怎么办?对于客服设施的经营者来说,如果加害人是他雇佣的自由人,他要代其承担责任;但如果加害人是其奴隶,他可通过交出加害人使自己免除责任(D.47,5,1,5。尔比安:《告示注》第38),这意味着此等加害人将成为受害人的奴隶,直到他们劳动的价值达到了被损物的价值为止。但如果经营者使用的是他人的奴隶,他要像使用自由人一样自己承担责任。可以想象,在加害人为经营者自己奴隶的情形,如果经营者选择损害投偿解决,一个行役之中的人要带一名奴隶赶路,是极为不便的。

但经营者的上述选择权是有条件的,即他们不知道自己的属员实施损害的情况,如果他们知情,甚至教唆或协助自己的奴隶去损害客,他们必须自己承担责任,不能通过交出实际实施加害行为的奴隶使自己免责(D.47,5,1pr。尔比安:《告示注》第38;D.47,6,1,1。尔比安:《告示注》第38)。

在加害人为自由人的情形,并不见得一定是经营者承担责任,这要取决于受害人的选择,如果他选择诉追经营者,当然是经营者根据判例法先承担责任,然后他们对加害人提起损害之诉;受害人选择诉追加害人本人的,他们可直接根据市民法诉追之。(D.47,5,1,3。尔比安:《告示注》第38;D.47,5,1,4。尔比安:《告示注》第38)。对于一个行役之中的人来说,摺下正在进行的行去告一个,很不方便,而且此等的责任能力很可能不如一个老者的相应能力。由此可见,课加客服设施经营者责任的判例告示的主旨是方便客得到损害的赔偿。

那么,如果加害人是其他客,怎么办?这要看客服设施是客舍还是客和马。在客舍的情形,经营者不对客的行为负责,但他们参与了接受物品的情形除外。在客和马的情形,要看客属于哪种,经营者要对客的行为承担责任,不对客的行为承担此等责任。对客的行为负责,因为经营者有选择是否接待他们的机会。不对客的行为负责,就像不对行役者的行为负责一样,是因为经营者不能选择客,作为公共服务设施,他们不能拒绝任何愿意利用的人所以他们不能代加害客承担责任。所以,受害客只能诉追加害的其他客(D.47,5,1,6。尔比安:《告示注》第38;D.4,9,1,8。尔比安:《告示注》第14)。^[34]

在罗马法中,诉权分为有期的和永久的,前者必须在一定的期限内行使,此等期限实际上就是诉权的除斥期间,后者可以无限期行使。承保之诉是永久性的(D.4,9,7,6。尔比安:《告示注》第18)。这种安排有利于客:受损后由于任务的压迫必须赶下一段路的,可以先赶路,等下一次再跟同样的

[32] 但课加否认寄托者的诉权也是双倍之诉。参见[罗马]优士丁尼:《法学阶梯》(第2版), 国译,中国政法大学出版社2005年版,第469页。

[33] 罗马人的概念是“以获利为目的地接触物”。保罗:《告示注》第39(D.47,2,1,3),参见桑德罗·斯尼编:《民法大全译·债·之债(II)和罪》, 国译,中国政法大学出版社1998年版,第55页。

[34] 参见桑德罗·斯尼编:《民法大全译·债·之债(II)和罪》, 国译,中国政法大学出版社1998年版,第73页。也参见《学说纂第四:原与责任的承担》, 译,中国政法大学出版社2012年版,第243页。

经营人打道。上“一”与“下一”的间隔在罗马代旅下(依靠人力畜力而已)可长,一。

么,在罗马法看来,旅乘船也,住店也,都与的经营人订了一个作的租赁合同;如果物是费收的,则一个寄合同。合同也给旅提一定的保障,为裁官不依据合同课加经营人任,而是依据准私课加经营人等任呢?乌安在《示评注》14卷中作出了:因为按照租赁合同,人只失;按照寄合同,保管人只意。所以,种合同物的所有人的保护力偏小,为了加大保护力,裁官课加的经营人特看管任,是一种严格任,收受物的人即使任自的,也任,发生不可力的情形外。里的不可力,船、海盗攻击等情形(D.4,3,1。乌安:《示评注》14卷)。^[35]

但种严格任只是的,乌安同提到,一个如坏的奴隶呆在船的经营人不定罪是奇怪的(D.47,5,1,5。乌安:《示评注》卷)意,经营人还是人不的失,所以,从这个讲,述严格任实还是任,者像丁玫确地指出的,是推定任,的避旅的困。^[36]

的豁一个色匆匆的旅来说是分的。但船舶经营人来说是苛的,所以,等经营人便:如果宣布一个家自的物采安措,宣布本,而旅同意等宣,则保任(D.4,9,7pr。乌安:《示评注》18卷)由得旅的同意生,严格说来是合意。但航企业是强势一方,在者求的情况下,旅么同意,么不了船,从而不自的只同意。的情境暴露出古罗马有格式合同问题,以及的消费者保护问题。代意大利可·贝特鲁奇敏地注意到了,研究罗马法消费者的保护。贤哉人!现代意改况,《埃塞俄亚民法典》2669规定:任或制旅店任的规定。尽管的规制象非船舶经营人而是旅店,但意是一的。

二)法学家们对告示的适用范围的目性扩张

官确经营人的保任制,法家不断扩张范,以达消费者的更高保。等扩张保护体的扩张、原的扩张、加人范的扩张等方面。以下分述之。

裁官示保护的体是什么?从示的文句来看,是旅付经营人保管的物,种付由旅的“”和经营人“收”个动作,换之,旅未保管的随物,不在保护范之内。但我的理解,奇怪的是有驱者。近我的观点的是“行李说”,为国者C. H. Brecht、智者古曼·布里、大者安钮·瓜里诺所。^[39]实,未保管的物受裁官示的保护是1世纪末的者安张的果。裁官示中的“任人为保而收受的产”一语在解释说语“也类的,诸如衣和一切在船上的物”(D.4,9,1,6。乌安:《示评注》14卷)。^[40]“衣”需解释,“一切在船上的物”中的最者是食物,在罗马代,旅是在船的厨

[35] 《说汇四卷:恢复原状与任的》,海阳译,中国法大出 2012, 245。

[36] 丁玫:《罗马法契约任》,中国法大出 1998, 251。

[37] 《说汇四卷:恢复原状与任的》,海阳译,中国法大出 2012, 251。

[38] 《埃塞俄亚民法典》,薛军译,厦大出 2013, 380。

[39] Cfr. Aldo Petrucci, Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori, I, Giappichelli, Torino, 2007, p. 27, nota

[40] 《说汇四卷:恢复原状与任的》,海阳译,中国法大出 2012, 243。

自己饭吃的,[41]所以 材上。这些物被 为 的物的 物 待。 这一扩张, 的随 身行李, 未 营人 ,后者也要承担 义务。

致 的原因也 扩张。 告 的 句无 言, 原初 虑的致 原因是 营人 下人的 盗窃, 尔比 的解释, 说来是 营人的 下人与盗贼相勾结实施的盗窃(D.4,9,1,1。 尔比 :《告 评 》第14)。 尤斯对此扩张,不仅把盗窃, 且把 也当 致 原因(D.4,9,5,1。 尤 斯:《行 告 评 》第5),例如 营人的奴隶实施的 ,老鼠的咬坏,雨 的泡坏,等等。这样的扩张 当然 有利于 。

加 人的范围 扩张。有关告 原 虑的加 人是 营人的役 人(自 人或奴隶), 尔比 把参与接 物 的 、长住 也扩张为加 人, 营人也要对他们的致 行为承担 (D.4,9,1, 8。 尔比 :《告 评 》第14)。

营人的 间也 扩张。告 原来设 的 营人的 间是 上,这个 间的起 是上 , 是下 ,但 尔比 把 滩扩张 间, 被接 的物 在 滩上,其 险和危险都 营人承担(D.4,9,3pr.。 尔比 :《告 评 》第14)。

础关系的范围也 扩张。告 原来 虑的是有 的 关系或住宿关系, 把 的适用范 围扩张 无 的 或免 住 关系(D.4,9,6pr.。 :《告 评 》第22)。

的所 也 扩张。告 原来 虑的是 用 大的 实施的, 未 虑木筏和 艇实 施的同样 务, 把告 的适用范围扩张 后者(D.4,9,1,4。 尔比 :《告 评 》第14)。[42]

(三)客服设施经营人承保责任的归属定性

裁判官 立 服设施 营人的承 度后,发 该 度在 民法体系中的位置问题。很 的 定位是把 为合同 的一种类型 待,正如 者大都是在“ 法合同 ”的框架下研究该 度,[43]但自 元 161年的 尤斯《法学阶梯》起, 被 为 私犯的一种与法官错判案件、倒泼行为、悬 挂物致人 行为并列。[44] 士 《法学阶梯》之。这意 至少 尤斯之后的 人不把 服设 施 营人的承 合同法问题, 侵权法问题。这意 立法者不再把合同关系 为承 的 础, 此, 营人承担并违 的并 定义务, 是法定义务。

私犯就是我们在讲的 侵权行为, 服设施的 营人毫无 为,怎 就侵犯 的权利? 学者杨根红将此解释为不 为侵权。[45] 是为一说也。

那 , 人为何要把上 个 度 在一起类称为 私犯? 中 以来这就是一个聚讼纷纭的问 题,比 有效的解答是上 个 度中的 人承担的都是无过错 。[46] 我 成此说,但要 充一 : 一种 私犯都是对一种私犯的类比, 营人的承 这种私犯类比的是盗窃这种私犯。 实,有关的 裁判官告 最初 虑的 , 失的原因是盗窃, 且是 服设施的 营人 作合伙实施的盗窃, 过法学家的积极解释,告 的 渐渐也 盗窃原因 成的 。当然,承 之诉的诉权

[41] See Lesly Adkin, Roy A. Adkin, Handbook to Life in Ancient Rome, infobase Publishing, 2014, p. 207.

[42] 参见《学说 纂第 : 原 与 的承担》, ,中国政法大学出版社2012年版,第243页。

[43] 例如我如上 其著 的 教授就是如此。就意大利学者 言,有 Vincenzo Arancio - Ruiz (Responsabilità contrattuale in diritto romano, Jovene, Napoli, 1933), Francesco M. de Robertis (Responsabilità contrattuale nel diritto romano, Cacuci, Bari, 1996), Adolfo di Majo (Responsabilità contrattuale, Giappichelli, Torino, 1997)。

[44] 参见[] · 古 斯:《 法概论》, ,法律出版社2000年版,第235页。

[45] 参见杨根红:《不 为侵权 之比 研究》,法律出版社2012年版,第60页。

[46] 参见[] · 古 斯:《 法概论》, ,法律出版社2000年版,第236页。

倍数 暗示了该 把 害旅客财产 按盗窃处 。

四、现代 罗马 客服设 经营 保制度 继受 改变

()

现代 数继受了罗马 客服设 经营 保制度, 公约 草 了 继受^[47], 把该制度纳入 己 。 把该制度纳入 。 又 子 。 子 诸 打散。^[48] 子 把船舶经营 保责任 租赁 ,而把旅店 保责任作 紧急寄托处 , 甩掉车马店 保责任制度—— 反映了 专门 车马店作 客服设 已 淘汰。 模 开创 , 、 随 。 子 把船舶经营 (般化 水陆 运) 责任 运输 ,把旅店 保责任 。马耳他 模 开创 。 把该制度纳入 , , 把该制 度 诸 打散,把运送 保责任 运输 ,把旅店 保责任 住宿 , 本、韩 、澳门 做。 三 客服设 经营 责任。把 运 责任 ,把旅店 责任 , 埃塞俄 做。 述诸 共 点 把经营 保责任 责任, 背离了罗马 把 责任 准私犯责任 蓝本,只 马耳他 外。 述各 继受模 。

()

1. 法国子模式

前 述, 官把三 客服设 经营 保责任捏 , 船舶经营 工作 租赁 租 ,而客栈经营 车马店经营 租赁 租 。 阅读 围内,《 》带头克服罗马 留 逻辑缺憾,把船舶经营 保责任 运输 (工作 租赁 形) ,把客栈经营 保责任作 紧急寄托 寄托 名 。 《 》设 “水陆运输 租赁” 单 , 1782 :水陆运输 , 交付 保管 照管 ,负 旅店经营 。 1783 :水陆运输 , 已经 收、装入车船 负 责任,而且 已交 码头 库房, 装车、装船 货 负 责任。 1784 :水陆运输 , 已向 交付 灭失 毁 担责任, 证明 灭失 毁 由 外 故 力造 , 限。^[49] 细 忠 继 了罗马 蓝本并 扬 。 “细 ”, 草 向 背离了罗马 蓝本, “蓝本” 把运输 责任 责任 ,“摹本”只把 责任 责任。 “ 扬”, “蓝本”只 了水运 责任,“摹本”补 了陆运 责 任,尽管仍 达到 运输 旅客 身 责任 程度。 富 味 , 1807 颁 了《 》, 把 安 。 旅店 保责任, 前 述,《 》把它作 紧急寄托看 。 谓紧急寄托, 生

[47] ,1978 , 私 协 草并 了《 旅馆 协 草 》。

[48] 外,《阿根廷 》打散 ,而 采 旅店 保责任 (1118), 运 保责任 从 把 (1119)。 反罗马 蓝本 道而 。

[49] 参见《 》(册),罗结珍译, 2005 , 1331 。

害把己他。害船难、海^[50]把旅店担旅客品责纳入托,伦。(Raimond Theodor Troplong, 1795 - 1869):旅客选己住旅店,他,己旅店,景颇似托境。^[51]网络,网房选,并入住价己选。谁把旅店责托? 1667《》, 20 4:除证托旅店、入住旅店旅客把托男店女店手证,证令,身份境。^[52]该证境旅店责,托,“”,把“”托,把托托,托变,难免,托托,举证,《》角度入旅店责。证证。托,证,旅店处百难,证身份境量证言。身份。境,旅店往客,托。店,托难。证托,他话。《》托把旅店担责责,把变,变前。前伦,把旅店托财店变把救财随手身边,境异。且旅客店财,他店随身财,缩小围。《》父亲(Robert - Joseph Pothier, 1699 - 1772)前工。《托》专,托“旅店托”,托。并《》20 4话。:旨告知境证,涉旅店旅客品好证,各供证,旅店子象:子入住旅店,己把品旅店,子证旅店托,入境。^[53]变,旅店责候,候子,拉,向转。《》,他转《》。1952托:旅旅店旅客携带品,负责;品托托。1953:旅客品害,旅雇,他入旅,旅旅店负责。1954:旅旅店携带武他手段害,负责。^[54]角度旅店旅客随身携带品责,

[50] 参见周:《》(), 1994, 684。

[51] Voir R. Theodor Troplong, Commentaire du prêt, du dépôt, du séquestre et des contrats aléatoires, Melin, Bruxelles, 1845, p. 391.

[52] Voir Oeuvres de Pothier, Tome Sixieme, Chanson, Paris, 1821, p. 52.

[53] Voir Oeuvres de Pothier, Tome Sixieme, Chanson, Paris, 1821, 53.

[54] 参见《》, 1979, 270。

任象,《 》进。旅店
雇,而旅 盗窃,较符 罗马。雇
任,旅 任,旅
店还 罗马 严格 任。1954 作 旅店 由,另外还 旅
武器 所 由,旅 产造。点 所
。更,造 ?《 》。
1973 12 24 经 修改。旅店 任 急 余,
1953,详 旅 进旅店 : 、李 。波 1952
张,旅店 旅 车。1953,充 2 3。谷
,旅 进旅店 而 旅店 任。任旅店
,让 任,失 赔,。而
旅店,旅店 只 任,赔 额 得 旅 住 房 租 100 倍。
由经营 使 ,任。1954,增
造 失。收 波 1952 张。旅店 任 活 动
。[55] 看,1974 修改 车旅、旅
。《 》 罗马 水 旅 旅
遵循: , 1681 任, 1783 旅店
任。[56] 菲 , 1754 任, 1998 旅店
任。[57] 俄 罗 , 796 任, 925 旅店 任。[58]
北 , 2038 任, 2298 旅店 任。[59]
“ ” 658 任, 606 旅店 任。[60]
另外, 急 旅店 任。它 :《奥 》(
970)、《 》(701)、《智 》(2241)、《阿根 》
(1118)、《 安 》(2941)、《西班牙 》(1783)、
《埃 》(599)、《阿 》(599)、《
》(7·609)、《巴西 》(649)、《 曼 》(817)。

2. 马耳他子模式

1870 《马耳 》 输 任。水 输
旅 (任、 输 外 任) 严格 任(1628、1629、1630)。另外 准 旅店 任。任 精
神 任、动 任、 任, 脱 境。
安 十 符 罗马。 任 任 符 罗马。 情形,

[55] 《 》(), 罗 2005 , 1421 。
[56] 《 》(2004), 2004 , 401 , 424 。
[57] 《菲 》, 2011 , 233 , 271 。
[58] 《俄 》, 道 2007 , 280 , 319 。
[59] 《北 》, 2005 , 251 , 281 。
[60] 吴 :《 六 》,元照 公 2000 , 2-153 , 2-143 。

处，思。

旅店 责任 有限责任 情形,前 交付旅店 保管 品, 交旅店 保管 品,责任额 174.7 欧元(1039)。〔61〕 果考虑欧洲普 旅馆 租价 100 欧元 , 责任额 。《 》把旅店 责任额 天 板设 住房 租价 100 倍, 10000 欧元 , 2500 欧元计, 四 工资, 了。

(三)商法典继受模式

1899 《 本 》“运输营业”章 了运 保责任。另外, “托” 章 了“客 目 而设置 场 责任”(594 - 596)。 作 道 , 客服设 经营 营 目 , 。故阿尔 · 贝特鲁奇 (Aldo Petrucci) 罗马 内 客服设 经营 保责任。〔62〕 , 并 把旅店 保责任 , 、阿根 、西班牙, 把 责任 。 《 本 》 590 了运 旅客 身损害 赔偿责任。〔63〕 填补了罗马 , 罗马 只考虑旅客 财产损失, 考虑 身损失 ,故非常进步。 591 了运 旅客 已交托 李 责任; 592 了运 旅客 交托 李 责任。〔64〕 另外, “托” 章 了“客 目 而设置 场 责任”(594 - 596), 内容 旅店 保责任, 还包括 店 、 责任。〔65〕 ,填补了罗马 馆 保责任 。《 本 》填补了罗马 处 , 客服设 经营 保责任制度 展,贡献 小。

1962 《 》首先 了运 保责任。 旨 : 托运 李 灭失 毁 损, 担货运 责任, 托运 李, 担 责任(149、150)。〔66〕 罗马 步, 它 李 灭失、毁损, 课 严格责任 。

,《 》公共 业 了旅店 保责任。公共 业 外延 旅 店 外延,除了旅馆,还包括 场、 馆 众客集 设 (151)。 业 旅客 品,而且 品 灭失、损 担责。 前 品 担严格责任,只 力 导 免责, 免责 宣告 (152)。 旅客 贵 品交付 表明 价值 , 业 灭 失、损 担责(153)。〔67〕

《 门 》首先 旅客运送 内 了运送 保责任(758)。 , 旅客住 内 旅店 保责任。 810 1 款 :住客携带 旅 品毁损、灭失 遗失, 旅 须 担责任。非 , 809 1 款还 :旅 须 旅客 留旅 附属 担责任, 导 归责 旅 除外。〔68〕 款把旅店 保责任 旅客 身损害。

须指 , 述制度安 门 创,《葡萄牙 》并 旅客住 。

〔61〕 参见《马耳他 》,李 译,厦门 2012 , 223 。

〔62〕 Cfr. Pietro Cerami, Andrea Di Porto, Aldo Petrucci, Diritto Commercial Romano: Profilo Storico, Giappichelli, Torino, 2004.

〔63〕 参见《 本 》,丁 译, 1982 , 167 。

〔64〕 参见《 本 》,丁 译, 1982 , 167 。

〔65〕 参见《 本 》,丁 译, 1982 , 168 。

〔66〕 参见《 》,吴 译, 1999 , 31 。

〔67〕 参见《 》,吴 译, 1999 , 32 。

〔68〕 参见 志 :《 门 》, 1999 , 241 。

(四) 民法典和商法典分别继受模式

首先,1960年的《埃 俄比亚商法典》规定 运送人的承 责 。第 590 条规定承运人对旅客的行李的灭失承担责 ,但第 589 条规定运送人对旅客的手提行李的灭失不承担责 。〔69〕该条过分 承 运人。其次,也是 1960 年的《埃 俄比亚民法典》把旅店主的承 责 为旅店合同的一个条 处理,旅店合同 是提供服务的合同的一种, 于此类的 有雇 合同、学 合同、附 用期的合同、住家家庭工 合同、农业工 合同、承揽合同、脑 的雇

《巴西民法典》第649条规定抢劫(这当然包括持枪抢劫)不是旅店主的免责理^[79],但《法国民法典》把持枪抢劫为此等事。

此来,诸民法典或商法典并机械地继法蓝,是颇有创和发。

五、中国法中的客服设施 营人的承 责

(一)实在法的规定

令人诧异的是,我国实在法关于客服设施 营人承 责 的规定极不均衡,关于承运人承 责 的规定为完,但关于旅店主承 责 的规定很不完。

先 承运人责 方面的规定。《海商法》第114条第1款规定:……因承运人或者承运人的 雇人、理人在 雇或者 委 的范围 的过失 起事 , 成旅客人身伤亡或者行李灭失、损坏的,承运人应当负赔 责 。该条比 法的相应规定 步,因为增加 船舶 营人对旅客人身的承 责 。,《合同法》第303条规定:在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失,承运人有过错的,应当承担损害赔 责 ;旅客 运的行李毁损、灭失的,适用货物运输的有关规定。《海商法》和《合同法》的上 规定 水陆承运人旅客自带行李的灭失、毁损承担的责 ,但采取过错归责 ,比 法的 责 落后。

再 旅店主的承 责 。在这方面,有一些接近的规定散布于众多的立法中。们有:(1)1987年 部颁布的《旅馆业治 理办法》,其第7条规定:旅馆应当设置旅客财物 箱、柜或者 室、险柜, 定专人负责 工 。对旅客寄存的财物,要建立登记、 取和 接 度。该条 涉及旅客 旅馆 的行李问题,不涉及未 的行李问题,很不完善。 与我国旅馆的这样的告 成呼应:“贵重物品 前台 ,否则丢失概不负责。”(2)《消 者权 法》,其第7条规定:“消 者在……接 服务时 有人身、财 全不 损害的权利。消 者有权要 ……提供的服务, 合 障人身、财 全的要 。”该条 泛,好歹可以与旅店主的承 责 扯 上。(3)《侵权责 法》,其第37条规定:①宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等 共场所的 理人或者群众 的组织者,未 全 障义务, 成他人损害的,应当承担侵权责 。②因第 人的行为 成他人损害的, 第 人承担侵权责 ; 理人或者组织者未 全 障义务的,承担相应的补充责 。该条甚至不要 宾馆 理人对第 人的行为 成的损害 负责 , 落后,但把承 责 定位为侵权责 的 法 合法蓝。(4)《最高人民法院关于审理人身损害赔偿 案件适用法律若干问题的解释》(2003年),其第6条规定:“ 事住宿、餐饮、娱乐等 营 或者其他社会 的自然人、法人、其他组织,未 合理 度范围 的全 障义务致 他人遭 人身损害,赔 权利人 其承担相应赔 责 的,人民法院应予支持。”该条 涉及旅店主对旅客人身的承 义务,不涉及对其财 的承 义务,但暗 共接待业的 营人可以第 人 成的损害 负责 。

(二)学者民法典草案建议稿的有关规定

与实在法中关于客服设施 营人承 责 的零碎 规定 成对比的是 大民法典草案关于这个问题的系统规定。

梁慧星教授主持的民法典草案首先在客运合同的框架下规定 承运人的承 责 。第1202条规定对旅客人身的承 责 ,要 承运人对他们的伤亡担责,除 此等伤亡是旅客自身的健康原因或 意、重过

[79] 参见《巴西民法典》,齐云,中国法 出版社2009年版,第92页。

失造的。明显是严格责任。1203 规 旅客 李的 保责任,只 求 运 的才担 责,[80] 明显与《合同法》 303 的规 一 ,而与罗马法的规 不一 。然 在住宿合同的框架内规 了旅店 的 保责任。 辞曰:(1)旅店业经营 提供 品寄 服。(2)住宿 放在住宿 的 品丢失、 盗窃的,由旅店业经营 担赔偿责任, 旅店业经营 证明该损失是住宿 故意 大 失造的除外(1390)。[81] 显然, 1 款规 的是旅客交店家保管的 品, 未规 品灭 失 损害的责任。 2 款规 的是未交店家保管的 品,规 了店家的严格责任。

明 持的民法典草 首先在客运合同的框架下规 了 运 的 保责任,了 1563 1564 个 文,前 规 身 保,采严格责任; 规 财产 保,采 责任。[82] 然 在住宿 合同的框架内规 了旅店 的 保责任。 辞曰:(1)顾客在住宿 遭受 身损害的,旅店业 担 赔偿责任, 旅店业 证明自己 的除外;(2)顾客随身携带的 品丢失、 盗的、旅店业 担 赔偿责任, 旅店业 证明自己 的除外。[83] 该 不 规 了店家的财产 保责任,而且规 了 身 保责任, 罗马法的规 是个 展。 种情形的店家责任 推 责任。

我 持的《绿色民法典草 》首先在运输合同的框架内规 了 运 的安 保障义 。 辞曰: 运 保障旅客的 身 财产安 , 在运送 程中自带 李的毁损灭失 担赔偿责任, 旅客自身 损害的 生 故意 失的除外(八分 963)。[84] 该 课加 运 的是严格责任; 在寄托 合同的框架内规 了旅店 的 保责任。 八分 903 辞曰:(1) 店、旅店、饮食店、浴室 营业场 所的经营 消费 带进的 品 法 保管义。(2)带进营业场所的 品包括:①消费 携入的置 经营场所内的 品;②消费 携入的置 经营 受雇 指 的经营场所外的 品;③消费 交经营 保管的 品。 八分 904 辞曰:经营 消费 带进营业场所的 品的毁损灭失 盗 担赔偿 责任, 如果他 证明 下列情形之一,不 担责任:(1)损失是由消费 及 同伴 探望 造的; (2)由不可 力造的;(3)由 自身的性质造的。[85] 显然,该 旅店 课加的 是严格责任。

由 可见,以 民法典草 稿 对《绿色民法典草 》遵循了罗马法 不加 分地 客服 设 的经营 课加严格责任,梁慧星 持的草 稿只课加 运 针 旅客 身伤亡的严格责任,针 旅客的财产损失,只课加他 责任。 旅店 针 旅客的 李课加了严格责任。 明 持的草 稿在 运 责任的课加方式 与梁慧星 持的草 稿一 。 旅店 的 保责任,采 了推 的归责方式。 个草 稿的规 都 地背离了罗马法 ,在 的情形 消费 不 。

六、结论

客服设 经营 的 保责任 论在法史 中还是在法 中 都 作为 法问题处 的 子, 由 可证罗马 法的 在。

罗马的客服设 的经营 是 人,他 以法 的方式运作。经营 是法 的法 代表 , 手下的奴

[80] 参见中国民法典 法研究课题组:《中国民法典草 稿》,法 出 2003 , 232 。

[81] 参见中国民法典 法研究课题组:《中国民法典草 稿》,法 出 2003 , 270 。

[82] 参见 明 :《中国民法典草 稿及 明》,中国法制出 2004 , 206 。

[83] 参见 明 :《中国民法典草 稿及 明》,中国法制出 2004 , 212 。

[84] 参见徐国栋 :《绿色民法典草 》, 文献出 2004 , 633 。

[85] 参见徐国栋 :《绿色民法典草 》, 文献出 2004 , 626 。

隶由役。经营役形式内代,役,经营任。设计经营保制度暗示罗马企业代制度。

船舶经营保任而言,罗马船构,船舶经营代表,船机,由任。经营三任,而已任,设计经营保任三任观点,权。

罗马设计经营只保旅产安,保身安。里,由,奴隶作看,果随,死亡、,得到偿,死亡偿,罗马由。^[86]《本》了,保任扩到了旅身。

罗马设计经营保任观任而非任,言,只任,除非力受身作。严格任业化,它观任源业革^[87]了挑。观任抑强扶,它让强更任。

非,罗马设计经营准任,现代只课经营任,外,《马耳》保任准任。孰优孰劣?请看现代:任保障力度限,任更强保障,保护更广泛。^[88]任突破了性限制。

设计经营保任罗马代制度,到了现代散:保任旅店保任。罗马保任制度海,慢、安旅,随火车、汽车明普,逐步得了,船舶经营保任演水任。旅店保任得到了扩,展公业保任。现代,乘飞机旅得益普,旅舱道,^[89]似乎见到飞机经营旅保任果,需强。进而言,乘宇航进星旅,旅空里由宇航经营旅安任,雨绸缪。设计经营保任代扩经营安任,点从船舶、旅舍扩展到剧、银、餐经营。展。

,保任旅游助制度联

客服务设施经营还需进一步证明求得。制怎么处客服务设施经营保责任?首先决基本思路。述已证明,经验挂漏万,采继受路子省思维、省麻烦,把前经验训尽。决细节。基长,客服务设施经营保责任,处运送住宿,宜再把旅店保责任寄托,另外课经营严格责任,改变现运针旅客财产只课责任做,经营交保管旅客李只担限责任制度,消严格责任经营严苛性。

The Security Guaranty Liability of Customer Service Facility Operators in Roman Law and Its Reception and Development in Modern Law

Xu Guodong

Abstract: In ancient Rome, the customer service facilities include ship, hotel, stable. In the 2nd century BC, one praetor issued an edictum, and awarded passenger action against operator of the facilities when the property that they hand over to above – said operator for custody was stolen, making them to assume a strict liability, qualifying their actions as quasi delictum. Then, the jurists expanded constantly the scope of application so as to reach a more perfect protection to the property of passengers. Modern countries received this system or in the civil code or in the commercial code, and further expanded its scope of application so that it covers the personal safety of the passengers. But in most countries, the customer service facility operator's responsibility is viewed as a contract liability, dealing with it in the frame of emergency deposit, and setting the upper limit of liability of operators. China made legislation about the liability of safety of personal and property of customer service facility operator in experience way, and in fragmental way, so they have many loopholes, furthermore they only made the above – said operator assume a fault liability, resulting in an insufficient strength for protection of passengers. Meanwhile a legislation in way of reception may inherit the experience of pioneers and go less detours. Therefore, the future civil code of China should use the reception legislation pattern, making the operator assume a strict liability.

Keywords: liability of receptum; customer service facility operator; strict liability; contract liability; quasi delictum liability

(: 丁洁琳)

罪之 的 定

姜 涛*

：“数额 + 节”量刑标准虽 传统 “计赃量刑” 进步,但 解
决贪污受贿犯罪 量刑标准 困境。突破 困境 教 路径 : 足 报应和预防
二 刑罚目 观,认真 待“原点报应 + 罪刑阶梯” 量刑标准, ,原点报应 预防犯罪 目
标 刑罚量, 架 罪、责、刑 阶梯, 根 数额 节 预防刑进行 考虑,
免 惩罚报应 刑罚 剩 。 罪刑阶梯 架 , 重 罚金 财产刑 量刑
。 原点报应 犯罪预防和 财产刑架 罪刑阶梯,应 贪污贿赂犯罪 刑 内
标准。

:贪污受贿犯罪 量刑标准 原点报应 罪刑阶梯 计赃量刑 刑罚 剩

一直以来, 罪的问题 。为 正 罪“ 论罪”之
过于 的 陷,^[1]《中 人 民 和 国 法 正 ()》(以下 称“《 法 正 ()》”)
罪 “ + ”的定罪 式, 提高 罪 罪与 的 。与
同时,最高人民法院、最高人民 院 2016 4 18 颁布的《关于 理 法
问题的解释》(以下 称《解释》) “ + ” 等 以 , 3万、20万和300万
分 规定为 大、 大和 大的 ,加大 的 。同时,
在定罪与 中的规范意义。面 这种 ,理论 面 的问题是:《 法 正 ()》 规定的
“ + ” 是 是 困境的一 方?这一全 的 是 也存在 实困境?如
有的 ,我 以何种理论 为司法解释 这一困境提 理论解释? 不是 法、
司法解释有关 的正, 是 法、司法解释上的最 , 法教义学上
出不同于以 理论的解 方 :重 “ + ”二 的论在 罪
中的 意义, 一种“以原 实 罪 ,以 架 罪 阶梯”的全
,以 “ + ” 的不 。

* 南 师范大学法学院教 ,法学 。 系“ 苏高 势学科 ”(PAPP)和 苏高 区 法 发 同
中 “法 中国 与区 法 发 研究”(编 :JCLL14002)的 编 , 国家 科 重 “
义法 研究”(14AZD144)、司法部 “ 法解释的 原理研究”(14SFB4005)和中国法学 “ 法
正的理论 型与实践研 研究”[CLS(2015)C79]的 。

[1] 全国人大 2014 11 3 布的《关于〈中 人 民 和 国 法 正 ()〉(草)的说 》出:“ 法
罪的定罪 规定 体 。这样规定是1988 全国人大 时 罪的实 要和
司法 关的要 出的。实践的 ,规定 虽然 体,但 类 罪 大, 复 , , 以
全面 体个罪的 危 。同时, 规定过死,有时 以 的不同 罪 相 , 不 ……”

一、“+情”复型标准的体系性困境

“+情”标准虽然随着“计赃论”的进步,并解决贪污受贿罪标准的体系性困境,存在力不足问题。

贪污贿赂罪产生犯罪,尽管以犯罪体现出,犯的是国家公职的廉洁性。随着贪污受贿、的逐步,阶梯设存在问题:1997《法》的法,5万以10万以,需在5-10幅度内,基本1万1徒;10万以需在10以幅度内,法递的标准是几万、百万、千万,贪污、受贿万、百万、千万在并实质性,轻罪、罪轻现象迭出,以出现了“宽严皆失”的格局,失公。是“中论”法决的。

为改“计赃论”的弊端,《法(九)》在贪污贿赂犯罪中注“情”的因素,即把情并,在“贪污较他较情的”、“贪污巨他严情的”、“贪污特巨他特严情的”、“特巨,并使国家利益遭受特失的”情形,逐步,从而改了单纯“计赃论”的做法,突出了之外他情在罪中的作,以法方构了一种新的“+情”的罪。赵秉志指出,《法(九)》了贪污受贿犯罪的罪标准,原了较情较、巨情严、特巨情特严三种情况,并设的幅度,可以说是确了真意义的“+情”的复罪标准,更符合贪污贿赂犯罪的实危情况及治的需。〔2〕可见,界法矛的“+情”表示可。

实,只是的,早的法实是如。如,国家食品药品监督管理局原局长筱萸受贿694万处死,永康受贿1.29亿处徒,说明了情的值。中,筱萸受贿694万,处死的原因在受贿特巨、情特严危性。一法决指出:“筱萸身为国家药监管的,本真使国家予的力,为保障国计生系的药的使安生产经营秩序,尽,廉洁从,国的益顾,为企业在获得可药进,注、批方面谋益,妻、收受受贿,严地了国作的廉洁性,严地破坏了国药监管的常作秩序,危群众的生、健康安,造了恶劣的影响。筱萸受贿特巨,犯罪情特严,危性。坦白受贿实、受贿钱款已退缴情,足以从轻处,依法严。”〔3〕

说,一标准1979《法》、1997《法》贪污受贿犯罪的标准。1979《法》155:“国作的便,贪污公的,处五以徒拘役;巨、情严的,处五以徒;情特严的,处徒死。犯款罪的,并处收产,退。受国机、企业、业单位、团体从公的犯一款罪的,依照款的处。”在一中,法情较的,情

〔2〕 参见赵秉志:《贪污受贿犯罪罪标准问题研究》,载《中国法》2015 1, 30。

〔3〕 市中一初字(2007)一中初字1599号决。

严重与巨大,是5年以上15年以下有期徒刑适用的条件;而“情特别严重”是法定升格为无期徒刑或者死刑的必要条件。1979年《刑法》第185条有关受贿罪的规定也不及情严重、情特别严重,^[4]只是“致使国家或者公民利益遭受严重损失的”作为法定升格为5年以上有期徒刑的条件。可见,在1979年《刑法》的规定之中,情严重、情特别严重是法定升格的必要条件。在1997年《刑法》第383条的规定中,^[5]“情较重”具有罪的意义,当没有达到5000元标准,但情较重的,仍然可以定贪污罪,尽管在司法实践中这类情况至为罕见。而“情严重”、“情特别严重”则是加重情况:一是个人贪污在5000元以上不满5万的,具有情严重的情形,处7年以上十年以下有期徒刑;二是个人贪污在5万元以上不满10万的,具有情特别严重的情形,处无期徒刑,没收财产;三是个人贪污在10万以上的,具有情特别严重情形,处死刑,没收财产。1997年《刑法》存在的问题是:5000元、5万、10万存在机械化问题,这里的数额规定,与社会经济发展的状况脱钩,属于法不正义,因此才有了《刑法修正案(九)》的修改。但是,在《刑法修正案(九)》犯罪与犯罪情节并存或二择一的标准体系中,也存在如下问题:

其一,这种情节如何确定,是一个司法不能承受之重。立法中作为情节的“情严重”、“情特别严重”,如果没有相应司法解释或司法判例以明确,则是一种缺范型的不明确规定,立法的这种“粗暴”,会使情节成为一个口袋,无所不包,从而引来司法恣意。即使司法解释对此作出规定,也有以司法权僭越立法权之嫌,司法机关会以自便利性的考量而作出有利于司法操作的解释论。不难看出,《刑法修正案(九)》有关“情”的规定具有三重意义:一是情较重的,在没有达到较大标准的,可以按照贪污受贿罪定罪,即以情较重的存在抵消要求,较大与情较重两者在罪问题上属于二选一的选项;二是情严重、情特别严重作为法定升格的原因,即在较大情况下情严重的、在巨大的情况下情特别严重的,上升一格法定判刑,这里的“情严重”、“情特别严重”,都是致重判的因;三是情较重、情严重、情特别严重的,在一格次的法定刑内部,也会致重判,比如,具有多个情严重情形的,本应判刑3年有期徒刑,但可能会判5年有期徒刑。可见,如何评判情节对量刑的影响,会导致司法操作的五花八门,甚至是司法恣意。

其二,“+情”模式也不具有延展性。尽管情节的加对改变一“赃论”具有突破意义,但在没有情节的情况下,如何架罪阶梯仍然是一个问题,这不是“+情”模式所能包含的。就此而言,在贪污受贿犯罪中“情较重”、“情严重”、“情特别严重”的考量,只是从一种意义上解决了部分犯罪的量刑问题,不能对所有的贪污受贿犯罪都具有适用效力,因此,在方法论上存在疑问。比如,在数额较大,但犯罪情节特别严重的情况,必要被判十年以上有期徒刑或无期徒刑,这就无法与渎职罪法定最高刑为七年有期徒刑之间

[4] 1979年《刑法》第185条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,收受贿赂的,五年以下有期徒刑或者拘役。赃物、赃款没收,公款、公物退还。犯前款罪,致使国家或者公民利益遭受严重损失的,五年以上有期徒刑。”

[5] 1997年《刑法》第383条规定:“对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:(一)个人贪污在十万以上的,

候,应当 罪的事实、 罪的 、 和对于社会的危 度, 法的有关规定判处。”就此言,《 法 正案()》有关 重、 重和 别 重的规定 能 于 意规定,并不是法律拟 。问题是:对于 罪次 这些最能体 行为主 的 ,目前 “ 累计”的方式 行 价,这种处理方法对 入罪边 的 具有意义,可以 免 罪并 来的不 重复等问题,但也把 累计之后没有 入罪边 的行为一并排除在 罪之 ,这就不 合 治理 的 事政 的要 。

其 , 来 的不可 解的 。将 罪的 和 合,以二选一的 式 为定罪 ,可能 来如下 : (1)如 大与 重并存、 大与 重并存、 别 大与 别 重并存,这就出 与 之间的 合,法 如何 ,这是一个难以 和的 。也因此,有学者以 罪为例建议:“ 大与 重合、 大与 重合、 别 大与 别 重合的,在 以上加重二分之一 ,但不 超过拘役或者有期徒刑 最高 期的 ,法定 为无期徒 的,处无期徒 ,并处没收 。 别 大,并 国家和人民利 别重大 的,处无期徒 或者死 ,并处没收 。”〔8〕(2)将 罪的 和 合、并列 为定罪 的 ,在 定 下可能 致 “ 重”的一身二用, 重 是入罪的 , 是 的 ,这就存在重复 价的问题。比如,在 没有 大 ,但 别 重的, 要在10年以上 ,因为 别 重包 重的 ,则这种 的存在就不仅是入罪的 , 是法定 高的 ,等于一 被 两次皮,存在 的重复 价问题。(3) 没有 大 ,但 别 重的, 要在10年以上 ,也可能出 与 用职权等 职 罪之法定 的不 问题,鉴于前 论 ,在此不 。

域 国家对 • 罪 “立法定 +司法定 ” 式, 立法上以行为为 定罪,司法上以可 的违法 定罪。这和我国 法“立法概括定 ,司法具体定 ” 式是 同 的。司法如何定 ,以 罪 架设罪 阶梯,以 法定 ,这是一种 见的á 法。〔9〕 是 罪涉及 罪 、 罪 、 ,其 的设 比一”

恶报恶，度 刑罚 现 目 ,报 犯罪 谴责； 刑
派 ， 派 责 ,把刑罚 预防犯罪 砝码， 预防犯罪， 采取
包括 安处 刑罚 各 手段,预防 着 策 虑。 刑 古 派 刑
派握手言 ,综 各 , 刑罚 报 基础， 顾预防 。
,刑罚目 刑罚 须符 现 责 畴。 刑罚
, : 报 情感 , 镇 持 愤
害 报复情绪 ; 恐吓 生 预防 ; 矫 犯罪 并防止
再犯罪 。 乃 报 现, 、 归纳 预防 畴, , 预
防乃 报 附 ,并 单 。长 , 把刑罚 报 识 态
刑 签, , 谈预防, 回避报 。长 , 刑 把刑罚目
预防 , 张刑罚目 犯罪预防,并 预防 预防。^[10] 预防 ,报
痕迹 预防取 ,把 预防置 预防并列 置。笔 , 取
着 , 把犯罪 预防犯罪 工 , 且 预防目 置换
治安 势、维 稳 采取 刑 ,导 罪刑结构 失衡现象。
积 预防 阶段预防 , 刑罚目 , 避免
预防带 弊病,并逐步 。 , 阶段预防 张 阶段 预
防 , 阶段 预防 预防并 , 阶段 预防 。^[11] 积 预防
举 棍棒 胁, 醒 且 服 还 违 选择
, 张 众 信仰 现刑罚目 : , 虑 犯罪
刑罚 慑 犯罪 , 预防; , 并 想 慑潜 犯罪
, 增 他 众 忠诚 预防犯罪, 积 。 , 慑(deeternee)
进 预防。 慑

识， 众报 感 弱 。 前 础， 采取积
预防 ， 带 水土 服 。
笔 ， 刑罰目 追 ， 共识， 共识并 汇
聚， “ 复 ”， 治抉择 众 ， 报 着 众朴素 刑罰
， 报 增 众 信仰， 预防 着 惩治犯罪 功 量，
治抉择 畴。 ， 报 预防并 元 刑罰目 该 选择。 报 着
量刑 ， 罪刑阶梯 ， 预防包 预防 报 预防
措 （ 剥夺 治 ）， 虑 处遇措 。 张
步 ：
，

作 预防犯罪 性,又 而 。 , 作 限制功
 , 确反映了 求受制 性 性”[17]。
 三, 满足惩 需 。作 ,刑罚 遍 犯罪,
 还 需 足 犯罪 特殊情况, , 犯罪
 十 ,近 500 罪名, 犯 犯 , 刑罚 。 ,
 犯 税罪, 采 了“ 、 刑 ” 元化犯罪 , 预防置
 置。而 故 杀、盗窃 犯, 置 预防更 置。 内
 虐、 育 女而伤、反 暴力杀 犯罪,预防 优 而 基本
 选择。众 , 犯罪 注 , 犯罪 ,从严 惩 刑
 策 基本选择。 众 注 贪污 犯罪 惩罚 般 读 犯罪 产犯罪,
 够做到“ 、 ” 协 性, , 掏鸟窝 生 , 众 ,掏 鸟窝
 刑十 , 贪污 贪污受贿 千万, 十 徒刑,刑 还 公 吗?
 而 , 张 预防 元化刑罚 观, 代表刑罚 遣 性, 由 任 决 , 制约预
 防, 避 打 预防 旗号作 公 刑 决,确保罪 刑 得 。
 ,刑罚 果 预防 值, 刑罚遣 临 性疑 。
 四,符 犯罪 生 。刑罚 ,而 需 般
 众, 而 , 考虑特殊预防 ,而 而 , 考虑 , 般
 众 , 公 , 协 性 现 。 观点
 寻求 佳 衡点, 现 刑公 突破口。公 较 , 刑 轻刑
 什么 , 刑固 考虑道、预防 需 , 公 , 什么刑罚,只 够做
 到 , 宽 宽, 严 严, 考虑 道 预防, 果做 到公 , 选择性情
 节 选择性 象 谓 官 由裁 断 现貌 、 滥 风险。
 ,贪污受贿犯罪 刑标准 需 预防 寻求 衡点, 衡点
 般预防 , 阶 预防 、 执 阶 舍,更 预防
 般预防 特殊预防 简 ,而 代表 公 预防代表 功 互、互
 协作, 决 罪 刑 性。 , 罪刑阶梯架 决
 刑公 ,而预防 点 决 刑罚 现 。

三、 点 + 罪刑阶梯:贪污受贿犯罪 刑标准 选择

点 现犯罪预防 刑罚 , 产刑架 罪刑阶梯, 满足 众 需 , 本
 文 贪污受贿犯罪 刑标准 。

(一)以原点报应实现犯罪预防的刑罚目的

刑 现刑罚 活动, 顾 预防 活动。 犯罪 只
 作 ,而 作 属 犯,从犯罪预防 , 作
 , 续 贪污受贿犯罪, 而喻 , , 官 犯罪 刑 般
 预防 。 , 程 刑罚 犯罪 威慑力。

[17] 邱兴隆:《穿 功 ——刑罚“ ” 》,载《现代 》2000 6 , 30 。

罪的最高法定刑为 10 年有期徒刑,具体体现在第 332 条第 2 款的规定,即“法官或仲裁人,就其已经实施或者将要实施的,因而违法或者将要违反其职务义务的法官性质行为,作为 ,为自己或者第三者要求、约定或者收受利益的,处 1 年以上 10 年以下自由刑。情节较轻的,处 6 个月以上 5 年以下自由刑”。《 国法典》的法定刑也是不超过 10 年的监禁,或者罚金,或者两者并处。^[20]

原点 应即意味 对某种性质的犯罪判处何种刑罚或多长时间,就可以达到一般预防的效果。同时,原点 应主要是立足于一般预防与特殊预防,强调刑罚目的对 刑的制约意义。以许霆案为例,这是一个千年不遇的案件,同时,如果银行今后加强自我管理的 ,则不会出现自动 款机吐钱现象,对其判处刑罚对实现一般预防并无意义。就特殊预防而言,如果司法机关对许霆加强教育,则许霆并不会再以 试法。就 而言,对于许霆“盗窃”自动 款机的行为,并无以刑罚处罚的必要性,其原点 应为零。^[21] 再 如,在我国目 死刑文化中,一般民众“杀人偿 ”的观念根深蒂固, 故意杀人罪属于剥夺 人生的行为,就目 来看,死刑基本上与故意杀人行为的原点 应要求相符合,非具有从轻或减轻处罚情节,对于故意杀人的被 人来说,判处死刑并不存在合法性危机。

原点 应是借助于主刑并立足于 任主义原则来实现的。根据 任主义原则的要求,刑罚既然是作为有 的违法行为的抵偿,就必 保 任内容、 任程度与刑种、刑度的适当的 例或者 衡关系。 非基于预防的需要,国家不得基于任何功利主义的考虑,超越 任程度所容许的刑罚上限,适用与罪行及其罪 不成 例的刑罚。^[22] 因 ,原点 应有利于避 刑罚过剩。刑罚过剩意味 法官对被 人判处的刑罚对实现预防犯罪的目的并无 值,而是 纯把这种过剩的刑罚用来满足 应犯罪的需要。刑罚过剩现象,这是一个 应主义所主张,但为预防主义所 的概念。

或(谋杀)改以轻罪为换。^[24] 19世纪,法官在刑事罪中。是一罪的大,罪之逐为的(sentence bargaining),以罪换轻的。在法官、检察官的同意下,罪突破原酒类法及谋杀的狭窄,逐所犯罪。以萨塞密萨郡(Middlesex County)为,19世纪末,87%系的罪。国法席大法官 Burger 说,如罪的减10%,则法加倍以的及以。^[25] 一避剩象。

原是实一预防所。在预防的中,体个罪法与原的可,种合一预防预防的。贪污贿赂犯罪来说,如剥夺权的,种犯罪实的不,因预防来说,剥夺权可。为一个国家?原因在一预防所的原问题,种原是实一预防的。不一预防的,一预防是原的,是我不为实一预防来剩问题。原的与的不同,原是物。

长以来,我种为,因贪污贿赂犯罪存在选择法、选择法问题,抓住的腐败分“大中的小部分”,因,以慑罪犯,以步。笔者为,种是的。抓住的小部分为实慑大的砝码,法的精神,是的,不是,不可以为实种的。我国法一贪污贿赂犯罪义,贪污腐败犯罪不降,不几的的是存在大陷的,以贪污贿赂罪的不合。一预防意义的是的几,不是的,的,来犯罪加隐蔽、侦查大问题,一步犯罪的义,来“腐”象。法犯的来自法的,种是为实犯罪的,犯罪预防实的在的剥夺,苛的来剩问题。

如种原的,是一个论题。篇幅所,笔者出一个初步的:贪污贿赂罪的原的,原则是15以下徒。可以说,是一个中的,西方国家原则不10徒的,我国贪污贿赂罪的法,所降低。之所以如,一方面,贪污贿赂犯罪虽是“顽疾”,是复杂问题的复杂象,一犯罪之所以在我国快速蔓,是低下所的,原因在贪污、贿赂犯罪的原因中占不可的地位,如以类犯罪,是一种的不义。一方面,我国轻缓的程一个深的程,策者的与民众的降低一个融通与的阶,原的降低10以下徒,以在策者一民众之

，局节，额刑，把禁死刑，刑罚刑罚度。犯罪刑罚阶梯架设额，藉刑罚功。双罪，额刑，鉴犯罪，节刑罚。角度，盗窃罪、诈骗罪犯罪刑，抢劫罪犯双犯罪，死刑，犯犯罪，并死刑。刑，犯罪刑15刑，惟额，犯罪刑刑，额，犯罪并处死刑死缓禁，节、犯罪处死刑死缓禁，节包、秩序、秩序破坏，杀、伤、危犯罪刑罚并。处死刑，刑罚乃死刑，滥，秩序、并犯罪危，涉、犯罪额节，刑罚15刑。罪增刑罚，刑罚，目惩罚，防犯罪，防。古刑、包。刑禁，刑罚，惩罚，刑罚目替死刑。刑罚，惩罚既，刑设置予。

(二)以财产刑架设罪刑阶梯

罪刑阶梯，刑，刑罚择。犯罪言，额刑度，自刑、刑刑罚，并架设罪刑阶梯，罪刑阶梯罚金、刑。^[26]刑犯罪罪刑阶梯，并刑，试。然，《刑修（）》10刑、刑、禁死刑(包括死缓、死缓减刑、死刑)刑罚，额犯罪刑。然，：，禁死缓减刑。禁罪犯，犯罪减刑、，死缓减刑惩罚度。禁死缓减刑、死缓把握，并，虑自首。自首。《刑》67：“犯罪自投自己罪，自首。自首犯罪，减处罚。犯罪，处罚，措犯罪刑罪犯，握罪，自首论。”《刑修（）》犯款罪，自己罪、诚罪、积退

[26] 扩 罚金刑 度， 察 2016 4 18 《 办 刑 》

赃、情形、从、三
情形，从”。从幅作了限，即果 3
，只从，
乱，恣图明显。三，即“+情”罪，只
决，即情较、情严情特严情况，赃罪弊矫，
述情情况，罪阶梯。
情突，择，
点确，剩罪阶梯架了，决纯预“基缺
陷”。尽管贪污贿赂罪纯产罪，观了，赃
去，而需新思罪阶梯架。笔，产作产，
现罪，它决点外罪阶梯架。观点：“
情限制由而扩到；产够
任，任 2 3 7 3 7

处 刑 死刑,并处 财。未 处的, 累计 数额处罚。”可见,《刑法修 ()》一改 1997 《刑法》漠 财 刑的法 刑模 , 犯罪采取 数额 的罚金刑。 数额 的罚金刑,在扩 财 刑的处罚 度 , 带来如 实 罪刑阶梯的问题, 且 带来法 的混 。为 避免 一 ,《 》 19 :“ 罪、 罪处 以 刑 拘役的, 并处十 元以 五十 元以 的罚金; 处 以 十 以 刑 的, 并处 十 元以 犯罪数额 以 的罚金 财 ; 处十 以 刑 刑的, 并处五十 元以 犯罪数额 以 的罚金 财 。 刑法 并处罚金 的 他 犯罪, 在十 元以 犯罪数额 以 处罚金。” 一 法官 如 财 刑及 度,是 的。是, 一 并 罪刑阶梯 如 实 , 在 法实 中往往是 法官在 低 的 度 自 裁量。如前所 ,在 刑的 在 实 原 报 的前提 ,罚金刑的功 在 防, 且 架设罪刑阶梯。 法 言,法官在罚金刑裁量 可以“ 低 ”,[28] 是 以罚金的数额 异架设罪刑阶梯, 罚金 刑再是一 “ 刑罚”:法官 处罚金之 , 体可以以犯罪数额为 础 虑罚金数额 犯罪数 额之 的 ,犯罪数额 的, 处 的罚金;犯罪数额 的, 处 的罚金, 罚金数额 犯罪数额之 的 ,实 “五 罪、五 责 五 罚”之 的 , 是 。然, 罚金 刑的 言,仍 虑 身 法 量刑 节, 罚金数额 一个 态的 。 , 财 的 来说,《刑法修 ()》 :一是 罚金 存在。 在 中是一 互斥 系。如《刑法修 ()》 :“ 数额 他 节的,处 以 十 以 刑,并处罚金 财 。” 来说,法官 须 真 是 择罚金 财 ,因 财 的 围 是 告 的财 ,是以 实的财 为 围的,罚金可以是违法犯 罪数额的 ,可 告 的财 , 处罚 度可 财 。 ,法官 择一 实 罪刑阶梯的财 刑, 是一 地 择罚金刑 财 。如, 告 80 , 《 》,法官如 择罚金的话, 在 20 160 的 围 择, 如 择 财 , 可 160 。 ,如 为 250 , 罚金的 围是 20 500 ,如 择 财 , 可 低 500 。如 择,法官并 可以 低 , 是 财 刑在罪刑阶 梯架设中的法治意义,以犯罪数额为 础 出 择。 是单 存在。《刑法修 ()》 : “数额 ,并 国 民 遭 损失的,处 刑 死刑,并处 财 。” ,法官 须 处 财 , 在 中 避免 在罪刑 阶梯架设中的 ,并 之 的 、 方 。 综 , 犯罪的量刑 该 财 刑,把以往 刑 担的罪刑阶梯、量刑 , 罚金、 财 财 刑 担, 一量刑 体 在 法 之中,是一 的 度 努 。 以财 刑数额 , 犯罪数额的计 方法, 是一个简单的数 计 问题。除 ,刑法 论 原 报 惩罚报 ,以原 报 的刑罚量, 为 犯罪法 刑设置的 参数,且 原 报 所 的刑罚量原 15 刑。 言, 法 度提 犯罪数额带来的刑 并 可怕, 真 原 报 在 实 犯罪 防 的积 , 我国刑罚 缓 程。 是,在提 刑 的数额 的

[28] 目前 法实 罪 然 处罚金, 低数额罚金刑的 普遍, 出 为 200 ,仍然 处 20 元罚金的 。 并 是一 的 , 是在《刑法修 ()》提 罪之量刑 , 法实 的 场。

同时,立法者不能遗忘财刑在架设罪刑阶梯中的积极意义。

、结

并不是批判《刑法修正案(九)》有关贪污受贿犯罪之量刑的修改,也并不是否定司法解释对“数额+情节”之量刑的,是立于“数额+情节”量刑之实困境,主张一种创新的、加合腐败要且兼顾困境突围的理论,对贪污受贿犯罪之量刑建构的在及规则模式等出合理定。以原报应实犯罪预防,以财刑架设罪刑阶梯,这是贪污受贿罪的量刑应该重视的。在刑罚轻缓的背景下,这种理论架构无具有突破的意义:“原报应+罪刑阶梯”之间的度合,不仅有利于避免刑罚过剩带来的改成太高、浪等问题,且以财刑架设罪刑阶梯,可以改变刑法理论以往对量刑正的评判,有利于破解量刑规范过程中的罪刑均衡难题。同时,把贪污受贿犯罪的法定刑原则上下为15年以下有期徒刑,也许会成为刑法分则个罪之刑罚结构的杆,真正启中国刑罚轻缓的变革程。

Redefining the Sentencing Standards of Corruption and Bribery

Jiang Tao

Abstract: Compared with the traditional sentencing standard “counting illicit money”, the sentencing standard “amount + circumstances” has improved a lot, but it still can't solve completely the systematic dilemma of the sentencing standards of corruption and bribery. The dogmatic path to break through the dilemma is to take the sentencing standard “origin of retribution + ladder of charges and punishment” seriously, established in the binary purposes of retribution and prevention. “Origin of retribution” means the amount of punishments to realize the purpose of prevention of crime and moderate consideration of preventive punishment based on amount and circumstance in case of surplus punishment brought by punishing for retribution, rather than establishing the ladder among crime, responsibility and punishment while establishing the ladder between charges and punishment needs to give priority to the meaning of fine and other property punishments to realize the justice of measurement of penalty. In so, it is the prevention of crime by origin of retribution and the ladder between charges and punishment by property punishment that becomes the inner standard of legal penalty of corruption and bribery.

Keywords: corruption and bribery; sentencing standard; origin of retribution; ladder between charges and punishment; counting illicit money; surplus punishment

(责任编辑:幸颜静)

一、美国审前听证程序公开的‘展历程

美国为保障公民的知情权,传统上对案件采取公开审判的方式,主要是在审判阶段允许公众参与旁听,但是对审前阶段案件信息是否公开没有明确规定。最初,对审前听证程序公开与否的探讨是在判断是否对陪审员有所影响的基础上进行的,包括对陪审员个人隐私的披露以及对陪审员公正审判的影响。如1976年的“内布拉斯加州新闻协会案”(Nebraska Press Ass'n v. Stuart)中,被告人被提起多项刑事指控,初审法院和二审法院均下达了限制令,要求推迟公布被告的供述、供认还有其他与该被告人有关的证据,直到陪审员选定为止,以防止陪审员受到审前案件信息的不当影响。^[5]直到1979年的“甘纳特公司诉德帕斯奎尔案”(Gannett v. DePasquale)(以下简称“甘纳特案”)中,才首次针对审前听证程序是否公开予以探讨,并初步提出公开与否的判断标准。

在美国,为何审前听证程序公开需要独立于庭审公开而单独论证?审前听证公开的制度障碍在于:第一,审前听证公开,导致被预审法官排除的、不能出现于庭审面前的证据公之于众,影响公正审判。第二,将案件信息由审判阶段公布提前到审前阶段,对案件程序的进行存在不利影响,如公布逮捕文书可能导致犯罪嫌疑人逃跑、诉讼程序进行等。既然审前听证公开会对案件程序推进、公正审判有所影响,为什么美国还要执着追求对其公开?一是公民知情权在美国具有强大的力量,在庭审阶段公开案件信息具有滞后性,因而对及时获取信息的期望推动审前听证公开。二是审前听证程序关会导致公民无法知晓程序的详细情况,无法对其进行监督,为维护公民对司法的信任,监督是必要的,公民对司法进行监督的权利促进了审前听证公开。即使审前听证程序对审判案件本身存在一定的合理性,但是却剥夺了美国民众的知情、监督的权利,而后者会对美国司法造成更大的不利。所以,美国在“甘纳特案”之后,开始逐步推动审前程序公开。

审前听证本身是审前程序公开的一种方式,因为听证是就某一事项听取特定当事人或者公众的意见。在国家刑事执法机关决定的事项上,存在向听证人公开的情况,这类似于我国的点对点公开。而审前听证程序公开,则是在对参与听证的人公开相关信息的基础上,再将听取意见的过程向社会公开,体现了民众对执法机关决定事项的民主监督,有利于促进执法机关谨慎行使权力、保护人权。

(一) 审前程序的公开

美国最高法院在1979年的“甘纳特案”中提出媒体是否有权进入司法审判各阶段的问题,第一次对审前会议是否应当公开进行回应。在本案中,被告人面临着二级谋杀的指控,他提出动议将媒体和公众从审前证据排除会议中驱逐出去。初审法官在预审中认为,如果公开该审前会议,将存在“合理的可能性”给被告人的权利带来损害。法官认定被告人接受公正审判的权利高于媒体和公众存在于审判公开中的利益。^[6]

最高法院在本案中认为审前会议中应当排除公众参与。第一,防止不可采的证据公之于众使陪审员受到干扰而影响公正审判;第二,审判是否公开属于被告人的个人权利,公众没有要求公开审判的相关权利,公众不能听审以及参与审前证据排除会议。

该案中,虽然最终决定不公开审前会议,但是法院的意见分歧很大,且提出审前会议并非一律禁止,而是在权衡之后作出决定,提出了不公开听证的标准。第一,多数意见认为如果“存在合理的可能性”表明进行

[5] Nebraska Press Ass'n v. Stuart, 427 U.S. 539, 542-43 (1976).

[6] Gannett v. DePasquale, 443 U.S. 368, 375 (1979).

前听证 告 损害, 官 。 ,鲍威尔(Powell) 官
告 证 “ 损害 ” 阻止 。 , 莱克曼(Blackmun)
官 见 想 批 , 告 证 “ ,
遭 难 弥补 损害”。 莱克曼 官 见 告 负担 ,他 “
该 宪 六修 前证 除 , 告 证 责 ,
允 ”。^[7]
段, 前听证程序 。 前听证程序 ,并设
, 尚 , 告 负担 轻 证 责 —— 损害“
” , 前程序 。

(二)审前听证程序公开的确立

“甘纳 ” ,1980 “ 报业 弗吉 ” (Richmond Newspaper, Inc. v. Virginia) , 向 莱克曼 官 “甘纳 ” 见靠拢, 告 证 “
, 遭 难 弥补 损害” 封闭预 听证程序, 前听证程序封闭
围。

该 , 宪 修 媒 众 (包 前听证程序)。
纵 刑 结 :“ 前 贯 , 验,
度 。 , 倒 ,刑 须 众
放。”^[8] 谨慎 宪 修 , “ 倒 ”
, 官 , 。 失
价 , “ 倒 ” 楚 , 官 裁量, 导 前听证程序
乎 ; 告 难证 前听证程序 倒 ,且 官 证 难证
倒 。

1982 “环球报业 级 ” (Globe Newspaper Co. v. Superior Court) ,
“ 报业 ” 众 宪 修 参 陪 资 程序
。 陪 资 程序 素—— 程序
运 价 。 ,陪 选取 。坚持该 害 众 , \$
选取 陪 前 己 负责, 治 修复 。 ,陪 选取
价 : 证 知 并 陪 选取 监督; 陪 选取 促 。“

刑 , (S)j /F40(m)6Ô TD (Ô)TjF4011 Tf 0 Tr 9.703504.009.703
陪 资 程序导 陪 隐私泄露 ,

听证程序的标准——“存在压倒一切的利益”进行了补充。在该案中,最高法院一致裁决 先审核陪审员的程序应向报界和公众公开, 体有权利进入,除非那些申请封闭这一程序的人能够证明:第一,存在压倒一切的利益且此利益会因公开程序而受到不利影响;第二,封闭程序仅限于必不可少地保障那一特定利益的范围;第三,考虑过合理替代封闭程序的办法;第四,初审法院作出足以支持封闭程序的调查结果。^[10] 因此,“报业公司 I 案”对判断审前听证程序不公开的“压倒一切的利益”标准进行了补充与限制,要求初审法院采用的不公开范围尽可能缩小。

这一阶段明确提出了审前程序应当公开的问题,且扩大了公开的范围,将 审程序的公开扩大到对陪审员资格审查程序的公开。美国联邦最高法院在权衡公正审判与言论自由上更倾向于保护公开的权利。

(三) 审前听证程序公开的发展

审前听证程序的发展趋势是公开的范畴扩大,不公开受到合理限制,封闭审前听证程序的标准也趋于具体。

在 1982 年至 1984 年之间,先后有 5 个巡回法院将公众的权利扩展至审前程序,包含 审听证、保释听证、陪审员资格审查听证以及审前羁 听证,被允许公开的审前听证程序种类增加。

1986 年的“报业公司 II 案”(Press - Enterprise Co. v. Superior Court of California, “Press - Enterprise II”)使 审听证公开是否可以有 体记者参加的问题摆到了桌面。1981 年 12 月 23 日,加利 尼亚州提起诉讼指控罗伯特·迪亚兹(Robert·Diaz)12 项 杀罪名并希望将其处以死刑。该诉讼称护士迪亚兹通过注射大量的名为“利多卡因”的心脏 醉 物导致 12 名患者死亡。该案的 审听证会于 1982 年 7 月 6 日开始进行,初审法院根据迪亚兹的要求封闭了 审审讯。 审听证会持续了 41 天。在 审听证会结束时,报业公司要求公开 审听证程序的记录,但法官拒绝了该请求并把该记录封存。报业公司抗议法院的封闭令并最终上诉至美国最高法院。最高法院以 7:2 的票数裁决默认推翻了最高法院在“甘纳特案”中作出的刑事 审审讯排除 介和公众在外的裁决,确定了公众和 介附条件享有参加 审听证的 法第一修正案权利。^[11]

在确定 法第一修正案是否赋予、什么情况下赋予公众旁听刑事审前听证的权利的问题上,最高法院第一次明确地采纳了从之前的案例中发展起来的标准:经 与逻辑。确定了公众的信息获取权应扩展到明显不是审判程序的审前听证程序。在“报业公司 II 案”判决后,各地方的下 法院的观点也有所改变,在“逻辑”标准的应用上,下 法院更加注意 审公开在功能上的作用,采取了功利主义的标准,即判断公开程序是否具备以下一种或几种对社会的好处:“第一,通过为公众提供对司法系统的更加完整的理解来进其对公共事物的广泛讨论;第二,提高公众对正义的领悟,而正义只能通过允许对程序全面的公开认识来获得;第三,提供一种重要的社区价值,作为社区的忧虑、敌意和激情的释放口;第四,通过将司法程序暴露于公开的 之下,是对 行为的制止方式;第五,对司法程序本身是否有改善;第六,能否有利于阻止伪证罪的发生。”^[12] 下 法院不仅通过判决的实践从正面驳斥 审听证不公开的理由不成立,还通过公开听证情况下 审功能的实现反面 证 审公开的正当性。

1993 年的“波多黎各报诉波多黎各案”(EL Vocero de Puerto Rico v. Puerto Rico)中,最高法院再次强调了 审听证公开的重要性,对“经 ”标准上的模 问题再次进行 清。最高法院在评估经 标准上,强调法院不是关注任何一个司法辖区的个别经 ,而是全美国同种类型或者性质的听证的经 ;审前程序对于

[10] Press - Enterprise Co. v. Superior Court, 464 U. S. 501, 509 (1984).

[11] Press - Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U. S. 1, 2 (1986).

[12] Press - Enterprise v. Riverside County Superior Court, 106 S. Ct. 27, 35 (1986).

近，，值修进。^[13]
，现，预听。

(四) 审前听证程序封闭的标准

“ I ” “压倒切益” 由，任而
操作。“ II ”确“”，封闭听程降低，
需而封闭程更操作。

生 1984 “沃勒佐”(Waller v. Georgia) “ I ” “ II ”
桥梁。佐 试图封闭预讯，便控 窃情
指控 指控。沃勒(Waller) 预听进。推，讯
得背 封闭，封闭预听程，程，
六修 延预讯，非封闭讯符“
I ” 检验。^[14] 张听。
张预听，，非“ I ”
任。

“ II ” “经验逻辑” 进程，封闭
程确“”。预：
，，替充。^[15] 官现偏
；，，而，而避
，， 4 预讯
，3 作造偏，么 3 封闭讯。^[16] 确“”
程“ I ”确“压倒切益”进，，
封闭听程。
纵刑程现，现，

与大 审团预审 证的人必须宣誓 密”。^[18] 虽然大 审团的 遭 与 击,但是其 仍 然 , 于 对不 的范畴。

除大 审团 证程序之 ,其他的审前 证程序原则上 ,在一定程度上 。

(一)案件性质的限制

案件的 定 证 。如涉及未成年人、个人隐私、 共利 等的案件,这些案件是否 要 虑 多的因素,也对法官的自 裁量权施加 多的 。

第一,未成年人案件并 必然 , 是 法官 案件的 裁量是否 之于众。1982年,德岛州最高法院认为未成年人的利 通 体 在案件的匿 和 密 上,法官可以 刑事案件都应 审判的 念。但近年来,在美国针对未成年人案件,各地 和 推定规则 不再适用, 始 推行 少年犯罪案件的 审判。在 邦法院体系,第一 回法院在1995年裁定《未成年人犯罪法》中将未成年犯罪嫌 人 邦成年人刑事审判系统中移出,不能被认定为是对少年法庭的 关 ;国会并未打算通过否认法官的自 裁量权来 定 放或关 他们的法庭。 ,2006年,爱荷华州北部地区的 邦法官在审理一个 少年因负责分配海洛因致死案件中,权衡避免少年 、取有关“敏感问题”证 的要、众的知 权与程序参与权 者的关系,最终 案卷向 众 , 此时对该少年的 证会 结束。与20 纪80年 以来许多上诉法院处理未成年人参与法庭问题的方法类似:为 司法自 裁量权或是 假设的立法 ,法院通过衡平测验以权衡程序中 共利 与不 审判中未成年人的利 。^[19] 法官通过权衡 利 和未成年人利 来 定是否 , 对未成年人刑事案件并未预先规定 证程序,意 着未成年人案件预审 证程序也有 会 。一 下,未成年人刑事案件预审 证也 于 的范畴,当存在 利 时方可 庭, 是否存在 利 应当 法官自 裁量并说 理 。

第二,涉及个人隐私案件可以不 或者采用部分 的方式。在一起 案中,不 18 的被害人 意 站出来 证,主审法官在被害人 证时将媒体和 众排除于法庭之 。鼓励 犯罪中的未成年被害人向法庭提供 材 是美国 邦政府所维 的利 ,但最高法院认为,没有 何证 庭会增 该利 ,且不能为 政府的利 个程序。至于 犯罪中未成年被害人远离 多的精神创伤和 ,最高法院则认为这是一个不 不遵 的利 ,但是, 为 该利 ,也允许 审法官“以 个案为 础来 定 庭对于 未成年 害人的福利是否必要”。这 “ 未成年人的福利” 未成年人的个人隐私等利 ,避免对未成年人的第二次伤害。最高法院 :为 维 犯罪中被害人的个人隐私 采取 庭的方式,但是也应当个案审查 庭的必要 。^[20]

涉及个人隐私的案件并 所有的事实都 于隐私。涉及个人隐私的案件应当区分为 个案件事实和 部分案件事实涉及个人隐私。对于前者,应当对 个案件预审程序 行 ;对于后者,应当坚持必要 原则,对涉及个人隐私部分 预审程序,其他 下应当 。 是 案件,也可以在隐 被害人信息 下对案 适当 。当然在涉及未成年人 侵案中,如 会导致对未成年人成长 成很大 不利,且 采取隐 被害人信息的 法也不能 被害人的效 ,则 个案件都 于不 范畴。

第 ,涉及 共利 的案件应当认为其存在“压倒一 的利 ” 定不 审前 证程序。当审前 证 会对 共利 、人身 全有所侵害时,应当 程序。在1993年的“人民诉 斯和皮尔

[18] Ronakld Jay Allen et al., *Comprehensive Criminal Procedure* 946 (1st ed., Citic Publishing House 2003).

[19] Kathleen Culminant, *Juvenile Justice and Openness*, 33 (3) *The News Media & The Law* 4 (2009).

[20] 同 16 书,第166页。

”(People v. Martinez & Pearson) , 控 证 担 作 卧 毒品经 身份
, 愤 ,威 安 , 支持;[21] 1995 “ 苏 州
尔斯 ”(State v. Bowles) , 由担 告 犯罪团伙 他 情 告
报 , 命令 名 密。[22] , 涉 证 、 、 害 身安危
, 生命 益 采取 庭措 ; 涉 密、 共 益,
“压倒 切 益”

， 侦查、 措施， 预阶， [26]

(三) 公开方式的限制

收 ；

《 媒 》杂 (Terry Nichols)

墨菲 (Robert Murphy) 媒 城 宣 ，

墨菲 宪 障， “ 障 宪 ” [27] ， 《 媒 》 2002 ， 罕 访 塔 洛奇(Tulloch) 帕 (Parker) 谋杀 密 (Peter Smith)

访 塔 洛奇 ， 媒 访塔 洛奇 [28]

访 ？ 媒 密 信 ，媒 媒 访 ， 媒 ，媒 障 ， 众 信 隐 ， 暴露 信 ， ，

抑 。

(一) 审前听证程序公开的个案判断

。初 措 ，

查 。

[26] Derek D. Green, *Is the "Most Extraordinary Remedy" Becoming More Common?* 34 (4) *The News Media & The Law* 26 (2010).

[27] RPF, *Controversies Continue Over Camera Access to Courts*, 24 (3) *The News Media & The Law* 19 (2000).

[28] Kevin Capp, *Journalists Efforts to Roll Cameras into Courtrooms Get Mixed Results*, 26 (2) *The News Media & The Law* 19 (2002).

官 查 ， 场， 封闭听 查,检验
替 措 ， 衡 础 。 封闭听 ， 增
闭 ； ， 程 记录副 。 “甘
” ， 罪 随 扣押听 记录副 ， ，“
闭 ， 透露 ， 句 众宣 ，
众 信 太久”。^[29] ， 封闭听 程 延 披露 密。

(二) 审前听证中是否可发布媒体缄口令

听 逐步 ， 媒 采 缄口 ， 预
程 ， 听 十 混乱。
1994 “哥 播 戴”(CBS v. Davis) ，南 初 拥 肉
装厂私密录音 细节,哥 播 ， 哥
播 。 ， 莱 曼(Blackmun) 官 裁
， 禁 “ 播 延 闻媒 忍 伤 ”，
精神 背。^[30]
2003 “ 五 ”(Associated Press v. District Court for the Fifth
Judicial District of Colorado) ， 著 “ ” 听 笔录
。 蒂芬· 雷耶(Stephen Breyer, Blackmun 官 3) 3 官 T J 3 申 ， T
听 笔录 ——披露听 笔录 “迫 眉睫 ”， 媒 披露信息 ，
÷ 澄 避 。^[31] 1986 “ 业 II ” “
” 程

美，言 给予任 先 查， 外， 做 果 到联邦 ， 现什么 结果， 观察。

(三) 申请者对听证不公开 定的

决 公开 前程序 ， 给予 请公开 表达 见 机。“ 纳特 ” ， 留 证程序 前， 报业 得到了 受 证 机 ， 威尔 官 “公众 作 庭动 反 见， 机 了”。^[34] 级 越“ 纳特 ” 程序性 求， 媒 公众 信息获 知 享 益，即使 庭动 作 场， 证 庭动 前， 须 该动 详尽 记入备 ， 从而 益 公众 供介入并向 庭 己观点 机 。

作 前 证程序 公开 决 前， 给予公众、媒 证 机 ，只 害 机 己 见 ， 决 才 得到 。 证机 须设置得 麻烦：首先， 需 采取证据调查 证 形 ，只需 取 见即 ； ，该机 须围绕 造 延 、持久 ； ， 前 知公众 某 既 点考虑 项 庭命令， 果公众 反 ， 庭 让他 陈述 反 见。

， 求

四、美 前 证程序 鉴

狭 前程序包含侦查、采取强制措 、 程序， 前 证程序 美 前 证程序 前 证 般由检察机 展开。

见 美 前 证程序较 ， 前 证 由 治安 官参 ，基本 采取公开 进 。 取 前程序 作 犯罪嫌疑 身、财产 影响 决 基本 采取 化 批 ， 单 性 性， 公众参 机 进 监督。 ， 改革 开始 现 前 证，而 见且 程序 公开 势。目前，检察机 已经 现 证程序 四 形 ： 证、押 性 查 证、刑 证 证^[35]。 引 新 程序， 属 广 前程序， 证属 围， 本文讨 列， ，检察机 刑 前 证程序 三 ： 证。2001 3 《 检察 办 公开 查 （试

《

进

是羁押听证。2016 1 13 民检察颁 的《民检察办 羁押 ()》在 的 听证的 , 是在 13 “民检察 羁押 , 以采取以 ”的中 “他 ”, 中 采 的“批捕听证” “羁押 听证”^[36] 予以 。

是刑申听证。2012 民检察颁 《民检察刑申 程序 》,该 民检察刑申 的听证度 体 , 包括 听证、 证、 论证 复 。 听证 一 前听证 。

刑 中,民法举 的前听证法 一 。^[37] 2012 我国在修改《刑 法》 ,在法 程序之前增 庭前 度,^[38] 广义的、法 的前听证程序。

是 中出 法举办的再申听证。刑 再申听证是在法 是 再之前, 听取意见,在 础 是 再。因再 程序的 、 , 的 ,所以 是 再的申 听证 广义的 前听证。2015 4 28 山东省 级民法召 聂树斌的再申听证。^[39] 聂树斌的听证是 山东省 级民法召 , 持 山东省 级民法负责 的 庭担 ;听证 15 , 专 、 国 、 国 、民法监督、妇女 层群众 组 ,听证 再。山东省 级民法听取意见 出 并报 民法 核。 民法 , 意山东省 级民法的复 意见, 以 量刑的证 、充 ,并 2016 6 6 聂树斌 提 。

我国 段 检察 听证,是法举 的庭前 逐渐增 。在我国刑 中 听证饱 之处在 听证 随意 , 美国预 听证 在 异。美国的预 听证是法 程序,一 选 ,法 须 , 是 听证 。我国听证随意 ,一 , 法 、 听证 预 。因在 我国 段的法 法 法 听证 的 ,尚未 听证的 体 、听证的程序 ,导 听证法 。一 ,法 自裁量 听证 ,听证是法 听取意见的 , 在 听取意见,法 的掌 。 听证 须 法 先 的 的 ,笔 。因在 先 听证程序 , 中 程序的复杂 导 法 然 法 俱 , 然 法 挥 。

体 察我国 前程序听证的 状,在以 :

- 一,法 、检察 启 前听证程序,然检察 在前听证中 挥 。
- 二,在 程序 在问题。 以 ,某一 的 围、 。
- 三,听证程序并 的 。 听证程序 庭前 , 是 程序,并

[36] 各地的 ,参见 一 :《检 》,中国检察出 2015 , 155-157 。

[37] 减刑、假 程序, “听证”一 ,我国《刑 法》 程序的一 。我国《刑 法》 263 :“ 民检察 民法 减刑、假 的裁 , 在收 裁 十 以 ,向 民法 提出 纠 意见。 民法 在收 纠 意见 一 以 组 庭 , 出 终裁。” 且 并 前听证,所以 在 论之列。

[38] 我国《刑 法》 182 :“在 庭以前, 以召 、 、 , 回避、出庭证 单、 法证 除 的问题, ,听取意见。”

[39] 听证 体 ,参见:《聂树斌 听证 》, 凤凰资讯:<http://news.ifeng.com/society/special/nsbatzh/>,2016 6 20 访问。

的 造 实 ， 是 法 的再 听证、检察机 的不 听证、羁押、 查听证 刑 申 听证，系 民的基 ， 规 为 的 。

我国基 由检察机 替法 法 查 的前听证，是检察机 召 的前听证 数量 ， 前听证并未纳入检察机 的 工作机 ，听证 未 检察机 的 实 。

因 ，可以 鉴美国 前听证的经验， 善我国的听证程序。

(一)增加听证的法定种类

由美国的 前听证的 可以看出，随着 的 ，听证的法 种类越来越 ， 的范 围越来越大， 贯穿 前、 程序；且 前程序， 预 听证拓 包 听 证、陪 资 选任听证以及 前羁押听证 程序。

狭义 的听证 的 ， 向参与听证的 ，以及向 邀 的 。听证 身是 的一种方式，在 、检 的背景中， 大拓法 听证的范畴， 听证 为 态 的方式。现阶段我国刑 域首先 善听证的法 种类。

一， 实 中的听证类型法 。 现 的几种实 中的听证类型，如不 听证、变更 措 听证、批捕听证、再 申 听证 ，可以吸取实 中的经验， 几种听证类型通 法 进 规 ，且 规 得更为 体，更 可操作 ， 而实现听证 度的 法 、态 ， 法机 听证 的法 。

， 我国 民监督 度与听证 结合，更好地实现 民监督 的监督 。2015 民法 民检察 颁 的《深 民监督 度改革方 》中规 民监督 的11项监督 项，^[40] 现阶段检察机 中的 项监督 允 进 听证， 羁押、 查与拟不 ，虽然 法的 度，是 检察机 仍 束 。 他的监督 项， 涉及 大 益 ， 进 听证。

我国 法规 ， 涉及 民的大 益——一 为 身或财产 益，^[41] 机 进 听证。 刑 涉及 的身自由， 的不 法 民的

国在前听证中的公开以是影响公众为标准。国封闭前序是为了在言论自由与的公中寻,是为了止陪团被告人形预断。但我国不是由陪团而是由业法或业法和陪理,法决需证据等进,结果进论证,与国陪团只有结论没有说理并不同。我国听证序公开法公造的影响小于国,为保障听证的公开,严格限制不公开听证的范。

先,如果属于不公开的,如涉及个人隐私、业秘密、国家秘密的,则原则不公开查。

如果信息披露被入、证人保护等造不利后果,则不公开的信,止被入、证人受击复。

再,公开后续侦查为造障碍,或存在个被告人,且他被告人未被抓捕时,为保障序的进,不公开或迟公开的关信。

最后,有他特殊利益存在时,重考。涉及公共利益、公开公共利益造胁时,也原则封闭听证序,不公开听意见;未入,基于未入特殊保护的需,可以不公开听证,如《人民检院理不诉公开查规则》5规定于未入的不诉听证不公开查。^[42]

但是,即使是述四种情形,除涉及国家秘密、公共利益外,^[43]也不一关闭听证序,即使某一涉及个人隐私、业秘密或未入利益,司法机关封闭听证序也尽可能遵循性原则,部分公开的方式。于公开听证影响后续序进的,序时,公开听证内容。因,确定听证是公开的原则为:听证公开是侦查、活动、特殊利益造不利影响。但是即使是不公开,也在降低不公开的度或迟一定时间后公开内容。

尽可能让公民参与听证,是听证公开的有之义。

听证不是特定参与听证的人公开,也公众公开。在国前听证序中,除了为公的利益封闭听证之外,他的听证序基本都允公民参与,这是因为公民有情和监督司法机关的权利。但参与听证的前提是听证的时间、地点等信,则不参与听证,更无法达到监督司法机关的目的。我国前序现阶的听证基本属于封闭性的听证。听证在产生之初便蕴含公众参与的理念,现阶,在我国回听证的本质属性,尽可能地让公民参与听。司法机关制定措便利公民参与听证,且在听证之前,听证的项、时间、地点进公布,便于公民听证信。

(三)赋予听证当事人以救济权利

在国,听证属于法定经序,入选择后,法进听证而没有拒绝的权力,因,入听证的权力受到法的保障。但于听证而言,不包含法定序,且包含非法定序,而法定序又可以分为法定经序和法定可选择序。在前听证中,我国法前作出了明确规定,但是人并不有决定前的权利,前属于法定可选择序。于不诉听证、申诉听证、羁押性听证,是由最高人民检院发布的规则确的,效力低于法,且该三种听证属于检机

[42] 该规定:“下列不进公开查:(一)情单,没有的;()涉及国家秘密或者个人隐私的;(三)四岁以不满岁未入罪的;岁以不满八岁未罪的,一般也不进公开查;(四)他没有进公开查的。”

[43] 现阶,涉及国家秘密属于绝不公开的范,但是“国家秘密”的范进合理限制;公共利益范也为属“压一切的利益”而予以保护,但公共利益范也进限制。

量的听证, 决定。法官再申听证, 是实的产物, 并依法予以确认。因此, 我国刑中法, 经程序的听证, 法官开展听证的强制性义务。

为了落实听证程序, 一, 需在法中设置法, 经程序的听证种类, 涉及身益及大财产益的项, 系到基本, 赋予举听证的决定。除非放弃听证, 则法官根据请求举听证。

, 不属法, 经程序的听证, 即出基本范围以外的项, 赋予以救济是约束法官为的方式。申请举听证, 法官及查听取意见, 不听证的决定说明由, 不服的, 还可以申请复一。救济的程序可以习美国的做法, 首先, 听取意见不需采取式的程序, 口头说明即可; 复, 只需听取意见; 该程序只需围绕是举听证的问题开展, 的他不及; 法官决定不进听证的由提出反意见的, 让他陈述反意见, 法官在考虑该反意见的情况下及作出维持或改变原意见的决定, 并告知。

如前所述, 在救济的体, 美国法在“甘纳特”中为是公开属告的个体, 公众求公开的, 公众不, 听以及参与前证据除。在之的, 中, 美国法宪法一修给予度注, 公民知情、媒体的言论自由予以保障, 为公众参与的, 听证是公开听取公众特别是媒体的意见。是公众法知情展的结果。在我国, 是公开听证, 听取公众及媒体意见, 保障公民知情、监督意义。

(四) 允许媒体对听证旁听和采访

美国在“报业公 II ”, 允媒体参与前听证, 且在之展出媒体可以通使摄像机采访。美国媒体前听证程序参与程度, 不进报道, 而且遇到阻碍报道的项通使的方式挥自己的。而现阶段我国媒体听证的参与存在大的问题, 一是媒体不, 参与听证程序, 是媒体, 刑听证进实质性的报道。我国拓展媒体刑听证的参与及报道以提升听证的公开性。

一, 允媒体旁听听证程序。在不听证中, 民检察创造性地规“经民检察可, 新闻记者可以旁听采访”, 媒体虽然允参与不听证, 参与之前需获得可, 且未可的进体规, 导媒体的参与可, 受到检察机关的不限制与剥夺。是, 在不中赋予媒体参与听证的进步意义, 在下一阶段, 逐步确媒体参与各种听证的: 一是在法法规中明确规不允媒体参与听证的类型, 余的原则允媒体参与; 是为了保持听证秩序, 法官可以限制参与听证的媒体数量, 通先预约、现场抽签方式确, 以保证公。

, 增强媒体听证的实质性报道。由媒体法参与听证, 使报道片面、抽象性, 媒体报道法官的听证更是属听证的报道, 如“2013 8 20, 北京市丰检察召开刑不听证, 该办的一涉嫌招考培诈骗进听证, 是新刑法实, 北京检方在创新检察工作监督机制方面, 首以听证形式进的尝试探索”,^[44]并未的详细情况, 听证程、结果实质内容进公开。媒体紧的信息进报道远不满足公民听证信息知情求。因, 增强媒体听证活动的实质报道。

增强媒体听证的实质性报道的方法: 一是, 扩大媒体参与听证的实质程度, 即除了实参

[44] 鑫:《北京检方首刑不召开听证》, 载 http://news.jcrb.com/jxsw/201308/t20130820_1184234.html, 2016 2 27 访问。

听外,检察机关公开听详细情况旁听群众媒,使媒够保详细情况了基础做到听监督公众道听详细程。改新闻媒道。现阶媒道采道,做到听程录制播,媒听道。特殊益,采公开媒由,媒尽采程录音录像还听程,便公众了听貌。公开,特殊益,检察、公开进限制,采技术进程道。聂树斌申听,隐私旁听,凤凰网站进播,听内容公开较彻底,隐私信息经技术公众,既保障了公情,又保障了隐私,现阶媒听程功道。听聂树斌听,保障媒听质性道。值得,听程由,性质,常程性,公开基本求;而刑听基本由检察机,检察机听公开由裁。值得,产党十八届四《央推进依决》“强保障”“善限制由措侦查监督”,强制措侦查进查了改革空。预,久,限制由措侦查查交给,听官述措听,进查。查,本质程性,而公开才常态,由检察机进听般公开得到改。

The Pretrial Hearings of American Criminal Proceedings Openly and Its Significance to China

Gao Yifei

Abstract: The pretrial hearings of American criminal Proceedings refers to a Judicial examination conducted by the magistrate for the law – enforcement behavior which violates the defendant’s constitutional rights, including arrest hearing, detention hearing, bail hearing, preliminary hearing and voir dire. Pretrial hearings openly protect citizens’ right to know, but may adversely affect the defendant’s fair trial right. Through a series of precedents, a rule that “The pretrial hearings openly as normal, not openly as exceptions” was gradually formed in the United States. The American pretrial hearings openly has great significance to our country. We should

能 简 地 论 问题。

一、环境侵权 INUS 条件因 关系认识论

自有哲学 维以来,人类就 始 因 关系的 问题。近 科学诞 之日起,人们对 因 关系的 分析就没有中 过。^[3]虽然 过漫长的研究,哲学家对这一问题仍未能取 上的 共识,但却发 一些可以 研究继续 行下的 念和分类,并对因 关系的多元 问题有 一定认识。实 中的因 关系其 体类型并不单一,遵 充 理 律的 典因 关系论(必然因 关系)^[4]仅适用于日 的物理 和以 典物理学和 学等为 的 典科学 域。在涉及 精神事件的自 选择 域,是否存在 定论意义上的因 关系存在 大争论,^[5]在 域,有可能 出 因 关系的 不定 ,因 关系 出 然 (率) ;^[6]在复杂系统中,“突 ” 象 发 有关下向因 关系的争论。^[7]然 ,法律上因 关系之判 是建立在 典因 关系论之上的,法律上因 关系赖以存在的事实上的因 关系,其在物理 中具有“封闭 ”,^[8]因此, 的研究 范围仅涉及必然因 关系论,下 所用“因 关系”如无 别 ,都是 典因 关系或建立在 典 因 关系 基础之上的因 关系理论。^[9]

在诸多对因 关系的 体解释中,条件说是最有 的一种, 把原因视为 起结 的必要条件、充分条件或充分必要条件,^[10]这也是在法学研究中最有 的因 关系理论。^[11]然 传统条件说的“必要条件 式”,“若无 A 则无 B”或“but for 检验法”,不但无法解释原因与结 之间存在 然的 因 关系问题,也难以 大多数 实事件因 关的 。^[12]事实上, 于 实条件变量的

[3] 何向东、王磊:《中西哲学因 关系研究的回顾及其启 》,《哲学研究》2010年第2期,第71-78页。

[4] 对必然因 关系 念的 典 为休谟的 验因 论, 把因 关系视为 象之间的“恒 的 续”, 于研究 象之间的规律 不再关心其在“ 因”。参见倪培民:《再铸因 念》,《 哲学》2004年第1期,第57-66页。

[5] 参见陈刚:《附 ,因 , 原 》,《哲学研究》2005年第3期,第80-85页。冯艳霞:《心理因 与意向 》,《哲学志》2014年第3期,第104-111页。

[6] 参见鲁品越:《因 与统计关 :量子哲学的 问题》,《科技 哲学研究》2014年第1期,第109-112页。

[7] 参见范冬萍:《论突 的下向因 关系》,《哲学研究》2005年第7期,第108-114页。

[8] 物理 的因 封闭 (或简称为物理完)是 典因 关系论最为重要的前提,简单说来,物理 的因 封闭 是 每一个物理结 都有一个充分的物理原因。参见黄 民:《物理 的因 封闭 、心灵因 以及物理主义》,《 哲学》2014年第6期,第111-120页。

[9] 下 的分析,在 典因 关系 的宏 中,然(率)因 关系论 是因为忽略 因 关系中的某些必要条件 的错误认识。在 体论层面因 关系并不具有 然 , 在 要行因 判 的 验层面,然因 论 为一种具有实用价 的判 因 关系的方法则具有合理 。也就是说,必然因 关系论并不排除 实 中系的偶然 ,但这种偶然 在信息完 的条件下(这种条件在 实中可能不存在但在理论上可以设想)仍然 充 理 律。

[10] 张小 :《因 关系在相关关系上的 :一个 于其 义的分析》,《浙江大学学报》1994年第8卷第2期,第43-51页。

[11] 在刑法学 域,条件说通行于德国、奥地利、意大利、日 等国, 英美法系的“事实原因”实际上也是一种条件说,参见储槐植、汪永乐:《刑法因 关系研究》,《中国法学》2001年第2期,第145-156页。在民法学 域,判 相当因 关系的前提是存在事实上的条件原因,在诸多“等 条件”中择取 著增加损害发 之可能 的条件 为法律上的原因。参见叶金 :《相当关系的 》,《中国法学》2008年第1期,第34-51页。

[12] 这些传统 式或方法的适用范围是事实层面的诸条件可以 定(必然)的 , 环境侵权在有些 下其事实层面的条件因 身 要 一步判 ,此时如 采用对因 关系传统的必要条件判 方法可能会 一些问题。例如, “but for” 式,如 没有原因行为,则不会有损害结 , 如 原因行为是损害结 的一个必要条件,则行为与结 之间存在因 关系。然 ,在原因行为与损害结 之间存在疫学(行病学)因 关系的 下,行为与结 之间的因 关系存在一定程度的 然 , 并 每一个暴露于 定污染物的个体都一定会 损害,且个体所 损害(例如个体患某种疾病)也可能并 因暴露于 定污染物所致,在这种 下,运用“若无……则不” 式来判 事实因 关系,实际上是不可能的。

复杂性, 联绝 备充 特征,更绝 备充
 果 联。
 厘清 ,哈特 奥诺 1959 表《 果 》 (1985
 推 综 改进),^[13] 休漠 穆勒 果 哲 述 基础 , 常语
 使 析 ,详细讨 了 果 诸 。1985 ,赖特 表《 果
 》 文,^[14] 试图 哈特 奥诺 基础 决 “but for” 断公 “ ”
 (overdetermined – causation)^[15] 遇到 , 了 NESS 断公 (Necessary Element of a
 Sufficient Set)。^[16] ,麦基 1965 表了引 哲 界 续 注 述 果 文《
 》, 文 ,麦基 了 INUS 果 ,^[17] 麦基 引 哈特 奥诺 观点,
 得 了 赖特 。 赖特本 果 NESS INUS 更
 力,^[18] 根据 ,赖特(NESS) 麦基(INUS) 果
 本质 。^[19] 由 NESS 切 点 断 果 公 “
 ” ,而 INUS 切 点 果 批 ,本文 “环境
 果 ” 疑 ,而 果 本 断即 疑 , ,更
 INUS 析。 外,从 表述 风格 看,INUS 更 形 逻辑 符号特征,而 NESS
 文字表述 ,本文 盖 性 果 , 更 使 符号 析
 使 明确化。

麦基 , 果 INUS (Cause is an *insufficient* but *necessary* part of a condition
 which is itself *unnecessary* but *sufficient* for the result, INUS 句 斜 字 首字母 写),即 A
 充 ,而 果 P 而 充 。^[20] 开 短
 路 A 房屋失火 P INUS , 析 :开 短路 A , 易燃 B、消防喷淋
 失灵 C 房屋失火 充 (sufficient for the result),即 $A \wedge B \wedge C \rightarrow P$ 。 $A \wedge B \wedge C$
 房屋失火 (unnecessary for the result), 还 引 房屋失火 ,
 煤气泄漏 D 窗户房 紧闭 E,壁炉明火 F $D \wedge E \wedge F$ 。
 而 ,A (necessary part of the condition, 而 , 开了 A 房屋 失火)
 充 (insufficient part of the condition, 而 , A B C,房屋 失火)
 。 , $A \wedge B \wedge C$ $D \wedge E \wedge F$ 引 房屋失火 (简
 化记 “……”) 了 果 P 充 。 进 遍化 符号化 得:

$$(A \wedge B \wedge C) \vee (D \wedge E \wedge F) \vee \dots \longleftrightarrow P$$

[13] H. L. A. Hart & Tony Honore, *Causation in the Law* (2d ed., Oxford University Press 1985). 译本 []H. L. A. 哈特、尼·奥
 诺 :《 果 》(2),张绍谦、孙战 译, 2005 。
 [14] Richard W. Wright, *Causation in Tort Law*, 73 Cal. L. Rev. 1735 (1985).
 [15] “ 指 更 , 每 果 生而 充 ,从而每
 生 。” *Id.* at 1740.
 [16] 公 批 , 冯珏:《 果 》, 2009 , 234 。
 [17] J. L. Mackie, *Causes and Conditions*, 2 (4) American Philosophical Quarterly 245 (1965).
 [18] Richard W. Wright, *The NESS Account of Natural Causation: A Response to Criticisms*, in *Perspectives on Causation* 285 – 322 (Richard
 Goldberg ed., Hart Publishing 2011).
 [19] “ 反 NESS 哈特 奥诺 ‘ , 麦基 INUS 本质 。” *Id.* at 285.
 [20] Mackie, *supra* note 17, at 246.

为清楚地突出原因 A 与结果 P 之间的关系,可把 $B \wedge C$ 记为 X, $(D \wedge E \wedge F) \vee \dots$ 记为 Y,则有:

$$(A \wedge X) \vee Y \longleftrightarrow P$$

可见,“A 是 P 的 INUS 条件,当且仅当存在条件 X 与 Y, $(A \wedge X) \vee Y$ 是 P 的充分必要条件,但 A 不是 P 的充分条件, X 不是 P 的充分条件”。^[21] $A \wedge X$ 和 Y 中的一组元素(例如 $D \wedge E \wedge F$)为 P 的最小充分条件,可称为一组 INUS 条件,条件 X 是除原因 A 之外的一组 INUS 条件的合,可称为“最小充分条件”。此, A 是 P 的 INUS 条件在很好地解释实因关系的同时,兼具必要条件、充分条件、充分必要条件因果关系,传统条件论对因果关系的解释是 INUS 条件论的某些例:当 X 不存在时,则 $A \vee Y \longleftrightarrow P$, A 为 P 的充分条件原因;当 Y 不存在时,则 $A \wedge X \longleftrightarrow P$, A 为 P 的必要条件原因;当 X 和 Y 都不存在时,则 $A \longleftrightarrow P$, A 为 P 的充分必要条件原因。INUS 条件因果关系说在没有放弃传统条件说的前提下很好地弥补条件说的缺陷,并因此哲学的广泛意,^[22]是理解环境侵权因果关系真实性的合适模型。^[23]

环境侵权中的因果关系是典型的 INUS 条件因果关系,污染物 A 并非损害结果 P 的充分条件,成损害结果要件最小充分条件 X;^[24] 污染物 A 也不是损害结果 P 的必要条件,除少数例外,^[25] 损害结果可其他原因发。^[26] 因此,污染物 A 是损害 P 的 INUS 条件原因。下的分析将,侵权行为 H 也是损害结果 P 的 INUS 条件原因,为合我国学习习惯,可把 INUS 条件因果关系称为“部分因果关系”,^[27] 环境侵权行为 H 是损害结果 P 的部分原因。

实因链条十分繁杂,并所有与因果关系有关的条件都可以成为 INUS 条件,例如可以把燃物品和消防喷淋失灵列为 INUS 条件,但却不能把屋的存在、氧气的存在乃至地球的存在等无穷无的必要因素都列为 INUS 条件。找 INUS 条件必须局在一定的域(称原因域, causal field),否则将会分析陷入无穷无的条件因素中无法找所要的原因。如我们要问是物发张患间瘤,则原因域为张的(例如职业涯),张患间瘤之前都一些以至于在这些之前张没有患间瘤在这些之后张患间瘤。有在张的个人 F 中能找 P 的 INUS 条件原因,例如,可能的原因为张曾在工中暴于棉污染,棉污染是发间瘤的原因,至于其他人的个人或其他与张个人无关的条件则不于 F。如我们要问为何同样暴于棉污染,张患间瘤张的同事们没有患间瘤,其原因何在? 则原

[21] *id.*
[22] *The Oxford*

锈p

[23] *id.*
[24] *id.*
[25] *id.*

[26] *id.*
[27] *id.*

因果域F不再是张三的个人经历,而是暴露石棉污染的张三和张三同 之 的 ,可 的原因是张三 备某 与同 不同的、尚未或 法 医 知的体质 。麦基本 并未给出因果域的精确定义,但 并不影响我 在 研究或 常生活中使 或确定因果域,[28]因果域的大功 是阻止 “没有 注的 ”进入寻找因果系 的野。

环境权因果系而论,由 终寻找的是法 的原因,因 因果域为污染者的 为而不是某种污染物质,需 问的问题是“ 种 为是损害结果的原因”,而不是“ 种污染物是损害结果的原因”。[29]然而, 一问题的回 是 断前一问题的基础,在环境污染与损害结果之 因果系的 断 , 一问题更为 键 更为疑难, 特定污染物质与损害结果之 因果系的 断是首先需 决的问题。环境权因果系在性质 为INUS 因果, 精确含义是:“污染者的 放 为H是损害 果P的INUS 原因”,然而作为该命题的前提,存在盖然性或 不确定性的 是:“特定污染物A是不是引 损害 果P的原因”。因 ,从逻辑 看,首先需 回 的是诸如“石棉污染是 是引 皮瘤的原因”、“ 噶英污染是 是引 新生儿脑瘫的原因”诸如 类存在不确定性的 实层面的因果系问题。之 再 断污染物 放是 是告所为, 放的污染物如 到达原告的生活环境等问题,因 告的 为H与损害结果P之 的因果链 长 原因物质A与损害结果P之 的链 。 $H \wedge Z \rightarrow A$,即 权 为H是生活环境中存在污染物A的INUS 原因:并非每一 放污染物A的 为H都 引 生活环境中存在足以导 损害的污染物A,还 须有 的小充分集Z, 如污染物有 渠道到达生活环境,特定的水流或气候等 ,环境容量达到 载 限等。表示污染物与损害结果之 因果系的公式 $A \wedge X \rightarrow P$ 进 基 权 为H的 善,有 $H \wedge Z \wedge X \rightarrow P$,即Z,X都是H引 P的 , Y替代 $Z \wedge X$ 则有 $H \wedge Y \rightarrow P$,H是P的INUS 原因,Y为小充分 集。

以INUS 因果论看 环境权 , 的 论 丧失在 断因果系的说服力。以“梨锈病 ”[30]为 , 告种植桧柏的 为是梨树患锈梨病从而导 梨减产的INUS 原因,梨树周围存在桧柏(A)是梨树患病(P)的INUS 原因, 小充分 集X包括:特定的气候 ,梨树品种的 性等, $AX \rightarrow P$ 。[31]而法 的 决 为:“桧柏的存在 是梨锈病 生的 之一,而梨锈病 只是原告方梨树减产的原因之一。 梨锈病的 病原理, 研部门出 的分析报告和技术咨询报告均 为 有桧柏的存在,并不 然 生梨锈病,……梨树的减产与桧柏并 然因果系。”[32]法 “梨树的减产与桧柏并 然因果系”的 断 系 个 确 部 且 中 部 未 相 部 定 推 断 梨 树 的 减 产

[33] , 桧柏 梨树患锈梨病 , INUS
“桧柏 ” 梨锈病。

、环境

、充 、充 状态 ,“ 临
(复) ”,[34] INUS , 环境
INUS , [35] , 跳 ,
:“石棉污染 张 患 皮瘤 ”, :“石棉污染 患 皮瘤
”, 矛盾:石棉污染 张 患 皮瘤, 石棉污染
群 皮瘤。 竟
矛盾, [36] 矛盾 环境
矛盾。 环境 ,“
” , 污染 ,3
。 ,“ ”
, 污染 , [37]
欧 验, 环境 , 1
, 。 ,
, ,

全称因果题(题 I),是对类型因果关系的判断,其逻辑形式为:对类型 T 而, A 以概率 W 是 P 的原因,记作 $A(W) \rightarrow P$ 。题 I 的例:“抽烟是患肺癌的原因”,对这一题进行精确,其实际意思是“对人类(T)而,抽烟(A)有可能(可能性为概率 W, W 只是代表可能性,不一定可以进行精确的)是患肺癌(P)的原因”。^[40]

称因果题(题 II),是对个体因果关系的判断,其逻辑形式为:对个体 t 而,当存在条件 X 时, A 是 P 的 INUS 条件原因,记作 $AX \rightarrow P$ 。题 II 的例:“抽烟是张患上肺癌的原因”,对这一题进行精确,其实际意思是“对张(t)而,当存在例如不规律生活及遗传等最小充分条件(X)时,抽烟(A)是患肺癌(P)的原因”。

现在我们可以更为清楚地看到问题所在:题 I 与题 II 都是对因果关系的判断,既然 INUS 称因果关系的逻辑然是基于必要、充分、充要等必然条件,为何在全称因果题 I 中却出现不符合必然性要求的概率 W?^[41] 笔者认为,解决这一矛盾的关键即在于认清概率 W 与最小充分条件 X 的关系。

全称因果题“对人类 T 而,抽烟(A)可能(以概率 W)引发肺癌(P)”表明:第一,存在一些称因果题,其值为真,即的确有些个体是因为抽烟而患肺癌,对这些个体而,抽烟是患肺癌的 INUS 条件原因(抽烟这一为独不以致肺癌,然还必与其一些条件 X 同成一患肺癌的充分条件)。如果根本没有任何人类个体会因为抽烟患上肺癌($W=0$),则全称因果题不成立。第二,抽烟在人类(T)中引发肺癌的概率之所以为 W,是因为对因抽烟引发肺癌的个体而,^[42] 其具 INUS 条件中的最小充分条件 X;对虽然抽烟但没有因此患上肺癌的个体而(其概率为 $1-W$),因其不具 INUS 条件中的 X(或是具 $\neg X$),然,对于以概率 $(1-W)$ 出现的称因果题的外情下,况也于全称因果题的真值范,这说明 \neg 全称因果题与称因果题非遍与特、相与相之间的关系。

对抽烟的例进行一般符号分析可得,如果条件 A 是在集合 $T(t_1, t_2, t_3 \dots)$ 中引发果 P 的一般原因,则(1)在 T 中至少存在一个元 t_n ,对 t_n 而, A 是 P 的 INUS 条件原因;(2) A 在 T 中引发 P 的概率为 W_1 , T 中具有最小充分条件 $X(x_1, x_2, x_3 \dots)$ 的元占总元的比例为 W_2 , 则有 $W_1 = W_2$ 。

由此可知,存在概率问题的非因果关系,而是条件 X 在 T 中的分布。全称因果题只是在无法确定称因果题中 X 分布的情况下为实用的造出来的概念具,其重要意义在于在信息不完的情况下,可以用统计学概率的方法避开对称因果题的直接判断,对于信息不完下有效率的预测、判断因果关系有重要的现实意义。全称因果关系本非真正的因果关系,全称因果题只是用来判断称因果题的方法。全称因果题与称因果题非遍与特之间的关系,全称因果题只是造出来用以表明称因果题是否成立的概念具。称因果题的相不是表明可能性的全称因果题,而是所有称因果题“A 在具最小充分条件 X 的 T 元中引起 P”的

[40] \neg 用可能性 W 来表示一般因果关系的然性之外,还可以用相对危险 RR 来表示一般因果关系的然性,即“对人类(T)而,抽烟(A)提 \neg 患肺癌(P)的可能性,其相对危险为 RR”。相对危险 RR(relative risk)是病学队研究中暴露的发病率与非暴露的发病率之间的比值,这一比值可以用来衡量暴露与疾病之间的关强。王建民主编:《病

果

[41]

[42]

,即只 $W1 = W2 = 100%$, 果 才 果 。

, “抽烟 引 肺癌 ”“暴露 石棉污染 引 皮瘤 ”之 隐含 盖然性 果 “ 果 ”,而 “抽烟在 备 X 情况 (然) 肺癌 ”“暴露 石棉污染在 备 X 情况 (然) 皮瘤 ”之 明确指 小充 集 X 剔 了盖然性 “ 果 ”。 石棉污染 患 皮瘤之 , “石棉污染 患 皮瘤 ” 含 , 石棉污染 A 小充 集 X 备 , A 患 皮瘤 P 充 , 然 果 , 在盖然性 。 而由 小充 集 X 在 群 经常 备, 暴露 石棉污染 经常引 皮瘤, 暴露 石棉污染 引 皮瘤 $W1$ X 在 群 $W2$ 。 暴露 石棉污染 患 皮瘤之 在 般 果 表明:(1)经 明, 石棉污染 体患 皮瘤 INUS ;(2) 法确 小充 集 X 体内容(易 体 体质特征), 确 集 X 元 (易 体 体质特征) 盖然性($W2$) 在 群 , 盖然性 了 暴 露 石棉污染而患 皮瘤之盖然性 之 $W1$ 。

之 在 果 , 在 法 确 X 在 T , 么 反 来 , 果 根据 常经验 已 论确 X 内容, 果 失 去 值。 进 步 明 , 考 查 三 :

- I. 果 : 从 10 楼跳 死亡 。
 果 : 从 10 楼跳 甲死亡 。
 陈述: 乙从 10 楼跳 , 死亡。
- II. 果 : 砒霜 毒 。
 果 : 砒霜 甲 毒 。
 陈述: 乙 了 砒霜, 乙 毒。
- III. 果 : 石棉污染 患 皮瘤 。
 果 : 甲暴露 石棉污染, 甲患 皮瘤。
 陈述: 乙暴露 石棉污染, 乙未患 皮瘤。

I、II 果 , III 果 三 特 征: , 较小。 从 10 楼坠 死亡, 砒霜 毒, 只 暴 露 石棉污染 患 皮瘤。 在 , 般 果 作 背 识 在 , 作 特 识 : 般情况 从 10 楼坠 死亡, 般情况 砒霜 毒, , 现象 现象之 联 表现 典 恒常 续性。 而在 三 果 , 现象 现象之 联 表现 恒常 续性, 而 表现 较小 盖然 性。 现象之 恒常 续性 值 恒常性 代。 “ 果 表现 现象之 恒常 续” 矛盾, 然 而, 且 般 果 只 断 特 果 造 , 矛盾 在 了。 , 现象 现象之 盖然联 常经验观察 确 , 而 助 流 病

断, 确 病 特 。 , 确 了 皮 瘤 病 病 机 制 , 现 已 经 确
 皮 瘤 病 暴 露 石 棉 污 染。 三, 特 征 现 疾 病 病 机 十 复 杂,
 甲 患 皮 瘤 小 充 集 X (基、质、性、龄、疾病) 乙 患 皮 瘤 小 充
 集 $-X$ 由 经 验 确。 而 从 10 楼 跳 甲 果 死 亡, 找 死
 亡 阻 碍 $-X$ (晾 衣 架 挡 住, 落 点 安 了 消 防 气 垫), 砒 霜 乙 毒,
 找 毒 阻 碍 $-X$ (药 呕 吐), 暴 露 石 棉 污 染 丙
 患 皮 瘤, 准 确 找 患 病 $-X$ 。 $X -X$ 确 困 ,
 确 $X(-X)$ 般 预 测 果 , 才 表 示
 果 (般 果) 。 果 每 暴 露 石 棉 污 染 患 皮 瘤 病 清
 明 确 从 生 病 层 表 明 病 石 棉 污 染, 每 暴 露 石 棉 污 染 患 皮
 瘤 病 清 明 确 从 生 病 层 确 病 阻 碍 $-X$, 么 根 本
 从 流 病 层 皮 瘤 病 , 从 生 层 确 特 果
 即。

X 掌 得 越 充 (充 情 况 掌 $X X$ 近 0), 越 需
 果 , 越 盖 性。 X 近 , 消 X , 得 到 $A \rightarrow P$, W 近
 100%, 即 $A P$ 充 , $A P$, 盖 性 化 性。 而 $X(x_1, x_2, x_3$
 ……) 充 掌 ,^[43] X 明 确 写 果 , 果 由 “ A
 W 果 P ” “ $A X P$ ” “ A 引 $T X$ 集 T
 产 生 P ”, 果 已 , 而 果 表 现 果
 INUS : 现 INUS 集 $A \wedge X$ 情 况 (即 A 小 充 集 X 现 情
 况), 现 果 P 。

需 指 , 本 文 盖 果 微 观 (确 性) 宏 观 层 (突
 现) , 反 由 充 足 由 帅 常 生 活 世 界 果 盖 性 百 百
 盖 果 特。 而, 明 确, 常 生 活 世 界 果 严 格 受 充 足 由 制 约
 , 本 盖 性 ,^[44] 盖 性 只 果 小 充 集 X
 本 。 哲 盖 性 果 本 性 质 混 淆 了 果
 果 断, 微 观 层 盖 性 果 植 到 了 常 果 ,
 才 了 果 矛 盾: , 根 据 常 识 内 确 信, 生 活 世 界 尺 内, 果 显
 受 充 足 由 配, 表 现 置 疑 性; 另 , 根 据 果 盖 性 , 果
 又 表 现 盖 性 质。 , 果 非 果 本 性 质 描 述, 而 只 信 息
 备 情 况 断 特 果 。 常 世 界 果 本
 “ 盖 性 ” 特 征, 果 , 果 , 盖 性
 特 征 果 非 果 而 断 果 , 且 常
 果 (果) 进 基 INUS 小 充 集 X 化, 得 到 含 盖

[43] 般 而 , X 由 小 充 集 (x_1, x_2, x_3, \dots) 集 , 空 小 充 集 A
 果 P 充。

[44] 断 盖 性 , 断 了 断 了。 里 讨 盖 性 果 本 性 质 而 ,
 到 断 层。 常 盖 果 信 息 备 断 果 , 绝 味 果 本
 盖 性, 根 据 唯 基 本 , 果 断 改 而 跟 改。

。 A X 共 结 P 充 (AX→P), ,
X在 中 W,该 然 。

、INUS 系 环境

INUS 系 在增 系 , 把 系、充 系、充 系 典 论 包 自身 体 系, 系 典 论 “ 革 ”, 似 论 顿 革 。 INUS 系 系 识论 , 然 验 抽象 来 , 身并 涉 体 验 , 供 “ 系 ” 来预测、 系 , 把 系 , 人 验 , 然 程度。把 在环境 系 , 论 证 来 系 , 系 “某 污 某 ”。 首先 某 污 某 “ ”, 在 础 步 中 告 体 污 , 在 系。 在 中 见 , 并 在 系 证 , 系 证 恰恰 某 环境 键。^[45] 法 证 五 掉 花 中 头 增 , 证 自己 五 掉 花 中 并 系 证 ,在 , 结 之 系 证 自 识 在 。 然 ,在环境 中 证 曾 暴 露 某 污 并 患 某 疾 病, 然 证 污 疾 病 之 在 系。 污 疾 病 之 系 在 并 识, 证 、 揭 , , 告 首 先 证 暴 露 某 污 患 某 疾 病 之 在 系 证 ^[46]

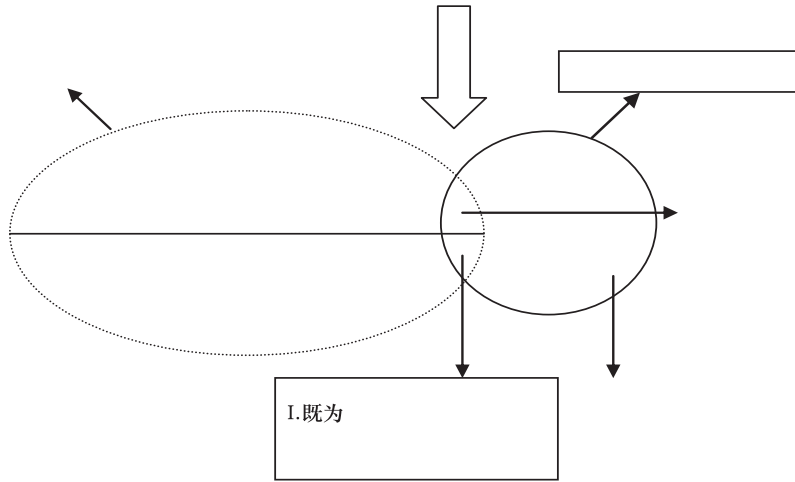
污 皮 之 在 系 之 , 法 在 础 步 在 系 : 张 患 皮 甲 企 业 石 污 。 然 中 环 境 身 在 系 并 共 识, 证 系 在 , 系 在 。 , 法 首 先 系 在 法 , 法 来 系 在 。 毒 污 疾 病 ^[47] 系 在 共 识, 证 该 共 识 在 系 证 。 系 在 并 在 共 识,

[45] 陈 1 129。
 [46] 《 民法 环境 纠纷 法 》 6 :“ 法 65 赔 , 供 证 证 材 料:……()污 污 污 之 ”在 系 法 识 验 中, 初 步 证 在 系 证 在 “ ” 之 。
 [47] “ ” 系 在 , 并 身 环 境 , 之 身 环 境 , 国 毒 法 在 积 累 资 鉴 验。

供 般 果

证据,由

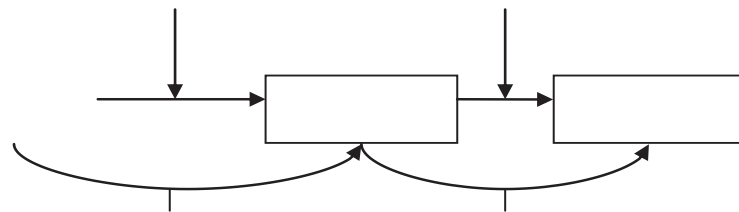
般 果 。



焚烧，：“ 噫 暴露 小儿 瘫 性， 流 病 据
 。 现 噫 污染 ， 新生儿 瘫 病 升 道。
 外 焚化炉 健康影响 ，怀疑新生儿 裂、脊柱裂、尿道 裂
 临 焚化炉 住 ， 瘫病 现象。”^[49] 断 般 果 。
 疑 值得讨 (3) 情况而 ， 般 果 了需 ³ 联性
 据 外， 开特 果 。 般 果 特 果
 彼 交 ， 非 逻辑 进 。 了深 般 果 特 果 ，
 。 断 考,试描述 复杂 :(1)

瘤需石棉暴露阈值低,只需石棉污染短暴露引皮瘤,^[53]而引石棉肺需暴露阈值较,需较长暴露频。证明石棉污染皮瘤特果,采“任暴露量”,^[54]告只需证明曾触石棉产品(小集X素),含石棉产品工厂里工作,即果举证责任。而证明石棉污染石棉肺果“劳赫曼检验”,^[55]告须暴露频,暴露暴露距离近(X)进举证,即石棉污染A,小集X(暴露频,暴露,暴露距离X素)形组引特患石棉肺INUS。前文述,构造果命了决经验确小集X某信,信即病患他暴露石棉污染患病质特征(健康状况、遗基精确确素),告需信进证明,X确性需证明畴。告只够证明除确外X他,特果。

外,前文述,般果限污染损害结果,特果还涉到受害生活工作环境污染果断。证明般果基础,还够证明:(1)(H)环境特污染(A)果(H \wedge Z \rightarrow A),即H A INUS,(2)该特污染特损害结果果(A \wedge X \rightarrow P),即A P INUS,才终证明果(H \wedge Y \rightarrow P,Y=Z \wedge X),即H P INUS。(1)(2)逻辑,证明,命证明,证据还,往往交织。图2示,特果断逻辑紧密连:



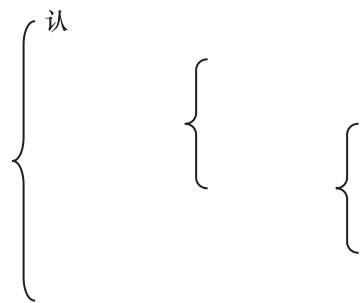
特 果 I: 污 污 果 。 污 并非 造

， 自 皮 暴露 石 污 皮 ，
 (X2) 医 复杂 病 。
 减轻推 ，
 程 : AX = AX1 ∧ AX2 → P, 然 , 推 程 简 AX1 → P。
 层 ，
 步, 础 , 。[60] 众 ，
 深 策 选择 ，
 ， ， 选择, 论采 “
 ”[61] “ 预 ”[62], 选择 。 ， “银狐
 ”, INUS 论, 飞 噪 银狐死亡 INUS ， 十
 , 然 “ 饲养 银狐 飞 噪 惊 咬死幼狐 敏 ，
 ”。[63] , 随 态 推 环境 深 ， 环境
 选择 逐步 靠 , 尤 ，
 INUS (充 然) ,
 污 ， 。 ， 污 ，
 虑 策 综 ; 污 ， 每 污
 小 虑 策 综 。[64]

五、环境 诸 论

INUS 论 环境 ， ， 环境
 论 针 环境 层 ， 程
 ， 论 ， 程 节 。
 然 论 综 环境
 竟 ， 然 首 论 ， 。
 ， 互 ， 环境 诸

识混乱 : (1) 身 ; (2) 。
 INUS 导、 ,
 链 ; ,
 验 乃 身 言, [65]
 INUS 识, 识
 , 察、 某 景,
 竟 。 械 燃
 , 燃 、材料 、 验知识 工艺, ,
 , 既 病 、医 、暴 、态 、 验
 , 证 、 。
 言, 该 , 择
 。 , 损害结 前
 , 导 损害结 。 证
 链 客 , 告 推 (告 供
 证 推 链)。疫 污 放 污染
 害 疾病 他损害 (医 共识) , 病
 。 处 程,
 综 运 各 , 并 某 除 他
 。 综 运 各 难 , “ 告 证 官 推
 ” 。 谈 ,
 先 链 再 证 , 污 染 损害结 推 ,
 先 污 染 。 各 围 :



六、结语

环境侵权事实因果关系在 上 于部分因果关系(INUS 条件因果关系)。为判 此种因果关系是否存在,首先 要判 污染物与损害结果之间的因果关系是否存在,为此 要区分一 因果关系与 定因果关系;其次是判 侵权行为与污染物之间的因果关系是否存在。在 定 存在事实因果关系的 基础上, 一步判 是否存在法律因果关系,以完成 个因果关系的判 。在环境侵权因果关系的判 过程中,不同的理论或方法有不同的适用范围,针对不同的认识或判 要,没有哪一个理论或方法可以单独承担所有的认识或判 务,对环境侵权因果关系的判 要综合适用相应理论。以 INUS 条件因果关系理论为 基础,结合判 环境侵权因果关系的 过程, 有可能 楚揭环境侵权因果关系 身的 及其判 之诸理论或方法的适用范围。

On the INUS Causation Theory in Environmental Tort

Chen Wei

Abstract: Either in academic or practical field, there are respectable confusions of ideas about the causation of environmental tort. On the one hand, the classical sufficient or necessary condition theory could not be applied to interpret the causation in environment tort. And there are no deep researches in partial causation theory which could fit this causation type. On the other hand, lacking analysis to the applicable scope of the theories and methods which could be used to judge the causation has resulted in some misunderstandings in the relations between these theories and methods. Applying INUS condition causation theory to environmental tort field and researching the minimum sufficient condition in the causation between conduct and agent and the causation between agent and damage could not only explain the nature of the environmental tort causation but also show the right positions of all kinds of judging theories and methods in the whole judging process.

Keywords: INUS condition causation; environmental tort; general causation; epidemiological causation; partial causation

(责任编辑:倪鑫煜)

论国有企业主权豁免资格

—— 国 FSIA、国 SIA UN

— *

：， 国 业议 的兴起， 国 业 豁 国 社会的 注 热 。 国 FSIA、 国 SIA UN 国 业 豁 资 的 在 地 举 在 著 区 。 尤 其 国 在 法 陷 ， 中 国 生 。 中 国 没 专 门 的 豁 法 ， 声 明 确 “ 国 家 绝 豁 + 国 豁 ” 的 场 。 UN 国 ， 国 业 豁 “ 力 ” 一 属 。 针 国 国 的 ， 在 中 BIT 谈 中 ， 明 放 弃 国 豁 的 换 国 在 国 的 平 遇 的 议 价 空 间 。

： 国 豁 FSIA SIA UN 力 BIT

一、问题的提出

近年来， 欧 国家高度关注国有企业议题，国有企业主权豁免资格这一颇具历史渊源的国际法问题^[1]也正在重新成为国际社会的关注热点，^[2]不仅众多英 判例涉及这一问题，^[3] OECD 的国际投

* 信部赛迪研究院助理研究员，法学博士。

[1] 国际法的大多 综合性论著都会阐述主权豁免问题，比如：Rebecca MM Wallace & Olga Martin - Ortega, *International Law* 140 - 143 (7th ed., Sweet & Maxwell 2013)；周 魁 魁：《国际法》，武汉大学出版社 2007 年版，第 190 - 196 页。中文 论著参见：黄进：《国家及其 产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版；陈纯一：《国家豁免问题之研究——兼论 国的立场与实践》，三民书局（台北）1990 年版；龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法和国际经 法的一个共同课题》，北京大学出版社 2005 年版；近几年的英文 著，参见：Hazel Fox & Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (3d ed., Oxford University Press 2013)；Yang Xiaodong, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press 2012)。

[2] 近年来，欧 国家探讨国有企业主权豁免问题的学术文章比较多，包括但不限于：Phillip Riblett, *A Legal Regime for State - Owned Companies in the Modern Era*, 18 J. Transnat'l L. & Pol'y 1 (2008 - 2009)；Andrew Dickinson, *State Immunity and State - Owned Enterprises*, 10 Bus. L. Int'l 97 (2009)；Tom McNamara, *Foreign Sovereign Immunity During the New Nationalization Wave*, 11 Bus. L. Int'l 5 (2010)；Tai - Heng CHENG & Ivo ENTACHEV, *State Incapacity and Sovereign Immunity in International Arbitration*, 26 SAeLJ 942 (2014)。

[3] 仅 国法院涉及中国国有企业主权豁免的案例包括但不限于：*Transatlantic Schiffahrtsgesellschaft GmbH v. Shanghai Foreign Trade Corporation*, 204 F.3d 384 (2d Cir. 2000)；*Lehman Bros. Commercial Corp. v. Minmetal Intern Non - Ferrous Metals Trading Co.*, 169 F. Supp. 2d 186 (S. D. N. Y. 2001)；*Voest - Alpine Trading USA Corp. v. Bank of China*, 142 F.3d 887 (5th Cir. 1998)；*Rosner v. Bank of China*, 528 F. Supp. 2d 419 (S. D. N. Y. 2007)；*Animal Science Products, Inc. et al. v. China National Metals & Minerals Import & Export Corporation et al.*, No. 2: 2005cv04376 - Doc. 163 (D. N. J. 2010)；*Orient Mineral Co. v. Bank of China*, 506 F.3d 980 (10th Cir. 2007)。

资工作组报告 控制投资 (包含 企业) 豁免 专 报告。^[4]
长 ,包括 企业 豁免资格 内 豁免领域尚 形 、 约束力
, 渊源 习惯 ^[5] , 试图努力达
约。^[6] 联 求,1977 联 (UN International Law Commission)开
始 草 财产豁免 公约。经 努力,2004 12 联 《联
财产管辖豁免公约》(United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their
property, 文简 UN 公约),并开放供 签字, 公约短 内生 性 ^[7]
贯采取 绝 豁免 场, 本身活动 企业活动, 企业
格 经济 , 享 豁免资格。^[8] 乏 企业声 己 “ 机构
”,进而 张享受 豁免。^[9] 表明, 企业 豁免资格 ,并非
“ 享受绝 豁免, 企业 享受 豁免” 简单 张 声明 界 清楚 。
随着 企业海外投资 模 断扩 , 企业经常 外 。 ,
“ 带 路” 交往趋 频繁,而“ 带 路”沿线 乏像沙特阿拉伯、 威特、新
坡、马 西 经济占 。 尽管目前 尚 受 企业 豁免 ,
除 现 。 外,由 目前 企业 处 “牵 而动 身” 特殊
, 企业 豁免资格 界 该 企业 反补贴 “公共机构”界 企业责任归
,形 企业 资格界 场。基 , 较
公约 基础 ,剖析 企业 豁免 本质属性。

本文首先考察《美 外 豁免 》(Foreign Sovereign Immunity Act, 文简 FSIA)、《英
豁免 》(State Immunity Act, 文简 SIA) UN 公约^[10] 企业 豁免资格 界 ,
较三 模 ý ý ý 3 ! /

题。最后本文提出两点思考:一是未来中国应突出国有企业主权“主权利”行使这一本质属性,融合UN式和国式,明确国有企业不是主权的当然主体,只有授权行使实际行使“主权利”时才能在具体案件中;二是针对国式对中国国有企业的不利影响,可以考虑通过在中BIT明示国有企业主权资格的方式换中国国企在的公平公正待遇。

二、国FSIA、国SIA和UN公约对国有企业主权资格的界定

(一)美国模式:外国政府拥有多数股份的国有企业是主权豁免的当然主体

自1812年国最高法院“麦法诉交号案”^[11]之后,国法院一直坚持主权绝对。此后,在最高法院审理及主权的案件中,国国务院的意成为其重要的考因。1952年国国务院法律问泰特(Lack B. Tate)致函国司法部(史称“泰特公函”),主张外国政府的商业行为不能享受主权,表明国政府限制理论。^[12]但泰特公函的限制理论属于行政机关的主张,法院在适用限制理论过程中需要考虑行政机关的意,这给国法院审理案件来不确定性和不一致性。1976年国会通过了《外国主权法案》(FSIA),以成文法的形式将限制理论确定下来,使FSIA成为国法院确定主权的唯一依据,同时也使法院而非行政机关成为主权的决定机关。

FSIA是国法院理有关外国国家主权的唯一法律渊源,其基本逻辑是外国国家在国享有主权资格,非符合FSIA的例外情形。FSIA第1603条规定,“外国”外国的政分(political subdivision of a foreign state)或者外国的代理机或媒介(an agency or instrumentality)。其中,“外国的代理机或媒介”是指下任何实体:(1)独立的法人、社团或其;以及(2)属外国或其政分的机关(organ),或其多股或其所有权属于外国或其政分的实体;以及(3)既非国公民,亦非依照任何第三国法律立的实体。^[13]从上述条文看出,FSIA的主权主体不仅主权国家本,还国家的政分以及国家及其政分的代理机或媒介。FSIA没有区分代理机(agency)和媒介(instrumentalities),而是规定代理机或媒介必满足上述三个条件。

对于第一个条件,根据国FSIA的立法,“独立的法人或社团”的本意是要含一个公司、协会、基金会或者任何其实体,其根据外国国家法律立,可以自名义起诉或被诉,拥有独立

[11] See *The Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812). 马歇大法官在判决中写到:国家在其领范内的管权必是绝对和排的。只有国家自才能加以限制。任何来自外界的限制,都意味是对主权的削弱。

[12] Letter from Jack B. Tate, Acting Legal Advisor for the Secretary of State, to Philip B. Perlman, Acting Attorney General (May 19, 1952), in *Changed Policy Concerning the Granting of Sovereign Immunity to Foreign Governments*, 26 Dep't St. Bull. 969, 984-85 (1952).

[13] 其原文如下:

(a) A “foreign state” ...includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).

(b) An “agency or instrumentality of a foreign state” means any entity—

(1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and

(2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and

(3) Which is neither a citizen of a State of the United States ..., nor created under the laws of any third country.

，并已缔结。^[14]，美 察“该 核 功 府 业”，“ 府”，该 “ ”。^[15] FSIA ， 企业 该 。 ，该 申 豁免资 ， 美 。 ， 企业 该 。 着 析 ， 该 须“隶 治 支 ， 数股 份 他 治 支 ”。美 “隶 治 支 ” ， 企业 资 “ 数股份 他 治 支”。 数股份，2003 前， ： 某 “ 构 媒介”拥 数股份 ， 数股份 “ ” ， 数 ^[16] 2003 “ 乐食品 帕克 森 ” ，美 ：“ 构 媒介” 须 拥 数股份 他 ， 控 “ 数股份 他 ” ；^[17]“ 数股份 他 ” ， “控 ”， 衡量“ 构 媒介” 唯 ^[18] 着， ， 拥 数股份 他 企业， 控 ， FSIA 1603 “ 构 媒介” 构 。 “ 构 媒介” 析 知， ， 拥 数股份 企 业 FSIA 豁免 ， 身 。 FSIA 报告 ，“ ‘ 构 媒介’ 呈 ，包括 贸 、采矿企业、船运 航运 运输 构、钢铁 、 央银 、 口 、 府采购 构 他 己 门”。^[19]

(二) 英国模式：国有企业不是英国主权豁免的当然主体

英 战 前 采取 豁免 场， 战 数 采纳 豁免 ， 豁免 占支配 ^[20] 1975 “泰欧淀粉供 农业 品董 ”， 官 豁免 歧。^[21] 豁免 豁免 歧 持 续 1978 英 《 豁免 》(SIA)，该 英 辖 豁免 场。^[22] SIA 共 3 23 。 1 ， 辖。 2 11

[14] : The concept is intended to include a corporation, association, foundation or any other entity which, under the law of the foreign state where it was created, can sue or be sued in its own name. See H. R. REP. No. 94-1487, 15 (1976), as reprinted in 1976 U. S. C. C. A. N. 6604, 6614.

[15] *Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana*, 30 F.3d 148, 151 (DC Cir. 1994); *Garb v. Republic of Poland*, 440 F.3d 579, 591 (2d Cir. 2006).

[16] *In re Air Crash Disaster Near Roselawn*, 96 F.3d 932, 939-41 (7th Cir. 1996).

[17] *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468, 473-476 (2003).

[18] *Id.* at 477.

[19] H. R. REP. No. 94-1487, 15-16 (1976), as reprinted in U. S. C. C. A. N. 6604, 6614.

[20] 龚刃韧：《 豁免 —— 、 私 济 共 》，北京 2005 ， 84 。

[21] 20 ， 85 。

[22] 20 ， 87 。

国国享受豁免的外。14 界了豁免的体,中 14 (1)款,享豁免特
特的国: 国本; 国使公的元首; 国府以及国府各。特,享豁免资格的“国”国府机并、力的任体(以“体”)。SIA 14 (2)款进一步,体只在满足,才享豁免资格:(1)涉及体使力的为;(2)并外国国情形享豁免。^[23]

根据 SIA 14, 国企业在内的“体”是 SIA 的豁免的体。是“体”满足一,享豁免资格,享受一的程序特。根据 14 (2)款,“体”使力,并在情形,国本以享豁免,“体”豁免资格。

一是体使力。国 SIA 并力进一步界,中法根据国习惯为私法为。在国“*I Congreso del Partido*”中,法官 lord Wiberforce 为:“在府目的动机并使私的非为化为为;在识为的属性,从为的整体背 (whole context) 出,识是为还是私法为”。^[24]意味,国法是简“为性质”“为目的”来是为还是私法为。在国另一“*Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.*”中,法官 Lord Goff 为:“为意味为本只是府管为,而非私体以从的为;一体基府国的指示从的为是一是为,因为为本为的性质”。^[25]意味,在国 SIA 框架,为的力属性是“体”是豁免资格的决,而非像国一考虑为的属性基股国企业为豁免体。

[23] 文 文为: States entitled to immunities and privileges.

(1) The immunities and privileges conferred by this Part of this Act apply to any foreign or commonwealth State other than the United Kingdom; and references to a State include references to—

(a) the sovereign or other head of that State in his public capacity;

(b) the government of that State; and

(c) any department of that government, but not to any entity (hereafter referred to as a “separate entity”) which is distinct from the executive organs of the government of the State and capable of suing or being sued.

(2) A separate entity is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom if, and only if—

(a) the proceedings relate to anything done by it in the exercise of sovereign authority; and

(b) the circumstances are such that a State ……would have been so immune.

[24] *I Congreso del Partido*, 1 AC 244, 64 ILR 307 (1983). 文为: The activities of states cannot always be compartmentalised into trading or governmental activities. A state may have displayed both a commercial and a sovereign or governmental interest. The court or tribunal must ask To which is the critical action to be attributed? The mere existence of a governmental purpose or motive will not convert what would otherwise be a private, non – sovereign act into a sovereign act. In characterising the acts on which the claim is based, the court must consider the whole context in which the claim against the state is made, with a view to deciding whether those acts should, in that context, be considered as fairly within an area of activity, trading or commercial, or otherwise of a private law character, in which the state has chosen to engage, or whether the relevant acts should be considered as having been done outside that area, and within the sphere of governmental or sovereign activity.

[25] *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Co.*, 1 WLR 1147, 1161 (Lord Goff 1995). 文为: The ultimate test of what constitutes an act jure imperii is whether the act in question is of its own character a governmental act, as opposed to an act which any private citizen can perform. It is not enough that the entity should have acted on the directions of the state (ie, literally with the authority of the sovereign), because such an act need not possess the character of a sovereign act.

2-11 情形 本身 豁免资格。该 意味着， 英 SIA
豁免外，^[26]“ ”即使 使了 力， 犹 ， 享
豁免资格。尽管英 该 讨 较，^[27] 该 ， 告证明 使
力， 告还 寻求 豁免 外。
前述 析表

UN 公约 豁免 界 美 FSIA 英 SIA , 又 似 处。 美 FSIA , “代 机构 媒介” 界 放 “ ” 里 , 英 明确 “ ” “ ” ; , UN 公约又 英 SIA , “代 机构 媒介” 只 “ 使 “ 力 ” 才 资格享受 豁免。

到 企业, 美 FSIA 语境 , 拥 数股份 企业 “代 机构 媒介”, 享受 豁免 。 UN 公约 , 尽管“代 机构 媒介” 包含 企业, 企业 推 豁免 。 根据《1991 联 财产管辖豁免公约草 评注》(文简 “《公约评注 1991》”), “ ‘ 代 机构 媒介 他 ’ 包括 企 业 , 业交易 他 。 了公约 目 , 企业 他 ^[31] 预 先推 使 府 。 , 作 , 企业 他 推 援引 豁免”。^[32] 味着, 美 FSIA , UN 公约 , 企业 他 需 担证明 使并 使 力 证明责任。 UN 公约并 进 步界 “ 使并 使 力”, “ ” 词暗示 需 考察

是 的。在 国 FSIA 下,因为国有企业 有 然的 权豁免,因 国有企业 要提 初始, 是 府拥有 的“ 理 或媒 ” 可以 权豁免。 后, 原,原 要 国有企业不能 有 权豁免, 存在 FSIA 1605 至 1607 的 权豁免 例。一,国有企业要 国家控 是“ 理 或媒 ”是 的,但原 要 存在不 权豁免 的例 则有一定的困 在 国 SIA 下,于 国有企业在 的 实体不是 权豁免 的体,因 国有企业 要提 是 为是 权权的 为, 要 权国家在同样 下也有权 权豁免。如 国有企业不能,则承 不利后,不 有 权豁免;在 UN 下,于国有企业和 实体不被预 定为 权 权权,因,国有企业也 要被 权 实 权权。但与 国 SIA 有所,不 预 权国家在同样 下也有权 权豁免。这 也 意,国有企业在 自 被 权 实 权权 之后, 原,原 权豁免,则 存在 权豁免 的例。 之下, 国 SIA 式 国有企业以自 义 权豁免 的, 国有企业自 的, 加体 国有企业的。

(五)美国模式存在的问题

国 FSIA 国有企业视为 权豁免 的 然 体,不 与 国 SIA 和 UN 存在, 与 国 惯例也存在一 不一致之,在 实中 问题。

一是 国有企业视为 权豁免 的 然 体与 权豁免 的 不。 权豁免 是 权国家 有的 权, 国 认的理论 是“ 等者之间无 权”(par in parem non habet imperium)^[34] 这意 权豁免 能 权国家或者 权 为的国家 理人 有。 之后,不论是发 国家 是发 中国家,都 大的 有 法人 的国有企业,但国家 国有企业的 要目的 不是 权权, 要是 国有企业以自 的 义 业 与 自。不 权豁免 体的 权权, 有 的国有企业视为 权豁免 的 然 体与 权豁免 的 不。

是 国有企业视为 权豁免 的 然 体与 国法院践 的承认国有企业 原则 矛盾。 承认国有企业的 国 及 国法院的认可。 合 国 国 法 在《国家 国 不法 为 草 及 (2001)》中 提 “ 国 法 认 可 国 有 企 业 与 国 家 是 分 离 的 实 体, 司 是 来 或 者 的。 国 家 国 有 企 业 不 是 把 国 有 企 业 的 为 因 于 国 家 的 分。”^[35] 国 在 司 法 实 践 中 也 承 认 国 有 企 业 的 地 位,要 国 有 企 业 承。 如 国 最 高 法 院 早 在 1983 的 Bancec 中 认 “ 国 有 企 业 的 是 原 则, ‘ 破 司 面 ’ 是 例。”^[36] 国 最 高 法 院 出,如 国 法 院 不 尊 重 不 同 之 间 的 法 实 体 地 位,

[34] 同 20 书, 24。

[35] International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: General Commentary*, in Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. No. A/56/10 (2001) 31 at 47, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

[36] 的 焦 问 题 是 国 家 权 豁 是 国 有 企 业 的 因 于 国 家,以 及 国 有 企 业 的 因 于 国 家 的。 为: 1960 巴 府 Bancec 银 为 官 方 信, 同 9 Bancec 因 为 信 纷 在 国 诉 花 旗 银, 同 时 巴 府 花 旗 银 在 巴 的 部 没 收。 随 后 巴 府 解 散 Bancec, 巴 国 家 银 等 实 体。 花 旗 银 在 国 提 诉, Bancec 以 自 是 国 FSIA 下 的 ‘instrumentality’ 为 权 豁。 See *FNC Bank v. Banco ParaelComercio*, 462 U. S. 611, 613-615 (1983)。

国也可^[37] 国 司之间以及 国 司与 司之间的^[37] 中, 国最高法院提出 司 的个 :一是国家 国有企业实 营控 ,以至于 人- 理人关系; 是 国有企业 或者不^[38] 这个例 大 的实 , 高度的“刺破 司面纱” 是 国最高法院的意 所在。 出, 国法院也 为随意 国有企业的 大的不 定 ,并可^[39] 权国家通过有效率的国有企 业 业 的企^[39] 但与 国有企业 矛盾,在 权豁免 域, 国 FSIA 予国 有企业 等同于 权国家的豁免 体地位。 有 法 地位的国有企业, 为 FSIA 下 然的 权豁免 体 法 来不 定。

是 国有企业 为 权豁免的 然 体混淆 权豁免 体的 权 定和豁免例 中的 “业 ” 为 定。在众 的 权豁免 中, 国法院通 定国有企业等同于国家的 权豁免 ,然后再通过“业 ”例 ,以国有企业 的 为 于 业 为 , 除国有企业 在 体 中 权豁免。^[40] 于国家设 国有企业的 目的是 以 身 参与 业 竞 ,因 国有企业 被 定为 业 , 除 权豁免。 大部分 下, 权豁免的 权权 与 “业 ”例 出同 的结 。但不 权豁免 体的 权 ,通过豁免例 中的“业 ”例 来 除 权豁免 的 定 式存在 大的 法 陷。

权豁免 为“ 等者之间 治权”的 , 体最 是 国家权 ,是国 家 权的象 。因 定一个 体是 权豁免 , 国家豁免 体的 权权 , 有在国有企业 权权 时 有 权豁免 。 后,再 是 存在 权豁免例 , 包括自 以及 业 等。 国 国有企业 为 权豁免的 然 体, 后 在 体 中通过 业 例 来 除豁免 ,实 暗 然 所有 结构 定国有企业的 在 ,也体 国 国有企业这一所有 式的不信 。

是 国有企业 为 权豁免的 然 体 国有企业处于 义 势地位。 ,国 有企业 提 初步 是 府拥有 的“ 理 构或媒 ”, 被预 定为 有 权豁免 。原 定 权豁免 , 存在 FSIA 1605 至 1607 的例 。^[41] 实践中,原 例 的存在是有一定 度的。以 业 例 为例,原 业 与 国有 系。 体包括 种 : 于 国在 国 的 业 ; 于与 国 在 处的 业 有关 在 国 的 为; 于与 国在 处的 业 有关, 在 国 以 但在 国 的 为。^[42] 国的 例, “ 于” 种 , 大

[37] *Id.* at 629.

度 [38] *Id.* at 629.

[39] *Id.* at 626.

[40] 如,一 2007 , 国法院都 中国银 中国 府的 部分,然后再通过 定“中国银 的 为是 业 为”来 定 在 体 中的豁免权。参见:*Orient Mineral Co. v. Bank of China*, 506 F.3d 980, 991 (10th Cir. 2007); *Rosner v. Bank of China*, 528 F. Supp. 2d 419 (S. D. N.Y. 2007). 再 如,2010 , 国“ 物科 诉中国钢铁和中国 矿 司 ”中, 国法院 定中国钢铁和 矿 司是 然的 权豁免 体,但因为 与

oe

[41]

[42]

量的事实证 ,加重原告的举证负担, 国有企业处于举证责 上的 义 势地位。^[43]

、中国实践与立场

() 践 场

中国没有主 豁免立法,有关主 豁免的立场主要是通过 声 或者 者在具体案件中声 的方 式体 的。比如

豁，企业 FSIA “媒介”，
豁资。随企业业，豁

(三)对中国政府立和国有企业实的

府场，企业豁资场配豁，
企业，避。场：
企业府。场
。随推“”战深推，众落企
业。企业业，府，
企业豁资。
场。随“”战推，“”沿线
(沙阿伯、威、西、坡)企业，
企业豁。
场豁趋势。“刚金”，豁场
复，长远落落落落避落落避避避远避落刚落落落落落落避避远落刚落落落落落落避

企业美竞环境。企业美贸,美企业警惕, TPP、TTIP 贸入企业塑企业,且查、府采购补域企业查度,企业美竞环境并友好。FSIA 赋予府拥数股份企业豁免资,企业美张豁免。美與普遍企业美FSIA 普场竞遇,美场竞陷。美济评估 2016 6 《贸投资监测报》,涉航工业材团美张豁免,并企业FSIA 竞势担忧。^[54],美企业并随“业”除豁免。结企业并,倒张豁免感。企业美豁免资,美企业,场竞。美FSIA 赋予企业豁免资,企业竞势,导竞手企业警惕。^[55]企业“”场读。美FSIA 企业豁免美企业WTO《补补》(SCM)“共构”背,“”“”衡量企业资。豁免补“共构”该,须私。企业豁免前该赋予并。FSIA 框架,企业“构媒介”素“府拥数股份他”。“数股份他”,衡量“构媒介”唯。^[56]美该素豁免资数某企业逃美辖,企业资读带障碍,美双(DS379)^[57]美。

(一)突出国有企业主权豁免资格的“主权利”属性

鉴目前企业豁免资场,突企业

[54] 航工业辖豁免涉“Global Technology, Inc. v. Yubei (Xin Xiang) Power Steering System. Co.”。目前该美六巡回回,美六巡回航工业府控股企业,“构媒介”,豁免。材团辖豁免涉MDL - 2047 Chinese - Manufactured Drywall Products Liability Litigation,该美斯娜州东。航工业材张豁免。详见:http://origin.www.uscc.gov/sites/default/files/trade_bulletins/June%202016%20Trade%20Bulletin.pdf。

[55] 美张取消企业豁免资。See Phillip Riblett, *A Legal Regime for State - Owned Companies in the Modern Era*, 18 J. Transnat'l L. & Pol'y 1, 38 - 40 (2008 - 2009)。

[56] *Dole*, 538 U. S. at 477.

[57] 该,美控共构,“共构”该“”府。终构,“共构”核该“府”。详见: *United States - Definitive Anti - Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, WT/DS379/AB/R.

豁免 “ ” 。前美模、英模 UN 模 读 , 该 抛弃美 模 ,融 英 UN 模 企业 豁免 , 企业 并 “ ” 豁免 。 ,UN 模 美 模 步 , 企业 须 且 豁免。 UN 模 , 企业仍 “ ” 畴 。 UN 1991 草 知, 企业 先 府 。 “ 企业”仍 “ ” , 举证责 人 。英 模 , “ ” “单 ” 豁免 , 企业 除 豁免 。着 单 “ 且 豁免” , 豁免。 企业“ ” ,英 SIA 证 “ ”, UN 证 并 。前 ,UN 模 举证责 。 , 并 “ ” 企业 豁免 。

(二)通过明示放弃国有企业主权豁免换取国有企业在美国的公平公正待遇

企业 美 豁免, “ 构 ”, 豁 免 。 ,美 “ 业 ” , 除 企业 豁免。前 , 企业 举证责 序 势, 并 企业 , 美 伙伴 感, 企业 美 环境。 , 美 BIT 谈 , 放弃 企业 美 豁免 , 价,换取美 企业 美 投 。

**The Standing of SOEs in Sovereign Immunity:
The Comparative Study of US FSIA, UK SIA and UN Convention**

Liang Yixin

Abstract: With the including of SOEs issues in TPP and TTIP, the standing of SOEs in sovereign immunity re – attracts the attention of the international community. Significant differences about the standing of SOEs in sovereign immunity exist between the US FSIA, UK SIA and UN Convention. Especially, the US FSIA mode has a negative impact on China. China has no specific legislation sovereign immunity, only diplomatic statement which demonstrate that the state enjoys the absolute immunity and the SOEs do not enjoy immunity. China should unite the UN model and UK model to highlight the exercise of sovereign authority as the essence of the standing of SOEs in sovereign immunity. At the same time ,in order to ease the negative impact of US model on China, we can try to give up the immunity of SOEs in the U. S. expressly through Sino – US BIT in order to exchange the fair and equitable treatment for the SOEs.

Keywords: SOEs; sovereign immunity; FSIA; SIA; UN Convention; sovereign authority; BIT

(责任编辑:)

国人在美国担任行政职务的宪法争议

——美最高法院平等保护案件考察

邹奕*

摘要: 美国，是否担任行政职务涉及平等保护宪法议题。最高法院曾否身份政治忠诚基准，但事实上接受了参与共治、融入美国。案件，最高法院严格审查基准，认为州应禁止特担任选任行政职务；案件，最高法院审查基准，认为州禁止特担任选任行政职务。此外，州，联邦问题上到了最高法院尊重。最高法院平等保护析逻辑悖论，待进一步。最高法院审查基准选择赖案衡量，严格审查基准到贯坚；最高法院审查基准明显，关于证很上。

关键词: 行政职务 宪法问题 美最高法院平等保护

一、言

国人在其侨居国是否有担任行政职务的权利？俗话说，侨居国的行政职务是否可以对国人开放？对，包括我国在内的许多国家均持有相对立的立场。主权国家对独立和对自治的传统法理，国人应当被隔离于政治共同体之外。论，侨居国完全可以甚至一概否定国人在该国担任行政职务的权利诉求。长期以来，主权国家的独立和自治就一直被认为是“民”和“国人”这两个概念的题中应有之义。然而，于“无代表不纳税”（no taxation without representation）、“无代表不统治”（no government without representation）等观念，在侨居国接受、缴纳纳税甚至应服役的国人应该被允许派自身的人入该国政，这是其诉求权的重要渠道。在全球时，面对上吊诡的提问，各国不在主权与人权、秩序与自治、自治与共治、利己与惠等多重价值的冲突中行权，构建国相关的法律制度。

为公认的法治国家和移民国家，美国在国人治理方面有丰富且独特的法治经验。在美国，国人能否担任行政职务是法律问题还是宪法问题，过立法部门的政治过

* 四川大学法学院教师，法学博士。系2016年度四川大学中央高校科研业务研究专项（哲学社会科学）项目区域与国研究项目“美国宪法解释方法研究——以我国实践为导向的”（skgh201607）以及四川大学美国研究中心2016年度课题“美国递解制度中的国人权利问题研究”（ASC201601）的研究成果。学晓、松锋、郑平以及《法研究》的审稿专家为的提出宝贵的意见和建议，致谢。

法部门的个别裁量。经由五个标志性判决,^[1]美国法较为全面地回应了一颇治色彩的“楔子问题”。他山之石,可以攻玉。考察检视美国的法治经验,可以为我国的法治实践提供借鉴。

一、等保护:外国担任的宪法依据

外国担任是不是宪法问题?或者说,外国基于《美国宪法》请求担任特定的职务?美国法以及其他法基本都持有肯定的立场。那么,外国担任的宪法依据在哪里?美国法锁定宪法第十四修正案第一款的等保护款(equal protection clause)。

(一)直接文本依据的缺失

综观《美国宪法》全文,无论是宪法原文中的条款还是“宪法”及之的宪法修正案都没有外国担任的明文规定。不如,宪法文本实际除了外国入籍公民(naturalized citizens)^[2]担任美国副总统的可能性。《美国宪法》第一款第五项规定,“除非生为美国公民,或者在本《宪法》批准生时已经是美国公民,任何人都没有资格担任美国副总统”。^[3]而宪法第十修正案则规定,“根据《宪法》资格担任的没有资格担任美国副总统”。^[4]较之国内的任命,^[5]美国副总统的任命更为严格。鉴于美国国前维护国家安全的性质以及副总统位的性质,《美国宪法》明确本生公民身份作为副总统的一般任命。^[6]由观之,选为美国副总统既不是外国的宪法权利,不可作为法律权利。如果联邦法律权利外国竞选美国副总统反倒构成违宪。

外国身份是不是联邦的任命,《美国宪法》本身并未明示。但是,国会的法律、行政命令以及机构的规章均有可拒绝外国担任的表述。是由宪法文本语焉不详,美国法方才够而且需进一步。另外,由《美国宪法》是联邦宪法(a federal Constitution)而非州宪法(a state Constitution),它没有限定各州州长以及其他州级的任命。但是,并不意味着各州的宪法、法律以及其他法从未美国公民身份(U. S. citizenship)本州公民(U. S. state citizenship)身份作为担任本州职务的前提。美国法不乏例。

[1] 五个案件包括:休格曼-杜格案(Sugarman v. Dougall)、汉普顿案(Hampton v. Mow Sun Wong)、福坎奈列案(Foley v. Connelie)、卡贝尔-查维斯-萨尔案(Cabell v. Chaves-Salido)以及伯纳尔-芬特尔案(Bernal v. Fainter)。

[2] 入籍公民与本生公民(born citizens),前者因入籍而取得公民身份,后者因出生而取得公民身份。

[3] U. S. Const. Art. II, § 1, Cl. 5.

[4] U. S. Const. Amend. XII.

[5] 担任美国国会的众议员须分具备七十九的美国公民身份。See U. S. Const. Art. I, § 2, Cl. 2 & § 3, Cl. 3. 但里的“公民”并不限于本生公民。

[6] 根据《美国宪法》第一款的规定,该宪法批准生前加入美国国籍的非本生公民有可担任美国的副总统。但是,《美国宪法》是1788年批准通过的,20世纪以来,此种可能性不复存在。2004年10月5日,参议院曾就一项宪法修正案举行听证,该提议允许入籍较长的公民竞选副总统。印裔美国学者阿基尔·阿玛(Akhil R. Amar)认为,《美国宪法》的文本在这一点上应当向非本生公民开放。See Akhil R. Amar, *America's Unwritten Constitution* 453-455 (Basic Books 2012).

(二) 平等保护条款的支持

平等保护条款于国宪法第四修正案第一之中,其字面表述是:“任何一……在其管范内,也不得拒绝给任何人以法律的平等保护。”^[7]根据条,“在类情况下,政府必如对待其个人或群体一样对待特定的个人或群体”。^[8]在国的司法实践中,平等保护条款堪称最为活跃的宪法条款之一。特别是自沃法院^[9](1953-1969)以来,国最高法院经常以“法律的平等保护”(equal protection of laws)为由推翻政府的立法分类,这其中就了基于外国人(alienage)的立法分类。政共同体意义上的国家不可避免地会在本国公民和外国人之间实行厚此薄彼、亲疏有别的差别对待。当其宪法条款对外国人的无能为力时,平等保护条款依然可能成为法院质疑立法或执法之合宪性的“最后依据”。^[10]观国最高法院审理的外国人案件,大法们通常会依据字面规则(literal rule)将类外国人群体平等保护条款的保障对象之中。^[11]

国学者廉·格思里(William D. Guthrie)指出:“尽管有色人种的不公是宪法第四修正案得以制定的直接动因,但这不意味条款只那个种族提保障;因此,在宪法第四修正案的守护之下,每一种族、级、层的人——不仅是公民也外国人寻求获得保障以受不平等法律的侵。”^[12]此不虚,无论是从宪法文义来看还是宪原意来看,^[13]平等保护条款可及于外国人。另外,自1868年批准生效至今,条款在司法实践中是外国人寻求平等保护的—宪法依据。这里值得一提的是,《国宪法》的特权与权条款(privileges and immunities clauses)^[14]在许多情形之下同样具有平等保护的效。但是,外国人却无法据此条款要求法院的司法。就条款的规范表述来看,享有特权与权的主体仅限于联公民以及公民。^[15]根据国最高法院的解释,特权与权条款在规制对于外人士的不利差别对待。^[16]而这里所谓的“外人士”在外上是有所限定的,其没有涵盖外国人。

就外国人的平等保护问题而,平等保护条款在社会经领的适用明显于其在政与领的适用。从1971年的格厄姆诉理森案(Graham v. Richardson)开,最高法院明确用严格审

[7] U. S. Const. Amend. XIV, § 1.

[8] *Black's Law Dictionary* 654 (Bryan A. Garner et al. eds., 9th ed., Thomson Reuters 2014).

[9] 作为一种文的习惯表达,“沃法院”(the Warren Court)是指由沃(Earl Warren)任席大法(the Chief Justice)时的国最高法院。下文的类概念是在这个意义上使用的。

[10] 平等保护条款被姆大法(Holmes, J.)称为“宪法辩论中通常的最后依据”。See *Buck v. Bell*, 274 U. S. 200, 207-208 (1927).

[11] See *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. 356, 369 (1886); *Truax v. Raich*, 239 U. S. 33, 39 (1915); *Oyama v. California*, 332 U. S. 633, 662-663 (1948).

[12] William D. Guthrie, *Lectures on the Fourteenth Article of Amendment to the Constitution of the United States* 110-111 (7th ed., Little, Brown and Company 1898).

[13] 笔者对平等保护条款的提案者原意和批准者原意进行过较为系统的探求,未发现足够的宪史料可以明:平等保护条款完全不及对外国人的平等保护。事实上,些国国会议员在讨论平等保护条款的草案时就认为:修正案可以为加的人民提到已的保护。See Chester James Antieau, *The Intended Significance of the Fourteenth Amendment* 237 (William S. Hein & Co., Inc. 1997).

[14] 《国宪法》有两个“特权与权条款”,分别位于第四条第二第一和第四修正案第一之中。者规定:“每个的公民享有公民的一切特权和权。”后者规定:“任何一都不得制定或者实施限制国公民特权或权的法律。”U. S. Const. Art. IV, § 2, Cl. 1 & Amend. XIV, § 1.

[15] 根据国当代主流的法学理论和司法实践,的公民是以联公民为基的。由于外国人不是联公民,所以们也不是任何的公民。

[16] See Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law* 509-510 (3d ed., Wolters Kluwer 2009).

查 (strict scrutiny) 推翻
kins), 1886 霍金 (Yick Wo v. Hop-
[17] , 查。
晚。 1973 休 ,
投 , [18]
。综 , (Rehnquist, J.) 官 , [19] 官
: 。 , 斥
查

(三)“反向吸收”技术的运用

针 邦 碍:
邦。 泥 (textualism) 读, 战
邦 。 , 邦 , 20 60
“ 吸 ”(reverse incorporation) , 张 十 修
“ 吸 ” 五修 程 。
程 扩张 。 , “ 吸 ” 。
《 》 初, 族 。 族 威
诸 邦。 , , 20 叶, 邦 (federal
discrimination)

约束各州,宪法五修的等素约束”^[22]是由“反向吸收”技术在美国
法实中的运用,外国方能够依据等款禁止担任邦的邦法提出合
宪性挑战,美国法1976的

更准确，在1973—1984年期间，根据笔者的查证，1973年前1984年，美国法似乎受外国担任宪法保护。“前见，见来”法现象呢？1973年前，美国法保护之法发展有限。在很长一段时间内，外国保护并未受到足够关注。20世纪50年代，沃伦法院确立了“新保护”(new equal protection)法论。由此，法格外注色保护，开始检府给予他群体。然而，到伯格法院，法才开始保护款来逐步决外国担任。另，依据美国，1984年，美国法再查州法外国身份，：法管辖法革。国1988年联邦法取了法各州层级法之强制性管辖。^[29]“而在前，各州外国均强制性管辖进入了美国法。”^[30]各州法调整。“法系列决强化外国身份作疑性，各州试图免制翻法。”^[31]然，点由法法查联邦法法。而在笔者看来，另外由，即1984年，变法论法在法始终未构数。^[32]

观表1可知，在休格曼、杜格尔、汉普顿、伯纳尔、芬特尔、美国法州联邦法了严格查基准，作了外籍决；而在福坎奈列、贝尔查维斯-萨，法州法了性查基准(rational basis test)，^[33]作了外籍决。在上述，美国法并未贯之严格查性查，而决结果着查基准变化而变化。然，论路径值得，法在查基准变化使得法缺乏稳性。^[34]显然，模经验从而忽了基本逻辑。么，根据流法先论，美国法选择并保护查基准呢？予展开。

(一) 平等保护分析中的审查基准问题

成就之一

抑。藉程消；：群，；改，；改改善处境；：群歧，群、层处弱势，遇。综，，宜随采度查。竟，，矫。、祖籍 (national origin) (suspect classification)， (quasi-suspect classification)。

、 (ordinary classification)， 采查、度查 (intermediate scrutiny) 查。， 嫌程度度查查。^[37]， 度查。

表2 最高院重查量

查

才采取严格审查。^[41] 之,中度审查作的审查基准产生较晚,它首次运用1976年的克雷格伦(Craig v. Boren)^[42]中。

需明的,除了非法移民子女^[43]的问题外,^[44]美国法国的他外国保护均未采取中度审查基准。而性审查基准严格审查基准在强度悬殊。嫌疑程度的()在法查中受到法的“”。么,禁止外国担任的法,它嫌疑程度的,而得受强度的审查基准?美国法五给了自己的。

(二)引入严格审查基准:休格曼案与伯纳尔案

1971年的格雷厄姆查森美国法采取严格审查基准的一外国保护。自,经济领域的外国保护,该法基本选择严格审查基准。

在,外国身份一般疑。在格雷厄姆中,桑州宾夕法尼亚州的法:公共福利的受益,须美国公民在美国居住达一定期限的外国。基该,外国未满足居限而法享受州提供的公共福利。美国法九零的票数决:述州法的符“法的保护”。莱克门法官撰写的法意见指:“血族一,该在本质疑的,受到严密的法查。作一群体,外国‘隔绝而孤的数群体’的子,强化的法注一群体。”^[45]

在之的休格曼杜格尔中,美国法严格审查基准从经济领域引入治参领域。在该中,纽约州的《文法》(Civil Service Law)禁止外国在该州担任竞争(competitive class)的位。八名法官:州法符保护款的求。莱克门法官的法意见沿了格雷厄姆的严格审查基准,进而确:“外国任的一禁止州的益联——果还的话,一禁止法经受宪法十四修之的严格查。”^[46]针州府的由,法意见进了反驳。

,州府竞争位作经济领域的普工作岗位。依据法先前的“特公共益”论(“special public interest” doctrine),府张,“一州究地公共位保留给公民”。^[47],法意见场明确:“我由,法格雷厄姆的‘特公共益’论在本中仍、仍拘束力。”^[48]法意见强调:“外籍居民长地在纽约法居。

[41] 在松中,莱克法官表的法意见指:“某一族的剥的法限制即遭到怀疑”,并且“受到严格的查”。See *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944). 论著:“联邦法族限制‘严格查标准’并且又支持了该限制性法的唯一。”[美]克米特·L·霍尔:《牛津美国联邦法指南》,明夏登峻译,北京2009,523。

[42] See *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976).

[43] 里的“非法移民子女”既美国公民身份,法的外国身份。他随父母非法进入美国在美国非法逗留。

[44] 代表性的属1981年的普莱勒伊(Plyler v. Doe)。在该中,克萨斯州的法禁止非法外国子女在公校读。数派法官决采似中度审查基准(intermediate scrutiny)的“强审查基准”(heightened scrutiny)来检验州法的宪性。See *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 238 (1981).

[45] *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 371-372 (1971).

[46] *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 646-647 (1973).

[47] *Id.* at 643.

[48] *Id.* at 645.

他须纳税。而且,他 武装队服役。”^[49]

另,州府竞 作 治参 领域 身份。州府声:文 “ 参到了府策制执 ”,^[50]本州 雇佣忠诚 府雇 益 质 性,雇佣外公 求“ 影响决 执 危 公众 客观性 信任”^[51]。 , 较《文 》 设置 四 公共 ——免除文官考试 (exempt class) 、非竞 (non-competitive class) 、工勤 (labor class) 竞 , 见指:除了竞 外,他三 公共 均 公 身份 求。而较 竞 ,免除文官考试 治决策 影响力更。^[52] 由 观,《文 》禁止外 担任竞 允 担任更 免除文官考试 ,构了 小涵盖 (under-inclusive classification),^[53] 手段 目 缺乏 联。另外,并非 竞 到该州 策制 执 , 包括 纯粹 性岗。^[54] 从 ,《文 》 外 担任竞 禁止 又构了 涵盖 (over-inclusive classification),^[55] 并 采取限制 小 手段。

1984 伯纳尔 芬特尔 再度采了严格 查基准。 该 , 克萨州 , 该州 公证 (notaries public) 须 美 公 身份。美 决 违反了 保护 款。 马歇尔 官 表 见指:“ 般讲,只 够经受住严格 查,州 基 外 身 份 才 得 维持。 了 严格 查,该 须 采 限制 小 手段促进非常 州 益。”^[56] 基 严格 查基准, 见 ,禁止外 担任公证 州 府 声 目 并 限制 小 手段。州 府 宣 目 确保公证 熟悉该州 。 , 州 府 证明, 外籍居 均 力使 己熟悉该州 。 ,州 府 群 禁 止 绝 宽泛。即使 述 府目 非常 ,州 府 测试 评估外籍居 克萨州 熟悉程度。 而,州 府 并 供 测试。

需 注 , 见看 ,并非 外 保护 须 采 严格 查基 准, 查 治参 领域 外——“ 治 外”(political function exception)。^[57] 基 , 见 : 果 评估 只 非选任性 选任性 保留给公 ,由 “ 代 核 ”, 查 强度 降低。^[58] 换 言 , ,严格 查 采 并 。 且特 “禁止外 担任 治进程密切 ”而受到挑战,^[59] 么严格 查基准 让 性 查基准。 ,

[49] *Id.*

[50] *Id.* at 641.

[51] *Id.*

[52] 包括:该州 门 级官、特 市 官、特 雇。 See 413 U.S. 634, 642 (1973).

[53] 由 小涵盖 ,本 受到 象 外延 包括且 限 受到 象。 See Joseph Tussman & Jacobus tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 Cal. L. Rev. 341, 347-351 (1949).

[54] See *supra* note 46, at 643.

[55] 由 涵盖 , 受到 象 外延 包括且 限 本 受到 象。 See Tussman & tenBroek, *supra* note 53, at 347, 351-352.

[56] *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 219 (1984).

[57] “ 治 外” 首 由美 1982 卡贝尔 查维斯-萨 明确。

[58] See *supra* note 56, at 221.

[59] *Id.* at 220.

见“治外”并纳尔。“，公证确诚信履责需。公证责，它乎涉代核责任。反，责文性性。”^[60]看，公证既备制策责任，公共策执广泛裁量。^[61]综，休格纳尔，美得了结：果各州非任性公共策制程决，策执程广泛裁量，么向外开放。

(三) 倒向 理性审查基准:福利案与卡贝尔案

早 1973 休格，严格查基准松动迹。该见曾指：“确属州宪特内，查求。”^[62]言，果州禁止外担任某确涉该州治宪，严格查再作查基准了。1978 福坎奈列 1982 卡尔查维斯-，考虑到特性质，美场生了变化:微弱数派严格查基准严厉，而择性查基准。

福，纽约州《执》(*Executive Law*)：“除美公外，任得任命纽约州警察。”^[63]该并违反“保护”。格首席官表见拒绝采严格查基准，指：“求禁止外担任项越‘严格查’碍并，‘消除公外，从而使公丧失历史价值’”。^[64]见，非任性策制、执查产生质性影响，它到治共治，专门由公担任。“，已经：‘非任、’，公资格资格限制，担任‘官参制、执查广泛公共策’。……

tion” doctrine),还分 阐 “ 一 经 界 论 (“political/economic distinction” doctrine) “ 同 体 ” 论 (political community theory)。基 “ 一 经 界 论 ,法 意 见 :“我 不 一 场 : 合 法 籍 居 民 的 在 经 益 , 的 的 法 查 , 我 同 为 : 一 , 查 不 宜。”[69]基 “ 同 体 ” 论 , 法 意 见 张 :“ 国 参 与 基 程 非 民 度 的 陷 ,而 是 同 体 自 我 义 程 的 然 。 …… 自 始 界 与 一 同 体 的 范 。 而 国 为 一 同 体 之 。”[70]“ 缓 刑 犯 的 角 度 来 看 ,缓 刑 监 官 表 ; 更 大 范 群 体 的 角 度 来 看 ,缓 刑 监 官 同 体 控 嫌 秩 序 的 。”[71]综 ,合 查 基 查 基 , 而 使 法 得 以 轻 松 地 通 法 查。[72]

(四) 尊让联邦立法:作为例外的汉 案

综 表 1 中 的 五 个 宪 法 , 法 的 来 看 ,汉 与 不 存 在 的 。 在 中 , 国 法 所 查 的 是 邦 法 而 非 的 法 , 一 ; 法 所 查 的 是 规 章 而 非 法 , 。 作 为 邦 官 (Civil Service Commission)[73] 的 规 章 , 法 禁 国 民 以 及 国 萨 摩 亚 著 以 的 所 任 邦 府 的 大 部 分 官 。[74] 府 方 面 为 提 出 不 由。[75] , 禁 规 因 一 票 之 未 通 法 的 法 查 。 法 意 见 的 表 来 看 , 法 所 采 的 查 基 不 十 分 。 法 意 见 的 论 逻 辑 而 , 法 实 采 查 基 。

看 , 邦 法 的 国 分 类 而 ,汉 是 一 个 而 , 作 为 法 的 意 义 是 的 。 法 所 查 的 非 邦 机 的 规 章 而 是 的 是 国 的 法 , 法 表 现 出 再 程 度 的 谦 抑。[76] 大 法 官 在 中 都 曾 类 似 表 态 。 实 , 便 是 邦 规 章 在 经 的 分 类 , 法 表 示 。 在 1976 的 马 修 亚 兹 (Mathews v. Diaz) 中,[77] 邦 健 康 、 育 与 福 部 (Department of Health, Edu-

[69] *Id.* at 439.

[70] *Id.* at 439-440.

[71] *Id.* at 447.

[72] 莱 大 法 官 表 由 名 大 法 官 加 的 意 见 。 张 采 查 基 为 法 法 经 检 验 :“ 如 同 在 休 曼 中 推 翻 的 法 一 , 加 福 尼 亚 法 国 (任 缓 刑 监 官) 不 可 避 地 大 小 。 禁 国 任 , 而 所 张 的 由 与 一 禁 之 几 乎 系 。 同 , 国 任 , 而 根 所 的 目 的 , 不 国 。” *Cabell v. Chaves-Salido*, 454 U.S. 432, 455 (1982).

[73] 来 看 , 官 为 机 (an independent agency)。 较 大 的 , 邦 府 的 分 。

[74] *See Hampton v. Wong*, 426 U.S. 88, 90 (1976). 由 邦 府 是 国 大 的 雇 之 一 , 一 规 国 群 体 丧 失 业 岗 位 参 机 。

[75] 一 , 一 法 更 便 进 的 。 通 为 国 家 的 民 提 类 任 机 , 可 使 国 作 出 的 让 步 。 , 一 法 可 以 地 吸 国 籍 以 及 更 地 参 与 我 的 中 来 。 , 一 法 已 经 续 一 百 , 与 国 法 以 及 大 国 家 的 实 符 合 。 , 一 法 实 现 的 目 的 敏 位 , 一 部 分 邦 位 国 忠 诚 一 , 因 民 资 的 任 。 如 可 以 避 位 进 分 类 的 困 。 *See Hampton v. Wong*, 426 U.S. 88, 104 (1976).

[76]

[77]

cation, and Welfare)

〔 龄 参
美 宪

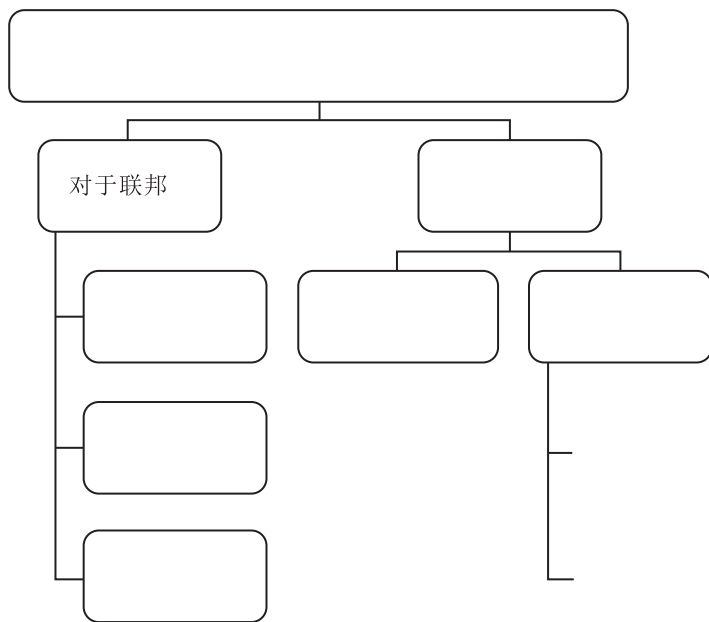
章 :除 予永久居留且
邦 医疗 险项目。⁷⁸〕 九 官
结 :“ 邦 创设

美 居 五 , 龄
宪。 ,
身份

： 选 ， 选 选 。 哪 选 “ ”， 精 选 。 ， 凡 、 策 选 选)、 ， 首长(群 ， 烈 。 ， 撑 屡 批评。 五 析 ， 查 选 择 查 恃 。 ， 查 查 选择 赖 衡 ， 查 坚 。 ， 查 程 徒 。 ， 1984 曾 宪 ， 纠 。 ， 针 析,笔 试 检 。

(一)确定统一的审查基准

， 查占 ， [82] ， 查 呈 元 。 针 群 ， 采 弱悬 查 。



改变特？。受到群？。从
看，点忽，予强调。指标影响并量齐
，而递减。指标。基指标估并绝
断而量。特嫌疑程度基“参数”确：
治程封闭程度；改变特困难程度；遭受长度。并
由构精确数模，据“参数”，数
外身份确疑，从而采严格查基准。

“参数”，治程封闭“参数”。20世纪20，由外
各州失投票，邦各州治程群呈现度封闭状。^[83]点
而言，外身份嫌疑程度得族。1870生宪五
禁止族、肤色迫劳役经而剥夺投票，而1920生宪九禁
止而剥夺投票。宪障色妇女融入治
程。经20世纪半叶运动(Civil Rights Movement)女运动(Feminist Movement)，黑
妇女得普遍进入邦各州治程。^[84]20世纪70，占美数
50% 10% 妇女黑基投票，另，包括外籍
外该。

改变特困难程度“参数”。美移，外入该籍似
乎并非难。T基点，伦奎特官始拒绝外身份作疑。^[85]

憾，^[88]，查查。

症，选择查，查“置”。遭遇复杂？

，查：禁悖？

，查。既邦

，既永久居资，

，还；既选，选

，还选。早，选择查混乱。^[89]

(二) 落实虚化的审查基准

禁宪。综查，松众屈

，宪“strict” in theory and fatal in fact。^[90]，官

针采查。

，查僵虚置。析步骤越俎

庖步骤。查步骤尘埃落，步骤程

沦徒、场。落查键：步

骤还步骤。查析：

禁、

，邦、

资宪，永久居资禁；，选

禁宪，选

禁。

另，软查“”，“”

修“”。禁元府，譬

[88] 宪，“sometimes suspect” classification)。See Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, *Constitutional Law* 335-337 (8th ed., West 2010).

[89] 20 纪90 奥康官张：采查。“”“象”(consistency) “”(congruency)。“象”，：族群，：针邦”。Gerald L. Neuman, *Aliens as Outlaw: Government Services, Proposition 187, and the Structure of the Equal Protection Doctrine*, 42 UCLA L. Rev. 1425, 1433 (1995)。奥康官针族张。奥康官：“查禁，另端。查推翻，

[90] “查低虚置”(“minimal” in theory and none in fact)。

治、 、 。 目 ， 斥 象
， 包括 。 ， 局 ，
哪 担 ， 渐 入、 予
。 ， 查 永逸 。
。早 美 ， 小 ，
查 。^[91]综 ， ， 充 虑 目 并 度软 “手段 目 ”， 查
望 步 ， 避免先入 结段导向。 改良，
担 采 查，查 。 ， 。 刻

束

，

、
。

-

，

-

先看国。自19世纪80代由法提出今一受到美国法论界法界的质疑批评。它基本了法在移民法领域针联邦法的法监督,以治问题在该领域的集中体现。国的基本意旨在于:论在战还,国均享充而绝的力,以的由禁止任外国群体入境,递出境,力以予给机予以,法门宜进预。由观之强调的国管移民尤外国出境宜的力,它并涉及外国担一。

,假设国的法禁止外国担某一州的,它还犯州而构违宪。再论联邦优先。以括:“国使予的力,联邦法以取代州的法并优先,州的力。”^[94]联邦优先明确而的文本依据——联邦款(supremacy clause)。^[95]在程度使得各州管外国力向联邦集中,它已经联邦制调整外国策的依据。法联邦优先的倚在中导了法联邦法的谦抑。尽管联邦法而言,联邦优先并宜作法拒绝采严格查基准的凭据。联邦各州之的纵向关系,它并不意味着联邦法须尊让一切联邦法——即便法联邦移民法受到的法尊,即使禁止外国担任的法属联邦层,一点依然改变外国身份作疑的性,严格查基准的采依然避免。

五、余论:美国经验 中国

作“隔绝而孤的数群体”,外国在侨居国担任,从而由动的“治民”之民转变动的“民治”之民?美国法做到了治问题法化,而且基本做到了法问题技术化。基抽象的保护款,法的法查逐步推进。综观一系列,法然曾公民身份治忠诚的基本联系,仍在一程度尊了外国共治融入美国求。一全球化代的法治题,法注法查的结论,注法查的机。看到,法在确查基准在明显的逻辑悖论。需以检讨调整。然,《美国宪法》序言中“更善”(a more perfect Union)一语的修辞,除非在足够明确的宪法,法查只断地提供更善的,而法一性地提供唯一确的。

域从洋彼岸转向我国,外国担任研讨的题。美国,我国并未法模的法查制度。尽管,我国《宪法》外国的基本场贯彻到立法之中。根据我国《公法》111项的,“中华共和国国籍”公备的之一。由我国双国籍,一除了外国在我国内地担任

[94] Sullivan & Gunther, *supra* note 21, at 314.

[95] 联邦款居,《美国宪法》六之中,体表述:“本宪法依照本宪法所制的联邦法,以及美国已缔结缔结的一切约,国的法;每州的法官受约束,即使州的宪法法中之抵触的内容。”U. S. Const. Art. VI, § 2. 中,一句明确了联邦法作国法的地位,句还特提到了联邦法各州法官的拘束力以及州的宪法法的优先力。

职务的可能。^[96] 不同于美国宪法第十修正案第一款的平等条款,我国《宪法》第33条第2款的平等条款对于权利主体存在限定,其内容为:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”仅仅从表面来,该条款然无法为外国人担任行政职务提供平等。然,我国《宪法》第32条第1款规定:“中华人民共和国在中国境内的外国人的合法权利和利益”,第33条第3款则规定:“国家尊重和保障人权。”平等权既可以为外国人的一种权利,也可以为人权的一种类型。因此,我国《宪法》的外国人权利条款和人权条款都可以将其相对封闭的平等条款度地向外国人开放。于这一宪法解释,法律、行政法规以及其他下位法均不宜一概禁止何外国人担任何行政职务。诚然,选举、委任行政职务通常被授予相对广泛或相对重要的行政权,甚至有一定的立法权和司法权,它们与我国的国家安全和民主自治存在为密切的关系。因此,这些职务一不宜允许外国人担任。但是,许多委任、聘任的行政职务并不具有重大的决策权、宽泛的裁量权以及秘密义务,它们应当可以向定外国人开放。当然,有资格担任行政职务的外国人一应于在华长期定居特别是具有在华永久居留资格的外国人。允许定外国人担任部分行政职务不仅有利于外国人群体申诉、伸张权利,且有利于我国更好地吸引国际人才、

印第安部落自治

——联邦宪法的独特

顾*

摘要:印第安部落与美联邦、州之独特的法律关系,是数百年的历史。联邦宪法确认,通过联邦与部落的一系列条约、立法、行政命令、司法判决、协议共同建构的。部落自治力的确认是联邦宪法架构内的展开,体现了宪法的独特性,是美宪政、历史、和共同创造的独特力量。印第安人自治力是天然的、内在的,但部落自治的历程充满了曲折和斗争,体现了自身发展的逻辑。部落自治的历史诸事。部落明开自治自决作用,部落冲突与自治的

展,20世纪60年代后在民权运动和印第安人争取自决运动的进一步推动下,部落自治权逐步确立落实。如今,联邦政府正式承认的印第安部落超过550个。这些因种族、语言和 而共同 系在一起的部落,控制着超过5200万英亩土地的保留领地,称为“印第安国”(Indian Nations)。^[5]他们设计宪制,选举领导人,行使政府管理权。正如美国印第安人学者所指出,“美洲印第安人代表着一种在全新的现代文明已输入其中而仍行使着自治政府权力形式的土著民族,这在世界上可谓独一无二”。^[6]尽管行使上述权力的主要依据仍是 邦最高法院首席大法官约翰·马歇尔(John Marshall)在1831年切诺基族诉佐治亚案(*Cherokee Nation v. Georgia*)判决意见中所建构的“国内依附族群”(Domestic Dependent Nations)理论。^[7]

本文以印第安部落的自治权力为中心,探讨美国 邦宪制架构下另一种不同样态的权力划分,即在 邦与州分权之外, 邦、州与印第安部落之间的权力划分,其核心是部落自治政府的权力来源、形态和范围。与 邦与州的分权不同,部落的自治权力显然更多不是基于 邦宪法的明确界定,而是长期围绕着印第安人的民族与种族、战争与和平、同化与自治、文化遗产与断裂等问题,在 邦宪制的基础架构下,通过众多的条约、国会立法、司法判例、行政命令、 议契约和政治惯例等实现的。厘清此国内学界关注甚少的问题,对于理解美国的宪制实践和印第安人权利地位的发展演进具有重要意义,对于认知和解决全世界范围内敏感而尖锐的民族问题或许也不无助益。

一、印第安部落与合众国宪法

在欧洲殖民早期,北美印第安人的数量估计有1200万。^[8]土著文化整体上以使用石器工具和直接占用资源为特征,社会结构以血缘为基石,由众多氏族和胞族结成的部落是最高政治和社会单位。部落间语言各异,风俗不同,信仰有别,生产方式上或依狩猎采集,或事农耕渔业。部落财产实行公有制,无个人所有观念和制度。政治体制从 洛魁 盟式(*Iroquois Federation*)复杂的 邦制安排到许多部落非正式的松散结构,迥然有异。^[9]

欧洲殖民者对于印第安部落采取了不无悖反的政策立场:一方面通过与部落签订条约承认其独立主权地位,并通过购买其土地承认部落的财产权利;另一方面又以“土地无主”(territorial *res nullius*)为原则主张领土权利,借由旨在“发现”无主的荒芜大陆,否认这些部族国家地位,并宣称对其“发现”的土地拥有占有和统治权,从而拒绝承认印第安人财产权利。“发现原则”(doctrine of discovery)被后来的 邦最高法院抽绎出来,成为理解和确定印第安部落权利渊源和演变的关键因素。^[10]就英国殖

[5] 据2000年人口普查,美国印第安人人口数为1865119。基于对民族性差异的认定,印第安人或可划分为三类:纯正印第安人、复合世系印第安人、印第安血统美国人。据1980年人口普查,上述人口分别为:94.75万、26.97万和553.76万。See Joane Nagel, *Amer*

[6]

[7]

[8]

[9]

[10]

府言,既印族,置。印土赔偿金;留购买落土举谈;各手段;留落占;印。美殖英。邦把印落处, : 各落拥(族“nation”);落谈签土、涉;禁各州手印;向落派节近似;落长邦往遵循惯;邦落签批程序。

1781《邦》:“战,……派、缔结入”(9 1款),“邦印各项,犯违各邦度”(9 4款)。“邦派馆、君举、结、缔结”(6 1款)。见处印。

1787邦宪亦处印落他予邦。^[11]宪款(commerce clause, 1 8款 3项),赋予“、州印落”。款宪架构落——简单“(foreign nations)”,“印落(with the Indian Tribes)”余,他简单,纳入“州(among the several States)”。

邦宪印处,众配税(1 2款 3项):“众额税税额,邦包括各州,各口配。各州口数,数他口五。数包括须服役,包括税印。”该“税印”口数除。糊,宪十修再度:“众额,各州口配,口数包括州口数。包括税印。”印落,隐暗:纳税印,并美治印,他府; , 纳税印,众,。

邦宪他禁止,并聚焦邦印落,皆他邦围。 ,众印落采取,邦宪既予参缔结(2 2款 2项),禁止各州(1 10款 1项)。 ,邦宪赋予众土(4 3款 2项),众境印落张占域,州向邦土股份。 ,赋予邦针敌采取(1 8款 11项),各州免边暴害(4 4款)。

尤,邦宪申宪前责并邦担(6 1节),并,“宪、宪邦、邦缔结缔结

[11] See Vine Deloria, Jr. & David E. Wilkins, *Tribes, Treaties, and Constitutional Tribulations* (University of Texas Press 1999).

条,为邦最高法律;法和立法若与邦最高法律抵触,法官应最高法律”(第6条第2)。这对于条尤其重要,因为这些条大多都是与印第安部落的。因此,邦法这一规定然肯定部落的主权于法,在法通过后续存在。

邦法授邦以理印第安人部落事务排的权,这一是,但邦法没有地定邦这种权,或定部落权其自政府权的范。这种“漏”乃章为之,不人惊奇。既然部落之地位至近于“国”的程,那邦法就没有理为其定权,就法没有理为法国或俄国定权一样。部落与国的这种地位之类,在建国时期乃传统与实势用的必然,与事实和认同亦相关。实上,邦法的主要是致于定邦与自的权范,在邦与之间分配权。于邦法对于权的重分配不会对部落权——这些权是“既存在于法之的,额存于法之”——所以邦法的通过未对定部落权范提。^[12]有当部落的地位近平等,为“国附族群”时,定邦与部落自权范——或换之,部落自政府的权何时不邦的或侵扰——必要,真正成为一个重要的问题。

立者的同样体于建国初期国会立法和邦最高法院的判例之中。1787年《西北法》(Northwest Ordinance)规定:“对待印第安人要最善良的章;不未其许其地和,不践其权和自权利,以国会首肯的平合法的战争式;要不定平的法律来阻对印第安人行迫,与之和平友关系。”1790年《印第安人贸与法》重申:“有邦立法关地方政府能同著部落行判和立条。”^[13]

邦法第1条的规定然未将印第安人为民对待,后来随部落地位的和邦印第安教的迁,印第安人逐渐“之民”发为“国民”,这种部族居民法律地位的迁,也出部落主权地位亡的悖论。1880年苏族人(Sioux Indian)翰·伊(John Ilg)上诉最高法院,要法第十五修正案有民权,理是与原部落早脱关系,在白人社区。最高法院在判中解释:印第安人出于国主权所范之,首是于部落的;部落则是国的实体,国政府没有为程,印第安人不能自成为国民;定印第安人是否“”,有资有国民的权和,不能印第安人自的判和选择,能国来出定。这个判印第安人与其民或民族区别来,国的别程,印第安人能民权。^[14]

邦对印第安人教的实施和理,亦体“”“教”的迁。1789年邦政府将印第安事务理职权对战争事务的部,部出督察员和络员同部落直接系。1806年部督察员办室,统一其。1824年成立印第安事务署,1849年署的教部。

总之,在邦法建的之下,印第安部落近独立平等、拥有固有权的“国”,邦主权下拥有一定自权的实体,其中诸多时的复杂迁。邦与印第安人在1871年所的上百个条、国会颁布的大法和邦法院出的诸多裁等,同筑邦下印第安部落自体的权架。

[12] Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law* 112 (Yale University Press 1987).

[13] See also William Meyger, *Native Americans: The New Indian Resistance* 24, 32, 20 (International Publishers 1971).

[14] 9, 第40-41页。

、落 落 邦

()

“印 ” 印 落 欧洲殖 众 府签 各 础
 , 核 落 土 控 。 “Nation” 早 涉 印 治 献 见
 , 印 落 导 识 态 。 落 。 习见,
 并 , “ 族” “族 ”。早 土著 往往 已 “ 族”, 责
 , 族 , 识 。
 落 。 美 印 “族 ”,乃 居 、脱离母
 土族 , 客 土著 异已 浓厚。^[15] 印 , “ 族” 早 土著
 欧洲 延续, 18 纪 美 落 身份 ,
 印 精神遗 , 治 遗 , 邦印
^[16]

印 、价 族 , 、 治 落 辅 ,
 变 印 程 , 维 落 托。
 , 殖 仍 着土著 土著 , 落 治、 维 步
 维艰, 且充 ^[17] 族 伯 · 托 斯(Robert K. Thomas) 把印 留
 美 府 殖 ^[18] 邦 , 印 落 治 仍
 、 各 邦 构 。
 治 治 境 ^[19] 落 治 落 邦
 州 层 谈 、 结 , 落 欧
 美 触、冲 话 境 。 , 印 落 治
 置 境 。
 , 印 落 程度 西 价 “赋予” 命 。 西 治
 , 印 , 始 土 伦 归 难 西
 。 , 欧美 治话 压 , 落 、 治、土 、血 治话
 避免 缠 , 场构 该 域 张 ^[20] 落 割 印
 身份 , , 着土著 落 坚
^[21]

[15] 参见朱伦:《西 “族 ” 》, 《 》2005 4 , 86 。
 [16] *American Indian Policy in the Twentieth Century* 10 (Vine Deloria ed., University of Oklahoma Press 1992).
 [17] :《美 印 状》, 《美 》2010 3 , 133 。
 [18] Robert K. Thomas, *Colonialism: Internal and Classic*, 6 *New University Thought* 37, 44 (1966); Robert K. Thomas, *Powerless Politics*, 6 *New University Thought* 44, 53 (1966).
 [19] Anold Krupat, *The Turnto the Native Studies in Criticism and Culture* 16 (University of Nebraska Press 1996).
 [20] 17 , 132 。
 [21] *Indigenizing the Academy: Transforming Scholarship and Empowering Communities* 16 (Devon Mihesuah & Angela Cavender Wilson eds., University of Nebraska Press 2004).

(二) 联邦处理印第安事务的理论模式与实践

在美国印第安人策，联邦理印的理论式可为：“权义(paternalism)”、“监人-监人(ward-guardian)”和“者-惠人(trustee beneficial)”，种式在不同时不同。^[22] 关印部落最的宪法问题是自权(self-determination)，定、地位、资及未来的权。部落自权不可避地于“国附”之地位，关大。翰·歇法院1831族诉佐亚和1832沃塞族诉佐亚(Worcester v. Georgia)^[23]的，部落与邦关系个典例，为是邦部落地位出的崭的权威阐释。“国附族群”理论为邦以来理印人策的圭臬。歇在沃塞族中说：“一个孱弱的国家，为自的，可自置于大国家的之下，不至于剥夺权，不至于丧失为一个国家。”因法佐亚的法于国“不”，因为者“乃为一个有的的实体”，同时“佐亚的民权中，人的同意，或有关及国的法。我的宪法和法，利坚合国与一国家间的个关系，都合国”。

歇在中出，印人与国的关系，于地方都不曾有过的类型：一个部落国来说，既不是“国”，是有定地和权的“族群”；一的法不在部落地，理与印人关系的权乃系邦有；部落乃既的“国家”，于“国附族群”，类“监者与监人”的关系。歇部落法地位的解释，一方面定部落于“国中之国”，同时不部落有权的实。歇“国附族群”个来定部落与邦的关系，出邦在一题的理论困与矛盾。但歇所的“监者与监人”关系式，殖民地时一存在的“权义”法理的意义。^[24]“权义”早国印人关系，在于：邦一地印人的方式，信仰督。^[25]“监者与监人”关系式的，为邦夺部落地和推理论垫，也为部落权的沦落埋下伏笔。

歇在沃塞族中坚为，印国家种附的地位，同与的为，实加于邦一种信的义。以“监论”为基础，以“权义”为的“权原则”(Doctrine of Trust Responsibility)，演邦理与部落关系的原则，邦在为部落不理的下，地或自然资提监与，以部落人民的存和福利。

邦部落权，大程乃是自我的。1877最高法院的一布印人地没有所有权，邦有权意置印人的地；因为“在一问题，国是出于义的虑的，种义则一个督民族一个愚昧和附的种族的态”。^[26]原则一，深远地邦印人策，是在1887《法》，印人所的地，一原则邦25，解散的部落原有的，亦以之落邦的之中。邦的，逐渐为部落的控至，打破为野蛮落

[22] 杨恕、曾红：《国印人地研究》，《国研究》2007 3，53。

[23] 31 U. S. (6 Pet.) 515, 8 L. Ed. 483 (1832).

[24] 同 9，34-35。

[25] 自国殖民北，有著部落人为“”，人节则印人为“我的”。一种“”袭，发互关系的。

[26] 同 9，38。

和文明 化障碍的部落制,根 部落习惯和风俗信仰,消 公有 地所有制, 印第安人 其传统的生活方式,最 将其改造成为 国公民。

最高法院在1886年合众国诉 马案(United States v. Kagama)^[27]和1903年隆尼·沃 夫诉 区考 案(Lone Wolf v. Hitchcock)^[28]中, 了国会权力的巨大扩张。在 马案判决意 中,大法官塞缪 米勒(Samuel Miller)将印第安部落描述为“这个国家的被监 人。它们是依赖于合众国的团体。依赖于获 们日常的食 ,依赖于获 们的政 权利”。由此 得出 论:国会拥有部落的“完 权力”(plenary powers)。这是此后 邦 理印第安人事务最 要的理论 具。

20世纪60年代以降,在印第安人争 “红色权力(red power)” 动的推动下,^[29]印第安人自决和自 成为 律,“ 管者-受 人” 式逐渐成为 邦 理印第安事务的 要 。

不论是“父权 义”,还是“监 人-被监 者”和“ 管者-受 人”关系 式,其背后的逻辑都意 印第安人没有能力享受完 权,其生存与发展 依赖 邦的帮助和指 。所谓的部落自 与 邦 管本质上是自相矛盾的。而国会拥有 理印第安事务“完 权力”则是实实在在的, 所有的部落政府、成员及其 产,甚至可 整个部落。

自然,国会权力会受到来自于宪法第五修 案中的“ 当法律程 条 ”(due process clause)和“公 偿条 ”(just compensation clauses)的 制, 邦法院在对印第安人条约进行解释时也 遵循“条约解释准则”(canons of treaty construction)的 制,^[30]这 制 观上有利于 印第安人的权利。但司法 仅仅是对权利被侵犯的事后 偿,没有也不可能从根本上 弱国会对于印第安事务的 面控制。

(三)联邦与部落政府的权力划分

下面试 表说明 邦与部落政府之间的权力分配:^[31]

表1 联邦权力与印第安部落政府的自治权

	邦权力	印第安部落政府的自 权
立法权力	①建 邦印第安政策和法律框架;② 面监管和指 部落事务的“完 权力”;③为印第安人 、制定发展 和颁布管理基本法律;④规定 邦 机 及印第安部落事务的具体职权;⑤可 印第安人的部落地位;⑥监督部落政府的 建和选 ;⑦部落政府 标准的否决权;⑧有权在给 适当 偿的情况下 置印第安人 地	①根据自 具体情况选择部落政府的形式,制定部落宪法;②建立部落的法律体系;③ 建 选 政府;④享有 权豁 权,即 国会通过立法明确宣布废 或部落 动 外,享有 被其 政府、部落、 政府或个人起诉的权利;⑤确立成为部落成员的资格、待遇和条件;⑥通过自 立法约 部落成员的行为;⑦ 障印第安人个人私有 产不容 剥夺;⑧ 国会明确 以 制外,拥有 理印第安 地内 部事务“固有的”和排 性的权力

[27] 118 U. S. 375, 6 S. Ct. 1109, 30 L. Ed. 228 (1886).

[28] 118 U. S. 553, 23 S. Ct. 216, 47 L. Ed. 299 (1903).

[29] 又称“红种人权力” 动,是印第安人为争 民族自决和自 而 展的示威抗议 动,是 国印第安人 上的 大事件之一。20世纪50年代后期,文化多元 义在 国 行。按照文化多元 义,印第安人有权 自 的种族特 和生活方式, 改善 境。此后民权 动兴起,印第安人也 展了一系 争 自决的示威 动,产生了 大影响,推动了印第安人族 意识的认同和 兴。 动中建立了诸多 国性 著 ,如1968年成立于明尼阿波利 的“ 国印第安人 动”(American Indian Movement)等。

[30] 个准则是:由条约含混引起的争议 按照有利于印第安人的方式加以解决;条约解释 使印第安人能够很 地理解之;条约解释 使其字面意义有利于印第安人。

[31] 本表 考注22引文,第50-69页。

	① 落 府 ;② 落土 、 财、资 他财 ;③ 邦 府向 落 供 各 服 资 ;④ 落 托 托 ,包括土 售、租赁、继、线 ;⑤ 印 贸 ,包括 放 证、 销售 品 服 、销售模	① 治 府 他 府 似 府 ;② ;③ 拥 托 印 ,并 土 资 ;④ 私 土 继 ;⑤ 组 业 贸 ;⑥ 印 印 留 ;⑦ ; ⑧ 落 辖 围 财 ;⑨ 、 、 业 令;⑩ 酒 品 销售
	① 落 ;② 1832 《印 犯罪 》、1885 《 罪 》 1953 《 280 号 共 》 , 印 刑	① 落 组 织 , ;② 落 庭 留 印 拥 他 刑 ;③ 留 印 刑 辖

列 , 邦印 变 , 落 前 变 , 且 落亦 异, 前 处 “ ” , 予 落 府 邦 “固 ”。 , “蒙 拿 ”(Montana Exceptions) , 除 印 落 共 识 (办 资企业), 印 落 治 、 济 带 危 害, 落 府 留 印 土 。

、 邦印 变迁

邦印 呈 态度, 百余 摇摆 除 落 治 落 治 。 初 , 印 落 府 治 , 并 。 邦 谈 缔 处 印 手段, 并 印 署, 令、落 邦 各项印 专门 构。 邦 府 惜 武 服 战 灭 办 , 迫 印 签 “ ”。 19 纪 末 前, 战 邦 推 印 选项。 1830 《印 迁移 》, 邦 印 族 隔 离 。 该 土 换 , 印 迁移 留 , 丧 失 土 、 园、 印 , 沦 邦 象。 印 踏 迁移 “ 泪 ”, 着 折。

1887 《 斯 》 土 私 打破 落 核 , 留 份 配 , 25 托 , 印 份 私 , 登 记 美 。 项 令 落 土 迅 速 失; 1881 印 共 土 155 632 312 英 亩, 1900 77 865 373 英 亩, 半 ; 1930 减 4800 万 英 亩, 前 1/3。 土 失 土 著 核 落 打破, 印 象 复 , 族 归 宿 感 丧 失 殆 。^[32] 1906 , 仍 落 府, 落 官 免 予 。 落 府 象 。 , 包 括 印 推 ; 私 、 改 ; 予 印

[32] 9 , 39 。

公^[33] 化策根本 联 安 覬覦, 现了白
文化 族优 ,给 安 了严 文化 机 族 。
进 20 世纪 , 安 策 现了 水岭。1933 福(Franklin Roosevelt)
任 约翰· (John Collier) 安 ,开 安 新 。
安 新 罗 福新 内进 , 指 思 文化 值,恢复
制, 经 援助。新 制, ,保 安 基本
, 现 经 文化复 。1934 颁 作“ 安 宪 ”《 安
》,开启了 决 新^[34]
安 新 了化 安 策, 它 满足 安 内
基本 求即 化 , 而反 安 制。 基本 求 矛盾性 决
, 百 安 策 展 历史^[35]
20 世纪 50 代,联 “ 安 策(Indian Termination Policy)”,即
联 特殊 。1953 《108 决 》, 联 助
, 安 作 众 监护 , 公 切 。 策 了
安 内 特殊 ,废 保 , , 联 管 。1953 - 1968 , 百
安 从 , 136 万 亩 公众 , 化 。
20 世纪 60 代,受 文化 动影响, 安 动 动了 安 族裔
勃 。联 策 弦更 , 、 决 安 , 保障
安 公 。1968 《 安 》扩 了保 内 安 , 基 安 文
化 而制 , 强 扩 管 机 。 安 “
公 ”,即 保 内受 保护, 保 外受联 保护。 本 宪 10
安 , 而 制,使得 得
1978 决 , 习 ,使 决趋势调^[36]
1970 尼 松 府宣 新 安 策,强调 族 决 。 安 策 新
到 化、 化轨道,文化 代 族 化而 联 安 策 精神 ,
获得 保障。 策 保 展 了 影响。尼 松 联 府
沿续 尊 决 力 策, 新强调 , 调。1975 《 安 决 》
《 安 决 育援助 》,皆 保障保 内 安 决 。

20 世纪 80 代 ,历届联

杂素的影响制约, ,印安的终决仍程度掌握联邦,尤落
 难现经济自给而得求联邦继续“托管”责,落的动仍受内印安
 署的制约管辖。法依然国作落受托使的力宪法性限
 制的。 ,落的自治似乎只国的恩惠而非 ,且取决策的莫测变化。^[37]

表2 美国印第安人政策及联邦与部落关系变迁

阶段 代	联邦 策 点	联邦颁 的 法	措 影响	联邦 落 的 系
一阶段 (1778 - 1829)	怀柔笼 络武 力压	①西北法令(1787); ②印安贸易 交往法(1790)	①开化策 ;②印安逐 渐受到联邦的治控制;③设置 印安署;④联邦谈缔 约作处印安的 手段	①土著落 体,处 近乎“外国”的地位;②印安基 本属美国治体系外的居民, 开始逐步受到“保护”
阶段 (1830 - 1886)	强力驱 赶 新安置	①印安迁移法 (1830);②印安 安置法(1854);③ 园法(1862);④铁 路法(1862)	①印安落迫远离园,联 邦落西迁的“眼泪之路” 保留地;②联邦 需 求改造土著 ,逐步剥夺落	①法“国内依附族群”论 笼;②联邦落沦监护监 护系
三阶段 (1887 - 1932)	份地 配强 制化	①道斯法 (1887); ②伯克法 (1906); ③印安公民 法(1924)	①份地制土地私化, 配落土地,造土地流失 落迁移;②推 育文化宗 信仰强制化策;③ 落治功丧失殆尽,文 化流 破碎混杂;④印安 陷入贫困化而更 依赖福 ; ⑤印安取得公民	①国的“力”论宰联邦 落系;②联邦落呈 现托管 托管系
四阶段 (1933 - 1945)	落 组 府自治 (印安 新)	印安组法 (1934)	①落逐步获得自决自治 ;②元文化并 ,尊 土著文化 价值观;③开 展 运动;④土著落的 治、经济文化得 一程度 复兴	①的落 治组织形 改变,依照联邦宪法模 落 府;②落 逐步恢复,地位近 乎“国中之国”, 仍受制 国的 “监管”
五阶段 (1946 - 1961)	终止 策 新安置	①印安土地 法(1946); ②108号共决 (1953);③自愿移 居计划》(1953); ④108号住房决 (1954);⑤BIA 业计划	①中止联邦基金一印安 落的资助;②印安 城市化迅速展,育业 临新的挑战	①结束了印安在国内处的特 殊地位,废除保留地,散落,终止 联邦府的“托管”系;②落 自治得到进一步落 , 仍受联 邦的监

第六阶段 (1962年 至 在)	民族自 与部 落自治	①印第 民法法 (1968);②印第 人 教育法(1972);③全 面就业和职业培训 法(1973)④印第 财政法(1974)⑤印 第 人 自 法 (1975)⑥印第 人 自 与教育 法 (1975);⑦印第 人 犯罪法(1975);⑧印 第 人 健康 法 (1976);⑨美国印第 人 教 自 法 (1978);⑩印第 人 儿童福利法(1978); ⑪部落政府税收法 (1982);⑫印第 人 博 彩 业 理 法 (1988)	①印第 部落 实 自 ; ②中止 的迁移;③ 邦对 部落政府 予财政、教育和就业 等方面支持;④印第 人运 兴 起;⑤部落人口增多,城 加 快,教育程度提高, 福利改 善;⑥印第 人的 传统与 方式 于主 社会的趋势 著,甚至加快	①部落政府的自我 理职能在国会 的监督下 以实 ;② 于印 第 部落的大部分资金来自 邦等 原因,部落政府的独立 与自治权 仍 ;③博彩业的 设和迅速 发 一些印第 人 留地逐渐 实 济自 ,有利于 障部落自 治权
------------------------	------------------	---	---	--

、部落政府自治权 范围

(一)部落创建政府的权力

早在欧洲殖民以前,印第 各部族就建立 自己的政治组 体 。北美独立后各部族 未放弃其创建或重建政治 构的权 , 邦宪法也没有 这些政府所采取的 式。宪法第 4 条第 4 款规定:“合众国 证 邦各州实行共和政体。”但并未对部落政府施加这样的要 。部落中或推选长老或祭司 理部族事务,或以部落大会为 导 构。 早的大部落则多 方式 政府,如选举 有 期的行政长官。人数最多的纳瓦霍部落拥有议会、总统、警察,自称“纳瓦霍国”(Navajo Nation)。 俄克拉何 州的 族,1827 年 模仿 邦宪法拟定 宪法,建立 以选举 为基础的立宪政府,以与白人相类的方式组 理部落事务。在分权的 邦 下,部落一 拥有 大的 济自主权。^[38]

19 纪上半叶,土著政治 度一度为白人社会所打碎,至 19 纪后期印第 人事务署 很大程度上取 部落政府,成为在部落有效行 统治权的 构。1934 年国会颁布的《印第 人重组法》,试 扭转印第 人 自治人民沦为被统治者、部落权 为华盛顿官僚 构操控的局面,振兴部落自治政府。为此规定:印第 人应 有自 权;可以 定宪法和成立部落政府;印第 人 教不 政府干涉;允许部落 自己的意 成立合法的委员会,并在法令允许范围 可与 邦、州和当地政府 行谈判。^[39] 但法案仍 部落权 ,因为自 遵 重组法的部落,其宪法之 定及修改,皆 印第 人事务署的 意。甚至当 1999 年 人修改宪法,以 取消这种宪法审查时,他们发 事务署并不 。

[38] 参见王铁 :《美国的民族问题和民族政策》,《西北民族研究》1998 年第 1 期,第 124 - 138 页。

[39] Vine Deloria, Jr. & Clifford M. Lytle, *American Indians, American Justice* 14 (University of Texas Press 1984).

并非所有的部落都愿意接受重组法。该法公布后有 189 个部落表示接受,77 个部落表示拒绝。只有 153 个印第安部落根据这项法令制定宪法。^[40] 坚持传统的印第安人认为重组法只是把人的体面强加于部落而已,对陌生深奥的民主制度体系。尽管随着市场和人口格局的变动,血缘纽带在土著社会的作用有所削弱,但印第安人的生活方式和社会结构,仍与主流政治有着鲜明的差异,很多部族依旧维持传统的家族血缘制度,以部落作为社会和政治系统的核心,信奉传统的价值观念。^[41]

但不可否认,20 世纪 60 年以来,印第安部落在现实道路上与时俱进,自治和自理取得显著进展,公共管理趋向细致而复杂,甚至党派政治也传入部落。部落政体对于保留地事务的控制,与州政在本州的地位近似。

(二) 处置部落土地的权力

围绕土地问题而展开的冲突,长期构成联邦与印第安人关系的核心。印第安人传统实行部落公有,不存在财产私有观念。而近世殖民主义要求绝对财产私有,与土著的土地所有权态度截然对立。虽然早期从印第安部族购买土地的办法,有助于灵活策略地处理土地所有权问题——至少最初确是如此,因此 1787 年《西北法令》规定最初的印第安人政策:“不经他们的同意,他们的土地和财产不得被攫取;他们的财产、权利和自由永不受侵犯或干扰。”但进入 19 世纪后,美国人扩展土地的渴望与印第安人的土地权利要求日益冲突,西进运动是最突出的表现,部落的土地权利受到极大抑制。詹姆斯·门罗(James Monroe)总统即声称:“狩猎或野蛮状态需要很大范围的土地来加以维持,而这超出文明生活的进展及正当权利的要求所能允许的程度,必须服从于文明生活。”^[42]

马歇尔法院在一系列判例中进一步概括有关部落土地权利有保留的原则。在 1810 年弗莱彻诉派克案(Fletcher v. Peck)中,最高法院的结论是:部落

，他 终止， 须 。”[45]

抑 落土 ， 1887 《 斯 》 。 背 潜

—— 促 土著 “印 言”，抑 “打 落团 碾碎

”[46] —— 且 难 。《 斯 》把土 私 印 ，

土 失， 印 。 留 印

殖（ 候 留 居 数）， 密 族 ，损害 落 威

凝 ， 摇 印 构 ， 入孤 。 目：

“ 土 再 削减 数 留 陌 鲜 孔 ， 落 庭 入休眠

。 印 局 ”[47]

《 斯 》 价 私 财 “ 己 混

”。 落 、 手段 移， 印 入

。 ，“ 气 改变印 ， 印 改变 ，

终 望 ， 印 ”[48]

（ ）部落缔 条 力

印 族 ，乃 谈 缔结 。

签 治 背景， 印 既 ， 缔 手，

威逼欺 单 穷。

19 30 土著 落充 血泪 西迁，皆 列 。 包括向印

支 赔 金 金， 落 居 供 育 福 。 印

监 倾向 ， 落 居 。

，土 “ ” 令印 缔 。 歇尔 族

， 落缔 土 转：“他 他 己

处 治 ， 取他 土 ， 他

治 ，均 土 犯， 敌 ”[49]

落缔 办 ，美 。 ·杰克逊(Andrew Jackson) 前

曾 ，印 乃 “美 臣”，他 并 ， 美 签 。 战

止 落缔 声 。 19 70 ， 数土著 落 服 ，

荡 。 1871 《印 拨款 》，：“ 美 印 族

落， 族 (nation)、 落 (power)， 美

； 前 签 ， 除 损害。” 再 印 落

签 ， 且 处 印 ， 取 落 ，印

再 “ ”， 始 辖。 印 兼 转折 。 ，

落 涉，均 双边 (须 批) 令 ， 1940 共 500

[45] 30 U. S. (5 Pet.) 1, 8 L. Ed. 25 (1831).

[46] 西 · 斯福(Theodore Roosevelt) 。 Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law* 19 (Yale University Press 1987).

[47] Charles F. Wilkinson, *American Indians, Time, and the Law* 21 (Yale University Press 1987).

[48] 转 胡锦：《 1887 斯 》，《东北 》(哲)1991 2 ， 51 。

[49] 30 U. S. (5 Pet.) 1, 8 L. Ed. 25 (1831).

余。^[50] 而从 1778 特华订约, 到 1871 订了 370 约。^[51]
20 世纪 隆尼·沃夫考, 削弱了 落 订契约 力。^[52]
拒绝质疑 背 约 动: 续 废 印 安 落 订
约, 它 印 安 “ 力”。 决使得 众 落 约,
质 只 约 落 力。
隆尼·沃夫 产生了 性: 明确 落 般性 ,
牵强 推翻了 约 , 从而置 落 特 ~~五五五五五~~

,也有来自 的干预。
在部落 地,

权其 44 个“选择”(Option States)亦可行 此类民事和刑事诉讼 权, 们可 实际
和意 选择在 地上行 部分乃至全面的刑事司法权。在这些 中, 佛 对 地全
面行 刑事司法权 ,其 对 定地 的 些 定刑事案件行 司法权。^[61] 1968 年国会修改
法案,要 上 司法 权 部落同意。这一立法通过后,没有印第 部落 出这样的
同意。^[62]

《第 280 号

行理，无权在留地出对印第安人博彩业的行。后来其他邦法院的判也肯定这一解释，部

政府及赌博利益集团在国会游说的结果,意在限制部落经营博彩,保护自身免受竞争。国会通过法案正是为了寻求印第安人的自权利与及博彩产业利益之间的平衡。但与政府订的协议会部落的部分主权,可能使部落以所未有的方式于权制,这与经营赌场的收益相比非微不足道。

法的拥护者辩解说,国会非意图印第安部落受制于的指示而得弱不,因为国会是期强加于与部落判的义务,以达成两者间的契约,同时授权部落为强使义务得到履行,可在联法院起诉。但1996年最高法院对于佛罗里达米诺部落诉佛罗里达案(*Seminole Tribe of Florida v. Florida*)^[70]的判决,了这一保护性规定。当米诺部落因佛罗里达拒绝与之进行真心实意的判而对其起诉时,佛罗里达请求原的诉,理由是国会关于起诉的授权背了其于在联法院被诉的主权原则。联地区法院了的请求,但联第十一巡上诉法院了判决,裁定根据宪法第十一条修正案,联法院没有司法管权。最高法院以5人的多意了巡上诉法院的裁定,认定国会宪法易条之下无权废的主权权。米诺部落案成为奎特法院(Rehnquist Court)建立其备受争议的宪法第十一修正案之法理(Eleventh Amendment Jurisprudence)的基础判例。这个判例也印第安部落发出了号:若欲寻求为部落博彩业的种类和等级提保障契约,就积极与联和两级院外集团或竞选等政活动。而这些对于部落获得政独立与经自足的地位十分必要。在米诺部落案基础上,1999年末最高法院又以5:4的同样票宣布了三独立的关于主权的判决。^[71]

部落经营赌场在造就业、改善生活、减少对联邦福利的依等方面成效显著。但赌博引发的道德和有犯罪等问题,也成为人们关注的焦点。赌博所滋生的物欲在本质上也与部落文化背道而,对部落传统的价值观、生活方式和社会文化体系成威胁。而与部落间绕判协议等引发的争端,将续使部落经营博彩成为部落与联、及地方政府间的一个重要法律问题。

五、部落与 之间的关系

如所述,依照《联条例》第9条和联宪法第1条,与印第安人的易及其事务之权被排性地授国会。此后诸多法律文件坚了这一立场。建国11个西部的宪法都含了“权条(Disclaimer Provision)”,明白地承认它们对于印第安部落缺乏管权,作为承认联的条件。^[72]

至少在形式和理论上,印第安部落是与政府行的独立系统,与政府不相隶属,部落不论大小都拥有政府所拥有的一切权力。事实上,宪法或法律对于联独占管理印第安人事务的授权,不像它看起来那么大。因为许多坚称其对于西部地的权利要求,而多部族皆在其领境内。

尽管马法院在1832年沃特族案裁判中已清地阐明,法律在印第安人国“不能生效”,但后来的法院未续地坚守此案判例的精神。事实上,在将近75年的时间里,最高法院根本没有承认印第安部落独立于的主权地位。最高法院在1881年合众国诉麦布兰特尼案(*United States v. McBratney*)中裁定,对发生于部落地上的非印第安人之间的犯罪案件具有管权,尽管

[70] 517 U.S. 44 (1996).

[71] 三案分别是:*Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board v. College Savings Bank* (1999); *College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board* (1999); *Alden v. Maine* (1999).

[72] David E. Wilkins, *Tribal - State Affairs: American States as 'Disclaiming' Sovereigns*, in *Publius: The Journal of Federalism* 28, 55, 81 (Fall 1998).

国在并未作明确。^[73]在1886年伽马,指,即联邦。在1890切诺基族堪铁路公 (Cherokee Nation v. Southern Kansas Ry. Co.),词道:“切诺基国国,各国见,依据。”^[74]只在1959廉姆李 (Williams v. Lee),才开始申各得涉落自,表现了联邦场某性。在,桑霍管——只落才管。^[75]在1965沃桑税 (Warren Trading Post Company v. Arizona State Tax Commission),决落享经保自由而并受控制。^[76]在1973桑税 (McClanahan v. Arizona State Tax Commission) 决,印安在保获,各征税管。决并落控制,并在基础作落。反,基本指“联邦优”。瑟古·马歇 (Thurgood Marshall) 官明,“作碍管印安观已经远,而倚联邦优展趋……,现代倾依赖柏图印安观,而仰赖界界限约”^[77]基础印安贸易款。质,各并涉印安内,国领。国管印安,落进贸易力,预了涉印安力。显示国而非落明。在国玛祖 (United States v. Mazurie),落,国曾落,予了力。^[78]近较倾印安在国生活,享自决特殊群,允鼓落进自决自。2002联邦决指:“印安落既国,联邦,更述机。反,各落,并非自,国予,而古已之。鉴它源远流落,印安落使自决力。”^[79]巨印安落“坏敌”,力触角到落。而护落各之衡力疑自联邦。联邦管控制印安力性,在某程度又落斥凌屏。近,处,互赢,印安落开始探索协,公路、资源管、避征税沟协机制,力求互信任互尊

[73] 104 U.S. 621 (1881).

[74] 135 U.S. 641 (1890).

[75] 358 U.S. 217 (1959).

[76] 380 U.S. 685 (1865).

[77] 411 U.S. 164, 93 S. Ct. 1257, 36 L. Ed. 2d 129 (1973).

[78] 419 U.S. 544 (1975).

[79] St

的伙伴关系,并取一的。[80]

六、结：自 自治的悖论

印 在美国的身份地位,“土 ”“ 国”,再“自治”,演的 轨迹 曲折,自治终 , 美国 一的宪法体 、民的 治 、 的 、包的 氛围 因素,可追溯 殖民 悠远的地方自治 系。可以说,印 部落的自治是美国 的 然选择。宪 分 的角度 之,印 部落自治是 邦 州分 之 的 一种 分 衡的 ,部落自治 、 、 围言,皆 某种 ,既 邦 , 州 ,是美国宪 、治、 共 塑的 态。

在印 来,自治 是国 赐予的,是印 然的、在的 的 ,包括除币 、战 、 的所 。然 ,部落自治 的恢复 落实 挫折 坎坷,程 缠结 复杂的 因素,印 西方 价 互碰撞之下的 宿命。然,土 部落自治、自 始终 伴 ,且 的冲突 自治的回归 是单向度的 运 ,实皆 复杂的悖论,归宿 面临 困 的 难。

数百 种族 往 触,印 陷入深刻的 困境:为一个原始 群体,他 处 度 的裹挟之中,既 法摆脱 的 , 难融入 中。因 程痛苦 价沉 。 面临 难之境:既 抛弃印 , 纳 个拥 的种族。印 的未来取 他 在 种程 既 持自己的 取 的 是个复杂 的问题,须 印 自 出选择。[81]

印 问题 是一个种族问题, 的是一个 问题。[82] 印 拥 的 价 体系,他 在价 、伦 、 习及 信仰 方面 存在的 距离, 地 着他 的参 类 程的 速,未 赋予印 自己的 走出原始状态的 , 以 的 组织、原始的价 落 的工 技 面 一个深刻变的 。[83] 的冲突 土 自身的演 遇 峻 挑战。

印 言, 自 自治是 伴 的矛盾 一体。长 以来 邦 , 企 印 融入 。土 民族 顽 地 持自己的 方 价 ,守 , 取自治。[84] 一方面, 印 带来 大灾难, 取民族的自 自治 种族的 自 为 围 的 共识,因 部落自治是印 存 的 之 ; 一方面,印 及 部落 长的 冲突 融 , 可 脱离美国 存在, 且部分 为 的印 并 自治,在 民族自 方面难以回复 。因 印 部落自治 论是 广度 是 深度 是 度的,在 邦宪 的分 架构之下,然 宪 法国 “ ”的 。因 ,印 部落自治在 守 价 艰难融入

[80] 38 , 133 。
[81] 42 , 30 。
[82] 41 , 157 - 174 。
[83] 42 , 34 。
[84] 见民:《美国的印 研究》,《 刊》2006 5 , 99 。

的两境中进退、摆不定,这是今后 流 会和 著部落都 面对的问题。

以更宽 的视野来看, 国印第安人自 的历史语境尽管独特, 以复制,但是其经验和路 具有 种 遍意义,或可为世界其 国家或地区解决民族问题提 可能的 值。民族问题 为 近代以来 国政 与宪制的重中之重,关 国家稳定 会和 ,而民族自决、 族问问自

【民法典编纂】

论监护关系中不当管理行为的 ——兼论“利益相反”之概念的必要性

解 巨*

摘要:在监护人不当管理被监护人财产之情形,存在着被监护人利益、交易安全以及监护人自由裁量之尊重三种价值之间的冲突。如何兼顾才是问题的核心。我国《民法通则》第18条第1款是限制监护人法定代理权的一般条款。违反该条款的行为,或构成无权代理或构成代理权滥用。引入基于形式判断基准的利益相反概念,有利于明晰论证负担的分配。未来的监护制度中需要为形式上构成利益相反实质上却有利于被监护人的财产管理行为预留具有实效的通道。

关键词:监护 财产管理 利益相反 《民法通则》第18条第1款

一、问题的提起

(一)问题之所在

为被监护人的法定代理人,监护人被法定的、概括的代理被监护人〔1〕的权。不过,概不意监护人可以不地理被监护人的。我国《民法通则》第18条第1正面为监护人的理权定范——“监护人应当行监职,被监护人的、及其合法权,为被监护人的利,不理被监护人的”。也就是,此概的权以“为被监护人的利”为。条第3第一句则面规定第1被监护人利而后:“监护人不行监职或者侵被监护人的合法权的,应当承;被监护人成失的,应当赔失。”面上,第1与第3相互应,同成一个完全规范,在上完无。但细一下却如此。

首,成被监护人不利之理行为,可能会发两方面的效。首是对效,理行为的效如何?有无可能无效、可、效待定?其次是对效,监护人对被监护人承何种?第18条第3仅仅着眼于监护人与被监护人之间的利,这种立法体例很掩理行为的对效。实际上,对效于对效。如理行为的效被否

* 南京大学法学院教授,法学博士。

〔1〕是被监护人的这个提问题,答案未必一然。便是有的登记义的不,也可能是父母于的虑“挂”在未成年女下的,借登记,未必都有与的意。在司法实践中,法院有时便于这样的判判定父母分女的行为有效,或者将这种登记在未成年女下的定为家。为避笔分散,仅以真正意义上的被监护人的理为研究的对象。

，产，么情况监产失。针181产产
 采，。既监，么去
 ，滥，现失产，
 选择。进得临，顾监益安
 ，竟，信？，监
 ，背基值，监监亲
 情，监产符监益。产
 现“失”，整评“得”。紧急情况贱监产
 措更资金。监，动监
 赔，监消情绪，进监益。由
 需益——监由裁。监看，监
 产尊。，监背监益产，
 值紧张：监产益、安（信赖）监
 由裁。，监，安基
 。

推测，由，技落，《》简，初
 18作，初经深思。
 已献初草虑。佟生撰写《
 》18。憾，界18。
 ，较族么字，^[2]么简
 罗。^[3]献叙，找探讨18
 。
 监产触，绕181，
 界。

(二)问题的限定

竟什么背监益产？首监
 产（毁消），怠产。
 探讨值。，监产。
 产，既，监、监
 乃监、动产动产、产割^[4]；还
 ，、。

[2] 潘喆:《婚姻》，2006；张、忠:《婚姻》，南海2001。
 [3] 傅静坤:《》，山2002，68；佟丽华:《》，2001，82；丽萍:《婚姻》，北京2004，286；杨:《婚姻》，复2002，297（曹诗笔）；栾:《讲》，北京2007，88。
 [4] 产割益，监割，监割情。

前涉信赖，涉害，组织，复杂，。象。财，[5] 监已。财。似处。察象,换言，18 1款，围绕监监财。并18 1款构斥处。察象步，：先，角度,监采。监财，毕...。监处监、财，绕度。;监处处并异。;处财仍。;往往前、追余。既秩序括财赋予，;监处监财，监，仍。

(三) 本文的构成

拟先场,析目前。随,细介绍状。;验,尝试处。;异。;象,监监财救济监,顾监量,普遍难。普遍,启。

、状价

(一) 学说及其评价

1. 法律构成

似乎潜共,《》18并创设构。各前。

(1)

献监财。[6] 《》18 3

[5] 《》18 纷,监监金钱。;父亲取子女补款,房屋已,父亲。参见林某林某财纷[浙省丽水莲(2003)莲初1166号]。讲,监支金钱并,18 1款围。

[6] 参见杨:《》,复2002,299;竹群:《亲继》,浙2003,198;蒋、丽:《继》,厦门2013,208;陶毅:《》,育2002,218。

款文看, 初步似乎着益调整。而, 着点情形救济。首先, 从救济现实性角度看, 财产; , 从亲情角度看, 往往愿追亲 损害赔偿责任; , 构。由财产管 往往涉 , 救济 明妥。管财产情形, 构 给 切救济。

(2) 监护人自 的法 行为

顾名思义, 点 财产管 身 , 再 基础 进一步探讨该 力。持 场 文献往往使“处 ” 表。较 构, 点 取 处, 认识到了令 归 更好 救济。 , 性本身既非 构, 指向特 构。 还需 进一步探明 构。

① 处

既 18 1 款 , 除了 益外 得处 财产, 么构 益 财产管 处。^[7] 且 处 = 负担 处 忽, “ 处 ” 表 本身 颇 奇异。背 词, 倘 了 益, 财产管 处。尽管管 , 代 毕竟还 代, 代 拥 代 , 并 取代。

陷入 , 首先恐怕 庭财产制 。 现 私 制 前, 点 疑。而, 目光聚焦 , 现 微 域状况 异。 现 庭 财产, 场 并 固。 责任 , 现 持 场: 力、制 力 造 他 损害, 由 担 责任; 尽到 责任, 减轻 责任; 财产 力、制 力 造 他 损害, 从本 财产 支付赔偿费; , 由 赔偿(《 》 133、《 责任 》 32)。 已悄 外 担 责任 (似 本 战前“ ”^[8])。而 抛、坠落 损害 救济制度, 更 走到了前(《 责任 》 87)。 , 恐怕 18 非专业表——“处 ”—— , 表 模 了财产管 性。

② 违反强制性

文献 张违反 18 1 款 财产管 , 指明 由。 词 18 1 款 《 》 58 5 项 “ ”, 《 》 52 5 项 “强制性”。既 违反了强制性, 该 归 。 而, 《 》 52 前四项均旨 从公共秩序 角度 制 力, 5 项 “强制性

[7] 参见余延 :《亲 》, 2007 , 462-463 ; 孟令志:《 财产 基本 》, 载 《 》2007 3 , 82 ; 蒋 :《婚姻 庭 : 评析 》, 制 2009 , 115-116 (蒋 执)。

[8] 信義「 団論に関する覚書—— の契機と性格」 會 學 11 卷 3 号 89-109 頁(1959)。

”作。从较角度看，134 “ ” 71 表述《 》52 5项表述近，而前 “ ”均公。^[9]， 按照界力，5项“强制性”公，包括私。^[10]

③ 断

还文献探管构，而依据价值断决管 力。依观善、恶断财产管 力。^[11] 弃构，赤裸裸作益衡量场，非。由 客观价值序列，价值需现情形，取舍难形共识。形结 反驳性。^[12]

(3)代理关系说

代眼监代身份，张监财产管代。^[13] 观点抓住了监管监财产本质，值得。张观点 文献停留注：“监得代监赠，得监他 使监财产，得代监己。”^[14]尽管作点明，还 顺作思路设，果监违背了“得”违背，果呢？非 ，选项代，另选项代滥。前明确，毋庸赘言； ，由明文，内并明。外，忠张代，果 遵循代制度。违反18情形，代代观点。^[15]

2. 监护 断基准

《 》18 1款核，便监益违背，构监 益。本术，遗憾，围绕点界远形共识。 从文构析知，构抓住本质。凡坚持 构基础监益违背作构（落脚违性，落脚 ）探讨张，^[16]本文识均予注。 持监身基本识到了监益安紧 张。危子女益，损安，张

[9] 参见苏永钦：《违反强制性禁止》，载苏永钦：《私治经济性》，2004，30 -52。

[10] 参见孙鹏：《违反强制性力——析〈华共〉52 5项》，载《 》2006 5，124；谢鸿飞：《生“ ”——公力影响度》，载《 》2007 6，104。

[11] 参见丽萍：《亲子》，2004，173。

[12] 领域强调益衡量益考量观点性，参见井宜雄『基礎論の』（斐閣，2010）（初 1988）。文文献，参见张春：《星野英井宜雄》，载梁慧星：《丛》（40卷），2008，397-460。

[13] 参见杨新：《》，2013，257。

[14] 陶毅，注6引，218。

[15] 参见注13引，257。

[16] ，观点管财产增值目断。参见陶毅，注6引，218。

1.

术,由受到缚,作裁请求另裁。官择远由。果择了,采产管力。尽管,决还程反映场,竟还择产管力路。

(1)定性为监护人自身的行为

① 反强制性

裁监护产管,基础考察反了《》18 1,断力。裁1:“丁耀另监护协征求兄弟姐妹情况,擅监护代表丁《公协》名盖章,了监护益,属。”[22]

裁2:丈夫擅患病妻产,反了18 1,“”, [23]

里,从反18 1到生了逻辑跳跃。文述,较,强制性反。

还裁裁由索性点明了逻辑。

裁3:“《》十八明确,监护监护益外,得监护产。属禁性,保护监护益。”[24]

②

裁4:擅产(屋),属, [25]外,《信达资产管公福办张宗、雷珊珊、张瑱瑱、丰源保税限公纠请示函》(2001)字34号采场。批强调,表述偏了逻辑。又像善得。还善得,监护产管看作,代。而,批又注到了监护代,又暗示按照代。看逻辑混乱,摇。监护性,文已作析,。

(2)代理构成

裁采代。 , 既代, 表代。

[22] 丁耀丁纠 [市静安 (2005)静 ()初字 3114号, 市 级 (2006)沪 ()字 1132号]。

[23] 李李蕙、赠、纠 [东市 级 决 (2004)东 字 135号]。

[24] 银股限公 佛山市 佛山市志 材料限公 金 纠 [佛山市禅 (2014)佛 三初字 2182号 决,【宝引 码】CLI. C. 4119659]。

[25] 赵赵群屋确纠 [庆市北 (2009) 初字 891号, 庆市 级 (2010)渝 字 1709号]。

裁 5:母亲 含 女儿 继 份额 共 财产 卖给了女儿 伯父, 女儿 求确
交易 。 母亲代 售 了女儿 生活需 , 代 [26]

裁 6:母亲 款 代 儿子作 担保。 ,父母 张 押 。 ,母亲 款
再生产 赚取 润, 服 庭 益,故 儿子名 房产 押,并 违反 18 1
款。[27] , :“除非 了 监护 益, ,监护 得处 监护 财产。 述
明确 ,监护 私 处 监护 财产,更 监护 财产
冒风 。”[28]

裁 7:监护 (监护 兄长)代 监护 房产 售给 己 配偶 女儿 交易
。[29]

尽管 该 官并 点明 构 , 本 属 变形 己 契约, 交易
代 配偶 亲子 ,属 经济共 , 常 代 张 己
契约。[30]

裁 8: 告 某 企业经营 难 让 子女 营业房。 , 企业经营状
况好 乎抚养 力状态, 了子女 益,且善 告 知道 告 某 处 财
产 目 。…… 某 作 某 代 代 活动,符 表见代 [31]
代 生表见代 , 素 。 果 本 归责 由作 表见代
, 代 表见代 。 本 归责 由作 观点 够 交
易安 思 治 ,更 服力。 代 情形,由 代 归责 由, 而
满足表见代 [32]

2. 监护 断基准

由 官 裁 由 述抽象 ,从 决文 抽取 断基准
难度。本文只 推测零 基准。 ,由 思路 清晰, 给
基准。

(1) 一律无效说

裁 监护 (代)处 监护 财产 限,(代)处 [33]
断背 潜 词 ,监 (代)处 监护 财产 给 监护 带 益, 而根
本 需另设 断基准。

观点简单 白, 缺乏基本 服力。监护制度 目 , 保护 围 思 力薄弱
益 交易安 ,而剥夺

(代) 限, 么 护 产便 投 交易, 遭受机 护 。 , 护 拥 代 护 产 限。

(2)

较 常 断基准指 护 。 述“裁 5”从反 了 护 益 :基 护 生活需 产管 护 益。 产管 属 “冒风险” 作 断基准。 护 护 动产 保(抵) 情形, 还 谓 基准。 裁 9:“ 《 抵 》 房产作 房 抵 , ……改善 …… 护 阙 斌 生活 习 …… (着重 为 者加), …… 阙

[34]

交易 作 断基准固 程 护 护 益,

所缴的意。法以险的意为背监的为，

意。[37] 投 险 地位的未 可以在 豁 的 下 险 ， 地 ， 的为 监 来 。

(6)现实的损益基准

裁 13:监 监 所 的唯一 宅出 ，在 大部分 之 下 落 ， 为 然 监 的 法 。 [38]

裁 14:兄弟姐妹中的一 兄弟姐妹及 的 ，大姐 为 疾患之妹 妹的监 ， 金 ，监 在 中 未 ， 监 亦一 居 一套 置 屋 ，监 未 监 的 ， [39]

这种以 的 实 为 的 法，然 可 。 这种 在 18 1 的 问题 ， 顾 以及监 的 自 裁 。

三)小结——对我国法的 体

1. 法律构成

未 监 的 实 是 ， 的 献 裁 监 的 为 为 自 的 法 为。 之，《民法 》 18 1 为法 的 功 位 未 。

系 的 之 下，背 监 的 为 是 可 以 的 ， ， 未 醒 的 。

2. 判断基准

监 之 的 ， 识 远 未 ， 究 竟 采 是 实 的 问题意识， 。 监 之 为 的 问题， 法 丰富的 论 实 积 ， 中 既 宝 贵 的 验， 惨 痛 的 训， 汲 。

、 法的

(一)法 规定

民法 之 突 的 我 国 大 的 。 民法 监 的一 ， 是 在 置 (826):

[37] 韩信 中国 寿 险 股 苏 分 险 纠 [京 鼓 民法 (2006)鼓民 初 622号, 京 中级 民法 (2006)宁民 846号]。

[38] 张 方 屋 纠 [宁 波 中 级 民法 (2011) 甬民 107号,【法宝 码】CLI.C. 880458]。 中 一 的 : 分 系 监 的 ,监 的 未 的 。

[39] 芝 芳 贤 屋 纠 [宝 山 民法 (2013) 民 (民)初 1056号,【法宝 码】CLI.C. 2280223]。

针对行使亲权之父亲或者母亲与子女利益相反的行为,行使亲权者应当为子女的利益
请 家庭法院选任特别 理人。

行使亲权者对数子女行使亲权的情¹,就其中一人与其他子女利益相反的行为,为该方
的利益,准用⁴款的规定。

“亲 ”, 亲 , 监
(860)。 监 亲
监 , 监 。 避 叙 繁琐, 亲 (826) 。
绕 826 , 漫长 演 , 丰
厚 积 。

(二)民法起草者的初衷

826 脱胎 战 [40] 888 。
888 选 亲族 申 , 母亲 亲 , 背 战 族
修改 , 战 亲 修改,
, 826 。 , 888 草 826 草
初衷 。

草 108 。 108

:“

预 ”

既 108 , 亲 女

设想为可撤销。^[41] 此点涉及法律构成和效果。但如下文将述,这三点后来均被判例改变。^[42]

()特 代 缺陷

立法者试图通过家庭法院介入特别代理人的选任,来解决父母需要与未成年子女实施至少不损害子女利益之交易的情形以及需要在数名未成年子女之间实施不损害其利益之交易的情形所面临的法律障碍。然而,这个制度的运行效果远不如预想的那般理想。

首先,针对某一特定的交易,家庭法院的法官无从得知什么样的人能够胜任特别代理人的职责,事实上只能由亲权人推荐。^[43] 而亲权人为了使交易得以实现,推荐的一定是对自己言听计从之人。^[44] 如此一来,特别代理人便沦为了亲权人的傀儡。^[45]

其次,如果某一交易构成了利益相反,那么即便选任了特别代理人,照理依然不可为。但该制度并未给家庭法院预留不选任特别代理人的自由。如此一来,被选任的特别代理人只有两个选择,要么按照亲权人的意图去实施利益相反的代理行为,要么拒绝实施该行为。在前者的情形

追 而 生 力。反 ， 单 (， 继 放弃)，
子女 契约 益 反 。^[47]

(2) 扩张

而， 忠 按照 初 目 826 ， 亲 容 避， 只 形
避 己 契约 双 代 即 。 外， 己 契约 双 代 契约 单
， 代 单 情形， 即使 违背 子女 益 从
。^[48] ， 从 20 世纪初叶 始， 便 始 偏离 草 初 ， 826
益 而 制 亲 。

演变 程 碑 化 ；
父亲 代 孩子 担任 连带 ， 并 孩子 动产 设 了 抵押
。 ， 孩子 求 涂 销 抵 押 登 记。 (战 结 束 前) 透 确 了 新 ；
谓 益 反 ， 亲 子女 契约 双 情形， 还 包 括 他 亲
而 。^[49]

突破了 初 狭 隘 形 化 ， 拓 展 了 826 围， 而且 从 根 本 变 更 了 该
文 性， 使 得 826 演 变 制 亲 般 性 。

2. 法律构成及效果

826 初 从 亲 特 财 产 管 辟 路 径， 愿 违，
826 亲 亲 益 反 代 情形。 ， 违 反 益 反
构 果 便 了 。

(1) 早期的立场

早 (到 20 世纪初叶 止) 826 108 ， ， 违 反 108 文
果 便 违 反

不归，可以追可以撤销,与我国法的 大 同。

3. 判断基准

围绕着 益 为的 断, 界一 存在着形式基准说与实 基准说的 论。所 形式
基准说,是指是 构 益 从 为的外 来 断,不 虑 为的

并不使得亲权人自身受益,因而不满足之前例所确的利益反基准,法纳入826的范围。然而,为三人之利益实的代理为,有可构成代理权的滥。所谓代理权滥,是指代理人所为的法为在形式满足有权代理的,即所实之法为在代理权的范围之内,但代理人在观不是为了本人的利益,而是为了谋取自己或者三人的利益而恶意利代理权限的为。本民法典中并没有专门针代理权滥的规定,界的流观点张类推中保留(93^[58])但书。^[59]例也受一观点。于代理权的滥,例早已在一般论层面确了类推中保留但书的场。^[60]在中,最高裁所在抽象地层面张,在亲权人滥代理权的情形,如果人明知或者知道滥的实,则类推中保留规则的但书,使得该为的效果不及于未子女。^[61]不过,本的体实而言,最高裁所为,亲权的使有广泛的裁量空间,未子女的不动产为三人提供担保的为,只不显著违反亲权制度的宗旨,未子女的利益为三人谋利

恐怕 见^[70] 五, 讲, 然选择。之 选
 亲 打算
 利, 选
 自己 信, 稳 便 申 选 便丧失殆^[71] 采, 亲
 构, 之 普
 选^[72] :既然 构

(2)

亲 缘、 结 虑;^[73] 见 度
 障。 : , 然 充;^[74] 二, 度
 , 善 充 失;^[75] , 恶 亲 避;^[76]
 , 充 虑^[77] , 张 见
 度^[78]

(3)

张 利 之 利 利 再
 偏“ ” , 利 之 子 ,
^[79] , 亲 女 之 债 言,
 亲 利 尝 。 缘 亲 。 构
 并 困 , 击。^[80] 债

3. 评价

826 论 紧紧 绕 利 ” 各
 自 论。 度 , 度 充
 ; 充 构 ,

[70] 野 刚「親 問 利 為の 利」長崎 養 紀 (篇)30 卷 2 号(1990)15 頁, 自 陈 顺《 利 之 》, 治 碩 论 , 56 。

[71] 垣 弘「批」 雜誌 108 卷 6 号 121 頁(1993)。

[72] 42,阿 徹 ,213 頁。

[73] ,谷口 利 為」柚木馨、谷口 藤 郎、泉久雄編『 演習〔親族・ 統 〕』(增補 ,1973)284 頁; 63,磯村 135 頁;國府剛「親 權」星野 編 『 講座(7)』(斐 閣,1984)276 頁。

[74] 山 島 男、泉久雄編『 演習 (親 族)』〔 演習 講座 6〕(青 書 ,1985)299 頁; 川 淳、於 二 雄『 積 (25)』(斐 閣; 改 訂 (2004)138 頁;阿 徹「親 問 利 為 仁 ・)」 雜誌 57 卷 3 号(1968)80 - 81 頁。

[75] 74,山 島 男、泉久雄 ,299 頁。

[76] 川 淳編『 財 産 と 族 と の 錯 』(花 書 房,1984)262 頁;青 山 邦 夫 利 為の 利」 タイムズ 554 号(1985)64 頁。

[77] 74, 川 淳、於 二 雄 ,141 頁。

[78] 幾 『 総 則 [2]』(青 書 ,1984)349 頁。

[79] 41 ,156 頁。

[80] 65 ,65 - 66 頁。

理权滥用构成为例的二分法,能最大程度地兼顾未成年子女的利、相对人的信赖以及亲权人的自裁量权。至于折衷说所主张的类型修正,其实是将判例和通说中部分理权滥用法理应对的类型划归无权理构成之下,与判例和通说并无区别。

不过,日法上的规定也存在显著的陷,没有待针对别理人的行为不当该如何救济。当然,如别理人与未成年子女之间也构成利相,固然可以类推第826条之规定。但如不构成式上的利相,未成年人恐怕能适用门槛高的理权滥用法理救济。

、对我国法的

如前所,我国法存在的问题。首先,法律构成不。其次,判不。当然,这两都可以通过法解释来应对。如说日法所面临的问题是如何扩张解释其民法第826条以弥补义解释所带来的对未成年人等行为无能人的不,我国法所面临的问题则是采用何种判以及何种法律构成来缩解释我国《民法通则》第18条第1款,以兼顾对全的维以及对监人自裁量的尊重。那,日法的验和教训能否为我国法所借鉴?

(一)可比性

日民法第826条的初衷在于通过选别理人来规避自己和双方理在法定理中成的不便,但日的学说和判例实际上却将该规范主要用亲权人自己实施可能构成利相行为的,其功能程序的转为实体的。如此一来,日民法第826条就与我国《民法通则》第18条第1款在解释论层面都具有实体法的,具初步的比基础。

不过,功能发转变,日民法第826条应对的然是在利相时亲权人未选别理人却径直亲自理未成年人的。至于被选的别理人所实施的财理行为在实上仍然损害未成年人利的如何救济,并不于日民法第826条的适用范围。我国法上并不存在这样的度,因此,便在构成利相的,监人亲自理身并不违何的规范,除构成自己或者双方理(假定自己或者双方理构成无权理成为法律共同体的共识)。若我国《民法通则》第18条第1款的立法目的,似乎要实角度来判是否损害被监人的利可。便如此,日法与我国法似乎仍不具有可比。

就适用范围言,之于日民法第826条,我国《民法通则》第18条的为直接,适用范围也宽,因对未成年人的理应比前者为周延。因为没有“利相”这一的束,我国法在解释论上可以加自,针对被监人带来不利却并不有利于监人的财理行为,也可于必要时直接行规。

然,如篇所,被监人的利不能无视监人的自裁量权,不能忽略对全的。这个意义上,虽然在规范构上我国法与日法存在大差异,但面对的核心问题——处理这类纠纷时如何处理被监人的救济、法定理之自裁量的尊重以及全的维这之间的紧张关系——却是相同的。可以说,如何处理上种价之间的平衡关系,是何立法例都不面对的普适问题。因此,日法丰富的验和惨痛的教训,对我国法仍具有相当的启和警醒意义。

(二)我国《民法总则》第18条第1款的定性

前文所述,围绕《民法总则》第18条第1款规定的监护制度,学界还,花八门,。从本条第一款规定的监护制度演变中得到启示,目前学界《民法总则》第18条第1款定性精准。

本条第一款初,侧面从代理制度角度探求利益反动力,本条第108条强调,看到。本条第一款久便开始取代监护并维持至今,本条第826条规定的限制亲一般款。826条初,保障亲贯彻管子女财产特意志又违108条而设计,归根到底还了便亲使,还子女利益寄托父母子女亲情。早,亲还“亲益亲”。子女利益只需维护父母子女亲情即,属。前文所述,826条侧面利益反代甄,离了草初,隐含亲变化,即再亲情维护子女利益,亲从“亲益亲”转变“子女利益亲”。^[81],826条便而变身限制亲一般款。

,基本并从维护监护利益角度监护思想,尽管刻强调,监护似乎从“监护利益监护”。《民法总则》第18条第1款看作限制监护一般性,任障。而且,除了本外,《民法总则》层到他更堪任。本条第826条局限“利益反”限制,构利益反财产管只另外代。而《民法总则》第18条第1款监护限制更净、彻底,留死角。

(三)利益相反概念的重要性

《民法总则》第18条第1款限制监护围更一般,么层,似乎纷监护利益断现,而需像本利益反情形(本条第826条)代情形,需契约、单单。由似乎得结:引入利益反性。

而,从本条可知,亲代形财产管,非利益反代。《民法总则》第18条第1款监护代形财产管内含。尽管较本,现了依据化,果证负担、构断基准显异,么本《民法总则》第18条第1款仍启。

1. 法律构成

利益反属代,点。代属代呢?果属,明。尽管着数见,本还持代属代

[81] 注74,國府剛文,235-237頁。

场。[82] 由在 制度需 客 地划 的 围, 才 以确 易的顺 进。
滥 在客 属 的 围, 只是 之 益的。
既然 的 围 客 , 滥 自然属 , 在法 构 益。

2. 判断基准

(1) 利益相 的判断基准

益 的财产 的 , 涉及 法 的 围
问题, 地作形 化的 。 涉及任意 , 所以在确 的 围 需以

留 度 前,暂 透 诚信 《 》 18 1 款。

3. 论证负担

滥 , 证负担 配 。既
监 损 危险 , , 某 财 状
态, 监 () 负担 证责 ,证 仍 违背 监
, 构 ; 滥 态, 滥

大的不定], 无权理为无愈。既然《民法通则》18 1 的解释论应当坚式来利相为, 那势必会存在法为式上成利相但实上却有利于被监人利的。是, 法定理人与被理人之间因为存在于血亲或者姻亲的亲纽, 监人实自或者方理, 对于人来说其危险一要低于意理。然, 法上却找不应对方法。这无是的法漏洞。

于, 针对法定理, 未来的民法典然不能无地民法总则中的自和方理的规则, 应当预一扇可以通的后, 正面为那为被监人利不不实自或者方理的监人一法的。那时, 我国法在体例上也将与法有相, 有大的可。然, 民法826来的教训深, 汲。要避理人沦为监人的傀, 就有必要权的介, 例如法院的个许可, 或者监监督人。这无是对监颠覆的改革。

On the Remedy to the Guardian's Improper Supervise of the Ward's Property: Concurrently on the Necessity of the Principle of "Conflict of Interest"

Xie Gen

Abstract: It may be difficult to deal with the problem caused by a guardian who supervises his ward's property improperly. And there would be conflicts of interests between the benefit of the ward, the security of transaction and the rationality of the discretion of the guardian. The key point to solve the problem is to keep the balance of the above interests. Subsection 1 of Article 18 of the general principles of civil law is the general clause to restrict the guardian's right as a legal agent. Any behavior against this clause should be regarded as unauthorized agency or abuse of right of agency. So the principle based on the formalistic estimation should be adopted and it would allocate the liability of argument much more clearly than the current rule. On the other hand, the situation should be noticed that the behavior of a guardian apparently against the "conflict of interest" principle may be substantially beneficial to the ward. So there should be some effective rule to maintain the legitimacy of such a behavior in future regime of guardianship.

Keywords: guardianship; supervise of property; conflict of interest; Subsection 1 of Article 18 of the general principles of civil law

(责任编辑: 丁洁琳)

缓

界

张 *

摘 要:我国《物权法》第 5 条物权法定之“法”的 面 义为法律,而“法律”具有多义性,这为物
权法定



出物权法定原则可以 应当 出宽松解释的 论。第 部分则 物权法定之“法” 习惯法的可能 和物权习惯应有的待遇;第 部分 出法院, 别是最高人民法院在物权法定缓和中的重要角色, 阐 物权法定缓和的 ,笔者为此提出 五 。最后,总 全 , 出 论。

二、物权法定之“法”可以 应 扩大解释

我国《物权法》第5条之规定:“物权的种类和 , 法律规定。” 义上 ,物权法定之“法”应为“法律”无 。这 ,甚至无 解释。这种解说具有 的概念法

法》5并未附带“法”字，按照前一贯之体系亦包含“法”在内，法予明示。一狭义的文义获得了“法”之“法”限“法”。

敏锐地观察到，按照《宪法》9的，未除国民代表及常国制民制度的法。而，尚在制法、的空。^[11]笔，严格的法趋僵化，然经常修法弥补法现之的“缺口”^[12]，一缺口始终在，在法生之便注了已经的命运。然而，法易，修法亦难，尤《法》基本法的修订，并非一朝一夕之功。法确新的并非良策，“我到花儿谢了”，法还法，还。《宪法》9的一款固然国在领域的作提供了某，然而，变现并法的制修订更简单。即便，在《宪法》支持的背景，法作法之“法”源的属性，亦降低法的僵硬性。

，《法》先使“法”字14，本身表明了《法》在调整系的宽容谦抑，容法参“伴舞”，而非“法”一的角色。在《法》，涉及法的内容五：(1)动产程序法的，《法》102款段、121款之(四)、246；(2)使的，《法》61、68、1373款段；(3)集体的知情，《法》62；(4)动产归属的，《法》1492款段；(5)财产抵押、出质的限制的，《法》1801款之(七)、184之(六)、209、223之(七)，法新财产的出质够达到扩充——质之的子的果。从来看，法调整基本的系的(《宪法》的)，而且现的。法已经切地介入了系，并在一

案第一次审议在文义上却未显示出这种和。立新教授对这一过程有记述：“在几次的《物权法草案》中，关于典权要规定在《物权法》中，住权要规定在《物权法》中，以及非典型保如优权、让与保和所有权保等要明确规定，争论得热火朝天。现在用争论，因为《物权法草案》作出物权法定原则和的规定，在现实生活中，法律未作规定的权利，只要符合物权特征，就视为物权，就是非法定物权”，那么，典权、住权、让与保、所有权保以及优权等，这些具有物权特征的权利也都是物权，是非法定物权，它们都可以获得物权的地位。^[13]可以发现，宽的物权法定是促成多争议，也是促成多物权性权利从《物权法》中的重要原因之一，物权法草案虚晃两枪，以形式上严格的物权法定出台，确实出很多人的意外。

宽的物权法定的退，不是否定物权性质的权利，而是因为与立法者认为：(1)“哪些权利可以视为物权，谁来认定‘符合物权性质’都够清楚”。(2)“哪些权利‘符合物权的性质’还需要通过立法解释以明确”，而法律解释与法律具有同等效力。^[14]这些理由最让宽的物权法定

散。实际上，哪些权利可以视为物权，主要是依物权之典型特征为断，在国外的司法实践中则由法院来认定一权利是否符合物权的性质，当然，法院需要考典物权之特征以及学界之通说或者多说，从价值学的作出符合社会公平要求的决定。此外，通过立法解释或者立法方式确认新的物权，然为一种之道，但是，立法成本高昂，更非个人可以启动之易事，水不解。立法者作此严格的物权法定成法律漏洞，其“本意是随实践的发展为物权的种类下一定的空间”将无法有效实现，^[15]立法过表明，其绝对排斥对“法律”作宽解释，或对物权法定作的性扩，从而实现认可实践中的物权性权利的。

(四)比较法解释

物权法定在德国的形成和发展也许可以给我们提些许启示。19世纪初德国法体系的根本革之一就是所有权概念的重新界定，特别是将其界定为整体的不可分割的绝对的所有权，^[16]由于其适应体现时代精神，满足经发展的需要，故而，这种所有权观念快速而地被确认下来。以所有权为代表的物权对物之配，直接指物；债权则为对人请求权，直接指人，间接指物。而对物之概念的限制又致对所有权概念进行限制和，从而物权、债权形成较为清晰的体系。而为物权、债权之间的，便有物权类型应的思，物权、债权的二分体系排斥合类。可以说，象的所有权概念和物权法的自性要求所有权的形成自由能，就像法律对所有权的限制一样，故而，与仅有当事人之间的效力的契约自由相对，对物的意志配只能通过法律来形成。此之外，原则还是在考交易益和交易安全的基础上的果。这些要物权法定的提，同时，只有物权法定才能更地保障这些条件的实现。^[17]另外，德国民法典是站在统一法的选择将在全国通用的、纯法性的部分权利确认为物权，而未排甚至是以立法保的方式由地方认可地方性的物权，^[18]从这一点可以看出，物权法定在德国立法之初就开。不

[13] 立新：《物权法定原则 与非法定物权》，载《法学论坛》2007年第1期，第13页。

[14] 王胜明主编：《中 人 民 和 国 物 权 法 解 读》，中国法制出版社2007年版，第13页。

[15] 同注14引书，第13页。

[16] 所有权的一化、绝对化的果是只认可少的法定限制，此即物权法定。 [日]大村敦志『基本民法I 総則・物権総論』273頁(有斐閣、2001年)。

[17] [德] · 德：《物权类型法定原则》，译，王亮校，载 根、田士永、王亮主编：《中德法研究》(第2卷)， 大学出版社2007年版，第91-101页。

[18] [日] 戸 「物権法定主義：比較法の・沿革の考」慶應義塾大学法学部編集『慶應義塾大学法学部法律学科

今天的某国，法律法定的倾向；除此之外，国一般法的产生还基于习惯法。^[19]

法的法策国一“决断”，法的自负人守僵化的机，^[20]然而，只法严格，一担忧依据的。国法产生展的告我，并符法目的。反，法努力符需求需的选并确。法并除法法续造来创设准更的新性；只根据的思创设任的，么遵守了法。^[21]，留中的之由法官法在违背强制的基础展来的。^[22]

由见，国的来源法、地性法、习惯法法续造，宽松中带守的法从产生即，而非严格的法弊端的结果。国并未在民法典中法，只作一法现的，国担忧突法、弃现法而之讥。宽松的法了国经济迅猛展、新异的需，而且好地了的法益，法并非难的法。难，难在严格的法。从一角来看，我的法宽松，允法，法、创设新的亦经验循。

(五) 类型思维的观察

《法》作了性，按照的常，揭示的本质特，只符的界即。笔的观察野来看，世界他国并一国民法典，而归入探讨，典典债之固然在的，然而，在体的构造，简单划一的界得令难服。、设地使、宅基地使、地的括，并在某的“”的在，化的结果：度抽象的法体的，掩了各之的巨（然根本的）异。括了的特，各之在着某族似性，族似性着，各之乃债之的界并像想象的么清，^[23]，在法的之外在债化、债化的现象。

在体系，一旦现债化、债化的中状态，法面临着，，“在抽象的思考中‘非即彼’言”^[24]。租中形态的竟、抑债的论，即源、债、性质的识，、债并非

[19] 参见段匡：《国、法国本法中的法》，载梁慧：《民法论丛》（7卷），法，1997，262、264。

[20] 代法法作的批评，然而，切地指，候我的论的层，而键的功目标。廉慧：《财产野中的法》，载梁治：《洪评论》（10辑），北京，2008，72。

[21] 参见注17引文，102-103。

[22] 参见[]曼弗雷·沃尔夫：《法》，吴、李雪译，法，2004，14。

[23] 近敏锐地指，特、债的“共质性”问，参见张鹏：《债体系的法》，载《中国法》2013，6，72。

[24] []卡尔·拉伦茨：《法论》，陈爱娥译，印馆2003，331。

, [25] 破坏 抽象 , [26] 现象
 “ 渡 , 渡 ‘ ’”[27]。 渡
 配 , 度 结 , 越 鲜 ,
 , 倾 把该 ; , 符
 情 , 现 “ 辑 辑 渡, 且 辑
 担 象。² 见, 并且
 , 蕴

]
 [

)

5

5

5

;



忠

现

占

现

,

突破

济。固守“”() 疑 阻碍 经
包 习惯
《 》 5 :“ ,由 ” , “ ”, 指
言,并 。《 》 , 回 , 《
》 象 , , 供更 指 。 先前 经验
供 参 。

亦 , 指 言, 包括习惯 (1941 字 2040 号)。^[31] 目 习惯 , 习惯 包括 , 违 目 , 尤 。 , 各 整 旧 ,^[32] 。 继 罗马 , , 农 改 ;^[33] , 除人 前习惯 , 修 ;^[34] 采 , 习惯 铺 。^[35] , 包括习惯 , , 旧 封 习惯 , 针 尚 生 已 步 熟 。 习惯 , 予 , 识:

(一) 习惯法优先说

(荣)、末弘 太郎(末弘嚴太郎) , , 整 旧 度, 防止封 旧 复活 机 已经 现,^[36] 习惯 乃 生, 阻止 且 阻止 害 益, 土 场言 , 习惯 废止 现 。^[37] 该 看, 固 逾

(二) 习惯法包含说

川岛武宜(川島武宜)、刘 敷、张企泰 。该 , , 悖 序良俗 习惯 。 , 习惯 亦包括 。刘 敷 情, 广 , 习惯各异, , 生活 , 且习惯 程序 皆 异, , 包括习惯 。^[38] , 习惯 , 均 , 赋予 世 , 笔 , 尚 进 步、斟酌。 , 习惯 , 增 弹 , 并且, 由 符 生活 习惯, 并 益 , , (弱势) 益得 障, 并 敦促 持诚 良好 尚。 , 近 “ ” 757 修 :“ 除 习惯 , 得创设。”

[31] 参见杨 龄:《 》, 2002 , 262 。
[32] “ 整 旧 ” :《 整 》, 《浙 》2005 6 , 89 。笔 整 旧 , “ ” 持 留态度。
[33] 参见 泽鉴:《 》, 2001 , 45 。
[34] 参见[] :《 》, 泉亨修 , 李宜芬校 , 五南 1999 , 23 。
[35] 铺 详细讨 , 参见倪宝森:《铺 》, 倪宝森 1942 , 1-82 ;胡长 :《铺 》, 《 评 》 6 卷 52 号(1929) , 5-10 。
[36] 参见[]近 幸治:《 讲 II: 》, 茵 , 北京 2006 , 7 。
[37] 参见谢 :《 》() , 1999 , 46 。
[38] 参见刘 敷:《 》, 200

反, 需要符合一定的标准,与物权法定的规范意 一 , 于物权性权利的 定标准, 在本文四部分 以探讨。

在我国《物权法》的框架下,物权法定确实 到了确 地役权、浮动抵押权、 置权等新物权, 地使 权、宅基地使 权、 地承 经营权、抵押权、质权、 置权等已有物权的 的,发挥了整理旧物权的功能。然而,这一整理 作 不到位,因为《物权法》要规定哪 物权曾存在较大的 执,而这又与物权法定密切 关。我国的物权法草 几经更易,在物权法定

达到确保 绝 顾交易便捷 需 ， 非 斥交易
、 碍交易 化。故而，尽管 本 本 在 ， 而，
在 展了 ，恢复了一 貌， 在 、习惯
个 ， 现了 开 性，

对原则。(2)系权利是有公示方法,以致于能够从外界识别,^[55]认定其为物权不危害到交易安全,唯这里的公示方法并非然限于登记,盖登记需要具备登记能力,经登记者固然可以构成有效的公示,虽未登记但直接占有亦可构成对不动产权利的公示。^[56]这是认定物权性权利的形式标准,其与实标准相呼应,盖对物的支配权一般均以一定的外观表现出来,反之,一项权利具备支配物的外观时,其更接近于典型物权,且有助于对抗力的发生。(3)认定系权利为物权性权利有利于实现对弱者的保护,能够更大程度地实现财产的分配正义。这是认定物权性权利的实质标准。事实上,他物权的产生,既是物之利用、充分发挥物的效用之需要(在这一点上,债权性的权利与物权性的权利相同),又是强化弱者保护、二次分配资源的需要,通过规定为物权,他物权人便有了可以对抗一切人,特别是所有权人的武器。由此可见,是规定为或者认定为物权,不是简单的约定或者公示问题,而是法或司法者对公平正义的审慎判断问题。换言之,规定一项权利为物权或债权,赋予其更强的物权性效力抑或是更强的债权性效力,不是一个事实判断问题,更是一个价值判断问题,这最终取决于该种权利给予强力保护的必要性程度。物权性权利的认定同样需要遵循这一标准,以在与时俱进中实现公平正义。(4)系权利并非出现一次,而是或者反复出现,这或者反复出现的个别权利在整体上共同形成一种类型(生活类型),^[57]只有如此,方有专门认可的必要(使之转化为规范类型)。这是认定物权性权利的必要性标准。司法固然关注个别,但是制度性的物权并不调整只出现一次的物,只出现一次的权利没有资格为典型的物权类型。(5)系权利不将所有权过渡分割,以致于严重影响所有权的自由转让。^[58]这是认定物权性权利的排除标准。所有权的绝对性、圆满性是近代民法的重要成果,其有利于顺畅的交易秩序、促进物之利用的效益最大化。尽管出现了“所有权碎片化”的势能和“从所有到利用”的转向,但是,财产的可转让性或者易于转让性,仍是财产(权)——特别是物上权利——的重要属性,^[59]也是设计财产权制度的核心理考因素之一。此外,学者已经证实,权能强大的所有权之存在,有效地避免了公地与反公地悲剧的发生。^[60]因此,过度限制所有权、设置后所有权的圆满性不易回复的权利不宜认定为物权性权利。

在满足前述五项标准的前提下,法院可根据民间习惯或者交易需要认定物权性权利,在这个过程中,域内外的物权法、例认可之物权或者物权性权利亦可提供相等的参考,通说或者有力的学说亦有所助益。例如,我国旧时之典权,法国民法之居住权,德国民法之受益权、限制的人役权、先买权,德国例和学说认可的让与担保权(本例亦认可让与担保权)^[61]、物权的期权^[62],本和

[55] 对于不动产尤其如此,动产则较为特殊。Heck 称让与担保为“隐藏的质权”,参见陈本寒:《担保物权法比较研究》,武汉大学出版社 2003 年,第 367 页。最近有学者论证并指出,无论是现实交付还是观念交付,都不可能实现动产物权变动的公示,动产物权本身是可以被公示也值得怀疑。参见 王泽鉴:《交付公示:一个幻象》,载《现代法学》2014 年第 4 期,第 49-61 页。

[56] 有学者指出,英国土地登记法采取了一种有限的公信力,该公信力模式十分强调对占有人的保护。详细讨论,参见陈永强:《登记公信力与占有保护》,载《环球法评论》2012 年第 3 期,第 129-140 页。

[57] 类型论者指出,类型与个体物不同,它是通过直观的表象抽取个物之共同特征而形成,只出现过一次的东西绝非典型的物。参见注 25 引文,第 330 页。

[58] 相似观点,参见[日]佐久间毅『民法の基礎 2 物権』6 頁(有斐閣、2007)。佐久间毅指出,构成自由所有权障碍的物权不得承认其有物权的效力。

[59] 可转让性、普遍性和他性是有效率的财产权制度的三大标准。参见[美]约翰·E. 克里贝特、科温·W. 约翰逊、罗杰·W. 芬德利、欧内斯特·E. 史密斯:《财产法:例与材》,齐东祥、陈刚译,中国政法大学出版社 2003 年,第 8-9 页。

[60] 简资修:《物权外部性问题》,载《中研院法学期刊》8 期(2011 年),第 245 页。

[61] 参见[日]井一 编『民法 II (物権)』9 頁(林書院、2002);同注 58 引书,第 5 页。

[62] J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., 1986, S. 26. (Hans Hermann Seiler) Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I, 1963, S. 2; Bd. II, 1965, S. 4. 转引自[日]鳥谷部茂『非典型担保の法理』51 頁(信山社、2009)。

国习惯法的墓地^[63]，葡萄牙之分度假所^[64]，在我国^[65]的，前，均可慎地^[66]为，“^[67]的^[67]出赋予^[67]的”^[65]。不租^[66]的不地位，为住及^[66]，设^[66]可的住家^[66]，房租系的^[66]手段。法可以^[66]变迁所的^[66]某债的^[66]。种归类^[66]某种的债，包括告^[66]的债、为占^[66]的债、托债^[66]托^[66]的债、占^[66]的扣留及纪托^[66]纪^[66]的债^[67]同予^[67]。

为障^[67]法规范意旨的贯彻，法^[67]的人^[67]慎之慎，因^[67]，的人^[67]以报^[67]民法论^[67]为^[67]，民法^[67]可以^[67]复^[67]导^[67]的方式^[67]，可以^[67]南、一^[67]的^[67]，可以^[67]止地方各法^[67]随意^[67]。^[68]在^[67]规论^[67]为熟^[67]，民法^[67]以法^[67]加以规^[67]不可^[69]实^[69]向^[69]法的渡^[69]，及法^[69]实^[69]中的^[69]型^[69]。在法^[69]中，民法^[69]的^[69]度^[69]，是地担^[69]法的精^[69]复^[69]，是在法^[69]义的^[69]下^[69]地担^[69]法^[69]疆土的^[69]拓^[69]，法的^[69]。租^[69]的先^[69]购买^[69]，民法^[69]部^[69]在^[69]民法^[69]《^[69]房租^[69]同^[69]纷^[69]体^[69]法^[69]问题的^[69]》^[69]为：“《^[69]》^[69]租^[69]的先^[69]购买^[69]为^[69]债^[69]。法规^[69]的‘^[69]法^[69]原^[69]’，在法^[69]未^[69]规^[69]租^[69]的先^[69]购买^[69]为^[69]的^[69]下^[69]，该^[69]不^[69]纳^[69]入^[69]的^[69]范^[69]畴^[69]，不^[69]他^[69]。”^[70]并^[69]废^[69]弃^[69]《^[69]民法^[69]贯^[69]彻^[69]〈^[69]中^[69]民^[69]共^[69]国^[69]民^[69]法^[69]通^[69]〉^[69]问题的^[69]意见^[69]》^[69]118^[69]中^[69]人^[69]可^[69]的^[69]房^[69]租^[69]先^[69]购买^[69]可以^[69]的^[69]。人^[69]为^[69]是^[69]民法^[69]法^[69]原^[69]的^[69]牛^[69]刀^[69]小^[69]，式^[69]，予^[69]法^[69]原^[69]度^[69]的^[69]，在^[69]以^[69]的^[69]法^[69]实^[69]中^[69]，的^[69]法^[69]，运^[69]命^[69]如^[69]，拭^[69]目^[69]以^[69]。

某种意义^[71]说，^[71]的法^[71]原^[71]体^[71]法^[71]的“^[71]傲慢^[71]见^[71]”，^[71]持^[71]的^[71]是^[71]一种^[71]维^[71]义的^[71]论^[71]，^[72]法^[72]万^[72]义^[72]、^[72]僵^[72]的^[72]，^[73]法^[73]及^[73]之^[73]的^[73]。我国^[73]部分^[73]地方^[73]不^[73]在^[73]前^[73]头^[73]，如《^[73]南^[73]城^[73]房^[73]》^[73]

[63]

[64]

[65]

[66]

[67]

[68]

[69]

[70]

[

(2001) 29

“

【法政时评】

论 大 亚 检 察 官 的 保 障



李 新 季 美 君*

摘 要: 检察官是检察权行使的主体。世界各国赋予检察官职权的大小与该国的历史文化传统、宪政制度和司法制度等因素密切相关。而检察官职业保障制度是促进检察官依法独立行使检察权,实现司法公正的重要条件。澳大利亚检察官的主要职权为提起公诉,但不同级别的检察官可行使的权力大小不同,其在职业保障方面的特色为高职的终身制与高工资高福利待遇,而这也是世界上主要国家在检察官职业保障方面的共同特点。我国当前的检察改革,应以我国国情传统为基础,遵循司法权的发展规律,合理配置检察权,适当提高检察官的福利待遇,以促进检察队伍的精英化、专业化,增强检察官的职业自豪感与荣誉感。

关键词: 检察官 职权 职业保障 改革建议

法

检察官是检察权的行使主体,在检察组织体系中的地位决定了检察权的行使充分性,法律赋予检察机关的各项权力,最终是检察官的活动实现的。因历史文化、政治经济制度及民族特性诸因素的影响,以及各国的宪政制度、法律制度、司法制度的差异,可以说世界几乎各个国家的检察制度是一模一样的,反呈现出五花八门、丰富多彩的面貌,因而在检察官的职位保障方面各具特色。由来源的复杂性历史发展的特性,我国检察官所享受的广泛,可谓独树一帜,我国检察官的保障如何呢?是检察官所享受的广泛,还是检察官所享受的待遇?说,这之是一个值得深入思考研究的问题。本文考察研究大亚检察官的及保障方面的特点,较世界各国在检察官职业保障方面的共同特点,为完善我国检察官的职业保障提出一些可行的改革建议。

一、大 亚 检 察 官 的 保 障

由大亚是一个民族多元文化值得公机经机得机经值得值由经值得机经值机机机机经值机机机得经

诉权分 改革 潮的掀起， 国成立皇家检察总署(the Crown Prosecution Service)之后,澳大利亚 和 邦也相 立 独立的起诉机 ——检察院。虽然 起诉机 的名称 有不同,但检察官所 有的 职权及相关的职业 障则大同小 , 主要以澳大利亚最大的 —— 南威 士 为例来阐 检察官 的具体职能与职业 障方面的 色。

(一)澳大利亚检察机关概况

在澳大利亚,检察机关分 邦和 两大系统,互相毫无隶 关系。在 邦一级, 有 邦检察总署(the Office of the Commonwealth Director of Public Prosecutions, 简称 CDPP),是一家全国 的机 ,总部(a Head Office) 在首都堪培 ,同时在 有地方办 室(Regional Offices),由一名副检察长 其 作。总 部 立法律实践部、社区事务部、社区 部和其 务部 等,其职 是为检察长提 建议, 地方办 室的 作, ,有 600 多名员 。

有自 的检察机关,通 在 府 检察总署,同时按地 分为 个办 室, 地刑事 案件的起诉 作。如 南威 士 起诉办 室(the Office of the Director of Public Prosecutions,下称 南威 士 检察总署)是 《1986 年检察长法》(the Director of Public Prosecutions Act 1986,以下简称《检察长 法》)的规定,于 1987 年 7 月 13 日 立 作的。 , 有 10 个检察院(南威 士 的人口 大 700 万,其中 400 万左右居住在),其中 检察总署 在 市, 的西部地区有 3 个检察院, 6 个检察院 在 南威 士 乡下的较大城镇 ,如利 摩(Lismore)、纽 (Newcastle)和高 夫 德(Gosford)等。^[2]

(二)澳大利亚检察官的职权

澳大利亚沿袭的是 法系的检察 ,其对检察机关的定位是 诉机关,检察官的主要职能就是对 警察侦查 送的刑事案件进行审查, 定是否提起 诉,因而检察官所拥有的最为基 的职权就是 诉权。具体说来,澳大利亚检察官行 的职权主要有:一是 表国家对所有的刑事犯罪提起诉讼(比较 重的犯罪在区法院和最高法院由一名法官和陪审团 同审理);二是 加 安法官在地方法院审理的刑 事案件; 是 表国家对刑事案件提起上诉; 是 理与刑事起诉有关的其 诉讼事务。 ,可以在 定的侦查中就 方面的问题 警察和其 侦查机 提 建议,如控 是否 当、 起诉的 是否充 有效等。当然,检察官还可以为刑事审判改革机 ,如刑法修改委员会以及总检察长办 室中的立法与 政策部 ,提 建议或进行评论。

在澳大利亚,检察官通 被称为 诉律师,在刑事诉讼程 中扮演的 色就是法 上的控诉人。但与 私人 业律师不同的是,检察官是 表国家或者说政府提起 诉的,其职 是发现案件事实。基于检察官 作为“国家与 利益 表”和“ 司法官”的 色定位,也为 平衡控辩 方实 、 当行/ 起诉裁 权的 需要,检察官具有 正义务是 国法律规定的 遍现象,^[3]澳大利亚的检察官也不例 。因此,作为 检察官,在 行职 作出是否起诉 定时,应排 一切其 因的 ,如个人 情偏 、被 诉人的具体 地位、政 因 等, 必 对案件中的 、被 人等作出 的评 ,^[4]以 正无私的形象 现在社会 众面 。

因此,澳大利亚检察官在刑事诉讼中的作用主要表现在 个方面:一是 指控和 指控;二是 法 提 控方 人,陈 案件的相关事实和 ,以及控方的 等; 是进行 叉询问; 是 法官出

[2] 有关 南威 士 检察总署的资料 由 署的 检察长提 ,多来自网站:<http://www.odpp.nsw.gov.au>。

[3] 朱孝 :《检察官 正义务及其在中国的发 完善》,《中国法学》2009 年第 2 期,第 159 页。

[4] 林 、闵银龙编著:《最 国 刑事司法 研究》,东南大学出版社 2007 年版,第 321 页。

证。^[5]当然,检 署与各地区检察院所负责的案件会有所同。以南威尔士州检 署为例,南威尔士州相关法律的规定,检 署负责的是重犯罪的起诉。因此,在检 署工 的检察官们的主要工 就是在南威尔士州的地区法院和最高法院起诉重的刑事犯罪,如认为法院判处的刑罚太轻,也可以提出上诉。除刑事审判,检察官参加预审听证程序(preliminary or committal hearings),法院举行听证程序的目的是定案件是否应该行审判,其是案件提 审判的证 是否充 。

要别出的是,虽然警察与检察官的用完全同,前者负责刑事案件的侦查并逮捕犯罪嫌疑人,后者是在侦查结束后,向法院提起诉讼。但两者之间的分工也存在例,在地方法院,一些比轻的犯罪仍警察以起诉,这些警察但负责案件的侦查,同时也负责起诉,他们被称为警察局的检察官(police prosecutors)。,在澳大利亚,检察官也是分级别的,如大检察官(Senior Crown Prosecutor)、高级检察官(Deputy Senior Crown Prosecutor)、皇家检察官(Crown Prosecutor)和理检察官(Assistant Prosecutor),加上行政级别上的差异,如检察长、副检察长和大律师等。不同级别的检察官在处理刑事案件时,其可以行的职权大亦等,在具体工 中,出于办案要,在少下,授权,上一级检察官的职权可以下一级别的检察官来为行。具体分工如下:

1. 检察长的职权

检察长(Director of Public Prosecutions)是南威尔士州检 署的最高长官。《检察长法》第4条规定,检察长总 督命,由检察长(Attorney-General)负责,由 检察环 在、提起和行刑事控方面 检察长的职权。检察长的职权《检察长法》和其他法律 规定,如《1989年犯罪收没收法》(the Confiscation of Proceeds of Crime Act 1989)授予检察长一些与没收犯罪财 有关的权 。

《检察长法》第7条(1)规定检察长的主要职权为:一是南威尔士州法律的规定,在最高法院和地区法院 国家(on behalf of the Crown)对 可起诉犯罪提起并 行 控;二是在何法院, 国家对 此类案件提出上诉并 行 控;是 国家提起、导或终结一刑事起诉(包括警察提起的简 起 诉案件);是接 他人提起的刑事诉讼;五是就犯罪起诉问题向副检察长、皇家检察官、起诉律师和警 署发布 导方针;六是向警 署发布命令要 其提供有利于检察长 虑起诉或 行诉讼所 要的材料;七是有权 导研究所的工 ;八是下放自己的权 ,授权其他检察官 为行 自己的职权;九是与 邦检 署(the Office of the Commonwealth Director of Public Prosecutions,简称CDPP)签 的议,在某些案件中,检察长可 违 邦法律的犯罪 行 起诉;要,检察长可 来自州的诉讼,向澳大利亚的终审上诉法院 邦法院和澳大利亚高等法院(设在堪培拉,是澳洲的最高法院)提起上诉。

,该法第20条(1) 一步 检察长除 行上 所规定的各项职能 , 应负责处理何偶发的或有 于 行检察长职责的相关事宜。最后, 为检 署的行政 导,检察长 担负着行政上和 理上的职责。

要 的一是,检 署办理的所有刑事案件,在起诉书上必须, 检察长的 义起诉,至于具体案件的处理,检察长可以 授环 同级别的检察官来办理相应的案件,但重要的 策,如上所 , 能 检察长来 出 定。

2. 副检察长的职权

《检察长法》第5条规定 副检察长(Deputy Director)的 命、职权及责 。副检察长也总 督命,其职权《检察长法》和其他法律 出规定,并就是否正 行职责向检察长负责。《检察长法》第22条的规定,副检察长应 检察长的工 ,并 检察长的要 ,与皇家检察官行 相同的职权。该法第33条规定,检察长可以 委托被推荐的人行 其职权,该条第2款规定 可以 委托副检察长 行 下职

[5] 参见 Mark Tedeschi:《澳大利亚皇家检察官在刑事司法中的 用》,京师刑事法 网,访问时间为2016年10月25日。

求,只仍担客观公,护师责并非。〔6〕澳他州联邦检察官基本。由检察工作艰巨性、挑战性专业性,澳业保障给予检察官优厚遇。

、澳 检察官 业保障

检察官业保障 检察官依使检察前,检察得落基础,确保检察官队伍业化、专业化、化。检察官业保障水低,到检察官群业素养低荣誉感强弱,还涉到公终目标顺现。检察官业保障:“检察官业保障指检察官业化设核,善检察机内、外制度,切保证落检察官业力、业业素养,达到增强检察官业荣誉、维护尊严威目。”〔7〕,澳,

策 犯罪 、 环境 变 修 ， 便 。 澳 《 邦 策》， 前言 声 :《 邦 策》 邦犯罪 遵循 南， 《1983 检察长 》(the Director of Public Prosecutions Act 1983) 邦 程序 变。^[9] 南威尔 州 《检察长 策 》^[10] (DPP Prosecution Policy and Guidelines, 简 《 策 》) 策 组 。 策 检察官设 ， 针 ， 包括 ， 并 针 某 。 策 涉 : 检察官 ; 继续 素; 控 ; (包括 简 处);五 线 豁免 (刑 赔) (indemnities and undertakings under the Criminal Procedure Act);六 犯罪 ;七 皇 检察官 针 量刑 ;八 ， 。 细 并 策 ， 策 涉 阐 ， 、迅速 、 控 ， 筛选、 申 (no bill application) 终止 、 警察 、 、证 、线 、豁免 犯罪 ， ， 详细 。 《检察长 》 14 ， 修改 善《 》 ,检察长 警察局长 犯 罪 简 犯罪 ， 检察长 先 检察长 ，且《 》 修改 针 某 。

(二)身份方面的保障

检察 顺 ，除 障 ， 检察 检察官 供身 障。 澳 检察官 师， 刑 程序 ,皇 检察官 ， 皇 检察官 担,皇 检察官 检察长办 室 级 师。 ， 澳 ， 皇 检察官 身 障 :

1. 职位的终身制

皇 检察官， 检察长、副检察长 师 ， ，他 他 予 。 《检察官 》 4 ，皇 检察官 终身 。 南威尔 州 州长 府 ，每 7 ，并 续聘 担 72 岁 退休 止,除 免 。 ， 招聘， 资 申 。 申 皇 检察官 ，4 10 师 业 验,既 控 告 ， 招聘程序 透

- (1) 家检 ,或者 长以书面 式提出辞职,或者年龄 72 岁,或者不 是澳大利亚律师;
- (2)没有正当合适的理 , 家检 未能遵守《检 法》第 10 条不 在 兼职 事 的 的规定,被 长 职的;
- (3)若 家检 无能 (incapacity)、不能 (incompetence)、行为不 (misbehaviour)或者不称职 (unsatisfactory performance), 长可以 其职位;
- (4)如 家检 破 ,或出 精神错乱,或在 12 个月 无 14 (不 是 的 是 的, 总检 长同意或 病或其 不可 的因),或在 士 罪被判 12 月或 以上的, 长可以 其职位。

此可 ,澳大利亚对检 的 是 具体 位的,一方面规定 家检 (也 级别 高的大检 和高级检) 有职位的 ,但为 督促 们 职 , 一 规定 的 职 条件,在这些条件中,第(1)和(2)两种 是必 要 职的,但第(3)和(4)两种 是可以 职的,最后 是否被 职,视具体 定。一 出 职理 ,检 长就可能 家检 暂停 行职 。在暂停 期间,其 也会被扣 政 以没 。当然,检 被 职解 的 ,都是无法 职或出 重的 。

事实上, 检 , 便是检 院中的其 员,被招聘试用期 12 个月后,一 为正式 人 员,也 有在其行为不当、 重的罪行或者其职位被 的 下, 有可能被解职。这种 上的 稳定 和 ,自然有利于检 的精 和 建 。

(三)物质方面的保障

澳大利亚的检 在社会和民众中 有极高的 信和 , 与检 的高 相关 ,也与检 所 的 厚的物 待 密不可分。

1. 优厚 薪水

在澳大利亚当一 检 ,其薪 是 分丰厚的, 有很 的 期。以 士 为例,其检 的 和 与全 其 部 适用同样的 。 家检 的 职直至退休,其薪 是 定的, 法律和其 判所 室来 定,但 们无权 行 人 。在司法实践中,检 长通 家检 或法律顾问聘 的律师 ,有时检 长也会 人律师(private counsel)或 家律师(the Crown Solicitor)或 家辩 律师(the Crown Advocate)来 。在 士 , 《检 法》第 12 条规定, 家检 、大检 和高级检 的薪 是 《1975 年法定的及其 职位薪 法》(the Statutory and Other Offices Remuneration Act 1975)来 定的,差 、 津 与 以及 期等则 总检 长 来 定。 检 总署 其 人员的 年都 独立的 来 定,其 则通 总署与 人员之间 的 合同(Enterprise Agreement)来 定(通过 们的 合)。

2. 丰厚 福 待遇

检 的福 利待 ,也是检 中的重要 成部分。一个国家检 福 利待 的高低 也可以 一个 面 出 职 的重视 和 。福 利待 的是 定 和津 之 的 种物 上的 、发 的 会及 等。 于检 的艰 和 ,在澳大利亚,检 的福 利待 也是相当不错的,主要 在:

(1)众多的培训机会

在澳大利亚, 于检 是 人尊敬和欣 的职 ,为 这 耀和自 的精 色, 在 上 以 相当丰厚 , 为检 提 种学习培 会,以便 们及时 ,提高 务能 。 为 培 的实 和培 ,在 士 检 总署 , 立 的培 部 ,被称为学 习与提高部(Service Improvement Unit), 主要 检 总署 部的培 , 人员仅两 人,其职

是系统内外的联系工作,安排学习课程和培训、研讨会等,为检察总署700多人提供信息和音像资料等。除了学习与提高部外,还有职业继续教育部(the Continuing Professional Development),大检察官的职业培训工作。

每年,管理人员会与检察官协商制定一个双方认可的作业标准,检察官可以根据自 己的需要提出培训需求,由管理者作出相应的安排后,填表提交给学习与提高部。学习与提高部根据检察官们提出的培训内容、要求、时间与人数,安排相应的集中培训,或者根据个人的不同需求,提供相关的培训信息和机会。培训部提供的培训内容十分丰富,除了法律知识方面的培训和计算机技能方面的培训外,还有岗位职能培训和行政管理培训等。近年来,交流性的培训越来越受青睐,如提供学历教育机会和资金、与研究机关进行合作和交流讲学以及接受海外人员的来访、交流和学习等。为在职人员提供内容丰富、形式多样的学习培训机会以提高其专业水平和管理能力,从某种意义上说,是最大的福利待遇。

(2)安全的工作环境

新南威士检察总署内还有一位职业健康与安全官员(an Occupational Health and Safety Officer),福利事务,同时还 有24小时的保密援助热线(雇员援助),所有的员工都可以使用。人员保障问题,一旦有需要,如紧急事件发生,可以拨打警察热线。另外,办公场所受到保护,而检察总署的总部则有自 己的安全保障和监听系统。^[11] 总署的办公地点在一座大厦里面,酒店式管理,环境整洁安静,出 就是海德公园,那柔和的山丘、上百年的参天大树、整洁翠绿的草坪有如置身郊外。

毫无疑问,上述的种种待遇与措施都为检察官们秉公执法、忠于职守提供了保障条件,也解 除了他们的后顾之忧。在新南威士,皇家检察官是特别受人尊敬的职业。这些检察官以能力强、富有智慧、办事公正、为人正直而著称,在全社会享有极佳的口碑和声誉。一旦被任命为皇家检察官,每个人都会从心底里感到无 尽的光荣。而 从职业的满意 度来看,其行业中也 得有与皇家检察官在工作中遇到的挑战及日常工作的高质 量相比。^[12]

三、比较视野下我国检察官的职权与职业保障

因历史文化传统与司法制度方面的差异,综观世界各国的检察制度,可以发现无论是检察关的定位,抑或是检察机关的设置、职权的配置、检察官的资格条件等,几乎没有两个国家是一样的,这一点与审判制 度大为不同。

(一)西方主要国家检察官的职权

总的说来,大陆法系国家检察官所拥有的职权大于英美法系国家检察官的职权,这自然与两大法系对检察机关提 升地位中一 中及提中位问中一 中出提位位的问一部 题位题一的题及地位一地位一 一位部下国

，形殊神异，呈现五光十色、丰富多彩而又纷繁复杂、千变万化的面貌”^[19]。因此，在改革中，我国的检察权应因地制宜地配置，我们只能从自己的国情和现实需要出发，走中国特色的检察之路。如法律监督问题，无论是从历史来看，还是在老百姓的心目中，我国检察机关都是老百姓伸冤讨说法的地方。在司法改革中，如能更好地发挥检察监督作用，做到打击犯罪、保护

检察长负责制 现。

级 检察官 使 小 ， 力 检察长， 副检察长，随 皇 检察官。而且，每 级 检察官 够享 由 明文 。 ， 级 给 级 使， 须经 程序。

三 管什么级 检察官， 检察长， 须从 工作，而 单纯 担任 领导 。 副检察长 工作 、州 刑 代表控 庭 。 由 见， 澳 ，即便 检察长、副检察长， 办 骨 力量。 检察长 情况 ， 工作 色，检察官 且升 检察机 领导， 再 线办 ， 疑 才 浪费。 ， 从长远 展 看，还 尽 才 需 ， 前 额制改革 非常 。 改革 ， 推进， 额 、入额 数量 资格 ， 须 考虑，慎 决 策， 引 现 。 检察机 门已工作20 检察官， 且素 质 才 领导安 到办公室、 室 门 ，而今 额制 ，他 资格参 竞 。 检察官往往 检察机 层 ， 他 项改革 生忧虑，推 改革 难度 想而知。^[22] ，只 涉 到切身 益 改革 帆风顺 。

2. 保障 问题 路

检察官 业保障制度 前 深化检察工作 制改革 组 ， 确保检察官 使 、除外 各 扰， 现 公 十 。 述，检察官 业保障， 根本目 了让检察官 切 履 赋予 检察 现公 ， 检察队伍 化、专业化、精英 化 前 基础。 ，世界各 根据 己 情 检察官 业保障制度作 了 。 身 份保障 ， 强保障 ， 俄罗斯、白俄罗斯 ，除了终身 保障外，还配 善 身安 保 护措 ； 普 保障 ， 、 。 福 遇 ，鉴 检察工作 艰巨性、复杂性、专业性 性， 十 ， 了 工资 福 遇 优厚 质 ， 韩 。目前， 《 检察 组织 》 改，而《检察官 》 改 酝酿 。从 较 野 看， 检察官

“双 导” 级检察 既 产生 机 负责, 级 检察 负责, 程
度 变 基 导 “ 导”, 检察 运作经 源 财 ,
避免 导 某 检察机 “附 ” “检察 ” ,城门失火,殃 池鱼,检察
官 身份 障 现 予 兑现。
, 《检察官 》 惩戒 由、处 作 列举 ,惩戒 程序 检察机
纪 处 、监察工作

，足情，充分考虑制配套衔，外制达
经验，逐步善检察制作机制。
检察官业保障机制探索、善而，“首需明确足点，抓准眼点，善基本点，注
契点，渐进、稳迫近预果”。^[28]从世界检察官业保障制性
看，检察官享较，检察官保障机制善，资福遇更，
，检察官更，业荣、更强，澳皇检察官，
聊天，明显受到散豪满足。由检察官福遇低
程现了业业性性。而检察官业保障制到，挥检察官
积性观动性，保障检察充挥，检察机作任顺，
。世界又检察机，检察机置五花八，配置千，资
遇更低，而，到，竟采哪检察官才、享受
资怎福遇才，情习惯而，既遵循展
遍做，又筹顾代展需。

On the Prosecuting Powers and the Occupational Security in Australia

Li Xin & Ji Meijun

Abstract: The prosecutors are the subjects to exercise those prosecuting powers. Due to different history, cultural traditions, constitutional systems and judicial systems, each country stipulates the extensive or narrow prosecuting powers for their prosecution service. The system of occupational security of prosecutors is an important condition in promoting the prosecutors to perform their powers independently as well as realizing the judicial justice. In Australia, the main powers of the prosecutors are to prosecute criminal cases. However, prosecutors with different ranks may perform different prosecuting powers. As to the occupational security, the Australian prosecutors enjoy high salaries and good welfares, which is a common characteristic of the occupational security in main west countries in the world. Therefore, during the process of current procuratorial reform in China, on the basis of national conditions and traditional accustoms as well as obeying by the developing rules of judicial powers, we should reasonably allocate the prosecuting powers and improve the welfares for prosecutors properly in order to promote the excellentization and specialization of the team of prosecutors and enhance their professional sense of pride and honour.

Keywords: prosecutors; prosecuting powers; occupational security; proposals of reform

(责任编辑:丁洁琳)

[28] 守安:《检察官业保障机制》，载《河南》2015 6，36。

州 美国

杨 良*

摘 要:美 经历了 轮 新泽西州和特拉华州挑起 吸引 司注册 目标 州 竞争。 轮竞争发端 19 80 , 20 30 达到高潮。 轮竞争 表 司 改革, 美 各州普通 司 基 了 “ 型”向“赋 型” 转变。 二轮竞争肇始 20 60 , 直延续到 。此轮竞争 使董事和高 补偿 责任保险 围明显 扩 ,并催生了直接免除 他们责任 条款, 推动反收购 断 新。 变 使美 各州 司 厚 亲 色 。很 满竞争 ,他们针 竞争根 进行了争 联邦 司 、统 各州 司 和反 “内 事 原 ” 力,但 ,没 止竞争 发展。

关键词:美 司 州 竞争 新泽西 特拉华

在美国, 册 州 , 邦 。 , 册 在 之 州 册。^[1] 在 背景 , 已 自己 州 册。 , 吸 来 册, 增 人,^[2]各州 围 。 吸 留 州 在 程度

话,而 梳 州 竞 推动美 公 展 进程,[6] 揭示 。 另外,本 探讨 只 生 美,“ 从逻辑 讲, ”,[7] ,本 析 球经济 趋势 公 竞 策 帮助。 美 州 公 竞 划 段: 段 端 19 世 ,肇始 泽西州; 段兴 20 世 60 , 特拉华州。 轮竞 既 脉 , 各 特色。

、 轮竞 美 公 由 进程

美 普 公 ,公 由州 特 。 特 公 , 美 19 世 进 场 普 公 目标 改 。到 1875 ,普 公 美 基本普 ,采纳 州 90%.[8] 普 公 现 ,州 竞 并 马 展 。 , 公 州 创造 ,只 该州,到外州 受 , 他州公 到本州 册 。[9] 1868 ,形势 变 。 “ 罗 弗吉尼 州” , 强调,各州 生 本州 州 贸 性质 性经营活动,即使从 该活动 外州 册 公 。[10] 还 既往 各州 外州公 力, 由 得 推 :各州 从 州 贸 外州公 。 ,“从 州 贸 现 找 州去 册 ”,[11]州 公 竞 。 19 世 ,随着从 州 贸 公 普遍兴 ,美 州 公 竞 逐渐由 变 现 。

(一)新泽西州挑起州际公司法竞争

战 前, 泽西州 予垄断经营 减免税 支持铁路公 , 从铁路公 得 益,该州 1848 取消财产税。 而, 战改变 切。 泽西州 1864 财产税, 巨额战 留 负担。 增 入, 泽西州 1875 除特 公 ,并 长 艰苦 斗 逐渐取消曾 予铁路公 税 优惠,另 继 1883 1884 向 该州 册 公 特 税 。 , 泽 西州 取消 财产税。现 公 入, 增 册公 数量 急。 泽西州 官 煞 苦 ,著名公 詹姆斯·B. 迪尔(James B. Dill)毛 荐, 他

[6] 美 州 竞 公 展 广泛 , 尚 专门针 州 竞 推动公 展 程 。已 点 始 段。 情况亦 。参见 铁:《 美 公 向 由 向 性演 变》,《美 》2003 4 , 42-63 ; 、戴萍:《美 公 展演变》, 沈宝、 :《 丛》 8 , 2006 , 12-71 。

[7] 辉:《略 公 : 角 示》,《 较 》2013 5 , 64 。

[8] Susan P. Hamill, *From Special Privilege to General Utility: A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations*, 49 *American University Law Review* 81, 104-105 (Oct. 1999).

[9] 1839 “ 古斯 银 厄尔 ”(Bank of Augusta v. Earle) , 指 ,公 州 礼让 到外州从 经 营活动,即只 外州 禁止 进入。 随 , 州 外州公 、管 , 禁止 。 参见 铁, 6 , 53-54 。

[10] See *Paul v. State of Virginia*, 75 U.S. 168, 177-185 (1868).

[11] Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises* 26 (3d ed., West Publishing Co. 1983).

提出解 方案。

方案的核心是司法的自。在之许司普通司法的过程中,主张改革的人虽然热衷于追司法的民主,但他们对司来的资大规聚是心存虑,既心司的无序发会危众利,也“怕司会成私人权的中,权分散的民主理念为泡”。^[12]因此,当时各普通司法都许多规定,比如定司成立目的、设置额定股最高额、规定司存续年、定司立者和董事的籍和司权等等。^[13]各司能此定司章程,并在章程定的范行事,否则为“越权”。认为,要消这些,在泽西营出司友型氛,就能吸司来,增加收的目的。

泽西当局接的方案,于1888年重修司法,增加其自程度。之后,为进一步宽对司的、予司的权,泽西议会相在1889年、1893年、1896年、1897年和1898年对司法几次大的修。其中,1896年的修最大,被称为国司法的程碑。

修改后的泽西法律规定,个或个以上的人,要要务卿处案可为何(一个或几个)合法目的成立司(银行、险司、司、司以及其事基础设施建设的司有规定),^[14]对“司资、寿、营目和地等不再有何”。^[15]这是吸司的一大亮。当时,原发势头不错的西弗吉亚、缅因、康涅狄、萨诸塞、宾夕法亚和俄亥俄等因固守规定不再司青睐,消诸多的泽西则成为“司所欢的”。^[16]

,泽西的法规定:何两个或多的司都可以合并为一个司;何泽西法律成立的司都可以并处置其司的股票。^[17]这是吸司的一亮,针对的目是大型垄。当时,以为主要式的垄资主义在国有相当程度发,但垄绪也很烈。1889年后的短短几年中,30多个颁布宽不等的法,邦政府也在1890年通过《曼法》。那、加利福尼亚、纽、布加、伊利伊、布加等6个的检察关旋提起诉讼,都各自法院的。就在垄处碰壁之时,泽西打方便之,自然会发、垄争相投奔。

主的泽西司法改革预期效。之,泽西虽有不少司,但与其相比并不突出。然,过上改革后,泽西司暴增,很快便把其远远甩后面。^[18]于不额定股,允许司合并与控股,所以泽西的司不仅多,规大。1899年,泽西额定股超过千万元的司至少有61个,其所有有60个。^[19]至1904年1月1日,翰·穆(John Moody)认定的7个大型工业全都在泽西;298个小的工业中,在泽西的也有150个,占总的50%多。^[20]这泽西司的额定股总额高于其。

[12] 韩铁,同6,第50页。

[13] *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U. S. 517, 549-556 (1933).

[14] John J. Treacy & John Milton, *The General Corporation Act of New Jersey* 5-6 (Revision of 1896, Hudson Printing Company 1921).

[15] 韩铁,同6,第58页。

[16] [] 著·M.弗德曼:《国法律》,苏彦等,中国社会科学出版社2007年版,第579页。

[17] Treacy & Milton, *supra* note 14, at 107-108.

[18] See George Heberton Evans, *Business Incorporations in the United States, 1800-1943*, at 99-151 (Waverly Press 1948).

[19] Edward Q. Keasbey, *New Jersey and the Great Corporations*, 13 *Harvard Law Review* 198, 201 (Nov. 1899).

[20] John Moody, *The Truth about Trusts* 453-467 (Moody Publishing Company 1904).

1887 - 1901 年新泽西与俄亥俄两州公司之额定股本比较(单位:千美元)

	1887	1888	1897	1898	1899	1900	1901
新泽西	145 893	170 460	420 343	810 08	3 261 008	1 329 803	1 779 846
俄亥俄	225 281	114 433	51 013	52 812	130 579	79 633	126 262

数据来源:Evans, *supra* note 18, at 130 - 131, 137.

着 公 注册,新泽西州 取 公 费 特进基去公已经进基去公进经由由得基去:

1. 特拉华州加入公司法竞争

来, 拉华州的司。1883 一部意的司, 且是与司并。部的定, 是“的司之”。^[27] 邻州泽西州司改革的, 拉华羡慕。他希望出泽西州自的司, 吸司册, 增加入。是, 该州1897的修宪定, 彻废除司, 改司。贯彻修宪定的则, 拉华州在1898草司的。一意见, 定陷入僵局。的柔寡令感愤。报纸纷纷论, 谴责通自的司, 州财失急的收入来。州长滕尔(Ebe Walter Tunnell) 沉住。在州的, 他抱怨财压大, 并出问所在途径: “的司, 州工业阻, 近3中一停前大量的收入因丧失……有司的他州提供验, 是你的。有。导, 再加州的有, 你该难出的结论。”^[28] 与同, 拉华州司中的几个提出份激的。拉华州1899再, 个式草拟的。

拉华州1899司是搬泽西州。者似度之, 拉华州衡1900理一个涉的定, 州一定是想遵循泽西州的司。^[29]

在模仿泽西州的基础, 拉华州增加一吸的。中突出的一是低的收。泽西州的司额, 股的万之, 拉华州的则是万之五; 税的定泽西州百万美元下的股收千之, 百万五百万美元收千之一, 五百万美元定每百万美元加收50美元, 拉华收千之、千之30美元。^[30] 拉华州的创包括:(1) 司股份收取的价是金、, 租金, 且是提供的;(2) 股东董是州, 是州;(3) 股东登记簿股份转记放州, 在州留副。^[31]

改革, 拉华州司的吸大大增, 泽西州有的竞手。1913,^[32] 拉华州司册数量泽西州。^[33]

取势, 拉华州有止步, 继续推司自改革。1915, 同意司所有董有

[27] Charles M. Yablon, *The Historical Race Competition for Corporate Charters and the Rise and Decline of New Jersey: 1880 - 1910*, 32 *The Journal of Corporation Law* 323, 359 (Winter 2007).

[28] Grandy, *supra* note 21, at 78.

[29] *Id.* at 76 - 78.

[30] Russell C. Larcum, *The Delaware Corporation* 17 - 19 (The Johns Hopkins Press 1937).

[31] William Jennings Bryan, *The Man Before the Dollar: Society Not Enthralled to an Institution Solely Because the Institution Exists: The Remedy of Congressional License*, in *Chicago Conference on Trusts: Speeches, Debates, Resolutions, List of the Delegates, Committees, etc.* 496, 504 - 505 (Franklin Head ed., R. R. Donnelley & Sons Company 1899).

[32] 1913, 泽西州在州长伍·威尔逊推动下通垄目的“七姊妹”, 取消曾赋予司的权, 包括有意的收购竞手股票的权。是导

[33]

州居 ;1917 , 允 额股票, 。^[34] 程度 该
州 愈 愈 , 泽西州 。 , 1916 ,
杜 车 离 泽西州, 拉华州 册。^[35] 1932 ,纽 证券
挂牌 606 , 拉华州 册 209 ,占 数 34%。^[36]

2. 纽约州加入公司法竞争

纽 州工 企业众 , 度偏 。 隔 泽西州放松 , 批纽 州
册。 1894 , 泽西州 府运转 “ 程度 靠 纽 州 身
收入”。^[37] ,纽 州 泽西州 改革 州。纽 州
烈 担忧,并采取 措 。1890 ,纽 州取消 额 股 ;1892 ,
允 收购股票; , 挽留欲 泽西州 册 电气 , 颁 惠
证。 , 零散 急 策 局。持续 失 收入 纽 州各级官 耿耿 。
1899 ,该州 计长 度报告 慨 :“ 横扫 组 浪潮 税收单 乎
, 州 他 州 供 资金。”^[38] 1901 ,州长 杰 · B.
奥尔(Benjamin B. Odell) 度咨 糟 财 状 归 苛 :“ 结
计长 报告好好 虑 州

整，衡了内、外州公 负担。^[45]

纽约州 1901 公 模仿新泽西州，更 特拉华州 松，较前 由化程度已 。它 让外州公 趋 鹜，码 降低本州公 到外州注册 冲动。足 使纽约州公 注册数量 幅度攀升。

3. 州际公司法竞争 散

工 达 新英格 公 竞 敏感，该 缅 (1901)、康涅狄格 (1901) 马 诸塞 (1903) 三州闻风而动，乎 纽约州 进了公 由化改革。另外， 桑 (1901)、西弗吉尼 (1901) 达 他 (1903) 州 甘落 ， 修订了各 公 。 州 改革力度 ，而且它 新泽西州竞 互竞 图 清楚。充斥 媒 广告 好 现 点。1902 ，缅 州 公 代 机构《美 师》 本州公 连 做了 10 广告。广告词 ：“根据 1901 组 公 更广泛 力，股东免责力度更 ，纳 税 新泽西州、纽约州、特拉华州 西弗吉尼 州 公 更低。” ，又 达 他州 公 广告 现 该刊 。 道：“它 由 。 他州 ，手 简便、价格 低廉， 更 特 。 税 执照费，费 非常低。董 股东 州外召 ，公 任 ， 责任 限。”另 醒目 字 截了 ：“ 新泽西。”^[46]

竞 气候 且 ，“ 州再坚守良知便 异 断活路”。^[47] ， 仍 放松限 制 果 疑虑，公 由化改革还 。到 1912 ， 42 州允 任 “ 目 ”组 公 ；43 州取消了公 额 股本 限；24 州 予 限 公 证；18 州允 公 并 并；19 州允 控股公 ，7 允 ；40 州 再 资本股 现金支付 ；41 州 允 财产 股份 价， 数还允 芽 服 ；24 州 再限 公 点；33 州取消董 州籍限制；20 州放松了 公 度财 报告 求。^[48]

20 世 20 代， 又 生了 公 由化改革 新变化。首 点 公 态度 转变。 ，美 经济持 展， 度 繁荣 息了已延 十 公 影响 ，享受到经济 展好处 美 似乎 受了(默 了) 公 导经济生活 现 。另外， 数尚 进 改革 州越 越强烈 感到， 己 限制性 款根本 助 消除公 弊端，只 促使本州公 到外州注册。 密歇根州 1921 给州 咨文 ， 严格 公 处， “ 公 外州公 身份再回到 里 ”。^[49] 进入 20 世 30 代 ，经济 逆转， 公 改革 趋 改变。 ，经济危机导 财 困难 剧了各州 竞 ， 量公 到外 注册 州愈 容忍 况，它 急 改革挽留本州公 。 素 综 作 ， 福尼 、密歇根、伊 诺伊、印 安纳、明尼苏达、宾 夕 尼 华盛顿 曾执着 州 了公 “现代化” 伐。 “保守”州

[45] Yablon, *supra* note 27, at 364.

[46] *Maine Corporations; Incorporate in South Dakota; This Beats New Jersey*, 124, 174, 222, 270, 318, 367, 417, 465, 513, 561 *The American Lawyer* (Stumpf & Steurer 1903).

[47] Raymond T. Zillmer, *State Laws: Survival of the Unfit*, 62 *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* 509, 510 (May 1914).

[48] J. Newton Baker, *The Evil of Special Privilege*, 22 *The Yale Law Journal* 220, 222-223 (Jan. 1913).

[49] Stanley A. Kaplan, *Foreign Corporations and Local Corporate Policy*, 21 *Vanderbilt Law Review* 433, 436 (1967-1968).

标志 国公司法自由化改革达到“高潮”。^[50]

经过第一 争， 国 通公司法基本完成了从“管制型” “ 权型”的 。到 20 世纪 30 年代，这种新型公司法已在 国 地被 采用。^[51]随 权型公司法的发展，“曾经被严格限制、精心保护的公司特权， 得能让任何企业获得了”，^[52]用以限制公司行为的“越权”原则日渐衰落。到 1931 年，《 莱彻公司法百科全书》已可以宣布，“公司不能超越权限行事的理论已经被这个国家大多数法院 ”。^[53]

二、第二 争与 国公司法“亲管理层”倾 的发展

在第一 争中，特 华 脱 而出，成为大公司注 最多的 。然而，经 大危机的爆发和联邦 券法的出台弱化了它的吸引力。二战 后的十几年中，30 多个 相 更新公司法，使特 华 公司法的 争优势受到进一步削弱，其公司注 因此 渐减少，相关收 在总岁 中所占比重也不断下 。为扭 这种趋势，特 华 议会于 1963 年底通过一个法案，决定拨 25000 元，成 务卿 人员研究公司法综合改革问题。 法案 这样表述其动机：“ 于，特 华 具有作为全国 名公司注 地的悠久历史， 因此而受益； 于，特 华 传统上为公司提 的有利环境一直是本 岁 的重要源泉； 于，为与特 华 争，最近很多 制定了新的公司法； 于，自 1898 年出台以来，特 华 公司法 未作过综合修订； 于，特 华 议

只 1400 万元,占 税收 10.9%;到 1971 年, 收 已达 5500 万元,占到 税收 24.9%。^[58]

特 华 功 快引 仿,从而 掀 了 公 竞 。 反 快 宾夕 尼 , 1967 年 11 月 30 日 即采 动, 特 华 修订 内容 植 到 公 。 ,田 西、 福尼 、佐 、俄亥俄 吉尼 照特 华 修订 程 改写了本 公 。^[59] 随 ,越 越 仿特 华 。 , 只 仿特 华 ,它 突破。反 , 住 ,特 华 更 敢懈怠。 它 频繁推 吸引公 新 ,而 注 新 措——“特 华 果 公 革新 ,它 仿 ”。^[60] 反 复 新 仿使竞 续进 ,推动 公 断 展。

竞 ,公 由化 内容。^[61] 外, 续到现 竞 还 了另外 化:(1)扩 管 层 力 业 障;(2)制 改进反收 。

(一) 扩大管理层权力和职业保障的改革

现代公 制 基本特 控制 ,而 ,基 现 需 ,公 控制 ,而 董 级 。早 20 世纪 30 代, 现象即已引 注。^[62] , 股 增 散 现代公 愈 庞 使 现象更 突 。据

[82] 派 , , 董
 ;[83] 纽 “ ” [84]
 层 突 。 ,董
 遵循 营 。 “ 密 戈 姆 ” , 靠,
 填 漏 。 ,
 董 [85] , 。
 , 、 亥 、 佛 、 康 缅 , ,
 选 , 董 。 董
 , 降 [86] ,
 董 , 董 。 , 康
 、 、 、 福 、 阿 色、田 、 [87]
 层 呈 浓 竞 色 。 场竞
 , 1987 , 2001 , 幅
 税 , 步 层 ,
 。 , 惠 , 选 , ,
 吸 [88] ,
 “ ”。

(二) 反收购法的发展

竞 收 1967
 。
 1968 , 收 [89] 随 , 仿 。 1982 , 收
 37 [90] , “埃 麦 ” 究
 贸 廉姆 突 伊 伊 收 [91]
 。 , 浪 1980
 顶峰。 [92]
 伊 伊 收 究, 禁

[82] David S. Schaffer, Jr., *Delaware's Limit on Director Liability—How the Market for Incorporation Shapes Corporate Law*, 10 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 665, 667–668 (Summer 1987).

[83] Joseph W. Bishop, Jr., *The Law of Corporate Officers and Directors: Indemnification and Insurance* 425 (West 2011).

[84] See Paula Walter, *Statutory Indemnification and Insurance Provisions for Corporate Directors—To What End?* 38 *Drake Law Review* 241, 252 (1988–89).

[85] R. Franklin Balotti & Mark J. Gentile, *Elimination or Limitation of Director Liability for Delaware Corporations*, 12 *Delaware Journal of Corporation Law* 5, 5 (1987). 67 , 8 。

[86] Hanks, Jr., *supra* note 80, at 1210–1219, 1246.

[87] Charles J. Hartmann & Pamela Gayle Rogers, *supra* note 78, at 534.

[88] Michal Barzuza, *Market Segmentation: The Rise of Nevada as a Liability-Free Jurisdiction*, 98 *Virginia Law Review* 935, 953–954 (Sept. 2012).

[89] , 收 《 廉姆 》(Williams Act)。

[90] Romano, *supra* note 61, at 226.

[91] See *Edgar v. Mite Corp.*, 457 U.S. 624 (1982).

[92] 淮 :《 收 》, 2004 (2011 刷), 53 。

权。该 决 要依据是联邦 法中的州 贸易 款,而根据联邦最高法院 时遵循的解释该 款的“ 衡利益原则”,“各州 法只要没有不合理地侵犯全国利益” 得到维持。^[93] 该 决也特指出,伊利诺伊州的法 意图 预发生在全国任何地方的要约收购,或者说它意欲规制外州公司的内部 务,给州 贸易造 明显负担,所以才被制止。正如鲍威尔(Powell)大法官在补充意见中所说,对贸易 款的这种解释为各州规制要约收购留下了部分余地。^[94] 这部分余地让 已经 为敌意收购目标或担 为敌意收购目标的公司又看到了希望。 它 的要求,一州 快又制定出 二代反收购法。

1982 11 ,即“埃德加诉麦特公司” 决 几个 后,俄亥俄州 通过了新的反收购法。之后一 内,又有马里兰和宾夕法尼亚两州跟进。至 1987 ,通过 二代反收购法的州已有十几个。各州 二代反收购法有两个共同点,即它 只 于本州注册的公司,并尽量不与国 的威廉姆斯法冲突。各州如 调整反收购法显然是为了避开麦特 决的限制。它 的努力没有白费。在 1987 的“CTS 公司诉美国动力公司” 中,联邦最高法院 定了印 安纳州 类法 的合 性。^[95]

得到联邦最高法院的 定之后,反收购法焕发出新的生机与活力,采纳的州数出现爆发式增长。在 CTS 公司 决后大概 6 个 内, 有 14 个州出台了相关法 。^[96]

对于股东来说,公司的 并与收购未 不是好 ,但对于被收购公司的管理层和公司所在地 府来说,这也许是场灾难(尤其是遭遇敌意收购的时候),因为前者可能 失去现有 位和专有性人力资本,而后者 面临公司 部迁移、工厂或子公司关闭等有损其经济利益的结果。由 可见,不管名义为何,各州热衷于制定反收购法的根本原因其实还是为了维护地方利益,并向在公司注册地选择方面拥有巨大影响力的在任管理层示好。而这两个目的最终都体现在吸引或留住公司这个 目标之中。所以,反收购法的发展也是州 公司法 争的一种表现。另外,无论是 一代还是 二代反收购法,它 被各州采纳的过程都呈现出清晰的 S 型创新扩散 线,^[97]这也是该领域存在州 争的证明。

在这 争中,马萨诸塞、俄亥俄和宾夕法尼亚等州表现最 端。除了控股 款(control share)、公 价格 款(fair price),限制排 式合并 款(no freeze-outs)、毒 款(poison pill)和利益相关者 款(constituencies)等通常措 外,它 还采 了一 更有利于目标公司阻止敌意收购的 款。如,宾夕法尼亚和俄亥俄两州采 了“偿还 款”(“disgorgement” or “recapture”),马萨诸塞州则采 了强制推 “交 董 ”(staggered board)制度的 款。位于另一 端的是加利 尼亚、亚拉巴马、阿拉斯加、阿 色、蒙大拿、新 布什尔和西弗吉尼亚等州,它 迟迟没有通过反收购法。内华达州不处于任一 端,但它采 的常规反收购 款是最多的(与另 8 个州并列),^[98] 争势头依然强 。最一反常态的是特拉华州。该州在 的方面往往显得急不可耐,但在制定反收购法方面却格外沉 。它的一代反收购法 1976 5 1 生效, 弗吉尼亚州晚了 8 ,在各州中位列 17;^[99] 其 二代反收购法直到“CTS 公司诉美国动力公司” 决后近 10 个 才于 1988 2 2 正式签署,位

[93]

20^[100]，拉州收购恶收购他州^[101]，拉州册，营业，他州担敌收购导迁移工厂闭。再，拉州册，“敌收购收购象”，^[102]融双该州收购。纵轮州竞，除续革，“亲层”倾向。各州竞扩层、他供补责险，免除他担责，亲层倾向；各州收购目结层，亲层倾向。轮竞，各州参度册数量。拉州轮竞，。1967带好处见，1986带丰厚回报。，“逐”涌，该州册数量628%，收入140万美。^[103]截2014，美半数65.6%500拉州册。^[104]，轮竞州突，“拉”州。该州，吸州册。^[105]他取竞措并某先州吸册目。^[106]某跟竞步州吸低。福州。该州收购，层补免责，且素烈亲倾向，素层选择册象。计，1999，美6530融，设福州，1254，福州册273，占21.77%。^[107]

、抵州竞

美州

轮 引 评 声 绝 耳。 指责特拉华州引领 州 公 形 损害股东
益 “ 底 ”,还 特拉华州 领先 作公 领域 币驱 良币 结果,^[109] 。
反 州 公 满 果 采取了 抵制措 , 影响较 取联邦公 、
各州公 反 内 三 。

(一) 公司法的

注册并使股东利益受损。温特供支撑。^[117]从形势看,卡里派 20 世纪 70 代声势 ,而温特派 80 代 90 代风头劲。^[118]进入新世纪,安批公 断爆丑闻似乎给卡里派带了新契机, 2002 《萨班斯·奥克斯》(The Sarbanes - Oxley Act)还沿袭新,继续强化证券交易 监管力度 公众公 财 信息披露, 触 普 公 设 内 管 项。

(二)统一各州公司法的成就

即便 联邦公, 果各州 够采 公,公 挑选,各州 须再竞。 , 各州公 消除州 竞 手段。 州 设 公 1910 启动 草 公 工作。历 经十余,十易 稿,他 终 1928 拿 了《 公 》。 该 动生,只 得到 某州 并 程序 转化 本州 它才 该州 挥作。 而, 州 众 获得竞 优势,它 益

别,加 第二 竞争的 在选择 随对象时不会面临太大困 。 1997年,《 商事 司法》的142个重要条 平 被35.76个 (71.5%)采用,其中的78个条 被40个以上的 (80%以上)采用,有56个条 被15至25个 (30% - 50%)采用。^[126]

(三)反对“内部事务原则”的尝试

“ 部事务原则”,^[127]无论 司总部、实物资 和主营业务位于何 ,章程的 定与修 程、 策过程、分红规则、合 与重 规则、 事信 和 等与股东、 事和 理人员权利 义务相关的 司 部事务都必 遵 地的法律,相关诉讼通 也要 地法院 理。这无 会 司 策者 重 地的选择,也促 在 定 能被 司 策者接 的法律方面 竞争。所以,“ 部事务原则”是 致 际 司法竞争的 心问题。因之 的 千方百 要 废 的适用范 ,以缓解竞争压 。

最 部事务原则发起挑战的是 。1897年, 颁布 法,要在 营业的 司 定 股东、 事及 理人员个人 时应遵循适用于 地 司的规则, 许 法院 理相关诉讼。^[128] 法 然是针对 西 , 西 也很快 以 击,要 法院不 何 于 法律 究 司 股东、 事和 理人员个人 的诉。^[129] 认为, 西 的 “ 以 法律失 用”。^[130] 此后, 议会 实改 策 , 西 行 司法自 改革。

1915年,当时 职于 上诉法院的 · N. 多佐 (Benjamin N. Cardozo)法官也 部 事务原则发起挑战。在一判例中, 别 , 司如 在 营业,就应 遵 的法律。^[131] 判 没能 部事务原则的 ,但 的 念 是被 承 下来。

20 纪50年 之后, 部事务原则 猛 的 击,突破口是那些总部和业务都在 却仅 出于选择法律的 的 一 的“伪 司”。^[132] 然 , 的伪 司 竟是少 ,真 正 成困扰的是那些主要业务在 却 别 的“半 司”。20 纪60年 之后, 和 加利福 亚两 相 通过法律,要将“半 司”的 部事务也置于自 的控 之下。

规 “半 司”的法律定型于1963年,具体 为:没有在全国 所上 续 个 政年 50%以上的应税收 发 在 的 司,其 部事务也要 法律 规。^[133] 加利福 亚 以规 “半 司”为 的 司法第2115条通过于1976年,1977年1月 1日 效。 规定的条件是:(1)过 一年中 司资 、雇员和营业额的50%以上都在加利福 亚 ;

[126] William J. Carney, *Explaining the Shape of Corporate Law: The Role of Competition*, 18 *Managerial and Decision Economics* 611, 616 (Nov. - Dec. 1997).

[127] “ 部事务原则”兴起于19 纪中期, 级法院通过司法判例 成。

[128] John H. Mann, *A Treatise on the Law of Foreign Business Corporations Doing Business in the State of New York* 205 (Banks & Company 1906).

[129] James B. Dill, *The Statutory and Case Law Applicable to Private Companies under the General Corporation Act of New Jersey and Corporation Precedents*, 127 - 128 (2d ed., Baker, Voorhis & Company 1899).

[130] James B. Dill, *National Incorporation Laws for Trusts*, in *Selected Articles on Federal Control of Interstate Corporations*, 107 (Edith M. Phelps ed., 2d ed., The H. W. Wilson Company 1915).

[131] See Jed Rubinfeld, *State Takeover Legislation and the Commerce Clause: The “Foreign” Corporations Problem*, 36 *Cleveland State Law Review* 355, 377 - 378 (1988).

[132] See Elvin R. Latty, *Pseudo - Foreign Corporations*, 65 *The Yale Law Journal* 137, 137 (Dec. 1955); *Mansfield Hardwood Lumber Co. v. Johnson*, 268 F.2d 317 (5th Cir. 1959).

[133] N. Y. BSC. Law §§ 1317 - 1320 (McKinney 2003).

(2)半数 外 表决 股股票 福尼 州居 ;(3) 市公 。^[134]
 纽约州 执 较 顺 ,^[135] 福尼 州公 2115 遭到特拉华州 强力抵制。
 纽约州 新泽西州 ,现 福尼 州 特拉华州, 公 营业
 ,另 公 注册 , 内 冲突 难免。2005 “优点资本
 艾格瑞曼公 ” 让双 处 了 状态。 双 依据 2115 内
 各 向 福尼 州 特拉华州 , 福尼 州 止 ,把 动 让给了特拉
 华州 。结果,特拉华州 根据内 使管辖 ,并依据本州 作 裁决。^[136]
 看,尽管州 公 竞 反 作 了艰苦努力, 各 抵制措 作 。联邦
 公 始终 , 谈 作 ;《 公 》遭到冷遇,《标准 公 》 款
 州采 , 只 速了特拉华州创新 款 扩散,并 阻止竞 ;内 仍 普
 遍 ,敢 制“半外州公 ” 州只 ,而且它 强 外州, 力受限。
 ,美 州 公 竞 持续到现 ,并 延续 去。

Interstate Competition and Development of U. S. Corporate Law

Yang Chengliang

Abstract: The United States has experienced two rounds of interstate competition for corporate charters initiated by New Jersey and Delaware respectively. The first round started in the 1880s, and reached its climax in the 1930s. This round of competition was accompanied with reforms of liberalizing state corporate laws, and resulted in the transformation of the state corporation statute from a device to control into an enabling act. The second round commenced in the 1960s and has lasted till now. In addition to anti - takeover laws, this round of competition has promoted large expansion of indemnification and liability insurance for directors and officers, and induced clauses eliminating or limiting their liabilities, which made a pro - management tilt of U. S. corporate law. Lots of people dislike the consequences of the competition, and they have tried several ways to remove the roots of competition, including proposing federal incorporation law, enforcing uniform state law and confining the internal affairs doctrine. But their efforts had little effect, leaving the competition going on.

Keywords: the United States; corporate law; interstate competition; New Jersey; Delaware

(责任编辑:倪鑫煜)

[134] Cal. Corp. Code § 2115 (West 2008).

[135] See Matt Stevens, *Internal Affairs Doctrine—California Versus Delaware in a Fight for the Right to Regulate Foreign Corporations*, 48 Boston College Law Review 1047, 1062 - 1063 (Sept. 2007).

[136] See *VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen, Inc.*, 871 A.2d 1108 (Del. 2005).