第一卷 第一期 | Volume 1, Issue 1
FALL 2023 壬寅 秋

China Law Journal

华夏法学

新学社
LA NOUVELLE JEUNESSE

《华夏法学》编委会

主编：郑戈

编辑团队

高级编辑：张由、潘燕、魏帅、吴梓瑄、贲流
助理编辑：郑茹霖、伊尔凡·阿迪里江、章晶晶、杨邱宇乐、赵晨希

《华夏法学》由独立学社 La Nouvelle Jeunesse 主办，是一本享有国际声誉的同行评审法律期刊，每年发行三次。本刊秉承中国的理性精神和理想主义传统，为法律学者、学生、从业者及跨学科研究者提供一个卓越的学术交流平台。我们的使命在于探索深入的认知框架和研究范式，对社会现实进行深思。《华夏法学》深入分析规范与制度，以及背后的驱动力。严格的同行评审流程保障了期刊内容在理论和实践层面的价值，并促进了具有影响力的学术观点的传播，这些观点加强了不同视角间的有效沟通、知识交流和反思性对话。

本期刊已被 HeinOnline 法学期刊核心数据库全文收录。

为了维护学术卓越的承诺，我们把"原创性"作为投稿至《华夏法学》的核心要求。稿件必须未在其他正式出版物中发表。为了支持知识共享，我们确保所有内容都遵循《创作共用署名 4.0 国际许可协议》（CC BY 4.0）的标准。

刊名：《华夏法学》 | China Law Journal | China L. J.
刊号：ISSN: 2993-6004 (线上) | 2993-5954 (印刷)
出版日期：2023 年 11 月 24 日
投稿平台：https://clj.scholasticahq.com/
官网：https://www.clj.ac/
邮箱：info@clj.ac

主办单位：La Nouvelle Jeunesse
地址：655 15th Street NW, Washington, DC 20005
联系方式：info@jeunesse.ac

总目录

作为公共哲学的功利主义 1
张由

本土化与全球化的斗争游戏——从苏力《法治及其本土资源》延展开去 20
许新冉

分税制改革以来我国财政与土地管理制度的变迁历程——从功能冲突论的视角出发 32
马骏宇

医疗合规改革中的利益冲突与平衡——以三明市为分析对象 68
鲁斯齐

比特币是网络虚拟财产吗 75
吕睿智

和平武器化 94
尤夫拉吉·乔希著；陆可欣译

描绘内幕交易法的未来：边界、漏洞和对策 126
小约翰·C. 科菲著；金奕州译

身后名和责任 150
伊恩·艾尔斯著；许新冉译

Abstracts and Tables of Contents 168

本页留白

作为公共哲学的功利主义

张由*

摘要：功利主义作为曾经引领法律与社会改革的颠覆性理论，近来面临许多批评者的所建构的思想实验的挑战，这些挑战将使得该理论与人们的道德直觉相冲突而逐渐失去了在理论与实践领域的统治地位。尽管功利主义者试图在效用的构成和评价对象上对理论做出一系列自我修正，但在面对有关结果主义、福利主义、客观公正的利益考量与总体主义这四个基本要素的批评时他们似乎退无可退。面对如此困境，当代功利主义者罗伯特·古丁主张在适用范围上对功利主义进行限缩，他认为将功利主义作为一种公共哲学可以逆转其在私人领域所遭受的非难。但本文发现古丁的策略仍无法避免罗尔斯对于功利主义中总体主义的批评与脏手问题对于功利主义会引发公共事务中行动者内在道德紧张的责难。对此，本文参考了海萨尼的平均效用最大化和苏珊·沃尔夫的真实自我理论进行了回应。

关键词：功利主义　公共哲学　总体主义　脏手问题　道德责任

* 张由，华中科技大学法学院。

目录

引言 3

一、问题的提出：功利主义的修正与困境 4

（一）功利主义修正的路径 4

（二）功利主义本质的困境 7

二、问题的回应：作为公共哲学的功利主义 9

（一）公共哲学与私人道德的区分 9

（二）功利主义作为公共哲学的理由 11

三、批评与反思：总体主义与脏手问题 13

（一）总体主义的责难与回应 13

（二）脏手问题的责难与回应 15

小结 19

引言

功利主义作为政治哲学领域中最具有影响力的理论之一，曾在 18 世纪晚期到 19 世纪间被用作法律、政治和社会改革的代名词。[1]尽管其理论渊源可以追溯到古希腊，[2]但现代功利主义理论被认为是脱胎于自然法理论（natural law theory）和新伊比鸠鲁主义（modern Epicureanism），其基本理论体系由杰米里·边沁（Jeremy Bentham）、亨利·西奇威克（Henry Sidgwick）以及约翰·斯图尔特·密尔（John Stuart Mill）三位卓越的思想家所构建。[3]这一理论首先旨在对人的行为进行规范性评价，而其评价标准可以用一句经典格言所概括，即“当且仅当一种行为为最大多数人带来最大的幸福时它才是正确”。其次，这一理论也被理论家用于对于法律规范本身进行规范性评价并对立法进行指导，在边沁看来功利主义应当是法律制定的理论基础，对痛苦与快乐的计算贯彻于立法的整个过程之中。[4]当旧法律已经不能满足时代发展需求而却碍于权威与传统而难以变革时，边沁的理论成为法律变革的重要依据。

然而到了 20 世纪，这一原本推动法律变革的批判性理论逐渐转变为一种阻碍社会进步的保守的理论。[5]这是由于该理论在面临一些极端的思想实验的挑战时，其时常将我们导向一种与人们直觉相悖的选项。例如菲利帕·福特（Philippa Foot）的移植器官案例——一个外科医生能够通过摘取一个实际上健康患者的器官来拯救五个濒死病人——表明功利主义认可牺牲少数人的利益来促进多数人的利益的行为。[6]这使得功利主义者时常被批评会像马基雅维利主义者一样不择手段，甚至在该理论的指导下会产生令人反感的极权主义（totalism）。[7]第二次世界大战对人权的践踏更是促进了对功利主义的批判，有观点认为功利主义“无法在原则上谴责法西斯主义”，因而在该理论下人权仅仅是一种“形而上的虚构”。[8]尽管功利主义者为了回应这些批评对理论本身进行了诸多的修订，但这仍旧难以阻止功利主义丧失其在政治哲学与法律变革中的主导性地位。

对于这种失败，当代功利主义者罗伯特·E.古丁（Robot E·Goodin）认为以往的功利主义的辩护者存在策略上的问题：“他们无论防守多么好，但在本质上他们只能避免失败而不能获得成功”[9]。他在著作中通过对功利主义当前所面临的攻击进行分析，发现当前大多数

---

[1] Colin Heydt, “Utilitarianism before Bentham”, Ben Eggleston and Dale E. Mille eds., *The Cambridge Companion to Utilitarianism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.16.
[2] *See* Lazari-Radek, Katarzyna de, and Peter Singer, *Utilitarianism: A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1-2.
[3] Tim Mulgan, *Utilitarianism (Elements in Ethics)*, Cambridge University Press, 2020, p. 1.
[4] 参见徐同远：《边沁的功利主义理论与分析法学思想》，《比较法研究》2008 年第 6 期，第 124-126 页。
[5] Stuart Hampshire, *Public and private morality*, Cambridge: Cambridge University Press, 1978, p. 1.
[6] *See* Philippa Foot, *Virtues and vices and other essays in moral philosophy*, Oxford: Oxford University Press, p.29.
[7] Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 390.
[8] 常健、赵玉林：《人权与公共利益之间关系的三重视角及其启示》，《人权》2015 年第 3 期，第 26 页。
[9] Robert E. Goodin, *Utilitarianism as a public philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p.8.

难以应付的攻击都集中功利主义在私人领域的应用。因此他主张放弃将功利主义作为一种涵盖私人道德（private morality）的普适性的道德学说，而将其单纯作为一种公共哲学（public philosophy）。如果他的理论成立，那么逐渐式微的功利主义仍旧可以在公共领域的立法、政策制定乃至具体行政行为中保持其理论活力。然而，对于这一策略仍旧存在许多潜在的批评，本文的目的是对于这些批评进行回应以捍卫功利主义作为一种公共哲学是适当的这一结论。下文将分为三部分展开，第一部分关注问题的提出，即当前功利主义面临的批评、其理论的自我修正和自我修正后仍旧面临的困境。第二部分则讨论古丁对于问题的回应，即古丁提出的功利主义辩护策略——将功利主义作为公共哲学——的前提与理由。第三部分则讨论了对于古丁辩护的批评与反思，本文主要关注了两个潜在批评——罗尔斯的正义论批判与脏手问题批判。

一、问题的提出：功利主义的修正与困境

（一）功利主义修正的路径

功利主义理论并非如同罗尔斯的正义原则一样可以用简短语言概括，由于其长时间的理论发展与修正，当前功利主义理论是一个由多种子理论共同构成的理论集合。尽管绝大多数的子理论都基于整体效用最大化，但不同子理论之间的实际主张却相去甚远，这种内在的差异性来自于不同的功利主义者为了应对批评者而对功利主义理论做出了不同的修正。而这种理论的修正一般从两条路线展开，一方面功利主义关心效用（utility）的最大化，因而就效用的构成和理解理论家形成了享乐主义（hedonism）、偏好功利主义（preference utilitarianism）和福利功利主义（welfare utilitarianism）等不同观点；另一方面，功利主义的提出为了对客体进行规范性评价，而就评价对象是什么的问题，学界也形成了行为功利主义（act utilitarianism）和规则功利主义（rule utilitarianism）的争论。功利主义理论在经过不断修正后，已经能对能对许多传统的反对观点进行回应，而古丁的方案正是针对这些修正仍旧力所不能及的批评。因此在正是引入古丁观点之前，有必要对功利主义通过自我修正已经解除的困境与未能回应的批评作一个简要的回顾。

就第一条路线而言，早期功利主义者边沁在认为“自然把人类置于两位主公——快乐和痛苦——的宰制之下”[10]，并且指出“最大多数人的最大幸福是正确与错误的衡量标准”[11]。这一观点被概括为定量享乐主义（quantitative hedonism），它将个人主观感受当作功利衡量

[10] [英]边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆 2000 年版，第 57 页。
[11] [英]边沁：《政府片论》，沈叔平等译，商务印书馆 1995 年版，第 91 页。

的标准，而行为产生的快乐多，则该行为创造的效用越大。[12]但批评观点如罗尔斯就认为效用的主观标准将导致人际间功利的比较的不可能或结果的反直觉，他指出“按功利主义观点……社会福利直接依赖也仅依赖个人满足或不满足的水平”，这使得效用衡量的“确定性成为问题”。[13]因此一个瘾君子意识中的吸毒带来的快乐可能和乐善好施的人帮助他人带来的满足是等同的，这导致边沁的理论似乎将我们的法律导向将吸毒的自由和善行的自由等同的境地，而这无疑是与社会价值共识相违背的。针对这一批评，密尔对不同活动产生的苦乐进行了性质区分，他认为一些行为将产生高级的快乐，如学习哲学、诗歌；而另外一些活动产生的快乐则是低级的，如毒品。他认为尽管两者都能提升总体效用，但是高级快乐所提供的效用是更高的，因而在计算效用时应考虑苦乐的性质，故这一观点被总结为“定性享乐主义”（qualitative hedonism）。[14]

然而定性享乐主义也遭到了许多批判，一方面，经过客观定性后的享乐主义似乎放弃了享乐主义关于快乐就足以实现价值的基本预设因而是背离了享乐主义的，[15]另一方面，对不同种类的快乐和痛苦进行定性评价的主体资格也是富有争议的。同时享乐主义本质上对于快乐和痛苦的关注都会导致功利计算的主观性与不确定性，因此现代功利主义者大都抛弃了这一观点。由此形成的理论分支便是偏好功利主义和福利功利主义。偏好功利主义认为个人偏好的满足会增益社会效用，这种观点一定程度上避免了纯粹个人感受带来的主观性。[16]而福利功利主义则走的更远，它完全消除了效用计算中的主观因素，而将一系列客观给定的基本福利作作为功利计算的标准，该观点认为社会成员获得特定基本福利时社会效用增加。这一观点已经类似于罗尔斯理论中的“基本的社会善”（primary social goods），尽管二者所包含的内容有所不同。[17]因此，在效用构成方面，古典功利主义存在效用过于主观而难以进行人际比较和计算的缺陷，但经过修正后的福利功利主义通过效用的客观化成功解决了这一问题。

就第二条路线而言，古典功利主义被认为是一种“直接功利主义”（direct utilitarianism）

---

[12] “多”在这里只是一个概括的形容，实际上边沁在七个维度上对快乐/痛苦的强度进行了评判：1. 强度，2. 持续性；3. 确定性；4. 准确性；5. 远近性（未来获得更多快乐的可能性）；6. 纯洁性，7. 广延性（受影响的人数）。参见罗俊丽：《边沁和密尔的功利主义比较研究》，《兰州学刊》2008 年第 3 期，第 158 页。

[13] [美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 27 页，第 86 页。

[14] 参见[英]约翰·穆勒：《功利主义》，徐大建译，上海人民出版社 2008 年版，第 8-9 页。

[15] *See* Fred Feldman, *Pleasure and the Good Life: Concerning the Nature, Varieties, and Plausibility of Hedonism*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p.184.

[16] 这一理论可参考经济学家约翰·海萨尼（John C. Harsanyi）的理论，他认为“每个人的效用函数，都因对个人偏好的满足而得到最大化”。John C. Harsanyi, “Cardinal Welfare, Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility”, *Journal of Political Economy*, Vol. 63, No.4, 1955, p.313.

[17] 罗尔斯在《正义论》中认为基本的社会善是“每个理性的人都被认为想要的东西”，而无论其生命的目的如何。这包括基本权利和自由、行动自由和职业选择自由、职务上的权力和特权、收入和财富以及自我尊重的社会基础。而在《政治自由主义》一书中，罗尔斯对基本善进行了修正，他指出基本山包括公民实现其三大基本利益的基本制度手段。这些基本利益包括形成正义感的能力、形成善的概念的能力以及对他们形成了的善的概念之追求能力。参见[英]约翰·穆勒：《功利主义》，徐大建译，上海人民出版社 2008 年版，第 85-90 页；[美]罗尔斯：《政治自由主义》，万俊人等译，译林出版社 2011 年版，第 165-173 页。

或“行为功利主义”（act utilitarianism）。一般认为行为功利主义的定义是“当且仅当一个行为至少导致与行为人可能执行的任何其他行为一样多的整体福祉时，它才是正确的”。[18]但这一观点也在两方面遭受到了严重的挑战，首先这使得功利主义的可行性受到质疑，其次这纵容了许多不择手段的卑劣行径从而使得其在道德上值得怀疑。由于行为功利主义要求行动者要确保每一个行动都符合功利原则，那么每次行动前行动者都不得不仔细计算各种方案的效用，这被认为是耗时靡费的，同时也会摧毁人际的信任基础而使得不确定性大大增加，这都导致了功利主义的可行性遭到质疑。[19]此外，行为功利主义也认为会使道德遭到败坏，这是因为它允许以牺牲少数人的利益为代价来增进多数人的利益，这种弱肉强食的价值无疑是与多数人的道德直觉相冲突的。托马斯·斯坎伦（Thomas M. Scanlon）和罗尔斯都对这此进行了严厉的批判，前者认为功利主义将支持放任极端折磨一个无辜者来换取足够数量人获取轻微快乐，[20]而后者指出功利主义“不再关心满足的总量怎么在个人之间分配”[21]。

为应对这些批判，功利主义者提出了规则功利主义方案，并主张行为的正确性有赖于它对一套权威的道德规则的遵守。[22]据此，行动者只需要在不同的道德规则之间选取一套能够最大化整体效用的规则并加以遵守即可。首先，这种方案缓解了效用计算带来的沉重负担，其次也能缓解具体问题具体计算带来的不确定性。此外，规则功利主义实质上是通过将眼前的、具体的效用计算转化为长远的、整体的效用计算，[23]而当前有研究发现社会习惯和道德实质上就是在多次博弈的效用权衡中产生，因此因此规则功利主义和人们道德直觉与正义感也会更加贴合。当然，规则功利主义者也面临一定的批评，但这种批评主要来自于功利主义者内部，一种重要批评认为规则功利主义将面临“滑坡”问题，[24]由于与本文主题无关，故不多论述。

---

[18] Ben Eggleston, “Consequentialism and Respect: Two Strategies for Justifying Act Utilitarianism”, *Utilitas*, vol. 32, No. 1, 2020, p.1.

[19] 由于每次决策都要在当前的时间点上进行效用计算和衡量，所以过去的承诺如果不符合效用最大的结果，那么就会被功利主义推翻。这使得人际之间的信任和合作成为不可能。*See* Peter Railton, “Alienation, Consequentialism, and the Demands of Morality”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13, No. 2, 1984, p.153-154; David Hodgson, *Consequences of utilitarianism: a study in normative ethics and legal theory*, Oxford: Clarendon Press, 1967, pp. 58-61.

[20] 斯坎伦的具体例子如下：假设在世界杯决赛期间，琼斯在一家电视台工作并且负责向全国转播该比赛，但是由于操作失误导致其正遭受严重的电击，唯一可以拯救他的办法就是关闭转播设备的电源 10 分钟，但这会使得全国人民错过精彩的十分钟比赛。斯坎伦断言我们应该立即营救琼斯，而无论有多少人在观看比赛。他同时指出功利主义者将支持继续直播，如果观众足够多，因为每个观众观看比赛带来的少量效用提升将超过琼斯遭受电击而带来的效用下降。*See* Thomas Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 235.

[21] [美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 27 页，第 23 页。

[22] *See* Dale E. Miller, “Rule utilitarianism”, in Ben Eggleston and Dale E. Miller eds. *The Cambridge Companion to Utilitarianism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.146.

[23] 一项法社会的研究发现在美国夏斯塔县中，人们在处理邻里间的日常事务（如修建围栏的费用分摊、处理牲畜越界的侵权问题）时更加倾向于遵守一种地方习惯和道德而非正式的法律，作者将这种道德或者习惯称为无需法律的秩序，作者进一步研究发现这种秩序的形成遵从一种多次博弈背景下整体效用最大化的原则。因此我们也可以说，许多道德本身就是在长远效用计算中形成的。参见[美]埃里克森：《无需法律的秩序》，苏力译，中国政法大学出版社，2016 年版，第 55 页，第 117 页。

[24] *See* Bernard Williams, “A critique of utilitarianism”, in J. J. C. Smart and Bernard Williams eds. *Utilitarianism For and Against*, Cambridge: Cambridge University Press, 1973, pp.75-150.

（二）功利主义本质的困境

尽管当代功利主义者在效用的界定和评价对象上能进行一定的修正，但该理论仍旧无法回避一些针对其本质性特征的批评。有学者指出功利主义具有四个基本要素：结果主义（consequentialism），福利主义（welfarism），公正平等的利益考量（impartiality and the equal consideration of interests），总体主义（aggregationism）。[25]部分针对功利主义的责难正是围绕这些基本要素展开的，这些批判较前一节的批判更加棘手，因为功利主义者很难通过类似前文所述的理论修正来化解这些批判。这些批判往往采取“以点代面”的策略，即批判者通过构建极端情况下思想实验来使得功利主义者做出与一般人道德直觉与正义感相冲突的决策与行为，并以此来攻击功利主义整体在理论上的正当性。由于功利主义长期以来宣称自己是一种普遍适用的理论，故其不得不对各种千奇百怪的思想实验进行回应，否则就会动摇该理论的普遍正当性。在这一攻防过程中，功利主义者总是无法完全消除其面临的层出不穷的攻击。本节接下来的内容将展示针对上述四个基本要素的所设计的攻击是如何使得功利主义陷入困境的。

首先，结果主义被认为是功利主义的上位概念，有学者认为“功利主义是结果主义的典范（paradigm case）”[26]。所谓结果主义是指行为的规范属性仅取决于其后果，功利主义主张“一项行为之所以被允许，是因为其能够使善得到最大化”[27]，由此可见功利主义必然是一种结果主义。与结果主义相对应的是道义论（deontological），这一理论认为规范性源自于对事物（如行为）本身的评价而非其引发的结果的评价。道义论者对于结果主义的一般批评也适用于功利主义，例如前文所述的福特的移植器官例子。尽管规则功利主义可以一定程度缓解该批评，但道义论者进一步认为如果一项压迫少数人的制度能长久地为整个社会提供更大的效用，那么功利主义者会认可该制度，这将与我们对道德和正义的直觉相冲突。一个有关奴隶制的思想实验可以用以描述这种情况，如果将社会上 10%的人口划分为奴隶而剥夺他们的一切权利可以大幅度提高剩余人口的福利，那么依据功利原则就应对如此。另一个更加现实的例子便是斯巴达社会中为了促进社会整体效用的最大化，形成了一个杀死畸形婴儿的规则。尽管上述规则的选择都遵从了规则功利主义，但是毫无疑问也是与当今尊重人权的社会价值共识所冲突的。

其次，福利主义主张结果的价值完全取决于其中个人的福祉（well-being），这里的福祉被认为是一种物质性的、直接感受性的，而非精神性的、超越性的。[28]回顾上文在效用界定

[25] William MacAskill et al., *Elements and Types of Utilitarianism*, https://www.utilitarianism.net/types-of-utilitarianism (last visited on Sep 24, 2023).
[26] Walter Sinnott-Armstrong, “Consequentialism”, in Edward N. Zalta and Uri Nodelman eds. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/ (last visited on Oct 24, 2023).
[27] Douglas W. Portmore, *The Oxford Handbook of Consequentialism*, Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 1-2.
[28] *See* William MacAskill et al., *Elements and Types of Utilitarianism*, https://www.utilitarianism.net/types-of-utilitarianism (last visited on Sep 24, 2023).

路线上的修正，功利主义经历了从享乐主义到偏好主义，再到福利主义的变化，但无论其理论如何修正将直接的、物质的福祉作为最终考量对象，无论是快乐，偏好满足抑或是基本福利的获取，这些福祉本身的增益就直接导致了善的增加。但反对福利主义学者认为，在这种直接感官和物质的满足之外，还有更加重要的超越性价值。例如，平等主义者可能认为不平等本质上是坏的，即使它对某些人有利而对任何人都没有伤害。而美学家可能认为审美价值（aesthetic value）也不应被忽略，他们认为壮丽的河山似乎是具有一定的非工具性价值的。尽管功利主义者辩称只有我们对河山的欣赏体验才因提升了主体的福祉而具有价值，但美学家区分了价值实现和价值本身，他们认为尽管美学价值实现则有赖于观测者的体验，但该价值本身是独立于观察者而存在的。[29]

再次，功利主义也强调公正与平等的利益考量，这意味着功利主义要求行动者在行动时摒弃人际关系对其决策的影响。西奇威克指出“在这个观点看来，任何人的善（good）都不比其他人更加重要”[30]，这意味着功利主义者对所有个人的福祉一视同仁，而无论他们的国籍、性别、亲疏远近。这在经验层面与现实社会的实践存在一定的矛盾，例如费孝通指出，我国传统社会存在所谓的“差序格局”与“熟人社会”，而正是因为这其中个体间存在的紧密关系，才促使个体在交往过程中遵循一种无需法律的“礼俗”。[31]而正如前夏斯塔县的研究所述，这些礼俗往往是遵循功利最大化原则而形成的。这表明不重视公正与平等的利益考量的熟人社会反而是规则功利主义的一个重要践行场所，这一经验性的事实似乎与功利主义所强调的公正与平等的利益考量相冲突。此外，对弱者的保护似乎普遍为人们的道德直觉和正义感所认可，因此优先主义者（prioritarianism）也以此来批判公正与平等利益考量的不合理性，该理论认为“造福那些处境糟糕的人意义更加重大”，[32]例如罗尔斯正义论中的差异原则就强调对社会中最不利者的利益进行倾斜性的保护，这一主张似乎在直觉上更加符合人们对于对实质平等的道德追求。

最后，总体主义认为结果的价值由总体效用决定而非其中个体的效用，例如功利主义者认为牺牲一个人的生命来挽救五个人的生命是正当的，这一总体视角在功利主义的许多变体中都得到了遵循。但反对者利用了思想实验来使得功利主义陷入与道德直觉相冲突的境地。其中一个例子便是，如果对一个无辜者施加折磨（如进行高风险的医药实验）会有助于大量头痛患者的症状得到轻微缓解，那么缓解多数人的轻微头疼和挽救一个人的生命之间，功利主义者可能会因多数人的数量足够多而选择牺牲一个人的生命。[33]但批评观点认为，这种单纯追求总体最大化的决策与我们对于公平与正义的追求在这种情况下背道而驰。正如

[29] *See* Richard Y. Chappell and D Meissner, “Near-Utilitarian Alternatives”, in Richard Y. Chappell et al. eds., *An Introduction to Utilitarianism*, https://www.utilitarianism.net/near-utilitarian-alternatives, (last visited on Oct 24, 2023).
[30] Henry Sidgwick, *The Methods of Ethics*, Bennett, J. ed., London: Macmillan, 1874, p. 186.
[31] 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社 1998 年版，第 44 页，第 49-51 页；陈柏峰：《熟人社会：村庄秩序机制的理想型探究》，《社会》2011 年第 1 期，第 231-233 页。
[32] *See* Derek Parfit, “Equality and Priority”, *Ratio (Oxford)*, vol. 10, No. 3, 1997, pp. 202-21.
[33] *See* Derek Parfit, “Justifiability to Each Person”, *Ratio (Oxford)*, vol. 16, No. 4, 2003, pp. 368-90.

中国古谚“不患寡而患不均”所言，人们在道德上不仅仅关注利益的最大化，还关注利益在人际间分配的公平与正义。

综上，功利主义者可以通过理论细节的修正来应对大部分针对效用构成和评价对象的批评，但是构成理论本身的几个基本要素的批评，功利主义陷入了退无可退的境地。批评者通过设计一系列使功利主义与人们道德直觉相冲突的思想实验使得功利主义支持者疲于应付。在此背景下，依照传统的策略将功利主义作为一种普适的哲学并对批评一一回应似乎并非良策，在下一章中我们将讨论古丁提出的另一种应对思路——将功利主义作为一种公共哲学。

二、问题的回应：作为公共哲学的功利主义

（一）公共哲学与私人道德的区分

当代功利主义者罗伯特·古丁认为功利主义困境的症结在于早期功利主义者将这一理论吹捧为一种在道德上能包治百病的灵丹妙药，尤其是部分学者将论述重点放在了私人领域的应用。[34]这种普适的道德主张不可避免地给对手提供了过大的目标，使得他们能从各个角度展开攻击。因此，面对上述四个方面的非难，古丁没有正面予以辩护，他的策略是将功利主义仅仅作为一个公共哲学来根本上避免一些功利主义难以回答的批判。他指出：

> 功利主义真正的力量在于其作为一个公共而非私人行为指南而具有的令人信服的力量。在那里，几乎所有我们抵触其作为个人道德所依据的缺陷都将转化为巨大的美德。[35]

在介绍古丁理论之前，首先需要证明公共行为和私人行为所需要的规范理论是区别的而非一贯的。但这一前提仍旧是富有争议的，当前一个广为接受的观点认为任何应然内容的政治理论都需要有某种形式的伦理理论来为其提供规范性。而“严格意义上的伦理（ethic）指的是一种关于善与坏、对与错的普遍理论”，[36]当前该词主要是为了更狭义地暗示了一种在个人行为层面上的正确行为理论。故公共哲学仍旧时常被认为是私人伦理的衍生品。

但反对观点认为，公共事务和私人事务在本质上存在诸多区别，因而其适用的行为规范也需要进行区别。如有学者认为“同一个人或两个不同的人，在他们承担某种公职时所应遵循的道德规范与其以私人身份行事时应当履行的伦理规则会有很大的不同，而且在特定时空内甚至是相互冲突或相互悖反的”[37]。黑格尔也认为，人类生活可以区分为家庭、公民社会和国家的三个领域，这三个领域被认为是三个“伦理实体”，并且存在对应的三种伦理精

[34] 其中一个例子是摩尔在《伦理学原理》中将最大善这一概念作为一种私人概念。参见[英]G.E.摩尔：《伦理学原理》，陈德中译，商务印书馆 2017 年版。
[35] Robert E. Goodin, *Utilitarianism as a public philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 8.
[36] Id., p. 4.
[37] 李春成：《公共道德与私人道德的关系问题》，《现代哲学》2002 第 1 期，第 117 页。

神。[38]他认为在家庭和公民社会中人们分别依据情感联系和自身利益行事；而在国家领域，道德要求人们克服对家庭的忠诚，不追求自己的私人利益，并承诺基于共同原则行使权力。故该观点认为道德理论（或者说伦理理论）可以依据适用的场景不同而被进一步区分。其中所谓公共道德关注的内容是涉及公共事务，包括公权力运行与公共利益——我们的奖惩、我们的公平程度，以及我们对我们中最弱者的关怀；与之相对的私人道德则为我们处理个人事务设立一套规范，例如个人消费习惯、时间安排。

如前一段所述，在道德上进行公共与私人区分的主要理由是公共领域和私人领域存在者诸多的本质性不同。尤瓦尔（Yuval Ginbar）回顾了当前学界对于公共与私人领域进行区分的讨论，并总结出了五点理由包括：代表（representation）、数量（number）、无私公正（impersonality and impartiality）、暴力（violence）和结果导向（consequences）。[39]首先，代表指的是在公共事务的行为主体不仅仅代表自己行事更是代表了不特定多数的公众行事，这不同于仅代表自己行事的私人事务。故有学者指出“政治在于根据集体关切开展活动，因此……它将非常强调后果，它往往涉及一种非常没有人情味的判断”。[40] 其次，数量指的是公共事务所影响的对象往往是不特定多数，而私人所涉及对象一般较少。再次，暴力意味着相较于私人领域，公共领域存在着较多的暴力和强制的应用。最后，无私公正和结果主义的论述可以参见内格尔的著作，他认为“[公共事务]既意味着对结果的高度关注，也意味着对公正性的更严格要求。它保留了通常为私人[事务]所排除的冷酷无情的方法”[41]。

但上述论点中至少有部分论点是说服力不足，或者不能用以描述公共与私人领域本质性区别。首先数量和暴力因素被尤瓦尔归纳为定量因素，这意味着这两个因素只能在量变达到一定程度的时候才能对公共与私人划分产生影响。反对观点认为，由于存在较少暴力的公共行为、或是影响人数众多的私人行为，以这两个指标来区分公共与私人领域并不准确。例如科迪（C. A. J. Coady）就认为一个国家（如摩纳哥）的政治可能会非常平和，但私人领域也可能充斥着背叛与杀戮等因素。[42]此外，公共领域对公正无私与结果主义的偏好似乎是公共与私人领域区分在道德上的结果而非原因，因为他们都是人们在公共领域实际存在的某些价值偏好，而非公共领域与私人领域存在的客观区别。休谟认为先验的事实（是什么）无法推论应然的结论（应当是什么），[43]人们在公共领域偏好结果主义和公正无私的事实无法帮助我们在应然层面推断出我们应当适用这样有别于私人的公共哲学。

而公共与私人事务的一个有可能的区别便是二者在前述的“代表”上的不同。换言之由于主体性质的不同，掌握公权力的国家机关与其工作人员所承担的道德责任与私人存在区

[38] 王新生：《黑格尔市民社会理论评析》，《哲学研究》2003 年第 12 期，第 53 页。
[39] Yuval Ginbar, *Why Not Torture Terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the "Ticking Bomb" Justification for Torture*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 98-110.
[40] Steve Buckler, *Dirty Hands: The Problem of Political Morality*, Aldershot Hants: Avebury, 1993, p.146.
[41] Thomas Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.82.
[42] *See* C. A. J. Coady, *Messy Morality: The Challenge of Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 376.
[43] 参见[英]休谟：《人性论》，关文运译，商务印书馆 1980 版，第 509-510 页。

别。有学者指出：“虽然一个人可能对其所熟识的人（只要与她没有特殊关系的人）也不负有道德责任，但国家对所有人的福祉负有责任”。[44]有学者认为这种道德责任的区别与“国家对暴力、监禁等的垄断密切相关”。[45]当然这也可以从契约论的视角来回答国家对人民所担负的特殊义务，例如霍布斯笔下公民的服从义务被认为来自于主权者提供的保护。[46]因此，国家由于对暴力的垄断和公民的服从而具有不同于私人的道德义务，这种道德义务上的差异使得公共领域的行为会面临与私人领域所不同的情况，因此相应的行为指南也需要做出一定的区别。这在实体法律上已经可以看出端倪，例如部分公职人员对紧急避险的不适用。[47]在这种公共性质主体与私人性质主体在法律上的差异背后，则是二者在更深层次上适用的哲学的区分。

（二）功利主义作为公共哲学的理由

在论证了公共哲学与私人道德是可分的之后，古丁将功利主义作为一种单纯的公共哲学在理论上具备了可能性。但如果需要捍卫功利主义能作为一种可被接受的公共哲学这一结论，我们还需要进一步论证前述对功利主义本质性的批评并不能伤及作为公共哲学的功利主义。古丁在著作中分析了两个领域对于适用道德在需求上的四点不同，他认为公共行为更加偏好“客观中立”（impersonality）、“冷漠的算计原则”（coldly calculating doctrine）、“结果主义原则”（consequentialist doctrine）和“最大化”（maximize）。具备这些特征的功利主义尽管在作为私人道德时遭到诟病，但也因此更适合作为一种公共哲学。古丁的观点能较好地化解上述前三个方面对功利主义的非难，并成为功利主义作为公共哲学的积极性因素。

首先，如前所述，结果主义被批评在效用最大化的前提下会纵容许多不择手段的行径，例如酷刑，这被认为与我们的道德直觉相冲突。但古丁认为结果主义作为一项公共哲学无疑是与我们的道德直觉和正义感相符合的。例如韦伯（Marx Weber）在《政治作为一种志业》的演说中认为政治家的行为与决策由于事关重大而需要具备责任伦理，所谓责任伦理便是对于其行为的未来后果的关注，这是不同于一般人的对过去的行为关注。他指出“坚持‘私人’道德的人，关心的并不是政治家真正关怀的问题——未来、以及政治家对未来的责任”。[48]在历史上一个贴切的例子便是春秋时期宋襄公泓水之战的例子，[49]宋襄公将仁义的私人道德应用于战争决策中，最终导致战争的失败。公职人员在职期间负担着前述国家特有的道

[44] Eyal Zamir and Barak Medina, *Law, Economics, and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 57.
[45] Yuval Ginbar, *Why Not Torture Terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the "Ticking Bomb" Justification for Torture*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 98-110.
[46] 参见王茜茜：《霍布斯的政治服从学说——对斯金纳的霍布斯解释的检讨》，《政治思想史》2016 年第 3 期，第 83 页。
[47] 例如我国《刑法》规定紧急避险“不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。”《中华人民共和国刑法》第 21 条。
[48] Max Weber, et al., *From Max Weber: Essays in Sociology,* Oxon: Routledge, 2009, p. 118.
[49] 冬，十一月，己巳，朔，宋公及楚人战于泓（今河南柘城县西）。宋人既成列，楚人未既济，司马曰：“彼众我寡，及其未既济也，请击之。”公曰：“不可。”既济而未成列，又以告。公曰：“未可。”既陈（阵）而后击之，宋师败绩。公伤股，门官歼焉。国人皆咎公。公曰：“君子不重伤，不禽（擒）二毛。古之为军也，不以阻隘也。寡人虽亡国之余，不鼓不成列。”《左传·泓之战》。

德义务，这种义务有时会迫使他们为了更大的公共利益而“弄脏自己的手”（dirty their hand）。当公共行动者不得不弄脏自己的手时，他们不能像在私人领域一样通过推卸责任来逃避这种道德上的两难，而不关注行为本身的结果主义理论恰逢其时地为他们的行为提供了道德上的理由。因此结果主义能够更好地指导公共行动者履行其道德义务，功利主义也因这一特征而在公共领域与我们的道德直觉相一致。

其次，古丁也注意到了反福利主义者对于功利主义最大化的内容的批判，他认为物质性、直接感受性的福祉最大化虽然在个人道德中被认为是一种庸俗而粗鲁（crass）的理论，[50]但在公共领域则有其正当性。原因在于越是直接性、物质性的满足，人们对其需求的共性越强；相反的是，越是超越性、精神性的满足，人们对其需求的个性化程度越高。例如莎士比亚断言“一千个读者眼中就会有一千个哈姆雷特”，这表明在审美领域个人的对满足的判断是高度个性化的。而公共事务将会涉及不特定多数人的利益，如果以个性化的价值判断强加于不认可该价值的人群，则可能对个人的自由构成严重的威胁。以宗教信仰为例，由于作为一个超越性和精神性的满足，只要信徒不影响他人的正当权益，个人对某一宗教的虔诚信仰是被许可的；但在公共事务中规定国教或者强迫改信都被认为是侵犯了宗教信仰自由乃至侵犯人权的行为。[51]

再次，针对功利主义要求行动者在利益考量时一视同仁的要素的批判在公共领域也被认为是一种美德。在实然层面，社群主义和法社会学的研究都关注到了个人的社会关系会对个人的行为决策产生影响，因而不存在遗世独立的个体（free-floating individuals）。[52]相应地在应然层面，道德理论家主张应将这些个人联系（personal attachment）纳入道德考量，要不然他们就是一种所谓的“理性的傻瓜”（rational fools）。[53]但这种在私人事务中合乎人情的道德规则在公共领域中似乎并不受欢迎，假公济私、徇私枉法等词语往往带有很强调贬义色彩。即便是在非常重视人伦道德的儒家看来，如果父子同为平民，那么父子相隐是正当的；[54]但当其中一方有了公职，例如儿子是一国之君，其父亲犯了罪，儿子也不应运用君权阻止父亲被审判，而应放弃君位与父亲一起逃亡。[55]这表明虽然在私人行动中要求行动者做到完全的客观中立是值得怀疑的，但是在公共道德中，客观中立则是一项符合人们道德直觉与正义感的品质。

最后，古丁提出的“冷漠的算计”可以被理解为汉语中的斤斤计较或者锱铢必较，它要

---

[50] *See* Steven Lukes, *Five Fables About Human Rights*, Filozofski vestnik, vol. 15, No.2, 1994, p.112.

[51] 《公民权利和政治权利国际公约》第 18 条第 1 款规定：“人人有权享受思想、良心和宗教自由”；第二款规定：“任何人不得遭受足以损害他维持或改变他的宗教或信仰自由的强迫。”

[52] Will Kymlicka, “Liberalism and communitarianism”, *Canadian Journal of Philosophy*, Vol.18. No.2,1988, pp.181-203.

[53] *See* Amartya K. Sen, *Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory*, Philosophy & Public Affairs, Vol. 6, No. 4, 1977, pp. 317-344.

[54] “父为子隐，子为父隐，直在其中矣。”《论语 • 子路》。

[55] “桃应问曰：舜为天子，皋陶为士，瞽瞍杀人，则如之何？孟子曰：执之而已矣。然则舜不禁与？曰：夫舜恶得而禁之？夫有所受之也。然则舜如之何？曰：舜视弃天下，犹弃敝蹝也。窃负而逃，遵海滨而处，终身欣然，乐而忘天下。”《孟子 • 尽心上》。

求我们在做出任何决策或者行动前都要对其得失后果进行计算。批评观点认为这种计算在私人事务中是不现实的，我们日常大多数决策实际上是“凭感觉走”（process form the heart）。[56]尤其是在亲密关系中，算计被认为是一种不信任或者疏远的表现。法社会的研究也表明在关系紧密的群体中，由于个体间往往会在多次博弈中互有得失，故为了减少交易成本与体现信任，往往会在整体得失平衡的基础上不计较单次博弈的得失。例如埃里克森发现夏斯塔县的牧民在栅栏维修费用分担问题上并不会严格遵循正式的法律进行清晰的权利义务划分，而采用一种更加模糊的“相称性规范”。[57]但该研究同样也发现，随着纠纷涉及的金额的增加，纠纷双方更加倾向于选择界定明晰的正式法律。公共事务往往涉及多方利益且事关重大，此时在博弈中失利的代价也会更大，以至于压倒了由冰冷算计所带来的交易成本。故公共领域中冷漠的算计也与我们的道德直觉相契合。

综上，由于公共事务与私人事务中行动者所担负的道德责任不同，这导致了公共哲学和私人道德所需内容也存在差异，公共哲学对于结果主义、客观中立、冷漠的算计以及最大化有着更多的偏好。因此，尽管功利主义作为私人道德因与人们的道德直觉与正义感相冲突而备受诟病，但作为一种公共哲学却能较好地避免大部分冲突。但至今为止的论述并不足以保证功利主义反败为胜，批判者仍然可以对作为公共哲学的功利主义展开直接的攻击，例如功利主义会因其总体主体特征而被批评在分配社会合作而产生的利益时忽视了个体间的公正。下一章将考察对于作为公共哲学的功利主义的两种可能批评，并对它们予以回应。

三、批评与反思：总体主义与脏手问题

（一）总体主义的责难与回应

如前所述，总体主义被认为是功利主义的一个基本特征，但这一特征使得即便是作为公共哲学的功利主义也备受批评。其中一个著名的批评来自于罗尔斯，他认为我们需要有某一优先于效用计算的公平份额理论，以此来避免功利主义在总体效用最大化过程中为了一些人的利益而牺牲另一些人的错误。[58]罗尔斯指出违背正义的利益是没有价值的，[59]因此，他在对功利主义中总体主义要素否定的基础上提出了他的正义论。罗尔斯的正义论是围绕着作为公平的正义（justice as fairiness）这一概念展开，其中公平意味社会中每个个体在权利、自由和社会经济上实现一种相对平等。具体而言，他认为一个正义的社会需要贯彻两个（或

[56] *See* Robert E. Goodin, Utilitarianism as a public philosophy, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p.9.
[57] [美]埃里克森：《无需法律的秩序》，苏力译，中国政法大学出版社，2016 年版，第 82 页。
[58] 参见[加]威尔·金里卡：《当代政治哲学》，刘莘译，上海译文出版社 2015 年版，第 67 页。
[59] 参见[美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 27 页，第 437 页。

三个）[60]存在词典式优先排序（lexical priority）的正义原则：[61]

•每个人都有平等的权利享有与所有人享有的类似自由体系协调一致的、由平等的诸基本自由构成的最大体系（自由原则）；

• 社会和经济的不平等应当：

能最大限度增进最不利者的最大利益（差异原则）；

不平等所依赖的职务和地位基于机会公平平等条件向所有人开放（机会平等原则）。

罗尔斯的正义论关注的正是社会合作产生的总体利益如何在个体之间的分配，这一理论无疑是从公共哲学的角度对功利主义的否认，因此前述古丁的辩护尚不能回应这一批评。若不能对此批评做出回应就意味着在放弃了作为一种私人哲学后，功利主义也难逃被逐出公共哲学的命运。为了避免理论的失败，当代功利主义学者海萨尼（Harsanyi）对罗尔斯的批评展开的反击。作为经济学家和哲学家的海萨尼对于博弈论的建立作出了不可磨灭的贡献，而其也运用博弈论的思维对于罗尔斯的正义论展开批评，继而希望将规则功利主义重建为一种更加完备的正义理论。其中，海萨尼对于正义论的批评主要集中于差别原则的合理性上，他指出差别原则依赖于对于不确定性的非理性的厌恶。[62]这是因为罗尔斯的理论认为在无知之幕背后的人们将义无反顾地选择他的正义原则，而无论具体事件的概率和潜在收益。差异原则被选择的基础是人们害怕自己日后变成社会中的最不利者，所以他们在理性的博弈中自愿放弃了一些原本可以获得的更大利益。而海萨尼则认为，当原本可获利益足够大同时成为最不利者的概率足够小时，理性会驱使人们放弃罗尔斯的正义论。[63]

而更值得本文关注的是海萨尼对于功利主义的重建工作，其中最为主要的修正就是他放弃了功利主义中的总体主义理论而将最大化的对象转变为个体效用的算术平均数。海萨尼为其理论设置了三个前提性原则：第一，个体和旁观者都可以在不同情况下总是可以对自己或他人的不同偏好进行排序；第二，这种方法得到的效用函数可以进行人际比较；第三，必须要有一种一致性的阐释，使得这种测量效用的方法可以对包含道德含义的结果进行评判。[64]随后他假设我们的社会有 n 个个体，依据社会地位的从高到低的排序会产生不同的效用 U_1 至 U_n，而无知之幕背后的个体获得 U_1 至 U_n 的概率相等。海萨尼认为根据贝叶斯决策理论，一个理性的个体将选择那种可以最大化其期望效用的社会制度，即最大化能代表社会中所有个体效用水平的算术平均数。换言之，真正的功利主义者会将社会效用定义为个体

[60] 由于第二正义原则包括两个子原则：机会平等原则和差别原则，而这两个子原则之间也存在着词典式优先的排序关系，因而也有学者认为罗尔斯的正义论可分为三个部分。参见参见[加]威尔·金里卡：《当代政治哲学》，刘莘译，上海译文出版社 2015 年版，第 71 页。

[61] [美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 56 页。

[62] 海萨尼：《道德和理性行为理论》，森、威廉姆斯主编：《超越功利主义》，梁捷等译，复旦大学出版社 2011 年版，第 52 页。

[63] 梁捷：《罗尔斯与海萨尼的功利主义之争》，《现代外国哲学》2022 年第 1 期，第 45-46 页。

[64] 海萨尼：《道德和理性行为理论》，森、威廉姆斯主编：《超越功利主义》，梁捷等译，复旦大学出版社 2011 年版，第 54-56 页。

效用的算术平均数。这一理论相较于罗尔斯正义论的优势在于，正义论依赖人们对自由主义的道德预设，而海萨尼的功利主义只依赖于帕累托最优和贝叶斯理性决策理论这两个要求极低的哲学、经济学假设，这两个假设被认为是任何具备理性反思能力的人都会认同的公理。因此，修正后的功利主义将会比正义论更加趋近于人类一般理性，因而在理论上也更加可靠。

（二）脏手问题的责难与回应

“脏手”一词是起源自萨特的著名戏剧《脏手》，但是其中的主要问题早已被政治哲学家所关注，比如马基雅维利很早就提出了一个革新的君主需要“学会作恶”。[65]而当代备受学者关注的“脏手问题”指的是人们总会面对这样一种道德困境，“在这种处境下，他必须在两种行为当中作选择，对他而言，采取这两种行为均是错误的”[66]。这样一种道德困境的存在与否会给功利主义作为一种公共哲学产生何种影响呢？

索雷尔（Tom Sorell）在其文章中的一个劫机例子展示了脏手问题是如何导致作为一种公共哲学的功利主义陷入困境的。[67]在他的例子中，行动者作为一个某地安全负责人，正在处理一起劫机事件。劫持者要求放行飞机起飞，并以此作为不伤害机上人质的条件，但情报显示这伙劫机犯似乎筹划着利用这架飞机执行撞击市中心建筑的自杀式袭击计划。此时行动者可以选择派遣武装警察强攻飞机以阻止其起飞，但这意味着将机上乘客置于一个极度危险甚至是必然伤亡的境地，但由此带来的伤亡势必会比放任飞机起飞后带来的伤亡要小。作为一个公务执行者，行动者面临一个弄脏自己手的困境，如果其依照功利主义原则，选择伤亡较小的强攻方案，那么其似乎要为由此带来的乘客伤亡负责；反之，如果放任飞机起飞，则要为更大的伤亡负责。但似乎存在第三种选择，即安全官员可以辞去其职务，以此来避免面临的道德困境。但继任者无疑也会选择强攻被劫持的飞机，而且由于辞职造成的行动延误，对于无辜者的伤害可能会更大。这种选择尽管违背了功利主义原则，但却可以保证行动者个人在道德上的清白。

类似的例子还有很多，例如原子弹之父奥本海默可能也面临着类似的困境，一方面研制出核武器能够帮助盟军迅速击溃法西斯势力，减少正面战场所产生的伤亡，这在功利主义的计算中无疑是正当的。但另一方面，这也意味着他所研制的武器将直接夺取上万平民的生命，这对于其个人的道德无疑是一个拷问。这两个例子给我们的启示是，在尽管将功利主义的适用局限于公共道德领域，由于具体执行者仍旧是作为行动者的个人，故他们依据功利主义原则不得不弄脏自己双手的同时，他们的私人道德也将承受巨大的压力。正如沃泽尔认为政府官员“在道德上犯了罪，并在道德上挑起重担”[68]。 一方面公共道德上的功利主义要求他们承担公共决策的责任，另一方面私人道德准则又驱使他们远离公共事务。

---

[65] 参见[意]尼科洛·马基雅维利：《君主论》，潘汉典译，商务印书馆 1986 年版，第 74-75 页。
[66] Michael Walzer, *Political action: The problem of dirty hands*, Philosophy & public affairs, vol.2, No.2, 1973, p.160.
[67] Tom Sorell, *The Dogma of the Priority of Private Morality*, American Philosophical Quarterly, vol.52, No.1, 2015, p.92.
[68] M·沃尔泽：《政治行为中的脏手问题》，谢惠媛译，《世界哲学》2014 第 4 期，第 36 页。

这其中蕴含了一种思想即道德在私人与公共领域是连贯的，而非二分的。行动者似乎难以因在执行公务而完全抛弃自己私人领域的道德观念，因而有观点认为私人生活是才首要的，而公共生活只是特定时期取得的一定角色而已，故对一个人的道德评价主要是基于其私人生活中的私人道德。[69]故依据该理论，个体在公共事务中的作为也会引发私人道德上的（正面或者负面）的反馈。换句话说即使在公共领域，公务人员的私人生活仍旧在继续，并且仍旧受到私人道德的制约，故一个履行公职的行动者即使在公共领域也不可避免地要顾虑私人道德上的得失。因此，脏手问题意味着，当公共领域的行动者同时受制于其私人领域的道德与功利主义公共哲学，而这两种道德要求往往存在冲突，这就导致了行动者在处理公共事务时陷入一种内在的道德冲突之中。

由于在上述论述中公务人员在处理公共事务中同时受到两种道德的约束从而形成了脏手问题中的内部道德紧张，如果能够使其免受一种道德的约束，就可以缓解这种紧张。正如同国际私法上的冲突法规范和刑法的上的竞合规定，当一个行为同时适用于两套道德规则的约束时，也有必要进一步确定在具体判断中优先适用的一方。功利主义的批评者往往认为，即便是公共事务中，在这种道德的冲突中也应优先适用私人道德规范，故而功利主义即便是在公共事务中也不应当为行动者所遵从。但功利主义支持者的一种可能的辩护来自于广受讨论的道德责任理论（Theory of Moral Responsibility）。不同于法律责任，道德责任是“人们对自己行为的过失及其不良后果在道义上所承担的责任”[70]。行动者在脏手问题上之所以会产生内在的道德紧张关系，是因为弄脏自己双手所带来的私人道德责任，这可能包括在内心的愧疚或他人的舆论上的批评，这一定程度上阻却了行动者践行功利主义的公共哲学而选择了推卸责任。因而如果公共事务中的行动者能够免于私人道德责任，则可以打消行动者这一疑虑。

对于道德责任探讨是当代西方哲学的一个重要而复杂的问题，本文的关注重点在于对道德责任有无的判断标准，对于这个问题一个基本上不受质疑的假设是“道德责任需要自由意志”。相反一个缺乏自由意志的个体只能被视为某一行为的工具，该行为引发的道德责任应当由其背后具有自由意志的操控者承担。例如受到胁迫的个体实施了某一犯罪，则在道德上应当由胁迫者承担相应的道德责任。对于自由意志的一种常识性的理解是这种自由意志是意味着一个主体对其行为拥有一定的权力，以至于其可以控制自己的行为。[71]而这一权力的拥有被认为需要遵循一种“选择可能性原则”，即行动者仅当真正地获得开放的选择可能性时，才应为自己的行为承担相应的道德责任。[72]也有学者将其称为“替代可能性原则”（the

[69] *See* Tom Sorell, *The Dogma of the Priority of Private Morality*, American Philosophical Quarterly, vol.52, No.1, 2015, p.97.
[70] 霍国栋：《古希腊自由意志与道德责任的两种理论——基于伊壁鸠鲁学派和斯多亚学派的比较》，《晋阳学刊》2009 年第 3 期，第 26 页。
[71] Matthew Talbert, “Moral Responsibility”, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2022 Edition),* Edward N. Zalta and Uri Nodelman eds., https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/moral-responsibility/(Last visit on Sep 26, 2023).
[72] 郭金鸿：《西方道德责任理论研究述评》，《哲学动态》2008 年第 4 期，第 62 页。

principal of alternate possibilities），这一原则规定，仅当行动者在行动中存在其他可行替代选项以至于其可以另有作为（could have done otherwise）时，他才应当为自己的行为附有道德责任。[73]

这一论点似乎强调客观上存在选择的可能就会使得行动者背负上道德责任。即只要行动者在脏手问题面前存在逃避责任的可能性，那么他便有可能会因其遵从功利主义的行为而在私人道德上负有责任。对于这观点，一种反对观点认为行动者有时即便是在没有客观替代可能的情况下仍旧需要为自己的行为附有道德责任，这意味着主观因素而非客观的选择可能才是道德责任判别的根本标准。弗兰克福特（Harry G. Frankfurt）在其文章中利用一个例子说明了这一反对。布莱克在琼斯没有意识到的情况下在他的脑中植入一种装置以确保琼斯会按布莱克的想法行事，该装置会在琼斯拒绝布莱克要求时发生作用来强制琼斯继续遵从布莱克的指令。但最终，琼斯很欣然地遵从了布莱克的想法，在没有触发该装置的情况下完成了布莱克的指令。[74]此时传统意义上的道德责任的阻却因素——不存在替代可能性——至始至终没有为行动者所意识到，因此琼斯在行动时似乎是完全遵从了自由意志。此时琼斯行为的后果似乎建立在其主观和客观统一的基础之上，如果以该装置存在的基础上免除其道德责任似乎是不合直觉的。

弗兰克福特的例子暗示行动者的主观态度对于道德责任的有无似乎起着决定性的作用。但即便是纳入对行动者主观的考量，脏手问题中行动者主观上也往往具有选择功利主义方案的意愿。例如在劫机案例中，安全官员必然要求具有选择强攻的主观意愿，那么这是否意味着其就应当附有道德责任呢？苏珊·沃尔夫（Susan Wolf）运用了一种“真实自我观点”（real-self view）来否定这种情况下行动者的自由意志与由其衍生的道德责任。该标准认为行动者仅应对能够归因于其真实自我的行为负责。沃尔夫认为“行动者的行为可归因于代理人的真实自我……如果她可以自由（或能够）根据自己的意愿支配自己的行为，并根据自己的评估系统支配自己的意愿”[75]。这意味着真实自我要求行动者有两层主观因素，第一层主观因素是对行动的直接意愿，例如一个人对吃饭或者睡觉的主观心理；第二层主观因素是对第一层因素的主观肯定，对于直接意愿而经过深思熟虑的主观态度被沃尔夫称为“深层自我”。

基于这一理论，即便是行动者具有对某一行动的直接主观意愿，如果缺乏深层自我的认同，行动者也无需为自己的行为担负道德责任。关于这个问题可以通过一个例子来说明，甲希望搭上地铁（愿望 A），因为他想参加司法考试并成为一名法官（愿望 B），他想维护社会正义（愿望 C）。其中尽管愿望 B 是愿望 A 的原因，但二者都是一种工具性的愿望，而只有愿望 C 表现一种“深层自我”因为其存在对社会正义在价值层面的“关切”。相反，乙基于

[73] Harry G. Frankfurt, *Alternate Possibilities and Moral Responsibility*, Journal of Philosophy, vol.66, No.23, 1969，p.829.
[74] Id., p. 831.
[75] Susan Wolf, *Freedom within reason*, Oxford: Oxford University Press, 1993, p.33.

拯救生命的愿望（愿望 D）希望杀死无辜者丙（愿望 E），来拯救另外 10 个人（愿望 F）。此时愿望 E 只是愿望 F 的工具，且明显不能得到其真实自我（愿望 D）的认同，因而乙无需承担道德责任。依据该理论，行动者遵循功利主义原则所造成了而“弄脏自己的手”往往在缺乏“深层自我”的认同，而只是行动者迫不得已的一种工具性愿望。

那么“深层自我”就成为了道德责任判断的决定性因素。最近一项研究区分了“深层自我”与“工具性愿望”（instrumental desire），该研究认为“深层自我”具备一种“工具性愿望”所不具备心理状态——“关切”（care），即一种“独特的动机、承诺、评价和情感倾向的因素”[76]。首先，关切被认为具有一种独特的动机效应（motivational effect）。个人在行动中总是具有多种多样的动机，且动机之间可能有先/后、原始/衍生的区别，这里的动机效应指的是关切给一个行动提供了最原始（或根源性）的动机。其次，关切被认为具有承诺效应（commitmental effects）。这意味着关切的内容是相对稳定的，行动者的对于其关切内容的变动必然是在深思熟虑的前提下进行，而其他的欲望的产生和变更可能具有很大的随意性。再次，关切是有评价性判断（evaluative judgement）的。这意味着对某事关切往往意味着对其有着一定的价值判断，例如甲有拯救生命的关切意味着甲认为拯救生命的正确的，相反许多工具性的愿望丙不会包含这样一种价值判断。最后，关切还是带有情感回应（emotional responses）。这意味着所关切的事务的状态往往会引发行动者的情感变化，如拯救生命的关切实现了，行动者会因此产生快乐等积极情绪，而失败了则会产生悲伤等消极情绪。

回到前文的劫机案例中，安全官员强攻的主观意愿是一种工具性的愿望，其“深层自我”表现为一种对拯救生命价值的“关切”，而在强攻过程中所造成的伤亡无疑为这一“关切”所否认。因此依据真实自我理论劫机案例中的安全官员不应当承担相应的私人道德上的非难，安全官员完全可以依据功利原则来处理这一公共事务，而不会陷入道德上的两难。

但对于这一真实自我的回应，一种可能的批评在于，这可能会将道德责任的标准提得过高，以至于许多因为主观认知（epistemic）上的无知（ignorance）而导致的不利后果将不会被要求承担道德责任。例如一个在主观上存在疏忽大意或者过于自信的过失的行动者，能否依据这种真实自我理论而承担道德责任？对于这种因自己原因而对于某一后果在可以遇见的情况下未能遇见，在可以避免的情况下未能避免的认知状态，霍利·斯密（Holly Smith）称其为“自陷无知”（benighting acts），这一概念与直接产生后果的“无知行为”（unwitting acts）相区分。[77]例如一个医生因为怠惰而不及时更新自己的知识（自陷无知），随后给病人开出了错误的药方（无知行为）。有学者认为当我们判断无知行为是否在道德上有错时，我们必须考察在自陷无知行为中行动者是否具有相应的调查义务（duty of inquiry），例如在医学和工程等专业环境中，无知显然会对他人造成伤害，因此行动者往往担负有调查义务，而

[76] Chandra Sripada, “Self-expression: A deep self theory of moral responsibility”, *Philosophical Studies*, vol.173, No.5, 2016, p.1211.
[77] *See* Holly Smith, “Culpable Ignorance”, *The Philosophical Review*, Vol. 92, No. 4, 1983, p. 547.

由于自陷无知而导致的无知行为需要负担道德责任。[78]也有学者认为行动者的“认知能力和社会背景提供的机会”[79]，如果具备这些背景条件则可以合理地期望行动者负担有这一调查义务。因此在适用真实自我观点时，还应当将行动者在客观上是否具有这一调查义务纳入考量，以对行动者的道德责任形成一个综合的评价。

小结

综上所述，功利主义在许多反对者所涉及的思想实验中得出了违反私人道德中道德直觉和正义感的结论，这使得它作为一种私人道德难以维持其在理论上的吸引力，而被批评会引导人们做出有悖人伦或者道德败坏的行为。但古丁成功地注意到这些道德冲突主要发生在功利主义理论与私人道德直觉之间，因为私人道德直觉非常排斥功利主义的诸多基本要素，如会导致未达目的而不择手段的结果主义、忽视人际亲疏的客观公正和造成精神贫乏的最大化原则。古丁基于这个发现进一步指出如果将功利主义的应用场景转换到公共事务中，功利主义上述的劣势能得到逆转，因为公共事务中由于行动者性质有别于私人领域的行动者，因而他们承担着特殊的道德责任而需要一种不同于私人道德的公共哲学作为行为指导。由于这种特殊的道德责任，公共哲学对于结果主义、客观公正和福利主义都是持欢迎态度，故上述与道德直觉的冲突不会存在于作为公共哲学功利主义身上。因此，古丁一反以往学者对于功利主义的辩护策略，转而主张将功利主义的适用范围限缩至公共哲学领域，以此来将对功利主义的责难转化为肯定。

但古丁的策略并不能完全消除对功利主义的非难，因为部分责难的目标本来就是瞄准了作为公共哲学的功利主义。其中，罗尔斯批评功利主义在追求总体利益最大化时忽视了社会合作而产生的利益在个人之间分配正义，而沃尔泽和索雷尔等学者提出的脏手问题则怀疑仅作为公共哲学将导致公共事务中的个人陷入“忠孝难两全”的内部道德紧张关系之中。对于前一种责难，一种可能的回应来自于海萨尼修正后的功利主义理论，他否定了传统功利主义对于总体主义的承诺，转而通过帕累托最优和贝叶斯决策理论等经济学成果，得出效用最大化意味着平均效用最大化而非总体效用的最大化的结论。对于后一种责难本文参考了道德责任理论中有关真实自我的观点，并认为脏手问题不会引发个人内在的道德紧张。因为依据正式自我观点，当公共事务中行动者践行功利主义原则时，他们所造成的不可避免地有害后果并没有得到他们真实自我的认可，故他们也不应当对这些后果承担道德责任。至此，本文得出初步结论：即便功利主义并不是一种令人信服的私人道德，但其在公共事务中仍旧具有指导价值。

---

[78] *See* Philip Robichaud and Jan Willem Wieland eds., *Responsibility: The Epistemic Condition*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 7.
[79] William J. FitzPatrick, “Moral Responsibility and Normative Ignorance: Answering a New Skeptical Challenge”, *Ethics*, Vol. 118, No. 4, 2008, P. 609.

本土化与全球化的斗争游戏
——从苏力《法治及其本土资源》延展开去

许新冉*

摘要：苏力提出的“本土资源”是中国法学界讨论最多的理论之一，但其并未为之提供一个特别清晰的架构。本文在梳理苏力《法治及其本土资源》一书中的论证框架的基础上，提出本土资源应当是指中国自身的社会发展逻辑与西方社会发展模式的结合。本土的倡导本身是一种学术提醒，学者应该着眼于中西资源的整合与利用，而不是着眼于某一方。本文同时指出了一些普遍承认的本土资源。

关键词：全球化　本土化　现代化　法律移植

* 许新冉，中国社会科学院大学。

目录

引言 22

一、苏力的问题链与其中的问题 23

（一）问题的预设 23

（二）问题的核心 23

（三）问题的解决方式 23

（四）更多的问题 24

二、在西风与东风激荡间的“本土资源” 25

三、本土意味一种提醒 27

四、代结语：认知法治本土资源的几个锚点 29

（一）中国政治体制 29

（二）时空上的巨大跨越性 30

（三）现代化的追求 30

致谢 31

引言

如果要选取中国本土的法社科研究的代表作，朱苏力老师于 1996 年出版的《法治及其本土资源》一书定然会位列其中。[1]关于此书的历史地位和价值已无需赘言，但评论该书却绝非易事。一方面，苏力本人的文风和本书论文集的结构，使之注定没有那么体系化，不喜欢这种风格的人甚至能苛之以“七宝楼台，拆下来不成片段”；另一方面，由于这本书引起的争论之广，使得苏力许多重要的思路在后续讨论中被不断的再诠释，仅是处理这些有意无意的误读与发散，便足以撑起一篇文章。[2]但有趣的是，相较于早早打出“社会学本土化”主张的社会学界，法学界对于“法学本土化”这件事却兴致不高，偶有见地，也是犹抱琵琶半遮面式地借“本土资源”这个命题而发挥。实际上，学者们不仅对“法学本土化”有着不小的分歧意见，整个本土化或者说本土资源挖掘的成果如何，也备受质疑。进而一些人选择悬置起这个话题，将苏力的书从法学生的“必读书目”悄悄转为“不建议初学者阅读”。

这一现象是颇值得深思的，因为本土化停顿所预留下的空间，必然会被另一些模式所取代。不难发现，当下法学界的理论架构、概念选取、研究方式，乃至作为经验材料的案例阅读，都沿着西方的知识素材而来。当然，讨论苏力并不是为了拒绝西方知识的引入，在很多简化者看来，苏力的思想无非是“苏力=本土资源=反对法律移植=保守派”。[3]这种误读并不公平，而且恰恰遮蔽了苏力思想中可能彰显的另一种研究路径，一种接纳并翻转西方法律思想再创新的可能。下文试图梳理与讨论的就是这种可能的路径，但需说明的是，这并非是对苏力思想的复刻，毕竟其本人都说过：“本土资源并不是一个必须固守的‘核心’概念”。[4]也不是为了澄清谣诼，还清白于苏力，这些误读自有苏力本人去处理。本文的重点在于，如何从苏力这本书中拉出一个架构来，以便审视“本土资源”这个概念是如何与全球化、现代化、本土化这些关键议题所勾连在一起的，以及能为我们在面对外来的法治理论与经验时做些什么。至于这个架构到底在多大程度上是苏力式的，并不重要。[5]

---

[1] 《法治及其本土资源》自 1996 年首版以来曾多次再版，整体来说变化不大，本文以其最新版为准。

[2] 此种研究思路的代表即为强世功围绕《秋菊打官司》一文及相关争议所做的梳理。参见强世功：《批判法理论的谱系——以<秋菊打官司>引发的法学思考为例》，载《中外法学》2019 年第 2 期。

[3] 强世功：《暗夜的穿越者：对〈法治及其本土资源〉的解读》，载《湘江法律评论》第三卷，湖南人民出版社 1999 年版，第 383 页以降。

[4] 苏力：《关于“本土资源”的几点说明》，载《湘江法律评论》第三卷，湖南人民出版社 1999 年版，第 294 页以降。

[5] 但毫无疑问，这个书评的写作思路绝对是苏力式的，就如苏力评论季卫东的《面向二十一世纪的法与社会》一样，“本文的‘较真’无论对这篇评述或对作者本人也许都不够公平。但是，本文目的并不在于争个对错，而在于就季文进行的讨论本身对法学研究和发展可能具有的意义。在这一层面上，本文可以说是‘借题发挥’。”参见苏力：《法治及其本土资源》，北京大学出版社 2022 年版，第 303 页。

一、苏力的问题链与其中的问题

既然本书是篇文集，那么在评论这些七宝玲珑的碎片时，则须以某种方式加以串联。而在本书的《变法、法治及其本土资源》（下称“《变法》”）一文中，就可以看到这样一条串联的问题链。

（一）问题的预设

苏力的论述起源于这样一个前提，即中国在 80 年代建立社会主义市场经济需要发展法制（治）。这个前提在本书的另一篇文章《市场经济需要什么样的法律》中得到了更为详尽的论述。综合来看，之所以需要发展法治，是因为市场经济对应着一种形式化、理性化的制度结构，能够为人们的经济行为确定预期。这个判断也是当时所流行的一个口号：“市场经济就是法治经济”。某种程度上确实如此，金融投资活动中对预期的确信相当重要。

但这个前提背后对应的，则是中西之间截然不同的社会现实。换言之，西方市场经济的形成，乃是资产阶级逐渐壮大后与既得利益者（教会与国王）斗争的结果。是逐渐壮大的经济力压倒政治力，并建构新制度的结果。反观之，中国的市场经济则是政治主推，主动放开的结果。因而，中国的市场经济，一开始就内嵌着政治力的因素。[6]表现在法治进程上，就是苏力所言之“政府运用强制力规制经济和社会的法制建设模式，即‘变法’模式”。

（二）问题的核心

在需要法治的基础上，苏力提出了其欲讨论的核心问题，即中国该如何推进法治？在此，传统答案是“变法”模式，即通过对西方法律的移植，并借助国家强制力自上而下的推进。但苏力对这个范式显然不够满意，《变法》第三四节通过一系列的例子指出了这种模式的难点所在，包括中西社会环境的土壤不同、知识具有地方性和有限理性等。最终，盲目移植只能是“橘生淮北则为枳”。这部分也是苏力着墨最多的内容，《秋菊的困惑》《法律规避和法律多元》等几篇文章都是从不同角度去论述传统模式所存在的不足之处。

把如此重要的篇幅放在立论上，如今看来似乎略显失当。但在当时的认知环境下，这个立论所招致的批判使得苏力不得不花费大量的精力加以回应。《湘江法律评论》第三卷收录了有关这本书的主题研讨记录，大体可窥见当时的争论重点，本文不多赘述。

（三）问题的解决方式

而为了修补“变法”模式的不足，苏力给出了他的解决方案，即推进中国的法治需要挖

[6] 王炼利用“计划经济”与“计划市场”之分，形象的论述了改革开放初期中国的经济形态转变。同时可参见叶启政：《期待黎明》，上海人民出版社 2005 年版，第八章。

掘本土资源。但对于什么是本土资源，苏力并没有给出太清晰的定义。简而言之，似乎可以概括为，要注重在中国特色的市场经济建设过程中所形成的新现象与新习惯。书中所运用的地方性知识、法律多元主义和民间法等概念，也是为了强调不能只靠宏观政策去强推法治。这种学术旨趣也集中体现在本书《法学研究的规范化、传统与本土化》《什么是法理学》两篇文章中。但对于如何挖掘本土资源，苏力则没有给出一个特别清晰的思路，仅是通过《读<走向权利的时代>》《后现代思潮与中国法学和法制》两篇评论文章排除了一些在苏力看来不正确的回应。余下一些可能的回答，则零落于其他章节。以上，便是这本书的主要内容。

（四）更多的问题

如此整理苏力论述的工作也有过先行者，强世功老师就在其《暗夜的穿越者》这篇书评中做过类似的整理，并对苏力的论述进行了更深层次的批判，值得认真对待。要言之，在强世功看来，苏力模糊了思维实践的理论与制度实践的现实，苏力所批判的靶子——“变法”模式本身就是含混不清的。[7]如果我们认为，“变法”模式在实践中的失败是因为法律移植的理论是错误的，“本土资源”理论的成功是因为本土中的实践是有效的。但是在苏力的批判者那里，“变法”模式在很大程度上也是有成功的实践的；而“本土资源”在实践中也不见得都是有效的。（当然，这是强世功老师的观点。苏力本人未必在意那么在意理论的周延性，其可能更关注解决方案的可操作性。从这个标准出发，有时移植的法律是有效的，有时本土解决方案是有效的。）换句话说，两种理论都可以在实践中都可以找到成功与失败的佐证，很难因此得出谁优谁劣，因而“理论—实践”的攻错就使得讨论不断失焦，沦为互相举反例的辩论游戏。更遑论苏力也没办法完全排斥法律移植，不得不加以补充说明，而这除了使其观点更加暧昧不清外，并未使之获得更多的理解。

的确，理论问题不单单是借由经验研究就可以解决的。强世功显然意识到了这一点，并把讨论拉回到理论层面：苏力本书所折射的问题实质上是知识的普遍性与地方性的对立，外来知识在一开始也是地方的。那么，一种地方性知识是如何被普适化而获得垄断的合法性地位而压制另一种地方性知识的？并进一步提示我们注意到知识背后的话语权力。如前所述，市场经济在西方和中国的兴起逻辑是不同的，进而这种话语权力的承诺也是不同的。西方法律所承诺的是自由、平等和追求幸福的政治性权利；而中国引入法律所欲实现的承诺则是国家的独立和富强、民族的复兴和强大，更类似于经济性权利。[8]而之所以西方法律的承诺具

[7] 强世功：《暗夜的穿越者：对〈法治及其本土资源〉的解读》，载《湘江法律评论》第三卷，湖南人民出版社 1999 年版，第 383 页以降。

[8] 至于经济权利对应着的新阶层的扩大会不会引起政治性权利的诉求，则是另一个深远的问题了。本文不多加探讨。

有更大的诱惑力，则是因为其宣称的一种普世的上升发展模式。

这恰恰是苏力论述中的另一个问题，本土资源在急切的现代化发展需求面前，所能彰显的空间实在有限。某种程度上，其只不过是飞速流动之大时代下，对小过客之情感与命运微妙扣动的记录，凝聚着秋菊与山杠爷的缩影而已。那么，如果不能简单的把本土资源当作一种理论预设或某些实践经验的话，到底该如何对待这个概念？毕竟我们既不可能等本土资源的自然演化与制度化，将其作为工具来用（这已经为中国近十几年的立法实践所证明）；又不能排除本土资源在法治建设中的作用或者说阻力（我们移植了西方的法律，却没有实现西方的法治）。

二、在西风与东风激荡间的“本土资源”

要想理解“本土”，就必须有对应的词来与之照应。就语词的表面含义看，很容易想到“外来”，但“外来”究竟意味着什么呢？实际上，一如福山在“历史终结论”里宣称的那样，“外来”意味着一种全球性现代化的模式，即人类文明的最终走向。在这个趋势中，其主导作用的是西方的现代化范式，其凭借在科学技术上的优势，连带着西方的知识体系与价值预设，抢占了历史诠释的主导权。这个范式的内涵相当丰富：“在政治上，是强调自由与平等的民主法治体系；经济上，是肯确私有财产权与自由市场的资本主义；在社会上，是肯定个体自由与占有（possession）的个人主义；在文化上，是重视审美感的消费主义；在认知上，则是强调客观与效用的科学态度。”[9]可以看到，之所以“外来的和尚好念经”，是因为其理论与现代化这个世界各国的发展追求，巧妙地结合到了一起。

而与之对应的本土派，尽管苏力一再强调要重视中国改革现代化历程中的本土资源，也不免当然地被打上保守（传统）的标签。[10]本土与外来之争，在这里摇身一变，成了传统与现代之争。这样的退守（没有成为现代化路径之争）也对应着“改革开放”这一中国现代化“再出发”的历史节点。本土资源之所以飘忽不定，就是因为其本来可能内涵的理论张力遇到了现实的翻转。但就是在这一对立中，不管是西风的鼓吹者，还是本土的捍卫者，都急于给苏力划定一个是此还是彼的阵营，因而忽视了本土资源的实际面向恰恰在于二者之间的张力。要言之，传统之所以能成为传统，恰恰是在历史上某个文化激荡的时期，由其中的优胜思潮所形塑的一个文化架构。这个架构对这片土地上的人有着潜移默化的规制功效，并成为

[9] 叶启政：《期待黎明》，上海人民出版社 2005 年版，第 182 页。

[10] 例如，对于苏力何以用“本土资源”而不是“本土化”一词，就有人认为，本土化这个概念是与国际化相对立的，容易使人产生误解。参见肖洪泳、何志辉（整理）：《本土资源 • 现代法治 • 学者使命——苏力教授与湘大学者对话录》，载《湘江法律评论》第三卷，湖南人民出版社 1999 年版，第 410 页以降。

这个集体所具之共同意识的来源。这样一个架构，是很难被外来的另一种思潮所推翻重构的。至少可以说，传统在外来思潮的引入中发挥着一种“磁滞作用”。现实中所发生的，往往不是“现代”推翻“传统”或“传统”推翻“现代”，而是“传统”不断吸收“现代”所形成的“新传统”。正如苏力一再指出的，“没有人想从孔孟老庄那儿建立起一个纯粹的中国的理论和制度”和“不能直接移植西方的法律制度”。其“本土资源”所依据的参照点既不是过去的本土，也不是西方的过去或现代，而是内涵在“本土化”过程中所呈现“传统/现代”混合特质的社会现实。[11]举例而言，络德睦在《法律东方主义》第三章中，就曾以中国的家族企业来说明中国公司与西方公司的同异之处，得出“中国亲属法在历史上发挥了现代公司法在当下所发挥的许多功能”这一极具观察力，且对立法者颇有启发的结论。[12]进一步而言，如果顺着“本土资源”实际意味着“传统与现代”之实践交融的认知，那便有如下的议题可供发散：（1）传统与现代之间可以耦合的空间有多大，或者说，二者之间有哪些内容在本质上是不可通约的；（2）交融之中彼此能够对话或不能理解的深层原因是什么，进而，社会本身所能承受的改造空间有多大；（3）人们对于改革的期待是什么，或者说，人们能否安于一种所谓“四不像”的新传统之下，静待时间的演变。

在这里，我想进一步提请读者关注苏力与季卫东教授关于“后现代法学思潮”的不同看法。在季卫东教授看来，“后现代法学思潮”对中国目前的法学发展是弊大于利，“中国不可能跨过法制现代化的阶段，来一个后现代主义的大跃进。”苏力对此则有不同意见，认为后现代思想对统一性的破坏，有助于人们把那些被“现代”声浪盖过去微言妙义挖掘出来。但同时，苏力也指出，后现代的启发（或者说破坏）是很难全面影响法律实践的。法律本身对确定性的追求会自然而然的限制后现代理论的扩张。可以说，苏力对“后现代思潮”秉持着一种开放但不乐观的态度，但这无意间拓宽了前文论及的“传统与现代”的矛盾，而是成了“前现代—现代—后现代”的三方对立（尽管当下对后现代法学思潮的重视程度远不如前二者）。在现代与后现代的拉扯中，反而有助于我们更好的审视现代化理论，以及其中的价值预设。即便历史真的按照线性发展，那么个体原子化、价值虚无主义、过度理性化等诸多西方世界的病症就会在新一代中国人身上再现。到时候再言及“中国的后现代法学”，恐怕不过是另一种亡羊补牢。从这个意义上说，传统—现代—后现代之间的搓揉攻错，才是本土资

[11] 同时参见邹川雄、苏峰山主编：《社会科学本土化之反思与前瞻》，南华大学教育社会学研究所 2009 年版，第 20 页。

[12] [美]络德睦：《法律东方主义》，魏磊杰译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 63 页。郑戈教授对此进行过专门的引申讨论，参见郑戈：《法律帝国主义、法律东方主义与中国的法治道路》，载《交大法学》2017 年第 3 期。

源发挥的空间。

三、本土意味一种提醒

如果说上文意在为本土资源找到一个现实参照的话，则必然会面临着这样的诘问，怎么能把对西方理论的批判与反思当做“本土”资源的内容呢？但如果仔细思考不难发现，这种对西方理论的反思恰恰是借助本土的视域才能更有效的形成。从这个意义上说，本土意味着一种提醒。不过，在对此点展开论述前，笔者需先对“本土”的常见理解加以讨论。又由于法学界对“本土”意涵并没有进行太过系统的学说梳理（仅依笔者检索而言），考虑到本文书评的性质，就直接借用谢宇教授对“社会学本土化”的分类，聊观大略。

在谢宇教授看来，“本土化”可以分成议题本土化、应用本土化和范式本土化三个角度，且均难以证明本土化自身的独特价值，因而“本土化实质上是个伪问题”，[13]这在相当程度上可以和法学研究中的一些类似情境加以呼应。其中，议题本土化指研究对象的本土化，即对中国当下所发生之重要社会现象的关注；应用本土化则是指以西方的研究视角和分析工具来研究中国；范式本土化则是指基于中外认知世界的思维差异而来。[14]具体与法学的对应而言，议题本土化如丰县事件引起对拐卖妇女罪的讨论；应用本土化如“通过法教义学，超越法教义学”；范式本土化则可能包括重构礼法关系、儒家思想内化等，如梁治平老师的法律文化学。实际上，笔者在相当大程度上共享着谢宇教授对这三个角度的批判，即单纯的契合性研究并非本土化的题中之义。所谓契合性研究，是指在学术研究过程中，研究者的研究活动与研究成果需要掌握社会行为现象本身的特色。因此，相当一部分学者企图回到传统所提供“理想”社会形态中，以相关论述典范作为研究“本土化”的切入点，如庄子逍遥观和西方自由观念的类比。且不论这种简单的切入是否正确，即便正确，也是一种“零星的游击战”，无法以社会整体的发展作为切实的关照。[15]这种契合观，其实是直接挪用西方学术研究范式的结果，对于西方的法学家而言，不管其研究是否居于主流，都可以说是“本土”的研究。其只需对所发生之社会现象，按照其所适用的研究范式，进行学术研究活动即可。但在“研

[13] 谢宇：《走出中国社会学本土化讨论的误区》，载《社会学研究》2018 年第 2 期，下文引述时不再注明。对此文的回应可参见翟学伟：《社会学本土化是个伪问题吗？》，载《探索与争鸣》2018 年第 9 期；周晓虹：《社会学本土化：狭义或广义，伪问题或真现实——兼与谢宇和翟学伟两位教授商榷》，载《社会学研究》2020 年第 1 期。

[14] 在范式本土化中，谢宇教授以社会实证方法与量化研究作为一种理想的学术载体，认为在中国（传统）范式下，并不存在一套类似的研究范式可以称之为社会科学，与本文关系不大，不多展开。但对此观点的反驳可参见叶启政：《实证的迷思：重估社会科学经验研究》，生活·读书·新知三联书店 2018 年版。

[15] 邹川雄、苏峰山主编：《社会科学本土化之反思与前瞻》，南华大学教育社会学研究所 2009 年版，第 22 页。

究范式的（普世）科学性”和“西方学术典范的支配地位”的观念下，他国的“本土”研究悄然越位，成为具普世性质的知识影响着国内的学术发展。例如，“研究范式的科学性”就内涵着“德国的教义科学脉络”和“美国的社会科学脉络”，从引发了中国法学界的法教义学和社科法学之争。在这样的架构下，上述应用本土化和范式本土化都是在既有的传统里打转，应用本土化聚焦于西方的传统，范式本土化则聚焦于中国的传统。而正如前文所指出的，这种纯粹西方的历史原型和纯粹传统中国的历史原型，在当下的中国社会中均不存在。那么，在同时对西方与本土传统进行移植时，因为时空背景的不同，就不断生产着无可避免的双重误认与误释。

但是，对这三种本土化路径的证否，并不意味着本土化本身意义的阙如。至少，在笔者看来，本土化还有第四种取向，即作为文化视域的本土化。在这个意义下，中西之间在社会治理的领域上有所对应，但这种对应并不完全一致，因此可以提供互相观看的视角。因此，本土化即是在全球化的历史进程中，对来自西方的诸多概念与基本命题进行文化、历史、价值预设上的反思，来分辨理解其对于本土的适用性，以及改造的空间。这种处理的面向，并非对本土经验的简单契合，而是寻找对全球文明发展既有叙事中的空缺之处，予以中国话语补充的可能。在这个面向上，挖掘本土资源并不排斥西方知识的引入，毋宁说，它是只有在大规模引入西方知识时才有可能实现的。西方理论本身的发展，就源自这种颠覆性的观察，如马克思对意识形态的关注。[16]只是作为域外人，我们有着更好的观察视角，即源自本土所特有的文化基素。

但必须指出的是，这种视域下的本土主张，至少要做到两点：一是界定西方法学研究中的核心概念与核心命题，并理解其背后的文化历史机制；二是理解中国本土在对应命题上的不同之处。尽管使用的方法可以是西式的，但借用徐高教授的比喻：法治运行的规律就像“水”，而“石头”则是法治运行规律面临的约束条件。假设西方社会是一条任“水”奔腾的河道，那么中国这条河道中仍然密布着诸多巨石，那么，尽管研究水流规律的流体力学是客观的，但其在中西方的河道里面对的显然是不同的问题，得出的结论也不同。[17]至于河道中的石头，无论个体喜恶如何，只要你挪不走，则都要在这个场域下处理水流激起的问题。

此外，即便发现问题，应对的策略也绝非退而求其次就可以解决的，就好像一副药方有五味药，缺了一个，剩下四个混起来对于治理病症，很可能有害无益。例如，早期本土派被

[16] 参见[美]兰德尔·柯林斯，迈克尔·马科夫斯基著：《发现社会》，李霞译，商务印书馆 2014 年版，导言部分。
[17] 徐高：《宏观经济学二十五讲：中国视角》，中国人民大学出版社 2019 年版，第一讲。

视为不敢发挥市场作用的保守派，但现在，在全球普遍出现政府对数字平台强监管的背景下，本土主张则被反用来说明，无需关注国际局势的变化，我国政府对于数字平台仍是不干预为好，而置数字平台很可能已经超越传统公私对立框架的现实而不顾。当然本文在此不是评价此种观点的正确与否，只是借以说明，哪怕本土命题被提出来，其仍旧可能是一种语词对现实的遮蔽，包裹着相互对立的观点。更进一步说，这往往是因为把“本土”视为一种写作策略，给其论点找一个价值上的背书，而并不关注本土意味着什么。或许，一个比较恰当的做法是，先与传统的经典论述割裂（无论是中方还是西方的），回到一般主体在日常生活里实际展现的种种现象，再分别运用中西的传统进行参照，整合理论脉络和现实前提，提供新的、对他种文明亦有借鉴意义的治理良方，才是本土命题的理想模式。

四、代结语：认知法治本土资源的几个锚点

如果说，本土资源意味着一种文化视域上的提醒，那么这种提醒多少是意有所指的。或者说，本土研究必然有着价值的取向和实用主义的目标，对此也无需回避。而几十年来的实践和理论的发展成果，提供了一些本土视域的观察视角。不过对此，本篇书评就难以做一个全面的系统梳理了。仅略举一二，存论于此，以殿本文。

（一）中国政治体制

法治是一种社会之治，那么，在治理主体上，我国随历史演化而成的是一种独特的“党政体制”。对于这一机制形成的历史背景、现实面向，学界已多有著述。[18]法学界亦有在这一框架下的研究成果。[19]但除了以党内法规为代表的政治学式的宏观切入外，这一体制如何和市场展开互动，形成的微观经济机制是否可以制度化，亦是可关注的研究点。比如在改革开放进程中的唯 GDP 时代，地方政府通过组织和制度激励，推动区域内企业落户及经济增长。这其中的某些协商是否可以被制度化下来，用以辅助后进地区经济发展？等都是可供探讨的问题。就如一些经济学研究表明的，法学界所依赖的“政府规制—自由市场”二元对立架构，也许并不能满足现代复杂的经济活动关系。[20]例如，中国企业间的竞争往往有着地方政府间为校绩而竞争的影子。因而，党政体制在中国经济发展中的运作治理模式，就是可供

[18] 历史脉络可参见：邓野：《联合政府与一党训政》，社会科学出版社 2011 年版；王奇生：《党员、党权与党争》，社会科学文献出版社 2018 年版；萧冬连：《筚路维艰》，社会科学文献出版社 2014 年版；现代诠释可参见景跃进等编：《当代中国政府与政治》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 18 页已降。

[19] 强世功：《从行政法治国到政党法治国》，载《中国法律评论》2016 年第 3 期；同时参见何帆：《积厚成势：中国司法的制度逻辑》，中国民主法治出版社 2022 年版，第 23 页。

[20] 可参见兰小欢：《置身事内》，上海人民出版社 2021 年版；徐高：《宏观经济学二十五讲：中国视角》，中国人民大学出版社 2019 年版。

探寻的本土资源。

（二）时空上的巨大跨越性

中国是一个有着悠久历史的大国，但这一基本事实往往被作为“无需赘言的背景衬托”。其中蕴含的深刻内涵极易被忽视。[21]举例而言，西风对东土的冲击就会被这一巨大的地域给迟滞，从而出现沿海到内地的三个现代化层次并存的现象，即后现代、现代、前现代存有的社会现象在中国都会存在，且不是作为个例的存在。这就给社会治理提出了新的挑战，盲目挪用制度，哪怕是本土的制度，都可能出现水土不服的情景。而且，三个现代化的现象因为发展的高速率，在人口代际间也存在，很多社会问题只是在某一代人身上存在，随着发展会被时间抹去。苏力就曾指出，上访问题是一个特殊时期特殊群体的诉求，其会逐步消亡在历史的长河里。也只有在理解这种时空复杂性，才能意识到，中国的法社科研究未必一定要往边疆或民间去寻，法律城市人类学也是另一个颇具价值的本土资源。

（三）现代化的追求

尽管前文一再指出，现代化内嵌着西方社会的本土模式，但是我们完全可以采用一种去意识形态化，或者说更为实用主义的现代化定义。即将社会资源分为生命动力资源（人力）和非生命动力资源（如光、电、火等）两类，现代化程度就是二者间的比例。在不发生深远社会变革的情况下，生命动力资源的增长已经变得无法补偿非生命动力资源的哪怕是相当少量的减弱，此种社会或国家便可以被认为是现代化了，而这种比率越高，现代化的程度也越高。[22]比如，工厂原本可以通过机器完成的工作，一旦停电，就需要大量人力来保障生产（这个定义不同于工业化在于，工业化指标往往忽视农业、第三产业的作用）。这种定义有助于我们重新思考“西式现代化”更多指标的价值取向，从而回溯到现代经济体系和政治体系与非生命动力资源挖掘的关系，即对“大分流”[23]现象下制度取向的思考。而这种从历史到未来趋势的法治本土资源，已由“中国式现代化”这个大命题所涵盖。

与苏力那句著名的“什么是你的贡献”的提醒一样，“本土资源”也是一种提醒。在全球化与本土斗争（不仅是中国的本土，西方的本土也在斗争）日益剧烈的当下，它提醒着我们如何运用本土视域去探寻对立中蕴含的交融，从中挖掘出面向全球的新型文明发展路径。在密布的西式现代化图景中，探寻东方留白的可能，这大概也是苏力的追求。而既然是给苏

[21] 参见张世明：《法律、资源与时空建构》，广东人民出版社 2012 年版。
[22] ［美］吉尔伯特·罗兹曼主编：《中国的现代化》，国家社会科学基金“比较现代化”课题组译，江苏人民出版社 1988 年版，第 4 页。
[23] 大分流是芝加哥大学历史系教授彭慕兰提出的一个历史学名词，指的是西方世界在 19 世纪克服了增长限制而超越中国、印度等东方国家的一段历史时期。

力的书作评，那便不妨以诗作结——“毕竟几人真得鹿，不知终日梦为鱼。”

致谢

陈靓、苏汉廷、韩驰等学友阅读过本文的最初版本，并提出细致的意见和修改方案，特别致谢。

分税制改革以来我国财政与土地管理制度的变迁历程——从功能冲突论的视角出发

马骏宇*

摘要：中国 1994 年的分税制改革深刻影响了当代中国的社会面貌。本文从近期社会新闻所暴露的有关矛盾入手，通过探讨分税制改革的前因后果，将分税制改革所关联的财政包干制、土地财政、地方政府债务等议题纳入思考，并在法律制度的角度加以分析，最终在更为宏观的社会学层面对社会冲突加以总结提炼。本文所探讨的社会变迁历程，在社会规范层面涉及宪法和其他法律的演化修正过程，在社会学解释方面通过功能冲突论的理论框架进行分析，具有一定解释力。本文更多地是一篇笔者针对《置身事内》、《当代中国的中央地方关系》、《社会冲突的功能》、《现代社会冲突》等有关著作所作的主题读书报告。笔者希望用分析现实事件、分析法律条文、应用理论框架的方法，体现出笔者在完成阅读后的所思所想。

关键词：宪法　土地管理法　功能冲突论　分税制改革　土地财政　地方政府债务

* 马骏宇，上海交通大学凯原法学院。

目录

引言 35

一、回顾：历史的进程与分税制改革 35

（一）改革背景：财政包干制 36

（二）改革历程：央地博弈 38

（三）功能冲突论视角下的分税制改革历程 39

二、土地财政：狂飙之路 43

（一）三七分成：杯水车薪的税收返还 44

（二）土地财政：地方政府的“下有对策” 45

（三）狂飙突进：土地城市化与土地金融 47

三、土地管理法：新旧之间 50

（一）从“征用”到“征收”：城市土地公有性质的强化 50

（二）旧土地管理法：争议中前行 52

（三）新土地管理法：改进与现状 54

四、今日之日多烦忧：后疫情时代的土地财政走向何方 57

（一）隐忧：地方政府债务 58

（二）“限跌令”和“认房不认贷” 59

（三）路在何方：展望与思考 59

五、回归功能冲突论视角：冲突中前进的社会变革之路 61

（一）应密切关注社会冲突的变化趋势——社会冲突具有客观性 61

（二）社会冲突的发展导致了宪法在内的法律制度的变化——问题倒逼改革 61

（三）社会冲突必须被规制在社会制度的合理范围之内——社会冲突风险预防 62

结论 62

致谢 64

参考文献 65

引言

近年来，有关土地财政和地方政府债务的话题越发频繁地出现在公众视野中。随着楼市“限跌令”、部分城市“认房不认贷”措施的出台，以及近期恒大集团董事局主席许家印被捕的消息传出，关于土地财政和地方政府债务漏洞的议题再度引发了关注。笔者向来对改革开放以来中国的中央-地方关系和财政制度、土地管理制度的变迁颇有兴趣，在阅读学习这一系列议题的相关学术作品时，笔者发现学者大多是基于宏观经济学的视角对这一历史进程进行分析，而从法律制度及其背后社会学逻辑视角出发的分析较为少见；在基于法律制度进行分析的著作中，学者又往往是从《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国土地管理法实施条例》（以下分别简称“土地管理法”、“土地管理法实施条例”）两部位阶相对不高的规范性文件出发进行研究的。因而，一个从更大的视角出发，从更为根本的、涉及法律制度的底层逻辑的分析便是具有讨论价值的。在此，笔者试图从《中华人民共和国宪法》（以下简称“宪法”）中规定的土地公有制出发，结合自 1994 年分税制改革至今的《宪法》、《土地管理法》、《土地管理法实施条例》以及相关规范性文件的变迁历程，利用科塞的功能冲突论的架构去描绘这一波澜壮阔的历史进程背后的社会逻辑，并为当下地方政府债务现象的隐忧提供一定的思考，以抛砖引玉，与各位读者一齐展望未来将会走向何方。

一、回顾：历史的进程与分税制改革

功能冲突论认为，社会系统中不同部门的冲突状态源自于各个部门对社会系统的整合与适应程度的不同，以及由此导致的人们在物质性层面的不均衡和非物质性层面的不同。其中，物质性层面的不均衡指社会地位、权力、资源分配的不均，而非物质性层面指源自于价值信仰的不同。当社会冲突不涉及双方关系基础，也不冲击核心价值观（即冲突是一种手段而非目的本身，且不源于人的亲密关系）；冲突发生在社会系统内不同要素间而非指向系统本身（冲突是为了“谈条件”而不是“掀桌子”）；同时冲突已经被社会系统制度化（社会对冲突的限度、程序和方式达成一定合意）这三个条件得到满足时，社会冲突就具有一定的正面功能，有利于重组社会并促进社会变迁，最终加强整个社会的活力。笔者将在下文分析，为何分税制改革的历史进程中体现的社会冲突最终促进了社会的变迁和进步。

如果要讨论土地财政的现象，我们就不得不从 1994 年的分税制改革谈起。我们不妨从对分税制改革的历史背景，即财政包干制的解析开始，随后透视分税制改革历程中的央地博

弈、分税制改革完成后在中央地方政府之间体现出的矛盾冲突和其最终的结果，来探讨改革开放后推动我国制度变迁和社会发展的动力究竟为何。

（一）改革背景：财政包干制

从改革开放开始到分税制改革之前，我国的制度变迁的核心便是“承包制”。所谓承包制，指在不改变所有权的社会主义公有制性质的情况下，将使用权和收益权让渡给经营者，使得所有权归国家或集体公有，使用权归经营者个人的产权结构。我们推导承包制的法律逻辑链条时，可以从 1982 年宪法有关公有制的规定出发。

在 1982 年宪法中，第六条规定了“社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制”[1]，将生产资料全民所有制和群众集体所有制规定为所有制的基础；随后，在第十三条中规定了“公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”[2]，将这部分合法所得排除出了第十二条中“侵占或者破坏国家的和集体的财产”[3]的范畴；再者，1982 年宪法又在第十六条、第十七条规定了国营企业[4]和集体经济组织[5]所拥有的经营活动的自主权，而国营企业和集体经济组织又往往是直接支配社会主义公有制中公有财产的直接主体；最终，第十三条将公民合法所得排除出“侵占国家和集体财产”的范畴，加之规定了国营企业和集体经济组织两类主体拥有经济活动的自主权，从而为 1980 年代中期轰轰烈烈的承包制改革打下了宪法基础。

值得注意的是，在 1980 年代，我国关于是否统一编纂民法典的争论一直悬而未决。哪怕是《中华人民共和国民法通则》于 1986 年颁布后，其中也并没有明确的关于物权的规定。用今天的视角看来，承包制是国家将其占有的公有财产的用益物权承包给经营主体，以促进经济效率的制度。但是在当时，并没有明确的物权法可以作为法律依据。当时可以直接作为依据的规范性文件，主要是国务院和地方政府颁布的行政规章。其中主要代表为广东省《关

[1] 《中华人民共和国宪法》（1982）第六条规定：“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。 社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所能，按劳分配的原则。”

[2] 《中华人民共和国宪法》（1982）第十三条规定：“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。 国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。”

[3] 《中华人民共和国宪法》（1982）第十二条规定：“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。 国家保护社会主义的公共财产。 禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。”

[4] 《中华人民共和国宪法》（1982）第十六条规定：“国营企业在服从国家的统一领导和全面完成国家计划的前提下，在法律规定的范围内，有经营管理的自主权。 国营企业依照法律规定，通过职工代表大会和其他形式，实行民主管理。”

[5] 《中华人民共和国宪法》（1982）第十七条规定：“集体经济组织在接受国家计划指导和遵守有关法律的前提下，有独立进行经济活动的自主权。 集体经济组织依照法律规定实行民主管理，由它的全体劳动者选举和罢免管理人员，决定经营管理的重大问题。”

于实行“划分收支，分级包干”财政管理体制的实施办法》[6]，北京市《关于实行“划分税种、核定收支、分级包干”财政管理体制的通知》[7]，以及《国务院关于地方实行财政包干办法的决定》[8]。因此，承包制的改革过程中，除了运动式、命令式的行政“指示”、“通知”外，明确地可供作为狭义上的法律渊源的规范性文件便几乎只剩宪法了，这体现了改革开放之初我国制度改革过程中的行政中心主义和央地关系的非法制化。在下文对分税制改革的历程的讨论中，我们依然能够看到这种先有行政命令、后有规范文件，行政主导、立法补充的改革方式。

承包制改革从农村的“家庭联产承包责任制”开始，逐步扩展到国营企业和城市。在农村，“家庭联产承包责任制”鼓励农户进行土地承包；在城市，各城市大搞企业承包，“承包经营责任制”鼓励国有企业发挥自主权，“包死基数，确保上交，超收多留，欠收自补”；对地方政府，则是财政承包，尽管财政包干制下各地地方政府的承包形式和央地分账比例各不相同，但是其基本特点基本趋同——交了中央的，剩下的都是自己的——因而地方政府便具有足够的动力发展地方经济以扩大税收。财政包干制催生了“富藏于企业”的预算外收入现象，乡镇企业的兴起现象，以及其他社会现象，既推动了改革开放初期的工业化浪潮，同时也埋下了隐患。

随着财政包干制的推行，其弊端不断显现，具体表现为“两个比重”不断降低。“两个比重”，指的是中央财政预算收入占全国财政预算总收入的比重，以及全国财政预算总收入占国民生产总值（GDP）的比重。“两个比重”的不断降低，不仅使得中央政府的财政压力越发增大，而且使得全国财政的压力也越来越大。如此一来，在面对中央政府的财政能力越发下降，继而可能影响到中央政府对全国经济建设事业掌控能力时，改革便是势在必行的。

综上所述，分税制改革的背景便是，在财政包干制下，“两个比重”不断降低，导致财政严重吃紧，危及了中央政府在全国范围内提供充分公共服务的能力。中央政府急切需要重新确定中央与地方之间的税权划分，构建起更符合时代现实的财税体系。这体现出，在原有的财政包干制体制下，地方政府较之中央政府更为适应财政包干制下地方政府充分发挥自主权的社会制度，随着经济社会的不断发展，中央和地方之间的财政收入出现了一定的失衡。由此，中央地方政府之间的矛盾——一个物质性层面的社会冲突便产生了。

---

[6] 广东省人民政府《关于实行“划分收支，分级包干”财政管理体制的实施办法》（粤府〔1981〕27号），1981 年 2 月 14 日。

[7] 北京市人民政府《关于实行“划分税种、核定收支、分级包干”财政管理体制的通知》（京政发〔1986〕78 号），1986 年 6 月 5 日。

[8] 国务院《关于地方实行财政包干办法的决定》（国发〔1988〕50 号），1988 年 7 月 28 日。

（二）改革历程：央地博弈

1994 年的分税制改革由时任国务院副总理兼国务院生产办公室主任、经济贸易办公室主任朱镕基牵头发起，引起了中央政府和各地方政府的激烈博弈。其牵扯的议题极为宏大。其中，中央地方关系的再确定、财政体系的重塑等议题值得在功能冲突论视角下加以分析；在下文中，我们将首先通过回顾历史事件和分析当时政府文件的方法，描述事件本身的现象；随后，我们再通过功能冲突论的视角来分析其背后的演变逻辑。

我们不妨回顾分税制改革的历程。

分税制改革的方案自 1993 年开始筹备，随后改革在 1994 年正式在全国范围开展。在改革筹备阶段，中央政府便受到了地方政府的巨大阻力，其中尤以部分在原有财政包干制体制下财政盈余充分的省份为甚。例如，广东省曾明确表示不同意分税制改革。为顺利推动分税制改革方案实施，朱镕基亲自带队，耗时两个多月，先后去了十几个省份，一个个同地方政府商讨改革[9]。时任国家税务总局局长刘仲藜和时任国家税务总局副局长项怀诚回忆起同广东省政府谈判的场面时，提到的谈判过程可谓十分之困难[10]。

在中央政府同地方政府的谈判艰难地结束后，中国共产党第十四届中央委员会第三次全体会议通过了《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》[11]，其中提到诸如“维护国家权益和实施宏观调控所必需的税种列为中央税”、“同经济发展直接相关的主要税种列为共享税”、“充实地方税税种，增加地方税收入”等内容[12]，在政策层面为分税制改革定了调。

一个月后，国务院发布了《国务院关于实行分税制财政管理体制的决定》[13]（下文简称“分税制决定”）。其中指出了分税制改革是发展社会主义市场经济的客观要求，表明了分税制财政体制改革的指导思想是“正确处理中央与地方的分配关系，调动两个积极性，促进国

---

[9] 兰小欢：《置身事内：中国政府与经济发展》，上海人民出版社 2021 年版，第 47 页。

[10] 同上书。其中提到，时任国家税务总局局长刘仲藜回忆：“与地方谈的时候气氛很紧张，单靠财政部是不行的，得中央出面谈……（面对地方官员求情）朱总理就说：‘没错，我就得这样，不然，你们谢飞同志是政治局委员，他一说话，那刘仲藜他们说什么啊，他们有话说吗？！就得我来讲。’……广东还是服从了大局，只提出了两个要求：以 1993 年为基数、减免税过渡。”时任国家税务总局副局长项怀诚回忆：“分税制的实施远比制定方案要复杂，因为它涉及到地方的利益……只有朱总理去才能够和第一把手省委书记、省长面对面地交谈，交换意见。有的时候，书记、省长都拿不了主意的，后面还有很多老同志、老省长、老省委书记啊。如果是我们去，可能连面都见不上。”从中可见改革过程中，工作推进之困难。

[11] 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》，1993 年 11 月 14 日中国共产党第十四届中央委员会第三次全体会议通过。

[12] 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》：“（18）积极推进财税体制改革。……维护国家权益和实施宏观调控所必需的税种列为中央税；同经济发展直接相关的主要税种列为共享税；充实地方税税种，增加地方税收入。通过发展经济，提高效益，扩大财源，逐步提高财政收入在国民生产总值中的比重，合理确定中央财政收入和地方财政收入的比例。实行中央财政对地方的返还和转移支付的制度，以调节分配结构和地区结构，特别是扶持经济不发达地区的发展和老工业基地的改造。”

[13] 《国务院关于实行分税制财政管理体制的决定》，国发〔1993〕85 号，1993 年 12 月 15 日。

家财政收入合理增长”、“合理调节地区之间财力分配”、“坚持统一政策与分级管理相结合的原则”、“坚持整体设计与逐步推进相结合的原则”，并规定了分税制改革的具体内容和配套的改革措施。《分税制决定》具体划分了中央和地方的收入、支出和税权，确定了中央对地方的税收返还制度，并专列一项规定了原财政包干体制中“中央补助、地方上解以及有关结算事项的处理”。在《分税制决定》的行文体系中，国务院既在开篇着重强调了改革的必要性，又在改革的具体措施中单列一项制定了新旧制度的过渡方法，足见分税制改革之初（集中体现在前期央地谈判阶段），改革遇到的阻力之大、过程之复杂、牵扯范围之广。其中规定的“中央财政对地方税收返还数额以一九九三年为基期年核定”、“妥善处理原由省级政府批准的减免税政策问题”的项目直接体现了中央政府为了在全国范围推行分税制改革而向地方政府做出的让步。

在近三十年后的今天，我们可以看到，中央政府使地方政府获利最大的让步，与其说是税收返还基年确定问题和减免税过渡问题，毋宁说是其有意或无意留出的允许地方政府收取土地出让金的制度。这一中央政府为达到其目的而在央地博弈的冲突中做出的让步，既帮助中央政府在冲突中达成了其目的，又塑造了往后近三十年中国的财政格局，为促进中国社会的下一步变迁演化提供了制度上的保证。

（三）功能冲突论视角下的分税制改革历程

1.央地政府之间的现实性正功能冲突——单一制结构和分权原则

我国有悠久的单一制政治传统，单一制国家的结构自秦统一六国确立郡县制以来便以建立。新中国成立后，我国所确立的国家结构仍然是单一制的（尽管其本质上同单一制的郡县制天差地别），在单一制下，分权原则也有其一席之地。1982 年宪法的第三条便是体现了我国的单一制国家结构和分权原则的规定[14]。

1982 年宪法第三条的第四款，一方面，规定了民主集中制下单一制的央地职权划分，强化了中央政府在组织动员、把握国家总体发展方向和宏观调控方面的职责和能力；另一方面，又规定了分权的宪法原则，充分发挥地方的积极性，加强地方政府服务本地民生、市场监管、社会管理等方面的职责和能力，并最终发挥好“中央和地方两个积极性”。

分税制改革前的财政包干制，体现了分权原则。在财政包干制下，中央政府给各地方政

[14] 《中华人民共和国宪法》（1982）第三条：“中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则。 全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督。 国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督。 中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”

府留出了极大的财政自留的空间，1988 年《国务院关于地方实行财政包干办法的决定》中，就有诸如“财政包干办法确定之后,各地区应当按照国家政策和计划的要求,努力发展经济,挖掘潜力,开辟财源,增加收入,壮大地方的财力”、“各省、自治区、直辖市和计划单列市所属市、县的财政管理体制,由各地人民政府根据本决定的精神和当地的情况,自行研究决定”的表述[15]，财权和事权在很大程度上下发到了各级地方政府，是十分典型的纵向分权，体现了分权原则。

分税制实施前中央政府和地方政府的激烈博弈，集中体现了单一制，同时也体现了单一制和分权原则的冲突，私以为切入点有三。

一是分税制改革的目的体现了单一制原则的要求。分税制改革的直接原因为“两个比重”不断下降，这直接影响我国的单一制结构的有效维持，中央政府基于“强化税收调节功能”、“集中国家财力”的目的开展分税制改革，是维持宪法规定的单一制的必然结果。尽管当时的表述为“发展社会主义市场经济的必然要求”,但维持单一制自然也是“市场经济”之所以为“社会主义市场经济”的题中应有之义。

二是分税制改革历程中地方政府的反对声音，一定程度上体现了我国仍存在适当分权的现实需要。我国是一个幅员辽阔、人口众多、人文地理环境复杂的大国，完全采用单一制结构组织国家政权，会导致地方政府传导至中央政府的信息严重滞后于社会现实，导致决策难以适应基层社会瞬息万变的实际情况。为了国家政权稳定和社会长治久安，中央政府必然允许地方政府在一定程度上拥有其自主权。这在古代体现为“皇权不下县”，而在分税制改革前后便体现为财政包干制下地方政府较大的自主权,一些学者总结的“行为联邦制”十分得当。

三是单一制原则和分权原则的冲突的解决机制应当采用比例原则分析解决。在分税制改革的央地谈判的历程中，中央政府代表的是维护单一制国家结构，以保持国家提供稳定公共服务的能力的权益；而地方政府所代表的是保有地方自主权以促进地区经济发展的权益；二者的最终目的都是维护社会主义政权稳定和国家长治久安。如果行政目标的实现——在改革历程中体现为扭转“两个比重”的下降趋势、维护单一制国家结构——可能对其他权益造成不利影响，即可能影响分权原则所保护的地方经济发展权益，则这种不利影响应被限制在尽可能小的范围和限度之内。分税制改革之后，一方面，中央政府通过艰难的谈判成功将税权收归中央，中央政府预算收入占全国预算收入的比重从 22%提高到了 55%并长期稳定，全

[15] 见脚注 13。

国预算收入占国民生产总值（GDP）的比重也从 11%逐渐增加到 20%[16]，扭转了“两个比重”下降的趋势，有力维持了单一制结构；另一方面，中央政府规定的税收返还机制保证改革后地方税收不会急剧下跌，而是缓慢下降，维持了地方的财政稳定，并通过将 1993 年定为税收返还基年、确立转移支付机制等让步，保证了改革后的地方政府不会面临运转困难的问题，从而将分税制改革带给地方政府的不利影响压缩到了最小。令人惊讶的是，分税制改革历程中的央地谈判历程竟暗合了比例原则的要求。尽管在改革之初，改革家们并非是从宪法规定的原则的角度出发而进行的制度构思，而更多的是从“讲政治”、“以经济建设为中心”、“发展社会主义市场经济”等角度出发思考，但不可否认的是，在其客观效果上维护并强化了我国单一制结构和分权原则并存的“大国宪制”[17]。

站在功能冲突论的角度，我们会发现在分税制改革历程中，中央政府和地方政府的冲突具有相当程度上的正面意义。关于其具有正面意义的原因，笔者在此总结原因如下。

一是央地政府的冲突具有现实性的目标，冲突只是手段而非目的本身，冲突的强烈程度是高度可控的。功能冲突论认为，现实冲突具有现实性的目标，现实性的目标是现实冲突的关键；冲突只是冲突双方为达成目标的一种手段，当目标达成时，冲突便会结束。非现实冲突并非为了达成某种现实性结果，而是为了在冲突双方的非物质性的敌对情绪无法被调和时，敌对情绪的纯粹释放。即使冲突双方实现了一定的具体目标，也难以消除冲突的潜在根源。在分税制改革的历程中，中央政府的直接目的是扭转“两个比重”的下降趋势，根本目的是发展社会主义市场经济体制，强化中央的宏观调控能力，维护国家的单一制结构；地方政府的目的是保证自身在发展地方经济、开展地方建设时拥有足够的财政资源，最终服务于整个国家的经济发展，而非追求脱离于单一制结构的独立性。这就决定了双方的冲突只是在路线方法上的冲突，而非最终目的的冲突；加之双方的目的在最终意义上存在一定重合，这就决定了冲突的手段最终能以谈判妥协的形式体现，冲突的烈度是可控的。

二是冲突的内容并不涉及社会制度的根基，不涉及国家的基本价值与核心观念。冲突的内容是针对分税制本身的争论，地方政府认为分税制改革会导致地方政府产生巨大的难以填补的财政缺口；中央政府认为“两个比重”不断下降的趋势必须采取分税制改革的方式扭转，同时认为在改革历程中，中央政府给予地方政府的让步不会导致地方政府入不敷出。从中可见，央地博弈的内容并不涉及更为根本的社会制度，遑论国家的基本价值了。因而中央地方政府之间的冲突就是“可以谈”的。

---

[16] 兰小欢：《置身事内：中国政府与经济发展》，上海人民出版社 2021 年版，第 49 页。
[17] 苏力：《大国宪制：历史中国的制度构成》，北京大学出版社 2018 年版。

以上两点原因结合起来，使得在分税制改革历程中，中央地方的博弈不仅没有使社会产生分裂，反而可以起到对国家的政府架构加以整合，促进财政制度对社会发展情况的适应的作用，并且其最终也在事实上促进了新的制度、社会结构的形成。

2.央地关系的非法制化——冲突仍需要被社会系统制度化

在讨论央地关系非法制化这一议题前，我们需要认识一个前提，即《中华人民共和国立法法》（下文简称“立法法”）于 2000 年才正式颁布，这一时间晚于分税制改革，更远远晚于财政包干制盛行的时代。亦即，在分税制改革所处的时代，国务院颁布的行政规章、行政法规，以及地方政府颁布的行政规章，与其以当下视角想当然地认为其是具有法律效力的行政规范性文件，不如说是零散且不成体系的行政机关内部“通知”。在这种情况下，财政包干制、分税制改革这类重大事项并不由国家最高立法机关以法律的形式规定，而是首先在党的组织的范围内先形成主张，随后通过行政命令方式加以推行。

因此，诸如确立财政包干制、进行分税制改革这种重大的中央地方关系调整，实际上是简单地通过政策和行政措施实现的。尽管 82 年宪法中具有诸如“自主权”、单一制和分权原则这种笼统的规定，但其范围过于模糊不清，难以直接适用于实践中，这导致央地关系变迁往往是由一纸通知文件，甚至是由中央官员和地方官员在人事上的较量所决定。在功能冲突论的视角看来，这种状况对冲突的缓解和社会进步的促进是不甚有利的。由于央地关系变迁的法制化程度不足，冲突双方在解决冲突的过程中将缺乏一种程序化的解决机制。冲突目的的达成、双方冲突的解决很大程度上决定于冲突双方群体权威的大小，决定于双方群体代表人物个人能力强弱和权威地位的高低。这会给冲突的过程带来很大的不稳定性，不仅可能导致冲突的正面功能无法被发挥出来，反而有可能激发社会冲突的反面功能。在以上逻辑看，央地关系变迁非法制化的状况最终会导致央地关系变动极不稳定，也会使得社会的稳定发展难以得到保证。但历史最终证明，当时改革方法非但没有使矛盾激化，反而通过矛盾的解决，促进了中国社会的进一步发展，为什么？

我们不妨从社会背景和社会现实两方面来分析把握这一现象。一是“文化大革命”结束之后，遭到严重破坏的立法、司法体系难以在短时间内完成法律秩序的重建任务。文革开始后，“砸烂公检法”的浪潮高涨，《关于撤消高检院、内务部、内务办三个单位，公安部、高法院留下少数人的请求报告》[18]得到了毛泽东主席的批准。检察机关被撤销，地方政法机关规模萎缩。随后 1975 年《宪法》又规定：“检察和审理案件，都必须实行群众路线。对重大

[18] 最高人民检察院军代表、最高人民法院军代表、内务部军代表和公安部领导小组《关于撤消高检院、内务部、内务办三个单位，公安部、高法院留下少数人的请求报告》，1968 年 12 月。

的反革命刑事案件，要发动群众讨论和批判。”[19]这与“砸烂公检法”的浪潮一起作用，使得文化大革命结束后很长一段时间内，我国的立法和司法体系难以发挥作用，“中央指示”、“行政命令”的管理方式大行其道。最终，分税制改革的博弈也难以摆脱历史惯性。二是在改革开放之初，我国的经济发展和社会变革速度极快，如果急于用立法方式确定中央地方关系的税权、事权划分，容易导致滞后的法律体系难以实时跟上社会发展的需要，徒增立法、司法成本，并且有可能损害法律权威。因而，尽管分税制改革前后的中央地方关系体现出了命令式、运动式、非规范式的特点，但这一缺陷在当时并非致命的，并不影响分税制改革完成扭转“两个比重”下降趋势、发展社会主义市场经济体制、维护单一制国家结构的历史任务。

功能冲突论认为，社会冲突被社会系统制度化是使社会冲突发挥正面作用的必要条件。然而在分税制改革的背景下，改革中途体现出的中央地方关系非法制化的状况似乎并不满足“冲突被社会系统制度化”的限定。如何利用功能冲突论的理论框架去解释这一事实呢？私以为，社会系统的制度并不局限于成文法规和部门规章所规定的公权力机关组织架构，尚且可能由冲突双方同属的执政党等组织的组织架构发挥规制冲突的功能。在分税制改革的历程中，中央代表和地方代表双方各自都有担任中央委员这一党内职位者，这为改革历程中的央地政府博弈多了一分党内商议协调的色彩，从而使得这一冲突被制度化。冲突对于国家政体的反功能被大大缩小，正功能则被更大程度地发挥出来。

然而，这并不意味着央地关系的法制化进程就是可以被搁置一边的。尽管通过执政党的内部组织可以很好地调节、规范社会冲突，但是执政党的内部活动毕竟具有非公开性和相对较强的随意性，而央地关系变动、财政体制改革牵扯到广泛层面的国计民生，考虑此类问题的视角不应当止于冲突解决的单一层面，而应当将其他方面上一并加以考虑，如透明政府的建设、依法治国的贯彻等。因而，在政府组织层面不断完善规章制度，促进组织架构、程序流程公开化，在法治国家建设事业中是促进社会主义民主建设事业的题中应有之义，在强化党的领导方面，也是强调“党在法下”原则，最终强化党的执政合法性的有效方式。进入新世纪以来，各级政府组织架构不断完善，政务公开、透明政府、依法治国建设进程得到了长足发展，也从事实上证明了各级政府间关系的法制化是符合历史进程的发展方向。

二、土地财政：狂飙之路

[19] 《中华人民共和国宪法》（1975），第二十五条第三款。

分税制改革很好地达到了其预期目的，扭转了“两个比重”的下降趋势，但其副作用是使得地方政府在改革后的财政压力不断增大。对此，中央政府在政策和后续立法中再度对地方做出了让步。一方面，中央政府在《分税制决定》中规定了以 1993 年地方实际税收为基年的税收返还制度，以“保持现有地方既得利益格局，逐步达到改革的目标”；另一方面，在立法活动中，全国人大常委于 1998 年 8 月修订了《中华人民共和国土地管理法》，随后国务院于该年 12 月发布了《中华人民共和国土地管理法实施条例》，中央政府在这两部法律法规中做出了让步，赋予了地方政府收取土地使用权出让金并自留部分金额于地方的权力。从改革当时的视角看，似乎税收返还和基年确定是中央为地方做出的最大让步。然而，站在回顾者的视角，相对不起眼的土地出让金收取权不仅填上了地方财政的窟窿，并且产生了直至今日仍然深刻影响着每一个中国人的生活的现象——土地财政[20]。

在下文中，笔者试图从 1982 年《宪法》、1999 年《中华人民共和国宪法修正案》、1998 年《土地管理法》和《土地管理法实施条例》等规范文件出发，分析分税制改革措施中最终导致土地财政产生的机制。

（一）三七分成：杯水车薪的税收返还

《分税制决定》中规定了改革后中央对地方的税收返还制度。在以 1993 年的税收返还额作为税收返还基数的前提下，每年度的消费税和增值税的 75%（剩余 25%归地方财政）的全国平均值每增长 1%，中央财政对地方税收的返还额就增长 0.3%。在分税制实行初期，这一返还比例并不会使地方财政产生较大缺口。然而，随着消费税和增值税不断随着经济发展而增长，在地方财政收入中，税收返还额占地方税收总量的比重会越来越低。按照学者测算，假设增值税以20%的增长率增长，十年之后会使得税收返还占地方税收的比重下降到29%[21]，地方与中央在长期财权上“三七分成”。

另一方面，尽管财权被大部分收归中央，《分税制决定》却没有规定财政支出——亦即事权在中央政府和地方政府之间的调整。分税制改革前后，中央和地方的财政支出比重没有显著变化，中央支出约占 30%，地方指出约占 70%[22]，中央与地方在财政支出压力上“三七分成”。

两对“三七分成”的对比，决定了地方政府在改革后会承受巨大的财政支出压力。一边是中央政府税收返还额占地方政府税收额的比重不断下降，另一边是地方政府维持不变的财

[20] 土地财政，一般是指学界用以总结一些地方政府依靠出让国有土地使用权所获得的相关收入来维持地方政府财政支出的财政模式的概念。
[21] 周飞舟、谭明智：《当代中国的中央地方关系》，中国社会科学出版社 2014 年版，第 52 页。
[22] 周飞舟、谭明智：《当代中国的中央地方关系》，中国社会科学出版社 2014 年版，第 53 页。

政支出压力。虽然在税收返还制度之外尚有转移支付制度作为补充，但这也仅仅能满足地方政府的预算内的收支缺口，无力满足政府在维持自身正常运转之外用于发展地方经济的资金需要。这要求地方政府必须寻求新的财政收入来源，为地方经济发展筹集资金。地方政府寻找到的最优解，便是土地财政以及由此发展而来的土地金融。

（二）土地财政：地方政府的“下有对策”

从分税制改革到 2000 年代初，大批国外投资在经济开放的浪潮中进入沿海地区，海量的中西部劳动力也涌入了东部沿海城市。随着中国逐步融入全球化的工业分工体系，工业化浪潮开始席卷整个社会，刺激着地方政府进行大规模的土地征用、开发、出让。另一方面，1998 年《土地管理法》的修订和 1998 年《土地管理法实施条例》的出台，同 1982 年《宪法》的规定一道，构成了土地征用制度的法律基础，这些法律法规也为地方政府和集体土地所有者的矛盾冲突埋下了种子。

1982 年《宪法》第十条规定了城市和农村土地性质的二元体制，以及国家土地征用制度[23]。城市的土地性质被规定为国有，这就意味着在城市建设的过程中，新开发用地必须首先将集体所有土地征用，将其法律性质转化为国家所有土地，再由政府将土地出让给建设单位使用。“公共利益需要”成为了集体所有土地和国国家所有土地之间的连接纽带。

在《土地管理法》中，第四条规定了“土地用途管制制度”[24]；第四十三条规定了“国有土地建设使用申请”制度[25]；第五十五条规定了“土地出让金”制度[26]；第六十三条规定了“集体所有土地不得用于非农业建设”[27]。这些规定是《宪法》第十条规定的具体延伸，其涉及的“土地利用总体规划”、“土地出让金”，以及土地利用总体规划中确定的“国有建设用地使用指标”构成了土地财政的核心要素。

与《土地管理法》相对的，《土地管理法实施条例》规定了土地利用总体规划制度[28]，

[23] 《中华人民共和国宪法》（1982）第十条：“城市的土地属于国家所有。 农村和城市郊区的土地，……，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。 国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征用。 任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地。 一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。”

[24] 《中华人民共和国土地管理法》（1998 修订）第四条第一款、第二款：“国家实行土地用途管制制度。国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量，对耕地实行特殊保护。”

[25] 《中华人民共和国土地管理法》（1998 修订）第四十三条第一款第一项：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地。”

[26] 《中华人民共和国土地管理法》（1998 修订）第五十五条：“以出让等有偿使用方式取得国有土地使用权的建设单位，……缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后，方可使用土地。 ……新增建设用地的土地有偿使用费，百分之三十上缴中央财政，百分之七十留给有关地方人民政府……”

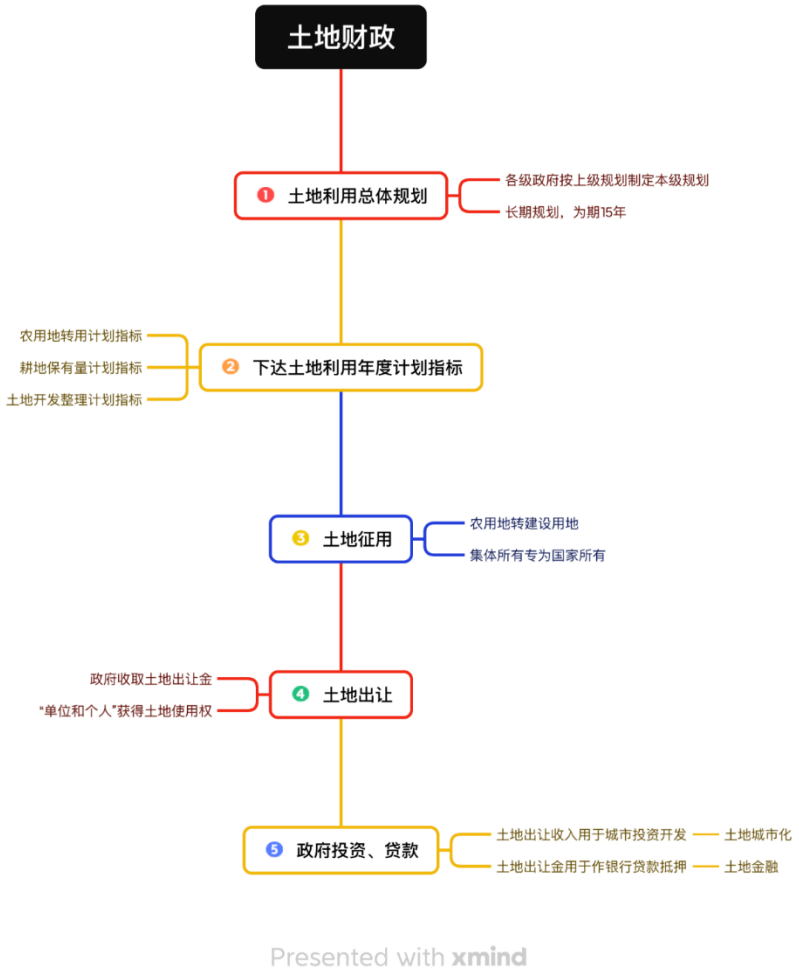
[27] 《中华人民共和国土地管理法》（1998 修订）第六十三条第一项：“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设。”

[28] 《中华人民共和国土地管理法实施条例》（1998）第八条第一款：“全国土地利用总体规划，由国务院土地行政主管部门会同国务院有关部门编制，报国务院批准。”

并赋予了国务院和省、自治区、直辖市人民政府，加之省、自治区人民政府所在地的市、人口在１００万以上的城市以及国务院指定的城市制定土地利用总体规划的权力[29]。国务院负责制定全国层面的土地利用总体规划，并审批地方政府的土地利用总体规划方案。同时，该条例还规定了短期的土地利用年度计划的内容，明确了“农用地转用”、“耕地保有量”、“土地开发整理”三大类计划指标[30]，指标成为了土地利用开发的最核心要素。这些规定为地方政府开发利用土地提供了程序上的依据[31]。

综合《宪法》、《土地管理法》、《土地管理法实施条例》，我们可以把握整个土地财政体系运转的流程。第一步，由各级政府制定相应行政级别的土地利用总体规划，确定各地长期时间的城市土地开发建设方法；第二部，国土资源部上报国务院确定每年度全国土地利用年度计划指标，层层下达分解给各级政府的国土资源部门；第三步，地方政府通过土地征用，将原本的集体所有土地征收为国有土地，并给予原所有者和使用者一定补偿；第四步，需要使用土地进行建设的“单位和个人”，通过向政府缴纳土地出让金，获得“依法申请使用国有土地”的权利；第五步，政府利用土地出让金进行城市投资开发或将其作为向银行贷款的抵押，从而为下一轮土地整理、征用和开发做准备。其运转过程如下图：

[29] 详见《中华人民共和国土地管理法实施条例》（1998）第八条第二款、第三款、第四款规定。
[30] 《中华人民共和国土地管理法实施条例》（1998）第十三条第二款：“土地利用年度计划应当包括下列内容：（一）农用地转用计划指标；（二）耕地保有量计划指标；（三）土地开发整理计划指标。”
[31] 《中华人民共和国土地管理法实施条例》（1998）第二十九条：“国有土地有偿使用的方式包括：（一）国有土地使用权出让；（二）国有土地租赁；（三）国有土地使用权作价出资或者入股。”



土地财政大大缓解了地方政府的财政支出压力。土地财政资金规模巨大、且相关权力基本掌握在地方政府手中，因而土地财政模式逐渐在全国范围内流行开来。地方政府间流行着“第一财政靠工业，第二财政靠土地”、“吃饭靠第一财政，建设靠第二财政”的说法，足见土地财政对地方政府之意义重大。而地方政府对巨额土地出让金的利用，进一步推动了分税制改革后我国以土地开发利用为中心的工业化、城市化进程，其次生的基础设施建设浪潮（尤以“四万亿经济刺激计划”的出台为高潮[32]）极大地推进了我国的城市化速度，有效缓解了 2008 年国际金融危机的冲击；另一方面，地方政府利用通过建立有官方背景的城市投资公司，对土地出让金进行投资、贷款，使得地方政府债务的雪球越滚越大，时至今日已经成了尾大不掉的财政难题。

（三）狂飙突进：土地城市化与土地金融

在土地财政规模不断扩张的进程中，地方政府的城市开发投资活动催生了以土地利用开

[32] 详见下文介绍。

发为核心推动力的“土地城市化”；同时，地方政府利用土地出让收入向银行抵押贷款的活动，促进了地方政府融资平台的产生，最终形成了土地金融体系。土地城市化和土地金融，二者并非泾渭分明，而是你中有我、我中有你地相互促进。以土地为中心，财政和金融相互影响，构成了土地城市化、土地财政、土地金融的“铁三角”。

在分税制改革之初，土地财政的规模还很小，一是因为乡镇企业在改革之初依然众多，他们使用农村集体建设用地并不需要经过地方政府出让；二是单位福利分房尚未停止，商品房的建设规模并不庞大，城镇住宅新开工面积有限；三是由于 1998 年《土地管理法》修订后才赋予了地方政府垄断城市土地供应一级市场的权力，在 1994 年到 1998 年期间，城市土地出让并不必然地为地方政府带来收入。因而，在土地财政的滥觞阶段，其正反两方面的作用都尚未显现。直到城市化浪潮不断前进，中国加入 WTO、融入世界贸易体系，以及“四万亿经济刺激计划”对土地开发和基础设施建设起到了大力推动作用后，土地财政方才开始在时代的大道上一路狂飙。

大规模的土地财政收入自 2001 年始。一方面，尽管地方政府在土地出让时能够收取土地出让金，但其同样需要支出拆迁补偿和基础设施建设的费用；另一方面，2001 年所得税制度改革后，企业所得税的税权进一步上归中央。这就要求地方政府不能仅仅依靠企业和土地出让来满足财政需要，而是需要通过开发土地来盘活地方工商业活动，利用土地垄断权获得收益。地方政府利用土地盘活地方工商业的“三板斧”，即首先征收、整合农村和城市郊区的农村集体所有土地；随后一手低价供应大量的工业用地，一手严控商用地、居住用地供给，使得地价不断攀升，从而获取垄断收益。这样一来，工业用地的补贴极度有利于招商引资，推动了地方制造业的迅猛发展；同时，制造业的迅猛发展使得城市的制造业和制造业派生的服务业所能容纳的就业人口大大上升，外来人口不断涌入，地方住宅供应缺仍然有限，最终带动了城市地价飞涨。而只要土地价格可以不断上涨，那么地方政府便可以有恃无恐地以土地的使用权及未来的土地收入作为抵押，撬动海量的银行信贷和其他各路资金。

值得注意的是，地方政府的财政资金无法通过债券或贷款的方式取得。就发行债券而言，根据 1995 年《中华人民共和国预算法》（下文简称“预算法”），地方政府在大部分情况下不具备发行债券的权力[33]。另一方面，由于地方政府不属于企（事）业法人或其他经济组织，

[33] 《中华人民共和国预算法》（1995）第二十八条规定：“地方各级预算按照量入为出、收支平衡的原则编制，不列赤字。除法律和国务院另有规定外，地方政府不得发行地方政府债券。”

无法向银行申请贷款[34]。也就是说，地方政府既无法直接向银行申请贷款，又无法在未获得法律和国务院特别规定允许的情况下发行地方政府债券。最终，政府只能选择戴上“白手套”，织起“钱袋子”，城市投资公司[35]应运而生。城市投资公司在城市建设项目开发过程中，以公司为单一借款人，向国家开放银行借款；同时，地方政府授权城市投资公司以土地出让收益做抵押，以土地增值收益作为贷款还款来源；再者，城市投资公司可以通过发行债券的方式进行融资。地方政府规避法律管制，利用土地收益进行利滚利，促进城市开发的方法，精妙程度令人拍案叫绝。从此，土地财政嫁接了资本市场，加上了杠杆，成为了土地金融，土地财政的雪球越滚越大。

“四万亿经济刺激计划”[36]土地财政发展路上扮演了重要角色。受“四万亿”的激励，地方政府开展了轰轰烈烈的融资运动，地方政府债务爆炸式增长。仅 2008 年当年，全国范围内的政府融资平台公司负债余额便飞涨到 6 万亿元[37]，足见“四万亿”对土地财政扩张和地方政府债务扩张所发挥的重要的推动作用。“四万亿”使我国经济平稳度过了 2008 年国际金融危机，拉动了中国经济新一轮的高速发展，但其副作用便是使地方债务开始急剧扩张，并导致了近乎是饮鸩止渴的“涨价去库存”政策的出台。

“涨价去库存”，最初是由中央财经领导小组在 2015 年 11 月 10 日的中央财经领导小组会议中提出的，正式名称为“房地产去库存”。“涨价去库存”是民间对这一政策最终导致结果的生动概括。所谓“涨价”，指财政部鼓励地方运用 PPP（Public Private Partnership）模式推进公共租赁住房投资建设，打通商品房市场与棚改安置房、公租房和租赁市场；另一方面推动棚改货币化改革，政府直接以货币的形式补偿被拆迁棚户区居民，而后居民再到商品房市场上购置住房的模式。“涨价去库存”推动商品房市场建设和货币化棚改双管齐下，使得 2015 至 2016 年前后城市住房价格迎来了飞涨。所谓“去库存”，指通过取消商品房限购、鼓励房地产企业购并商品房的措施，促进市场消化过剩的商品房库存（而这些库存多是在先

[34] 中国人民银行《贷款通则》（1996）第十七条第一款规定：“借款人应当是经工商行政管理机关（或主管机关）核准登记的企（事）业法人、其他经济组织、个体工商户或具有中华人民共和国国籍的具有完全民事行为能力的自然人。”

[35] 城市投资公司，又称“城投公司”、“城投集团”、“城市发展投资公司”等，在《国务院关于加强地方政府融资平台公司管理有关问题的通知》（国发〔2010〕19 号）中，国务院给城市投资公司的定义为“由地方政府及其部门和机构等通过财政拨款或注入土地、股权等资产设立，承担政府投资项目融资功能，并拥有独立法人资格的经济实体”。其是一种地方政府通过规避法规限制进行融资的手段。

[36] “四万亿经济刺激计划”，一般指为面对 2008 年世界经济金融危机冲击，国务院研究部署的一系列“进一步扩大内需、促进经济平稳较快增长”的措施。其中，政府开始了带规模的投资开发，总资金约为 4 万亿元人民币，且总投资规模的 70%来自中央财政预算之外的投资。地方政府投资在这一过程中扮演了重要角色。

[37] 冯俏彬：《再认识我国地方政府投融资平台公司的巨额负债》，《西部论坛》2010 年第 3 期。

前土地财政模式下推动建设的）。

行文至此，我们已经基本理清了从包干制下的财政危机到分税制改革，再到土地财政和土地金融的历史进程。在这一过程中，1982 年《宪法》、1995 年《预算法》、1996 年中国人民银行《贷款通则》、1998 年《土地管理法》修正案、1998 年《土地管理法实施条例》这些法律法规和部门规章起到了制度基石的作用，深刻影响了往后近三十年中国的经济发展模式。另外，1994 年《分税制决定》这一重要文件也深刻影响了中国的中央地方关系变迁。对《分税制决定》在我国政府架构领域的影响，前文已经讨论。而以上提到的诸多法律法规和部门规章中，《宪法》第十条、《土地管理法》和《土地管理法实施条例》作为土地财政的制度基础，尽管已经较财政包干制时代的行政法制化水平大大提高，但其制定的规则和体系仍在具体适用上具有较大问题，因而其在修订或颁布以来便一直饱受争议。随着城市化浪潮和土地财政扩张的步伐不断前进，越发拉大的国民经济收入分配不平等问题也引发了社会各界的思考，其中也包括十多年前活跃于我国宪法学界的“宪政”思潮。在下文中，笔者将首先对《土地管理法》和《土地管理法管理条例》的修订前后的条文进行评析，随后从功能冲突论的视角出发，结合近年来“限跌令”、“认房不认贷”、许家印被批捕等社会事件，试图去思考中国当代土地制度和中央地方关系的现状，并一定程度地展望其未来。

三、土地管理法：新旧之间

《土地管理法》在 2004 年和 2019 年分别经历了两次修正。在下文中，2019 年之前适用的《土地管理法》称为“旧土地管理法”，2019 年之后适用的《土地管理法》称为“新土地管理法”。

《土地管理法》的两次修正标志着分税制改革后，土地财政从兴起到逐步暴露问题的进程。土地财政的产生，伴随着分税制改革后地方政府同集体土地所有者之间的社会冲突的出现和变迁。由上文可知，集体土地所有者多是农村、城市郊区的集体所有土地的所有者。地方政府为何需要在城市建设过程中“征收”其所有的集体土地，在上文已有论述。笔者认为，旧《土地管理法》和新《土地管理法》的相关条文集中体现了土地财政发展进程中地方政府和集体土地所有者之间的社会冲突。对此，本文将继续利用功能冲突论的理论框架，对分税制改革之后，中央地方政府之间的冲突得到缓和，但地方政府和集体土地所有者之间出现新的冲突这一现象，及其背后的社会冲突逻辑进行梳理分析。

（一）从“征用”到“征收”：城市土地公有性质的强化

2004 年 3 月 14 日，第十届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国宪法修正案》，其中，关于土地和财产征用部分的修改主要有二：一是将原《宪法》第十条第四款中，“可以依照法律规定对土地实行征用”的表述改为了“可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”；二是在第十三条后增设第三款：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

首先，《宪法》第十条中对土地征收的表述进行了修正。在修正前，“征用”的表述更倾向于国家征收了土地的使用权并加以开发利用，其对土地的公有性质强调不足，因而不免会引起政府征用土地后是否应当返还原土地所有者的问题，在实践中也产生了一定争议；在修正后，“征收或者征用并给予补偿”的表述中，“征收”和“征用并给予补偿”被并列表述，同时，我们可以在下文中看到 2004 年对《土地管理法》的修正中，原有“征用”的表述被统一修改为“征收”，这表明在土地征收制度中，土地的公有性质得到了强调，国家并非从原土地所有者中征收土地的使用权，而是通过征收手段，将土地的所有权收归公有，并排除了其上原先存在的使用权。相对的，“征用并给予补偿”的表述，便更多指的是国家暂时征收土地的使用权，并在使用期间给予被整用者补偿，从而减少了前文所述的对“征用”可能存在的误解。

随后，修正后的第十条对土地征收或者征用的表述对应了第十三条中对公民的私有财产征收或者征用的表述。这将国家征收权从原先仅针对土地领域的土地征收（主要征收对象是农村和城市郊区的集体所有土地），扩大到了针对其他可能涉及公共利益需要的公民私有财产。关于“征收或者征用并给予补偿”的含义，前文已有分析，在此不做赘述。

在《宪法》修正后，于 2004 年 8 月 28 日，全国人大常委会对《土地管理法》进行了修正。其改动一方面是将《土地管理法》第二条第四款从“国家为公共利益的需要，可以依法对集体所有的土地实行征用”修改为“国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿”；另一方面，也是更重要的改动是将其他条款中的“征用”修改为了“征收”。《土地管理法》同《宪法》的规定看齐，这标志着在 1994 年分税制改革的十年后，我国的行政制度法治化水平得到了进步，至少在国土资源领域，不再简单依照一纸政令就将中央与地方的权限简单划分。另一方面，这意味着在将农村或城市郊区的集体所有土地转换为国有建设用地的过程中，被征收的土地的国有性质将被大大强化。

《宪法》和《土地管理法》的变动，完善了我国的土地征用制度。推动这一变动的原因是地方政府在城市建设开发的过程中由于土地征用制度不完善而引发的矛盾纠纷，我们可以

在《关于完善征地补偿安置制度的指导意见》中窥知一二[38]。完善征地制度的目的有三：合理利用土地、保护被征地农民合法权益，维护社会稳定。亦即，由于征地制度不完善，引发了土地利用不合理、被征地农民合法权益不受保护并最终产生了影响了社会稳定的后果。仅仅从官方的文件中，我们就可以看到一条完整的社会冲突-社会结构演变的“问题倒逼改革”的逻辑链条。因而，我们可以认为，在地方政府同集体土地所有者的社会冲突中，社会冲突再度在宏观层面上发挥了其促进社会结构演变的正功能。

（二）旧土地管理法：争议中前行

尽管 2004 年《土地管理法》的修订一定程度上体现了法治进步，但其离理想水平依然相去甚远。甚至其中个别规定在实践中产生了巨大的问题，不但有上文提及的土地财政“一路狂飙”、同时更有滋生大量腐败、扩大贫富差距、行政中心的征收程序中缺少司法救济等问题。其中尤以旧《土地管理法》的第二条、第四十七条和第六十三条受到的争议为多。下文逐一分析。

首先是旧《土地管理法》第二条。第二条中，“国家为了公共利益的需要”的表述，在实践中赋予了地方政府过大的征收权。公共利益的界限至今仍未能被完全地界定，在土地财政大行其道的环境下，地方政府有充足的动力接着“公共利益”的名义无限扩大自己的征收权，这在我们亲身经历的 2000 年代记忆中无数的强拆、强迁的悲剧事件是不无关联的。与之相对的是，行政中心主义的征收程序缺乏救济途径。学者曾提出通过列举公共事项来勾画公共利益的外延，从而限制征地权；抑或是通过规定政府的举证责任，证明征地是迫不得已为“公共利益”而行的构想，但在旧《土地管理法》时代也并未能够落到实处。在 2007 年《中华人民共和国物权法》颁布后，国土资源部下达了《关于贯彻实施<中华人民共和国物权法>的通知》，其中提到“在国土资源管理工作中牢固树立物权观念”，要“尊重行政管理相对人的物权”，“不能打着维护公共利益的幌子损害集体和公民个人的财产权利”[39]。滥用的征收权最终竟然还是只能通过中央政府的行政通知作效力极为有限的规制。城市房屋的强拆悲剧，“农民上楼、资本下乡”的过往记忆仍然历历在目，怎能不让人痛心。

其次，旧《土地管理法》第四十七条规定了“按照被征收土地的原用途给予补偿”[40]、“土地补偿费为该耕地被征收前三年平均年产值的六至十倍”[41]、“农业人口的安置补助费

[38] 国土资源部《关于完善征地补偿安置制度的指导意见》，国土资发〔2004〕28 号，2004 年 11 月 3 日。其中提到“合理利用土地，保护被征地农民合法权益，维护社会稳定”的目的。
[39] 国土资源部《关于贯彻实施<中华人民共和国物权法>的通知》，国土资发〔2007〕112 号，2007 年 5 月 8 日。
[40] 《中华人民共和国土地管理法》（2004）第四十七条第一款，2004 年 8 月 28 日施行。
[41] 《中华人民共和国土地管理法》（2004）第四十七条第二款第一项，2004 年 8 月 28 日施行。

标准为该耕地被征收前三年平均年产值的四至六倍”[42]的补偿标准。这一补偿规定实际上具有三方面明显不足。一是补偿的局限性极为明显，不仅土地补偿费随着经济的快速发展，其费用难以覆盖农民的实际损失，而且土地补偿费较之土地被征收后建设开发的产出价值几乎是九牛一毛的。因而在 2004 年当年，国务院便出台了《关于深化改革严格土地管理的规定》，其中规定到“征地补偿按法定最高标准执行”、“以缴纳耕地开垦费方式补充耕地的，缴纳标准按当地最高标准执行”[43]。在基本农田征用领域，旧《土地管理法》的第四十七条规定直接向最后一款的兜底条款逃逸，足见补偿之缺陷。二是过分排除了被征地农民的意思自治空间。土地补偿费标准直接由法律规定，且被征地者并没有选择补偿方式的空间。在被征收者并没有与政府约定土地补偿费用的机制的情况下，土地补偿费用相比于土地开发的收益是不成比例的，因而土地开发的经济效益的最终受益者依然是地方政府，而不是原先的土地所有者。另外，在我国台湾地区另有规定，对于在城市周边的征地，政府给予农民选择权，农民可以选择收受补偿金或是收受 50%的土地增值收益的权利。三是法律制度供给不足。该条仅仅对各项补偿费用做了原则性规定，涉及具体补偿方案时，只能由地方政府甚至是乡镇政府自行制定标准和方案。而地方政府制定了补偿标准和方案后，行政复议机关和人民法院对补偿过程的监督又是极为有限的。值得注意的是，在 2021 年《土地管理法实施条例》修订前，其第二十五条第三款有“对补偿标准有争议的，由县级以上地方人民政府协调；协调不成的，由批准征用土地的人民政府裁决”的规定，表明对补偿方案的异议由政府进行裁决；可在另一方面，《国务院法制办公室关于依法做好征地补偿安置争议行政复议工作的通知》中，却做出了“（行政复议）向上一级地方人民政府提出申请”[44]的规定，即解决争议的机制不是本级政府进行裁决，而是由行政复议机关进行行政复议，这在实际操作时，会不可避免地造成程序拖沓和混乱。一边是法律供给不足，另一边是行政规章和行政指示之间相互矛盾，将会使得征地纠纷久拖不决，基层行政机关“懒政”“怕麻烦”地逃避依法行政责任，“节约”时间成本的行为产生，几乎就是必然的。

最后是旧《土地管理法》第六十三条。这一规定继续强化了地方政府对土地供应的垄断权。城市建成区之外的集体所有的土地，要么被用于兴办乡镇企业，要么被用于农业用途，无论如何都无法被用于转让流通。这让地方政府得以保持对房地产市场的掌控地位，没有其

[42] 《中华人民共和国土地管理法》（2004）第四十七条第二款第二项，2004 年 8 月 28 日施行。
[43] 《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》，国发〔2004〕28 号，2004 年 10 月 21 日。
[44] 《国务院法制办公室关于依法做好征地补偿安置争议行政复议工作的通知》，国法〔2011〕35 号，2011 年 5 月 18 日。其中规定：“被征地集体经济组织和农民对有关市、县人民政府批准的征地补偿、安置方案不服要求裁决的，应当依照行政复议法律、法规的规定向上一级地方人民政府提出申请。”

他的房产来源能够撼动由法律确立的房地产市场秩序。在旧《土地管理法》的体制下，地方政府通过“卖地”——出让国有土地使用权，成为了“红顶商人”和“城市地主”。一方面有政府信用背书，城市投资公司可以有恃无恐地获得大量贷款资金，导致各地逐渐围绕土地开发产生了一批利益集团；另一方面，地方政府紧握着城市土地供应的垄断权，仅通过土地开发便能够让财政吃得盆满钵满。债务压力最终通过“涨价去库存”和房产泡沫一步步转移到了普通公民和企业身上。城市高企的房价让年轻人苦不堪言，而为了寻找受教育和优质就业机会，内陆地区的公民又不得不如同候鸟一般飘向沿海和省会城市。从分税制改革开始的那一刻起，又有谁能预料到财政制度的变化竟会逼迫土地制度演变至此。

旧《土地管理法》的另一大问题是司法介入不足。旧《土地管理法》中，第六章“监督检查”和第七章“法律责任”的规定中，并没有规定司法机关介入审查的司法监督条款，法院在一般情况下无权审查某个征地项目合理与否，土地补偿金发放合理与否。相反，旧《土地管理法》第六十六条规定：“县级以上人民政府土地行政主管部门对违反土地管理法律、法规的行为进行监督检查。”也就是说，地方政府下属的部门成了地方政府自己的监督者，在土地主管部门履行监督职责的基础上，没有另行规定司法介入方式，这难以保证被征地者得到充分有效的救济。在征地方案确定阶段既缺乏物权法意义上的合意、公示制度，随后又缺乏司法机关介入审查征地活动合法性的程序规定的情况下，一旦土地行政主管部门同其所属的地方政府其他部门沆瀣一气，哪怕农民转而走向行政诉讼寻求司法救济，由于惩罚赔偿机制的缺失，“一行为一诉讼”、“一行为一复议”的原则的限制，司法机关在征地纠纷中又难以在实质上责成行政机关履职赔偿。最终，这一条款定分止争、维护“公共利益”的目的难以达到，反而还激化了社会矛盾。

在功能冲突论视角下，一方面，旧《土地管理法》尽管是社会冲突导致法律制度演变的成果，另一方面又由于当时社会的发展较之法律制度的演变过于迅速，且导致法律制度演变的现实的社会冲突，也即地方政府代表的城市土地扩张的需要和集体土地所有者原有的集体土地所有权之间的冲突，远未到达弱化和消失阶段，最终决定这一演变成果只能是阶段性的、不完全的。在城市土地扩张的进程中，经过 2004 年一次修正完善的土地征用制度在实践中依然暴露出了上文所述的众多问题，也即意味着地方政府和集体土地所有者之间的社会冲突远未到达完结阶段，直到新《土地管理法》颁布后，方才得到了部分缓和。

（三）新土地管理法：改进与现状

全国人大常委会于 2019 年对《土地管理法》进行了修正。其修正主要针对的是旧《土地管理法》的征收补偿制度的不足。这次修正针对了土地征收补偿领域存在的法律制度供给

不足、征收补偿程序不同意、矛盾纠纷多等问题做了专门的立法修缮。

新《土地管理法》值得关注的修正有以下几点。

一是针对旧《土地管理法》第二条第四款“公共利益”界定不明确的问题，新《土地管理法》第四十五条对符合“公共利益”要求的情况加以列举并附兜底条款，从而使得“公共利益”的内涵更为明确，避免了基层政府滥用“公共利益”名义，侵犯公民合法权益的行为。

二是规定了物权法意义上的合意、公示制度。新《土地管理法》第十二条规定了与物权法上的不动产登记制度相呼应的登记生效主义制度[45]。此外，新《土地管理法》第四十七条还规定了征收土地程序中的政府公告和集体物权合意形成程序[46]。在这些修正中，增设的征收土地预公告制度，明确的补偿安置方案异议听证程序，同时将补偿安置方案、签订补偿协议等程序前置到了地方政府申请征用土地之前的做法，有利于更好地在土地征收程序中保护行政相对人的合法权益。更值得注意的方面在于，第十二条规定土地的物权登记按照不动产的规定执行，加之第四十七条规定了政府同被征收人签订协议、被征收人持不动产权属证明办理补偿登记等程序[47]，符合了不动产物权变动中合意、交付、公示的规定，这使得土地的集体所有权得到了更充分地尊重，征地程序法制化水平因而得到了提升。

最后，在新《土地管理法》中，听证程序的确立为被征地人获得救济提供了法律依据[48]，确保在征收程序中，被征收人的权益不再因行政机关的“懒政”或非法动机受到侵害。

值得玩味的是，尽管新《土地管理法》相对于旧《土地管理法》体现出了明显的法治进步，且其在一定程度上缓解了由土地征用纠纷导致的社会冲突的广度与烈度，但其并没有在土地管理制度的整体框架下解决其他方面的社会冲突。这是由于土地管理制度所涵盖的社会冲突并不局限于地方政府和集体土地所有者之间，而有可能产生于地方政府同城市居民之间、地方政府城投公司和银行之间、乃至不同地区的地方政府之间。《土地管理法》的修正，只是针对集体所有土地征用补偿制度的完善，是立法机关对地方政府和集体土地所有者之间

[45] 《中华人民共和国土地管理法》（2019）第十二条：“土地的所有权和使用权的登记，依照有关不动产登记的法律、行政法规执行。 依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”

[46] 《中华人民共和国土地管理法》（2019）第四十七条第一款、第二款：“国家征收土地的，……，由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施。 县级以上地方人民政府拟申请征收土地的，应当……公告至少三十日，听取……利害关系人的意见。”

[47] 《中华人民共和国土地管理法》（2019）第四十七条第四款：“拟征收土地的所有权人、使用权人，……，持不动产权属证明材料办理补偿登记。 ……人民政府应当……测算并落实有关费用，保证足额到位，与拟征收土地的所有权人、使用权人就补偿、安置等签订协议；……”

[48] 《中华人民共和国土地管理法》（2019）第四十七条第三款：“多数被征地的农村集体经济组织成员认为征地补偿安置方案不符合法律、法规规定的，县级以上地方人民政府应当组织召开听证会，并……修改方案。”

的矛盾的回应，而土地管理制度所涉及的其他方面的社会冲突仍在发展和演化过程当中。城市化进程的推进、城乡人口结构的变化和社会现实状况的发展，会使得其他方面的社会冲突逐渐扩大，并开始对社会变迁发挥更为重要的影响，而原有冲突则会被相对搁置、淡化。

该如何去描述新旧《土地管理法》所框定的土地管理制度下的社会冲突的变迁？首先，我们可以从城乡人口结构的方面进行把握。在 2000 年时，我国的城镇人口占比为 36.09%[49]，在土地财政模式不断发展的二十年间，我国的人口大规模进入城市，截止至 2020 年末，我国的城镇人口占比已经超过农村人口，占到了总人口的 63.89%[50]。亦即，在新《土地管理法》颁布前的时代，我国的农村人口占全国总人口的比例至少是不明显少于城镇人口的。此外，土地征用制度和土地征用补偿制度直接触及了农村人口最根本的生活资料——土地。此时，由于地方政府的权威与其利用权威获得经济利益的手段高度相关；农村人口因土地征用制度不完善而失去的经济利益与其在权威关系中的相对弱势地位和群体的相对庞大程度高度相关，因而在这一时期，地方政府和被征地者之间的社会冲突的强度和持续时间较长，相对土地财政模式所引发的其他社会冲突占主要地位。其次，我们可以从全国城市建成区面积的扩张趋势进行把握。目前，尽管城市建成区扩大的趋势仍在继续，近年以来城市建成区增长速度依然在地方政府债务的制约下大大放缓[51]。城市建成区增速的下降，一定程度上表示着土地城镇化和人口城镇化进程的放缓，故而地方政府的土地征用活动也必然随之放缓，使得地方政府与集体土地所有者的社会冲突也得到放缓。

最后，土地管理制度所能涵盖的范围远比土地征用制度要大。除地方政府同集体土地所有者一方面外，土地管理制度还涉及地方政府同建设用地使用者的关系，地方政府城投公司同银行之间的关系，地方政府同地方政府债券的所有人之间的关系等。这些方面的关系都分别构成了整个土地财政模式所包含的一环，同时每一个关系都具有相当高的被激化并发挥反功能的可能性。例如，目前海量的地方政府债务既关联着地方政府城投公司和银行，又关联着地方政府同地方政府债券的所有人，且规模极为巨大，在我国目前的财政体系中可能具有牵一发而动全身的风险。

新《土地管理法》的颁布，在土地管理法制化进程迈出了积极一步，但其并没有动摇土地财政的制度基础，而是在既有路径上提高了法制水平和监督水平，抬高了行政机关的责任，

[49] 国家统计局《第五次全国人口普查公报（第 1 号）》，2001 年 5 月 15 日。
[50] 国家统计局、国务院第七次全国人口普查领导小组办公室《第七次全国人口普查公报（第 7 号）》，2021 年 5 月 11 日。
[51] 张娟锋、李乐乐、张丹霞、湛东升：《隐性债务对城市空间扩张的影响研究》，《浙江大学学报》，2022 年第 5 期。

给予了行政相对人更多的权利。土地财政所造成的巨量地方政府债务依然尾大不掉，城市依赖土地开发盘活地方经济发展的既定路线依然在持续，但却在近年中美贸易摩擦和新冠病毒大流行的背景下越发乏力。土地财政在一定程度上阻碍了当代中国经济持续向前发展的步伐。目前，我国的财政制度和土地管理制度离真正走出土地财政怪圈，重新寻得出路的发展目标仍然有一定距离。目前，尽管社会和学界对土地财政模式的评价仍有争议，但其次生出的海量地方政府债务已经和社会整体发展利益产生了矛盾，这意味着，经由土地财政模式所引发的社会冲突远未到达结束阶段。我们仍需要观察并思考当下社会冲突的各个方面，以及其未来的发展趋势。

四、今日之日多烦忧：后疫情时代的土地财政走向何方

2023 年 9 月 28 日晚，中国恒大集团在港交所公告，公司接到有关部门通知，公司执行董事及董事会主席许家印因涉嫌违法犯罪，已被依法采取强制措施。尽管许家印被采取强制措施的直接理由更多是基于其在美国申请破产保护的行为可能涉及金融犯罪，但自恒大集团 2021 年“爆雷”，各地期房迟迟不能完工交付以来，恒大至 2022 年底已有至少 60 处地块各地方政府以未缴纳土地出让金、土地限制未开工等原因收回。根据集团财报，截至 2023 年 6 月底，中国恒大的总负债约为 2.39 万亿元，其中合约负债为 6039.79 亿元[52]。合约负债代表企业已收或应收客户对价，有义务向客户转让商品或提供劳务。房地产企业大部分合约负债是指基于购房合同收取的定金等预收款项。开发商通常预售卖房，销售时收取预收款。亦即，恒大集团尚未交付的期房的价值便有近六千亿，而这六千亿是千千万万市民用毕生心血所凑集的购房款；此外的 1.7 万亿债务，有的来自于国有银行，有的来自于市场资本。其中自然有不少款项被用于向地方政府支付了土地出让金。“高周转、高杠杆、高债务、低成本”的“三高一低”模式使恒大集团在过去土地财政突飞猛进的时代乘上了时代的东风，只要围绕土地开发的预期利益高、地价能不断上涨，那么恒大集团“高债务”的窟窿总能被填平，但随着经济下行、房地产市场不断降温，恒大在 2021 年开始“爆雷”，2022 年“保交房”计划破产，最终落得今日地步。恒大集团发展壮大、获得土地建设使用权，再到逐步陷入困境的细节在此不做过多赘述。但许家印被采取强制措施一事，在一定程度上标志着围绕土地开发的发展模式，现已逐渐变得难以为继。

[52] 陈博：《开市前“恒大系”三家公司宣布停牌 公告均未提及许家印当前状态》，载财新网 2023 年 9 月 28 日，https://www.caixin.com/2023-09-28/102113209.html?originReferrer=caixinsearch_pc。

房地产市场在党的十九大报告中提到“房子是用来住的，不是用来炒的”之后，逐步走向冷却。随之而来的是天量地方政府债务问题逐渐显露。新冠病毒大流行的 2020-2023 年期间，本就困难重重的市场更是雪上加霜，土地财政模式和地方政府债务问题的矛盾越发凸显。现如今，地方政府高累的债台被部分学者称为中国经济发展最大的“灰犀牛”，成为了中国经济健康发展的一大制约因素。近年来，内陆城市出台的房市“限跌令”和部分一线城市的“认房不认贷”政策，又在一定程度上体现出，面对社会形势变化，不同地方政府适应速度和适应方式的不同，而这在相互之间也可能会产生矛盾冲突。下文将一一进行分析。

（一）隐忧：地方政府债务

2014 年修正的《预算法》，赋予了经国务院批准的省、自治区、直辖市政府在一定范围内发行地方政府债券的的权力[53]，是中央为地方政府填补财政支出缺口所开的“口子”。但这并不足以完全覆盖地方财政支出缺口，在债券债务的“明债”之外，各地方政府城市投资公司通过融资、贷款等方式，仍承担着数额庞大且难以估计的“暗债”，地方政府的隐性债务一般被认为是地方政府在政府债务法定限额之外直接或者承诺以财政资金偿还以及违法提供担保等方式举借的债务。根据财政部地方政府债务信息公开平台公开数据显示，全国地方政府债务余额，至 2021 年为止已经高达 30.47 万亿元[54]，几乎相当于当年中国国民生产总值的三分之一。隐性债务的情况远比政府债券复杂，既有城投公司的债券和银行贷款，又有政府以 PPP 项目增加的地方政府隐性债务，隐性地方债的规模和内容几乎无法查清。“明债”与“暗债”的结合，被总称为“地方债”。

地方债的巨大规模使得地方政府承受了极大的还债压力。随着近年来城市化逐渐进入尾声，地产开发变得乏力，原先只要推动土地涨价，从而通过“以地养地”偿还债务的方法逐渐开始行不通了。为了偿还巨额地方债，一些地方政府甚至使用了同地方资本相勾结的非法手段。如 2023 年 6 月，贵州省兴仁市商人樊强因以行贿和伪造买卖国家机关公文方式，为兴仁市地方债充当“救火队长”的角色，被兴仁市人民法院判处有期徒刑 13 年[55]。足见地方政府通过政企勾结，通过灰色手段融资化债的现象已经开始出现，巨量地方债已经开始影响地方政府正常运转了。

---

[53] 《中华人民共和国预算法》（2015），第三十五条第二款：“经国务院批准的省、自治区、直辖市的预算中必需的建设投资的部分资金，可以在国务院确定的限额内，通过发行地方政府债券举借债务的方式筹措。”

[54] 参见中国地方政府债券信息公开平台，http://www.celma.org.cn/ndsj/index.jhtml，2023 年 10 月 3 日访问。

[55] 蔡真：《地方债“救火队长”获刑背后：县域债务危机下的商机与危险》，《第一财经日报》,2023 年 8 月 25 日第 A09 版。

（二）“限跌令”和“认房不认贷”

“限跌令”，指地方政府通过行政命令方式，限制房地产企业以低于备案价格 85%的售价销售房屋的措施。2021 年 8 月湖南岳阳政府发布的《关于房地产市场新建商品住房网签成交价格限制的通知》引发了社会关注。除湖南岳阳之外，广东中山、安徽马鞍山、辽宁大连等城市都曾出台过“限跌令”，这些城市面临的问题几乎都是房产库存较高、房价随着经济下行不断下跌、商品房成交量低迷。并且，出台“限跌令”的城市，往往是相对一线大城市而言缺乏经济活力，年轻人相对较少选择作为工作、生活地点的城市。而这些城市房产价格，如前文所述，直接关系到地方政府能否通过围绕土地开发来保持财政正常运转，影响着地方政府的信用。面对公众对政府禁止房价下跌的质疑，部分声音认为不是“不能降”，而是“别瞎降”[56]，以免引发社会恐慌和市场混乱。

“认房不认贷”，指居民家庭（包括借款人、配偶及未成年子女）申请贷款购买商品住房时，家庭成员在当地名下无成套住房的，不论是否已利用贷款在其他地区购买过住房，银行业金融机构均按首套住房执行住房信贷政策的措施。这一政策首先与 2023 年 8 月 29 日在广州实行，随后南宁、深圳、武汉、重庆、成都、南京、北京、上海等城市纷纷跟进，截止至 2023 年 10 月 2 日，已有扩散至全国之势。与“限跌令”通过限制房价过快下跌而保证市场稳定相对的，“认房不认贷”更多是从激励买者出发，为买者提供贷款政策上的优惠，从而促进市场回暖。值得注意的是，“认房不认贷”首先由一线大城市或省会城市发起，而后其他二线城市、内陆地区纷纷跟上，这在某种意义上意味着经济发达城市可以利用自身在提供居民更好的工作、学习、生活条件的优势的基础上，通过放开贷款门槛的方式，率先吸引资金涌入城市地产市场，以继续为土地财政的模式“续命”，二线和内陆地区城市纷纷跟进的措施，在笔者看来更多是受大城市率先出台政策的逼迫，不得已而采取的留住资金的措施。

（三）路在何方：展望与思考

分税制改革一路发展至今，产生的一大副作用是地方政府的海量债务，另一大副作用是为偿还债务而被不断抬高的居住用地价格，这两大副作用的化解责任最终都落到了普通公民肩上。一方面，高企的房价捧起了一批因房获利的城市“炒房客”，一批非法获取土地出让资格、无序扩张的不动产资本集团，却令意欲正常购房居住的居民一边在住房成本压力下苦不堪言，一边却又不得不加入这地产投机的游戏中。新生代的年轻人为了寻找工作、学习机

[56] 《房价“限跌令”和“限涨令”同时出现，楼市咋了？》，载中国新闻网，2021 年 9 月 12 日，https://m.huanqiu.com/article/44jchLdLWd3。

会不得不背井离乡前往大城市，却在户籍制度和高昂的居住费用的高墙面前望而兴叹。另一方面，面对难以偿还的地方政府债务，一些地方政府由于种种原因难以放弃经营土地、“以利为利”的路径依赖，面对几乎无法填补的债务黑洞，试图以“限跌令”和“认房不认贷”等行政手段干预市场，以尽力维持土地财政模式的现有格局。部分地方政府甚至开始官商勾结，同企业经营者间进行不正当联系来填补债务。这体现出，上一轮社会冲突，即分税制改革历程中中央政府同地方政府的冲突所导致的社会变迁，其产生的变迁结果在缓解上一轮社会冲突，促进社会新的运转机制的同时，又催生了新一轮的社会冲突。仅目前矛盾突出的地方政府债务而言，其涉及的社会冲突便包括但不限于地方城市投资公司（实际上等同于地方政府）同银行之间、房地产开发公司同城市公民之间、地方政府难以填补的债务漏洞同金融系统整体之间的冲突。问题之严重，已经到了呼唤社会整体架构进行改革变迁从而缓解冲突的程度。问题倒逼改革，社会整体对制度加以完善，从而化解风险是必然趋势。鉴于当前形势，防范化解地方债务风险已经引起中央的高度重视，中共中央政治局于 2023 年 7 月 24 日召开会议研究当前经济形势，布置下半年经济工作时，明确提出要“有效防范化解地方债务风险，制定实施一揽子化债方案。”[57]随后，国务院于 2023 年 9 月 5 日向全国人大常委会提交《国务院关于今年以来预算执行情况的报告》[58]，其中在下一步财政重点工作安排中，提出“规范化解地方债务风险”，“制定实施一揽子化债方案”，“进一步压实地方和部门责任”，“中央财政积极支持地方做好隐性债务风险化解工作”，“坚决查处新增隐性债务行为”，“推动建立统一的长效监管制度框架”。为社会注入了规范治理化解地方债的信心。

行文至此，我们已经把从财政包干制到分税制改革、从土地财政到当今“规范化解地方债务风险”的主要脉络理顺。纵观这一段波澜壮阔的历史进程，我们能看到从财政包干制下中央政府和地方政府之间的矛盾冲突引发的央地博弈开始，到作为博弈结果的分税制和土地财政模式产生，最终土地财政随着社会的不断发展逐渐催生了海量地方政府债务及其他社会问题，引发了地方政府同其他主体之间的社会冲突。社会变革的力量在冲突中孕育产生，让我们在下文的分析中继续借用功能冲突论的视角，梳理总结前文对三十多年来我国社会冲突矛盾的发展导致包括宪法在内的政治法律制度的变更的底层逻辑的分析，并得出本文的最终结论。

---

[57] 新华社：《中共中央政治局召开会议，分析研究当前经济形势和经济工作》，https://export.shobserver.com/baijiahao/html/635737.html，2023 年 10 月 2 日访问。

[58] 刘昆(时任国务院财政部长)：《国务院关于今年以来预算执行情况的报告》，http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/202309/t20230905_3905503.htm，2023 年 10 月 2 日访问。

五、回归功能冲突论视角：冲突中前进的社会变革之路

（一）应密切关注社会冲突的变化趋势——社会冲突具有客观性

社会系统并非只会处在静态均衡的状态，社会系统是在内外部冲突的互动中动态发展的。组成社会系统的不同部门对不断变化的社会现实适应速度不尽相同，因而导致了物质、权力、社会资源分配的不平等，最终产生了社会冲突，因而社会冲突是社会系统运行中不可避免的现象。社会冲突一方面具有分裂性和动荡性，但在一定条件下具有正面整合社会系统、稳定与平衡社会冲突各方的功能。如果要发挥社会冲突修改催生公共规范的功能，首先需要公共规范的制定者承认社会冲突的确存在，而后才有可能针对社会冲突完成新的公共规范的制定。

另一方面，认识到社会冲突存在的客观性，允许社会冲突中的敌对情绪在一定程度上的合理发泄，可以维护冲突各方的关系，强化社会冲突中的现实性因素，使社会冲突更多地作为达成目的的手段而非作为目的本身发挥作用，从而发挥社会冲突的“安全阀”作用。

在前文对分税制改革、新《土地管理法》修正、“规范化解地方债务风险”的分析中，我们一直能够看到“问题倒逼改革”的清晰痕迹。一方面，政策制定者能够做到密切关注政策利害相关方的诉求；另一方面，政策制定者又能在基本探明社会冲突渊源的基础上，承认社会冲突即社会问题的存在，这就为新的社会规范创制提供了前提条件。

（二）社会冲突的发展导致了宪法在内的法律制度的变化——问题倒逼改革

在功能冲突论看来，是社会冲突所具有的创造新组织、新制度、新价值的功能促进了社会规范的变化。如果将视角倒转过来，我们可以看到，包括宪法在内的法律制度不是凭空出现改变整个社会的。法律制度的变化是在原有的社会冲突的基础上，冲突各方相互博弈、斗争乃至流血冲突后达成的社会规范形式的结果。一方面，包括宪法在内的法律制度反映了上一阶段社会冲突所达成的结果；另一方面，这些制度又在社会随时间流逝而发展的进程中不断引发着新的社会冲突。这就要求社会规范的制定者在认识到客观存在的社会冲突的基础上，不断与时俱进地进行规范制度的创新。

在我们分析分税制改革和土地管理制度变迁的过程中，冲突促进演化、问题倒逼改革是我们分析制度变迁原因的主线，社会冲突在社会演化中的地位十分突出。社会冲突之所以能够促进社会演化，是因为社会冲突促使冲突各方意识到了自己所处群体的利益，并开始将这一利益当作自己的目的进行追求；在冲突各方追求自身群体利益的过程中，各个群体之间的互动、博弈、斗争将逐步塑造新的社会格局，并使社会冲突随着冲突一方或多方目的的全部

或部分达成而终结或减弱。最终，新的社会格局会催生新的社会规范，从而完成了社会的演化。不论是分税制改革历程抑或是土地管理制度的变迁历程，参与社会冲突的各方都是在面临现实的社会问题时形成了自身群体的利益，并基于这一群体利益开展自身行动，从而使得社会格局不断变化，社会规范不断发展。首先是分税制改革促使土地财政模式逐步被摸索发现；随后，土地管理制度所囊括的土地财政模式又促进了城市化和基础设施建设，同时产生了天量的地方政府债务。冲突促进演化、问题倒逼改革的主线由此可见。

（三）社会冲突必须被规制在社会制度的合理范围之内——社会冲突风险预防

结构功能主义者在分析社会的静态均衡状态时，往往会将社会冲突视为一种具有分裂性、动荡性、破坏性的病态现象，这是没有认识到社会冲突存在的客观性，缺乏对社会体系变迁的动力的思考的结果。现实性的社会冲突之所以能破坏社会内部结构甚至毁灭性地瓦解社会结构，是由于社会规范体系并没能将社会冲突制度化，将社会冲突限制在一定程度，最终使得社会冲突被无序激化。在社会系统的各个部门形成基本的共识价值观、社会系统本身的存续成为社会的各个部门所支持的前提下，如果社会系统能够对社会冲突加以规范化和制度化，那么社会冲突的风险就可以得到预防。社会冲突在此时发挥的便不是一个分裂、破坏社会系统的反面作用，而是成为了社会系统的“安全阀”，并且能够发挥稳定社会系统、平衡各方利益、创造新的社会规范制度和社会价值观、整合社会群体、促进社会共识的正面作用。

威胁社会结构的是社会系统的僵化而不是社会冲突。在社会制度的框架之内，如果社会冲突不涉及冲突双方关系的基础、不冲击社会的核心价值观、不指向社会系统本身，那么，社会冲突分裂社会系统的可能性是比较有限的。在上文所述的分税制改革到土地管理制度变迁的过程中，我们看到的种种社会冲突本质上都是各方具有明确的现实性目的的社会冲突。这一系列社会冲突是冲突各方达成其目的的手段，冲突中并没有任何一方彻底要求毁灭其所处的社会系统，而是希望在现有社会系统正常运行的基础上，通过谈判、博弈的方式达成其现实性目的。同时，社会规范的制定者又往往能够比较敏锐的把握社会冲突中所蕴含的风险，能够在社会规范制定的过程中将社会冲突的风险加以一定程度的制度化管控。因而，社会冲突的整合功能会被更多地发挥出来，使得群体内的异见分子也会增强对社会内部分歧的遵从，整个社会群体在整体上更能保持一致。

结论

从财政包干制到分税制改革，从土地财政到地方政府债务，三十年来我国的财政体制和

土地管理制度极大地塑造了中国社会在一个时代的总体样貌。尽管在这历史进程中矛盾冲突绵延不断、风险隐忧常常相随，但中国社会在这一过程中能够做到不断演化变迁，不断因时而制，这体现出当代中国社会系统仍然具有相当的活力。

改革开放以来的中国社会变迁历程，是一个社会冲突不断涌现又不断弱化，社会系统随着社会冲突的变化不断演变的过程。我们能够看到，包括《宪法》在内的整个法律体系的变动，是社会冲突导致社会规范演变的集中体现，演变后的社会规范又反过来影响着整个社会，重新塑造着社会冲突的各方行为。社会冲突一方面推动者社会系统的变化，新出现社会系统又在另一方面反过来驱动着社会冲突各方的行动策略，新的社会冲突又从中而生。尽管如此，社会冲突的风险却一直没有毁灭性地爆发，社会系统仍在不断进化。其原因是社会整体在基本价值与核心观念的层次上达成合意时，社会冲突便更多地以现实冲突而非非现实冲突的样貌显现。如果社会系统能够将社会冲突加以有效的规范化、制度化，那么社会冲突便能够发挥促进社会演变，凝聚社会共识的正面功能。

面对当下的时代，社会存在的冲突和风险依然不小，面对问题望而生畏向来不是正确做法，我们应当正确把握社会冲突所具有的功能性，把握客观规律，方能让每个人同社会整体一道，度过每一个难关。

致谢

本文在一个凌晨伴随着笔者的恍惚感完稿。在撰写本文的过程中，笔者既感受到了在当代社会不断变迁过程中，社会整体所承受的巨大代价和社会所具有的巨大活力；又在一定程度上理解了居于宪法学背后的、更为根本的社会力量的本源。笔者在 2023 春季学期《计量经济学》课程的大作业中，选择了“四万亿”经济刺激计划作为讨论主题。这份大作业完成后，出于对“四万亿”所处的更为宏大的历史背景的兴趣，笔者阅读了诸如《当代中国的中央地方关系》、《中国的“行为联邦制”》、《置身事内》、《以利为利》等探讨分税制改革和土地财政的书籍。这一纯粹出于兴趣的无意之举，竟在今天促使我完成了本文的创作，可谓无心插柳柳成荫。我要在此感谢这段奇妙旅程。

感谢上海交通大学凯原法学院的郑戈老师。在初入法学大门时，郑戈老师以其深邃的思考和独到的学术观点向我展示了宪法学的诱人魅力，如果不是郑戈老师在宪法学课程中表现出的对大时代的关切和始于宪法却不止于宪法的精妙思考，我便不可能有动力去完成本文。

感谢上海交通大学凯原法学院的贲流学长。在本文创作的过程中，贲流学长为我提供了相当具有价值的修改建议和理论思路，使得本文更加趋于理想状态。

感谢上海交通大学凯原法学院的曹骏成学长。曹骏成学长向本人详细地分享了文章写作经验和学习心得，帮助我对文章创作和论文写作方法有了较好的把握。

感谢一路上与我互相鼓励、互相支持的朋友们。在本人陷入低谷时，总会有朋友给予关心鼓励，帮助我调整状态；我也因而总是在他人需要时愿意伸出援手，给予我的温暖。在本文的创作过程中，如果没有朋友们的鼓励支持，我也难以完成本文。

参考文献

[1] 艾非、王文甫:《分税制、地区竞争与地方政府债务扩张》,《当代经济科学》,2021 年第 6 期,第 1-14 页。

[2] 蔡定剑:《民主是一种现代生活》,社会科学文献出版社 2009 年版。

[3] 蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,法律出版社 2003 年版。

[4] 蔡真:《地方债“救火队长”获刑背后:县域债务危机下的商机与危险》,《第一财经日报》,2023 年 8 月 25 日第 A09 版。

[5] 晁茹:《中央与地方财政分权法律制度研究》,硕士学位论文,沈阳师范大学,2018 年。

[6] 陈小君:《民法典时代土地管理法制改革契机与优化路径论纲》,《学术月刊》2022 年第 3 期。

[7] 陈利:《武汉“认房不认贷”落地半月:多个楼盘销售持续升温》,《每日经济新闻》,2023 年 09 月 15 日第 004 版。

[8] 陈婷、赵毅:《楼市迈向双向调控“限跌令”重出江湖?》,《中国经营报》,2021 年 9 月 20 日,第 B12 版。

[9] 陈纯柱:《论中国宪政建设的未来任务》,《重庆行政》,2006 年第 5 期,第 67-69 页。

[10] 董通:《分税制改革视角下我国中央与地方税权关系法律问题研究》,硕士学位论文,兰州财经大学,2018 年。

[11] 杜恒峰:《房价“限跌令”只能救急 “稳预期”才能稳信心》,《每日经济新闻》,2021 年 8 月 20 日,第 001 版。

[12] 冯杰:《分税制下税权分配的法经济学分析》,博士学位论文,山西财经大学,2019 年。

[13] 方红生、张军:《攫取之手、援助之手与中国税收超 GDP 增长》,《经济研究》,2013 年第 3 期,第 108-121 页。

[14] 耿宝建、岑潇、王筱青:《新土地管理法征收补偿制度变化与司法应对》,《法律适用》2022 年第 6 期,第 54-65 页。

[15] 韩大元:《当代世界宪法体系中的社会主义宪政》,《法学》2015 年第 8 期,第 3-8 页。

[16] 兰小欢:《置身事内:中国政府与经济发展》,上海人民出版社 2021 年版。

[17] 刘少杰:《国外社会学理论》,高等教育出版社 2006 年版。

[18] 刘守英:《土地制度与中国发展》,中国人民大学出版社 2018 年版。

[19] 刘晓东、梁楠:《土地执法领域<土地管理法实施条例>适用浅析》,《中国土地》2022 年第 3 期。

[20] 罗影、汪毅霖:《可自我实施的财税制度的理性建构与自发演化:1994 年分税制改革及其长期影响》,《制度经济学研究》2023 年第 1 期,第 1-25 页。

[21] 李静、王实、李昊:《“认房不认贷”落地后:楼市众生相》,《中国城乡金融报》,2023 年 9 月 22 日第 A05 版。

[22] 刘晨光:《超越西方“宪政”话语——兼论中国特色社会主义法的要义》,《科学社会主义》2021 年第 3 期，第 64-71 页。

[23] 李盟:《司法独立原则的发展与中西方差异——浅谈中国特色司法独立的道路》,载《理论经纬》2016 年版，第 319-330 页。

[24] 马岭:《当代大学生宪政观念管窥——一次关于“良性违宪”问题的讨论》,《法商研究（中南财经政法大学学报）》2002 年第 2 期，第 40-46 页。

[25] 秦晖、陶然、张曙光、李昌平等:《以利为利：求索住房与土地财政之路》，中南博集天卷文化传媒有限公司 2016 年版。

[26] 苏力:《大国宪制：历史中国的制度构成》，北京大学出版社 2018 年版。

[27] 童之伟:《厘清宪政与社会主义关系的基本线索》,《法学评论》2015 年第 5 期，第 22-30 页。

[28] 万海远、李实、孟凡强等:《中国税收制度的收入分配效应》,社会科学文献出版社 2018 年版。

[29] 吴淑君:《新土地管理法下农村土地征收研究》,《合作经济与科技》2022 年第 4 期。

[30] 吴抒颖,杨静怡:《另类调控“限跌令”潜行:“三稳”基调下的楼市再平衡》,《21 世纪经济报道》，2021 年 9 月 9 日第 012 版。

[31] 徐易檬、吴莉娅、潘子一等:《新土地管理法实施后集体经营性建设用地入市研究热点分析——基于 CiteSpace 的知识图谱分析》,《中国国土资源经济》2023 年第 10 期。

[32] 徐继超:《我国当代宪政建设目标论要——在和谐社会的视域下》,《江汉论坛》2009 年第 6 期，第 133-136 页。

[33] 熊家财、黄玲:《地方政府债务管理体制改革与企业劳动收入份额》，网络首发论文，《当代财经》2023 年 9 月。

[34] 周飞舟、谭明智:《当代中国的中央地方关系》，中国社会科学出版社 2014 年版。

[35] 郑永年:《中国的“行为联邦制”：中央-地方关系的变革与动力》，东方出版社 2013 年版。

[36] 赵华兴:《转型社会的冲突与治理》，浙江大学出版社 2016 年版。

[37] 张翔:《基本权利的规范建构》，法律出版社 2017 年版。

[38] 张娟锋、李乐乐、张丹霞、湛东升:《隐性债务对城市空间扩张的影响研究》,《浙江大学学报》2022 年第 5 期。

[39] 钟俊:《论宪政争论中的解放思想与话语主导权——抨击“宪政”无助于抵制“和平演变”》,《理论与改革》2014 年第 5 期，第 181-184 页。

[40] 中国应用法学研究所课题组:《坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导旗帜鲜明地反对西方“司法独立”等错误思潮》,《中国应用法学》2020 年第 3 期，第 1-11 页。

[41] 张书含:《集体土地征收多元保障机制探讨》,《中国土地》2022 年第 4 期。

[42] [美]艾伯特.O.赫希曼：《退出、呼吁与忠诚：对企业、组织和国家衰退的回应》，卢昌崇译，格致出版社 2015 年版。

[43] [美]C.莱特·米尔斯：《白领：美国的中产阶级》，南京大学出版社 2016 年版。

[44] [美]L.科塞：《社会冲突的功能》，孙立平等译，华夏出版社 1989 年版。

[45] [英]拉尔夫·达伦多夫：《现代社会冲突》，林荣远译，中国人民大学出版社 2016 年版。

医疗合规改革中的利益冲突与平衡
——以三明市为分析对象

鲁斯齐*

摘要：随着老龄化社会来临，患者、医院、医药企业、政府之间的矛盾进一步激化。如何形成一个政府、市场、社会各方都利益平衡、合作共赢的激励约束机制尤为重要。近日，《广州市深入推广福建省三明市经验深化医药卫生体制改革实施方案》印发，三明医改的经验对全面医疗合规改革具有重大意义。因此，本文以三明市医疗合规改革为研究对象，通过对三明市医疗合规改革中的利益冲突与平衡路径进行分析，得出普遍性的医疗合规改革应当注意的原则，为进一步深化新医改提出建议。

关键词：医疗改革　医疗合规　三明医改　法治保障

* 鲁斯齐，复旦大学法学院。

目录

引言 70

一、三明医改中的利益冲突 70

（一）患者与医院之间的利益冲突 70

1. 公立医院逐利求发展的利益诉求 70

2. 医疗患者平等就医的利益诉求 71

3. 医疗患者与医院之间的利益冲突 71

（二）医院与政府之间的利益冲突 71

1. 政府维护公共利益的利益诉求 71

2. 医院维护私人利益的利益诉求 71

3. 医院与政府之间的利益冲突 71

二、三明医改的利益平衡路径 72

（一）推行“三保合一”，深化医保改革 72

（二）严格实行“两票制”，切断医药利益链条 72

（三）改革医务人员的薪酬制度 73

三、三明医改中的启示 73

（一）法治保障原则 73

（二）内部合规原则 74

（三）利益平衡原则 74

引言

我国医疗合规改革经历了计划经济、改革开放、新医改三个重要节点。新医改以来的医患关系矛盾与改革开放后新医改前这一时期的矛盾冲突的未解决有密切联系。随着老龄化社会来临，公众、医院、医药企业、政府之间的矛盾进一步激化。如何形成一个政府、市场、社会各方都利益平衡、合作共赢的激励约束机制尤为重要。近日，《广州市深入推广福建省三明市经验深化医药卫生体制改革实施方案》印发。该方案提出，健全医改领导体制和组织推进机制，加大药品耗材集中采购改革力度，建立医疗服务价格动态调整机制，深化公立医院薪酬制度改革，加强医保精细化管理，加强公立医院改革与管理，推进医联体可持续发展等七个方面 20 项重点任务。因此，本文以三明市医疗合规改革为研究对象，通过对三明市医疗合规改革中的利益冲突与平衡路径进行分析，得出普遍性的医疗合规改革应当注意的原则，为进一步深化新医改提出建议。

一、三明医改中的利益冲突

福建省三明市的医保基金年年亏损。2010 年亏损 1.43 亿元、2011 年亏损 2.02 亿元。[1]医保基金年年亏损的背后是社会“未富先老”的现象。随着老龄化社会来临，医保需求的老龄对象不断上升，医保供给的青年主力渐渐下降，三明市城镇职工赡养比从 2011 年的 2.06：1 逐年下滑至 2020 年的 1.46：1。[2]与此同时，公立医院市场化趋势明显，医院绩效增长与医药收入直接挂钩，每年涨幅巨大，2011 年增长 48%。三明市人民群众不断反映“看病难”、“看病贵”等问题。由于地方财政收入能力有限，医保基金拖欠医院医疗费用高达 1748.64 万元，政府在整合全市开展医疗合规改革也陷入瓶颈，主要面临患者与医院之间、医院与政府之间的利益冲突。

（一）患者与医院之间的利益冲突

1. 公立医院逐利求发展的利益诉求

在计划经济时代，公立医院是基于财政拨款运行的纯公益机构，在改革开放之后，原卫生部下发《关于深化卫生医疗体制改革的几点意见》，在减少财政拨款的同时，赋予医院财务自主权，因此多数医院以收取服务费和药品费用来增加利润。因此公立医院具备了公益性和营利性双重属性。市场化改革一方面大大增加了医疗服务的供给程度和优质程度，另一方面迫使公立医院谋求更高的经济收益来满足优质医疗服务人才、设备、资源的支出。在政府管控让位于市场经济的大背景之下，为了谋求医院自身的生存发展，公立医院的市场化、商业化属性越来越强，公益性越来越弱。

三明市公立医院为了提高医院的业绩收入，通过医务人员业绩导向制和允许医药带金销售来实现。医院以门诊数量、医药用量、手术台数、业务收入等指标量化医务人员的工作水

[1] 三明市卫生健康委员会：《中央电视台<新闻联播>——医改深水区的“三明路径”》，http://wjw.sm.gov.cn/xxgk/wjyw/mtbd/201512/t20151213_43249.htm，2015 年 12 月 13 日。

[2] 第一财经网：《为什么三明医改不是“四方打麻将”》，https://www.sohu.com/a/696480827_121443915，2023 年 7 月 10 日。

平，让医务人员以为医院创收为导向。由于患者与医务人员之间就疾病问题产生信息不对称，患者对于自身疾病、医疗方案、医药价格等方面的信息极度缺乏了解，医务人员在治疗过程中享有主导地位。医务人员虽然有着治病救人的职业道德，但其作为经济人，在医院业绩为导向的薪酬制度下，不得不为了提高自身收入而落入商业化的行医逻辑。在这样的逻辑下，医疗人员与医药公司形成利益共同体，产生带金销售的乱象。

2. 医疗患者平等就医的利益诉求

随着公立医院市场化的改革，患者在就医时也显现出经济分配的特征，也就是经济富裕的个人能够享受到更加优质、及时的医疗资源，经济贫困的个人只能获得相对较差的医疗资源，甚至无法获得医疗资源。医院可能会优先满足高收入患者的需求，以谋求更高的经济回报。“看病难、看病贵”成为三明市社会公众面临的基本问题。在贫富差距日益分化严重的社会背景下，社会公众对医院的基本诉求得不到满足，不满情绪日益加剧。

3. 医疗患者与医院之间的利益冲突

基于各方的利益诉求，医疗患者与医院之间的利益冲突主要表现为：第一，患者对平等就医的期待与医院逐利愿望之间的矛盾。第二，患者对“少吃药少住院”的高疗效低花费的就医模式的需求与医院业绩为导向的薪酬制度之间的矛盾。要解开医疗患者与医院之间的利益冲突，需要从调整医院的激励约束机制入手。

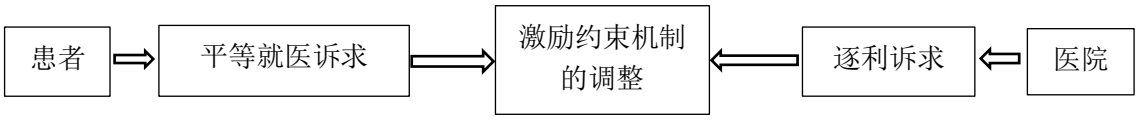


图 1 患者与医院之间的利益冲突与平衡

（二）医院与政府之间的利益冲突

1. 政府维护公共利益的利益诉求

政府维护公共利益主要表现在两方面：第一，出于为人民服务的目的，政府希望老百姓能够“看得起病、用得起药”。政府通过法律法规和政策指导规范医疗机构的运作。第二，尽量减少财政开支，保障医保基金物尽其用。按现有支出责任划分，县级公立医院建设责任主要落在县级财政上，尤其是设备购置。在分税制财政体制下，不少地区县级财力有限，县级公立医院建设 发展能否得到财政的及时足额投入，难以保证。

2. 医院维护私人利益的利益诉求

第一，医院可能会有一些行为不符合政府要求或政策的实施，并寻求最大化自身利益。第二，医院可能会采取一些策略来增加费用，如提高收费项目、过度开药等。医院要发展，财政补助有限的情况下，在老百姓身上收费，收医药企业的钱。医院默认甚至鼓励了医药流通领域的带金销售行为。允许医生存在拿回扣等不正良医疗行为。2012 年 4 月，三明市查出省级同一采购药品目录中的营养性、辅助性、高回扣嫌疑、品规疗效不确切的药品高达 129 个。

3. 医院与政府之间的利益冲突

具体表现为政府财政补贴能力有限，又要求医药费用管控与医疗服务数量、质量安全及

能力提升之间的矛盾。大多数市县政府的财政收入并不充裕，同时，除了医疗领域还有教育、养老等诸多领域需要政府进行公共投入。因此，有限的政府补贴能力与医院公共属性的回归需求之间产生矛盾。要解决这一矛盾，可以从降低药企高价药推广，最大化医保基金利用入手。

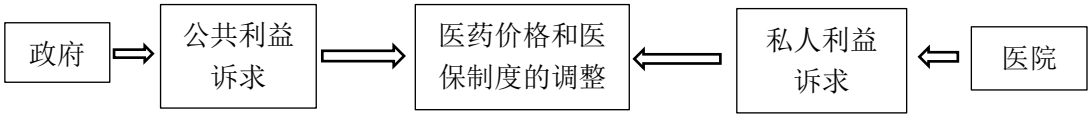


图 2 政府与医院之间的利益冲突与平衡

二、三明医改的利益平衡路径

（一）推行“三保合一”，深化医保改革

三明在 2012 年提出探索“三保合一”问题，并在 2013 年 6 月实施了医保管理体制改革，为保障人民群众就医公平、就医便利创造了有利条件。三明市的医保改革主要从以下几个方面进行：

第一，实现了城镇职工、城镇居民医疗保险、新农“三保合一”，从实质上保障了全市医保患者的就医公平，尤其实现了城乡之间的就医公平。通过三保合一，还能够有效降低多个医保系统并行带来的运营成本，使医保系统更加的统一化、透明化。第二，明确“三保合一”的主管机构。三明市确立了财政局为主管单位，这一举措既能保证管理基金的中立性、专业性，而且还能够对医院起到约束作用。由于财政局的管辖范围直接对口医院的建设与发展，所以对医院的发展有直接控制权。如果医院通过盲目扩张吸收病患的医保资金，会影响到医院自身的发展。有数据显示，2013 年，三明市城乡居民和城镇职工医保住院病人次均自付费用比 2011 年分别减少了 633 元和 300 元。[3]这说明医保改革举措有效地缓解了城乡病人“看病贵”的问题，同时保障了医保基金的稳定运行。

（二）严格实行“两票制”，切断医药利益链条

为从源头根治“看病贵”问题，三明市政府从医药流通领域入手，通过“两票制”彻底切断药品与医院之间的直接利益链条，大大降低了医药中的不合理费用。

医药领域的“两票制”改革是指药品从生产企业批发商一张票，批发商销售给招标平台一张票，控制流通环节的制度。具体而言，“两票制”改革的药品采购涉及到三家机构，医院负责开药方、报送用药目录，市属卫生局根据药品的价格、需要、临床价值等因素进行审批和决策，确定哪些药品可以纳入医保报销范，审核批准之后的用药目录再报送给医保管理中心。将原来的医院直接面向医药企业采购，改为医保管理中心面向医药企业招标采购。两票制的目的是增强医保机构对医院药品采购和医疗服务费用的控制，大大降低了医药企业对医务人员的贿赂行为，从源头上控制了医药方面的不合理费用，并提高医保基金的使用效率与可持续性。通过精细管理药品采购和费用结算，可以控制药品的价格、使用和费用的合理

[3] 张小娟：《三明市三医联动改革效果分析——基于医保的视角》，《中国卫生政策研究》2019 年第 12 期。

性，合理分配医疗资源，确保医保基金的可持续运营，并保障患者的用药和医疗费用实惠。推出这项举措仅一个月时间，三明的医保基金支出就减少了 1673 万元，全年更是节省开支 2 亿元，弥补了上一年的亏空。[4]

（三）改革医务人员的薪酬制度

在实行“三保合一”与“两票制”的基础之上，三明市还为医务人员设立了新的激励约束机制，用制度保障医务人员在医疗各个环节上医师身份的公共属性，让医疗行为回归“治病救人”的本质。具体而言，三明市对公立医院医务人员的薪酬进行了如下调整：调整医务人员工资结构，实现与药品收入脱钩，提高服务性收入比例。三明市为控制医疗药品带金销售，不仅在流通环节实现“两票制”，而且在通过调整医务人员的工资结构与药品收入脱钩，改变医务人员的激励机制，降低医务人员被医药代表“俘获”的可能性。此外，三明市还大大提高收入中的服务性收入占比。一方面，能够保障医务人员的薪酬总额，另一方面，还能激发医务人员专业性的提高，有利于医院整体医疗水平提高，为人民群众提供优质医疗服务提供了有利条件。有数据统计，2013 年，三明市 22 家公立医院药占比仅为 28.2%，比 2011 年下降 18.6 个百分点，比全国公立医院 42.8%的平均水平低了 14.6 个百分点；医务性收入占比从 2011 年的 39.9%上升至 61.7%，比全国公立医院 46.9%的平均水平高了 14.8 个百分点。[5]

第二，领导班子带头转变，推广“年薪制”。三明市为了让公立医院的属性回归公益，重点关注医院的管理体系变革和医务人员行为转向。为了保障公立医院的公益性，三明市首先在院长等领导群体中推广“年薪制”，让领导班子成员以身作则，调动医务人员参与改革的积极性。在完成领导群体的“年薪制”之后，三明市 2015 年又针对全体医务人员展开改革，将护理和行政后勤管理人员全部纳入目标年薪管理，实现同工同酬。

三、三明医改中的启示

（一）法治保障原则

医疗服务作为公共产品，如果仅仅依靠市场机制自动调节容易形成“公地悲剧”。三明市政府通过法律规范直接调整产权边界，实现了资源的最优配置。通过抓住让医疗服务回归公共属性这一刷手，三明医改实现医患、医院、政府的三方共赢。

在此次医疗改革中，三明市在医疗卫生制度方面大大增加了供给力度，在顶层设计上让多家机构和利益集团形成改革合力，紧紧围绕“三医联动”这一核心，加大医药、医保、医疗领域的制度改革力度。三明市人民政府、医疗保险管理中心、财政局、卫生局、监察局、医改组办公室等机构先后出台了《关于加强公立医疗机构建设的意见》、《关于印发三明市基本医疗保险普通门诊统筹执行办法的通知》、《关于加强县级公立医院院长管理的通知》、《关于调整 2014 年度三明市公立医院院长年薪制考核指标的通知》《关于印发三明市 2014 年深化公立医院综合改革实施方案的通知》、《关于加强药品采购使用的通知》等文件。政府机构为主导、联合多方机构设计的医疗改革方案，为全市医药、医保、医疗领域的改革指明了方

[4] 第一财经网：《为什么三明医改不是“四方打麻将”》，https://www.sohu.com/a/696480827 _1214439152023 年 7 月 10 日。

[5] 应亚珍：《三医联动多方共赢——三明市公立医院改革调研报告》，《卫生经济研究》2014 年第 10 期。

向。

三明市医疗改革中的法治保障原则应当成为日后医疗改革中的核心原则，尤其是专治医药腐败的“两票制”和院长“薪酬制”可以推广成全国统一的医疗卫生制度。此外，还可以通过制定统一的《医疗执业法》对各方行为进行约束，统一各方的权利义务，为良性三方关系提供保障，维护社会公平正义。

（二）内部合规原则

公立医院作为公益性机构，应当以公共利益为导向，其营利活动应该在法律范围内开展。为平衡医院的公共性与营利性，应该在医院内部形成一套完整的合规体系，将外部的法律规范要求内化成具体的医务人员操作指南。将挂号、就诊、手术、住院、开药等各个环节都纳入合规体系之中，对各个环节可能发生的风险，形成一套体系化的应对方案。具体而言，医药企业应做到遵守所在国家或地区的法律法规，包括药品管理法规、卫生保健法规、商业竞争法等，并确保企业运作过程中的各项活动符合相关法律法规的要求；遵守行业的自律准则和道德规范，如国际和国内药品研发、生产、销售等方面的行业规范和指南；遵守数据保护法律法规，保护患者和客户的个人隐私和数据安全；建立有效的反腐败和反贪污机制，防止内外部腐败行为的发生，确保企业经营过程的廉洁性等。

在三明市医疗改革中，医院不仅积极配合外部监管的改革，而且将改革成果转化为医院内部的制度章程和行为规范。只有在源头上合规，才能长远地杜绝违法违规事件的发生。

（三）利益平衡原则

医疗改革中的利益平衡原则是指在改革过程中，要尽量确保各利益相关方的合理利益得到平衡和满足。在医疗改革中，涉及到的利益相关方包括医疗机构、医生、患者、医疗保险机构、医药生产和流通企业等。利益平衡原则的核心是要在改革过程中维护医疗服务的可持续性和良性发展，同时保障患者的基本权益和公平就医。在具体实施时，需要根据不同的利益相关方的需求和权益，通过政策和制度设计来实现利益的平衡和权衡。

在三明医改中，政府通过厘清医患、医院、医药、医保之间在长期的制度变迁中已经形成的复杂利益关系，以实现医患公平就医为第一目标，协调各方形成新的利益格局，尽量满足各方利益需求。针对医务人员，政府通过设计全新的薪酬制度，实现激励机制与医药脱钩，提高服务性收入占比，保障薪资利益基本不变。针对医院，为实现医院公益属性的回归，政府通过建立公立医院补偿机制，为公立医院的硬件投入提供补助，降低公立医院的运行成本，让医院专注于提升医疗服务质量。针对医药，三明市通过“两票制”，掐断医院与药品的直接利益链条，最大化的实现老百姓“吃得起药”的需求。只有结果各方利益的冲突点，实现利益平衡，才能实现医药行业、医患关系的可持续发展。

比特币是网络虚拟财产吗

吕睿智*

摘要：网络虚拟财产是具有独立性、排他性和财产性价值的，并且以电子数据形式存在于网络空间的财物，我国对网络虚拟财产依相关法律法规进行保护。与网络虚拟财产不同，比特币是一个不需要中心机构运营的、去中心化的加密数字“货币”。从法律属性上看，比特币更像是毒品、枪支等违禁品，不具备法律上的财产属性；其自身存在的危害性以及所带来的潜在风险，使得它不具有合法性基础；同时，我国也对比特币等虚拟货币的发行、流通、兑换等行为均作出了明令的禁止。正是由于合法性缺陷和禁止性规定，使得比特币的持有人不再对比特币享有支配的可能，因而也就不再享有民法层面上的所有权，进而就不能像“案例参考册”中主张依所有权而行使返还原物请求权。总之，在未来面对由比特币而产生的权利主张，我们不仅不能加以保护，在必要时应当施以必要的惩罚措施。

关键词：比特币 虚拟财产 合法性

* 吕睿智，中国海洋大学。

目录

一、问题的提出 77

二、司法的困境与难题 78

（一）“案例参考册”的观点 78

（二）规则冲突的困境 79

（三）如何执行的难题 80

三、对网络虚拟财的审视 81

（一）什么是网络虚拟财产 81

（二）网络虚拟财产是什么 82

四、比特币法律属性的立证 84

（一）什么是比特币 84

（二）被禁止的比特币 85

1. 禁止的必要性 85

2. 法律基于内容的禁止 86

（三）不受法律保护的比特币 87

1. 比特币是一种特殊的物 87

2. 比特币不是法律上的财产 88

3. 持有人不享有所有权 89

五、余论 90

一、问题的提出

2022 年 5 月 5 日，上海市高级人民法院官方微博和微信公众号“浦江天平”在“案例参考册”栏目中发布了一则关于比特币的案例。在案例评析中，撰稿人分析称“关于比特币的法律认定，学术界存在很多争议，而这些争议的实质是想从传统的民事权利理论中寻找到认定依据。但是，在多重学说的讨论之下，无法对比特币进行法律上的认定，故而应从司法实践方面寻找答案。审判实践中，人民法院法院对比特币的法律定位形成了统一的意见，认定其为虚拟财产，故适用财产权法律规则进行保护”。[1]不可否认，无论是在司法实践中还是学术界，对于比特币的法律属性的界定依旧存在着诸多争议。但此次在高级人民法院层面上将比特币认定为虚拟财产，并作为参考案例的做法还属第一次。由于此前最高院、最高检、公安部等十家单位联合发布了《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》，[2]通知明确指出虚拟货币相关业务活动属于非法金融活动应予禁止。因此，这次上海高院的参考案例也引起了舆论的一片哗然。我们随即看到，上海高院在其微信公众号中撤销了该参考案例，但在官方微博中依旧存留该参考案例。

比特币是虚拟财产吗？这是一个无法回避的焦点话题；这也是一个急需被学界所重视并作出准确回答的问题。比特币是虚拟财产吗？它不是一个模棱两可的问题；也不是一个随着时间的推移会不断演变的问题（至少在短期内不是）。但现实情况中，比特币是否是虚拟财产这一问题却被很多人所误解，也因此出现了许多错误的判断。事实上，对比特币性质的准确界定，不仅关系到相关民事权利的分配和刑事犯罪中此罪与彼罪的认定；也关系到是否会与即有规定产生冲突的问题。我们必须意识到，该问题一直未能引起人们的足够重视，每当法学界在讨论数字货币的法律问题时，似乎总是在有意回避比特币——这个最早出现、最为典型的数字货币，既而直接转向对数字货币整体的讨论，认为数字货币是虚拟财产。[3]这难免令人心生疑问，是否比特币就此可以推定为虚拟财产？倘若如此，我们是否忽略了一个

---

[1] 载“上海高院”官方微博，https://weibo.com/ttarticle/p/show?id=2309404766135274045721，2022 年 7 月 11 日访问。

[2] 中国人民银行、中央网信办、最高人民法院、最高人民检察院、工业和信息化部、公安部、市场监管总局、银保监会、证监会、外汇局于 2021 年 9 月 15 日联合下发《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》，通知明确指出：（一）虚拟货币不具有与法定货币等同的法律地位。比特币、以太币、泰达币等虚拟货币具有非货币当局发行、使用加密技术及分布式账户或类似技术、以数字化形式存在等主要特点，不具有法偿性，不应且不能作为货币在市场上流通使用。（二）虚拟货币相关业务活动属于非法金融活动。开展法定货币与虚拟货币兑换业务、虚拟货币之间的兑换业务、作为中央对手方买卖虚拟货币、为虚拟货币交易提供信息中介和定价服务、代币发行融资以及虚拟货币衍生品交易等虚拟货币相关业务活动涉嫌非法发售代币票券、擅自公开发行证券、非法经营期货业务、非法集资等非法金融活动，一律严格禁止，坚决依法取缔。对于开展相关非法金融活动构成犯罪的，依法追究刑事责任。
http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/4348521/index.html，2022 年 7 月 11 日访问。

[3] 参见杨延超：《论数字货币的法律属性》，《中国社会科学》2020 年第 1 期，第 100-106 页；参见齐爱民、张哲：《论数字货币的概念与法律性质》，《法律科学》2021 年第 2 期，第 86 页；参见于程远：《论民法典中区块链虚拟代币交易的性质》，《东方法学》2021 年第 4 期，第 144 页；参见赵磊：《论比特币的法律属性——从 Hash Fast 管理人诉 Marc Lowe 案谈起》，《法学》2018 年第 4 期，第 160 页等。

合法性的前提？即如果比特币和毒品一样被明文禁止，那么我们又如何能将其定义为“财产”呢？又如何对这种“财产”加以保护呢？不仅如此，在司法实践中我们也时常可以看到对比特币性质认定不一的情况。[4]因此，面对上述疑问与困境，准确界定比特币是否为虚拟财产甚至是否是合法财产，就显得尤为重要。

二、司法的困境与难题

（一）“案例参考册”的观点

为了便于更准确的理解案情并发现问题，这里我们有必要简述一下上海高院本次发布的“案例参考册”的内容。2020 年 10 月 10 日，原告程某向上海市宝山区人民法院起诉，要求被告施某某向其返还一个比特币。经审理，法院判令被告返还原告一个比特币。判决生效后，因被告未履行生效判决书，遂申请执行人程某向法院申请执行。执行过程中，法院通过现有的网络查控系统，未能查询到被执行人名下有可供执行的比特币。随后，执行法院通过传统查控，拟向其比特币开户交易平台发出执行裁定书及协助执行通知，要求平台协助执行。但该平台注册在海外，故未查询到该平台有效的通讯地址。并且，被执行人名下比特币已转至案外人，而案外人也无法查找。最终，双方当事人以自愿和解的方式结案。

“案例参考册”在列举案例的同时，也给出了本案的裁判要旨。一审法院认为，比特币具有价值性、稀缺性、可支配性等特点，故其具备了权利客体的特征，符合虚拟财产的构成要件。执行法院认为，比特币的法律认定是比特币强制执行法律适用的首要前提。法院在强制执行的过程，应贯彻审执兼顾的原则，以民事判决中比特币的法律认定作为法律适用的基础，参照财产权法律规范进行执行处置。在比特币执行返还交付时，执行法院参照物之交付请求权规范处置，并判断被执行人有无可供执行的比特币。如被执行人无可供执行的比特币，基于公共利益、善意文明理念考量，经双方协商一致，以双方认可的价格进行折价赔偿。若双方当事人协商不成，申请执行人可另行起诉。[5]

值得注意的是，本次“案例参考册”的撰稿人在文中着重论述了比特币的虚拟财产属性，认为“我国监管部门发布的《关于防范比特币风险的通知》（2013 年）提及‘从性质上看，比特币应当是一种特定的虚拟商品’，但虚拟商品是经济术语，而非法律概念”，进一步指出“虚拟财产，又称网络虚拟财产。《中华人民共和国民法典》第一百二十七条虽明确其受

[4] 在民事审判中多将比特币认定为虚拟财产，参见杭州互联网法院(2019)浙 0192 民初 1626 号民事判决书；四川省华蓥市人民法院（2018）川 1681 民初 609 号民事判决书；浙江省吉安县人民法院（2020）浙 0523 民初 602 号民事判决书；参见黑龙江省哈尔滨市香坊区人民法院(2018)黑 0110 民初 5010 号民事判决书。而在刑事审判中则采用了更为审慎的做法，将比特币的性质认定为网络数据，参见河北省邯郸市峰峰矿区人民法院(2017)冀 0406 刑初 18 号刑事判决书；参见上海市浦东新区人民法院（2018）沪 0115 刑初 845 号刑事判决书；参见浙江省温州市瓯海区人民法院(2019)浙 0304 刑初 229 号刑事判决书。

[5] 参见“上海高院”官方微博，https://weibo.com/ttarticle/p/show?id=2309404766135274045721，2022 年 7 月 11 日访问。

法律保护，但未对其概念、适用作出具体规定。司法实践中，法院本着司法实用主义的态度，并不对虚拟财产的法律性质作出直接判断。因其具有一定的经济价值，符合财产属性，故适用财产权法律规则进行保护”。[6]案例撰稿人认为，我国不禁止持有比特币，但 2017 年发布的《关于防范代币发行融资风险的公告》和 2021 年发布的《关于防范虚拟货币交易炒作风险的公告》明确全面禁止在我国进行虚拟货币等相关业务。因此在无法直接返还交付的情况下，可以采取折价赔偿的方式协商偿还。[7]

（二）规则冲突的困境

“法律制度必须是没有矛盾的”，[8]我们不能在禁止行为的同时又设定义务。但从“案例参考册”的论述中，我们会发现一些与现行法律法规相矛盾的问题。首先，《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》（下称“《通知》”）明确了所禁止的非法金融活动，包含虚拟货币的发行、结算、买卖、兑换等一系列行为。在不考虑本案所有物返还请求权能否成立的前提下，既然该《通知》对比特币的相关活动施以了全面禁止，如果在禁止的同时又主张“返还（或折价偿还）”，那么考虑到比特币等虚拟货币价格的实时波动性，单就这种返还的做法，就无异于是在做变相交易。况且，这种对返还的“保护”[9]本身就与现有规定相矛盾；更为严重的是，这种保护将会变相激励相关交易行为、甚至是投机行为的发生。

其次，禁止交易与流通就是限制了使用、处分和收益的权利，即是对所有权的限制。一旦申请执行人对比特币不享有民法上的所有权，那么又将如何行使基于所有权而生的请求权——所有物返还请求权？也就是说，禁止了比特币的发行和交易，就无异于是从源头上禁止了对比特币的持有。其实，只需稍微加推敲就会明白，我们不是不能对持有比特币施以禁令，而是无需其施以禁令。因为，一方面我们禁止了平台和交易，就等于遏制了比特币获取的“源头（挖矿和交易）”，当获取比特币变得不再可能，并且交易又不被允许的情况下，那么持有比特币也就变得毫无意义；另一方面，由于比特币的加密性和去中心化特征，使得我们无法主动获知谁持有比特币，因此如果对持有比特币施以禁令，那么该禁令无异于是一纸空文。

最后，并非像“案例参考册”中所言，《民法典》第一百二十七条是对所有的网络虚拟财产均加以保护，而是“有规定的，依照其规定”。这是鉴于数据和网络虚拟财产本身的复杂性，限于民法典总则编的篇章结构，如何界定数据和网络虚拟财产，如何具体规定数据和

[6] 参见“上海高院”官方微博，https://weibo.com/ttarticle/p/show?id=2309404766135274045721，2022 年 7 月 11 日访问。
[7] 参见“上海高院”官方微博，https://weibo.com/ttarticle/p/show?id=2309404766135274045721， 2022 年 7 月 11 日访问。
[8] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2013 年版，第 484 页。
[9] 事实上，我们如果支持对比特币的“返还”请求权，那么就等于对比特币交易行为的默许与保护，特别是在不断变化的价格面前，返还又何尝不是一种交易？

网络虚拟财产的权利属性和权利内容，应由专门的法律加以规定。[10]即不保护不等于会禁止，同样不禁止不等于会保护。[11]因此，我们不能当然的认为，所有的网络虚拟财产都必然会受到《民法典》的保护。当然，我们同时也理应认识到，具有一定经济价值的“商品”也并不一定具备（法律上的）财产属性，也不必然被财产权法律规则所保护，因为这种商品自身可能就已经被法律所禁止。正如毒品，即便其符合了经济学上商品的特征，但不能成为私人财产，更不能受到法律的保护。

（三）如何执行的难题

“市价是代价，但代价不一定是市价”。[12]视角再度回到案件本身，在不考虑合法性与否的情况下，如果假定比特币为虚拟财产，那么本案就会面临着如何“返还”以及“返还多少”的难题。当然，“案例参考册”中给出了两种解决方案——强制执行和折价赔偿。“案例参考册”中进一步指出，司法强制执行应以被执行人有可供执行的比特币为前提，如果没有可供执行的比特币，那么基于比特币的不可替代性，应以折价赔偿的方式来执行，而本案最终以双方当事人协商和解（折价赔偿）的方式结案。但这里的问题在于，如果双方当事人无法达成和解意见，此时法院将如何执行？[13]一方面，基于比特币的去中心化特征，使得无论被申请执行人是否真实的拥有比特币，只要被执行人不愿意配合法院的执行，那么我们是无法通过司法强制执行的方式来直接实现“返还”之目的，甚至可以说是无迹可寻。

另一方面，如果选择以折价赔偿的方式来进行执行，那么法院首先要面对的难题就是如何评估折算价格的问题。如果比特币在申请执行时的“市场价格（二级市场）”远低于出借时的“市场价格”。[14]那么倘若以申请执行时的“市场价格”为折算标准，就必然会损害申请人的利益。理由很简单，因为比特币具有不可替代性。如果申请执行人拥有该比特币，即便其贬值，但持有人依旧可以期待其未来升值的可能（类似股票）。若直接以当下“市场价格”确定折价的标准，就等于直接剥夺了申请执行人对比特币期待升值的可能。相反，如果以出借时的“市场价格”为折算标准，这不仅会激励出借人利用“出借”的名义进行投机（一

[10] 参见黄薇主编：《中国人民共和国民法典释义》，法律出版社 2020 年版，第 250 页。

[11] 正如民间借贷的利息上限问题。虽然《民法典》第 680 条规定了“禁止高利放贷”，但何种房贷行为属于“高利放贷”，现行的法律法规并未有明确规定。法律法规规定的“民间借贷利率保护上限，并不妨碍当事人在实施借贷行为过程中的意识自治。只要不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，借贷双方有权按照自己的意识，就借款合同中的期限、利息计算等内容自愿协商”。参见最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院新民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 380 页。

[12] 张五常：《经济解释》，中信出版社 2015 年版，第 150 页。

[13] 遇到棘手的案件而选择回避，进而以调解的方式来“解决”纠纷，或许是大多数裁判者的不二之选，这或许是一个“聪明的”做法，但总归会有人面对难题。许多法官已经背离了他们先前的态度；他们放下了相对中立的姿态，采取了更积极、更“具管理性”的立场。法官越来越多地不仅裁判当事人提出的事实要点，而且在会见室与当事人面谈，鼓励和解。这些管理责任给法官更大的权利，先前制约司法权威的诸多限制明显地不存在了，管理型法官经常在公众视野之外工作，不做记录，没有提供论证意见的义务，也不在上诉审的范围之内。参见 Judith Resnick, 23. Judge-s’ Journal, 8-11 (Winter 1984)，转引自[美]博西格诺等著：《法律之门》（第 8 版），邓子滨译，华夏出版社 2007 年版，第 702 页。

[14] 2021 年 11 月 7 日,一枚比特币在二级市场的报价达到 64000 美金。而短短半年之后，在 2022 年 6 月比特币单枚市场报价已经跌破两万美金。

旦如此，那么执行机关就有成为一种变相“交易所”的风险）；而且面对巨大的价格差异，也同样会激励被执行人想尽办法去以非法的方式（购买）来获取比特币用以返还申请人，毕竟“每个人都会一贯地争取最大的私利”，[15]而购买一个比特币的成本要远远低于折算的估价。

行文于此，我们不难发现，之所以案件中会存在着种种矛盾与困境，究其根源就在于，我们将比特币认定为了虚拟财产，并随之加以保护所致。当我们认定比特币为虚拟财产并加以保护时，所导致的结果不仅有悖于现有规定，而且使得后续的执行过程变得困难重重。由此而摆在众人面前的问题是，我们是否还应当将比特币认定为虚拟财产？事实上，当我们在追问比特币的性质的时候，我们理应意识到实际上是在追问比特币的身份问题（Identity Question）和含义问题（Implication Question）——即是指什么使这个事物是其所是？以及从它是某事物而不是其他事物这个事实可以推导出什么？[16]例如，如果将比特币认定为被法律所禁止的物，而非虚拟财产，将会推导出什么（民事行为的效力、是否拥有请求权等）？反之又将如何？下面笔者将围绕着“什么是”和“是什么”这两个问题，对虚拟财产和比特币的法律属性作出进一步的论述。

三、对网络虚拟财的审视

（一）什么是网络虚拟财产

关于网络虚拟财产的定义，学界常有立论却依旧未形成严格的统一标准。当然，何谓“网络虚拟财产”？这个旧调重弹的话题并不是本文讨论的重点。但从对其概念的剖析上我们总归可以发现些什么（比如法律定义的难点究竟是“网络虚拟”还是“财产”？），或者至少能为我们更好的理解比特币是什么，以及其与虚拟财产的差异提供一些参照与对比。因此，我们还是有必要看一看究竟什么是网络虚拟财产。通常认为，网络虚拟财产是具有财产性价值，以电磁数据形式存在于网络空间的财物，[17]并具有独立性和排他性特征。[18]我国《民法典》第一百二十七条规定：法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。本条是关于数据和网络虚拟财产的保护规定，但鉴于网络虚拟财产概念的复杂性，限于民法典总则的篇章结构，我国民法典对网络虚拟财产的性质及权利属性并未作出明确的界定。

一般意义上的网络虚拟财产概念，可以划分为广义层面和狭义层面。所谓广义的网络虚拟财产，是指一切存在于网络虚拟空间内的虚拟财产，包括电子邮箱、网络账户、虚拟财产、网络游戏中虚拟物品及装备、经注册的域名等；所谓狭义的网络虚拟财产，是指网络游戏中

[15] 张五常：《经济解释》，中信出版社 2015 年版，第 97 页。
[16] 参见[美]斯科特·夏皮罗：《合法性》，郑玉双、刘叶深译，中国法制出版社 2016 年版，第 13 页。
[17] 参见梅夏英、许可：《虚拟财产继承的理论和立法问题》，《法学家》2013 年第 1 期，第 82-83 页。
[18] 参见林旭霞：《虚拟财产权性质论》，《中国法学》2009 年第 1 期，第 89 页。

存在的虚拟财产，包括游戏账号的等级、游戏货币、游戏人物等。[19]但必须要清楚的是，无论是广义的定义还是狭义的定义都离不开“财产”这一后缀。因此，什么是网络虚拟财产的核心不在于“网络”和“虚拟”二词，关键在于其后缀“财产”（是有形的、还是无形的？是合法的、还是非法的？）。而目前学界对网络虚拟财产性质的争议（物权说和债权说）正是对“有形与无形（是否为民法上的物）”问题的争议。十分遗憾的是，人们把争论的焦点都放在了“物”的问题上，却忽略了一个更为重要的前提——合法性的问题。是否所有的网络虚拟财产都是合法财产，并因此而受到广泛的法律保护？

可以看到“虚拟财产”这一概念自诞生以来，其属于“个人财产”这一定性已经成为大多数人的共识，使得人们自然的避开了对其合法性这一重要问题的讨论。事实上，针对网络虚拟财产，如何在现有法律体系内，肯定其作为个人财产的“合法性”问题上仍有待确认。[20]因此，我们有必要划定一个前提，即无论网络虚拟财产究竟为何，但民法上的“网络虚拟财产”都应当以“合法性”为必要前提——不能违背法律法规的强制性规定，亦不能违背公序良俗。也就是说，如果某种网络虚拟产品不具备合法性，那么在概念上我们应将其称之为“网络虚拟物”，而非“网络虚拟财产”。正如毒品因其不具备合法性，因而不能被定义为民法上的财产。当然，法律仅仅规定此类法律行为无效，而这并不妨碍当事人将该法律行为当作有效行为来对待（履行毒品交易的行为虽然无效，但行为本身是有效的）。但是，无论如何，不得以法律的强制力来实现这些行为。[21]因此，在通说的基础上，我们应当将网络虚拟财产更准确的定义为：具有一定的价值并且以数字化形式存在于网络空间的“合法的”的财物。

（二）网络虚拟财产是什么

传统意义上，民法所指的“物”应以有体性为必要前提。但自计算机和网络技术的出现，使得以数字化形式模拟展现现实事物成为可能；这也使得“外部世界”的概念外延在不断扩大，已经不再局限于大自然，“‘外部世界’中已经出现许许多多非自然的‘物’”。[22]那么，网络虚拟财产是什么，即网络虚拟财产的属性界定问题，在学界目前依旧存在着诸多争议。主要存在如下几种学说：知识产权说、[23]新型财产权说、[24]物权说[25]和债权说[26]等，其中以物权说和债权说为主流。必须要承认，某些时候我们“谈论某种权利是物权或债权没

[19] 参见黄薇主编：《中国人民共和国民法典释义》，法律出版社 2020 年版，第 250 页。
[20] 参见梅夏英、许可：《虚拟财产继承的理论与立法问题》，《法学家》2013 年第 6 期，第 84 页。
[21] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2013 年版，第 372 页。
[22] 林旭霞：《虚拟财产权性质论》,《中国法学》2009 年第 1 期，第 88 页。
[23] 参见杨立新：《民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值》，《东方法学》2017 年第 3 期，第 65 页。
[24] 参见黄薇主编：《中国人民共和国民法典释义》，法律出版社 2020 年版，第 253 页。
[25] 参见杨立新：《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》，《国家检察官学院学报》2004 年第 6 期，第 3-13 页。
[26] 参见王雷：《网络虚拟财产权债权说之坚持——兼论网络虚拟财产在我国民法中的体系位置》，《江汉论坛》2017 年第 1 期；石杰、吴双全：《论网络虚拟财产的法律属性》，《政法论丛》2005 年第 8 期，第 38 页。

有意义”，[27]只要确认是财产权即可。因此，无论是物权说还是债权说，都离不开一个必要前提——网络虚拟财产是否属于民法上的私有财产，即对“网络虚拟财产”性质的界定关键不在于“网络虚拟”，而在于“财产”这一后缀。

法律上的“财产”是一个较为模糊的概念，它“在不同的历史阶段具有不同的法律内涵和形式”，[28]它可能是指物权法上的物（“物即财产”[29]）；也可能是指具有货币价值的所有客体。[30]我国《民法典》第二百六十六条将私有财产的范围划定为“私人合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原料等不动产和动产”，严格从这一层面上讲，或许网络虚拟财产因不具备“有体性”而不能被界定为民法上的财物。但亦如前文所述，在大陆民法体系上“财产”一词，从来就具有多种含义。[31]特别是在科学技术不断发展的今天，它“不是一成不变的”[32]，其“本身是随着人类社会的发展而不断变化的，从最初的有体物到后来的无体物再到现在的虚拟财产，可以明显地勾勒出从农业社会到工业社会再到信息社会的演变过程。虚拟财产的诞生形成对财物概念的重大挑战”。[33]由于网络虚拟财产最终与经济价值相关而具有财产性，故我国《民法典》所言“网络虚拟财产”，从其性质上看应属私法上的财产（物），并且受到法律保护。

即便从另外一个视角出发——构词学的角度——网络虚拟财产也应当是、且只能被认定为民法上的财产。因为，既然民法典中的“网络虚拟财产”一词在其词语的设定上就附加了“财产”的性质后缀，而不是其他后缀；那么为了避免误解的产生就理应将其认定为私法上的财产并加以保护。换言之，如果我们不能就此将其认定为私法上的“财产”。那么就应当把《民法典》中的“网络虚拟财产”一词变更为“网络虚拟物（商品）”。毕竟，物不一定是私法上的财产，而“物即财产”的观点必然会导致理论上的不合逻辑，[34]例如毒品、枪支等；并且广义上物的范畴则更为广泛，不仅包含有体物还包含了无体物。如果一旦我们在法条里引入了“财产”一词，但又不肯定其私法上的财产属性；而在无法区分具体什么才是“网络虚拟财产”的情况下，必然会给适用者造成诸多误解——将“网络虚拟物”理解为“网络虚拟财产”，这将直接影响相关法律适用的准确性和稳定性（本案就是一个典型的例子）。

也正是由于对网络虚拟财产“财产”性质的界定疑问，才使得当前学界对网络虚拟财产是否应受到法律保护（是否为财产）存在着如此多的争议：否定者认为，网络虚拟财产不是

---

[27] [日]林良平：《物权法》，有斐阁 1951 年版，第 11-12 页；转引自刘保玉等：《物权与债权区分及其相对性问题论纲》，《法学论坛》2002 年第 5 期。
[28] 马俊驹、梅夏英：《财产权制度的历史评析和现实思考》，《中国社会科学》1999 年第 1 期，第 90 页。
[29] 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 49 页。
[30] 参见梅夏英：《数据的法律属性及其民法定位》，《中国社会科学》2016 年第 9 期，第 167 页。
[31] 参见尹田：《无财产即无人格——法国民法上广义财产理论的现代启示》，《法学家》2004 年第 2 期，第 46 页。
[32] Boudewijn Bouckaert ed., Property Law and Economics, Northampton: Edward Elgar Publishing,2010, pp.5-31.
[33] 陈兴良：《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》，《中国法学》2017 年第 2 期，第 147 页。
[34] 参见马俊驹、梅夏英：《财产权制度的历史评析和现实思考》，《中国社会科学》1999 年第 1 期，第 92 页。

财产，因此不应受到保护；[35]而支持者认为，应该以动态的眼光看待财产问题（这种观点事实上也没有必然肯定其财产属性）。[36]可以看到，无论是站在否定者的立场上还是从支持者的立场上看，双方都未直接肯定“网络虚拟财产”即为“财产”这一属性。当然我们可以理解，毕竟在法律未明文规定何种“虚拟物”为“虚拟财产”时，我们很难、也不能将所有的网络虚拟物均界定为私法上的财产。也正是由于“网络虚拟物”的繁杂性和多变性，使得法律要想周延的囊括何为“网络虚拟物”中的“网络虚拟财产”几乎是不可能，而《民法典》第一百二十七条又制定了针对网络虚拟财产的开放性规定。那么，为避免矛盾和争议的产生，保持法律适用的稳定性，结合上述网络虚拟财产的性质，我们理应（也只能）将《民法典》中所言“网络虚拟财产”的性质直接界定为私法上的财产（物），并由相关法律法规予以具体保护；而将其他网络虚拟物排出在网络虚拟财产的范围之外。

四、比特币法律属性的立证

（一）什么是比特币

比特币虽说是一个新兴概念，但关于比特币是什么的问题在学界早已是老生常谈的话题。但即便如此，为了更为直接的区分比特币与虚拟货币的差异，我们仍有必要就比特币概念中的一些容易被人们所忽略的关键性问题作以梳理。视角回到 2008 年，为应对全球性的金融海啸，各国政府纷纷采用无节制的量化宽松政策以应对经济危机，而这种做法所导致的后果就是令中心机构（中央银行）面临着严重的信任危机。在此背景之下，署名为中本聪（Satoshi Nakamoto）的开发者，借助公私钥加密、数字签名和点对点网络技术，创建了一种全新的分布式数据库（区块链），并以此创建了一个不需要中心机构运营的、去中心化的数字货币——比特币。[37]中本聪在其发表的《比特币：一个点对点电子现金系统》一文中论述了比特币的特征：所有比特币的交易记录由计算机网络验证和保存，不需要中心机构的控制，并由比特币底层软件控制货币供应和协调交易的验证过程。[38]

“自由，与宗教一样，一直既是善行的动力，又是罪恶常见的借口”。[39]比特币从产生之初，就伴随有追求自由的强烈无政府主义倾向。我们可以清楚的看到，中本聪甚至在创世

[35] 参见杨向华：《网络游戏虚拟财产法律性质浅议》，《湖南公安高等专科学校学报》2004 年第 4 期，第 28-30 页。
[36] 参见石杰、吴双全：《论网络虚拟财产的法律属性》，《政法论丛》2005 年第 8 期，第 34 页。
[37] 参见[法]普里马韦拉·德·菲利皮、[美]亚伦·赖特：《监管区块链：代码之治》，卫东亮译，中信出版集团 2019 年版，第 12 页。
[38] 载《比特币：一种点对点电子现金系统》，Nakamoto S. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system[Online],https://bitcoin.org/bitcoin.pdf,2009,2021 年 11 月 26 日访问。
[39] [英]约翰·埃莫里克·爱德华·达尔伯格-阿克顿：《自由与权利》，侯健、范亚峰译，译林出版社 2011 年版，第 27 页。

区块（Genesis Block）[40]中对政府写下了极具挑衅性的话语——“The Times 03/Jan/2009 Chancellor on brink of second bailout for banks（财政大臣即将对银行实施第二次救助）”。与其所具有的优点相较，“去中心”带来的更多的是“去监管”；而“去监管”不仅是为了追求极度的自由，更是对“中心”控制权的挑战。长此以往，必将冲击并撼动着现今稳定的社会、经济和政治关系，甚至影响到国际格局和地区稳定。自由如果不是单纯的主观心理自由或思维自由的话，只要它涉及人的行为，就会发生与他人、与社会的关系，无论这种关系是经济的、政治的、还是文化的、思想的，都会产生群己权界（行为的界限）问题。[41]合理的划定界限并作出限制，是维系社会稳定的必要前提。由此可见，面对这种去中心化的新型数字货币，“从一开始，我们就很难界定中本聪究竟是一名全新技术的开创者，还是一名主张绝对自由的无政府主义者”。[42]

（二）被禁止的比特币

1. 禁止的必要性

技术的革新犹如一把双刃剑，也必然催生着乐观者与悲观者的争辩：这项技术是善良的还是邪恶的？对人类社会是有益还是有害？当然对这些问题的回答，因受于人类发展时间的制约而伴随有一定的局限性。但仅就现阶段来看，有些弊端甚至是危害还是显而易见的。首先，虽然比特币在跨境贸易中的突出表现以及金融自主性，证明了其所具有独特的价值；但它仍不能满足大规模使用的需要，“如果使用规模大幅增加（假设像希腊危机需要使用比特币的情况）的时候，系统的安全性就可能会面临考验，这个系统缺乏为 1000 万人口提供服务的交易性能”。[43]不仅如此，事实证明由于比特币没有锚定其他有价物，在面对外部因素（世界环境）和人为因素（投机行为）的影响下，会使其价格会出现暴涨暴跌的现象，这不仅扰乱了正常的金融秩序，而且会给不明真相的投资者造成不可估量的巨大损失。

其次，虽然工作量证明机制解决了铸币、分配以及双重支付的问题，但使用这种机制（矿工挖矿的过程）去维护网络安全和匿名性的加密货币，将会消耗巨大的电力资源。比特币的这种巨大能源消耗一直被人们诟病，据美国环保署估算，因比特币挖矿而消耗的能源，和开凿等值美元的黄金所消耗的能源相当；[44]另外一项数据显示，2019 年包括比特币在内的加密币所消耗的能源估计大于整个爱尔兰国家居民消耗的能源。[45]而“所有的这些算力，本来可以用于治疗癌症或探索宇宙，现在正被锁定在机器里面，除了处理比特币类型的交易外，

---

[40] 比特币区块链的第一个区块诞生于 2009 年 1 月 4 日，被称为创世区块由创始人中本聪持有。参见袁勇、王飞跃：《区块链技术发展现状与展望》，《自动化学报》2016 年第 4 期，第 482 页。

[41] 参见夏勇主编：《法理讲义——关于法律的道理与学问》，北京大学出版社 2010 年版，第 267 页。

[42] 吕睿智：《数字货币的交易功能及法律属性——以暗网中等比特币交易为例》，《法律科学》第 5 期，第 66 页。

[43] [加]唐塔普斯科特、[加]亚历克斯·唐塔普斯科特：《区块链革命——比特币底层技术如何改变货币、商业和世界》，凯尔、孙铭、周沁园译，中信出版社 2016 年版，第 243 页。

[44] 载 https://www.nature.com/articles/s41893-018-0152-7，2022 年 3 月 10 日访问。

[45] 参见何为、罗勇：《数字货币来了：比特币、区块链、货币未来》，当代世界出版社 2021 年版，第 89 页。

什么都不做”。[46]当然，也有反对意见认为“如果我们认可比特币作为一个有用的货币体系，那么支持比特币体系的能耗就不能认为是浪费”。[47]从逻辑上讲这种观点是成立的；但是，法律的真实生命不是逻辑，而是它所要调整的社会现实。[48]因此，我们最终还是要回到问题的本源——比特币究竟给我们带来了什么？在比特币的风险乃至危害远大于其所带来的益处的情况下，那么上述疑问将迎刃而解。

最后，也是最为关键的。比特币的“加密性”、“不可追踪性”和“去中心化”特征为犯罪创造了便利的环境，极大降低了犯罪的成本，“特别是涉及支付赎金的犯罪，例如绑架和勒索。打击绑架的执法人员往往依靠受害者或其家人向绑匪转账的记录提供追查线索，远程匿名转账会加大执法人员追查转账流向的难度”。[49]甚至毫不夸张的说，在暗网中但凡涉及“见不得光”的非法交易均可用比特币来得以实现，并且十分安全（而如果换做使用主权货币，那么交易的成本将会极大提升）。同时，由于主权货币是一个“闭合性”的传输系统，中央机构对其可以实现有效监管；而比特币则是一个“开放式”的平行系统，中央机构无法对其实现有效监管。“人们可以在某国境内购买比特币，把这些比特币以电子的方式转移到境外，然后将其兑换成现金或财产”，[50]这将导致跨境洗钱和偷逃税款变的十分简单且高效，这不仅冲击着即有得稳定金融秩序，也会对国家和社会的利益造成重大损失。

2. 法律基于内容的禁止

基于对个人自由权利的保障，并“依私域自治、契约自由的原则，当事人实施了法律行为后，原则上发生与其内容一致的效力”；[51]当存在争议时，“应遵循‘有疑义时为自由’的私法原则”。但是，政府必须要保障私法制度能有发挥其功能的空间，并限制契约自由的滥用。政府可为更高的价值或公益而强制干预私法的自由，[52]“也会例外地以内容不当为由否定其效力”。[53]因此，“任何一个法律制度只能在其政治制度的框架内提供通过法律行为实施的私法自治。私法上的法律行为也不得逾越这一框架的范围”。[54]例如，法律禁止毒品交易、武器买卖等行为。而法律的经济分析也告诫我们，当破案率达到或接近百分之百的情况下，单纯的民事赔偿就足以威慑并阻止这些违法行为；但当受害人无力“侦破”案件并“指控”违法者的情况下，用侵权法对付这些违法行为就是无效率的，此时就必须引入刑事强制

[46] Nathan Schneider：“After the Bitcoin Gold Rush”,The New Republic, February 24,2015；https://www.newrepublic.com/article/121089/how-small-bitcoin-miners-lose-crypto-currency-boombust-cycle,2022 年 2 月 21 日访问。
[47] [美]阿尔文德·纳拉亚南、约什·贝努、爱德华·费尔顿、安德鲁·米勒、史蒂文·戈德费德：《区块链：技术驱动金融》，林华、王勇等译，中信出版社 2016 年版，第 159 页。
[48] 参见周小明：《信托制度比较研究》，法律出版社 1996 年版，第 35 页。
[49] [美]阿尔文德·纳拉亚南、约什·贝努、爱德华·费尔顿、安德鲁·米勒、史蒂文·戈德费德：《区块链：技术驱动金融》，林华、王勇等译，中信出版社 2016 年版，第 234 页。
[50] [美]阿尔文德·纳拉亚南、约什·贝努、爱德华·费尔顿、安德鲁·米勒、史蒂文·戈德费德：《区块链：技术驱动金融》，林华、王勇等译，中信出版社 2016 年版，第 234 页。
[51] [日]山本敬三：《民法讲义 I 总则》，解亘译，北京大学出版社 2012 年版，第 201 页。
[52] 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 16 页。
[53] [日]山本敬三：《民法讲义 I 总则》，解亘译，北京大学出版社 2012 年版，第 201 页。
[54] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2013 年版，第 368 页。

手段。而当公权力的介入也变得束手无策，威慑起不到应有的意义时，那么从源头阻止此类行为的发生将会是最有效的选择。[55]

由此，我们可以清晰的看到比特币在我国经历了从不提倡也不禁止到全面禁止的演变历程——从 2013 年五部委联合发布的《关于防范比特币风险的通知》，到 2017 年发布的《关于防范代币发行融资风险的公告》，再到 2021 年发布的《关于防范虚拟货币交易炒作风险的公告——我国也因此成为明令禁止比特币的国家之一。同时，我国《民法典》第一百四十三条规定了，无效的民事行为中包含了违反法律、行政法规的强制性规定。当“法律行为无效时，不发生当事人依该法律行为所欲实现的法律效果”。[56]而“确定违反法律禁令的法律行为是否有效，关键要对法律禁令进行解释。在解释时，应当以下列原则作为出发点：法律制度必须是没有矛盾的。因此，当法律禁止人们从事某项行为时，那么，就不可能通过法律行为为人们设定从事该行为的义务”。[57]

显然，在对比特币施以全面禁止的情况下，如果再对其设定返还义务，那么将会出现与法律制度相矛盾的窘境。或许反对者会指出，规定所禁止的是比特币的发行、交易和兑换等行为，并未禁止出借亦或者赠与等行为。因而，本案中的出借行为并未违反“禁止性”规定，因而可以对无权占有人设定返还之义务。或者说，即便是出借行为无效，也不影响对比特币返还请求权的行使。而这些问题（出借行为的有效性和所有权的认定）归结起来就是如何看待比特币被禁止的后果——出借人是否对比特币享有所有权。我们知道，法律行为无效时，不发生当事人依据法律行为所欲实现的法律效果，而无效并不妨害发生其他法律行为外的效果（依旧可以行使物上请求权），但如果主张权利人对比特币并不享有法律上的所有权时则另当别论。因此，为更好的回答这一问题，我们需要对比特币的法律属性作出进一步的分析。

（三）不受法律保护的比特币

1. 比特币是一种特殊的物

亦如上文所言，学界虽对虚拟财产（数字货币）等是否属于法律上的物作出了很多论述，但鲜有单独论及比特币的物之属性，毕竟人们普遍将比特币就认定为了虚拟财产。笔者认为，比特币在法律上首先应是一种特殊的物。所谓“物”，在经济学上被定义为“有胜于无的东西”，[58]既包括有形物，例如产品或商品；也包括服务、友情等无形的东西。从经济学和社会学视角上看，比特币因具有商品的“价值”属性，因而可以被视为“物”的范畴。当然，经济上的“物”不同于法律上的“物”。通说认为，法律上的物“系指除人之身体之外，凡能为人力所支配，具有独立性，能满足人类社会生活需要的有体物和自然力”。[59]即在传统

[55] 参见吕睿智：《数字货币的交易功能及法律属性——以暗网中等比特币交易为例》，《法律科学》第 5 期，第 72 页。
[56] 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 460 页。
[57] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2013 年版，第 484 页。
[58] 张五常：《经济解释》，中信出版社 2015 年版，第 97 页。
[59] 王泽鉴：《民法物权》（第二版），北京大学出版社 2010 年版，第 42 页。

意义上，法律所言之“物”应以有体性为前提。如果就此严格意义上看，比特币似乎并不是法律上的物，但事实并非如此。

虽然，物权法律制度上的物，是指有体物或者有形物，并且是能为人力所控制、有利用价值的物。[60]但“随着现代科技的发展，以往看起来不可支配的物也有可能成为民法上的‘物’”。[61]例如，“计算机程序因缺少有体性也不是物，但它们因储存于数据载体中而获得可把握的形式时, 却成为物”；[62]亦或如法定数字货币，其功能属性与钞票完全相同，只是以数字形式来实现支付。[63]同时可以看到，我国《民法典》规定了物包括不动产和动产，就具体何谓“物”并未设定定义性的条文。法律亦没有明确涉及有体物和无体物的分类，但这一物的概念显然是能够容纳无体物的。[64]“因此，我国民法典对于财物并没有恪守物必有体的立场，而包容了无体物”。[65]由此看来，比特币不仅符合了经济社会上物的定义，也在某种层度上（非严格意义上）符合了法律上物的定义。

2. 比特币不是法律上的财产

比特币虽然属于一种特殊的“物”，但并不是被民法所保护的财产。“法律概念上的财产就是一组所有者自由行使物质资料并且其行使权利不受他人干涉的权利束”。当然诚如上文所述，各国对法律上的“财产”之定义各有不同。英美法上的“财产是一组权利。这些权利描述一个人对其所有的资源可能占有、使用、改变、馈赠、转让或阻止他人侵犯”。[66]有别于英美国家，“财产”在我国法律上更多的泛指的是“物”。但“物”不一定就是被民法所保护的“财产”，民法对私有财产的保护应以“合法性”[67]为必要前提。我国《民法典》第二百六十七条也规定了，私人的合法财产受法律保护，禁止任何组或个人侵占、哄抢、破坏。《民法典》第二百六十六条设定了私有财产的保护范围，第二百六十七条设定了法律只保护私人的“合法财产”。

再次以毒品这一特殊的“物”为例。在我国，毒品等违禁品不存在私人所有权，不受国家法律所保护亦没有财产性，不能成为法律上的财产。[68]而上文的论述可知，比特币无论是

---

[60] 参见黄薇主编：《中国人民共和国民法典释义》，法律出版社 2020 年版，第 227 页。

[61] 参见《读典互动 7|民法典上的“物”是什么》，《人民政协报》，https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzAwMzMxMDUxNg==&mid=2650183025&idx=2&sn=15f1fc882a38b9739206737fe753ccac&chksm=833f23aab448aabc13195ccda704149fcc6621c8a18c3beb1db5825d940a0b3b65bc81739f57&scene=27,2022 年 7 月 18 日访问。

[62] [德]鲍尔 • 斯蒂尔纳：《德国物权法》，张双根译，法律出版社 2004 年版，第 22 页。参见《联邦最高法院民事判例集》，第 102 卷，第 135 页。亦可参见王利民：《物权法》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 16 页。

[63] 参见吕睿智：《数字货币的交易功能及法律属性——以暗网中等比特币交易为例》，《法律科学》2022 年第 5 期，第 70 页。

[64] 参见林旭霞：《虚拟财产权研究》，法律出版社 2010 年版，第 72-73 页。

[65] 陈兴良：《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》，《中国法学》2017 年第 2 期，第 149 页。

[66] 参见[美]罗伯特 • 考特、托马斯 • 尤伦：《法和经济学》，史晋川、董雪兵等译，上海三联出版社，第 66-73 页。

[67] 我国《民法典》第二百六十六条规定:私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权。

[68] 参见董玉庭：《盗窃罪特殊对象问题研究》，《长春理工大学学报（社会科学版）》，第 16 卷第 1 期，第 48-49 页。

从对社会和国家的（危害性）不利影响来看，还是从被法律所禁止的层面上，其性质与毒品十分相符，不具备、也不应具备合法性的基础提前。正如物权法并非讨论作为资产的物的本身，而是讨论人对物拥有何种形态的权利。[69]因此，我们对比特币是否为法律上的物的界定，也并非为了单纯讨论其物之属性本身，而是在设定其为法律上的物的前提之下，去分析比特币是否属于民法意义上的财产，以及人们是否因此而享有财产性权利。并且，“严格讲来，一人拥有某物，在法律上的完整表述应是：一人对该物享有所有权。若未在该物上设定所有权，自然谈不上物成为财产的问题”。[70]

3. 持有人不享有所有权

我们可否从对比特币的发行、交易和兑换等行为的禁止，来推定基于比特币的其他行为违法，例如持有、出借或赠予等行为是否有效；或者与其相反，因适用“法无禁止即可为”的私法原则，而认定比特币持有和出借等未被禁止的行为合法？这是一个极为关键的问题。因为，所有权中包含着所有者采用任何一种行为方式的资格，所以在内容上有所限制的物权就不能作为对自己之物的权利，[71]故私人对比特币不享有（民法上的）所有权。[72]事实上，我们通过“案例参考册”中执行法院的论述——“法院在强制执行的过程，应贯彻审执兼顾的原则，以民事判决中比特币的法律认定作为法律适用的基础”[73]——就可以发现，执行法院执行的依据正是一审法院认定申请执行人对比特币享有所有权，而这种“依据”恰恰有悖所有权的定义及内涵，存在明显的逻辑矛盾。

“所有权”是对物的支配权，具有整体性、弹力性、永久性和社会性，“经济财货（尤其是所有权）必须具有转移性”。[74]我国《民法典》第二百四十条亦规定了，所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。所有权的整体性强调了，所有权不是占有、使用、收益和处分等各项权能量的总和，而是对标的物有统一支配的能力，不能在内容或者时间上加以分割。[75]因此，如果持有人对比特币不具备使用、收益和处分的权利，那么也就当然不享有民法上的所有权。自由与限制相伴而成，共同构成了所有权的内容。为了保障国家公共利益和社会共同生活（如禁止毒品、枪炮、管制刀具等），所有权本身也应受到法令的限制（即所有权的社会性）。[76]也就是说，即便是我们不考虑比特币自身的危害性，假定比特币为民法上财产的情况下。那么，鉴于国家已经对比特币的交易、兑换

---

[69] ［日］池田真朗：《民法的精义》（第 5 版），朱大明等译，清华大学出版社 2020 年版，第 28 页。
[70] 马俊驹、梅夏英：《财产权制度的历史评析和现实思考》，《中国社会科学》1999 年第 1 期，第 92-93 页。
[71] 参见［德］古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2013 年版，第 154 页。
[72] “所有权”一词使用甚广，并不是民法上的专有名词，但本文所言“所有权”，即是专指民法上的所有权概念。广义上的所有权，是指政治法律制度中的所有权制度，是调整财产所有关系的法律规范的总称；狭义上的所有权，是指所有人对特定财产所享有的占有、使用、收益和处分的权利，参见黄薇：《中国人民共和国民法典释义》，法律出版社 2020 年版，第 450 页。
[73] 参见“上海高院”官方微博，https://weibo.com/ttarticle/p/show?id=2309404766135274045721，2022 年 7 月 11 日访问。
[74] 王泽鉴：《民法物权》（第二版），北京大学出版社 2010 年版，第 68 页。
[75] 参见王泽鉴：《民法概要》（第二版），北京大学出版社 2011 年版，第 389-390 页。
[76] 参见王泽鉴：《民法物权》（第二版），北京大学出版社 2010 年版，第 113-114 页。

和发行等流通作出了明确的禁止性规定，在不具有可支配性的情况下，比特币的持有人对比特币并不享有物权意义上的“所有权”。

由于民法的所有权是基于所有物而产生的所有权人与他人的财产关系。民法上的所有权，不仅是所有权人对所有物的权利，更为重要的是所有权人与他人的关系。不享有所有权，就不享有依所有权而生的返还原物请求权。据此可见，“案例参考册”中在申请执行人不享有对比特币的所有权的情况下，要求被执行人履行“返还”之义务的物上请求权的做法也是错误的。从另外一个角度看，考虑到比特币对经济的潜在危害性和犯罪行为的隐蔽性，那么站在社会稳定和国家安全的角度，对持有比特币的所有权加以限制或者禁止也是符合社会发展需要的。依此来看，在司法实践中将比特币视为“违禁品”，并以此为参照，将是当前解决此类问题的最优路径；而不是将比特币错误的认定为网络虚拟财产而加以保护。

五、余论

“技术的革新犹如一把双刃剑，也必然催生着乐观者与悲观者的争辩”。[77]未来由比特币所产生的法律问题，绝不仅限于本文所讨论的几种情形，至少在刑事领域我们依旧会面对罪与非罪，此罪与彼罪的认定难题——例如盗窃比特币的行为是否构成盗窃罪（还是应认定为非法获取计算机信息系统数据罪、甚至无罪）？是否具有可支配性和财产上的价值？数额又将如何认定？等等一系列问题仍待学界做进一步的深入研究。当然，笔者同样认为回答以上问题的关键在于是否对比特币自身的法律属性建立了准确的认知。如果我们可以对比特币的法律属性达成共识，那么解决剩下的问题或许并不是困难。本文向读者抛出了一个研究比特币的参照范例——毒品，利用这个“违禁品”的模型，可以帮助我们简化对于比特币的理解。特别是在争论不休的问题上，可以帮助我们摒弃争议迅速把视角回归到比特币的自身上。如果读者看过本文后开始重新审视比特币，亦或者对其有了全新的认知，那么这或许就是本文的最大价值了。

笔者相信，关于比特币问题的争论在短时间内不会停止，特别是以此而衍生的其他“去中心”化数字货币的法律问题将继续萦绕在我们周围。但无论如何，在发起讨论前，我们都应当就其“合法性”的问题作出预先的判断，也只有这样才能使我们的分析过程不至于偏离方向；我们也应当清楚认识到比特币与网络虚拟财产的差异，不至于因概念的相似而迷失。比特币等数字货币与其说是“去中心”，倒不如更直白的说是“去政府”。由此所带来的危害绝不仅仅是其作为货币本身所造成的不利影响，对于政治、安全、经济乃至国际格局的潜在影响要远超我们的预判。当然，我们也高兴的看到，国家已经开始禁止此类货币的发行与流通。这种禁止使得持有人不在享有对其支配的权利，进而也就不再享有法律上的所有权。

[77] 吕睿智：《数字货币的交易功能及法律属性——以暗网中等比特币交易为例》，《法律科学》2022 年第 5 期，第 76 页。

面对这种由非法数字货币所滋生的“权利”，在尚无明确法律依据予以惩罚之时，至少不予保护才是当下最正确的选择。

从 20 世纪 50 年代第一台可编程计算机算起，全球电信革命已经在物质层面上给人们的生活带来了诸多变革性的影响，并为很多古老问题提供了现代化工程学解决方案,[78]这也打破了物理空间和物质的界限，“创造了一个全新的人类活动领域，并损害了基于地理边界而适用法律的可行性与合法性”，“它将虚拟世界与原子构成的‘真实世界’分离开来”。[79]我们不得不承认，新兴技术的出现的确在很大程度上正改变着人们的思维及生活方式，这或许是历史发展的必然趋势。但我们也仍需清楚的认识到，并非所有的新兴技术都是那么的“友善”，至少就比特币这一问题看来，其所带来的风险与挑战远远大于所宣扬的益处。同样，我们也必须清楚在一个技术型的社会里，把问题甩给专家未必有效，因为面对新兴技术，专家也可能处在一个个韦伯式的“铁笼”之中。[80]而我们要做的更多的应该是好好审视这项新技术本身，尤其是在司法实践中，保持谨慎永远比过度乐观更为重要。

[78] 参见[黎]赛费迪安·阿莫斯：《货币未来：从金本位到区块链》，李志阔、张昕译，机械工业出版社 2021 年版，第 160 页。
[79] [美]博西格诺等著：《法律之门》（第 8 版），邓子滨译，华夏出版社 2007 年版，第 790 页。
[80] 参见张笑宇：《技术与文明——我们的时代和未来》，广西师范大学出版社 2021 年版，第 446-448 页。

参考文献

（一）中文期刊：

[1] 杨延超：《论数字货币的法律属性》，《中国社会科学》2020 年第 1 期。

[2] 齐爱民、张哲：《论数字货币的概念与法律性质》，《法律科学》2021 年第 2 期。

[3] 于程远：《论民法典中区块链虚拟代币交易的性质》，《东方法学》2021 年第 4 期。

[4] 赵磊：《论比特币的法律属性——从 Hash Fast 管理人诉 Marc Lowe 案谈起》，《法学》2018 年第 4 期。

[5] 梅夏英、许可：《虚拟财产继承的理论和立法问题》，《法学家》2013 年第 1 期。

[6] 梅夏英：《数据的法律属性及其民法定位》，《中国社会科学》2016 年第 9 期，第 167 页。

[7] 林旭霞：《虚拟财产权性质论》,《中国法学》2009 年第 1 期。

[8] 杨立新：《民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值》，《东方法学》2017 年第 3 期。

[9] 杨立新:《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》，《国家检察官学院学报》2004 年第 6 期。

[10] 王雷:《网络虚拟财产权债权说之坚持——兼论网络虚拟财产在我国民法中的体系位置》，《江汉论坛》2017 年第 1 期。

[11] 马俊驹、梅夏英:《财产权制度的历史评析和现实思考》，《中国社会科学》1999 年第 1 期。

[12] 石杰、吴双全：《论网络虚拟财产的法律属性》，《政法论丛》2005 年第 8 期。

[13] 尹田：《无财产即无人格——法国民法上广义财产理论的现代启示》，《法学家》2004 年第 2 期。

[14] 陈兴良：《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》，《中国法学》2017 年第 2 期。

[15] 杨向华:《网络游戏虚拟财产法律性质浅议》，《湖南公安高等专科学校学报》2004 年第 4 期。

[16] 袁勇、王飞跃：《区块链技术发展现状与展望》，《自动化学报》2016 年第 4 期。

[17] 董玉庭：《盗窃罪特殊对象问题研究》，《长春理工大学学报（社会科学版）》，第 16 卷第 1 期。

[18] 刘保玉等：《物权与债权区分及其相对性问题论纲》，《法学论坛》2002 年第 5 期。

（二）中文专著：

[1] 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版。

[2] 王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社 2010 年版。

[3] 王利民：《物权法》，中国人民大学出版社 2015 年版。

[4] 张五常：《经济解释》，中信出版社 2015 年版。

[5] 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 1996 年版。

[6] 张笑宇：《技术与文明——我们的时代和未来》，广西师范大学出版社 2021 年版。

[7] 周小明：《信托制度比较研究》，法律出版社 1996 年版。

[8] 夏勇主编：《法理讲义——关于法律的道理与学问》，北京大学出版社 2010 年版。

[9] 何为、罗勇：《数字货币来了：比特币、区块链、货币未来》，当代世界出版社 2021 年版。

（三）译著：

[1] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2013 年版。

[2] [德]鲍尔•斯蒂尔纳：《德国物权法》，张双根译，法律出版社 2004 年版。

[3] [德]古斯塔夫•拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2013 年版。

[4] [美]博西格诺等著：《法律之门》（第 8 版），邓子滨译，华夏出版社 2007 年版。

[5] [美]斯科特·夏皮罗：《合法性》，郑玉双、刘叶深译，中国法制出版社 2016 年版。

[6] [美]阿尔文德•纳拉亚南、约什•贝努、爱德华•费尔顿、安德鲁•米勒、史蒂文•戈德费德：《区块链：技术驱动金融》，林华、王勇等译，中信出版社 2016 年版。

[7] [美]罗伯特•考特、托马斯•尤伦：《法和经济学》，史晋川、董雪兵等译，上海三联出版社。

[8] [法]普里马韦拉•德•菲利皮、[美]亚伦•赖特：《监管区块链：代码之治》，卫东亮译，中信出版集团 2019 年版。

[9] [英]约翰•埃莫里克•爱德华•达尔伯格-阿克顿：《自由与权利》，侯健、范亚峰译，译林出版社 2011 年版。

[10] [加]唐塔普斯科特、[加]亚历克斯·唐塔普斯科特：《区块链革命——比特币底层技术如何改变货币、商业和世界》，凯尔、孙铭、周沁园译，中信出版社 2016 年版。

[11] [日]山本敬三：《民法讲义 I 总则》，解亘译，北京大学出版社 2012 年版。

[12] [日]池田真朗：《民法的精义》（第 5 版），朱大明等译，清华大学出版社 2020 年版。

[13] [黎]赛费迪安•阿莫斯：《货币未来：从金本位到区块链》，李志阔、张昕译，机械工业出版社 2021 年版。

（四）外文专著：

[1] Boudewijn Bouckaert ed., Property Law and Economics, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.

和平武器化

尤夫拉吉·乔希著；陆可欣译*

摘要：美国种族正义的反对者经常将对和平、稳定与和谐的渴望作为武器，阻碍种族平等的实现。本文探讨了历史上以及在有关财产、教育、抗议和公共事业的法律案件中和平武器化的问题。这些和平主张往往是在缺乏证据或证据不足的情况下恶意提出的，它们声称要解决的不和谐问题实际上是敌视种族平等的结果。有一段时间，最高法院正是因为这些原因而拒绝了占主导地位的和平诉求。本文进一步记录了和平武器化在当前限制“黑人生命事件”抗议活动、诋毁警察拨款呼吁、取缔批判性种族理论和瓦解“反歧视行动”的尝试中的表现。通过将这些历史和当代论点联系起来，本论文发现，主流的和平逻辑掩盖了亚群体感受到的不公正、挫折和绝望。这篇文章呼吁对和平呼吁进行更仔细的审查，因为和平呼吁的主要作用是扼杀对种族正义的追求，维持不平等的现状。

关键词：种族隔离　黑人民权　平等保护　司法案件　美国宪法

* 尤夫拉吉·乔希（Yuvraj Joshi），加州大学洛杉矶分校法学院普罗米修斯人权研究所副教授，加州大学伯克利分校米勒全球挑战与法律研究所研究学者，英属哥伦比亚大学阿拉德法学院助理教授，耶鲁大学法学院法学博士；陆可欣，上海交通大学。

本文得益于与米歇尔·王尔德·安德森、拉托雅·鲍德温·克拉克、迈克尔·布朗斯坦、卢卡斯·简斯、雷切尔·莫兰、蒂姆·马尔瓦尼和彼得·余的谈话，以及在哥伦比亚法学院的演讲。特别感谢西娅·乌德瓦迪亚、王丽娜、凯特琳·坎宁安的出色研究和编辑协助，以及《哥伦比亚法律评论》编辑，尤其是利克希塔·布奇雷迪加里、杰夫·里瓦斯和亚历克斯·瓦克斯的认真努力。

目录

导言 96

一、和平如何被武器化 99

二、法律案件中的武器化和平 103

（一）财产：布坎南诉沃利案 103

（二）教育：库珀诉亚伦案 106

（三）公园：沃森诉孟菲斯市 109

（四）抗议：考克斯诉路易斯安那州 110

（五）游泳池：帕尔默诉汤普森案 111

三、当前辩论中的武器化和平 115

（一）黑人生命至上运动、反抗议法和反资助战略 116

（二）反种族主义教育、批判性种族理论禁令和反歧视行动诉讼 120

结论：从武器化到公正的和平 122

导言

美国种族正义的反对者经常将所谓的对和平、稳定与和谐的渴望作为武器，阻碍种族平等的进程。在这种武器化的形式下，和平维持了结构性的不平等，就像当时的参议员约翰·卡尔霍恩为奴隶制辩护，认为它对白人和黑人的“和平是不可或缺的”。[1]它还限制了补救措施，就像安德鲁·约翰逊总统呼吁在“和平时期”[2]结束重建。最后，白人公民理事会等组织经常以和平为借口，采取反对种族平等的措施。[3]

本文研究了历史上和平武器化的情况——从奴隶制到种族隔离——以及有关财产、教育、亲子测试和公共事业的法律案件。[4]它还将过去的武器化和平与当前的武器化和平联系起来，如试图限制“黑人的生命”抗议活动、诋毁要求警察拨款的呼声、取缔批判性种族理论以及取消平权法案。通过将这些历史和当代论点联系起来，本文发现，主流的和平逻辑掩盖了从属群体所感受到的不公正、沮丧和绝望。这篇文章敦促人们对和平诉求进行更仔细的审视，因为和平诉求的主要功能是扼杀对种族正义的追求和维持现状的平等。[5]

本文对武器化和平的分析侧重于那些认为种族正义威胁和平的人，为《种族正义与和平》[6]提供了一个补充，后者以黑人活动家为中心，对他们来说，种族正义是实现和平的手段。这些著作共同表明，尽管在美国政治话语中广泛讨论和平，但那些支持和反对种族正义的人

---

[1] 13 Reg. Deb. 2186 (1837)（参议员卡尔霍恩的声明）。同样地，时任阿拉巴马州州长乔治·华莱士 1964 年在为种族隔离辩护时坚称，“白人和有色人种世世代代在南方和平、平等地生活在一起”。见 Letter from George C. Wallace, Governor, Ala., to Miss Martin (Apr. 14, 1964), *in* Gilder Lehrman Collection, No. GLC00295, Gilder Lehrman Inst. Am. Hist., https://www.gilderlehrman.org/sites/default/files/inline-pdfs/T-00295_redacted.pdf [https://perma.cc/E5GJ-VHTK].

[2] Andrew Johnson, An Important Veto Message From President Johnson, N.Y. Times, Feb. 20, 1866, at A1, https://www.nytimes.com/1866/02/20/archives/washington-news-animportant-veto-message-from-president-johnson-he.html (on file with the *Columbia Law Review*).

[3] 从 20 世纪 50 年代开始，这些委员会表面上是为了维护“和平、良好秩序和国内安宁”，但实际上却对一体化发起了全面战争。Euan Hague, *The Citizens' Council*, http://www.citizenscouncils.com [https://perma.cc/9RK7-3FWQ] (last visited Feb. 5, 2023) (internal quotation marks omitted) (quoting the Citizens' Council (Jackson, Miss.), Oct. 1955, at 1).

[4] 虽然这些都很能说明问题，但它们远非唯一出现武器化和平主张的法律背景。在家庭法的语境中，吉尔·哈斯代（Jill Hasday）教授指出，普通法中包庇理论的维护者声称，包庇是“家庭和睦的必要条件”，如果给予妇女自己做决定的自由，妻子们就会“破坏婚姻和谐，引起丈夫激烈的（可能是暴力的）反对，并损害自己的幸福”。见 Jill Elaine Hasday, Protecting Them From Themselves: The Persistence of Mutual Benefits Arguments for Sex and Race Inequality, 84 N.Y.U. L. Rev. 1464, 1500 (2009) (quoting Joseph R. Long, A Treatise on the Law of Domestic Relations 119 (1905)). 在刑法方面，杰米莉亚·摩根（Jamelia Morgan）教授研究了旨在保护公共秩序、和平与安宁的普通法中有关扰乱治安行为的法律，并认为对扰乱治安行为的刑事定罪反映并强化了对哪些行为（以及哪些人）违反社区规范的根深蒂固的歧视性理解。见 Jamelia N. Morgan, Rethinking Disorderly Conduct, 109 Cal. L. Rev. 1637, 1657 (2021).

[5] 虽然本论文侧重于针对种族正义努力的和平武器化，但也有针对有色人种和社区的更广泛的和平武器化。例如有学者研究发现，黑人学生因“扰乱治安”而被洛杉矶学校警察局开罚单的可能性是白人学生的 29 倍，见 Jim Freeman, Daniel Kim & Zoe Rawson, Black, Brown, and Over-Policed in L.A. Schools 28 (2013), https://www.njjn.org/uploads/digital-library/CA_Strategy-Center_BlackBrown-and-Over-Policed-in-LA-Schools.PDF [https://perma.cc/R9WM-R4A3].

[6] Yuvraj Joshi, Racial Justice and Peace, 110 Geo. L.J. 1325 (2022).

对和平的理解并不一致。对和平的解放性理解将正义作为和平的先决条件，而武器化的和平呼吁则扼杀了对正义的追求，以维护不公正的现状。因此，美国社会必须学会区分这些和平诉求。

本论文的分析虽然侧重于美国社会，但也为围绕“过渡时期司法”[7]的国际对话提供了一个有力的例子，说明某些形式的和平实际上如何不利于民主。[8]过渡时期司法的核心讨论之一是如何“调和对正义的合法诉求与对稳定与社会和平的同样合法诉求”。[9]美国的经验告诉我们，并非所有对和平的诉求都同样合法，也并非所有形式的和平都对民主有利。

本文分为三个部分。第一部分介绍了和平诉求武器化的历史初探，说明了关于和平的主流思想以及相关的安宁、稳定、秩序、统一和和谐等概念是如何被经常援引来捍卫奴隶制和种族隔离，抵制重建和民权的。通常情况下，这种“和平”意味着保护白人的财产及其对白人的专有利益，即谢丽尔·哈里斯教授所说的“作为财产的白人”。[10]种族正义被认为是对和平的威胁，因为它可能导致财产破坏和贬值，[11]还因为它可能破坏基于白人种族特权的既定期望。[12]这一历史概述表明，和平的语言与妥协的语言[13]一样，可以为那些阻碍追求种族

---

[7] 过渡时期司法涉及社会如何从暴力和压迫走向和平与正义。虽然成功的过渡需要和平与正义，但当社会面临短期和平与追求长期正义之间的选择时，这些价值观可能会出现紧张关系，这就是国际上所说的“和平与正义的两难选择”。本文是从国际过渡时期司法的角度研究美国种族正义问题的系列论文之一。见 Yuvraj Joshi, Affirmative Action as Transitional Justice, 2020 Wis. L. Rev. 1 (comparing affirmative action in South Africa and the United States to show how integrating affirmative action and transitional justice can advance our understanding of both practices); Yuvraj Joshi, Racial Equality Compromises, 111 Calif. L. Rev. 529 (2023) (using transitional justice theory to demonstrate that American racial equality decisions are compromises); Yuvraj Joshi, Racial Justice and Peace, 110 Geo. L.J. 1325 (2022) (examining American racial equality decisions as versions of the peace versus justice dilemma discussed in transitional justice); Yuvraj Joshi, Racial Time, 90 U. Chi. L. Rev. (forthcoming 2023) (on file with the Columbia Law Review) (discussing the role of time-based arguments in American racial justice struggles); Yuvraj Joshi, Racial Transitional Justice in the United States, in Race and National Security (Matiangai Sirleaf ed., forthcoming 2023), https://ssrn.com/abstract=4088738 [https://perma.cc/5QY4-NR3L] (proposing that the centuries-long oppression of Black Americans necessitates a systematic response through transitional justice); Yuvraj Joshi, Racial Transition, 98 Wash. U. L. Rev. 1181 (2021) [hereinafter Joshi, Racial Transition] (theorizing different approaches to America’s racial transition and evaluating these approaches in light of transitional justice values). 与此相关的是，建设和平涉及社会如何以和平方式解决不公正问题和实现社会转型。有关过渡时期司法与建设和平之间的关系，见 Chandra Lekha Sriram, Justice as Peace? Liberal Peacebuilding and Strategies of Transitional Justice, 21 Glob. Soc’y 579 (2007).

[8] 萨贝尔·拉赫曼（K. Sabeel Rahman）教授将多种族民主描述为黑人和棕色人种作为“政体成员”享有“完全平等地位”的民主。见 K. Sabeel Rahman, Democracy Reform Symposium, 109 Calif. L. Rev. 979, 981 (2021). 通常情况下，武器化的和平形式往往排斥和削弱对黑人地位的考虑。见下文第一部分（讨论社会史中的武器化和平诉求）；见下文第二部分（讨论法律史中的同样情况）。

[9] 有学者讨论了阿根廷军事独裁结束后过渡时期司法提出的问题，见 Paige Arthur, How “Transitions” Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice, 31 Hum. Rts. Q. 321, 323 (2009).

[10] 有学者解释了美国法律如何“保护基于白人特权的既定期望”，见 Cheryl I. Harris, Whiteness as Property, 106 Harv. L. Rev. 1707, 1713 (1993).

[11] 虽然奴役者认为废除奴隶制“颠覆了财产权以及社会的秩序和安宁”，见 Thomas R. Dew, An Essay on Slavery 6 (Richmond, J.W. Randolph 1849)，但种族隔离主义者则警告说，融合会破坏财产价值，从而“破坏种族之间先前存在的友好关系”。见 Brief for Defendant in Error, Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60 (1917) (No. 15-33), reprinted in 18 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 87, 106 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975).

[12] 白人公民理事会等组织警告说，融合会威胁到“几代”南方白人的和平，见下文脚注 46。

[13] 反映出“妥协”的美德标签掩盖了对白人至上主义者的让步如何损害了种族平等的追求，见 Yuvraj Joshi, Racial Equality Compromises, 111 Calif. L. Rev. 529 (2023).

正义的人披上一层美德的外衣。

第二部分展示了法律论据如何经常利用和平来规避种族正义，以及最高法院是如何处理这些论据的。在历史上的大部分时间里，最高法院将和平置于正义之上：例如，普莱西诉弗格森案就是为了“维护公共和平与良好秩序”[14]而维持种族隔离。但在 20 世纪早期至中期，法院在布坎南诉沃利案[15]、库珀诉亚伦案[16]、沃森诉孟菲斯市案[17]和考克斯诉路易斯安那州案[18]等案件中拒绝将和平武器化。至关重要的是，法院之所以这样做，是因为国内和平论点往往是在缺乏证据或证据很少的情况下恶意提出的；它们声称要解决的不和谐问题实际上是敌视种族平等的结果；“公共和平”并不比宪法权利更重要。由于法院驳回了武器化的和平诉求，种族正义的反对者修改了他们的论点。到 20 世纪 70 年代，在帕尔默诉汤普森案等案件中，一个更加保守的法院接受了以和平为借口对种族融合的抵制。[19]

第三部分记录了和平在当今世界的武器化。种族正义抗议者的基本言论权和集会权经常受到反对者的限制，他们试图将抗议者定性为暴力分子，从而使抗议者失去合法性。[20]鉴于 2020 年的抗议活动绝大多数以和平方式进行，这些法律似乎不是为了防止暴力，而是为了防止种族正义起义破坏压迫现状。[21]此外，尽管抗议活动凸显了警察的公然和不受约束的暴行，但全国各地的警察部门还是从那些将维持治安视为和平前提条件的人那里获得了更多的资金和支持。[22]与此同时，公立学校和工作场所禁止批判性种族理论和其他所谓的“分裂观

[14] 163 U.S. 537, 550 (1896)。
[15] 245 U.S. 60 (1917)（推翻了住宅隔离法令）；同样见下文第二部分第（一）节。
[16] 358 U.S. 1 (1958)（要求学校一体化）；同样见下文第二部分第（二）节。
[17] 373 U.S. 526 (1963)（要求公园一体化）；同样见下文第二部分第（三）节。
[18] 379 U.S. 536 (1965)（推翻了对一名民权抗议者的定罪）；同样见下文第二部分第（四）节。
[19] 403 U.S. 217 (1971)（允许关闭水池）；同样见下文第二部分第（五）节。
[20] 对非法集会或民间骚乱加重处罚的立法，见 Meg O’Connor, Republican Lawmakers Are Using the Capitol Riot to Fuel Anti-BLM Backlash, Appeal (Jan. 19, 2021), https://theappeal.org/capitol-insurrection-antiblack-lives-matter-legislation/ [https://perma.cc/6389-NRF2] (documenting legislation expanding penalties for unlawful assembly or civil unrest).
[21] 有学者研究发现乔治·弗洛伊德谋杀案后的种族正义抗议活动绝大多数是和平的，见 Erica Chenoweth & Jeremy Pressman, This Summer’s Black Lives Matter Protesters Were Overwhelmingly Peaceful, Our Research Finds, Wash. Post (Oct. 16, 2020), https://www.washingtonpost.com/politics/2020/10/16/this-summers-black-lives-matterprotesters-were-overwhelming-peaceful-our-research-finds/ (on file with the *Columbia Law Review*).
[22] Grace Manthey, Frank Esposito & Amanda Hernandez, Despite ‘Defunding’ Claims, Police Funding Has Increased in Many US Cities, ABC News (Oct. 16, 2022), https://abcnews.go.com/US/defunding-claims-police-funding-increased-uscities/story?id=91511971 [https://perma.cc/9A7V-765L].

念”，指责这些观念造成不和谐，呼吁公民和平。[23]一项联邦法案被称为《和平法案》。[24]同样，对平权法案的法律质疑也将种族敏感的包容描述为对种族和谐的威胁。[25]

随着武器化和平言论在美国社会的正常化，它使种族正义倡导者对和平提出的更具解放性的理解黯然失色。[26]因此，法官和其他行为者可能会接受占主导地位的群体对和平的主张，而不对其事实和规范前提进行质疑，也不考虑从属群体的和平主张。针对这种倾向，本文的结论概述了一些考虑因素，这些因素应指导法官和其他行为者评估哪些和平诉求是合法的，哪些类型的和平值得拥有。

一、和平如何被武器化

白人也渴望和平与和谐。这就是我们想要的一切。

——参议员詹姆斯-伊斯特兰 1955 年为种族隔离辩护[27]

如果和平意味着接受二等公民身份，我不想要。

如果和平意味着在不公正和邪恶面前闭口不言，我不想要和平。

如果和平意味着安于现状，我不想要和平。

如果和平意味着甘愿在经济上被剥削、在政治上被控制、被侮辱和被隔离，我不想要和平。

——小马丁·路德·金博士 1956 年的布道[28]

几个世纪以来，美国的白人至上主义者通过将压迫现状描绘成和平的，而将追求种族正

[23] Sarah Schwartz, Map: Where Critical Race Theory Is Under Attack, Educ. Week (June 11, 2021), https://www.edweek.org/policy-politics/map-where-critical-race-theory-isunder-attack/2021/06 [https://perma.cc/78BM-FBSK]. 有关此类法律的另一份综合文献，见 CRT Forward, UCLA Sch. L. Critical Race Stud. Program, https://crtforward.law.ucla.edu [https://perma.cc/32XT-RFU2] (last visited Feb. 23, 2023).

[24] Jennifer Schuessler, Bans on Critical Race Theory Threaten Free Speech, Advocacy Group Says, N.Y. Times (Nov. 8, 2021), https://www.nytimes.com/2021/11/08/arts/critical-race-theory-bans.html (on file with the *Columbia Law Review*)；另见 Press Release, Sen. Marco Rubio, Rubio, Cramer, Braun Introduce Legislation to Prohibit Federal Funding of Critical Race Theory in American History and Civics Education (Aug. 9, 2021), https://www.rubio.senate.gov/public/index.cfm/2021/8/rubio-cramer-braun-introducelegislation-to-prohibit-federal-funding-of-critical-race-theory-in-american-history-and-civicseducation.

[25] 参见下文脚注 245-252 及附文。

[26] 参见 Yuvraj Joshi, Racial Justice and Peace, 110 Geo. L.J. 1325 (2022), 1340-47.

[27] Senator James O. Eastland, Address at the Mississippi Association of Citizens' Council Statewide Meeting (Dec. 8, 1955), *in* Ark. Faith, Dec. 1955, at 9.

[28] Martin Luther King, Jr., When Peace Becomes Obnoxious, Sermon Delivered at Dexter Avenue Baptist Church (Mar. 18, 1956), *in* 6 The Papers of Martin Luther King, Jr.: Advocate of the Social Gospel, September 1948–March 1963, at 257, 259 (Clayborn Carson, Susan Carson, Susan Englander, Troy Jackson & Gerald L. Smith eds., 2007) (cleaned up).

义描绘成不和平的，对和平发出了专门的呼吁。19 世纪初，美国奴隶制的维护者呼吁虚构白人奴隶主与黑人奴隶和平共处的场景。在纳特·特纳于 1831 年发动奴隶叛乱之后，威廉玛丽学院院长托马斯·R·杜说，奴隶制对于“改变野蛮人的游荡性格，使其有兴趣培育和平而不是战争”是必要的。[29]他还斥责弗吉尼亚州立法机构中废奴主义者的论点是“狂野和无礼的”，是“对财产权以及社会秩序和安宁的颠覆”。[30]在 1837 年为奴隶制辩护的著名演讲中，约翰·卡尔霍恩称奴隶制是“积极的好东西”，是“两个[群体]的和平与幸福所不可或缺的”。[31]他预言，废除奴隶制将需要“让国家血流成河，让一个或另一个种族灭绝”，并将“把我们作为一个民族来毁灭”。[32]

南北战争后，重建的反对者将黑人平等定位为不相干的问题和对和平的威胁。例如，牧师兼作家威廉·蒙哥马利·布朗在其 1907 年出版的《至关重要的种族问题》一书中呼吁，“为了‘人与人之间的和平与善意’，黑人不应该在这个白人的国家里要求和行使公民权利”。[33]“只要黑人保持[一种]顺从的态度，接受分配给他的‘位置’，某种种族和平就会存在。”金博士后来谈到这个时代时说，[34]“但这是一种令人不安的和平，黑人被迫耐心地屈从于侮辱、不公正和剥削。”[35]

在吉姆·克劳时期，种族隔离主义者声称种族隔离是保持安宁与和谐的必要条件。[36]他们把南方描绘成一个公正和平的社会，被最高法院和全国有色人种协进会等“外部煽动者”摧毁。[37]讽刺的是，他们发出对和平的呼吁，而他们自己却对一体化发起全面战争。[38]最终，种族隔离主义者寻求一种压迫性的“消极和平”，其特点是“没有直接暴力”，并通过种族排斥获得，而“积极和平”的特点是“没有直接和间接的暴力，包括各种形式的‘结构性

[29] Thomas R. Dew, An Essay on Slavery 6 (Richmond, J.W. Randolph 1849), at 24.
[30] 同上，第 6 页。
[31] 13 Reg. Deb. 2186 (1837)（参议员卡尔霍恩的声明）。
[32] 同上。
[33] William Montgomery Brown, The Crucial Race Question；或 Where and How Shall the Color Line Be Drawn 140 (1907).
[34] Martin Luther King, Jr., Nonviolence and Racial Justice, 74 Christian Century 165, 165 (1957).
[35] 同上。
[36] 安德斯·沃克（Anders Walker）教授注意到，种族隔离主义者提倡的种族隔离是改善种族关系和防止种族冲突的“温和”手段（与私刑、强奸和其他形式的暴力以维护白人至上形成鲜明对比）。见 Anders Walker, Diversity’s Strange Career: Recovering the Racial Pluralism of Lewis F. Powell, Jr., 50 Santa Clara L. Rev. 647, 653 (2010).
[37] 102 Cong. Rec. 4461 (1956)（参议员瑟蒙德的声明）。
[38] 关于对布朗和学校融合的“大规模抵抗”，见 Elizabeth Gillespie McRae, Mothers of Massive Resistance: White Women and the Politics of White Supremacy 1–20 (2018)（讨论了白人妇女在维持种族隔离中的作用）。

暴力’，如贫困，饥饿和其他形式的社会不公正”。[39]

1954 年 5 月，布朗诉教育委员会案宣布公共教育中的种族隔离违宪。[40]他们社区的“和谐和普遍福利”使黑人和白色学生有必要在不同的教室上课。[41]融合主义者拒绝这种和平呼吁，认为这是非法的，因为“种族隔离符合习俗和惯例，或被认为是维护公共和平和良好秩序所必需的这一事实”并不使种族隔离在宪法上合法化。[42]融合主义者认为，种族隔离“并不促进公民的‘舒适’，与‘维护公共安宁和良好秩序’毫不相干。”[43]

尽管有布朗案的裁决，但不妥协的种族隔离主义者继续将和平作为武器来抵制融合。[44]例如，密西西比州参议员詹姆斯 • O.伊斯特兰认为，种族隔离是各州“促进和平与和谐种族关系的警察权力”的一部分。[45]1954 年 11 月，路易斯安那州通过了一项修正案，允许使用警察权力来维持隔离学校，以“公共健康，道德，更好的教育，和平和良好秩序”。[46]1956 年，种族隔离主义立法者们签署了《南方宣言》来回应布朗，声称最高法院的判决“破坏了白色和黑人种族之间的友好关系”，从而造成了“爆炸性和危险的局面”。[47]

这些指控在 1963 年得到了回应，当时塞尔玛的白色人在当地的《泰晤士报》上刊登了一个整版广告，宣称：

白色和黑人种族在塞尔玛和达拉斯县和平安宁地共同生活了好几代人；在煽动者毒害我们一些黑人公民的思想的邪恶工作结束后，塞尔玛将继续成为两个种族的家园。[48]

这种“和平与安宁”的说法假定黑人对吉姆 •克劳的满意。作为学生非暴力协调委员会，

---

[39] 参见 Dustin N. Sharp, Addressing Economic Violence in Times of Transition: Toward a Positive-Peace Paradigm for Transitional Justice, 35 Fordham Int’l L.J. 780, 784 n.10 (2012)（引用 Johan Galtung, Violence, Peace, and Peace Research, 6 J. Peace Rsch. 167 (1969)）（总结出区别）；另参见 Wendy Lambourne, Transitional Justice and Peacebuilding After Mass Violence, 3 Int’l J. Transitional Just. 28, 34 (2009).
[40] Brown v. Bd. of Educ. (*Brown I*), 347 U.S. 483 (1954).
[41] Brief of John Ben Shepperd, Attorney General of Texas, Amicus Curiae at 3, Brown v. Bd. of Educ. (*Brown II*), 349 U.S. 294 (1955) (Nos. 54-1, 54-2, 54-3 & 54-5), 1954 WL 72726.
[42] Brief for Appellants in Nos. 1, 2 and 4 and for Respondents in No. 10 on Reargument at 40, *Brown I*, 347 U.S. 483, 1953 WL 78288.
[43] Brief of American Veterans Committee, Inc. (AVC), Amicus Curiae at 14, Brown I, 347 U.S. 483, 1952 WL 82042.
[44] Yuvraj Joshi, Racial Equality Compromises, 111 Calif. L. Rev. 529 (2023).
[45] Senator James O. Eastland, Address at the Mississippi Association of Citizens’ Council Statewide Meeting (Dec. 8, 1955), *in* Ark. Faith, Dec. 1955, at 9.
[46] Neil R. McMillen, The Citizens’ Council: Organized Resistance to the Second Reconstruction, 1954–64, at 60 (1994). 同样地，北卡罗来纳州于 1956 年 7 月颁布了“皮尔索尔计划”（“Pearsall Plan”），为了“帮助维护公共和平”，法院命令一所公立学校合并，学生可以免于在融合公立学校上学。参见 Report of the North Carolina Advisory Committee on Education 11 (1956), https://archive.org/details/reportofnorthcar00nort_0/page/8/mode/2up?q=peace (on file with the Columbia Law Review); Samuel Momodu, The Pearsall Plan (1956–1966), BlackPast (Aug. 31, 2016), https://www.blackpast.org/african-american-history/pearsall-plan-1956-1966/ [https://perma.cc/QTJ5-UVME].
[47] 102 Cong. Rec. 4460 (1956)。
[48] A Declaration of Basic Rights and Principles, Selma Times-J., Sept. 22, 1963, at 5.

一个在学生领导的南方静坐[49]之后成立的民权组织回应说：“也许白人，他们不害怕警察的暴行，报复和私刑，没有法律的追索权，生活在和平中;黑人没有。”[50]一位评论员注意到这一论述，认为：“白色人仍然比以往任何时候都更加热情地相信种族和谐。黑人相信，毫无疑问，种族和谐的代价是他们不可避免地必须付出的代价。”[51]

大约在这个时候，白色公民委员会，一个遍布南方的白色至上主义组织网络，宣布他们的使命是“维护和平，良好秩序和国内安宁”。[52]根据全国有色人种协进会的罗伊·威尔金斯的说法，委员会试图压制暴力，以“将北方的注意力从南方转移到自己的种族问题上”，并“提供‘证据’，证明不包括国家强加的种族隔离的北方生活方式会产生种族冲突，而南方的隔离制度会产生种族和谐”。[53]事实上，《议员报》的时事通讯报道了北方城市的动乱，以显示“与南方和平隔离的城市形成了惊人的对比”。[54]

根据理事会，“在南方，维护和平、良好秩序和国内安宁”需要种族隔离、剥夺公民权和白色至上。在一次筹款呼吁中坦率地概述了这些目标，委员会的塞尔玛分会承诺通过“防止静坐、暴民游行和大规模黑人选民登记工作”来维护“种族和谐”。[55]

最终，这些白色至上主义者将追求种族正义视为本质上的不和平。他们特别指责全国有色人种协进会和最高法院“在以前没有冲突和动荡的地方制造冲突和动荡”，“在以前有善意与和谐的地方制造仇恨和敌意”。[56]阿肯色州总检察长布鲁斯班尼特声称，任何“种族之间的动荡和冲突都可以简单地减少到全国有色人种协进会当地分支机构进行的活动量”。[57]他的“南方和平计划”呼吁通过镇压全国有色人种协进会和其他民权组织来实现“白色和黑人种族之间的和平和谐”。[58]他对全国有色人种协进会提起了登记和税务诉讼，认为尽量减少

---

[49] SNCC，History.com (Aug. 24, 2012)，https://www.history.com/topics/black-history/sncc[https://perma.cc/9FLB-LZVF]。
[50] Memorandum of the Student Nonviolent Coordinating Committee Office, Atlanta, on “A Declaration of Basic Rights and Principles” (on file with the *Columbia Law Review*).
[51] John R. Fry, The Voter-Registration Drive in Selma, Alabama, Presbyterian Life, Jan. 15, 1964, at 12, 17.
[52] Euan Hague, *The Citizens' Council*, http://www.citizenscouncils.com [https://perma.cc/9RK7-3FWQ] (last visited Feb. 5, 2023).
[53] Letter from Roy Wilkins, Exec. Sec'y, NAACP, to J. Edgar Hoover, Dir., FBI (June 20, 1956) (on file with the *Columbia Law Review*).
[54] Washington D.C.—A Haven for Integrationist Hoodlums, Councilor (Ass'n of Citizens' Councils of La., Inc., Homer, La.), Feb. 1958, at 4, 5 (emphasis added).
[55] Dallas County Citizens' Council Advertisement, Selma Times-J., June 9, 1963, at 3. 然而，其他人看穿了这一和平表象：例如，天主教种族间委员会宣布白人公民委员会是对“和平与安全”以及“我们民主生活方式”的威胁，称其为“在南方发起‘仇恨、暴力和恐吓运动’的种族主义组织”。参见 Press Release, Cath. Interracial Council, South's White Citizens Councils Called a National Menace by CIC (Jan. 17, 1957) (on file with the *Columbia Law Review*).
[56] 102 Cong. Rec. 6823 (1956) (statement of Rep. Williams (quoting Rep. Davis)).
[57] Tony Freyer, The Little Rock Crisis: A Constitutional Interpretation 129 (1984) (quoting Ark. Att'y Gen. Bruce Bennett).
[58] Yasuhiro Katagiri, Black Freedom, White Resistance, and Red Menace: Civil Rights and Anticommunism in the Jim Crow South 127–28 (2014) (quoting Ark. Att'y Gen. Bruce Bennett). 因此，阿肯色州第 115 号法案禁止全国有色人种协进会成员的公共就业。参见 Act 115, 1959 Ark. Acts 327, 329.

他们的活动将给“阿肯色州的人民再次带来和平与安宁”。[59]同样，一位三 K 党领导人将种族冲突归咎于最高法院，而不是三 K 党自己的种族恐怖主义，他说最高法院造成了“一种充满炸药的局面……这可能会导致流血事件。”[60]那些呼吁和平的人很容易忽视他们的“和平和谐”概念要求黑人服从，而当前的冲突和动荡是他们自己对布朗的暴力抵抗的产物。

从这一历史概述中，我们可以看到为什么“和平”会成为白色至上主义武器库中的一个受欢迎的工具。由于和平是一种合法的社会价值观，拖延或否认种族正义以维持和平似乎比出于公开的种族敌意或保护主义而这样做更容易接受。通过呼吁和平，捍卫白色霸权的美国人可能会掩盖现状的暴力，以掩盖种族主义动机或保护主义，保护他们和平而不是偏见或自私的自我形象，并将破坏和平的责任归咎于寻求正义的团体。

最后，这些呼吁只涉及改变现状对和平造成的威胁，而不是继续维持现状对和平造成的威胁。然而，不平等现状的持续可能会威胁到短期和长期的和平。[61]因为法律一直是和平武器化的主要场所，这篇文章现在审查种族正义反对者引用安宁，稳定和和谐作为限制种族正义的理由的法律的案件。

二、法律案件中的武器化和平

本部分分析了最高法院如何拒绝将武器化的和平主张作为几种不同情况下歧视性待遇的依据，包括财产权，公共教育，公共公园和公共示威，以及它如何不加批判地接受这种主张作为完全拒绝使用公共游泳池的依据。

（一）财产：布坎南诉沃利案

1914 年 5 月 11 日，肯塔基州的路易斯维尔通过了一项法令，禁止黑人搬到白色居民占多数的街区。[62]该法令的文本规定了种族隔离，以“防止白色和有色人种之间的冲突和敌意”，并“维护公共和平，促进公共福利”。[63]

查尔斯·布坎南是一名白人，他试图将自己在一个以白人为主的街区的房子卖给黑人威廉-沃利，但沃利被禁止居住在那里，因此没有完成出售。[64]布坎南起诉沃利，称路易斯维

[59] Tony Freyer, The Little Rock Crisis: A Constitutional Interpretation 129 (1984).

[60] N.K. Perlow, KKK Leader Warns: ‘We Mean Business’, Nat’l Police Gazette, Aug. 1956, at 5, 32.

[61] 参见 Yuvraj Joshi, Racial Justice and Peace, 110 Geo. L. J. 1325 (2022), at 1340–47. 与此相关的是，这些观点将基于压制社会冲突的消极和平置于追求社会正义的积极和平之上，并将主要种族群体的经历置于优先地位。

[62] Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60, 70 (1917).

[63] 同上，有关类似条例的例子，参见 T.B. Benson, Segregation Ordinances, 1 Va. L. Reg. 330, 330 (1915)（“隔离条例的目的通常表达的是维护和平，防止冲突和两个种族之间的恶感，从而促进城市的福利。”）

[64] Buchanan v. Warley, 245 U.S. at 70.

尔的法令违反了第十四修正案的正当程序条款。[65]

路易斯维尔的律师为该法令辩护，认为它保护了种族和平。[66]他们认为，融合“威胁到社会的和平与良好秩序”，[67]他们声称，一个黑人搬进一个白色街区，只是为了“满足他的过度……抱负……与白色人的社会平等”，将破坏财产价值，从而“破坏两个种族之间先前存在的友好关系”。[68]该市的律师还将维护种族隔离法简单地描述为“白色人维护自己种族的完整和自己社区的和平的责任”。[69]他们的辩护状的结论是，现行法律需要“保护……使社区免于无法无天和破坏和平，这是白色和黑人种族之间过于密切接触的必然结果。”[70]

布坎南驳斥了这种将和平武器化的做法，认为颁布该法令并非出于善意，也不是为了所宣称的目的。[71]相反，制定该法令的“目的是在居住权方面尽可能地将路易斯维尔的黑人公民置于劣势地位，直接违反了第十四修正案的精神，而没有违反其文字。”[72]布坎南认为，黑人的行为并不需要制定这样的法令。[73]的确，黑人被允许与他们的奴隶生活在同一个家里，但不能作为平等的公民与白色邻居隔街相望。[74]相反，正是白色人对种族平等可能性的反应破坏了和平。[75]种族和肤色的偏见是法令的唯一原因。[76]法律不能以和平的名义剥夺黑人的权利，只是为了避免加重白色邻居的非法攻击。[77]

一系列支持一体化的法庭之友简报同样质疑该法令对和平的依赖。例如，全国有色人种协进会的巴尔的摩分支批评了该法令的既定目的，因为根据他们的说法，白色人和黑人住在

---

[65] 同上。
[66] Brief for Defendant in Error, Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60 (1917) (No. 15-33), reprinted in 18 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 87, 106 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975).
[67] 同上。
[68] 同上。
[69] 同上，第 114 页。
[70] 同上，第 118 页。这一论点在某种程度上与财产权如何根据其防止破坏和平的能力而被证明是合理的是一致的。正如斯图尔特·斯特克（Stewart Sterk）教授所观察到的：“至少自亚里士多德以来，法律的思想家们一直认为财产是避免争吵和解决冲突的一种机制。即使是最自由主义的理论家也承认，国家必须在防止世仇和控制暴力方面发挥关键作用。”Stewart E. Sterk, Intellectualizing Property: The Tenuous Connections Between Land and Copyright, 83 Wash. U. L.Q. 417, 431 (2005).
[71] Brief for the Plaintiff-in-Error, Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60, reprinted in 18 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 87, 106 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975), at 3, 37.
[72] 同上，第 38 页。
[73] Brief for the Plaintiff in Error on Rehearing, Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60, reprinted in 18 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 87, 106 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975), at 491, 514–15.
[74] 同上，第 512 页。
[75] 同上。
[76] 同上。
[77] 同上，第 538 页。

一起。[78]此外，该法令前后不一，因为它允许先前存在的居住区融合继续存在，但表面上限制进一步融合，以维护社区和平。[79]然而，案情摘要认为，任何所谓的对和平的“威胁”在两种情况下都同样可能发生。[80]

美国律师协会的附属机构的威尔斯 H.布洛杰特和弗里德雷克 W.莱曼指出，虽然该法令所宣称的目的是维护公共和平，但有报告称，在该法令颁布之前，白人曾使用暴力驱赶搬到附近的黑人。[81]因此，他们认为，颁布该法令的目的并不是为了镇压白人无法无天的暴力行为，而是为了通过法律达到暴力的目的，从而认可促使暴力行为发生的种族主义。[82]辩护状承认，可以实施法律来保护公共和平，但坚持认为这些法律必须符合《宪法》。[83]

最高法院同意这种观点。1917 年，法院在布坎南诉沃利案中推翻了路易斯维尔市的住宅隔离条例。[84]“人们主张，拟议中的隔离将通过防止种族冲突来促进公共和平，”法院谈到，[85]“尽管这很可取，维护公共和平也很重要，但这一目标不能通过剥夺联邦宪法规定或保护的权利的法律或法令来实现。”[86]法院虽然承认“法律无力控制的种族敌视情绪引起了一个严重和困难的问题”，但拒绝通过剥夺公民的宪法权利来解决这个问题。[87]

最终，布坎南的影响力有限。南方的城市通过进一步的和平武器化来藐视裁决。[88]亚拉巴马的伯明翰这样做的理由是，“如果非裔美国人和白人生活在同一个国家，对社区和平的威胁是如此紧迫和严重。”[89]同样，格鲁吉亚的亚特兰大也断言，“种族分区对公共和平、秩序和安全至关重要，并将促进白色和有色人种的福利和繁荣”。[90]此外，布坎南案的基础是

---

[78] Brief of Baltimore Branch of NAACP as Amicus Curiae, Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60, reprinted in 18 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 87, 106 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975), at 217, 233.
[79] 同上，第 236-37 页。
[80] 同上。
[81] Brief of Wells H. Blodgett and Frederick W. Lehmann as Amici Curiae, Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60, reprinted in 18 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 87, 106 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975), at 255, 259–60.
[82] 同上。
[83] 同上，第 297-98 页。
[84] Buchanan v. Warley, 245 U.S. at 82.
[85] 同上，第 81 页。
[86] 同上。
[87] 同上，第 80-81 页。
[88] 参见 Richard Rothstein, The Color of Law: A Forgotten History of How Our Government Segregated America 46–48 (2017)（指出“许多边境和南部城市无视布坎南案的判决”，采取排斥性住房做法，并一直持续到“至少 1987 年”）。
[89] 同上，第 47 页。伯明翰理事会主席补充说，“这件事超越了成文法，为了……种族幸福”同上（省略内部引号）（引用伯明翰市委员会主席的话）。伯明翰的种族分区条例一直持续到 1950 年。同上。
[90] 同上，第 46 页。亚特兰大的城市规划师罗伯特·惠顿（Robert Whitten）于 1922 年写道：“建立有色人种居住区消除了种族冲突的最有力原因之一”，这是“种族分区的充分理由”。（原文变动）（内部引号省略）（引用罗伯特·惠顿）。在 Buchanan v. Warley 案之后，亚特兰大继续使用其种族分区地图“几十年”。同上。

拥有财产的权利，而不是种族平等。[91]因此，它没有推翻普莱西的“隔离但平等”的决定，吉姆·克劳种族隔离制度继续在其之后。

40 年后，类似的问题在 1957 年被称为小石城危机的教育背景下再次出现。这场危机导致了 1958 年具有里程碑意义的库珀诉亚伦案的判决，该判决拒绝了小石城学校董事会为维护“公共和平”而推迟融合的建议。[92]

（二）教育：库珀诉亚伦案

1954 年，布朗诉教育委员会案宣布公共教育中的种族隔离违宪。[93]随着小石城学校董事会宣布分阶段实施布朗的融合计划，当地的种族隔离主义团体，如首都公民理事会和中央高中母亲联盟，[94]他们成功地将煽动的矛头指向了阿肯色州州长奥瓦尔福伯斯，他们拒绝允许小石城中心高中的合并计划。[95]

福伯斯据称试图维持一种消极的和平，他声称这种和平受到融合主义者的攻击。1957 年 9 月 2 日，福伯斯宣布进入紧急状态，因为如果继续合并中央高中，据称“骚乱、暴乱和破坏和平的危险迫在眉睫”。[96]9 月 4 日，学校合并的那天，他从阿肯色州国民警卫队派出部队，阻止 9 名黑人儿童进入学校建筑。[97]这些黑人儿童——被称为小石城 9 人——在福伯斯的行动鼓舞下，面临着白色暴徒的可怕虐待。[98]

总统德怀特 D.艾森豪威尔对福伯斯封锁的回应是，派遣联邦军队到阿肯色州维持秩序，

---

[91] 关于 Buchanan v. Warley 案沿着这些路线的批评，参见 James W. Fox Jr., Black Progressivism and the Progressive Court, 130 Yale L.J. Forum 398, 415–16 (2021).

[92] 358 U.S. 1, 16 (1958)。

[93] Brown v. Bd. of Educ., 347 U.S. 483, 495 (1954).

[94] Karen Anderson, Little Rock: Race and Resistance at Central High School 57 (2010); Graeme Cope, “A Thorn in the Side”? The Mothers’ League of Central High School and the Little Rock Desegregation Crisis of 1957, 57 Ark. Hist. Q. 160, 162, 177 (1998). 参见 Elizabeth Gillespie McRae, Mothers of Massive Resistance: White Women and the Politics of White Supremacy 1–20 (2018) (discussing the role of white women in maintaining Jim Crow), at 185–216（描述了白人妇女在维护种族隔离方面的作用，特别是在巩固小石城种族隔离方面的作用）。

[95] 参见 Johanna Miller Lewis, History of the Alternative Desegregation Plan and the Black Community’s Perspective and Reaction, 30 U. Ark. Little Rock L. Rev. 363, 373–74 (2008)（讨论了种族隔离主义者如何向福布斯施压以阻止融合）。

[96] Courts, 2 Race Rels. L. Rep. 931, 937 (1957) (reprinting Gov. Faubus’s proclamation).

[97] “召集卫队不是为了阻止融合，”福伯斯声称，“而是为了维护社区的和平与秩序。”Crisis Timeline: Little Rock Central High School National Historic Site, Nat’l Park Serv., https://www.nps.gov/chsc/learn/historyculture/timeline.htm [https://perma.cc/R6W9-5698] (last updated Jan. 24, 2022). 在黑人学生到来之前，小石城军区负责人埃德温·渥克少将向中央高中的学生团体保证，“没有人会干涉你们的到来、离开或和平地追求学业。”同上。

[98] 小石城九人包括尼让·布朗（Minnijean Brown）、伊丽莎白·埃克福德（Elizabeth Eckford）、欧内斯特·格林（Ernest Green）、塞尔玛·马瑟希德（Thelma Mothershed）、梅尔巴·帕蒂洛（Melba Patillo）、格洛丽亚·雷（Gloria Ray）、泰伦斯·罗伯茨（Terrence Roberts）、杰斐逊·托马斯（Jefferson Thomas）和卡洛塔·沃尔斯（Carlotta Walls）。参见 Judith Bloom Fradin & Dennis Brindell Fradin, The Power of One: Daisy Bates and the Little Rock Nine 66–68 (2004)（讲述了民权活动家黛西·贝茨（Daisy Bates）和小石城九人的故事)。关于贝茨本人对中央高中整合的回忆，参见 Daisy Bates, The Long Shadow of Little Rock: A Memoir (1962).

保护进入中央高中的黑人学生。[99]密西西比州参议员约翰·斯坦尼斯写信给艾森豪威尔说，种族融合将破坏“两个种族人民之间几代人的和平与和谐合作”。[100]伊利诺伊州众议员诺亚·梅森警告说，“违反或违背社区习俗的法律永远不会带来社会和平与和谐。[101]格鲁吉亚州审计长扎克·克拉维指责艾森豪威尔可以“让这个国家恢复和平与和谐的常态”，但却选择了“灾难”。[102]尽管有这些抱怨，艾森豪威尔还是敦促遵守联邦法院的命令，以便“小石城恢复正常的和平与秩序”。[103]

尽管小石城九校在 1957 年 9 月底得以入学，但小石城教育局后来向法院提出申请，要求将融合推迟两年半。[104]校董会提出了一系列消极的和平诉求，抱怨布朗“宣布了一项远远超前于该地区人民风俗的法律规则，而对其原则的暴力反对已经爆发”。[105]推迟合并将减少“目前高度情绪化的气氛，这种气氛已被证明有利于暴力”，并使人们能够“更好地理解他们所面临问题的性质，从而找到解决问题的方向”。[106]事实上，董事会认为，将黑人学生转到另一所学校将保护他们与正义与和平相关的利益，因为他们的“高中教育不会中断”，而且“他们将免于可预见的精神折磨和身体危险”。[107]

全美有色人种协进会代表中央高中的黑人学生，敦促最高法院拒绝董事会的提议，即“恢复种族隔离教育，作为与不法分子和平相处的条件”。[108]拖延合并将“教会孩子们法院会向暴力低头”，这相当于“教育的彻底崩溃”，比学校教育的任何暂时中断都要糟糕。[109]全美有色人种协进会还指出，进一步拖延将鼓励种族隔离主义者继续试图阻止联邦命令的执行，这

---

[99] President Dwight D. Eisenhower, Radio and Television Address to the American People on the Situation in Little Rock, 1957 Pub. Papers 689, 690 (Sept. 24, 1957).
[100] Telegram from Senator John Stennis to President Dwight D. Eisenhower (Oct. 1, 1957) (on file with the *Columbia Law Review*).
[101] Noah M. Mason, “Civil Rights” Against the Constitution, Hum. Events, July 13, 1957.
[102] Telegram from Zack D. Cravey, Ga. Comptroller Gen., to President Dwight D. Eisenhower (Sept. 5, 1957) (on file with the *Columbia Law Review*).
[103] President Dwight D. Eisenhower, Radio and Television Address to the American People on the Situation in Little Rock, 1957 Pub. Papers 689, 694 (Sept. 24, 1957).
[104] 参见 Brief for the Petitioners, Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958) (No. 58-1), reprinted in 54 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 553, 558, 566 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975).
[105] 同上，第 584 页。委员会的理由是，“它的任务不是维护和平”或“平息”对融合的“反抗”。同上。
[106] Response to Application for Vacation of Order of Court of Appeals for Eighth Circuit Staying Issuance of Its Mandate, for Stay of Order of District Court of Eastern District of Arkansas and for Such Other Orders as Petitioners May Be Entitled to, Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, reprinted in 54 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 553, 547, 551 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975).
[107] See Brief for the Petitioners, Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958) (No. 58-1), reprinted in 54 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 553, 570 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975).
[108] Brief for the Petitioners, Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958) (No. 58-1), reprinted in 54 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 553, 595, 606-07 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975).
[109] 同上，第 602 页。

将“颠覆我们的整个宪法框架”。[110]相反，执行合并将“以明确无误的措辞重申着手取消种族隔离的紧迫性以及所有宪法权利对大小偏执者的至高无上性”。[111]

美国政府还敦促法院驳回消极和平的幻想。副检察长 J.李-兰金提交了一份法庭之友书状，认为“仅仅是民众的敌意”并不能成为“剥夺……和平”的理由。[112]与布坎南案中支持种族融合的辩护状一样，该辩护状强调黑人儿童并没有引起骚乱；相反，由于他们是黑人，他们的存在导致其他人参与抗议。[113]美国也同样担心，安抚小石城的种族隔离主义者“等于公开邀请其他地区的人通过暴力和非法手段公开表达公众的反对意见”。[114]这种可能性尤其令人不安，因为只有少数积极的煽动者破坏了小石城九人的宪法权利。[115]

最终，库珀诉亚伦案驳回了以维护公共和平为由拒绝给予平等的宪法权利。[116]法院澄清说，布朗二世案允许地区法院考虑“相关因素”，这些因素可能成为推迟完全融合的理由，但法院指出，这种分析“当然[]不包括对取消种族隔离的敌意”。[117]法院补充说，地区法院发现中央高中在 1957-1958 学年期间出现骚乱，这“可直接追溯到”阿肯色州立法者和行政官员为抵制布朗案的实施而采取的不允许的行动。[118]法院援引其在布坎南诉沃利一案中的裁决，[119]得出结论认为，尽管公共安宁和秩序很重要，但“这里的法律和秩序不是通过剥夺黑人儿童的宪法权利来维护的”[120]。

尽管库珀提起了诉讼，阿肯色州的官员们仍继续以和平为武器来反对融合。1958 年 8 月 26 日，阿肯色州议会通过了一项法律，允许州长在“必要时”关闭任何学校，以“维持和平”，防止因融合而引发的暴力事件。[121]9 月 18 日，州长福布斯发表讲话警告说：“一旦实现或接近实现完全融合，我们学校的和平、宁静、和谐、自豪感，甚至以前种族之间存在的良好

---

[110] 同上。
[111] 同上，第 603 页。
[112] Brief for the Petitioners, Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958) (No. 58-1), reprinted in 54 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 553, 611, 624 (Philip B. Kurland & Gerhard Casper eds., 1975).
[113] 同上，第 627 页。
[114] 同上，第 628 页。
[115] 同上，第 629 页。
[116] 最高法院于 1958 年 9 月 12 日发布了临时意见，并于 9 月 29 日发布了完整意见。Cooper v. Aaron, 358 U.S., 4-5 & n.*（描述了事件发生的顺序，并全文重印了临时意见）。
[117] 同上，第 7 页。
[118] 同上，第 15 页。
[119] 245 U.S. 60 (1917)。
[120] Cooper v. Aaron, 358 U.S. 16“答辩人的宪法权利不应被牺牲或屈服于因州长和立法机构的行为而产生的暴力和混乱”。同上。
[121] Courts, 3 Race Rels. L. Rep. 869, 869 (1958)（重印了 Faubus’s school closing proclamation）；另参见 Legislatures, 3 Race Rels. L. Rep. 1037, 1037–38 (1958)（重印了福布斯（Faubus）召开特别会议的公告和他在阿肯色州大会上的讲话）。

关系，都将不复存在。”[122]

九天后，小石城人民以 19,470 票对 7,561 票赞成关闭公立学校，而不是取消种族隔离。[123]此外，1959 年的《阿肯色州学生安置法》允许学校董事会考虑让学生转学，部分依据是“破坏和平的可能性”。[124]

（三）公园：沃森诉孟菲斯市

与布坎南一样，库珀也没有阻止城市利用和平来拖延种族融合。当孟菲斯市的黑人居民起诉要求立即取消公共公园和其他娱乐设施的种族隔离时，该市声称自己在遵守法律方面的“诚意”以及“逐步”取消种族隔离的必要性，“以防止种族间的骚乱、暴力、暴动以及社区的混乱和动荡”，从而进行了抗辩。[125]第六巡回法院认可该市“毋庸置疑的诚意”及其维护“孟菲斯所有白人和有色人种公民之间目前友好和平关系”的做法。[126]

然而，孟菲斯黑人在这两方面都对该市提出了质疑。他们向最高法院提交的辩护状认为，事实并不支持该市声称的善意遵守，因为孟菲斯市在法院做出取消种族隔离公园违宪的裁决后又开放了几个新的种族隔离公园和设施。[127]虽然该市的证人“表示担心如果迅速取消种族隔离，混乱、动荡、暴力和流血将随之而来……”[128]相反，公园委员会主席称孟菲斯“没有发生骚乱，是得天独厚的条件”，并指出在任何一体化设施中都没有发生暴力事件。[129]

此外，即使存在真正的暴力威胁，也不能成为推迟一体化的理由。[130]该辩护状援引库珀和布坎南的观点，认为如果在小石城危机中可以进行融合，那么在孟菲斯也一定可以。[131]在口头辩论中，有色人种协进会律师康斯坦丝-贝克-莫特利还说，“[渐进主义]非但不会缩短任何不安和混乱的时期，反而肯定会延长种族动荡和骚乱的时期”[132]。这种观点认为，通过融合和其他措施消除种族不平等，将确保更持久的和平。

法院在沃森诉孟菲斯市一案中宣布，孟菲斯市不能再拖延取消其公共公园和其他娱乐设

---

[122] Excerpts From the Speech of Governor Orval E. Faubus, Governor, Ark., Speech on School Integration, September 18, 1958, Univ. of Ark. Libraries, https://libraries.uark.edu/specialcollections/research/lessonplans/FaubusSpeechLessonPlan.pdf [https://perma.cc/7GA4-J78R] (last visited Feb. 4, 2023).
[123] Crisis Timeline: Little Rock Central High School National Historic Site, Nat’l Park Serv., https://www.nps.gov/chsc/learn/ historyculture/timeline.htm [https://perma.cc/R6W9-5698] (last updated Jan. 24, 2022).
[124] Act 461, § 4, 1959 Ark. Acts 1827, 1829.
[125] Watson v. City of Memphis, 373 U.S. 526, 535 (1963).
[126] Watson v. City of Memphis, 303 F.2d 863, 868, 870 (6th Cir. 1962), rev’d, 373 U.S. 526.
[127] Brief for Petitioners at 20, Watson v. City of Memphis, 373 U.S. 526 (No. 424), 1963 WL 105592.
[128] 同上，第 13 页。
[129] 同上，第 5 页。
[130] 同上，第 14 页。
[131] 同上，第 14-15 页。
[132] Oral Argument at 19:42, Watson v. City of Memphis, 373 U.S. 526 (No. 424), https://www.oyez.org/cases/1962/424 (on file with the *Columbia Law Review*).

施的种族隔离。[133]法院的一致裁决与五年前的库珀案如出一辙，驳回了放慢融合步伐是防止“动乱”所必需的说法，指出“宪法权利不能仅仅因为对其主张或行使的敌意而被剥夺。”[134]此外，它还认为所谓的“担心暴力和骚乱”以及“无力维护和平”只是“市政官员的个人猜测或模糊的不安”。[135]这些官员“只提到了一些匿名信和电话”，“没有具体说明当局没有能力维护和平”。[136]

虽然这些立场与库珀和布坎南表达的立场一致，但沃森可以说在承认积极和平的价值方面走得更远：它的结论是：“种族之间的善意.....可以通过遵守和保护而不是遵守宪法得到最好的维护和扩展。.....通过遵守和保护（而不是剥夺）这里所主张的基本宪法权利，可以最好地维护和扩大种族之间的友好关系”。[137]

在库珀诉亚伦案和沃森诉孟菲斯市案中，法院保护种族融合不受公共和平武器化的影响，而在考克斯诉路易斯安那州案中，法院很快考虑是否可以以公共和平的名义限制种族正义抗议活动。在此案中，法院也遇到了种族隔离主义者关于和平与秩序的类似呼吁，但法院最终以维护宪法权利为由驳回了这些呼吁。

（四）抗议：考克斯诉路易斯安那州

1961 年 12 月 15 日，B.埃尔顿-考克斯牧师领导了一场和平民权示威，并在路易斯安那州巴吞鲁日的午餐柜台发起了静坐示威。[138]当地警长命令考克斯停止静坐，认为静坐扰乱了治安。[139]根据路易斯安那州法律，考克斯被捕并被指控犯有四项罪行（1）共谋犯罪,(2)扰乱治安，(3)妨碍公共通道，(4)在法院前纠察，并被判后三项罪名成立。[140]

在庭审中，法官的裁决取决于对公共和平的武器化解释，他说：“必须承认，将 1500 名有色人种带到以白人为主的[地区]……并敦促这 1500 人离开我们的午餐柜台，坐在那里直到他们得到服务，这本身就是一种危险和破坏和平的行为。.....怂恿这 1500 人到我们的午餐柜台前坐着，直到有人为他们提供服务。”[141]考克斯提出上诉，此案被提交最高法院。路易斯安那州在为定罪辩护时辩称，和平示威不受第一和第十四修正案的保护，与示威地点无关。[142]路易斯安那州还辩称，由于路易斯安那州的相关法律“旨在维护社会的良好秩序”，而

[133] Watson v. City of Memphis, 373 U.S. at 528, 539.
[134] 同上，第 535 页。
[135] 同上，第 536 页。
[136] 同上。
[137] 同上，第 537 页。法院还补充道，“遵守和尊重法律是社会安宁的最佳保障”。
[138] Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536, 538–39 (1965).
[139] 同上，第 543 页。
[140] 同上，第 538 页。
[141] 同上，第 549-50 页（内部引号省略）（引用审判法庭法官的话）。
[142] Consolidated Brief for Appellee at 4–9, Cox, 379 U.S. 536 (No. 24), 1964 WL 81197.

且这些法律对和平与良好秩序的关注“不加区分地适用于纠察或示威团体的成员”，因此这些法律适用于惩罚参加反种族主义示威的考克斯这一事实并不构成宪法问题。[143]

与此相反，考克斯则认为，和平示威的权利必须得到有力的保护。[144]的确，“少数群体越是无权无势，越是受到压迫，和平集会的权利对整个社会就越重要”。[145]他的辩护状解释说，“近年来，在街头采取和平行动，呼吁人们关注歧视的弊端，一直是抗议种族不公的生命线……它往往是获得‘思想自由交流’——言论自由的精髓--的唯一手段”。[146]

辩护状还驳斥了将考克斯的和平抗议定性为暴乱的错误说法。它解释说，虽然下级法院认为骚乱“不可避免”，只有当局及时采取行动才能避免，但证据，包括考克斯鼓励和平抗议的讲话，证明当时并没有发生骚乱。[147]基于这一理解，该辩护状认为，“在示威游行宣扬当局或公众不同意的观点之前就对其减刑，是歧视性地适用法律，既干涉了言论自由，也剥夺了法律的平等保护”。[148]

最终，最高法院于 1965 年推翻了对考克斯的定罪，驳回了路易斯安那州的论点，即由于州证人认为暴力即将爆发，因此定罪应予以维持。[149]法院指出，没有证据表明示威活动中出现了“打架言论”或任何形式的暴力，任何对暴力的恐惧都是基于白人公民在街对面的反应。[150]此外，法院认为，由于对该法规的简单解读将允许对任何和平表达不受欢迎观点的行为定罪，因此根据该法规定罪将侵犯宪法对言论和表达自由的保护。[151]

然而，尽管做出了有利的裁决，大法官们仍将民权抗议者称为“暴民”，并强化了少数群体无权“随时选择在街头巡逻和纠察”[152]的观点，这种对冲导致法律学者哈里·卡尔文写道，法院“对此类抗议形式谨慎而缺乏同情”。[153]这种不同情是最高法院在帕尔默诉汤普森案中重新批判性地接受武器化和平诉求的先兆。[154]

（五）游泳池：帕尔默诉汤普森案

密西西比州杰克逊市在 1962 年宣布种族隔离违宪后，决定关闭而非整合所有公共游泳

[143] 同上，第 8、13 页。
[144] Consolidated Brief for Appellant at 9–10, Cox, 379 U.S. 536 (No. 24), 1964 WL 81196.
[145] 同上，第 10 页。
[146] 同上，第 10-11 页。
[147] 同上，第 27 页。
[148] 同上，第 29 页。
[149] Cox v. Louisiana, 379 U.S. at 558.
[150] 同上，第 550-51 页。
[151] 同上，第 551-52 页。
[152] Harry Kalven, Jr., The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana, 1965 Sup. Ct. Rev. 1, 7.
[153] 同上，第 8 页。
[154] 403 U.S. 217 (1971)。

池。[155]地区法院认为，关闭游泳池的理由是为了维护和平与秩序，同时也因为游泳池无法在综合基础上进行经济运营。[156]第五巡回法院维持原判，但有强烈的反对意见指出，和平是种族隔离的借口："关闭游泳池不是为了促进和平，而是为了防止黑人和白人在同一水域游泳"。[157]

杰克逊向最高法院辩称，将游泳池合并会导致暴力[158]。杰克逊进一步辩称，促进公共安宁和维护经济状况可以成为行使警察权力以维持种族分离的正当理由，只要这种行使不会导致不平等待遇。[159]由于所有居民都将被拒绝进入公共泳池，该市表示，所有种族群体都将因这一决定而受到平等待遇。[160]

哈泽尔·帕尔默和其他黑人居民对杰克逊的说法提出质疑，他们认为安全和经济的借口"只是烟幕弹"，是基于毫无根据的推测。[161]帕尔默等人拒绝接受杰克逊的历史中首先存在任何值得维护的和平的说法，他们解释说："在 100 年的种族隔离期间，唯一建立起来的和平是由占统治地位的白人社会的武力和代表强加给黑人的和平"。[162]

此外，即使杰克逊的担忧属实，也没有理由关闭游泳池。黑人居民援引布坎南诉沃利案和相关案件，引用最高法院自 1917 年以来的判例，重申黑人公民不能因为享有平等地位可能威胁公共和平而被剥夺平等和自由。[163]他们坚持认为，"布朗诉教育委员会案"不仅改变了吉姆·克罗的排他性消极和平，而且使美国走上了"融合与平等之路，而不是隔离与镇压，这是实现最终种族和平的正确宪法方向"。[164]虽然公共游泳池的融合不会引发种族冲突，但帕尔默认为，规避融合会维持种族冲突，因为"长期忍受压迫，而非自由与平等……必然导致暴力动乱"。[165]

美国政府还敦促最高法院驳回杰克逊对公共和平的诉求。[166]美国政府的辩护状认为，无论是声称的对暴力的恐惧，还是无法维护和平，在审判中都没有得到证明，而只是市官员

---

[155] 同上，第 218-19 页。市长艾伦·C·汤普森（Allen C. Thompson）在被要求解释杰克逊（Jackson）在公共交通方面的政策时表示，该市的和平、繁荣和幸福是通过种族分离实现的。参见 Bailey v. Patterson, 199 F. Supp. 595, 611 (S.D. Miss. 1961). 具体到关闭公共游泳池的决定，他引用了"人身安全"和维护法律秩序作为禁止融合的理由。参见 Palmer v. Thompson, 419 F.2d 1222, 1225 (5th Cir. 1969).
[156] Palmer v. Thompson, 403 U.S. at 219.
[157] Palmer v. Thompson, 419 F.2d at 1230 (Wisdom, J., dissenting).
[158] Brief of Respondents at 10, Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (No. 107), 1970 WL 122624.
[159] 同上，第 34 页。
[160] 同上，第 10 页。
[161] Brief for Petitioners at 10, Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (No. 107), 1970 WL 122623.
[162] Reply Brief for Petitioners at 4, Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (No. 107), 1970 WL 122625.
[163] Brief for Petitioners at 21, Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (No. 107), 1970 WL 122623.
[164] Reply Brief for Petitioners at 4, Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (No. 107), 1970 WL 122625.
[165] 同上，第 4 页。
[166] Brief of the United States as Amicus Curiae at 8, Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (No. 107), 1970 WL 122772.

的猜测或含糊其辞；事实上，只有证据表明，从种族隔离到娱乐设施一体化的过渡在过去是和平完成的。[167]该辩护状承认，这种过渡可能需要政府官员考虑与安全和经济有关的问题，但它认为，即使存在这些问题，解决方案也应针对问题的具体情况。[168]虽然可能允许临时关闭公共设施以促进迅速有序地取消种族隔离，但这里没有这样的目标。[169]

美国还警告说，允许关闭游泳池将对反种族主义抗议活动产生寒蝉效应：抗议的代价是高昂的”，现在黑人会发现他们甚至有可能失去使用被隔离设施的机会，并进一步激怒白人社区。因为如果他们抗议种族隔离，他们也将失去使用这些设施的机会。[170]这将进一步巩固压迫性的消极和平，阻碍今后寻求正义的努力。[171]

尽管有这些论点，但 1971 年，最高法院认为，杰克逊关闭而不是合并所有公共游泳池的决定并没有剥夺对黑人居民的平等保护。[172]5 比 4 的多数法官同意请愿人的观点，即维护公共安全、对敌意的恐惧或节省资金的需要不能支持在其他方面不允许的国家行动。[173]然而，多数人不同意关闭白人和黑人游泳池的做法侵犯了任何宪法权利。[174]多数人认为，完全关闭游泳池是允许的国家行为，无论其依据是毫无根据的暴力恐惧。[175]因此，杰克逊市可以简单地以公共和平为由关闭游泳池，法院不会询问该市关闭游泳池是否是为了将黑人和白人隔离开来。[176]相反，反对意见以缺乏证据为由，明确驳回了游泳池无法在一体化基础上经济或安全运行的论点。[177]反对意见认为，以潜在暴力为基础的论点反映了“少数不拘小节者”的观点，他们自称代表杰克逊的全体白人。[178]

通过允许杰克逊市关闭游泳池，帕尔默促成了作家希瑟·麦克吉所说的“枯竭的游泳池政治”——种族化的零和思维，即如果“他们”也能拥有，那么没有人可以。[179]麦克吉描

---

[167] 同上，第 17 页。
[168] 同上，第 18-19 页。
[169] 同上。
[170] Palmer v. Thompson, 403U.S.226.
[171] 同上。
[172] Palmer v. Thompson, 403 U.S. at 226.
[173] 同上。
[174] 同上。
[175] 同上。
[176] 2017 年，特朗普政府援引 Palmer v. Thompson 案，“断然否定其实施穆斯林禁令的意图。”参见 John-Paul Schnapper-Casteras, The Problem with *Palmer*, Take Care (May 7, 2017), https://takecareblog.com/blog/the-problem-with-palmer [https://perma.cc/W5WW-DGLG].
[177] Palmer v. Thompson, 403 U.S. at 241.
[178] 同上，第 260 页。
[179] What “Drained-Pool” Politics Costs America, N.Y. Times: Ezra Klein Show (Feb 16. 2021), https://www.nytimes.com/2021/02/16/opinion/ezra-klein-podcast-heather- mcghee.html (on file with the *Columbia Law Review*)（记录了与 Heather McGhee 的讨论）；另参见 Heather McGhee, The Sum of Us: What Racism Costs Everyone and How We Can Prosper Together 273 (2021).

述了这种不愿意分享资源的态度是如何通过阻止全民医疗保健和儿童保育等政策来损害所有美国人的利益的。[180]尽管美国人的利益一致，但“涸泽而渔”式的政治使他们彼此对立，从而破坏了社会和平。[181]

***

正如这些案例所强调的，种族化的和平诉求经常被用于反对种族正义的法律论据中。根据这些论据，黑人搬入白人聚居区、[182]在一体化教室学习、[183]在公共公园散步、[184]大量坐在白人午餐点[185]以及在公共泳池游泳[186]都对公共和平与良好秩序构成不可接受的风险。

在其历史上的大部分时间里，最高法院都接受这种论点，以维护压迫性的消极和平。[187]然而，在库珀诉亚伦案中，法院认为“法律和秩序不能.....通过剥夺黑人儿童的宪法权利来维护”，[188]这一观点延续了布坎南诉沃利案[189]。相反，通过一种被瑞瓦•西格尔教授称为“通过转变来维护”的动态，种族隔离的“维护”部分是通过将和平论点“转变”为政治上可接受的形式来实现的。[190]一些种族融合的反对者从主张继续隔离公共设施--法院在沃森诉孟菲斯市案中拒绝了这一策略--转向主张完全关闭公共设施这一更容易接受的选择，法院在帕尔默诉汤姆森案中接受了这一策略。[191]然而，在沃森案之后不到十年，在两位新近被尼克松任命的人的投票下，法院在帕尔默案中未能对用来证明关闭游泳池合理性的和平诉求的真实性、目的和效果进行质询。[192]

从这些案例中得到启发，立法者和诉讼人继续在反对种族公正措施的表面中立的论据中将和平作为武器。例如，在“克劳福德诉教育委员会案”中，最高法院维持了《加利福尼亚州宪法》的一项修正案，该修正案剥夺了州法院下令强制取消种族隔离的权力，除非是为了

---

[180] What “Drained-Pool” Politics Costs America, N.Y. Times: Ezra Klein Show (Feb 16. 2021), https://www.nytimes.com/2021/02/16/opinion/ezra-klein-podcast-heather- mcghee.html (on file with the *Columbia Law Review*).

[181] Heather McGhee, The Sum of Us: What Racism Costs Everyone and How We Can Prosper Together 273 (2021), at 289.

[182] 见上文第二部分第（一）节（讨论布坎南诉沃利案）。

[183] 见上文第二部分第（二）节（讨论库珀诉阿伦案）。

[184] 见上文第二部分第（三）节（讨论沃森诉孟菲斯市案）。

[185] 见上文第二部分第（四）节（讨论考克斯诉路易斯安那州案）。

[186] 见上文第二部分第（五）节（讨论帕尔默诉汤普森案）。

[187] 见 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 550 (1896); Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857),（被奴役的一方），被宪法修正案——美国宪法第十四修正案所取代。

[188] Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 16 (1958).

[189] 245 U.S. 60 (1917).

[190] Reva Siegel, Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action, 49 Stan. L. Rev. 1111, 1113 (1997).

[191] 403 U.S. 217, 226 (1971).

[192] 将脚注 191 的案件与 Cooper v. Aaron 案（358 U.S. at 26）和 Watson v. City of Memphis 案（373 U.S. 526, 536 (1963).）相比较。

补救第十四修正案所承认的侵权行为。[193]修正案的文本声称，这是“维护本州及其公立学校的和谐与安宁”所必需的。[194]在一份反对该修正案的法庭之友书状中，玛格丽特-廷斯利和其他学童家长将这一措辞置于历史背景中。[195]他们引用了德雷德·斯科特诉桑福德和普莱西诉弗格森等案件中对和平、安全和良好秩序的提法，认为“在这个国家的历史上，种族和平与和谐的需要一直被用作其他每一个倒退的种族行动的理由”。[196]他们诉诸布坎南-库珀-沃森系列案件，以表明为了排他性的消极和平而放弃正义，在道德上和法律上都是错误的。[197]克劳福德案的多数意见无视这种武器化和平的历史，部分基于加利福尼亚修正案没有体现明确的种族分类这一前提而支持该修正案。[198]相反，马歇尔大法官的反对意见认为，加利福尼亚州的修正案确实体现了种族分类，所谓的“和谐与安宁”的理由是站不住脚的。[199]

武器化的和平诉求往往是在证据有限或质量不高的基础上恶意提出的，这种预期是这一法律历史中与当前辩论相关的众多教训之一。

三、当前辩论中的武器化和平

时至今日，和平诉求仍被用来阻挠在多个领域实现种族正义的进程，包括警察暴力和对黑人和棕色人种社区的过度维持治安、反种族主义教育以及学校中的种族包容。[200]这些当代和平诉求与上文讨论的历史诉求在修辞和功能上都有相似之处。[201]

---

[193] 参见 458 U.S. 527, 531–35 (1982).
[194] Cal. Const. art. 1, § 7(a).
[195] Brief of Amici Curiae Margaret Tinsley et al in Support of Petitioners at 9–10, Crawford v. Bd. of Educ., 458 U.S. 527 (1982) (No. 81-38), 1981 WL 769835.
[196] 同上，第 10 页。
[197] 同上，第 13 页。
[198] Crawford v. Bd. of Educ., 458 U.S. at 543 n.29, 544–45.
[199] Crawford v. Bd. of Educ., 458 U.S. at 559 n.6（马歇尔法官，反对意见）。
[200] 这些主张往往引起人们对侵犯财产和既定期望的关切。见上文脚注 10-12 及附文。
[201] 克里斯托弗·布拉西（Christopher Bracey）教授认为当代“国内不平等”论点的“修辞血统”来源于历史论点，而吉尔·哈斯戴（Jill Hasday）教授则注意到了它们之间在修辞和功能上的相似之处。参见克里斯托弗·A·布拉西（Christopher A. Bracey）教授的作品 The Cul de Sac of Race Preference Discourse, 79 S. Cal. L. Rev. 1231, 1235–36 (2006)与吉尔·哈斯戴（Jill Hasday）的作品 Jill Elaine Hasday, Protecting Them From Themselves: The Persistence of Mutual Benefits Arguments for Sex and Race Inequality, 84 N.Y.U. L. Rev. 1464, 1500 (2009)的比较。本文基于历史上和当代反对种族公正的和平论点在修辞和功能上的相似性，采取了批判的立场。

（一）黑人生命至上运动、反抗议法和反资助战略

在民权时代，种族正义抗议者被贴上“不和平”的标签，以诋毁他们的名声，限制他们集会、发言和要求正义的权利。德里克·贝尔教授指出，对于生活在那个时代的许多白人来说，“确实没有和平的、不具破坏性的民权抗议活动”，因为每一次抗议活动都“代表着对白人至上主义的最具威胁性的挑战”。[202]正如约翰·鲍威尔教授所解释的那样，“骚乱”一词经常被用来描述大多是和平的民权抗议活动，以表达这些活动在当时的许多白人心目中唤起的“混乱感、末日感”。[203]

这种模式延续至今。2020 年乔治-弗洛伊德被谋杀后的一个月内，估计有 1,500 万至 2,600 万美国人因警察杀害黑人而走上街头。[204]虽然面对警察和白人至上主义民兵的野蛮反应，这些抗议者绝大多数是和平的，[205]在媒体文章中，“骚乱”一词的使用非常普遍。[206]：“骚乱”一词的使用是“起义”的 28 倍，是“叛乱”的 175 倍。[207]此外，他们的反对者的言论将这些抗议者贬低为和平的暴力破坏者，而不是对几代反黑人国家暴力感到绝望的社区。例如，唐纳德·特朗普总统称明尼阿波利斯的抗议者为“暴徒”，并威胁要对他们使用军国主

这并不意味着历史和当代的论点完全相同。例如，曾经的主流和平主张带有不同程度的明显种族主义色彩，而现在的类似主张则主要以表面中立或“不分肤色”的措辞在法律框架内提出，这种法律框架在“不分肤色”的面纱下接受种族主义。因此，即使公开的种族主义已被合法化，和平仍然是一个“中立”的原则，种族排斥、不平等和剥夺权利都可以通过这个原则得到合理解释。关于“无肤色偏见”的种族意识形态如何将种族去历史化并使其脱离社会意义，如何掩盖维持种族不平等的做法并使其合法化，以及如何积极地破坏而不是维护宪法对平等的承诺的批判，参见 Kimberlé Williams Crenshaw, Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law, 101 Harv. L. Rev. 1331, 1337 (1988)（“里根政府敌视的主要依据是形式主义的、无视肤色的民权观点。”）；Neil Gotanda, A Critique of “Our Constitution Is Color-Blind”, 44 Stan. L. Rev. 1, 2 (1991)（提出“美国最高法院使用无视肤色的宪法主义助长了白人的种族统治”）；Ian F. Haney López, “A Nation of Minorities”: Race, Ethnicity, and Reactionary Colorblindness, 59 Stan. L. Rev. 985, 988 (2007)（“国家应当最终摒弃一切种族差别，这似乎很难反驳。但就目前的情况来看，这种呼吁几乎完全依赖于将肤色无差别作为未来社会的理想愿景和实现这一目标的手段混为一谈。”）。

[202] Derrick Bell, Race, Racism, and American Law 555 (5th ed. 2004)；另参见 Etienne C. Toussaint, Blackness as Fighting Words, 106 Va. L. Rev. Online 124, 128 (2020)（认为“黑人的生命很重要”这句话本身就容易让人联想到社会动荡、混乱、抢劫和颠覆的形象）。

[203] Katy Steinmetz, ‘A War of Words.’ Why Describing the George Floyd Protests as ‘Riots’ Is So Loaded, Time (June 8, 2020), https://time.com/5849163/why-describing- george-floyd-protests-as-riots-is-loaded/ (on file with the *Columbia Law Review*).

[204] Larry Buchanan, Quoctrung Bui & Jugal K. Patel, Black Lives Matter May Be the Largest Movement in U.S. History, N.Y. Times (July 3, 2020), https://www.nytimes.com/ interactive/2020/07/03/us/george-floyd-protests-crowd-size.html (on file with the *Columbia Law Review*).

[205] Katy Steinmetz, ‘A War of Words.’ Why Describing the George Floyd Protests as ‘Riots’ Is So Loaded, Time (June 8, 2020), https://time.com/5849163/why-describing- george-floyd-protests-as-riots-is-loaded/ (on file with the *Columbia Law Review*)；另参见 Maria Cramer, New York Will Pay Millions to Protesters Violently Corralled by Police, N.Y. Times (Mar. 1, 2023), https:// www.nytimes.com/2023/03/01/nyregion/nypd-kettling-blm-protests-settlement.html (on file with the *Columbia Law Review*).

[206] 同上。

[207] 参见 Yuvraj Joshi, Racial Justice and Peace, 110 Geo. L.J. 1325 (2022), at 1346.

义武力。[208]特朗普的司法部长比尔-巴尔称抗议者的行为是“法西斯主义”，一心想要“推翻制度”[209]。

继 2020 年的这些起义之后，一些州出台了立法，扩大了对非法集会或民间骚乱的处罚，这些法律被称为“反暴乱”或“反抗议”法。[210]联合国消除种族歧视委员会对这些州“近年来在进行反种族主义测试之后，不适当地限制和平集会权利的立法措施和倡议……有所增加”[211]表示关切。佛罗里达州的《打击公共骚乱法》对“骚乱”做出了宽泛的定义，并加重了对抗议期间所犯罪行的处罚，[212]被认为是这种立法模式的典型范例。[213]佛罗里达州州长罗恩·德桑蒂斯认为，有必要制定此类法律，以阻止“一心想在我们的城市制造混乱、制造混乱的职业煽动者”[214]，他的言论与种族隔离主义者如出一辙，后者抱怨南部的和平被有色人种协进会等“外部煽动者”破坏。[215]

虽然佛罗里达州的法案已于 2021 年 4 月签署成为法律，但一项禁令阻止了该法案对“骚

---

[208] Safia Samee Ali, ‘Not by Accident’: False ‘Thug’ Narratives Have Long Been Used to Discredit Civil Rights Movements, NBC News (Sept. 27, 2020), https:// www.nbcnews.com/news/us-news/not-accident-false-thug-narratives-have-long-been-used- discredit-n1240509 [https://perma.cc/NFJ3-B9PR]. 与此形成鲜明对比的是，“黑人生命至上”，组织的当地领导人迈克尔-麦克道尔（Michael McDowell）在 2020 年的抗议活动中说，“明尼阿波利斯（Minneapolis）正在燃烧”，因为“人们正在对暴力制度做出反应”。Yuvraj Joshi, Racial Justice and Peace, 110 Geo. L.J. 1325 (2022), at 1346（原文改动）（省略内部引文）（引用 Holly Bailey, Jared Goyette, Sheila Regan & Tarkor Zehn, Chaotic Minneapolis Protests Spread Amid Emotional Calls for Justice, Peace, Wash. Post (May 29, 2020), https:// www.washingtonpost.com/nation/2020/05/29/chaotic-minneapolis-protests-spread-amid- emotional-calls-justice-peace/ (on file with the *Columbia Law Review*)）。同样地，一名看守自己商店的不愿透露姓名的黑人说：“我们希望看到和平，但现在局势非常紧张。人们现在所感受到的痛苦和事情是多年的积怨。”同上。（原文改动）（省略内部引文）（引用 Holly Bailey, Jared Goyette, Sheila Regan & Tarkor Zehn, Chaotic Minneapolis Protests Spread Amid Emotional Calls for Justice, Peace, Wash. Post (May 29, 2020), https:// www.washingtonpost.com/nation/2020/05/29/chaotic-minneapolis-protestsspread-amid-emotional-calls-justice-peace/ (on file with the Columbia Law Review)）。

[209] Justin Wise, Barr: The Left ‘Believes in Tearing Down the System’, Hill (Aug. 10, 2020), https://thehill.com/homenews/administration/511271-barr-the-left-believes-in- tearing-down-the-system/ [https://perma.cc/Z2WU-HF7T].

[210] Meg O’Connor, Republican Lawmakers Are Using the Capitol Riot to Fuel Anti-BLM Backlash, Appeal (Jan. 19, 2021), https://theappeal.org/capitol-insurrection-antiblack-lives-matter-legislation/ [https://perma.cc/6389-NRF2]；另参见 Kathleen Bartzen Calver & Douglas M. McLeod, “Anti-Riot” or “Anti-Protest” Legislation? Black Lives Matter, News Framing, and the Protest Paradigm, 4 Journalism & Media 216, 216 (2023).

[211] Comm. on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations on the Combined Tenth to Twelfth Reps. of the United States of America, U.N. Doc. CERD/C/USA/CO/10-12, at 6 (Sept. 21, 2022), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FUSA%2FCO%2F10- 12&Lang=en [https://perma.cc/8U38-TW9Y].

[212] H.B. 1, 2021 Leg. (Fla. 2021).

[213] Comm. on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations on the Combined Tenth to Twelfth Reps. of the United States of America, U.N. Doc. CERD/C/USA/CO/10-12, at 6 (Sept. 21, 2022), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FUSA%2FCO%2F10- 12&Lang=en [https://perma.cc/8U38-TW9Y]. 同样地，《迈阿密先驱报》的社论委员会嘲笑佛罗里达州的反抗议立法是“多余的、种族主义的和完全政治化的”，旨在“让黑人生命事务的支持者无论如何和平地走上街头都是危险的”。参见 Editorial, Could Anything Be Worse Than Florida’s Stand Your Ground? Yes, A New, Racist Legislative Proposal, Mia. Herald, Feb. 10, 2021, at A10.

[214] Meg O’Connor, Republican Lawmakers Are Using the Capitol Riot to Fuel Anti-BLM Backlash, Appeal (Jan. 19, 2021), https://theappeal.org/capitol-insurrection-antiblack-lives-matter-legislation/ [https://perma.cc/6389-NRF2].

[215] 参见例如 102 Cong. Rec. 4461 (1956) (statement of Sen. Thurmond).

乱”的定义生效。[216]塔拉哈西的一家联邦地区法院指出，2020 年佛罗里达州的抗议活动“大体上是和平的”，德桑提斯本人也一度承认这一点。[217]法院还将现行法律置于佛罗里达州反暴乱法的更大历史背景中：回顾佛罗里达州使用反暴乱法来维持吉姆·克罗时代的风俗，法院认识到“往事如烟”，并正确地怀疑佛罗里达州与和平相关的主张和提议的“暴乱”定义。[218]

最终，法院认为该法对“骚乱”的定义“含糊且过于宽泛”，侵犯了宪法规定的言论自由和集会自由权以及正当程序保护权。[219]法院还承认，该法将被用来对付抗议种族不公的佛罗里达黑人，但却无法对付那些威胁或伤害和平种族正义抗议者的人，这令人担忧。[220]

一些立法者还以 2021 年白人至上主义者在美国国会大厦的暴动为由，将原本与黑人的命也是命抗议相关的行为定为犯罪，如封锁街道和在州议会外露营。[221]例如，佛罗里达州和其他州颁布了具体的住宅纠察法，以“保护住宅的宁静和隐私，并保护公民免受有针对性的纠察活动的有害影响”。[222]这些法律限制了抗议者在公职人员住宅外集会以要求问责的能力，例如当团体聚集在杀害乔治-弗洛伊德的警官德里克·乔文拥有的奥兰多住宅外时。[223]

以和平为由限制对警察暴行的抗议，忽视了维持治安现状是如何经常侵犯黑人和棕色人种社区的和平的。[224]2023 年 1 月，孟菲斯的警察部队（即“恢复我们社区和平的街头犯罪行动”）杀害了 29 岁的黑人男子泰尔·尼科尔斯。[225]这些警察非但没有促进和平，反而“在他们巡逻的以低收入者为主的社区散布恐惧，记录显示黑人男子是他们的绝大多数目

[216] Dream Defs. v. DeSantis, 559 F. Supp. 3d 1238, 1288 (N.D. Fla. 2021).
[217] 同上，第 1250 页脚注 5。
[218] “现在，本法院面临着‘骚乱’的新定义——这是佛罗里达州立法机构在全国范围内为种族正义……以及支持‘黑人的命也是命’这一强有力的声明而举行的夏季抗议活动之后制定的”。同上，第 1250 页。
[219] 同上，第 1267 页。法院表示，根据佛罗里达州的反抗议法，“少数流氓的违法行为可以有效地将成百上千（如果不是成千上万）守法的佛罗里达人受保护的言论定为犯罪”。同上，第 1284 页。
[220] 同上，第 1256 页。该判决目前正在上诉中。Michael Moline, FL Supreme Court to Help Interpret DeSantis' 2021 Anti-Riot Law, Mia. Times (Jan. 18, 2023), https://www.miamitimesonline.com/news/florida/fl-supreme-court-to-help-interpret- desantis-2021-anti-riot-law/article_fbbdfed6-95be-11ed-9b08-cfbd69ef1cb5.html [https://perma.cc/3PJU-ANZA].
[221] Meg O'Connor, Republican Lawmakers Are Using the Capitol Riot to Fuel Anti-BLM Backlash, Appeal (Jan. 19, 2021), https://theappeal.org/capitol-insurrection-antiblack-lives-matter-legislation/ [https://perma.cc/6389-NRF2]（注意到包括德桑蒂斯（DeSantis）在内的一些州官员引用国会大厦叛乱事件来支持反抗议法，但报道称“专家提出，对抗议活动制定新的刑事处罚的法律肯定会主要针对少数群体——而非极右极端分子”。
[222] House of Representatives Staff Final Bill Analysis, H.B. 1571, 2022 Leg., at 1 (Fla. 2022), https://flsenate.gov/Session/Bill/2022/1571/Analyses/h1571z1.CRM.PDF [https://perma.cc/KXT6-2SPH].
[223] Crowds at Derek Chauvin's Florida Vacation Home Prompt County to Consider Protest Limits, Tampa Bay Times (June 9, 2021), https://www.tampabay.com/news/ florida/2021/06/09/crowds-at-derek-chauvins-florida-vacation-home-prompt-county-to- consider-protest-limits/ [https://perma.cc/FJ9K-7APY].
[224] 参见 Monica C. Bell, Anti-Segregation Policing, 95 N.Y.U. L. Rev. 650, 754–55 (2020).
[225] Mike Baker, Special Memphis Police Unit Was Supposed to Stop Violence, N.Y. Times (Jan. 27, 2023), https://www.nytimes.com/2023/01/27/us/scorpion-unit-tyre- nichols-death.html (on file with the *Columbia Law Review*).

标”。[226]

如今，种族正义的反对者不仅通过法律限制对警察暴行的抗议，还抵制为警察减资的努力，从而将和平武器化。尽管警务工作对黑人和棕色人种社区造成了伤害，但反对者仍将警务工作描绘成和平的先决条件，以此抵制改革努力。例如，为了反击种族正义的呼声“没有正义，就没有和平！”，一个右翼分子组织“警察与和平”在美国各城市竖起了“没有警察，就没有和平”的广告牌。[227]据该组织的执行董事称，这些广告牌表明“美国人希望安全、有保障，并对如何平息暴力有清晰的认识”，“没有警察就没有和平”。[228]特朗普的国土安全部代理部长、前警官在一篇专栏文章中断言：”事实证明，让罪犯更加胆大妄为，同时削弱执法部门，并不是和平与安宁的良策”[229]。在得克萨斯州，州长格雷格·阿博特帮助通过了一项措施，使“城市在财政上不可能为警察提供资金”，前提是这样做会在社区中招致“犯罪和混乱”。[230]这些努力通过将种族正义抗议描绘成不和平的，以及通过淡化警察在引发社会动荡中的作用和夸大警察在维护社会和平中的作用，将和平武器化。[231]

即使维持治安能减少犯罪，但减少犯罪并不总是唯一或最重要的和平利益。社区在免受

---

[226] Steve Eder, Matthew Rosenberg, Joseph Goldstein, Mike Baker, Kassie Bracken & Mark Walker, Muscle Cars, Balaclavas and Fists: How the Scorpions Rolled Through Memphis, N.Y. Times (Feb. 4, 2023), https://www.nytimes.com/2023/02/04/us/memphis- police-scorpion.html (on file with the Columbia Law Review).
[227] Joseph Patrick, “No Police, No Peace” Billboards Are Being Erected in Major Cities Across America, Law Enf’t Today (Sept. 16, 2020), https://www.lawenforcementtoday.com/ no-police-no-peace-billboards-are-being-erected-in-major-cities-across-america/ [https:// perma.cc/82PS-REHS].
[228] 同上。
[229] Chad Wolf & Scott G. Erickson, Opinion, The Deadly Consequences of Emboldening Criminals and Undermining Police, Hill: Congress Blog (Dec. 7, 2021), https://thehill.com/blogs/congress-blog/homeland-security/584795-the-deadly- consequences-of-emboldening-criminals-and/ [https://perma.cc/RW5X-3NB4].
[230] Brenna Goth & Ayanna Alexander, ‘Defund the Police’ in Cities Faces Ire of State GOP Lawmakers, Bloomberg L. (Mar. 16, 2021), https://news.bloomberglaw.com/social- justice/defund-the-police-in-cities-faces-ire-of-state-gop-lawmakers (on file with the *Columbia Law Review*).
[231] 例如，最近的一项研究发现，在至少发生过一起与警察有关的死亡事件的城市中，“黑人的命也是命”的抗议活动要普遍得多。参见 Vanessa Williamson, Kris-Stella Trump & Katherine Levine Einstein, Black Lives Matter: Evidence that Police- Caused Deaths Predict Protest Activity, 16 Persps. on Pol. 400, 406, 409 (2018). 另据估计，在“黑人生命至上”抗议活动后，警方使用致命武力的次数平均下降了 15.8%，导致 2014 年至 2019 年间警方杀人案件减少了约 300 起。参见 Travis Campbell, Black Lives Matter’s Effect on Police Lethal Use of Force 15 (May 13, 2021) (unpublished manuscript), https://papers.ssrn.com/abstract_id=3767097 [https://perma.cc/N2LR-ZSS5]；另参见 Devon W. Carbado, Blue-on-Black Violence: A Provisional Model of Some of the Causes, 104 Geo. L.J. 1479 (2016)（讨论了警务工作如何会加剧而非平息社会动乱）；Hakeem Jefferson, José Luis Gandara, Cathy J. Cohen, Yanilda M. González, Rebecca U. Thorpe & Vesla M. Weaver, Beyond the Ballot Box: A Conversation About Democracy and Policing in the United States, 26 Ann. Rev. Pol. Sci. (June 2023)（讨论了警务如何破坏民主）；Evelyn Skoy, Black Lives Matter Protests, Fatal Police Interactions, and Crime, 39 Contemp. Econ. Pol’y 280, 281 (2021)（“一个州内抗议活动数量的增加与抗议活动后一个月内黑人因遭遇警察而死亡的人数减少有关，但似乎对死亡人数没有更持久的影响”。）。

警务带来的伤害、获得社会资源[232]和基础设施方面也有重大的和平利益。[233]要评估维持治安是否促进和平，必须评估其对更全面的和平利益的影响，并将其与种族正义倡导者提出的维持治安的替代方案进行比较。简单地将警务宣传为维持和平掩盖了警察的危害，转移了对结构性不平等的关注，忽视了倡导者提出的警务替代方案可能更好地促进和平。

（二）反种族主义教育、批判性种族理论禁令和反歧视行动诉讼

在民权时代，种族隔离主义者试图通过阻止民权抗议和黑人选民登记来维护“种族和谐”。[234]如今，统治集团试图通过阻止反种族主义抗议和教育来维护“种族和谐”。[235]与历史上一样，和平武器化在立法中采取“受人尊敬”的形式，在国内恐怖主义行为中则采取激进的形式。例如，最近针对塔夫茨大学多元化系的炸弹威胁指责反种族主义教育“造成了我们国家的分裂”。[236]

截至 2023 年 2 月，已有 44 个州的公职人员采取措施，禁止在公立学校教授他们认为“种族批判理论”和其他“具有分裂性的概念”。[237]例如，俄亥俄州的一项法案将禁止在课堂上教授“具有分裂性或固有的种族概念”，并禁止有关这些概念的教材，其中包括“种族批判理论”、“交叉理论”、“1619 项目”和“多样性、公平和包容学习成果”。[238]

其他法律，如阿肯色州[239]和弗吉尼亚州[240]通过的法律也禁止对“任人唯贤”的概念及其在延续种族不平等方面的作用进行任何批判。[241]一位得克萨斯州的政客在为本州法律辩护时，将种族正义起义描绘成"种族对抗"的力量，“无法无天、暴力、破坏私有财产和小企

---

[232] 关于“制止犯罪和制止警察暴力”之间的权衡，这两者都可以理解为和平利益，参见 Note, Pessimistic Police Abolition, 136 Harv. L. Rev. 1156, 1177 (2023).

[233] 莫妮卡 • 贝尔（Monica Bell）教授指出，我们是如何“生活在一个更关注犯罪统计数据中显示的个人间暴力，而不是不显示的结构性暴力的世界里”。参见 Monica Bell, Black Security and the Conundrum of Policing, Just Sec. (July 15, 2020), https://www.justsecurity.org/71418/black-security-and-the-conundrum-of-policing/ [https://perma.cc/S2QM-PD3K]. 阿莱格拉 • 麦克劳德（Allegra McLeod）教授将废除死刑项目描述为“既揭露现行法律实践中根深蒂固的暴力、虚伪和欺骗，又试图实现和平、弥补过失并更公平地分配资源”。参见 Allegra M. McLeod, Envisioning Abolition Democracy, 132 Harv. L. Rev. 1613, 1615 (2019); 同见 Theresa L. Armstead, Natalie Wilkins & Maury Nation, Structural and Social Determinants of Inequities in Violence Risk: A Review of Indicators, 49 J. Cmty. Psychol. 878 (2021).

[234] 参见上文脚注 51-60 的附文。

[235] 参见 Steve Toth, A Plea for Racial Harmony, Tex. Pub. Pol’y Found. (May 6, 2021), https://www.texaspolicy.com/a-plea-for-racial-harmony/ [https://perma.cc/948V-TE67].

[236] Clara McCourt (@McCourtClara), Twitter (Dec. 14, 2022), https://twitter.com/McCourtClara/status/1603141710892224518 [https://perma.cc/3TVV-MEJ8].

[237] Sarah Schwartz, Map: Where Critical Race Theory Is Under Attack, Educ. Week (June 11, 2021), https://www.edweek.org/policy-politics/map-where-critical-race-theory-isunder-attack/2021/06 [https://perma.cc/78BM-FBSK].

[238] H.B. 616, 134th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Ohio 2022).

[239] Act 1014, 2021 Ark. Acts 4985.

[240] 停止使用本质上具有分裂性的概念，包括批判种族理论，恢复联邦 K-12 公共教育的卓越性，Va. Exec. Order No. 1 (Jan. 15, 2022), https://www.governor.virginia.gov/media/governorvirginiagov/ governor-of-virginia/pdf/eo/EO-1-Ending-the-Use-of-Inherently-Divisive-Concepts.pdf [https://perma.cc/LX8M-6ERM].

[241] 对传统任人唯贤思想的批判，参见 Lani Guinier, The Tyranny of the Meritocracy: Democratizing Higher Education in America 7–17 (2015).

业”取代了“正常生活”。[242]他们的“种族和谐路线图”旨在“防止得克萨斯州的城市成为波特兰和西雅图”，禁止对美国反黑人、种族主义和殖民主义的过去和现在进行任何教育。[243]

处理种族和种族主义问题具有“分裂性”——从而破坏种族和平与和谐——这一主张也影响了平权法案的制定。[244]1978 年，在加利福尼亚大学执政官诉巴克一案中，反对者将平权法案定性为“分裂”社会和“种族对立”的原因。[245]刘易斯·鲍威尔大法官在一份对宪法产生巨大影响的意见书中将他们的反对意见写入法律，认为平权法案“可能会加剧而不是缓解种族和民族对立”。[246]鲍威尔大法官的结论是，平权行动应受到限制，只有在追求学生群体多元化的情况下才允许采取平权行动。[247]他的意见要求平权行动方案使用“多样性”这种具有种族隐蔽性和和解性的语言，而不是“公正”，以避免与白人诉讼当事人对立。[248]

在最高法院目前审理的两起平权法案案件中，这些反对者认为，在录取中对种族的任何考虑，即使是以微妙和局部的方式，既不保证也不排除任何申请人因其种族而被录取，都是“本质上的分裂”。[249]从根本上说，反对者所偏好的“色盲”方法旨在通过否认结构性不平等的存在和否认种族和种族主义在人们生活中的显著性来减少种族不和。[250]同时，他们自己的法律策略也是以煽动种族仇恨为前提的。[251]同样，尽管这些论点看似与吉姆·克罗时代公开的种族隔离主义论点不同，但其功能是相似的：将追求种族包容视为种族和平的障碍。

---

[242] Steve Toth, A Plea for Racial Harmony, Tex. Pub. Pol’y Found. (May 6, 2021), https://www.texaspolicy.com/a-plea-for-racial-harmony/ [https://perma.cc/948V-TE67].
[243] 同上。
[244] 关于平权行动法的发展，参见 Yuvraj Joshi, Racial Indirection, 52 U.C. Davis L. Rev. 2495, 2513–24 (2019).
[245] Brief of Amicus Curiae Young Americans for Freedom at 25, Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978) (No. 76-811), 1977 WL 187991；另参见 Brief Amici Curiae for the Fraternal Order of Police, the Conference of Pennsylvania State Police Lodges of the Fraternal Order of Police, the International Conference of Police Associations and the International Association of Chiefs of Police at 3, Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265 (No. 76-811), 1977 WL 187969（告诫“种族配额及其一切分裂和任意的影响。……成为我们专业和职业的固定特征”）；Brief of the Chamber of Commerce of the United States of America Amicus Curiae at 40, Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265 (No. 76-811), 1977 WL 187976（“配额制会造成分裂，并可能导致种族对立。”）。
[246] Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. at 298–99 (opinion of Powell, J.).
[247] 同上，第 306-12 页。
[248] 同上。
[249] 参见 Transcript of Oral Argument at 34, Students for Fair Admissions, Inc. v. Univ. of N.C., No. 21-707, (Sup. Ct. Oct. 31, 2022), https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2022/21-707_9o6b.pdf [https://perma.cc/53TR- DVKL].
[250] 关于这种“无视肤色的色盲”方法的徒劳和危害，参见 Devon W. Carbado & Cheryl I. Harris, The New Racial Preferences, 96 Cal. L. Rev. 1139, 1146–47 (2008).
[251] 爱德华·布卢姆（Edward Blum）在谈到他在哈佛大学的诉讼时说：“我需要亚裔原告……所以我建立了……HarvardNotFair.org。”参见 Brief for Amicus Curiae Walter Dellinger in Support of Defendant-Appellee on the Issue of Standing at 11, Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard Coll., 980 F.3d 157 (1st Cir. 2020) (No. 1:14-cv-14176- ADB), 2020 WL 2847683.s

结论：从武器化到公正的和平

美国种族正义的反对者经常诉诸于对想象中的暴力的恐惧，以及对脆弱和平的维护，而这种和平是无法支持种族正义的。这些和平诉求在不同的世纪和背景下重复出现，已成为美国政治话语的常态，使其阴险和毫无根据的逻辑更容易被掩盖。

鉴于和平诉求在维护白人至上和抵制黑人平等呼声方面的历史作用，我们应该对那些旨在维护不平等现状和挫败当今种族正义努力的和平诉求持更加怀疑的态度。[252]武器化的和平主张历来为结构性不平等辩护并使之永久化。它们将种族正义视为一种威胁，将限制种族正义视为一种必要，从根本上承诺以虚幻的和平换取黑人继续受奴役。它们还使种族正义倡导者对和平提出的更具解放性的理解黯然失色。武器化和平诉求的这些特点促使人们对其采取更加批判的立场，这一点在布坎南诉沃利案、库珀诉亚伦案、沃森诉孟菲斯市案和考克斯诉路易斯安那州案等案件中都有所体现。从这些案例中，我们可以确定一些考虑因素，以指导法官和其他行为者评估当代和平主张。

首先，是否存在对和平的真正威胁？关于种族正义引发不和与动乱的警告必须有可靠的证据支持，才能被认为具有说服力。但正如上述案例所表明的那样，支持这种可怕说法的证据往往是有限的、劣质的或根本不存在的。例如，联邦调查局的一项调查发现，福布斯州长可能是依靠“谣言、笼统的说法或可靠性未得到充分证实的消息来源”来发布禁止在小石城实行种族隔离的法令的。[253]同样，在沃森诉孟菲斯市一案中，法院认为所谓的“对暴力和骚乱的恐惧”以及“无法维持治安”仅仅是“市政官员的个人猜测或模糊的不安”。[254]在考克斯诉路易斯安那州一案中，法院认为任何对暴力的恐惧都是类似的推测，不足以成为逮捕考克斯牧师的理由。[255]

仅仅是对种族公正的不满或不适并不一定构成对和平的真正威胁。例如，在布朗案的诉

---

[252] 参见 Jill Elaine Hasday, Protecting Them From Themselves: The Persistence of Mutual Benefits Arguments for Sex and Race Inequality, 84 N.Y.U. L. Rev. 1464, 1538 (2009) (quoting Joseph R. Long, A Treatise on the Law of Domestic Relations 119 (1905))（就历史上用来使妇女和少数民族处于从属地位的“互利”论点提出类似的主张）。

[253] FBI, No. 44-12284-2673, Integration in Public Schools: Little Rock, Arkansas: Civil Rights—Contempt of Court, at A-14 (1957), https://arstudies.contentdm.oclc.org/ digital/collection/p15728coll3/id/43898/rec/23 [https://perma.cc/3LEW-U95P]. 历史学家托尼·弗雷尔（Tony Freyer）指出，美国政府从未使用过这份“长达 400 页的报告，其中指出福伯斯关于暴力的说法基本上是毫无根据的”，这让福伯斯更加胆大妄为。参见 Tony A. Freyer, Enforcing Brown in the Little Rock Crisis, 6 J. App. Prac. & Process 67, 72 (2004).

[254] 373 U.S. 526, 536 (1963).

[255] 379 U.S. 536, 550–51 (1965)（“令人信服的答案……是宪法权利不能仅仅因为对其主张或行使的敌意而被剥夺。”（引用 Watson v. City of Memphis, 373 U.S. at 535））。

讼中，一些融合主义者对融合必然导致“公开扰乱公共安宁的直接危险”说法提出质疑。[256]这些融合主义者“并没有天真到不考虑对取消种族隔离进行某种形式抵抗的可能性”，但他们的理由是，“暴力的预言经常被证明是毫无根据的，所以现在说出来也没有多少说服力”。[257]事实上，“小石城危机”表明，将对种族公正的不满或不适上升为真正的威胁，可能恰恰会导致社会动荡。[258]

第二，究竟是什么造成了对和平的威胁？在亚伦诉库珀一案中，上诉法院正确地将种族隔离策略与黑人儿童的融合对立起来，认为这是导致小石城动乱的原因：“更准确的说法是，火灾、破坏财产、炸弹威胁和其他暴力行为是民众反对九名黑人学生在场的直接结果”。[259]法院指出，将黑人学生赶出学校以平息他们并未引起的骚乱是不恰当的法律解决方案。[260]

源于非法负面情绪的骚乱与源于合法情绪的骚乱需要采取不同的方法。[261]在“亚伦诉库珀”案中，上诉法院的意见强调，骚乱是“民众反对九名黑人学生到校的直接结果”，[262]最高法院的意见同样将骚乱追溯到“阿肯色州州长的激烈反对行动”。[263]与此相反，1967年种族骚乱后发布的《克纳委员会报告》指出，少数族裔的不满情绪引发的骚乱值得尊重，因为它推进了法律和正义的要求。[264]据此，克纳委员会建议对就业、教育、福利制度、住房和治安进行改革[265]。比较这些资料可知，与白人种族主义和保护主义引起的动乱相比，针对种族不平等的动乱更具有民主合法性。[266]法律应关注社会动乱的原因和后果，承认某

---

[256] Brief for the Congress of Industrial Organizations as Amicus Curiae at 12, Brown v. Bd. of Educ., 347 U.S. 483 (1954) (Nos. 53-1, 53-2, 53-4, 53-10), 1953 WL 78290.

[257] Brief for Amici Curiae (American Council on Human Rights et al.) at 13, Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954) (No. 52-413), 1952 WL 47260.

[258] 小石城教育局在诉讼中辩称，“福布斯州长的行动]的效果是使反对[合并]计划的核心力量更加强硬……从那时起，对该计划的敌意增加，对学区官员的批评更加尖锐和无节制……从那时起，对该计划的敌意增加了，对学区官员的批评也变得更加尖刻和无节制”。参见 Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 10 (1958)（文内引号省去）。

[259] 257 F.2d 33, 39 (8th Cir. 1958).

[260] 同上。

[261] 政治理论家米哈埃拉·米哈伊（Mihaela Mihai）对“公愤的合法和非法表现形式”进行了区分：

> 我们愤怒的正义感可能会被误导——过于敏感、缺乏证据或可靠论据，或促使我们延续暴力循环。虽然负面情绪可以成为推动社会变革的强大力量，但也可能达到不民主的目的。然而，如果负面情绪是出于对作为政治社会中平等一员的每个人的责任的关注，并且其表达方式不会使社会进一步陷入滥用权力的漩涡，那么它们就能激发重要的辩论，并促进制度性的纠正。参见 Mihaela Mihai, Negative Emotions and Transitional Justice 9 (2016).

[262] *Aaron*, 257 F.2d at 38.

[263] *Cooper*, 358 U.S. at 9.

[264] Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders 5–6 (1967).

[265] 同上，第 11-13 页。

[266] 追踪美国正在发生的极右翼政治暴力事件，武装冲突地点和事件数据报告：

> 助长极右翼活动的战略和驱动力往往具有内在的排斥性，以边缘化的“他者”为目标——有时是明确的暴力目标。这些目标包括被贴上“共产主义者”和“社会主义者”标签的政治反对派、黑人社区、犹太社区、穆斯林社区、LGBT+ 社区、妇女和移民等。即使这种动员策略未能实现某些关键目标——如选举胜利——它们仍会助长争议活动，并增加这些目标社群面临的政治暴力风险。

参见 Roudabeh Kishi, From the Capitol Riot to the Midterms: Shifts in American Far-Right Mobilization Between

些动乱源头比其他动乱源头更合法。

第三，接受武器化的和平诉求会产生什么后果？仅仅因为反对者引起或威胁引起骚乱，就限制种族正义措施，既可能平反，也可能鼓励反抗。亚伦诉库珀一案中的上诉法院指出，“在小石城的‘暂时拖延’等于公开邀请其他地区的人通过暴力和非法手段公然反对”，并拒绝鼓励这种类型的反对。[267]同样，法兰克福特法官的赞同意见也警告说，不要为这种不正当的负面情绪辩护。通过拖延融合，“那些积极阻挠……进步的人似乎得到了平反”，这将导致进一步的阻挠。[268]赋予他们定义和平的权力会使他们能够主宰和剥夺公共领域 269[269]，并将教育等公共产品私有化[270]。

第四，是否有解放和平的诉求超过或抵消了主导群体对和平的诉求？种族正义的倡导者长期以来一直强调，要实现真正的社会和平，就必须伸张正义，并警告说，没有正义，安宁就不会持久。[271]因此，这些倡导者敦促领导人选择解决种族主义问题的持久、积极的和平，而不是回避种族主义问题的虚幻、消极的和平。[272]他们还要求最高法院从避免种族冲突转向确认种族平等是和平的适当基础。[273]然而，即使是库珀诉亚伦案也忽视了在法院内外广泛提出的各种解放和平主张。[274]沃森诉孟菲斯市案是一个鲜为人知的案件，它更接近于承认有色人种协进会关于积极和平的主张！[275]今天，“没有正义，就没有和平！”的口号要求美国进行必要的系统性改革，以建立一个更加和平的美国。[276]这些诉求非常重要，因为它们预示着维持现状所涉及的暴力，以及边缘化社区所感受到的不公正、沮丧和绝望。它们进

2021 and 2022, Armed Conflict Location & Event Data Project (Dec. 6, 2022), https://acleddata.com/2022/12/06/from-the-capitol-riot-to-the-midterms-shifts- in-american-far-right-mobilization-between-2021-and-2022/ [https://perma.cc/P8F6-PZWF].

[267] *Aaron*, 257 F.2d at 40.

[268] *Cooper*, 358 U.S. at 25–26 (Frankfurter, J., concurring).

[269] 参见上文脚注 123-124 及附文（讨论福布斯州长援引公共和平为关闭公立学校辩护）；前注第二部分第（五）节，（讨论杰克逊（Jackson）呼吁公共和平为关闭公共游泳池辩护）。

[270] 例如，当小石城人民投票决定以公共和平的名义关闭公立学校时，“成立了一家私立学校公司，租用公立学校的校舍并聘用公立学校的教师，但联邦法院阻止了这一行动”。参见 Lost Year, Encyc. of Ark., https://encyclopediaofarkansas.net/entries/lost-year-737/ [https://perma.cc/FTK5-YM78] (last updated Jan. 30, 2023). 最终，私立学校“开设以容纳流离失所的白人学生”，但“没有为黑人学生开设私立学校”。同上；另参见上文脚注 123-124。

[271] 参见 Yuvraj Joshi, Racial Justice and Peace, 110 Geo. L.J. 1325 (2022), at 1340–47.

[272] A. Philip Randolph, Lester B. Granger, Reverend Martin Luther King, Jr. & Roy Wilkins, NAACP, A Statement to the President of the United States (June 23, 1958) (on file with the Columbia Law Review).

[273] 参见上文脚注 165-166 及附文。

[274] 参见 Yuvraj Joshi, Racial Justice and Peace, 110 Geo. L.J. 1325 (2022), at 1360–61 (critiquing *Cooper* on these grounds).

[275] 见上文脚注 137 及附文。

[276] 见 Yuvraj Joshi, Racial Justice and Peace, 110 Geo. L.J. 1325 (2022), at 1344–47（讨论了 2020 年起义期间“没有正义！就没有和平！的呼声）。

一步表明，种族从属关系所带来的任何安宁都是虚幻的，“令人厌恶的消极和平”[277]实际上是值得破坏的。

归根结底，武器化的和平诉求之所以有害，正是因为它们阻碍了可能促进长期积极和平的短期消极和平。几十年来，黑人活动家一直将社会不安宁视为通往正义的必经之路。正如金博士所言“黑人要想获得自己的权利而不破坏白人的平静，即使是消除暴力，恐怕也没有办法。”[278]与金博士密切合作的菲利普·伦道夫认为，黑人需要破坏排他性的消极和平，以影响“更关心缓和种族紧张局势而非实施种族民主”的领导人。[279]同样值得铭记的是，在整个南方发生抗议活动之后，国会颁布了 1964 年《民权法案》，禁止在联邦政府支持的项目中实行歧视；在塞尔玛到蒙哥马利的历史性游行之后，国会颁布了旨在消除投票障碍的 1965 年《投票权法案》；在金博士遇刺后的抗议活动中，国会颁布了禁止住房市场歧视的 1968 年《公平住房法案》。[280]美国的经验表明，有些冲突可能是建设性的，甚至是实现一个更加公正的社会所必需的，但并不是每一次和平都值得维护。

---

[277] Martin Luther King, Jr., Letter From Birmingham Jail (Apr. 16, 1963), https://www.africa.upenn.edu/Articles_Gen/Letter_Birmingham.html [https://perma.cc/D9SR-9G97]. 基于对这封信的解读，拉妮·吉尼尔（Lani Guinier）和杰拉德·托雷斯（Gerald Torres）认为，“种族和平代替种族正义是拖延种族正义的秘诀”。参见 Lani Guinier & Gerald Torres, The Miner’s Canary: Enlisting Race, Resisting Power, Transforming Democracy 295 (2003).

[278] Martin Luther King, Jr., Address Delivered to the Southern Christian Leadership Conference: The Crisis in America’s Cities (Aug. 15, 1967), *in* The King Issue, Atlantic (Mar. 31, 2018), https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2018/02/martin-luther-king-jr- the-crisis-in-americas-cities/552536/ [https://perma.cc/7SEM-2ALN].

[279] A. Philip Randolph, Remarks at the March on Washington (Aug. 28, 1963), *in* St. Augustine Rec., https://www.staugustine.com/story/news/2013/08/20/philip-randolphs- 1963-march-washington-speech/15818957007/ [https://perma.cc/D3V5-66DC].

[280] Timeline of the American Civil Rights Movement, Encyc. Britannica (Jan. 13, 2023), https://www.britannica.com/list/timeline-of-the-american-civil-rights-movement [https://perma.cc/XV3V-QCWU]（记录了这些法律的颁布情况）。

描绘内幕交易法的未来：边界、漏洞和对策

小约翰·C. 科菲著；金奕州译*

摘要：现行的内幕交易法存在着缺漏与不完善的地方，未将无意获取内幕信息的接收者等情形纳入到内幕交易规制的范围当中。在成文法尚未改变的前提下，SEC 应基于自身的权力制定 10b5-3 和 10b5-4 规则以完善现行法律中在定义“欺骗”要件的不足。上述规则的提出，在弥补现有漏洞的同时，合理得扩大了现有内幕交易的规制范围，且维护了市场效率。

关键词：内幕交易法　10b5 规则　美国证券交易委员会

* 小约翰·C.科菲，哥伦比亚大学法学院；金奕州，华东政法大学国际金融法律学院。

目录

引言 128

一、法律的漏洞 132

（一）无意的信息提供者/投机取巧的信息接收者 133

（二）非欺骗性“窃取”商业信息 135

（三）“老鼠仓”（Warehousing）和选择性披露 135

二、潜在理论 136

（一）市场欺诈理论 136

（二）丢失或被盗信息的保密义务 138

（三）Dorozhko 案的立法转化 142

（四）代理重述 143

（五）故意违反《公平披露规则》 144

三、评估 145

（一）过度定罪 145

（二）对市场效率的影响 145

（三）联邦制 147

结论 148

现行法律关于内幕交易的规定显然是不合理的，因为它存在着如“华盛顿拱门”般大小的缺口和漏洞。举例而言，如果一个小偷闯入你的办公室，打开了你的文件，得知了尚未公开的重要信息，并基于上述信息进行交易，那么根据现行法律，由于他并没有违反信义义务，因此可以免于承担内幕交易的责任。但是，仅规定负有信义义务的受托人承担责任的界限而不尝试去追究小偷的行为，这似乎不合情理。这在理论上，也难以得到支持。

美国最高法院在 SEC v. Dirks 和 United States v. O'Hagan 案中所采用的基本方法是：(i) 违反内幕交易禁令的行为具有“欺骗性”（1934 年《证券交易法》第 10(b)条中使用的术语），(ii) 交易具有“欺骗性”，且此种交易在性质上与未履行信息披露义务相当。此种方法能够列举部分可能被视为欺诈性的、且违反了 10b-5 规则的未履行信息披露的义务类型，但并未穷尽所有的情形。许多窃取或盗用商业机密信息的行为都很容易被认为具有足够的欺骗性，从而违反 10b-5 规则。更普遍（也更有争议）的是，普通法中关于遗失物拾得人的规则（一般将拾得人视为真正所有者的受托人）可被用来证成信息知情人负有不得利用无意中泄露或未经本人授权而泄露的信息进行交易的义务。然而，现行法律并没有普遍地禁止电脑黑客和其他盗用信息的知情人，因为他们并未实施虚假陈述，且并未向信息的提供者（tipper）给予补偿。

本文尝试探讨如何制定更加连贯、一致的禁止内幕交易规则的可行方法。文章假定在成文法律缺失的情形下（甚至可能使问题更加严重），美国证券交易委员会（U.S. Securities and Exchange Commission，以下简称“SEC”）拥有更广泛的自由裁量权去制定规则。（正如它在 2000 年通过 10b5-1 和 10b5-2 规则时所做的那样），且相关的具体规则也已被提出。

同时，本文也承认改革的目标不应该是实现信息获取的完全平等，试图将内幕交易的范围扩大到所有不恰当泄露信息的情况无疑会付出高昂的成本。因而，本文认为，无论从理论上还是政策上来说，围绕“欺骗”要件展开进而加以完善应是本次改革的目标。

引言

从本质上讲，普通法是存在着路径依赖的。因此，枝曲则树斜。在很大程度上，法律规则一旦度过了它发展的萌芽期，它未来的发展轨迹会受到普通法概念有限可塑性所设定的边界的限制。规则当中的缺漏可能会被填补，一些关键术语可能会被重新解释；但是，发生根

本性的变化是不太可能的。从这个角度看，由于内幕交易法主要是由法官通过判例制定的[1]，且已经过了其初步形成的时期[2]，因而，它似乎会特别受到这些限制的影响。[3]

尽管如此，普通法概念仍具有可塑性和扩展的可能性。对于内幕交易法而言，或许可以从普通法中衍生出公开披露或者禁止交易的义务，但还没有一篇文章认真探讨过这些可能性。本文将探讨其中的一些可能性，但本文之目的并非最大限度地扩张内幕交易禁令适用的范围。相反，本文旨在对现有的工具进行评估。

值得注意的是，由于一些判决似乎已放宽了旧有的理论限制，禁止内幕交易的范围有所扩大。实际上，这些放宽限制的判决已经使证券执行诉讼中的天平向有利于政府的方向倾斜。法律的扩张主要沿着两条不同的路径展开：（1）额外的义务已被确认，违反这些义务即违反第 10b-5 条规则[4]；（2）不违反信义义务的欺骗行为也被认定违反了第 10b-5 条规则。[5]

Donald Langevoort 教授、Stephen Crimmins 教授、Edward Greene 教授和 Olivia Schmid 教授在他们为本研讨会撰写的精彩文章中仔细分析了这些判决的具体内容，但本文将以最近

---

[1] 参见 Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores, 421 U.S. 723, 737 (1975)（将 10b-5 规则恰当地描述为“一棵司法橡树，它不过是从立法的橡子上长出来的”）。然而，10b-5 规则也是通过行政规则的制定而成长起来的，本文将建议，填补法律空白的最合理方式是通过 SEC 制定的规则。10b5-1、10b5-2 规则是此类行政漏洞填补的主要范例，它们界定了如今属于第 10b-5 条规则的范畴的重要事实模式（但并非总是如此）。参见 17 C.F.R. §§ 240.10b5-1, -2 (2013). 这两条规则显然都是为了推翻对 10b-5 规则作狭义解释的司法判决。将 United States v. Chestman, 947 F.2d 551, 568 (2d Cir. 1991)（认为丈夫与妻子之间的关系不构成信托关系）与 Rule 10b5-2(b)(3), 17 C.F.R. § 240.10b5-2(b)(3) (2013)（宣布配偶对彼此负有“信任或信赖责任”，违反这种义务可能违反 10b-5 规则）进行比较。

[2] 自 SEC 在 Cady, Roberts & Co., Exchange Act Release No. 6668, 40 S.E.C. 907 (Nov. 8, 1961) 一案中做出裁决已经过去了 50 多年，在该案中，时任主席威廉-凯里首次对禁止内幕交易做出了实质性定义，制定了针对内幕人士的“披露或回避”标准。

[3] 在 Stoneridge Investment Partners, LLC v. Scientific-Atlanta, Inc., 552 U.S. 148, 165 (2008) 和 Janus Capital Group, Inc. v. Derivative Traders, 131 S. Ct. 2296, 2302 (2011) 案中，法院在解释 10b-5 规则（内幕交易禁令的权威来源）的判决中强调，“对司法设立私人诉因的担忧提醒我们不要扩大其范围”。简而言之，法官制定的法律必须被解释为“狭义的”。见 Stoneridge, 552 U.S. 第 167 页。尽管如此，如果法院关注的是私人诉讼的问题，那么扩大内幕交易禁令本身不应加剧这种担忧，因为内幕交易很少通过私人诉讼执行，而是通过刑事诉讼和 SEC 执行。

[4] SEC v. Cuban 案就是一个典型的例子，该案原则上承认法律义务可由合同产生，违反合同项下的义务将违反 10b-5 规则。SEC v. Cuban, 634 F. Supp. 2d 713 (N.D. Tex. 2009)。被告声称，只有国内法所承认的受托人违约行为的才能构成违反第 10b-5 条规则。同上，第 726 页。保守派的法律教授长期以来一直认为，只有这种基于州法的违法行为才属于违反 10b-5 规则的行为。Stephen A. Bainbridge, Incorporating State Law Fiduciary Duties into the Federal Insider Trading Prohibition, 52 WASH. & LEE L. REV. 1189, 1267 n.320 (1995). 但是 10b5-2 规则如今已承认“信任或保密义务”可以以合同或“对信息保密”的协议为基础。见 Rule 10b5-2(b)(1)，17 C.F.R. § 240.10b5-2(b)(1) (2013). 迄今为止的判决大多支持该规则。见 SEC v. Yun, 327 F.3d 1263, 1273 (11th Cir. 2003)（承认“违反维护商业机密的协议”也足以支持内幕交易责任）；SEC v. Lyon, 529 F. Supp. 2d 444, 452-53 (S.D.N.Y. 2008). 然而，在 SEC v. Cuban 案中，法院对同意保密和同意不进行交易进行了曲折的区分。SEC v. Cuban, 634 F. Supp. 2d at 729-31. 法院认为，第 10b5-2(b)(1)条规则“试图将挪用理论建立在缺乏不使用条款的单纯保密协议之上”是不恰当的。同上，第 730-31 页。然而，第五巡回法院对同意保守机密与同意不进行交易之间的这种区别持怀疑态度，并将其撤销和发回重审。SEC v. Cuban, 620 F.3d 551 (5th Cir. 2010). 在 United States v. Whitman，地区法院的观点远远超出了 Cuban 案，认为 10b-5 规则并非基于州法的信义义务理论，而是基于联邦普通法。United State8 v. Whitman, No.12 Cr. 125 (JSR), 2012 U.S. Dist. LEXIS 163138, at *14-16 (S.D.N.Y. Nov.14, 2012). 在联邦法律所管辖的领域，SEC 规则的作用不仅仅局限于概括或是扩大内幕交易禁令的适用范围。

[5] 见 SEC v. Dorozhko, 574 F.3d 42 (2d Cir. 2009)（详见下文脚注 7、28、54-62 及其相关内容）。

内幕交易禁令适用范围的扩张为起点，提出以下问题：在可预见的未来，在立法尚未改变的情形下，内幕交易理论发展的可能性还有多少？更具体地说，判例法在未来十年会如何演变？10b-5 条规则的规制范围是否有可能扩展到任何获取并利用重大非公开信息进行交易的主体？

这篇文章有既有描述性，也有规范意图。首先，它将填补现有内幕交易法的空白；然后，本文将尝试在不制定或者修改法律的前提下，通过行政法规的方式以扩大规制的范围。此种路径的改革范本是参照 SEC 在 2000 年通过颁布 10b5-1 和 10b5-2 规则，成功地扩大了 10b-5 规则的范围来展开的。[6]推动本文研究的一个必须明晰的前提是：当前内幕交易禁令规制的范围是不确定且不周延的。严重的信息滥用案例没有被涵盖，而罪责较轻的滥用案例却被定为刑事犯罪。从长远来看，禁止内幕交易的范围需要更加合理化。

为了理解这一角度，我们不妨从最近的三项判决开始，对当前内幕交易法中规制范围的外延进行梳理。在第一个案例中，即 SEC v. Dorozhko 案[7]，第二巡回法院的判决为起诉那些利用重大非公开信息进行交易的人创造了可能性，只要他们是通过“欺骗”手段获得的重大非公开信息就应受到规制，即使他们没有违反信托（或类似的保密）关系。接下来的问题是，如何判断这种“欺骗”手段所达到的最低限度。如果其他人错误地以为被告是他们团队的一员，导致被告无意地听到了他们在电梯或酒吧里的长时间对话，而被告并未选择披露这一信息，这是否也可以被认为是“欺骗”？

第二个案例 SEC v. Obus[8]当中，第二巡回法院似乎放宽了之前的标准。之前的判例要求，内幕信息提供者（Tipper）和内幕信息接受者（Tippee）必须存在事实上的合谋，其中，内幕信息提供人故意提供重要信息以使知情人受益（或者(1)作为接收者给予提供者的经济利益的回报；或者（2）作为提供者给接收者的赠与）。）[9]如今，根据 Obus 案的判决，即使内幕信息的接收者没有给予提供者任何好处，只要接收者“有理由知道”提供者在传达信息

[6] 这些规则与《公平披露规则》（Regulation Fair Disclosure）一起于 2000 年通过，后者有选择性地禁止选择性披露。见 Selective Disclosure and Insider Trading, Exchange Act Release No. 7881, 73 SEC Docket 3 (Aug. 15, 2000).

[7] SEC v. Dorozhko, 574 F.3d at 51. 在 SEC v. Dorozhko 案中，被告似乎入侵了汤姆森金融公司的安全服务器，从而获得了 IMS Health, Inc.（该公司曾聘请 Thomson Financial Inc.“为其提供投资者关系和网络托管服务”）即将发布但仍属机密的第三季度收益。同上注，第 44 页。得知第三季度财报对 IMS 非常不利，被告随即购买了 IMS 的“看跌”期权，该期权很快就会到期，这意味着如果 IMS 的股价不迅速下跌，这些期权很快就会一文不值。同上注。根据这些事实，被告与 IMS 或 Thomson Financial 没有任何关系，显然对两者都不负有信托责任。同上注。尽管如此，第二巡回审判庭仍认定，被告“欺骗性地”获取了重大非公开信息，违反了第 10b-5 条规则。同上注，第 51 页。该案发回地区法院重审，以确定根据实际事实计算的黑客行为是否“涉及第 10(b)条通常意义上的‘欺骗性’欺诈性虚假陈述”。同上注。

[8] SEC v. Obus, 693 F.3d 276 (2d Cir. 2012).

[9] 这些标准在 Dirks v. SEC 案中确定，该案指出，“检验的标准是内幕人士本人是否会直接或间接地从其披露的信息中获益。如果没有某种个人利益，就没有违反对股东的责任”。Dirks v. SEC, 463 U.S. 646, 662 (1983). 法院进一步承认，“当内部人将机密信息赠送给交易亲友时”，就发生了违反信托义务的行为。同上，第 664 页。

时违反了其义务，他可能会“疏忽大意地”违反 10b-5 规则。[10]同样，此种情形还可以衍生出很多情况：例如，假设夫妻中的一方由于处在压力之下，需要对方的理解与支持，从而告诉另一方，他在办公室里夜以继日工作的内容，从而泄露了重要的非公开信息，。这一连串的事件的背后，就是简单的由于疏忽而导致的信息泄露，比如说，拥挤的电梯里那个口若悬河的律师事务所的助理，他不小心透露了目标公司的名字。“欺骗”的概念不能合理地扩展到所有这些可能的无意的泄露情况，但检察官和监管机构都有动机去努力找到“欺骗”的证据，因为根据现行法律，内幕信息接受者的责任是基于提供者的责任。根据 Dirks 案的判决，除非内幕信息提供者违反了某种义务，否则获得利益的内幕信息接收者不能被追究责任。[11]

最后，一些判决承认州法对信义义务的定义并不具有决定性，也没有涵盖所有情况。最值得注意的是，在 SEC v. Cuban 案[12]中，“法院承认，对于信息的保密义务可以通过合同产生，也可以基于不产生传统信义义务或者其他关系产生。法院认为，违反合同义务为认定欺骗行为提供了“比单纯存在受托或类似的信任和信赖关系更为坚实的依据。”[13]

一旦我们不再把州法界定的信义义务作为可能违反第 10b-5 条规则的唯一义务来源，那么随之而来的问题是：还有多少其他相似的义务类型可以被规定，其违反应被视为违反 10b-5 规则？本文将研究几种潜在的义务，原因在于：一是发现这些义务可以简化内幕交易的执法；二是承认这些义务可以使内幕交易禁令更加一致和公平。但是，承认这些额外的义务也会使那些合法获得信息优势的人面临潜在的诉讼风险，并可能为缺乏警觉的人设置了一个界限非常模糊的陷阱。因而，平衡这种义务范围扩张的成本和收益至关重要。本文的目的更多地在描绘各种可能性，而不是主张任何明确的立场。第二部分将首先确定现行法律中存在的主要缺漏。第三部分将讨论可能的法理上的解答，这些答案可以用来填补法律的空白，并会考虑可能的 SEC 规则来落实这些义务。最后，第四部分将对这些可能性进行评估。

---

[10] 在 SEC v. Obus 案中，第二巡回法院对第 10b-5 条规定的内幕信息的接收者的法律责任作了如下总结：内幕信息接收者的责任要求：（1）内幕信息提供者违反义务，泄露机密信息；（2）接收者者知道或有理由知道提供者以不正当手段获取信息（即该信息是通过提供者的违法行为获取的）；（3）接收者者在明知掌握重大非公开信息的情况下，通过交易或泄密的方式利用该信息为自己谋利。SEC v. Obus, 693 y.3d at 289.

这段话中没有任何内容要求接受者向提供者支付利益，尽管法院在同一段中要求向提供者支付这种利益以确定其赔偿责任。这里似乎对内幕信息提供者和内幕信息知情者的责任作了区分。这种区分很可能有政策上的理由，但判决在这一点上保持沉默，没有表述。

[11] 见 Dirks v. SEC, 463 U.S. at 659（“因此，被窃取者披露或回避的义务是由内部人的义务派生出来的”）。

[12] SEC v. Cuban, 634 F. Supp. 2d 713, 729-31 (N.D. Tex. 2009), vacated and remanded, 620 F.3d 551 (5th Cir. 2010). 当然，SEC v. Cuban 案当时分析的是 SEC Rule 10b5-2, 17 C.F.R. § 240.10b5-2 (2013)，被告质疑该规则超出了证交会的权限范围。关于一项同样重要但较少引起注意的判决，见 United States v. Whitman, No.125 (JSR), 2012 U.S. Dist. LEXIS 163138, at *14-16 (S.D.N.Y. Nov. 14, 2012) (finding federal law to control the issue of who qualifies as a fiduciary for purposes of insider trading liability). 另见下文脚注 69。

[13] SEC v. Cuban, 634 F. Supp. 2d at 725（解释说，合同可以“比从双方关系的性质中更普遍地产生的责任”更敏锐地把握被告的“义务”）。

一、法律的漏洞

在 30 年前的在 Dirks v. SEC[14]一案中，最高法院将“违反义务”这一前置条件引入到内幕交易法中。从本质上讲，法院判决违反信义义务或类似义务才会使得利用信息优势的行为具有欺骗性，从而属于 10b-5 规则的禁止范围。从理论上讲，前置条件的引入是必要的，因为 10b-5 条规则必然以《证券交易法》第 10(b)条为基础，该条文授权 SEC 制定禁止使用“任何操纵性或欺骗性手段或计谋”的规则。[15]因此，“欺骗”成为不可或缺的要件。[16]尽管 Dirks 案明确规定，在交易前违反信义义务的未披露行为属于欺骗行为，但该案并没有认定这一欺骗行为的唯一性，其他不涉及违反信义义务的欺骗形式是可能存在的。

Dirks 案可能既是那个时代的产物，也是后水门事件时代精神的体现。从 Equity Funding 公司的内部人士那获得了重要信息的被告 Ray Dirks 分析师，在大多数旁观者看来，他更像是一个英雄而非恶棍，但对毫无察觉的 SEC 来说却并非如此（因为是 Ray Dirks 而不是 SEC 揭露了 Equity Funding 公司严重的欺诈行为，这让 SEC 感到尴尬）。在 Dirks 案中，法院竭力寻找各种方法来保护证券分析师，以确保证券分析师在向机构客户传递信息时不会面临潜在的被诉风险。法院这样做的原因在于：这些欺诈行为似乎总是能躲过官僚主义、行动迟缓的监管者，只有拥有这样的保护，证券分析师才能揭露和曝光危险的欺诈行为。[17]

Driks 案的判决也与当时水门事件后的主流意识相呼应。被告证券分析师充当了一个社会需要的角色，其在功能上与多年前揭露水门事件的《华盛顿邮报》记者 Woodward and Bernstein 的角色相当。由于 SEC 宽泛的责任追究会压抑分析师调查的积极性，法院似乎有动机去抵制 SEC 的理论。如今，证券分析师很少被视为英雄，更多时候他们看起来像是高度利益冲突的守门人，尤其是在 2000 年 IPO 泡沫破灭以及由此产生的 2003 年全球和解之后。这项由时任纽约总检察长 Eliot Spitzer 与主要投资银行达成的和解协议，反映出了一种共识，即证券分析师参与了他们的雇主即投资银行的资本市场活动，导致他们之间存在高度

[14] Dirks v. SEC, 463 U.S. at 647-48.
[15] 15 U.S.C. §78j(b) (2011).
[16] 原则上，政府也可以通过证明行为具有“操纵性”来证明违反了 10b-5 规则。但是，“操纵”和“操纵性”是最高法院长期以来狭义解释的术语，仅涵盖“旨在通过人为影响市场来误导投资者”的行为。见 Santa Fe Indus v. Green, 430 U.S. 462, 476 (1977). 因此，第 10(b)条中的“计谋”和“操纵”都不会对其涵盖范围产生任何影响。
[17] Dirks v. SEC 案倾向于突出证券分析师角色的重要性，将其定义为“发掘和分析信息”，并将这种角色描述为“维护健康市场所必需的”。 Dirks v. SEC, 463 U.S., at 658.

的利益冲突。[18]如果今天对 Dirks 案做出判决，分析师可能不会得到法院如此优厚的对待。

由于法律是存在着路径依赖的，Driks 案的判决将继续影响当代法律的发展。但是，在 Dorozhko 案之后，人们可能会接受其他形式的“欺骗”行为作为 Dirks 案中强调的违反信义义务行为的替代。这些替代理论的范围在哪？为了回答这个问题，我们势必要研究一下在今天看来不属于现行内幕交易禁令所规制的范围，正如 Dirks 案和 O’Hagan 案[19]所定义的那样。这些行为包括：

（一）无意的信息提供者/投机取巧的信息接收者

在 SEC v. Yun 案[20]中，一位公司高级职员和他的妻子正在办理离婚手续。她在自己所任职的房地产经纪公司的办公室中打电话给离婚律师，转告她刚刚从丈夫那里了解到的事实，即他在雇主那里拥有的股票和期权即将贬值。打电话的目的是为了调整他的资产估值，以便达成离婚协议。她透露的负面消息被办公室里的另一名房地产经纪人听到，后者迅速卖空该公司股票并从中获利。SEC 起诉了未参与交易的妻子以及她的同事，这可能是因为 SEC 意识到，要追究内幕信息接收者的责任，就必须证明内幕信息提供者存在违规行为。因此，SEC 声称妻子“轻率地”向她的同事提供了消息，并认为妻子在很大程度上是故意且知情地向她的同事提供了消息，作为长期分享房地产佣金的一部分，但它不确定是否有足够的证据来证明这一主张。尽管地方法院接受了 SEC 关于“轻率”提供消息的判断，但第十一巡回上诉法院推翻了该判决，认为关于“轻率”的指控对被告是不公平的，并且当内幕信息提供者没有期望从接收消息者那里得到任何好处时，这样的行为不属于 10b-5 条所规制的范围。

虽然 SEC 在 Yun 案中输掉了第一回合，但最近在 Obus 案[21]中可能又取得了一场反败为胜的胜利。在该案中，通用电气资本公司（GE Capital）正在考虑资助收购一家目标公司，该公司的一名员工联系了他的大学同学，这位同学在大量持有该目标公司股份的对冲基金工作。显然，经过这次谈话，该对冲基金增持了目标公司的股份。被告 GE 公司雇员试图证明联系是为其雇主获取目标公司信息的一种手段。没有证据表明被告企图从向其大学同学泄露

[18] 该和解还涉及全美证券交易商协会（“NASD”）、纽约证券交易所（“NYSE”）和大多数州的证券专员，有关该和解的简要说明，见 JOHN C. COFFEE, JR. & HILLARY A. SALE, SECURITIES REGULATION: CASES AND MATERIALS (12th ed. 2012) At 111-12. 美国金融业监管局（“FINRA”）也通过了一些规则，通过禁止分析师参与某些资本市场活动来遏制分析师冲突，但其中一些规则后来被 JOBS Act 所取代。同上注，第 112 页。另见 Jumpstart Our Business Startups (“JOBS”) Act §105, Pub. L. No. 112-106, 126 Stat. 306, 310-12 (2012)（编入《美国法典》零散章节）。

[19] United States v. O'Hagan, 521 U.S. 642 (1997)（讨论见下文脚注 29-30、34、37 及附文）。

[20] SEC v. Yun, 327 F.3d 1263 (11th Cir. 2003).

[21] SEC v. Obus, 693 F.3d 276 (2d Cir. 2012).

信息的行为中，期望或得到任何个人利益（尽管可以说他们的大学友谊可能使被告倾向于对他朋友的赠与）。

将一些事实问题先暂时地搁置于一边的话，第二巡回法院认为，如果被告违反了通用电气公司的规定，“轻率地”将信息传达给他的大学朋友，那么他可能要承担内幕信息提供者的责任。第二巡回审判庭举了一个“假设”的例子，即一个人在火车上故意当着朋友的面谈论重要的非公开信息，而他预计朋友会利用这些信息进行交易。[22]尽管在 Obus 案中雇员的行为是否可以被证明符合“故意”违规（第二巡回法院在刑事起诉案件中要求）[23]仍然存疑，但至少在第二巡回法院，底线似乎是 SEC 可以指控一位朋友“轻率地”导致另一位朋友进行交易的行为。尽管案例中存在分歧，Dirks 案中的“赠与”或经济利益的要求似乎已被削弱。[24]

至少就目前而言，Obus 案所界定的范围似乎仅限于朋友之间的交流。它似乎不适用于某位喋喋不休的同事在电梯里讨论重大非公开信息（除非电梯里全部是他的朋友）。然而，我们可以列举更为类似的情形。例如，在华尔街的一家俱乐部里，调酒师仔细倾听两位逐渐醉醺醺的投资银行家之间的谈话，法律应该如何对待这种更加机会主义的行为呢？首先，这里没有明显的馈赠意图，也没有明显违反信义义务的行为，该俱乐部一般不会制定关于其员工从顾客那里了解到的信息的政策。最后，调酒师和他的顾客之间的关系不太可能达到双方有“分享秘密的历史、模式或惯例，从而使信息接收者知道或应该知道传递重大非公开信息的人希望接收者保守秘密”[25]的程度。如果是这样的话，那么第 10b5-2 规则就会禁止根据这些事实进行交易[26]，但大多数熟人之间的信息传递不会符合这一标准。简而言之，今天的酒保可以仔细倾听他的微醺顾客所透露的信息并据此进行交易。

再看最后一种更具掠夺性的情况：假设一名出租车司机深夜在曼哈顿一家知名律师事务所的办公室外等待，希望能接到从事并购业务的律师，这些律师将在回家的路上用手机讨论一些潜在的交易。进一步假设这位出租车司机多次这样做，并从中牟取暴利。尽管这里并不存在信义关系或其他保密关系。同样，在这些事实上，出租车司机也没有违反他自己的雇主

[22] 同上注，第 287 页。

[23] 《证券交易法》第 32（a）条将“故意”违反根据该法通过的规则或法规（包括第 10b-5 条）的行为定为犯罪。见 15 U.S.C.A. § 78ff(a)（West 2013）。第二巡回法院将这一措辞解释为要求有“具体的欺诈意图”。见 United States v. Cassese, 428 F.3d 92, 98 (2d Cir. 2005)；United States v. Whitman, No.125 (JSR), 2012 U.S. Dist. LEXIS 163138, at *2M28 (S.D.N.Y. Nov. 14, 2012)。

[24] 我们中的大多数人都有自己非常喜欢的大学朋友，但我们不会向这些人赠送价值数百万美元的礼物，如果这种礼物可以导致自己声誉受损或（在 Obus 案之后）承担刑事责任。尽管如此，在 Obus 案之后，监管机构可能会将任何将此类信息传递给朋友的行为视为符合 Driks 案中标准的“赠与”。

[25] 见 Rule 10b5-2(b)(2), 17 C.F.R.§240.10b5-2(b)(2) (2013).

[26] 同上注。

给予的任何指示或期望。在这里，出租车司机和他的客户之间充其量只是一种微弱的代理关系，这种关系可能属于《代理法重述》规定的范畴。[27]

相对而言，前述假设中酒保和出租车司机的行为比在电梯中因律师的口无遮拦而被偷听到的行为更具机会主义和掠夺性。因此，认为 Obus 案中的被告因行使一个赠与行为（但并未谋取个人利益）而承担责任，但更有掠夺性的被告，例如在酒保和出租车司机的例子中，尽管他们已经对他们的“受害者”进行了跟踪和窃取，却不用承担责任，这样的界限划定似乎显得有些随意。

（二）非欺骗性“窃取”商业信息

Dorozhko 案极大地扩展了内幕交易法所适用的范围，但该案承认，被告违反第 10b-5 条规则仍必须存在某些“欺骗”的要件。因此，该案在以肯定性的虚假陈述盗用重要信息的主体与窃取相同信息并在未披露的情况下进行交易的主体之间划出了一条值得商榷的界线。具体地说，该法案认为电脑黑客通过伪造自己的身份来获取信息确实违反了 10b-5 规则；但它也认为，黑客在没有虚假陈述的情况下侵入电脑安全系统，然后又没有披露自己是在“拥有非公开市场信息”的基础上进行交易的行为，则不违反第 10b-5 条规则。[28]虽然从现有判例法来看，这种区别是可以理解的，但它在道德上并非一致认同的，也不是 10b-5 规则所强制的，这一点将在下文讨论。前一个黑客做了坏事，而后一个没有虚假陈述的黑客的行为是正当的，基督教教堂的老师绝不会这样教导青少年学生。只有沉迷于教条（但在道德上短视）的律师才会对这样的说法感到满意。

当然，技巧高超的检察官可以将许多行为描述为欺骗。被告可以被指控在深夜“悄悄潜入”投资银行家的办公室阅读他的文件，或者在火车上“鬼鬼祟祟地瞟过”他人的肩膀阅读他正在研究的备忘录。非法窃听他人私人电话或通过大功率麦克风对准此人来偷听谈话的方式也可能具有欺骗性。但用枪指着别人的公文包似乎仍然是抢劫，而不是欺诈。总之，Dorozhko 案的判决对于内幕交易法的界限起到了一定的拓展作用，但这种拓展是有限的。

（三）“老鼠仓”（Warehousing）和选择性披露

在 United States v. O’Hagan[29]一案中，美国最高法院的多数派意见将“Warehousing”

---

[27] 见 RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 388 cmt. c (1958)（下文脚注 63-65 及附文）。

[28] 见 SEC v. Dorozhko, 574 F.3d 42, 51 (2d Cir. 2009)（“然而，利用电子代码中的弱点来获得未经授权的访问权限是否具有‘欺骗性’而不仅仅是盗窃行为，这一点并不清楚。因此，根据黑客获取访问权的方式，我们认为计算机黑客行为完全有可能成为第 10(b)条和第 10b-5 条所禁止的‘欺骗手段或阴谋’。”）(着重部分由作者标明)。法院随后发回重审，要求就此问题做出裁决。同上。上述语言表明没有肯定性虚假陈述的“单纯盗窃”不具有“欺骗性”，因此不属于第 10(b)条或第 10b-5 条的范围。本文认为这种分析过于轻率，因为很多盗窃行为都具有欺骗性。

[29] United States v. O'Hagan, 521 U.S. 642 (1997).

（即“收购人向盟友泄露有关要约收购的预先信息，并鼓励他们在要约宣布前购买目标公司股票的做法”[30]）是否违反联邦证券法的问题推迟到另一天再讨论。如今，如果收购要约已在筹划之中，随后才公布，那么这种行为显然违反了第 14e-3 规则[31]，有时还可能违反旨在限制选择性披露的《公平披露规则》（“Regulation FD”）[32]。尽管如此，《公平披露规则》规定了许多例外情况，并且只适用于负有信息披露义务的公司。[33]此外，O'Hagan 案明确指出，如果一个人首先向信息的原始提供者披露自己即将利用该信息进行交易从而违反信义义务的行为，那么他就可以使用因违反信义义务而获得的重大非公开信息。[34]法院的理由是，公开并且披露违反信义义务的行为并不具有欺骗性。

可以肯定的是，在“Warehousing”案件中，故意给投机者泄露信息的公司高管很有可能违反了他对收购公司的信义义务。但如果他给套利者泄露信息的目的是为了增加收购方的成功收购的可能性，这将变得很难判断。正如在 Obus 案中一样，这在很大程度上取决于收购公司是否制定了禁止此类信息披露的政策，当收购公司希望其雇员从事此类行为时，可以对这些政策进行修订，以创造例外情况（并可避免规则 14e-3 的影响）。

总之，现行法律中存在允许不正当使用重大非公开信息的空白和疏漏，并且此种缺陷缺乏有力的理由或者依据来支撑。Cady 案、Roberts 案中所强调的，理想化的“弃权或披露”规则并未得到充分实施。当然，这些法律疏漏的整体影响值得商榷（因为，从现实情况来看，调酒师和出租车司机的交易数量和频率远小于对冲基金）。为解决这些法律框架上的漏洞，随之而来的问题是：在现有法律原则的界限内，我们是否可以提出理论来解决和预防此类行为？

二、潜在理论

在此，我们将探讨无需立法即可弥补上述缺陷的潜在理论，但本部分不考虑这样做的成本、明智性或实用性。

（一）市场欺诈理论

现行内幕交易法的一个奇怪之处在于，它在很大程度上忽视了“市场欺诈”理论和市场

---

[30] 同上注，United States v. O'Hagan, 521 U.S. 642 (1997), at 672 n. 17.
[31] 见 Rule 14e-3, 17 C.F.R. § 240.14e-3 (2013). 从技术上讲，只有在某人已经采取“一个或多个实质性步骤开始……要约收购”的情况下，该规则才适用。另参见同上注，Rule 14e-3, 17 C.F.R. § 240.14e-3(a).
[32] 见 Regulation FD, 17 C.F.R. §§ 243.100-103 (2013).
[33] 见 Rule 101(b), 17 C.F.R. § 243.101(b) (2013)（将“发行人”定义为仅包括报告公司）。
[34] United States v. O'Hagan, 521 U.S. at 655（“如果受托人向信息来源披露他计划利用非公开信息进行交易，则不存在‘欺骗性设备’，因此没有违反§10(b)”）。

效率的重要性。这似乎又是路径依赖的产物。Dirks 案[35]于 1983 年判决，比 1988 年最高法院在 Basic Inc. v. Levinson 案[36]中提出“市场欺诈”理论早了五年。在 Dirks 案中，法院在“财产权”的基础上重新定义了内幕交易责任，因而公司成为受害者，并因内幕交易者泄露了属于公司的信息而受到伤害。后来，在 United States v. O'Hagan 案[37]中，法院支持了“盗用理论”，进一步将这一理论延伸到了内幕信息提供者，至少是在信息接收者“假装忠实于”内幕信息提供者的情况下。[38]法院采用这种“财产权”解释的动机，很可能是因为公司似乎比起其投资者更容易成为受害者。尤其是当投资者处于购买阶段还不是公司的股东时，理论上的问题是：投资者在不具有股东身份的情况下，没有任何明显的证据显示他们因信赖而受到不利影响，或在没有明确规定的法律义务的情况下，他们是如何受到法律上的损害的？相比之下，当商业机密信息在未经公司授权的情况下被公开时，对公司的损害似乎更为明显（Sulphur 案对这一问题作了形象的说明）[39]。

在 Dirks 案的几年后，Basic 案的主审法院的确关注了“个人信赖”的问题，并判定当重要信息被隐瞒或遗漏时，个人投资者会受到损害。[40]该法院认为，误导性陈述或重大遗漏会欺诈投资者，“即使购买者并不直接依赖于这些误导性陈述”[41]，因为从本质上讲，投资者依赖的是市场价格的真实性与可靠性。[42]从逻辑上讲，如果这一理论适用于普通的证券欺诈诉讼，那么它也应该适用于内幕交易案件，因为二者均以第 10b-5 条规则为法律依据。因此，Basic 案为将内幕交易的对手方视为内幕交易的受害者提供了合理的依据。在这两种情况下，买入高估股票的投资者同样依赖于市场价格的真实性。这两种情况下的被告都知道股票定价错误。

不过，该理论的问题在于，它可能证明了太多的东西。可以想象，它可能会过于宽泛地要求公司每天、甚至每小时都向市场通报所有重大进展。正如 Basic 案中法院自己认识到的，这将过于激进了。但 Basic 案也通过进一步认定“根据第 10b-5 条规则，没有披露义务的沉

[35] Dirks v. SEC, 463 U.S. 646 (1983).
[36] Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224 (1988).
[37] United States v. O'Hagan, 521 U.S. 642.
[38] 同上注，United States v. O'Hagan, 521 U.S. 642, at 655.
[39] SEC v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F.2d 833 (d Cir. 1968). 德克萨斯海湾硫磺公司（“TGS”）在安大略省的蒂明斯发现了丰富的矿物和贵金属矿藏。同上注，SEC v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F.2d 833 (d Cir. 1968), at 843-44. 随后 TGS 暂停钻探，部分原因是为了购买周围的土地。同上。但 TGS 管理层对其电子证券的大量交易推高了股价、开始有了重大发现的传言，并可能提醒市场注意 TGS 矿石开采的重要性。同上注，SEC v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F.2d 833 (d Cir. 1968), at 851. 如果这一交易增加了 TGS 收购周边土地的成本，那么这些事实显然对公司造成了损害。
[40] Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224.
[41] 同上注，Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224, at 241-42.
[42] 同上注，Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224, at 245（法院可推定交易者“是在依赖市场所定价格的完整性的情况下进行交易的”）。

默不构成误导”[43]以解决该问题。该规则保护保持沉默的公司，但不保护希望进行交易的内部人。一旦将问题框定为必须存在一个披露的法定义务，公司内部人就会陷入困境，因为作为内部人，他负有在交易前披露信息的义务。

在我们前述假设中的个人—调酒师、出租车司机和在电梯中偷听到重要信息的人—不是受托人。要认定他们的行为具有欺骗性，就必须假定他们违反了其他要求披露的义务。也就是说，如果内幕信息的提供者没有与接收者合谋交换某种利益，我们必须找到其他一些被违反的义务，才能将内幕信息接收者的行为认定为具有欺骗性，从而适用 10b-5 条规则。有些人可能会笼统地断言，所有内幕信息的接收者都有义务在交易前披露信息，但这种论断的理论基础似乎并不牢固，因为这种受托人与其交易对手在法律上互不相识，他们在匿名市场上进行交易。要使非受托人承担责任，就必须假定受托人有义务披露或放弃披露。但是，如下所述，找到这样一个独立且明确的义务并非难以克服的障碍。

（二）丢失或被盗信息的保密义务

正如刚才所讨论的，可以认为其他同期的交易者确实依赖于市场价格的准确性，因此，当被告在明知价格不准确的情况下进行交易时，那他的交易对手方就会受到损害。事实上，Basic 案似乎正是如此认为的，但它也承认，除非触发了某种具体的披露义务，否则沉默不应被视为可诉的行为。[44]在 O'Hagan 案中，内幕信息的接收者“假装忠实”于提供者以获取信息，这被认定为“欺骗”。[45]

因此，根据上述案例的逻辑，如果内幕信息的知情人既没有盗用内幕信息源的信息，也没有向内幕信息提供者提供某种利益（或接受了提供者的馈赠），那么第 10b-5 条规则似乎允许非受托人进行交易。毕竟，这正是雷-迪克斯（Ray Dirks）的情况，他既没有向他的提供者支付任何报酬，也没有对信息来源“假装忠实”。尽管如此，如果内幕信息的接收者从事交易行为并违反了某种明确的义务，则 Dirks 案的任何规定都不能免除他的责任。

这就引出了更难的问题：当内幕信息的接收者不是受托人（即通过受托人而获取内幕信息的人）却掌握了重要的非公开信息时，内幕信息的接收者可能会违反什么义务？在此，笔者认为应从两部分进行阐述：首先，如果信息是被盗的（但并不是在欺骗的情况下获取的），可视法律对该被盗财产施加一个推定信托（constructive trust），要求窃贼对其不义之财负责。

[43] 同上注，Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224, at 239 n. 17.
[44] 见上文脚注 43 及附文。
[45] United States v. O’Hagan, 521 U.S. 642, 655 (1997).

[46]其次，即使信息是在无意中泄露的（如在电梯中无意听到的对话），法律也可将信息的接收者视为“拾得者”，因为他拾得并占有遗失物，因此有义务以受托人的身份保护该财产，不泄露或以此为依据进行交易）[47]。

后一种关于遗失物的主张，需要通过解释复杂的普通法原则来说明，坦率地说，这些原则在此之前从未应用于内幕交易。根据普通法（以及许多法域的成文法），拾得遗失物（例如误落在洗手间的钻戒）的人通常有义务物归原主。[48]尽管这套关于“拾得人”和遗失物的法律过于技术化[49]，但拾得人实质上充当了遗失物的受托人的角色，对真正的失主负责。[50]

这里的前提是，偷听到重要的非公开信息的人（如在公共电梯中）在本质上等同于发现遗失物的“拾得者”，至少在信息接收者知道信息的发布未经授权的情况下是如此。一旦满足了这一条件，那么信息的接收者或者拾得者的责任就是以受托人的身份持有信息，而不是从信息的交互中获利。

---

[46] 从技术角度看，适当的补救措施可能是公平核算，而不是推定信托。见 Newby v. Enron Corp., 188 F. Supp. 2d 684, 706 (S.D. Tex. 2002) (distinguishing remedies)；1 GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION § 2.11 (1978)（认为在美国，一个人的财产是由他的配偶或子女继承的。在不考虑对委托人造成的损害的情况下，受托人应对利润负责）；以及 RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 388 cmt. c (1958). 尽管如此，法院通常更倾向于使用“推定信托”一词。例如，见 United States v. Reed, 601 F. Supp. 685, 700 (S.D.N.Y.), rev’d on other grounds, 773 F.2d 477 (2d Cir. 1985)；以及 Diamond v. Oreamuno, 248 N.E.2d 910, 914 (N.Y.1969).
撇开语义不谈，法律早已承认，小偷或明知故犯的赃物接收者应接受公平核算或推定信托。见 Lightfoot v. Davis, 91 N.E. 582 (N.Y. 1910); Fur & Wool Trading Co. v. Fox, 156 N.E. 670 (N.Y. 1927)；另见 Comment, A Thief as a Constructive Trustee, 37 YALE L.J. 654 (1928). 此外，普通法传统上倾向于被盗财产的原所有人，即使是“善意”从盗贼手中购买的人。现代此类案件见 O'Keeffe v. Snyder, 416 A.2d 862 (N.J. 1980). 在该案中，艺术家乔治娅-奥基夫（Georgia O'Keeffe）被认定有权从中间占有人的善意购买者那里收回她丢失或被盗的一幅画作。同上注。法院指出，如果画作是被盗的，原告 O'Keeffe 如果在诉讼时效内起诉，则有权获得赔偿。同上注，第 867 页。关于被盗财产善意购买者规则的概述，见 Saul Levmore, Variety and Uniformity in the Treatment of the Good-Faith Purchaser, 16 J. LEGAL STuD. 43 (1987). 然而，本文并不涉及“善意购买者”，而只涉及知道未经授权释放的被窃取者。

[47] 关于拾得人的适用法律的最新摘要，见 1 AM. JUR. 2D, Abandoned, Lost, and Unclaimed Property §27 (2013)（遗失物的拾得人作为真正所有者的受托人持有遗失物；相对于其他人，拾得人的权利几乎相当于所有权）Cf. Hurley v. City of Niagara Falls, 289 N.Y.S.2d 889 (App. Div. 1968), aff'd, 254 N.E.2d 917 (N.Y. 1969). 因此，这一类比的目的是将无意中泄露重要非公开信息的接收者视为受托人。

[48] 见 N.Y. PERS. PROP. LAW §§252-54 (McKinney 2013)（要求拾得者在十天内将任何价值超过二十美元的个人财产交给警方，并在三个月至三年的期限届满后【该期限视其价值而定】将该财产判给拾得者）。

[49]美国关于拾得人的法律被描述为“各州普通法、现代法规和杂乱无章的地方法规的大杂烩”。见 Mark D. West, Losers: Recovering Lost Property in Japan and the United Estates, 37 LAW & SOC’Y REV.369, 396 97(2003). 超过三分之一的州已颁布法律，要求拾得人在规定期限内将失物交给公共当局，然后拾得人才能主张所有权。同上注，第 397 页。不过，这些法规一般都是狭义解释。见 Saritejdiam, Inc.Ltd., 971 F.2d 910 (2d Cir. 1992). 遗失物法中的这种复杂性和混乱与本文关系不大。通常情况下，诉讼纠纷发生在遗失物拾得地的所有人和拾得人之间。他们对该财产的相对权利可能取决于该财产是“遗失”还是只是“误失”——大多数评论家认为这种区分是无望的、不确定的。参见 R.H. Helmholz, Equitable Division and the Can' of Finders, 52 FORDHAM L. REV.313, 315, 317-21 (1983)；Leanna Izuel, Comment, Property Owners' Constructive Possession of Treasure Trove: Rethinking the Finders keepers Rule, 38 UCLA L. REV.1659 (1991)；David Riesman, Jr., Possession and the law of Finders, 52 HARV.L. REV.1105, 1121 (1939). 在本文所审议的一系列案件中，这些复杂性都与我们无关。

[50] 所有人的所有权优于拾得人（而拾得人的所有权又优于所有其他人）的原则可追溯到近三百年前的 Armory v. Delamirie, (1722) 93 Eng. Rep. 664 (K.B.). 在该案中，一名扫烟囱的人在清理烟囱时在灰烬中发现了一颗宝石。同上注。判决认为，除了“合法所有者”之外，他有权保留这颗珠宝。同上注。

从直观上看，当信息是由“跟踪”信息来源的人故意获取时（如我们前面涉及酒保和出租车司机的案例），前述的义务或许是最容易被接受。在这种情况下，出于公平的考虑，法律应当对“被盗”财产施加推定信托，以防止这些更具掠夺性的行为人获得不当利益。无论如何，与此相关的一点是，一旦为失主保管遗失物的义务得到承认，那么这种义务在功能上就与 Dirks 案中的信义义务起着相同的作用：违反归还义务并利用这种信息进行交易，可被视为与 Dirks 案中违反信义义务进行交易一样具有“欺骗性”。

为了说明这一点，让我们回到这样一个案例：一个人无需承担 Dorozhko 案中所规定的责任，因为他只是一个偷窃了财产（例如，一个装有重要非公开信息的公文包）的小偷。如果这个小偷打算出售这个公文包及其中的物品，普通法很可能会对他的不义之财施以推定的或是默示的义务。[51]即使是财产的善意购买者通常也必须将财产归还给真正的所有者。以此类推，对不正当使用被盗信息所得的获益者也可以施加此种义务。

可以肯定的是，这种类比将本适用于有形个人财产的法律原则延伸到了知识产权上，这是一种理论上的飞跃。不过，最高法院还是毫不犹豫地指出，公司有权“独占”其商业机密信息。[52]这一理论延伸的实际效果是，信息接收者在没有从事任何违反信义义务行为的情形下，假如“窃取”了信息或者只是在知情的情况下接收了“丢失”的信息，就不得利用这些信息进行交易（至少在没有向信息来源披露的情况下）。任何未履行披露义务的违规行为都具有欺骗性，因此属于第 10b-5 条规则的规制范围。

诚然，很少有法院（如果有的话）愿意独自做到这一步。但它们可能会被说服接受并执行 SEC 制定的表述此种义务的规则。这样的规则将明确规定，信息接受者在明知他们获得的重要非公开信息原本未以任何其他方式被公开发布时，所承担的义务。在此条规则中，必须明确划分真正“遗失”的信息和因轻率不当处理而“丢弃”的信息之间的界限。我认为，早先假设的调酒师和出租车司机的例子属于这一界限的非法一侧，应禁止此类接收者利用此类信息进行交易。

当然，更复杂的是真正“遗失”信息的情况，例如在电梯里偷听到的信息，而此时接收者并没有跟踪受害者。但在普通法中，即使在这种情况下，“遗失”财产的优先财产权仍然

[51] 衡平法对“有意识的不法行为者”和“无辜的不法行为者”作了一些技术上的区分，利用并非被盗但未经授权发布的信息进行交易的人可能属于后者，因此应受“结果信托”（resulting trust）而非“推定信托”的约束。见 Henry Monaghan，Constructive Trust and Equitable Lien: Status of the Conscious and the Innocent Wrongdoer in Equity, 38 U. DET. L.J. 10 (1960).

[52] 见 Carpenter v. United States, 484 U.S. 19, 26 (1987) quoting 3 WILLIAM MEADE FLETCHER ET AL., FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF PRIVATE CORPORATIONS § 857.10 (rev. ed. 1986)（公司在经营过程中获得或汇编的机密信息是一种财产，公司对其拥有专有权利和利益，衡平法院将通过禁令程序或其他适当的补救措施对其加以保护。）

属于所有者（即公司发行人），除非它“放弃”了该财产。

这样的法律规则如何能被切实可行地执行呢？想象 SEC 去制定这样一条规则（我们姑且称之为拟议的 10b5-3 规则），标题可能是“不利用无意泄露或未经授权发布的重要信息进行交易的义务”。其内容如下：

拟议第 10b5-3 条规则

(a) 当一个人从拥有或有权控制此类信息发布的来源方接受或获取重大非公开信息，且该接收者 (i) 知道此类信息的披露未经有权拥有或控制此类信息的一方合法授权，或 (ii) 有合理的可能性知道此类信息的披露未经合法授权，则该信息接收者不得 (1) 购买或出售价值可能受此类信息影响的任何证券或任何基于证券的互换协议，或 (2) 在可合理预见他人将根据此类信息进行交易的情况下向他人泄露此类信息，直至此类信息公开发布为止。

(b) 在本规则中，“合法授权”一词在用于信息发布时，不应包括且不限于以下情况：(i) 因疏忽或错误而发布的信息；(ii) 因诡计、潜规则、虚假陈述或其他不正当手段而发布的信息；(iii) 作为赠与、优惠或其他利益而从信息接收者处获得或向信息接收者提供的信息；或(iv)出于特定、有限的目的而向客户、供应商、贷款人、企业或个人提供的信息，但并非有意向市场全面披露的信息。

上述规则适用于通过不正当手段获得或因失误而泄露的重要信息；这些信息可能涉及实际掌握信息的公司发行人，也可能涉及第三方（如公司发行人打算溢价收购的目标公司）。因此，拟议规则将禁止此类信息的“知情人”（“Finder”）在信息公开发布之前，进行交易或向他人通风报信。不过，该规则并不禁止信息接收者向监管机构或官方媒体透露信息（正如 Dirks 案所示）。此外，它也不适用于通过自己的研究或努力发现信息的人（在这种情况下，既不存在挪用也不存在错误发布）。[53]最后，该规则不应适用于纯粹听到谣言的人（因为此人并不“知道”或有理由相信此信息的发布并未“合法授权”）。当然，仅有疏忽是不足以构成责任的；需要某种程度的认识才能证明其主观上的故意。

这项拟议规则的可行性必须结合最近的技术创新，尤其是社交媒体的出现来考虑。这项规则是否意味着接收者利用在推特或 Facebook 上发布的信息进行交易将被禁止？答案是否定的，因为“公开发布”一词将被广义地解释为包括在社交媒体和被广泛关注的网站上发布的信息。任何相反的规则都会过于拓展该条的适用范围。

[53] 因此，如果我想通过观察连锁店或百货商店各分店的人流规模来估计其节假日销售额，我就可以利用这一信息进行交易。如果该信息不是从对其拥有占有权或控制权的来源获得，则拟议规则也不适用。因此，如果我观察到一架大型客机坠毁，即使这一信息既重要又非公开，我也可以利用这一信息进行交易，而不违反拟议的规则。

这样的规则会得到法院的支持吗？它会不会过于宽泛，造成不应有的不确定性，并将单纯的疏忽定为刑事犯罪？其成本是否会超过其收益？这些问题将在后文予以讨论。

（三）Dorozhko 案的立法转化

尽管第二巡回法院在 Dorozhko 案中表示，即使不违反信义义务，单是欺骗行为足以构成违规。但 SEC 尚未就此问题发表意见，而且 Dorozhko 案的判决将欺骗的定义狭窄化，仅限于有虚假陈述的行为。[54]原则上，如果 SEC 认可 Dorozhko 案中的判决或其衍生判决，SEC 的立场应获得“Chevron deference”（下称“切弗伦服从原则”）[55]的支持。此外，在交易市场这一特殊语境下，鉴于 SEC 的专业知识，其为尝试确定“欺骗”的含义最为合适的机构。因此，请考虑一下 SEC 可以采纳的以下拟议规则（我们姑且称之为拟议规则第 10b5-4 条）：

拟议规则第 10b5-4 条

就 1934 年《证券交易法》第 10(b)条、1933 年《证券法》第 17(a)条及其反欺诈规则而言，“欺骗性”、“欺骗行为”和“欺诈诡计”应被视为包括但不限于以下与证券买卖或证券互换协议有关的行为：

(1) 行为人虚报身份或目的以获取或试图获取明知可能是重要的非公开信息时；

(2) 无论是通过肯定性的虚假陈述或通过秘密行动或诡计，获取、通过电子邮件发送、复制、影印或以其他方式盗用商业记录或其他保密资料，或者向未获授权接收此类信息的人传播此类记录或信息，当事人知道或对包含重要非公开信息的记录或信息持有疏忽大意的态度，而这些记录或信息未经合法所有者的授权；

(3) 明知披露自己的身份、工作、地位、利益冲突或其他相关信息可能会导致他人不披露或停止披露重要的非公开信息，却不披露这些信息。

这种措辞有意将 Dorozhko 案扩展到其适用范围的极限，但排除了简单的过失情形。它涵盖了通过欺骗手段进行的盗窃行为（但不包括持械抢劫），只要行为人知道（或大概能意识到）他或她有可能盗用重要的非公开信息。上述规则认为，打开他人公文包或办公桌抽屉以发现机密信息的个人，已经从事了足以满足第 10b-5 条规则中“欺骗”要求的“秘密行动或诡计”。第三个条款扩展适用的范围最宽泛（可能也是最容易受到攻击的），它要求信息的接受者在听到一段长时间、详尽的谈话后披露自己的身份或冲突，但它并不包括在电梯里

[54] 见 SEC v. Dorozhko, 574 F.3d 42, 51 (2d Cir. 2009)；另见上文脚注 28 及附文。

[55] 见 Chevron, U.S.A., Inc.Def.Council, Inc. U.S. 837 (1984)（认为在不违背国会明确意图的情况下，机构对其所执行法规的解释应得到尊重）。

偶然听到的十秒钟的谈话。将其包括在内主要是为了进行讨论而完善。

在所有情况下，只有当被告在大致同一时间交易或导致他人进行交易时，才会违反拟议的规则[56]；仅仅是盗用信息而没有与之相关的交易行为，则不构成违规。总体来看，这条路线可能是处理那些不涉及违反信义义务的案例最简单、最直接的方法，，但上述结果取决于 Dorozhko 案的判决仍是有效的基础之上。

针对这一拟议规则，有些人可能会质疑 SEC 是否可以有效地重写 Dorozhko，并取消其所要求的关于虚假陈述的明显要件。当然，一个答案是，这正是 SEC 在通过 10b5-2 规则时所采取的做法，它推翻了第二巡回法院早先在 United States v. Chestman[57]一案中的全体法官作出判决（“En banc holding”），即丈夫和妻子不是彼此的受托人。[58]如今，l0b5-2 规则明确规定，他们对彼此负有信任或信赖的义务。[59]“切弗伦服从原则”使 SEC 能够制定新的法律去界定信托关系的范围，它甚至更明确地授权 SEC 来定义“欺骗”和“欺骗性”的含义。[60]

同样重要的是，Dorozhko 案的主审法院似乎对“欺骗”一词的解释过于狭隘。该法庭查阅了 1934 年（《证券交易法》通过的年份）《韦氏国际词典》中“欺骗”和“欺诈”的定义，强调韦氏词典定义“欺骗”为“使人相信虚假之事，或使人怀疑真实之事”。[61]但是，正如合议庭所注意但未讨论的，在《韦伯斯特国际词典》的同一版本中，该词还被定义为“欺骗；不忠地对待；作弊。”[62]通过任何手段阅读他人的邮件、打开他人的抽屉或黑入他人的电脑都是作弊，属于“不忠”的行为。至少说，SEC 可以放心地作出上述认定。

（四）代理重述

《代理法重述（第二版）》第 388 条早已阐述了代理人有责任保护和保密从代理人处获悉的机密信息的广泛理论。具体而言，该条款的注释 C 指出：

C.机密信息的使用。即使不会损害委托人，在受雇期间或在违反职责的情况下获得机密

---

[56] SEC v. Zandford 案中规定了“与……有关”要求的标准，该案认定一名经纪人从其客户的全权委托交易账户中窃取资金，违反了第 10b-5 条规则。见 SEC v. Zandford, 535 U.S. 813, 820-21 (2002). 虽然该案中的问题在于“与……有关”的要求，但法院毫不费力地认定盗窃违反了第 10b-5 条规则。同上注，第 820 页。

[57] United States v. Chestman, 947 F.2d 551 (2d Cir. 1991).

[58] 同上注，第 568-571 页。

[59] Rule 10b5-2(b)(3), 17 C.F.R. § 240.10b5-2(b)(3) (2013).

[60] 由于《证券交易法》第 10(b)条明确使用了“欺骗性手段”，因此与哪些亲属构成受托人的问题（10b5-2 规则所涉及的问题）相比，“欺骗性手段”似乎更属于 SEC 的权限范围。在什么是“欺骗”的问题上，各州的法律也没有不同的倾向。最后，Dorozhko 案并未明确认定不涉及虚假陈述的行为不足以满足“欺骗性手段”标准，而只是表明根据其事实，这种界限是可能存在的。

[61] SEC v. Dorozhko, 574 F.3d at 50.（引用 WEBSTER'S INTERNATIONAL DICTIONARY 679 (2d ed. 1934)）。参见 Ernst & Ernst v. HocMelder, 425 U.S. 185, 199 n.20 (1976).

[62] SEC v. Dorozhko, 574 F.3d at 50.

信息的代理人，……有义务说明因使用该信息而获得的任何利润。[63]

本节的评注将这一规则特别适用于内幕交易，纽约上诉法院在四十多年前的 Diamond v. Oreamuno 案中也采纳了这一表述。[64]

根据第 388 条的规定，认定其行为违法无需要求行为人违反信义义务或采取欺骗行为。只要代理人“在履行其……职责的过程中获得了机密信息”就足够了。[65]因此，根据我们之前的假设，如果出租车司机被认为是乘客的代理人，那么根据第 388 条，他作为代理人不得从作为委托人的乘客那里获得机密信息并从中获利。

当然，在任何现实的案件中，都可能出现出租车司机是否是代理人（而不是独立承包人）[66]或他是否知道信息是机密信息的争议。尽管如此，第 388 条的覆盖范围还是远远超出了狭义的受托人定义，涵盖了所有代理人。因此，在涉及“跟踪”受害人的案件中（如我们之前提出的出租车司机假设），检控官既可以根据 Dorozhko 案中的潜在“欺骗”理论，也可以根据第 388 条的代理理论。

（五）故意违反《公平披露规则》

《公平披露规则》禁止“负有披露义务的公司”进行选择性披露，但某些例外情况除外。[67]因此，如果通风报信者是一家负有披露义务公司的高级管理人员，那么该条例本身可能就会排除“老鼠仓”的做法。

但是，这种违规行为的处罚可能远比内幕交易的处罚要轻，而且《公平披露规则》明确规定，不遵守该条款并不意味着违反 10b-5 条。[68]不过，有一种潜在的理论尚未被采用：根据《1933 年证券法》和《1934 年证券交易法》，“故意”违反 SEC 的任何规则都属于刑事

---

[63] 见 RESTATEMENT (SECOND) OF AGENGY § 388 cmt. c (1958)（引用略去）。第 395 条禁止代理人向他人提供小费。参见同上注，§395；另见 RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 8.05 cmt. c (2006)（使用相同措辞）。

[64] Diamond v. Oreamuno, 248 N.E.2d 910 (N.Y. 1969). 法院补充道，代理人基于此类内部信息进行股票交易所获得的利润“被视为为委托人持有的推定性信托”。同上注，第 914 页；另见 United States v. Reed, 601 F. Supp. 685, 700 (S.D.N.Y.)（对基于内部信息的股票交易利润实行推定信托）。同上注，第 914 页；另见 United States v. Reed, 601 F. Supp. 685, 700 (S.D.N.Y.)（对基于内部信息的股票交易利润实行推定信托），因其他理由被驳回，773 F.2d 477 (2d Cir. 1985)。并非所有法院都遵循 Diamond v. Oreamuno 案的判决。见 Freeman v. Decio, 584 F.2d 186, 192 (7th Cir. 1978). 但那些没有遵循 Diamond v. Oreamuno 案的法院主要依据的事实是，联邦内幕交易法已经提供了充分的补救措施。当联邦法律无法提供足够的救济时，这并不是一个答案。最后，本文并不建议州法院采取任何措施，只是建议法院在确定联邦救济的范围时，应考虑经典的代理法。

[65] RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 388 cmt. c.

[66] 代理人的定义在《代理法重述》（第二版）第 1 节中有所阐述，它覆盖了任何一种“由一方向另一方表达同意，让另一方代表自己并受其控制行事，以及另一方同意这样做”的关系。这种宽泛的语言可能涉及到出租车司机，但可能不包括我们早期假设中的酒保。在乘客可以指示出租车司机走什么路线的程度上，出租车司机可以说是“受到他的控制”，因此在某种程度上类似于代理人。酒保（就像售卖汽水的服务员）仅仅是在销售一个产品（酒精饮料），尽管当詹姆斯·邦德要求酒保调一杯“摇晃而不是搅拌”的比菲特马提尼酒（并且酒保同意）时，这可能使酒保更接近于成为一名代理人的小一步。

[67] 见 Regulation FD, 17 C.F.R. §§ 243.100-.103 (2013).

[68] 见 Rule 102, 17 C.F.R. § 243.102 (2013). 这也可能意味着不存在违反《公平披露条例》的私人诉因。

犯罪。[69]因此，负有披露义务公司的高管如果故意向套利者提供有关即将进行的交易的信息，似乎会因违反了《公平披露规则》受到刑事起诉。尽管 JOBS 法案免除了许多发行人成为负有披露义务公司的责任，[70]但这一责任理论已经可以适用于大多数上市公司，只是尚未被检察官采用。

三、评估

在这一点上，有观点认为，一些普通法理论具有足够的可塑性，可以被灵活地运用以达到预期的结果：具体而言，它们可以使 SEC 将许多形式的不当行为描述为“欺骗”，即使这些行为既不涉及虚假陈述，也不涉及违反信义义务。但是，问题仍然存在：将法律中“欺骗”的外延扩大化的行为有多可取？关于这个问题，有以下几点考虑：

（一）过度定罪

我们真的希望无意中接触到能提供有价值的内幕信息的人吗？对此，人们会有不同的看法。有些人会认为，利用这些信息进行交易的诱惑往往是不可抗拒的，而且违反拟议规则的人并不了解相关法律，这样就会诱使不知情的（即使有些是过失的）普通非专业人士上当受骗。但是，这里提出的主要规则（第 10b5-4 条）并没有使模棱两可的行为成为可诉行为。该规则的适用前提为信息的接收者必须跟踪受害者，使用隐蔽手段或诡计来获取信息，或歪曲自己的身份或目的。这不是一种道德中立的行为，从事这种行为的人没有资格得到同情。

相比之下，拟议中的第 10b5-3 条规则适用于那些拥有“丢失”信息的人，它的适用范围更广，可以说它有可能将相当模棱两可的行为定为犯罪。然而，即使是这一规则也会受到广义解释之下的“公开发布”概念的限制，因此社交媒体或广为关注的网站上的信息将被视为属于公共领域并可自由使用。

（二）对市场效率的影响

可以说，Dirks 案的判决至少部分可以由法院担心 SEC 提出的责任理论会打击证券分析师的积极性，从而妨碍对某些欺诈行为的侦查来解释。当然，如果 Ray Dirks 没有看到（他自己和他的客户）获利的可能性，他不可能从东海岸来到洛杉矶对 Equity Funding 进行第一手调查。

---

[69] 见 Securities Act of 1933 §24, 15 U.S.C.A.§77x (West 2013), Securities Exchange Act of 1934 § 32, 15 U.S.C.A § 78ff (West 2013). 有关对这些条款中“故意”要求的最新分析，请参阅 United States v. Whitman, No. 12 Cr.125 (JSR), 2012 U.S. Dist. LEXIS 163138 (S.D.N.Y. Nov. 14, 2012).

[70] Jumpstart Our Business Startups (JOBS) Act, Pub. L. No. 112-106, 126 Stat. 306 (2012)（将编入 15 U.S.C. 的零散条款中）。

事实上，Dirks 案极大地彰显了尽早发现欺诈行为的社会价值。不仅纠正了 Equity Funding 被高估的市场价格（这无疑对一些投资者——购买者有利，而对另一些投资者——出售者不利），而且使得非股东从中受益：保护了 Equity Funding 保险的潜在购买者，以免他们的退休储蓄被用于投资毫无价值的产品。如果证券分析师受到阻碍，对社会造成的伤害可能会相当大，而且会超出投资者的范围，波及各种第三方。

因此，大多数证券法学者和从业人员都反对采用信息对等的方法来界定内幕交易禁令的范围，因为这种方法会降低市场效率，并抑制人们搜寻新信息的积极性。[71]拟议的第 10b5-3 条规则并没有采用接近于信息对等的方法，因此，即使是通过研究发现了新的重大信息，它仍会助长交易。但是，得知由他人拥有或控制的新的重要非公开信息的信息接收者将不再受到保护，即使他对信息来源不负有任何的义务。[72]根据拟议中的 10b5-3 规则，他将被视为一个“知情人”，不能在此类信息基础上进行交易。因此，拟议的第 10b5-3 条规则将在很大程度上涵盖现由《公平披露规则》所涉及的大部分领域，但其范围会更广。这条规则模糊的边缘可能会引起一些不确定性，例如分析师将多种来源的信息拼凑成“马赛克”[73]的情况下。至少可以说，这样的规则会遭到分析师和金融服务行业内其他人士的抵制。

不过，这些对规则的不确定性和边界模糊的担忧更适用于拟议的 10b5-3 规则，而不是 10b5-4 规则。后者要求某种“隐蔽行为”的欺骗或肯定的虚假陈述。它旨在禁止隐匿、盗窃和

---

[71] Edward Greene 和 Olivia Schmid 在本论坛上发表的具有启发性的文章是这一概括的例外。Edward Greene & Olivia Schmid, *Duty-Free Insider Trading?* 2013 COLUM. BUS.L. REV. 369 (2013). 实际上，他们希望通过立法推翻 SEC v. Dirks 案，并认为我基于规则的方法不够完整。然而，尽管他们主张信息对等，却从未提及他们的方法会对搜寻新信息的动机产生何种影响。如果雷-迪尔克斯被禁止将这些信息传递给他的客户，他还会登上飞往洛杉矶的飞机，揭露 Equity Funding 公司的欺诈行为吗？如果他没有揭露 Equity Funding 公司的欺诈行为，还会有多少无辜的受害者将他们的退休储蓄投资于毫无价值的人寿保险？我认为我们需要谨慎对待通过宽泛的预防性规则（尤其是那些可能会受到刑事处罚的规则）来禁止分析师搜索新信息的做法，我的主张可能有答案，但他们和其他信息平等的支持者需要正视他们所提议的立法的事前影响。

围绕他们的建议还有几个问题需要更详细地探讨。尽管 Greene 和 Schmid 认为他们的明确标准是清晰的，并允许分析师发现“公开可得”的信息（英国法律目前的规定），但“公开可得”一词并没有自我定义，在美国的情况下，它可能会像目前的违反义务标准一样成为诉讼的多发源。其次，他们还应研究《公平披露规则》的影响，该法规禁止发行人向分析师通风报信。在我看来，《公平披露规则》是在敏感领域使用不那么激烈手段的明智范例。

最后，那些支持英国方法的人还必须认识到，在英国，证券诉讼是罕见的，但在美国则无处不在。因此，一个要求信息平等的规则可能会引发一波毫无价值的集体诉讼。正因为这个原因，我怀疑在可预见的未来我们将看到美国通过立法采纳 Greene 和 Schmid 的方法。

[72] SEC v. Obus, 693 F.3d 276, 289 (2d Cir. 2012)，一案可能已经在很大程度上做到了这一点，似乎无需证明内幕信息接收者向提供者支付了经济利益，但仍不清楚法院在该案中的实际含义。见上文脚注 10 及附文。

[73] 译者注：马赛克理论（The theory of mosaic）是一种证券分析的概念，它指的是通过合法手段聚合多个信息片段来形成一个关于公司或证券的全面而详尽的视图，而这些信息片段单独看可能并不构成重要信息。分析师可能会通过公开的报告、新闻发布、行业动态、市场趋势等多种来源，聚合这些碎片化信息，以此来预测公司的未来表现。这些信息片段自身可能不会引起市场的关注，但当它们被组合在一起时，可能会揭示出一些未被市场充分认识到的重要信息。

挪用，而不仅仅是错误或未经授权的信息泄露。尽管分析师很有价值，但并不意味着他们有权窃取信息。Dorozhko 案的判决不愿意将“单纯的窃取”信息的行为纳入规制似乎是反常和不合理的（至少从公共政策的角度来看是如此），而拟议中的 10b5-4 规则正是对其不足之处的回应。但第 10b5-4 条（不同于第 10b5-3 条）并不限制偶然发现新信息的分析师。因此，它在很大程度上保留了 Dirks 案为分析师设置的保护屏障。与此相反，第 10b5-条则在很大程度上取消了这一保护罩。因此，提出 10b5-4 规则的理由比提出 10b5-3 规则的理由要简单得多。

（三）联邦制

尽管已有多项判决认定披露义务应由联邦法律（而非州法律）决定，但将不利用“丢失”信息进行交易的义务联邦化，将 SEC 制定新法律的权力推到了极限。拟议的第 10b5-3 条规则不会对《1934 年证券交易法》中的任何术语进行解释，因此所谓的 SEC 根据“切弗伦服从原则”所享有的解释权的说法更加站不住脚。此外，各州关于“拾得人”和遗失物的实际法律差异很大并且从未真正适用于信息（相对于个人财产而言）。最后，尽管拟议中的 10b5-3 规则所概述的理论仅适用于在有效市场中交易“丢失”信息的情况（从而剥夺了其他投资者依赖市场价格准确性的权利），但目前尚不清楚法院是否会将此类行为视为足够的“欺骗性”行为，从而纳入 10b-5 规则的禁止范围。

鉴于上述原因，更简单的方法是由 SEC 将“欺骗”定义为包括窃取信息或通过诡计或伎俩获取信息（如拟议的第 10b5-4 条规则所规定的那样）。这样的规则更有可能获得“切弗伦服从原则”的支持，而且其前提——窃取信息通常是欺骗性的——打破了 Dorozhko 案判决在欺诈和窃取之间建立起来的区别。从历史上看，《1934 年证券交易法》的起草人曾向国会解释过第 10(b)条的意图，称该条款旨在成为一项“万能”的条款，其本质是宣布：“行为人不得设计任何其他狡猾的手段。”[74]

最近，法院在一起同样涉及简单盗窃的案件中指出，第 10（b）条“不应从技术和限制的角度来解释，而应灵活地理解以实现其补救目的”。[75]通过任何伎俩、诡计、侵犯隐私或简单的盗窃来窃取信息——无论手段多么新颖——从根本上说都只是另一种“狡猾的手

[74] 这是托马斯-科科伦（Thomas G. Corcoran）代表起草人向众议院州际和对外贸易委员会发表的著名声明。科科伦先生（又称“软木塞汤米”）是《证券交易法》的主要起草人之一，也是费利克斯-法兰克福大法官（他也对立法产生了影响）的门生。见 Stock Exchange Regulation: H.R. 7852 and H.R. 8720 Before the H. Comm. on Interstate and Foreign Commerce, 73d Cong.116 (1934).

[75] SEC v. Zandford, 535 U.S. 813, 819 (2002). 法院还在该案强调，“在负有信托责任的经纪人实施盗窃的情况下，遗漏和虚假陈述之间的任何区别都是虚幻的”。同上注，第 823 页。在其他涉及类似严重不当行为的案件中，这种拒绝技术性区分的做法可能会继续下去。

段”，至少如果 SEC 愿意指明的话，它应该属于第 10b-5 条的范围。

这一建议的中间立场将不会改变那些仅仅无意中听到信息的知情者的现状[76]，但至少在今天，这种“漏洞”不会威胁到市场的完整性。这并不意味着 SEC 不会在未来的某个时刻开始规制使用丢失信息的行为。但变革最好是循序渐进的。第一步应该是将 Dorozhko 案的判决予以总结，但不包括其中对虚假陈述的奇怪要求。

SEC 采取这样的措施是现实的吗？这就更难预测了。SEC 工作繁重且资金不足，而面临诸多任务。此外，该机构似乎担心其提出的规则可能会被华盛顿特区巡回法院以成本效益或相关理由驳回。[77]但是，与内幕交易有关的规则不太可能受到行业团体的质疑，而且与试图规范公司治理相比，SEC 在颁布针对内幕交易的反欺诈规则时处于更安全的位置。尽管 SEC 行动缓慢，但它最终应该朝着本文概述的大方向前进。

结论

最重要的是，本文认为界定内幕交易的过程尚未完成。空白依然存在，新的空白很可能在未来再次出现。SEC 可以通过理论手段填补这些空白，包括 SEC 可以扩大第 10b-5 条规则的适用范围。

更密切的问题围绕着 SEC 可以使用的各种工具。就短期而言，最简单的办法是由 SEC 通过规则明确界定，即使没有作出肯定的虚假陈述的情况下，通过诡计、伎俩或幌子进行欺骗的行为同样违反了第 10(b)条和第 10b-5 条规则。这一做法既符合第 10(b)条最初作为一种灵活的全面补救措施以禁止所有其他“狡猾手段”的初衷[78]，也符合 1934 年《韦伯斯特词典》对“欺骗”的定义（包括“欺骗”和与他人“诡诈地”交易）。[79]从长远来看，非受托人利用无意中发布或选择性传播的重要非公开信息进行交易会带来更多棘手的问题，这些问题也值得更严格的审查和约束。

这一过程可能永无止境。可以预见的是，随着欺诈行为的发展和演变，新的“狡猾手段”将不时出现。尽管有关内幕交易的文章汗牛充栋，但人们大多忽略了一点：10b-5 规则的初

[76] 可以说，根据第二巡回法院在 SEC v. Obus, 693 F.3d at 298 案中对被窃取者责任的标准，此类被窃取者随时可能承担责任。另见上文脚注 8-11 及附文。如果从字面上理解 SEC v. Obus 案，则可能存在这样一种情况，即在分析师和其他人员没有为获取信息而交换利益或报酬的情况下，安全港规则可以保护他们。从本质上讲，这只会使 SEC v. Dirk 案确定的标准免受侵蚀。

[77] 在 *Business Roundtable v. SEC*, 647 F.3d 1144, 1156 (D.C. Cir. 2011)一案中，华盛顿特区巡回上诉法院宣布美国证券交易委员会新通过的规则 14a-11 无效，理由是未充分考虑该规则的潜在成本和收益。

[78] 见上文脚注 73 及附文。

[79] 见上文脚注 61-62 及附文。

衷是随着欺诈者的聪明才智而不断发展，只要 SEC 愿意行使权力，该规则仍然可以做到这一点。

身后名和责任

伊恩·艾尔斯著；许新冉译*

摘要：这篇文章讨论了法律推进或限制个体和机构负责的方式。它从露丝·巴德·金斯伯格（Ruth Bader Ginsburg）法官在更利于保障宪法堕胎权的时刻没有及时退休的失败中得出两点启示。首先，本文提出了包括信息托管在内的诸多方法，有助于更好地劝阻个体可能实施的贬损或抵消他们早年名誉的行动。其次，本文为“定期总统任命”改革提供了新的经验证据，以使美国最高法院更符合民主问责的要求。

关键词：退休制　法律决策　信息托管　民主问责制

* 伊恩·艾尔斯，奥斯卡·M·鲁布豪森教授，耶鲁大学法学院；许新冉，中国社会科学院大学。感谢 Eni Iljazi 和 Jacqueline Huang 提供的出色帮助，以及 Sai Prakash 和 Richard Re 的有益评论。

目录

引言 152

一、被玷污的身后名 154

二、法律能帮助改善决策吗？ 158

三、个人与民主的责任 163

总结 166

引言

我有些希望首席大法官约翰·罗伯茨（John Roberts）能以多数票否决罗伊诉韦德案（*Roe v. Wade*）。[1]虽然我支持宪法的选择权，但如果该权利受限，则 6：3 的票数将有助于保护露丝·贝德·金斯伯格（Ruth Bader Ginsburg）的遗产。罗伯茨大法官愿意维护罗伊案的大部分内容，这清楚表明，金斯伯格法官在支持堕胎权总统任内不退休的选择，导致最高法院取消了这项基本的宪法权利。

金斯伯格法官在过去有很多机会可以明智地卸任，但最关键的时机是她在 2013 年 7 月与奥巴马总统在白宫共进午餐时。[2]当时，法官已经八十岁了，在最高法院任职了二十年。在午餐会上，《纽约时报》报道说，奥巴马“没有直接提出退休的问题”，但他确实提到了“迫在眉睫的 2014 中期选举以及民主党人可能失去对参议院的控制”。[3]

这次午餐时，金斯伯格法官已经躲过了两次癌症的威胁：六十六岁时的结肠癌和四年前七十六岁时的胰腺癌。[4]她知道（或者应当知道），她已时日无多，不足以支撑到另一位支持堕胎权的总统上任。她还知道，如果她的继任由共和党任命，那么罗伊案将面临风险。她在奥巴马任期内不退休的决定是鲁莽的。

笔者写下这些话时并不好受，因为我依旧崇拜金斯伯格法官。她应该为克服律师成长路上的障碍而获得荣誉；更应该为成为诉讼律师后再度成为法官及最高院法官的成就而获得荣誉。1973 年，她在弗朗蒂罗诉理查森案（*Frontiero v. Richardson*）中向最高法院提出了六个口头辩论中的第一个辩论。[5]此案体现了金斯伯格攻击对男性不利规定的策略，以促使男性主导的司法机构看到基于性别分类的平等保护违规行为。[6]我建议读者停下来听听 40 岁的

[1] 参见 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)，该判决被 Dobbs v. Jackson Women's Health Org., 142 S. Ct. 2228 (2022) 推翻。在 Dobbs 案判决之前，我起草并提交了这篇论文，并写道：“我有些希望首席大法官约翰·罗伯茨能够投票支持多数意见，推翻 Roe v. Wade 案。”

[2] Susan Dominus & Charlie Savage, *The Quiet 2013 Lunch That Could Have Altered Supreme Court History*, N.Y. TIMES (Sept. 25, 2020), https://www.nytimes.com/2020/09/25/us/politics/r bg-retirement-obama.html [https://perma.cc/G746-9ERJ].

[3] 同上注。

[4] Steven Petrow, *Cancer Survivor: Don't Forget That Accolade When it Comes to Ruth Bader Ginsburg's Remarkable Life*, STAT (Sept. 22, 2020), https://www.statnews.com/2020/09/22/ruthbader-ginsburg-remarkable-life-cancer-survivor [https://perma.cc/V3ZX-7JQ2].

[5] Ruth Bader Ginsburg: A Reading List: Arguments before the Supreme Court, LIBR. AT WASH. & LEE UNIV. SCH. OF L. (Dec. 7, 2020, 4:01 PM), https://libguides.wlu.edu/law/RBG/arguments [https://perma.cc/7AKJ-A8PR].

[6] 参见上注。

金斯伯格的有力话语（位于口头辩论的第 17 分钟）。[7]

进入最高院后，金斯伯格法官撰写了一些影响深远且令人难忘的意见。在美国诉弗吉尼亚州案（*United States v. Virginia*）中，她的多数意见推翻了弗吉尼亚军事学院只录取男性的政策，重申并强调了美国对平等进行法律保护的承诺。[8]法庭上的前二十年里，她发布了一系列重要的指导意见，涉及内幕交易、环境诉讼资格、残疾歧视、量刑指南等多个方面。[9]她还通过她的异议影响了法律。在 2007 年，她打破常规，在法庭上就莱德贝特诉固特异轮胎橡胶公司案（*Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*）宣读了她的反对意见。[10]在该案中，多数决推翻了原告因工资歧视而获得的 36 万美元赔偿，原因是原告在被告作出有关她工资的最初决定后超过了 180 天提出诉讼。[11]金斯伯格法官的异议批评了大多数人低估了工资的秘密性质："我们认为，法院不理解或漠视妇女可能成为薪酬歧视受害者的潜在方式。"[12]她的异议明确要求立法推翻该决定，她写道："球现在在国会的手里……他们有责任纠正最高法院对第七条的吝啬解读。"[13]两年后，国会回应她的提议，通过了《莉莉·莱德贝特公平薪酬法案》（*The Lilly Ledbetter Fair Pay Act*）。[14]

既然已有了这么多成就，为什么我认为应当批评这个为我们国家做出如此巨大贡献的"女权主义偶像"呢？一个为妇女宪法权利做出大量工作的人却成了妇女失去基本宪法权利这个原因本身并非写作的充分理由。相反，我这样做有两个独立的原因。首先，金斯伯格的例子是一个警示故事，可能会帮助其他人避免在晚年因考虑不周的行为而玷污自己的遗产。法律可以推进或限制我们做出爱惜羽毛的选择。这篇文章会提供一些方法——包括信息托管——法律可以更好地劝阻个人采取可能玷污和抵消他们早年成果的行动。其次，金斯伯格法官的继任历史强调了最高法院更加民主负责的必要性，并进一步强调了"定期总统任命"改

---

[7] Oral Argument at 17:00, Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973) (No. 71-1694), https://www.oyez.org/cases/1972/71-1694 [https://perma.cc/S6GL-2TB7]. 尽管女法官在口头辩论中更可能被打断，男法官往往较少。但当天，辩护方金斯伯格受到了另一种形式的不平等对待：她是唯一没被法官提问的律师。Tonja Jacobi 和 Dylan Schweers, *Justice, Interrupted: The Effect of Gender, Ideology, and Seniority at Supreme Court Oral Arguments*, 103 VA. L. REV. 1379, 1381–82 (2017).

[8] United States v. Virginia, 518 U.S. 515, 556–58 (1996).

[9] 例如，参见 United States v. O'Hagan, 521 U.S. 642, 647 (1997)（内幕交易）；Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Env't Servs. (TOC), Inc., 528 U.S. 167, 173–74 (2000)（环境立场）；Olmstead v. L.C. ex rel. Zimring, 527 U.S. 581, 587 (1999)（残疾歧视）；Kimbrough v. United States, 552 U.S. 85, 91 (2007)（判决指南）。

[10] 参见 Robert Barnes, *Over Ginsburg's Dissent, Court Limits Bias Suits, WASH. POST* (May 30, 2007), https://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/05/29/AR2007052900740.html [https://perma.cc/8AHA-54PC].

[11] Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co., 550 U.S. 618, 643 (2007).

[12] Barnes, 转引自脚注 10。

[13] 参见 Ledbetter, 550 U.S. at 661 (Ginsburg, J., dissenting).

[14] Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009, Pub. L. No. 111-2, 123 Stat. 5 (2009)；同时参见 *Equal Pay Act of 1963 and Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009*, EEOC (Apr. 29, 2014), https://www.eeoc.go v/laws/guidance/equal-pay-act-1963-and-lilly-ledbetter-fair-pay-act-2009 [https://perma.cc/8ZC L-4K2U].

革的重要性。

一、被玷污的身后名

金斯伯格法官拒绝及时退休，这使得我想起了另一位英雄人物拉尔夫·纳德（Ralph Nader）。[15]纳德对消费者保护的不懈倡导本身可能挽救了数千人的生命。他在 1965 年发表的《不安全的速度》（*Unsafe at Any Speed*）一书中，努力将危险的汽车设计置于公众视野；他招募法律学生（“纳德的突击队/Nader’s Raiders”）；他创立了监督政府监管的监察组织“公民公正”（Public Citizen），使他像金斯伯格一样成为我心中 20 世纪公共服务领域的伟人。[16]

然而，他在 2000 年选择竞选总统可能是美国在 2003 年入侵并占领伊拉克的原因。[17]我的因果推理分为两步：首先，如果纳德没有在 2000 年参与竞选，戈尔（Gore）将赢得佛罗里达州并成为总统。[18]其次，阿尔·戈尔不会因为虚假的大规模杀伤性武器而先入为主地入侵伊拉克。纳德在总统候选人的辩护时说，阿尔·戈尔和乔治·W·布什（George W. Bush）之间没有本质区别，[19]但戈尔没有这个想法，即通过入侵伊拉克将萨达姆·侯赛因（Saddam Hussein）赶下台来完成第一任布什总统的未竟事业。我同意伯尼·桑德斯（Bernie Sanders）的观点，即伊拉克战争牺牲了近 5,000 名美军和 150, 000 多名平民的生命，[20]花费了超过 2

[15] 对于拉尔夫·纳德成就的讨论，可以参见 Ralph Nader, ACAD. OF ACHIEVEMENT (Feb. 9, 2022), https://achievement.org/achiever/ralph-nader [https://perma.c c/Y9QD-Y5S9].

[16] 参见 Ralph Nader, ENCYC. BRITANNICA, https://www.britannica.com/biography/RalphNader [https://perma.cc/6GYB-7XDP]; see also RALPH NADER, UNSAFE AT ANY SPEED: THE DESIGNED-IN DANGERS OF THE AMERICAN AUTOMOBILE (1965); PUB. CITIZEN, https://www.citizen .org/ [https://perma.cc/72DW-AVL6].

[17] 参见通用时间线：伊拉克战争, COUNCIL ON FOREIGN RELS., https://www.cfr.org/timeline/iraq-war [https://perma.cc/2M2A-R6HK]（讨论美国入侵伊拉克及随后的占领行为）。

[18] 参见 Michael C. Herron & Jeffrey B. Lewis, *Did Ralph Nader Spoil Al Gore’s Presidential Bid? A Ballot-Level Study of Green and Reform Party Voters in the 2000 Presidential Election*, 2 Q.J. POL. SCI. 205, 206 (2007).

[19] 参见 Steven Greenhouse, *The 2000 Campaign: The Green Party; Nader, in Harlem, Attacks Gore and Bush With Gusto*, N.Y. TIMES (Nov. 7, 2000), https://www.nytimes.com/2000/11/07/us /2000-campaign-green-party-nader-harlem-attacks-gore-bush-with-gusto.html [https://perma.cc /3NXP-XXAT] （“重复他竞选活动的主题，纳德先生称戈尔先生和布什先生为“特威德尔迪和特威德尔杜姆”，并表示这两位候选人在许多问题上持有相同立场，并且都受到为他们的竞选活动提供资金的企业的影响。）

[20] NETA C. CRAWFORD & CATHERINE LUTZ, WATSON INST. FOR INT’L & PUB. AFFS., HUMAN COST OF POST-9/11 WARS 1 (2019), https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2019/Direct%20War%20Deaths%20COW%20Estimate%20November%2013%202019%20FINAL.pdf [https://perma.cc/7C4A-ZGZF].

万亿美元，[21]是“美国历史上最严重的外交政策失误之一”。[22]

伊拉克战争（至少部分是由纳德的候选人资格造成的）和即将被推翻的罗伊案（至少部分是由金斯伯格在奥巴马任期内决定不退休造成的）都是糟糕选择造成的毁灭性后果。然而，从某种意义上说，罗伊案的损失更应被批判，因为它更容易预见。用侵权法的话说，这是“近因”。纳德本可以预见到因果链中的第一步，他的总统候选人资格将把选举推给布什，但 9/11 和向阿富汗和伊拉克派兵的动力远没有那么容易预测。相比之下，关于金斯伯格法官未能退休的因果链：她的继任会是保守派法官，后者将提供推翻罗伊案所需的第五票，已成为许多人的共识。[23]鉴于这种可预见性，我甚至感觉似乎是金斯伯格本人投了第五票来推翻罗伊案。[24]

对我们所有人来说，可殷鉴之处在于要确保我们在人生末期的选择不会破坏前期的成果，或者潜在地抵消甚至盖过我们早年的努力。金斯伯格和纳德的例子强调了在我们生命的尽头仔细考虑自身选择的重要性。在这个时期，我们往往有更多权力和资源造成损害。在达到职业生涯的顶峰之后，人们更容易自负，并且意识不到自己的能力何时会恶化。

我们需要特别警惕并抵制“我一个人可以解决它”的心态。[25]虽然我们应该尊重金斯伯格法官一生中取得的巨大成就，同时，我们仍需要拉开距离，来对比分析她的贡献和其潜在

---

[21] Daniel Trotta, *Iraq War Costs U.S. More Than $2 Trillion: Study, REUTERS* (Mar. 14, 2013, 9:49 AM), https://www.reuters.com/article/us-iraq-war-anniversary/iraq-war-costs-u-s-more-than-2-trillion-study-idUSBRE92D0PG20130314 [https://perma.cc/9RUK-TNPB]. 2021 年发布的一项更新的研究，将伊拉克和叙利亚的情况结合在其估计中，计算出的费用为 2.058 万亿美元。NETA C. CRAWFORD, WATSON INST. FOR INT’L & PUB. AFFS., THE U.S. BUDGETARY COSTS OF THE POST-9/11 WARS 3 (2021), https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2021/Costs%20of%20War_U.S.%20Budgetary%20Costs%20of%20Post9%2011 %20Wars_9.1.21.pdf [https://perma.cc/7S43-QS78].

[22] Adam Taylor, *Bernie Sanders Said Iraq Was ‘The Worst Foreign Policy Blunder’ in U.S. History. Really?*, WASH. POST (Oct. 14, 2015, 10:30 AM), https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/10/14/bernie-sanders-said-iraq-was-the-worst-foreign-policy-blunder-in-u-s-history-really [https://perma.cc/KFD3-3VYY] (internal quotation marks omitted). 当然，纳德决定参选并不是布什在选举团中薄弱胜利的唯一充分原因。他的候选人身份可能还产生了其他因果影响，包括布什有机会提名约翰·罗伯茨（John Robert）接替退休的首席大法官威廉·伦奎斯特（William Rehnquist），以及塞缪尔·阿利托（Samuel Alito）接替退休的奥康纳法官（Justice O’Connor）。但这些提名发生在布什总统的第二个任期，目前尚不清楚如果戈尔当选总统，伦奎斯特和奥康纳是否会退休。

[23] 在这两种情况下，不良后果需要第三方的后续行动，这可能被视为减少金斯伯格和纳德的过错责任的因素。例如，如果参议院多数党领袖米奇·麦康奈尔（Mitch McConnell）对最高法院提名人梅里克·加兰德（Merrick Garland）给予了更公正的程序，金斯伯格决定继续留任法院的决定可能不会产生如此重大的影响。一般可参见 Robin Bradley Kar & Jason Mazzone, *The Garland Affair: What History and the Constitution Really Say About President Obama’s Powers to Appoint a Replacement for Justice Scalia*, 91 N.Y.U. L. REV. ONLINE 53 (2016) （指出参议院共和党阻止加兰德提名的计划与历史传统不符）。

[24] 从最坏的情况来看，金斯伯格最多只是导致美国几个州取消堕胎权的众多因素之一。人们（包括我自己）在事后往往有一种功能失调的倾向，只关注单一原因（“如果某个人做了那个事情就好了”），而忽视了其他承担责任的人。对我们所有人来说，规范上的挑战是要记住金斯伯格和纳德所承担的责任，同时也要注意到在结果中有因果贡献的其他人的责任。

[25] 一般可参见 Yoni Appelbaum, *I Alone Can Fix It*, ATLANTIC (July 21, 2016), https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/07/trump-rnc-speech-alone-fix-it/492557 [https://perma.cc/6X2V-S33R] (for quoted language).

继任者的价值（如果她在 2020 年退休）。[26]在最后的岁月里，她的声音依然铿锵有力。在 2016 的全女性健康诊所诉海勒斯泰特案（*Whole Woman's Health v. Hellerstedt*）中，金斯伯格法官辩称，一项“陷阱法案”（“对堕胎提供者的有针对性的监管”）因增加妇女选择的负担而违宪，并指出：“H.B. 2 法案真正保护妇女健康的想法是超出理性信仰的范畴，而这项法律肯定会‘使妇女更难获得堕胎服务。’”[27]尽管她的观点令人难忘且颇具说服力，但这仅是附带意见。[28]在那个决定性的白宫午餐后的几年里，我找不到关键的投票或意见来说明她对奥巴马提名的继任者可能采取的行为提供了实质价值。[29]金斯伯格法官决定留任最终让“在绝望情况下的妇女”，正如她在 Hellerstedt 案中所说的那样，“可能会转向未经许可的非法从业者，**因为没有更好的选择**，这会给她们的健康和安全带来巨大风险。”这个反讽相当残酷。[30]

关于掌权或过度留任的担忧不仅限于寡头的问题。我有一些同事，他们为了自己的利益而坚持不放弃自己的职位，这给他们的机构带来了损害。但并非是因为自私，而是他们过于自信地高估了自己当前的能力。更普遍的现象是，年长者拒绝交出他们的汽车钥匙。我曾和我 83 岁的父亲进行过痛苦的讨论，鼓励他放弃驾驶。即使他发生了多次小事故，他也不愿

---

[26] 金斯伯格选择更长的任职期，部分原因是为了行使作为任职时间最长的法官所授予的权力，即指定大多数意见的权力。直到金斯伯格法官八十五岁时，也就是她与奥巴马共进午餐五年后，她才首次指定了她的第一个最高法院意见。Mark Joseph Stern, *A Milestone for Ruth Bader Ginsburg*, SLATE (Apr. 18, 2018, 3:54 PM), https://slate.com/news-and-politics/2018/04/ruth-bader-ginsburgjust-assigned-a-majority-opinion-for-the-first-time-ever.html [https://perma.cc/G3CB-UQ42].

[27] Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S. Ct. 2292, 2321 (2016) (Ginsburg, J., concurring) (citing Planned Parenthood of Wisc., Inc. v. Schimel, 806 F.3d 908, 910 (2015)), abrogated by Dobbs v. Jackson Women's Health Org., 142 S. Ct. 2228 (2022); Linda Greenhouse & Reva B. Siegel, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Right After Whole Woman's Health*, 126 YALE L.J.F. 149, 151 (2016).

[28] *Hellerstedt*, 136 S. Ct. at 2320–21 (Ginsburg, J., concurring).

[29] 金斯伯格晚年的其他贡献包括她在 2014 年 Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.案中的反对意见，批评“以营利为目的的公司有资格获得普遍适用法律的宗教豁免”，以及她在 9-0 决定中的多数意见，即 Timbs v. Indiana 案，认为宪法第八修正案禁止过度罚款适用于州和地方政府。
在考虑金斯伯格晚年的贡献时，也应该考虑对她最后几年在法院发表的一些不当的权威性言论。尤为担忧的是她反复对总统候选人唐纳德·特朗普（Donald Trump）提出的批评。作为一个典型的例子，在 CNN 的采访中，她称特朗普为“骗子”，并说：“他前后不一。他说的都是脑子里突然冒出来的话。”CNN (July 13, 2016, 7:45 AM), https://www.cnn.com/2016/07/12/politics/Justice-ruth-bader-ginsburg-donald-trump-faker [https://perma.cc/MFP4-WMMC]. 如果她是一名地区或巡回法院法官，她的言论可能会使她受到违反《司法行为守则》第 5 条的惩罚，该条规定联邦法官“不应公开支持或反对公职候选人”。U.S. CTS., CODE OF CONDUCT FOR UNITED STATES JUDGES 18 (2019), https://www.uscourts.gov/sites/default/files/code_of_conduct_for_united_states_judges_effective_march_12_2019.pdf [https://perma. cc/Q39A-9E84]；同时参见 Michael Biesecker, *Ginsburg's Public Trump Critique Raises Ethical Quandaries*, AP NEWS (July 13, 2016), https://apnews.com/article/960ae8299dca41 3d851b1186b7d098f3 [https://perma.cc/V52M-84RV]. 尽管她为这些言论以及对科林·卡佩尼克（Colin Kaepernick）的抗议进行轻蔑性描述而道歉，但人们可能会认为，在她的最后几年中，她有时没有表现出适当的司法气质。参见 Jessica Taylor, *Ginsburg Apologizes For 'Ill-Advised' Trump Comments*, NPR (July 14, 2016, 10:44 AM), https://www.npr.org/2016/07/14/486012897/ginsburg-apologiesfor-ill-advised-trump-comments [https://perma.cc/5879-2G5C]; Katie Couric, *Ruth Bader Ginsburg on Trump, Kaepernick and Her Lifelong Love of the Law*, YAHOO!NEWS (Oct. 10, 2016), https://news.yahoo.com/ruth-bader-ginsburg-trump-kaepernick-130319350.html [https://per ma.cc/6XEE-3ZGD].

[30] 参见 *Hellerstedt*, 136 S. Ct. at 2321 (Ginsburg, J., concurring)（加粗为原文所有）。

放弃驾驶所带来的随意出行。但他的驾驶不合理地危及了他人的安全，所以我让他想想，如果他的驾驶导致别人受到严重伤害或死亡会发生什么。他明白了这样的事件会永远改变他的遗产：他的朋友和家人记住他的方式。

驾驶员和教师都倾向于有“虚幻的优越感”。[31]一项研究发现，93%的美国人认为自己比平均驾驶员更好。[32]另一项研究发现，90%的大学教授认为自己是优秀的教师。[33]这些认知偏见在他们的能力随着年龄增长而下降时变得更加明显，并不奇怪。根据美国公路安全保险研究所的数据，实证上有相当确凿的证据表明，随着年龄增长，驾驶能力往往会下降，如下图所示：[34]

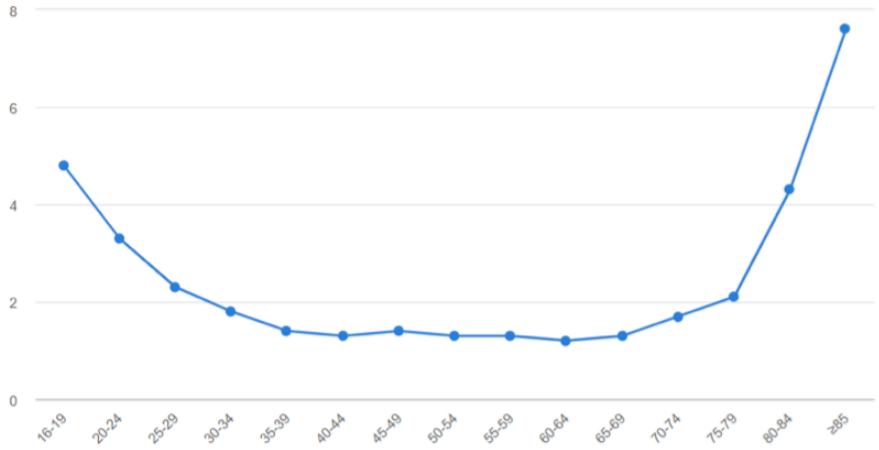


图 1: 司机年龄每行驶 1 亿英里的机动车致命肇事案数量（2016 年 4 月 1 日至 2017 年 3 月 31 日）

虽然人们普遍认为，年轻（尤其年轻男性）司机更容易引发致命事故，[35]但老年人有时会低估晚年驾驶能力下降的速度。人们很容易相信自己是那个例外。

---

[31] 参见 Vera Hoorens, Self-Enhancement and Superiority Biases in Social Comparison, 4 EUR. REV. SOC. PSYCH. 113, 117 (2011) (providing an overview of illusory superiority).

[32] Ola Svenson, *Are We All Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers?*, 47 ACTA PSYCHOLOGICA 143, 146 (1981).

[33] K. Patricia Cross, *Not Can, But Will College Teaching Be Improved?*, 17 NEW DIRECTIONS FOR HIGHER EDUC. 1, 1 (1977).

[34] *Fatality Facts 2020: Older People: Population and Mileage Rates, INS. INST.* FOR HIGHWAY SAFETY & HIGHWAY LOSS DATA INS. (May 2022), https://www.iihs.org/topics/fatality-statistics/de tail/older-people#crash-types [https://perma.cc/8YS3-R86H].

[35] 年轻男性驾驶员的过度危险性是 Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 192 (1976)案中的争议点，最高法院在此案中否决了俄克拉荷马州的一项法令，要求男性在合法饮用 3.2%啤酒之前需年满三岁。在成功主张政府对男性的歧视触犯了《平等保护条款》三年后，金斯伯格代表美国公民自由联盟提交了一份法庭之友书，认为基于性别的分类并没有得到足够的统计证据支持，即使在相关年龄段（18-20 岁）中，男性酒后驾车被逮捕的可能性比女性高出 11 倍以上。参见上注，第 201 段（“在这个年龄组中因此罪名被逮捕的女性占 0.18%，男性占 2%。”）Motion of American Civil Liberties Union for Leave to File Brief Amici Curiae and Brief Amicus Curiae, Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976) (No. 75-628), 1976 WL 194246, at *25.

二、法律能帮助改善决策吗？

从历史中学到最明显的教训是，个人在晚年应当谨慎决策，不要以玷污自身成就的方式行事。尤其是，我们该思考，现状偏见（status quo biases）[36]是否会导致我们长期待在当前的位置上。史蒂夫·莱维特（Steve Levitt，以《魔鬼经济学》（*Freakonomics*）一书而出名）发布了一项研究，在研究中，他引导 20,000 多名寻求帮助的人通过随机掷硬币来决策。[37]如果硬币是正面的，他们被指示采取行动；如果是反面的，他们被告知不要采取行动，即保持现状。[38]莱维特发现，那些硬币呈现正面的人比那些反面的人更有可能采取行动，并随后报告了更高水平的幸福感。[39]换句话说："被硬币指引着做出改变的人更有可能做出改变……并且在六个月后比那些被硬币指示保持现状的人更快乐。这一发现表明，当面临改变人生的选择时，人们可能过于谨慎。"[40]这一结果适用于一些重要的决策，比如测试者被问及是否应该辞职或退休。[41]

私营企业也可以减少员工待得太久而不受欢迎的趋势。以反向指导（Reverse Mentor）为例：反向指导是一种将年轻员工与资深高管匹配的制度，让资深高管"在战略（技术或）文化相关的主题上辅导他们"。[42]这种指导的潜在好处是让资深员工看到年轻员工的能力，并确信公司可以安全地交由他们来负责。

除了这些私人或者私营预防措施，本部分也探讨了法律在多大程度上能够推进或限制这些行为失误。不同情况可能需要不同的干预措施。首先，需要考虑法律如何应对少数党派候选人（如拉尔夫·纳德）影响选举的风险。虽然法律难以直接阻止候选人参选，也不应这样做，但一些简单的干预措施可以减少这类候选人的影响。例如，2020 年，爱德华·弗利（Edward Foley）担心类似的情况可能发生"前星巴克 CEO 霍华德·舒尔茨可能作为独立候选人参选，从民主党提名人那里分流选票，导致唐纳德·特朗普总统获得连任。"[43]弗利有力地指出，"霍华德·舒尔茨问题"的可行解决方案就是"摇摆州……在总统选举中采用排名投票制或

---

[36] 译者注："status quo biases"（现状偏见）指的是人们对维持现状的倾向或偏好。这种偏见使人们更倾向于选择不改变现状的选项，而不是采取新的、未知或风险较大的行动。

[37] Steven D. Levitt, *Heads or Tails: The Impact of a Coin Toss on Major Life Decisions and Subsequent Happiness*, 88 REV. ECON. STUD. 378, 379 (2020).

[38] 同上注，第 383 页。

[39] 同上注，第 379-80 页。

[40] 同上注，第 378 页。

[41] 同上注，第 383 页，表格 1。

[42] Jennifer Jordan & Michael Sorell, *Why Reverse Mentoring Works and How to Do It Right*, HARV. BUS. REV. (Oct. 3, 2019), https://hbr.org/2019/10/why-reverse-mentoring-works-and-how-to-do-it-right [https://perma.cc/4ZX6-JKLA].

[43] Edward B. Foley, *Want to Fix Presidential Elections? Here's the Quickest Way*, POLITICO MAG. (May 4, 2019), https://www.politico.com/magazine/story/2019/05/04/electoral-college-reform-2020-226792 [https://perma.cc/ZFS8-YESN].

传统的决胜选举制。”[44]在任何一种排名投票或决胜选举制度下，最初表示支持纳德或舒尔茨（或 1992 年的罗斯 •佩罗）的选民将有机会在两个主要政党候选人之间表达自己的偏好。在 2000 年佛罗里达州的总统选举中，尽管纳德鲁莽参选，但采用排名投票制可能会避免伊拉克战争的到来。

法律是否也可以处理金斯伯格问题，即员工选择继续工作而违背自己更好的选择？我认为答案是肯定的。首先，法律可以允许雇主规定强制退休年龄。考虑到前文的图显示老年人的驾驶风险更高，就不难理解超过 65 岁的飞行员不能获得商业飞机执照。[45]1967 年的《就业年龄歧视法案》（*The Age Discrimination in Employment Act of 1967, **ADEA***）有类似的豁免条款，允许消防员、执法人员和“真正的高管”强制退休。[46]然而，根据修订后的法案，该法案不允许高等教育机构规定教授的强制退休年龄。[47]

除了允许强制退休年龄外，ADEA 阻碍了雇主提供反馈的能力，而员工在考虑是否退休时可能会重视这种反馈。雇主通常需要依赖高龄员工的自我判断来做出决策。例如，奥利弗 • 温德尔 • 霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）法官等到九十岁才退休。[48]他“决心在身体允许或同事告诉他‘他不再那么出色’之前一直留在法庭上。”[49]但是，如果这一策略要奏效的话，同时必须愿意向他直言这些想法，而不用担心负面后果。对于初级同事而言，让他们告诉资深前辈雄风不再是一项艰巨的任务。某种程度上，这是典型的“开不了口”。很少有人能够妥善处理这个问题，尤其是它某种程度上看起来很自私。年轻同事实际上是在要求先辈放弃一定程度的控制权，而且双方都知道退休提供了晋升空间。当 ADEA 提高了这种对话本身可能带来年龄歧视的可能后，公司组织更难促进这种沟通。

---

[44] 同上注。

[45] 49 U.S.C. § 44729(a) (2020)（一个飞行员可在多机队覆盖的行动中服役，直至年满 65 岁。）一旦一个飞行员到了六十岁，他们就必须和另一个飞行员合作；单人操作的最大年龄是 60 岁。同上，49 U.S.C. § 44729(c) (2020). 这个六十五岁的标准是由国际民用航空管理局（ICAO）制定的，后来由美国联邦航空局于 2018 年 6 月 7 日采用。FED. AVIATION ADMIN., FAIR TREATMENT OF EXPERIENCED PILOTS ACT (THE AGE 65 LAW) INFORMATION, QUESTIONS AND ANSWERS (2019), https://www.faa.gov/other_visit/aviation_industry/airline_operators/airline_safety/info/all_infos/media/age65_qa.pdf [https://perma.cc/TK8A-D2GX].

[46] 29 U.S.C. § 623(j) （消防员和执法人员的豁免）；29 U.S.C. § 631(c)（善意高管或高层决策者除外）。

[47] Age Discrimination in Employment Amendments of 1986, Pub. L. No. 99-592, 100 Stat. 3342 (1986)；另见 29 U.S.C. § 623(m); Monica Ferrelli, *Tracing the Conception and Meaning of the Age Discrimination in Employment Act: Where Are We with Mandatory Retirement?*, 12 J. SOCIO. & SOC. WELFARE 326, 330 (1985)；NAT’L RSCH. COUNCIL, ENDING MANDATORY RETIREMENT FOR TENURED FACULTY: THE CONSEQUENCES FOR HIGHER EDUCATION 1–4 (P. Brett Hammond & Harriet P. Morgan eds.,1991).

[48] 参见 Theodore Voorhees, The Resignation of Justice Holmes (Part I), 63 A.B.A. J. 260, 260 (1977).

[49] Theodore Voorhees, The Resignation of Justice Holmes (Part II), 63 A.B.A. J. 426, 427 (1977).

为了缓解这个问题，劳动雇佣法可以借鉴我们对驾照监管的方式中的一个特征。美国全部五十个州和哥伦比亚特区都有审查或重考程序，来确保道路公共安全。[50]未通过这个程序可能会导致驾照被吊销或暂停。[51]其中有四十六个州，执照机构可以根据家人、朋友或其他公民的举报进行审查。[52]而在包括马里兰州和德克萨斯州在内的少数几个州，甚至可以通过匿名举报或“个人匿名举报”来触发审查。[53]要使该体系有效，重点是被举报对象（即驾驶员）无法确定举报人的身份。交通管理局可以要求举报人向机构披露自己的身份，以防止虚假举报。例如，康涅狄格州要求第三方举报人提交书面证词以供公证，“立誓，并受到虚假陈述的处罚”，证词要能证明他们对驾驶员的个人观察。[54]然而，最好的做法是交通管理局不向驾驶员本人透露第三方举报人的身份。

尽管如此，举报家人、朋友和同事的不适之处仍有很多，交通管理局和雇主也可以考虑采用“信息托管”机制，来促进更多、更准确的举报。信息托管是一种机制，它使个人有机会将信息存放在某个托管代理人那里，只有在预设条件满足后才会披露该信息。[55]这类托管在各类情况下都被用过。例如，Tinder 托管了个人共同兴趣。当 Tinder 用户向右滑动时，他的兴趣[信息]被托管，并且只有在另一个人提供类似兴趣的私人报告并与之匹配时，才会被传达。[56]信息托管可以有效地克服第一个“出头鸟”的劣势。例如，性侵受害者有时不愿意成为首个举报者。举报平台 Callisto 解决了这种心理上的不情愿因素，其允许幸存者将不当行为者的私人信息储存在平台上，并且只有在平台收到与之相匹配的、对同一肇事者的指控条款时，才会公开这些信息进行潜在调查。[57]

---

[50] KATHY H. LOCOCO, KATHY J. SIFRIT, JANE STUTTS & LOREN STAPLIN, NAT'L HIGHWAY TRAFFIC SAFETY ADMIN., D.O.T. H.S. 812 402, MEDICAL REVIEW PRACTICES FOR DRIVER LICENSING VOLUME 3: GUIDELINES AND PROCESSES IN THE UNITED STATES 482–90 tbl.25 (2017), https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/812402_medicalreviewdriverlicense.pdf [https://perma.cc/NR5C-WL49].

[51] 同上注，第 566–70 页，表格 47。

[52] 同上注，第 491–95 页，表格 26。

[53] 同上注，第 517–25 页，表格 34-35。

[54] 同上注，第 50-52 页。

[55] 参见 Ian Ayres & Cait Unkovic, *Information Escrows*, 111 MICH. L. REV. 145, 150 (2012).

[56] 参见 Ian Ayres, *Meet Callisto, the Tinder-Like Platform that Aims to Fight Sexual Assault*, WASH. POST (Oct. 9, 2015), https://www.washingtonpost.com/opinions/using-game-theorytechnology-to-fight-sexual-assault/2015/10/09/f8ebd44e-6e02-11e5-aa5b-f78a98956699_story.html [https://perma.cc/V65C-XQW7].

[57] 同上注。对利用信息托管打击性行为不端的可能性的广泛讨论，参见上文脚注 55，Ian Ayres & Cait Unkovic, *Information Escrows*, 111 MICH. L. REV. 145, 150 (2012). Ayres 目前是 Callisto 董事会的成员。Callisto 校园的最初实施将在匹配后自动向学校的 Title IX 办公室披露幸存者的身份以进行调查。参见 *Mission + Vision*, CALLISTO (2022), https://www.projectcallisto.org/about [https://perma .cc/5HHN-GXXG]. 当前 Callisto 的实施在匹配后向“法律选择顾问”披露幸存者的身份信息，然后该顾问可以向幸存者提供后续建议，包括其学校进行的 Title IX 调查。同上注。

类似的举报平台可以通知员工或驾驶员他们的表现正在下降。[58]在这种情况下，托管机制出于与性骚扰案例中同样的原因而促进举报。单个人举报时可能更担心产生敌意、报复或不信任，因为他们的报告没有得到其他人的证实。对某种行为模式的两个证据比单一的证据更有说服力，能让举报人对自己的观察更有信心和确定性。例如，看到一个朋友单次粗心驾驶可能不足以让我认为他的驾照该被吊销。但如果我知道另一个人也观察到了类似的事情，可能会更愿意发送消息。[59]类似 Callisto 的托管机制就是这样做的。个体在知道指控只有在另个人也同意时才会被公开的前提下，更能指出一个潜在风险对象。

与一些州的驾驶执照审查程序一样，托管机制能够建立起一种保护举报人和被举报人之间匿名性，同时仍然能让接收者了解谁在举报。例如，法官可能只指定一部分书记员或其他法官，让他们就某法官是否该退休进行报告，并指定只有一定数量的人同意该判断时才匿名传递这种反馈。[60]

然而，法律也应该关注雇主可能会设计出不恰当地迫使员工退休的环境。为了回应这种担忧，美国国会于 1990 年修改了 ADEA，增加了《老年工人福利保护法》（*Older Workers Benefit Protection Act*，***OWBPA***），该法案为“知情自愿” 的 ADEA 索赔提供了具体要求。[61]为了符合 OWBPA 和相关的美国平等就业机会委员会（Equal Employment Opportunity Commission，**EEOC**）的合规指南，一个有效的弃权必须满足下面七个因素来缓解对不当压力的担忧。[62]具体而言，一个有效的放弃权利必须：

（1）以清晰易懂的方式书写；

（2）“明确提及”ADEA 所产生的权利或索赔；

（3）书面告知员工在接受协议之前请咨询律师；

（4）给予员工至少 21 天的时间考虑协议；[63]

（5）给予员工 7 天的时间撤销他或她的签名；

---

[58] 这种可能性在 *Information Escrows* 一文中被简单地分析过：“例如，一位教授可能会想，他的同事是否认为他该退休了，或者他的讲座是否很无聊。”见 Ian Ayres & Cait Unkovic, *Information Escrows*, 111 MICH. L. REV. 145, 195 (2012).

[59] 同上注，第 161 页脚注 56（“反复发作的知识可能会使投诉人更确定……行为不当。”）

[60] 在我最初的信息托管文章中，这种机制被称为“不安全托管”：
不安全性托管可能（1）仅报告匿名响应的随机子集，以及（2）仅在接收到最小数量的响应时报告随机子集。因此，如果一名教授向 10 名同事征求意见，那么只有在至少 5 名同事做出回应的情况下，托管服务才会报告匿名结果，并且只发送 5 份回应——从提交的回应中随机选择 5 份。同上注，第 195-96 页。

[61] Older Workers Benefit Protection Act, Pub. L. No. 101-433, 104 Stat. 983 (1990)；另见 Oubre v. Entergy Operations, Inc., 522 U.S. 422, 428–30 (1998)（不符合 OWBPA 的要求将导致无效弃权）。

[62] 29 U.S.C. § 626(f)(1)–(2).

[63] 同上注；另参见 American Airlines, Inc. v. Cardoza-Rodriguez, 133 F.3d 111, 117–18 (1st Cir. 1998)（发现“建议员工”肯定意味着“警告”、“警告”或“建议”）（引自 WEBSTER'S THIRD NEW WORLD INTERNATIONAL DICTIONARY 32 (1986)）。

（6）不包括在放弃权利签署日期之后可能产生的权利和索赔；

（7）在员工已有权益之外提供相应的报酬。[64]

虽然 OWBPA 在为雇主和员工提供共同认可的解雇协议（包括激励性的提前退休计划）方面设计了一个良好的结构，但它并不能帮助排除经理或同事可能倾向发送的直接或托管信息以建议退休的潜在责任。尤其是第六项要求，即放弃权利不包括“放弃权利签署日期之后可能产生的索赔”， 禁止资深员工放弃未来的索赔权利。[65]根据现行法律，资深员工可以笑脸相对同事或经理的退休建议，然后转头在后来某天中提起诉讼。

美国平等就业机会委员会（EEOC）应提供更详细的指导，明确员工在收到关于其退休时间的合理建议时如何做到知情自愿地放弃 ADEA 索赔，包括采用信息托管机制的部署方式。在做出该决定时，机构可以参考信息托管在收养领域的各类应用。当被收养的子女成年后，许多人希望了解他们生物学上的父母身份。“有四十一个州已经实施了某种版本的共同利益托管，允许被收养者通过中介联系。”[66]其中一些州假定生物学上的父母同意，“要求父母提交书面声明以防止在被收养者要求下披露身份信息。”[67]其他州则假定不同意，因此“只有在生物学上的父母提前提交书面声明主动同意披露时，身份信息才不会被公开。”[68]第三种州会任命“‘保密中介人’联系生物学上的父母。”[69]“中介人会将联系信息” 转发给子女，但需要在他们的生物父母得知子女已经申请并表示同意的情况下。[70]

至少，EEOC 应该允许雇主创造一个假定不同意退休的托管机制。在这个系统下，只有员工选择主动参与该机制时，才会收到匿名的退休建议，而这些建议来自员工预先指定的一批人。雇主应该受到法律保护，因为他们建立了这个系统，并通知他们的员工可以选择参见与否。[71]

---

[64] 29 U.S.C. § 626(f)(1).

[65] 同上注，29 U.S.C. § 626(f)(1)(C).

[66] 参见前注 55，Ian Ayres & Cait Unkovic, *Information Escrows*, 111 MICH. L. REV. 145, 158 (2012).

[67] 同上注，（引自 U.S. DEP'T OF HEALTH & HUM. SERVS., ACCESS TO ADOPTION RECORDS: SUMMARY OF STATE LAWS (2009)）。

[68] 同上注。

[69] 同上注。

[70] 同上注，（引自 U.S. DEP'T OF HEALTH & HUM. SERVS., ACCESS TO ADOPTION RECORDS: SUMMARY OF STATE LAWS 5, 5 n.9 (2009)）。

[71] 法律可能会更进一步，允许类似于“机密中介”收养系统的东西，在这种系统中，员工可以得到通知，某个同事发送了一条关于退休的消息，以及他们是否同意接收这条消息。应该注意的是，“秘密中介”收养机制假定（无可辩驳地）生身父母同意中介与他们联系。人们可以想象允许亲生父母事先选择不进行这种接触，或者假定他们不想被接触，除非他们明确表示相反的兴趣。

作为耶鲁法学院的副院长，本着鼓励进步的精神，我发了一封电子邮件，通知那些教授了一门被学生评价为总体教学效率最低的课程的教授。我的一个同事要求我以后再也不要给他们发这样的邮件。回想起来，我应该考虑在接收这些信息时，假设同意还是不同意更好，以及我如何允许个别教授选择加入或退出此类通知。大多数学生评估平台的一个优势是，它们创建了一种机制，让学生向他们的教授发送匿名消息——包括教授该退休了的意见——同时验证消息来自参加特定课程的学生之一。

提供一个确保匿名性的系统对于鼓励参与是很重要的。艾米莉·巴泽隆（Emily Bazelon）在评估为什么金斯伯格法官“拒绝辞职”时写道：《纽约时报》前法律编辑多萝西·萨穆尔斯（Dorothy Samuels）从 2018 年开始为了一本关于金斯伯格的书而进行采访。她请朋友和前法庭书记回顾 2013 年和 2014 年的事件。“我惊讶地发现，在我与很多人交谈时（包括朋友、熟人和前法庭书记），他们都认为她当时应该辞职，她的留任相当自我中心主义——这也是我的观点”，萨穆尔斯在电子邮件中告诉我。“我还惊讶地发现，当我与一些平常会坚定自己观点的人交谈时，他们不愿意在她还活着的时候公开表达他们的失望之情。”[72]

如果这些朋友、熟人和前法庭书记可以匿名发表意见（可能通过一个信息托管机制，确保他们的退休建议只有在得到第二人支持后才会被转发），金斯伯格法官至少可以考虑她尊重之人的坦诚建议。

本部分的核心观点是，法律可以起到推进或制止行为失误的作用，这些失误显然会导致人们在工作上比社会/个人的理想任期待得更久。我已经概述了年龄歧视法如何更好地调整，以助于机构能帮助资深员工做出更好地决策。但责任本质上是个人问题，我心目中的英雄——臭名昭著的金斯伯格法官和拉尔夫·纳德的警示故事表明，我们每个人都应该仔细考虑一个糟糕决策如何轻易地盖过一生的成就。基于这一点，我在此声明：我欢迎来自朋友、家人、同事或管理者的匿名或非匿名信息，提醒我是时候结束特定活动（包括驾驶、教学或撰写特定主题的文章）或甚至退休了。[73]我有意并承诺不会根据这些信息提起诉讼。

即使上述内容在法律上没有约束力，但它仍然可以有效地向他人保证，我欢迎他们的建议，并且如果我通过诉讼或其他方式对收到这些信息表示不满，我估计可能会被负面评价。

三、个人与民主的责任

本文主要的观点是个人的责任。当个人在公共舞台上逗留过久时，他们未能对自己而言更长远的生命负责。金斯伯格法官选择不退休，危及了她信仰的对所有美国妇女的基础性宪法权利的事业。然而，还有另一个观点，不关注个别法官的个人责任，而是关注法院本身的民主责任。金斯伯格法官可能认为，在她的退休时间点上掺入政治考量不是她的责任，法官应该相信政治进程，随着时间的推移，就会产生一个顺应民意的法院。

从这个角度来看，金斯伯格事件的第二个教训是使法院更具民主问责性的紧迫性。瑞

[72] Emily Bazelon, *Why Ruth Bader Ginsburg Refused to Step Down*, N.Y. TIMES (Sept. 30, 2020), https://www.nytimes.com/2020/09/21/magazine/ginsburg-successor-obama.html [https://pe rma.cc/4GCX-VHST].

[73] 通过谷歌搜索短语“如何发送匿名邮件”，你可以找到各种各样的方法。非匿名消息可能具有更大的权重，因为它们更可能来自可信的来源。这是允许来自由接收者预先指定的个人群体的匿名消息的机制保持信任和匿名的方式之一。

安·多尔夫勒和塞缪尔·莫因（*Ryan Doerfler & Samuel Moyn*）撰写了一系列文章，提出了使最高法院更加民主化的方法。[74]他们考虑了许多国会的干预措施，包括剥夺管辖权、超多数规则和立法优先会议，这些措施将削弱法院在决定特定案件时违背民意的能力。[75]在结构层面上，可以通过将法官任期限制为 18 年来使法院的组成更具民主问责性。

主张将法官在最高法院的有效任期限制在 18 年内的人提供了多个有力论点，并就实现该目标的各种方式进行了充分讨论。例如，阿基尔·阿马尔（Akhil Amar）提出了“18 年的 18 个论点”，这至少隐含了增强民主问责性的理由。[76]将这些提议以强制退休的方式制度化，可以引导人们关注这些提议如何削弱法官的战略性退休或在最佳年限后继续任职。这些相同的提议也可以被框定为使总统能够定期任命的方式。大多数 18 年提案的核心内容是，总统可以每两年提名一名新的法官，这与每届新国会的开始相一致。

我们目前的制度并不能保证定期任命，这意味着最高法院法官的政治代表性可能远远偏离总统选举所表达的民主意愿。例如，奥巴马前总统任职八年，任命了两名法官，[77]而特朗

---

[74] 参见*“The Court’s Role in Our Constitutional System”: Hearing Before the Presidential Comm’n on the Sup. Ct. of the U.S.* 2 (June 30, 2021) (statement of Samuel Moyn). 关于所提供的所有主张的更全面的证明，也可参见 Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *Democratizing the Supreme Court*, 109 CALIF. L. REV. 1703, 1705–09 (2021)；Samuel Moyn, *Stop Worrying About Kavanaugh, Liberals. Start Winning the Political Argument*., WASH. POST (Aug. 8, 2018, 6:00 AM), https://www.washingtonpost.com/news/posteverything/wp/2018/08/08/sto p-worrying-about-kavanaugh-liberals-start-winning-the-political-argument [https://perma.cc/94 XA-S9NP]；Samuel Moyn, *Resisting the Juristocracy*, BOS. REV. (Oct. 5, 2018), https://bostonreview.net/articles/samuel-moyn-resisting-juristocracy [https://perma.cc/LRK5-LCBP]；Samuel Moyn, *The Court Is Not Your Friend*, DISSENT (Winter 2020), https://www.dissentmagazine. org/article/the-court-is-not-your-friend [https://perma.cc/2CNY-ALMN]；Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *Reform the Court, But Don’t Pack It*, ATLANTIC (Aug. 8, 2020), https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/08/reform-the-court-but-dont-pack-it/614986 [https://perma.cc/3FQW-6DSV]；Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *Making the Supreme Court Safe for Democracy*, NEW REPUBLIC (Oct. 13, 2020), https://newrepublic.com/article/159710/sup reme-court-reform-court-packing-diminish-power [https://perma.cc/5WQE-38CZ]；Samuel Moyn, *Change the Court, For Good: For Starters, the Oldest Justice Should Retire While There’s a Democratic President and Senate*, N.Y. DAILY NEWS (Jan. 30, 2021, 5:30 PM), https://www.nydailynews.com/opinion/ny-oped-change-the-court-for-good-20210130-hcqwoq4nhzedtapuhxyhhuzpj4-story.ht ml [https://perma.cc/3K46-LAU8].

[75] 参见上注及附文。

[76] 参见 *Testimony in Support of a Congressional Statute Establishing an Eighteen-Year Limit on Active Supreme Court Service: Hearing Before the Presidential Comm’n on the Sup. Ct. of the U.S.* 5 (July 20, 2021)（Akhil Reed Amar 的声明）；另参见 Akhil Reed Amar, Episode 16: 18 Arguments for 18 Years (Apr. 28, 2021), https://amaricasconstitut ion.podbean.com/e/18-for-life [https://perma.cc/6PU9-DZPS]. 至于实现任期限制的手段，学者们对不修改宪法就能实现任期限制的各种方法进行了辩论。一般可参见 PRESIDENTIAL COMM’N ON THE SUP. CT. OF THE U.S., FINAL REPORT 111–151 (2021), https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/S COTUS-Report-Final-12.8.21-1.pdf [https://perma.cc/7KF6-8AMB] (discussing the pros and cons of term-limit proposals). 有大量关于最高法院任期限制的文献。参见诸如 REFORMING THE COURT: TERM LIMITS FOR SUPREME COURT JUSTICES (Roger C. Cramton & Paul D. Carrington, eds. 2006) (collecting essays); Judith Resnik, Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure, 26 CARDOZO L. REV. 579, 641 (2005)；Saikrishna B. Prakash, American’s Aristocracy, 109 YALE L.J. 541, 568–84 (1999) (book review). 理查德·雷（Richard Re）最近提出的一个新机制认为，可以通过鼓励法官作出有约束力的承诺，在加入最高法院 18 年后退休（并且这种承诺可以以后来被任命者作出类似承诺为条件）来实现选入任期限制。Richard M. Re, *The Peril and Promise of SCOTUS Resignations*, 107 IOWA L. REV. ONLINE 117, 117–18 (2022).

[77] Supreme Court Nominations (1789-Present), U.S. SENATE, https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm [https://perma.cc/TR7C-NNNR].

普总统在撰写本文时已任职四年，并任命了三名法官。[78]相比之下，在定期任命的提案下，奥巴马将会任命四名法官，而特朗普只会任命两名法官。这些提案需要考虑法官在 18 年服务期结束之前去世或结束服务，而可能需要临时任命的情况，这可能会导致法院的政治组成偏离两年一次提名本应产生的结果。[79]但其实死亡和提前退休的风险非常小。刘易斯·鲍威尔（Lewis Powell）是最后一位在任期不足 18 年的法官，在任职 15 年零 150 天后于 1987 年退休。[80]因而，自此问题出现以来已经过去 35 年了，随着医学的进步，这种风险的可能性会继续下降。[81]

一些人已经描述了定期任命如何使最高法院更具民主问责性。[82]然而，在这里，我提供了一个实证比较，即如果我们在过去有一个定期两年任命（即提名和确认）的制度，那么法院的组成可能会是什么样子。尽管反事实思考往往是主观猜测且富有争议，但它们可以提供有用的说明。在该模拟中，我假设这项改革不会改变总统选举的获胜者，并且那些总统成功让其提名者获得确认并就职。我还假设在 1987 年之前就已经完全实行了定期任命制度，这意味着 1987-89 年法院的组成将由前几年任职的总统决定（即尼克松/福特将任命三名法官，

	国会任期	2023-25*	2021-23*	2019-21	2017-19	2015-17	2013-15	2011-13	2009-11	2007-09	2005-07	2003-05	2001-03	1999-01	1997-99	1995-97	1993-95	1991-93	1989-91	1987-89	平均值
事实情况	由民主党总统提名的大法官数量	3.0	3.0	3.9	4.1	4.2	4.0	4.0	3.0	2.0	2.0	2.0	2.0	2.0	2.0	2.0	1.2	1.4	2.0	2.1	2.6
		否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	0.0%
反事实推测	每个国会任期内的提名人数不变	拜登 2	拜登 1	特朗普 2	特朗普 1	奥巴马 4	奥巴马 3	奥巴马 2	奥巴马 1	小布什 4	小布什 3	小布什 2	小布什 1	克林顿 4	克林顿 3	克林顿 2	克林顿 1	老布什 2	老布什 1	里根 4	
		特朗普 2	特朗普 2	奥巴马 4	奥巴马 4	小布什 4	小布什 4	小布什 4	小布什 4	克林顿 4	克林顿 4	克林顿 4	克林顿 4	老布什 2	老布什 2	老布什 2	老布什 2	里根 4	里根 4	卡特 2	
		奥巴马 4	奥巴马 4	小布什 3	小布什 4	克林顿 1	克林顿 2	克林顿 3	克林顿 4	老布什 1	老布什 2	老布什 2	老布什 2	里根 3	里根 4	里根 4	里根 4	卡特 2	卡特 2	尼克松/福特 3	
		小布什 1	小布什 2									里根 1	里根 2			卡特 1	卡特 2	福特 1	福特 2		
	由民主党总统提名并在每个国会任期内只有1次提名的大法官人数，以及在民主党占多数的情况下每个国会任期内只有1次提名的大法官人数	6	5	4	4	5	5	5	5	4	4	4	4	4	3	3	3	2	2	2	3.8
		是	是	是	是	是	是	是	是	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	否	31.6%
	如果由民主党总统提名的大法官人数更多，将会有多少名大法官在任职	是	是	是	否	是	是	是	是	是	是	是	是	是	是	是	是	是	否	否	84.2%

注：2021-25年的估计是基于没有现任大法官退休，并且拜登提名人在每个国会任期内被任命。实际服务的大法官人数是每个国会时期的平均值。

[78] 同上注。

[79] 例如，Akhil Amar 的示范法规建议：如任何现职法官在余下的现职法官总数为九名或以上时退休或离开法院，则法院不会因此出现空缺。然而，如果任何现役法官在剩余的现役法官总数少于九人时退休或离开法院，经总统提名、参议院确认和总统颁发良好行为委员会，空缺可由替代法官填补。这位替代法官可能继续在职，直到在适当时候任命一位正式法官取代，这位法官的加入将使剩余的在职法官总数回到 9 人；但在任何情况下，任何替代法官的在职时间均不得超过 18 年。如果在任何时候有一名以上的替补法官，资历最浅的替补法官将首先被替换，资历次浅的替补法官将是下一个被替换的，依此类推。在他或她的任期结束时，替补法官可以选择以退休身份继续留在法院。参见上文脚注 76，Akhil Reed Amar 的声明，第 12-13 页。

[80] 参见 Joan Biskupic & Fred Barbash, *Retired Justice Lewis Powell Dies at 90*, WASH. POST, Aug. 26, 2998, at A1. 在 18 年任命制下，鲍威尔大法官可能会在最高法院多呆两年半，以完成他的预期任期。我们需要追溯到 40 多年前，才能找到一位在开始法院服务后至少活不到 18 年的法官——就像艾毕·福塔斯在就职仅 17 年后于 1982 年去世一样。但是参见 The Texts of Letters and Statements Involving the Resignation of Justice Fortas, N.Y. TIMES, May 16, 1969, at 20 (Fortas resigned three-and-a-half years after taking office in the shadow of an ethics scandal). 另参见 Linda Greenhouse, *Ex-Justice Abe Fortas Dies at 71*；*Shaped Historic Rulings on Rights*, N.Y. TIMES, Apr. 7, 1982, at A1.

[81] 当然，我们可能会担心大法官在任职 18 年前战略性退休，以影响法院的组成，但可以通过将替代者的任期限制在足够短的时间内来抑制这种想法。参见上文脚注 76，Akhil Reed Amar 的声明，第 9 页。

[82] 参见诸如上文脚注 76，Richard M. Re, *The Peril and Promise of SCOTUS Resignations*, 107 IOWA L. REV. ONLINE 117, 127 (2022)（“司法任期限制得到了两党的广泛支持，因为这将有助于法院正规化、民主化和非政治化。如果每届总统任期产生的司法任命数量大致相同，那么法官将更密切地反映民主趋势……”）。

卡特将任命两名法官，里根将任命四名法官）。我分析了随后 18 届国会，比较了法院的实际组成与每两年定期任命制度下的假设组成。下表格显示了分析结果：

这张表提供了一些程式化的证据，显示了法院的组成在多大程度上偏离了如果提名在总统选举方面更均衡分布的情况。如右列所总结的，在这十九个国会会期，由民主党总统提名的法官在 31.6%的时间内占据了法院的多数（十九个会期中的五个），民主党总统提名的平均代表有 3.8 名法官。这与实际发生的情况形成了鲜明对比：在此期间从未出现过由民主党总统任命的法官占据多数的情况（实际平均代表只有 2.6 名法官）。事实上，人们需要回到 1969 年（当时阿贝·福塔斯（Abe Fortas）退休）才能找到一个由民主党提名的法官占据至少五个席位的时期。因此，对于大多数执业律师，包括我自己在内，由共和党提名的法官在我们整个生命中一直占据着法院的绝对多数。

尽管定期任命的支持者将问题定性为一项不具政治色彩的改进，应该获得两党支持，但从实证角度来看，表格显示非定期任命明显偏向于共和党。除了巩固看似永久性的多数地位外，最后一行还显示，在分析的十九个国会会期中，实际由共和党提名法官的代表性超过了定期任命所能达到的情况，占 84.2%（十九个会期中的十六个）。而且这种失真可能会变得更严重。虽然预测法院未来的组成状况并不不可行（考虑未来总统选举的不确定性），但可以预测到当前由共和党提名的 6-3 多数情况可能至少会持续到几个月后开始的下一段国会会期，即使在那个时期，定期提名将产生一个由六名民主党提名的成员组成的多数派。换句话说，再过几个月，法院实际的提名组成与过去几十年定期任命（的理论组成）之间最大的偏差值就会出现。

尽管从实证角度看，当前的制度更偏好共和党提名的法官，但重要的是要看到，在定期提名下，一个 6-3 多数可能更易转变。如果所有现任法官都在达到与金斯伯格法官去世时相同年龄（87 岁）时继续任职，那么当前由共和党提名的 6-3 多数将至少持续十五年。如果在这十五年期间，共和党总统当选，目前任职年龄最大的两名共和党提名法官可能会在任期内有策略性地退休，从而大幅延长共和党的权力。相比之下，如果 2023 年开始出现一个由民主党提名的 6-3 多数，在 2024 年共和党赢得总统选举并在 2025 年和 2027 年将两名新成员任命到法院时，这个多数状况仅会维持四年，法院将重新回到由五名共和党提名的法官组成的多数派。

总结

在考虑为什么共和党提名的法官在最高法院一直占据多数席位时，通过关注金斯伯格法

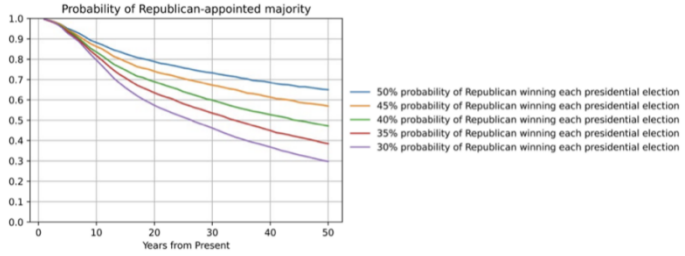
官和斯卡利亚法官近期的逝世，很自然地就会得出结论，共和党人更成功地利用了现有制度。如上所述，金斯伯格法官通过押注她的预期寿命，但效果并不好。参议院多数党领袖米奇·麦康奈尔（Mitch McConnell）拒绝为梅里克·加兰德（Merrick Garland）举行听证会，从而发挥了很好的作用。两位法官都在对立党派的总统任期内去世，但只有一个缺位导致了政治变化。

和党任命的法官在最高法院上保持持续影响力的另一个重要原因是，共和党任命的法官在分析期开始时占据了大多数席位，而且，不论政治立场如何，法官们有一种倾向，即在执政党与他们被提名时相同的政党掌握总统职位时退休。事实上，在这段时间里，只有三位法官在任内去世。而那些退休的法官中，近三分之二是在同一政党的总统任期内退休的。

一个政府部门持续被一个政党掌控的想法严重威胁到了我们的民主理念。在我起草这篇文章的同时，1 月 6 日的委员会一直在就唐纳德·特朗普继续担任总统的努力举行公开听证会。我们面临着这样一个可怕的可能性，即现任副总统仅仅通过拒绝核准由反对党赢得的州的选举票，就可以有效地确保他们的党派永久掌控行政部门。执政党随后将能够选择其继任者的政治身份。这篇文章最令人不寒而栗的教训之一就是，就司法部门而言，这个结果已经触手可及。是的，金斯伯格法官在奥巴马政府之后继续留任是鲁莽的。事实上，由于当前任命程序存在民主缺陷，她决定的后果更为严重，因为即使民主党候选人在未来的选举中赢得多数票，她的错误可能会继续影响最高法院的组成。[83]但更大的错误是，当前制度允许最高法院的组成如此明显且长期地偏离民众的意愿。

---

[83] Kartikeya Kandula 和我（作者）进行了蒙特卡洛模拟，以估计未来法官的组成情况，假设：（1）在任法官在任期内不会在任职 18 年或达到 78 岁之前退休，以先到者为准，并且在同一党派的总统上台后会战略性地退休；（2）未退休的法官可能因死亡而离职（根据保险精算表中的相关年龄死亡概率）；（3）接替的法官将在 50 岁时上任（大致上是布朗·杰克逊和科尼·巴雷特法官的年龄）。Ian Ayres & Kart Kandula，*How Long is a Republican-Nominated Majority on the Supreme Court Likely to Persist?*, BALKINIZATION (July 3, 2022, 11:38 PM)，https://balkin.blogspot.com/2022/07/how-long-is-republicannominated.html [https://perma.cc/P4PA-9QL6]。我们估计了共和党提名多数派在不同民主党赢得总统选举的概率下的持续时间。如下图所示，我们发现即使民主党在未来总统选举中有 70%的胜算，共和党提名的法官占最高法院多数的情况仍可能持续 25 余年：



同上注。

Abstracts and Tables of Contents

Utilitarianism As a Public Philosophy

You Zhang*

Abstract: Utilitarianism, as a subversive theory that once led to legal and social reforms, has come in for the opponents to construct a number of thought experiments to push the theory to the opposite side of people's moral intuition and sense of justice, which makes the theory gradually lost its dominant position in the theory of political philosophy and legislative practice. Although utilitarians have made a series of self-corrections in the theory on the composition of utility and the object of evaluation, they seem to be unable to retreat from the criticism of the four basic elements of consequentialism, welfarism, impartiality and the equal consideration of interests, and the aggregationism. To deal with such a dilemma, contemporary utilitarian Robert Goodin advocates limiting utilitarianism in its scope of application, arguing that treating utilitarianism as a public philosophy will transform the indignities it suffers in the private sphere into virtues in the public affairs. However, this paper finds that Goodin's strategy still fails to avoid Rawls's criticism against aggregationism in utilitarianism and the Dirty Hands Problem's reproach that utilitarianism raises internal moral tensions in agents in public affairs. To this, the paper responds with reference to Hessani's average utility maximization and Susan Wolf's "real-self view".

Keywords: Utilitarianism; Public Philosophy; Aggregationism; Dirty Hands Problem; Moral Responsibility

* Law school of Huazhong University of Science and Technology, China.

Table of Contents

Introduction.....3

I. Formulation of the Question: Dilemmas and Revisions of Utilitarianism 4

A. Revisions of Utilitarianism 4

B. Intrinsic Dilemmas of Utilitarianism.....7

II. Responses to the Question: Utilitarianism as a Public Philosophy 9

A. Distinctions between Public Philosophy and Private Morality.....9

B. Justifications for Utilitarianism as a Public Philosophy.....11

III. Criticism and Reflection: Aggregationism and the Dirty Hand Problem 13

A. Critique of Aggregationism and Its Response 13

B. Critique of Dirty Hand Problem and Its Response.....15

Conclusion 19

The Game Between Indigenization and Globalization ——Extended from Su Li's *Rule of Law and Its Local Resources*

Xinran Xu*

Abstract: "Local Resources" proposed by Su Li is one of the most discussed theories in the field of Chinese jurisprudence, but Su Li did not provide a particularly clear framework for it. Based on sorting out Su Li's argument framework in the book *Rule of Law and Its Local Resources*, this article submits that local resources should refer to the combination of China's own logic of social development and the development model of Western society. The local advocacy itself is an academic reminder that scholars should focus on the integration and utilization of Chinese and Western resources, rather than focusing on one side. This article also provides some common points of local resources.

Keywords: Globalization; Indigenization; Modernization; Legal Transplantation

* University of Chinese Academy of Social Sciences, China.

Table of Contents

Introduction.....22

I. Su Li's Problem Chain and the Problems Within It.....23

A. The Assumptions of Problems.....23

B. The Core of Problems.....23

C. The Solutions of Problems.....23

D. More Unsettled Problems.....24

II. "Local Resources" in the Clash Between the West and the East.....25

III. "Local" is a Kind of Reminder.....27

IV. Epilogue: Several Points for Understanding the Local Resources of Law.....29

A. The Political System of China.....29

B. Long History and Vast Space of China.....30

C. The Road of Modernization.....30

Acknowledgement.....31

The Evolution of Chinese Fiscal System and Land Administration System Since the Reform of Tax Sharing System: Associated with the Function of Social Conflict

Junyu Ma*

Abstract: The 1994 Reform of Tax Sharing System (TSS) of China changed the current Chinese society a great deal. This paper starts with issues revealed from present news, by discussing the causes and effects of the Reform of Tax Sharing System, and therefore takes relatives issues such as the Fiscal Responsibility System (FRS), the Land Finance (LF), the Local Debt (LD) into consideration. This paper intends to analyze such issues in the perspective of legal system and eventually summarize them using Lewis Coser's Combination of Structural Functionalism and Social Conflict Theory, i.e. the theory emphasized in The Function of Social Conflict. The history showed in this paper, concerns the evolution of Chinese legal system including the Chinese Constitution. Meanwhile, the theory combined Structural Functionalism and Social Conflict Theory offers quite some explanation power when analyzing issues above. Besides, this paper is more like a report of syntopic reading about a series of articles and books concerning TSS, FRS, LF and LD.

Keywords: Chinese Constitution; Land Administration Law; Functions of Social Conflict; Land Finance; Local Government Debts

* KoGuan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, China.

Table of Contents

Introduction.....35

I. A Review:Progression of History and the Reform of Tax Sharing System 35

A. Background of the Reform: the Fiscal Responsibility System.....36

B. Progression of the Reform:Game between Central and Local Government.....38

C. The Reform of Tax Sharing System, Associated with the Functions of Social Conflict.....39

II. The Land Finance: Raging Tides 43

A. Thirty-Seventies: Tax Refund as a Drop in the Bucket 44

B. The Land Finance: "Easy Way Out" of the Local Government 45

C. Dashing Forward: Land Urbanization and the Land Fiancial System 47

III. The Land Management Law:Between Editions.....50

A. From "Levy" to "Requisition":The Empasized Public Ownership of Land 50

B. The Land Management Law 2004 Edition: Disputes 52

C. The Land Management Law 2019 Edition: Current Situation 54

IV. Worries Nowadays:How Will the Land Finance End in Post-COVID Era?.....57

A. The Hidden Threat:Local Debt.....58

B. "The Price Limit Order" And "Mortgage Regardless of Previous Credit Records for Home Buyers" 59

C. Finding a Way Out:Prospection and Contemplation 59

V. Back to the the Function of Social Conflict:The Progression of Society Under Social Conflict.....61

A. Attention to the Tendency of Social Conflict:Objectiveness of Social Conflict..61

B. The Social Conflict and Its Evolution Lead to the Change of Law Including the Constitution:Problems Force Refomation 61

C. The Social Conflict is Good When Regulated Properly:Prvention of the risk of Social Conflict.....62

Conclusion 62

Acknowledgements 64

References.....65

Conflict of Interest and Balance in Medical Compliance Reform: A Case Study of Sanming City

Siqi Lu*

Abstract: As our society continues to age, the tensions between the public, hospitals, pharmaceutical companies, and the government are becoming even more pronounced. It is crucial to establish a system that incentivizes and regulates these parties, ensuring a balance where everyone's interests are taken into account and mutually beneficial outcomes are achieved.A recent document titled "Guangzhou In-depth Promotion of Fujian Province Sanming experience to deepen the implementation plan of medical and health system reform" has been issued, highlighting the valuable insights gained from the medical reform carried out in Sanming City. These experiences hold significant importance for the broader comprehensive medical compliance reform. Consequently, this paper focuses on studying the medical compliance reform in Sanming City, examining the conflicts of interest that arise and exploring the best path to achieve balance. It also identifies key principles that should guide the universal medical compliance reform, providing recommendations for the further advancement of this new medical reform agenda.

Keywords: Medical Reform; Medical Compliance; Sanming Medical Reform; Legal Guarantee

* Fudan University Law School, China.

Table of Contents

Introduction.....70

I. Conflicts of interest in Sanming medical reform 70

A. Conflicts of Interest between Patients and Hospitals 70

1. The Interests of Public Hospitals in Pursuit of Development.....70

2. The Interests of Patients Seeking Equal Medical Treatment 71

3. Conflicts of Interest between Patients and Hospitals.....71

B. Conflict of Interest between Hospitals and the Government.....71

1. The Interests of the Government to Safeguarding the Public Interests ...71

2. The Interests of the Hospital to Protect Private Interests.....71

3. Conflict of Interest Between the Hospital and the Government 71

II. The Path to Balancing Interests in Sanming Medical Reform 72

A. Implementing the "Three Guarantees in One" and Deepening Medical Insurance Reform.....72

B. Enforcing the "Two-Vote System" and Preventing Medical Corruption 72

C. Reforming the Compensation System for Medical Personnel 73

III. Enlightenments from Sanming Medical Reform 73

A. Upholding the Principle of Legal Protection 73

B. Embracing the Principle of Internal Compliance.....74

C. Striving for a Balance of Interests 74

Is Bitcoin a Virtual Property on the Internet?

Ruizhi Lv*

Abstract: The network virtual property is independent, exclusive and property value, and the property existing in the network space in the form of electronic data. Our country protects the network virtual property in accordance with relevant laws and regulations. Unlike virtual property on the web, Bitcoin is a decentralized digital "currency" that does not require a central authority to operate. From the perspective of legal attribute, Bitcoin is more like drugs, guns and other contraband, which does not have the property attribute of civil law; The harmfulness of its own existence and the potential risks brought by it make it have no legal basis; Meanwhile, China has also banned the issuance, circulation and exchange of bitcoin and other virtual currencies. It is precisely because of the legal defects and prohibitive provisions that the holders of Bitcoin no longer have the possibility to dominate Bitcoin, so they no longer have the ownership of bitcoin in the sense of civil law, and thus cannot claim to exercise the right to return the original according to the ownership as argued in the "Case reference Book". In short, in the face of claims arising from Bitcoin in the future, not only can we not protect them, but we should impose the necessary penalties when necessary.

Keywords: Bitcoin; Virtual Property; Legality

* Ocean University of China, China.

Table of Contents

I. Question Raising 77

II. The Dilemma and Challenges of the Judiciary 78

A. The Viewpoint of "Case Reference Book" 78

B. The Dilemma of Rule Conflicts 79

C. The Challenge of How to Execute 80

III. Examination of Virtual Wealth on the Internet 81

A. What is Network Virtual Property? 81

B. What is Online Virtual Property? 82

IV. Proof of Bitcoin's Legal Attributes 84

A. What is Bitcoin? 84

B. Prohibited Bitcoin 85

1. The Necessity of Prohibition 85

2. Content Based Prohibition by Law 86

C. Unprotected Bitcoin 87

1. Bitcoin is a special entity 87

2. Bitcoin is not a Legal Propert 88

3. Holders Do not Enjoy Ownership 89

V. Comments and Conclusion 90

Weaponizing Peace

Yuvraj Joshi; trans., by Kexin Lu*

Abstract: American racial justice opponents regularly wield a desire for peace, stability, and harmony as a weapon to hinder movement toward racial equality. This Essay examines the weaponization of peace historically and in legal cases about property, education, protest, and public utilities. Such peace claims were often made in bad faith and with little or no evidence, and the discord they claimed to address was actually the result of hostility to racial equality. For a time, the Supreme Court rejected dominant peace claims for precisely these reasons. This Essay further documents the weaponization of peace in current attempts to restrict Black Lives Matter protests, denigrate calls for police defunding, outlaw critical race theory, and dismantle affirmative action. By linking these historical and contemporary arguments, this Essay finds that dominant logics of peace mask the injustice, frustration, and despair felt by subordinated groups. The Essay urges closer scrutiny of appeals to peace that primarily function to stifle the pursuit of racial justice and to maintain status quo inequality.

Keywords: Racial Segregation; Black Civil Rights; Equal Protection; Judicial Case; U.S. Constitution

* Yuvraj Joshi, Faculty Affiliate, UCLA School of Law Promise Institute for Human Rights; Research Scholar, UC Berkeley Miller Institute for Global Challenges and the Law; Assistant Professor, University of British Columbia Allard School of Law; J.S.D., Yale Law School, US; Kexin Lu, Shanghai Jiao Tong University, China.

Table of Contents

Introduction.....96

I. How Peace Becomes Weaponized.....99

II. Weaponized Peace in Legal Cases.....103

A. Property: Buchanan v. Warley.....103

B. Education: Cooper v. Aaron.....106

C. Parks: Watson v. City of Memphis.....109

D. Protests: Cox v. Louisiana.....110

E. Pools: Palmer v. Thompson.....111

III. Weaponized Peace in Current Debates.....115

A. The Black Lives Matter Movement, Anti-Protest Laws, and Anti-Defund Strategies.....116

B. Antiracism Education, Critical Race Theory Bans, and Affirmative Action Litigation.....120

Conclusion: from Weaponized to Just Peace.....122

Mapping the Future of Insider Trading Law: of Boundaries, Gaps, and Strategies

John C. Coffee Jr.; trans., by Yizhou Jin*

Abstract: The current insider trading law has its gaps and imperfections, notably not covering scenarios where recipients acquire inside information unintentionally within the regulatory scope of insider trading. Given that the written law has not been altered yet, the SEC should, based on its own authority, formulate Rules 10b5-3 and 10b5-4 to rectify the deficiencies in the current law in defining the element of "deception". The proposal of these rules, while addressing existing loopholes, reasonably expands the regulatory scope of current insider trading, and maintains market efficiency.

Keywords: Insider Trading Law; Rule 10b5; SEC

* John C. Coffee Jr., Columbia Law School, US; Yizhou Jin, International School of Law and Finance, East China University of Political Science and Law, China.

Table of Contents

Introduction 128

I. Gaps in the Law 132

A. Careless Tipper/Corrupt Tippee 133

B. Non-Deceptive "Theft" of Business Information 135

C. "Warehousing" and Selective Disclosure 135

II. Potential Theories 136

A. Fraud on the Market 136

B. The Duty to Hold Lost or Stolen Information in Confidence 138

C. Codifying Dorozhko 142

D. The Restatement of Agency 143

E. Willful Violations of Regulation FD 144

III. An Evaluation 145

A. Overcriminalization 145

B. The Impact on Market Efficiency 145

C. Federalism 147

Conclusion 148

Legacy and Accountability

Ian Ayres; trans., by Xinran Xu*

Abstract: This Essay considers the ways that the law can help or hinder the accountability of actors and institutions. It draws two implications from the failure of Justice Ruth Bader Ginsburg to retire at a time that would have better secured the constitutional right to abortion. First, it suggests waysincluding information escrows—that the law could better dissuade individuals from taking actions that might tarnish and counterbalance the good they've done earlier in their lives. Second, it provides new empirical support for "regular Presidential appointment" reforms as a way to make the United States Supreme Court more democratically accountable.

Keywords: Retirement System; Legal Decision-Making; Information Custody; Accountability

* Ian Ayres, Oscar M. Ruebhausen Professor, Yale Law School, US; Xinran Xu, University of Chinese Academy of Social Sciences, China. Eni Iljazi and Jacqueline Huang provide excellent assistance. I thank Sai Prakash and Richard Re for helpful comments.

Table of Contents

Introduction 152

I. Tainted Legacies 154

II. Can The Law Help Improve Decision-Making? 158

III. Personal vs. Democratic Accountability 163

Conclusion 166

This page intentionally left blank

Editorial Board

Editor-in-Chief: Ge Zheng

Editorial Team

Senior Editors: You Zhang, Yan Pan, Shuai Wei, Zixuan Wu, Liu Ben
Assistant Editors: Rulin Zheng, Erfan Adil, Jingjing Zhang, Qiuyule Yang, Chenxi Zhao

The China Law Journal, a prestigious legal periodical sponsored by the independent society La Nouvelle Jeunesse. Embodying the rational ethos and idealistic legacy of China, the China Law Journal serves as a distinguished forum for legal scholars, students, practitioners, and interdisciplinary researchers. Dedicated to probing deep cognitive frameworks and investigative paradigms relevant to societal dynamics, the journal offers comprehensive analyses of legal norms and systems, delving into their foundational motivations. Our stringent peer-review process guarantees both the theoretical and practical merits of our content, promoting influential scholarly views that catalyze effective communication, knowledge exchange, and reflective discourse across varied perspectives.

The full content of this journal has been included in the HeinOnline Database.

Consistent with our ethos of academic integrity, we emphasize 'originality' as a crucial criterion for submissions to the China Law Journal. We require that manuscripts be previously unpublished in any formal publication. In our endeavor to facilitate widespread knowledge dissemination, we ensure that all published content conforms to the Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0) guidelines.

China Law Journal | China L. J. | 华夏法学
ISSN: 2993-6004 (Online) | 2993-5954 (Print)
Publication Date: November 24, 2023
Submission: https://clj.scholasticahq.com/
Website: https://www.clj.ac/
Email: info@clj.ac

Publisher: La Nouvelle Jeunesse
Address: 655 15th Street NW, Washington, DC 20005
Email: info@jeunesse.ac



9 772993 595009