

第二卷 第二期 | Volume 2, Issue 2

SUMMER 2024 申辰曼

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

张由、潘燕、魏帅、吴梓瑄、贲流

《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：2024 年 9 月 9 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

自然、威慑与法则——《三体》的核心社会逻辑及一种哲学对话	1
程功	
法庭中的机器人：人形机器人出庭作证对缓和证人出庭难的启示	18
周是伦	
国际投资协定中安全例外条款的研究	32
陈昱洁	
成年监护范式的反思与进路：从替代决定到协助决定	45
邓柯	
重组北约：欧洲维护基本权利的最后机会	55
布鲁斯·阿克曼著；孙一喆译	
特朗普的最高法院法官必须将他从总统候选人名单中排除	61
布鲁斯·阿克曼著；曹天弈译	
未选择的路：特朗普豁免案的另一种可能	65
布鲁斯·阿克曼著；胡非凡译	
自动化的行政国家：合法性危机	68
瑞安·卡洛；丹妮尔·济慈·西特龙著；侯博瀚、熊宇轩译	
大坝移民搬迁：补偿、安置与土著	103
斯蒂芬·蒙泽著；张由译	
保护人民免受自己宗教社区的侵害：教会与国家中的无名氏	163
尤金·沃洛赫著；肖敬凡译	
Abstracts and Tables of Contents	187

本页留白

自然、威慑与法则

——《三体》的核心社会逻辑及一种哲学对话

程功*

摘要：刘慈欣的《三体》系列小说成功后，相关的人文社科探讨或多或少都与威慑概念及其背后的法理性根据有关。《三体》中人类社会乃至宇宙社会的基本图景及其运作逻辑，对现实中诸多相关议题形成了宏观和多维的映射，也对传统人文形成了客观挑战。自然、威慑与法则，构成了一组包含深度内在关联结构的概念集合，既可以被理解为小说中广义的宇宙社会逻辑的运作基础，也可以从中窥见这些概念在近现代社会思想中的内在嬗变与转型。比较霍布斯与康德学说中的相关议题及其对作家创作的影响，可以为更丰富维度的探讨提供展开视角。

关键词：《三体》 威慑 自然 法则 《利维坦》 康德哲学

* 程功，上海市社会科学事业发展研究中心（《学术月刊》杂志社）。

目录

一、黑暗森林理论——宇宙与文明尺度下的自然状态？	3
（一）黑暗森林与自然状态的异同	3
（二）自然、威慑、法则	5
二、康德的理性与法则	8
（一）理性、自然与无限性	8
（二）理性与自由	11
（三）敬重与有限性	14
三、小结	16

“威慑”是《三体》系列小说的基本主题与核心概念之一。事实上，刘慈欣早在《三体》系列前作《球状闪电》中，就已将科幻构想中破坏力巨大的“宏聚变”威慑，作为中止战争的终极手段和重建秩序的必要保障。^[1]《三体》中关于威慑的种种技术设想与逻辑推演，核弹女孩、罗辑、程心等威慑者展示出的威慑博弈中的丰富可能性，都可以被视为作者对前作未尽之意的全面展开。

进一步而言，有关《三体》系列的人文社科议题，或多或少都与威慑及其背后的法理性根据有关。小说中“黑暗森林理论”所描述的宇宙丛林状态，既建立在丛林本身的不可知之威上，也潜藏着人类通过威慑反败为胜的关键。^[2]《三体》中人类社会乃至宇宙社会的基本图景及其运作逻辑，既是对现实中诸多相关议题的宏观、多维映射，也对传统人文形成了一定的客观挑战。^[3]笔者认为，自然、威慑与法则，构成了一组有着深度内在关联结构的概念集合，既可以被理解为小说中广义的宇宙社会逻辑的运作基础，也可以从中窥见这些概念在近现代的内在嬗变与转型，为更丰富维度的探讨的展开提供视角。

一、黑暗森林理论——宇宙与文明尺度下的自然状态？

（一）黑暗森林与自然状态的异同

随着近年来《三体》及相关作品的不断翻红，学者们优先注意到了刘慈欣对宇宙社会图景的描画与霍布斯学说的内在联系。^[4]

表面看来，《三体》中的宇宙社会学似乎与《利维坦》的立论基础大同小异。主角所领悟的黑暗森林状态，不难被看作自然状态的某种宇宙版本；小说中的“宇宙社会学”，是以第一公理“生存需要”代替了霍布斯理论中个体追求自我保存的生存需要，以第二公理“物质总量不变”代替了社会财富等资源的有限。^[5]而其中的“猜疑链”等环节的补充，也像是对《利维坦》中相关表述的放大与专题化。^[6]《三体 I》后记中关于所谓“零道德文明”的初步探讨，与其说是小说中对三体文明形态的注脚，毋宁说更适合作为对《三体 II》探讨黑暗森林所指向的零道德宇宙社会图景的基础铺垫。^[7]而这种零道德性，大体也可对应于霍布斯理论体系中“自然状态”的前道德、前法则境域。

^[1] 刘慈欣：《球状闪电》，四川科学技术出版社，2016年版，第285页。

^[2] 刘慈欣：《三体 II·黑暗森林》，重庆出版社，2008年版，第441-449页。

^[3] 例如，笔者曾在一次学术会议中听到有学者指出，对于《三体》黑暗森林理论这样的构想，传统人文主义应当调动既有思想资源来予以回应。尽管这种挑战远未触及根本，甚至作者本人未必将小说的任何元素当作严肃的学理性构想，但回应乃至解构如有必要，便应建立在对相关思想传统的把握和分析基础上。

^[4] 吴飞：《黑暗森林中的哲学——我读〈三体〉》，《哲学动态》，2019年第3期，第16-25页；范劲：《〈三体〉的世界构成和宇宙道德——刘慈欣的宇宙社会学》，《探索与争鸣》，2023年第10期，第126-135页。

^[5] [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1986年版，第73页，“财富、荣誉、统治权或其他权势的竞争，使人倾向于争斗、敌对和战争”；第93页，“任何两个人如果想取得同一东西而又不能同时享用时，彼此就会成为仇敌。他们的目的主要是自我保全”；也参见前引吴飞文，第17页。

^[6] 《利维坦》，第93页，“由于人们这样互相疑惧，于是自保之道最合理的就是先发制人……”

^[7] 刘慈欣：《三体》，重庆出版社2008年版，第300页。

不过，在这种相似之外，二者的内涵差异可以先行在四个方向上得到基本的描绘。

第一，二者所探讨的对象不同。“宇宙社会学”的基本公理是以文明整体为基本单元进行推导的，这有别于《利维坦》围绕个人身体-感觉运作机制的理论基点。^[8]个体与共同体之间的矛盾张力是人文社科领域一个基本母题，《三体》也处处体现着这个母题。例如小说中提到，文明和集体整体上呈现出平均化的规律性，而个体则不可预测。^[9]在《利维坦》中，个体是更简单的、更容易把握的系统；由个人所组成的国家整体，一定程度上也表现出了类似身体系统的机械性特征。^[10]

第二，出于对象的不同，黑暗森林理论采取了更近于数学化与类物理学化的表述方式。在小说中更高文明的视角下，“低熵体”与“意义”是对智慧生命与价值的规范性表达。^[11]这种理科化、技术化的表述在科幻小说中本不算新鲜——传统观念中的秩序与美，通常只能得到定性而很难量化，但系统和信息的熵的高低，理论上则可以被系统性地加以数学描述。有趣的是，刘慈欣让“歌者”这个从名称到职业使命都具有高度诗性色彩的角色使用这些表述，让歌者一边吟唱，一边执行冷酷的清理工作，除了制造出在其小说中常见的力量与美的反差张力以外，也反映了一种在理工科知识分子身上更为常见的浪漫化美学构想，亦即当智慧文明发展到更高层级时，文理之美也许是可以合流的。事实上，这种理想在古典时代可以追溯至柏拉图乃至毕达哥拉斯，^[12]而霍布斯的机械唯物论立场，或可在一定程度上代表其在近代的发展形式。

第三，在不同单元之间的作用关系上，《三体》对于力量的表现维度更加丰富。力量可以被初步划分为具象的物理层面与抽象的精神层面。对于不同文明和国家而言，科技水平的高低当然是最为直接、具象的力量。在具有跨星际的宏大描写尺度的科幻小说中则更是如此。人类与三体文明的巨大科技差距，构成了小说外在矛盾的基本框架，它可以通过“智子”“水滴”等科幻点子，透过微观描写表现出来。但精神力量层面的矛盾则是更为抽象、深入且内在的。霍布斯的世界则仅仅是物理性的，认定广义上的精神和心理运动可以被还原为物理变化。^[13]不过，《利维坦》假定了弱者能够通过计谋或联合的手段来推翻体力上的强者，尽管计谋或欺骗在一个机械论的人性系统中如何可能，霍布斯语焉不详。“面壁计划”中人类的种种复杂计谋与三体人透明思维的对比，与科技水平的对比形成鲜明反差，而这些正可被归为精神力量差距的某种形式。正如小说最后的评价，面壁者计谋本身的失败并不妨碍其精神上的伟大。

第四，黑暗森林法则本身只是一个更广袤的宇宙图景的开始——只是小说中“通信兵”

[8] 《利维坦》，第4-5页。

[9] 刘慈欣：《三体Ⅲ·死神永生》，重庆出版社，2010.11年版，第98页。

[10] 霍布斯：《论物体》，段德智译，商务印书馆，2019年版，第xviii页。

[11] 《三体Ⅲ·死神永生》，第387-394页。

[12] 《利维坦》，第541页。柏拉图的数学哲学思想的相关综述，可参见毕祖曜：《柏拉图对话中的德性和数学知识》，《西南交通大学学报》，2020年第2期，第136页以下。

[13] 《论物体》，第xi页。

级别的宇宙战争表象。^[14]对于宇宙、自然本身的更高层级的破坏与建构，无论是更为宏大尺度的、残忍的超高科技宇宙战争，还是可能存在的慈善家、“归零运动”等代表秩序、光明的拯救性力量，在小说中都处于刚刚显露出冰山一角的未知状态。^[15]这种巨大纵深和留白，连同时空本身漫长和广袤的量级，也就为小说中的宇宙图景留下了某种形而上维度，甚至宗教性维度的映射与指向。按照作者的科幻理念，笔者姑且称之为刘慈欣创作中的一种“去宗教的宗教性底色”。^[16]它是以形而上维度的神秘性与超越性，及其在人心激发起的敬畏感为核心的，因而会触及类宗教体验的边界；但小说之为虚构，科幻创作之技术细节与相对严谨的世界观架构，使得这种底色并不囿于任何一种既定宗教——当然，小说中“伊甸园”等元素在黑暗对峙中的出现，还是多少为黑暗森林理论更多蒙上了一层基督教文化背景的色彩。^[17]在霍布斯理论中，宗教问题处于一种更加矛盾的复杂之中，是一个经久不衰的学术议题，对此本文不可能加以展开。但至少可以肯定，将一种机械唯物论下的自然概念及其衍生学说与“上帝的命令”相融贯，是霍布斯贯穿一生的终极理论追求。^[18]

（二）自然、威慑、法则

我们不可能要求一个科幻设想能达到严肃的哲学或社会理论的严谨性和完备性。但在上述四个方向上，通过对黑暗森林理论与霍布斯理论的简要辨析，二者在精神上共通的社会逻辑基础要素便可得到辨析。

首先是“自然”。二者所表现的自然观与个体的自然属性，呈现出一种与古典式的和谐、融贯的自然观念相异的，去目的论的色彩^[19]。在霍布斯处，自然的含义首先仅仅指向被客观给定的状态或现实；^[20]由此所得出的人的自然或本性，首先是出于物理上的自我保存需求。自然状态下的人首先不是已经得到规定的政治动物，而是纯粹的原子式的个体；人的自然权利（或自然正当）同样是无限的，每个人都可以主张他对世间一切资源财富的权利。类似的，在《三体》的宇宙观中，由于宇宙时空的量级之巨大，导致了跨星际文明之间首先处于相对隔绝而非交流的状态，也就自然地导致单个文明在整体上的原子性特征。关于其生存和发展的第一公理，也是看似足够直观，故可以不经论证而直接被给定的。引发人类重新面临自然状态的星际飞船，也被作者不无深意地命名为“自然选择号”，暗示着达尔文主义自然观。

其次是“威慑”。威慑首先源于个体对于他者的恐惧。在霍布斯处，自然状态首先导向的是人类社会的痛苦状态而非幸福状态。由于个体之间的身体与心灵能力大致平等，没有人

[14] 《三体 III·死神永生》，第 470 页。

[15] 同上，第 476 页以下，第 507 页。

[16] 刘慈欣本人就曾抱怨“中国科幻缺少宗教感情”，尽管他是“坚定的无神论者”。笔者相信，这种悖谬的类宗教性，是刘慈欣广泛阅读西式科幻而受到影响的一个鲜明特质，也是他与国内同类型作家的鲜明区别。参见刘慈欣：《“SF”教》，《最糟的宇宙，最好的地球——刘慈欣科幻评论随笔集》，四川科学技术出版社 2015 年版，第 31 页。

[17] 《三体 II·黑暗森林》，第 411 页以下。

[18] 吴增定：《利维坦的道德困境》，三联书店 2012 年版，第 91-100 页，第 112-114 页；杨汲：《霍布斯的自然法命题重释》，《哲学动态》，2022 年第 10 期，第 57-64 页。

[19] 《利维坦的道德困境》，第 105 页。

[20] 《利维坦》，第 15 页，“自然界中所存在的只有现实”；第 23 页，“自然本身不会发生错误”。

能保证自己免于暴死——即使是世间最强之人，也抵不过其他人力量的联合或计谋。^[21]在这场“一切人对一切人的战争”中，道德与伦理的约束尚未产生，所有人时刻面临着最大的恐惧，因而都处于平等的不幸之中。霍布斯指出，只要没有更大的公共权力，人们便处于这种引发无穷恐惧的战争状态之下，而这个后来被规定为主权者的公共权力所能带来秩序的根据，正在于他可以“慑服”（over-awe）所有人，^[22]即最大程度的威慑与使之屈服。《三体》中人类对三体文明建立起的威慑，同样源于对两个文明同归于尽之毁灭结局的终极恐惧。潜藏于宇宙未知处并可能施加毁灭的打击源，固然具备更高的科技力量，但其打击动机并非出于任何宇宙公义的建立或主持，而纯粹是由于作为宇宙之自然的黑暗森林状态，因而最终同样可以被归为恐惧。

最后是“法则”。法则的关键意义，在《利维坦》最为集中地体现于“自然状态”和“自然法”两个概念的内在张力中^[23]——自然法是对自然状态的决定性克服，是社会秩序从零到一的突变，是和平、道德与正义在霍布斯处得以另起炉灶的源头。霍布斯从个体权利的视角出发，第一自然法追求个体自保意义上的和平，第二自然法才涉及公共契约及个体对部分自然权利的转让，并由此产生出至高的主权者。^[24]不过，正是在法则性上，《三体》中的宇宙观由于其科幻背景设定，而与《利维坦》的社会观产生了明显区别。宇宙的自然黑暗森林，但“黑暗森林法则”却不是霍布斯的自然法。从《三体》的视角回看，霍布斯所假定的自然法系统秩序的建立，不可避免地有赖于愿意建立这种秩序的原子化个体之间充分的、公开的交流。而这个关键点，在广袤的宇宙尺度下由于时空的隔绝而成为了不可能。“黑暗森林理论”仅仅指向文明所在宇宙坐标一旦被公布后即会遭受打击的定理性结论，本不应被称为“法则”，^[25]因为这里尚未出现公共秩序的建立。“法则”（law）一词仅仅被用于宇宙社会学公理的描述性意义上，近似于牛顿定律这样的物理法则。不过，仅仅就人类与三体文明的二元关系而言，称其为文明与秩序的法则也是可以接受的，因为弱势方可以通过借助黑暗森林力量的单方面威慑来建立和平。但是，是否会存在更高维、更多元、更广泛秩序层面的宇宙社会法则，我们在小说给定的范围内是不得而知的。因此，《三体》关于法则概念本身，在留白中质朴地延续了霍布斯对于自然世界与人类世界融贯性建构的理论理想，并触及了类物理性的科学法则与社会性的伦理法则之间的边界。这个边界的疏通，或许正属于自然科学与人文社科之间“双向奔赴”的终极理想。^[26]

^[21] 同上，第 92 页。

^[22] 同上，第 93 页。

^[23] 《霍布斯的自然法命题重释》，第 63 页。

^[24] 《利维坦》，第 98 页。

^[25] 事实上，《三体》原著中从未出现过黑暗森林与“法则”二字结合的表述，而只是有与“状态”“理论”“威慑”等相结合的表述。但仅就笔者的观察，“黑暗森林法则”已成为公共舆论探讨小说中该话题时的通用表述。

^[26] 科幻文学中的科技想象与社会想象，往往是在现实经验基础上的虚拟与再建构，并呈现出科技发展与社会形态的互动与结合。这种建构与结合的理想方式与探讨维度是多样的，例如在法则问题领域，可以落实到所谓“真法律”与“硬法律”之间。可参见岳林：《笨法律、真法律和硬法律》，载《上海文化》，2023 年第 6 期，第 88 页。

黑暗森林是刘慈欣所构造社会图景的一种集中化、议题化呈现。而《三体》系列小说中,则更普遍地包含着对混乱或无道德社会秩序的直接表现与物理化暗喻,并将其作为小说核心性的矛盾与情节发展的深层推动力。考虑到作者的成长经历与人生轨迹,尤其考虑到《三体》之为“光年尺度上的中国现代史”,这种对“乱纪元”的深层关切意识是不难理解的——这与霍布斯在其所处时代的政治关切是类似的。而《三体》的社会背景得以植根其上的社会逻辑,由于其物理时空与法则的“硬度”与文明法则的神秘未知,甚或可以被视为一个比霍布斯理论更加单调的系统——想象一个宇宙尺度下的主权者无疑是困难的,黑暗森林本身更无所谓善恶。对于星舰宇宙中的人类,并不存在从自然状态到自然法那样边界分明的一锤定音,生存本身就意味着对这道边界之下更深的自然与精神交界场域的拓展。

两种思想在都表现出某种物理主义倾向的前提下,两人所接受的物理学观念及知识背景有着巨大区别,但也大体都符合各自时代的主流认知中的自然图景——霍布斯承袭了以伽利略为代表的近代机械物理观,而刘慈欣至少是在对现代物理中的相对论和量子力学有着基础性了解的前提下,再对物理学中的超微观与超宏观尺度进行种种科幻化狂想的。两人也都只能算是自然科学的爱好者而非科学家。但正因如此,二者在社会逻辑观念上所呈现出的相当程度的契合性,既不是一种纯粹客观上的巧合,也不应简单地解释为,仿佛只是由于作为后来者的刘慈欣在创作时主观上选择了参考和致敬霍布斯而已。刘慈欣对霍布斯的选择是一回事,但黑暗森林等元素所呈现出的社会逻辑,为何对认同它与反对它的读者都具有如此强烈的刺激性,《三体》近年来为何保持着社会热度并激发广泛共鸣,尤其是为何对这样一部小说的解释和评价,已经俨然折射出当代中国政治意识形态领域的分化,且这种分化正呈现出愈分愈细、愈演愈烈之势——这些才是值得更加深入辨析的另一回事,也才揭示出这种选择本身所切中的社科话题的更宽泛的探讨意义和价值。对此,笔者曾有一些不成熟的看法和解释,但该话题并非本文的重点,也就不做进一步展开。

从哲学史来看,霍布斯学说的精华在其社会理论,而对人类个体与至高上帝保留了丰富的理论张力。仅就《三体》的社会学背景设定而言,这种张力被宇宙的空洞式的广袤粗暴地抹杀了——与宇宙本身相比,个体的存在,甚至人类文明的存在,都仿佛只是微不足道的,也就在表面上呈现出了作者对文明图景的悲观化和对终极价值的虚无化。但小说的意义不在于论证一种假说是否正确,黑暗森林的冰冷也只是背景舞台。一方面,这个舞台为小说中的符号性角色留出了展示个体丰富可能性的发挥空间——正因为个体本身微不足道,那些值得被搬上舞台的个体才必须代表着更具深度的种种主义、路线、力量,呈现出无与伦比的社会纵深感;另一方面,舞台之外除了更可怖的力量与破坏形式,是否还存在更高的秩序,诸如“回归运动”等近乎宗教性与神性空间是否可能得到展开,小说到最后实则仍然保留了极大的想象空间。

自然、威慑与法则,组成了一个彼此之间有着深度内在关联的基础概念组——自然导向威慑,威慑为法则建立基础,法则又是对自然之于人类意义的质变性的成全。这个三者首

尾相接的运作逻辑,使得更广阔的社会图景与伦理秩序得以从中衍生出来。尽管在笔者看来,霍布斯只是作家创作时的思想资源之一,但《三体》不妨被看作建立在这个核心社会逻辑之上的,对《利维坦》社会思想在宇宙尺度上更残酷的展开与演绎。

作为作家,刘慈欣并非以人物塑造和性格的复杂刻画而见长,其小说中的形而上与宗教色彩,虽然在国内环境下显出了不乏鹤立鸡群的深度,但在世界范围内则并不算突出。类似的,考虑到西方思想在近现代的复杂发展,哲学上以机械论与唯名论为立场的霍布斯,在后世看来也不能算是对人性与宗教的思考深度而见长的。对黑暗森林理论加以消极否定是很容易的,但黑暗森林理论背后折射出的霍布斯的社会政治理论,甚至是触及现代社会法理性基础的自然法学说,则是哲学与法学领域必须严肃对待且经久不衰的议题。

尽管学界面对通俗文学时始终面临解读范式的阙如这一问题,但优秀通俗文学的价值并不在于通过自身来展开理论或让自身成为理论的解释样本,而首先体现在其社会向度,无论是小说中的社会指向还是在小说外引发的社会效应。围绕自然状态与现代社会的人性基础,霍布斯那种理性到近乎冷酷的目光,时常受到或深或浅的虚无化的解读——例如施特劳斯将其视为“现代性的浪潮”之一环节,^[27]并将其根源追溯至霍布斯对传统自然目的论的拒斥上。^[28]类似的,《三体》小说本身由于其热度,也就不必意外于诸如社会达尔文主义的解读,及其引发出的各种评价争议,但它毕竟是被设定在与传统社科探讨领域有质性差异的宇宙自然社会背景下。笔者认为,由此可得展开的人文社科探讨角度是相当丰富的,但重要的问题在于如何避免流俗化的政治解读,并使得小说中的社会逻辑能在积极方向上的得到清晰还原或更深建构。围绕自然、威慑与法则这组核心概念,本文试图初步借助康德哲学的思想资源,针对这个在《三体》与《利维坦》中核心性的社会逻辑,提出可能的回应与展开方向。

二、康德的理性与法则

(一) 理性、自然与无限性

如果一种社会图景或社会理论的主体部分是足够完备且自洽的,那么对其加以解构性的批判,要么需向下用力,挖掘人性层面的基础;要么需向上用力,寻求宗教维度的启示。后世哲学家中,有许多都是在这两个方向上均有所发展和建树的,但将康德作为其中首要值得探讨的代表,应该不会有太多争议。

《利维坦》是从人类个体出发的社会理论体系,必须建立在对人性有所把握的基础之上。个体自发地遵从自然法并签订社会契约的基础,源于心理层面计算的理性与对暴死之恐惧的

^[27] 施特劳斯:《现代性的三次浪潮》,《外国哲学》(第29辑),商务印书馆,2015年第9期,第182-187页。

^[28] 施特劳斯:《自然权利与历史》,三联出版社2006年版,第173-181页。

协同运作。在西方古典哲学的灵魂论资源中，这大体相当于理性与欲望的结合。^[29]人的理性是霍布斯理论的重要假定与核心出发点。霍布斯单纯将理性视为人类个体所独享的，^[30]其含义更接近于狭义上的“推理”能力。^[31]与之相比，西方古典理性主义的伦理立场，强调的是个体与城邦层面理性对激情和欲望的统治关系，而非三者齐头并进的协同关系。古典时代理性的含义并非首先是算计性或认知性的，甚至并非首先是人的能力，而是宇宙本身所具有并为人所分有的先天秉赋。这就为理性的统治地位赋予了自然的正当性。

如果说英国哲学传统中的理性，始终包含着一层功利性与算计性的色彩，并将这种趋利避害视为最基础化的“理所应当”的自然，那么康德无疑深刻洞见到了这种理性观在认识论与伦理学上的局限性，并开启了为理性和人性赋予更深层次内涵之先河。因此，在康德的路线上，理性与法则的内在联系，便可以通过更为复杂的逻辑结构来得到揭示，从而提供回应霍布斯式社会逻辑的基础思想资源。

作为康德哲学核心精神的体现，“人为自然立法”的口号首先反映了纯粹理性的认知意义。任何在以往思想中作为直接的被给定性的自然，^[32]包括牛顿定律这样对自然的伟大认知成果，都不再是不言自明或天经地义的。作为对象的自然，首先被区分为物自体与表象两个层面。物自体本身并不可知，表象则从属于知性范畴与逻辑规则。在这个意义上，关于纯粹知性中的这种自然与法则之间的紧密关系，其必然性是必须得到具备法学性质意义的充分演绎的。^[33]

知性层面的法则及其运用，对于主体认识世界的活动是积极的、建构性的。但第一批判超越以往哲学家的要点在于，狭义的理性因其僭越而有可能成为违法的，这个违法性不在于可能推导出错误，而在于误认为不可知的领域是可知的。对于此前欧陆哲学的理性主义传统及其产生过的种种先验幻相，康德指出，理性在其本性上总是试图从知性法则来把握宇宙的整体或极限，把握形而上原理，甚至把握上帝的存在，进而就会导致知性被滥用到超出其合法界限的地方。例如，在笛卡尔的著名沉思中，“我思故我在”的第一原理精神，一定程度上得到了第一批判先验演绎部分的继承，^[34]二者的分歧实际是对“在”的基本理解；^[35]但第二原理“我在故上帝在”则是一个经不起检验的命题，因其混淆了上帝的理念与实存。四组经典的二律背反，更是揭示出康德理性批判的理论纵深不仅限于形而上维度，也可以在宇宙

^[29] 区别在于，柏拉图的论证过程是将激情（血气，thumos）作为一个独立的灵魂部分并以此使其有别于欲望，而霍布斯则在不同篇章中论述激情及其所涉的愤怒、勇气，是从属于意愿行为进而受欲望统治。参见柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版，第167页（440e）；《利维坦》，第35-46页，第96页；参见《利维坦的道德困境》，第104-111页。

^[30] 《利维坦》，第20页，“人和理性两词范围相等，互相包容……”

^[31] 同上，第33页。

^[32] 康德：《纯粹理性批判》（第2版），见《康德著作全集·第3卷》，李秋零主编，中国人民大学出版社（以下所引康德著作参该全集版本），第539（B873）页。

^[33] 同上，第94页（B116）。

^[34] 同上，第103页（B132），“我思必须能够伴随我的一切表象”。

^[35] 同上，第388页以下（B620）；参海德格尔：《存在与时间》，陈嘉映、王庆节译，三联书店2014年版，第28页（S.24）；参见丁耘：《论海德格尔对康德时间学说的现象学阐释》，见《道体学引论》，华东师范大学出版社2019年版，第423页，第455页。

论上得到展开——由知性范畴所推演而来的四组问题，即时空的宏观无穷性、物质的微观可分性、自由的因果性、绝对存在者的必然性，都是不可知的。^[36]

在今天看来，这种对不可知性的论证意义，不在于其在物理学上的正确性与否，毕竟现代物理学的发展早已对这些基础问题给出了更为复杂的解释。对于本文，重要的问题在于，康德注意到了，这种对宇宙级别的自然尺度尽头的思考源于理性的必然冲动，即使它必然堕入幻相^[37]。但这种冲动背后所反映出的人在本性上对无限性的面向，令人之为人的意义得到了更高层面的昭示。这些触及认知能力范围边界的宏大与微小，使得处在“中间”的人更像一个中介，一个宇宙或自然用以实现自身目的的过程，或用海德格尔的话说，一种存在的“澄明之境”（Lichtung）。^[38]康德对后世的关键启发在于，物自体世界如果有意义，那么这个意义恰恰由于它处于认知之外的不确定性，也恰恰因其不确定才能激发起人的深层次的实践动力。一方面是“人”，一方面是“宇宙或神的自我实现过程”，中间的连词只能是“像”，而非如古典目的论自然观中那样就确定的“是”。^[39]在这种“像”的似是而非是之中，主体才能破除掉旧日理性与信仰复杂交叠的框架，并重新确立起属于理性自身的法则与目的，“头顶的星空与心中的道德律”也才能得到并置。

在这个角度，刘慈欣作品中的哲学意识，其实是更接近现代的而非古典的，是在人与自然的关系问题的宏观认定上有所断裂而非绝对融贯的。例如，《朝闻道》展现了科学关怀与生命意义关系的极限。^[40]小说中的科学家表现出了愿意为获知科学真理而纷纷殉道的意志，其行为甚至被评价为符合宇宙中一切文明的基本价值——但这种献身精神在同类型的科幻创作中本不少见，并没有特别超出“朝闻道夕死可矣”的生命-宇宙观范围，且这种精神本身也是在许多古典文明中共通的。《三体》中科学家的自杀则是对此精神的反向演绎。笔者既不关心，也不认同这种对科学精神的过度浪漫化追求与表现。不过，体现小说世界观设定的特别之处在于，宇宙自身的目的是否真的存在，到最后却连作为宇宙排险者的更高文明也不清楚。^[41]这种宇宙观在其最终极层面的未知，也就有着比一个确定的宇宙意义更高层次的激发性。

与霍布斯的机械唯物论及其后学相比，康德从理论认知到伦理实践的法则性过渡之所以具有划时代的理论深度，正体现在认识论尽头处的这种断裂性上，建基于理性的不可知。在霍布斯处，物体作为哲学的研究对象，归根到底是将自然物、人造物与人自身统合在一起的可知集合。^[42]人首先只是自然物体中最为特殊的一种，因此自然界与人类社会的一切运动，都可以在某种意义上归于必然。在霍布斯处，一个足够理性的人，对于他人可能杀死自己的

^[36] 《康德著作全集·第3卷》，第288-312页（B454-489）。

^[37] 同上，第230页（B352）以下。

^[38] 《存在与时间》，第155页（S.133）。

^[39] 参宋继杰：《柏拉图伦理学的宇宙论基础》，《道德与文明》，2016.6，第19-22页。

^[40] 刘慈欣：《朝闻道》，载《朝闻道》，万卷出版社2022年版。

^[41] 同上，第36页。

^[42] 《论物体》，第xviii页，第23页。

恐惧，以及由此衍生出的，对于源自最高权力的威慑的需求，是连接自然与法则的关键。换言之，自然状态所指向的死亡，揭示出了人的自然性中最核心的动力。

对比之下，法则在康德处被区分出认识和实践的两重维度，且康德学说更深地触及二者的边界。知性层面的自然与法则的关系，看似并不需要通过任何与“他者”或“威慑”相关的转渡才得以形成。对于这种差异，表层的解释是很容易的：康德首先关注的是纯粹知性，这不能掺杂情感或欲望层面的任何因素；或者，知性的基础任务是对自然的认识，而不是对人类社会的认识。而更深层的原因在于，康德哲学中“人是什么”的核心问题潜在指向的，毋宁说是理想化的人类个体是什么这个问题。他所设想的理性主体，仿佛首先被泾渭分明地区分了理论和实践两种能力，而作为认知者的主体只能是孤立而自足的，并不优先作为古典视野下“城邦的动物”，不涉及如后世现象学所探讨的“主体间性”的问题，亦不是海德格尔所说的与常人共在生存的此在。换言之，认知层面的事实的真理性，其之所以“合乎法则”，并不和“大家都必然认同它”与否相关，而是在联系主体与客体的内外关系的先验性层面被奠定了更深层次的根据。

对霍布斯而言，在纯粹的个体层面，自然与法则本无所谓区分，因为“自我保存”就是二者的源始统一，是一种足够直观的、公理般的天经地义。^[43]《利维坦》中人类的感觉、想象、语言、激情等，只是人这个社会原子得以自我展开的自然属性和必要条件，个体层面的人之为人，是没有根本内在张力的——自然状态下生存的矛盾张力源于他人。相较而言，或许可以说，康德哲学的出发点同样是原子式的个人，只不过这个原子所遵从或树立的，并作为首要考察对象的法则，不是在与其他原子的关系中，而是源于其内部有待考察和发掘的更深入的结构中。这种结构是感性与知性的合乎法则的协同运作，但它并非天经地义，并非是一经赋予人类后便不需要再受到反思了的。相反，康德对于二者运作的更深层次基础是留有余地的，甚至在后世哲学的发挥与解释中，它所指向的东西是近乎神秘的^[44]。这类似于《三体》小说中“智子”这种最微小尺度的智慧体的存在，源于其被超高科技力量展开、改造后又重新折叠的过程的叙事。但这样一个主体或类主体如何可能打开和走出自身，如何走向其“实存”，小说固然可以将其归于更高科技力量来含混带过，甚至可以通过为其赋予机器人躯体，而产生半类人格化、半类机器人化的表现，但这个过程仍是未知而神秘的。

（二）理性与自由

而在第二批判关注的实践理性层面，个体的伦理实践必定触及到他与其他有理性个体的关系，必须涉及社会道德层面的秩序与法则的推演。本文在此不可能全面展开康德的道德学说和法权学说，只在其与霍布斯思想的联系中展示其与公共性、与社会逻辑相关的基础。

^[43] 《利维坦》，第 93 页。

^[44] 例如海德格尔的康德解释的核心，是将作为源始时间的先验想象力视为感性与知性共同的隐秘根源，从而引向自己基于时间性的生存论哲学。见海德格尔，《康德与形而上学疑难》，王庆节译，上海译文出版社 2011 年版，第 132 页以下（S.139）；可参见《论海德格尔对康德时间学说的现象学阐释》，第 446 页以下。

在传统的宗教伦理中,主体的道德性归根到底源于他与至高者,即上帝的关系。但在社会与公共秩序维度,上帝首先是西方文化中人们敬畏的对象。《旧约》传统中的上帝的神圣性及其教旨的律法性,更多体现于其作为一个威严的家长对违背其意志的人类所执行的惩罚。至于其意志与命令本身,则是超善恶的,例如亚伯拉罕在接受杀子命令时,当然不能怀疑上帝的命令本身不善,他必须毫无质疑地信仰并服从。在基督教受到哲学化改造的过程中,神学越来越多地被赋予了理性的基础,并对近现代哲学产生了深远影响。霍布斯与康德一定程度上都在自己的学说中保留了上帝的位置,他们不是绝对的无神论者,但显然都不满足于自身时代的宗教政治环境。《利维坦》对教会的批判,^[45]康德对上帝存在诸种证明的逐一批驳,都有着或直接、或间接的政治指向与意图。

从康德的角度,霍布斯的机械唯物论及其相关后学令其不满之处,在于它无法为人类的自由提供深层次的内在根据。自由是道德得以可能的源头,是道德行为具有超越性价值的基础。在机械唯物论中,哪怕仅仅是假定物体与自然在认识论上是可知的,也会推导出一种决定论的宇宙观,从而使得一切道德行为的价值根据被消解掉,导致道德本身的解体。如果人没有自由,那么在实践上,他其实就并没有选择为善或为恶的能力,一切都属于必然领域,无人需要为自己的行为受到褒奖或批评,也就无人需要承担义务或责任。

有趣的是,理解康德的理论核心后再回到霍布斯处,我们会发现,康德所拒斥的这种决定性,在自然法理论看来或许是积极的,因其为《利维坦》学说的社会逻辑提供了坚实基础。相反,霍布斯的自由概念的内涵仅仅是消极性的,是“外界障碍不存在的状态”,并没有体现出人与一般物体的差异。^[46]因此,在康德处自由问题所涉及的实践理性根据,已经在自然状态与自然法的概念转渡中被决定性地囊括了。如果人是自然的一部分,只是一种特殊的自然物,那么自由问题当然并未超出自然的界限和框架。如果自由的含义只是“无障碍”,那么将一个人对一切财产的所有权主张规定为“自然权利”,与将其规定为人在这个世界上的空洞的“自由”,二者的实质内涵是一致的。^[47]

决定论问题的阴影笼罩于伦理的根基。康德提出涉及自由的二律背反,看似是对自由的限缩,其实是对自由概念的一种重新解放。正因为受因果律支配的自然世界的图景下,自由本身不可知且无法得到先验性的演绎,关于自由的探讨才必须被建立在全新的维度基础上。例如,康德做出的自由意义之消极与积极,内在与外在这两组不同划分,便涉及其道德与法权学说的边界。^[48]消极的自由接近于以往哲学家所讲的不受妨碍意义上的自由,积极的自由则是意愿某事的自由;内在的自由指向伦理义务,外在的自由则属于法权义务领域。法权义务与行为而非动机相关,但它是对内在意志在实践领域的落实。自由在其根基处被赋予

^[45] 《利维坦的道德困境》,第91页以下。

^[46] 《利维坦》,第97页,第162页;《利维坦的道德困境》,第129页。

^[47] 《利维坦》,第97页,“著作家们一般称之为自然权利的,就是每一个人按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己的天性——也就是保全自己的生命——的自由”。

^[48] 杨陈:《康德法权哲学的实证主义倾向》,《人大法律评论》2015年第2期,第87页。

了“自我立法”与“自我遵从”的内涵，自由与自律成为了同义的，康德建立在道德哲学基础上的法权理论等社会学说也才能进一步得到展开。

在康德这里，法理问题与理性主体的自我意识取得了更深层次的联系，而法则与自由的联系由于自由根基的不确定性而呈现出更加复杂的形态。这多少导致康德的社会学说无法取得霍布斯那样的坚实性，由此产生的解释张力和探讨空间也就更加丰富。刘慈欣在《三体》前的另一篇小说《镜子》中，便展现了决定论问题放大到社会层面时的一种可能图景。^[49]这篇小说探讨的是，如果宇宙可以被计算机模拟出来，将对人类社会产生怎样的影响。这个科幻点子本身并不新奇。在科幻小说领域，阿西莫夫《过去已死》（*The Dead Past*）已有过类似设定；在哲学上，刘慈欣不可能不清楚这一设定背后的决定论、自由意志等问题早已有过讨论；在物理学上，作者也清楚量子层级的不确定性原理，也创作过《球状闪电》这样相关主题的故事，但他仍然假定了一个可以被计算机程序严格模拟演化出来且与现实进程分毫不差的宇宙。这个宇宙的设定本身，或可被认为是从现代宇宙观返回了某种前康德式的宇宙观。正因如此，如果谁评价作者缺乏物理常识、创作新意或阅读积累，这类指责将是毫无意义的，因为作者围绕这个点子加以展开的是何种维度的社会性探讨才是关键——对于这种决定论背后的道德疑难，小说将这种抽象矛盾的表现形式，具象化地落实在反腐维度。小说中的主角将“镜子”作为与反派腐败分子谈判时威胁对方的筹码，并取得了斗争的胜利。这就与《过去已死》这样的相似题材作品展现出全然不同的社会焦虑与社会立意。

《球状闪电》的末尾曾留下《三体》的“彩蛋”——当主角意识到某个“超级观察者”的存在时，他的第一反应是乐观的：“如果真的能证明存在一个超级观察者在观察着我们的世界，那人类的行为就简单多了……真的，人类社会也很像是处于不确定的量子态，一个超级观察者能令它坍缩回理智状态。”^[50]《镜子》的结尾看似无情地打破了这种乐观——如果观察是对非理性与偏私的消解，是对权力的非正当运作的抵抗，那么当这种观察权达到绝对的公开透明，在这种公开的尽头，社会与文明将会在一种“呆滞的庄严”中死去。^[51]《三体》则呈现了另一种残酷——“智子”的真相被揭露后，人类幻想中外来力量的温情面纱也被无情撕破了。因此从后作的视角，《球状闪电》主角的看法便似乎流于天真了。然而，这些看似矛盾首先并非孰对孰错的问题，也不是作者的思考真的出现了何种翻转，而是取决于社会背景矛盾的不同——无论是小说中的社会背景，还是作者在不同创作时期所关注的国内外社会政治背景。

《球状闪电》末尾是一个战后重建秩序的社会，人们当然会渴求霍布斯式的确定性。《镜子》中的人类，表面上只是面临一个无处不在的监控——当宇宙的谜底被揭示为确定的且可模拟的，当一切历史的隐秘将会被客观公开，人类文明整体宏观的结局便成了注定的。然而

^[49] 刘慈欣：《镜子》，载《镜子》，万卷出版社2022年版。

^[50] 《球状闪电》，第289页。

^[51] 《镜子》，第61页。

小说中社会走向消亡的根本原因,在于康德式的内在自由的瓦解——尽管这种自由在小说里的首要表现,恰恰是诸如腐败之类的,违背任何意义上的法则的越轨与失序行为。不过,小说只是表现了两个极端,中间的留白部分仍有极大的空间——例如与文明走向的必然悲剧相比,个体的反应与选择其实并非绝对,刘慈欣至少仍为特殊性保留了一丝余地。通过“镜子”,通过对一切秘密的监控式的记录与公开,社会道德法则得到了外在的决定性的保证。但在小说里的谈判过程中,反派们的反应并不一致;而在得知“镜子”后,反派中的“首长”选择重拾初心,在赴死前保留最后的体面和理性,但另一些人则或绝望自杀或精神恍惚。^[52]可以想见,这种宇宙观下的自由和尊严,究竟是决定论自然宇宙中的幻象,还是真的有其意义,都将会成为每个社会个体无法再逃避的问题。小说中的主角选择销毁镜子,逃避了这种史无前例的重大责任,但他也理性地意识到,这种逃避仅仅属于个体,只是给自己的一个不算交代的交代,无法改变社会和文明必然因此走向自毁的大局。

虽然主题不同,但《三体》系列中社会与个体之间的张力,其实与《镜子》的这种背景色调如出一辙。表面上看,由“镜子”展开的对道德的监控,换成了由“智子”展开的对战略意图的监控,使得社会矛盾被替换为敌我矛盾——但《三体》的真正主题依然是人类社会自身的内部矛盾,外星文明只是对这个矛盾的激化。而在创作表现上,《三体》同样是在一个宏大而悲观的社会图景下,具体表现那些仍在挣扎着奋力一搏的个体,这些主角们的主体性地位也才在这种社会图景下得到前所未有的纵深提升。这种提升是合乎某种客观的社会逻辑的,例如在与三体文明的对峙中,人类整体不可能建立威慑,但个体可以。通过“威慑”这样极具个体性力量的表现维度,作者也就在最大程度上展现出宇宙尺度下个体自由的丰富可能性。

(三) 敬重与有限性

在康德那里,如果感官外与灵魂内的世界都可以被理解成作为“被给定性”意义上的自然,^[53]那么将这二者真正形式化地连接起来的,与其说是对自由之可能性的一种必要的设定,一种消极意义上的“不得已而为之”,不如说是理性主体结构中最深层次的“敬重”(Achtung)结构。^[54]敬重是康德道德哲学里联结主体与法则的核心议题,在此只能略作简论。在本文视角中,这种敬重可在与霍布斯不同的意义上将自然、威慑与法则联结到了个体之内,而非社会尺度下的个体之间,进而为通向某种更具张力形态的底层社会逻辑的探讨提供可能。

敬重是以法则为对象的,也可被理解为源于实践理性主体自身。一方面,例如《道德形而上学奠基》有言:“义务就是出自对法则的敬重的一个行为的必然性”;^[55]另一方面,敬重针对的法则并非是由任何外在力量加之于我的,而是我直接地、无中介地便加以认定的实践

^[52] 同上,第52页。

^[53] 《康德著作全集·第3卷》,第539页以下(B874)。

^[54] 康德:《实践理性批判》,见《康德著作全集·第5卷》,第79页。

^[55] 《康德著作全集:第4卷》,第407页。

原则，归根到底也是对我自身的敬重。^[56]在康德的设想中，理性主体对这种法则的自发认识与必然遵从本就是一体的。情感虽然是非理性的，但敬重作为情感，是一种源自理性的、主动的情感，它打破了自我与法则之间的界限，同样打破了现象与物自体之间的界限，故而在康德处作为最基本的纯粹情感。^[57]

同样是与恐惧的情感相关，敬重与威慑的运作逻辑有深入区别。在对象上，敬重是理性主体从自身出发，经由法则后再回到自身，而威慑则是针对他者。敬重是将自由与自律结合于一体的力量，是法则层面的一种对绝对必然性的追求；而威慑则更多面向可能性。在主权者出现前的自然状态下，恐惧正是源于暴死的未知与可能性，但它为所有个体造成的却是确定无疑的痛苦。敬重是对法则的自发意识，必然伴随一定的恐惧，它要求人们排除追求感性层次的愉悦而违背法则的欲望，也会带来直接痛苦。但在法则的崇高性面前，敬重在作为对自发立法的无条件遵守的前提下，其所带来的就是一种深层次的愉悦与自我肯定。与之相比，霍布斯的自然法是设想中理性个体的必然选择，主权者对所有人的摄服首先意味着违法者的约束与惩罚权力，是对自然状态暴死恐惧的收束与形式化。

在第三批判中，康德探讨了主体与自然间建立联系的其他可能，即审美的途径。康德特别注重崇高的美学意义对于人格的塑造。在质与关系范畴上，崇高的存在是最为巨大的，其在力量关系中也是最具激发性的，而这些要素首先需要通过自然世界向我们显现^[58]——自然景观的伟岸、恢宏，自然强力的山崩地裂、惊涛拍岸，无不使人们产生对于无限的想象与恐惧，使我们意识到个体的渺小。但康德却从中指出我们通过自然与审美的中介来进行自我提升的契机，因为在我们内心当中，同样可以发现自身相对于自然界的某种“优势”。这种神秘的优势感源自我们将自己视为独立于自然的、人格性的存在，我们在铁律般冷酷无情的自然法则面前仍可能拥有某种自由。我们重视这种自由，也就会回到对自我与法则的敬重之中并产生愉悦。^[59]

围绕《三体》中的宇宙社会图景，探讨敬重的意义，不在于将其确凿地论证为具有绝对普世性力量的道德之答案——如果外星文明存在，我们当然不能假定更高的科技水平就会带来更高的道德，并信任对方会出于康德式的敬重为自己立法，或无条件地认同《永久和平论》中那些定言命令式的条款。重要的是，如果康德的敬重概念指向的是个体与法则的源始联结，它使得纯粹理性关乎的自然与实践理性关乎的道德之间的衔接得以可能，那么联结起宇宙自然与宇宙社会的可能法则的条件又是什么？如果小说中的威慑是人类与三体文明取得平等对话的条件，是让两个文明都能活下去并共同达成某种战略平衡秩序的基础，^[60]那么宇宙尺度下更广泛的公共法则，如其存在，就必须摆脱霍布斯式的从自然状态向自然法转渡的社会

^[56] 同上，第408页。

^[57] 《康德与形而上学疑难》，第149页（S.157）。

^[58] 康德：《判断力批判》，见《康德著作全集·第5卷》，第257页，第270页。

^[59] 同上，第267页。

^[60] 《三体II·黑暗森林》，第467页。

逻辑，必须在精神层面取得比威慑更深层次的奠基。进言之，如果小说中对于人类社会未来形态的悲观预期，可以集中于“人类大群体无法建立威慑”这一“事实”及其背后的代际问题，如果随着文明的发达、科技的进步，人类社会整体注定会忘却自然状态下威慑的意义，并在温床中变得更加盲目、乐观以至软弱，如果“过去的精神”无法恢复，那么传统人文资源要对此预言予以积极回应，就应更为充分地挖掘自然的意义，法则的根据，并将威慑的力量还原到更内在的维度。在此基础上，才有可能构建出不同的社会逻辑。

康德学说为我们指出了与此内在维度有着深入关联，且为后世哲学的发展所印证的关键，那就是人这种特殊存在者的有限性。康德的认识论探讨是围绕着有限性展开的；而其道德哲学中的敬重，联结着人作为个体的有限性与法则的无限性。如果说康德对于知性上的先验演绎与道德上的定言命令的热衷，反映出其哲学倾向仍是以追求绝对性和无限性为主，那么后世哲学家则越发反其道而行之，强调有限性与虚无本身的激发意义。^[61]

在此视角下，刘慈欣谈及科幻小说的“宗教情感”时首要指向的，毋宁说是对有限性的放大与多样化呈现。在康德处，二律背反中宇宙在宏观与微观尽头的不可知性，更多只是认识论层面的探讨，对于人的生存只有间接意义。但当科幻小说中人类漂泊于宇宙的漫漫长夜中，当时空本身的宏大通过人的生存落实到跨星际的航行，落实到宇宙尺度下更为稀薄的虚无与负担之间时，那种难以穷尽的时空距离所赋予人类的种种深层次的未知与焦虑，也才有了更为丰富的表现形式。

康德式的敬重与霍布斯式的威慑，既包含着恐惧、痛苦，也指明了法则和更高层次幸福的起点。如果说敬重及其理性根据，为现代社会中涉及个体尊严的价值底线赋予了更深层、更坚实的内涵，那么《三体》无疑将个体的生命自主、意志自由等基本价值理念，与文明整体生存需求之间的矛盾张力，通过“面壁计划”“执剑人”等设定进行了尽可能丰富多样的展开。在这种展开中，人类无论是面对自身社会还是宇宙社会，似乎都不得不放弃任何会在公共维度导向模糊性与多元性的更高价值追求，并一次次重新回到霍布斯所指向的威慑这个答案的确定性上。《三体》所展示的这种路径，大体上可以被理解为社会逻辑从多元与无限，到单一与有限的返回过程。但霍布斯处的“有限性”（如果可以用此概念的话），仅代表被给定的自然与对暴死的恐惧。而康德之后的哲学思想资源，如果在这个路径中可以被定位到康德与霍布斯之间，如果对有限性问题的更为复杂、丰富的展开可以导出不同的社会逻辑，或许就可以提供与霍布斯式的自然法有所区别的答案。

三、小结

《三体》中激发主角领悟黑暗森林状态的“黑暗对峙”，毫无疑问是一种秩序裂解后返

^[61] 《康德与形而上学疑难》，第21页以下（S.25），第209页以下（S.219）。近代哲学中有限性思想脉络及其与希腊传统和基督教传统的联系，参见《海德格尔与有限性思想》，华夏出版社2007年版，第149页以下。

回自然状态下“你死我活”社会关系的表现，但它仅仅是一种可能，甚至只是一种相当狭隘的可能。文明是否必须通过这种类似于亚伯杀该隐，罗慕路斯杀雷慕斯的原初叙事，才能得到其精神性的奠基呢？才能摆脱现代人的幼稚病，重拾建立威慑或探索未知世界的意志力量呢？至少从非西方文明的视角看来，这种叙事的必要性是可疑的。也只有在“黑暗森林”这个议题上，笔者才认为，《三体》有时呈现出的底色并不完全是中国式的。

法庭中的机器人：人形机器人出庭作证对 缓和证人出庭难的启示

周是伦*

摘要：聊天机器人技术的实时交互性和高度自主性特征使得人形机器人能够出现于庭并回答法官询问，且该当庭陈述具有难以预测性，以及该陈述的可靠性具有不确定性，这引发了法官能否像采纳人类证人证言一样采纳人形机器人陈述的问题。如果人形机器人可以代替人类证人出庭作证，似乎可以缓和证人出庭难的问题。然而，基于美德司法理论，人形机器人不能与人类构建社会关系且无法承担责任，法官无法从人形机器人的陈述中获得正当信念，法官基于该陈述所作出的断言不具有正当性。由于对人形机器人负责的主体难以预测到法官询问以及人形机器人陈述的内容，对人形机器人应当出庭作证的要求会间接促使这些主体出庭作证，从而缓和证人出庭难的顽疾。

关键词：人形机器人 生成式人工智能 美德司法理论 证人证言 证人出庭作证制度

* 周是伦，爱丁堡大学法学院。

目录

一、问题的提出：人形机器人能否替代人类证人出庭作证	20
（一）提供证词的 Ai-Da 机器人	20
（二）中国证人出庭作证的困境	21
二、像人类证言一样的人形机器人陈述	22
（一）聊天机器人技术的特征	23
1. 实时交互性	23
2. 高度自主性	23
（二）似是而非的人形机器人陈述	24
三、像采纳证人证言一样采纳人形机器人陈述偏离美德司法的正当性要求	24
（一）美德司法理论对法官作出断言的正当性要求	25
（二）人形机器人与人类之间构建社会关系的困境	26
（三）人工智能承担法律责任的困境	27
四、以人形机器人出庭作证促使人类证人出庭作证	28
（一）以人类证言确证人形机器人的陈述	28
（二）我国必要证人出庭作证的制度保障	29
五、小结	30

人形机器人产业作为一种新兴未来产业，与人工智能技术的发展密不可分。人工智能与机器学习的技术创新推动了人机交互技术的进步，生成式人工智能技术作为一种新型人工智能技术，可以从海量数据源中按照用户的提示输出新内容，包括文本、图像、音频和视频等。基于这种具有交互性的技术，对话式人工智能可以让人类用户参与和人工智能的互动对话。当人机交互系统基于文本时，该人工智能通常被称为聊天机器人。^[1]OpenAI 于 2022 年 11 月底向公众发布了名为 ChatGPT 的聊天机器人（OpenAI 2022），作为最知名的聊天机器人，该产品由大型语言模型（LLM）驱动，可以帮助用户进行编码、写歌、总结文本、理解文章内容、提出创意想法、撰写文本等无数任务，还可以通过在海量数据集上进行训练来生成类似人类的回复。^[2]除了基于文本的 ChatGPT，聊天机器人行业已经开始转向实时语音和逼真的数字角色，这些虚拟的人形机器人的外观、动作和表达方式都与真人无异，这些具有人类外观的机器人形成了人形机器人产业。近期，特斯拉发布了全新一代人形机器人 Tesla Optimus Gen 2，具有全新设计的执行器和传感器，增强了对环境的适应性，其手部运动更灵活。据国际投资银行高盛预测，预计到 2035 年，人形机器人产业的市场规模有望达到 1540 亿美元，从医疗保健和养老护理到制造业和娱乐，人形机器人有望成为人类生活的许多方面的重要组成部分。^[3]

为了应对人形机器人产业不可阻挡的发展趋势，中国工业和信息化部发布了《人形机器人创新发展指导意见》以更好的利用人形机器人产业的科技创新力量，支持并推动中国数字化倡议和数字中国的建设，从而抓住人工智能、高端制造和先进材料相互融合所带来的机遇。^[4]然而，随着生成式人工智能技术在司法领域重点应用日益广泛，人形机器人在刑事司法中存在的潜在问题也引发了学术界的关注，人形机器人技术也给法治带来了新的挑战，包括法官应当如何对待那些人形机器人所生成的材料，从而符合法治的要求。

一、问题的提出：人形机器人能否替代人类证人出庭作证

本文将基于上述人形机器人产业的发展背景以及实践中人形机器人 Ai-Da 提供证词的案例，将人形机器人给刑事证据领域带来的挑战进一步具体化，即存在人形机器人能否替代人类证人出庭作证的问题。针对这一问题，本文将结合中国现有证人出庭作证制度的固有困境，分析该问题值得探讨的法律意义。

（一）提供证词的 Ai-Da 机器人

^[1] 参见周书环：《聊天机器人的法律人格争议与传播侵权责任研究：基于 ChatGPT 场景视角》，《南京社会科学》2023 年第 6 期。

^[2] 参见杨建武、罗飞燕：《类 ChatGPT 生成式人工智能的运行机制、法律风险与规制路径》，《行政与法》2024 年第 4 期。

^[3] 参见白静：《布局人形机器人赛道 推进智能产业创新发展——解读〈人形机器人创新发展指导意见〉》，载 <https://m.fx361.com/news/2024/0118/23446231.html>，2024 年 1 月 18 日。

^[4] 同前引。

人工智能技术已经发展到人工智能机器可以回应人类询问的程度，Ai-Da 机器人就是一个典型的例子。英国 Ai-Da 由艾丹-梅勒（Aidan Meller）委托、构思、设计并发明，由工程艺术（Engineered Arts）公司制造。^[5] Ai-Da 于 2019 年首次展出，售价远超 100 万英镑，其形象是一位身着连裤袜的白人女性，深色的头发剪成波波头短发。作为世界上第一位超逼真的仿人机器人艺术家，她可以使用她眼睛里的摄像头、她的人工智能算法和她的机械臂进行绘画，其艺术作品包括绘画、素描、雕塑、行为艺术和诗歌。^[6]

值得注意的是，Ai-Da 人形机器人于 2022 年出现在英国上议院委员会的会议中，就技术对创意产业的影响作证并回答问题。^[7] 当种能够回答问题的人形机器人步入司法领域时，此时法官可以在法庭上审问人形机器人，被告也可以对该人形机器人进行质询。本文用“人形机器人的陈述”的术语表示人形机器人在法庭上回答问题和主动作出陈述所形成的信息材料，并将其区别于“证人证言”，即证人就其感知的案件情况向法官所作的陈述。^[8] 有学者认为，如果人形机器人可以出庭回答法官质询，像人类证人一样接受律师的盘问，例如该机器人作为犯罪的目击证人对犯罪事实进行描述，人形机器人在法庭中的陈述可以被视为证人证言。^[9] 此外，有实证研究表明，人形机器人可以作为一种有效和高效地记录受害者和证人高质量证据陈述的方法，相比之下，人类的证人证言属于主观性较强的证据，由于证人自身感受、记忆和表达能力是有限的，再加上受到外界压力以及证人主观愿望的影响，可能会出现不诚实作证的情况，这似乎这意味着人形机器人的陈述相比人类证人的回忆更加具有准确性。^[10]

（二）中国证人出庭作证的困境

上述人形机器人提供证词的案例引发了学术界关于人形机器人的陈述能否替代人类证人证言的问题，当这一问题放置于中国证人出庭作证制度中，就会更加凸显其法律意义。证人出庭作证，是指证人出现于法庭并提供证据证明自己所言属实的法律行为。^[11] 证人出庭作证制度，是指知悉案件情节的自然人应法院传唤在案件审理时当庭作出陈述以查明当事人有罪与否的制度。^[12] 在司法实践中，证人不出庭作证是中国刑事庭审活动多年来一个顽疾，^[13] 长期存在且根深蒂固。我国证人不出庭的成因包括侦查中心主义的诉讼构造之下的证据审查模式、司法效率的追求以及对证人拒不出庭作证行为的惩罚太轻。首先，侦查中心主义

^[5] Alexandra Anikina, *Procedural animism: the trouble of imagining a (socialist) AI*, A Peer-Reviewed Journal About, Vol. 11:1 p. 134-151 (2022).

^[6] 同前引。

^[7] 同前引。

^[8] 参见卫凯博：《“以审判为中心”背景下证言可信性审查的困境与突破》，《河北法学》2023 年第 3 期。

^[9] Brian Sites, *The Future of the Confrontation Clause: Semiautonomous and Autonomous Machine Witnesses*, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, Vol. 22: 3, p. 547-586 (2020).

^[10] Rashid Minhas, Camilla Elphick & Julia Shaw, *Protecting victim and witness statement: examining the effectiveness of a chatbot that uses artificial intelligence and a cognitive interview*, AI & SOCIETY, p.1-17 (2022).

^[11] 参见田国宝：《中国刑事证人出庭作证激励机制反思与重构》，《法学》2021 年第 2 期。

^[12] 参见李娅、郭立梅、冯艳响：《证人出庭难的法律原因及对策思考》，《南方论刊》2021 年第 3 期。

^[13] 参见陈卫东：《从关键证人回归必要证人：关键证人出庭作证逻辑反思》，《法学研究》2023 年第 6 期。

意味着侦查主导并决定着诉讼走向，侦查阶段之后的审判阶段是围绕侦查活动所收集的证据材料进行审查，其审查的材料包括侦查阶段所形成的卷宗记载的书面证人证言，该书面证词只要和其他证据能够相互印证则可以判断该书面证词的真实性可靠性，因此通常没必要再要求证人出庭作证接受交叉质询。^[14]其次，由于司法机关的工作考核强调结案率，且案多人少、司法资源紧张等现实客观上要求法官提高庭审效率。而证人出庭会延长司法审判时间，且带来更多的诉讼环节，这会增加法官办案的程序和时间。^[15]在证人出庭作证制度下，证人一旦出庭，其所带来的新的不确定信息就可能暴露案卷笔录中的漏洞与破绽，并给法官对该证据真实性可靠性的判断带来了难题和审判压力。^[16]此外，虽然我国《刑事诉讼法》规定了证人具有出庭作证的义务，但是当证人无正当理由拒不出庭作证时，证人面临的法律后果包括强制到庭或者训诫、处 10 日以下拘留，这些法律后果对拒不出庭作证的刑事证人而言惩罚力度和威慑力都不大。^[17]

在我国目前证人出庭率低的司法现状下，如果以人形机器人的出庭作证替代证人出庭，且如果人形机器人陈述能够替代人类证人证言，似乎可以缓解我国证人不出庭所带来的困境，且该困境的解决具有必要性。刑事证人出庭作证率低的问题与我国以审判为中心的司法改革要求和直接言词原则的立法趋势相背离。推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革要求确立审判程序的核心地位，而非侦查中心。庭审实质化的核心内容是，控方和辩方当庭提出的有证明价值的证据材料，都能对庭审和裁判结果走向发生实质性影响。这就要求法官亲自听取控辩双方当庭提出的证据和主张，包括证人在法庭上所提供的证词，从而实质化地审查判断证据的相关性、可靠性和合法性。^[18]在此司法改革的进程之下，学术界呼吁在我国新刑事诉讼法的立法过程中确立直接言词原则，即所有证据都应在法庭上出示，所有定案的证据都要形成于法庭，在法庭通过调查和辩论，完成举证、质证、认证，使法官形成心证结论。^[19]

综上，生成式人工智能技术的发展使得人形机器人具有主动提供证词并回答问题的能力，这引发了法学界关于人形机器人的陈述能否替代人类证言的问题。该问题在我国证人出庭作证制度中可以凸显出重要的法律意义，我国证人出庭难现状具有解决的必要性，以人形机器人出庭替代人类证人出庭似乎可以缓解我国证人出庭难的顽疾，从而符合我国庭审实质化的司法改革和直接言词原则的立法趋势。

二、像人类证言一样的人形机器人陈述

^[14] 同前引。

^[15] 参见程金华：《中国法院“案多人少”的实证评估与应对策略》，《中国法学》2022 年第 6 期。

^[16] 参见元轸：《庭审实质化压力下的制度异化及裁判者认知偏差》，《政法论坛》2019 年第 4 期。

^[17] 同前引[12]。

^[18] 参见熊晓彪：《中国刑事司法证明“唯客观化”批判》，《法学研究》2024 年第 2 期。

^[19] 参见陈卫东：《〈刑事诉讼法〉第四次修改前瞻》，《政法论坛》2024 年第 1 期。

人形机器人 Ai-Da 提供证词的案例为人形机器人在证据领域的研究提供了场景，本章节将基于人形机器人所依托的聊天机器人技术的特征，分析人形机器人陈述替代人类证人证言的可能性，并进一步对人形机器人陈述的证据属性，即该陈述的可靠性进行评估。

（一）聊天机器人技术的特征

1. 实时交互性

人形机器人所依托的聊天机器人技术为人形机器人带来了实时交互性和高度自主性的特征，进而为人形机器人在法庭上像人类回答法官询问提供了可能性。聊天机器人是通过自然会话语言与人类用户互动的机器会话系统，该技术可以应用于社交机器人的开发中，例如社交机器人的技术设备，包括护理机器人、博物馆导游等。^[20]这些社交机器人的一个共同点是，它们都或多或少地依赖于机器人与人类之间的交流，因此也依赖于信息的交换。当社交机器人具有酷似人类外形时，用户与这种人形机器人的互动应表现出从与人类互动中相同的情况，即其信息的交换具有实时交互性。这意味着人形机器人能够及时的回复人类的对话，通过自动实时对话与人类用户进行互动，这种对话被认为是连贯的和自然的。^[21]详言之，人形机器人在作出独立判断的同时，能够对其最初的结论提出质疑，并通过根据不同的环境调整经验和数据，表现出与特定环境相一致的行动能力和情感反应倾向。

2. 高度自主性

此外，生成式人工智能技术以其高度自主性为特征，能够通过算法和机器学习生成新的信息，而这些信息并不是人类直接引导的，甚至不完全为人类所理解。其高度自主性表现为生成式人工智能可以通过输入较少的数据生成更多的信息，并且可以在不同的情形下，自主更新并根据不同情景调整其生成的结果。例如生成式人工智能技术的绘画功能可以根据目击者对嫌疑人的描述自动生成嫌疑人肖像，^[22]再者，美国哥伦比亚的法官使用 ChatGPT 来帮助论证其推理、回答法律问题并直接生成判决文书。^[23]聊天机器人技术作为一种新型生成式人工智能技术，也具有高度自主性。人形机器人作为一种自主或半自主装置，可以通过机器学习技术使其能够与周围环境互动，并能够在独立于人类干预的情况下自主做出决定。在聊天机器人技术的实时互动性与高度自主性的结合之下，如果把人形机器人掩盖住，我们可能无法分辨该证词是由人类提供还是由机器提供，这种技术特征人形机器人陈述替代人类证言提供了可能。以 2015 年《机械姬》(Ex Machina) 中艾娃这个角色为例，艾娃作为一个机器人，被精心设计成能够对一系列人类道德情感和行为做出恰当的反应，表现出与人类极

^[20] 参见李晟：《国家安全视角下社交机器人的法律规制》，《中外法学》2022 年第 2 期。

^[21] Marcel Finkel & Nicole C. Krämer, *Humanoid robots—artificial. Human-like. Credible? Empirical comparisons of source credibility attributions between humans, humanoid robots, and non-human-like devices*, *International Journal of Social Robotics*, Vol.14:6, p. 1397-1411 (2022).

^[22] Massimo Leone, *From fingers to faces: Visual semiotics and digital forensics*, *International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique*, Vol.34: 2, p.579-599 (2021).

^[23] 参见於兴中、郑戈、丁晓东：《生成式人工智能与法律的六大议题：以 ChatGPT 为例》，《中国法律评论》2023 年第 2 期。

为相似的特征。艾娃通过了图灵测试，这表明“她”可以被视为人类，如果艾娃的存在被隐藏起来，只留下“她”的声音，人们可能真的会把“她”误认为人类。^[24]

（二）似是而非的人形机器人陈述

然而，聊天机器人的技术特征也会给评估人形机器人陈述是否真实可靠带来了挑战。人形机器人陈述具有似是而非的特征，即人形机器人陈述似乎是真实可靠的，然而也可能并非如此。这是由于高度自主性的聊天机器人技术导致人形机器人陈述的生成过程难以被控制，这意味着人们难以在该证据的生成过程中将其不可靠性不真实的信息进行控制和纠正，容易导致人形机器人生成错误的结果。在一个案例中，一位用户“玛丽亚”使用大型语言模型（LLM）对婴儿的病情症状进行描述，获得的对话结果是建议给孩子服用阿司匹林，并表示孩子早上应该会好起来。然而结果并非如此，由于没有及时接受适当的治疗，婴儿将有长期的认知障碍。该用户起诉了搜索引擎算法的创建者，认为搜索引擎应承担损害赔偿责任。搜索引擎公司认为，由于聊天机器人功能包含有关其准确性的警告和免责声明，该用户本应意识到该回复不具有权威性。^[25]据此，OpenAI 在 ChatGPT 的主页上发布了一条警告：聊天机器人偶尔会生成错误信息，用户不应就聊天机器人生成对话的真实性和可靠性抱有过高的期望，不应该完全相信聊天机器人。^[26]

同样，在司法实践领域中，这种可靠性的似是而非给法官的论证带来了挑战。似是而非的论证是指根据诉讼过程中某一时刻的证据，得出一个似乎为真的假设结论，但如果在诉讼过程的后期出现新的信息，该结论可能会被撤回。正如有学者指出，人工智能技术所带来的幻像，即往往给人们造成了认为该结果是真实可靠的错觉，在司法领域中，需要关注法官如何回应这种可靠性不确定的情况，法官对于人形机器人陈述是否具有可靠性的评估是在不确定条件下的进行的推论，这种不确定性以为着法官对证据属性的评估是一种暂时接受的结果。

综上，由于人形机器人所依托的聊天机器人技术具有实时交互性和高度自主性的特征，这为人形机器人作出陈述并回答问题提供了技术支持。然而，然而，由于聊天机器人技术具有高度自主性，导致人形机器人生成的错误信息在其生成过程中难以被识别和消除，人形机器人的陈述具有难以预测性以及其陈述是否具有可靠性是不确定的，这给法官应当如何在不确定情况下审查人形机器人陈述的可靠性带来了挑战和难题。

三、像采纳证人证言一样采纳人形机器人陈述偏离美德司法的正当性要求

^[24] Jess Hutto-Schultz, *Dicitur Ex Machina: Artificial Intelligence and the Hearsay Rule*, Geo Mason L Rev, Vol. 27:2, p.683-718 (2020).

^[25] Maura R. Grossman et al., *The GPTJudge: Justice in a Generative AI World*, Duke Law & Technology Review, Vol.23:1, p.1-26 (2023).

^[26] Chirag Arora, *Proxy Assertions and Agency: The Case of Machine-Assertions*, Philosophy & Technology, Vol. 37:1, p.1-19 (2024).

诚然，人类证人也会作出虚假的证言，关于回答法官能否像采纳人类证言一样采纳人形机器人陈述这一问题，需要将视角从拘泥于判断证言的真实性可靠性转变到法官作出断言（判决）的正当性视角，即法官形成对于人形机器人陈述具有或者不具有可靠性的断言应当基于正当信念。在美德司法理论视角下，人形机器人无法承担责任且无法与人类之间构建社会关系，因此人形机器人的陈述无法为法官提供正当信念，法官不应当相信人形机器人陈述。换言之，如果法官直接采纳人形机器人陈述，则意味着该断言不具有正当性，偏离美德司法理论的要求。

（一）美德司法理论对法官作出断言的正当性要求

在司法决策的过程中，法官不仅被要求做出判决（断言），还要求该判决具有正当性。^[27]美德法学理论关注如何使得法官作出的断言具有正当性，认为当且仅当一个美德的法律决策者在类似情况下做出断言时，该断言才是正当的。^[28]美德司法理论指出具有正当性的断言取决于法律决策者的个人美德。^[29]对该个人美德的评价并不完全取决于行为的结果是否正确，相反，它关注的是实施行为的个人的美德品质，这种方法将评估行为本身的道德与评估行为人的道德品质区分开来。例如，即使一个人出于错误的原因做出了正确的行为，虽然该行为是正确的，但在道德上却不值得称赞。换言之，一个人如果出于好意犯了错，他仍然可以被认为是具有美德的。美德司法理论将美德划分为道德美德和智力美德。道德美德评价的是一个人的道德品质，而不仅仅是他的行为，其清单包括智慧、勇气、仁慈、正义、诚实和忠诚等。^[30]智力美德包括良好的记忆力、感知力、健全的认知能力，以及先验直觉和准确推理的能力。^[31]智力美德鼓励人们在有充分理由相信自己的信念并为自己的信念辩护。实践智慧是将道德原则应用到现实生活中，在具体情况下做出符合道德规范的决定的能力。^[32]它不仅包括上述道德美德的要求，还包括人们如何在不同情况下落实这些道德美德，包括在实践中应当如何驾驭复杂的道德困境，个人如何根据理性思考做出合乎美德的行为等。^[33]

在证据法领域中，美德司法理论要求法官有正当理由相信断言为真或假，从而控制法官应该形成或不应该形成哪些信念。在该视角下，证据法应被理解和设计为一个结合道德和认识论原因的领域，美德司法理论可以为可采性的刚性约束提供正当性的证成，也可以对法官形成对证据可靠性的信念进行柔性约束。这种美德司法理论的责任观反映体现在上述证据分析方法的内在视角中。在法律决策过程中，证据分析方法的外在视角理论和内在视角理论都

^[27] Luiz Silveira, *Discovery and justification of judicial decisions: towards more precise distinctions in legal decision-making*, *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs*, Vol.2014, p.9-27(2014).

^[28] Amalia Amaya & Hock Lai Ho, *Law, virtue and justice*, Hart Publishing, 2012, p.10.

^[29] Amalia Amaya, *Virtuous Adjudication; or the Relevance of Judicial Character to Legal Interpretation*, *Statute Law Review*, Vol.41:1, p.87-95 (2019).

^[30] Paul Bloomfield, *Virtue Epistemology and the Epistemology of Virtue*, *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol.60:1, p.23-43 (2000).

^[31] 同前引。

^[32] Claudio Michelon, *Practical wisdom in legal decision-making*, *University of Edinburgh School of Law Working Paper*, Vol.13, p.1 (2010).

^[33] 同前引。

从认识论的角度判断证据的可采性,以追求事实认定的准确性,排除不公平偏见和认知风险。尽管如此,这两种证据分析方法体现了信念合理性和错误可消除性方面的差异。外在视角理论关注最终评估的状态,以追求结果的准确性为最高目标,它认为错判风险是不可避免的,而证据规则所能做的就是分配错误风险。^[34]内在视角关注的是追求真理(知识)过程的合法性,它主张证据法应该是规范和限制真理发现活动的法律。^[35]例如,它关注事实发现者认知过程中存在不公平偏见的风险,并搁置对结果准确性的假设。更重要的是,它假定事实发现者不仅受到认知上的约束,而且受到道德上的柔性约束。

证据法应当是针对决策者(法官)的,更具体的要求是关注法官的美德品格,并判断法官作出的断言是否具有正当性。证据的内在分析视角可以回答法官应当如何对待这些新证据从而形成具有正当性的断言,例如证人证言规则也关注到法官作出断言的过程中会不断面对新的证据,其中包括证人的举止以及被告席上的被告的举止。^[36]证据是能够证明其他信息的信息,当证人W就H事件作证时,其证词立即提供的信息是“W说H”,然而,这一信息本身并不能证明H为真或假。该视角还渗透了一种法律认识论的观点,即法官并不是科学家,法庭中的认知活动也区别于科学领域中探寻真理的认识论模式。在科学领域中,科学家们通过实验和不断的假设检验来获取知识作出结论,而法庭程序中的知识并不是通过实验作出的,而是通过对抗式辩论形成的说服性的社会认识论,不仅仅是一个能否作出断言的问题,还是一个该断言是否具有正当性的问题,对于这种正当性的判断美德司法理论的约束。

(二) 人形机器人与人类之间构建社会关系的困境

在判断人类能否基于人形机器人陈述产生正当信念时,其一是要探索人形机器人与人类之间的是否存在能够产生这种正当信念的社会关系。美德,例如谦逊的价值在于它肯定所有个体的平等价值,并通过以平等为基础的社会和政治互动促进平等的社会关系。^[37]在人类社会中,模仿典范有助于鼓励社会成员传承美德,培养植根于情感、互助、关怀和爱护的社会关系。^[38]美德的社会属性代表了一种倾向,在这种倾向下,人们会自然而然地、下意识地遵守社会规范,并以这些社会规范的方式行事。^[39]基于这些社会关系,一方的言行可以激发人们的信念。例如,许多父母对子女与生俱来的关爱体现了一种美德倾向。这种本能向子女和其他社会成员传达了一种信息,即他们可以信任并期望父母也这样做。^[40]虽然事实可能并非

^[34] 参见熊晓彪:《迈向“最佳解释确信”的司法证明》,《法制与社会发展》2023年第5期。

^[35] 参见熊晓彪:《中国刑事司法证明“唯客观化”批判》,《法学研究》2024年第2期。

^[36] 参见熊晓彪:《证据评价的自由与规范法理》,《中国政法大学学报》2023年第4期。

^[37] Maartje MA de Graaf, *An ethical evaluation of human-robot relationships*, International journal of social robotics, Vol.8, p.589-598 (2016).

^[38] 同前引。

^[39] 参见张彦、胡俊:《品格教育中榜样示范的问题与回应——以亚里士多德美德论为考量视角》,《道德与文明》2020年第3期。

^[40] 参见韩燕丽:《道德典范示范效应再检视——一种基于美德伦理学的分析》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2020年第1期。

如此，但这种对父母具有美德的信念向外界传达了一种期待，即如果他们不符合这种期待，例如虐待子女，他们将受到道德谴责甚至虐待罪的惩罚。

在社会关系理论的框架内，社会关系是在人与人之间形成的，人工智能无法被视为社会关系结构的一部分。^[41]换言之，人类与人形机器人之间无法存在或发展平等的社会关系。例如，人类可以购买人形机器人，但购买人类则是非法的。诚然，护理人员也可能从护理机器人那里获得重要的精神支持，护理机器人可以在护理人员睡觉时轻松监测生命体征、药物和疼痛程度，它们还能对药物相互作用或新症状发出警告，而这些往往是人类无法察觉的。护理机器人相当于一个人工智能代理人，与人类之间建立代理关系，人类作为被代理人可以指定代理人（人形机器人）追求特定的目标并实现特定的价值，代理人应当满足被代理人的需要并维护被代理人的利益，这种代理与被代理的关系区别于人类关爱实践中通过互惠来维系人与人之间的关系。由于人类与人形机器人之间不存在这种可以传递期望和合理信念的社会关系，人类也不会自动对人形机器人产生正当信念，而是对人工智能有条件的信任。例如，这些条件包括对人形机器人的使用应当遵守法律标准和道德原则。总之，一切美德都是人与人打交道时所要求的，而不是人与机器人之间的关系。正是因为人形机器人与人类之间缺少这种可以产生并传递正当信念的社会关系纽带，法官无法基于人形机器人的陈述产生正当信念。

（三）人工智能承担法律责任的困境

主体的责任性意味着该主体能够对自己行为的后果负责。根据美德司法理论，法官应当基于可承担责任的主体提供的知识中作出断言，这意味着能够承担责任的主体可以通过敢于承担犯错误的风险来换取法官的信任。^[42]这种美德责任主义与知识正义理论相一致，后者认为决策者应将其信念建立在证据的基础上，或在认识论上负责任，并形成正当的判断。^[43]在证据法领域中表现为对传闻证据的排除，禁止采纳传闻证据不是因为该传闻证据本身不可靠，而是因为法官对该证据是否可靠是不知道的，是无法确定证据的可靠性的。^[44]详言之，如果证人 S 就 p（陈述）向法官（H）作证，那么证人 S 必须有意让 H 认识到：（i）证人 S 相信其陈述的 p 为真；（ii）证人 S 有意让（H）基于（i）相信 p；如果没有证人 S 的存在，那么法官（H）就没有理由相信证人 S 关于 p 的证词。例如，卷宗中写有“S 说 S 听到 A 说他要杀人”这句话，只能证明“S 听到 A 说他要杀人”这句话是 S 说的，而不意味着“A 要杀人”这句话是真的，此时并不存在关于“A 要杀人”的知识（真理）。况且由于 S 没有出庭证明 S 相信“A 要杀人”是真的，所以无法知道 S 是否希望法官相信 A 要杀人，也不存在关于该主张的知识和正当信念像法官的传递。此外，在证人证言规则中，

^[41] Ahyeon Kim et al., *Effects of gender and relationship type on the response to artificial intelligence*, *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networkin*, Vol. 22:4, p. 249-253 (2019).

^[42] Christopher Tollefsen, *Justified Belief*, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 148, p.281-296 (2003).

^[43] 同前引。

^[44] 参见刘金松：《数字时代大数据辅助司法证明的构造及其风险防控》，《现代法学》2024 年第 1 期。

如果机器人作证可以替代人类证人，可能会引发作证不再是人类不可推卸的责任，将出庭作证的责任推卸给机器人的危险。

然而，这种基于证人敢于承担错误风险来换取法官信任的信念传递，只存在于人与人之间，而不存在于人与人工智能之间，因为人工智能无法对其陈述负责。^[45]换言之，一个无法承担自主责任的实体无法向法官传达这种信念信息，法官必然无法据此形成正当信念。反之，如果直接采纳人形机器人的陈述则会陷入道德运气，这意味着在缺乏正当信念的情况下，尽管该证据具有准确性，也只不过是撞上了好运气，如果该证据不具有准确性，那也是不幸碰上了坏运气，而不是存在一个需要为该运气负责的主体。这种道德运气本身就不正当的，会使得人类将自己决定的命运交给人工智能，无异于听天由命。对这种道德运气的抵抗需要人类进行对风险进行背书，需要对该人形机器人证据负责的人类主体的证人证言将该证据转化为人类陈述，法官从而基于该人类陈述生成正当信念。综上，法官无法仅仅基于人形机器人的陈述来产生正当信念，因此，法官作出的断言不能直接来源于人形机器人的陈述。否则不仅将一个人的命运托付给了一个对结果漠不关心的实体，即人形机器人，还违背了美德司法对法官作出断言正当性的要求。

四、以人形机器人出庭作证促使人类证人出庭作证

面对生成式人工智能技术不可阻挡的发展趋势，需要思考的是如何更好的利用新兴技术以造福人类，而非一律禁止使用新兴技术。同样的，法官不应当像采纳人类证言一样采纳人形机器人的陈述并不意味着禁止人形机器人出庭作证，而是应当思考如何利用人形机器人出庭作证的现象从而更好的推动我国证人出庭作证制度的完善。由于人形机器人陈述具有不可预测性，对人形机器人陈述负责的人类主体会关注人形机器人在法庭上的回答情况，为促使这些人类主体出庭作证提供了可能。同时，近期我国学术界讨论的必要证人出庭作证制度为坚持并要求这些人类主体出庭作证提供了制度上的保障。

（一）以人类证言确证人形机器人的陈述

人形机器人与对其负责的主体（包括开发者和制造者）之间形成了代理与被代理的关系，这意味着人形机器人被拟制为代理人，这符合万物有灵论对于算法代理的论述，即将非人类赋予人格的地位，可以表现自己、发挥作用、说话并被倾听。有学者进一步认为人形机器人可以作为人类证言的代理人，^[46]人们在参与社会实践中与代理人打交道，相信代理人的话是真实可靠的是基于对被代理人的相信，这种信任关系正如美德司法理论所要求的，只存在人类与人类之间，而非人类与人形机器人之间。具体而言，人们相信人形机器人对话的信息是准确的意味着相信开发人形机器人的人能够对这种技术输出结果的准确性进行保障，包括承

^[45] 参见张琳琳：《人工智能司法应用的责任归结困境与解决路径》，《当代法学》2023年第5期。

^[46] 同前引[26]。

担输出结果不准确的后果、修复错误输出结果。且当人形机器人“说谎”时，人们不会将人形机器人的说谎归咎于人形机器人本身具备的不良品质，而是会指责人形机器人的设计缺陷，即应当将人形机器人设计成符合道德原则的机器。人工智能研究人员都有责任积极主动地确保他们正在开发和使用的技术不仅不会侵犯人权，而且还能促进人权。例如，开发护理机器人的程序员应当为护理机器人设立程序防止该机器人损害人类健康。

基于这种代理与被代理的关系，人形机器人陈述的内容会影响到人们对于人形机器人背后的开发者制造者的信赖情况。具体而言，当人形机器人陈述存在错误时，开发者会有动力作出指正，防止这种错误的信息影响到自身利益。当人形机器人在法庭中面对法官询问时，由于开发者无法预测法官会提问什么，且人形机器人陈述本身就具有不确定性，开发者为了确保自己利益不受损害会更加关注人形机器人在法庭中的表现，例如开发者通过参加庭审关注人形机器人在法庭上陈述什么，陈述的内容是否符合开发者的期待。因此，上述代理与被代理的关系会间接促使开发者出现于庭，此时法官应当通过对开发者进行确证，从而将人形机器人的陈述转化成证人证言，并形成对该证人证言可靠性的正当信念。这也符合上述美德司法理论对法官作出断言的正当性要求，即法官的断言应当基于知识和正当信念。具体的确证思路是指证明案件需要两个或两个以上的来源，如果一名证人的证言与第二名证人的证言在基本细节上一致，从而确证了第二名证人的证言。例如在苏格兰法律中，证人证言必须有两个或两个以上的来源才能被视为证据。这种确证的方式区别于我国相互印证模式，在相互印证证明方式之下，无需证人出庭即可达到判断证人证言真实性的目的，而确证的方式强调直接言词原则中要求人形机器人陈述和人类确证的证言都呈现于庭，这也符合前文中关于庭审实质化的司法改革要求和直接言词原则的立法趋势。

（二）我国必要证人出庭作证的制度保障

基于人形机器人与对其负责的主体之间的代理与被代理关系，对人形机器人陈述负责的人类主体应当属于必要证人，我国必要证人出庭作证制度为这些主体的出庭作证提供了保障，并有助于补足我国关键证人出庭作证的制度缺陷。关键证人出庭作证逻辑意味着证人并非原则上必须出庭作证，只有关键的少数证人才应当出庭作证，法官通过预先审查庭前证言的证明力的方式判断该证人是否属于关键证人。^[47]有学者指出，在我国推进庭审实质化的司法改革背景下，应当摒弃关键证人出庭作证逻辑，回归必要证人出庭作证的逻辑，从而合理界定我国《刑事诉讼法》第192条第1款的构造和内涵。^[48]

相比之下，必要证人出庭作证的逻辑要求证人能出庭的都应当出庭，这意味着在其主张只要符合证据关联性、作证必要性条件就有必要出庭，法官不必预先审查庭前证言的证明力，而是在法庭上通过法庭辩论、质询等环节的过程中对证人证言的证明力予以查明，这符合庭

^[47] 参见张迪：《关键证人出庭例外情形下的作证制度研究——以司法融合新型技术为视角》，《中国刑警学院学报》2021年第5期。

^[48] 同前引[14]。

审实质化的要求。^[49]从证人出庭作证制度的法律条款角度看，证人是否出庭取决于法院对“必要性”的裁量，该裁量等同于刑事定罪标准的审查，^[50]即证人是否有必要出庭作证，要看已有的证据是否已经确实成分，形成法官对于案件有罪或无罪的内心确信，可以作出断言。基于上述美德司法理论的正当性要求，法官不应当像采纳人类证言那样采纳人形机器人陈述，因此如果没有人形机器人背后的开发者的证言进行确证，则无法基于人形机器人陈述生成具有正当性的断言，对于其要求人形机器人背后的开发者出庭作证是具有必要性的。在此正当性的要求之下，对人形机器人负责的主体属于我国《刑事诉讼法》第192条第1款中的“人民法院认为证人有必要出庭作证”中的“有必要”的主体。综上，由于人形机器人和对人形机器人负责的主体之间可以视为为代理与被代理关系，法官可以通过要求人形机器人的出庭作证间接促使对人形机器人负责的主体出庭作证，从而可以对该人形机器人的陈述进行确证，并将其转换为人类证人证言，从而形成正当信念。从证人出庭作证的制度要求角度看，这种代理与被代理的关系赋予了对人形机器人负责的主体出庭作证的必要性，即属于该主体必要证人，应当作为证人出庭作证据此在诉讼程序中受到证人的待遇和保护。

五、小结

综上所述，人形机器人 Ai-Da 提供证词的案例引发了学术界关于法官能否像对待人类证人证言一样对待人形机器人的陈述以及能否相信人形机器人的疑问。证人出庭作证难一直以来被认为是我国刑事司法实践中的顽疾，严重阻碍着庭审实质化的实现，该顽疾具有解决的必要性。如果将人形机器人的陈述视为人类证人证言，似乎可以缓解我国证人出庭难的顽疾。然而，由于人形机器人所依托的聊天机器人技术具有实时互动性和高度自主性的特征，其人形机器人陈述的可靠性具有不确定性。诚然，人类证言也存在虚假的可能，如果仅仅拘泥于判断证据属性的视角，即判断人形机器人的陈述和人类证言的可靠性程度，则会陷入似是而非的论证，即不知道人形机器人的陈述是否真实可靠，而仅仅是暂时接受一个假象的可靠性。

美德司法理论看到了证据的可靠性与正当信念的关系，可以回答法官能否像对待人类证人证言一样对待人形机器人陈述的问题。该理论将其关注的重点从证据属性的判断转变到关注法官生成断言的过程，即要求当法官有正当理由认为断言为真或假时，该断言才具有正当性。由于人形机器人无法与人类构建社会关系且无法承担责任，法官无法从人形机器人的陈述中获得正当信念，因此无法作出具有正当性的断言。这有助于更好的控制人形机器人陈述的可靠性的不确定性所带来的错误判决风险，使法官避免直接采纳人形机器人的陈述，从而符合法治要求。

^[49] 参见肖杨钟：《论庭审实质化与证人出庭作证》，《铁道警察学院学报》2021年第3期。

^[50] 参见李奋飞、匡旭东：《证人出庭作证“必要性条款”解释适用研究》，《法学杂志》2023年第5期。

从证据制度的构建及完善角度看，虽然法官不应当像采纳人类证言一样采纳人形机器人的陈述，但是并不意味着人形机器人应当被禁止呈现于法庭，反而应当通过要求人形机器人出庭作证，间接促使对其负责的主体，包括人形机器人的开发者和制造者等出庭作证，从而使得这些主体可以更好的应对法庭询问人形机器人问题的不确定性和人形机器人陈述本身的不确定性所带来的损害自身利益的风险。基于人形机器人与对其负责的主体之间的代理关系，可以将这些主体其解释为必要证人，这些主体的出庭作证还受到我国必要证人出庭作证制度的保障。美德司法理论对证据规则的分析在英美证据法学界并不少见，期待在新兴技术的背景之下，未来能够有更多关于证据规则与美德司法理论的本土化研究。

国际投资协定中安全例外条款的研究

陈昱洁*

摘要：国际投资协定中的安全例外条款作为条约内容中例外规则的特殊表达，是国家主权的必然属性，具有宏观灵活和微观平衡的双重意义。近些年来，由于各国对本国国家安全的格外重视以及国家安全概念的不断泛化，安全例外条款在国际投资协定和司法案例的出现频率呈现增长趋势，但在规定和适用上均存在滥用之嫌。通过总结我国对外签订国际投资协定文本中安全例外条款的规定，认为在条款设置、条款数量和内容表达仍有进步空间，针对性提出应对方案，有助于良性发展我国国际投资领域安全例外条款的适用。

关键词：国际投资协定 安全例外条款 中国 BITs

* 陈昱洁，华东政法大学国际法学院。

目录

一、国际投资协定中安全例外条款的概述.....	34
（一）安全例外条款的概念界定和历史溯源.....	34
（二）安全例外条款在国际投资协定中的意义与价值	35
二、国际投资协定中安全例外条款的具体规定.....	36
（一）安全例外条款在国际投资协定中的通常构成	36
1. 安全例外条款的缔约目的	36
2. 安全例外条款的适用范围	36
3. 安全例外条款中体现的关联性程度.....	36
（二）安全例外条款在国际投资协定中的具体体现	37
三、国际投资协定中安全例外条款存在的问题和阻碍	38
（一）安全例外条款与透明度原则的理念背道而驰	38
（二）争端解决机构审查安全例外条款时缺乏公正性和统一标准	39
（三）安全例外条款规定和适用的泛化.....	40
四、我国 BIT 中安全例外条款存在的问题与完善建议.....	42
（一）我国 BIT 中安全例外条款存在的问题	42
1. 条款设置不一，易产生实践适用混乱.....	42
2. 条款数量少，未成为我国签订 BIT 时的规范操作	43
3. 内容表述相差大，难形成统一适用标准.....	43
（二）我国 BIT 中安全例外条款的完善建议	44
五、结语	44

从全球化到逆全球化的国际背景下,休眠的安全例外条款被逐渐唤醒。在国际投资领域,安全例外条款作为独特的条约设计可以有效规制外国投资者的投资行为以及保障东道国的主权利益,^[1]由此近些年来其在国际司法实践中得到了一定发展。而具体从安全例外条款本身的内容规定、适用范围以及司法实践的角度观之,仍存在难题亟待解决。面对涉外法治建设的步步推进,研究我国已签订双边投资协定(bilateral investment treaty, BIT)文本中安全例外条款的应用,分析不足之处从而提供应对建议,具有深远意义。

一、国际投资协定中安全例外条款的概述

(一) 安全例外条款的概念界定和历史溯源

安全例外条款(国外有学者称之为“非排除措施”(Non-Precluded Measures)条款),^[2]该条款给予东道国免于承担条约或协定中规定义务的权利,即在面临国家安全、国家根本利益或条款规定的其他所应保护的利益(如“公共秩序”“公共利益”“国际和平与安全”等)受到损害或者损害威胁时,东道国保有采取相应安全措施的权利,且东道国此种行为将不被视为违反条约义务,^[3]即国家可以合法正当化其根本利益,不必以牺牲自身国家安全利益的代价去开展国际贸易或是吸引外来投资,从而实现安全利益和经济利益的平衡。^[4]

安全例外条款是例外条款的一种类型,小到个人之间的合约,大到国家之间的条约,“例外”的出现频率与具体规定当事人(国)之间的权利义务条款有过之而无不及。例外规则作为条约内容的灵活性表达,^[5]从 GATT 时代,直至今日的 WTO,从《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RECP)到《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP),几乎所有的经贸协定都有列入例外规则的规定,只是具体规定表达以及适用的范围或多或少有所差异。例外规则在国际条约发展演变过程中,已经形成丰厚的经典表述形式,如“条约的保留条款”“免责”“退出”等。

而安全例外条款在例外规则中可谓是极其特殊,因其判断标准涉及一国之根本利益即国家安全,各国对之适用应然谨慎待之。在当下和平与发展为时代主题的背景下,该条款在国际社会上适用的频率应极其少见,但在实然层面上,近年来安全例外条款愈发进入大众视野,被有关当事国援引频率逐渐升高。

究其历史渊源,安全例外条款首次出现于美国的友好、通商、航海条约(Friendship,

[1] 参见蔡从燕:《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》,《国际法研究》2018年第4期。

[2] See Krzysztof J. Pelc, *Making and Bending International Rules: The Design of Exceptions and Escape Clauses in Trade Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 6.

[3] 参见陈卫东:《WTO 例外条款解读》,北京,对外经济贸易大学出版社2002年版,第7-8页;余劲松:《国际投资法》(第5版),北京,法律出版社2018年版,第10-11页。

[4] 参见李文卿、郑玲丽:《WTO 国家安全例外条款的合理适用》,《海关与经贸研究》2021年第2期。

[5] 参见韩逸畴:《国际规则的“结构性挑战”:以贸易协定中的例外规定为例》,《当代法学》2021年第4期。

Commerce and Navigation Treaty, FCN) 的规定,^[6]之后随着国际经济社会的不断变化发展,贸易摩擦也开始产生,为进一步消除关税和其他贸易壁垒、促进贸易自由化,GATT1994 问世,其中 21 条规定的安全例外条款成为最具有代表性的蓝本,在 WTO 诞生后,也一并由 WTO 继承,同时《服务贸易总协定》(GATS)与《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)也将安全例外条款一并纳入文本,由此发展成三大实体性条约的实质内容之一。^[7]国际投资领域中规定的安全例外条款主要是承继了国际贸易协议中已发展成熟的表达形式,但国际投资协议却体现了独具特色的价值追求。

(二) 安全例外条款在国际投资协定中的意义与价值

安全例外条款的合理性和必要性是任何其他条款所无法取代的。首先宏观上而言,安全例外条款作为一种特殊的制度设计,在贸易自由化原则和允许国家进行政策干预之间架起一座灵活的桥梁,使得缔约国政府可以在极端情况下,为了维护国家安全,保有采取相应安全措施的正当性权利,从而减轻或排除自身违反条约规定所带来的不利后果,^[8]即给予缔约国面对紧急情况,可以灵活巧妙应对紧急局势的回旋余地。

其次微观上来谈,安全例外条款可以有效平衡外国投资者与东道国利益。在目前国际社会经贸发展过程中,呈现出资本输出国多为发达国家,而资本输入国多为发展中国家的局面,在公平互利原则的指引之下所签订的国际投资协定中,安全例外条款的适时引入,可以有效地赋予东道国在维护自身安全利益的前提条件下违反条约义务的权利,同时也为外国投资者设定了行为规范的限制范围,即外国投资者其投资行为不得造成投资东道国国家安全利益处于极端紧急情况。

最后,维护国家安全免受投资者不当投资行为的干涉和影响本身就是国家主权的必然属性,是一国主权在经济领域的体现,也是一国行使国家主权的正当行为,他国不得随意干涉,否则即违反国际法基本原则,国际社会应当确保予以完全尊重。

因此安全例外条款的产生和发展也印证了它自身在国际投资协定过程中所不可或缺的作用。有学者称之为“安全阀”“风险适配器”以及“利益平衡尺”,^[9]一针见血地指出了安全例外条款的可贵之处。

[6] See Kenneth J. Vandewelde, *The First Bilateral Investment Treaties: US Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 57-74.

[7] 参见李小霞:《国际投资法中的根本安全利益例外条款研究》,北京,法律出版社 2012 年版,第 28-35 页。

[8] See Kathleen Claussen, "The Causality of Investor Protection in Times of Economic Crisis", *Yale Law Journal*, vol. 118, no. 7 (2009), p.1549.

[9] 参见陈安:《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除——美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款剖析》,《国际经济法学刊》2006 年第 1 期。

二、国际投资协定中安全例外条款的具体规定

（一）安全例外条款在国际投资协定中的通常构成

安全例外条款在发展过程中形成了规律可循的构成要素，主要包括缔约目的、适用范围以及关联性程度，但在不同条约中的体现也有一定差异。

1. 安全例外条款的缔约目的

安全例外条款的缔约目的可以大致分为以下三类。首先是“为保护本国基本安全利益”，如《中国—芬兰 BIT》第3条、《美国—乌干达 BIT》第18条等中均有体现；其次是“为国际关系紧急情况”亦是十分常列的缔约目的之一，在 GATT1994、GATS、TRIPS 等中均有相关表达；最后是“为维护国际和平与安全”，其作为联合国的宗旨之一也被吸纳进安全例外条款的表述之中，在《中国—土耳其 BIT》第4条中更是直接指明“维护国际和平与安全”是《联合国宪章》中所指，明确了缔约目的的指向性。清晰明了的缔约目的可以有效界定安全例外条款的适用用途，避免无限制扩大当事国援引安全例外条款的可能性，值得注意的是，规则在适用中也极其依赖于解释，需要在执法和司法实践中明确定义缔约目的的可适用性，从而进一步限缩当事国随意援引安全例外条款作为违法行为的脱逃理由。^[10]

2. 安全例外条款的适用范围

安全例外条款的适用范围非特殊安排情况下多及于全部缔约内容，即条约文本的全文，如美国 BIT 范本，加拿大 BIT 范本以及区域性贸易协议《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement, NAFTA）以及 RECP 皆是如此，但也有部分条约规定安全例外条款的适用范围仅限于非歧视待遇、征收、争端解决机制等某部分内容，^[11]如我国与德国、葡萄牙签订的 BIT，在议定书部分就将安全例外条款的适用限制在最惠国待遇与国民待遇的范围。^[12]由此可见，安全例外条款的适用范围仍需要缔约国之间在具体谈判过程中不断磋商形成，这往往取决于缔约国的偏好与缔约国谈判时的习惯。在国际投资领域，东道国以一种更加希望本国能够吸引投资的角度就可能尽量减少安全例外条款的适用范围，但无论如何在最惠国待遇、国民待遇等最低限度维护国际经贸平稳运行的重要条款上，安全例外条款的适用是自不待言的。^[13]

3. 安全例外条款中体现的关联性程度

此处关联性程度是指当事国采取安全措施与所希望实现的目的之间的关联大小，这往往

[10] 参见沈伟：《国际经济规则中的安全例外问题——基于国际协定和适用的分析》，上海，上海交通大学出版社 2022 年版，第 56-77 页。

[11] See Katia Yannaca-Small Essential Security Interests under International Investment Law, in International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World 99 (OECD 2007).

[12] 《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定的议定书》第四条；《中华人民共和国和葡萄牙共和国关于促进和相互保护投资的协定的议定书》第三条。

[13] See Sebastián Mantilla Blanco & Alexandre Pehl, National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review, London: Springer, 2020, pp. 23-28.

构成争端解决机构对于当事国援引安全例外条款的正当性进行说理的主要依据,一定程度上可以减轻争端解决机构直面解释国家安全或者公共利益等涉及国家核心利益之要事的尴尬境地,^[14]但不同的条约文本规定的关联性程度有大有小。如在美国 2012BIT 范本中涉及安全例外条款采取的表述为“对...是必要的”(necessary for),^[15]但在我国与印度签订的 BIT 中则没有“必要”字样,^[16]明显看出两种不同的表述,手段与目的的关联程度是有所差异的,前者比后者的要求要更为严格。因此在面临当事国援引前者条款规定时,争端解决机构对于关联性的审查要求就需要一定程度提升,而对于东道国而言成功援引安全例外条款作为排除承担条约义务的理由难度也将明显升级。

(二) 安全例外条款在国际投资协定中的具体体现

安全例外条款在国际贸易法的发展史中已由来已久,近年来才在国际投资法中得到迅猛发展。一方面是因为国际形势紧张,各国对于国家安全的关注度尤为热切,另一方面更是因为国际投资从一开始侧重于保护投资者的利益逐渐倾向于平衡国际投资者与东道国的利益。^[17]

从 BIT 的角度出发,美国作为发达国家的代表,在安全例外条款的规定方面有着丰富的历史经验,目前已公布了四代 BIT 范本,因此该部分主要以美国最新公布的 2012BIT 范本为研究与分析对象。其在安全例外条款的规定上采取概括笼统的方式,提出“履行维持或恢复国际和平或安全方面的措施”以及“保护自身基本安全利益”的措辞,同时强调了安全例外的自裁性即“其认为”的措辞。在美国主导之下所形成的 NAFTA,其第 11 章投资章节第 38 条“除外条款”(Exclusions)中提出“国家安全”概念,具体应适用 2102 条安全例外条款,并在 2102 条中具体列明了国家基本安全利益的内容范围。NAFTA 之后发展为《美墨加三国协议》(The United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA),后者则并未在投资章节中列入任何除外条款,仅在第 32 章例外情况和一般规定章节第 18 条规定了“根本安全”,并且在安全例外条款的具体规定内容上与美国 BIT 范本基本相同,RECP 第 10 章投资章节第 15 条表述内容亦是如此。但安全例外条款在国际投资协定中是否如在国际贸易协定中明确列入并适用得如此频繁,尚待实践检验。^[18]

值得一提的是,经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development, OECD)早在 2009 年就发布《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》,

^[14] See Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 343-344.

^[15] US Model BIT 2012 Article 18: Essential Security 2.

^[16] 《中华人民共和国政府和印度政府关于促进和相互保护投资协定》第 14 条“例外”。

^[17] 参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,《中国法学》2011 年第 2 期;银红武:《论国际投资仲裁中非排除措施“必要性”的审查》,《现代法学》2016 年第 4 期。

^[18] 参见张乃根:《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》,《法治研究》2021 年第 1 期;彭岳:《双边投资保护协定中“非排除措施”条款研究》,《河北法学》2011 年第 11 期。

[19] 其中具体提供了国家从国家安全角度进行外资审查时所需要遵循的基本原则, 包括非歧视原则、透明度原则或可预见性原则、监管平衡性原则以及可问责性原则。目前已经成为国际投资领域的软法性质的指导准则, [20] 在一定程度上也为安全例外条款的适用标准提供了可依据性文件。

三、国际投资协定中安全例外条款存在的问题和阻碍

(一) 安全例外条款与透明度原则的理念背道而驰

上文提及国际投资领域比较具有代表性的安全例外条款为美国 2012 年 BIT 范本中所表达的形式, 其中规定为: “本条约不得解释为: 要求一方提供或允许获取其认为违反其基本安全利益的任何信息。”这本身也是承继了 GATT1994 第 21 条规定: “本协定的任何规定不得解释为要求任何缔约方提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息。”如若从透明度原则角度分析, 显然该条款本身对于透明度的刻意回避是为了使得更多缔约方能够参与条约协定过程中, 从而有助于协定签订, 成为规制国际社会的约束力文件, [21] 但这本身可能面临着争端当事国认为敏感信息保护需要符合投资者和政府的利益, 从而排除掉争端解决机构可以就此定案的关键信息。显然当事国在案件发生过程中就应当做到尽可能透明, 提高结果的可预测性, 而不是等待案件事实发生之后再以安全例外条款作为说辞。尽管争端解决机构当然可以就现存提交的证明信息进行裁判, 但在缺乏关键信息的前提之下, 机构本身就很难出具有说服力的判决。

乌克兰诉俄罗斯运输限制措施案(DS512)在此问题方面有所回应, 该案为专家组根据 GATT1994 第 21 条安全例外条款做出的第一个经典裁决。在该案件诉至 WTO 专家组之前, 该条款多被缔约国视作“君子协定”(gentlemen's agreement), 不会成为缔约国在解决争端时的首选, 因而具有代表性意义。具体回归本案, [22] 在 2019 年 4 月 5 日, 专家组公布了关于该案的报告, 内容主要包括以下两点: 一方面肯定了 WTO 成员方享有判断相关行为是否损害本国的“基本安全利益”以及是否有必要采取安全措施的一定权利, 即所谓的自裁权, 另一方面也确保专家组享有案件管辖权, 可以一定程度上界定“基本安全利益”的范围, 即可以认定成员方采取的必要安全措施是否以“善意原则”(good faith)作为出发点, 因此专家组不可对该国所理解的“基本安全利益”的具体内容进行审查, 但有权对于“基本安全利益”

[19] OECD Investment Division, Guidelines for Recipient Country Investment Policies relating to National Security, Recommendation adopted by the OECD Council on 25 May 2009.

[20] 参见刘敬东:《“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析——以国际贸易投资规则为视角》,《法学杂志》2023 年第 2 期。

[21] 参见刘京莲:《国际投资条约根本安全例外条款研究》,《国际经济法学刊》2010 年第 1 期。

[22] 乌方声称俄方违反加入 WTO 时对于过境自由的承诺, 但俄方辩称, 俄方是为了保护国家在处于“国际关系紧急状况”时的基本安全利益而采取了必要安全措施, 同时对于专家组是否拥有管辖权的问题, 其以 GATT1994 第 21 条中“其认为”的措辞表达了对于涉及自身安全利益的诸多情势, 专家组不具有管辖权, 俄罗斯本身具有自裁性。

的基础进行客观审核。^[23]同样在卡塔尔诉沙特阿拉伯案（DS567）中，专家组也援引了乌克兰诉俄罗斯案的专家组裁判理由。^[24]在国际投资领域，并未有争端解决机构运用国际法中的善意原则对安全例外条款的适用出发点进行必要审查，但从国际投资基本法理角度出发，在某种程度上系东道国让渡了自裁权的判决依据，可以窥见东道国对此善意原则的适用一定会是有所戒备的。^[25]

国际司法实践的发展给予了争端解决机构对争端当事国提供信息的合法合理性论证的机会，从而回避审查难题，赋予了争端解决机构对于“基本安全利益”判决基础的解释权和裁决权，在一定程度上可以缓解透明度原则所带来的文本和实践难以平衡的桎梏，但如何进一步最大化避免当事国利用安全例外条款回避透明度原则的问题，还需交给国际社会实践以待丰富。

（二）争端解决机构审查安全例外条款时缺乏公正性和统一标准

争端解决机构在审查安全例外条款时，缺乏具体规则指导导致公正性和标准化不足。一方面，虽然根据“善意原则”的指导，可以有效限制东道国的自裁权，但在具体司法实践过程中，以 WTO 争端解决实体（Dispute Settlement Body, DSB）、国际法院或是国际仲裁庭为代表的争端解决机构，其在介入之时仍难以独善其身，在争端解决过程中可能存在偏向更具有国际话语权的一方当事国的不公平局面，从而给予该当事国进一步扩张适用该条款的极大可能性；另一方面尽管近些年绝大多数国家选择在缔约文本的安全例外条款中加入“其认为”的词汇，表明其具有判断是否采取安全措施以保护自身根本安全利益的裁量权，^[26]但在该安全措施是否满足其他构成要素时，则需要接受争端解决机构的审查。而争端解决机构裁判时，适用的判断基础不同，解释的具体路径差异，则又会影响到案件的具体结果。

阿根廷系列仲裁案最具有代表性，在此系列案件中国际投资争端解决中心（The International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID）就出现了对于相似案件作出不同判决结果的现象。在 LG&E 案和 Continental Casualty 案中肯定了阿根廷援引安全例外条款的合理可能，而在 Sempra 案、Enron 案以及 CMS 案中则否定了阿根廷的抗辩理由。^[27]

具体至案件的判决过程中，ICSID 在不同案件中对于《美国—阿根廷 BIT》（以下简称“美阿 BIT”）第 11 条中“必要性”（necessity）的理解截然不同。在 CMS 案中，ICSID 首先从习惯国际法角度出发来解释“必要性”，援引《国家责任条款草案》第 25 条中所规定的“危急情况”来否定阿根廷的抗辩理由，从而认定阿根廷面临的经济危机尚不足达到国家安

[23] See Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, Report of the Panel (5 April 2019) WT/DS512/R.

[24] See Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, Report of the Panel (16 June 2020) WT/DS567/R.

[25] 参见东艳：《全球贸易规则的发展趋势与中国的机遇》，《国际经济评论》2014 年第 1 期。

[26] See Moon William J., “Essential Security Interests in International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, no.2 (2012), pp.498-501.

[27] See Caroline Henckels, “Permission to Act: the Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, no. 3 (2020), p.575.

全受到崩溃性危险的程度。^[28]而在 *Continental Casualty* 案中, 则没有将美阿 BIT 中安全例外条款的规定嵌套在习惯国际法中进行解释,^[29]ICSID 首先对于美阿 BIT 中安全例外条款的规定进行审查, 之后援引《维也纳条约法公约》第 31 条第三款 (C) 项的规定, 使用 GATT1994 第 21 条所列明的关联性进行理解。^[30]

在实践中争端解决机构对于国际投资争端解决仍存在极大自由裁量权, 但其在案件中表现出的前后矛盾行为, 名为个案中对外国投资者与投资东道国之间的风险和利益进行再分配, 事实上着实令安全例外条款在司法实践上的应用形成混乱, 因而争端解决机构需要在个案的论证层面增强说理充足性, 尤其注重将各类值得考虑的利益进行充分衡量, 方能得出最后的判决结果, 即使最终的判决结果会出现矛盾, 但在论证层面要实现统一。

(三) 安全例外条款规定和适用的泛化

首先, 从该条款的语义规定分析, 存在模糊性的特征。各国在使用安全例外条款时所使用的术语不一。如存在“除外”(preclusion)、“基本安全利益”(essential security interests)、“根本利益”(essential interest)、“安全例外”(security exceptions)、“根本安全”(essential security) 等表述, 虽对于具体适用过程中不会产生不利影响, 但对于国际社会统一话语体系则产生限制因素, 不利于国际法治体系化建设。其次, 国际投资协定中安全例外条款的规定缺乏具体定义或是详细的清单列明涵盖内容。^[31]如若在条约中列明安全例外条款的具体范围, 可以有效产生对于当事国援引该条款时的客观限制, 否则将导致国际社会在解释和适用安全例外条款时的混乱局势。^[32]再次, 在 *CMS* 案中, ICSID 承认经济危机是国家基本安全利益的危险要素之后, 国际社会对于国际安全利益的理解和运用便开始不断泛化。如在个别国家最新公布 BIT 范本中将根本安全利益与“公共健康和道德”、^[33]“保护健康环境”、^[34]“防止病虫害对动植物的影响”^[35]等一系列非关涉于一国政治经济等基本安全利益的一般国家规制行为与国家为保护国家安全所采取的根本安全措施相提并论, 在本应由一般例外规则所涵盖的内容划归为安全例外条款进行调整, 极大扩大术语本身包含的范围。本该最大化限制的“国家安全”概念, 存在变成各国惶惶不可终日的万能条款的趋势。

此外, 安全例外条款不仅出现在有关协定内容中阐述实体义务的规定, 甚至逐渐出现在协定内容的程序规则之中。如印度—吉尔吉斯斯坦在 2019 年所签订的 BIT, 安全例外条款

[28] See *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.

[29] See *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, September 5, 2008.

[30] See Sandeep Ravikumar, “The GATT Security Exception: Systemic Safeguards against Its Misuse”, *NIJS Law Review*, vol.9, no.3-4 (2016), p.321.

[31] 参见韩秀丽:《论国际投资协定中的“根本安全利益”与“公共目的”》,《现代法学》2010 年第 2 期。

[32] 参见韩逸畴:《时间流逝对条约解释的影响——论条约演变的兴起、适用及其限制》,《现代法学》2015 年第 6 期;李庆灵:《国际投资仲裁中的缔约国解释:式微与回归》,《华东政法大学学报》2016 年第 5 期。

[33] See *German Model BIT (2005)*, Protocol to the Treaty, Article 3.

[34] See *Russia-Hungary BIT (1995)*, Article 2.

[35] See *India-Czech Republic BIT (1998)*, Article 12.

就出现在争端解决规则设计中,^[36]体现出缔约国的过度保护倾向,即其不仅寄希望于安全例外条款可以成为自身免除实体义务的合理性解释,同时也可以在一定程度上排除自身程序义务。国际争端解决机构不仅难以启动程序进行争端解决,无法在相关国家援引安全例外条款时对有关概念的内涵进行审核,更不用说对于案件的实质问题进行审查了。同时,保护根本安全利益的目的与东道国采取安全措施之间应存在联系是大多数国家均认可的原则,此种联系由最低限度原则加以制约,^[37]但也存在极少数的缔约文本,其出现无需关联的表述;并且最低限度原则自身界定不明,手段即安全措施与目的即保护本国安全利益的关联比例设定也同样缺乏国际社会统一观点。^[38]因此从该角度而言,该条款极易成为有关国家加以利用而保护本国经贸的万金油托词。

2018年3月8日,美国根据《1962年贸易扩展法》(Trade Expansion Act of 1962)第232条对中国、欧盟、巴西钢铝产品加征关税,即著名的“232调查”。^[39]美国利用GATT1994第21条所规定的安全利益条款,其基于“基本安全利益”的模糊定义,认为美国为维护本国安全利益从而采取必要安全措施方面事项享有自裁性,从而排除WTO争端解决机制介入,以一己之词绕开WTO多边贸易体系的争端解决。如若从条款设置上来分析,首先WTO时代的GATT1994第21条完美承继《关税与贸易总协定》安全例外条款规定,后者在一般国际法意义层面上而言为先例,其对于安全例外条款涉及的物品规定也相对清晰,而该案中钢铝制品明显不属于“武器、弹药和作战物质”;其次在各当事国各执一词的情况下,应遵循条约解释的一般规则,根据条约善意解释的国际法精神,GATT1994第21条设置目的是国家基于自身对于基本安全利益的理解而采取必要安全行动以应对国际紧急情况;并且在条约文本中,“国际紧急情况”是与“战时”用“或”字连接,因此二者应属于相类似情况,但本案中钢铝制品与国际紧急情况显然无联系,退一步而言即使存在所谓的联系,美国也应该提供证据加以证明,但显然其并未在国际社会发表任何有关申明。^[40]也正因为美国极力以“国家安全”为由头,不断将安全例外条款推入大众视野,更加引发了国际经济各领域研究安全例外条款的热潮。该案的影响极其深远也具有典型意义,其实质也体现了美国企图实行贸易保护主义的倾向。安全例外条款这一法律规则设计成为美国用来维护自身国家安全的政治理由,完全偏离WTO消除单边主义,加强多边主义的宗旨和原则。^[41]反观国际社会,各

[36] See India-Kyrgyzstan BIT 2019. Annex1(ii).

[37] 参见沈伟:《国际投资协定中的安全例外条款:全球趋势与中国实践》,《比较法研究》2022年第6期。

[38] 参见张庆麟主编:《公共利益视野下的国际投资协定新发展》,北京,中国社会科学出版社,2014年,第35页。

[39] 参见彭德雷、周围欢、杨国华:《国际贸易中的“国家安全”审视——基于美国“232调查”的考察》,《国际经贸探索》2018年第5期。

[40] 参见张虎:《美国单边经济制裁的法理检视及应对》,《政法论丛》2020年第2期。

[41] 因此我国有充分的理由和权利向世界贸易组织争端解决机构起诉美国。该案于2022年12月9日结束,专家组发布报告,表示美方所采取的措施,实质上违反世贸组织制度和规则,因此应当存在充分理由驳回美国援引安全例外条款的抗辩。

国应严格限制自身对于安全例外条款的任意解读,遵循国际法基本原则,严防紧守国际法律规则的精妙设计被无缘无故披上政治的外皮,否则这本身就是对于国际法治建设的重重一击。^[42]

综上,安全例外条款规定的泛化和扩张性实践适用仍面临严峻的挑战和威胁。最后值得一提的是,近些年来地缘政治的紧张局势更加激发了各国对于国家安全的极大关注,而国家安全这一概念作为安全例外条款的核心要素,使得安全例外条款的适用在国际经贸领域发展尤其迅猛。^[43]具体在国际经济规则制定过程中,引入安全例外条款之考量表面上是法律设计,事实上则为政治较量的现实因素。一些国家利用安全例外条款这一法律工具,从而实行浓厚保护主义色彩的规制手段,找到国家行为合法化依据来为自己的政治行为背书。这一系列的做法对于国际法的正常发展无疑是严重打击。而一贯坚持合作与发展的我国则是在这场没有硝烟的战争中受到冲击最为猛烈和最为明显的国家,因此有必要从我国角度出发,把握我国对外签订投资协定过程中安全例外条款的规范设置,降低我国在走出去和引进来过程中面临的政治与法律风险。

四、我国 BIT 中安全例外条款存在的问题与完善建议

(一) 我国 BIT 中安全例外条款存在的问题

截至 2016 年,根据中华人民共和国商务部条约法律司公布的数据,我国对外签订 BIT 共 104 份,^[44]其中存在安全例外条款内容的协定文本仅 18 份,^[45]本文将我国 BIT 文本中安全例外条款的规定和适用问题作为重点分析对象。

1. 条款设置不一,易产生实践适用混乱

安全例外条款在我国签订的 BIT 中各部分均出现过。如中国—特立尼达多巴哥(2002)和中国—圭亚那(2003)签订的 BIT 出现在序言部分;中国—毛里求斯(1996)、中国—也门(1998)、中国—马达加斯加(2005)签订的 BIT 出现在正文处,而中国—奥地利(1985)、中国—日本(1988)、中国—葡萄牙(2005)等签订的 BIT 则出现在后附议定书处。可见我国在对外签订 BIT 过程中,对于安全例外条款的适用范围并无规范性、明确性的设计安排,相反文本条款设置显得杂乱而无章。在安全例外条款的司法适用方面,BIT 文本各部分适用

[42] 参见张丽娟、郭若楠:《国际贸易规则中的“国家安全例外”条款探析》,《国际论坛》2020 年第 3 期。

[43] 参见梁咏:《论国际贸易体制中的安全例外再平衡》,《法学》2020 年第 2 期。

[44] 参见商务部网站, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>, 2024 年 7 月 3 日访问。

[45] 包括中国—奥地利 BIT (1985)、中国—新加坡 BIT (1985)、中国—斯里兰卡 BIT (1986)、中国—日本 BIT (1988)、中国—新西兰 BIT (1988)、中国—捷克斯洛伐克 BIT (1991)、中国—菲律宾 BIT (1992)、中国—毛里求斯 BIT (1996)、中国—也门 BIT (1998)、中国—特立尼达多巴哥 BIT (2002)、中国—圭亚那 BIT (2003)、中国—德国 BIT (2003)、中国—芬兰 BIT (2004)、中国—马达加斯加 BIT (2005)、中国—葡萄牙 BIT (2005)、中国—印度 BIT (2006)、中国—加拿大 BIT (2012)、中国—土耳其 BIT (2015)。

效力等级存在差异,如后附议定书和正文的适用等级不同,一旦我国与相应外国投资者产生争议,在争议解决过程中如需援引安全例外条款,易产生法律条款在司法实践中的不确定性和不稳定性。

2. 条款数量少,未成为我国签订 BIT 时的规范操作

根据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)所收录的有关国际投资协定的数据,可以将相关国家分为三类:第一类国家是在本国公布的 BIT 示范文本中就已经列入安全例外条款,条款表述规范而系统,条理清晰,主要代表国家为美国、德国、芬兰等;第二类国家虽然没有成熟的 BIT 示范文本公之于众,但在长期的缔约实践过程中也已经形成了较为完善的安全例外条款的相应表述,主要代表国家为新加坡等;第三类国家在引入安全例外条款的过程中则主要受到对方缔约国和条约谈判过程中利益波动的影响,主要代表国家为中国、卡塔尔等。^[46]

我国在 21 世纪所签订的 BIT 中安全例外条款的数量与 21 世纪之前所签订的 BIT 中安全例外条款的数量相等,均出现 9 次,但我国在 21 世纪之前所对外签订的 BIT 总数则远超 21 世纪,因此从相对值的角度分析数据可以看出,21 世纪我国对外签订 BIT 中安全例外条款的考量有一定上升。但从绝对值角度分析数据可以得出,在国际社会经贸往来更为密切,利益与风险并升的 2000 年及其之后,我国对外签订 BIT 中所含的安全例外条款总数却没有显著上升。一方面源于我国对外签订 BIT 的时间多集中在 20 世纪之前,另一方面更是因为我国决定是否在对外签订 BIT 过程中加入安全例外条款方面事宜,存在一定的任意性,缺乏相应的规范性,^[47]依赖于在具体谈判过程中当事国之间的利益博弈而缺少谈判前明晰的规范表达。

3. 内容表述相差大,难形成统一适用标准

在现有我国对外签订的 BIT 文本中,可以看出安全例外条款的具体内容规定出现多种描述,尚未形成范本式内容。如在早期签订的 BIT 文本中安全例外条款内容多包括“公共安全和秩序”“公共健康”以及“预防动、植物的病虫害”等,其中也不妨穿插个别有涉及“战争、武装冲突”,以及针对非歧视待遇等表述,而近期签订的 BIT 本文中还包括了“履行联合国宪章项下的维护国际和平与安全的义务”“紧急情况”等表达。

上述分析可知,安全例外条款在国际投资协定中存在的系列问题成为缔约各方博弈的重要关注点,^[48]反观我国 BIT 文本中所存在的种种难题,尚未形成应有的系统性和体系化改善,因此面对安全例外条款在我国 BIT 文本中发展不足的现实局面,有必要对我国 BIT 文本中安全例外条款的具体规定加以重新审视,以满足充分发展双边投资的实践需要。

^[46] See Roger P. Alford, “The Self-Judging WTO Security Exception”, *Utah Law Review*, vol. 2011 (2011), p.697.; Denis v. Iroshnikov, “A systematic Approach to the Understanding of National Security in the Legal Dimension”, *Journal of Politics and Law*, vol.11, no.4 (2018), pp.11-12.

^[47] 参见刘敬东:《全球经贸关系演变中的国际法治危机及其应对》,《中国法学》2023 年第 3 期。

^[48] See J. Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, *The Yale Law Journal*, vol.129, no.4 (2019), pp.1033-1034.

（二）我国 BIT 中安全例外条款的完善建议

一方面，面对我国加大加快对外投资力度和广度的政策指向，在今后对外签订 BIT 过程中，我国应充分利用安全例外条款，防范和降低投资风险；^[49]而对于我国已签订的 BIT 文本，可以通过当事国之间沟通与协商，尽快达成对于文本内容中安全例外条款规定的修改，这是最大化降低成本与风险，提高将来收益的最佳方法。^[50]

另一方面，鉴于我国目前积极参与国际经贸的大国身份以及各国对于国家安全利益的逐渐重视，我国应尤其注重对外签订 BIT 文本中安全例外条款的规范表述，^[51]不断积累经贸条约签订过程中的谈判经验，关注文本中安全例外条款的规定内容和形式设置安排，^[52]从而促进我国投资领域规范化、规则化、体系化的成熟态势。

五、结语

当前，以美国为首的西方国家不断利用国际经贸条约中安全例外条款的规定，为自己高举逆全球化和贸易保护主义的大旗而提供合法性依据，使得本应是当成合理应急工具的规则设计被频繁使用，造成国国自危的局势，增加世界的不确定性和不稳定性，各国唯恐本国不能合理适用安全例外条款以保护本国的国家安全，这一点在国际经贸领域中安全例外条款的变化发展显得尤为突出。

而国际投资协定中所列入的安全例外条款也多以 GATT1994 第 21 条为蓝本进行再发展，但具体而言仍然呈现出与透明度原则相违背、司法实践的不公平性和不统一性以及滥用泛化之趋势等明显的弊端，亟待国际社会实践的不断推进。

在此过程中也绝不是凭借各国闭门造车可以完成的文本设计，这本身就与国际法精神大相径庭，需要各国加强合作，促进共同发展，协力解决安全例外条款在国际经贸领域设计的缺陷和实践短板，从而消除安全例外条款适用给各国以及国际社会进程所带来的不可预估的风险。

我国作为积极推动国际和平与发展的国家，在国际投资领域也应不断前进发展，尤其应注重考察对外签订 BIT 文本中安全例外条款的进一步优化，尽快形成我国 BIT 中安全例外条款的规范表达，加强有关安全例外条款在国际投资领域的规范化与体系化进程，在此过程中引领国际规则的建设和发展，这仍然任重而道远。

[49] 参见沈伟：《国际投资协定中的安全例外条款：全球趋势与中国实践》，《比较法研究》2022 年第 6 期。

[50] 参见张皎、李传龙、李彤：《美欧外资国家安全审查机制立法趋势：从与安全有关的投资措施到与投资有关的安全措施？》，《国际法研究》2020 年第 3 期。

[51] 参见季烨：《双边投资条约的范本意识与差别化实践刍议》，《国际经济法学刊》2013 年第 4 期。

[52] 参见吴智、钟韵漪：《中外双边投资协定中的“一般例外”条款研究——以“一带一路”倡议为视角》，《中南大学学报（社会科学版）》2017 年第 4 期。

成年监护范式的反思与进路： 从替代决定到协助决定

邓柯*

摘要：替代决定和协助决定是两种成年监护的经典范式。《民法典》第 22 条在整合原《合同法》47 条的基础上指出了对成年被监护人适用部分监护的立场。同法第 35 条第 3 款从文义上表达了“以独立为主，保障并协助为辅”的新监护观念。二法条都明确了成人监护并非完全监护，但是就其应当是以独立行权为主的协助监护还是非独立行权为主的替代监护，存在争议。对成人监护范式的理解应当建立在《民法典》总则编第二章体系解释基础上，将 35 条第 3 款直接解释为协助监护缺乏其他法条的价值支撑。本文将从论证《民法典》对监护模式的立法技术及其采取的范式出发，分析替代决定下的成年监护制度存在的范围不周延、老年人再边缘化以及重财轻人等问题，最后通过扩张解释 22 条与 33 条，达到和 35 条第 3 款在价值理念与行权范围上的统一，为协助决定的转型构造出法条空间。

关键词：协助决定 民事行为能力 成年监护

* 邓柯，西南政法大学民商法学院。

目录

一、现实：《民法典》的监护模式是替代决定	47
（一）《民法典》22 条与 35 条第 3 款存在矛盾	47
（二）22 条与 35 条第 3 款均无法证成协助决定范式的存在	47
（三）《民法典》采取的“行为能力——监护——法定代理”是典型的替代决定范式	48
二、反思：成人监护领域替代决定范式的理论漏洞与技术瑕疵	48
（一）监护制度与行为能力制度没有适用上的相关性	48
1. 监护制度与行为能力在产生上没有相关性	49
2. 行为能力宣判的存在使得监护与行为能力的制度构想无法实现	49
（二）行为能力制度在实践中的价值不适应	49
（三）当事人利益最大化的单极化	50
三、进路：解决 35 条第 3 款与 22 条的矛盾表述	50
（一）协助决定的制度理念与制度规划	50
1. 协助决定的制度理念	51
2. 协助决定的制度规划	51
（二）利用《民法典》构造协助决定	52
1. 价值基准：成人监护最大程度有利于被监护人原则	52
2. 制度解释：解决 22 条与 35 条第 3 款的矛盾	53
四、总结	54

一、现实：《民法典》的监护模式是替代决定

（一）《民法典》22条与35条第3款存在矛盾

与《民法总则》相比，《民法典》的监护制度除了因为疫情而增设的第34条第3款之外，其他完全一致。讨论监护制度的演变需要回到通则时代。现行《民法典》第22条、第35条第3款二条文本质是对《民法通则》精神病人的民事行为能力以及监护人的职责和权利条款的修订。

第22条与第35条第3款有一相似表达：第22条借鉴了原《合同法》第47条但书的立法技术，将其“独立”实施民事法律行为的范围扩张到纯获利益行为以及与智力和精神健康状况相适应的行为之内。第35条第3款也规定了“独立”的范围，被表述为“对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉”。这显然和第22条不是同样的逻辑。对第35条第3款第2句进行反对解释，可以得到的是“对被监护人不能独立处理的事务，监护人可以干涉”。干涉的范围实际上被“限缩”在第35条第3款第1句，针对被监护的成年人与其智力和精神健康状况相适应的行为，监护人是行为要求被理解为：尊重是原则，保障与协助是方式。

《民法典》实施后，《合同法》第47条被民事行为能力制度统筹吸收，民事法律已然走向一体化解释、一体化适用的新法典时代。因此，监护制度在适用中就出现了两个问题：第一，第22条或第35条第3款对“独立行权”的放松，是否能够证明协助决定已然存在？第二，如何在既存立法范式下，理解第22条第35条第3款之间的矛盾？

（二）22条与35条第3款均无法证成协助决定范式的存在

学界对第35条第3款中“保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”有不同理解，主要分歧在于该款究竟是替代决定还是协助决定。持一元说，也作替代决定说的学者认为，35条第3款充其量是扩宽了22条“部分监护”^[1]的范围，没有否认监护本身。22条本身由于缺乏其他与之配套的实施条文，实为具文。因此无论从理论上还是事实上，现行法条都没有改变“否定行为能力”这一监护的大前提。^[2]持二元说的学者认为，不可否认替代决定的范式仍然存在于《民法典》之中，但监护制度采取的是不同于《民法通则》时代的双重构建模式——既有替代决定模式也有协助决定模式——是以替代决定模式为基础，协助决定模式为导向。^[3]本文同意第一种观点，监护与协助的关系并不是包含关系，而是反对关系。把现行法的成年监护解释为兼有二者对于成人监护转型虽有理论

^[1] 完全监护和部分监护是对监护人所配置的行权范围的分类。一般认为，完全监护就是替代决定。李霞在文章中进一步回应了部分监护不是协助这一问题。

^[2] 参见李霞：《协助决定取代成年监护替代决定——兼论民法典婚姻家庭编与协助的增设》，《法学研究》2019年第1期，第103页。

^[3] 参见陈嘉白：《民法典体系下协助决定与替代决定的择优实现》，《当代法学》2021年第3期，第22页。

上的指导的意义，但会容易将监理解为协助的上位概念。

（三）《民法典》采取的“行为能力——监护——法定代理”是典型的替代决定范式

替代决定是指监护人或其他代理人决定行为能力受损的人作出决定，特征通说认为至少包括三项：第一，制度构造上，否定当事人的行为能力；第二，价值导向上，以当事人利益最大化为第一原则；第三，法律关系上，存在一个替代决定者，并且该替代决定者拥有撤销权、代理权等，能够独立为被监护人作出决定。^[4]

我国民事行为能力制度、监护制度以及法定代理制度之间有紧密的次第适用关系。^[5]民事行为能力制度和监护制度从实体法上完全挂钩的原因有两个：第一，民事行为能力判断的标准多元，包括了年龄、智力以及精神健康状况等。因此，民事行为能力判断的对象周延地、复杂地涵盖了未成年人和成年人。第二，民事行为能力的瑕疵是监护制度开启的法定前提。同时，监护人所享有的权利与其说是“监护权”，实际上是“法定代理权”。从这个角度说，监护本身只是民事行为能力制度到法定代理制度之间桥梁，法定代理人基于放任主义的立法获得了更多因为语焉不详而行权的空间。

替代决定的必然格局由此产生。首先，民事法律行为是能够产生私法效果的意思表示，民事行为能力是对意思表示能力的判断的显在标准；其次，民事行为能力以“有、无以及限制”三分，民事行为能力有瑕疵者自然配备一个监护人。尤其是在目前随着监护公法化倾向，必然存在着一个“监护人”。^[6]再次，无或者限制民事行为能力的大量民事行为依据 34 条由监护人代行^[7]。从民事行为能力到监护再到法定代理，虽然立法通过概念的技术激活了制度，却导致了被监护人的权利又一次限缩。这套制度体系的特征就在于两个莫比乌斯环相交在第 34 条，监护自治又慷慨地赋予了监护人大量的实体权利。所以，在我国监护制度的适用前提必然就落入对行为能力否定的前提判断之中。监护的结果是强有力的法定代理，由此也就落入替代决定的经典范式之中。

二、反思：成人监护领域替代决定范式的理论漏洞与技术瑕疵

（一）监护制度与行为能力制度没有适用上的相关性

^[4] 同前引[2]，第 101 页。

^[5] 参见彭诚信、李贝：《现代监理论念下监护与行为能力关系的重构》，《法学研究》2019 年第 4 期，第 61 页。

^[6] 参见李建国（全国人民代表大会常委会委员长）：“关于中华人民共和国民法总则（草案）堆说明——2017 年 3 月 8 日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上的讲话”，民法总则立法背景与观点全集编写组编《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社 2017 年版，第 8 页。

^[7] 《民法典》34 条：监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。监护人依法履行监护职责产生的权利，受法律保护。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。因发生突发事件等紧急情况，监护人暂时无法履行监护职责，被监护人的生活处于无人照料状态的，被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门应当为被监护人安排必要的临时生活照料措施。

我国的替代决定范式有赖于监护与行为能力二制度的唇齿相依。这种立法技术的优势在于为监护的开启提供了一个可以普遍适用的标准，使得在形式上出现行为能力与监护“各得其所”、两相匹配的格局。

1. 监护制度与行为能力在产生上没有相关性

监护制度和行为能力制度在历史上并不是同源产生的。^[8]监护制度产生于罗马法上的禁治产制度，其特殊性有二，一是罗马法的主体制度本就是家长制而非个人主体；二是禁治产首要约束的是未成年人，针对成年人意思能力的瑕疵其产生了准禁治产人的保佐制度。行为能力制度是德国民法的产物，是在提公因式下高度地概念凝练。但是德国本身也遗弃了将行为能力作为监护判断的准前提这一路线，其废除了监护制度取而以照护制度代之。

2. 行为能力宣判的存在使得监护与行为能力的制度构想无法实现

在这套行为能力与监护挂钩的制度构想中，包含了这样一个预设：所有不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人都将在其症状产生之初由利害关系人申请民事诉讼上的行为能力宣判，使之对应地成为无民事行为能力人或限制民事行为能力人。由此，才得在事实层面实现理论上的“无缝衔接”。

现实是，有轻微精神问题或者轻度痴呆的老年人畏惧被社会边缘化，不愿参与行为能力宣判；存在严重精神问题或者重度痴呆的老年人，深入人心的孝悌之谊在现代以家庭监护的面目率先于陌生的法律程序完成了对这部分人的行为能力宣判。^[9]从这个方面来说，这种堕距式的立法因其负面的昭示性和繁琐的程序性会导致应该被纳入的限制民事行为能力人范围的人没有被纳入，形式上也就无法实现“因严丝合缝，所以一个不漏”的挂钩目的，实质上亦异轍于“再社会化”的制度价值。

（二）行为能力制度在实践中的价值不适应

在对替代决定制度的反思中，行为能力制度的反思是尤其重要的一个环节。目前的语境下，对行为能力的批判主要包括三个方面：

第一，行为能力对“权利”的剥夺是结果性的，但是老化却是一个过程。^[10]每个人都会衰老，社会永远年轻。现代人不再“养儿防老”、“安土重迁”是因为社会保障以及社会救济为先于“民事主体”的“人”的尊严背书了代际性的社会信用。但是，未成年人尚且存在行为能力自然成长、自我恢复的空间，老年人的行为能力却只能物理地从 22 条“上升”到 19 条，尔后被行为能力宣告制度以某种标准式的结果斩首示众。这种结果主义的判断搭配上替代决定的武断，用无缓冲的方式切断了行为能力瑕疵者与社会建立法律联系的充分可能。

^[8] 同前引[5]，第 61 页。

^[9] 参见李国强：《论行为能力制度和新型成年监护制度的协调——兼评〈中华人民共和国民法总则〉的制度安排》，《法律科学（西北政法大學學報）》2017 年第 3 期，第 133 页。

^[10] “十四五”时期，我国人口老龄化程度将进一步加深，60 岁及以上人口占总人口比例将超过 20%，进入中度老龄化社会。老年人健康状况不容乐观，增龄伴随的认知、运动、感官功能下降以及营养、心理等健康问题日益突出，78% 以上的老年人至少患有一种以上慢性病，失能老年人数量将持续增加。参见杜生一：《成年监护决定范式的现代转型：从替代到协助》，《北方法学》2018 年第 6 期，第 138 页。

第二，无民事行为能力人或限制民事行为能力人被剥夺的实际上是民事权利能力。^[11]学者把这种对成年人行为能力的剥夺比作民事死亡。^[12]恰如其分是因为在 34 条严格的替代决定模式下，有民事权利能力但无或者限制性享有民事行为能力的民事主体，事实上不具备建立法律关系的意思空间。承认其缥缈的“权利能力”只是对其真实权利“杯酒释兵权”式的情感补偿。在硬件上的无障碍措施越发完善的当下，法律上的无障碍措施必须用现代的精神去消灭与事实的堕距。这意味着：法律意思表示能力应当在包含面向而不是反面对面向去认可残余意志的社会价值，从而避免被权利能力条款“魅惑”地驱逐，以应对《残疾人权利能力公约》12 条的法律能力平等被虚无而抽象的权利能力消解的情形。^[13]

第三，制度间的真空要求行为能力被推定而不是认定。前文已经提到，在目前的行为能力宣告程序中实际上就是出现了“给边缘人一刀切划定边缘线”的场景。这个被委以枢纽环节的重要程序采此尴尬的设置，导致了大量本来应当属于限制民事行为能力人实际上游离于这套体系之外。为了从事实上解决掉这种矛盾，以及回复对残疾人、老年人尊严的关怀，推定所有人具有权利能力，无论从交易安全还是人格保护上说，都更有价值。

（三）当事人利益最大化的单极化

替代决定的价值旗帜是“当事人利益最大化”原则。《民法典》延续了《民法总则》“最有利于被监护人”的表述，同时在下设两款，分别陈情未成年人和成年人的“真实意愿”。

当事人利益最大化的原则在于利益量化和人的降格。监护人代理被监护人的财产利益和人身利益，事实上是这种“最大化”的量化一般只出现在财产利益纠纷之上，这种结果就像监护人争议和监护人推诿一种自然。因此，当事人利益的最大化很多时候只是当事人财产的最大化。^[14]

过分关注财产，而轻视人格的结果会导致被监护人人格的降格。被监护人的利益是一串数字，被监护人利益的最大化顺理成章是数字的最大化。因此，无论是学界还是实务界，都有矫正“利益最大化”这一价值表述的趋势。比如说，甚至是对于儿童——最大面积的无产者——《联合国儿童权利公约》也要求从当事人利益最大化到尊重当事人意志。^[15]

三、进路：解决 35 条第 3 款与 22 条的矛盾表述

（一）协助决定的制度理念与制度规划

^[11] 同前引[2]，105 页-106 页。

^[12] 参见张华贵、徐晨欣：《成年监护基础范式转型研究：从替代决定到协助决定》，《海峡法学》2021 年 3 月，第 63 页。

^[13] 联合国《残疾人权利公约》第 12 条的法律能力不仅仅是权利能力，在我国语境下应当包括行为能力。理由在于心智能力并不是判断行为能力的理由。李认为，在我国对行为能力的否认其实是对权利能力的伤害。参见注释[1]，106 页。

^[14] 同前引[12]，第 63 页。

^[15] 参见孙跃元：《未成年人个人信息保护中监护人同意规则的检视与完善》，《华南师范大学学报（社会科学版）》2023 年第 1 期，第 149 页。

1. 协助决定的制度理念

协助决定，是指成年人通过与他人订立一系列的民事协议、民事关系、民事实践或者民事安排等形式，使其处于认知障碍实，能够在得到他人协助支持下表达自己的意愿，自主作出决定，并就这些决定与他人沟通，而他人不能代替本人的自我决定。^[16]通过协助决定的概念以及与替代决定的对比，能理解协助决定的三项特征：第一，作出决定的人是本人，而不是监护人；第二，以最大程度符合本人意愿为原则；第三，承认本人的行为能力。^[17]

域外向协助决定的转向研究业已成熟。主流研究对于用协助决定代替替代决定的正当性理论是去机构化理论和自主性决定理论。去机构化理论认为，将残疾人送往康养中心实际上是在物理层面使得其绝缘社会，不再享有正常化的机会。要想残疾人回到社会，实现正常化：第一是将其从“机构”中解放出来；第二是将其从“法律能力”的实质权利不平等中解放出来。^[18]自主性决定理论认为，通过抽象的民事行为能力标准否认人总体的能力并不符合“自主”的要旨。抽象的人不应该是被评价的对象，法律应当考察人在特定事件中的具体行为，将行为作为是否自主的评价体系。^[19]

以上二理念虽名称不同，但实则殊途同归之意。并且，二理念也并非完全是舶来品。根据国家卫健委联合十五个部门发布的《“十四五”健康老龄化规划》（以下简称《规划》）^[20]，在去机构化方面，《规划》及目光于对失能老年人的照护，要求健全居家、社区、机构相协调的失能老年人照护服务体系；同时对于心智残疾人，我国《精神卫生法》第30条^[21]一直可以均采取了自愿住院治疗的去机构化立场。在正常化方面，《规划》在发展目标中即提到十四五时期健康老年化包括需要建立一个老年人友好型社会。

2. 协助决定的制度规划

协助决定的依据是联合国《残疾人权利公约》12条以及《民法典》35条第3款。

首先，民事行为能力上应当推定所有成年人具有民事行为能力。这么做的目的有三个：第一，民事行为能力否定的宣判制度实际上阻碍了应当成为限制民事行为能力人成为限制民事行为能力人，如果这不损害交易安全以及交易的稳定性，那么就必然出现画地为牢的机构化或者边缘化。第二，民事行为能力的回到本人，成为本人能够当然作出法律行为的依据；另一方面，赋予本人推定的行为能力可以在最小的立法代价里当然否认对法定代理制度的开展。因此，从某种程度上说，重新解释以及构造目前的成人监护条款是实质推进协助决定最重要

^[16] 同前引[2]，第101页。

^[17] 同前引[2]，第102页。

^[18] 参见陈嘉白：《协助决定对监护制度的矫变与重塑》，《华东政法大学学报》2021年第5期，第131页。

^[19] 参见董思远：《协助决定范式下意定监护制度改革新径路》，《河北法学》2022年第3期，第116页。

^[20] 参见卫生健康委、教育部等关于印发“十四五”健康老龄化的通知，〈国卫老龄发[2022]4号〉。

^[21] 《精神卫生法》第30条：精神障碍的住院治疗实行自愿原则。诊断结论、病情评估表明，就诊者为严重精神障碍患者并有下列情形之一的，应当对其实施住院治疗：（一）已经发生伤害自身的行为，或者有伤害自身的危险的；（二）已经发生危害他人安全的行为，或者有危害他人安全的危险的。

的一环。

其次，确立以最大程度符合本人意愿为原则。在改变既有的民事行为能力制度之后，重构价值原则是水到渠成。实际上，结合替代决定的当事人利益最大化原则即更好理解最大程度符合本人意愿原则。第一，最大程度符合本人意愿原则要突破替代决定“重财产轻人身”的保护现实，为保护人身提供价值指引；第二，最大程度符合本人意愿原则为人身的无法在量上实现“最大”，提供了新的计量方式，那就是所谓的在保证自愿的情况下，自愿的就是公平的。这种公平必然包括残疾人在一些事实上行为能力受损下作出错误行为所付出的代价，但是在比例原则的衡量下，这是其为正常化、自主性付出的代价。^[22]

最后，协助决定的现实路径。意定监护制度被认为是我国成人监护的一个新的发展方向。上海普陀区公证处所尝试的意定监护的公证实务让学者看到协助决定加速融合进民事现实的可能。^[23]《民法典》以及总则编司法解释对意定监护协议的规定都只有一个条文，对于意定监护协议的形式和效力缺乏具体规定。虽然其适用可以参照身份协议规定，但是显然要真正形成严格的协助决定体系，寄人篱下的放任主义并不是协助决定的出路。最简单的理由就是我国目前对遗嘱的形式不仅规定多元而且有严格的形式要求，遗嘱尚且是对财产的安排，在托付人身上似乎没有理由采取一种放任式、解放主义的立法模式。

（二）利用《民法典》构造协助决定

1. 价值基准：成人监护最大程度有利于被监护人原则

《民法典》对监护原则规定在第35条之中，一般认为35条第3款“保障并协助”的表达是我国民法在成年监护立场上的放松。要从体系上扭转协助决定模式，必须的就是重构“最有利于当事人原则”。

（1）35条第2款和第3款的区别

从第35条分别论述未成年人与成年人来说，对我国监护原则的理解也必须区分未成年人与成年人。对比第2款和第3款，二论述有如下区别：

第一，尊重被监护人真实意愿的顺序不同。第2款先规定监护人作出决定，再规定应当尊重被监护人真实意愿；第3款先规定应当尊重被监护人真实意愿，再规定监护人协助作出决定。

第二，尊重被监护人条件不同。在对尊重被监护人真实意愿时，第3款增加了“最大程度”；第2款不仅没有前提程度上的表述，这种真实意愿还限制在“与未成年人年龄、智力状况相适应”的范围之内。

第三，决定主体不同。未成年人监护被表述为“监护人作出与被监护人利益有关的决定”；成年监护被表述为“监护人保护并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的行为”。所以第2款的决定主体仍然是监护人，第3款价值指导之下决定主体存

^[22] 同前引[19]，131页。

^[23] 参见李欣：《意定监护的中国实践与制度完善》，《现代法学》2021年第2期，第34页。

在顺位，应当是先被监护人后监护人。

(2) 35 条第 1 款的“最有利于监护人原则”在第 3 款中被解释为“最大程度尊重当事人意思原则”

虽然第 2 款和第 3 款都是第 1 款“最有利于监护人”原则的下属表达，但是未成年监护显然是替代决定模式，结合第 1 款和第 3 款，第 2 款在“最有利于监护人”原则选择了向监护人倾斜。第 3 款则与第 2 款完全不同，如果将第 3 款的价值解释为“最有利于监护人”这一原则，那么完全没有区分未成年人与成年人而分设 2 款和 3 款的目的。

在解释第 3 款时，应当注意到，第 3 款的价值已经从两个方面向被监护人转移。第一是最大程度尊重被监护人意愿的无前提。由于第 3 款并没有采取“根据被监护人的智力和精神健康状况最大程度尊重被监护人真实意愿”，而是“最大程度尊重被监护人真实意愿，保障并协助其作出与其智力和精神健康状况相适应的民事法律行为”，二者存在巨大不同。第二是，第 3 款最后一句延展了 22 条部分监护的空间，将“独立”不再作为例外，而是一种推定来处理。基于以上两点，无论对真实意愿的尊重还是行为能力的回归，35 条第 3 款所蕴含的价值都不再是以“利益的最大化”作为考量，而是成年人人格的独立性。因此，第 35 条第 3 款的价值应当被解释为“最有利于当事人原则”，最有利的判断标准是“应当最大程度尊重当事人的真实意愿”。同时，应当基于 35 条第 3 款的解释结果对监护人选任条款作出价值解释，并对 21 条作出契合 35 条第 1 款的解释。

2. 制度解释：解决 22 条与 35 条第 3 款的矛盾

《民法典》对成人民事行为规定格局如下：第 21 条定义无民事行为能力的成年人；第 22 条限制民事行为能力的成年人定义以及部分监护条款；第 33 条意定监护条款；第 35 条对“最有利于被监护人”的解释条款，其中第 1 款是确立应当最有利于被监护人的监护立场，2、3 款分别对未成年人和成年人作出不同的法律表达。

要实现向协助决定的转型，民事行为能力制度应当进行重新解释：第一，重新解释成年监护行为能力制度。要重新构造成年监护民事行为能力制度要达到一个目的，即最大范围扩大适用限制民事行为能力制度的范围。因为在无法推翻 24 条的前提下，难以确定推定所有人具有民事行为能力这一理论的制度前提。

学界通说目前也是限缩解释 21 条，将不能辨认限定为是持续性不能辨认，不包括暂时性的不能辨认，从而压缩无行为能力适用空间。对第 22 条的解释，存在两种思路。第一种，扩张解释 22 条，将不能完全辨认，设置为一个开放的评价体系，既可以包括持续性的不能完全辨认，也包括暂时性的不能完全辨认以及暂时性的不能辨认。^[24]第二种，历史解释 22 条，由于 22 条与 35 条第 3 款之间的矛盾，回到《民法通则》第 13 条第 2 句之中。相比于

^[24] 参见杜生一：《成年人保护制度私法变迁论》，《私法》2019 年第 1 期，第 85 页。

历史解释，扩张解释的方法更与 21 条之解释契合。^[25]但是，不可否认的是，二者的制度出发点实践上是相同的，试图对 22 条进行历史解释的学者无非最后也是想达到“独立为常态，协助为例外”的目的，这是其试图仅依靠 22 条一条就实现这个最终目的。本文赞同第一种扩张解释的方法，因抵达最终之目的还需要与其他条文协调。

第二，限制解释 33 条。将 33 条的“具有完全民事行为能力的成年人”解释为“与成年人智力与精神健康状况相适应的能力”，而不是 18 条之“完全民事行为能力”。此时与 35 条第 3 款作出体系解释，即限制民事行为能力的成年人可以依据 22 条独立作出决定，如果监护人没有能力独立处理该事务，监护人应当在不干涉的情况下尊重被监护人的真实意愿，保障并协助其完成。此时，第 35 条第 3 款的“与智力与精神健康状况相适应的民事法律行为”则正好与第 22 条的但书在成年监护语境下实现了同一指向的表达。

四、总结

在法典化的民法时代，我国监护制度因与民事行为能力制度挂钩产生了诸多问题。这些问题，一方面不符合逐渐老龄化社会的“幸福养老”的顶层设计取向，另一方面也与尊重残疾人权利的潮流有悖。毋论发扬已久的去机构化理论以及自主性理论，从替代决定向协助决定转型在中国社会是紧迫的现实意义的。在此基础上，扩张解释 22 条，拓宽 33 条意定监护的空间，使之契合 35 条第 3 款的价值导向与制度表达可为转寰之策。

^[25] 参见迟颖：《成年法定监护中被监护人的真实意愿——〈民法典〉第 35 条第 3 款解释论》，《清华法学》2023 年第 2 期，第 97 页。

重组北约：欧洲维护基本权利的最后机会*

布鲁斯·阿克曼著；孙一喆译**

* 本文于 2016 年 12 月 7 日本由耶鲁大学法学院和政治系教授布鲁斯·阿克曼在“全球宪政话语与跨国宪政活动”的会议上正式发表。本次会议是由欧洲法律民主委员会，国际民主和选举援助研究所，国际律师宪法协会以及意大利外交部的主持下四方联合于意大利威尼斯举办。欧洲法律民主委员会（European Commission for Democracy through Law）——在威尼斯开会时更广为人知的名字是威尼斯委员会——是欧洲委员会在宪法事务方面的咨询机构。Bruce Ackerman, *Reorganizing NATO: Europe's last chance to preserve fundamental rights*, COUNCIL OF EUROPE, (Dec. 12, 2016), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2016\)014-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2016)014-e).

** 布鲁斯·阿克曼，耶鲁大学；孙一喆，罗切斯特大学。

美国前总统唐纳德特朗普（以下简称特朗普）的竞选发言向外界展示了他的两项外交举措。这两项外交举措将会改变美国与欧洲的关系。在第一项举措之下，特朗普和俄国总统弗拉基米尔普京（以下简称普京）达成了协议，为北约和俄罗斯武装力量在东欧前线逐渐升温的军事冲突降温。在第二项举措之下，特朗普呼吁他的北约^[1]盟友停止对美国的“搭便车”行为并承担更大份额的北约联盟防务预算。鉴于特朗普在权术上的不择手段以及投机取巧的倾向性，他将为同时达成这两项目标而努力。

这是一个严重的错误，如果特朗普试图鱼与熊掌兼得，那么很有可能他与普京的伙伴关系会导致北约悲剧性的解体。意识到这种危险，假设特朗普继续执行他的计划，与普京一同打击伊斯兰国及其继任者。在二位领导人宣布在中东地区联手之后，他们还宣布他们将把局势的缓和延续到东欧地区，并缓解该地区日益升级的军事紧张局势。但随着他们与伊斯兰极端分子的战争持续不断，普京否认了他对于缓和局势更广泛的承诺。他抓住这个机会发动了一场乌克兰式的接管^[2]从而掌控波罗的海国家，尽管这些国家和乌克兰不一样，是属于北约的成员国。在这种情况下，爱沙尼亚和拉脱维亚的当地的俄罗斯少数民族在披着羊皮的俄罗斯非法越境地面部队的支持下发动了一场自发的起义。

而在同一时间，特朗普则在大声的呼吁他的欧洲盟友们停止忍无可忍的“吃白食”行为，并且支付他们理应支付的北约防务份额。特朗普坚称，他的欧洲盟友应该像美国一样，至少应当将 GDP 的 5% 用于支持防务开支。然而可以预见的是，欧洲人将会拒绝这一请求。毕竟，他们中的大多数国家都甚至没有达到他们自己设定的 2% 的目标。在一系列戏剧性的会谈中，国防部长们之间的会谈充满了苦涩的对抗。随之而来的争吵与不和进一步诱惑了普京以乌克兰式的接管来控制爱沙尼亚和拉脱维亚。

这让特朗普面临关键抉择：他是否会放弃与普京的中东联盟，令美军采取行动以抵御俄罗斯在波罗的海的入侵威胁？又或者他会对那些争执不下的欧洲人感到厌恶从而允许波罗的海国家一步一步的并入俄罗斯联邦使得北约共同防御保障的公信力丧失？

远距离对特朗普总统的行为进行心理分析并不是我的强项，但是我可以很容易的想象特朗普让那些“自私的欧洲人下地狱”的场景。伴随着北约的解体，俄国人将在东欧重新建立并扩大他们的影响力。于此同时，由于西欧人将无法指望美国人来帮助应对将来的威胁，他们将会拼命的重新军事化从而为自己提供国防安全保障。

然而，特朗普总统很有可能试图鱼和熊掌兼得一除非欧洲的领导人们抢先行动从而避免这一双向策略显而易见的危险。首先这将需要一个强有力的外交努力来说服特朗普总统，他应当把与普京的重新和解和会面限制在象征性姿态上，并且保留他在中东行动的自主权。与

^[1] 北大西洋公约组织 (*North Atlantic Treaty Organization*, *NATO*)，简称北约组织或北约，第二次世界大战后，美国为了遏制苏联，维护其在欧洲的主导地位，联合西欧一些国家于 1949 年 4 月 4 日正式成立了北大西洋公约组织。

^[2] 2014 年 3 月份，克里米亚当地议会在俄罗斯部队的支持下举办了入俄公投。自 2014 年 3 月 18 日后，俄罗斯事实上接管了该领土，建立了克里米亚联邦管区。

此同时，欧洲的的领导层们应该表示愿意就北约新的防务分担协议重新谈判。这样的提议只会作为一段长时间的艰苦谈判的序章。然而这样的一个序章将会给予新总统带来一个伟大的特朗普式时刻的展望，他将得意洋洋的宣布，他与欧洲达成了一单可以使美国和欧洲再次伟大的“大生意”。

当然，对于欧洲人来说，他们在特朗普这一大胆的提议之前将会观察特朗普总统的政策将向何方演变——尤其是迈出这一步将会花费他们巨大的经济开支。但我希望我所表达的已经说服了你们，那就是欧洲并不占有时间优势。欧洲领导人们将会在谈判桌上失去关键的谈判筹码如果他们让特朗普与普京达成了一系列的协议。

假设德国总理默克尔（以下将简称默克尔）和其同僚能够应付这个局面并说服特朗普使新政成为北约接下来几年的主要目标。那么新的协议又该是什么样呢？

在讨论特朗普的新政该如何重振北约作为 21 世纪跨大西洋联盟的民主力量之前，我先从军事方面谈起，然后再探讨特朗普的新政应如何重振北约在 21 世纪作为跨大西洋民主力量的角色。在这种背景下，仿照威尼斯委员会模式构建一个新的北约机构，将成为现行谈判中的一个核心问题。

但为了让您能将注意力保持到最后一刻，我先暂时不透露北约对类似威尼斯委员会这种模式的采用情况，而是先聚焦于军事方面的问题。

让我们从最显而易见的方面开始。新政的一个重要元素就是在接下来的 10 年欧洲的防务开支将会大幅度提升。但这一政策涉及的不单单是金钱的问题。欧洲人还应当宣布在 2026 年的时候，欧洲的地面部队将肩负起保卫欧洲东线的主要责任。然而只要还有一天国家军队和军官队伍彼此保持着独立，这就是不可能的。当下的政权不仅鼓励大量不必要的的军事资产重叠从而导致浪费，还妨碍了有效的指挥协调，尤其这是作为有效抵抗俄罗斯入侵的必要防御力量。

与此同时，特朗普重新保证美国将在跨大西洋防御体系中发挥强大和持续的作用。美国不仅将提供关键的海、空和后勤支持，而且美国陆军将在危及时刻对地面上的欧洲部队提供支持。

这项协议对双方都有显而易见的益处。随着时间的推移，特朗普不仅得到了实质上的成本缩减。在过度期间，如果普京或者其民族主义继承者试图发动一场乌克兰式的接管，欧洲军队也为未来更多血腥牺牲的可能性做好了准备。

而除去这些长期的负担，欧洲的军队将获得关键性的短期收益。特朗普重新承诺派遣美国军队到东线边境将大幅减少俄国发动入侵的可能性。

想象一下普京领导下的 1.4 亿人口群体正在逐渐缩减并迈入老龄化，并且他们的繁荣程度强烈依赖于油价。他的军队表面上所看起来的强盛只建立在特朗普走在与俄罗斯缓和的道路上。一旦特朗普重申了美国实实在在保卫东线的决心，只有愚蠢的冒险家才会在波罗的海

发动乌克兰式的接管——然而普京并不愚蠢。

作为欧洲大陆的经济强国，德国不得不承担很大一部分日益增加的财政负担。同时，东部前线尽可能的向东延申对于德国来说存在有巨大的国家利益。如果北约解体，德国将被迫大幅度增加军事投资来应对普京在东欧取得的优势和进展。这一所需的资金总和将大幅超过特朗普所认为可接受的范围。事实上，在最近几个月，默克尔已经为增加军事投资的计划做好了准备，同时加强德国部队对北约打击力量的整合。

然而，默克尔在与特朗普达成这个明智的决定时也将会在取得政治支持层面上遇到阻力。

在接下来的一年当中，默克尔还将面临一场严峻的选举挑战，伴随着极右翼势力在二次世界大战后历史上首次在议会中成为多数派。另类选择党(德国右翼政党)精心制定了激进的民族主义外交政策，坚决抵制德国卷入错综复杂的联盟关系。虽然默克尔总理和她的党派盟友将会拒绝这一极端的提议，许多成员认为特朗普提出的新政是一个危险的信号，将会使德国朝着二十世纪灾难性的纳粹军国主义道路前进。

就这些怀疑论者可言，北约在冷战正式结束的时候就丧失了其存在的理由。相较于让北约这个联盟焕发第二春，如果民主在东欧无法实现，默克尔应当拒绝特朗普的提议，并与普京以合作的名义联合起来以保障东欧的安全。

我认真对待怀疑论者对于德国军国主义复兴的害怕与担心。但在当前的环境下，他们焦虑的不应该是这个。毕竟，北约的新政并没有设想建立一只强大的德国军队来保卫国家安全并抗击外国风险。相反，新政提议德国部队将被并入一支由其他大西洋盟国所协调组成的欧洲联盟军一起防卫欧洲东线边境。

此外欧洲军队的指挥体系应当组织起来以应对德国及其他地区因 20 世纪灾难而产生的深切恐惧。在组建欧洲最高司令部时，德国的将军们应该让出主导权。相反，最高指挥部应该主要由来自其他国家的将军们所组成。这不仅能安抚忧虑，还能产生制度层面的推动力，鼓励西欧其他国家的政治力量继续支持联合保卫东部边境（前线）。此外，一个欧洲联合司令部可以限制美国司令部的影响——尤其是美国是在由特朗普这样极不稳定，甚至可能对俄罗斯的挑衅做出过度反应的总统所带领。

在第二种层面上，怀疑论的批评也弄错了方向。如果几年之后与俄罗斯之间的缓和局面崩溃，德国将不得不进行大规模的军备建设来回应这一局势，而这一更大的潜在军事化危险则被忽略了。虽然到那时的德国将会呼吁法国和其他西欧国家来组成一支欧洲联合军队，但这一临时抱佛脚的行为大概率将以失败告终。到时北约将别无其他选择，只能武装一只德国军队并由德国将军作为最高领导——就如和平主义批评者针对北约新协议所构想出的噩梦。

简而言之，对特朗普的提议的怀疑与批评是适得其反，不利于本来的目标，严重助长了批评者最想要避免的灾难。默克尔和其他欧洲领导人所面临的挑战就是强调这一要点。特朗普很可能会让他们的工作变的更加困难。他将强烈要求欧洲人停止搭便车的行为并支持北约当下正在进行的努力，使美国再次伟大。考虑到他恶劣的自我推销的行为，这将取决于更加

清醒的欧洲领导人来应付这个局面并尽一切努力来说服他们的同胞去相信一个复兴的北约是值得的。

我一直在以一个冷酷又现实的方式来陈述我的观点。尽管在这里，我的军事战略论点最终导致了道德与纳粹过去所带来的冲击的对抗。但是时候采取下一步措施了，并思考第二个道德问题将如何强行出现在谈判桌上。从一开始。北约联盟的意义就不仅仅是提供军事便利。相反的，在反对极权主义的划时代斗争中，它是捍卫民主的重要工具——就如北约成员国对他们自己的承诺一样，在其条约第二章所述，加强他们的自由的制度。

如果跨大西洋共同体需要重新对北约的基本承诺进行谈判与定义，他将不可避免的问自己一个最终问题，当北约重新定义其 21 世纪的自己时，联盟又该如何看待这个条约对于民主的承诺？

尽管特朗普向外界展现了自己的各种强硬姿态，但他的政治盟友和敌人确需要认真对待这个问题。正如我们所看见的，为了获得更多的财政支持，特朗普将不得不给予欧洲人一些回报——总统重新承诺，美国地面部队将会与他们的欧洲盟友一起共存亡，以抵御未来在欧洲东部边境的军事入侵。

但也因为这一承诺将使特朗普总统的政治意图被曝光。在竞选期间，他利用民众开始普遍的意识认识到阿富汗战争和中东战争是永无止境的，向选民承诺，他将永远再不会命令地面部队为腐败的中东独裁者战斗和牺牲。但这将引起他的欧洲盟友怀疑他与欧洲新政的真实性以及他是否会履行承诺。很简单，如果美国人不在愿意为保卫巴格达（伊拉克首都）或喀布尔（阿富汗伊斯兰共和国首都）而流血牺牲，那他们凭什么又会为保卫里加（拉脱维亚共和国首都）或者格但斯克（波兰北部港市）而流血牺牲呢？

在这种情况下，特朗普总统只有一个合理的回应，但前提是他能令人信服的将波兰和拉脱维亚描绘成充满活力的民主国家，在这种情况下，他可以告诉他的美国同胞们，对于里加和格但斯克市的情况下，我们的士兵是为了捍卫伟大的美国价值观所牺牲，而在东线陷入困境的民主同胞们与我们共享这一价值观。

然而，特朗普的民主反击却引发了一个明显的问题。最近在波兰，匈牙利和土耳其发生的事件为他们的民主主张带来了严重的问题与质疑。如果什么也不做，为格但斯克或者布达佩斯（匈牙利首都）由或者安哥拉（土耳其首都）的牺牲很快将会成为为喀布尔或者巴格达所牺牲的道德象征。那么如果北约不在致力于捍卫民主的生活方式，特朗普为什么又要重新对北约做出承诺呢？

除非特朗普可以给出一个决定性的答案，否则这个问题将在国内对特朗普的新政产生中东的政治反弹。为挽救他的倡议，他必须主动与波兰、匈牙利和土耳其开展具体的外交活动，旨在确定北约为保障这些国家的民主所需的具体行动。如果埃尔多安、卡钦斯基或欧尔班拒绝做出必要让步，就不允许他们继续留在北约。

这并不意味着他们不能与西方合作伙伴达成新的军事协议。毕竟美国和欧洲都有很长一段时间维持这样一种奇怪的邪恶联盟的先例。但这种各取所需的联盟不应该和一个以持续捍卫 21 世纪的民主制度的联盟的永久会员所混淆。

不过假设，目前的非自由民主竞选者将会充分意识到被北约踢出联盟所带来的危险，因此他们达成了一项强有力的协议来保障公民的基本权益。然而，在将来，类似的危机很有可能还会出现。如果北约成员国想要兑现其加强其自由的机制的承诺，他们的新政应该包含一样新的民主协议，这项协议应该包含未来解决争议的程序和标准。

在制定新协议书的条款时，威尼斯委员会的经验是一种宝贵的资源。从积极的一面来说，委员会的表现证实了，对现实世界中威胁基础原则的行为进行专业且纪律严明的调查是完全切实可行的。然而，消极的一面是，欧盟对委员会的调查结果没有做出充分回应。这些调查结果清楚地揭示了欧盟现行的制裁规则并不足以作为新北约议定书的可靠蓝本。若意欲保持对民主的可信承诺，北约就不能允许个别成员国或少数派拥有欧盟制裁制度所赋予的一票否决权。

现在不是考虑合理替代方案的时候。但我确实认为，在这个关键时刻，威尼斯委员会就这些关键设计问题上应该向北约提供援助——如此，我所描述的政治动态确实能促使他们认真努力去履行北约的民主使命，其领导层就不会措手不及了。

我目前所做的一切都是在为了将损害降至最低，我毫不怀疑在特朗普总统的任期里将会对自第二次世界大战以来跨大西洋社区里紧密连接的道德、经济和文化产生可怕的伤害。这确实是联盟开始以来的一个至暗时刻。

但是现在就放弃希望为时还早。可以肯定的是，重振民主的生活方式需要的远远不仅仅是一个新的北约。这需要数以百万的基层运动人士来向他们的同胞证明，民主从来就不是一条用来掩盖政治精英统治的公式，而是一条所有人通往社会正义的康庄大道。

但与此同时，对于现任领导人而言，通过为民主力量重新赢得主动权提供空间来塑造当前的政治态势仍然至关重要。如果他们无法使用政治家的才能来应对挑战，那对于我们的下一代人来说，修复目前已经开始显现的跨大西洋联盟之间糟糕的裂痕只会更难。

至少，以上这些是激发我今天所说的一切的想法。北约的新政很难让西方先从目前的困境当中走出来，但这是目前我所能给出的一切。

特朗普的最高法院法官必须将他 从总统候选人名单中排除*

布鲁斯·阿克曼著；曹天弈译**

* 原文参见: Bruce Ackerman, *Trump's Supreme Court Justices Must Kick Him Off the Ballot*, POLITICO, (Jan 25, 2024), <https://www.politico.com/news/magazine/2024/01/25/supreme-court-originalism-trump-ballot-eligibility-00137666>.

** 布鲁斯·阿克曼，耶鲁大学；曹天弈，布兰戴斯大学。

——如果他们想保持对原旨主义的恪守，这是他们唯一的选择。

在最高法院权衡是否取消唐纳德·特朗普（Donald Trump，以下简称“特朗普”）参加2024年大选的资格时，法官们很快就发现，不仅是特朗普，他们自身的宪法合法性也悬而未决。

科罗拉多州最高法院判决特朗普禁止参加大选，是基于对美国内战后重建时期围绕第十四修正案取消资格条款的辩论的广泛而深思熟虑的审查。科罗拉多州最高法院发现，特朗普对骄傲男孩^[1]的支持（这在1月6日的国会山骚乱中发挥了关键作用）代表一个在第十四修正案通过时就被理解为“暴动”（insurrection）的典型案件^[2]。此外，法学学者以及原旨主义法学家的也大力支持这种基于历史的评估方式。

简而言之，原旨主义是将特朗普剔除大选的基础。这一现实要求最高法院面对一个根本性难题，并对于尼尔·戈萨奇（Neil Gorsuch）、布雷特·卡瓦诺（Brett Kavanaugh）和艾米·科尼·巴雷特（Amy Coney Barrett）三位大法官是重大考验。以上几位特朗普任命的最高院大法官不仅在参议院确认听证会上自豪地宣称他们恪守“原旨主义”（originalism），他们的宣称也成为推翻罗伊诉韦德案^[3]（Roe v. Wade）和在多布斯案^[4]（Dobbs）中宪法赋予的堕胎权的基础。毕竟许多美国人会问，如果原旨主义足够有说服力去让新多数派剥夺女性对自己身体的控制权，为什么它不能够被用来剥夺特朗普掌控国家的权力呢？

特朗普及其支持者认为，他所任命的大法官们将以对这位前总统最有利的方式去进行投票。他们认为，为了民主，法院不应该剥夺选民去选择最有可能获胜的共和党总统候选人的机会。他们还告诫到，将特朗普从总统候选人中排除的决定可能会引发暴力的社会动荡。

然而，如果三位特朗普任命的大法官秉持原旨主义原则并且支持取消特朗普参加大选的资格，这些法官将巩固美国的民主，并在支持陷入困境的最高法院的同时，可能有助于缓解国家内严重的分歧。

首席大法官约翰·罗伯茨（John Roberts）可以在此处担任重要角色。在担任首席大法官期间，罗伯茨持续致力于维护最高法院去发挥一个可以进行深思的宪法辩论和符合原则的裁决场所的作用。

罗伯茨也完全了解，多布斯案的裁决对最高法院的传统理解造成了沉重打击。然而如果尼尔·戈萨奇、布雷特·卡瓦诺和艾米·科尼·巴雷特在凯坦吉·布朗·杰克逊（Ketanji Brown Jackson）、艾蕾娜·卡根（Elena Kagan）和索尼娅·索托马约尔（Sonia Sotomayor）大法官

^[1] 成立于2016年的右翼极端组织，参与了2021年1月美国国会山骚乱。

^[2] 第十四条修正案第三款 无论何人，凡先前曾以国会议员、或合众国官员、或任何州议会议员、或任何州行政或司法官员的身份宣誓维护合众国宪法，以后又对合众国作乱或反叛，或给予合众国敌人帮助或鼓励，都不得担任国会参议员或众议员、或总统和副总统选举人，或担任合众国或任何州属下的任何文职或军职官员。但国会得以两院各三分之二的票数取消此种限制。

^[3] 1973年一起美国最高法院案件，确认了妇女在怀孕早期有选择堕胎的宪法权利。

^[4] 全称 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization，是2022年美国一起最高法院案件，推翻了罗诉韦德案，取消了联邦宪法对堕胎权的保护，将堕胎合法性的问题交由各州决定。

的激烈反对意见中加入塞缪尔·阿利托(Samuel Alito)和克拉伦斯·托马斯(Clarence Thomas)大法官去推翻科罗拉多州的判决,大众对法院的疏离感将进一步升级。相反,如果罗伯茨能说服任何一位特朗普任命的法官去坚守其宣称的原旨主义原则,并加入他和自由派,法院将有可能颁布一份确认特朗普确实在2021年1月6日参与了“暴动”的两党合作意见书。

通过认可科罗拉多州的判决,特朗普任命的法官们明确表示,他们不仅仅是这位把他们推上参议院的总统的橡皮图章,尽管公众对法院普遍持怀疑态度,他们仍在努力与其他法官合作,基于基本原则来裁定棘手的案件。

当然,特朗普本人会愤怒的回应此事。他在提交给最高法院的文件中警告道,取消他竞选资格的结果将会危害并“引发混乱和骚动”。然而他最终的回应可能会因他在未来几个月将面临的刑事审判而消退。检察官和法官不会对煽动性地号召骄傲男孩等盟友进行暴力抗议的行为作出和蔼的回应。尽管如此,只要特朗普保持相对冷静,他仍有许多机会向更广泛的公众发声,他的言论还是将对总统竞选产生重大影响。

如果最高法院禁止他参选,特朗普将有两种选择。一方面,他可以号召他的支持者去抵制投票,因为他们不再能为他们的英雄投票。另一方面, he 可以与某一个共和党候选人达成协议并且支持他们的选举,作为使美国再次伟大的第二最佳途径。

无论哪种情况,特朗普的立场都会产生与预期相反的结果。尽管他的忠实信徒会听从抵制投票的呼吁,但这会极大地增加在初选中票数向温和共和党人分流一并且帮助一位主流共和党候选人获得党内提名。相比之下,如果特朗普指定一个代理候选人,尽管他的候选人可能会获得党内提名,但如果坚持让美国再次伟大的路线,在大选中将会难以获胜,因为共和党必须赢得摇摆州^[5]的中间派选民的支持才能取胜。

然而,最高法院支持取消资格条款将带来一个更为重大的影响:对乔·拜登(Joe Biden,以下简称“拜登”)的影响。尽管他尝试收回说过的话,但当拜登于上个月承认“如果特朗普不参选,我将不确定我是否参选”时,几乎没有人感到震惊。拜登总统也认识到,到他第二个任期结束时,他将年满86岁。尽管他仍坚信自己是民主党中击败特朗普的最佳选择,但是如果法院忠实于宪法,特朗普将不会参选,取而代之的将是一位更年轻的共和党候选人。这应该促使拜登重新考虑他的决定。最近的盖洛普民意测验显示拜登新年仅有39%的支持率,比现代任何美国总统在其第一个任期内的支持率都要低,而他的年龄是他在民意调查中数据不佳的最重要原因之一。如果特朗普不参加大选,拜登总统将面临巨大的压力去退出竞选,让位给年轻的民主党候选人去参加初选。

如国拜登这样做,2024年的大选的进程将截然不同。选民们将不再听到拜登和特朗普相互攻击的老调。民主党和共和党的候选人将展望未来,并且为国家在国内外面临的现实的问题提出截然不同的解决方案。

^[5] 美国大选中没有特定候选人或政党坐拥压倒性支持度的州,在选举中可能投给任何一位候选人,在决定选举结果上发挥重要作用。

为了确保这一切发生，最高法院应采取最后的一步以重设总统选举。法官们于 2024 年 2 月 8 日听参加罗拉多州的案件听证会，但目前有 15 个州将初选安排在 2024 年 3 月 5 日的超级星期二^[6]。截至月底，选民将选出超过一半的代表前往全国大会。然而，只有在领先的候选人已不再参选的情况下，他们会这么做。为了让两党新的竞争者有机会向选民陈述他们的主张，法官们应该发布一项禁令，将超级星期二推迟到 2024 年 5 月初，并为潜在候选人提供六周的时间来满足各州的选票要求。

共和党党内大会将在 2024 年 7 月中旬召开，民主党党内大会将在 2024 年 8 月举行。这意味着各州仍有两个月的时间在五月和六月举行初选，候选人将有充足的时间在此之前进行竞选。

因此，在投票时选民们将有更多更有意义的选择。此外一旦其他候选人正式获得提名，他们将有机会参加一系列关于关键问题的严肃辩论，而不是像特朗普的风格一样回避一对一的交锋。

简而言之，通过肯定科罗拉多州的判决，最高法院不仅将开始一场漫长而艰难的斗争以重建其自身崩塌的合法性，还将重新激发美国人民的民主活力，并可能使他们最终选择的总统获得公众和国会对严肃的社会以及政治改革项目的支持。当然，这些立法的举措将因民主党人或共和党人进入白宫而截然不同。但无论哪种情况，改革的大方向都将掌握在选民手中。这就是民主的准确意义。相反，如果总统在选举失败后使强行继续执政，民主就不可能正常运作。如果法院背弃宪法，允许特朗普参选，那么它并不会像许多评论家所建议的那样，通过“让选民决定”他的政治命运来促进民主事业。相反，法官们将推动美国走向拉丁美洲的方向。司法的消极时常以悲剧性的频率使选举失败的总统得以发动政变。

这一基于历史的经验表明，即使拜登在 2024 年大选中击败特朗普，最高法院未能维护宪法可能会导致一个恶性循环，在 21 世纪过程中导致美国民主的消亡。但如果法官们恪守原则，法院的名誉——以及美国的民主——将回归正轨。

^[6]美国大选年的二月或三月，多个州同时举办总统候选人初选的星期二。多个州将于该日决出两党的候选人，对后续选举有巨大影响。故被称为“超级星期二”。

未选择的路：特朗普豁免案的另一种可能^{*}

布鲁斯·阿克曼著；胡非凡译^{**}

^{*} 原文参见 Bruce Ackerman, *The Path Not Taken in Trump's Immunity Case*, PROJECT SYNDICATE, (Jul 2, 2024) <https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-supreme-court-immunity-case-barrett-had-right-approach-by-bruce-ackerman-2024-07>.

^{**} 布鲁斯·阿克曼，耶鲁大学；胡非凡，华东政法大学国际金融法律学院。

美国最高法院现已裁定，宪法赋予前总统唐纳德·特朗普（以下简称“特朗普”）试图推翻 2020 年 11 月选举行动的刑事起诉享有“推定豁免权”（presumptive immunity）。但实际上，正如一位保守派大法官所正确认识到的那样，做出如此极端的决定没有必要。

美国最高法院首席大法官约翰·罗伯茨（以下简称“罗伯茨”）和索尼娅·索托马约尔（以下简称“索托马约尔”）大法官刚刚发表了重要意见，试图解决前总统特朗普声称他在任内的行为享有绝对免责的根本宪法问题。根据罗伯茨所代表的多数意见，宪法赋予总统在其涉及“官方行为”时的推定豁免权。

如果司法部要继续对特朗普试图推翻 2020 年 11 月大选结果这一行为进行起诉，现在必须先克服这一推定豁免权，即使涉及特朗普在 2021 年 1 月 6 日冲击美国国会大厦的角色^[1]。为了达到这个目标，检察官必须遵循一个特殊程序，最终说服最高法院，他们的证据非常有说服力，以至于可能需要进行陪审团审判。

索托马约尔为三位反对派大法官撰写了反对意见，他指出首席大法官罗伯茨广泛授予豁免权的做法在宪法文本、历史或先例中均没有坚实的依据。索托马约尔长达万字的反对意见试图证明，无论如何，多数派对官方行为的豁免决定都是完全站不住脚的。

在我看来，索托马约尔是正确的，罗伯茨是错误的。事实上，我写了一整本书《建国之父们的失败》，探讨美国开国元勋在行政特权问题上的斗争，以及他们决心防止总统声称享有英国君主一样可以反复主张的免于起诉的豁免权。

但目前，更重要的是考虑大法官巴雷特对罗伯茨宪法解释时对总统职权的美化，以及索托马约尔对罗伯茨多数意见的毁灭性批评的反对意见。就巴雷特而言，利用特朗普案来构建一个试图解决总统豁免所引发的所有问题的单一法律公式是一个错误，因为 21 世纪行政部门的公共政策制定责任是非常不同的。

巴雷特坚持认为，更好的做法是专注于 1 月 6 日的具体事件，考虑这些事件是否涉及到异常严重的职权滥用，以至于有必要诉诸刑事诉讼以维护双方都认可的原则，即总统不享有传统君主的广泛豁免权。

在提出这一请求时，巴雷特呼吁她的同事坚持传统的司法克制路径，即法官们避免过早宣布更大原则，而是尽量依照具体案件裁定个案。在处理相对新颖问题时，法院的大多数自由派和保守派一再拥护这种解决问题的方法，因为在这些情况下，他们不能依赖几十年来处理类似困境的司法经验。

巴雷特有理由质疑为何罗伯茨和索托马约尔没有与她一道采取他们在许多其他情况下反复坚持的解决问题的方法。毕竟，特朗普案代表了一种自美国内战后重建时期以来未曾尝

^[1] 2021 年 1 月 6 日，特朗普的支持者冲击了美国国会大厦，这一事件被称为“国会大厦暴动”。当时，国会正在进行确认 2020 年总统大选结果的程序，最终确认乔·拜登当选总统。特朗普在当天早些时候举行了一场集会，他在讲话中重申了选举欺诈的指控，并鼓励支持者向国会进军，表达他们的愤怒。随后，部分支持者冲破警察的防线，闯入国会大厦，造成混乱，导致会议中断，并造成多人受伤和死亡。此次事件被广泛认为是对民主程序的严重挑战。

试过的总统权力游戏。

罗伯茨对采取这一传统路径的抵制尤其令人费解。他整个职业生涯都在致力于让美国人相信，最高法院可以对那些本会在国会和总统之间引发激烈对立反应的问题采取深思熟虑的解决方法。在他担任首席大法官的 19 年间，他多次说服四位同事跟随他的领导，避免将法院变成政治足球。

很明显，在特朗普豁免案中，这一道路再次开放。如果罗伯茨拒绝加入极端保守派，并支持巴雷特的意见，三名自由派法官将会签署意见，这将导致一个由五位大法官组成的跨党派多数，谴责特朗普在 2021 年 1 月 6 日的行为是对总统权力的公然滥用。然而，罗伯茨选择了另一条道路，这不仅如索托马约尔所言背叛了开国元勋的原则，也背叛了他自己毕生所坚持的原则。

更糟糕的是，最高法院的决定将剥夺国家处理可能在今年秋天出现的选举危机的重要资源。即使特朗普在 11 月的大选中落败，也没有任何阻止他再次号召支持者冲入国会大厦，袭击卡玛拉·哈里斯，而不是迈克·彭斯，以阻止副总统认证乔·拜登胜选的事情了。

毕竟，特朗普有什么可失去的？以罗伯茨为首的最高法院肯定会阻止他被起诉，更不用说允许由 12 名美国人组成的陪审团来决定他是否因对我们宪法民主的攻击而应被判监禁。

自动化的行政国家：合法性危机*

瑞安·卡洛、丹妮尔·济慈·西特龙著；侯博瀚、熊宇轩译**

摘要：行政国家的合法性是建立在我们对专业机构的信任上的。尽管它们不尽入宪法之眼，行政机构是治理复杂且不断变化的社会中的关键一环。它们被赋予了巨大的权力，因为它们能够专业且灵活地应对不断发展的状况。近几十年来，州和联邦机构已采用了一种新模式，即是“自动化（automation）”——行政部门越来越多地依赖软件和算法来履行其职责。然而，自动化的行政国家显然存在诸多问题。随着算法拒绝实现公民的权利和权益，诸多法律上的难题由之而来，引发了一系列复杂的考虑。迄今为止的学术研究主要以某一框架探讨了自动化的缺陷，探究我们如何确保自动化能够遵循现有的法律承诺，比如说正当程序。但是，这一讨论中缺乏的是对自动化机构合法性更广泛、更结构性的批评。自动化放弃了行政国家赖以成立的专业性和灵活性，而这正与它最初诞生的动机背道而驰。然而，解决这一问题的措施并不是阻止机构使用各项已在被应用的当代技术。本文旨在提出一个积极的行政国家愿景，即只有在自动化工具能够强化而不是削弱机构合法性的基础时，才采用这些工具。

关键词：行政国家 算法治理 机构合法性 自动化系统

* 原文参见 Ryan Calo & Danielle K. Citron, *The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy*, 70 EMORY L. J. 797 (2021).

** 瑞安·卡洛（Ryan Calo），华盛顿大学莱恩·鲍威尔（Lane Powell）和 D.韦恩·吉廷格（D. Wayne Gittinger）法学教授；丹妮尔·济慈·西特龙（Danielle Keats Citron），弗吉尼亚大学艾佛森（Efferson）学者基金会申克（Schenck）杰出法学教授、法律技术中心主任；侯博瀚，约翰霍普金斯大学语言及语音智能处理中心；熊宇轩，加州大学洛杉矶分校经济学系。

目录

引言	70
一、替换掉我们妥协的价值	74
二、证明行政国家正当性	78
A. （一）应对机构的怀疑主义：复杂世界中的治理	78
B. （二）对算法的司法顺从？	81
三、迫在眉睫的合法性危机	83
C. （一）诉讼的经验教训	83
D. （二）挖掘功能主义	93
四、走向行政国家的新视野	95
结论	101

引言

2016年，阿肯色州卫生与公共服务部门（DHS）决定发起一项改革。^[1]与其派遣护士前往残疾居民家中评估护理需求，该部门决定聘请一家软件公司开发一套算法以自动化评估结果，^[2]希望借此节省些费用。^[3]然而，该部门被请去了联邦法院。^[4]

阿肯色州的新系统被证明是残酷且不讲逻辑的。这卡夫卡式的系统减少了一位残疾人的家庭护理，因为似乎他没有“足部问题”。^[5]由于自动化系统的失灵，曾有严重残疾的低保户被独自留在家中，连续几个小时无法获取食物、药品和上厕所。^[6]近半数的医疗补助接受者受到了负面影响。^[7]他们从基于软件的评估结果中获得救济几乎不可能。^[8]

在一个令人瞠目结舌的事件曝光后，联邦法院禁止了该州政府机构使用自动系统。机构官员承认他们不了解该系统的决策是基于何种逻辑而实现的。^[9]算法的作者和软件供应商同样无法或不愿提供解释。^[10]在公开法庭上的交叉质询中，机构及其合作伙伴不仅承认未能发现原告揭露的错误，还承认在许多情况下他们缺乏必要的专业知识来发现这些错误。^[11]

行政机构在宪法上是一个矛盾的存在。普遍认为，由于世界复杂而需要超出立法机构能力的专门知识和自由裁量权，因此行政机构被允许存在。^[12]然而，越来越多的机构官员在公开法庭上承认，他们既不具备专门知识也不具备这样的自由裁量权。行政机构因其独特的能力和知识而被赋予治理的权力（尽管有很多人反对），现在他们将这种权力移交给了机器。

自千禧年以来，资源不足的联邦和州行政机构由于种种原因，尤其是为了节省成本，^[13]纷纷求助于自动化。十多年前，自动化评估公共福利所带来的问题开始浮出水面。^[14]在公共

^[1] Colin Lecher, What Happens When an Algorithm Cuts Your Health Care, VERGE (Mar. 21, 2018, 9:00AM), <https://www.theverge.com/2018/3/21/17144260/healthcare-medicaid-algorithm-arkansas-cerebral-palsy>.

^[2] 同前引。

^[3] 同前引。

^[4] Ark. Dep't of Hum. Servs. v. Ledgerwood, 530 S.W.3d 336 (Ark. 2017).

^[5] Memorandum from Kevin De Liban, Attorney, Legal Aid of Ark., Legal Aid of Arkansas Algorithm Absurdities—RUGs as Implemented in Arkansas 2 (n.d.) (on file with authors).

^[6] Ledgerwood, 530 S.W.3d at 343.

^[7] 同前引，第 340 页。

^[8] Lecher, 参见前引[1]。

^[9] Telephone Interview with Kevin De Liban, Att'y, Legal Aid of Ark. (Apr. 26, 2019); see also Excerpted Transcript of Trial (Court's Rulings from the Bench) at 20, 31, Estate of Jacobs v. Gillespie, No. 16-cv-00119 (E.D. Ark. Oct. 27, 2016).

^[10] Excerpted Transcript of Trial (Testimony of Brant Fries) at 22, Estate of Jacobs, 2017 WL 2960793.

^[11] 同前引，第 49 页。

^[12] 参见下文第 II.A 部分。

^[13] Danielle Keats Citron, Technological Due Process, 85 WASH. U. L. REV. 1249, 1253, 1276–77 (2008). As of 2004, 52 of 125 federal agencies surveyed by the Government Accountability Office reported the use of data mining, defined “as the application of database technology and techniques—such as statistical analysis and modeling—to uncover hidden patterns and subtle relationships in data and to infer rules that allow for the prediction of future results.” U.S. Government Accountability Office OFF., GAO-04-548, Data Mining: Federal Efforts Cover a Wide Range of Uses 1 (2004). Data mining has its perils but differs from automation. We further distinguish the use of modeling for planning versus the automation of agency tasks in Part IV.

^[14] 参见下文注释[30]、[38]。

福利领域，程序员将错误的规则编写入评估系统中，更多是由于疏忽或不留意而非恶意或故意。^[15]系统在没有解释的情况下削减、拒绝或终止了个人的福利，违反了正当程序。^[16]

上诉自动化决定的难点在于，系统缺乏审计程序来暴露它的决策轨迹，使得无法追溯决定背后的原因。^[17]司法审查的价值同样有限，因为人们往往具有强烈的心理倾向信赖计算机的结论。^[18]这些问题影响了成千上万（往往是最脆弱的）人群，浪费了数亿美元，并产生了高昂的诉讼费用。^[19]机构花费数百万美元购买了自动化系统，^[20]而他们又花费了更多资金来修复这些系统制造的问题。^[21]

尽管存在这些担忧，行政机构仍然继续采用自动化系统——通常通过第三方供应商——即使这些系统连其创造者也无法解释。纽约官员仍在使用的阿肯色州官员同款的有明显缺陷的算法。^[22]爱达荷州的卫生福利机构委托开发了一款软件，用于分配残疾医疗补助接受者的家庭护理时间。^[23]该算法工具也在没有提供有意义的解释情况下，大幅削减了个人的家庭护理时间，并且被告到了法庭上。^[24]

这种模式不仅限于卫生管理。各州机构也部署算法和软件来评估德克萨斯州的公立学校教师，计算密歇根州居民的失业救济金，并预估华盛顿特区、威斯康星州及其他地区的刑事涉案人员的风险。^[25]

这种模式也不限于各州。公共服务部（DHS）长期部署了一种算法系统，即所谓的“禁飞名单”，以防止恐怖分子旅行。^[26]这个数据匹配程序由于使用了粗略的算法而无法区分相似的名字，^[27]因此误识别了许多人，包括政府官员、军事老兵和幼童。^[28]数千人因此被错误地列入禁飞名单。美国政府不会告知某人是否在该名单上，也不会为禁飞决定提供任何解释。^[29]

^[15] Citron, 参见前引[13], 第 1256 页。例如，科罗拉多福利管理系统（CBMS）一直在使用未经过公告和评论规则制定的超过 900 条规则进行决策。同前引。CBMS 终止了依据未获美国联邦或州法律授权的收入和资产限制规定的乳腺癌患者的医疗补助，要求资格审查员询问申请人是否为“乞丐”，尽管没有任何法律要求这样做，并且违反科罗拉多州法律拒绝了曾有药物犯罪前科的人的食品券申请。同前引，第 1268、1280 页。

^[16] 同前引，第 1279 页。

^[17] 同前引，第 1253、1276–77 页。

^[18] 同前引，第 1271–72、1298 页。

^[19] 同前引，注释 132。

^[20] Danielle Keats Citron, *Open Code Governance*, 2008 U. CHI. LEGAL F. 355, 381.

^[21] Citron, 参见前引[13], 第 1269 页。

^[22] Lecher, 参见前引[1]。

^[23] *K.W. v. Armstrong*, 180 F. Supp. 3d 703, 708 (D. Idaho 2016).

^[24] 同前引，第 706 页。

^[25] Lecher, 参见前引[1]; 参见 Deirdre K. Mulligan & Kenneth A. Bamberger, *Procurement as Policy: Administrative Process for Machine Learning*, 34 Berkeley Tech. L.J. 773, 776, 783–85, 792 (2019); Rashida Richardson, Jason M. Shultz & Vincent M. Southerland, *Litigating Algorithms 2019 US Report: New Challenges to Government Use of Algorithm Decision Systems* 11, 19 (2019), ainowinstitute.org/litigatingalgorithms-2019-us.pdf.

^[26] Barry Friedman, *Unwarranted: Policing Without Permission* 261–62 (2017).

^[27] Citron, 参见前引[13], 第 1274 页。

^[28] Friedman, 参见前引[26], 第 261–62 页; Citron, 参见前引[13], 第 1274 页。

^[29] Citron, 参见前引[13], 第 1275 页。

越来越多的联邦机构利用算法和自动化来履行其法定义务。美国国税局（IRS）、证券交易委员会（SEC）、美国邮政服务（USPS）和其他无数联邦机构都在以各种方式使用机器。^[30]最近报告显示，近一半的联邦机构正在使用或研究如何使用人工智能。^[31]就在去年，一项行政命令要求所有联邦机构探索人工智能潜在的效率提升。^[32]

这些机构正在听风声——一个典型例子是美国卫生与公共服务部在2019年1月发布的招标请求，希望与专人合作在机构内部部署人工智能，并将其描述为“将情报自动化和人工智能整合到政府所有操作阶段的下一个合乎逻辑的步骤”。^[33]

近年来，向自动化转变的趋势并非没有争议。学者们反复阻挠政府使用软件和算法来做出以前本由人类完成的决策。“人类计算机技术的迅速发展，”保罗·施瓦茨在30年前的相关语境中观察道，“并没有带来相应控制这些新机器能力的提升。”^[34]2008年，我们中的一位学者（Citron）提供了一个广泛的框架，用于评估和应对机构对技术的依赖。^[35]近年来，这一讨论已经扩展为一个跨学科的完整文献库。^[36]

然而，到目前为止，对自动化行政国家提出的质疑往往来自一个非常具体的框架：当机器接管以前由人执行的任务时，透明度、问责制和正当程序的保障就会消失。^[37]这一框架遵循了法律和技术领域一种倾向，即是关注于机器替代人类时会如何削弱某些人权或权益。一个例子讨论如何在计算机决策中保障正当程序。^[38]另一个例子关于无人驾驶汽车责任。^[39]

2017年的一篇文章《可问责的算法》很好地体现了这一思路。^[40]作者写道，“那些历史上由人类做出的重要决策现在是由计算机系统做出的”，并且“管理决策过程的问责机制

^[30] Cary Coglianese & David Lehr, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, 105 GEO. L.J. 1147, 1162–65 (2017). 见一般情况，David Freeman Engstrom, Daniel E. Ho, Catherine M. Sharkey & Mariano-Florentino Cuéllar, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies* (2020), <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf>（近期与全面的联邦算法使用回顾）。

^[31] Engstrom 等人，参见前引[30]，第16页。（“与普遍认为政府机构统一依赖于过时的系统和程序的看法相反，许多机构实际上已经尝试了[人工智能或机器学习]技术。近一半（64个政府机构，或45%）的调查机构明确表示对[人工智能或机器学习]的兴趣，通过规划、试点或实施此类技术。”）

^[32] *Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence*, Exec. Order No. 13,859, 3 C.F.R. § 3967 (2019).

^[33] Mulligan & Bamberger, 参见前引[25]，第779页（引用 U.S. Dep’t Health & Hum. Servs., *Solicitation/Contract/Order for Commercial Items: Solicitation Number 19-233-SOL-00098*, 第9页（2019年1月10日），<https://perma.cc/6DEC-L5WQ>）。

^[34] Paul Schwartz, *Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer*, 43 HASTINGS L.J. 1321, 1322 (1992).

^[35] Citron, 参见前引[13]，第1301–13页；Citron, 参见前引[20]，第371–81页。

^[36] 参见下文第I部分。

^[37] 一个重要的相关文献研究了自动化如何加剧不平等或固化偏见。例如，参见 Virginia Eubanks, *Automating Equality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor* 180–88 (2018); Deborah Hellman, *Sex, Causation, and Algorithms: Equal Protection in the Age of Machine Learning*, 98 Wash. U. L. Rev. (2020); Solon Barocas & Andrew D. Selbst, *Big Data’s Disparate Impact*, 104 CALIF. L. REV. 671, 673–74 (2016).

^[38] 见一般情况，Citron, 参见前引[13]。

^[39] 参见 Ryan Calo, *Commuting to Mars: A Response to Professors Abraham and Rabin*, 105 VA. L. REV. ONLINE 84, 84, 87 (2019).

^[40] Joshua A. Kroll, Joanna Huey, Solon Barocas, Edward W. Felton, Joel R. Reidenberg, David G. Robinson & Harlan Yu, *Accountable Algorithms*, 165 U. PA. L. REV. 633 (2017).

和法律标准并没有跟上技术的发展。”^[41]换句话说，许多重要的政府决策曾由人类做出，配有适合人类的问责机制。现在，由于这些决策是由机器做出的，法律或技术必须发生变化，以恢复过去安排下赋予个人的权利和价值。文章作者建议通过法律和技术手段恢复技术发展前原有的状态。^[42]最近，一些学者和活动家呼吁禁止或暂缓使用自动化，除非或直到解决这些问题。^[43]

学术界已经强调要恢复被技术取代的权利和价值有一段时间了。本文的目的则是说明一个不同的问题：机构自动化是否威胁到长期以来设立机构的合理性。

公认来说，立法机关赋予机构行政权力是因为它们必须这么做。宪法赋予国会制定法律的权力；^[44]世界变得如此复杂和动态，以至于国会必须将其权力委托给行政机构。^[45]著名的“功能主义”理论就是基于官僚机构的优势，特别是它们积累专业知识和灵活应对复杂问题的能力。^[46]法院认可这一非宪法的安排，并出于相似的理由对机构做出的决策给予尊重。^[47]

越来越多的证据表明，各机构正在转向那些他们没有专业知识的自动化系统，这些系统几乎完全排除了自由裁量权、个体化处理和解释权。^[48]自动化的行政国家甚至不再是宪法与现代化治理之间的妥协。^[49]自动化系统的盛行造就机构全面抛弃专业知识、自由裁量权和灵活性的趋势，终有一天会使行政国家的合法性受到巨大压力，尤其在那些因自动化而僭越行政问责制的情况下尤为明显。

本文的研究问题不是在机器取代人类的情况下，如何恢复到原来没有机器时的状态。我们反问：技术是否迫使我们从根本上重新审视，国会为何一开始就被允许将权力移交给各行政机构。

我们倡导的新方向是批判但建设性的。我们并不建议解散行政机构——后者已经在应对割裂的政治经济环境时转向了自动化。我们也不希望排除州或联邦政府机构使用技术的可

^[41] 同前引，第 636 页。

^[42] 同前引，第 682–92 页。

^[43] 见例如，Frank Pasquale, *A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation*, 87 GEO. WASH. L. REV. 1, 6, 44–54 (2019)（建议法律领域的自动化应限于补充而非替代律师技能的技术）；Nathan Sheard, *The Fight Against Government Face Surveillance: 2019 Year in Review*, Elec. Frontier Found. (Dec. 31, 2019), <https://www EFF.org/deeplinks/2019/12/year-fight-against-government-face-surveillance>（讨论地方和州对面部识别技术使用的禁令及当前关于 FBI 持续使用的担忧）；Jane Wester, *NY State Senate Bill Would Ban Police Use of Facial Recognition Technology*, N.Y. L.J. (Jan. 27, 2020, 2:36 PM), <https://www.law.com/newyorklawjournal/2020/01/27/ny-state-senate-bill-would-ban-police-use-of-facial-recognition-technology/>（描述了一项将禁止执法机构使用面部识别技术和某些其他类型生物特征监控的纽约州参议院法案，并“创建一个工作组以审查如何在未来监管生物特征技术”）。

^[44] U.S. CONST. art. 1, § 8。

^[45] 参见下文第 II.A 部分。

^[46] 参见 Edward H. Stiglitz, *Delegating for Trust*, 166 PA. L. REV. 633, 635 (2018)（“从司法意见或学术写作来看，关于行政国家的主导解释和正当理由是基于机构的专业知识及其广泛的规则制定和裁决能力。”）；参见下文第 II.A 部分。

^[47] 参见 *Commodity Futures Trading Comm’n v. Schor*, 478 U.S. 833, 845 (1986)；参见下文第 II.A 部分。

^[48] Citron, 参见前引[13]，第 1261–62、1277、1282 页。

^[49] 换句话说，为什么一个支持自动化的国会不直接与软件供应商签订合同以执行其立法意图？

能性。我们最终建议：机构应有意识地选择技术，前提是其新功能能够增强而不是削弱支撑行政国家的合理性。即便没有迫在眉睫的合法性危机，这种理念仍然适用。我们观察，不仅新科技不会使我们开上历史的倒车，还会帮助我们提高对政府的服务预期——我们收集了诸多文献和媒体中这样的例子。

我们的论证如下展开：第一部分梳理了迄今为止关于机构自动化的法律文献，指出学者们（包括我们）在描述问题时的某些局限。第二和第三部分提出了一种新型的批判，即继续按照机构合法性的原有逻辑可以得出，机构自动化不仅会破坏宪法和行政程序的保障，还会破坏设立行政制度的根本理由。^[50]这一论点依赖于最近的诉讼，这些诉讼在公开法庭上，至少在州一级，揭示了自动化的专业知识匮乏以及缺乏响应能力和灵活性的问题。

第四部分我们回溯支持自动化机构合理性的论点。特别地，我们强调，人工智能技术的进步加以深思熟虑的部署有潜力改进行政机构的决策和规划。机构越来越能够“建模”而不是“乱摸”应对问题，并可以利用技术帮助满足社会对公正性和响应速度日益增长的期望。

[51]

一、替换掉我们妥协的价值

随着技术侵入人类最重要的机构，人们的不安感日益增长。过去十年的学术研究探讨了各种刑事、民事和行政司法领域自动化的影响。^[52]这些后果包括正当程序的侵蚀，种族、阶级和性别偏见的加剧，以及结构性保障的缺失。普遍认为，算法裁判具有“黑箱”，其既传播错误和偏见，又给人一种公正客观的假象。^[53]曾由官员和陪审团完成的任务现在由机器承担。^[54]而透明度和问责机制未能跟上这种变化。^[55]

这一探究具有某种历史循环性。1991年，Paul Schwartz 记录了行政国家越来越依赖使用计算机收集、存储和处理数据的现象。^[56]通过两个案例研究，Schwartz 论证了对计算机和

[50] 这一论点已被作者和他人提到，但尚未发展成为彻底的论述。见例如，Citron，参见前引[1]。

[51] 参见下文第 IV 部分（提及 Charles E. Lindblom, *The Science of 'Muddling Through'*, 19 PUB. ADMIN. REV. 79 (1959)）。

[52] 例如，见 Eubanks，参见前引[37]；Barocas & Selbst，参见前引[37]；Robert Brauneis & Ellen P. Goodman, *Algorithmic Transparency for the Smart City*, 20 *Here's the text capitalized like a title: Yale J.L. & Tech.* 103, 115–18 (2018)；Citron，参见第 13 条注释；Citron，参见前引[20]，第 357–58 页；Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, 89 *Here's the text capitalized like a title: Wash. L. Rev.* 1, 7 (2014)；Sonia Katyal, *Private Accountability in the Age of Artificial Intelligence*, 66 *Here's the text capitalized like a title: UCLA L. Rev.* 54, 56 (2019)；Kroll 等人，参见前引[40]，第 637–38 页；Andrea Roth, *Machine Testimony*, 126 *Here's the text capitalized like a title: Yale L.J.* 1972, 1977–78 (2017)；Schwartz，参见前引[34]，第 1322 页；Sonja B. Starr, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, 66 *Stan. L. Rev.* 803, 804–05 (2014)。

[53] 见例如，Frank Pasquale, *Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information* 107 (2015)。

[54] Kroll 等人，参见前引[40]，第 636、703 页。

[55] 同前引，第 636–38 页。

[56] Schwartz，参见前引[34]，第 1324–25 页。

数据的新型依赖威胁到了“官僚正义”的实施。^[57]特别是，机器“诱人的精确”的结论作为客观标准，减少了对人类主观判断的感知需求。^[58]计算机在政府中的部署通过剥夺参与者理解所经历过程的能力，使他们失去了尊严并绕过了问责。^[59]

早在二十年前，Laurence Tribe 就以“数学审判”著名地否定了贝叶斯方法在证据中的使用。^[60]Tribe 将中世纪的占术实践与 1970 年代美国对统计学的崇拜联系起来，探讨了将概率证据引入法庭以确立事实的各种问题。^[61]Tribe 将数学视为原始的黑箱，审判方无法深入审查。^[62]他指出了数学公式如何诱使不熟悉的陪审员或法官对客观性产生错误认知。^[63]Tribe 哀叹道，数学方法使得审判过程本身变得非人性了。^[64]

这些问题在今天仍然相关，或应该值得我们的思考。^[65]Schwartz 关于家庭援助和儿童福利执行的案例研究几乎完全与 2017 年畅销书《自动化不平等》（Automating Inequality）的案例相吻合。^[66]引发数学审判辩论的核心问题——在“人民诉柯林斯案”中检察官使用统计数据将一个跨种族夫妇与犯罪联系起来^[67]——与现今 ProPublica 报道的一篇关于算法风险评估中种族偏见的著名丑闻有相似之处。^[68]不论其前因后果，技术变化与司法执行互相作用的难题再次变得及时和重要。

我们在此的具体关注点是行政国家转向自动化。迄今为止，这一讨论倾向于强调正当程序^[69]——即国家在剥夺个人生命、自由或财产之前应提供的程序——以及对规则制定和公开透明的挑战。^[70]

Schwartz 在 1991 年集中讨论了以计算机和数据驱动的决策如何破坏隐私、正义和自主等价值。^[71]几年后，我们中的一位学者（Citron）突出了自动化国家与程序保障之间的不匹配，并提出一种新的“技术性正当程序”形式，以恢复系统的问责和透明度。^[72]这项工作指出，例如，常用于审查正当程序性的马修测试不适用于自动化系统，因为它假设干预单个个

[57] 见一般情况，同前引（引用 Jerry L. Mashaw, *Bureaucratic Justice* (1983)）。

[58] 同前引，第 1335、1341–43 页。

[59] 同前引，第 1348–49、1372、1376、1378–79 页。

[60] Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV. L. REV. 1329 (1971)。

[61] 同前引，第 1329 页。

[62] 同前引，第 1393 页。

[63] 同前引，第 1331–32 页。

[64] 同前引，第 1375 页。

[65] 把“数学”替换为“算法”，和“Trial by Algorithm（算法审判）”很容易出现在未来的《哈佛法律评论》的一卷中。您可以使用这一未来的爆款文章标题。

[66] Eubanks, 参见第 37 条注释，第 180–88 页。

[67] *People v. Collins*, 438 P.2d 33, 39–40 (Cal. 1968)。

[68] Julia Angwin & Jeff Larson, *Bias in Criminal Risk Scores Is Mathematically Inevitable, Researchers Say*, ProPublica (Dec. 30, 2016, 4:44 PM), <https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say>。

[69] Citron, 参见前引[13]，第 1281 页。

[70] Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, *Network Accountability for the Domestic Intelligence Apparatus*, 62 *Hastings L.J.* 1441, 1464–65 (2011)。

[71] Schwartz, 参见前引[34]，第 1386 页。

[72] Citron, 参见前引[13]，第 1313 页；Citron, 参见第 20 条注释，第 355–57 页。

例的成本较低但大规模时成本较高。^[73]事实上，对机构软件的审查往往在软件前端代价高昂，但后端审查则会大大拔高带来的总体好处。这种审查至关重要，因为编程错误构成了一种超越法律规定的制定权力的行为，没有依法告知公众。^[74]

2014 年，Kate Crawford 和 Jason Schultz 探讨了“程序性数据正当程序”的前景，以减轻数据驱动分析“逃避或边缘化传统隐私保护和框架”^[75]的倾向。Crawford 和 Schultz 从历史、学术研究和先例中汲取灵感，确定了公平听证的要素，试图将这些承诺转化为一个由数据分析驱动的世界。^[76]Crawford 和 Schultz 的更近期研究侧重于第三方算法供应商的问责问题，建议将算法和人工智能视为国家行为，由此可以被发起宪法挑战。^[77]

Joshua Kroll 和一组跨学科合著作者指出决策系统（例如美国国税局用于选择审计对象的算法过程或移民局用于分配签证的算法过程）与旨在治理它们的问责机制之间的脱节。^[78]他们探讨了“当局如何展示自动化决策符合法律公正的关键标准”的技术。他们提出了“程序规则性”，^[79]这部分依赖于“第十四修正案的正当程序原则”，作为重新设计机构自动化系统的指导原则。^[80]

Deirdre Mulligan 和 Kenneth Bamberger 最近的研究系统地思考了“采购即政策”，即机构通过采购难以审查的机器学习系统来隐藏政策变化。^[81]根据作者的说法，“这些系统经常取代了以前由负责制定自由裁量权的决策者或以前依赖其判断力的政府前台员工所持有的自由裁量权。”^[82]Mulligan 和 Bamberger 提出了多种方法，重新引入被机器取代的人类专业知识、自由裁量权和政治问责。^[83]

这些明智的干预措施，以及众多其他措施，都是基于一个假设，即用技术替代人类会减少透明度、问责或其他法律强制的价值。^[84]毕竟，宪法和法律是在假设由人类，而非机器，做出决策并执行大部分重要任务的前提下写就的。比如，设想一位顶级总统候选人是一台在 2050 年制造的自我意识机器。由人类撰写并关于人类的宪法是否会要求这位机器候选人等

^[73] Citron, 参见前引[13], 第 1284-86 页。

^[74] 同前引, 第 1279 页。

^[75] Kate Crawford & Jason Shultz, Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms, 55 B.C. L. Rev. 93, 93, 109 (2014)。

^[76] 同前引, 第 111-21 页。

^[77] Kate Crawford & Jason Schultz, AI Systems as State Actors, 119 COLUM. L. REV. 1941, 1971-72 (2019)。

^[78] Kroll 等人, 参见前引[40], 第 633 页。

^[79] 同前引, 第 637 页。

^[80] 同前引, 第 656-57 页。作者们还探讨了保障具有反歧视“实质性政策选择”忠诚度的技术手段。同前引, 第 678 页。

^[81] Mulligan & Bamberger, 参见第 25 条注释, 第 789、822 页。但见 Engstrom 等人, 参见前引[30], 第 15 页（发现“与许多文献集中于通过私人合同采购算法的说法相反，超过一半的应用（84 个用例，占 53%）是内部开发的”）。

^[82] 同前引, 第 778 页。

^[83] 同前引, 第 822-33 页。

^[84] 同前引, 第 788 页。

到 2085 年，达到法定的三十五岁年龄之后，才能成为总统？^[85]

替代方法在某种意义上代表了网络法先驱 Lawrence Lessig 思想的遗产。1990 年代商业互联网的崛起，似乎与现有社会结构相分离，早期理论家预测这将终结专制主义。^[86]Lessig 公开拒绝了这一假设，反而预测随着政府和企业逐渐理解新的权力杠杆，技术驱动集体调节会将引领政府和企业迈入一个精密控制的年代。^[87]

在阐述他的主张时，Lessig 提出了至少两个至今仍影响法律和科技分析的观点。首先，Lessig 假设法律只是强大机构用来引导行为的四种“调节模式”之一——市场、规范和架构也都是施加控制的手段。^[88]即使一个虚拟或地理分散的社群无法被法律和法院命令直接触及，该社区仍然受其底层架构中软件、硬件和网络的支配。^[89]其次，Lessig 将法律和网络空间的互动视为某种“潜在模糊性”的结果，即当技术改变人类习惯和能力时才显现出来的法律难题。^[90]虽然说“代码即法律”已成为 Lessig 的座右铭，但新技术揭示法律潜在模糊性的概念影响了整整一代技术法律学者。^[91]

Lessig 的方法是革命性的，也是直观的，尤其对于已经谙熟类比推理和善解难题的律师们。因此，我们不应该感到惊讶，这种方法在多年来的法学院中屡见不鲜。^[92]更不必说在对算法和人工智能的法律分析中也反映了这一点。

这些尖端科技令人着迷，正是因为它们能够替代人类。法律假设人类将驾驶汽车。而现在机器人可以。学者们，包括我们自己，探讨如何重新构建法律、市场、规范或技术，以应对科技使事物开始像人类行为时所揭示的种种潜在模糊之处。通常有新实践挑战现有的法律假设，然后通过代码或法律的解决方案恢复原状。虽然有显然的例外，但许多法律和技术研究遵循这一基本模式。

我们旨在质疑这种长期存在的研究方法。这种“机器替代人，但大体框架不变”的范式有两个问题。其一，在关注新技术所取代掉的具体保障的同时，该方法不可避免地错过了重新审视第一性原则的机会。算法决策的批评者大多假设可以通过对法律和技术设计的具体

^[85] 参见 U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 5 (“除非是自然出生的美国公民，或在批准宪法时是美国公民的人，否则任何人不得有资格担任总统；任何未满三十五岁，并未在美国连续居住十四年的人，也不得有资格担任总统。”)。该例子改编自 Ryan Calo, *Much Ado About Robots*, *Cato Unbound* (Apr. 11, 2018), <https://www.cato-unbound.org/2018/04/11/ryan-calo/much-ado-about-robots>。

^[86] Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* 4 (1999)。

^[87] 参见前引^[86]，第 6、8 页。

^[88] 同前引；参见 Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661 (1998)（首次阐明了四种调控模式：法律、规范、市场和架构）。

^[89] Lessig, 参见第 88 条注释，第 676 页。

^[90] 参见第 86 条注释，第 22 页；参见 James H. Moor, *What Is Computer Ethics?*, 16 METAPHILOSOPHY 266, 269 (1985)（讨论技术如何创造“政策真空”）。

^[91] 参见前引^[86]，第 22 页。

^[92] 参见，例如，Orin S. Kerr, *The Problem of Perspective in Internet Law*, 91 Geo. L.J. 357, 358 (2003)（基于 Lawrence Lessig 的研究讨论网络空间中的第四修正案问题）。

更改来恢复新技术出现前的原状，而不是提出更深远的合法性问题。^[93]

其二，该范式还未能考虑社会和法律的现状是否足够应对新技术能力。关于无人驾驶汽车责任的分析大多假设人们仍将拥有个人车辆但不会驾驶它们。^[94]然而支持无人驾驶汽车的技术可能引发关于流动性和交通的全面重新审视。^[95]也许人工智能的崛起意味着各机构应该遵循更高的标准，并被要求追求更大或不同的价值。

二、证明行政国家正当性

正如前一部分所述，对机构自动化的挑战往往批评政府用机器决策者取代人类官员，从而取代程序权利和价值。应对的建议通常是更改法律或设计，目的是通过恢复受影响者理解、塑造和挑战其所受规则和决策。

随之，我们将阐述一个论点，即是除了恢复失效或削弱的保障措施的宝贵工作外，批评者还应深入探讨论证自动化行政国家的正当性，以评估整个合法性的理论结构是否会瓦解。这是一个关键却缺少讨论的部分，而我们旨在修正这一点。

（一）应对机构的怀疑主义：复杂世界中的治理

美国行政机构自其成立以来几乎一直面临怀疑。^[96]这种怀疑的原因是多样且不断演变的。对机构的指控范围广泛，从过度热心到官僚低效再到机构被操纵和政治化。^[97]

但对行政国家的最深刻批评早期就出现并从未消失——即行政机构凭其本质通过行使甚至混合专属于不同分支的权力，违反了宪法的文字和精神。^[98]

这一批判有不同但相关的多条考虑。首先，由于宪法将“所有的立法权力”授予国会，立法机关不能自由地将其权力授权给独立机构——这一原则被称为非授权原则（*nondelegation*）。^[99]其次，通过赋予机构制定、执行和解释规则的权力，国会违反了隐含于

^[93] Cf. Anna Lauren Hoffmann, *Where Fairness Fails: Data, Algorithms, and the Limits of Antidiscrimination Discourse*, 22 J. Info., Comm'n. & Soc'y. 900, 901 (2019) (在反歧视背景下，提出对算法偏见的探索“往往承认但置于分析范围之外，重要的结构性和社会性问题”相关于数据公正的实现)。

^[94] 例如，Kenneth S. Abraham & Robert L. Rabin, *Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: A New Legal Regime for a New Era*, 105 VA. L. REV. 127, 169 (2019) (讨论用机器替代人类驾驶时引发的侵权法漏洞)。

^[95] 见 Calo, 参见第 39 条注释，第 87 页 (批判教授们假设自主运输将继续涉及个人车辆所有权)。

^[96] 参见 Mark Seidenfeld, *A Civil Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARV. L. REV. 1511, 1513 (1992). 请注意，以下讨论中我们描述的是联邦机构和行政法。州机构受类似但略有不同的约束。参见 Arthur Earl Bonfield, *The Federal APA and State Administrative Law*, 72 VA. L. REV. 297, 297 (1986) (“当各州制定其行政法时，他们采用了 1946 年联邦行政程序法所包含的许多概念。”)。同时，本文中的大多数例子都是州机构的例子，现有诉讼集中于这些机构并生成了记录。因此，我们的论点至少作出以下两种推测假设之一：(1) 州机构的正当性与联邦机构的正当性相类似，或 (2) 联邦层面的自动化趋势体现了州层面类似的动态。

^[97] 例如，David Schoenbrod, *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation* 14–18 (1993); Philip Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?* 7–8 (2014).

^[98] Adrian Vermeule, *The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge*, in *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution* 259, 261 (Mark Tushnet, Mark A. Graber & Sanford Levinson eds., 2015).

^[99] *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 371 (1989).

三权分立结构中的分权原则。^[100]像神话中的命运三女神那样，每个政府分支拥有与另一个分支不同的权力——制定、执行和解释法律的权力。^[101]行政机构本质上将这些权力融合在一起。

另外，机构使得国会能从政治后果和责任中抽身，更加剧了上述的担忧。^[102]与其在公开的政治过程中直面对艰难的政策选择，机构的存在使国会得以将困难决策转交给官僚，其中许多人是职业官吏，受选民变幻莫测的愤怒较少影响。^[103]如果机构的行动获得公众认可，那么国会和总统可以声称功劳。如果机构的行动或无为受到公众谴责，国会可以与机构的决定分离，甚至召集该不当行为的官员进行斥责。将机构开放给公众也成为引开特殊利益组织的避雷针，使其怨言和要求不太可能困扰国会。

自 1935 年，最高法院根据 1933 年的《国家工业复兴法》推翻了两项向 Franklin Delano Roosevelt 政府广泛授权的案件以来，几乎没有非授权挑战在诉讼上取得重大进展。^[104]宪法今天似乎对国会的唯一要求是，其在机构的设立法中制定一项“明确原则”指导机构行动。^[105]这项原则可以非常广泛：《联邦贸易委员会法》授予联邦贸易委员会（FTC）监督“不公平或欺骗性行为”的权力。^[106]国会只需提供机构足够的意图和期望，机构官员即可启动并运行。就当前目的而言，比起支撑起今天这个庞大且影响广泛的行政国家的理由动机，“明确原则”测试的具体框架显得不那么有趣。

过去和现在，机构的支持者强力反击怀疑者的意见。^[107]有人指出，尽管宪法并没有支持（许多）机构的设立，但也没有明确禁止它们。^[108]几乎所有支持者都基于一组类似的积极理由来支持行政国家，最终得到最高法院的支持。这些理由中最主要的是管理现代世界超出了国会单独的机构能力。^[109]机构是异常的，但必要的，因为世界比起制宪者想象的更加

^[100] Gillian E. Metzger, *Delegation, Accommodation, and the Permeability of Constitutional and Ordinary Law*, in *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, 参见前引[98], 第 422 页。

^[101] The Fates or “Moirae” are physical manifestations of the concept of destiny that appear in Hesiod, *Theogony* and elsewhere as part of Greco-Roman lore.

^[102] Schoenbrod, 参见前引[97], 第 17 页。For a well-known counterpoint, see Jerry Mashaw, *Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions*, 1 J. L., Econ. & Org. 81, 87 (1984)。

^[103] Schoenbrod, 参见前引[97], 第 9 页。

^[104] 参见 *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 432 (1935); *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 539 (1935)。最高法院判例法还禁止国会使用行政结构来保留宪法未授予的权力（例如，任命），限制另一个分支的宪法指定权力（例如，去除），或绕过宪法规定（例如，两院制和呈现）。参见 *Immigration & Naturalization Servs. v. Chadha*, 462 U.S. 919, 957, 959 (1983)。

^[105] *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 372 (1989)（引用 *J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 406 (1928)）。最高法院构成的变化，特别是著名的授权怀疑论者布雷特·卡瓦诺法官任命，可能最终让法院重新审视这一学说。如果这种情况发生，返回国会专业化将变得更加重要；即使那些较轻率的联邦立法者也需要投入时间和精力在立法项目上，与职业员工共同探讨立法政策的细节。参见 Jonathan Rauch, *The War on Professionalism*, Nat'l Affs., vol. 46 (2021), <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/the-war-on-professionalism>。

^[106] Federal Trade Commission Act of 1914, 15 U.S.C. § 45(a)(1)。

^[107] 参见 Mashaw, 参见前引[102]; Kenneth Culp Davis, *A New Approach to Delegation*, 36 U. Chi. L. Rev. 713, 715 (1969)。

^[108] Davis, 参见前引[107], 第 719 页。

^[109] 同前引, 第 715 页。

复杂和动态。^[110]

随之而来的是一些相关的看法。例如，国会必须从另一个实体获取帮助，以履行其法定职责。传说中，保护布拉格的犹太人超出了犹太教先知 Ben Bezalel 的能力，他不得不造了一个傀儡。^[111]国会创造的实体必须能够积累足够的专业知识来管理复杂的行业、挑战或社会环境。而且，这个实体必须有足够的灵活性——的确，它有自由裁量权——以根据背景个性化其政策，并应对当代动态世界中的变化。^[112]

最高法院多次认可了这些原则。最著名的例子是在 *Mistretta v. United States* 案中，法院宣布：“我们的法学理论基于一个现实的理解，即在我们日益复杂的社会中，技术问题不断变化，国会只能通过在泛泛的总指令下授权才能完成其工作。”

功能主义立场具有清晰的直观性。国会由几百名代表及其工作人员组成。让立法机构不仅在铁路运输、疾病控制或核能方面变得专业，还要跟上这些领域的变化并处理例外情况或特殊情况，显然超出了任何单一机构的能力范围。相反，国会必须被允许创建一系列实体，每个实体能够掌握特定领域，并在该背景下做出知情选择。事实上，这一立场必须具有清晰的直观性，鉴于宪法明文授予“此处授予的所有立法权力”于国会。^[113]

行政国家的合理性出现于提供结构性保障措施这一历史背景下。1946 年，为了应对在罗斯福新政期间导致的机构活动激增，国会的改革者制定了《行政程序法》（APA）作为一种妥协。^[114]这一法律规定了联邦机构必须遵循的结构，并向法院提供如何审查机构行为的指示。^[115]许多机构活动在行政法下并不具有约束力。这些包括提供报告、召开会议和其他各种无直接影响公众的行为。但是，当机构对社会采取直接行动或需要承担行为的责任时，它们受到程序约束，其行为将受到司法审查。

《行政程序法》规定了两种主要的约束机构行为的手段：

- （1）规则制定，即机构制定有前瞻性的行政监管；
- （2）裁决，即机构将这些规则应用于特定受监管实体。^[116]

大多数规则制定和裁决在概念上是“非正式的”，因此主要由机构自行决定设置程序。^[117]但即便如此，国会和法院通常要求制定规则的机构征求利益相关方的意见并详细解释其

^[110] 参见 Metzger, 参见前引[100], 第 412 页。例如，第二届国会决定需要选择邮局的建造地点。Act of Feb. 20, 1792, ch. VII, § 1, 1 Stat. 232。

^[111] Richard Burton, *Prague: A Cultural and Literary History* 62–69 (2003). 傀儡很强大，但受犹太先知的意愿支配，先知能够在其任务完成后将其变回泥土。同前引。

^[112] *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 372 (1989).

^[113] U.S. CONST. art. 1, § 1.

^[114] 参见 *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 425 U.S. 519, 523–24 (1978) (描述 APA 的起源)。

^[115] *Administrative Procedure Act of 1946*, 5 U.S.C. §§ 551–59. APA 在六十多年间几乎没有改变，尽管它被修改以包含一项被称为《信息自由法》的透明度规定。参见其中第 552 条注释。

^[116] 参见第 553、554 条注释。

^[117] 参见第 553 条注释。

依据。^[118]同样，机构裁决必须满足正当程序的严格要求，并生成足够的记录，以便接受有意义的司法审查。^[119]

对行政行为的司法审查非常复杂。调查涉及普通法、宪法和法定解释的混合。^[120]从广义上讲，法院一般会顺从机构依据自己的组织法解读，除非国会意图非常明确、机构解释不合理或不适用司法顺从时才会推翻。^[121]法院对机构已正式颁布的组织法的解释给予更大的宽容，这些解释除非有明显有错误否则不会被干涉。^[122]

根据《行政程序法》（APA）这一部联邦行政国家 DNA 般的法律，法院司法顺从机构的事实调查以及决策理由，除非其没有得到实质证据支持或被明显是武断和随意的。^[123]在机构拥有专业知识但没有明确的执法权力的情况下，法院尽管有承诺对宪法相关的问题进行重新审视，仍必须根据机构解读的说服力给予其额外的权重。^[124]根据第五修正案，法院甚至对机构决定是否可以有额外程序都给予宽容：“在评估本案应提供什么程序时，必须给予国会指派负责社会福利项目的管理者所提出的程序以重大权重”^[125]

这些充满例外和细微差别的标准（以及法学学生的头痛），构成了行政法的入门学问。对这种司法顺从的主要辩护理由非常类似于整个行政国家的辩护理由：机构专业知识。^[126]法院假设机构在指定的政策领域是专家，而法院不是。^[127]这一论点由这样的概念加强，即法院应对机构司法顺从，因为它们被委托给它们专业知识，以履行国会的授权。^[128]国会根据宪法将权力转移给另一个技术性实体的正当理由再次在于机构特定的专业知识积累能力及其灵活和精确应对具体问题的能力。^[129]

（二）对算法的司法顺从？

许多学术研究质疑使用算法的机构行为的合法性。迄今为止，很少有工作质疑支撑自动化行政国家的正当理由的持续充分性。我们中的一位成员（Citron）所做的工作探讨了自动化对机构规则制定和公众参与的告知和选择要求的影响。^[130]《技术性正当程序》（Technological Due Process）一书开始将自动化系统概念化为“实质上的规定制定权的再授

^[118] 参见第 552 条注释（要求通知、评论和声明）；Citron，参见前引[13]，第 1288–89 页（讨论软件如何削弱非正式规则制定）。

^[119] Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402, 416, 420 (1971).

^[120] Noga Morag-Levine, Agency Statutory Interpretation and the Rule of Common Law, 2009 Mich. St. L. Rev. 51, 65–66.

^[121] Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 844–45 (1984).

^[122] Auer v. Robbins, 519 U.S. 452, 461 (1997). 最近，最高法院对 Auer 进行了限制，除非存在真正的模糊性，否则不应给予更大的司法顺从，并且仅在机构具有相关专业知识和行使适当判断时。参见 Kisor v. Wilkie, 139 S. Ct. 2400 (2019)。

^[123] 5 U.S.C. § 706(2)(A).

^[124] Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134, 139–40 (1944).

^[125] Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 349 (1976).

^[126] Stiglitz，参见前引[46]，第 635、645 页。

^[127] 同前引，第 647 页。

^[128] 同前引（引用 Chevron U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, 467 U.S. 837, 865 (1984)）。

^[129] Mistretta v. United States, 488 U.S. 361, 372 (1989).

^[130] 参见 Citron，前引[13]。

权”，并论证机构实际上将其国会权力再授权给计算机程序员。^[131]这篇论文表达了极大的关注，即通过自动化方式有效地重写书面法律所带来的不可避免的政策变化应当没有任何法院的司法顺从，但实际上将不大接受审查。^[132]

最近的一篇论文则捍卫了在特定背景下机构使用某些工具与《行政程序法》的一致性。Cary Coglianese 和 David Lehr 探讨了非人类决策工具需要如何使用才能符合非授权原则，并符合有关正当程序、反歧视和政府透明度的规则。^[133]作者基于以下表面理由否定了授权的担忧，即为机器学习系统设置“目标函数”^[134]或目的的必要性意味着总会有一种宪法意义上的“明确原则”，^[135]而算法没有私利，与向私人方授权有所不同。^[136]

我们试问：一个目标函数，以一种优化任何系统目的的视角来看，是否与针对机构官员的明确原则有任何相似之处。然而，Coglianese 和 Lehr 的分析最有趣之处在于其忽略的内容。作者根据一个旨在确定对人授权是否合宪的原则分析机器学习。^[137]看起来他们并没有质疑以抛弃专业知识和自由裁量权的方式将权力重新授予机器是否会削弱授权的根本理由。换句话说，Coglianese 和 Lehr 似乎将测试本身与其背后的理由混为一谈。

Mulligan 和 Bamberger 得出不同于 Coglianese 和 Lehr 的结论。他们最近的论文关注政府采用新技术——尤其是机器学习这一人工智能技术——的方式如何破坏行政治理的关键民主要素。^[138]引用本文作者中的一员（Citron），他们指出，政策制定需要告知和征求意见，而软件系统的采购似乎避开了这一过程。^[139]作者特别强调“决策必须不具有武断或随意性”的基本原则^[140]——这一《行政程序法》中提到过的标准作为依据。^[141]美国政府日益采购的自动化系统所产生的裁判结果却没有任何人类可以解释。

到目前为止，这几篇论文似乎构成了关于从第一性原则讨论自动化国家合法性的整个对话。^[142]规范层面上，每一篇都着力于是否符合某一教条或法律要求。

我们认为，关于自动化引发的基本合法性问题需要更多的讨论。我们并不期望或希望在这个问题上发表最终意见。恰恰相反：我们的目的是汇集足够的论据和证据，引发关于自动化行政国家是否面临合法性危机的讨论。我们认为有理由相信它是有的。

^[131] 同前引，第 1294、1296 页。

^[132] 同前引，第 1299–1300 页。

^[133] Coglianese & Lehr，参见前引[30]，第 1154 页。

^[134] 同前引，第 1180 页。

^[135] 同前引，第 1179 页。

^[136] 同前引，第 1180 页。

^[137] 同前引，第 1154 页。

^[138] 参见 Mulligan & Bamberger，参见前引[25]，第 780–82 页。

^[139] 同前引，第 814、816 页。

^[140] 同前引，第 804 页。

^[141] 5 U.S.C. § 706.

^[142] 加利福尼亚最高法院法官 Mariano-Florentino Cuéllar 讨论了将机构决策授权给机器所涉及的权衡。参见 Mariano-Florentino Cuéllar, *Cyberdelegation and the Administrative State* (Stanford Pub. L., Working Paper No. 2754385, 2016). 他提出了授权问题，但没有进一步质询行政国家的理论基础或正当性。参见第 2–3 页。

三、迫在眉睫的合法性危机

一个多世纪以来，行政国家一直以一种特殊的方式被证明是合理的。自动化正在侵蚀机构合法性的论点是概念性的和实证性的。概念的部分很简单。如果行政国家代表了一种宪法上的反常现象，学者和法院根据官僚机构的独特可供性——即专业知识的积累、个性化和快速反应的潜力以及自由裁量权的行使——来证明这一点，那么这些品质的缺失就会破坏这种合理性。在纪律行政权力的结构性保障正被同样的机制侵蚀的情况下，尤其如此。接下来我们将详细阐述这一论点。

实证问题则不同。事实上，问题是，各机构是否以及在多大程度上抛弃了专业知识和自由裁量权。从历史上看，这不是一个容易回答的问题。考虑到商业秘密的保护，^[143]“采购政策”的细微差别，^[144]以及行政法的变幻莫测，这一问题仍然很困难。^[145]然而，近年来，这项重要的空白已经被填补。在不同的行政环境中，全国各地的诉讼展示了一个共同的模式：机构不理解也无法控制它们授权的机器。

（一）诉讼的经验教训

由于全国各地律师的勇气和勤奋，我们今天比过去更能理解代理（机构）自动化的病态性及其对机构专业知识和灵活性假设的背叛。自《技术正当程序》（Technological Due Process）出版以来的十年里，尽管自动化问题日益严重，但政府还是加倍努力。^[146]然而，为了受影响的个人的利益，以及对机构行动中专业知识、灵活性和敏锐性侵蚀的学术评估，该州对自动化的接受并没有受到质疑。

可是自动化并不像管理者希望的那样也不像供应商声称的那样，明显提高政府的效率和公平性。自动化并没有消除偏见，而是用系统偏见的保证取代了人类偏见的可能性。^[147]以前的失败并没有为现在的努力提供信息。相反，问题成倍增加、多样化和根深蒂固。政府不顾潜在隐患的明确警告，扩大了自动化的应用。尽管存在明显的缺陷，但各机构仍继续使用存在明显缺陷的基于规则的系统。^[148]更令人不安的是，尽管没有证据表明这项技术有效，但他们采取了更复杂、更多样的（自动化决策措施）——在没有概念验证的情况下继续推进，风险是很高的。^[149]

^[143] 参见 Rebecca Wexler, Life, Liberty, and Trade Secrets: Intellectual Property in the Criminal Justice System, 70 STAN. L. REV. 1343, 2018, 1377-95.

^[144] Mulligan & Bamberger, 参见前引[25], 第 779-80 页。

^[145] 主权豁免权使政府有权确定何时以及是否对机构提起诉讼。参见 Darby v. Cisneros, 509 U.S. 137, 152-53 (1993)。APA 放弃了一些非货币（即衡平法）救济的豁免权，但须符合广泛的要求，包括终局性、成熟性和用尽行政救济。参见同上。

^[146] Harry Surden, Values Embedded in Legal Artificial Intelligence (U. of Colo. L.Legal Stud., Working Paper, No. 17-17, 2017).

^[147] Lecher, 参见前引[1]。

^[148] 同前引。

^[149] Surden, 参见前引[146]。

自动化错误地分配了公共资源，^[150]否认了个性化的流程，并给个人带来了巨大的损失。^[151]自动化系统几乎不是一个有效率的引擎。在某种程度上，它们的可预测性体现在对政府的误导上。自动化系统损害了个性化的过程，在个人没有通知和被倾听的机会的情况下做出有关他的决定^[152]，并嵌入了缺乏被民主认可的规则^[153]。它们造成了颠覆人们生活的不稳定和不确定性，并掩盖了艰难的政策选择。如果政府机构想做出像减少某些类型受益人护理这样的政策选择，政府应该直言不讳，而不是把问题隐藏在自动化系统中。

在全国各地的法庭上，律师们在公共福利、就业、儿童福利、航空旅行和刑事量刑等不同领域对政府征税的弊病提出了质疑。诉讼迫使一些政府机构。诉讼迫使一些政府机构解决了明显的问题，但其他问题仍然存在。^[154]由于对制度的挑战造成了临时而非系统性的变化，我们才刚刚开始发现自动行政国家的病态。然后，诉讼也提供了一套有限的工具——它只能解决违反法律或宪法承诺的问题，这些规定已经载入法律。

这提起诉讼突显了我们从委托代理的初衷偏离了多远。它表明，自动化采用了不专业的工具，浪费了政府资源，剥夺了个人所有有意义的正当程序。正如这些诉讼所讨论的，自动化系统制造混乱，而不是提供更灵活和更灵敏的反应。

我们已经提到了阿肯色州公共服务部（Department of Human Services）采用的命运多舛的制度。在阿肯色州，与其他州一样，身体残疾的医疗补助领取者可以选择住在家里，接受国家资助的护理，而不是住在护理机构。^[155]在 2016 年之前，注册护士确定了医疗补助申领者可以获得的家庭护理服务。^[156]护士采访了领取者，并填写了一份 286 个问题的调查，以确定一个人每周的家庭护理时间，每周最多 56 小时。^[157]

2016 年，阿肯色州公共服务部用算法决策取代了护士评估。根据公共服务部（DHS）

^[150] Citron, 参见前引[13], 第 1269 页。

^[151] Lecher, 参见前引[1]。

^[152] 参见, 例如 Barry v. Lyon, 834 F.3d 706, 710 (6th Cir. 2016) (认定密歇根州公共福利系统根据粗糙的数据匹配算法错误地终止了 20,000 多人的食品援助福利, 违反了正当程序保障); Cahoo v. SAS Analytics Inc., 912 F.3d 887, 892 (6th Cir. 2019) (对参与制作错误软件的公司提起诉讼, 该软件错误地终止了数千名密歇根居民的失业救济金); Ryan Felton, Lawsuit Challenging Michigan Unemployment Fraud Cases Moves Forward, DETROIT METRO TIMES (Mar. 30, 2016, 6:16 PM), <https://www.metrotimes.com/news-hits/archives/2016/03/30/lawsuit-challenging-michigan-unemployment-fraud-cases-moves-forward> (描述一起联邦诉讼, 指控密歇根州综合数据自动化系统违反了平等保护和正当程序)。

^[153] 参见, 例如 Ark. Dep't of Hum. Servs. v. Ledgerwood, 530 S.W.3d 336, 344-45 (Ark. 2017) (发现阿肯色州人类服务部在颁布自动重新评估系统时, 很有可能没有根据《美国公共行政法案》(APA) 提供适当的通知)。

^[154] 同前引, 第 345 页。

^[155] ARChoices In Homecare Home and Community-Based Waiver, 016-06 ARK. CODE R. 075, §§ 211.000, 213.210 (LexisNexis 2020); 参见 Plaintiff's Memorandum of Law in Support of Motion for Temporary Restraining Order and Preliminary Injunction at 3, Ledgerwood v. Ark. Dep't Hum. Servs., No. 60-cv-17-442 (Cir. Ct. Pulaski Cnty. Jan. 31, 2017). 在阿肯色州, 家庭护理每年平均花费 18,000 美元, 而养老院每年则需要花费 50,000 美元。Marci Manley, Working 4 You: Explaining the Formula for Care Claimed to Cause Cuts to Needy, KARK NEWS 4 (Nov. 15, 2017, 11:36 PM), <https://www.kark.com/news/working-4-you-explaining-the-formula-for-care-claimed-to-cause-cuts-to-needy/>.

^[156] 016-06 Ark. Code R. 075, § 212.300(D)(6) (LexisNexis 2020); Alternatives for Adults with Physical Disabilities Waiver, 016-06 Ark. Code R. 18, § 212.200(E) (LexisNexis 2020). 参见 Manley, 参见前引[155]。

^[157] 参见 Plaintiff's Memorandum of Law in Support of Motion for Temporary Restraining Order and Preliminary Injunction at 15, Ledgerwood, No. 60-cv-17-442.

管理人员的说法，电脑会更便宜，也不会像护士那样徇私舞弊。^[158]公共服务部（DHS）求助于非营利联盟 InterRAI，该联盟将其“资源利用小组系统（Resource Utilization Group system）”（RUGs）授权给全国各地的机构。^[159]在公共服务部（DHS）的系统中，该算法（RUGs）通过一系列复杂的分类和统计计算，将身体残疾的医疗补助受助人分为几类（或几层）。^[160]公共服务部（DHS）雇佣的一家软件供应商随后将这些决策付诸实施。^[161]该供应商使用 RUGs 算法计算每周分配给个人的护理小时数。^[162]医疗补助受惠人一旦被分为一个护理小时数，即使他们的需求发生变化，也无法进行变更。^[163]

新系统一旦生效，就会产生武断和不合逻辑的结果。^[164]如果一个人是脚的截肢者，RUGs 算法却表明这个人“[脚]没有任何问题”，肢体的缺失意味着他们需要更多的帮助，而不是更少。^[165]它忽略了关于个人的关键事实，如他们的行走能力、跌倒频率和失禁史。^[166]它没有说明个人病情的严重性，尽管公共服务部（DHS）的规定要求考虑这些区别。^[167]例如，“算法为四肢瘫痪、痴呆和精神分裂症患者分配与刚刚四肢瘫痪的患者相同的护理，尽管痴呆和精神分裂可能意味着更多需要护理时间。”^[168]阿肯色州法律援助律师 Kevin De Liban 巧妙地创造了“算法荒谬”一词来描述这些发展。^[169]

2016 年 De Liban 代表身体残疾的阿肯色州居民在联邦法院起诉公共服务部（DHS），这些居民的家庭护理在采用 RUGs 后平均减少了 43%。^[170]对于一名医疗补助受助人来说，

^[158] Lecher，参见前引[1]。公共服务部行政长官克雷格·克劳德（Craig Cloud）告诉当地一家新闻台，RUGs 算法“采用客观标准”，并做出“一致的决定”。参见第 95 条注释中的 Formula for Care。

^[159] Lecher，参见前引[1]。InterRAI 的算法“在美国近一半的州以及其他国家的医疗机构中使用”。同前引。InterRAI 与公共服务部（DHS）签有合同。该非营利组织的总裁布兰特·弗里斯（Brant Fries）是该合同的首席研究员。Excerpted Transcript of Trial，参见前引[10]，第 3 页。弗里斯利用美国政府提供的 700 万美元赠款建造了最初版本的 RUGs。同前引，第 8 页。同前引，第 8 页。DHS 系统使用 2009 年 1 月编写的 RUG III 家用版。同前引，第 10-11 页。

^[160] 例如，Ark. Dep't of Hum. Servs. v. Ledgerwood, 530 S.W.3d 336, 339 (Ark. 2017)。说 RUGs 算法复杂未免言过其实。Fries 的证词证明了这一点。Excerpted Transcript of Trial，参见前引[10]，第 11-19、26 页。

（“我们使用一些相当复杂的统计能力来说明……是什么原因导致这个人比那个人花费更多……统计软件查看了成千上万的可能性，然后说这是最好的一个”）。Fries 指出，“你必须明白，这里有很多代码。这是一个复杂的算法……有 17 页代码……有人把这些代码用任何程序员都能理解的非常基本的语言编写出来，但必须有人把这些逻辑转换成供应商使用的任何软件。”同前引，第 51 页。

^[161] Excerpted Transcript of Trial，参见前引[10]，第 51 页。

^[162] 同前引，第 49 页。

^[163] 同前引，第 57 页。

^[164] Lecher，参见前引[1]。

^[165] 同前引。

^[166] Memorandum from Kevin De Liban，参见前引[5]，第 3 页。

^[167] 同前引。

^[168] 同前引。

^[169] Lecher，参见注释[1]。Kevin De Liban 做了公共服务部（DHS）官员无法做到的事情。当公共服务部（DHS）官员公开表示他们无法解释为什么算法会这样运行时，De Liban 通过将代码和主评估手册与 150 多名寻求他帮助的人的案例进行比较，破解了算法的决定。Kevin De Liban 的电话访谈，参见注释 9。通过这一过程，De Liban 发现了无数的问题，包括上述问题。同前引。本来可以有更多的问题，但 De Liban 与他的客户一起工作，发现了他所发现的问题。

^[170] 正如 De Liban 告诉我们，他在起草申诉时参考了《技术正当程序》（Technology Due Process）一书中的论点，参见前引[13]，Citron 文。电话采访 Kevin De Liban，参见前引[9]。

援助减少了 53% 以上。^[171]算法系统使严重残疾的医疗补助受惠人连续数小时无法获得食物、厕所和药品。^[172]大约 47% 的阿肯色州医疗补助接受者受到了负面影响。^[173]

RUGs 算法的作者 Brant Fries 在庭审中作证。^[174]在交叉询问中，De Liban 要求 Fries 对原告 Ethel Jacobs 的案件进行手动检查。^[175]作为算法的作者，Fries 在比较代码应该如何工作和实际工作方面具有独特的地位。^[176]Fries 发现——以及州律师不好意思地承认——是 RUGs 系统在 Jacobs 的案子中犯了“一个错误”。^[177]原告律师总结了原告的立场：

我们很高兴公共服务部（DHS）报告了这个错误，当然也很高兴它被发现了，但这几乎证明了案件的意义。有一个非常复杂的系统，但却没有发布任何相关的标准，因此在我们提起联邦诉讼之前，他们的机构中没有人发现这个问题，我们花费了数百个小时和数千美元才取得了今天的成果。^[178]

Fries 承认，系统中可能还有其他尚未发现的错误，但没有提供能够检测 and 解决这些错误的系统方法。^[179]

De Liban 在法庭上获胜。一名联邦法官永久禁止公共服务部（DHS）自动化家庭护理决策，直到它能够解释决策背后的原因在 2017 年公共服务部（DHS）未能暂停使用该算法系统后，^[180]De Liban 在州法院起诉该机构，以其采用违反了州《行政程序法》（Administrative Procedure Act）为由，试图禁止其运营。^[181]一名州法官命令公共服务部（DHS）停止使用 RUGs 算法，因为该机构未能遵循州的规则制定程序。^[182]在规则制定过程中，公共服务部（DHS）未能解释为何人类决策者将被自动系统取代。^[183]

阿肯色州的诉讼揭示了当今算法决策系统的病态。各机构仍在努力解决如何对计算机

^[171] Plaintiff's Memorandum of Law in Support of Motion for Temporary Restraining Order and Preliminary Injunction, 第 16 页, Ledgerwood v. Ark. Dep't Hum. Servs. (2017) (No. 60CV-17-442), at 16 (Cir. Ct. Pulaski Cnty. May 14, 2018).

^[172] Memorandum Order at 7, Ledgerwood v. Ark. Dep't Hum. Servs., No. 60CV-17-442 (Cir. Ct. Pulaski Cnty. May 14, 2018).

^[173] 电话采访 Kevin De Liban, 参见前引[9]（讨论有关家庭社区计划的联邦诉讼）。

^[174] Excerpted Transcript of Trial, 参见前引[10], 第 21–22 页。

^[175] 同前引, 第 27 页。

^[176] 同前引, 21–22 页（“公共服务部正在使用一个系统，将这些人分成 23 类。这就是博士 Fries 能告诉我们的，它需要什么。”我们对正当程序的诉求是“对人们如何被分类的了解”）。

^[177] 同前引, 第 36 页。

^[178] 同前引, 37–38 页。

^[179] 同前引。

^[180] Order at 1–2, Estate of Jacobs, 2017 WL 2960793.

^[181] Plaintiff's Memorandum of Law in Support of Motion for Temporary Restraining Order and Preliminary Injunction, Ledgerwood v. Ark. Dep't Hum. Servs. (2017) No. 60CV-17-442, at 18, 24 (Cir. Ct. Pulaski Cnty. May 14, 2018).

^[182] Memorandum Order at 6, Ledgerwood v. Ark. Dep't Hum. Servs., No. 60 CV-17-442 (Ark. Cir. Ct. May 14, 2018).

^[183] 同前引; Kevin De Liban 的电话访谈, 参见注释[9]。公共服务部（DHS）试图绕过这一裁决，发布了一项“紧急”规则，称其无需通过规则制定程序。初审法院认为这一努力“明显荒谬”且“不服从”，并批准了原告的藐视法庭动议。The trial court found the effort “manifestly preposterous” and “disobedient” and granted the plaintiffs’ motion for contempt. Ark. Dep’t of Hum. Servs. v. Ledgerwood, 571 S.W.3d 911, 917 (Ark. 2019)（“立即生效，禁止拟议颁布的紧急规则，而不是基于任何新的行动。禁止颁布该规则是对本法院 2018 年 5 月 14 日发布的永久禁令的蓄意违抗”）。

的决定发出有意义的通知。例如，尽管我们有十年的经验，但我们还没有弄清楚如何提供有关自动决策的通知。^[184]

需要明确的是，阿肯色州并不是唯一一个被这种“荒谬算法”所困扰的州。爱达荷州的卫生和福利机构建立了自己的预算软件工具，为残疾医疗补助接受者分配家庭护理的小时数。^[185]该算法工具在没有解释的情况下大幅削减了个人的家庭护理时间。^[186]美国公民自由联盟要求该机构解释其客户的福利变化。^[187]但一直没有得到答案。原因是什么呢？该算法是“商业秘密”。^[188]

美国公民自由联盟（ACLU）起诉卫生机构，要求获得禁令和声明性救济。^[189]该诉讼指控该机构侵犯了原告的正当程序权利，其新的决策工具产生了武断的结果。^[190]根据原告专家的说法，该系统是建立在不完整的数据和“根本的统计缺陷”之上的。^[191]在证据开示期间，美国公民自由协会盘问了该机构员工以了解他们是如何构建算法系统的。^[192]正如原告律师所述，“每个人都把矛头指向了别人。”^[193]在证词中，员工声称其他人负有责任：“实际上，每个人都在相互指责。”^[194]

法院站在原告一边。法院认定，预算工具的不可靠性“任意剥夺了参与者的财产权利，从而违反了正当程序。”^[195]正如法院所解释的，该机构是基于有缺陷和不完整的信息构建该工具的。^[196]用于构建该工具超过 18% 的记录“包含不完整或令人难以相信的信息”。^[197]法院指出，该机构采用了预算软件，尽管机构知道多达 15% 的接受者将无法获得足够的资金。^[198]该机构知道此软件需要重新计算，但它并没有这样做，也从未检查过有多少参与者被分配的资金不足。^[199]

法院敦促双方“同意一项改进[预算软件]工具的计划，并进行定期测试以确保其准确性。”^[200]该机构需要测试该工具以确保其准确度，并建立一个“强有力的上诉程序，在该

^[184] Lecher, 参见注释 1（引用 Fries 的话，承认他没有关于如何通知算法如何工作的最佳做法，但这是“我们应该做的事情”）。

^[185] K.W. v. Armstrong, 180 F. Supp. 3d 703, 708 (D. Idaho 2016).

^[186] Jay Stanley, Pitfalls of Artificial Intelligence Decisionmaking Highlighted in Idaho ACLU Case, ACLU (June 2, 2017, 1:30 P.M.), <https://www.aclu.org/blog/privacy-technology/pitfalls-artificial-intelligence-decisionmaking-highlighted-idaho-aclu-case>.

^[187] 同前引。

^[188] 参见前引[186], Stanley 文。参见 Wexler, 前引[143], 第 1377-95 页（描述了商业秘密特权的演变和应用）。

^[189] K.W., 180 F. Supp. 3d at 703.

^[190] 同前引。

^[191] 参见前引[186], Stanley 文。

^[192] 同前引。

^[193] 同前引。

^[194] 同前引。

^[195] K.W., 180 F. Supp. 3d at 718.

^[196] 同前引，第 711 页。

^[197] 同前引。

^[198] 同前引。

^[199] 同前引，第 712 页。

^[200] 同前引，第 718 页。

程序中，不可避免的错误可以得到纠正。”^[201]法院进一步认定，向收款人提供的通知违反了正当程序，因为它没有向收款人解释福利削减的原因，因此收款人无法对福利的削减提出质疑。^[202]

不透明的算法决定了公职人员是否可以保住自己的工作，而员工却几乎没有办法了解原因或抗议这一决定。城市和州使用算法系统来评估公立学校的教师。^[203]通常，这些被称为“增值评估”系统是由私人供应商构建。^[204]算法比较学生在学年开始和结束时的考试成绩，作为衡量学生进步的一种方式，并且据称会进行调整，试图考虑到除教师效能之外的其他因素，如社会经济地位，这些因素可能是学生进步或缺乏进步的原因。然后，对由某位教师授课的学生进行调整后的结果，用于对该教师的有效性进行评估。^[205]这是基于黑匣子算法的教师评价——教师无法辨别出评价的因素，更谈不上知晓作出最终结果的原因。

从 2011 年开始，休斯顿的一个学区使用由私人供应商 SAS Analytics 股份有限公司提供的“增值评估”系统来评估教师的。^[206]该系统通过努力跟踪教师对学生考试成绩的影响来衡量教师的效能。^[207]一般来说，教师的算法成绩是基于比较特定教师的学生考试成绩与全州平均成绩的平均增长。^[208]该得分被转换为一个名叫“教师增益指数”被用来将教师的表现分成五个等级，从“远高于”到“远低于”平均水平。^[209]

该算法系统最初用于确定教师奖金，而后被用来处罚那些因为学生在标准化考试中成绩不佳的员工。^[210]2012 年，学区宣布了一个目标，即“不超过 15% 的被评为低效的教师被留任”。^[211]随后到 2014 年约有 25% 的“低效教师”被辞退。^[212]

教师工会以正当程序为由起诉学区，辩称教师无法检查算法以质疑其准确性。^[213]原告试图永久禁止学区在终止或不续签合同，一个受宪法保护的财产利益，时使用该算法计算的分数。^[214]法院认定学区违反正当程序，因为教师无法复核和质疑他们的分数。^[215]

法院对算法的准确性表示担忧。正如法院所指出的，学区从未核实或审计过该系统。^[216]法院指出，“当公共机构采用基于与最低程序相抵触的秘密算法的高风险就业决策政策

^[201] 同前引，第 714 页。

^[202] 同前引，第 720 页。

^[203] Brauneis & Goodman, 参见前引[52], 第 103 页。

^[204] 同前引，第 150 页。

^[205] 同前引，第 150-151 页。

^[206] Hous. Fed'n. of Teachers. v. Hous. Indep. Sch. Dist., 251 F. Supp. 3d 1168, 1172 (S.D. Tex. 2017).

^[207] 同前引。

^[208] 同前引。

^[209] 同前引。

^[210] 同前引，第 1174 页。

^[211] 同前引。

^[212] 同前引，第 1175 页。

^[213] 同前引，第 1176 页。

^[214] 同前引，第 1174 页。

^[215] 同前引，第 1180 页。

^[216] 同前引，第 1177 页。

时，适当的补救措施是推翻单纯由该算法做出的决策，同时保留了商业秘密。”^[217]

正如法院强调的和被告承认的那样，分数可能包含错误，包括数据输入错误和代码故障，这些错误不会立即得到纠正。^[218]法院解释说，“算法是人类创造的，像人类的任何努力一样容易出错。”^[219]法院表示担心整个系统充满了不准确之处，鉴于“EVAAS 系统的纸牌屋很脆弱性”——一个老师的错误分数可能会改变该地区其他所有老师的分数。^[220]因此，一个分数的准确性取决于所有分数的准确性。^[221]

在纽约一名公立学校教师提出的诉讼中，州初审法院认为增值评估模型是武断和反复无常的。^[222]法院强调了该系统的偏见和统计缺陷，并指出缺乏透明度，以至于原告无法理解她需要做些什么才能获得令人满意的分数。^[223]

密歇根州的失业救济制度就是另一个很好的例子。2013 年之前，密歇根州失业局有 1200 名工作人员负责监督失业申请。工作人员依靠传统的 IT 系统来管理索赔和检查欺诈行为。^[224]2011 年，密歇根州立法机构取消了该州失业保险局（Unemployment Insurance Agency）在扣押索赔人的工资、退税和银行资金之前必须获得法院命令的要求。^[225]该局抓住机会，将其系统更换为全自动系统。^[226]据官员称，自动化系统将减少 400 个工作岗位，即该局三分之一的工作人员，从而提高效率。^[227]该系统有望高效地识别欺诈性就业申请。^[228]

该机构花费了近 4500 万美元，与一家供应商合作创建了密歇根州综合数据自动化系统（MiDAS）。^[229]MiDAS 该系统于 2013 年 10 月投入使用。^[230]两年内，被指控失业欺诈的人数“与使用旧系统的平均人数相比增长了五倍”。^[231]两年内，超过 34000 人（多达 50000 人）被指控欺诈。^[232]在这数千人中，只有 7% 的人真正实施了欺诈。^[233]

^[217] 同前引，第 1179 页。

^[218] 同前引，第 1177 页。

^[219] 同前引。

^[220] 同前引，第 1178 页。

^[221] 同前引，法院驳回了实质性正当程序申诉，因为“宽松的宪法合理性标准允许政府使用可能产生边际效果的钝器”。同前引，第 1182 页。法院解释说，即使算法评分系统只有一半多一点的时间是准确的，也可以通过合理性调查。

^[222] *Lederman v. King*, No. 5443-14, slip op. at 26416 (N.Y. Sup. Ct. May 10, 2016).

^[223] 同前引。

^[224] Robert N. Charette, Michigan's MiDAS Unemployment System: Algorithm Alchemy Created Lead, Not Gold, *IEEE Spectrum* (Jan. 24, 2018, 7:00 PM), <https://spectrum.ieee.org/riskfactor/computing/software/michigans-midas-unemployment-system-algorithm-alchemy-that-created-lead-not-gold>.

^[225] 同前引。

^[226] 同前引。

^[227] 同前引。

^[228] 同前引。

^[229] 同前引。

^[230] 同前引。

^[231] 同前引；参见 Memorandum from H. Luke Shaefer, Assoc. Professor, Univ. of Mich., & Steve Grey, Gen. Manager, Mich. Unemployment Ins. Project, to Gay Gilbert, Adm'r, U.S. Dep't of Labor (May 19, 2015) (available at https://waysandmeans.house.gov/sites/democrats.waysandmeans.house.gov/files/documents/Shaefer-Gray-USDOL-Memo_06-01-2015.pdf).

^[232] 同前引。

^[233] Jack Lessenberry, State Unemployment Computer Had Anything but the Golden Touch, *Traverse City Rec. Eagle* (Dec. 31, 2017), https://www.record-eagle.com/opinion/columns/jack-lessenberry-state-unemployment-computer-had-anything-but-the-golden/article_c03418a5-41a3-5b87-9663-9d4cfc42591c.html.

MiDAS 向被指控者收取索赔欺诈金额的 400% 的罚款，外加罚款和利息。^[234]一旦索赔通过一个不可靠的通知程序证实了索赔，MiDAS 就扣押了被指控者的工资、退税和银行账户。^[235]该系统实施的第一年，MiDAS 因涉嫌欺诈而产生 6900 万美元的罚款，高于上一年的 300 万美元。^[236]密歇根州立法者承诺为那些被诬告的人寻求至少 3000 万美元的赔偿。^[237]

如果 MiDAS 发现索赔人提供的信息与系统可访问的信息（包括雇主和国家机构记录）不一致，那么它就会认定为欺诈。^[238]MiDAS 还“通过‘收入预测’公式‘标记’索赔人，该公式计算索赔人在一个财政季度的收入，并将该索赔人每周的收入平均计算出来，即使该人在一周内实际上没有赚到任何钱。”^[239]如果员工在索赔人赚取收入的一个季度内的任何一周没有报告任何收入，则 MiDAS 会自动确定索赔人从事欺诈活动。^[240]

至少 90% 的 MiDAS 欺诈认定是不准确的。^[241]部分问题是 MiDAS 正在挖掘腐败或不准确的数据。^[242]例如，一份咨询报告发现，MiDAS 难以将遗留系统中的数据转换为 MiDAS 格式。^[243]MiDAS 也无法读取扫描到系统中的信息。^[244]同样成问题的是“收入分摊”公式中出现的错误。^[245]这是该机构没有努力检查系统的结果导致的。^[246]

其影响深远。一旦 MiDAS 通过一个许多人没有检查的门户网站标记出欺诈行为，该州就会扣押人们的工资、联邦和州所得税退款以及银行账户。^[247]该机构使用了这些收款技术，但没有给索赔人对欺诈认定提出质疑的机会。^[248]正如正在进行的针对该机构官员的诉讼所称，该机构“没有试图考虑特定案件的事实或情况，也没有试图确定所指控的欺诈是故意的、疏忽的还是仅仅是意外。”^[249]

诉讼出现了确凿的证据。2015 年 4 月，原告对该机构提起集体诉讼，声称 MiDAS 的“机器人裁决”侵犯了他们的正当程序权利。^[250]原告试图禁止该机构未来再违反宪法，并要求其维持适当的欺诈认定程序。^[251]诉状称，MiDAS 从未告知索赔人该机构发现欺诈的依

^[234]前引[224]，Charette 文。

^[235] 同前引。

^[236] 同前引。

^[237] 同前引。

^[238] *Cahoo v. SAS Analytics Inc.*, 912 F.3d 887, 892 (6th Cir. 2019).

^[239] 同前引，第 892-893 页。

^[240] 同前引，第 893 页。

^[241] Paul Egan, Data Glitch Was an Apparent Factor in False Fraud Charges, *Detroit Free Press* (Jul. 30, 2017, 12:01 AM), <https://www.freep.com/story/news/local/michigan/2017/07/30/fraud-charges-unemployment-jobless-claimants/516332001/>.

^[242] 同前引。

^[243] 同前引。

^[244] 同前引。

^[245] *Cahoo*, 912 F.3d at 892-893.

^[246] 同前引。

^[247] Charette, 参见第 224 条。

^[248] *Cahoo*, 912 F.3d at 894.

^[249] 同前引，第 894 页。

^[250] *Complaint & Jury Demand* at 2, 26, *Zynda v. Zimmer*, No. 2:15-CV-11449, 2015 WL 1869615 (E.D. Mich. Apr. 21, 2015).

^[251] 同前引，第 27 页。

据。^[252]根据和解条款，该机构同意审查 MiDAS 做出的所有欺诈决定，并停止所有收款活动，包括扣发工资和没收纳税申报表，收款对象是那些从 MIDAS 获得欺诈认定的索赔人。^[253]一群原告以个人身份起诉了机构官员以及帮助构建系统的供应商。^[254]该案件正在审理中。

五个月后，在被联邦政府起诉后，该机构停止使用 MiDAS 进行欺诈认定。^[255]该州为失业欺诈的虚假索赔道歉。^[256]2017 年 8 月，该机构完成了对欺诈案件的审查，撤销了 64% 的欺诈案件，^[257]承诺向索赔人退还 2100 万美元。^[258]

和其他失灵的政府系统一样，MiDAS 造成了严重破坏。人们不得不聘请律师来对抗虚假的欺诈指控。^[259]许多人负担不起律师费用，不得不独自对抗这些指控，但收效甚微。^[260]他们遭受经济不稳定。^[261]有些人不得不宣布破产。^[262]有些人的房屋被取消赎回权，有些人“无家可归”。^[263]在工资被扣押和退税被没收后，人们的信用评分受到影响。^[264]所造成的经济损失可能超过 1 亿美元。^[265]弗吉尼亚·尤班克斯正确地认为，政府决策系统创造了一个“数字贫民区”。^[266]

在联邦一级，也有类似现象的蛛丝马迹。算法决定导致错误地扣留人们的联邦所得税退税款和扣押他们的工资。它们这导致错误地暂停了人们的社会保障福利。^[267]但一个特别戏剧性的例子涉及到美国人的旅行能力。

多年来，“禁飞”计算机匹配系统一直将无辜的人列为恐怖分子，而没有机会给他们一个为自己辩解的有意义的机会。^[268]禁飞名单“阻止被列入名单的个人登上商用飞机”。^[269]个人被剥夺了飞行权；有些人在机场被扣留；还有一些人被逮捕。^[270]“禁飞”数据匹配程序错误地识别了个人，因为它使用了无法区分相似名字的粗略算法。^[271]成千上万的人被

^[252] 同前引，11-12 页。

^[253] Stipulated Order of Dismissal at 6 n.1, Zynda v. Arwood, No. 2:15-CV-11449 (E.D. Mich. Feb. 2, 2017).

^[254] Cahoo, 912 F.3d at 1887.

^[255] Charette, 参见前引[224]。

^[256] 同前引。

^[257] 同前引。

^[258] Lessenberry, 参见前引[233]。

^[259] 同前引。

^[260] Memorandum of H. Luke Shaefer & Steve Grey, 参见注释[231]（讨论 Barbara Hills 的案例，她曾十次被错误地指控犯有欺诈罪，而所有这些指控都是由于同一个根本性错误造成的，以及她是如何不得不对每次裁定分别提出抗议的）。

^[261] 同前引。

^[262] Charette, 参见前引[224]。

^[263] 同前引。

^[264] 同前引。

^[265] 同前引。

^[266] Eubanks, 参见前引[37]。

^[267] Kevin De Liban 的电话采访，参见前引[9]。

^[268] 参见前引[52]，Citron 文，1274-1275 页。

^[269] Jeffrey Kahn, Terrorist Watchlists, in The Cambridge Handbook of Surveillance 71, 73 (David Gray & Stephen Henderson eds., 2017).

^[270] 参见 Jeffrey Kahn, Mrs. Shipley's Ghost: The Right to Travel and Terrorist Watchlists (2013).

^[271] 参见前引[13]，Citron 文，第 1274 页。

卷入了这张大网，其中包括政府官员、退伍军人和蹒跚学步的孩子。^[272]美国政府不愿透露是否有人在名单上，也没有对禁飞的决定做出解释。^[273]

2008 年，第九巡回法院认为，监视名单的组成需要司法审查。法院指出：上诉法院将如何审查该机构将某个特定姓名列入名单的决定呢？没有行政法官主持的听证会；没有事先通知和公众参与程序。就我们所知，没有任何行政记录供我们审查。因此，如果任何法院要审查政府将原告列入“禁飞名单”的决定，那么让具备取证能力的法院来审查是合情合理的。^[274]

从那时起，诉讼在一定程度上缓解了黑名单问题。在这些案件中，证据披露往往因行政特权或国家机密特权的主张而中断。^[275]在美国公民自由联盟（ACLU）提起的诉讼中，13 名美国公民原告（包括几名退伍军人）声称声称黑名单阻止了他们乘坐飞机。^[276]联邦调查局（FBI）提出，如果一些原告成为政府线人，就可以将他们从名单上除名。^[277]联邦法院认定禁飞名单侵犯了原告的正当程序权利，但拒绝制定合适的程序。^[278]

法院命令政府“制定新的程序，为原告提供必要的正当程序——在不危及国家安全的情况下。”^[279]法院命令政府向原告披露他们在黑名单上的状态。^[280]

然而，正如 Jeffrey Kahn 所解释的那样，“观察名单现在已经成为国家安全架构中的一个既定特征，对于 9/11 后出生的一代美国人来说，这就像在机场接受搜查一样自然。”^[281]任何仍在禁飞名单上的人都将无法得到有意义的通知和申诉的机会。^[282]政府仍然拒绝解释为什么有人出现在名单上，尽管人们可以提交“申诉表”将自己从名单中删除。Barry Friedman 敏锐地指出，“这种卡夫卡式的噩梦应该让我们所有人都感到恐惧，甚至恐惧深入到我们的内心深处。”^[283]

在错误的自动化决策之后，人们经常经历“惩罚性的个人创伤”。^[284]2004 年 11 月，一位有成就的建筑师和学者 Rahinah Ibrahim 博士被错误地列入禁飞名单。^[285]尽管她有 20 年的合法居留权，但她被逮捕、拘留，并被拒绝返回美国。^[286]十年后，一位联邦地区法院法官得出的结论是，她不应该被列入禁飞名单。^[287]法官这样描述了她的痛苦：“这不是一

^[272] 参见前引[28]，Friedman 文，第 261 页。

^[273] Kahn，参见前引[269]，第 90 页。

^[274] Ibrahim v. Dep't of Homeland Sec., 538 F.3d 1250, 1256 (9th Cir. 2008) (citations omitted).

^[275] Todd Garvey & Edward C. Liu, Cong. Res. Serv., R41741, The State Secrets Privilege: Preventing the Disclosure of Sensitive National Security Information During Civil Litigation 6 (2011).

^[276] Complaint at 4, Latif v. Holder, No. 3:10-CV-750, 2015 WL 1883890 (D. Or. Apr. 24, 2015).

^[277] 参见，例如 Third Amended Complaint at 21–22, Latif v. Lynch, No. 3:10-CV-750 (D. Or. Jan. 11, 2013).

^[278] Latif v. Holder, 28 F. Supp. 3d 1134, 1163 (D. Or. 2014).

^[279] 同前引，第 1162 页。

^[280] Latif, No. 3:10-CV-750, at *1.

^[281] 参见前引[269]，Kahn 文，第 73 页。

^[282] 参见前引[28]，Friedman 文，第 280 页。

^[283] 同前引。

^[284] 参见前引[224]，Charette 文。

^[285] Ibrahim v. Dep't of Homeland Sec., 62 F. Supp. 3d 909, 916 (N.D. Cal. 2014).

^[286] 同前引，第 917 页。

^[287] 同前引，第 927 页。

个小的错误，而是一个具有明显影响的错误，导致一名无辜且手无寸铁的航空旅客受到羞辱、铐上手铐和监禁。”^[288]

（二）挖掘功能主义

这些新出现的记录合在一起，描绘出一幅令人不安的图景，即在理解和问责方面存在着无法避免的错误和差距。再次回顾学者和法学家支持行政国家的理由。立法机构将其权力广泛下放给各机构，是因为各机构拥有必要的专业知识和灵活性来管理复杂多变的世界。

但是，机构官员似乎并不了解他们为执行这项任务而启用的系统。最重要的是，他们无法在公开场合或法庭上解释这些系统，因为他们不知道这些系统是如何工作的。官员们所掌握的专业知识表面上都被翻译成了软件语言，而官员们既没有学会如何说这些语言，也没有任何资格说这些语言。在将机构规则编入自动化软件系统之后，官员们无法像立法机构成员那样行使自由裁量权。以至于只要条件发生变化，无论是财政，规范，科学还是其他方面的变化，官员们都将无法适应的程度。

在阿肯色州，机构官员和第三方供应商都无法说明如何调试他们的系统，尽管这对残疾居民造成了深远的影响。^[289]机构官员将矛头指向第三方供应商，而第三方供应商也将矛头直指机构官员。在得克萨斯州，一家法院将评估公立教师表现的算法系统称为“纸牌屋”

(house of cards)，充满了无法纠正的错误。^[290]在密歇根州，欺诈检测系统 85%的时间是不准确的，导致该机构推翻了 64%的裁决。^[291]第九巡回上诉法院命令政府围绕禁飞名单制定新的程序，这些程序尚未制定。^[292]

行政法文献敏锐地指出了“政府合同”这一问题，如 Jody Freedman 和 Martha Minow 在“Government by Contract”所言，^[293]美国政府广泛的依赖第三方私人承包商，尤其是在军事和情报部门。^[294]与政府雇员相比，承包商更难监督和问责。^[295]众所周知，它们会浪费政府资源或进行赤裸裸的欺诈。^[296]拥有部分主权的半官方机构可能会破坏民主规范，削弱政府本身回应公民问题的能力。^[297]

^[288] 同前引。

^[289] Alejandro de la Garza, States' Automated Systems Are Trapping Citizens in Bureaucratic Nightmares with Their Lives on the Line, TIME (May 28, 2020, 2:24 PM), <https://time.com/5840609/algorithm-unemployment/>.

^[290] Hous. Fed'n. of Teachers v. Hous. Indep. Sch. Dist., 251 F. Supp. 3d 1168, 1178 (S.D. Tex. 2017).

^[291] 参见前引[224], Charette 文。

^[292] 参见 Ibrahim v. Dep't of Homeland Sec., 538 F.3d 1250, 1256–57 (9th Cir. 2008).

^[293] Government by Contract: Outsourcing and American Democracy (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009).

^[294] Paul R. Verkuil, Outsourcing Sovereignty: How Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do About It. 129 (2007); Martha Minow, Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy, in Government by Contract, 参见注释[293], 第 110–111 页。

^[295] See generally Gillian E. Metzger, Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise, in Government by Contract, 参见前引[293], Charette 文, 第 291 页。

^[296] Off. of the Under Sec'y of Def. for Acquisition & Sustainment, Dep't of Def., Report to Congress Section 889 of the FY 2018 NDAA: Report on Defense Contracting Fraud 2–3 (2018).

^[297] Paul R. Verkuil, Public Law Limitations on Privatization of Government Functions, 84 N.C. L. REV. 397, 468 (2006); Kimberly N. Brown, “We the People,” Constitutional Accountability, and Outsourcing Government, 88 IND. L.J. 1347, 1352 (2013).

这些担忧并非夸大其词，也没有得到充分解决。然而，它们与机构自动化的趋势存在显著差异。私有化辩论关注的是哪一方将代表公众执行意志。在某些地区，对半官方第三方的过度依赖会威胁到宪法保障，削弱国家的合法性。^[298]然而，承包商——无论是技术上的公职人员还是私人雇员——都有能力充当机构意义上的专业知识储存库。承包商通常是前政府雇员，这使他们在竞标政府工作时具有良好的信誉。^[299]依靠专业技能，他们仍然可以行使自由裁量权，为决策提供理由，并对不断变化的需求或情况做出反应。

由于缺乏专业知识和灵活性，行政国家转向自动化令人不安。我们提出的问题不在于关于哪位专家是合适的，而在于专业知识的缺失是否会损害自动化行政国家的合法性。如今设计、采用和部署的软件系统几乎完全缺乏专业的优势。

需要注意的是，我们之所以知道上述例子，是因为它们遭到了起诉。^[300]诉讼当事人质疑的自动化系统显然代表了极端不当的行政行为的极限。与此同时，这些令人震惊的失败可能只是冰山一角。法院禁止这些系统确实表明司法机构在一定程度上具备了监督的能力。

迄今为止，结案的例子往往涉及州级机构，而非联邦机构。据推测，州级机构的理由与联邦机构相同。也有联邦的例子，如禁飞名单。^[301]其他国家，如澳大利亚和新西兰，也有类似的挣扎。^[302]同时，《行政程序法》（APA）对质疑联邦机构行为的时间和地点施加了重大限制，而州法律可能没有这些限制，因此对联邦系统的质疑可能更加繁琐。^[303]然而，我们确实知道，联邦机构正在越来越多地使用算法和自动化，并将其作为事实和官方政策。

重要的是，从理论上讲，现有的途径可以让机构官员重新引入和恢复他们的专业知识、自由裁量权和灵活性。机构官员可以成为他们所管理的系统的专家，而这些系统的构建方式可以保持自由裁量权，并对不断变化的情况做出实时响应（例如，通过软件更新）。鉴于 20 年来的证据，我们持怀疑态度，但从分析角度来看，这值得进一步的探索。我们提到的最近几部作品都采用了这种方法。我们提到的几项最新研究都采用了这种方法。Kroll 和他的合作者开发了一套法律和技术原则，这些原则借鉴了工程领域的经验，旨在恢复行政和其他政府决策中的透明度和问责制。^[304]Mulligan 和 Bamberger 在题为“用技术专长为机构审议提供信息”的长篇章节中，提出了一个全面的愿景，旨在重新将技术专长引入采购和其他重要

^[298] 参见前引[295]，Metzger 文，第 293 和 295 页。

^[299] Ruben Berrios, *Government Contracts and Contractor Behavior*, 63 J. Bus. Ethics 119, 121 (2006) (描述了“经常将承包商送入政府职位，并将前政府官员送入承包商公司”的“旋转门”现象)。

^[300] 纽约大学智库“现在人工智能”（AI Now）致力于研究人工智能对社会的影响，在 2018 年和 2019 年举办的一系列题为“算法诉讼”（Litigating Algorithms）的研讨会上汇集了大量诉讼案例。本文的见解来自于他们的报告，也来自于对记录的挖掘和对其中一位核心诉讼当事人的采访。Richardson Et Al., 参见前引[25]。

^[301] 参见前引[268]-[271]和相关文本。

^[302] Luke Henriques-Gomes, *The Automated System Leaving Welfare Recipients Cut Off with Nowhere to Turn*, *Guardian* (Oct. 16, 2019, 8:30 AM), <https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/16/automated-messages-welfare-australia-system> (discussing the widespread problem with automated decision-making public benefits systems in Australia).

^[303] The APA lays out the requirements for challenging agency action at 5 U.S.C. §§ 702–06, 规定了机构行为提出质疑的要求，法院在此基础上增加了更多的要求，如资格和成熟度。

^[304] 参见前引[40]，Kroll 等文，第 637 页。

的政府流程中。^[305]

但在目前的运作方式下，机构越是自动化，就越会破坏行政国家的根基。机构应该拥有基于其专业知识、灵活性和敏捷性的权力。这不仅体现在实用层面，也体现在第一原则层面。实现自动化的机构将专业知识和自由裁量权拱手让人。自动化还阻碍了结构性要求，如《美国公共行政法案》（APA）和有意义的司法监督。

与此同时，各机构浪费资金，而不是通过自动化实现最初承诺的效率或反偏见收益。如果这一趋势得以保持或加速，那么现在就该是学者和社会提出质疑的时候了，不仅要质疑流程保障是否充分，还要质疑整个体系从一开始就是否具有正当性。国会似乎有能力与软件供应商签订合同，实现执法自动化，并不需要中间人的存在。

四、走向行政国家的新视野

让我们总结一下目前的论点。近年来，我们看到一种令人担忧的趋势，那就是不专业、有缺陷的自动化正在加速发展。行政机构越来越多地依赖自动化来对其所管理的美国人做出具有约束力的重要决定。这一趋势并没有被注意到；大量跨学科的文献表明，行政机构的自动化威胁了重要的价值观，如参与和正当程序。本文通过正当性层面对自动化行政机构提出了挑战：过度依赖算法和软件会破坏准立法行政机构的正当性。特别是最近的诉讼生动地描绘出这样一些机构官员的形象，他们缺乏对所使用的系统的专业知识，无法为具有约束力的行政机构行动给出理由，并抛弃了个人裁量权，而个人裁量权最初正是为行政机构的存在提供了理由。

目前的情况引起了各种各样的反应。以上我们提到了一个正在进行的项目，旨在通过法律和技术改革的结合来应对自动化对权利和价值观的破坏。这些改革措施包括创建“透明系统并分配有限的程序和实体权利”（Schwartz），^[306]发展“开放代码治理”^[307]和“技术正当程序”的全面概念（Citron），^[308]重新构想公平听证^[309]并将机器视为国家行为者（Crawford和Schultz），^[310]并开发“程序规则性”的技术工具（Kroll等）。^[311]

如前所述，这些应对措施主要涉及恢复事前的原有状态，并弥补被侵蚀的权利和价值观，而不是重新审查和证明行政国家的整体合理性。近年来，一些学者，尤其是活动家，将这一恢复权利和价值观的呼吁与政府机构暂停或禁止使用自动化的要求结合起来，除非或直

^[305] 参见前引[25]，Mulligan & Bamberger 文，第 835 页。

^[306] 参见前引[34]，Schwartz 文，第 1376 页。

^[307] 参见前引[20]，Citron 文，第 355 和 358 页。

^[308] 参见前引[13]，Citron 文，第 1258 页。

^[309] 参见前引[75]，Crawford & Schultz 文，第 115-117 页。

^[310] 参见前引[77]，Crawford & Schultz 文，第 1943-1944 页。

^[311] 参见前引[40]，Kroll 等文，第 662 页。

到其许多缺陷得到解决。^[312]

对机构非法性指控的一种回应是试图通过法律和技术设计来解决这些不足。第二个有着悠久历史的回应是敦促大幅减少行政机构本身。这就是 David Schoenbrod 在《无责任的权利》(Power Without Responsibility) 中提出的观点, 该书将行政机构概念化为一种政治清洗行动, 国会试图影响世界, 同时保护自己免受问责。^[313] 这就是 Philip Hamburger 在《行政法是否违宪?》(Administrative Law Unlawful?) 一书中提出的观点, 他试图反驳“具有约束力的行政权力……是一种新型权力, 是现代生活需求的产物”这一论调^[314] 对 Hamburger 和其他人来说, 行政机构代表着一场复杂的权力游戏。对政治清洗或“绝对权力的复兴”的适当回应是严格遵守宪法文本, 解散行政机构, 并迫使国会立法。^[315] 在自动化的行政机构更是如此, 各机构将大部分权力交给设计其系统的不太负责任的第三方。

我们对第一个项目表示同情, 并已深入参与其中。如果国家对技术的采用侵蚀了公民的权利和价值观, 那么这些权利和价值应该恢复, 否则就应该放弃技术。然而, 正如当前的批评和建议所阐述的那样, 无论是批评还是建议都没有触及问题的核心。即使有可能以某种方式设计出能够完全恢复自动化决策正当程序的法律和技术系统, 但机构官员全面转向自动化仍可能通过专业知识和自由裁量权的转移而削弱对行政国家的正当性辩护。但更重要的是, 新技术可用性引发了一个额外的重要问题: 现状是否足够? 简单地说, 更好的工具的可用性难道不应该带来更高的治理标准吗?

至少从实践层面来看, 我们对第二个项目不太认同。从概念上讲, 我们理解, 即使从功能主义角度解读宪法, 一个庞大而昂贵的官僚机构也不应维持下去。但是, 行政国家首先转向自动化的最合理的原因是刻意的资源限制。^[316] 在很大程度上, 由于政治经济系统性为行政国家提供的资金不足并剥夺了他们的权利, 各机构难以满足民众的巨大需求和期望。Jerry Mashaw 写道: “我们指责机动车辆部在柜台排起了长队, 而不是拒绝为额外的人员和设备提供资金的立法机构。”^[317] 我们不会放弃行政国家和许多依赖它的人, 因为这些机构被持续的政治和经济力量引导采取了破坏其合法性的绝望措施。

最终, 我们更喜欢第三种回应, 既不让机构摆脱在技术方面往往糟糕透顶的选择, 也不迫使机构在政治灭绝的痛苦中完全放弃技术。我们希望在最后一节中为行政国家如何更明智地使用新技术提出一个积极的愿景, 开始根据新的可供性重新证明自己的合理性, 并以其他

^[312] 参见前引[43], Sheard 文。

^[313] 参见前引[97], Schoenbrod 文, 第 8 页。

^[314] 参见前引[97], Hamburger 文, 第 493 页。

^[315] 同前引, 第 493 页和 508 页。显然, 这些作者并不会完全废除行政机构, 而是尽可能地限制其执行职能的能力。此外, 宪法中的“必要和适当条款”以及其他条款明确提到了政府部门和官员, 因此即使是严格的文本主义解读也必须设想一定程度的官僚体制。U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 18.

^[316] 关于行政国家负担的长篇讨论, 参见 Jack M. Beermann, The Never-Ending Assault on the Administrative State, 93 Notre Dame L. Rev. 1599 (2018).

^[317] Jerry L. Mashaw, Small Things Like Reasons Are Put in a Jar: Reason and Legitimacy in the Administrative State, 70 Fordham L. Rev. 17, 27 (2001).

方式更新其 21 世纪的使命。这个积极的计划在其基础上包括深思熟虑和自我有意识地采用技术，在一定程度上推动了将权力下放给机构的理由，而不是其他方面。

上文详细讨论的自动化行政国家的病态现象存在一个共同的特点。^[318]当机构使用动赋予或剥夺福利和权利的系统取代人类的智慧和专业知识时，灾难将会随之出现。无辜的普通人被禁止旅行。残疾人得不到或很少得到医疗服务，远远不能满足他们的需求。教师和其他公职人员失去工作或无法晋升。在类似的犯罪背景下，被告——尤其是少数族裔——由于发现（且不合理）的风险，在监狱或监狱中度过的时间更长。与此同时，受社会委托监督这些系统的行政官员并不了解这些系统是如何运作的，更不用说觉得自己有权力对其进行猜测或推翻了。而解决错误频发的问题需要付出巨大的代价，以至于所承诺的效率提升根本无法实现。

在人们认为我们生活在一个技术奇迹的时代时，这种管理不善和痛苦就显得更加反常。就在我们写作的时候，人工智能技术正在改变人们的生活、工作和娱乐方式。两个或两个以上会说一百种不同语言中的任何一种的人都可以通过语言翻译系统实时交流。^[319]算法解析数十亿的金融交易和电子邮件，以检测欺诈和垃圾邮件。^[320]机器学习帮助医生诊断患者，天气预报员开发更快、更准确、更详细的模型。^[321]庞大的跨学科研究计划，如位于华盛顿大学的电子科学研究所，推动了一系列领域的驱动发现。^[322]

现代美国行政国家已经有一百多年的历史了。^[323]尽管我们谴责迄今为止各机构实际部署自动化软件系统，但我们不会否认我们的政府拥有 21 世纪的技术优势。正如一组多元化的学者开始观察到的那样，各机构可以而且有时确实建设性地推动信息技术的进步，以承担令人难以置信的复杂监管和治理任务。2016 年，我们中的一位（Calo）与 Kate Crawford 一起为《自然》（Nature）杂志撰文，强调了执法部门部署机器学习的潜力，以帮助识别有过度使用武力风险的警察。^[324]同年，Charlotte-Mecklenburg 警察局与来自七所主要研究型大学的大型跨学科团队合作部署了这样一个系统，从而提高了预测准确性，更有针对性地进行干预，减少了不当行为的发生。^[325]

^[318] 见上述注释 1-24 和 230-259。

^[319] Mariano-Florentino Cuéllar, A Simpler World? On Pruning Risks and Harvesting Fruits in an Orchard of Whispering Algorithms, 51 U.C. Davis L. Rev. 27, 32 (2017).

^[320] Coglianese & Lehr, *supra* note 17, at 1164, 1166.

^[321] 同前引，第 1149, 1162, 1175 页。

^[322] See Moore-Sloan Data Sci. Envs.: N.Y.U., UC Berkeley, & Univ. of Wash., Creating Institutional Change in Data Science. 1-3 (n.d.), http://msdse.org/files/Creating_Institutional_Change.pdf.

^[323] O. John Rogge, An Overview of Administrative Due Process, 19 Vill. L. Rev. 1, 1 (1973) (“在过去的一百年里，我们越来越频繁地受到行政管理”）。

^[324] Kate Crawford & Ryan Calo, There Is a Blind Spot in AI Research, 538 NATURE 311, 313 (2016).

^[325] Samuel Carton et al., Identifying Police Officers at Risk of Adverse Events, KDD (Aug. 17, 2016), <https://www.kdd.org/kdd2016/papers/files/adf0832-cartonAemb.pdf>. 当被问及这一系统时，算法决策最坚定的批评者之一 Frank Pasquale 告诉《新科学家》（NewScientist）：“在各行各业中，我认为对工作人员进行算法排名太过分了——这让我很烦恼。但在警察领域，我认为它可以发挥作用”。Hal Hodson, US Police Use Machine Learning to Curb Their Own Violence, NEWSCIENTIST (Aug. 1, 2016), <https://www.newscientist.com/article/2099357-us-police-use-machine-learning-to-curb-their-own-violence/>.

我们并不是唯一一个处于这种境地的人。英国哲学家 Helen Margetts 和经济学家 Cosmina Dorobantu 指出了技术帮助政府为选民提供个性化信息和服务的能力，并列举了澳大利亚昆士兰和新西兰的例子。^[326]加利福尼亚州最高法院法官和斯坦福大学法学教授 Mariano Florentino Cuéllar 设想了机器翻译服务在履行联邦和州法院提供口译员的义务方面的作用，因为通常情况下，被告或证人缺乏可用的口译员可能意味着司法工作的长时间延迟。^[327]在他们前面提到的“机器人监管”辩护中，Coglianese 和 Lehr 提到了使用机器学习预测化学毒性和分拣邮件的例子。^[328]这些只是几个例子。^[329]

我们并不打算认可所有或任何这些特定的用例。每一个都可能引起关切：人工智能系统有其不可避免的缺陷，这项技术是在长期存在的社会、经济和政治不平等的背景下开发和部署的。^[330]2017 年，社交媒体巨头 Facebook 的定制系统将一名巴勒斯坦工人在约旦河西岸定居点靠在一辆推土机上发布的阿拉伯语问候语“早上好”错误地翻译成英语的“伤害他们”和希伯来语的“攻击他们”。^[331]这篇帖子导致该男子被以色列警方逮捕和审问，鉴于这种情况，这无疑是一次令人深感担忧的经历。^[332]政府或行业几乎在任何人工智能应用中都可能出现类似的担忧。

然而，我们注意到，这些干预措施的特点和方向与第二部分中讨论的自动化系统有所不同。具体而言，这些潜在的干预措施旨在促进实质性承诺和价值观，如获取、质量和自我评估。它们的设计不仅仅是为了节省成本（在这个过程中，在没有提高效率的情况下破坏程序承诺），而是为了增强行政国家本身——包括机构和官员——参与更有效和公平治理的能力。一般来说，他们不会将需要专业知识和自由裁量权的机构职能外包给软件和硬件都不能提供的第三方。理想情况下，这些努力有可能通过产生知识、增强专业知识、调整结果和提高反应能力来增强官僚国家的正当性——这正是国会设立机构以执行其意志的最初原因。

变革时机成熟的领域之一是理解政策干预在复杂环境中的影响；值得变革的领域之一

^[326] Helen Margetts & Cosmina Dorobantu, Rethink Government with AI, 568 NATURE 163, 164 (2019).

^[327] 参见前引[319], Cuéllar 文, 第 1162-1163 页。

^[328] 参见前引[17], Coglianese & Lehr 文, 第 1162-1163 页。

^[329] 近期文献中的其他例子包括：(1) 改善应急响应，(2) 找到未登记选民，(3) 更好地确定检查目标，(4) 发现司法偏见，以及 (5) 改善国际贸易。参见，例如 Marco Avvenuti, Stefano Cresci, Fabio del Vigna & Maurizio Tesconi, Impromptu Crisis Mapping to Prioritize Emergency Response, 49 Computer 28, 29 (2016); Steve Lohr, Another Use for A.I.: Finding Millions of Unregistered Voters, N.Y. TIMES (Nov. 05, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/11/05/technology/unregistered-voter-rolls.html>; M. Hino, E. Benami & N. Brooks, Machine Learning for Environmental Monitoring, 1 Nature Sustainability 583, 583 (2018); Daniel L. Chen, Judicial Analytics and the Great Transformation of American Law, 27 A.I. & L. 15, 16 (2018); Joshua P. Meltzer, The Impact of Artificial Intelligence on International Trade, Brookings Inst. (Dec. 13, 2018), <https://www.brookings.edu/research/the-impact-of-artificial-intelligence-on-international-trade/>.

^[330] 参见前引[93], Hoffmann 文, 第 900 页。

^[331] Alex Hern, Facebook Translates ‘Good Morning’ into ‘Attack Them,’ Leading to Arrest, Guardian (Oct. 24, 2017, 7:24 PM), <https://www.theguardian.com/technology/2017/oct/24/facebook-palestine-israel-translates-good-morning-attack-them-arrest>. See also Danielle Keats Citron & Quinta Jurecic, Platform Justice: Content Moderation at an Inflection Point (2018), https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/citron-jurecic_webready.pdf (exploring the pathologies of algorithmic content moderation of hate speech by tech companies).

^[332] 同前引。

是复杂环境下政策干预的影响；新技术的出现可能为我们打开一扇门，让我们不再盲目行事，而是更加注重模型化。在一篇经典的 1959 年文章《混乱的科学》（The Science of ‘Muddling Through’）中，^[333]政治经济学家 Charles Lindblom 提出了一个观点，即由于多种原因，行政人员无法也不可能在任何特定环境下制定出“最佳”的政策方案。其中一个显著的原因是，即使假设有无限的时间，人类无法获取和处理所有他们需要用来校准最优政策干预的信息。即使假设时间不受限制，也需要校准最佳政策干预。^[334]

Lindblom 所说的“根”决策方法，即决策者通过一次行动确定价值并最大化价值，对真正的人来说是不可能的。^[335]用他的话说来说：尽管这种方法是可以描述的，但除了相对简单的问题之外，它是无法实践的，即使是在某种程度上也只能以一种经过修改的形式进行。它假设了人类根本不具备的智力能力和信息来源，而当可分配给政策问题的时间和金钱有限时，这种政策方法就更加荒谬了，而这种情况总是存在的。^[336]

尽管绝大多数公共行政文献都考虑了根方法，但没有公共行政人员在实践中使用它。^[337]相反，公共行政人员遵循“分支”方法，而不是。^[338]根据分支方法，行政人员设定了一个特定的目标，然后试着确定如何一步一步地推进，并对每个步骤进行单独评估。^[339]部署了特定的干预措施后，行政人员会监测其效果，每次目标或另一个值在现实世界中受到损害时，都会通过新的干预措施进行调整。

Lindblom 认识到分支方法的必然性，并将其应用进行了形式化。^[340]分支方法不像根方法那样，由于无知而随意排除重要因素，而是一次只关注一个值，然后迭代。^[341]在他的重要文章中，Lindblom 一次又一次地依赖于同时代人的帮助。根方法是对“超人全面性”的徒劳尝试。^[342]它要求进行“超出人类能力”的分析。^[343]管理者作为人，必须摸索前行。

中间的几十年并没有像 Lindblom 的一些同时代人所预测的那样，创造出人工超智能。然而不可否认的是，今天的机器——因此，人类——在建模多方面的行为和效果方面比 20 世纪 50 年代末要好得多。近年来，人工智能技术进一步增强了这种通过统计方法的进步和

^[333] 参见前引[51]，Lindblom 文，第 81–82 页。Lindblom 论文的影响力无论如何强调都不为过。在所有以政策为主题的英文文章中，Lindblom 的论文被引用的次数最多，更不用说公共行政了。

^[334] 同前引，第 80 页。

^[335] 同前引。

^[336] 同前引。

^[337] 同前引，第 81 页。

^[338] 同前引。

^[339] 同前引。

^[340] 同前引，第 80–81 页。

^[341] 同前引，第 85 页。

^[342] 同前引，第 88 页。

^[343] 同前引，第 85 页。

更大的计算处理能力来解析极端复杂性的能力。^[344]结果是，包括州和联邦机构在内的当代机构能够利用更先进的手段来模拟特定的监管环境。一些政府部门，如美国疾病控制与预防中心、美国国家海洋和大气管理局和美国军方，长期以来一直在利用这一新功能。^[345]许多其他部门则对此置若罔闻。^[346]

我们不认为技术能够在某种程度上克服 Lindblom 所指出的根本方法的局限性。例如，机器可能并不比官员更擅长确定未登记公民的偏好。机器依赖于人们来选择他们的输入和目标。^[347]计算机模型可以将有严重问题的假设融入政策，同时伪装成公正无私的样子。科学、技术和社会学者 Kevin Baker 以《模拟城市》(SimCity) 为例，这是一款基于软件的游戏，旨在为城市规划提供了信息。^[348]模拟城市看起来是开放的，但实际上嵌入了自由意志主义者 Jay Forrester 《城市动力学》(Urban Dynamics) 中所阐述的假设，即增长应该不惜一切代价，几乎所有政府对市场的干预都会适得其反。^[349]

然而，随着时间的推移，行政人员可能会越来越多地学会建立模型，而不是摸索前行。与此同时，与通过软件实现福利自动化不同，生成特定行业和生活领域的复杂模型仍然需要这些领域的专业知识。建立模型的机构官员仍在最终决定是否以及何时干预人类的生活和环境。或者，我们可以设想建立一个跨学科机构，作为建模知识的知识库，为政府部门提供技术援助。^[350]

在支持机构部署新的技术能力以达到更严格的公共管理和服务标准的同时，我们也承认目前存在各种局限性。最值得注意的是，要在激进和低效的自动化与其他有益的、能促进合法性的新技术应用之间划清界限，似乎并非易事。虽然不准确的世界模型不会像效益算法那样自动执行，但机构可能会屈服于证据确凿的自动化偏见，在预测干预效果时，过度依赖有缺陷错误的计算机结论。^[351]

我们敏锐地意识到我们所探索的负担能力的局限性，而这种局限性往往会损害最弱势群体利益。就像使用“热图”会导致警察与无辜的有色人种发生不成比例的冲突一样，当机构将算法工具转向内部，以了解警察或其他官员的相关做法时，它们有可能会不成比例地

^[344] 有趣的是，在 Lindblom 发表论文时，其中许多技术已经有了理论上的概述。然而，神经网络和其他人工智能方法在实践中的应用却花了几十年的时间。强化学习等其他技术是在 1959 年之后发展起来的。Bobby Chesney & Danielle Citron, Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security, 107 Calif. L. Rev. 1753, 1759–60, 1763 (2019); see also Imposter Syndrome, Octavian Rep. (2019), <https://octavianreport.com/article/hany-farid-fight-threat-deepfakes/> (interview with Hany Farid discussing “data-driven machine learning technologies called deep neural networks”).

^[345] 参见参见前引[17]，第 229 页和相关文本。

^[346] Cf. Ryan Calo, The Case for a Federal Robotics Commission 4 (2014), https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2014/09/RoboticsCommissionR2_Calo.pdf.

^[347] Ari Ezra Waldman, Power, Process, and Automated Decision-Making, 88 Fordham L. Rev. 613 (2019).

^[348] Kevin T. Baker, Model Metropolis, 6 LOGIC (Jan. 1, 2019), <https://logicmag.io/play/model-metropolis/>.

^[349] 同前引，(citing Jay Forrester, Urban Dynamics (1969)).

^[350] 参见前引[25]，Mulligan & Bamberger 文，第 830-833 页。

^[351] Kate Goddard, Abdul Roudsari & Jeremy C. Wyatt, Automation Bias: A Systematic Review of Frequency, Effect Mediators, and Mitigators, 19 J. Am. Med. Info. Ass’n 121, 121 (2019).

将有色人种确定为干预对象。^[352]正如 Charles Reich 五十多年前警告的那样，行政国家数据收集和监控的系统化不可避免地会给穷人和边缘化群体带来深重的代价。^[353]

我们也意识到，自动化其实也能带来好处。从理论上讲，通过将琐碎的工作自动化，各机构可以腾出资源和人员来满足公众更加个性化的需求。行政、民事、刑事甚至宪法程序强调效率是有原因的。政府可以为少数从不出错的幸运儿中创建一个完美的系统。^[354]但这样一来，许多其他人的正义就会被延误，进而被剥夺。^[355]在一个资源有限的世界里，更高的效率意味着更多的机会。

我们的观点更为基础。迄今为止，因为美国的行政国家采用的技术系统破坏了机构一开始所具备的品质，美国的行政国家的合法性一直在被系统性的侵蚀。采用新技术的正确指导方针并不仅仅是它们能够防止侵犯公民权利的安全措施。机构应该寻找技术手段来增强其专业知识、裁量权和个性化能力，这些能力正是将如此重大的公共权力赋予官僚机构的首要条件。即使抛开合法性不谈，文献也应考虑机构可用的新的软件和算法是否应提高社会期望值。今天的机构应该做得更多，而不是做得更少。

结论

在美国历史的各个时期，学者、立法者和法院都曾就行政国家的合法性展开过辩论。可以说，这些监管我们日常生活的机构与宪法的三权分立结构相矛盾的是，它们长期以来一直稳固地存在——因为其在管理一个复杂、不断演变的社会中发挥着关键作用。更具体地说，机构被认为是其所监管的环境和人群的专业知识宝库。它们承诺对不断变化的情况做出更加迅速和个性化的反应。而且，在任何情况下，它们都受到从其组织法到《美国公共行政法案》（APA）再到法院等各种保障措施的限制和引导。

近几十年来，许多州和联邦机构都采用了一种新颖的运作模式：自动化。如果按照目前的趋势持续下去，我们就可以预见各机构在履行其授权职责时会越来越依赖软件和算法。目前，这种自动化的行政状态已被证明存在诸多问题。特别是，州和联邦法院在拒绝给予福利和权利（从旅行到残疾）方面的法律挑战，揭示了一种残酷的、有时甚至是离奇的恶性模式。

法律界一直在关注这些发展，但关注的方式有所不同。追溯到多年前，就有一篇文献从正当程序和其他剥夺权利和价值的角度探讨了自动化的隐患。有一些明智地建议是通过修改法律和系统设计进行干预，以恢复被软件和算法取代和破坏的现状。

^[352] Walter L. Perry, Brian McInnis, Carter C. Price, Susan C. Smith & John S. Hollywood, Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations 46 (2013); Andrew Selbst, Disparate Impact in Big Data Policing, 52 Ga. L. Rev. 109, 130 (2017).

^[353] 讨论参见 Danielle Keats Citron, A Poor Mother's Right to Privacy: A Review, 98 B.U. L. Rev. 1139, 1142 (2018).

^[354] See Brooke Coleman, The Efficiency Norm, 56 B.C. L. Rev. 1777, 1778 (2015) (critiquing the conflation of efficiency with lower costs).

^[355] Rev. Dr. Martin Luther King, Jr., Letter from a Birmingham Jail, Univ. of Pa. African Stud. Ctr.

然而，这场对话在很大程度上遗漏了对机构合法性的更广泛的结构性批判。正如全国各地正在展开的诉讼所显示的那样，行政国家的自动化系统突显了机构官员在多大程度上将职责重新委托给第三方系统，而这些系统甚至连其创建者都不太了解。由于行政机关抛弃了证明其权威的特质，我们有理由开始质疑它们是否以及为什么保留执行立法机关意志的合法性。

我们的答案不是废除行政国家。相反，我们敦促各机构批判性地思考为什么会陷入这种境地--例如，立法或行政部门长期缺乏资源，并且各机构也不应放弃二十一世纪的工具。相反，对于行政机构即将面临的合法性危机的正确回应是，为何时开发和部署技术提供更好的指南。当且仅当新技术增强而非削弱行政机构比立法机关具备更好的治理能力时，行政机构才应改革新的工具。

大坝移民搬迁：补偿、安置与土著*

斯蒂芬·蒙泽著；张由译**

摘要：水电大坝可被用于发电、治理洪涝灾害和改善农业灌溉条件。然而这些大坝工程的建设运营时常会导致当地居民被移民搬迁（forced displacement）。移民搬迁常常会对那些极度贫困、受压迫与政治边缘化的土著居民产生极大的影响。其中的负面影响可以通过多种措施来进行缓解：(1)认真考量大坝引发的发展（dam-induced development）的伦理；(2)根除腐败；(3)在大坝项目开始时或该时间点附近支付补偿；(4)采取土地交换（land-for-land exchanges）政策；(5)为因大坝工程而移民搬迁者提供重现安置所需的资金，直到他们在新址得到了稳定的安置。(6) 要求那些向外国政府提供建坝贷款的机构保留一定比例的贷款，并用以支付大坝移民的搬迁补偿与安置费用。

然而，橘生淮北则为枳，由于各个国家和土著居民之间存在的高度异质性，因此在适用上述六个措施时需要因地制宜，否则失败将难以避免。中国和危地马拉在过去对大坝建设所造成的问题的治理上都存在不足，本文希望展示如何在这两个存在巨大差异的国家中通过上述措施的差异化实施取得成功。

在危地马拉受奇索伊大坝（Chixoy Dam）建设影响的玛雅·阿奇人（Maya Achi）在任何传统定义下都属于“土著人”（indigenous people）。与之不同，由于外来者征服和殖民的历史叙事在中国并不适用，因此其境内受大坝建设影响的少数民族（ethnic minorities）并非传统意义上的土著人。然而本文认为他们仍旧可以被认为是土著型的少数民族（indigenous ethnic minorities），这是因为与其它具有殖民历史的国家类似，在中国也存在主体民族统治、压迫和歧视少数民族的现象。

关键词：大坝移民 补偿 安置 土著

* 原文参见：Stephen R. Munzer, *Dam(n) Displacement: Compensation, Resettlement, and Indigeneity*, 51(4) CORNELL INT. LAW J. 823, 823(2019).

** 斯蒂芬·蒙泽（Stephen R. Munzer），加州大学洛杉矶分校法学院杰出法学研究教授；张由，上海交通大学凯原法学院。本文仅代表原作者个人观点。

目录

引言	106
一、发展与土著居民	110
(一) 发展	111
(二) 土著	112
二、中国大坝建设：移民安置与补偿问题中存在的问题	118
(一) 移民安置、补偿和法律	119
(二) 湖北省三峡大坝工程	122
(三) 云南省大坝项目	124
(四) 尝试中的改革	128
(五) 中国面临的挑战	130
1. 法律、法规、政策和赔偿方面的问题	130
2. 大坝的性能问题与腐败	131
(六) 中国挑战的出路	131
1. 法律、法规、政策和补偿方法	131
2. 有关大坝性能和腐败的解决方案	133
(七) 大坝建设中的土地置换、韧性和伦理	135
三、奇索伊大坝和玛雅·阿奇在危地马拉的命运	137
(一) 历史背景	137
(二) 玛雅·阿奇的历史与现状	141
1. 拉比纳尔及其周边	141

2. 帕克斯村：一个大坝移民村落	145
3. 里奥内格罗村	147
(三) 移民模式	148
1. 危地马拉城的土著人	148
2. 危地马拉各地的加工厂工人	151
3. 萨亚克什的棕榈油种植园	152
(四) 美国国会、行政部门和世界银行	153
1. 世界银行如何运作	154
2. 纸面上的法律	155
3. 实践中的法律	156
(五) 发展伦理	160
结论	161

引言

为了提高居民的生活水平，许多国家都通过修建基础设施来开采自然资源，其中就包括水力发电大坝。这些大坝能为周边及下游地区提供更好水利灌溉与蓄洪防灾条件，并为城镇和农村地区提供更多的电力。然而，大坝建设所产生的负面影响也不容忽视，这是因为工程施工将影响当地居民的正常生活。大坝建设在其上游形成的蓄水水库会淹没部分谷地，因此项目所在地的居民将时常需要搬迁并承受由此产生的损失。

如前所述，修建水电大坝可能会迫使当地的土著人和非土著居民迁离故土。然而“土著人”一词缺乏一个精确而又得到普遍接受的定义。卡尔·劳斯蒂亚拉（Kal Raustiala）和我曾在文章中将“土著人”定义为“在被征服或殖民之前，成员主要分布于一国的某一区域的具有历史连续性的文化团体。他们在人口上在一个国家或多个国家中属于少数群体，并在一定程度上被孤立，他们还应具有独特的社会、语言和政治特征。”^[1]这一定义在我们有关传统知识中的知识产权主题的论文中站得住脚。

我们和马丁内斯·科博（Martínez Cobo）^[2]对土著人的定义都与外界入侵、征服或殖民的历史叙述有关，或将这些作为土著人的一个条件。然而，这一概念很难被适用于没有遭受过欧洲入侵、征服或殖民历史的国家。例如，中国政府拒绝将与汉族一并构成中华民族的各种少数民族称为“土著人”。^[3]本文的第一部分希望表明，虽然中国所谓的“少数民族”并非通常理解中的土著人，但他们应该与世界其他地区的土著人接受同样的保护。^[4]

在本文中，我将使用“土著群体”（indigenous groups）这一更广义的概念来涵盖狭义上的“土著人”和中国语境下的“土著型少数民族”这两个概念。本文将主要关注中国湖北省、云南省和危地马拉拉比纳尔市（Rabinal municipality）的土著群体。一般来说，土著群体是一个民族国家中最贫困的群体，这些人在政治上也经常被边缘化。因此，对于那些富有且长袖善舞（well-connected）的人，甚至中产阶级——他们不太可能是土著居民——来说，在山谷修建水坝对当地土著群体造成的负面影响很容易被忽视。我的论点并不是基于“土著人应当享有特权或者受到特殊保护”这样一个假设。相反，我的论点是，作为一个实际的问题，

^[1] Stephen R. Munzer & Kal Raustiala, *The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge*, 27 CARDZO ARTS & ENT. L.J. 37, 49 n.25 (2009) [以下简称 Munzer & Raustiala]. 劳斯蒂亚拉和我很清楚，一些国际文件和其他学者对这个术语有着不同的定义或者并没有给定一个定义。

^[2] 土著社区（Indigenous communities）、土著人（Indigenous people）和土著民族（Indigenous nations）是指那些在其领土上发展起来的，在遭受入侵或殖民前具有历史连续性的社区、人民和民族构成的社会，他们有着与当前这片土地上的主流人群不同的身份认同。他们并非社会中的主导力量，但他们决心保护、发展并将其故土和种族身份传递给后代，并与其独特的文化模式、社会制度和法律制度相配合，以作为民族继续存在的基础。ASIA PACIFIC FORUM OF NAT'L HUMAN RIGHT INST. & OFFICE OF THE U.N. HIGH COMM'R FOR HUMAN RIGHT, THE UNITED NATIONS DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES: A MANUAL FOR NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS 6 (2013) (quoting José Martínez Cobo, Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, para. 379) [下简称 INDIGENOUS PEOPLES MANUAL].

^[3] See Benedict Kingsbury, "Indigenous Peoples" in *International Law: A Constructive Approach to the Asian Controversy*, 92 AM J. INT'L L. 414, 417-18 (1998) [下简称 Kingsbury, "Indigenous Peoples"].

^[4] 参见下文脚注[50]-[99]。

各国在政治上和道德上的义务在程序性权利上对土著群体进行重点保护，在实体性权利上也应当有时进行略微的倾斜，例如有关重新安置选择的问题。^[5]归根到底，这一论点仍旧认为非土著群体的穷人或应该享有与土著群体成员基本相同的权利和保护。

我关注中国和危地马拉的土著群体有四个原因。首先，若要对全球各地千差万别的土著群体展开论述全面的讨论，那么即便是一本宏篇巨著也难以囊括。故将目光专注于两个有土著群体的国家之上并详细展开更为现实。其次，中国是一个发达与发展中参半的国家的范例，且它在近几十年来建造了大量的水电大坝。^[6]中国的独特之处在于，它的经济体制处于时刻调整之中，其将过去的共产主义制度在与当前的一些资本主义特征结合起来，^[7]并在土地使用权上做出了重大限制。它的经济发展不再依赖于来自外国的援助，^[8]故美国难以对中国的少数民族政策指手画脚。第三，危地马拉是一个发展中国家，有许多玛雅（Maya）族人作为土著民族。危地马拉有一个重要的水电大坝——奇克索伊大坝（Chixoy Dam）建于 1977-1983 年。^[9]这一工程的建设给土著群体玛雅·阿奇人^[10]带来了沉重的损失，他们遭受了杀戮、酷刑和其他形式的暴力。^[11]这一族群不得不从拉比纳尔（Rabinal）的里奥内格罗（Rio Negro）山谷流落到危地马拉的其他地区，而在此过程中他们几乎没有得到政府的补偿或重新安置援助。^[12]美国可以通过其财政部或世界银行、国际货币基金组织（IMF）或美洲开发银行（IADB）等实体直接或者间接地干涉危地马拉政府的决策。第四，尽管中国和危地马拉在许多方面有所不同，但它们至少有三个共同点：经济上的不平等、腐败和对移民搬迁的土著群体应对措施不足。^[13]

这可能难以完全回答为何本文采取中国和危地马拉作为一对研究对象的所有问题。例

^[5] 从哲学上讲，这一假设部分是基于所谓的道德和政治权利的威胁-保护论（threat-protection view）。这一观点强调，一些权利人在维护和保护他们自己的权利方面往往处于不利地位。例如，儿童在其某些权利方面正处于这种不利地位。法律例子包括儿童在监护权案件中通过代理人发表意见的权利，以及在针对父母的疏忽听证会上的权利。See generally Joel Feinberg, *The Child's Right to an Open Future*, in WHOSE CHILD? CHILDREN'S RIGHT, PARENTAL AUTHORITY, AND STATE POWER 126 (William Aiken & Hugh LaFollette eds., 1980). 为了防止误解，我并非将土著视为幼稚的群体，也不是把他们视为无助的受害者，我只是指出，他们地位上的从属性、遭受压迫和语言上的边缘化会抑制他们主张其道德、政治和法律权利的能力。

^[6] 参见下文脚注[93]。

^[7] 参见下文脚注[118]。

^[8] 参见下文脚注[104]-[146]。

^[9] 参见下文脚注[273]-[275]，[294]-[315]。

^[10] 玛雅阿奇人是阿尔塔和下维拉帕斯的土著居民，人口数量约为 75,000 至 85,000 人，其中约 1,500 人居住或居住在里奥内格罗河谷。Jaroslava Colajacomo, *The Chixoy Dam: The Maya Achi 'Genocide. The Story of Force d Resettlement 1* (World Comm'n on Dams, Working Paper, 1999) [下简称 Colajacomo]. The native language of Maya Achi is Achi. Gary F. Simons & Charles D. Fenmig, *Achi*, in ETHNOLOGUE: LANGUAGE OF THE WORLD (21st ed., SIL International, 2018), [https:// www.ethnologue.com/language/acr/21](https://www.ethnologue.com/language/acr/21) (点击“acr”字符)。

^[11] 参见下文脚注[303]-[313]。

^[12] 参见下文脚注[298]-[302]，[314]，[564]-[594]。

^[13] “中国内部不是铁板一块。虽然上海和北京的居民在一些收入方面几乎与瑞士的居民一样富裕，但该国部分地区的生活更像是危地马拉。” China's Got a \$43,000 Wealth Gap Problem, BLOOMBERG News (May 28, 2018), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-05-20/china-swealth-gap-teslas-for-the-rich-footpaths-for-the-poor>. 去年，中国南部的贵州省和云南省以及北部的甘肃省各的人均 GDP 收入都低于 1 万美元，这与乌克兰、萨尔瓦多和危地马拉相当。同前引。关于腐败问题，见下文第三章第五节第（二）部分和第三章第六节第（二）部分（有关中国）；第四章第四届第（三）部分（有关危地马拉）。

如，有些人可能会问，为什么不调查对象设定为中国——印度或危地马拉——洪都拉斯呢？毫无疑问，以中国——印度为研究对象会引发一场有趣的讨论。但是，由于印度声称它没有殖民接触意义上的土著民族，因此在这方面印度与中国类似而无法作为中国的少数民族的一个对照。将尼加拉瓜和洪都拉斯进行对比也可能是卓有成效的。在洪都拉斯，埃尔卡洪大坝（EL Cajón Dam）不顾反对继续维持水力发电，^[14]此外一名环保人士因为反对在被伦卡土著居民视为圣地的瓜尔卡尔克河（Gualcarque River）上修建阿瓜·扎尔卡大坝（Agua Zarca dam）项目而遭到谋杀，这导致了国际投资者撤回了对该国水电大坝的投资。^[15]然而，大坝建设所引发的暴力事件在洪都拉斯的大坝建设问题上显得无足轻重，但却在危地马拉奇索伊大坝的叙述和相关文献中占据核心地位。此外，如果选取危地马拉和洪都拉斯进行比较，将失去讨论中美洲土著人民的待遇和中国少数民族的待遇的机会。当然，本文并不能保证中国和危地马拉的比较研究就一定是最深刻且富有成效的。

这篇文章希望展现如何在政治和经济可行的前提下，如何为水坝建设项目波及的土著群体提供更好的应对方案以改善他们的生活。更好的应对方案需要精打细算使用资金，当前至少有两个方法可以为此筹措资金。首先可以通过开发自然资源——如在山谷倾泻的水流（的势能）——来产生经济租金。^[16]其次可以通过保留一定比例——例如 10%——的世界银行给大坝修建国家或实体提供的贷款，并将其用于消除项目对土著群体的负面影响。《世界银行业务手册》（World Bank Operations Manual）要求世界银行在向外国政府或与密切相关的实体支付资金时，必须尊重土著人民的利益。^[17]美国资助世界银行，但国会对它没有直接的权力。^[18]然而，根据法律，美国财政部长必须保护土著人民的利益，尤其是人权。^[19]无论资金的来源是什么，在可能的时候，对土著群体预付安置资金都是很重要的。对于这些资

^[14] See Christoph Lehmann, *Of Dams and Hurricanes: Lessons and Recommendations from El Cajon*, 21 MOUNTAIN RES. & DEV. 10, 13 (2001).

^[15] Nina Lakhani, *Backers of Honduran Dam Opposed by Murdered Activist Withdraw Funding*, GUARDIAN (June 4, 2017), <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/04/honduras-dam-activist-berta-caceres> [<https://perma.cc/3L44-DLC8>].

^[16] Michael M. Cernea, *Compensation and Benefit Sharing: Why Resettlement Policies and Practices Must Be Reformed*, 1 WATER SCI. & ENGINEER 89, 95 (2008) [后简称 Cernea, Resettlement]. 塞尔尼娅将“经济租金”定义为“超过用于开发自然资源的投资资本、材料、劳动力成本和其他生产要素价值的盈余（或意外之财）”。同前引，第 95 页。其他关于水电站的研究可参见 Amy McNally et al., *Hydropower and Sustainability: Resilience and Vulnerability in China's Powersheds*, 90 J. ENV'T MGMT. S286 (2009) [运用动力装置（power shed 的空间抽象（spatial abstraction）来分析可靠性和脆弱性]；Thi Dieu Nguyen, *The State versus Indigenous Peoples: The Impact of Hydraulic Projects on the Indigenous Peoples of Asia*, 7J. WORLD HIST. 101 (1996). [采用历史分析，具体参考了世界银行的角色].

^[17] World Bank, WORLD BANK OPERATIONS MANUAL (2015), available at <http://sitere.sources.worldbank.org/EXTOPMANUAL/Resources/EntireOMExternalUpdatedJuly1-2015.pdf> [<https://perma.cc/KKB4-SMTQ>]. 世界银行必须对项目施工区域进行“筛选”（screen），土著居民是否对项目施工区域有所依恋。同前引，4.10, ¶6, 8。如果确认土著人民对施工区域有所依恋，借款国必须进行社会评估并制定土著人民计划（“IPP”），在必要时通过详细的缓解、补偿和重新安置计划来应对任何负面的社会结果，并确保土著人民从该项目中获得“文化上适当的”（culturally appropriate）利益。同前引，¶¶6, 9-12, 15, 16。具体细节参见前引附件 A 和 B。

^[18] Kristina Daugirdas, *Congress Underestimated: The Case of the World Bank*, 107 AM J. NR'L L. 517, 520 (2013) [下简称 Daugirdas, World Bank].

^[19] 主要的法规是修订后的《1961 年对外援助法》和修订后的《1977 年国际金融机构法》，这两部法律都见于美国法典第 22 编（22 U.S.C）关键的条款包括 §§262d, 262o-4, 2151(a)(1), 2151n, 2169, 2271(b)。

金的使用，由于所有成员受到的影响可能不尽相同，故原住民群体与外国政府或贷方可能无法就该群体的需求达成一致，在这种情况下，则可引入一个公正的（第三方）机构来处理该群体及其成员的诉求。^[20]

政府解决由大坝产生的问题可能看起来十分简单。首先，坚持发展伦理，保护土著群体免受不必要或不合理的大坝项目的影响。第二，根除腐败，避免这些将用于这些项目的资金落入政客、官僚和商人的口袋中。第三，对因大坝搬迁而遭受损失的移民及时进行补偿，补偿范围包括大坝搬迁对正在进行中的生产、生活造成的私人财产或公共财产损失。第四，设置一些土地置换作为实物补偿。第五，根据需持续地支付重新安置资金，直到因大坝搬迁而失去家园者在新地点得到稳定的安置为止。第六，当有国家寻求贷款以修建大坝时，贷款实体应当要求债务国政府履行义务：债务国政府应保留部分贷款金额，用于支付补偿和重新安置费用，并建立独立的审计程序，以确保保留的资金确实用于补偿和重新安置。

有些人会声称，改善那些经常受到新建电力大坝不良影响的土著群体条件可能没有那么简单。这种说法是有一定道理的。各国有可能会忽视发展伦理问题。^[21]虽然生态租金确实可以获取，但这些租金往往要等到大坝工程完工或接近完工时才能兑现。因此，即使法律要求对大坝项目占用的私有财产进行补偿，但如果土著群体在其生活和工作的土地上缺乏法律承认的私有财产权，或者不享有任何被承认的财产性权益，那么他们在法律上对于补偿可能根本没有救济。^[22]此外，土著群体的遭遇往往被许多社会所忽视。^[23]他们在世界范围内都时常被认为是经济发展的障碍，他们的生命并不被认为同社会中其他生命一样珍贵。^[24]在最坏的情况下，为迫使土著群体离开待建大坝的河谷，国家政府、其军队或私人民兵有时会恐吓甚至谋杀土著人。^[25]最后，即便有的国家有着良善的纸面上的法律（law-on-the-book），但现实中的法律（law-on-the-ground）则是另外一回事。这些问题将在后文中得到深入讨论。

上述困难虽然具有挑战性，但并不难应付。腐败问题也值得认真关注。本文提供了一些关于大坝、土地使用、经济发展、移民和土著群体的一般性讨论。它简要地讨论了大坝引发发展（dam-induced development）^[26]的伦理问题，并结合特定的发展中国家对水力发电的需求程度，以及受影响的土著群体及其文化进行讨论。

在下文的具体讨论中，我们引入两个有着鲜明对比的例子。第一个是当代中国的大坝

^[20] 这一个机构的通用名称是“索赔解决设施”（claims resolution facility），它有很多变种。Francis E. McGovern, *The What and Why of Claims Resolution Facilities*, 57 STAN. L. REV. 1361-62 (2005).

^[21] 参见下文第二章第七节（中国）和第三章第四节（危地马拉）。

^[22] 参见下文脚注 118, 113-120（中国）；危地马拉对玛雅·阿奇的土地权利的承认一直不稳定，即使玛雅·阿奇人似乎拥有合法的不动产权。参见下文脚注 303-304。

^[23] See *Indigenous Peoples*, AMNESTY INTERNATIONAL, <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/indigenous-peoples> [<https://perma.cc/APC4-G3QR>] (last visited Jan. 23, 2019).

^[24] See U.N. DEP'T OF ECON. & SOCIAL AFF., STATE OF THE WORLD'S INDIGENOUS PEOPLES 87-88, U.N. Doc. ST/ESA/328 (Jan. 10, 2010), available at <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/en/SOWIPweb.pdf> [<https://perma.cc/Q4SPYPYK>].

^[25] 参见下文脚注[303]-[307]、[309]-[313]（危地马拉）。

^[26] 参见下文第二章第七节（中国）和第三章第五节（危地马拉）。

建设和运营的例子。中国有大量法律来应对人们因大坝建设项目而移民搬迁的情况。^[27]但一般而言，纸面的法律和现实中的法律会有所不同。^[28]指导地方当局的法律和法规在实践中往往仍需改进。此外，补偿和相关的安置政策远不完善，且腐败是一个持续的问题。^[29]然而，相比其他许多国家，中国在与土著人（中国语境下是少数民族）打交道方面已近做的比较好了。

第二是危地马拉的大坝建设和运营的例子，特别是在里奥内格罗山谷建设奇索伊大坝。腐败普遍困扰着危地马拉，而居住在该地区的土著玛雅·阿奇人的法律救济几乎不存在。^[30]更糟糕的是，地方武装对土著人施以折磨、强奸和谋杀、烧毁房屋与产业，并对玛雅·阿奇人进行普遍恐吓。^[31]相关赔偿被拖延数十年的情况下，仍旧有许多款项至今没有到位。^[32]重新安置的机会也并不乐观。^[33]在经过几十年的斗争后，玛雅·阿奇才得到些许经济补偿，即便如此，补偿款的数额相较于大坝建设所造成的损害也是微不足道的。^[34]第三部分将显示，危地马拉的政治最近已近开始逐步地改变，美国财政部长能够而且应该发挥更加有效的作用以保障在其出资部分的世界银行和 IADB 贷款为补偿原住民保留一部分。危地马拉可以从中国学到一些东西，反之亦然。^[35]

本文将涉及许多问题。为了避免读者的疲劳，我将不对如下问题进行讨论：（1）土著群体是否应该享有免于移民搬迁的法律豁免权；（2）在大坝建设计划在总体上是合理的前提下，土著群体是否有合法个人或者集体权利以阻止政府征用他们的财产；（3）发展中国家和发达国家的土著群体的权利是否相同；（4）如果一个国家需要更多的电力，如何在修建水电大坝和燃烧煤炭发电之间进行权衡；（5）种族（race）与土著（indigeneity）或民族（ethnicity）是否有关联，若有，有何关联。然而，我确实在考虑，与大坝项目相关的补偿和安置是否能够完全抵消这些项目对土著群体造成的危害。^[36]为了确定调查的背景，我将立即讨论发展和土著群体的问题。

一、发展与土著居民

^[27] 参见下文第二章第一节。

^[28] 参见讨论在中国没有纪念土地使用合同的证书脚注 146（讨论了中国土地使用合同的产权证书难以获取问题），脚注[520]-[565]（讨论了危地马拉纸面上的法律和实际的法律）

^[29] 我所说的“腐败”通常是指为了个人、家庭或政治利益而滥用信任。更多有关于此的讨论参见下文第二章第六节第（二）部分。

^[30] 参加下文脚注[303]-[304]（主要讨论了讨论了两位玛雅·阿奇代表与记载了当地土地所有权“书”在前往危地马拉城的途中“失踪”了）。

^[31] 参见下文脚注[307]，[309]-[313]。

^[32] 参见下文脚注[314]。

^[33] 同上注。

^[34] 同上注。

^[35] 参见下文脚注[89]-[100]。

^[36] 参加下文第二章第七节（中国）与第三章第五节（危地马拉）。

在讨论国际发展时，学者往往忽视土著问题，也往往不将土著问题与国际发展问题联系起来。本部分论述了发展和土著问题，并且讨论了二者的联系，并为中国（第二部分）和危地马拉（第三部分）的大坝建设的后续论述奠定了理论基础。

（一）发展

本节介绍将以一种有点乐观的陈述开始，即水电大坝是各国通过改善基础设施和利用自然资源以使居民受益的一种方式。^[37]在此，我将详细介绍世界银行（WB）、国际货币基金组织（IMF）^[38]和例如亚洲开发银行（ADB）和亚洲基础设施投资银行（AIIB）的相关机构的优缺点。

即使这些机构设立的初衷是好的，人们也仍会怀疑其项目是否对接受贷款的国家产生的都是正面影响。显然，如果其中一个机构决定向一个国家发放贷款以建设水电大坝，它可能会在一定程度上寻求改变该国的运作方式。如果该国的腐败状况严重，放贷机构可能会在发放贷款前坚持要求国家减少腐败，并且将在大坝项目期间进行监督作为接受分期偿还贷款的一个条件。毕竟违约将减少放贷机构未来向该国或者其他国家提供的可贷款资金。

一些经济学家和政治理论家批评放贷机构和受援国之间的某些结构调整协议（“SAAs”）。^[39]SAAs 条款各不相同，但往往要求受援国作出承诺：

使私营部门成为[一国]经济增长的主要引擎，保持低通货膨胀率和价格稳定，缩小国家官僚机构的规模，保持尽可能接近预算平衡，……消除或降低关税，取消对外国投资的限制，增加出口，使国有企事业单位私有化，放松资本市场管制，使其货币可兑换为美元或其他稳定货币，以及……解除对经济的管制，以尽可能多地促进国内竞争……^[40]

这些术语说明了一般情况下 SAAs 是如何通过促进市场开放、企业私有化和放松管制来服务于新自由主义议程。^[41]有争议的是，这些调整措施的积极作用依赖于全球化能够促进经济和社会发展这一前提。^[42]

显然，为了评估 SAAs 可能造成的危害，我们需要一些经验性证据。罗德万·阿布哈布（Rodwan Abouharb）和大卫·辛格拉内利（David Cingranelli）提供证据表明，SAAs 往往

^[37] 参见前注[1]。

^[38] 世界银行集团和国际货币基金组织共同被称为国际金融机构（IFIs）M. RODWAN ABOU-HARB & DAVID CINGRANELLI, HUMAN RIGHTS AND STRUCTURAL ADJUSTMENT 3 (2007)[下文简称 ABOUHAR & CINGRANELLI]. 关于世界银行和危地马拉的更详细讨论参见后文第三部分第四节。

^[39] ABOUHAR & CINGRANELLI, *supra* note 38, at 11.

^[40] THOMAS L. FRIEDMAN, THE LEXUS AND THE OLIVE TREE 103 (2000).

^[41] See ABOUHAR & CINGRANELLI, *supra* 38, at 67-68, 75-77, 191-195（讨论了新自由主义经济学和 SAAs 的影响）。即将出现的一个新问题涉及中国国内融资和对外投资的兴起，中国融资投资机构对发展的看法与国际金融机构不同，他们不太会为融资投资附加条件。See, e.g., Bushra Bataineh, Michael Bennon & Francis Fukuyama, Beijing's Building Boom, FOREIGN AFFAIRS (May 21, 2018), <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2018-05-21/beijings-building-boom>.（他指出，“中国人倾向于高估基础设施项目产生的有益经济溢出效应，而低估了包括经济、社会 and 环境的潜在的危害。”）

^[42] 比较 JOSEPH E. STIGLITZ, GLOBALIZATION AND ITS DISCONTENTS (2002)（讨论全球化的失败）和 MARTIN WOLF, WHY GLOBALIZATION WORKS (2004)（鼓吹全球化的好处）。

加重了贫困人口的苦难,增加了国内冲突,破坏了工人的权利,并侵犯了人权。^[43]他们认为,事实上,尊重人权会促进经济的发展。^[44]与一些学者不同,^[45]阿布哈布和辛格拉内利并没有从 SAAs 破坏民主制度和破坏公民自由的角度批评世界银行和国际货币基金组织,^[46]相反他们声称“如果发展中国家有民主的政治机构,公民享有公民自由的保护,它们可能有更高的经济增长率。”^[47]然而,值得调查的是,发放发展援助的国家是否不仅寻求在受援国获得政治影响力,而且还预见到了大坝将导致当地人民流离失所和腐败横生,抑或是他们认为这些代价是难以避免的。

目前学界还没有就促进经济和社会发展的最佳途径达成共识。例如,马特·安德鲁斯(Matt Andrews)认为,以提高“短期”效果为目的的改革“往往是不现实的”,而通过“问题驱动的迭代适应”进行的机构改革才是更好的选择。^[48]一个不那么乐观的例子是新马克思主义(Neo-Marxist)理论,这些理论声称发展中国家将陷于长期的不发达状态,这是因为资本主义和促进资本主义的制度会随着时间的推移而变化。^[49]

对经济投资的广泛探索超出了本文的范围。但是,发展问题和土著问题并非相互孤立的,相反它们可以相互影响。因此,认识到国际投资机构和政策的力量以及在发展交易中问责的必要性,对于评估大坝建设及其对土著生活、土地和事务的影响至关重要。例如,坚持中断政府援助项目的发展型 SAAs 可能会对受益于这些项目的土著群体产生负面影响。经济发展所伴生的风险在我对中国和危地马拉大坝建设项目的评估中发挥了作用。

(二) 土著

我们是否有理由认为:即便中国没有人们普遍理解的狭义的“土著人”,但却有“土著型少数民族”,他们有权享有与世界上大多数其他地区的土著人基本相同的保护?^[50]我认为答案是肯定的。土著(Indigeneity)是一个抽象的名词,包括狭义的土著人和土著型少数民族。

让我们词源开始,形容词“indigenous”来自拉丁语单词 *indigena*,意思是“本地的”

^[43] ABOUHAR & CINGRANELLI, *supra* 38, at 144, 168-169, 201. SAAs 的另一个术语是结构调整程序(SAPs)同前引,第4页。

^[44] 同前引,第29页。SAMUEL MOYN, *NOT ENOUGH: HUMAN RIGHTS IN AN UNEQUAL WORLD* (2018) 当然,认为保护人权并不总是减少社会和经济不平等的观点是正确的。然而,来自政治中心的人权议程比莫因所批评的政治左翼人权议程更有机会减少不平等。

^[45] See ABOUHAR & CINGRANELLI, *supra* note [38], at 203 (citing AMARTYA SEN, *DEVELOPMENT AS FREEDOM* (1999)).

^[46] See ABOUHAR & CINGRANELLI, *supra* note [38].

^[47] 同前引。隶属于亚洲开发银行(ADB)和的亚投行(AIIB)对此可能对此持有不同观点。参见前引41。

^[48] Matt Andrews, *THE LIMITS OF INSTITUTIONAL REFORM IN DEVELOPMENT: CHANGING RULES FOR REALISTIC SOLUTIONS* xi-xii (2013).

^[49] 以便阐明和讨论这些理论,参见 B. N. GHOSH, *DEPENDENCY THEORY REVISITED* 16-17 (2001); MANNING MARABLE, *HOW CAPITALISM UNDERDEVELOPED BLACK AMERICA: PROBLEMS IN RACE, POLITICAL ECONOMY, AND SOCIETY* 24-26 (2015); WALTER RODNEY, *HOW EUROPE UNDERDEVELOPED AFRICA* 10, 14, 95 (1972).

^[50] 我说“大多数其他地区”是因为其他一些亚洲国家,如日本,经常声称他们也没有土著民族。参见,例如 Kingsbury, “*Indigenous Peoples*,” *supra* note 3, at 429-30 (该文章讨论了日本有关阿伊努人的立场)。

(native)。^[51]这使得这个词具有了原属于一个地方或领地的含义。由于《联合国土著人民权利宣言》^[52]和学者为解释该词所做的努力，^[53]“土著人”(indigenous peoples)一词具有法律层面的含义。其中 peoples 指的不只是一个家庭或一个家族，但该词所指代的社会文化群体的规模和性质仍旧是模糊的。另外一个较新的词“人群”(population)，在群体遗传学中得到了使用，它的使用可能会增加自然科学研究的色彩，但在目前的背景下，它还不是一个常见的词。

我们感谢本尼迪克特·金斯伯里(Benedict Kingsbury)发表的一篇关于“土著人”定义的具有里程碑意义的文章。^[54]他明智地拒绝尝试给出一个他称之为“实证主义”(positivist)^[55]的“精确的定义”。相反，他提出了一个“建构主义”(constructivist)的定义。^[56]这一灵活且试探性的定义由“基本要求”(essential requirement)和“相关指标”(relevant indicia)构成。^[57]他认为：

1. 基本要求

- 自我认同构成一个独特的族群(ethnic group)
- 在历史上曾经遭受严重的破坏、混乱与剥削，或者因偶然因素而

十分容易受之影响。

- 长期与该地区有联系
- 希望保持一个独立的身份认同

2. 相关指标

^[51] WEBSTER'S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE UNABRIDGED 1151 (Philip Babcock Gove ed., 2002), s. v., "indigenous." 而“本地人”(native)一词有时意味着“当一片领土被发现或者被外界所知悉的时候就居住在其上的人民”。同前引，第1505页，s. v., "native," 第12a释义：“本地”(native)有时意味着“固有的”(inherent)或“天生的”(inborn)，同前引，s. v., "native," 第1释义；或者当该词应用于植物时，它的意思是“在特定地区自然生活或生长”，同前引，s. v., "native," 第6c释义。

^[52] 参见 G.A. Res. 61/295, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (Sept. 13, 2007). (没有提供对这个短语的定义) 另见 Article 1(1)(b) of the Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO No. 169), June 27, 1989, 28 I.L.M. 1382, 1384-85 (1989) (注明了“……那些被视为土著的人”)。由于“土著人民”的含义是如此多样，这也就导致了围绕这一概念而产生的问题也十分多样：(1) 以色列的贝都因人和阿拉伯人应该被算为土著民族吗？参见 Seth J. Frantzman et al., *Contested Indigeneity: The Development of an Indigenous Discourse on the Bedouin of the Negev, Israel*, 17 ISRAEL STUD. 78, 78-79 (2012)；(2) 如何认定那些在不同国家的国家公园中四处迁徙的人们？相关讨论参见 Marcus Colchester, *Indigenous Peoples and Protected Areas: Rights, Principles and Practice*, 7 NOMADIC PEOPLES 33, 33-35 (2003)；(3) 马赛人和非洲其他团体是土著人民吗？相关讨论参见 Dorothy L. Hodgson, *Becoming Indigenous in Africa*, 52 AFRICAN STUD. REV. 1 (2009)；坦言之，日本能拒绝将阿伊努人视为土著民族吗？参见前文脚注3，Kingsbury, "Indigenous Peoples", 第429-30页；在印度的种姓制度、民主制度和宗教信仰下，它是否能坦言“‘土著人民’的概念在其境内不适用”？参见同上，第433页(种姓)；Dipesh Chakrabarty, *Politics Unlimited: The Global Adivasi and Debates About the Political*, in INDIGENEITY IN INDIA 235, 240-41 (Bengt G. Karlsson & Tanka B. Subba eds., 2006) (*dalits and adivasi*)。

^[53] 参见前文脚注[2]-[3]。

^[54] 参见前文脚注[3] Kingsbury, "Indigenous Peoples"。

^[55] 同前引，第414页。金斯伯里将实证主义与分析哲学联系起来，但并没有将其与任何特定的思想家联系起来。

^[56] 同前引，第415页。

^[57] 同前引，第455页。

(1) 强指标

- 在国家（或地区）的社会中不占主导地位（一般性的要求）
- 与特定地区的土地或领土（land or territories）有密切的文化联系

（一般性的要求）

- 与该地区的原住民存在历史（尤其是血缘上）的连续性。

(2) 弱指标

- 与周边人群存在社会经济和社会文化差异
- （具有与周边人群）不同的客观特征，如语言、种族、物质文化

或精神文化

- 被周边人群视为土著人或在法律和行政中被定义为土著人。^[58]

金斯伯里的建构主义定义与中国的观点有何不同呢？中国签署了《联合国土著人民权利宣言》，^[59]但其坚持认为在其境内没有“土著人”（indigenous people），只有“少数民族”。^[60]然而，根据金斯伯里的建构主义定义，这些少数民族似乎可以算作土著人民，因为它并不要求土著人民有被入侵、被征服或被殖民的历史。^[61]如果这是对金斯伯里的定义的正确理解，那么这种理解仍然回避了中国的立场，因为它没有与中国在这个问题上的潜在推理作斗争。中国政府认为“土著人民”一词只适用于受到欧洲殖民主义压迫的人民，而构成中国人口一部分的少数民族在历史上很少或根本没有与欧洲殖民者接触。^[62]1995年，早在签署《宣言》之前，中国就声明：

和大多数亚洲国家一样，中国境内的不同的民族长期生活中中国的土地上。虽然中国没有土著人民的问题，但中国政府和人民完全同情土著人民的历史困境和目前的困境……宣言草案必须明确界定土著人民是什么，以确保它所确立的特权能够准确地针对真正的土著人民社区，而不会受到扭曲、任意扩展或遇到混乱。^[63]

假设根据马丁·内斯·科博的定义^[64]或“实证主义”的定义，土著人民意味着他们需要

^[58] 同前引（原文中的斜体，要点和列举）。

^[59] United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, *supra* note 52.

^[60] 这一词语也可以被翻译为 minority nationalities。关于其语言学背景及其历史背景可参见 Ma Rong, *A New Perspective in Guiding Ethnic Relations in the 21st Century: "De-Politicization" of Ethnicity in China*, 2 PROCEDIA SOC. & BEHAV. SCI. 6831 (2010)。中国境内实际存在的少数民族数量可能会超过官方承认的 55 个。HUANG CHI-PING, THE INDIGENOUS WORLD 2015 241 (2015)。截至 2018 年 11 月 13 日，不包括台湾、香港和澳门的中国大陆人口为 1,418,386,516 人。China Population 2018, <http://worldpopulationreview.com/countries/china-population/> [https://perma.cc/G5TT-TK5W] (last visited Feb. 27, 2019)。

^[61] 参见前文脚注[3] Kingsbury, “Indigenous Peoples”，第 455 页。

^[62] See Comm’n Hum. Rts., Consideration of a Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, U.N. Doc. E/CN.4/WG.15/2 (Oct. 10, 1995)。

^[63] 同前引。

^[64] 参见前文脚注[2]，INDIGENOUS PEOPLES MANUAL，第 6 页。

充分的理由反对根据金斯伯里的“建构主义”对于土著人的定义。然而在上述前提下，本文将中国的少数民族称为“土著型少数民族”仍旧是合情合理的。毕竟，在上面引用的段落中，中国承认了这些少数民族“长期生活在中国的土地上”。^[65]因此，抽象名词“土著人”

(indigenous peoples) 包括了狭义的土著人和中国土著型少数民族。虽然如第一节所示，非土著个体，如危地马拉贫穷的拉丁诺人(Ladinos)和中国贫穷的汉族农民，也可能遭受大坝建设所带来的负面影响且也应得到相应的处理，然而，本文考察的重点主要是土著人。

上述的论点剥离出金斯伯里讨论所不及的三个问题。首先，他对土著民族的建构主义立场很可能优于实证主义立场，即使这样可以得出中国没有土著民族的结论。其次，中国的少数民族属于土著居民，因为他们已经在中国本土生活了数百年，甚至在某些情况下还存在着两千年。无论中国政府如何宣称，这些少数民族都是土著，接受中国的少数民族不是土著的立场是明显错误的。第三，中国的土著少数民族是否与土著人民功能对等(functional equivalence) 取决于作为主体民族的汉族当前与未来如何对待他们。

让我们对第三点展开进一步讨论。让我们假设，如果将中国少数民族认为是土著人则要求中国少数民族满足金斯伯里的基本要求和强指标。^[66]在他的基本要求中，“历史上遭受严重的破坏、混乱或剥削”似乎特别重要。^[67]“在国家社会中不占主导地位”和“与特定土地或领土密切的文化联系”的强指标似乎也很重要。^[68]对于这些和其他的要求和指标在具体案例中是如何被满足的讨论我将留到第三部分再详细展开。现在它们将帮助揭示少数民族是如何遭受人口占比约 91.64% 的汉族人的压迫的。^[69]在下一章中所主要讨论的少数民族包括土家族、苗族、傈僳族和藏区民族，如白族、如怒族、普米族和独龙族。^[70]

中国的土著型少数民族在功能上相当于受到欧洲殖民主义不利影响的国家的土著人，这主要有三个理由。首先，汉人在上个世纪垄断了中国的政治和文化精英。自从 1912 年由满清政权垮台以来，“中国的最高领导人一直是汉人，且汉人在政治、经济和社会精英中也是占比畸高”。^[71]目前中国政府对少数民族的政策可以追溯到中国共产党(CCP)的崛起，

^[65] 参见脚注[63]对应的前文。

^[66] 参见脚注[58]对应的前文。

^[67] 见前文脚注[3] Kingsbury, “Indigenous Peoples”, 第 453 页。

^[68] 同前引，第 455 页。

^[69] 55 个少数民族占人口的平衡比例约为 8.36%。所有 56 个民族群体的清单，包括统计数据和可获得的背景信息可以参见 RONGXING GUO, CHINA ETHNIC STATISTICAL YEARBOOK 2016 ix-x (2017). 壮族是最大的少数民族，约有 16,178,811 人。Zhuang Ethnic Minority, CHINA TRAVEL (Nov. 13, 2018), <https://www.chinatravel.com/facts/zhuang-ethnic-minority.htm> [<https://perma.cc/E3PJ-R4FX>].

^[70] 参见脚注[161]、[176]、[178]、[187]、[191]-[192]对应的后文。

^[71] Reza Hasmath & Andrew W. MacDonald, *Beyond Special Privileges: The Discretionary Treatment of Ethnic Minorities in China's Welfare System*, 47 J. Soc. POL'Y. 295, 295 (2018) [后简称 Hasmath & MacDonald].

该党宣称民族“生而确定的”。^[72]但奇怪的是，“占主导地位的汉族……是有文化多元的人口所构成。”^[73]实际上，最终的55个少数民族中确实包含了一些得到特殊待遇群体，这是由于它们在1934-1935年长征和第二次世界大战期间（对中共）的支持，这些群体例如“苗族、彝族、藏族、蒙古人、回族”。^[74]

第二，汉族时常控制（dominant）其他被承认和未被承认的少数民族，这与危地马拉等国家的移民群体和土著民族之间的关系类似。^[75]吴晓刚（Xiaogang Wu）和宋习（Xi Song）指出，中国以民族为基础的社会秩序，导致了汉族和维吾尔族之间的关系日益恶化。^[76]在新疆，自2014年以来，政府将维吾尔族送往“改造营”*数周或数月，以遏制维吾尔人文化并弱化伊斯兰教的习俗。^[77]汉族还对不受官方承认的少数民族实施控制，如摩梭族和穿青族，其中部分原因就在于拒绝承认它们作为一个少数民族。例如在马丁内斯·科博的研究^[78]中身份认同是土著人民的一个共同特征。^[79]同样在金斯伯里的建构主义定义下，“自我认同作为一个独特的民族群体”是作为一个土著人民的基本要求。^[80]在没有充分理由的情况下，中国的少数民族政策不允许将自我认同视为少数民族（minority nationality）或土著（indigeneity）的一个特征或部分标准。^[81]

^[72] 同前引，第296页。有关苏联对中国共产党的少数民族政策的影响，参见XIAOYUAN LIU, RECAST ALL UNDER HEAVEN: REVOLUTION, WAR, DIPLOMACY, AND FRONTIER CHINA IN THE 20TH CENTURY 109-32 (2010); Yash Ghai, *Autonomy Regimes in China: Coping with Ethnic and Economic Diversity*, in AUTONOMY AND ETHNICITY: NEGOTIATING COMPETING CLAIMS IN MULTI-ETHNIC STATES 77 (Yash Ghai ed., 2000); Rong Ma, *Reflections on the Debate on China's Ethnic Policy: My Reform Proposals and Their Critics*, 15 ASIAN ETHNICITY 237, 238 (2014)（“中国共产党自1921年以来的‘民族论’和1949年以来中华人民共和国的少数民族政策理论和实践都遵循苏联的理论和模式，除了在少数民族地区建立区域自治而不是联邦制之外”）Cf. James Leibold, *Ethnic Policy in China: Is Reform Inevitable?*, 68 POL'Y STUD. 1, 5 (2013)（“中国共产党确实对马列主义理论在民族问题上的一些重要方面进行了中国化改造”）。

^[73] Hasmath & MacDonald, *supra* note [71], at 296. See also Michael Dillon, Majorities and Minorities in China: An Introduction, 39 ETHNIC & RACIAL STUD. 2079, 2082, 2085 (2016)（该文章描述了汉族人之间的语言差异，以及使用“汉族”来“表示一个民族”的起源）。

^[74] Hasmath & MacDonald, *supra* note [71], at 297. See also Barry Sautman, *Preferential Policies for Ethnic Minorities in China: The Case of Xinjiang*, 4 NATIONALISM & ETHNIC POL'Y. 86 (1998)（讨论了中国对少数民族的一些优惠政策）。

^[75] 参见前文脚注[3] Kingsbury, “Indigenous Peoples”，第424页。

^[76] See generally Xiaogang Wu & Xi Song, *Ethnic Stratification amid China's Economic Transition: Evidence from Xinjiang Uyghur Autonomous Region*, 44 SOC. SCI. RES. 158 (2014).

* 译者注：所谓“改造营”实则是职业教育培训中心，其职能是通过“集中培训、寄宿学习、实践培养”等多种形式开展免费职业技能教育培训。参见国务院新闻办公室：《新疆的职业技能教育培训工作》，2019年8月16日。https://www.gov.cn/zhengce/2019-08/16/content_5421633.htm。

^[77] Chris Buckley, *The Leaders Who Unleashed China's Mass Detention of Muslims*, N.Y. Times, Oct. 13, 2018, at A1. 似乎有一些中国学者正劝说中国政府，给予少数民族更大的自治权“助长了苏联的解体，助长了民族分裂主义”，中国应该避免类似的麻烦。

^[78] 参见脚注[2]对应的前文。

^[79] 参见前文脚注[2] INDIGENOUS PEOPLES MANUAL，第6页（他们有着与当前这片土地上的其他人群相区别的身份认同）。

^[80] 参见脚注[58]对应的前文。

^[81] “摩梭人和穿青人都自认为是少数民族，但他们并不被官方所承认。” John E. Petrovic & Roxanne M. Mitchell, *Comparative Reflections on Philosophies of Indigenous Education Around the World*, in INDIGENOUS PHILOSOPHIES OF EDUCATION AROUND THE WORLD 249, 250 (John E. Petrovic & Roxanne M. Mitchell eds., 2018). 摩梭人，通常自称为“纳”，主要生活在西藏自治区的山麓地带。参见 Eileen Rose Walsh, *From Nü to Nüer Guo: Negotiating Desire in the Land of the Mosuo*, 31 MODERN CHINA 448, 449-51 (2005)（报道称，自1990年代以来，摩梭人已经开始慢慢接受旅游业，并将他们的文化艳俗化以吸引更多的游客）。

第三，格雷·塔特尔（Gray Tuttle）认为，中国政府不仅要镇压少数民族，还具有种族主义倾向。^[82]因为塔特尔没有定义“种族”（race）、“种族主义”（racism）或“种族的”（racial），所以很难评价他对种族主义的具体主张。然而，他通过讨论中国政府对待藏族的政策来支持他的种族压迫的主张。中国官方媒体也偶尔“委婉地”地承认存在“大汉族主义”的民族压迫。^[83]例如“对藏人和其他非汉族公民的深刻和广泛的敌意和歧视”；^[84]将藏人视为“二等公民”，“剥夺他们享有汉族人享有的基本机会、权利和法律保护”；^[85]由“安全执法人员”以“额外注意和询问”的形式对藏人进行民族定性（ethnic profile）。^[86]博物馆“扭曲了西藏的过去”，“把它描绘成‘人间地狱’，把西藏人描绘成一个需要文明的野蛮、落后的民族”。^[87]塔特尔指出：“北京认为，中国对少数民族的承认是中国尊重少数民族的一个标志。实际上，这只是将不平等进行了法典化。”^[88]

上述论点有力地表明，中国有土著型少数民族，他们与受欧洲殖民主义不利影响的国家的土著人民处境相似。^{*}在建设和运营大坝的背景下，上述论点也适用于占主导地位的一个或多个群体对待少数群体的态度。因此，中国政府对待其境内少数民族的方式应当与其他国家对待其境内的土著人一致。

此外，将中国和危地马拉放在一起讨论也有更具体的好处。中国可以学习危地马拉在建造奇索伊大坝时对玛雅·阿奇人的态度。危地马拉的私人 and 公共所有权制度的记录保存不足和执行不力，几乎没有保护玛雅·阿奇免受政府的剥削。^[89]但同时，危地马拉没有户口制度，这使得玛雅·阿奇人和其他土著群体得以获得在其他地方就业和居住方面更灵活的前景，尽管最近危地马拉将这个宝贵的机会浪费了。^[90]危地马拉的准军事组织和其他组织引发的极端暴力事件，侵犯了人权，加剧了不平等，并给玛雅·阿奇人造成了严重的创伤。^[91]政府、军队和商业企业的腐败降低了公民的社会经济福利，拖累了 GDP，并在国际上造成了负面宣传。上述的问题仅仅是冰山一角。^[92]

^[82] Gray Tuttle, *China's Race Problem: How Beijing Represses Minorities*, 94 FOREIGN AFF. 39, 39 (2015).

^[83] 同前引，第 44 页。

^[84] 同前引，第 39 页。

^[85] 同前引，第 40 页。

^[86] 同前引。

^[87] 同前引，第 43 页。

^[88] 同前引，第 42 页。我承认，中国对西藏和新疆维吾尔族的镇压在一定程度上因为中国政府希望加强对这些居住在内陆的群体控制，这种镇压往往还涉及对宗教和当地文化的蓄意破坏。即便如此，大坝引发的迁徙对中国原住民少数民族的影响也绝非偶然。

^{*} 译者注：上述内容仅代表作者和部分学者的观点，所述内容之客观性与真实性有待考证。

^[89] 参见脚注[303]-[304]对应的下文。

^[90] 户口制度，正式称为“户籍”，是中国和其他几个东亚国家的户口登记制度。See FET-LING WANG, ORGANIZING THROUGH DIVISION AND EXCLUSION: CHINA'S HUKOU SYSTEM (2005). 在中国，从 20 世纪 50 年代初开始，这种复杂的户籍制度决定不同人群的居住地点，受教育地点和社会福利待遇。参见，例如 Kam Wing Chan, *The Chinese Hukou System at 50*, 50 EURASIAN GEOGRAPHY & ECON. 197, 197-98 (2009) [下简称 Chan, *Hukou*]（这篇文章讨论了这一制度对中国工业化和城市化的影响）。参见脚注[204]-[313]所对应的下文。

^[91] 参见脚注[303]-[313]对应的下文。

^[92] 参见脚注[556]-[583]对应的下文。

同样，危地马拉也可以借鉴中国在建设湖北省三峡大坝和云南省正在进行的大坝工程中对少数民族的方式。中国的财产制度，几乎没有对土地上的私有和公共财产利益的保护，这降低了土地有效利用所需要的激励，也未能保护少数民族免受政府和腐败的商人、政客和官员的剥削。^[93]尽管如此，中国物权法的详细规定使得受影响的少数民族可以期待政府的补偿因而给了他们一种确定感。^[94]户口制度，或者类似的制度，不适合危地马拉，因为它过度限制了有更好就业机会的地区的流动；这样的制度还会给政府带来更大的官僚成本。^[95]在暴力应用上，即使是通过温和的国家暴力来驱逐和安置土著群体也会造成内乱，促进集体抗议，加剧经济不平等，并对少数民族的心理健康产生负面影响。^[96]在腐败方面，危地马拉和中国都应吸取教训。^[97]上述的问题也仅是非常有限的一部分。

看到将中国与危地马拉放在一起比较的好处的方法是，关注两个国家处理电力大坝时最佳和最坏的做法。中国的最佳做法是建立一套适用于大坝建设和运营的财产和行政法律体系。这一制度也适用于移民的补偿安置，即使可能实际支出不足，中国也至少承认政府有补偿和重新安置的义务。^[98]中国最糟糕的做法是猖獗的腐败和户口制度。危地马拉的最佳做法包括在 1999 年加入一项和平协定，并成立了一个国际委员会来控制腐败。^[99]它最近最糟糕的做法包括对玛雅·阿奇人使用的极端暴力，以及长期拒绝向那些受到水坝影响的土著人支付哪怕是象征性的赔偿。^[100]

二、中国大坝建设：移民安置与补偿问题中存在的问题

中国的法律资料和二手文献通常将因大坝建设和运营而流离失所的人称为“移民”，^[101]我将在这部分将采纳这种称谓。移民包括一部分汉族和一部分少数民族，而我将主要关注后者。在本章的第一节将首先解释中国关于移民补偿安置的法律法规。接下来，我考察了湖北省三峡大坝建设过程中移民安置的结果。然后考察了云南省类似大坝项目的影响，以及拟建

^[93] 参见脚注[97]-[141]，[222]-[223]，[225]，[237]-[257]对应的下文。

^[94] 参见脚注[104]-[142]对应的下文。

^[95] See Chan, *Hukou*, *supra* note [90], at 196-97.

^[96] 参见脚注[28]-[30]对应的上文。也参见脚注[144]-[158]对应的下文。

^[97] 参见脚注[577]-[585]对应的下文。正如苏珊·罗斯阿克曼（Susan Rose-Ackerman）所明确指出的那样，腐败在许多国家都是一个经济、文化和政治问题。但她认为改革是可以实现的。See generally SUSAN ROSE-ACKERMAN, *CORRUPTION AND GOVERNMENT: CAUSES, CONSEQUENCES, AND REFORM* (1999)（下简称 ROSE-ACKERMAN）

^[98] See Pu Wang et. al., *Compensation Policy for Displacement Caused by Dam Construction in China: An Institutional Analysis*, 48 GEOFORUM 1, 5-7 (2013).

^[99] 这种被称为“危地马拉消除有罪不罚国际委员会”（“CICIG”）的国际-国内安排，这一安排得到了美国的支持，这也反映了美国对危地马拉政策的一个可喜的变化。See Eric A. Witte, *Why the U.S. Should Aid Guatemala's Anti-Corruption Push*, AMERICAS Q. (Mar. 1, 2018), <http://americasquarterly.org/content/how-us-can-aid-guatemalas-anti-corruption-push> [https://perma.cc/G5AP-Z8H9] [下简称 Witte, *Guatemala*] (reaffirmation by Nikki Haley, U.S. ambassador to the U.N., on Feb. 28, 2018).

^[100] 参见脚注[303]-[314]对应的下文。

^[101] 参见脚注[105]对应的下文。

大坝项目对云南省西北部怒江的可能影响,这一部分重点介绍了重新安置对云南省少数民族的影响。最后,我仔细研究了几项改善补偿和重新安置的建议策略,并指出了中国的政策和做法具体存在的问题和潜在的解决方案。^[102]

(一) 移民安置、补偿和法律

在中国,有关土地产权的法律包括了《中华人民共和国物权法》(《物权法》)、^[103]《中华人民共和国土地管理法》(《土地管理法》)^[104]和《大中型水利水电工程建设征地补偿和移民安置条例》(《征地补偿条例》)。^[105]其中《物权法》在财产权上对少数民族和汉族一视同仁。^[106]

《土地管理法》第四十七条规定了土地的征用和补偿。^[107]这一规定没有提到少数民族或移民,但确有讨论土地的征用、补偿和重新安置。^[108]对于征用农业(耕地)土地,提供的金额包括(1)土地补偿费、(2)安置补助费和(3)地上附着物和青苗的补偿费。^[109]土地补偿的范围是前三年平均产值的6至10倍。^[110]每一个需要安置的“农业人口”的安置补助费标准,为该耕地被征收前三年平均年产值的四至六倍。^[111](1)和(2)的之和被称为基本补偿,范围为平均产值的10到16倍。^[112]第四十七条承认补偿的上限可能是在某些情况下并不充分,^[113]但它明确指出,除在特殊情况下外,基本补偿不得超过平均产值的30倍。^[114]这一规定尽管并没有规定如何确定地上附着物和青苗的价值,但其还是涉及了中国补偿安置政策的要点。^[115]

但是,该法案的第五十一条规定:“大中型水利、水电工程建设征收土地的补偿费标准和移民安置办法,由国务院另行规定”。^[116]

对美国读者来说,第四十七条和第五十一条将水利水电工程进行单独处理显得有些

[102] 罗冲(Chong Luo)的帮助对于我了解中国的人口流动和水电大坝非常宝贵。本研究在很大程度上要归功于她的研究、汉语能力和对当代中国的了解。

[103] 《中华人民共和国物权法》(主席令第62号)(中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会议于2007年3月16日通过,自2007年10月1日起施行) <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=6642&lib-law&SearchKeyword=property%20law&SearchCKeyword> [https://perma.cc/8GCF-4U3G] [下简称《物权法》]

[104] 参见《中华人民共和国土地管理法》(根据2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改<中华人民共和国土地管理法>的决定》第二次修正,即日起生效) http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383939.htm [https://perma.cc/3KVQ-NQN8] [下简称《土地管理法》]

[105] 参见《大中型水利水电工程建设征地补偿和移民安置条例》(2006年7月7日颁布,2006年9月1日生效) <http://en.pkulaw.cn/Display.aspx?Lib=law&Id=5462&keyword=> [https://perma.cc/LBT5-WYHT] [下简称《征地补偿条例》]

[106] 参看《物权法》,第五十一条(暗示“文物”属于国家)

[107] 参见前引[104],《土地管理法》,第47条。

[108] 同前引。

[109] 同前引。

[110] 同前引。

[111] 同前引。

[112] 参见前引[104],《土地管理法》,第四十七条。

[113] 同前引。

[114] 同前引。

[115] 同前引。

[116] 同前引,第五十一条。

奇怪。在美国，宪法第五修正案中的征用条款适用于“私有财产”，而根据判例法，“公正的补偿”几乎总是具有公平的市场价值（fair market value）。^[117]但正如我们所解释的，依据中国物权法，存在“社会主义市场经济秩序”，“公有制”起着“主导作用”，^[118]而私有的土地财产利益受到严格限制。此外，第四十七条和第五十一条之间的关系可能会引发美国读者的另一种疑惑，即不清楚五十一条所规定的赔偿有是否会低于第四十七条规定的赔偿。

对第五十一条的官方解释给出了大坝和水利工程的安排与其他公共工程不同的五个原因。^[119]首先，这些项目规模相当庞大。第二，这些项目征用的土地相较于铁路和公路建设更加集中，移民在地理上也更集中。第三，大坝水库一般位于用于农业的偏远地区，大坝移民通常被重新安置在非农业地区。第四，因大坝和水利工程迁移的移民的生活条件和生活水平通常低于因其他公共工程迁移的移民，特别是农民，除非得到很好地安置，否则他们可能面临长期困难。第五，这些项目的补偿资金往往不足，这实际上意味着对移民的补偿在初期会比较低，而一旦这些项目完成并产生利润，给予移民更长期的支持就可以弥补这种情况。^[120]最后一个原因是最重要和最容易受到批评的原因，因为政府被认为应该在移民搬迁之初就充分补偿他们。

《征地补偿条例》遵循了《土地管理法》的总大纲，但其对第四十七条和第五十一条之间的不明确性进行了进一步的规定。^[121]《条例》第二十条至第二十五条涉及大中型电力大坝和水利工程的土地补偿问题。^[122]根据本《条例》第二十二条规定，“土地补偿和安置补助费为前三年耕地年平均产出”^[123]的16倍，这比《土地管理法》第四十七条规定的10倍基本补偿的下限更高，^[124]但它低于基本补偿的最高限额，即根据第四十七条规定的30倍。^[125]

同样，《征地补偿条例》对移民安置的规定要比《土地管理法》详细得多。移民不一定是少数民族的成员，^[126]但国家经常选择在中国的一些少数民族数量众多的地区修建大坝，

^[117] 美国宪法第五修正案。参见，例如 *United States v. 564.54 Acres of Land*, 441 U.S. 506, 506-11 (1979)（以公平的市场价值作为公平补偿的衡量标准）。

^[118] 同前引[103]，《物权法》第一，第三条。第三条中的公有制包括集体所有权和国有制。

^[119] 参见《中华人民共和国土地管理法释义》。http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/xingzheng/2000-11/25/content_8294.htm [<https://perma.cc/W7T7-QVMP>] (last visited Nov. 22, 2017).

^[120] 同前引，以下是官方解释：“土地补偿标准和安置方式征用土地建设大中型水利工程和水电项目应当由国务院单独确定，因为与其他项目相比，大中型水利工程和水电工程有一些特点：一是大型、中型水利、水电工程征地面积大，通常占地数万亩农田。第二，与涉及许多乡镇的铁路、公路项目不同，水利、水电项目的征地相对集中，因此移民相对集中。第三，水库的位置通常是偏远的。这些地方缺乏安置移民的征用土地，将工作从农业改为非农业。安置移民的唯一方法是综合农业和非农业发展，包括农业、林业、渔业、牧业、各种小型工业和开办乡镇企业。第四，由于库区的经济和自然条件较差，人民生活水平较低，如果农民定居不好，将面临长期的困难。第五，对水利项目和水电项目的投资不足，只能给予移民低标准的安置补偿。水利工程和水电工程完成后，移民可以得到额外的支持和补偿，获得盈利。”

^[121] 参见前引[105]，《征地补偿条例》，第一条。

^[122] 同前引，第二十条至第二十五条。

^[123] 同前引，第二十二条。

^[124] 同前引[104]，《土地管理法》第四十七条。

^[125] 同前引。

^[126] 参见前引[104]，《土地征用条例》，第十一条。

因此《征地补偿条例》第十一条是提及了“少数民族”。^[127]

中国监管规定反映了在考虑水电大坝对社会经济影响时所展现的关怀，而这是许多国家所没有的。例如，《征地补偿条例》第三条规定，国家应“采取前期补偿、补助与后期扶持相结合的办法，使移民生活达到或者超过原有水平”。^[128]第五条规定，国家及其下级部门，包括“县级以上地方人民政府”，负责处理与电力大坝工程有关的移民安置工作。^[129]“项目法人”——基本上是负责项目的法人实体——必须准备一份详细的安置移民的计划。^[130]该计划是水坝建设获得政府批准的必要条件，且该计划必须由“省、自治区、直辖市”公开公告和批准。^[131]然而，有些条款似乎与对移民的保护产生了不利的影响，例如对于拒绝搬迁的人而言缺乏有效的救济。^[132]

《征地补偿条例》下的重新安置计划必须考虑所有被淹没土地的价值，包括地上附着物和青苗、^[133]森林和植被。^[134]第十一条规定，计划在决定安置地点时，必须考虑淹没地区的“资源环境承载能力”，“编制移民安置规划应当尊重少数民族的生产、生活方式和风俗习惯”。^[135]第十一条对这些群体很重要，因为这在很大程度上取决于该计划将如何保障他们的经济和文化福利。

至于补偿机制，地方政府必须直接向每个移民支付初步补偿和所有的后期扶持，^[136]除非当地政府认为资金可以更好地被用以投资“交通、能源、水利、环保、通信、文化、教育、

^[127] 同前引。

^[128] 同前引，第三条。

^[129] 同前引，第五条。

^[130] 同前引，第六至十九条。

^[131] 同前引，第六，第二十二条。

^[132] 例如，第十五条要求项目法人或项目行政部门“广泛听取移民和移民安置区居民的意见”，但只有“必要时”才必须举行听证。第三十八条规定，安置方案经批准，以后认为需要调整或者修改的，只有“地方人民政府”或者其他“原批准机关”才可以变更。同前引第十五，第三十八条。但是，第三十八条并没有明确给予移民调整或修改重新安置计划的发言权。移民可以向省级或中央政府申诉，也可以向法院起诉，但在这两种情况下，他们改变重新安置计划的前景都不确定。

在过去的十年里，政府征用土地有时会引发大规模的抗议和暴力冲突。See Zhu Keliang & Roy Prosterman, *Land Reform Efforts in China*, CmNA Bus. REv. (Oct. 1, 2012), <http://www.chinabusinessreview.com/land-reform-efforts-in-china/> [<https://perma.cc/9AG6-BZ78>] (指出“中国官员估计每年约有 200 万农村居民失去土地，2011 年底，广东乌坎发生了一场针对地方当局征地的大规模抗议活动”)。

至于没有救济，中国和美国并没有太大的区别。美国法律体系一般不允许土地所有者拒绝出售土地，如果政府的土地使用计划是为“公共用途”制定的。修正根据该修正案，土地所有者通常被限制为“公正的补偿”（理解为公平的市场价值）。See STEPHEN R. MUNZER, *A THEORY OF PROPERTY* 442-48 (1990). 阿巴拉契亚的大坝建筑基于田纳西谷管理局法案，见《美国成文法大全》第 48 卷 第 58 页 (May 18, 1933) 这个法案在 *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 322-23 (1936) 中被引用。有争议的是，在判决 *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, 477 (2005)，中法官支持使用征用权将土地从一个私人所有者转移到另一个，因为转让是综合重建计划的一部分，因此这种征用被认为是用于公共用途。凯洛的决定引起了抗议的呼声。

^[133] “青苗”是指已经种植在土地上，在重新安置之日之前还不能成熟收获的作物。青苗的补偿价值是根据当地同类作物的公允市场价值计算的。Junhua Chen, *Urban Development and Migrant Housing in Contemporary China*, in *URBAN CHINA IN THE NEW ERA: MARKET REFORMS, CURRENT STATE, AND THE ROAD FORWARD* 52-53 (Zhiming Cheng et. al. eds., 2014).

^[134] 参见前引^[105]，《土地征用条例》第十六条。

^[135] 同前引，第十一条

^[136] 同前引，第三十二条。

卫生、广播电视等基础设施建设，扶持移民安置区发展”。^[137]这一例外可能使地方政府能够将用于重新安置和补偿移民的资金被转移到在经济意义上为非移民提供公共物品的用途。一种较好的假设是地方政府很少援引这个例外，但如果他们经常剥夺这些流离失所的移民的应得利益，来增进那些未受到大坝建设影响的非移民的财富则会违背该条款的初衷。

移民还会因适用于中国农村的财产规则而承担不利后果。由于移民根据他们三年的土地的平均年产量获得补偿，这是因为中国农民并不完全拥有他们的土地，而只是在固定的时间内享有土地使用权。^[138]农民对他们所劳作的土地并没有所有权（title）。^[139]中国法律有关不动产权利的规定不同于普通法上的绝对所有权，中国不存在无期限的土地上的个人产权。农村土地所有权由集体所有，而农民通过与集体协商获得一块土地的使用权。^[140]而在该土地承包经营合同中使用权的对价则是土地产出的一部分*。^[141]

集体土地使用合同将土地上的有限的产权益转让给了农民。集体只能授予至多三十年的土地使用权（仅指耕地）。^[142]土地使用权仅能因持有人死亡和继承或授权出售而得到转让，且无论何种情况都只能在合同剩余期间范围内转让。^[143]此外，农民仅可以将土地用于农业用途，而不得将其土地转让以用于其他用途。^[144]根据法律规定，农村集体必须向农民出具土地使用合同的证明。^[145]然而，事实上，只有十分之一的农民获得这样的证书，这降低了农民对其土地投资的动力，以及他们合法地捍卫他们所拥有的有限财产权的能力。^[146]不难想象，缺乏书面合同或证书可能会阻止农民就其土地使用合同寻求法律保护。

（二）湖北省三峡大坝工程

三峡大坝建设的例子能够说明中国大坝移民的许多问题。前文所述的法条或者其关联条款适用于中国同时也是世界上迄今为止最大的水电项目——三峡大坝（1994-2009年）——的建设。^[147]大坝及其水库的建设使中国湖北省超过 113 万人移民搬迁，^[148]经估计水库淹

^[137] 同前引，第四十至四十一条。See also Philip H. Brown & Kevin Xu, *Hydropower Development and Resettlement on China's Nu River*, 19 J. CONTEMP. CHINA 777, 796-97 (2010) [下简称 Brown & Xu]（文章中的表格载有其他相关法律规定）。

^[138] See Brown & Xu, *supra* note 137, at 796.

^[139] See Jonas Alsén, *An Introduction to Chinese Property Law*, 20 MD. J. INT'L L. 1, 57-58 (1996) [下简称 Alsén].

^[140] 如果租约是合同，并不意味着所有合同都是租约。说中国农民拥有使用土地的合同权，并不一定说他们在英美地主-佃户法中使用这个词的多种含义中的一种或多种意义上拥有“租约”。See Benjamin W. James, *Expanding the Gap: How the Rural Property System Exacerbates China's Urban-Rural Gap*, 20 COLUM. J. ASTLA L. 451, 461 (2006).

* 译者注：由于中国已于 2006 年 1 月 1 日废除了农业税，因此农村集体经济组织成员承包本集体按份发包的承包地时无需支付任何对价。

^[141] 同前引。

^[142] See Alsén, *supra* note [139], at 58.

^[143] 参见前引[103]，《物权法》，第 128 条。

^[144] 相比之下，城市财产所有者有时也可以将他们的土地用于商业或工业目的，这可以增加土地的价值。See James, *supra* note [140], at 480.

^[145] 参见前引，第 451 页，第 471 页。

^[146] 参见前引。然而，农业部已经表示，它计划在自 2015 年 3 月 1 日起的五年内登记所有的土地所有权，并颁发相应的登记证书。参见《不动产登记暂行条例》[后简称《不动产登记条例》]（2014 年 11 月 24 日由国务院颁布，2015 年 3 月 1 日起生效）

^[147] 大坝于 2006 年完工，2012 年全面投入。See Pu Wang et. al., *supra* note 98, at 6.

^[148] 同前引。

没了“20 个县区、227 个乡镇……680 个村庄……和 23800 公顷的农田。”^[149]

在项目进行到一半的时候，一项分析结论认为对移民的重新安置进展并不顺利。^[150]官员们将一些移民从肥沃的河床重新安置到“陡峭、贫瘠的斜坡”。^[151]政府还将一些年轻的移民到安置到城市中，为他们提供工厂工作，但移民发现“尽管他们在基础设施和社会服务方面确实经历了改善，但他们经常很快丢失了在城市的新工作”。^[152]朱镕基总理指责一些官员“腐败和滥用搬迁资金”，但“更重要的是，他对搬迁计划的质量不满意”。^[153]朱镕基构想的新政策是将移民安置到有足够的工作和资源来使得他们能得到舒适生活的地方，但这一政策的不利影响是使得许多移民远离了他们的乡梓，许多重新安置地的移民认为新环境不熟悉和不令人满意，他们发现自己难以重建生计，并且哀叹社交网络的损失。^[154]特别是来自农村地区的移民在他们的新社区面临歧视问题。^[155]

新闻报道称，被迫重新安置的移民在大坝建成后没有得到足够的补偿。^[156]由政府主导的对三峡大坝项目的审计报告显示，在 850 亿元（136 亿美元）的安置资金中，超过 20 亿^[157]元人民币款项管理不善或被欺诈性挪用（fraudulently misappropriated）。^[158]一项对因三峡大坝工程而被迫重新安置的两个村庄的研究表明，尽管一些村民的在得到安置后月收入在短期内提高，但由于土地拨款不足、增加的住房费用和失业等因素，移民的长期收入和金融稳定性有所下降。^[159]此外，一项对 1000 多名移民的调查显示所有年龄组的抑郁症状总体上都

[149] Brooke Wilmsen et. al., *Involuntary Rural Resettlement: Resources, Strategies, and Outcomes at the Three Gorges Dam, China*, 20J. ENV'T & DEV. 355, 358 (2011).

[150] See Li Heming et al., *Reservoir Resettlement in China: Past Experience and the Three Gorges Dam*, 167 GEOGRAPHICAL J. 195, 20-09 (2001).

[151] 同前引，第 203 页。

[152] 同前引。

[153] 同前引，第 204 页。

[154] 同前引，第 205-206 页。

[155] 参见前引，第 208-209 页。

[156] See Luo Wangshu & Tan Yingzi, *Senior Chongqing Official Investigated for Graft Allegations*, CHINA DAILY (May 5, 2014), http://www.chinadaily.com.cn/china/2014-05/05/content_17483454.htm [<https://perma.cc/C8VH-272P>]; ASSO CIATED PRESSs, *Chinese Displaced by the Three Gorges Dam Protest*, SAN DIEGO TRIB. (Mar. 4, 2009), <https://www.sandiegouniontribune.com/sdut-china-three-gorges-protest-030409-2009mar4story.html> [<https://perma.cc/TCD7-ETN5>]; *China to Increase Supervision, Audits of the Three Gorges Project*, BBC INT'L REP. (Asia) 1, 1-2 (Mar. 29, 2005); Martin Fackler, *China Speeds Up Resettlements*, MIDLAND DAILY NEWS (Jan. 19, 2002), <https://www.ourmidland.com/news/article/China-Speeds-Up-Resettlements-7081426.php> [<https://perma.cc/M9DW-XXKW>]; Cox Washington Bureau, *China dams up dissent of Three Gorges Project*, PROBE INT'L (July 28, 2008), <https://journal.probeinternational.org/2008/07/29/chinadams-dissent-three-gorges-project-1/> [<https://perma.cc/T5GD-L3AY>]; Ching-Ching Ni, *China's Uprooted Peasants Find Life in "City" Is Awash in Difficulty*, L.A. TIMES (Sept. 23, 2000), <http://articles.latimes.com/2000/sep/23/news/mn-25332> [<https://perma.cc/6NSU-643N>].

[157] 原文使用 billions，此处十亿（billion）采美义，而非英义，即 1,000,000,000。

[158] See *Audit Results of the Draft Financial Final Accounts for Fulfillment of the Three Gorges Project*, Nat'l Audit Office of the P.R.C., No. 23 of 2013 (General Serial No. 165), Section B, <http://www.audit.gov.cn/en/n746/n752/n769/c66744/content.html> [<https://perma.cc/9W9K-4ZFY>] (last visited June 23, 2017).

[159] Wilmsen et al., *supra* note 149, at 370-71. 若需进一步了解三峡大坝移民安置的负面影响，可参见 Juan Xi & Sean-Shong Hwang, *Relocation Stress, Coping, and Sense of Control Among Resettlers Resulting from China's Three Gorges Dam Project*, 104 SOC. INDICATORS RES. 507, 508-09 (2011) (citing a series of articles on the negative effects on migrants of the Three Gorges Dam).

有所增加。^[160]三峡大坝工程由于其对文化遗产的破坏而加剧了其有形与无形的负面影响，例如对历史遗迹的破坏，这对土家族和苗族的影响尤为巨大。^[161]

（三）云南省大坝项目

另外一个由大坝建设引发的问题的具体案例发生在本世纪初。在这一时期，中国政府计划在怒江上游修建 13 座大坝。^[162]怒江是湄公河的一条支流，从西藏自治区东南部流入云南省的西北角。^[163]中国已经在云南南部的湄公河中下游修建了几座大坝，在那里被迫搬迁的移民经历了类似于三峡移民所面临的困难。^[164]然而，少数民族人口的增涨、缺乏足够的

基于少数民族和汉族居民“各扫门前雪”（“NIMBY”）的抵制大坝项目的反应而是可以理解的，但不一定是自私的。在距离三峡工程约 200 英里的地方，安徽省江口湾水库工程的建设引起了当地的抵制。参见 W.S. Lin et al., *Impacts of Large Construction Projects on Resident's Living Status in China: A Reservoir Project Case*, in PROCEEDINGS OF THE 21ST INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON ADVANCEMENT OF CONSTRUCTION MANAGEMENT AND REAL ESTATE 879 (K.W. Chau et al. eds., 2018) (分析 NIMBY 事件和项目的负面和积极影响)。

^[160] See Juan Xi, Sean-Shong Hwang & Patricia Drentea, *Experiencing a Forced Relocation at Different Life Stages: The Effects of China's Three Gorges Project-Induced Relocation on Depression*, 3 SOC'Y & MENTAL HEALTH 59, 68-69 (2012). 关于中国移民心理健康问题的文献比关于危地马拉类似问题的文献要少。参见脚注 350-352 对应下文。

^[161] See, e.g., Paola Demattè, *After the Flood: Cultural Heritage and Cultural Politics in Chongqing Municipality and the Three Gorges Areas, China*, 9 FUTURE ANTERIOR 46, 54-57 (2012). (讨论了对文化遗产的不利影响) 当前，土家族的人口约为 800 万人。Tujia Nationality, CHINA TRAVEL GUIDE, <https://www.travelchina.com/guide/intro/nationality/tujia/> [<https://perma.cc/LMQ2-WVJHP>] (last visited Nov. 13, 2018) [下简称 Tujia Nationality]。 “依据其传说，土家族大约在公元 910 年左右形成，并成为湖南地区被公认的一个民族。” 2 BARBARA J. WEST, ENCYCLOPEDIA OF THE PEOPLES OF ASIA AND OCEANIA 825 (2009) [下简称 WEST, ENCYCLOPEDIA]。 土家族人居住在海拔较高的地方，最高可达 5000 英尺；他们打猎、捕鱼和种植农作物。同上。在过去的 100 年中，他们对本民族语言的依赖减少，经常讲普通话。同前引。“今天的土家族信奉的是一种融合了道教、祖先崇拜、萨满教和泛灵论的宗教。同前引。他们拥有独具特色的手工艺品和服饰，以本地区的美景和傩戏中反映的民俗和艺术为荣。Tujia Nationality, *supra* note 161. 与苗族一样，土家族的房屋也是牲畜在下层，卧室在上层。同前引。

苗族（苗族）人口近 900 万。Miao Nationality, <https://www.travelchinaguide.com/intro/nationality/miao/> [<https://perma.cc/9RW2-Z8UN>] (last visited Nov. 13, 2018) [下简称 Miao Nationality]。 诺玛·戴蒙德（Norma Diamond）在将近四分之一世纪前撰文指出，苗族是中国西南部（包括湖北省）的一个分散群体。Norma Diamond, *Defining the Miao: Ming, Qing, and Contemporary Views*, in CULTURAL ENCOUNTERS ON CHINA'S ETHNIC FRONTIERS 92, 92-99 (Stevan Harrell ed., 1995). 苗族的历史可以追溯到公元前三世纪，历史上苗族一直抵制汉族的同化和控制，汉族人视苗族为“蛮夷”。同前引，第 99-100, 104, 106, 110 页。尽管如此，汉族有时也认为苗族文化丰富多彩，性习俗自由开放。同前引，第 100-104, 106-112 页。在 20 世纪 80 年代，苗族接受教育的机会似乎比汉族人少得多。同前引，第 113 页。戴蒙德指出，“苗族是所有少数民族中最贫穷的”，汉族人认为他们“落后而无知”。同前引，第 116 页。1 WEST, ENCYCLOPEDIA, *supra* note 161, at 286-289. 比起官方的称谓（即“苗族”），她更喜欢赫蒙族（Hmong）这个名字，并谈到了苗族起源的猜测以及他们在毛泽东时代的大跃进中遭受的苦难。她补充说：“苗族的传统宗教信仰一般都与神灵和其他强大的力量有关，这些力量与特定的自然景观有关：树林、洞穴、山脉、大石头等。同前引，第 289 页。称苗族为“赫蒙族”的不止韦斯特一人。在谁是苗族或其称谓的问题上，存在着一些混淆、分歧或语境差异：“苗族”的称谓在中国似乎更具包容性，并被更加广泛地使用，而“赫蒙族”在中国语境中涵盖了苗族的一个分支，在东南亚语境和西方则是一个更常见的术语。Nicholas Tapp, *Cultural Accommodations in Southwest China: The 'Han Miao' and Problems in the Ethnography of the Hmong*, 61 ASIAN FOLKLORE STUD. 78-81 (2002). 最近一本旅游指南报道说，苗族“相信万物有灵”，非常重视祖先，并制作独特的首饰、手工艺品和传统服饰。Miao Nationality, *supra* note 161.

^[162] See Brown & Xu, *supra* note [137], at 777.

^[163] 同前引，第 778 页。在中国，湄公河通常被称为怒江。同前引。See also Tom Phillips, *Joy as China Shelves Plans to Dam "Angry River"*, THE GUARDIAN (Dec. 2, 2016), <https://www.theguardian.com/world/2016/dec/02/joy-as-china-shelves-plan-to-dam-angry-river> [<https://perma.cc/NV2V-HPSQ>] [后简称 Phillips, "Angry River"]。 在泰国，怒江被称为萨尔温河（Salween River），在缅甸的部分地区被称为坦尔温河（Thanlwin）。同前引。

^[164] See generally Brendan A. Galipeau, Mark Ingman & Bryan Tilt, *Dam-Induced Displacement and Agricultural Livelihoods in China's Mekong Basin*, 41 HUM. ECOLOGY 437 (2013).

基础设施（如可通行的道路、灌溉和电网）以及云南省崎岖的地形，加剧了搬迁带来的负面影响。^[165]例如，在中国西部，适合种植稻田的低坡是最理想的农业用地，但由于总体地形崎岖，此类用地十分稀缺。^[166]1996年于云南南部建设的澜沧江大坝加剧了现有的低坡土地短缺，结果是平均稻田与旱地的比例从6:4变为4:6，这导致农业产量和当地居民的收入在总体上受损。^[167]

据相关新闻报道，资源管理不善和腐败严重影响了云南省的大坝建设：建造漫湾水电站的水电公司在小河村租用了一大片土地作为建设期间的临时用地。^[168]该公司在建设完成后未能将土地归还给村庄，并停止支付使用费用。^[169]2000年，一个拥有4000人的村庄也遭遇了类似的不幸，他们因在漫湾大坝下游的湄公河上修建的大朝山大坝而被迫搬迁。^[170]中国政府在迁入地为大坝移民建设了水利设施。^[171]然而，政府仅仅兑现了一小部分分配给大坝灌溉项目的款项，并且在该地区遭受旱灾袭击时完全停止了供水。^[172]此外，当地政府也没有支付承诺给予大坝移民所有的安置款项。^[173]

由于社会经济原因，怒江大坝地区可能比湖北省三峡大坝地区更容易受到这种负面影响。^[174]对这种脆弱性的认识提高，再加上其他因素，可能会影响未来大坝的计划。^[175]2016年12月2日，中国国家能源局发布了未来五年的政策路线图，其中没有包含在怒江上新建任何水电大坝的计划。^[176]“路线图”是暂停新大坝建设的间接证据。这并不等同于取消通知，部分原因是政府不愿意承认它已经屈服于公众压力。尽管有人宣称中国已经“搁置了筑坝计划”，^[177]但现在得出这个结论还为时过早。除了公众暂停修建新大坝的压力外，还有其他原因：如环境退化、中国西南部的地震活动频繁和经济增长放缓。^[178]如果未来这些问题得到了缓解，中国可能会把新的水电大坝计划重新提上日程。因此，将旧有计划中提及的待建大坝及其可能产生的影响纳入考虑是有意义的。

在怒江流域计划修建的13座大坝中，有8座大坝所在地区的贫困率高于受三峡大坝地区，且绝大多数人口由少数民族组成。^[179]在中国官方承认的55个少数民族中，有22个少数民族在怒江地区有分布，包括傈僳族、白族、怒族、普米族和独龙族。怒江傈僳族自治州

^[165] See Bryan Tilt, Yvonne Braun & Darning He, *Social Impacts of Large Dam Projects: A Comparison of International Case Studies and Implications for Best Practice*, 30 J. ENVTL. MGMT. 5254, 5254 (2008).

^[166] 参见前引。

^[167] 同前引。灌溉不足和维护不善的情况加剧了这一问题。参见前引。

^[168] See Meng Si, *Life in the Shadow of the Mekong Dams*, in CHINADIALOGUE 31, 31 (2013).

^[169] 同前引。

^[170] See Meng Si, *The Fate of People Displaced by the Mekong Dams*, in CHINADIALOGUE, 25, 25 (2013).

^[171] 同前引。

^[172] 同前引。

^[173] 同前引。

^[174] See Philip H. Brown, Darrin Magee & Yilin Xu, *Socioeconomic Vulnerability in China's Hydropower Development Programs*, 19 CHINA ECON. REV. 614, 623 (2008).

^[175] Phillips, “Angry River,” *supra* note [163].

^[176] 同前引。

^[177] 这一声明是对前引[163], Phillips, “Angry River,” 的解释。

^[178] 同前引（引文列举了上述原因）。

^[179] 同前引，第624页。

一半以上的人口是傈僳族, 少数民族占总人口的 92%以上。怒江自治州的四个县仍被列为“国家重点贫困县”, 该州仍然是中国最贫穷的少数民族自治州之一。^[180]

怒江地区此前计划中的 8 座大坝将导致 36000 名少数民族居民需要进行搬迁。^[181]由于其独特的文化习俗与语言隔阂, 这些人口在搬迁安置过程中十分容易遭受不公待遇与经济上的困难。^[182]由于无法与政府官员进行有效沟通, 这些少数民族在参加有关大坝项目的社区会议和区域对话时困难会面临一定的障碍。^[183]此外, 即使这些受大坝工程影响的少数民族克服了语言障碍, 他们也缺乏明确或直接的途径向地方政府寻求救济, 而司法救济则被认为是昂贵、困难且时常是无效的。^[184]

在怒江自治州因 8 座计划中的水坝工程而需要搬迁的 36000 人中, 大部分是傈僳族居民。^[185]芭芭拉·韦斯特 (Barbara West) 认为傈僳族是“云南的一个高原民族”, ^[186]经调查“傈僳族 (19 世纪以来) 新的聚居点大部分分布在 1300 米到 3000 米之间。^[187]傈僳族居民长期以来采取刀耕火种的农业模式, 但中国逐步废除了这种农业模式并推广汉族的灌溉水田农业。^[188]

傈僳族身份认同与他们聚居的村落以及其中的父系氏族群联系紧密。^[189]因为每个氏族

^[180] Brown & Xu, *supra* note 137, at 779-80. 白族似乎起源于在公元前三世纪从早期的昆明人的一个分支, 现在主要分布在云南省西部的大理白族自治州。1 WEST, ENCYCLOPEDIA, *supra* note 161, at 78, 80. 大多数人是自给自足的农民和牧民。”同前引, 第 79 页。在文化方面, 白族以开采大理石、歌舞节庆和以本主崇拜、佛教、道教和儒教为特征的混合宗教而闻名。同前引, 第 79-80 页。关于怒族的信息可以追溯到公元 8 世纪, 他们主要生活在云南的山地。2 WEST, ENCYCLOPEDIA, *supra* note 161, at 602. 几个世纪以来, 怒族受到纳西族、白和藏族的影响也有时遭到他们的征服, 直到 1949 年新中国建立后, 成为了中华民族的一份子。同前引, 第 602-603 页。怒族宗教承认各种各样的自然神灵, 包括太阳、月亮、各种动物、山脉、河流……以及他们死去的祖先。同前引, 第 603 页。

普米族“生活在云南西北部和四川省。”同前引, 第 674 页。与怒族一样, 普米族社会也是一种父系社会, 但有趣的是, 他们经常与异族通婚。同前引。直到 20 世纪 50 年代, 他们一直从事农业农业, 还饲养农场动物。同前引。普米土著宗教将“权力归因于自然和祖先的精神”, 尽管现在“普米名义上是佛教徒”。同前引。

独龙族 (Dulong, Derung, Drung, T'lung,) 是生活在“云南西北部独龙江流域”的一个少数民族。1 WEST, ENCYCLOPEDIA, *supra* note 161, at 186. 它们至少可以追溯到公元七世纪的唐朝。同前引。在历史上, 独龙族长期居于外族的统治之下, 如白族、傣族、傈僳族或纳西族。同前引, 第 186-187 页。许多独龙人都是农民, 他们在自己的父系家族之外结婚。同前引, 第 187 页。大多数独龙都是万物有灵论者, “直到 50 年前, 独龙的女性还以传统的面部纹身而闻名。”同前引, 第 187 页。独龙人说一种藏缅语, 他们认为这种语言“与他们的民族认同密切相关”, 并处于“濒危”的边缘。Ross Perlin, *Language Attitudes of the Trung*, 32 LINGUISTICS OF THE TIBETO-BURMAN AREA 91, 92, 108 (2009).

^[181] Desiree D. Tullos et. al., *Biophysical, Socioeconomic, and Geopolitical Vulnerabilities to Hydropower Development on the Nu River, China*, 18 ECOLOGY & SOC'Y 16, 19 (table 2) (2013) [下简称 Tullos et al.]. 表中给出了一个保守的估计值。同前引, 第 18 页。

^[182] 参见前引, 第 17, 24 页。

^[183] 同前引。尽管中国政府官方支持使用少数民族语言, 但官员们通常只讲普通话。此外, 虽然中国的中小学教授普通话, 但少数民族的辍学率很高, 尤其是在像怒江州这样偏僻的农村地区。See Yuxiang Wang & JoAnn Phillion, *Minority Language Policy and Practice in China: The Need for Multicultural Education*, 11 INT'L J. MULTICULTURAL EDUC. 1, 4, 6 (2009).

^[184] See James, *supra* note 140, at 478, 483 (文章指出, 由于中国法院“缺乏有意义的独立性”, 上诉往往无效)。

^[185] See Tullos et al., *supra* note [181], at 23.

^[186] 1 WEST, ENCYCLOPEDIA, *supra* note 161, at 466.

^[187] 同前引。

^[188] 同前引, 第 466-467 页。

^[189] 同前引。

群都有自己的祖先和其它独特的信仰和宗教仪式，^[190]因此很难找出它们之间的统一纽带。有人认为傈僳族的宗教实践表达了傈僳人与他们周围环境的特殊关系。^[191]

保罗·杜伦伯格（Paul Durrenberger）在 30 年前对分布于泰国的傈僳族进行了描述，认为傈僳族宗教实践的重要部分包括承认族人与已故祖先之间的社会关系，在这一社会中土葬往往是一种受尊重的安葬模式（但这在中国人口密集地区通常是被禁止的）。^[192]对于傈僳族来说，他说每个村庄的墓地都受到守护神的保护，在新近去世的人灵魂离开身体之前，守护神会守护他们的坟墓。^[193]河流在傈僳族宗教实践中也占据重要地位。杜伦伯格指出，傈僳族生活中一些最重要的活动或仪式都发生在横跨河流的仪式性桥梁附近。^[194]阻断傈僳族人与墓地与河流的联系会给这一民族带来一定的负面社会心理影响。如果他们的身份认同部分建立在与周围环境的和谐之上，那么将他们远离这些环境可能会动摇他们的身份认同。^[195]

米歇尔·扎克（Michele Zack）在最近关于傈僳族的研究中描述了他们的独立性，勤奋与对当代中国社会的适应。^[196]扎克的书写没有杜伦伯格的书写那么学术而更像新闻报道，它分别对泰国、缅甸和中国的傈僳族进行讨论，并附以精彩的照片。^[197]她指出，横跨怒江的大坝“从上世纪 80 年代就开始计划修建”，但“此类项目在启动时遇到了阻力和拖延”。^[198]

另一个受大坝搬迁影响的群体是云南省内的藏族人民。由于西藏的政治事件、达赖喇嘛和独特的藏传佛教，这一地区被全球许多人所熟悉。^[199]早在公元前 1 世纪，西藏就曾作为一个独立的地区政权而存在。^[200]该地区于 1904 年曾受到英国入侵，后在 1910 年被清政府收复，在 20 世纪 50-60 年代间西藏最终迎来了和平解放。^[201]尽管当前仍有许多藏族人民认为其民族起源于印度地区，但当代主流历史学家和人类学家都主张藏族与其他汉藏语系的中华民族成员同宗同源。^[202]藏族具有久远的游牧传统，他们的农业以牲畜养殖和大麦、土豆和其他高海拔作物种植为主。^[203]即使政府曾试图削弱宗教在该民族中的影响，佛教仍然

[190] 同前引。

[191] See *The Lisu Ethnic Minority*, <http://www.china.org.cn/e-groups/shaoshu/shao-2-lisu.htm> [<https://perma.cc/3QJV-VQCZ>] (last visited Nov. 13, 2018).

[192] See E. Paul Durrenberger, *Lisu Religion* 21, 28, 30 (1989) (Ctr. for Se. Asian Stud., N. Ill. Univ., Occasional Paper No. 13, 1989) (讨论了泰国北部的傈僳族，以及所有傈僳族群体的宗教习俗如何相似) Mathew Dessner, *Burial Now Illegal in Chinese Province*, TAKDEATH (June 3, 2014), <http://www.talkdeath.com/burial-now-illegal-chinese-province/> [<https://perma.cc/MRR7-EA7B>].

[193] 同前引，第 28 页。

[194] 参见前引，第 25 页。

[195] See Huang Ji et al., *An Ethnobotanical Study of Medicinal Plants Used by the Lisu People in Nujiang, Northwest Yunnan, China*, 58 ECON. BOTANY S253, S254, S256 (2004). 傈僳族药物使用了大约 52 种药用植物，而日益增加的开发和森林砍伐威胁着其中一些植物。同前引。

[196] See MICHELE ZACK, *THE LISU: FAR FROM THE RULER* (2017) [下简称 ZACK]

[197] 同前引，第 187-302 页。

[198] 同前引，第 278 页。（主要讨论了讨论“2017 年 7 月 13 日，来自非政府组织国际河流组织（加州伯克利市）的皮亚波恩·迪特斯的个人交流”）

[199] See 2 WEST, *ENCYCLOPEDIA*, *supra* note [161], at 804-809 (讨论西藏的起源、历史和文化)。

[200] 同前引，第 804-805 页。

[201] 同前引，第 805，808 页。

[202] 同前引，第 804 页。

[203] 同前引，第 808 页。

是西藏文化的重要组成部分。^[204] 藏族的婚姻习俗包括“简单的一夫一妻制”、“兄弟父子一妻多夫制”(fraternal and father-son polyandry)、“姐妹一夫多妻制”(sororal polygyny)和“母女一夫多妻制”(mother-daughter polygyny)。^[205] 而不结婚的人群的一个去向是佛教寺院。^[206]

在中国西部地区居住的少数民族——例如藏族或傈僳族——生活并不富裕。这些地区的水电能源是关键的国家西部大开发发展战略的重要组成部分。^[207] 在云南的澜沧江流域，中央政府计划建设一系列共 7 座水坝，当前已经完成了其中的 4 座。^[208] 位于云南省西北部的德钦县格则村位于澜沧江上游，而村庄的下游正是古水水电站的预计建设地点。水电站一旦建成，格则村将被淹没，当地居民需要进行搬迁而他们的生计也将遭受影响。^[209] 格则村的村民的收入主要依赖于农产品种植和当地自然资源的开发——尤其是葡萄和冬虫夏草。^[210]

移民安置地点将远离原址，这使得村民难以继续利用其地理或文化遗产，例如祖传的土地和自然资源。村落的搬迁选址的地貌往往与原址存在差异，这将对搬迁居民的经济和生活方式造成重大改变。这些改变包括种植模式和社会生态关系的改变、文化认同和生态知识的丧失，而经济模式则从传统的小农经济转向中国其他地区常见但相对不稳定的雇佣劳动经济。当大坝建成后，这些改变将很可能出现于格则村村民之中。^[211]

对格则和整个云南省的藏族来说，一个特别严重的问题是政府时常拖欠征地补偿费用。这种拖欠时常导致搬迁者难以发展新的生计，同时也抑制了他们维系传统文化的能力。尽管“国土资源部门在 2003 年承认至少存在 16.8 万起非法土地交易案件，但现实中存在的侵犯搬迁居民权利的案件数量可能大大超过这个数量。^[212]

(四) 尝试中的改革

中国的移民安置和补偿模式比其他许多国家更加全面和有效，但这种模式及其依据的法律尚未充分发挥出所有的潜力。^[213] 本节旨在确定中国所面临的问题，并提出一些可能的

^[204] 同前引，第 808-809 页。

^[205] 同前引，第 808 页。

^[206] 同前引，第 809 页。

^[207] Brendan A. Galipeau, *Socio-Ecological Vulnerability in a Tibetan Village on the Mekong River, China*, 34 HIMALAYA 38, 39 (2014).

^[208] Darrin Magee, *The Dragon Upstream: China's Role in Lancang-Mekong Development*, in POLITICS AND DEVELOPMENT IN A TRANSBOUNDARY WATERSHED: THE CASE OF THE LOWER MEKONG BASIN 171, 187 (Joakim Öjendal et al. eds., 2012).

^[209] Galipeau, *supra* note 207, at 39.

^[210] 同前引，第 42 页。相关的真菌是冬虫夏草，藏族和其他一些少数民族将其作为药材使用。Jiyue Chen et al., *Ethnomycological Use of Chinese Caterpillar Fungus, Ophiocordyceps sinensis (Berk.) G. H. Sung et al. (Ascomycetes) in Northern Yunnan Province, SW China*, 12 INT'L J. MEDICINAL MUSHROOMS 427, 427 (2010).

^[211] 与上文注释 [182]-[191] 所讨论的傈僳族人与周围环境的深刻联系一样，格则村的藏族村民“不仅有高度基于地方的经济，而且有基于地方的文化和文化习俗，冬虫夏草等东西除了是市场商品外，也确实是其文化习俗的一部分；这些东西是他们村庄特征的一部分。村民们不断描述他们生活在一个资源丰富的地区是多么幸运地，这里的大山不仅为其市场交易提供了丰富的资源，而且还满足了他们的日常生活需求和精神信仰……” Galipeau, *supra* note 207, at 48.

^[212] Elena Barabantseva, *Development as Exclusion: Ethnic Minorities in China's Western Development Project 8* (British Inter-University China Centre Working Paper Series No. 7, 2007).

^[213] See Cernea, *Resettlement*, *supra* note 16, at 111.

解决方案。

学者们对改善中国的移民安置和补偿制度提出了建议，我首先对这些建议进行了回顾。在一篇很有洞见的文章中，迈克尔·塞尔尼亚（Michael Cernea）提出了一些改善移民安置和补偿措施的策略。^[214]他强调，仅仅对征用土地的补偿是不够的，对移民安置的大力支持和持续援助对相关社区的长期保障至关重要。^[215]塞尔尼亚建议预先计算安置费用，并从大坝项目产生的经济收益中提取所需的资金。^[216]另外一个常见问题是，政府时常在大坝完工或接近完工时才支付经济租金。然而在中国这种情况可以得到改善，因为中国有足够的财政能力在项目完成之前对大坝移民进行提前补偿。^[217]塞尔尼亚还建议，水电公司可以向大坝移民分享更多的外围收益（*peripheral benefits*），例如对移民电力和用水进行补贴，以及向移民提供大坝建设和运营相关的就业机会。^[218]

施国庆（Shi Guoqing）还提供了一些额外的建议。他建议中国引入第三方监督机构（项目监督和审计）和重点改善基础设施等措施来完善移民安置和补偿计划。^[219]施进一步建议，水电公司和地方政府应当增加对基础设施（如水利设施、道路和桥梁）的投资，以确保移民的财政安全。^[220]施国庆还建议，移民安置的规划者应制定更加详细的政策和相关程序，以减少重要的文化知识和文化实践的损失。^[221]

当塞尔尼亚和施国庆提出改革建议的同时，一些学者赞扬了中国在近期所取得的进展。这些学者指出，中国的安置和补偿政策已经有所改善，而且可能会在未来继续改善。^[222]他们强调，随着公众对重新安置人员的生活前景的认识和关切，补偿率有所提高。^[223]此外，中国公众对怒江大坝的社会经济和生态影响的强烈抗议导致了这些项目的有益推迟，这意味着政府官员可能在愈发完善的公众监督下会更加注意自己的决策与行为。^[224]然而，尽管中国政府的信息披露程度较以往更加充分，^[225]但部分移民可能仍旧难以获取和评估这些信息。

前文所回顾的建议和策略可以在世界范围内带来更好的重新安置和补偿政策。然而，下文将讨论中国在实施这些变革方案时将面临的一些重大挑战。

^[214] 参见前引。

^[215] 同前引，第 117 页。

^[216] 同前引，第 95 页。

^[217] 同前引。

^[218] 同前引，第 105 页。

^[219] See Shi Guoqing, *China's Experiences: Involuntary Resettlement in Hydropower Development*, Slide 31-32, 41, <http://antioquiapresente.org/sitio/sites/default/files/Profesor-Shi.pdf> [<https://perma.cc/5LTK-68XY>] 下简称 Shi, *China's Experiences*] (last visited Nov. 13, 2018). 施国庆，国家移民安置与社会发展研究所研究中心主任，河海大学公共行政学院院长。

^[220] See Shi, *China's Experiences*, *supra* note 219, slide 34.

^[221] 参见前引，幻灯片第 41 面。

^[222] See, e.g., Pu Wang et al., *supra* note [98], at 6.

^[223] 参见前引，第 7-8 页。

^[224] 参见前引，第 8 页。See also Cernea, *Resettlement*, *supra* note 16, at 97-98（该文章还提到缺乏政治意愿是一个因素）。

^[225] See, e.g., Arthur Mol et al., *Information Disclosure in Environmental Risk Management: Developments in China*, 3 J. CURRENT CHINESE AFF. 163, 164 (2011).

（五）中国面临的挑战

1. 法律、法规、政策和赔偿方面的问题

首先，中国《物权法》有关于农村土地集体所有权的规定使得搬迁补偿的计算复杂化了。土地集体所有制是中国在大跃进时期全面坚持社会主义农业改革的一部分。^[226]由于集体所有权的性质，即使政府的土地征用将用于更加有利可图的商业用途，但目前的重新安置费用仅包括对于个体农民在有限期间内的农业生产收入损失的补偿。对于土地补偿价格的系统性低估可以减轻政府在水利建设过程中的经济负担，但它抑制了作为土地使用权人的农民的土地开发和农业改善活动。在一些理由的支持下，许多中国人认为城市化和走向现代化经济是必要的，但将因大坝搬迁而失去根基的农民流入城市往往会降低他们生活的稳定性。^[227]胡舒立（Hu Shuli）指出，除非农村和城市土地交易接近自由市场，农村“居民将无法享受土地价格上涨的收益”，“限制这一关键生产因素的贸易只会导致效率低下”。^[228]此外，我想补充一点，这将增加社会经济不平等。

其次，移民安置的方式也引发了一些问题，特别是当新的安置地不如原址时。政府对水利和供电的支持一直不稳定。此外，许多移民安置社区提供的住房面积过小，价格也过高。^[229]中国可以通过共享大坝项目所产生的水电资源来缓解这些问题，但更好的做法是为搬迁居民提供合理的住房设计和建设。

在这些移民、城乡管理以及社会和空间分层问题背后的深层次问题是户口制度。尽管这一制度符合中国对中央集权模式的偏好，但它经常受到批评，被视为阻碍社会公正和正确发展的主要障碍。^[230]多年来，大量的农民工已经迁移到了北京，但在中国的“户口”制度下，他们遭受了定期的大规模驱逐，*而这些驱逐措施几乎没有正当程序可言。^[231]

^[226] See Vince Wong, *Land Policy Reform in China: Dealing with Forced Expropriation and the Dual Land Tenure System* 11-13 (Faculty of Law, Univ. of Hong Kong, Occasional Paper No. 25, 2014) (将“大跃进”和“文化大革命”作为 1911 年至 2014 年中国土地政策大历史的一部分予以讨论) available at <http://www.law.hku.hk/ccpl/pub/OP%20No%2025%20Vince%20Wong.pdf> [https://perma.cc/BY77-5NAQ]. 有关这一问题更早的讨论，参见 Alsén, *supra* note [139], at 57.

^[227] See Hu Shuli, *Without Land Reform, China Cannot Meet Its Policy Goal of Urbanisation*, SOUTH CHINA MORNING POST (May 30, 2013), <http://www.scmp.com/comment/insight-opinion/article/1249134/without-land-reform-china-cannot-meet-its-policy-goal> [https://perma.cc/NAT7-AJUZ].

^[228] 同前引。

^[229] Brown & Xu, *supra* note 137, at 791-92.

^[230] See Chan, *Hukou*, *supra* note [90], at 197, 198, 202, 206, 216 (文章批评了户口制度的僵化和复杂、制度造成的苦难、城乡之间以及农业和非农业之间的身份和地位的分化，这些现在对中国的发展构成了“重大障碍”)。

* 译者注：2017 年北京市大兴区西红门镇新建二村发生重大火灾事故，造成 19 人死亡，8 人受伤。火灾发生后，北京市立即部署安全隐患大排查大清理大整治专项行动，累计排查出安全隐患超 25000 处。其中整改涉及部分人员密集而消防设施不合格的宿舍区，而被谣传为“清理低端人口”。对于该事件的新闻报道参见戴轩：《北京市安委会回应“驱赶低端人口”：是在排查隐患》，《新京报》2017 年 11 月 26 日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1585068230951214767&wfr=spider&for=pc>；对于此次事件的学术研究参见张权：《政府公信力变化的微观考察——一个典型案例研究》，2022 年第 4 期，第 52-67 页。

^[231] See, e.g., Benjamin Haas, *China: “Ruthless” Campaign to Evict Beijing’s Migrant Workers Condemned*, THE GUARDIAN (Nov. 26, 2017), <https://theguardian.com/world/2017/nov/27/china-ruthless-campaign-to-evict-beijings-migrant-workers-condemned> (报道称，一封致中国领导层的公开信称这些驱逐是“对人权的严重践踏”)。

2. 大坝的性能问题与腐败

首先，中国的水电大坝的实际发电量小于其设计发电量：2015 年的一份报告显示，中国的发电量不到其水电工程设计发电量的一半。^[232]几十年来，一个可靠的水电站需要一个适合的工程设计一直是行业的常识，但工程问题仍困扰着中国的大坝。这些问题削弱了水电公司提供长期移民安置支持的能力。有证据表明，相关人员在招标和采购过程中的腐败导致在工程建设中使用劣质建筑材料，这是导致大坝性能不佳的一个常见原因。^[233]

其次，中国移民安置计划的另外一个核心问题是政府官员的腐败。^[234]一项针对被迫在中国重新定居的人的调查发现，“只有 22% 的农民在土地征用补偿额度确定过程中被征询了意见，而近三分之二的受访者称政府并没有足额发放承诺的补偿款”。^[235]人们担忧官员如同变戏法般地悄然挪用征地补偿款。施国庆提出的监管措施可能会改善这种情况。然而，中国实行一党制，国家权力在通过党来行使过程中缺乏有效的外部监督。这是中国政治程序不透明的一个原因，这使得通过独立监督来限制腐败变得相当困难，尽管成立于 2018 年 3 月的监察委员会可能会对改善这一情况有所帮助。

（六）中国挑战的出路

1. 法律、法规、政策和补偿方法

基于上述问题，我在本节中将讨论中国在水坝建设事宜中的潜在改进思路。首先，中国可以改革土地政策。当前的土地政策相当复杂，而对其的改革同样也不会简单。增加对农业用地征收和征用补偿金额也许是一个不错的改革起点，目前农业用地的征地补偿数额仍旧是被征地块年平均产出的 10 至 16 倍。而最好能够使补偿数额更加接近土地的市场价格。鉴于中国土地法律制度，即便是土地的市场参考价格也较难确定。然而，我们可以参考城市地上附着物拆迁中的补偿价格制定方法。城市地区征用的建筑物价格由政府估价确定，目前这一做法还没有被推广到农业用地上。尽管城市居民的拆迁补偿也可能存在不足的情况，但是将这一做法在农村地区推广有利于缩小城乡居民的经济差距。

^[232] See David Stanway, *RPT-Dam Waste: Planning Chaos Drains China's Hydro Ambitions*, *REUTERS NEWS* (June 7, 2015), <https://www.reuters.com/article/china-renewables/hydropower/dam-waste-planning-chaos-drains-chinas-hydro-ambitions-idUSL3NOYB3UB20150607> [<https://perma.cc/MYD6-P6MQ>] (如果中国满负荷进行水力发电，年总产量约为 2.2 万亿千瓦时，而目前约为 1 万亿千瓦时。)

^[233] See X.L. Ding, *The Quasi-Criminalization of a Business Sector in China: Deconstructing the Construction-Sector Syndrome*, 35 *CRIME, L. & SOC. CHANGE* 177, 183 (2001) (与本文相关的，在三峡大坝项目中，(1) 政府与建筑公司之间的腐败，(2) 与该项目有关的桥梁垮塌事故中的“劣质材料和偷工减料”。)

^[234] 这篇文章集中在中国与大坝有关的腐败，一个关于中国腐败问题的更全面但稍早期的专著是 MELANIE MANION, *CORRUPTION BY DESIGN: BUILDING CLEAN GOVERNMENT IN MAINLAND CHINA AND HONG KONG* (2004).

^[235] James, *supra* note [140], at 482.

第二，多渠道补偿政策可以与前一政策相结合。^[236]这里所谓的多渠道包括为水坝移民创造更多的就业机会、给予移民以项目股份与其分红、完善移民社会保障、保障农村集体土地的收益分配等渠道。^[237]包括但不限于上述的补偿措施的主要目的是防止水坝移民的情况较搬迁前恶化。如果缺乏相应的补偿与保障措施，中国的水坝建设势必会遭受建设地少数民族的反对。^[238]

第三，中国可以考虑土地交换政策，特别是利用其境内人口密度较低地区的土地来与因大坝建设而被淹没的土地进行交换。诚然，要实现完全的等价交换是一件十分困难的事情，因为作为替换物的土地的价值需要考虑诸多因素：空间上的临近程度以及气候、物种上的相似性等。印度的萨洛瓦项目（Sardar Sarovar Project，后简称“SSP”）中就体现了土地交换中存在一系列的问题。^[239]SSP的大坝建设项目的目的是为干旱频发地区供水。^[240]一项关于该项目中土地交换的裁决要求每个在项目建设中失去土地的“部落民”家庭，都将分配到至少2公顷的新的农业用地。^[241]尽管最后由于复杂的原因，这一大坝建设项目被取消了。^[242]但随后于2017年9月17日，一个更高的大坝项目被推出。^[243]

第四，移民安置规划应关注一些少数民族与其原居住地的自然环境之间存在的文化联系。例如，傈僳族和藏族人与他们的故土有着独特的文化关系。^[244]项目规划者应根据水坝移民的预算和文化偏好来设计安置住房，或允许移民利用重新安置资金自行规划与建设新的住房与社区。由于《土地征用条例》已经要求重新安置规划者在移民被重新安置前必须与他

^[236] 中国的中纪委负责对中国的政府机构和共产党进行审计，但它是一个缺乏自主权的内部组织，这碍了其对于欺诈和腐败的调查。See generally Xuezhong Guo, *Controlling Corruption in the Party: China's Central Discipline Inspection Commission*, 219 CHINA Q. 597 (2014); Jamie P. Horsley, *Toward a More Open China*, in THE RIGHT TO KNOW: TRANSPARENCY FOR AN OPEN WORLD 54-91 (Ann Florini ed., 2007); Susan Shirk, *What China's Lack of Transparency Means for U.S. Policy*, CHINA FILE (May 28, 2015), <http://www.chinafile.com/reporting-opinion/two-way-street/what-chinas-lack-transparencymeans-us-policy> [<https://perma.cc/6X7C-PW9E>].有关监察委员会，参见 *China Aims to Set up State Anti-Corruption Unit Next Year*, China Daily (Oct. 29, 2017), <https://www.reuters.com/article/us-china-congress-corruption/china-aimsto-set-up-anti-corruption-unit-next-year-idUSKBN1CYODT> [<https://perma.cc/T28LUMV4>] (discussing the new commission that will expand President Xi Jinping's anticorruption efforts); see also Jaime P. Horsley, Op-ed, *What's so controversial about China's new anti-corruption body*, BROOKINGS (May 30, 2018), <https://www.brookings.edu/opinions/whats-so-controversial-about-chinas-new-anti-corruption-body/> [<https://perma.cc/HDS4-73V9>].

^[237] See Zhu Qian, *Land Acquisition Compensation in Post-Reform China: Evolution, Structure and Challenges in Hangzhou*, 46 LAND USE POL'Y 250, 255 (table 1) (2015).

^[238] See, e.g., *Green Watershed*, EQUATOR INITIATIVE (May 28, 2017), <https://www.equatorinitiative.org/2017/05/28/green-watershed/> [<https://perma.cc/VHV6-S4AJ>]（文章描述了1998年在对彝族少数民族成员补偿不足后对拉市海大坝项目的抵制情况）。

^[239] 对于这个项目的杰出研究，参见 TOWARD SUSTAINABLE DEVELOPMENT: STRUGGLING OVER INDIA'S NARMADA RIVER (William W. Fisher ed., 1995) [下简称 NARMADA RIVER].

^[240] Anil Patel, *What Do the Narmada Valley Tribals Want?*, in NARMADA RIVER, *supra* note 239, at 179.

^[241] 同前引，第179-180页。

^[242] 参见前引，第179-200页；William W. Fisher, *Development and Resistance in the Narmada Valley*, in NARMADA RIVER, *supra* note 239, at 3; Kingsbury, *"Indigenous Peoples," supra* note 3, at 444.

^[243] Engineering Miracle, " Says PM Narendra Modi: I O-Point Guide to Sardar Sarovar Dam, NDTV [INDIA], <https://www.ndtv.com/india-news/sardar-sarovar-dam-project-10-things-to-know-1751285> [<https://perma.cc/5QPA-RR8T>]（该报道还称，根据一些说法，“当水库蓄满水时，4万个家庭将被迫搬离”）(last updated Sept. 17, 2017).

^[244] 例如，傈僳族文化重视祖先的墓地和在流动的水上举行的仪式。又例如，藏族文化重视进入佛教寺院和修道院。参见脚注[186]-[200]对应的前文。

们进行协商，因此监督落实这种协商对于法律的遵守也是有益的。

第五，通过限定项目建设中“公共利益”范围来限制土地征用的范围也是有意义的。

《物权法》四十二条规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和组织、个人的房屋以及其他不动产。”^[245]大多数基础设施项目都符合对公众利益的广义理解。多年的实践中，政府推动大量的项目建设，并且宣称其符合公共利益。^[246]但在2011年，国务院宣布了关于国有土地建筑征用和补偿的新规定。^[247]依据该新规，道路、大坝、国防、卫生、教育和保障性住房项目的建设都符合公共利益。^[248]然而本文所讨论的水坝建设则更加接近于商业开发，比如购物中心的建设。但无论如何，前述规定目前只适用于国有土地上的建筑物，中国需要完善对于农村集体土地在这方面的规定。

第六，中国政府可以通过延长土地承包期限来实质上提高移民安置资金并鼓励农民加大农业投资。这将使移民将更有动力改善他们的土地和农业生产方式，这些投资将为农民带来长期的、可继承的收益。随着时间的推移，这些收益将提高农业产量与农民的家庭资产。这一政策可能因过于激进而在中国遭到反对。但即便如此，一个较长期的承包合同和对现有的承包合同期限进行延展，再加上对水利灌溉和其他基础设施的更多投资，能够在不改变中国土地所有权性质的前提下，提高大坝移民现有的生产力与其前景。

2. 有关大坝性能和腐败的解决方案

首先，土地估价过低和大坝性能不佳的问题引发了当局如何对移民进行适当补偿的严重争议。其中一种潜在的解决方案是要求水电公司以商业市场价格来购买移民的土地。这一方案要求简化土地估价过程，并增加对移民的初期补偿。此外，更大的前期成本将迫使水电公司减少对不断膨胀的预期经济租金池（pool of anticipated economic rents）的依赖。由于中国境内几乎所有大坝的发电效率都并不高，如果大坝前期融资变得更加昂贵，水电公司可能会专注于通过改善基础设施来提高大坝的运行效率。总体而言，数量较少但是更加高效的大坝将数量更多且会导致更多人被迫移民的劣质大坝要好。

其次，尽管必须承认腐败是一个根深蒂固的问题，但仅仅是对其感到绝望是无济于事的。^[249]本文认为，在一般意义上腐败是指滥用信任以谋求个人、家庭或政治利益。^[250]详言

^[245] 同前引[103]，《物权法》第四十二条。译者注：该条文现为《民法典》第二百四十三条。

^[246] See Wong, *supra* note, 226, at 63.

^[247] 《国有土地上房屋征收与补偿条例》（2011年1月21日由国务院令 590号颁布，自公布之日起施行）Lawinfochina, <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=8580&lib=law&SearchKeyword=Regulation%20on%20the%20Ex%20propriation%20of%20Buildings&SearchCKeyword> [https://perma.cc/6HY2-TQ78].

^[248] 参见前引，第八条。

^[249] See MANION, *supra* note [234], at 1-26, 200-08（自信而现实地为中国的反腐败努力辩护）。

^[250] 参见前引[29]。

之，信任是基于道德、社会和法律规则的可靠依赖（assured reliance）。^[251]许多学者采用透明国际的清廉指数（CPI）来衡量腐败。^[252]但严格来说，CPI 衡量的是人们对腐败的看法，而非腐败本身。由于腐败具有相当的隐蔽性，^[253]因此要完全准确地观测一个国家的腐败状况是十分困难的。

腐败会造成系统性的危害。^[254]这是因为腐败会加剧不平等，而这反过来可能导致更大的腐败。^[255]正如朱江南（Jiangnan Zhu）在对中国的腐败研究中指出，腐败会渗透到制度中并加剧经济不平等。^[256]朱江南列举了助长腐败网络的三个制度因素：“1）权力集中在一个地理上和功能上分散的专制政权中；2）过渡经济中的官商府勾结；3）非正式政治的普遍存在，特别是拉帮结派和公共事务中的家庭裙带关系”。^[257]

腐败对个人也有负面影响，因为它是“真实个人的生活经历”。^[258]正如迈克尔·约翰斯顿（Michael Johnston）所说，腐败“影响[真实个人]的福祉、他们的价值观和选择、他们的政治权利、他们与其他公民以及官员的关系，以及他们未来生活中的机会”。^[259]

现在的问题是，中国能采取何种措施来遏制腐败。一般而言，下述的几个步骤对于腐败的治理有一定的效果。其一，建立一个独立于政府和党的反腐败机构。^[260]第二，对腐败的集体抗议。中国公民进行此类抗议可能会有风险，但随着中国的透明度不断提高，此类抗议

^[251] 其他学者对腐败的定义虽有不同但大体相似。See, e.g., MANION, *supra* note 234, at 5（认为在政府中，腐败是“为私人利益而滥用公职”）；DENNIS F. THOMPSON, ENICS IN CONGRESS: FROM INDIVIDUAL TO INSTITUTIONAL CORRUPTION 29 (1995)（声称政府的腐败涉及“公职人员的利益、为普通公民服务以及利益与服务之间的不当联系”）；Sung Hui Kim, *The Last Temptation of Congress: Legislator Insider Trading and the Fiduciary Norm Against Corruption*, 98 CORNELL L. REV. 845, 897 (2013)（认为“在大多数现代定义下，腐败涉及滥用信任……”）Chilik Yu, *Measuring Public Perceptions of Corruption in Asia*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF CORRUPTION IN ASIA 224, 224-25 (Ting Gong & Ian Scott eds., 2017)（认为腐败是“为了私人利益而滥用委托权力”，作者认为这一定义遵循透明国际使用的“腐败的工作定义”）[下简称 HANDBOOK OF CORRUPTION]。一些学者在对腐败的普遍理解下提出了进一步的区分。See, e.g., Benjamin Nyblade & Steven R. Reed, *Who Cheats? Who Loots? Political Competition and Corruption in Japan, 1947-1993*, 52 AMJ. POL. SCI. 926, 926 (2008)（“区分政客腐败的两种类型：非法获取物质利益的行为（looting）和非法获取选举利益的行为（cheating）”）。

^[252] Yu, *supra* note [251], at 224-25. 有关中国在 CPI 指数的排名，参见 TRANSPARENCY INT'L, CORRUPTION PERCEPTION INDEX 2016 (2017), available at https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2016_cpireport-en?e=2496456/43483458[<https://perma.cc/Q444-4YHKI>].

^[253] Yu, *supra* note 251, at 224-25; see also Paul M. Heywood & Jonathan Rose, “Close But no Cigar”: *The Measurement of Corruption*, 34 J. PUB. POL'Y 507, 507 (2014)（文章认为到目前为止还没有人能得到衡量腐败的最佳标准）。

^[254] 与之相对，MANION, *supra* note 234, at 12（他指出，“腐败交易的非法行为产生的成本高于与合法市场活动相关的成本”）。

^[255] Jong-sung You, *Corruption and Inequality in Asia*, in HANDBOOK OF CORRUPTION, *supra* note 251, at 97. “相互的因果关系可能会造成高度腐败和高度不平等的恶性循环。”同前引。

^[256] Jiangnan Zhu, *Corruption Networks in China: An Institutional Analysis*, in HANDBOOK OF CORRUPTION, *supra* note 251, at 27.

^[257] 同前引，第 39 页。朱江南以周永康为例，说明了这些因素对中国腐败的影响。同前引第 35-39 页。

^[258] Michael Johnston, *Thinking About Corruption as Though People Mattered*, in HANDBOOK OF CORRUPTION, *supra* note [251], at 165.

^[259] 同前引。

^[260] See MANION, *supra* note [234], at 201-03（文章认为中国可能需要不止一个反腐败机构）；ROSE-ACKERMAN, *supra* note 97, at 159-62（指出这些机构在香港和新加坡都显著有效）。

也在不断增加。^[261]第三，建立机构以防止或至少减少腐败——新加坡和香港特别行政区在这一步骤上取得了成功。^[262]第四，胡萝卜加大棒政策——对廉洁官员进行奖励，抑制其他人的腐败行为，惩罚那些参与腐败行为的人。第五，修改宪法和相关法律规则，以向官员与人民展示倡廉反腐的决心。^[263]第六，培养官员廉政品质，^[264]即通过教育来转变官员价值观和个人行为准则，形成廉洁的个人作风。^[265]

除了对土地和补偿政策进行改革外，还需要对这些政策的落实进行持续的监督，以根除腐败现象并重建水坝移民与政府之间的信任。加强监督可能需要更好的内部审计机构或更好的第三方或国际审计机构，或两者兼而有之。然而，除非政府有保护水坝移民的政治意愿，否则大量的审计监察人员可能用处不大。

2012年，中国共产党第十八次全国代表大会上习近平总书记决定开始通过中纪委（CCDI）严肃惩治腐败现象。^[266]尽管国际媒体主要关注高级官员的腐败治理，但中纪委在反腐运动中对涉嫌腐败的大小官员都进行了全面的追查。^[267]然而，这些反腐过程中的公正性也受到了质疑。^[268]目前尚不清楚这一新举措在腐败的大坝建设实践中会有多大效果。如果它是行之有效的，它将在水坝移民的补偿与安置方面起到积极作用。

（七）大坝建设中的土地置换、韧性和伦理

假设中国已经采纳并实施了上述所有的不相互冲突的建议，能完全抵消大坝建设对于建设地少数民族居民的负面影响吗？至少对大多数少数民族群体或其中的子集（如家庭、氏族或社区）而言，不会。虽然有些人可能更喜欢补偿后和重新安置后的生活，但也有部分人群对这种新生活并不满意。正如迈克尔·塞尔尼亚认为，由于发展而导致的迁移将导致一系列的潜在问题，包括“缺乏土地”、“失业”、“无家可归”、“边缘化”、“粮食不安全”、“疾病

^[261] See Andrew Wedeman, *Corruption and Collective Protest in China*, in HANDBOOK OF CORRUPTION, *supra* note [251], at 179-181 (讨论腐败与动荡之间的联系) [下简称 Wedeman]. 韦德曼 (Wedeman) 指出，普通公民更有可能看到和抗议轻微（低级）腐败，而不是重大（高层）腐败，因为后者“发生在闭门、独立的地方”。同前引，第 192 页。而抗议高层腐败比抗议低级腐败有更高的风险和成本。同前引。

^[262] Jin-Wook Choi, *Corruption Prevention: Successful Cases*, in HANDBOOK OF CORRUPTION, *supra* note [251], at 262, 265-74.

^[263] See MANON, *supra* note [234], at 205-08.

^[264] 罗伯特·格雷戈里 (Robert Gregory) 认为这一建议是以基于廉正 (integrity-based) 的，但也有其他美德、价值观和规范，他提请大家注意儒家价值观。See Robert Gregory, *Rule-Based and Integrity-Based Anti-Corruption Approaches in Asia*, in HANDBOOK OF CORRUPTION, *supra* note [251], at 277, 287. 他明智地强调，将基于规则的方法和基于廉正的方法结合起来，可能会取得很好的效果。同前引，第 277 页，第 282-283 页，第 288 页。

^[265] 分析道德哲学中的美德伦理学研究可能为这一思想提供有益的理论基础。See generally ROBERT MFMUIHEW ADAMS, *A THEORY OF VIRTUE* (2006); CHRISTINE SWANTON, *VIRTUE ETHICS: A PLURALISTIC VIEW* (2003). P. F. Strawson, *Social Morality and Individual Ideal*, 36 PHIL. 1, 1-2 (1961)，正是一篇关道德观念 (moral ideas) 的开创性论文。关于道德品质 (Moral Character) 的论述，可以参见 CHRISTIAN B. MILLER, *CHARACTER AND MORAL PSYCHOLOGY* (2014).

^[266] Xuezhi Guo, *Controlling Corruption in the Communist Party: China's Central Discipline Inspection Commission*, 219 CHINA Q. 597, 613 (2014). 韦德曼发现证据表明，中国在 2012-2015 年期间的高层腐败程度有所增加，这并不令人鼓舞。Wedeman, *supra* note [263], at 179.

^[267] E.g., Chris Buckley, *China's Antigraft Push Snares an Ex-General*, N.Y. TIMES, July 1, 2014, at A6.

^[268] See, e.g., Andrew Jacobs & Chris Buckley, *Presumed Guilty in China's War on Corruption, Targets Suffer Abuses*, N.Y. TIMES, Oct. 20, 2014, at A1.

发病率 and 死亡率上升”、“集体财产的丧失”和“社会分裂”。^[269]此外，我们还必须考虑到从移民搬迁初期生活过渡到和后补偿与后安置时期所面临的成本——如混乱、压力和创伤。虽然一些移民可能会在搬迁过程中经历个人成长，^[270]但对大部分人而言，过渡成本在所难免。^[271]

在过去的四十年里，有许多研究关注到水坝移民、经济移民、暴力和相关原因对压力产生的影响。这些研究中所采用的积极性词汇各不相同：韧性（resilience）、毅力（grit）、灵活性（flexibility）、应对能力（coping）、坚韧（hardiness）、积极情绪/心理、创伤后成长（post-traumatic growth）等。^[272]这些词在不同的作者之间重叠，一个给定的单词对不同的作者可能有不同的含义。也许在心理学家的词汇中，这些词中最常见的是“韧性”，这通常意味着一个人适应逆境或创伤的能力或能力。^[273]显然，在这个意义上的发展和拥有韧性对大坝移民而言是十分重要且有益的。

现在让我们具体谈谈大坝引起的搬迁、韧性和发展伦理。我们知道，人口的迁移会造成许多严重的潜在风险，而且这些风险往往会成为现实。此时，移民往往要为此造成的伤害承担许多代价。此外，他们还需要承担许多过渡成本，即离开一个熟悉的文化和地理环境后进入一个新的和不熟悉的社区。韧性可能会降低过渡的成本，但发展韧性需要一些少数民族时常缺乏的资源和一定的支持。简而言之，与其他移民相比，少数民族人群时常更加脆弱，同时也更难以培养其自身的韧性。

如果这一结论是正确的，那么就可以开始论证，中国在考虑是否修建新的水电站大坝

^[269] Michael M. Cernea, *Why Economic Analysis Is Essential to Resettlement: A Sociologist's View*, in THE ECONOMICS OF INVOLUNTARY RESETTLEMENT: QUESTIONS AND CHALLENGES 17-18 (Michael M. Cernea ed., 1999) [下简称 Cernea, *Economic Analysis*]

^[270] See, e.g., Roni Berger & Tzipi Weiss, *Posttraumatic Growth in Latina Immigrants*, 4 J. IMMIGRANT & REFUGEE STUD. 55, 55 (2006) [下简称 Berger & Weiss], (发现“中等水平的压力和高水平的 PTG[创伤后生长]，但压力和生长变量之间没有关联”); Jane Shakespeare-Finch & Janine Lurie-Beck, *A Meta-Analytic Clarification of the Relationship between Posttraumatic Growth and Symptoms of Posttraumatic Distress Disorder*, 28 J. ANXIETY DISORDERS 223, 233 (2014) (本文讨论了 PTSD 与 PTG 之间的线性和曲线关系)。

^[271] See David Eades, *Resilience and Refugees: From Individualised Trauma to Post Traumatic Growth*, 16 M/C J. MEDIA & CULTURE (2013) (这表明，当难民从原来的社会和地理环境迁移到新的环境时，他们失去了“他们的社会网络和文化根基，导致了一种漂泊无依之感”，这种社会网络和文化根基是“存在于正常时间和地点之外，作为过去和未来之间的桥梁”）。

^[272] See, e.g., ANGELA DUCKWORTH, GMT: THE POWER OF PASSION AND PERSEVERANCE (2016) (讨论了毅力); Berger & Weiss, *supra* note [270] (讨论了创伤后成长); Eades, *supra* note [271] (“resilience”); Barbara L. Fredrickson et al., *What Good Are Positive Emotions in Crises? A Prospective Study of Resilience and Emotions Following the Terrorist Attacks on the United States on September 11th, 2001*, 84 J. PERSONAL & SOC. PSYCHOL. 365 (2003) (讨论了积极情绪); Todd B. Kashdan & Jonathan Rottenberg, *Psychological Flexibility as a Fundamental Aspect of Health*, 30 CLINICAL PSYCHOL. REV. 865 (2010) (讨论了“灵活性”); Salvatore R. Maddi et al., *Hardiness: An Operationalization of Existential Courage*, 44 J. HUMANISTIC PSYCHOL. 279 (2004) (讨论了“韧性”); Martin E. P. Seligman & Mihaly Csikszentmihalyi, *Positive Psychology: An Introduction*, 55 AM. PSYCHOLOGIST 5 (2000) (讨论了“积极心理”); Maria Theodoratou et al., *Refugees' Coping Strategies*, 4 J. PSYCHOL. & CLINICAL PSYCHIATRY 227 (2015) (讨论了“应对”)。我暂且不讨论人类成功应对压力的宏大理论，比如 salutogenesis (即产生一种连贯感 (sense of coherence)，更广泛地说是一种健康取向)。See generally AARON ANTONOVSKY, HEALTH, STRESS AND COPING (1979); THE HANDBOOK OF SALUTOGENESIS (Maurice B. Mittelmark et al. eds., 2017)。

^[273] Malgorzata Pciolto, *The Concept of Resilience in OSH Management: A Review of Approaches*, 22 INT'L J. OCCUPATIONAL SAFETY & ERGONOMICS 291, 291-94 (2016) (讨论“韧性”一词的概念和不同领域的弹性概念)。有关“韧性”一词在心理学上的概念，参见前引第 292-293 页。

时，在道德和政治上都有义务采取特别措施保护少数民族人群。^[274]首先，在建设一座新的大坝前，需要对建设的必要性进行论证。如果缺乏相当的必要性，那么政府应当慎重考虑是否要建设这一大坝。其次，即使新建一座大坝是必要的或非常可取的，那么需要进一步论证大坝选址，在考虑新的大坝会对当地少数民族造成损害的前提下，是否存在更合适的选址。若存在更加合适的选址，这同样不是在当地修建大坝的决定性条件，因为政府应充分调查衡量多个选址对少数民族的影响。第三，如果找不到更好的地点，那么政府在修建水坝时也应采取一切合理的措施，将大坝对受影响的少数民族所遭受的伤害和各种成本降到最低。^[275]

三、奇索伊大坝和玛雅·阿奇在危地马拉的命运^[276]

在 1977-1983 年期间，危地马拉里奥内格罗山谷的奇索伊大坝是在该国频发的暴力事件和当地居民的强烈抗议下建造的。^[277]几年前我曾就几个 2010 年前的消息来源简要地讨论了这一案例。^[278]现在，我将使用最新的且更加翔实的资料对奇索伊大坝的争议进行讨论，特别是有关玛雅·阿奇村民的补偿和搬迁问题，他们的公共生活因大坝的建设而受到冲击。本节讨论了大坝的建设，并追溯了该地区的相关历史，以及大坝建设对玛雅·阿奇的土著人民的影响。首先我将对危地马拉的历史进行一个简要的概述，因为它与里奥内格罗所在的拉比纳尔（Rabinal）省的殖民主义、土地和土著有关。其次，我研究了大坝的建设如何对里约内格罗河谷的土著人民产生不利影响。随后，我转向那些因大坝建设而迁移至危地马拉其他地区的玛雅·阿奇人。最后，我将讨论世界银行、美国国会和危地马拉的腐败如何导致移民搬迁的玛雅·阿奇人在补偿和重新安置选择上的不足。

（一）历史背景

1524 年，西班牙入侵并殖民了现危地马拉领土。^[279]从 1560 年到 1821 年，该地区被划为西班牙治下的危地马拉总督辖区；从 1823 年到 1840 年，它连同现在的萨尔瓦多、洪都拉

^[274] 布拉德·埃文斯（Brad Evans）和朱利安·里德（Julian Reid）提出了一个更有力、更广泛的观点：“当政策制定者参与弹性的讨论时，他们措辞明确地反对一种观点，即人们从危险中可以求得自由，或者更加极端地，人们必须要将自己暴露在危险之中。BRAD EVANS & JULIAN REID, *RESILIENT LIFE: THE ART OF LIVING DANGEROUSLY* 57 (2014).

^[275] 这种三管齐下的建议比埃文斯和里德的方法要温和得多，后者对当前政治上的弹性用途进行了尖锐的攻击。同前引，第 202-203 页。（“自由主义政权正在投入如此多的精力来想象有弹性的主体的必要性和可能性，我们只能适应自己无法控制的世界，因为现实世界是人类的世界，充满了政治、创造力、行动、想象力和变革潜力。”）

^[276] 这部分的写作很大程度上归功于西班牙语技能和迈克尔·达顿（Michael Dutton）出色的协助。杰里米·佩雷茨（Jeremy Peretz）和莎拉·拉希米（Sarah Rahimi）也对本章节做出了诸多贡献。

^[277] See Stephen R. Munzer, *Corrective Justice and Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge*, in *NEW FRONTIERS IN THE PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY* 58, 67-68 (Annabelle Lever ed., 2012) [以下简称 Munzer, *Corrective Justice*]; Barbara Deutsch Lynch, *The Chixoy Dam and the Achi Maya: Violence, Ignorance, and the Politics of Blame* 5, 7-8 (Mario Einaudi Ctr. for Int'l Stud., Working Paper No. 10-06, 2006).

^[278] Munzer, *Corrective Justice*, *supra* note [277], at 58, 67-69.

^[279] *Guatemala Profile- Timeline*, BBC NEWS (May 31, 2018), <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-19636725> [<https://perma.cc/9MWX-PDADI>] [以下简称 *Guatemala Profile*]; *Central America*, BRITANNICA ACADEMIC (Aug. 8, 2018).

斯、尼加拉瓜和哥斯达黎加一起作为中美洲联邦共和国的一部分。^[280]自 1847 年以来，危地马拉一直作为一个独立的国家而存在，并将当年的国土保持至今。^[281]早期的独裁统治者迎合了贵族和外国商业利益，^[282]在 1931 年的一次军事政变后掌权的豪尔赫·乌比科（Jorge Ubico）也不例外。^[283]在其统治的最初几年中，土著人民就经常被奴役，而 1934 年通过的一项流浪法（vagrancy law）使得这一情况更加严重，该法律规定工人，特别是土著工人，可以在种植园里被强迫劳动。^[284]乌比科在任期间鼓励外国投资，打击工会，支持经济作物而非粮食的生产。^[285]一位学者指出，当时“美国持有的股份属于美国商业利益，特别是联合水果公司（UFCO）”，即后来成为奇基塔香蕉品牌国际（Chiquita Banana Brands International）。^[286]

危地马拉革命发生于 1944 年至 1954 年期间，进步的胡安·阿瓦洛（Juan Arvalo）于 1944 年取代了右翼的乌比科，1951 年，更左翼的雅各布·阿本斯·古兹曼（Jacobo Arbenz Guzman）紧随其后。^[287]阿瓦洛的政策包括修订一个对工人更加友好的劳动法典、建立社会保障制度、加强对外国企业的监管，以及鼓励土著团体组织在农民联盟（campesino leagues）中来维护自身利益。^[288]阿本斯则支持土地改革，改革内容包括对由 UFC 或危地马拉白人拥有的种植园实行征收，以及将撂荒和休耕的土地从富有的危地马拉人手上重新分配给玛雅土著。^[289]

阿本斯的政策改变严重打击了大型土地所有者和外国企业。UFCO 囤积了大量土地以供未来使用，在阿尔本兹政府的领导下，它失去了三分之一的土地。^[290]此前 UFCO 还通过对货运铁路、港口和船队的控制实现了对该国进出口的垄断。^[291]为了夺回危地马拉经济控制权，阿尔本兹下令修建高速公路和一个新的港口。^[292]然而美国中央情报局（CIA）随后开始在该国实施颠覆活动，^[293]1953 年艾森豪威尔总统命令 CIA 谋划推翻阿本斯政权。^[294]1954 年政变推翻了阿本斯之后，卡洛斯·卡斯蒂略·阿马斯（Carlos Castillo Armas）开始掌权，

^[280] *Capitan General*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA (Mar. 22, 2007); *Guatemala Profile*, *supra* note 279; *United Provinces of Central America*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA (Nov. 11, 2011); *Guatemala*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA (Oct. 31, 2018).

^[281] *Guatemala*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA *supra* note 280; *Central America*, *supra* note 280.

^[282] *Guatemala*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA *supra* note 280.

^[283] 同前引; *Jorge Ubico*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA (Nov. 6, 2018).

^[284] *Guatemala*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA *supra* note 280; *Jorge Ubico*, *supra* note 283.

^[285] Laura Moye, *The United States Intervention in Guatemala*, 73 INT'L SOC. SCI. REV. 44, 44 (1998) [下简称 Moye].

^[286] 同前引; Daniel Kurtz-Phelan, *Big Fruit*, N.Y. TIMES (Mar. 2, 2008), <https://www.nytimes.com/2008/03/02/books/review/Kurtz-Phelan-t.html> [<https://perma.cc/9J22-KPRM>].

^[287] *Guatemala*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA *supra* note 280.

^[288] *Guatemala Profile*, *supra* note 279.

^[289] Moye, *supra* note [285], at 45. According to PIERO GLEIJESES, SHATTERED HOPE: THE GUATEMALAN REVOLUTION AND THE UNITED STATES, 1944-1954 149-62 (1992), the principal beneficiaries of Arbenz's agrarian reform were indigenous peoples.

^[290] Moye, *supra* note [285], at 45.

^[291] 同前引。

^[292] 同前引。

^[293] *Guatemala Profile*, *supra* note [279].

^[294] Moye, *supra* note [285], at 48.

并开始废除前任总统的政策：“他消除了共产主义的影响力，废止了土地改革，并以极端的暴力破坏了劳工和农民工会……”^[295]这次政变导致了军政府的扩张，并最终在 1962 年至 1996 的两年间引发了一场惨烈的内战。^[296]

正是在这种动荡不堪的历史背景下，危地马拉政府在 1975 年决定建造水力发电大坝，以减少进口石油的支出。^[297]由政府雇佣的拉米财团（Consortio Lami）计划修建四座大坝，横亘于里奥内格罗境内的奇索伊大坝就是其中之一。^[298]奇索伊大坝的估计成本为 2.7 亿美元。^[299]危地马拉政府分别从美洲开发银行（IADB）和世界银行获得了 1.05 亿美元和 7200 万美元的贷款。^[300]大约有 1500 名玛雅·阿奇人居住在里奥内格罗河谷中，但政府并没有就该项目征得他们的同意或意见。该项目的初步可行性报告甚至表明该山谷无人居住。^[301]

玛雅·阿奇人并非玛雅人的一个亚群体，而是一个独立的土著民族。^[302]直到 1976 年世界银行资助的地震重建调查项目才确定了这一族群的存在，此后在债权人的要求下，危地马拉政府才为该族裔的大坝和水库移民制定了安置与赔偿计划。^[303]直到政府官员的飞机在里奥内格罗河谷上空掠过并用扩音器播报大坝水库将淹没玛雅·阿奇的故土时，该族人民才得知这座大坝的存在。^[304]尽管缺乏对玛雅·阿奇人的事先协商与通知，政府还是不得不提出一个安置和补偿计划，并承诺帮助玛雅·阿奇人修建房屋、农田，并提供卡车、船只和拖拉机来换取他们迁离故土。^[305]

在这一刻，一切都陷入了混乱与暴力。玛雅·阿奇族人聚集并编制了一本“书”以记录了他们在里奥内格罗河谷和河床上的土地所有权与政府的承诺，该族人拒绝接受这些承诺因

^[295] *Guatemala Profile*, *supra* note [279].

^[296] 同前引。

^[297] Colajacomo, *supra* note [10], at 2. 这个名字有不同的书写为 Achi, Achi', Achí, 或 Achi, 文本使用的书写方式没有音调或口音标记 (Achi)。

^[298] 同前引，第 1 页。“里奥内格罗 (Rio Negro)”这个名字既可以指奇索伊大坝建设地河流，也适用于于维拉帕斯省附近的一群山谷村庄。

^[299] 同前引，第 2 页。

^[300] 同前引。

^[301] 2 BARBARA ROSE JOHNSTON, CTR. POL. ECOLOGY, CHIXOY DAM LEGACY ISSUES STUDY, CHIXOY DAM LEGACY ISSUES DOCUMENT REVIEW: CHRONOLOGY OF RELEVANT EVENTS AND ACTIONS 8 (2005) [下简称 JOHNSTON, CHIXOY DAM LEGACIES]. 约翰斯顿声称，其他三座大坝的建设计划被废止。同前引，第 63 页。“Achi”这个名字既可以指代一个人群，也可以被用于指代他们说的语言。该语言中的“Achi”一词的意思是“男人”(man)。SERGIO NAVARRETE PELLICER, MAYA ACHI MARIMBA MUSIC IN GUATEMALA 229 n.229 (2005) [下简称 NAVARRETE PELLICER].

^[302] 一些学者将阿奇语归为更大的基切语 (K'iche') 分支的一部分。See, e.g., BRRGITIMNE M. FRENCH, MAYA ETHNOLINGUISTIC IDENTITY: VIOLENCE, CULTURAL RIGHTS, AND MODERNITY IN HIGHLAND GUATEMALA 66-74 n.300 (2010) [下简称 FRENCH]. 历史、学术和政治关系一直保持着民族语言的区别，使阿奇人在许多方面与基切人区分开来，尽管他们的语言通常被认为几乎相同。同前引，第 1-5 页，21-39 页，58-76 页。

^[303] Barbara Rose Johnston, *Chixoy Dam Legacies: The Struggle to Secure Reparations and the Right to Remedy in Guatemala*, 3 WATER ALTERNATIVES 341, 349 (2010) [下简称 Johnston, *Reparations in Guatemala*]

^[304] See Colajacomo, *supra* note [10], at 2.

^[305] See Interview by Monti Aguirre with Cristóbal Osorio Sanchez (Apr. 26, 2004), https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_11/online_exclusive/4454 [<https://perma.cc/4UFL-Z7XQI>] [下简称 Aguirre].

为他们认为这些承诺不足以补偿损失，并任命了两名成员到危地马拉城与政府官员会面。^[306]然而在前往首都的路上，这两名代表遭到绑架，二人连同上述记载产权与承诺的“书”一起失踪。^[307]玛雅·阿奇族重申他们拒绝离开，由此一次冲突爆发了。^[308]在冲突中，政府准军事部队对玛雅·阿奇人实施了5次大屠杀，导致四百多名土著居民丧生。^[309]在其中一次尤为严重的屠杀中，107名儿童被杀害，73名妇女在被谋杀前被强奸或折磨。^[310]在1983年晚些时候，水库进入蓄水期间，那时更多的玛雅·阿奇人在试图逃离或抵制强制搬迁时被杀。^[311]

1977-1983年在里约内格罗河上建造的奇克索伊大坝在危地马拉历史上占有一个特殊的地位。它建设于该国内战期间，那时右翼政客、军队和准军事部队与左翼叛乱分子、玛雅族和拉迪诺农民之间爆发了惨烈的冲突。^[312]这场战争的结束标志着“暴力”（*la Violencia*）时代的终结，此前该国叛乱横行的，危地马拉政府及其行刑队（*death squads*）对农村贫民进行了不分青红皂白杀戮和恐怖政策。^[313]当地的人口主要由玛雅·阿奇人构成。^[314]政府及其盟友用武力驱逐了部分原住民，并对其余居民施加折磨与屠杀。^[315]在暴力事件期间该国政府对玛雅人施加了种族灭绝和反人类罪行。^[316]政府只提供了微薄的安置帮助，甚至在千禧

^[306] 同前引。See also JOHNSTON, CHIXOY DAM LEGACIES, *supra* note 301, at 40. 被绑架和失踪的玛雅阿奇领导人是埃弗里斯托·奥索里奥（Everisto Osorio）和瓦莱里亚诺·奥索里奥·陈（Valeriano Osorio Chen）。同前引，第3页。现在尚不清楚他们是否与克里斯托瓦尔·奥索里奥·桑切斯（Cristóbal Osorio Sanchez）（参见前引305）有关。Colajacomo, *supra* note [10], at 67. 文章中没有道明这些领导人的名字，只是说“两人被肢解的尸体后来被发现”。

^[307] See Aguirre, *supra* note 305; Colajacomo, *supra* note [10], at 67（该文章中将本文所谓的“书”或“文件”称为“会议记录簿（Libro de Acta）”）；Johnston, *Reparations in Guatemala*, *supra* note [303], at 349-50. 这些土地所有权的性质尚不明确。首先，不清楚“书”中的土地所有权证书是复制品还是原件。第二，Colajacomo, *supra* note [10], at 67，似乎表明土地所有权归属集体而非个人。与此相反，Johnston, *Reparations in Guatemala*, *supra* note [303], at 349，写道：“在水坝影响范围内的所有土地，在开发时都有合法注册的产权。第一次登记的日期在1883年至1910年之间不等。到2004年，涉及的26块土地中，只有一块土地的所有权属于开发商（INDE），其余土地则为私人所有、共同所有或当地原住民社区的代表名下。换句话说，淹没的土地、水坝的一部分和水利工程建设在法律上仍然归属于其原始所有者。INDE未能合法取得土地所有权，直接违反了贷款协议和银行放贷政策。在一个共同所有权的情况下，为保留在上游耕种的权利，共同所有者仍在对被淹没土地交纳税款。由于约翰斯顿雇佣了土地所有权研究员，她的立场似乎比柯拉雅科莫更有说服力。除了一块土地外，INDE对这块土地没有所有权。”

^[308] Aguirre, *supra* note [305].

^[309] 同前引。

^[310] 同前引。

^[311] Colajacomo, *supra* note [10], at 5.

^[312] STEPHEN CONNELLY BENZ, GUATEMALAN JOURNEY (1996); RACHEL MCCLEARY, DICTATING VIOLENCE (1999).

^[313] AMNESTY INTERNATIONAL, GUATEMALA: A GOVERNMENT PROGRAM OF POLITICAL MURDER (1981).

^[314] Colajacomo, *supra* note [10], at 3.

^[315] Johnston, *Reparations in Guatemala*, *supra* note [303], at 349.

^[316] Colajacomo, *supra* note [10]. 前独裁者乔斯·埃弗里恩·里奥斯·蒙特被判种族灭绝罪，尽管他的判决后来被危地马拉宪法法院推翻，理由是他在认知能力达不到接受审判的标准。同前引，第355页。新的法律程序于2017年开始，一直持续到2018年4月1日里奥斯·蒙特去世，享年91岁。Efrain Rios Montt, in ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, <https://www.britannica.com/biography/Jose-Efrain-Rios-Montt> [https://perma.cc/M9YD-4CSX] (last visited Feb. 28, 2019).

年前该国政府都拒绝向玛雅·阿奇族人支付除了象征性的补偿以外的赔偿。^[317]此次事件的受害者玛雅人占该国人口总数的近 40%。^[318]

人们可以通过以下方式追溯大坝建设和运营对里奥内格罗的玛雅·阿奇族人及其后代的影响：（1）概述拉比纳尔（Rabinal）居民的状况，那里仍然存在许多玛雅·阿奇人；（2）研究生活在危地马拉城的土著人民的经历，许多玛雅人为了寻找工作而搬到那里；（3）描述了玛雅·阿奇的两种常见工作选择——加工工厂（生产出口商品的工厂）和棕榈油种植园。

（二）玛雅·阿奇的历史与现状

我从整个拉比纳尔市开始。关于危地马拉这一地区的信息不仅限于受奇索伊大坝影响的人，而且有助于了解那些仍然生活在原籍地的玛雅人的平均生活。接下来，我将关注重点放在帕克斯（Pacux）的重新安置社区，并讨论里奥内格罗大屠杀的大多数幸存者最终都去了那里。最后，我讨论里奥内格罗及其周边地区村庄的重新安置问题。

1. 拉比纳尔及其周边

位于下维拉帕斯省（Baja Verapaz）的拉比纳尔市在 2000 年拥有 39,409 人口。该市包括拉比纳尔镇与里奥内格罗村、帕克斯村等村庄。^[319]该地区超过 80% 的人口是玛雅·阿奇族人。^[320]该市只有 20% 的玛雅·阿奇居民住在拉比纳尔镇，^[321]其余 80% 都散布于周围各个村落之中。^[322]拉比纳尔的经济以农业为主，特别是玉米和豆类种植的自给自足型农业。^[323]在 21 世纪早期，该地区大约有 40% 的人口是文盲。^[324]在过去的几十年里，由于土壤退化和土地不足，拉比纳尔的居民的生活质量有所下降。^[325]大约 87% 的拉比纳尔的居民（*Rabileios*）生活在贫困中，“近一半的人口定期迁移，以寻找季节性农业工作或在首都工作”。^[326]大多

^[317] 1 JOHNSTON, CHIXOY DAM LEGACIES, *supra* note [301], at 18-21. 奥恩斯顿的五份报告，前四份是英文的，最后一份是西班牙文的，这些报告被提交给了危地马拉总统人权委员会的政府、世界银行和美洲开发银行。See Chixoy Dam Legacy Issues Study, CTR. POL. ECOLOGY, www.centerforpoliticalecology.org/chixoy.html (last visited July 13, 2018).

^[318] 截至 2019 年 1 月 23 日，危地马拉总人口约为 17,467,853 人。Guatemala Population 2018, WORLD POPULATION REVIEW, <http://worldpopulationreview.com/countries/guatemala-population/> [<https://perma.cc/QX5H-JXSE>] (last visited Mar. 1, 2019) 根据 2010 年的人口普查，混血儿（拉迪诺人）约占人口的 41%，玛雅人群体（39%）和欧洲血统的白人（18.5%）增加了其余的大部分。同前引。亚裔占 1.5%。目前尚不清楚总人口数字是否包括居住在危地马拉的约 11 万名萨尔瓦多人。同前引。

^[319] DORA RUTH DEL VALLE COBAR, VIOLENCIA POLIRICA Y PODER COMUNITARIO EN RABINAL, BAJA VERAPAZ [Political Violence and Community Power in Rabinal, Baja Verapaz] 46-47 (2004) [下简称 DEL VALLE COBAR].

^[320] 同前引，第 48 页。

^[321] Maeve Hauteceur et al., Las Barreras de Acceso a los Servicios de Salud en la Población Indígena de Rabinal en Guatemala [The Barriers to Accessing Health Services in the Indigenous Population of Rabinal in Guatemala], 49 SAUD PÚBLICA DE MEXICO 86, 87 (2007) [下简称 Hauteceur et al.]

^[322] 同前引。

^[323] DEL VALLE COBAR, *supra* note [319], at 51.

^[324] 同前引，第 51 页。

^[325] See Julie Stewart, *When Local Troubles Become Transnational: The Transformation of a Guatemalan Indigenous Rights Movement*, 9 MOBILIZATION: AN INT'L J. 259, 265 (2004) [下简称 Stewart].

^[326] 同前引。

数移民都是年轻人，他们经常选择在全国各地分布的加工厂（*maquiladoras*）^[327]工作。^[328]一些年轻妇女移居家庭佣工。^[329]在过去的几十年里，也有一部分居民前往美国寻找工作。^[330]

尽管该族人频繁迁徙，但在千禧年之交，拉比纳尔的“土著语言保持相对稳定”。^[331]与居住在危地马拉其他地区的许多土著居民相比，拉比纳尔人更大程度上保持着祖辈的语言。^[332]例如，在奇马特南戈（Chimaltenango）省的圣马丁吉洛特佩克（San Martin Jilotepeque）市，50岁或以上的居民中有68.7%说土著语言，而3至6岁的居民中只有20.4%说土著语言。^[333]由于土著语言的年轻使用者无法取代年长的土著语言，圣马丁·吉洛特佩克的数据表明，一些（也许是许多）土著语言最终可能会消失。相比之下，在拉比纳尔，50岁或以上的人中有70%说阿奇语，3至6岁的人中有近60%说阿奇语。^[334]虽然那些留在拉比纳尔的人倾向于保留他们家人的语言，但许多居住在下维拉帕斯省以外的移民的语言保留率可能较低。尽管如此，在危地马拉各地，对使用土著语言有一些支持力量，一股力量可能来自于玛雅群体中更广泛的“社会和文化意识增强”运动，^[335]另外一股支持力量可能来自于泛玛雅文化运动。^[336]

即使社会意识有所提高，拉比纳尔的居民也缺乏必要的社会物质资源。例如，拉比纳尔居民在获得医疗保健资源时面临经济困难、地理阻隔和文化及语言障碍。^[337]该市医务人员极其有限，^[338]这导致救护车通常无法到达村庄，所以农村居民即便是在紧急情况下，时常也需要步行几个小时才能获得医疗救助。^[339]许多玛雅·阿奇人声称，医护人员还会故意歧

^[327] 这种工程也称为 *Maquilas*，这种工厂也在墨西哥和中美洲其他地区存在。See John Sargent & Linda Matthews, *China Versus Mexico in the Global EPZ Industry: Maquiladoras, FDI Quality, and Plant Mortality*, 37 WORLD DEV. 1069, 1069 (2009).

^[328] DEL VALLE COBAR, *supra* note [319], at 50.

^[329] 同前引。

^[330] 同前引，第 152 页。

^[331] MICHAEL RICHAS, ATLAS LINGÜÍSTICO DE GUATEMALA [Linguistic Map of Guatemala] 95 (2003)（在拉比纳尔土著语言的言存在一种相对稳定的状态。）[下简称 RICHARDS]

^[332] 同前引。

^[333] 同前引，第 96 页。

^[334] 同前引，第 93 页。

^[335] 同前引，第 94 页。（“提高社会和文化意识”）

^[336] See EDWARD F. FISCHER, CULTURAL LOGICS AND GLOBAL ECONOMIES: MAYA IDENTITY IN THOUGHT AND PRACTICE 4-6 (2001). 纳瓦雷特·佩利瑟（Navarrete Pellicer）在 2005 年写道，在危地马拉，大多数玛雅妇女只说他们的母语玛雅语，而大多数玛雅男性同时说他们的母语玛雅语和西班牙语。NAVARRETE PELLICER, *supra* note [301], at 232 n.40. 每当玛雅男女搬到城市地区时，一代人之后可能就出现了西班牙语单一语言的趋势。FRENCH, *supra* note [302], at 117-24.

^[337] Hauteceur et al., *supra* note [321], at 86.

^[338] 同前引，第 88 页。在拉比纳尔平均 10000 人中才有 1 名医生。同前引。

^[339] 同前引，第 89-90 页。

视土著人。^[340]歧视情绪，加上“暴力时代”^[341]后对当局的普遍恐惧和不信任，已经导致许多玛雅·阿奇族人放弃前往医疗中心寻求帮助。^[342]妇女在医疗保健方面还面临着其他障碍，玛雅·阿奇女性经常因男性医生的检查而感到不适。除非女性患者的丈夫在场，否则她们会避免向男医生寻求帮助。^[343]此外，该族裔女性中掌握西班牙语的人口比例相对较小，这导致她们难以与说西班牙语的医生进行沟通。^[344]

拉比纳尔医疗服务的昂贵和供不应求导致当地人在寻求医疗帮助时更多地转向传统医学。^[345]例如，一些人向“精神向导、药师和玛雅牧师”寻求医疗帮助。^[346]许多孕妇生产或孕期其他医疗需求中更加倾向于当地助产士。^[347]在一项研究中，70%的受访者表示，社区中至少有一些年轻人采用了一定程度的玛雅传统医学。^[348]

许多拉比纳尔人提到了由暴力事件和建造奇索伊大坝所造成的“集体的痛苦”（collective pain）^[349]或“重疾”（great sickness）^[350]。重疾的影响包括“悲伤、不公感（a feeling of injustice），恐惧（fear, terror, horror），梦见那些被屠杀的人（dreaming of those who were massacred），心理折磨（psychological torture），痛苦（anguish, suffering, pain），阳痿，愤怒，沮丧和未解决的哀悼（frustrated and unresolved mourning），身心问题（psychosomatic problems），孤独，创伤性记忆（traumatic memories,），噩梦，极端不信任（extreme distrust），鲁莽行为（extreme distrust），恐慌发作（panic attacks,），紧张，焦虑，抑郁，注意力不集中，缺乏自主（lack of personal autonomy）等等”。^[351]

研究者可以通过研究兄弟会（*cofradías*）来揭示自1970年代以来地方权力结构的变化。*cofradías* 曾被用以指代一群被称为“管家”（*mayordomos*）人，^[352]他们往往地位显赫且财力

^[340] 同前引，第91页。

^[341] 美洲人权法院对“暴力时代”的定性如下：“1962年至1996年间，危地马拉发生了一场国内武装冲突，造成了巨大的人力、物质、体制和道义代价。历史澄清委员会（以下简称“CEH”）估计，“在国内武装冲突中，有20多万人死亡或失踪”，国家武装部队和准军事团体对93%的侵犯人权行为负责，其中包括92%的强迫失踪。Rio Negro Massacres v. Guatemala, Official Summary Issued by the Inter-American Court, Inter-Am.Ct. H.R. ¶56 (Sept. 4, 2012), available at http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec-250_ing.pdf [<https://perma.cc/DA3A-S55L>].

^[342] Hautecoeur et al., *supra* note 321, at 92.

^[343] 同前引，第90-91页。丈夫的不在场可能是一个常见的问题，因为男性周期性地前往他乡务工的情况非常常见。

^[344] 同前引，第91页。

^[345] 同前引，第92页。

^[346] DEL VALLE COBAR, *supra* note [319], at 182. (“精神导师，治疗师，玛雅祭司”）

^[347] Hautecoeur et al., *supra* note [321], at 92.

^[348] OTTO RICARDO RIVERA ALVAREZ, ORGANIZACION SOCIAL MAYA ACHI: UNA APROXIMACION A SAN JOST RABINAL EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI [Social Organization of the Maya Achi: A Look at San Jose Rabinal at the Dawn of the 21st Century] 16 (2002) [下简称 RIVERA ALVAREZ]

^[349] Hautecoeur et al., *supra* note 321, at 91 (“un dolor colectivo”).

^[350] DEL VALLE COBAR, *supra* note 319, at 183 (“la gran enfermedad”).

^[351] 同前引。（tristeza, sensación de injusticia, miedo, terror, horror, soñar a los masacrados, tortura psicológica, tormento, sufrimiento, dolor, impotencia, cólera, duelo alterado, problemas psicosomáticos, soledad, recuerdos traumáticos, pesadillas, desconfianza extrema, desorganización de la conducta, ataques de pánico, nerviosismo, ansiedad, depresión, falta de concentración, falta de autonomía personal）.

^[352] 同前引，第142页。Mayordomos 在阿奇语中也被称为 kajawxeles。同前引，第143页。

雄厚。兄弟会与罗马天主教会都是拉比纳尔社会的主要支柱之一。^[353]这些兄弟会成员是天主教会和土著社区之间的纽带，他们促进了前地理大发现当地的土著传统与天主教文化的融合。^[354]兄弟会似乎通过组织和资助宗教仪式和社区庆祝活动来收获当地人对其的尊重。^[355]

一位熟悉拉比纳尔社区发展的非危地马拉受访者很好地总结了兄弟会在“暴力时代”和大坝建设之前的政治和社会力量：这里的卡奇克尔人（Kajawxeles）以前有精神力量（spiritual power）；他们垄断的所有仪式活动、婚姻、祭祖、悼亡%……他们也拥有政治权力，因为兄弟会中的管家可以选举与地方官（municipal mayor）相对应的土司（indigenous mayor）。^[356]土司也是所有地方兄弟会的首长，他拥有重要的司法权。^[357]同一名外国受访者说，“土司充当了法官的角色，他的所执行的法律是传统的法律原则。”如果土司不能解决争端或达至公正的结果，那么他们将求助于拥有正式执法权力的地方官。^[358]此外，兄弟会成员时常会就有关中央政府决策向地方官进行咨询。^[359]

然而，在二十一世纪初，兄弟会权力和地位受到了极大的削弱。在一项研究中，30%受访者表示他们担心兄弟会可能会完全消失。^[360]兄弟会衰落的一个主要原因是拉比纳尔所面临的普遍贫困：在经济困难时期，没有人愿意担任执事并使用有限的资源来组织和资助庆祝活动。^[361]例如，在帕克斯村，里奥内格罗河的前居民重新组织了他们的兄弟会，但由于玉米和豆类等基本食物的稀缺，没有人有足够的食物来组织聚会。^[362]正如一位社会活动家和内战受害者所说，“兄弟会只不过是一个象征而已。”^[363]社区中的其他人将拉比纳尔社会兄弟会的重要性下降归咎于新教团体的日益增长。^[364]最后，由于部分拉比纳尔人认为兄弟会成员在大屠杀中与政府军队狼狈为奸，兄弟会在社区中得到的支持进一步下降。^[365]

不管原因如何，兄弟会的衰落意味着土司大权旁落，而地方和中央政客则趁机牢牢控制着当地的政治权力。^[366]管家的地位也随之下降，他们不再作为地方官的顾问，并不再掌控司法权。^[367]兄弟会的衰落也预示着土著文化知识的丧失。在一个人成为管家之前，他要

^[353] 同前引，第 142 页。

^[354] 同前引，第 141-142 页。

^[355] 同前引，第 142 页。

^[356] 同前引，第 143 页。（在这里，在 kajawxeles 拥有精神力量之前，他们组织了所有的仪式生活，婚姻，祖先的记忆，死者……他们也拥有政治权力，因为兄弟会的市长任命了土著市长，这与市长的结构平行。）

^[357] 同前引，第 87 页。

^[358] 同前引（在这里，在 kajawxeles 拥有精神力量之前，他们组织了所有的仪式生活，婚姻，祖先的记忆，死者……他们也拥有政治权力，因为兄弟会的市长任命了土著市长，这与市长的结构平行。）

^[359] 同前引。

^[360] RIVERA ALVARAZ, *supra* note 348, at 13.

^[361] DEL VALLE COBAR, *supra* note 319, at 146.

^[362] 同前引，第 145 页。

^[363] 同前引（兄弟会就像一个符号，仅此而已）

^[364] RIVERA ALVARAZ, *supra* note 348, at 13. 社区中的一些人认为，拉比纳尔的福音派基督教分裂了拉比纳尔人，福音派基督教对个人的强调破坏了玛雅人对社区的传统关注。See DEL VALLE COBAR, *supra* note 319, at 136-37.

^[365] DEL VALLE COBAR, *supra* note [319], at 144-45.

^[366] 同前引，第 81 页。

^[367] 同前引，第 85 页。

花七年时间学习拉比纳尔兄弟会组织的仪式和文化活动。^[368]如果兄弟会曾经是拉比纳尔“社区生活的中心”，^[369]那么至少可以看出，在组织衰落期间，拉比纳尔的一些传统已经消失了。

随着时间的推移，拉比纳尔的一些物质文化元素逐渐减少。在从事编织服饰和家居装饰品的妇女受访者中，70%的人表示从母亲那里学会编织，10%的人表示从婆婆那里学会。^[370]但她们继续表示，只有60%受访者的子女懂得编织。^[371]尽管减少的幅度不大，但这表明了随着时间的推移，文化知识的流失。此外，在那些会编织的妇女中，很多人已经忘记了他们装饰衣物和装饰品上的符号的含义。^[372]传统的陶瓷艺术方面的知识流失更为明显。在会制作陶瓷艺术品的妇女受访者中（其中77%的人从父母中习得这一技术），90%的人表示他们的子女没有掌握制作陶瓷作品所需的技能，并且年轻一代对制作陶瓷没有兴趣。^[373]

同时，玛雅文化的其他传统表达似乎正得到复兴。例如，社区成员更加普遍地组织与玛雅祭司进行仪式。^[374]正如一位学者所描述的那样，这种“复兴”与在访问医疗诊所之前使用传统药物紧密相关。^[375]

最后，对拉比纳尔来说，两个相对较新的群体开始对社区产生影响：非政府组织(NGO)和黑帮(maras)。关于拉比纳尔的非政府组织，一些当地人声称，人们习惯于索取物品和服务，并且国际非政府组织偶尔提供的家长式援助使得本地民间组织减少。^[376]此外，拉比纳尔的部分居民还抱怨，由于之前的社会价值观的崩坏和当地军事官员的不作为，当地正遭受当地一些黑帮团伙的困扰。^[377]

2. 帕克斯村：一个大坝移民村落

里奥内格罗大屠杀的幸存者在逃避了军队追捕的两三年后，开始逐渐涌入重新安置的帕克斯村，目前仍有很多人居住在那里。^[378]据世界大坝委员会的报告所述，“这个重新安置村是危地马拉军队为控制游击队运动而建立的‘模范村’之一。一个军事基地位于村庄的入口处，用以长久地控制其中的居民。”^[379]从里奥内格罗村逃至帕克斯村的土著人在他们抵达时遭受了更严重的暴力：“几天内，所有到达村庄的男性都被军队抓捕、审问、虐待和折磨。其中一些人在经历了山区艰苦生活后连续12天没有获得饮用水和食物，最终导致部分土著人死亡。”^[380]也有些人拒绝在帕克斯村生活，他们选择直接前往海岸的甘蔗种植园或者危地

^[368] 同前引，第143页。

^[369] 同前引，第143页。

^[370] RIVERA ALVAREZ, *supra* note [348], at 22.

^[371] 同前引，第23页。

^[372] 同前引。

^[373] 同前引，第24-26页。

^[374] DEL VALLE COBAR, *supra* note [319], at 173

^[375] 同前引，第174页。

^[376] 同前引，第177页。

^[377] 同前引，第184-185页。

^[378] See generally Nathan Einbinder, *Rio Negro Survivors Rebuild and Face the State*, 47 NACLA REP. AMERICAS 14 (2014) [下简称 Einbinder]. 有关帕克斯村生活的详细介绍，参见 JOHNSTON, CHUXOY DAM LEGACIES, *supra* note [301], at 71-90.

^[379] Colajacomo, *supra* note [10], at 7.

^[380] 同前引。

马拉城市寻找工作。^[381]

迁往帕克斯村后，里奥内格罗村民的生活状况发生了巨大改变。他们从在里奥内格罗拥有 22.5 个卡瓦莱里亚（*caballerías*）的土地，^[382]变为在帕克斯村只有 7 个卡瓦莱里亚的土地。^[383]此外，与里奥内格罗附近湿润的土壤不同，帕克斯周围的土地缺乏灌溉所需的水源，这导致了“农业工作时间的损失，以及继续传统活动的困难”。^[384]例如，居民失去了过去生长在河边的药用植物的获取途径。^[385]学者指出，帕克斯村周围的土地“无论在数量上还是质量上都不足以养活安置的人口”。^[386]帕克斯的居民们所居住的住房状况也堪忧，这些房屋已经“处于极度腐朽的状态”，既不能饲养家畜，也没有开放的社区活动区域。^[387]此外，仅有 150 间住房来容纳 170 个家庭。^[388]

由于帕克斯村缺乏农田和本地就业机会，许多居民被迫背井离乡，他们前往首都、沿海地带，甚至是美国寻找就业机会。^[389]很多年轻人选择在国内其他地区的工厂就业，^[390]而对于年轻人来说，还有一种选择是服为期三年的兵役，在服役期间他们可以享受免费的食宿以及每月 60 美元的报酬。^[391]帕克斯村的妇女通常通过在拉比纳尔镇从事家政工作或销售手工艺品来获得收入。^[392]虽然男性和女性都会外出务工，但相对而言，女性更多地留在家乡照顾孩子。^[393]

大多数家庭变成了由母亲支撑的单亲家庭。^[394]家庭结构的变化部分源于男性在其他地方寻找工作。但是由于在内战期间，许多男性被准军事组织杀害，因此导致了战后寡妇和孤儿数量激增。^[395]与此同时，同龄男性的匮乏也导致一些男性与多个女性生育子女的现象多见：“许多失去丈夫的妇女常常发现自己不得不维持与少数幸存的男性之间的某种关系。这

^[381] Einbinder, *supra* note [378], at 17.

^[382] 卡瓦莱里亚是一个土地单位，面积约为 3,863 平方米。*Caballería*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/?id=6OAc9vw&o=h> (last visited Nov. 13, 2018).

^[383] Colajacomo, *supra* note [10], at 10.

^[384] 同前引。

^[385] 同前引，第 11 页。

^[386] Stewart, *supra* note [325], at 265.

^[387] Colajacomo, *supra* note [10], at 11.

^[388] 同前引，第 10 页。

^[389] See Horacio Martínez Paiz, *La Metamorfosis de una Comunidad Achi: El Caso de Río Negro-Pacux* (The Metamorphosis of an Achi Community: The Case of Río Negro-Pacux) 291 (Museo Nacional de Arqueología y Etnología, Guatemala, J.P. Laporte et al. eds., 2009) [下简称 Martínez].

^[390] 同前引，第 291-292 页。

^[391] Colajacomo, *supra* note [10], at 12. 科拉雅科莫写道，“民运弄人，那些在 80 年代早期的大屠杀中丧生的人的子孙们现在正成为军事体系的一部分。”同前引。

^[392] Martínez, *supra* note [389], at 292.

^[393] Elisabeth Biesemans & Bert Janssens, *Anexo A: Resumen de las Entrevistas de la Investigación Cualitativa* [Attachment A: Summary of the Interviews from the Qualitative Investigation], ASOCIACION PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA EN LAS VERAPACES, MAYA ACHI (ADIVIMA) [ASSOCIATION FOR THE FULL DEVELOPMENT OF THE VICTIMS OF LA VIOLENCIA in the Verapaces, Maya Achi] 45 (2004), available at <http://www.derechos.net/adivima/documentos/informes/chixoyvol3.2espan.pdf> [https://perma.cc/2UXT-AJGF].

^[394] Martínez, *supra* note [389], at 292; Biesemans & Janssens, *supra* note [395], at 45.

^[395] Colajacomo, *supra* note [10], at 7.

导致许多这些男性成为多个家庭的父亲或顶梁柱。”^[396]

在“暴力时代”，许多长者不幸丧生，但幸存者努力保留并重建了他们的传统文化。这些努力包括传承马林巴音乐（marimba music）、传统舞蹈以及宗教仪式的融合。^[397]然而，地理变迁也导致某些传统变得过时或无法继续。例如，帕克斯村的一位居民回忆说，他曾教导孩子们古老的狩猎技巧，但由于在帕克斯村周围找不到他在里奥内格罗打猎的动物，这些技巧已经失去了意义。^[398]他还表示，他没有教孩子们织地毯，因为在帕克斯村并没有适合织制地毯的树木。^[399]一位学者将迁往帕克斯村的影响描述为将导致里奥内格罗人民“复杂而精致的内部调控系统的解体（这意味着他们失去了传统法律的指导、酋长角色的权威，以及进入具有象征意义和宗教重要性的地点的权利）”。^[400]

与拉比纳尔其他地区一样，帕克斯居民也遭受了黑帮的困扰。受访者讲述了年轻帮派成员抢劫、暴力、强奸和恐吓的故事。^[401]许多居民认为军队拒绝采取任何措施来控制暴力和犯罪。^[402]而社区中的许多年长成员则认为年轻人已经失去了曾在里奥内格罗普遍存在的对公共生活的尊重。^[403]

3. 里奥内格罗村

20 世纪 90 年代初，受经济和社会压力驱使，一些家庭在曾经是里奥内格罗村的陡峭山坡上建造了房屋。^[404]大约有 100 人前来定居。^[405]他们主要从事自给自足的农业，并通过捕鱼和制作纺织品、磨玉米的石磨等手工艺品来补充收入。^[406]由于一些传统商业路线现在被水淹没，在奥内格罗的交通相较于大坝建成之前更加困难。^[407]此外，最肥沃的土地现在已经被水淹没：一位里奥内格罗的居民评论说：

现在不再像过去那样了……最好的土地在河边。我们种植了果树——芒果、花生、柑橘、杨桃、番木瓜等等——我们还捕捉到了许多鱼类。现在情况更加艰难，但仍然比在帕克斯过得好。在这里，我们有足够的空间开垦玉米田（milpas），可以自由发展我们的社区。^[408]

在德国一个发展组织的捐款下，里奥内格罗的村民建立了一个文化中心，该中心既是

^[396] Martinez, *supra* note [389], at 292 (“muchas de estas mujeres que perdieron a sus esposos, se vieron frecuentemente obligadas a mantener algún relación de pareja con los pocos hombres que sobrevivieron a las massacres. Esto llevó a que muchos de estos hombres fueran padres o cabezas de hogar de varias familias.”).

^[397] See Colajacomo, *supra* note [10], at 11; see Biesemans & Janssens, *supra* note [395], at 47-48.

^[398] Biesemans & Janssens, *supra* note [393], at 47-48.

^[399] 同前引。

^[400] 同前引，第 42-43 页；Colajacomo, *supra* note [10], at 12.

^[401] Biesemans & Janssens, *supra* note [393], at 42-44.

^[402] 同前引，第 42 页。

^[403] 同前引，第 45 页。

^[404] See Felix A. Kupprat, *Memorar la Cultura: Modos de Mantener y Formar las Identidades Mayas Modernas* [*Remembering Culture: Ways of Maintaining and Forming Modern Maya Identities*], 38 ESTUDIOS DE CULTURA MAYA 145, 154 (2011).

^[405] See Einbinder, *supra* note [378], at 18.

^[406] See Kupprat, *supra* note [404], at 154.

^[407] 参见前引。

^[408] Einbinder, *supra* note [378], at 18. 米尔帕斯（Milpas）是种植农作物的小田地，尤其是玉米。

一个可供外国游客游览的景区包含酒店服务。^[409]这个中心可以为最多 30 人提供食宿，并提供了环绕里奥内格罗大屠杀主要地点的纪念参观的导览。^[410]该中心的英文广告宣传语是：

“在里奥内格罗，生活的最光明和最黑暗的方面交汇在一起，您可以欣赏到里奥内格罗社区如何将苦难转化为新生。”^[411]此外，里奥内格罗还设立了一所学校，提供双语教育和涉及里奥内格罗历史暴力主题的课程。^[412]

一位学者指出，里奥内格罗的村民与其他拉比纳尔的居民不同，因为奥内格罗的村民共同经历了屠杀和移民搬迁：“因此，在这里形成了一种基于仪式和记忆地点的本地族群认同，这些仪式和地点在一个非常有限的社区内获得了意义。”^[413]每年的 3 月 13 日，社区开始聚集，以纪念这些屠杀事件。^[414]仪式包括夜间的玛雅祈祷和献祭仪式，以及随后一天的天主教弥撒。^[415]来自帕克斯和其他社区的游客也可以参加这一仪式。^[416]回顾这些屠杀是社区团结的一种方式，但里奥内格罗的居民认为大坝的建设和随之而来的屠杀是导致他们目前经济困境的原因。^[417]

（三）移民模式

1. 危地马拉城的土著人

移民搬迁对玛雅阿奇人造成了沉重的负担，而就业需求进一步加重了他们的负担。许多土著人因农业和种植业劳动的低工资而感到失望，于是他们纷纷前往首都寻找机会。在危地马拉城，有两个著名的地方，客运站（*La Terminal*）和布里加达（*La Brigada*），土著移民在这里寻找工作来维持家庭生计。总体而言，现有的资料往往不将玛雅阿奇人与其他土著人群区分开。

（1）客运站

客运站是一个市区的大型市场，这里通常是土著移民来到首都的第一站。^[418]这些移民大多居住在市场周围的简陋住房中，或者住在他们出售食品和商品的市场摊位里。^[419]这些住房面积狭小，且没有自来水，居民日常不得不前往市场周边的公共厕所，而这使得他们暴露在市场周围的犯罪分子的影响下。^[420]在该地区每间住宅平均居住人数为 6.3 人，其中平

^[409] 参见前引。

^[410] *El Centro Histórico y Educativo "Rij Ib'ooy,"* CENTRO HISTORICO Y EDUCATIVO RIO NEGRO, <http://rio-negro.info/che/centro.html> [https://perma.cc/E6DP-XBL7] (last visited Nov. 13, 2018).

^[411] 同前引。

^[412] See Kupprat, *supra* note [404], at 161.

^[413] 同前引，第 159 页。“Así surge una identidad étnica local basada en rituales y sitios de memoria que obtienen un significado dentro de una comunidad muy restringida.” 同前引。

^[414] 同前引，第 156 页。

^[415] 同前引。

^[416] 同前引。

^[417] 参见前引。

^[418] MANUELA CAMUS, SER INDÍGENA EN CIUDAD DE GUATEMALA [BEING INDIGENOUS IN GUATEMALA CITY] 94 (2002) [下简称 CAMUs].

^[419] 同前引，第 104 页。

^[420] 同前引，第 105 页。

均有 4.2 人从事某种有报酬的工作。^[421]

在客运站中，居民识字率低下。^[422]其中土著移民以基切人为主（K'iche'），他们使用本民族的语言进行日常交流。^[423]大多数妇女穿着传统的玛雅服装，尽管这两个特点在年轻家庭成员中较少见。^[424]居住在客运站的居民时常会回到他们的原籍地探亲，而那些孤身前往首都打拼的男性则拥有“双重居民身份”，他们经常返回家乡探亲。^[425]对于许多移民来说，在客运站的生活是临时的，因为他们通常在那里工作，以筹措回家生活所需的资金。

正如人们所预期的那样，经常回到原籍地的移民与他们的社区保持着更紧密的联系，他们更加坚定地保持他们特有的文化外观，比如服饰和语言。^[426]他们往往将自己在首都的活动范围限缩在客运站周边。^[427]相比之下，那些将首都视为自己家园的移民（尤其是年轻的土著人士），往往较少使用本民族的语言与穿着传统的玛雅服饰，而且他们在首都的活动范围也更加广阔。^[428]

（2）布里加达

布里加达地区位于首都郊区，该地区聚集了来自该国不同地区的大量土著人。^[429]许多最近抵达的人来自拉斯维拉帕斯（Las Verapaces），包括下维拉帕斯（Baja Verapaz）和上维拉帕斯（Alta Verapaz）。^[430]布里加达地区大约一半的男性户主、超过总数 25% 的工人正从事这一工作从事建筑工作。^[431]妇女通常通过销售廉价商品或制作玉米饼来赚钱。^[432]年轻工人则通常选择在附近的工厂中工作。^[433]拉布里加达以危险而闻名，该地区充斥着谋杀、强奸、抢劫和贩毒等犯罪。^[434]为了避免与黑帮接触，该地区的居民返回家中的事件较早。^[435]然而，即使在家庭内部，也存在包括酗酒和家庭暴力等问题。^[436]

布里加达地区的居民常常以家庭为基本单位。^[437]平均而言，每个住所只有一个房间，却要容纳五个居民，而且有三分之二的布里加达居民与兄弟姐妹、姑姨叔舅或父母同住。^[438]

[421] 同前引，第 109 页。

[422] 同前引。

[423] 同前引。讲基切语的社区主要来自于 Quiché, Quetzaltenango, Totonicapán, Sololá, Retalhuleu, 和 Suchitepéquez 北部地区。RICHARDS, *supra* note [331], at 62.

[424] CAMUS, *supra* note [418], at 109.

[425] 同前引。

[426] 同前引，第 147 页。

[427] 同前引。

[428] 同前引。

[429] 同前引，第 153 页。

[430] 同前引，第 163 页。

[431] 同前引，第 166-167 页。

[432] 同前引，第 166 页。

[433] 同前引。

[434] 同前引，第 161 页。

[435] 同前引，第 162 页。

[436] 同前引。

[437] 同前引，第 165 页（“absoluta predominancia de la familia nuclear”）。

[438] 同前引，第 164-165 页。

与客运站社区一样，布里加达社区的孩子们的受教育程度令人堪忧。^[439]大部分孩子没有完成小学学业，而且超过五岁的孩子中有四分之一并未接受教育。^[440]然而，与客运站社区不同的是，似乎布里加达社区中的很多年轻父母并未投身于体力劳动。^[441]

许多居住在拉布里加达社区的年轻土著人将自身的土著身份与贫穷和被压迫联系起来。^[442]他们试图避免从事父母从事的劳动工作，如建筑 and 家务劳动，而希望能够找到一份“干净”（clean）的工作。^[443]年轻人倾向于就职于加工厂（maquiladora）可能就是因为它提供了这样的工作机会。

例如，尼古拉斯·西克（Nicolas Sic）就是一个典型的例子。他的家乡位于拉比纳尔的玛雅阿奇村庄，2002年时年约二十岁。^[444]尼古拉斯的家庭在他七岁时搬迁到布里加达，以求更好的经济条件，并逃离暴力困扰。^[445]他的父亲从事建筑工作，母亲与大女儿、姐姐和侄女一起在一家为食品摊位提供玉米饼（*tortillería*）^[446]的加工厂工作。^[447]尼古拉斯还没上完小学便辍学了，他最终在一家公司担任授薪画家。^[448]尼古拉斯的大姐和母亲仍然穿着传统的玛雅服装，他们和尼古拉斯的父亲仍然使用阿奇语交流。^[449]然而，尼古拉斯及其兄弟姐妹则不会阿奇语，也不穿传统服装。^[450]此外，尼古拉斯的新婚妻子来自首都，他并未将自己的民族认同带入自己的小家庭之中。^[451]尼古拉斯表示自己对拉比纳尔没有强烈的归属感，尽管他的家人在那里拥有土地，他的父亲依然在家乡的土地上劳作，但尼古拉斯并不渴望回去生活。^[452]当被问及未来子女可能的族裔身份时，尼古拉斯表示他们将不再是土著人，而是“混血”（mixed）。^[453]根据卡缪的观点，尼古拉斯试图避免提及他到首都之前的生活经历。^[454]

对于布里加达那些受教育水平较低的年轻人，他们还会参与到贩运与购买毒品的违法活动之中。^[455]此外，许多年轻工人试图在建筑、商业和各种行业工作；另一些人则前往美国寻求财富。^[456]

^[439] 同前引，第 168 页。

^[440] 同前引。

^[441] 同前引。

^[442] 同前引，第 196 页。

^[443] 同前引（“empleos limpios”）。

^[444] 同前引，第 197 页。

^[445] 同前引。

^[446] 卡缪（Camus）说，玉米饼是女性土著移民的“关键就业领域”。同前引，第 322 页。（“espacio laboral clave”）

^[447] 同前引。

^[448] 同前引。

^[449] 同前引，第 197 页。

^[450] 同前引。

^[451] 同前引（“La mujer de Nicolás es capitalina, él la libera de una adscripción étnica”）。

^[452] 同前引，第 198-199 页，203 页。

^[453] 同前引，第 203 页（“mezclados”）。

^[454] 同前引（“trata de evadir las referencias a su vida anterior a su llegada a la capital”）。

^[455] 同前引，第 348 页。

^[456] 同前引。

2. 危地马拉各地的加工厂工人

加工厂对于贫困的危地马拉人来说,是重要的就业机会。学者莉莉娅娜·戈尔丁(Liliana R. Goldin)将危地马拉的加工厂定义为“为国际资本生产商品的出口加工、劳动密集型工厂。”^[457]在她的研究中,调查对象主要是从事纺织和服装生产的工人。截至2011年,全危地马拉共有约195家工厂雇佣了约75,000名工人。^[458]加工厂的工人中,约70%为年轻女性,据称这是因为她们“温顺”(docile)且“灵活”(flexible)。^[459]而超过25岁的工人通常是男性和土著玛雅人。^[460]他们认为,在麦加多拉工厂工作相较于在沿海种植园工作要好一些,戈尔丁认为后者是“以半奴隶债务、退休工资、工作环境和最低工资为特征”。^[461]

前往加工厂工作往往是一个大家庭的多元化(diversification)策略的一部分。大量的危地马拉人将年轻的儿子和女儿送去工厂工作,同时他们也在年轻家庭成员或雇佣劳动力的帮助下从事农业生产。^[462]戈尔丁的研究调查显示,在有成员受雇于加工厂的家庭中,有90%的家庭同时也从事农业生产。^[463]平均来说,加工厂工人将大约20%的工资用于个人,将80%用于家庭生活开支。^[464]戈尔丁认为,“获得现金意味着可以在家庭内部获得决策权”。^[465]在加工厂工作所获得的工资还使得家庭能够购买消费品,包括电视、手机和一些服装。^[466]

然而,工人对于他们的工作表现出了矛盾的态度。^[467]就工厂工作的消极方面而言,工人们列举了长时间工作、强制加班、恶劣待遇(如言语和身体虐待、缺乏上厕所的机会、恐吓)以及长时间的工作而被剥夺进食机会。^[468]就工厂工作的积极方面而言,工人们列举了可以在工作中收获友谊和恋爱关系、新活动(如下班后外出)、避免从事农业劳动和获得消费品的机会。^[469]戈尔丁认为,对于加工厂的工人来说,“现代性代表了一场远离农业的运动,因为它提供了城市的消费方式和生活方式,并通过媒体对其进行描绘”。^[470]

年轻的工人将工厂视为一个自由的区域,这里使用西班牙语作为一种统一的语言,工人们共享着相同的经历,他可以相互交流并且使得彼此之间的关系合法化。^[471]这种阶级关系的形成有时会超越种族的界限;无论是贫穷的印第安人还是贫穷的混血儿,只要他们成为

^[457] Liliana R. Goldin, *Labor Turnover Among Maquiladora Workers of Highland Guatemala: Resistance and Semiproletarianization in Global Capitalism*, 46 *LATIN AM. RES. REV.* 133, 134 (2011) [下简称 Goldin, *Labor Turnover*].

^[458] 同前引, 第135页。

^[459] Liliana R. Goldin, *Maquila Age Maya: Changing Households and Communities of the Central Highlands of Guatemala*, 6 *J. LATIN AM. ANTHROPOLOGY* 30, 33 (2001) [下简称 Goldin, *Maquila*].

^[460] Goldin, *Labor Turnover*, *supra* note [457], at 135.

^[461] Goldin, *Maquila*, *supra* note [459], at 36.

^[462] 同前引, 第38页。

^[463] 同前引, 第39页。

^[464] Goldin, *Labor Turnover*, *supra* note [457], at 135-36.

^[465] 同前引, 第137页。

^[466] 同前引。

^[467] 同前引。

^[468] 同前引, 第137页, 146页。

^[469] 同前引, 第137页。

^[470] 同前引。

^[471] Goldin, *Maquila*, *supra* note [459], at 38.

工厂工人，就能获得相同的薪水待遇。^[472]此外，由于工人来自危地马拉不同的地区，许多年轻人在工厂里找到与自己不同民族的配偶。^[473]工厂中的婚姻通常需要接受外地女性或允许女儿远嫁，因为按照传统，女性要搬到丈夫父母的家中，直到她们生育后组建了小家庭。

^[474]

年轻人选择在加工厂就业对危地马拉农村的传统农业产生了显著影响，这意味着“他们不会学习农业耕种技能”。^[475]一些农民表示，由于缺乏其子女的帮助，他们的耕种面积较以往存在明显的缩减。^[476]许多年轻的马基拉多拉工人认为农业工作是他们父辈的工作，而且他们认为这项工作“过于艰苦和乏味”。^[477]此外，土地的稀缺与现有土地的减产，^[478]也进一步降低了人们对农业的兴趣。

或许由于对工作的普遍矛盾态度以及许多年轻工人半独立的地位，加工厂行业呈现出较高的劳动力流动率。^[479]流动率的“自主性质”（volitional in nature）表明大多数工人因“与就业条件相关的意愿”而辞职。^[480]当年轻人被问及为何辞职时，百分之三十的人责怪薪酬不足，百分之十三的人表示结婚或生子，另外百分之十三的人疲倦于艰苦的工作和强制加班；百分之十八的人表示被解雇或生病。^[481]由于高流失率和家庭经济多样化，戈尔丁认为工人们“处于过渡阶段，尚未完全无产阶级化，而仍保持着与农业一定联系”。^[482]

与加工厂一起出现的还有黑帮。年轻人（通常是加工厂的同事）组成了与轻微犯罪和破坏和平有关的帮派。^[483]这种犯罪有时“被认为是由于工厂存在而导致的移民的直接结果”。^[484]然而，也有观点认为城市生活会滋生黑帮，因此不能将黑帮的产生单单归根于加工厂的存在。^[485]

3. 萨亚克什的棕榈油种植园

劳拉·乌尔塔多·帕斯·帕兹（Laura Hurtado Paz y Paz）和吉赛尔·V. 桑切斯·蒙日（Giselle V. Sanchez Monge）讨论了危地马拉萨亚克切（Sayaxché）的棕榈油种植园。^[486]在本

^[472] 同前引。

^[473] Goldin, Labor Turnover, *supra* note [457], at 136.

^[474] 同前引。

^[475] Goldin, *Maquila*, *supra* note [459], at 46.

^[476] 同前引。

^[477] 同前引。

^[478] 同前引。

^[479] Goldin, Labor Turnover, *supra* note [457], at 139.

^[480] 同前引，第 139 页，146 页。

^[481] 同前引，第 144-145 页。

^[482] 同前引，第 151 页。

^[483] See Goldin, *Maquila*, *supra* note [459], at 37.

^[484] 同前引。

^[485] 参见前引。

^[486] See Laura Hurtado Paz y Paz & Geiselle Vanessa Sánchez Monge, *Precarización del Trabajo Agrícola en Plantaciones de Palma Africana en Sayaxché, Petén, Guatemala* [*Insecurity of Agricultural Work in African Palm Plantations in Sayaxché, Peten, Guatemala*], in *LA SUBCONTRATACION EN AMÉRICA LATINA: MIRADAS MULTIDIMENSIONALES* [SUBCONTRACTING IN LATIN AMERICA: MULTIDIMENSIONAL VIEWS] 189, 191 (Juan Carlos Cells Ospina ed., 2012).

世纪初，该地区有 50% 的居民来自危地马拉包括下维拉帕斯的其他地区。^[487]拉萨亚克切的棕榈油种植园每年雇佣了大约 214,000 名移民工人，其中许多工人来自拉比纳尔。^[488]虽然玛雅·阿奇人在种植园工作的确切人数不详，但拉比纳尔的居民中有一半以上定期前往首都工作或在首都从事临时性的农业工作。^[489]该市既有永久性移民劳工，也有临时性移民劳工，后者通常在种植园工作一个月。^[490]为了避免承担责任，种植园公司并没有直接雇佣劳工，而是采用劳务派遣的方式通过第三方中介来寻找和雇佣所需的工人。^[491]中介通常对劳工的社区起源非常了解，熟悉语言和农业周期，他们在种植园主和国内其他地区的农村土著劳工之间充当联系人。^[492]中介通常是由年长的家庭成员担任的全职工作；除了为棕榈油工业寻找劳工外，他们还可能担任种植香蕉、甘蔗和西瓜的种植园的现场经理。^[493]

通过这种安排，种植园避免了对劳工的责任，因为所有责任都转移到了中介身上。^[494]中介雇佣工人，将工人从原籍地运送到种植园，并在旅途中或工作时间内解决出现的任何问题，如事故、疾病和劳工的投诉。^[495]例如，在 2009 年，当 34 名工人死于矿难，中介不得不支付丧葬费，并向死者的家属支付赔偿金。^[496]而这一用工形式也一定程度上导致了用工单位几乎没有动力来改善移民劳工的工作条件。^[497]大多数棕榈油行业的公司甚至没有按照危地马拉法律规定的最低工资支付工资。那些试图就有关工作条件提出投诉的工人将面临被列入用工黑名单的风险。^[498]

（四）美国国会、行政部门和世界银行

奇索伊大坝的建设涉及国际层面的资助，若要完整地理解玛雅阿奇人所遭受的困境，还需考虑世界银行以及美国的立法和行政部门的在其中的角色。美国国会无法直接对世界银行进行干涉，^[499]但它可以通过对美国财政部的立法指示（legislated instructions）间接地影响世界银行的政策。^[500]国会一些指示旨在为危地马拉的土著民族提供了保护，但目前尚不清楚这能否有效地保护危地马拉的土著民族。本节概述了世界银行，描述了可能保护危地马拉

^[487] 参见前引，第 192 页。

^[488] 参见前引，第 206 页。作者将拉比纳尔描述为“香蕉、非洲棕榈和甘蔗种植园巨大的劳动书库”之一。参见前引。（“los grandes reservorios de mano de obra para plantaciones de banana, palma africana, ycafia de aziucar”）。大多数英语文献都使用“棕榈油种植园”的说法，而大多数西班牙语资料则使用“非洲棕榈种植园”的说法。即使 Sayaxche 种植的棕榈树种原产于非洲，将本节命名为“Sayaxche 的非洲棕榈种植园”也容易引起混淆。

^[489] 同前引，第 190 页。

^[490] 同前引，第 194 页。

^[491] 同前引，第 197 页。

^[492] 同前引，第 198-199 页。

^[493] 同前引，第 200 页。

^[494] 同前引，第 203 页。

^[495] 同前引。

^[496] 同前引，第 204 页。

^[497] 同前引，第 205 页。

^[498] 同前引，第 225 页。

^[499] Daugirdas, *World Bank*, *supra* note [18], at 517. 玛琳娜·威尔逊（Malena Wilson）在世界银行的研究援助对我帮助很大。

^[500] 同前引，第 520 页。

土著民族的法规，并探讨了这些立法指示在实际执行中的情况。

1. 世界银行如何运作

世界银行集团由五个法律上独立的国际机构组成。^[501]其中两个机构构成了世界银行：国际复兴开发银行（IBRD）和国际开发协会（IDA）。^[502]IBRD 向“中等收入和信用良好的贫穷国家”提供发展目的的贷款。^[503]它是自给自足的，大部分资金来自世界金融市场。^[504]与之不同的是，由于 IDA 以高度优惠的性质向贫穷国家提供赠款和贷款，所以成员国需对 IDA 资金池定期进行补充。^[505]危地马拉就曾获得过 IDA 的贷款。^[506]

国际复兴开发银行和国际开发协会都是在财务和法律上独立的实体，但它们共享同一位主席、执行董事、理事和办公空间。^[507]世界银行由 189 个股东成员国组成。^[508]每个成员国都派驻一名理事代表本国，理事通常是由该国的财政部长或类似职位的人担任。^[509]美国的理事长是财政部长。理事组成了理事会，担任“世界银行的最终决策者”，每年召开一次会议。^[510]每个成员的投票权基于其出资额。^[511]美国在世界银行中拥有最大的整体投票权：在 IBRD 中占总投票权的 15% 以上，^[512]在 IDA 中占总投票权的 10% 以上。^[513]

世界银行有 25 名执行董事，组成了执行董事会。^[514]五个最大的股东各自任命一名执行董事。^[515]美国的执行董事由总统提名并经参议院确认。^[516]其他成员国选举剩下的 20 名

^[501] *About the World Bank*, THE WORLD BANK, <http://www.worldbank.org/en/about> [<https://perma.cc/YZ5L-VHE9>] (last visited Mar. 1, 2019). [下简称 *About the World Bank*]

^[502] 同前引。“国际复兴开发银行和国际开发银行共同组成了世界银行。”同前引。

^[503] *What is IDA?*, THE WORLD BANK, <http://ida.worldbank.org/about/what-is-ida> [<https://perma.cc/N8N8-QJAV>] (last visited Mar. 1, 2019) (noting that IDA loans have a zero or very low interest rate).

^[504] *International Bank for Reconstruction and Development*, THE WORLD BANK, <http://www.worldbank.org/en/about/what-we-do/brief/ibrd> [<https://perma.cc/WGH6-JCF9>] (last visited Mar. 1, 2019).

^[505] *What is IDA?*, *supra* note 505; Daugirdas, *World Bank*, *supra* note 18, at 524.

^[506] Daugirdas, *World Bank*, *supra* note [18], at 524.

^[507] 同前引。

^[508] *Organization*, THE WORLD BANK, <http://www.worldbank.org/en/about/leadership> (last visited Mar. 1, 2019). [下简称 *Organization*].

^[509] *Governors and Alternates*, THE WORLD BANK, <http://siteresources.worldbank.org/BODINT/Resources/278027-1215526322295/BankGovernors.pdf> [<https://perma.cc/S56F-HBV5>] (last visited Mar. 1, 2019).

^[510] *Organization*, *supra* note [508].

^[511] Daugirdas, *World Bank*, *supra* note [18], at 523. 这种投票模式与大多数其他国际组织不同，在大多数其他国际组织中广泛实行一国一票的投票模式。同前引。

^[512] *International Bank For Reconstruction And Development Subscriptions And Voting Power Of Member Countries*, THE WORLD BANK, <http://siteresources.worldbank.org/BODINT/Resources/2780271215524804501/IBRDCountryVotingTable.pdf> [<https://perma.cc/8MDT-773P>] (last visited Mar. 1, 2019) (noting that the United States casts 15.75% of the total votes.).

^[513] *International Development Association Voting Power of Member Countries*, THE WORLD BANK, <http://siteresources.worldbank.org/BODINT/Resources/278027-1215524804501/IDACountryVotingTable.pdf> [<https://perma.cc/3PRT-8XBH>] (last visited Mar. 1, 2019) (noting that the United States casts 10.36% of the total votes.).

^[514] *Organization*, *supra* note [508].

^[515] Daugirdas, *World Bank*, *supra* note [18], at 523.

^[516] 同前引，第 523 页。马修·T·麦圭尔（Matthew T. McGuire）一直担任执行董事，直到 2017 年。埃里克·伯瑟尔（Erik Bethel）自 2018 年 4 月以来一直担任候任执行董事。Erik Bethel, THE WORLD BANK, <http://www.worldbank.org/en/about/people/e/erik-bethel> [<https://perma.cc/5ZJW-6SQJ>] (last visited Feb. 20, 2019).

执行董事。^[517]执行董事“每周至少会面两次，监督银行的业务，包括贷款和担保的批准、新政策、行政预算、国家援助战略以及借款和财务决策。”^[518]执行董事还负责选举世界银行的总裁。^[519]理事长可以将几乎所有职责委托给执行董事，实际上是由执行董事管理银行。^[520]

2. 纸面上的法律

美国国会并没有积极地介入世界银行的政策制定。^[521]然而，在过去的四十年里，国会仍然通过了许多法规，以影响包括世界银行在内的国际金融机构的政策。^[522]这些法规要求美国在这些金融机构中的代表对特定政策投票支持或反对。^[523]有关危地马拉土著民族的保护的相关规定可见于 1961 年《外国援助法案》(FAA)和 1977 年《国际金融机构法案》(IFIA)的修正案中。^[524]

详言之，IFIA 的 262p-4o 部分涉及对土著权利的保护的规定。^[525]它要求财政部长指示世界银行的美国执行董事“利用美国的声音和投票权，促使制定并全面实施旨在促进对土著人的领土权利、传统经济、文化完整性、传统知识和人权的尊重的政策”。^[526]

此外还有规定要求撤回对那些对被认定为侵犯人权的外国的援助，以对其施加压力。《外国援助法案》(FAA)的 2151n(a)部分规定：

若受援助国政府在国际上公认的人权中持续违反，包括酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或惩罚、无理由的长时间拘禁、通过绑架和秘密拘禁使人失踪，或其他公然否认生命、自由和人身安全的行为，则禁止援助该政府，除非这种援助将直接惠及该国的贫困人民。^[527]

IFIA 的 262d(e)部分包含类似的规定，但专门针对美国的执行董事提出了要求。^[528]根据这一部分，美国的执行董事应反对向“政府存在持续违反国际公认人权的行为模式，例如酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或惩罚、无理由的长时间拘禁，或其他公然否认生命、自由和人身安全的行为”的国家提供贷款或财务援助。^[529]这一指示不适用于“专门用于满足该国公民基本人类需求的项目”。^[530]制定 262d 部分是因为国会发现，尽管美国减少或取

^[517] Daugirdas, *World Bank*, *supra* note [18], at 523.

^[518] *Organization*, *supra* note 508.

^[519] Daugirdas, *World Bank*, *supra* note [18], at 523.

^[520] 同前引，第 523 页。

^[521] 同前引，第 555 页。

^[522] 同前引，第 519 页。（“在这个特别重要的国际组织中，规则而不是例外一直在进行”）

^[523] 同前引。

^[524] FAA 和 IFIA 都被编入《美国法典》第 22 卷（22 U.S.C.）的零散部分（scattered sections），关键条款包括 22 U.S.C.A. § § 262d、262m、262m-2、262o-4、262p-4o、262r-2、2151（a）（1）、2151n、2169、2271（b）。

^[525] 22 U.S.C.A. § 262p-4o.

^[526] 同前引。

^[527] 22 U.S.C.A. § 2151n(a).

^[528] 22 U.S.C.A. § 262d(e).

^[529] 同前引。

^[530] 同前引。

消了对犯有人权侵犯的特定政府的财政援助,但其他国际金融机构却增加了对这些政府的资金支持。^[531]该部分旨在防止行政部门回避国会关于外国援助分配的政策偏好。^[532]

3. 实践中的法律

国会经常试图间接地实现它不能直接实现的目标。^[533]它是否成功取决于具体情况。首先,国会必须努力激励行政部门将其立法指示作为美国的政策来执行。第二,行政部门必须努力在世界银行推行美国的政策。

(1) 国会和行政部门

国会对行政部门的立法指示 (legislated instructions) 在合宪性上尚且存疑。自 1988 年以来,美国总统已多次发表签署声明以宣称其在代表美国参与世界银行有关事务上享有的排他性权力,并保留了拒绝服从国会指示的权利。^[534]尽管总统对于国会干涉提出了合宪性异议,财政部仍继续执行国会的指示。^[535]国会将削减经费的威胁作为其实现对世界银行政策干预目标的有效工具。^[536]由于美国在世界银行有着很高的出资份额,撤回出资的威胁有时可以促使美国执行董事和世界银行遵循国会的政策偏好。^[537]然而,国会削减经费的威胁通常是无效的,因为如果行政部门已经计划减少对外国援助资金,国会通常很难恢复该资金。^[538]此外,国会的这一权力并不能在每一具体事务中得到广泛的应用。^[539]

除了美墨边境的拉丁美洲移民问题外,危地马拉土著人的状况在美国政坛中并未获得太多的关注。保护外国土著人的相关法规被埋没于《联外国援助法案》和《国际金融机构法案》之中,这些条款在其通过时也未引起人们的关注,甚至是其他的立法者也将其忽视。这是因为大多数对行政部分的国会指示 (congressional instructions) 都没有经过公开的讨论的程序,而是作为政府预算案 (appropriations bill) 的附加条款而被通过。^[540]这些政府预算案通常是由少数国会领导人决定的,而非由国会两院的多数决定的。^[541]

但国会中并非完全不存在保护危地马拉土著权益的政治意愿。2014 年的一项政府预算案着重关注了危地马拉受到奇索伊大坝建设影响的土著社区的困境。^[542]详言之,国会关注的是危地马拉对于 2010 年确定的为受奇索伊大坝建设影响的土著社区提供补偿计划的执行

^[531] Daugridas, *World Bank*, *supra* note [18], at 530.

^[532] 同前引。

^[533] 同前引,第 517-519 页。

^[534] 同前引,第 542-549 页。

^[535] 同前引,第 547 页。

^[536] 同前引,第 533 页。(“评论家们早就承认,国会切断资金的能力很可能是其制定外交政策的最重要工具——尽管它几乎不是一个全能的工具,而且可能很难将其有效利用。”)

^[537] 同前引,第 534 页。

^[538] 同前引,第 540 页。

^[539] 同前引,第 533-534 页。

^[540] 同前引,第 521 页,534 页。

^[541] 同前引,第 534 页。

^[542] See Barbara Rose Johnston, *Inside the Chixoy Dam Reparations Deal*, COUNTERPUNCH (Nov. 14, 2014), <http://www.counterpunch.org/2014/11/14/inside-the-chixoydam-reparations-deal> [https://perma.cc/LV39-63RF] [下简称 Johnston, *Reparations Deal*].

情况。^[543]在美国会确定赔偿计划之后，危地马拉未能兑现向玛雅·阿奇人的赔偿承诺。^[544]在通过 2014 年的年度预算时，国会在政府预算案中纳入了一个条款，将美国对危地马拉的财政援助与危地马拉在赔偿计划实施方面取得实质性进展挂钩。^[545]美国国会的这项举措促使危地马拉政府随即做出行动，2014 年 10 月，在国际压力不断增加的情况下，危地马拉总统作出了法律约束力的承诺，决定实施赔偿计划。^[546]

目前尚不清楚美国国会在多大程度上能够激励美国的世界银行执行董事进一步推动特定政策。如果国会和行政部门在政策利益上保持一致，美国执行董事更有可能严格遵循国会指示的文字和精神。但是，如果行政部门与国会在外交政策偏好上存在分歧，国会并没有充分的手段来确保执行董事实际执行国会指示。^[547]尽管世界银行多年来变得更加透明，美国国会在获取世界银行内部运作的信息方面仍然受到限制。^[548]在确保美国执行董事的廉正性方面，国会主要依赖公开信息以及财政部提供的证言和报告，然而这些信息往往与特定主体的利益挂钩因而并非完全准确。^[549]即使国会可以确保执行董事在纸面上执行了其指示，其也缺乏确保执行董事实质上执行指示的能力。

国会似乎更能控制美国执行董事的投票。尽管有时行政部门可能会狭隘地解释投票指示（voting instructions），以规避国会的偏好，但总体而言，执行董事回避表决指示的空间通常较小。^[550]国会对表决指示的遵守的监督也相对容易，根据 IFIA 第 262o-3 条，行政部门必须在网上提供其美国执行董事的所有表决情况。^[551]

(2) 行政部门和世界银行

行政部门试图在危地马拉实施保护土著权益政策面临着组织架构层面的障碍。在官方的纸面规定上，世界银行董事会拥有所有权力。然而，在实践中，除了一系列更广泛的权力外，董事会将大部分权力委托给执行董事。^[552]美国执行董事对世界银行日常决策没有否决权，而是与其他成员国一起共享决策权。^[553]因此，只要其他成员国执行董事的多数投票支

^[543] 同前引。

^[544] 同前引。

^[545] Consolidated Appropriations Act of 2014, Pub. L. No. 113-76, 128 Stat. 5 (2014). 根据 7045(c)(1)(A)，对危地马拉军队的任何财政援助都需要国务卿证明“危地马拉的政府正在采取可信的措施来实施[赔偿计划]”。同前引，第 543 页。根据第 7029 (f) 条，国会指示财政部长“指示世界银行和美洲开发银行的美国执行董事在本法颁布后 30 天内向拨款委员会报告，此后每 90 天向拨款委员会报告，直至 2014 年 9 月 30 日，这些机构为支持实施[赔偿计划]而采取的措施。同前引，第 508 页。

^[546] Johnston, *Reparations Deal*, *supra* note [542].

^[547] Daugirdas, *World Bank*, *supra* note [18], at 553.

^[548] 同前引，第 551-552 页。

^[549] 同前引。

^[550] 同前引，第 541 页。

^[551] 22 U.S.C.A. § 262o-3.

^[552] Boards of Governors, THE WORLD BANK, <http://www.worldbank.org/en/about/leadership/governors> [<https://perma.cc/6NZ8-US53>] (last visited Mar. 1, 2019). “理事会保留了关于是否“协助和暂停成员;增加或减少法定股本;确定世界银行净收入的分配;对执行主任对《协定》的解释提出上诉;为与其他国际组织开展合作作出正式的全面安排;永久暂停银行的业务;增加当选执行董事的人数;并批准对《协定》的修正案。”同前引。

^[553] Daugirdas, *World Bank*, *supra* note [18], at 532.

持，美国执行董事反对资助建设大坝的贷款并不足以阻止银行批准贷款。^[554]举例来说，就在国会通过 IFIA 的第 262d 条款之后不久，美国执行董事以人权原因对 112 个贷款提议投了反对或弃权票。^[555]尽管遭到了美国的抵制，但最终有关国际金融机构仍然批准这些提案。

[556]

由于美国在世界银行中的重要地位，美国国会与行政部门可以更加容易地世界银行中推行自己的政策。毕竟，美国是 1944 年世界银行成立的主导力量。^[557]世界银行的 12 位行长都是美国公民。^[558]该银行总部设在华盛顿特区，^[559]且美国是最大的股东，因此也是唯一一个对世界银行结构变化拥有否决权的成员。^[560]因此，鉴于美国的特殊地位，世界银行的参与者可能会迎合美国的外交政策目标。但不能保证世界银行成员都会遵从美国的意志，特别是在执行理事对执行美国国会政策没有真正兴趣的情况下，其他成员国不太可能服从美国国会的外交政策。

即使美国能够成为世界银行的一股强大力量，质疑者也可能质疑美国是否真的可以成为一股帮助危地马拉土著人民的可靠力量。从奇索伊大坝出现的历史背景来看，1953 年艾森豪威尔政府期间美国试图破坏危地马拉政府的稳定，1954 年让总统雅各布·阿尔本兹下台，同年任命军事领导人卡斯蒂略·阿尔马斯为总统。^[561]“卡斯蒂略·阿马斯总统停止了土地改革，解散了农民工会，这对玛雅人产生了不利影响。^[562]接下来是一系列的军政府执政和一场内战。^[563]

到目前为止，从记录来看，危地马拉的经济发展喜忧参半。2018 年，世界银行于 2018 年 4 月提供的危地马拉概述称：

由于谨慎的宏观经济管理，危地马拉是近年来拉丁美洲经济表现最强劲的国家之一，自 2012 年以来的 GDP 增长率为 3.0%，2015 年为 4.1%。根据最新估计，2017 年，该国经济增长了 2.8%，预计 2018 年将增长 2.6%。^[564]

即便如此，严重的贫困仍然是该国的一个巨大问题。世界银行表示，危地马拉“是拉丁美洲不平等率最高的国家之一”，“该国的贫困、营养不良和高孕产妇死亡率问题在整个地区

[554] 同前引，第 526 页。

[555] 同前引，第 531 页。

[556] 同前引。

[557] *The World Bank in the United States, Overview*, THE WORLD BANK, <http://www.worldbank.org/en/country/unitedstates/overview#3> [https://perma.cc/H4WZ-4MWS] (last visited Mar. 1, 2019). [下简称 *United States, Overview*]

[558] 同前引。

[559] *About the World Bank*, *supra* note [501].

[560] *United States, Overview*, *supra* note [557].

[561] 参见前引 281-90 对应的前文。

[562] 参见前引 290 对应的前文。

[563] 参见前引 290 对应的前文。See also *Moye*, *supra* note [285].

[564] *The World Bank in Guatemala: Overview*, THE WORLD BANK, <https://www.worldbank.org/en/country/guatemala/overview> [https://perma.cc/U666-252] (last updated Oct. 4, 2018).

最为严重，这些问题在该国的农村和土著聚居地区尤为严重”。^[565]这些领域的糟糕表现提出了一个问题，即国内生产总值的增长是否是以牺牲危地马拉社会中最不富裕的人为代价的。如果危地马拉政府认为世界银行和美洲开发银行不能充分满足其人民的需求，它可以向拉丁美洲开发银行（CAF）和中美洲经济一体化银行（CABEI）寻求帮助。^[566]

(3) 危地马拉的人权、政治和腐败

国会指示行政部门或世界银行保护土著人民的权利将是有益的。危地马拉政治的变化为实现这一目标带来了一线希望。2015年，总统奥托·普雷兹·莫利纳（Otto Prez Molina）因腐败丑闻而辞职，随后引发了一波抗议浪潮。^[567]危地马拉人民拒绝了原先的权力机构的候选人，并将选票投给了作为政治局外人的前电视喜剧演员吉米·莫拉莱斯（Jimmy Morales）。^[568]2015年，莫拉莱斯总统是否会做出重大改变，特别是在土著权利方面，尚不确定。^[569]

然而，很快有消息显示莫拉莱斯总统与前军事独裁政权的退役军官存在勾结，这些独裁政权存在于该国内战期间，且其军队在内战期间对土著人施加暴力并对其人权构成了侵犯。^[570]军方对内战期间对土著人民造成的暴力行为负有部分责任。^[571]早在2016年，警方就逮捕了18名涉嫌参与战时大屠杀的退休军官。^[572]然而，根据国际特赦组织的说法，“人权捍卫者，特别是那些涉及土地、领土和环境事宜的工作者，在工作中都面临着巨大的风险”。^[573]针对军事官员的刑事诉讼——包括那些在1960-1996年期间被指控犯罪的人——进展缓慢，还时常陷入停滞。^[574]对这些案件进行审理的法官和检察官不得不在威胁面前工作。^[575]在2017年1月，塞巴斯蒂安·奥朗索·胡安（Sebastian Alonso Juan）在圣马特奥市（San Mateo Ixtatán）的伊克斯基西斯（Ixquisis）地区的一场反对水电项目建设的和平抗议活动中被杀。^[576]

^[565] 同前引。这一惨淡的记录至少可以追溯到2009年。See generally THE WORLD BANK, GUATEMALA POVERTY ASSESSMENT: GOOD PERFORMANCE AT LOW LEVELS (Mar. 18, 2009).

^[566] 危地马拉是CABEI的成员，但不是CAF成员。2017年，CABEI向危地马拉提供了1.37亿美元的贷款，用于支持基础设施和其他项目。Republic of Guatemala, CENT. AM. BANK ECON. INTEGRATION, <https://bcie.org/en/member-countries/founders/guatemala/> (last visited Mar. 1, 2019).

^[567] Elisabeth Malkin, *Guatemalans Ousted the President. Now What?*, N.Y. TIMES (Sept. 6, 2015), <https://www.nytimes.com/2015/09/06/world/americas/guatemalansousted-the-president-now-what.html> [https://perma.cc/R8GN-JSZA].

^[568] Anna-Cat Brigida & Deborah Bonello, *Former TV Comedian Elected in Guatemala*, L.A. TIMES, Oct. 26, 2015, at A3.

^[569] Anita Isaacs, *Op-Ed, A Wrong Turn for Guatemalan Democracy*, N.Y. TIMES (Nov. 5, 2015), <https://www.nytimes.com/2015/11/06/opinion/a-wrong-turn-for-guatemalan-democracy.html>

[https://perma.cc/7JXQ-74RF]（注意到腐败的权力结构似乎在体制中根深蒂固，莫拉莱斯缺乏实现重大政治变革所必需的国会支持）。

^[570] 同前引。

^[571] See Johnston, *Reparations Deal*, *supra* note [542].

^[572] Elisabeth Malkin, *Guatemala Arrests Former Military Officers in Connection With Massacres*, N.Y. TIMES (Jan. 6, 2016), <https://www.nytimes.com/2016/01/07/world/americas/guatemala-arrests-former-military-officers-in-connection-with-massacres.html> [https://perma.cc/G78E-5KWU].

^[573] *Guatemala 2017/2018*, AMNESTY INT'L, <https://www.amnesty.org/en/countries/americas/guatemala/report-guatemala/> [https://perma.cc/XYR6-C9YP] (last visited Mar. 1, 2019).

^[574] 同前引。

^[575] 同前引。

^[576] 同前引。

依据阿布哈布和辛格拉内利的主张，即尊重人权可以促进经济发展。^[577]尽管在 2015-2018 年期间危地马拉的 GDP 似乎有所增长，^[578]但如果当地人权得到尊重，该国 GDP 的增长可能会更高。危地马拉是否从奇索伊大坝大屠杀中吸取了教训，^[579]以及世界银行是否对该国施加了足够的压力都是值得怀疑的。

在莫拉莱斯总统任内，危地马拉政治中的腐败问题持续存在。2017 年 8 月 25 日，危地马拉总检察长塞尔玛·阿尔达诺（Thelma Aldano）和反腐败委员会负责人伊万·维尔夫斯奎兹（Ivan Velfsquez）^[580]要求危地马拉“最高法院取消总统的豁免权，以便对其涉嫌的选举犯罪进行起诉”。^[581]莫拉莱斯于 8 月 27 日做出回应，将维尔夫斯奎兹驱逐出境，并宣布他为“不受欢迎的人”。^[582]危地马拉宪法法院随后暂时取消了这一驱逐令。^[583]

有人担心“一种创新的国际-国家联合实验（hybrid international-national experiment）是否能够继续作为打击腐败和有罪不罚的典范”，不仅在危地马拉，还在“其他国家”。^[584]在危地马拉以及其他拉丁美洲国家，行政部门控制着立法机构和法院，^[585]这使得通过具有实际效力的反腐败法律变得更加困难。有证据表明，在腐败行为下，贫困人口承受的负担较重。^[586]然而，记者布鲁克·拉默（Brook Larmer）看到了希望。^[587]拉默写道，“反腐败运动的一个核心推动因素[在拉丁美洲]是一代年轻的法官和检察官，他们拥有更大的独立性，并且在某些情况下，还有严格的新透明法律。”^[588]

（五）发展伦理

在奇索伊大坝的故事中我们看到了人权被侵害和腐败的猖獗等乱象。因此我们有理由

^[577] 参见前引 [42]对应的前文。

^[578] 参见前引 [558]对应的前文。

^[579] 参见前引[86]-[89]，[559]对应的前文

^[580] 根据 1996 年内战暴力事件后的和平协定，联合国在危地马拉成立了防止有罪不罚国际委员（“CICIG”）See Dudley Althaus, *Commission Has Powers, Popularity*, WALL ST. J., Aug. 28, 2017, at A7. CICIG 任命哥伦比亚检察官委拉斯开兹（Mr. Velasquez）先生为危地马拉委员会主席。Dudley Althaus, *Guatemala Faces Political Crisis Over U.N. Probe*, WALL ST. J., Aug. 28, 2017, at A7 [下简称 Althaus, *Guatemala Crisis*].

^[581] Althaus, *Guatemala Crisis*, *supra* note [580], at A7.

^[582] 同前引。

^[583] Elisabeth Malkin, *Guatemala's Top Court Blocks President's Expulsion of Anticorruption Chief*, N.Y. TIMES, Aug. 29, 2017, at A8.

^[584] Charles T. Call, *What Guatemala's Political Crisis Means for Anti-Corruption Efforts Everywhere*, BROOKINGS (Sept. 7, 2017), <http://brook.gs/2vP66fz> [<https://perma.cc/MF7J-ZLXX>]. 国际-国家的实验是前面提到的 CICIG 在前引 582 中所提及的。See also Witte, *Guatemala*, *supra* note 99 (推动危地马拉的反腐败运动).

^[585] See ROSE-ACKERMA, *supra* note [97], at 151-59 (讨论在拉丁美洲建立一个拒绝贿赂的司法机构和一个通过健全、可执行的法律的立法机构的困难)。

^[586] See, e.g., Brian J. Fried, *Corruption and Inequality at the Crossroad: A Multimethod Study of Bribery and Discrimination in Latin America*, 45 LATIN AM. RES. REV. 76 (2010) (发现在交通罚款中警察更有可能针对下层阶级的个体，而对于相对富裕的司机则往往仅仅口头警告) 俗话说打狗看主人 (Dependiendo del sapo,/ Asi es la perrada) 同前引。

^[587] Brook Larmer, *Corruption Scandals Are Taking Down Leaders around the World and It's a Hopeful Sign for the Future of Developing Economies*, N.Y. TIMES MAG., May 6, 2018, at 24, 26 (腐败现象的揭露、谴责和起诉比以往任何时候都更有力，而且在更高层次上也受到起诉。至少在拉丁美洲，这些……似乎是一个历史性转变的巨响。)

^[588] 同前引，第 27 页。

将发展伦理和大坝建设伦理与危地马拉的大坝建设联系起来。自 20 世纪中叶开始,美国就开始介入危地马拉的事务,^[589]世界银行和美洲开发银行向危地马拉借款 1.77 亿美元修建大坝。^[590]然而,危地马拉政府未征得玛雅·阿奇族的同意,并在某种程度上隐瞒了他们居住在里奥内格罗河谷的实情。^[591]直到债权人的强烈要求,该国才制定了一项赔偿和重新安置计划。^[592]然而即便是制定了这一计划,危地马拉政府也对这一计划阳奉阴违,他们违背了对玛雅·阿奇族的承诺,并默许准军事组织实施的绑架、强奸和谋杀等暴行。^[593]然而即便是道德沦丧时代,也有少量希望的火光。关于韧性的文献表明:困于心,衡于虑,而后作,^[594]而这一理论也在拉丁美洲的土地上得到了印证。^[595]

大坝的开发过程中可能会带来许多可预见的危害。这种可预见性表明,项目开发者需要在对因开发而造成的危害进行认真评估,要确保其开发是必要的或极具吸引力的,且相较于其他替代方案而言,这一形式所引发的危害最小。对于发展贷款机构(如世界银行和美洲开发银行)来说,评估与人口迁移相关的风险是有意义的,这些风险在迈克尔·塞尔尼亚的总结中得到了很好的概括。^[596]一个国家主张建设大坝的官员应该评估其居民(包括土著和非土著居民)在开发过程中所面临的风险。这些官员还应该评估那些将被迫搬迁的人所承担的过渡成本,并采取措施减少腐败,因为有时当受援助国接收来自援助机构的大量资金后会产生腐败。

结论

“土著”的概念值得我们仔细思考和完善。根据传统的定义,危地马拉的玛雅·阿奇族明显符合原住民身份。他们是一个独特的具有历史连续性文化群体,认为自己与社会的其他部分不同,并与入侵前和殖民前的社会有历史联系。^[597]然而,中国被认可的 55 个少数民族并不符合这一定义。他们没有被殖民的历史,同时在中国的民族政策下他们也缺乏强烈的民族认同。^[598]

然而,在第一部分阐述的“土著”概念下,中国的少数民族无疑是土著,因为他们在现在的中国领土上已经生活了数百甚至数千年。此外,他们在中国面临着主体民族的压迫、歧视以及政治和文化边缘化等问题。^[599]在中国背景下,少数民族缺乏外来征服和殖民的历

^[589] 参见前引 287-290 对应的前文。

^[590] 参见前引 302 对应的前文。

^[591] 参见前引 303 对应的前文。

^[592] 参见前引 305 对应的前文。

^[593] 参见前引 308-313 对应的前文。

^[594] 参见前引 272-275 对应的前文。

^[595] See, e.g., Berger & Weiss, *supra* note [272], at 55.

^[596] 参见前引[263]对应的前文。

^[597] 这句话借鉴了马丁内斯·科博的研究。see *supra* note [2], and Munzer & Raustiala, *supra* note 1.

^[598] 参见前引[58]-[63], [78]对应的前文。

^[599] 参见前引[48]-[53]对应的前文。

史并不重要，在中国以汉族为主体的民族结构就足以使得他们在性质上与其他国家的原住民可以等而视之。

大坝建设地政府可以采取根除腐败、及时向移民支付补偿金、在移民得到安居前持续支付安置所需经费等措施来降低工程对于当地土著所产生的负面影响。此外，这一目标的实现还有赖于国际社会的协助，世界银行等国际实体在向特定国家政府提供水坝建设贷款时应该要求该国政府保留部分贷款，并要求贷款国设立相关审计机构来监督这部分独立资金的应用，以保证这笔款项实际上被用于大坝移民的补偿与安置。

保护人民免受自己宗教社区的侵害： 教会与国家中的无名氏*

尤金·沃洛赫著；肖敬凡译**

摘要：在某些情况下，个体由于担心公开身份会导致其自身或其家人在所属宗教团体中遭受污名，可能希望在诉讼或申请枪支执照等应当公开的程序中寻求保密。对此，法律是否应当允许他们匿名进行，以更好地保护他们的利益并避免阻碍其诉讼或申请的进行？还是这种匿名措施会对宗教团体产生不适当的偏见，导致其面临不公正的审查或评判，甚至干扰宗教团体成员评估同教派成员利用法院及其他政府程序能力的透明性和公正性？

关键词：隐私 民事诉讼 公共记录 匿名 化名

* 原文参见 Volokh E. *Protecting People from Their Own Religious Communities: Jane Doe in Church and State*, 38(3) J. LAW RELIG. 354, 354(2023).

** 尤金·沃洛赫美国加州大学洛杉矶分校法学院法学教授；斯坦福大学胡佛研究所资深研究员；肖敬凡，康奈尔大学。

目录

引言 165

一、规则披露和基于污名的豁免 167

 E. （一）要求原告自报姓名 167

 F. （二）允许使用传票查明被告身份 172

 G. （三）披露有关政治献金和政治请愿签名的信息 173

 H. （四）披露公共记录 174

二、关于更常见的宗教豁免的区别性辩论 175

 I. （一）不同于要求违反宗教信仰的法律豁免 175

 J. （二）不同于对世俗利益造成“无法妥协的”限制的分类豁免 176

 K. （三）与要求宗教中立的普遍适用规则不同 177

三、宗教团体特质的司法评估 177

四、为偏袒寻求匿名者，以牺牲同宗教者的知情权为代价 180

 L. （一）其他社区成员的宗教利益 180

 M. （二）其他社区成员的政治利益 182

结论 185

引言

关于宗教豁免的讨论通常涉及宗教团体为抵御世俗法律而寻求保护的情形。然而，当宗教团体的成员希望针对自己的团体或团体中的某些成员寻求保护时，应当如何处理？尤其是，在何种情形下法律系统应采取措施，帮助这些成员隐瞒法律行动，以防宗教团体获知这些本应公开的法律行动？

许多法律法规要求在公开文件中明示当事人的身份。诉讼原告通常必须以真实姓名进行诉讼，而非使用化名或匿名（在类似语境中，这两个词通常可以互换使用）。^[1]在许多州，枪支执照和酒类执照的申请都是公共记录，公共记录法有时要求披露政府行动所涉人员的姓名。

然而，一些法律提供例外情况，即当诉讼当事人“在公共记录中披露其身份会暴露高度敏感的个人信息并会导致社会污名”。^[2]一些法院据此授权那些在其宗教团体中可能因特殊情况面临污名的人保持匿名。^[3]

考虑诉讼当事人或原告可能遭受的宗教团体的反应是合理的，因为这有助于更好地评估其可能面临的社会名誉损失。同时，避免这种污名带来的利益不仅是个人的，也是社会的。例如，我们鼓励受到不当侵害的受害者站出来，以便民事责任制度能够更有效地遏制此类不当行为。如果我们知道有些受害者因为害怕受到朋友和家人的排斥而不愿在必须公开身份的情况下提起诉讼，我们可能会允许他们匿名进行诉讼。

同时，请注意分析的前提：原告不仅有权受到世俗法律关于身份披露方面的保护，还应免受其宗教社区中那些被认为压迫性或落后的观点的影响。这些社区对某些群体（如性侵害受害者、未婚性行为者、起诉社区成员的人，以及酗酒者、赌徒和枪支拥有者）存在不公平的评判。这种被认为不公平的评判赋予了原告在请求使用化名时的一种特殊的优势——这种优势是其他宗教社区的诉讼人或不属于任何宗教社区的诉讼人所不具备的。

宗教团体的许多成员可能会不同意诉讼人对该团体的描述。例如，他们可能会主张，他们的团体成员比大多数人更富有爱心和宽容，因此比一般公众更不可能污蔑（例如）性侵犯受害者或艳舞演员。显然，这类问题很难进行客观评定。然而，基于这些前述理由依然允许（诉讼人）使用化名的法院判决传递了一个信息：法律系统并不认可该社区如此的主张。

^[1] Eugene Volokh, *The Law of Pseudonymous Litigation*, 73 HASTINGS LAW JOURNAL 1353 (2022).

^[2] *Raiser v. Brigham Young Univ.*, 127 F. App'x 409, 411 (10th Cir. 2005).

^[3] 参见下文“要求原告自报姓名”的小标题。

同样，这类案件中的保密目的是为了个人能够在不惧怕被同宗教成员排斥的情况下提起诉讼、获得许可或隐藏某些记录。^[4]这意味着法律体系故意不向同教成员提供宗教社区成员认为对判断其他成员的重要信息。例如，如果团体成员认为艳舞、使用避孕措施、婚前性行为或婚外性行为是罪恶的，那么他们就有被宪法赋予的权利去看轻那些有此类行为的人，甚至回避或驱逐他们。

尽管如此，那些希望从事此类行为的团体成员也有权将其隐藏，不被他人批判的目光所见。但法律体系是否应该故意偏袒一个团体的利益，而给予这些团体成员一种普通诉讼人无法获得的额外保密优势？在所描述的所有案例中，团体成员正是因为其宗教团体成员的身份而要求获得这种额外的优势，而不仅仅是寻求宗教中立的待遇。^[5]对比法律系统为团体成员的自愿行为（例如自愿的婚前性行为、饮酒或赌博）保密，与为团体成员被非自愿侵害（如被强奸）保密时，是否应有不同的调查标准？

在下文中，我将对这些问题进行分析，主要为对化名诉讼和公共记录法感兴趣的法官、律师、诉讼当事人和学者提供帮助。（主要关注化名诉讼，因为目前的案例大多集中在这一领域。）但这段讨论也涉及更广泛的问题：法律应如何协调宗教团体成员之间相互冲突的诉求？^[6]特别是，法律应在何种情况下给予某些人法律豁免权，以便他们能够隐藏自己的行为，保护其不被可能对这些行为做出反应的同教成员所知？

我建议，在这种情况下，法律不应对公开身份的规范给予特殊豁免。保护宗教社区成员免遭污名化本身就可能使宗教团体蒙受污名，且可能因此导致法院和其他政府实体在宗教团体的主流派和异见者之间选边站队。

^[4]（译者注：文章中所有以“我”自居的表达均为作者的表达。）我使用“同教信徒”和“宗教团体成员”来指代那些意见尤为重要的宗教社区成员。此用法并不精确，因为不再信仰某宗教的人也仍可能通过直接或间接的方式与宗教社区联系，因此，他们可能非常在意该社区对他们的看法。我在这里放弃了精确性，以便能够简单地使用“同教信徒”一词。

^[5] 参见下文第 28-30 号注及相关文本。

^[6] 这一问题当然也显著地出现在关于离婚法令（*get statutes*）的讨论中。离婚法令旨在迫使丈夫（通常是正统派犹太人）获得世俗离婚后给予妻子宗教上的离婚（在希伯来语中称为“*get*”）。法律介入的原因：在许多正统派犹太人中，如果妻子未能获得这种宗教离婚，她们仍被视为已婚，因此任何后来的再婚都被视为无效，再婚所生的孩子也被视为私生子。这些法律自身也引发了宪法问题，特别是在它们被视为强迫丈夫进行宗教行为时。参见，例如《麦基博诉麦基博案》（*Megibow v. Megibow*）（612 N.Y.S.2d 758, 1994）；《阿弗拉罗诉阿弗拉罗案》（*Aflalo v. Aflalo*）（295 N.J. Super.527, 1996）；参见 Lisa Zornber 所著 *Beyond the Constitution: Is the New York Get Legislation Good Law?* 15 PACE LAW REVIEW 703, 1995）。但是，虽然这些法律给离婚的一方配偶带来了负担，然而它们并不旨在限制宗教社区的行为：一旦宗教离婚在法律的强制下被给予，宗教社区通常不再反对前妻的再婚。这一问题也出现在限制宗教社区驱逐或排斥成员的尝试中，但在这些情况下，法律拒绝干涉社区及其领导者的决定。法律将团体成员资格视为一种自愿行为，无论是个人还是团体都可以在没有法律约束的情况下终止。例如，*Paul v. Watchtower Bible & Tract Soc’y of N.Y., Inc.*, (819 F.2d 875, 9th Cir. 1987)（排斥）；*Decker ex rel. Decker v. Tschetter Hutterian Brethren, Inc.*, (325 F. Supp. 3d 1198, 1216, D.N.M. 2018)（排斥）；*Thomas v. Fuerst* (345 Ill. App. 3d 929, 2004)（逐出教会）；*Decker ex rel. Decker v. Tschetter Hutterian Brethren, Inc.*, (1999 S.D. 62)（逐出教会）。当然，这种自愿性受到普遍适用法律的保护，例如防止殴打、非法监禁等法律，但这些法律确实是普遍适用的：它们并不因为宗教社区成员的宗教身份而对其进行特别豁免。

可以肯定的是，当强奸受害者面临宗教社区内污名化的风险时，允许化名诉讼越来越多，其理论依据是这种污名化非常不适当，并且特别具有社会危害性，因为它可能导致惩罚强奸的法律的执行不力。（事实上，许多法院，尽管不是所有法院，在不涉及宗教因素的情况下，也会基于这一理论允许强奸受害者使用化名。）^[7]但是，即使这种做法对于那些声称自己被强奸的原告来说是可以接受的，也不应将其延伸到其他因为宗教团体对自愿行为而非非自愿受害的不认可的情况。无论读者是否同意这一论点，我都希望我的分析能发挥作用。

一、规则披露和基于污名的豁免

首先，我将探讨此问题可能涉及的领域：要求原告自报姓名、使用传票确定被告身份、披露政治捐款和政治请愿签名的信息，以及披露公共记录。

（一）要求原告自报姓名

通常情况下，美国法律要求诉讼的所有当事人必须实名，以便公众能够更好地监督法院对公共资金的使用，并通过政府的强制力以公众的名义裁决案件。^[8]诚然，有些法院认为这是公众根据《第一修正案》（First Amendment）所享有的访问法院记录权利的一部分。^[9]但这一规定并非绝对：在某些情况下，当事人可以使用化名出庭。法院在考虑是否允许化名时，会考虑公开当事人身份是否会导致“社会污名”，而不仅仅是“个人尴尬”或名誉损害。^[10]然而，法院对何种社会污名符合条件存在严重分歧。例如，一些法院允许声称遭受性侵犯的原告使用化名，而另一些法院则不允许。^[11]同样，有些法院允许原告使用化名以隐藏其性取向，但有些法院则不允许。^[12]

当原告辩称，公开身份会因其宗教社区的反应而导致特殊污名时，法院通常会将此作为使用化名的特殊理由。例如：

^[7] 参见前引[2]，Volokh 文，第 1430-37 页。

^[8] 参见同上，第 1366-68 页。

^[9] 参见，例如 *DePuy Synthes Prod., Inc. v. Veterinary Orthopedic Implants, Inc.*, 990 F.3d 1364, 1370 (Fed. Cir. 2021); 关于封存档案, 931 F.3d 92, 96 (D.C. Cir. 2019); *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, 1464 (D.C. Cir. 1995); *Doe v. Stegall*, 653 F.2d 180, 185 (5th Cir. 1981); *Ramsbottom v. Ashton*, No. 3:21-cv-00272, 2021 WL 2651188, at *2 (M.D. Tenn. June 28, 2021); *Doe v. Paychex, Inc.*, No. 3:17-cv-2031, 2020 WL 219377, at *10 (D. Conn. Jan. 15, 2020); *Doe v. Del Rio*, 241 F.R.D. 154, 156 (S.D.N.Y. 2006); *Dep't of Fair Emp. & Housing v. Superior Court*, 82 Cal. App. 5th 105, 110 (2022); *Doe v. Kidd*, 19 Misc. 3d 782, 788 (N.Y. Sup. Ct. 2008).

^[10] 参见前引[2]，Volokh 文，第 1405-16 页。这涉及到公共识别；被告通常需要知道原告的身份。同上，1362 n.25 页。参见《美国诉诺德利希特案》（*United States v. Nordlicht*），No. 1:16-cr-00640-BMC, 2019 WL 235640, 第*1, *4 页（E.D.N.Y. Jan. 16, 2019）（指出法院允许政府推迟向被告披露某些关于证人的材料，因为“政府声称这些合作证人表示担心，披露他们与其宗教社区成员对抗的合作将使他们遭受排斥和骚扰，”但同时指出这只是推迟而不是完全拒绝，并且“被告在审判前提前收到推迟的材料…从而避免因推迟披露而产生的任何不利影响”）。

^[11] 参见前引[2]，Volokh 文，第 1430-37 页。

^[12] 参见同上，第 1406 & nn.254 & 257 页。

法院承认，性侵受害者常常希望保密他们的身份，以免尴尬或社会污名。然而，这种顾虑本身并不足以允许原告使用化名进行诉讼。《无名氏诉普林斯顿大学案》，（*Doe v. Princeton Univ.*）2019 WL 5587327, *4（D.N.J. 2019 年 10 月 30 日）。然而，如果动议方能够证明其具体情况存在超出一般尴尬和恐惧的严重社会污名风险，法院则可能会考虑这些情况，从而批准动议。《无名氏诉 Neverson 案》（*Doe v. Neverson*），820 F. App'x 984, 988（11th Cir. 2020）（推翻了拒绝以化名进行诉讼的动议，因为地区法院没有考虑到动议人属于“一个保守的穆斯林家庭。根据他们的文化信仰和传统，这样的性侵犯可能会给（动议人的）家庭带来耻辱和羞辱”）。^[13]

在性取向方面也出现了同样的问题。一家法院允许一名原告以化名就其性取向就业歧视和骚扰提起诉讼，部分理由是“他的家人、朋友和宗教团体不接受 LGBTQ 群体”。^[14]而另一个法院则驳回了一名被告的基于类似指控的匿名请求。^[15]

自愿性行为的潜在争议问题也引发了讨论。一家法院允许一名艳舞演员以化名方式就其工时和工资索赔提起诉讼，部分原因是“她的父母是虔诚的基督教教会成员。”^[16]第七巡回法院未经讨论便批准了一项动议，该动议为承认婚前性行为和使用避孕药具（或至少使用被某些人视为堕胎药的避孕药具）的圣母大学学生提供了类似的化名诉讼理由。^[17]

^[13] 《无名氏诉库克郡》（*Doe v. Cook Cnty.*），542 F. Supp. 3d 779, 784, 787（N.D. Ill. 2021）；另见《无名氏诉内韦森案》（*Doe v. Neverson*），820 F. App'x 984（11th Cir. 2020）；《无名氏诉巴尔案》（*Doe v. Barr*），No. 1:20-cv-03553, 2020 WL 12674163（D.D.C. Dec. 4, 2020）；《无名氏诉道尔顿市》（*Doe v. City of Dalton*），No. 4:21-cv-00128-LMM, 2021 WL 4618600（N.D. Ga. July 12, 2021）；《无名氏诉阿迈勒案》（*Doe v. Amal*），No. 1:12-cv-1359（E.D. Va. Nov. 29, 2012），批准动议，同上（Nov. 27, 2012）；《无名氏诉罗案》（*Doe v. Roe*），No. 1:22-cv-08779-PGG（S.D.N.Y. Oct. 28, 2022），批准动议，同上（Oct. 17, 2022）；《罗伊诉帕特森案》（*Roe v. Patterson*），No. 4:19-cv00179-ALM-KPJ, 2019 WL 2407380（E.D. Tex. June 3, 2019）（提及，但未重度依赖此类论点）；《卡谢夫诉法国巴黎银行股份有限公司案》（*Kashef v. BNP Paribas S.A.*），No. 1:16-cv-03228-AJN（S.D.N.Y. June 22, 2021），批准动议[附辅助备忘录]，同上（June 7, 2021）；函件动议，同上，第 2 页（Feb. 6, 2017）（提出类似请求，但仅提到原告“紧密联系的苏丹裔美国人社区”），获准，命令，同上（Feb. 17, 2017）（未讨论社区观点）。

^[14] 《无名氏诉 Heubach 有限公司案》（*Doe v. Heubach Ltd.*），No. 2:23-cv-01347-GAM, 2023 WL 3295528, 第*1 n.1 页（E.D. Pa. Apr. 10, 2023）。

^[15] 《中西部家园保险公司诉埃韦德》（*Homesite Ins. Co. of the Midwest v. Ewideh*），No. 1:22-CV-1664, 2023 WL 426923, 第*1、*3 页（M.D. Pa. Jan. 26, 2023）。提及被告的性取向是法院以特殊方式拒绝使用化名的理由，同上，第*3 页：原告保险公司在其文件中并未提及任何关于性取向的内容，这些文件的重点是与“水漏损害”相关的保险索赔，”《中西部家园保险公司诉埃韦德》（*Homesite Ins. Co. of the Midwest v. Ewideh*），No. 1:22-CV-1664, 2023 WL 3035313, 第*1 页（M.D. Pa. Mar. 7, 2023），但被告在其使用假名的动议中辩称，被告“具有某种性取向，并且偶尔会被保险公司的大损失财产经理称为同性恋的贬义词”，动议，同上，第 1 页（Jan. 23, 2023）。

^[16] 《无名氏 1 号诉 Deja Vu 咨询公司案》（*Doe #1 v. Deja Vu Consulting Inc.*），No. 3:17-cv-00040, 2017 WL 3837730, *4-*5（M.D. Tenn. Sept. 1, 2017）。

^[17] 批准介入者匿名诉讼请求的命令，《圣母大学诉西贝利厄斯案》（*Univ. of Notre Dame v. Sebelius*），743 F.3d 547（7th Cir. Jan. 14, 2014）（No. 13-3853），批准动议，同上（Jan. 8, 2014）（关于宗教团体潜在反应的探讨同上，第 16–18 页）。

还有一些案件批准了原告基于化名诉讼的动议，理由是原告起诉了宗教领袖（东正教拉比），而他们的宗教社区被指认对社会上提出此种指控的人怀有敌意。^[18]这些案件包括指控性侵害，但其逻辑同样适用于其他社区内部的争议。例如，一个案件引用了一篇文章，该文章详细描述了东正教犹太社区内压制成员异议的文化因素，包括：“对羞耻的极端关注（一个提出虐待指控的孩子会被认为给整个家庭带来羞耻）”，“认为几乎任何关于他人的公开投诉都等同于诽谤”，以及“说任何不利于社区的事情都会‘亵渎神明之名讳’”的观点。^[19]

另外两个案件允许被指控性行为不端的人以化名进行诉讼。这些人正在起诉他们的大学，理由是他们因为这些指控而被错误地处分。他们的理论是，诉讼将清楚地表明他们确实有婚前性行为（尽管他们主张是自愿的婚前性行为），而披露这一点会在其社区中污名化他们。

在其中一个案件中，法院接受了化名使用。因为被指控的施虐者是科威特公民，“在那里，婚外性行为属于违背宗教和文化价值观的非法行为”，这导致了“原告在其所属国家面临被污名化和被报复的风险。”^[20]在另一个案件中，法院接受了申诉人的论点：“本案涉及的学生就读于一所严令禁止婚前性行为的宗教学校”，“包括原告在内的许多学生都希望在毕业后能进入神职或宗教附属团体”，并且，“披露他们与婚外性活动有关身份可能会使原告以及其他未署名的学生遭受嘲笑，甚至被自己的宗教团体排斥。”^[21]

^[18] 《无名氏 2 号诉科尔科案》（Doe No. 2 v. Kolko），242 F.R.D. 193, 197 (E.D.N.Y. 2006)；《无名氏诉乔治敦犹太教堂-以色列凯舍公会案》（Doe v. Georgetown Synagogue—Keshet Israel Congregation），No. 1:16-cv-01845-ABJ (D.D.C. Sept. 15, 2016)，批准匿名动议，同上（Sept. 15, 2016）；《无名氏诉乔治敦大学案》（Doe v. Georgetown Univ.），No. 14-0007644（D.C. Super. Ct. Dec. 1, 2014），批准动议，同上，第 6-7 页（Dec. 8, 2014），可在高级法院文件中查阅，Doe v. Georgetown Univ.，No. 1:15-cv-00026（D.D.C. Jan. 8, 2015）（ECF No. 1-4）。确实，一些犹太人不赞成犹太人在世俗法庭上起诉其他犹太人——即使对方不是宗教领袖。MICHAEL J. BROYDE, THE PURSUIT OF JUSTICE AND JEWISH LAW: HALAKHIC PERSPECTIVES ON THE LEGAL PROFESSION 62-64 (1996)；Rabbi Yaacov Feit, *The Prohibition Against Going to Secular Courts*, 1 JOURNAL OF THE BETH DIN OF AMERICA 30, 30-31 (2012)（“前往世俗法庭的人被认为是‘恶人，仿佛他已亵渎神明，并且仿佛他已反叛摩西律法’”）。

^[19] Kolko, 242 F.R.D. 第 197 页。

^[20] 《无名氏诉德克萨斯 A&M 大学案》（Doe v. Am. Univ.），No. 1:19-cv-03097，第 4-6 页（D.D.C. Oct. 10, 2019），批准动议，同上，第 1、6 页（Oct. 10, 2019）；参见《无名氏诉德克萨斯 A&M 大学案》（Doe v. Am. Univ.），No. 19-CV-03097 (APM)，2020 WL 5593909，第*1 页（D.D.C. Sept. 18, 2020）。

^[21] 备忘录，《无名氏诉多特大学案》（Doe v. Dordt Univ.），5:19-cv-04082-CJW-KEM，第 15 页（N.D. Iowa Dec. 5, 2019）（请求使用假名，因为“本案涉及两名大学生之间性接触的亲密细节”，“公开原告姓名会导致他希望通过提起本诉讼避免的声誉损害”，尽管宗教社区内的损害未被具体提及），获准，同上（Mar. 3, 2020）。多特大学是一所与北美基督教改革教会有联系的福音派基督教学校，确实强调其“坚定地遵循圣经教义，禁止婚前性行为。此外，任何鼓励此类亲密行为的举动（如裸体、共卧）将不被大学容忍。参与此类行为的学生将面临纪律处分。”Dordt University, *Student Life*, <https://web.archive.org/web/20220808171648;https://www.dordt.edu/student-life/student-handbook/student-life>.

原则上，类似的论点也可能出现在以下诉讼中：例如，原告所在的宗教团体抨击酗酒或赌博，而原告却在酒吧或赌场与人发生口角并提起诉讼；^[22]诉讼当事人在教堂发生的事件中可能对其旧宗教社区隐瞒了他们的宗教习俗；^[23]提起利息贷款诉讼的原告身处一个反对利息贷款的宗教团体；或是当当事人的宗教团体反对离婚时，任何涉及当事人的离婚诉讼或诉讼请求。^[24]

实际上，所有已判决的案件都会涉及到这样的情况。虽然某些法院并没有考量当事人是否会被自属宗教团体谴责，但依然准许了某些当事人使用化名诉讼。例如，许多案件确实允许指控性侵犯的原告以及控诉大学对其袭击指控不成立的原告使用化名。^[25]一些案件对同性恋当事人、因涉嫌复制色情制品而被起诉的被告，以及控告劳动法违规的艳舞演员也采取了同样的处理。^[26]此外，尽管据我所知没有仅因避孕措施相关的诉求而允许使用化名的案件，但一些案件确实允许在更广泛的性问题上使用化名。^[27]因此，在正常情况下，没有明确的情境表明诉讼当事人可以使用化名，但如果他们属于特定宗教团体，那么就（肯定）可以使用（化名）。

在所有这些情境中，某些法院确实会拒绝普通诉讼人使用化名。^[28]并且，上述案例表明，诉讼人所属宗教团体的反应被视为支持使用化名的一个因素。

此外，是否允许案件中的诉讼当事人使用化名，关键在于诉讼当事人所隶属的宗教团体。例如，如果诉讼当事人的行为——甚至仅是被指控的事实——可能在其工作团体中引发

^[22] 对比不同类型的隐私背景，*Oil, Chem. & Atomic Workers Int'l Union, AFL-CIO, Loc. 2-286 v. Amoco Oil Co. (Salt Lake City Refinery)*, 885 F.2d 697, 707 (10th Cir. 1989)，其中法院阻止了一个工会化雇主单方面采用药物和酒精测试的政策，部分原因是“Amoco 的测试计划将带来隐私侵害，以及对其员工可能造成的污名化和羞辱”，这“由于员工之间的紧密关系以及社区主要宗教（大约为摩门教）禁止饮用酒精饮料的事实”，因此“关于药物或酒精使用的揭示可能对这种社区的成员产生长期影响。”

^[23] 参见下文第 41-43 号注中引用的案例。（讨论了那些担心因批评旧宗教团体而被识别出来会导致被继续属于这些团体的朋友和家人排斥的人提出的化名使用主张）。

^[24] 在一个案例中，尽管双方希望避免被其宗教社区谴责，但法院拒绝撤销在双方和解时的最终离婚判决：原告律师敦促……双方希望避免在其社区中因离婚而背负的宗教污名。如情况属实，双方在达成无争议民事离婚的共识前，就应考虑到宗教、社区和文化上的非难。无论如何，法院不会屈从于与离婚相关的宗教情感或信仰。民事婚姻和离婚不应与宗教婚姻和离婚纠缠不清。此外，为前诉讼当事人避免尴尬之举不是司法资源的合理分配。

《无名氏诉无名氏案》（*Doe v. Doe*），29 Misc. 3d 483, 486–87 (2010)。尽管如此，法院采取了一个不同寻常的步骤：“为了避免给双方带来不必要的尴尬，法院在提交出版的判决书版本中隐瞒了他们的名字，将丈夫和妻子分别称为 John Doe 和 Jane Doe，并隐藏了正确的索引号。”同上，第 484 页。（在没有任何宗教社区顾虑的情况下，法院通常不认为离婚可以作为化名使用的理由，参见《无名氏诉新墨西哥大学董事会案》（*Doe v. Bd. of Regents of Univ. of N.M.*），No. CIV 20-1207 JB/JHR，2021 WL 4034136，第*1 页（D.N.M. Sept. 4, 2021））。

^[25] 参见前引[2]，Volokh 文，第 1430–37 页。

^[26] 参见同上，第 1406–09 页。

^[27] 参见同上。

^[28] 参见同上；《无名氏诉温德姆度假所有权公司案》（*Doe v. Wyndham Vacation Ownership, Inc.*），No. 6:23-cv-01104-RBD-DCI (M.D. Fla. Aug. 22, 2023)（拒绝了提出被强奸指控的原告的化名使用请求，并区分了之前第十一巡回法院的一个案例：该案例批准了化名使用，理由是之前的案例“区分了一般性潜在个人尴尬的指控和原告来自‘虔诚的穆斯林家庭’的具体指控。原告的家庭和声誉会因此遭受羞辱和伤害，并在线提交了具体的在线骚扰和威胁性评论的例子”）。

强烈抨击，甚至导致其经济破产，这一事实通常不会被视为使用化名的正当理由。^[29]同样地，如果某个匿名戒酒协会（AA）的领导人因醉酒驾驶或酒吧斗殴而被起诉，并请求使用化名，理由是身份暴露可能显示其曾饮酒从而削弱其在 AA 成员中的地位，这种请求也不大可能获得支持。^[30]支持诉讼人的理由在于其可能因宗教背景而背负谴责。

无可否认的是，在这种情况下确实应当考虑宗教因素。当认识到某些人因其宗教身份而更容易受到社区污名化的影响时，这种做法可以被视为政府在面对宗教差异时采取的中立态度。正如在《谢尔伯特诉维纳案》（*Sherbert v. Verner*）^[31]中所指出的，这种中立态度在宪法上是允许的（尽管在此处并不具有宪法强制性，原因将在下一个主要部分中讨论）。我的观点很简单：如同对其他的宗教（特殊）包容一样，这里的法律确实是在特殊对待宗教。

为了更好地进行对比，可以思考对人身暴力的担忧，而不是对社会或职业污名化的担忧。当有证据表明肢体暴力风险真实存在时——例如，与政府合作的人可能会面临被肢体报复的风险^[32]，在其所属国家，寻求庇护者也可能面临暴力风险^[33]——（这种情况下）法院确实通常允许申诉人使用化名，且这与暴力是否源于宗教观点无关。同样的情况也适用于害怕与宗教相关的暴力的人，如在《无名氏诉多尔多案》（*Doe v. Dordoni*）中，一名沙特公民从伊斯兰教改信基督教。基于在沙特阿拉伯遭遇暴力报复的合理恐惧，法院允许其使用化名。^[34]

如果一名因性侵提起诉讼的女性能够可信地证明：她作为强奸受害者被公开身份将承受被家庭成员严重人身伤害的风险^[35]，则足以根据正常的、与宗教无关的化名使用先例，证

^[29] 参见前引[2]，Volokh 文，第 1420–23 页。

^[30] 这可能符合一个熟知的原则，即仅仅因职业声誉受损和社会污名化的风险不足以证明使用化名的合理性。参见同上，第 1416–23 页；参见，例如《无名氏诉拉克利夫案》（*Doe v. Rackliffe*），173 Conn. App. 389, 397（2017）“[一方]希望避免经济和社会伤害以及在其职业和社会社区中的尴尬和羞辱，通常不足以允许他在不披露身份的情况下出庭。”（引号省略）；《无名氏诉 Apstra 公司案》（*Doe v. Apstra, Inc.*），No. C 18-04190 WHA，2018 WL 4028679，第*1 页（N.D. Cal. Aug. 23, 2018）（同样拒绝了部分基于在诉讼当事人“职业社区”内“职业污名化”风险的假名使用请求）；《帕顿诉堪萨斯城 Entercom 公司案》（*Patton v. Entercom Kansas City*），LLC，No. CIV.A. 13-2186-KHV，2013 WL 3524157，第*3 页（D. Kan. July 11, 2013）（“尽管法院承认帕顿非常重视她作为社区成员和未来律师的声誉，但通常不允许声称其个人和职业声誉受损的原告匿名进行诉讼。”）。

^[31] 374 U.S. 398, 409 (1963).

^[32] 参见《美国诉无名氏案》（*United States v. Doe*），655 F.2d 920, 922 n.1 (9th Cir. 1980)（将诉讼当事人的姓名化名，因为“如果监狱囚犯的身份为代表政府的角色，并且被披露给其他囚犯，则可能会造成严重的人身伤害”）；《无名氏 1 号诉美国案》（*Doe No. 1 v. United States*），143 Fed. Cl. 238, 241 (2019)（“公开 BATF 员工的姓名可能会危及他们的安全。”）。

^[33] 参见前引[2]，Volokh 文，第 1397–99 页。

^[34] No. 1:16-CV-00074-JHM, 2016 WL 4522672, *3 (W.D. Ky. Aug. 29, 2016).

^[35] 在《无名氏诉巴尔案》（*Doe v. Barr*）中，No. 1:20-cv-03553，2020 WL 12674163（D.D.C. Dec. 4, 2020），原告辩称存在这种风险，同上第*3 页，但法官仅基于其社区内“声誉受损”的潜在风险允许其以化名进行诉讼，同上，且未提及任何身体伤害的风险。

明化名使用的合理性。^[36]因此，允许使用化名以减少肢体暴力风险的规则在此类案件中与宗教无关。而法院允许使用化名以防止宗教团体的社会报复则不然。

（二）允许使用传票查明被告身份

在前文中，我讨论了那些希望在不透露自己作为原告身份的情况下利用法院系统强制力的人。然而，人们也可能希望阻止旨在揭露他们作为潜在被告身份的强制传票。此类担忧通常源于害怕因公开批评雇主而面临解雇或职业上的黑名单，或者因公开批评政府官员而遭受政府报复。^[37]有时，被告还会提出，他们可能因此在宗教社区中被排斥。^[38]

例如，在一些针对观看和分享色情影片的版权侵权诉讼中，一些被告会请求使用化名，部分理由是“将我的姓名或身份信息与色情影片进一步关联会令人尴尬，有损我在整个社区和宗教社区中的声誉。”^[39]法院在两起案件中援引了这一理由，允许案件暂时以化名进行。^[40]

同样，在一起由耶和华见证人^[41]（Jehovah's Witnesses）提起的版权案件中，一名潜在被告寻求匿名，部分原因是“如果守望台（耶和华见证人的组织）发现他的身份，将损害他与活跃在耶和华见证会的朋友和家人的关系”——“他一生都是耶和华见证会的一员，如果因此被排斥，他所背负的痛苦将是难以承受的。”^[42]同样，一位东正犹太教博客作者

^[36] 同样的适用性也可能涉及其他严重危害，即使它们没有上升到暴力的程度，也超出了污名或社会或职业报复的范围。因此，例如《沃尔夫柴尔德诉美国案》（*Wolfchild v. United States*），62 Fed. Cl. 521, 553 (2004)，后被其他原因推翻，559 F.3d 1228 (Fed. Cir. 2009)，法庭允许某些苏族原告以化名进行诉讼，因为担心部落会反对他们在诉讼中的立场；法院强调不仅有社会责难的风险，还有失去部落成员资格的实际法律后果（因为“社区政府几乎拥有对社区成员资格的全面权力”，62 Fed. Cl. at 553）。

^[37] 参见，例如关于匿名网络发言者，661 F.3d 1168, 1173 (9th Cir. 2011)（讨论了“对经济或官方报复的恐惧”）。

^[38] 关于此种威胁匿名信作者的例子，参见被上诉人 Rabbi Jack Bieler 的简报，《哈格·卡茨诉梅林 J. 波曼希伯来学院案》（*Hager-Katz v. Mevlin J. Berman Hebrew Academy*），2010 WL 4890009，第*7 页（Md. Ct. Spec. App. Oct. 8, 2010）（引用拉比的信件）：“在过去的安息日，我建议这一事件应该激励我们所有人极其谨慎地避免参与 Lashon HaRa（即诽谤性言论）。但是，如果可以确凿作者的身份，我们认为适当的做法是，此人不应被允许进入我们的犹太教堂或家中，直到她能够让社区满意地证明已经完全忏悔。”

^[39] 参见，例如关于 BitTorrent 成人影片版权侵权案件，296 F.R.D. 80, 90 (E.D.N.Y. 2012)，报告与建议被采用，见《Patrick Collins 公司诉 1 号无名氏案》（*Patrick Collins, Inc. v. Doe 1*），288 F.R.D. 233 (E.D.N.Y. 2012)。

^[40] 《Strike 3 控股有限责任公司诉无名氏案》（*Strike 3 Holdings, LLC v. Doe*），No. 3:19-CV-508-J-34JRK，2019 WL 5722173 (M.D. Fla. Nov. 5, 2019)，法院允许暂时使用化名，理由之一是被告声称他是“一个宗教虔诚的人”。在另一起由不同法官审理且涉及不同被告的案例中，《Strike 3 控股有限责任公司诉无名氏案》（*Strike 3 Holdings, LLC v. Doe*），No. 5:22-CV-398-JA-PRL，2022 WL 16695170，*1-*2 (M.D. Fla. Nov. 3, 2022)，法院表示，“虽然 Doe 声称如果不能匿名诉讼，他将在宗教社区和婚姻中感到尴尬，但他的指控（目前所述）不足以完全支持其动议，”但同时补充道，“考虑到允许一方匿名进行诉讼的不同司法方法，并权衡 Doe 所面临的声誉损害风险与司法程序公开的推定，我认为这是一个例外案件，允许 Doe 匿名进行诉讼（至少最初）直到诉状送达后的 90 天。”后一案件在 90 天到期前自愿撤诉，可能是因达成了和解。命令，同上 (M.D. Fla. Nov. 17, 2022)。

^[41] 译者注

^[42] 关于 DMCA Subpoena to Reddit, Inc., No. 3:19-mc-80005-SK, at 4, 12 (N.D. Cal. May 17, 2019)。

(Orthomom)也提出了类似论点,她作为潜在的诽谤被告人,被一份指向她博客托管公司的传票所追查。^[43]

即使不考虑被告在其宗教团体中受到的影响,法院有时也会允许被告拒绝传票,尤其当法院认为诉讼很可能没有法律依据^[44],且涉及“政治、宗教或文学言论”^[45]时。然而问题依然存在:正如上文案例中的被告所争辩的那样,当证据表明宗教团体内具体的污名威胁存在时,前文的分析是否也应受其影响?^[46]

与请求匿名的原告不同,请求匿名的被告往往不仅希望对公众隐藏身份,还希望对诉讼对手隐藏身份。如果法院认定原告有合理的法律诉求,则可能拒绝被告完全匿名的请求,以便原告能够识别被告,从而收集推进案件所需的信息——例如,确定被告的精神状态所需的信息,或最终执行对被告的判决所需的信息。然而,法院仍可发布保护令,以限制被告的身份只能在保护令的限制下被披露。该保护令将禁止原告向他人披露该信息^[47](或者甚至只允许律师查看该信息^[48])。

(三)披露有关政治献金和政治请愿签名的信息

政治献金——无论是对候选人的捐款,还是对旨在影响选举的独立倡导团体的捐款——通常都必须依竞选财务法进行披露。在许多州,请愿签名(无论是关于提案、公投、罢免还是候选人资格)亦是如此。^[49]

^[43] 参见拟议介入者“Orthomom”反对申请人启动前披露申请的法律备忘录,《格林鲍姆诉谷歌公司案》(Greenbaum v. Google, Inc.), No. 102063/07, 2007 WL 4162535, at *27, *28 (N.Y. Sup. Ct. N.Y. Cty. Mar. 13, 2007), 获准, 18 Misc. 3d 185 (N.Y. Sup. Ct. 2007)(以法律上 Orthomom 的帖子不构成诽谤为由批准动议,并未讨论宗教排斥问题):

“在正统犹太社区内,有重要的社区规范反对批评领导者,尤其是以使犹太人或犹太教在社区外名誉受损的方式进行批评。批评者及其家人可能会被排斥,甚至失去生计,因为许多正统犹太人在其他正统犹太人经营的企业中工作,或依赖正统犹太顾客。……Orthomom 的一些读者曾特别批评她传播‘lashon hara’(即恶言)。因此,如果由格林鲍姆意为揭露的请愿被发现,Orthomom 将被确认为这些社区内部批评的作者,并在其社区内面临严重风险。”

^[44] 《无名氏诉卡希尔案》(Doe v. Cahill), 884 A.2d 451, 460 (Del. 2005); 《Dendrite Int'l 公司诉第 3 号无名氏案》(Dendrite Int'l, Inc. v. Doe No. 3), 775 A.2d 756, 760–61 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001)。

^[45] 对比《奥比制药公司诉无名氏们案》(Obi Pharma, Inc. v. Does 1-20), No. 16CV2218 H (BGS), 2017 WL 1520085, *3 (S.D. Cal. Apr. 27, 2017)(“Cahill 本身涉及政治言论,且于‘政治、宗教或文学言论’中呈保守姿态”),和《基亚巴托尼诉 326 号工会分会案》(Ciabattone v. Teamsters Loc. 326), No. N15C-04-059 VLM, 2018 WL 2418388, *3 (Del. Super. Ct. May 29, 2018)(“原告关于 Cahill 仅适用于政治言论的论点毫无根据”)。

^[46] 参见,例如《Mobilisa 公司诉无名氏案》(Mobilisa, Inc. v. Doe), 170 P. 3d 712, 720 (Ariz. Ct. App. 2007)(结论是,在考虑是否在此类案件中执行传票时,法院不应只看原告主张的法律有效性,还应进行“平衡步骤”,其中除其他事项外,法院可考虑“披露令对发言者的潜在后果”);关于 Indiana Newspapers Inc., 963 N.E.2d 534, 552 (Ind. Ct. App. 2012)(同上)。

^[47] 参见,例如关于 BitTorrent 成人电影版权侵权案, 296 F.R.D. 80, 90 (E.D.N.Y. 2012), 通过报告和建。《帕特里克·柯林斯公司诉无名氏 1》(Patrick Collins, Inc. v. Doe 1), 288 F.R.D. 233 (E.D.N.Y. 2012)。

^[48] 参见,例如《Strike 3 Holdings 公司诉无名氏案》(Strike 3 Holdings, LLC v. Doe), No. 20CIV4501WFKVMS, 2021 WL 535218, *7 (E.D.N.Y. Feb. 12, 2021)。

^[49] 参见,例如《无名氏诉里德案》(Doe v. Reed), 561 U.S. 186 (2010)。

最高法院已经裁定，如果有足够的证据表明捐赠者或签名者可能会受到“骚扰”或“报复”^[50]，包括被雇主解雇^[51]，则捐赠者或签名者的信息可以被保密。虽然目前尚不明确具体情况将构成骚扰或报复，但一些捐赠者或签名者可能认为，如果他们的身份被曝光，他们将面临被宗教社区排斥甚至开除教籍的风险。（例如，设想某些人原本有意向支持堕胎权的倡议捐款或签署此类请愿书，但由于其教派认为堕胎是谋杀，他们因此害怕被自己或家人的宗教团体排斥而放弃采取行动。）

（四）披露公共记录

个人所属宗教团体的潜在反应同样可能影响有关公共记录匿名性的决定^[52]，尤其是执照申请。例如，根据纽约州法律，枪支持有者必须获得执照，且除非发证官员认为“申请人有足够理由表明公开这些信息可能会导致无条件骚扰”，否则这些执照将成为公开记录。^[53]申请人可能会引用化名案件的先例，声称他们属于一个反对枪支的和平主义宗教社区，该社区对枪支持有（尤其是用于自卫的手枪）持反对态度^[54]，并且公开他们的申请可能会引发同宗教成员的“无条件骚扰”。^[55]

同样，一些州将酒类执照视为公共记录。^[56]这些申请可能要求提供公司高管和股东的个人姓名。^[57]即使只有公司或有限责任公司所有者的姓名，这些实体的公共记录文件一般也会包括公司高管的姓名。有些人可能不愿意公开他们与酒类企业的关系，因为他们担心公开后会遭到反对酒类的教友的谴责。公共记录法可能允许政府机构在某些情况下满足这种隐私

^[50] 同上，第 200 页；《布朗诉社会主义工人 74 竞选委员会案》（*Brown v. Socialist Workers' 74 Campaign Comm.*），459 U.S. 87, 100（1982）。

^[51] *Brown*, 459 U.S. at 99.

^[52] 在此，就像在诉讼中使用化名的案例一样，我将匿名和化名交替使用；无论是密封许可证申请（这实际上提供了匿名许可），还是将诉讼当事人或申请人的名字替换为“Jane Doe（无名氏）”或首字母缩写或类似的称呼，关键都是在于此人的名字将对公众隐瞒（虽然在诉讼中，一般不会对对方隐瞒，参见前引 9）。

^[53] N.Y. PEN. L. 400.00(5)(b)(iii).

^[54] 参见，例如 Amish America, *Do Amish Use Guns?*, <https://amishamerica.com/do-amish-use-guns/>（“阿米什人不会对他持械，但他们确实使用枪支进行狩猎和其他用途”）。

^[55] 在此，我暂且不谈通知父母关于堕胎的要求何时可以被推翻这一特殊情况，因为法院认为通知父母有损儿童的最大利益。对比《计划生育协会，苏福尔斯诊所诉米勒案》（*Planned Parenthood, Sioux Falls Clinic v. Miller*），63 F.3d 1452, 1460（8th Cir. 1995）（认为这种免于通知父母的做法拥有宪法强制性），和《蓝岭诊所计划生育协会诉坎布洛斯案》（*Planned Parenthood of Blue Ridge v. Camblos*），155 F.3d 352, 367（4th Cir. 1998）（持相反意见）。据推测，当出现这种最大利益优先的情况时，父母的预期反应——以及法官是否会认为这些反应是过度的，因而对儿童有害——将得到考虑，这将包括出于宗教动机的反应。但无论其是否信教，可能都只仅限于父母的态度，也不会更广泛地关注其宗教团体的反应。即使现在《罗诉韦德案》（*Roe v. Wade*）和《计划生育协会诉凯西案》（*Planned Parenthood v. Casey*）已被推翻，许多州的堕胎法仍可能存在此类问题。参见《多布斯诉杰克逊妇女健康组织案》（*Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*），142 S. Ct. 2228（2022），推翻《罗诉韦德案》（*Roe v. Wade*），410 U.S. 113（1973），和《宾夕法尼亚州东南部计划生育组织诉凯西案》（*Planned Parenthood of S.E. Pennsylvania v. Casey*），505 U.S. 833（1992）。

^[56] 参见，例如 Wash. State Liquor & Cannabis Bd., *On Premises, Licensees*, <https://lcb.wa.gov/records/frequentlyrequested-lists>.

^[57] 参见，例如 Cal. Dep't of Alcoholic Beverage Control, *Individual Personal Affidavit*, <https://www.abc.ca.gov/wpcontent/uploads/forms/ABC-208-A.pdf>.

需求。如果法律允许例外情况，即在公开信息会产生“无条件骚扰”^[58]或“明显不当的隐私侵害”的情况下，其中构成隐私的具体内容则由“社区习俗、道德、或普世观”决定。^[59]

结婚证在许多州也是公共记录。^[60]一些申请人可能希望隐瞒这些记录，因其所在宗教社区的许多人会谴责他们的婚姻（例如谴责跨宗教婚姻，离婚，或认为再婚等同于重婚）。

最后，在某些情况下，这些披露同样可能危及人们在其宗教社区中的地位。因此，公共机构可能主张在公共记录发布信息时删除这些人的姓名，以满足相关隐私需求。^[61]

二、关于更常见的宗教豁免的区别性辩论

这些辩论不同于以下几种情况：请求对要求违反宗教信仰的法律进行豁免，对公共利益造成“无法妥协的”限制进行绝对豁免，或是要求普遍适用的规则以宗教中立的方式执行的请求。

（一）不同于要求违反宗教信仰的法律豁免

我所描述的宗教豁免与大多数传统的宗教豁免不同。当法律豁免宗教信徒不必遵守某项法律要求时，通常意味保护他们不必违反其宗教义务。例如，通常您可能需要剃须才能成为警察，但如果您是穆斯林、锡克教徒或东正教犹太人，则可以被豁免这一要求。^[62]同样地，通常您在法庭上可能需要摘掉头饰，但如果您是穆斯林女性或东正教犹太人，则也可以被豁免。^[63]这种对宗教信徒有利的豁免通常也对其宗教社区的其他成员有利。

然而，关于此类宗教豁免的通常争论并不适用于我在此讨论的信息披露豁免。首先，基本的信息披露法则并未对宗教活动造成传统意义上的“实质性负担”，即禁止人们从事宗教活动，^[64]强迫他们“违反其宗教信仰”，^[65]或以其他方式惩罚他们的宗教活动。^[66]在本文所

^[58] 参见，例如《Freedom Watch 公司诉穆勒案》（Freedom Watch, Inc. v. Mueller），453 F. Supp. 3d 139, 157 (D.D.C. 2020)（适用《信息自由法》（FOIA）规定的“无理骚扰”测试），上诉被驳回，No. 20-5071, 2020 WL 4931696 (D.C. Cir. July 30, 2020)。

^[59] Michigan Fed’n of Teachers & Sch. Related Pers., AFT, AFL-CIO v. Univ. of Michigan, 481 Mich. 657, 669–75 (Mich. 2008)（引号省略）。

^[60] 对比，例如 VT. STAT. ANN. § 5132（将结婚证视为公共记录），和 CAL. FAMILY CODE §§ 500–511（一般允许秘密结婚，只要双方在婚前已经共同生活）。

^[61] 参见 Holy Spirit Ass’n for Unification of World Christianity, Inc. v. U.S. Dep’t of State, 526 F. Supp. 1022, 1034 (S.D. N.Y. 1981)（隐瞒指控该宗教团体中行为不当的人的姓名，因为“披露姓名会使这些人担心受到骚扰和不必要的羞辱”）。

^[62] 参见，例如《纽瓦克警察兄弟会第 12 号分会诉纽瓦克市案》（Fraternal Order of Police Newark Lodge No. 12 v. City of Newark），170 F.3d 359 (3d Cir. 1999)。

^[63] 参见，例如《美国诉詹姆案》（United States v. James），328 F.3d 953, 958 (7th Cir. 2003)。

^[64] 例如《霍尔特诉霍布斯案》（Holt v. Hobbs），574 U.S. 352, 360–61 (2015)。

^[65] 例如《伯维尔诉 Hobby Lobby 商店公司》（Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.），573 U.S. 682, 720 (2014)。

^[66] 例如《谢尔伯特诉维纳案》（Sherbert v. Verner），374 U.S. 398, 404 n.5 (1963)。

讨论范围内，并无人声称神明要求他们匿名，或把匿名视为一种宗教习俗。^[67]出于同样的原因，《自由行使条款》、《宗教自由恢复法》或类似的一般宗教通融法规都不要求根据这些披露规则给予豁免。

同样地，《卡特诉威尔金森案》（*Cutter v. Wilkinson*）中对披露豁免是否符合“立教条款”（*Establishment Clause*）几乎没有涉及。《*Cutter*案》认为，当一项宗教优惠规则（1）“减轻了政府对私人宗教活动造成的特殊负担”，（2）“充分考虑到所请求的宽免可能对非受益人造成的负担”，并且（3）“在不同信仰之间中立管理”时，它是“符合《立教条款》”的^[68]。然而，元素（1）在此是缺失的：对宗教的考虑并不是为了减轻政府造成的特殊负担（如判例法所定义的那样），而是为了减轻特定法律规则造成的社会后果。

其次，此处的矛盾不仅是原告所感受到的宗教义务与世俗政府利益之间的冲突，而是原告与其宗教团体中据称被错误评判的成员之间的冲突。正如我在下文将所讨论的，这需要考虑一套不同于典型宗教豁免请求的关注点。

（二）不同于对世俗利益造成“无法妥协的”限制的分类豁免

这些豁免很可能不会因《桑顿庄园诉卡尔多案》（*Estate of Thornton v. Caldor*）而被认定为违宪。^[69]《桑顿庄园案》认为，《立教条款》明令禁止了一项要求所有雇主必须在员工的安息日给予休息的法律。这项法律在某些方面类似于披露豁免，确实保护了个人行为。

但是，在《桑顿庄园案》中，法院谴责该法律创设了“在任何他们指定为安息日的日子不工作的绝对且无条件的权利”，这涉及“无法妥协地加权了遵守安息日习俗的信徒的权益，且此权益（被视为）高于所有其他利益”。^[70]我所描述的化名案件仅将宗教视为分析中的一个可以被其他因素所克服的考虑因素。在这方面，它们更类似于《民权法》第七章的内容。此章节对宗教反对者在私人工作场所规则下进行合理宽容的、较为温和的、基于平衡的义务，而《桑顿庄园案》并未使这一义务无效化。同样的情况也可能适用于其他披露规则的豁免。^[71]

^[67] 我们可以想象在某些情况下会有这样的诉求，例如，如果某人认为有宗教义务匿名向慈善机构捐款，但某款法律要求公布捐赠者的姓名。参见，例如慈善圆桌会议支持请愿人的法庭之友书状，《美国繁荣基金会诉贝塞拉案》（*Americans for Prosperity Found. v. Becerra*），2021 WL 862273，第*9页（U.S. Mar. 1, 2021）（“许多希望保持匿名的捐赠者是出于根深蒂固的宗教或道德信仰，在过去的两千年里，这些信仰使匿名慈善捐赠成为慈善事业的常态。”）；MISHNEH TORAH, *Matnot Aniyim* 10:8；MATTHEW 6:2–4；QUR’AN 2:271；Bailie Mittman, *First Amendment Freedoms Diluted: The Impact of Disclosure Requirements on Nonprofit Charities*, 96 INDIANA LAW JOURNAL SUPPLEMENT 102, 120 n.158 (2021). 但是，我所描述的案例并不涉及作为宗教命令（或宗教建议）的匿名偏好--匿名的目的是为了同教成员的社会和职业报复。

^[68] 544 U.S. 709, 720 (2005).

^[69] 472 U.S. 703 (1985).

^[70] 同上，第709–710页。

^[71] 参见同上，第711–712页（O’Connor大法官赞同）（在《第七章》中，“合理照顾雇员的宗教习俗，除非这样做会给雇主的业务造成不必要的困难”的义务与《桑顿庄园案》中给予安息日信徒的“绝对保护”的法律是有区别的）。

当然，即使使用化名对第三方（特别是对化名诉讼当事人的对手造成的负担）在宪法上是允许的，人们仍然可以从政策角度反对这种负担。法院确实会考虑这些负担，并经常基于这些理由拒绝化名（正如我在其他地方详细讨论的^[72]）。尽管如此，当法院认为公开诉讼对申诉人的负担很大，而化名对对手和公众的负担很小时，他们有时候会允许化名。似乎没有充分的理由认为在分析中考虑申诉人的宗教社区对手是不公平的。^[73]

（三）与要求宗教中立的普遍适用规则不同

最后，我再次强调前文所讨论的内容：^[74]所有这些案件都涉及要求法院将宗教团体成员身份作为化名豁免分析的一部分，而非要求法院不考虑人们的宗教信仰。因此，像《三一路德教会诉科默案》（*Trinity Lutheran v. Comer*）、《埃斯皮诺萨诉蒙大拿州税务局案》（*Espinoza v. Montana Department of Revenue*）和《卡森诉马金案》（*Carson v. Makin*）等先例在这里不适用；这些案例的前提是政府不得“明确歧视符合条件的受助人，并仅因其宗教特征而取消其获得公共福利的资格。”^[75]不考虑某人在特定宗教群体中可能面临的污名——就像法律通常不考虑某人在特定社会群体或专业群体中可能面临的污名一样^[76]——并不构成这种明确的歧视。^[77]

三、宗教团体特质的司法评估

在决定是否允许某人继续使用化名时，权衡其宗教社区成员身份可能不会对诉讼对手造成不必要的负担或不公平。然而，这种做法是否会对宗教社区产生不公平的影响？

例如，考虑上述两种情况的同时，也应考虑另外三种情况：

^[72] 参见前引[2]，Volokh 文。

^[73] 对于假名不公平地增加了案件可能的和解价值这一论点，更是如此，同上，第 1381–82 页，降低原告的诉讼声誉成本。案件的和解价值通常在很大程度上取决于诉讼双方的持续成本——诉讼成本、情感成本或声誉成本。在其他条件相同的情况下，如果原告的成本降低，原告就会更有底气，案件的和解价值就可能会增加。同样，如果被告的成本降低，案件的和解价值也可能降低。由此可见，在双方都因诉讼而产生声誉或隐私成本的情况下，给予一方假名而不给予另一方假名，会降低假名方的成本，也会改变可能的和解价值。在其他条件相同的情况下，《无名氏诉史密斯案》（*Doe v. Smith*）的和解金额往往大于《琼斯诉史密斯案》（*Jones v. Smith*）的和解金额，这可能会被视为对史密斯不公平。但根据假设，在我所描述的案件中，任何《琼斯诉史密斯案》（*Jones v. Smith*）的诉讼威胁都会不公平地贬低和解价值（与不存在宗教团体效应的典型此类案件相比）：史密斯会知道琼斯很可能害怕遭到其所在宗教团体的报复，所以琼斯很可能会以低廉的价格结案，以避免一开始就提起诉讼。因此，允许琼斯以化名方式起诉可能会使案件更接近于公平的和解价值，而不会受到这种公开效应的不当影响。

^[74] 参见下引[28]–[30]及相关文本。

^[75] 《三一路德教会诉科默案》（*Trinity Lutheran v. Comer*），582 U.S. 449, 462（2017）；《卡森诉马金案》（*Carson v. Makin*），142 S. Ct. 1987, 1996（2022）；《埃斯皮诺萨诉蒙大拿州税务局案》（*Espinoza v. Montana Department of Revenue*），140 S. Ct. 2246, 2256（2020）。

^[76] 参见前引[2]，Volokh 文，第 1420–1423 页。

^[77] 假名法有时确实会考虑个人在整个社会可能面临的耻辱，但不考虑特定的次群体。但是，在不考虑宗教次群体反应的情况下适用这样的规则，并不具有明确的歧视性，因此不为《卡森诉梅金案》（*Carson v. Makin*）等案件所禁止——就像政府可以资助公立学校而不资助任何私立学校，（宗教或其他）的规则不为这些案件所禁止一样。参见，例如 *Carson*, 142 S. Ct. at 2261。

- 情况一：一名其家人和朋友都是特立尼达穆斯林的妇女在起诉一起涉嫌强奸案时寻求使用化名。
- 情况二：一位家人和朋友都是南方浸信会教徒的妇女在一起因从事艳舞工作而引起的就业诉讼中要求化名
- 情况三：一名家庭和朋友都是正统犹太教徒的男性在一起诽谤诉讼中寻求使用化名，该诉讼源于前情人所做的包括“约会强奸”指控的陈述。^[78]

首先，法官不仅要确定原告在该社区内是否会被污名化，还要确定与普通诉讼人相比，他们是否会被异常地污名化。毕竟，某些污名化的风险本身通常不足以在诉讼、公共执照或记录中证明使用化名的合理性。^[79]而这三个例子中的特定情况——遭受性侵犯、担任艳舞演员或被指控（即使没有被定罪或民事判决）为强奸犯——即便在特定宗教社区之外也时常面临污名化。

宗教社区中的许多人可能认为，这些社区中的污名化并不比其他地方更严重，他们自己也可能会因为这种暗示而感到被谴责。他们可能会说，我们的宗教教导我们要充满爱心和宽恕，且并不谴责被攻击的女性。尽管它可能谴责跳艳舞和婚外性行为，但它承认每个人都是罪人，我们所能做的就是悔改、努力改变，并鼓励我们的朋友和家人也这样做。此外，宗教教义确实谴责约会强奸，但这一立场与许多其他群体的看法一致。

诚然，可能某些过于批判的人会对强奸受害者、艳舞演员或婚外性行为的人持不友好的看法；但这类人存在于所有社区。为什么要把我们描绘得特别严厉？当声称我们不公平地丑化某些人，而且比一般社会更喜欢丑化某些人的过程中，您是否也在不公平地丑化我们？

此外，宗教团体对这些诉讼当事人的谴责程度难以衡量；判决很可能是猜测，且主要基于法官对该团体声誉的看法。诉讼当事人很可能会提供宣誓书^[80]，或许还有其他人也会声称受到了这种谴责；但来自诉讼当事人或支持诉讼当事人立场的朋友或家庭成员的这种自利性声明有失可信度。可能会有媒体报道^[81]，但这些报道很可能是片面的，或基于媒体自身的偏

^[78] 参见原告，《无名氏诉塞布罗案》（*Complaint, Doe v. Sebro*），No. 2:21-cv-20706，¶¶ 1, 17

（D.N.J. filed Dec. 23, 2021）。原告在支持化名时辩称，“原告是东正教犹太小团体的成员，这些指控可能会毁了他，”支持以化名进行诉讼动议的备忘录，同上，第 9 页（Feb. 8, 2023），获准，同上（Feb. 10, 2023）。该动议在没有意见的情况下获得批准，因此不清楚法院在多大程度上依赖于对宗教团体内部污名化的担忧。

^[79] 参见前引[2]，*Volokh* 文，第 1416–1423 页。许多原告，甚至更多的被告，都有可能因身份暴露而蒙受一定程度的污名。但通常情况下，这并不足以克服有利于公开诉讼的强烈推定。如果我因性骚扰、欺诈甚至渎职而被起诉，这肯定会使我蒙受“耻辱和羞辱”，即使我声称这种耻辱和羞辱是无缘无故的，因为我实际上是无辜的。同样，如果我起诉雇主不当解雇我，而雇主的辩护理由是我确实是因为性骚扰、欺诈或渎职而被解雇。尽管如此，我通常依然不能以匿名方式对此类案件提起诉讼。虽然指控性侵犯的原告通常会被允许匿名诉讼，但并非所有法院都持这种观点。参见同上，第 1430–37 页。

^[80] 参见，例如《无名氏诉内韦森案》（*Doe v. Neverson*）中无名氏的声明，No. 1:20-cv-20016-UU，¶¶ 7–8（S.D.Fla. Jan. 10, 2020）（E 参见 No 7-1 app. A）。

^[81] 参见，例如申请使用假名进行诉讼，《无名氏诉乔治敦犹太教堂——以色列凯舍公理会案》*Doe v. Georgetown Synagogue—Keshet Israel Congregation*，No. 1:16-cv-01845-ABJ，第 7 页（D.D.C. Sept. 15, 2016）。

见。因此，社区成员可能会相信，他们被错误地抹上了批判、守旧，和不宽容的污点，而这些污点仅仅基于对外人对穆斯林、保守基督徒或东正教犹太人的刻板印象。^[82]

可以肯定的是，在传统的宗教豁免案件中，法院应接受申诉人关于法律严重影响其宗教实践的主张，至少在法院认为申诉人真诚的情况下。^[83]这是合理的，因为这些案件中所涉及的负担取决于申诉人自身的主观信仰。然而，在本案中，申诉人所提出的主张是关于同宗教教友可能采取的行动——这些主张如果被相信，将对这些同宗教者的品格产生不良影响。

一个潜在的解决方案是对宗教团体化名处理，称被告属于某个谴责特定行为的团体，而不指明该团体的名称。但这会使公众（以及未来的诉讼当事人和他们的律师）无法了解法官判决的依据等重要信息。毕竟，如果不告诉公众法官判决的真实依据，公众如何能有效地“监督和监察司法部门的运作”^[84]呢？^[85]

另一种潜在解决方案可能是让法官们不断强调他们只是在谈论某些宗教团体成员的观点，而不是在谈论整个宗教团体。但这样的决策仍有可能导致政府对宗教的不认可，而这正是法院在《立教条款》判决中所谴责的。例如，考虑到诉讼当事人声称她“来自一个保守的穆斯林家庭，根据他们的文化信仰和传统，性侵犯会给她的家庭带来污名和耻辱”，^[86]因此，她所遭受的“社会污名”^[87]会远超一般诉讼当事人所面临的污名。认可这一主张的司法判决——即使并未声称所有保守派穆斯林都持有这一观点，且法官也没有明确谴责该团体的这种观点——依然很可能被视为对保守派伊斯兰教进行批判。毕竟，我们中的许多人都不赞成一个团体以这种方式指责受害者。

当法院得出结论认为一个群体在羞辱那些在我们其他人看来显然是被侵害而不是犯了罪的人（比如强奸受害者）时，这种说法最为正确。但是，当一个团体被指控羞辱从事自愿行为（如婚前性行为、商业艳舞或类似行为）的人时，情况也是如此。毕竟，匿名申诉的基础是申诉者有权得到特殊保护——一种不同寻常的例外，一种源于申诉者将遭受不合理的情感和社会伤害的不可容忍的风险。因此，当判定一个团体会造成此种伤害，且其成员需要保护以免遭受该团体的伤害时，实际上是在谴责该团体。

^[82] 在申请人提出宗教迫害风险的庇护案件中，移民法院和第三条法院可能不得不考虑一些宗教团体对其他团体的虐待。参见，例如 *Sihotang v. Sessions*, 900 F.3d 46, 51 (1st Cir. 2018)（注意到有证据表明“伊斯兰原教旨主义的狂热似乎愈演愈烈，因此福音派基督徒现在在印度尼西亚可能面临特殊风险”，包括政府歧视和私人暴力的风险）。但这至少涉及法院对外国状况的报告，通常将得到权威的“国务院国家状况报告”的支持，同上，第 52 页。文中描述的案例涉及法院对美国国内社区的评判，通常基于诉讼当事人的宣誓书以及对这些社区的传统看法。这种对国内宗教团体的评判特别容易造成美国国内的宗教紧张局势，并破坏社区成员受到美国法律制度平等对待和尊重的感觉。

^[83] 《托马斯诉审查委员会案》（*Thomas v. Review Bd.*），450 U.S. 707, 715（1981）。

^[84] 《无名氏诉公共公民案》（*Doe v. Public Citizen*），749 F.3d 246, 263（4th Cir. 2014）。

^[85] 可以肯定的是，这是一个关于化名的决定，而不是一个关于案件底线结果的决定。但化名裁决确实意义重大，因为它们影响到公众的权利——甚至在某些法院看来，影响到公众的《第一修正案》权利。参见前引[8]。

^[86] 《无名氏诉内韦森案》（*Doe v. Neverson*），820 F. App'x 984, 988（11th Cir. 2020）（引号和括号省略）。

^[87] 同上。

可以肯定的是，法院最近在美国退伍军人协会（American Legion）判决书中颠覆了将“支持检验”（Endorsement Test）作为《第一修正案》中《立教条款》的教条。^[88]而禁止（表态）不支持宗教通常与“支持检验”中关于禁止（表态）支持宗教紧密关联。^[89]（《第一修正案》的《立教条款》指出，为确保宗教自由，政府行为不得参杂和表明对宗教支持或不支持的态度。在1984年的《林奇诉唐纳利案》（Lynch v. Donnelly）中提出的“支持检验”标准是：特定的政府行为是否构成对宗教的认可。如构成，则该政府行为无效。）^[90]尽管如此，即使是美国退伍军人协会也谴责了“故意不尊重少数宗教信仰成员”的政府言论。^[91]

无论如何，即使这种裁定不违宪，基于上述原因，我认为最好避免这种做法。美国的宗教豁免法通常避免谈及南方浸信会、穆斯林或犹太教社区的特性，而是把重点放在申诉人的个人信仰上，不对整个群体一概而论。^[92]

这里一个显著的例外是《威斯康星州诉约德案》（Wisconsin v. Yoder），法院在该案中豁免了阿米什教徒父母必须送所有孩子上学至十六岁的要求，部分原因是基于“证据表明，阿米什教徒在守法和普遍自给自足方面有着优秀的记录”，以及“阿米什社区在我们的社会是一个非常成功的社会单元。”^[93]但这一特征在《约德案》中受到了批评，^[94]我认为这种批评是有道理的。

四、为偏袒寻求匿名者，以牺牲同宗教者的知情权为代价

基于担心同宗教者的可能做出的反应而允许使用化名本身对同宗教者来说也有失公正。首先，这可能在宗教团体内部关于应谴责哪些行为和不应谴责哪些行为的争议中偏袒一方。其次，这可能会削弱同教信徒监督在其社区内运作的世俗机构（如法院）的能力。

（一）其他社区成员的宗教利益

^[88] 《美国退伍军人协会诉美国人道主义者协会》（American Legion v. American Humanist Ass'n），139 S. Ct. 2067（2019）。

^[89] 参见，例如《阿勒格尼县诉美国公民自由联盟案》（County of Allegheny v. ACLU），492 U.S. 573, 620（1989）。

^[90] 译者注

^[91] 139 S. Ct. 第2089页。

^[92] 《托马斯诉审查委员会案》（Thomas v. Review Bd.），450 U.S. 707, 715（1981）。

^[93] 406 U.S. 205, 212-13（1972）。

^[94] 参见，例如 Peter J. Riga, *Yoder and Free Exercise*, 6 JOURNAL OF LAW AND EDUCATION 449, 466（1977）（“法院在《约德案》中的所作所为危险地接近于对信仰的审查，而这种审查本身就是对自由行使的侵犯”）；Mark Tushnet, *Of Church and State and the Supreme Court: Kurland Revisited*, 1989 SUPREME COURT REVIEW 373, 382（“将[约德案]解读为阿米什人的主张获胜是因为他们是‘好’宗教，这并不不公平”）；Lisa Biedrzycki, “Conformed to This World”: A Challenge to the Continued Justification of the Wisconsin v. Yoder Education Exception in a Changed Old Order Amish Society, 79 TEMPLE LAW REVIEW 249, 267-68（2006）（在《威斯康星州诉约德案》中，法官指责阿米什人依赖于“神圣的刻板印象”）；Nicholas J. Nelson, *A Textual Approach to Harmonizing Sherbert and Smith on Free Exercise Accommodations*, 83 NOTRE DAME LAW REVIEW 801, 811-12（2008）（“《约德案》法院极其清晰地表述了它的功能。其功能在于，它能够作为政府对于特定宗教信仰批准与否的官方认证。……法院甚至暗示，它不会对它认为不那么吸引人的宗教观点如此仁慈”）；James M. Oleske, Jr., *Free Exercise (Dis)honesty*, 2019 WISCONSIN LAW REVIEW 689, 717-18（2019）。

假设宗教社区的一些成员承认，社区内以特定方式行事的成员理应受到社区的羞辱。那么，这些成员认为这种羞辱是他们的宗教生活中一个重要且有价值的特征，而且也是他们行使《第一修正案》权利的一部分。^[95]

他们可能会称：我们认为，艳舞、婚前性行为、观看色情作品、将纠纷带到外人面前（东正犹太人通常将其列入“恶舌（lashon hara）”的范畴^[96]）、酗酒、赌博或借贷利息等行为，是违反神明的旨意的。我们阻止违反这些规范的方法之一是威胁人们会对违反者进行社会羞辱——就像许多世俗机构对他们认为的不道德行为（如种族主义、性别歧视或对同性恋的敌意）进行社会羞辱的威胁一样。这种威胁有助于鼓励成员坚持走正轨，保护人们免受偏离正轨的伤害。同时，这种羞辱也是提醒社区成员遵守这些规范的教学时机。^[97]

有人以无名氏的身份提起诉讼（举个化名诉讼的例子），现在他声称自己是我们社区的成员，且我们社区谴责有息借贷等行为。正因为如此，他想就此类借贷提起化名诉讼，这样我们——他的社区成员——就无法知情他的行为。通常来说，他无权在这种情况下化名起诉^[98]，但在这里，他寻求匿名的原因恰恰是因为害怕被我们的社区贴上罪人的标签。然而，通过隐瞒他的身份，您故意拒绝向我们提供信息，因为您认为我们会不正当地使用这些信息来羞辱他犯下的宗教上的过错，并可能因此丧失对他的信任。^[99]您因此偏向了他的偏好（以及您的偏好），而不是我们的偏好。

当然，这些假定的宗教团体成员声称他们不会用某种法律权利去监视其团体所有成员的性行为。例如，他们不会为了查明高利贷者或色情制品购买者的身份而调取所有教友的银行记录。当普通的法律规则在完全不考虑人们宗教社区的情况下提供隐私保护时，社区执行其规范的机制会不可避免地受到阻碍。

然而，根据我所描述的匿名规则，法院在涉及诉讼人自愿行为的案件中（不同于诉讼人作为完全非自愿性侵犯受害者的案件），做出了一个有意的选择：正因为诉讼人违反了其宗教社区的规范，法院才给予诉讼人额外的匿名权，且大多数诉讼人都不具备此种权利。同时，法院拒绝宗教社区获取有关庭审情况的信息——这些信息通常是其他社区在大多数诉讼案

^[95] 参见 *Paul v. Watchtower Bible & Tract Soc'y of N.Y., Inc.*, 819 F.2d 875, 879 (9th Cir. 1987)（基于“自由行使条款”的理由，驳回了关于有组织地“回避”持异见的宗教团体成员关于侵权性精神痛苦的主张）；*Hubbard v. J Message Grp. Corp.*, 325 F. Supp. 3d 1198, 1216, 1217-18, 1221 (D.N.M. 2018)（likewise）。

^[96] 参见前引[39]，注意到有些人将这种行为称为“lashon hara（恶舌）”（尽管这个词的含义更广，不仅仅是将争端诉诸外人）。

^[97] 我预计，这种公开接受羞辱的行为更有可能发生在自愿行为中。据推测，这些群体不太可能明确地为羞辱非自愿的受害者（如强奸受害者）的行为辩护，而且即使真的发生了羞辱受害者的行为，我预计这种行为也极大可能地会被社区领袖否认，而非被公开认可。

^[98] 这就是我使用这种假设的原因：避免在性侵犯等案件中出现的复杂情况。在这些案件中，即使不提及宗教团体的规范，有些法院仍允许使用化名，而另一些法院则不允许。

^[99] 可以肯定的是，这些团体中的许多人不会把这种行为视为逐出教会的理由；他们可能对犯罪但悔改的人持开放态度，尤其是当他们在团体面前悔改时。不过，化名的目的之一就是避免公开忏悔。

件中都能获取的（并且可能非常被重视^[100]）。这种情况同样也适用于将其他类型的记录视为机密的决策，其目的是让人们能够向其同教信徒隐瞒信息。

因此，法院观察到了宗教团体内部正统规范的执行者与反对规范的持异议者之间的分裂。因为法院谴责正统派所持的信仰（或者至少是因为法院认为这些信仰过于激进），法院选择支持异见者而非正统派，并给予异见者特殊的法律待遇。

我并非在此争论《第一修正案》里禁止法院解决“教会问题”的限制（如限制法院对宗教教义进行解释）会使法院不能对社区内部的反应进行此种判定。^[101]当决定一个宗教团体成员是否应该对以特定方式行事的其他成员（或受到特定方式伤害的成员）严厉谴责时，通常不会涉及“对特定教义的解释及这些教义对宗教的重要性”。^[102]相反，这涉及估计特定宗教社区成员持有特定观点的频率，并非这些观点是否与宗教教义一致，或是在他们的宗教里的重要性。同样，因认为正统派过于批判而站边异见者的态度也不一定是基于宗教的判断。

尽管如此，这样的决定确实涉及在宗教事务中“选边站”，通过有意偏向某个宗教小社区的做法来牺牲另一个宗教小社区的利益。^[103]这种偏袒没有应用“中立的法律原则”（即宗教中立的原则）^[104]，而是通过评估特定宗教社区的实际做法。《第一修正案》禁止政府歧视宗教，即使这种歧视是基于行为而非信仰，例如针对那些“向非成员处募集超过百分之五十资金”的宗教团体。^[105]《第一修正案》也禁止政府对宗教团体进行更广义上的歧视。^[106]同样，它一般也禁止政府偏袒宗教异见者而非宗教正统派，或因宗教团体的信仰体系更具批判性或因其使用羞辱作为制裁手段而对其区别对待。即使这种做法在宪法上是可行的，在我看来也是世俗法律体系应避免的。

（二）其他社区成员的政治利益

^[100] 参见前引[2]，Volokh 文，第 1369–70 页（引用了许多强调公众有权获取关于谁在使用法院的信息的案例）。

^[101] 参见，例如 *Presbyterian Church in U.S. v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church*, 393 U.S. 440, 445–51（1969）。

^[102] 同上，第 450 页。

^[103] 参见 *Commack Self-Serv. Kosher Meats, Inc. v. Weiss*, 294 F.3d 415, 425（2d Cir. 2002）（得出结论认为，旨在防止将食品错误标示为犹太食品的法律不适当地偏向了东正教犹太人对犹太食品的理解，因此“在宗教问题上偏袒一方，实际上是对东正教希伯来人饮食要求观念的歧视”）；同上，第 426 页（因此，“由于受到质疑的法律将‘犹太洁食’解释为一个分支，（即东正教犹太教）观点的同义词，国家选择与犹太教内部争论中的一方保持了一致。而这是不允许的”）。*Pleasant Glade Assembly of God v. Schubert*, 264 S.W.3d 1, 2, 13（Tex. 2008）（在该案中，教会成员对原告“按手”作为驱魔的一种手段，并得出结论认为，“虽然为本案中真实但出于宗教动机的精神痛苦提供了补救措施，但此种措施要求我们在本质上属于宗教争议的问题上偏袒一方。因此，我们不能解决这一争议”）。

^[104] 参见，例如 *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595, 599–602（1979）。（赞同以“中立原则”处理宗教团体不同成员之间的教会财产纠纷）。

^[105] *Larson v. Valente*, 456 U.S. 228, 230, 244, 246–47（1982）（得出的结论是，划定这样一条界限的规则“显然偏向于我们的先例中一贯坚决反对的那种教派”）。

^[106] *Carson v. Makin*, 142 S. Ct. 1987, 1997（2022）（认为将宗教机构排除在一般可用的资助计划之外通常是违宪的）。

使用化名或匿名不仅影响除当事人外其他社区成员的宗教利益，还影响他们的政治利益：他们有权监督社区内发生的事情，不仅更好地了解其宗教教派成员的行为，还包括政府的运作过程。

例如，请考虑诉讼中的化名问题。公众获取政府记录的权利通常被表述为“监督和监控司法部门运作的权利”。^[107]确实，如上所述，获取法院记录的权利^[108]——在许多法院看来，包括获取当事人姓名的权利——是一种“明确而强烈的《第一修正案》利益”。^[109]

事实上，如果社区成员起诉社区领袖或社区机构，^[110]其他成员可能尤其希望有权监督司法系统，以确保被告受到公平对待。法院称，“如果重要的司法判决是闭门作出的，支持法院判决的记录也不为公众所知。那么即便以结论性的言语向公众宣布，公众对司法机构的信心也无法长久维持。”^[111]这一点对于少数宗教社区对世俗司法的信心尤为重要，因为许多少数宗教和教派可能有特殊的历史原因，对主流法律系统持怀疑态度。^[112]

当然，原告可能会担心其同宗教信徒会因提起诉讼而对其产生怨恨，并疏远他或拒绝与他做生意。但这是许多原告，甚至是宗教团体以外的原告普遍存在的担忧。因此，这种担忧通常被认为不足以证明使用化名的合理性，所以也不会对公众监督法院的《第一修正案》法益产生干扰。^[113]

的确，当允许原告以化名起诉社区成员（这是我所描述的诉讼中一个不可忽视的子集）时，化名使用可能会对社区造成严重损害，甚至超越对不当行为的指控本身所造成的损害。

假设一个值得信赖的机构或个人被点名起诉。那么社区成员听到指控自然会感到不安。但由于指控者没有透露姓名，社区成员则尤其难以判断该指控的可信度。

也许最终民事司法系统会得出一个结果，但这可能需要多年时间，且结果可能不会完全解决指控，例如因程序性原因被驳回或达成和解。此外，社区可能在任何情况下都不会相信民事司法系统的结果。

如果法院在允许使用化名的同时，对被告方发布明示或暗示的禁言令，例如要求被告起诉的宗教机构或宗教领袖“不得公开指认原告”，不仅是在“法院文件中”，还包括“任何其他情况下”，那么此禁令将对宗教社区产生尤为严重的影响。^[114]因为这样一来，该机构或领袖将被禁止与宗教社区的其他成员沟通，并回应那些已经公开的指控。

^[107] *Doe v. Public Citizen*, 749 F.3d 246, 263 (4th Cir. 2014).

^[108] 参见，例如 *Maloney v. Murphy*, 984 F.3d 50, 64 (D.C. Cir. 2020).

^[109] *Doe v. Stegall*, 653 F.2d 180, 185 (5th Cir. 1981); 另见 *Public Citizen*, 749 F.3d at 273.

^[110] 参见，例如前引[14]及相关文本。

^[111] *Public Citizen*, 749 F. 3d at 263（正面引用 *United States v. Cianfrani*, 573 F. 2d 835, 851（3d Cir. 1978））；另见 *Doe v. Del Rio*, 241 F.R.D. 154, 156–57（S.D.N.Y. 2006）（特别就假名问题赞同这一观点）；*Boggs v. United States*, 143 Fed. Cl. 508, 518（2019）（likewise）；*T.S.R. v. J.C.*, 288 N.J. Super. 48, 60（App. Div. 1996）（likewise）。

^[112] 我说“和教派”意味说明这同样适用于基督教少数派，而非仅仅是犹太人、穆斯林和其他少数派宗教。

^[113] 参见，例如前引[2]，Volokh 文，第 1420–23 页。

^[114] *Doe v. Dordt Univ.*, No. 5:19-cv-04082-CJW-KEM, at 2 (N.D. Iowa Mar. 3, 2020).

即使在不涉及社区内部争端的案件中，公众获取法院记录的权利也包括了解各政府机构。如获取法院或公共许可系统内情况的权利，和具体是谁在哪些事情中做了什么：“诉讼是公开事件，公众有权了解其中涉及的事实，其中包括当事人的身份。”^[115]“公众有权知道谁在使用他们的法院。”^[116]“化名诉讼违背了公众拥有公开司法程序的权利，以及了解谁在使用由公共税收资助的法院设施和程序的权利。”^[117]“法院是一个公共机构，公众有权监督并了解谁在寻求公共法院的救济。”^[118]因此，每个人都有权主张获取法院记录的权利，反对封存或使用化名，^[119]尽管在某些情况下法院确实会承认这一权利的例外情况。

因此，如果有人提起民事诉讼，声称自己因醉酒而被错误地解雇或逮捕，公众通常有权查阅诉讼文件和原告的姓名。当地记者可能会在当地报纸上撰写一篇报道，如果原告在社区中具有一定的地位——如医生、律师、教师或其他类似人员，会使可能性更高。其他社区成员则可以根据这些信息判定他们是否应该减少对原告的信任。同样、如果诉讼当事人起诉的是一个受人尊敬的社区机构，社区成员也可以将此纳入对该当事人品格的个人判断。

假设法院因为原告属于一个谴责饮酒的宗教社区为由允许其化名起诉，或者因为原告起诉的是一个受尊敬的宗教机构，且宗教社区可能会谴责将其丑事暴露给外人。此时，该社区内报纸的记者将无法撰写同样类型的报道，因为原告的身份不会被披露（其他报纸的记者也无法撰写这样的报道，但他们可能对该社区内部的案件不感兴趣）。社区成员将无法使用有关诉讼的信息来更新他们对原告判断。而且，与其他宗教社区的诉讼当事人相比，这样的法律系统对他们而言是透明度较低的。

此外，剥夺宗教社区成员获取这些信息的权利正是保持化名的原因之一：毕竟，其理论基础是原告应该能够在不面临该社区内污名化的情况下进行诉讼（假定法律系统认为这种污名化是过度或不公平的）。但同样，这样做意味着世俗法律系统在支持原告，反对他的同宗教信徒。

我提到的其他匿名情况也会产生类似的影响。社区报纸的记者通常可以就新的酒牌申请或当地政治活动的捐款情况写一篇信息量相当大的报道，但允许害怕受到宗教界指责的人使用化名将会阻碍这一点。宗教社区报纸的记者可能会被拒绝知情谁拥有了新酒吧或酒类专卖店，或谁在持续资助对宗教社区具有重要意义的当地竞选活动。

^[115] Doe v. U.S. Dep’t of Just., 93 F.R.D. 483, 484 (D. Colo. 1982) (正面引用 Doe v. Deschamps, 64 F.R.D. 652, 653 (D. Mont. 1974))；另见 A.B.C. v. XYZ Corp., 282 N.J. Super. 494, 502 (App. Div. 1995)；Doe v. Frank, 951 F.2d 320, 322 (11th Cir. 1992)；United States v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1448, 1463 (D.C. Cir. 1995)；关于封存档案，971 F.3d 324, 326 (D.C. Cir. 2020)。

^[116] Doe v. Blue Cross & Blue Shield United of Wis., 112 F. 3d 869, 872 (7th Cir. 1997)；另见 United States v. Pilcher, 950 F.3d 39 (2d Cir. 2020) (正面引用 Blue Cross favorably)；Doe v. Megless, 654 F.3d 404, 408 (3d Cir. 2011) (同上)；United States v. Stoterau, 524 F.3d 988, 1013 (9th Cir. 2008) (同上)；关于封存档案，971 F.3d 324 (D.C. Cir. 2020) (同上)。

^[117] Doe v. Village of Deerfield, 819 F.3d 372, 377 (7th Cir. 2016).

^[118] Gibson v. Pfizer, Inc., No. 3:20-cv-03870, at 2 (N.D. Cal. Oct. 28, 2020).

^[119] 参见，例如 Doe v. Public Citizen, 749 F.3d 246, 259, 261 (4th Cir. 2014).

所有这一切都表明，允许特定宗教团体成员使用化名可能将违反《德克萨斯月刊诉布洛克》（*Texas Monthly v. Bullock*）的主要原则，该案以《立教条款》为由推翻了向宗教作品免征销售税的规定。这份由三位大法官撰写的意见书（布伦南大法官（Justice Brennan）撰写，马歇尔大法官（Justices Marshall）和史蒂文斯大法官（Justice Stevens）随后加入编写）强调，免税不是一种被允许的对宗教的宽容，因为它“给非受益人造成了明显的负担”^[120]，“增加了他们的税费，无论增加多少，都无法抵消宗教出版物订阅者所获得的利益”。^[121]

在这种情况下，豁免也会以上述方式对第三方造成负担：它剥夺了第三方，特别是与豁免人同属社区的成员原本可以获取信息的权利。这些信息可能对他们的社区宗教和政治生活非常重要。确实，鉴于一些法院将公众获取诉讼当事人身份信息的权利视为《第一修正案》的权益^[122]，因此豁免削弱第三方的宪法权利。

当然，将这一情况与《德克萨斯月刊诉布洛克》（*Texas Monthly v. Bullock*）进行类比并不完全恰当；《德克萨斯月刊案》中的一致意见更是差距较大，因为他们强调了税收豁免对“宗教信息传播的优先支持”^[123]，这是这里所缺少的元素。尽管如此，核心观点依然存在，无论是作为建立条款的论据，还是至少作为一种政策论据：某些宗教观察者（或至少某些宗教社区成员的家属）所获得的利益，是以牺牲其他宗教者的信息获取权利为代价的。

结论

那么答案是什么呢？当某人在诉讼、许可证申请或是公共记录请求中申请匿名，法院是否应该特别关注这可能在该人的宗教社区内造成的污名化，并将其作为支持匿名的一个因素呢？

出于上述原因，我倾向于说“不”。保护当事人免受宗教团体的污名化本身就可能不公平地污名化该团体。有时，这还可能涉及世俗机构在正统派和持异见者之间选边站队。

即使某个社区仅仅因为强奸受害者成为受害者而对其污名化，认为受害者是如此可鄙——这样不利于强奸相关法律法规的执行——以至于法院确实需考虑这种污名化，我仍疑虑法院是否应该将这种判断扩展到社区不赞同个人自愿行为的情况（如婚前性行为、婚外性行为、使用避孕措施、起诉同社区成员、饮酒、赌博等）。世俗法律系统不反对这些行为，或者仅轻微反对这些行为，不应成为其采取措施剥夺宗教社区正常公开信息的理由。

无论读者是否同意我的观点，我都希望上述分析能够帮助法院和学者更全面地分析这些问题，并认识到这里所涉及的利益：不仅是诉讼当事人的利益，也是宗教团体的利益。我

^[120] 489 U.S. 1, 15 (1989) (lead opin.).

^[121] 同上，第 18 n.8 页。

^[122] 参见前引[8]。

^[123] 同上，第 28 页（Blackmun 大法官与 O'Connor 大法官一同赞同判决）；另见同上，第 25-26 页（White 大法官同意判决）。

也希望这能为世俗法律体系是否以及何时应该保护宗教团体成员免受其团体成员反应的影响这一更广泛的讨论带来启发。^[124]

^[124] 引用此文章：Voloikh, Eugene. 2023. “Protecting People from Their Own Religious Communities: Jane Doe in Church and State.” *Journal of Law and Religion* 38, no. 3: 354–375. <https://doi.org/10.1017/jlr.2023.33>.

Abstracts and Tables of Contents

Nature, Deterrence, and Law: The Core Social Logic of “The Three-Body Problem” and a Philosophical Dialogue

Gong Cheng*

Abstract: Following the success of Liu Cixin’s *The Three-Body Problem* series, relevant discussions in humanities and social sciences have more or less revolved around the concept of deterrence and its jurisprudential basis. The fundamental view and operational logic depicted in the series, spanning from human society to the cosmic society, create a macro and multidimensional reflection of numerous related issues, posing an objective challenge to traditional humanities. Nature, deterrence, and law constitute a set of conceptually intertwined constructs with profound internal relationships, which can be interpreted as the foundational logic governing the universe in a broad sense within the novel’s context. Furthermore, they offer insights into the inherent evolution and transformation of these concepts within modern societal thought. Comparing relevant topics in the theories of Hobbes and Kant, and their respective influences on the author’s creative endeavors, can provide perspectives for a more multifaceted exploration.

Keywords: *Three Body Problem*; Deterrence; Nature; Law; *Leviathan*; Kantian Philosophy

* Shanghai Social Science Development Research Center (Academic Monthly Magazine), China.

Table of Contents

I.	The Dark Forest Theory: The Natural State on the Scale of the Universe and Civilization?.....	3
A.	Similarities and Differences between the Dark Forest and the Natural State	3
B.	Nature, Deterrence, and Law	5
II.	Kant’s Reason and Law	8
A.	Reason, Nature, and Infinity	8
B.	Reason and Freedom.....	11
C.	Respect and Fin	14
III.	Summary.....	16

Robots in the Courtroom: Implications of Humanoid Robots Testifying in Court for Mitigating the Difficulty of Witnesses Appearing in Court

Shilun Zhou*

Abstract: The real-time interactivity and autonomy of chatbot technology enable humanoid robots to appear in court and respond to judges' inquiries. Nevertheless, the unpredictability and uncertain reliability of their statements raise the question of whether judges can accept the humanoid robot testimony in the same way as that of a human witness. If humanoid robots were allowed to testify in place of human witnesses, it would appear to significantly reduce the difficulty of securing witness attendance in court proceedings. However, according to the theory of virtue jurisprudence, humanoid robots are incapable of establishing social relationships or assuming legal responsibility. As a result, judges cannot derive justified beliefs from the statements generated by humanoid robot. Any judicial assertions based on such statements would lack justification. Moreover, since humans responsible for the humanoid robot cannot predict the content of the judge's inquiries or the robot's responses, requiring humanoid robots to testify may indirectly motivate those humans to appear in court themselves, mitigating the persistent challenge of securing witness attendance in court.

Keywords: Humanoid Robots; Generative Artificial Intelligence; Virtue Jurisprudence; Witness Testimony; Witness Testifying System

* University of Edinburgh, UK.

Table of Contents

I.	Statement of the Question: Whether Humanoid Robots can Replace Human Witnesses in the Courtroom.....	20
A.	The Testifying Ai-Da Robot	20
B.	The Dilemma of Chinese Witnesses Testifying in Court.....	21
II.	Humanoid Robot Testimony Like Human Testimony	22
A.	Characteristics of Chatbot Technology	23
B.	Plausible Humanoid Robot Statements	24
III.	The Adoption of Humanoid Robot Statements Like the Adoption of Human Witness Testimony Deviates From the Tenets of Virtue Jurisprudence	24
A.	The Justification Requirement for Judges to Make Assertions Based on Virtue Jurisprudence.....	25
B.	The Dilemma of Constructing Social Relationships Between Humanoid Robots and Humans	26
C.	The Dilemma of Legal Responsibility of Artificial Intelligence	27
IV.	Humanoid Robots to Testify in Court to Prompt Human Witnesses to Testify in Court	28
A.	Corroboration of Humanoid Robot Statement by Human Testimony	28
B.	Institutional Guarantees for Necessary Witnesses to Testify in Court in China.....	29
V.	Conclusion	30

Research on Security Exceptions Clauses in International Investment Treaties

Yujie Chen^{*}

Abstract: The security exception clauses in international investment agreements, as a special expression of the exception rule in the treaty, are a necessary attribute of national sovereignty and have the dual significance of macro-flexibility and micro-balancing. In recent years, due to the particular importance attached by each country to its own national security and the increasing popularization of the concept of national security, security exception clauses have appeared in an increasing trend in international investment agreements and judicial cases. Nevertheless, such clauses are suspected of abuse both in stipulation and application. By summarizing the provisions of safety exception clauses in the texts of international investment agreements by China and other countries, it is believed that there is room for improvement in the setting, number, and content of the clause. Proposing targeted solutions will contribute to the sound development of the application of security exceptions in the field of international investment in China.

Keywords: International Investment Agreements; Provision of Security Exception; China's BITs

^{*} East China University of Political Science and Law, China.

Table of Contents

I.	Overview of Security Exceptions Clauses in International Investment Agreements	34
A.	Definition of the Concept of Security Exception Clauses.....	34
B.	Historical Background of Security Exception Clauses	35
II.	Specific Provisions on Security Exceptions Clauses in International Investment Agreements	36
A.	Typical Composition of security exception clauses in International Investment Agreements.....	36
B.	The Specificity of Security Exception Clauses in International Investment Agreements.....	37
III.	Problems and Obstacles to Security Exception Clauses in International Investment Agreements	38
A.	Security exception clauses run counter to the notion of Transparency Principle	38
B.	Lack of Impartiality and Harmonized Criteria for Review of Security Exceptions Clauses by Dispute Settlement Bodies	39
C.	Generalization of the Provisions and Application of Security Exceptions Clauses	40
IV.	Problems and Suggestions for Improvement of the Security Exception Clauses in China's BITs	42
A.	Problems of The Security Exception Clauses in China's BIT.....	42
B.	Suggestions for Improving the Security Exception Clauses in China's BITs...	44
V.	Conclusion	44

Rethinking and Progression of the Adult Guardianship Paradigm: from Substitute Decision-Making to Assisted Decision-Making

Ke Deng*

Abstract: Substitution decision and assistance decision are the two classic paradigms of adult guardianship. Article 22 of the Civil Code points out the position of applying partial guardianship to adult wards based on the integration of Article 47 of the former Contract Law. Article 35, paragraph 3, of the same law expresses the new concept of guardianship in a textual sense, which is “based on independence, supplemented by safeguards and assistance”. Both articles make it clear that adult guardianship is not full guardianship, but there is a dispute as to whether it should be primarily independent and assisted guardianship or non-independent and substituted guardianship. The understanding of the adult guardianship paradigm should be based on the systematic interpretation of Chapter 2 of the General Provisions of the Civil Code, and the direct interpretation of Article 35(3) as assisted guardianship lacks the value support of other articles. This paper will start from the argumentation of the Civil Code’s legislative technology for the guardianship model and the paradigm it adopts, analyze the problems of the adult guardianship system under the substitute decision, such as the ill-defined scope, the re-marginalization of the elderly, and the emphasis on property rather than human beings, etc., and then finally, through the expansive interpretation of Articles 22 and 33, achieve the unity of the value concepts and scope of exercise with Article 35, paragraph 3, and construct the space of the law for the transformation of the assisted decision.

Keywords: Assisted Decision-Making; Civil Capacity; Adult Guardianship

* School of Civil and Commercial Law, Southwest University of Political Science and Law, China.

Table of Contents

I.	Reality: the Civil Code’s Guardianship Model is a Substitute Decision	47
A.	A Contradiction Between Articles 22 and 35(3) of the Civil Code.....	47
B.	Neither Article 22 nor Article 35(3) can Prove the Existence of the Paradigm of Assisted Decision-Making.....	47
C.	The Civil Code's Adoption of “Capacity - Guardianship - Legal Representation” is a Typical Substitute Decision-Making Paradigm	48
II.	Reflection: Theoretical Loopholes and Technical Flaws of the Substitute Decision Paradigm in the Field of Adult Guardianship	48
A.	No Correlation Between the Guardianship System and the Capacity System	48
B.	The Value of the Capacity System in Practice is not Adaptive	49
C.	Unipolarity in Maximizing the Interests of the Parties	50
III.	The Way Forward: Resolving the Contradictory Expressions of Article 35(3) and Article 22.....	50
A.	Institutional Concept and Institutional Planning of Decision to Assist.....	50
B.	Utilizing the Civil Code to Construct the Decision of Assistance	52
IV.	Conclusion	54

Reorganizing NATO: Europe's Last Chance to Preserve Fundamental Rights

Bruce Ackerman; trans., by Sun Yizhe*

* Bruce Ackerman, Yale University, US; Sun Yizhe, University of Rochester, US.

Trump's Supreme Court Justices Must Kick Him off the Ballot

Bruce Ackerman; trans., by Tianyi Cao *

* Bruce Ackerman, Yale University, US; Tianyi Cao, Brandeis University, US.

The Path Not Taken in Trump's Immunity Case

Bruce Ackerman; trans., by Feifan Hu^{*}

^{*} Bruce Ackerman, Yale University, US; Feifan Hu, School of International Finance and Law, East China University of Political Science and Law, China.

The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy

Ryan Calo & Danielle Keats Citron; trans., by Bohan Hou & Yuxuan Xiong*

Abstract: The legitimacy of the administrative state is premised on our faith in agency expertise. Despite their extra-constitutional structure, administrative agencies have been on firm footing for a long time in reverence to their critical role in governing a complex, evolving society. They are delegated enormous power because they respond expertly and nimbly to evolving conditions. In recent decades, state and federal agencies have embraced a novel mode of operation: automation. Agencies rely more and more on software and algorithms in carrying out their delegated responsibilities. The automated administrative state, however, is demonstrably riddled with concerns. Legal challenges regarding the denial of benefits and rights—from travel to disability—have revealed a pernicious pattern of bizarre and unintelligible outcomes. Scholarship to date has explored the pitfalls of automation with a particular frame, asking how we might ensure that automation honors existing legal commitments such as due process. Missing from the conversation are broader, structural critiques of the legitimacy of agencies that automate. Automation abdicates the expertise and nimbleness that justify the administrative state, undermining the very case for the existence and authority of agencies. Yet the answer is not to deny agencies access to technology that other twenty-first century institutions rely upon. This Article points toward a positive vision of the administrative state that adopts tools only when they enhance, rather than undermine, the underpinnings of agency legitimacy.

Keywords: Administrative State; Algorithmic Governance; Institutional Legitimacy; Automated System

* Ryan Calo, Lane Powell and D. Wayne Gittinger Professor of Law; Professor (by courtesy), Allen School for Computer Science and Engineering; and Professor (by courtesy), Information School, University of Washington, US; Danielle Keats Citron, Jefferson Scholars Foundation Schenck Distinguished Professor of Law, University of Virginia Law School; Vice President, Cyber Civil Rights Initiative; and 2019 MacArthur Fellow, US; Bohan Hou, Johns Hopkins Center for Language and Speech Processing, Johns Hopkins University, US; Yuxuan Xiong, Department of Economic, University of California Los Angeles, US.

Table of Contents

Introduction	70
I. Replacing Values Compromised.....	74
II. Justifying The Administrative State	78
A. Responding to Agency Skepticism: Governance in a Complex	78
B. Deference to Algorithms?	81
III. The Looming Legitimacy Crisis	83
A. Lessons from Litigation	83
B. Undermining Functionalism	93
IV. Toward a New Vision of The Administrative State	95
Conclusion	101

Dam(n) Displacement: Compensation, Resettlement, and Indigeneity

Stephen R. Munzer; trans., by You Zhang*

Abstract: Hydroelectric dams produce electricity, provide flood control, and improve agricultural irrigation. But the building and operation of these dams frequently involve forced displacement of local communities. Displacement often has an outsized impact on indigenous persons, who are disproportionately poor, repressed, and politically marginalized. One can limit these adverse effects in various ways: (1) taking seriously the ethics of dam-induced development, (2) rooting out corruption, (3) paying compensation at or near the beginning of dam projects, (4) using land-for-land exchanges, (5) disbursing resettlement funds as needed until displaced persons are firmly established in their new locations, and (6) having entities that loan money to foreign governments for power dams insist that a percentage of the loan be sequestered to cover compensation and resettlement costs. This sextet of sensible measures must, however, be applied to highly different countries and indigenous persons. This application will be unsuccessful unless these measures fit the local situations on the ground. This Article shows how one can succeed in two quite different countries--China and Guatemala--in which past efforts have proved inadequate. Maya Achi displaced by the Chixoy Dam in Guatemala are an "indigenous people" under any traditional definition. Ethnic minorities displaced by dams in China are not traditional indigenous peoples because historical narratives of outsider conquest and colonization do not apply to them. They are, however, indigenous ethnic minorities. The Han Chinese supermajority dominates, represses, and discriminates against them. China ought to treat them in basically the same way that other countries ought to treat their indigenous peoples.

Keywords: Dam Displacement; Compensation; Resettlement; Indigeneity

* Stephen R. Munzer, UCLA School of Law, US; You Zhang, KoGuan School of Law, Shanghai Jiao Tong University. China.

Table of Contents

Introduction	106
I. Development and Indigeneity	110
A. Development	111
B. Indigeneity	112
II. Dam Building in China: Problems of Resettlement and Compensation	118
A. Resettlement, Compensation, and the Law	119
B. The Three Gorges Dam Project in Hubei Province	122
C. Dam Projects in Yunnan Province	124
D. Attempted Reforms	128
E. China's Challenges	130
F. Addressing China's Challenges	131
G. Displacement, Resilience, and the Ethics of DamBuilding	135
III. The Chixoy Dam and the Fate of Maya Achi in	137
A. Historical Context	137
B. Maya Achi Then and Now	141
C. Migration Patterns	148
D. Congress, the Executive Branch, and the World Bank	153
E. Ethics of Development	160
Conclusion	161

Protecting People from Their Own Religious Communities: Jane Doe in Church and State

Eugene Volokh; trans., by Jingfan Xiao*

Abstract: Suppose that people seek confidentiality in what would otherwise be a public process—such as litigating or applying for a firearms license—because they are afraid that publicly identifying them will stigmatize them in their (or their families’) religious communities. Should the law allow them to proceed anonymously to better protect their interests and to avoid discouraging their lawsuits or applications? Or would that unduly stigmatize the religious community by branding it as improperly censorious or judgmental—or interfere with religious community members’ ability to evaluate for themselves how their coreligionists are using the courts and other government processes?

Keywords: Privacy; Civil Procedure; Public Records; Anonymity; Pseudonymity

* Eugene Volokh, UCLA School of Law, US; Jingfan Xiao, Cornell University, US.

Table of Contents

Introduction	165
I. Disclosure Rules and Stigma-Based Exemptions.....	167
A. Requiring Plaintiffs to Name Themselves.....	167
B. Allowing Subpoenas Used to Identify Defendants	172
C. Disclosing Information about Political Contributions and Political Petition Signatures	173
D. Disclosing Public Records	174
II. Distinguishing Debates about More Familiar Religious Exemptions	175
A. Not Like Exemptions from Laws That Require Violation of Religious Beliefs	175
B. Not Like Categorical Exemptions That Create “Unyielding” Restraints on Secular Interests	176
C. Not Like Requests for Religion-Neutral Application of Generally Applicable Rules.....	177
III. Judicial Evaluation of the Qualities of a Religious Community.....	177
IV. Favoring Those Who Want Anonymity at the Expense of Coreligionists Who Want to Know	180
A. Other Community Members’ Religious Interests	180
B. Other Community Members’ Political Interests	182
Conclusion	185

Editorial Board

Editor-in-Chief: **Ge Zheng**

Editorial Team

You Zhang, Yan Pan, Shuai Wei, Zixuan Wu, Liu Ben

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.

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: September 9, 2024

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

