

第三卷 第二期 | Volume 3, Issue 2

SUMMER 2025 七月

# 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

编辑：张由、潘燕、魏帅

《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：2025 年 9 月 25 日

投稿平台：<https://clj.scholasticahq.com/>

官网：<https://www.clj.ac/>

邮箱：[info@clj.ac](mailto: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](mailto:info@jeunesse.ac)

## 总目录

个人信息利用的知情同意：从“静态”到“动态” .....	1
吴宛蓉	
美国财产法中的社会义务规范.....	26
格雷戈里·亚历山大 著；吴昊阳 译	
论财产.....	85
劳拉·安德库夫勒 著；仇怡然 译	
消费管辖：国际经济法中的生产与消费.....	105
蒂莫西·迈耶 著；唐轩林 译	
设备软件功能上市前申报的内容（行业和食品药品管理局工作人员指南） .....	158
美国食品药品监督管理局 著；李易骏，邹晓莉，张添艾 译	
Abstracts and Tables of Contents.....	194

本页留白

# 个人信息利用的知情同意：从“静态”到“动态”

吴宛蓉\*

**摘要：**知情同意是个人信息保护法的基本规则，但在实际应用中逐渐暴露出形式化、静态化和滥用等问题，导致用户的知情权与控制权难以实现。以吴某某诉上海某信息公司个人信息保护纠纷案为例，可见现行知情同意规则对用户权利保障的局限性。在此基础上，应借鉴域外相关规则，主张知情同意规则应从“静态”走向“动态”，提出显著提示机制、动态控制机制与退出机制等制度改造建议，通过提升用户的知情水平、动态参与能力和退出保护路径，以增强用户对个人信息全生命周期的掌控力，推动个人信息保护法的实效性，实现对知情同意规则的优化与超越。

**关键词：**个人信息保护；知情同意；显著提示；动态控制；退出机制

---

\* 吴宛蓉，复旦大学。

## 目 录

一、案例引入与问题提出.....	3
二、个人信息权的保护理论基础.....	3
(一) 讨论范围的明确.....	4
(二) 制度改造的理论必要性.....	5
三、现行制度的困境：静态知情同意规则的异化、滥用和局限.....	6
(一) 静态同意的“知情”形式化：知情权的名存实亡.....	7
(二) 静态同意的结构压迫：选择自由的程序性缺失.....	8
(三) 静态同意的路径依赖：后续控制的制度真空.....	9
(四) 静态同意的制度滥用：责任转嫁与合规幻象.....	10
四、制度改造路径：知情同意规则优化与延伸.....	11
(一) 知情同意规则的重新认识：从合法性依据走向动态治理基石.....	11
(二) 显著提示机制：动态治理的入口设计.....	14
(三) 动态控制机制：自然人对信息全过程管理的参与权.....	16
(四) 退出机制：撤回与删除的后端保护.....	18
五、结论与展望.....	24

## 一、案例引入与问题提出

吴某某诉上海某信息服务公司个人信息保护纠纷案<sup>[1]</sup>（以下简称“吴某某案”）揭示了个人信息处理活动中用户权益保护的现实困境，暴露了传统的知情同意模式已难以满足信息保护需求，亟待从“静态”向“动态”转型。案情简述如下：某电商购物平台经营者、某付费通公司在吴某某在未被充分告知的情况下披露并处理其个人敏感信息。具体而言，吴某某的身份信息在未经其知情同意、明确授权的情况下，被传递至第三方支付机构用于银行卡验证功能。法院经审理认为，被告在隐私协议中未明确告知用户信息共享的具体路径与用途，其行为既违反了《个人信息保护法》关于知情同意的规定，也未充分履行信息处理的合法性义务。最终裁判认定：电商平台与该付费公司对吴某某个人信息的处理行为缺乏合法性基础，侵害了吴某某的个人信息权益；因此支持原告的诉请，判令被告公开致歉并承担相应的损害赔偿责任。

“吴某某案”的关键问题在于，平台未显著提示信息流转路径，用户在不充分知情的情况下被“同意”，信息最终被传递至第三方。该案反映了在个人信息处理活动中，用户的知情权与控制权遭遇削弱的核心困境；也暴露出现行知情同意规则在信息流通处理场景中的适用局限性。这引发了以下问题的深入思考：

（1）现行的知情同意规则是否已异化为一种形式化工具，难以满足用户对信息控制的实际需求？亦即，用户在信息处理中如何沦为“被动同意者”，在伪知情同意（不真正理解信息使用方式）的情况下作出授权？

（2）如何在现行法律框架下弥补知情同意规则的不足，确保用户知情权、控制权和退出权在动态信息流转场景下得以实现？亦即，在数字环境下，如何优化信息收集、共享和流转方式，使用户能够可持续行使个人信息权的控制，以确保个人信息权益的落地？

本文将结合“吴某某案”入手，并且从现行《个人信息保护法》出发，重点探讨知情同意规则的现行局限与制度完善路径。本文主张通过显著提示、动态控制和退出机制等构建，优化知情同意规则从“静态授权”向“动态控制”转型，以期解决上述问题，构建个人信息全生命周期保护体系，为个人信息保护法的完善与司法适用提供参考。

## 二、个人信息权的保护理论基础

---

<sup>[1]</sup> 吴某某诉上海某信息服务公司个人信息保护纠纷案，一审：杭州互联网法院（2021）浙0192民初2929号，二审：杭州中院（2021）浙01民终12780号。

## 2. 讨论范围的明确

在信息社会，个人信息的保护边界往往较为模糊。为了厘清本文的研究对象，首先需要界定基本概念并明确讨论范围。本文的讨论主体出于贴合实践以及简便考虑，以“用户”称呼信息主体自然人；以“企业”指代信息处理者，包括信息收集者、储存者和使用者，本文集中讨论的是私人企业机构，而不涉及国家及公权力机关的信息处理问题，公权力机关基本都属于法律法规另有规定的范围。本文的分析对象主要集中于个人信息权的保护，这一权利以信息为核心，本文关注的信息类型为可识别自然人的个人信息，区别于匿名数据和单纯的数据符号层，同时涉及信息的全生命周期保护，包括采集、存储、共享、流转和删除等各环节。

在数字时代，隐私、信息与数据三者的界限模糊、交叉重叠又相互关联，形成了一个复杂的概念问题网络，堪比“戈尔迪乌姆之结”<sup>[2]</sup>。

单纯的数据本质上属于符号层，是对现实世界特定属性的符号化表达，仅是对客观现实的数字化，是一种基础性的“原材料”。而“可以识别特定自然人个人身份”的个人信息位于内容层。数据本身并不具备经济价值，其价值来源于内容层的信息被解读和应用后，产生的经济效益和社会影响。<sup>[3]</sup>从权利属性上看，个人信息权具有人格权与财产权的双重特性<sup>[4]</sup>：一方面，个人信息关涉自然人的身份特征，强调信息主体的尊严和自主权。另一方面，数据经济的繁荣也使个人信息成为企业实现经济价值的基础，信息作为价值创造的源泉，通过对分析，企业可以为消费者提供更加精准的产品和服务优化；通过信息共享与交易，还能推动相关产业链的增长。<sup>[5]</sup>因此如何在合理利用信息的同时，保障信息主体的权利，成为个人信息保护制度必须解决的课题。

至于隐私和信息，呈交叉重叠关系。隐私更趋向主观层，主要关涉自然人私生活领域的秘密和安宁两个部分；隐私权更侧重于保护个体的私密空间和不受侵扰的自由，强调个体“被动不受干扰”的保护。个人信息指向用户，更多是作为外在标志勾勒和指代个人形象，信息权的保护范围更广，既包括隐私领域的信息，也涵盖个体在公共领域中的身份、行为轨迹及

---

<sup>[2]</sup> 参见姚佳：《企业数据的利用准则》，载《清华法学》2019年第3期，第115页。

<sup>[3]</sup> 参见纪海龙：《数据的私法定位与保护》，载《法学研究》2018年第6期，第73-76页。

<sup>[4]</sup> 参见彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期，第83页。

<sup>[5]</sup> 参见范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016年第5期，第93页。如GDPR的数据可携权和CCPA中数据交易规则的规定，以及我国《个人信息保护法》第45条第3款规定：“个人请求将个人信息转移至其指定的个人信息处理者，符合国家网信部门规定条件的，个人信息处理者应当提供转移的途径。”突出了降低市场主体获取信息的门槛，但似乎有忽略用户对于信息的权益之嫌。

可识别性。<sup>[6]</sup>因此信息权涉及个人信息的采集、处理、流转等全生命周期保护，更广泛地关注个体在数字社会中的权利延伸，是一种更为动态的权利。这一点与传统隐私权保护不同，后者更多关注消极防御，而个人信息权则关系到主动管理和动态决策。

### 3. 制度改造的理论必要性

在现代“数字化生存”环境中，个人的绝大多数行为、偏好、甚至隐秘思维都被记录并存储。传统意义上清晰的公共空间与私人领域的界限逐渐模糊甚至消失，用户的一言一行可以通过大数据技术挖掘，直接暴露在公众眼前。而个人信息不仅是个人身份的重要部分，同时是企业进行大数据分析、商业决策的核心资源。在此背景下，传统的知情同意规则面临严峻挑战。

首先，信息侵害的隐蔽和不可逆性加剧了个人信息保护的困境。与传统隐私侵害不同，大数据时代的信息滥用往往具有无形性、累积性和长期性，用户可能在毫无觉察的情况下被精准画像、行为操控，成为“信息裸奔”的对象。传统的知情同意制度已经无法应对这一趋势，用户在信息处理过程中的被动性显著增强，甚至导致个人信息的控制权从用户手中进一步丧失，尤其是在信息共享和跨平台流转的情形下，用户更是难以掌握其信息在不同企业之间的使用情况，出现“大数据的黑洞效应”，吞噬了个人现实中信息的自主性。<sup>[7]</sup>其次，传统静态知情同意模式的局限性。冗长复杂的条款、模糊不清的措辞，一旦授权后续难以控制信息流向的静态授权，这种“形式同意”不仅削弱了用户的实质控制权，也与个人信息保护法的初衷相悖。<sup>[8]</sup>

基于此，有人提出“隐私权已死”的观点，认为在数字化生存时代，更至为数据驱动社会中，用户的隐私保护无法抵抗技术进步带来的全面数据化；还有学者提出用财富共享理论消解隐私保护的困境，即通过经济补偿让用户接受隐私权的丧失，通过市场化手段调和隐私与数据利用之间的矛盾。<sup>[9]</sup>该类想法同样反映了个人信息权的时代危机感，个人信息保护权的保护难度远高于传统隐私权范畴：个人信息无时不刻被采集、存储、分析和共享，用户无法察觉信息的全周期流转过程，同时信息处理的隐性行为削弱了用户对自身信息的控制能力。

---

<sup>[6]</sup> 参见程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021年第3期，第59页。

<sup>[7]</sup> 参见顾理平：《整合型隐私：大数据时代隐私的新类型》，载《南京社会科学》2020年第4期，第108页。

<sup>[8]</sup> 现行知情同意制度的局限性会在第三部分详细展开。

<sup>[9]</sup> 参见徐明：《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》，载《中国法学》2017年第1期，第131页。

但在大数据时代，隐私权的意义不仅没有消减，反而因其在身份、安全和平等等方面的核心作用而变得更加重要；同样，个人信息保护权并非因技术进步和数据化难度而削弱其重要性，反而在技术加剧信息透明化、信息侵害更为频发的时代显得愈发必要。<sup>[10]</sup>上述观点仅关注信息的财产价值，忽略了信息保护的核心目标——即维护个人信息的尊严性和自主性，个人信息保护权所承载的人格属性是法律保护价值之重，不应仅以经济价值衡量其法律保护的必要性。何况通过经济补偿无法弥补修复用户因信息侵害导致的精神损失和信赖破裂，如“吴某某案”。并且因此放弃个人信息权的保护，无异于因噎废食，个人信息权的时代危机感并不能成为削弱保护的理由，反而需要以更严谨的规则和法律保障来强化这一权利的核心价值。权利的价值并不因其易受侵害而消解，恰恰因为保护的难度与侵害的现实，权利的存在才显得更为必要与珍贵，才更需要以规范为指引，为这一权利提供法律上的保障。当前国际上个人信息保护制度的趋势也逐渐从单一授权模式向分阶段同意模式、从用户责任向企业责任、从事后救济向事前防御转变。<sup>[11]</sup>

大数据时代个人信息保护危机的主要结症在于当前法律框架下的知情同意制度不足以完成保护个人信息的使命。基于此，本文主张，知情同意制度应从“静态同意”向“动态同意”演进，顺应技术发展趋势，以回应大数据时代的信息保护挑战，逐步向“动态授权——持续控制——灵活退出”的方向优化。动态同意强调个人信息保护法需要对信息处理行为进行全方位、动态性的规范，即用户不仅在事前享有授权权利，还应在信息存储、共享及流转等信息全生命周期环节中，持续保有知情权、调整权、撤回权和删除权，确保用户对自身信息始终保有控制力。这种新模式不仅能够克服传统静态规则的局限性和滞后性，还能重建企业与用户的信任关系，为信用社会和数字经济的健康发展提供法律保障。<sup>[12]</sup>

### 三、现行制度的困境：静态知情同意规则的异化、滥用和局限

<sup>[10]</sup> 同前注，徐明书，《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》，第 141-142 页。

<sup>[11]</sup> 如 GDPR 序言第 43 条指出，适当时，对于不同的数据处理业务，应分别取得同意。第 7 条规定了数据主体同意的条件，强调数据控制者必须能够证明数据主体已同意处理其个人数据。载：<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oi/eng>，2024 年 4 月 19 日访问。

如 CCPA 第 1798.120 条赋予消费者选择退出其个人信息被出售的权利，企业必须提供“不出售我的个人信息”的链接，供消费者行使选择退出权。第 1798.105 条规定，消费者有权要求企业删除从消费者处收集的个人信息，企业应告知消费者其删除权。载：<https://www.caprivity.org/cpra-text/>，2024 年 4 月 19 日访问。

<sup>[12]</sup> 参见程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021 年第 3 期，第 59 页。

### （一）静态同意的“知情”形式化：知情权的名存实亡

知情同意的核心在于保障信息主体“充分知情”后的“自由同意”。然而，在以静态授权为特征的现行制度中，企业履行告知义务的核心目的往往是通过形式上的合规行为规避法律责任，最大限度地为信息处理行为寻找合法化的依据。因而条款内容大多充满专业术语、复杂结构以及难以直观判断的条目，形式上满足法律要求，却使普通用户难以真正知晓其权利与风险。更甚者，为了更好地规避法律责任，有意将条款设计得艰涩难懂或干扰用户认知。例如，企业通过混乱的排版、过长的文本、遮挡式的弹窗或复杂的界面设计遮蔽核心信息，刻意使用户在阅读时感到困难；默认同意或通过“继续使用即视为同意”等模式，从而降低其对条款内容的关注度，陷入“知而不知”的困境。<sup>[13]</sup>这种规避性履行，体现出企业对告知义务的真正动因，更多关注其工具价值，而非权利保护的实质意义，构建免责壁垒以此规避法律风险。与此形成鲜明对比的是，法律对告知义务的初衷设定在于确保用户能够充分知情，从而自主判断并对个人信息的处理作出合理决策，达到对个人信息的保护目的。企业的执行逻辑与法律的设定目标之间存在根本性的背离，用户对透明度和安全性的期待在实践中被严重弱化。<sup>[14]</sup>这一机制的核心问题，在于其建立在“静态一次性提示”的逻辑之上，形式上“完成了告知”，却形成了“合法包装下的信息不透明”。因此我国以择入机制<sup>[15]</sup>为主的知情同意制度，虽为国际通行的高标准规则，在实践中却容易异化为形式化工具，最终沦为企业免责的避风港，而非保护用户权益的机制。<sup>[16]</sup>

在多平台应用普及的现实情况下，用户需要面对数以百计的网站、应用和企业频繁更新的条款政策，内容冗长且高度专业化，信息量趋于饱和甚至严重过载，用户感到无从下手：专业术语堆砌的文字群带来的规模效应，使用户往往因时间与精力限制而选择放弃阅读或随意浏览，无法深入理解内容；并且频繁的信息请求还会降低用户对同意决策的谨慎性，边际递减效应使用户从初次慎重对待条款，到逐渐采取“熟视无睹”的自动化行为。<sup>[17]</sup>大数据时代爆炸式的使用需求和企业故意设计带来的信息负担，用户被动应对的决策质量显著下降，即使有机会修改设置，用户也因心理疲惫而放弃，直接点击同意。这种“知情疲劳”导致知情行为偏离了法律设计中以“知情、自愿”为核心的同意规则，实质上丧失了其作为保护机制的

<sup>[13]</sup> 参见郑佳宁：《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》，载《东方法学》2020年第2期，第200页。

<sup>[14]</sup> 参见吕炳斌：《个人信息保护的“同意”困境及其出路》，载《法商研究》2021年第2期，第89页。

<sup>[15]</sup> 《中华人民共和国个人信息保护法》第13条、第14条。

<sup>[16]</sup> 参见贺小石：《大数据背景下公民信息安全保障体系构建——兼论隐私政策的规制原理及其本土化议题》，载《中国特色社会主义研究》2021年第6期，第102页。

<sup>[17]</sup> 同前注，吕炳斌书，《个人信息保护的“同意”困境及其出路》，第91页。

功能。再者，从行为经济学角度出发，用户在作出同意信息处理决策时，往往受到有限理性与行为偏差的制约。条款复杂性与信息智能化处理的“黑箱效应”，使得用户难以准确预见其行为信息被采集、处理后可能带来的不良影响。用户常因倾向于高估短期利益而低估长期信息泄露风险的原因作出于己不利的信息授权选择，尤其在面临即时服务需求时，用户往往接受条款而忽略潜在后果。面对重复性条款请求，用户决策逐渐呈现近似化，即习惯性地依赖于以往的决策经验，而非对具体风险的重新审视。<sup>[18]</sup>这种认知偏差和有限理性说明，用户的知情同意行为难以达到法律预期中的“理性、自觉”。<sup>[19]</sup>

“吴某某案”正体现了这种静态告知的失灵逻辑，吴某某并未从条款中获知其敏感身份信息将被传输至第三方银行，企业虽履行了“告知义务”的形式，却未实质告知信息用途与流转路径，在裁判中，法院明确否定了此类静态形式告知的合法性。用户在缺乏有效信息和真实理解的前提下“被同意”，最终导致信息权益的侵害。而由此可见，企业形式化履行使得知情条款“沦为一纸空文”<sup>[20]</sup>，现行静态知情同意制度也未能有效弥补用户信息决策的内在不足，即使用户完成了“勾选”操作，也不能说明其真正理解了条款内容并作出自愿决策，其“同意”极可能只是形式意义上的确认，而非真实意志的表达，这些共同导致了实践中的“伪同意”现象。

#### 4. 静态同意的结构压迫：选择自由的程序性缺失

相较于知情机制的形式化异化，“被迫同意”则揭示了另一个根本问题——用户在制度结构中缺乏真实的选择自由。在以静态授权为核心结构的现行同意机制下，用户表面上被赋予了“选择是否同意”的形式权利，实则处于几乎无法拒绝的被动状态。特别是在当前的数字社会中，信息已成为互联网时代的重要资源，大量信息服务商通过个人信息的收集和利用构建其商业模式，互联网平台提供的基础性服务已经高度嵌入用户日常生活，这一现实导致用户对服务的需求难以回避，而企业则利用这种不可替代的结构性依附关系，将静态同意制度转化为压迫授权机制，迫使用户接受“全有或全无”的使用条款：用户必须同意整套信息处理条款方可获取服务，所谓“同意”成为获取服务的门槛，而非授权信息使用的决策。因

---

<sup>[18]</sup> 参见郑佳宁：《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》，载《东方法学》2020年第2期，第200页。

<sup>[19]</sup> 参见吕炳斌：《个人信息保护的“同意”困境及其出路》，载《法商研究》2021年第2期，第90-91页。

<sup>[20]</sup> 参见范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016年第5期，第93页。

而，用户的“同意”并非基于知情与自愿，而是被迫选择的无奈形式，即使用户意识到条款存在问题，也难以在不放弃服务的情况下作出拒绝。<sup>[21]</sup>

此外，被迫同意问题往往与隐瞒性处理并存：企业通常在条款中详细罗列信息收集范围与用途，表面上履行了法律的告知义务。然而，实际的信息处理行为却可能与条款内容不符：条款中仅说明了信息的基础用途（如“验证身份”），可能还会使用模糊措辞（如“为优化服务、为合法利益”），规避明确说明敏感信息的具体用途和流转路径，并且借助系统默认设置或用户认知盲区，干扰阻碍用户对条款内容的理解或拒绝，以欺瞒性方式获取所谓“同意”，获得对信息处理行为的更大自由度，从而在后台进一步利用敏感信息（如生物识别信息、地理位置等）进行商业分析、广告推送，甚至出售给第三方。<sup>[22]</sup>这种“结构性胁迫授权”使得用户即使具备警觉意识，也无法通过法律途径有效拒绝信息使用或要求差异化服务。

静态同意结构的关键问题在于，它并未为用户提供选择的层级空间与程序性保障。当前机制下的授权形式基本停留在“单次勾选”与“通案覆盖”上，缺乏对个别信息处理行为、不同信息类型以及处理目的的分级授权安排，也未为用户提供部分授权或逐步调整授权的通道。这种授权结构导致了严重的选择权压缩现象，不仅否定了用户个体的自主信息控制意志，也削弱了法律关于“真实、明确、自由同意”之要求所赖以成立的现实前提。“吴某某案”中，吴某某尝试注销“某钱包”功能时，发现解绑操作受到限制，实质上已被企业绑定服务和条款，失去了选择退出的空间。“全有或全无”的选择模式与隐瞒性信息处理共同强化了用户选择权的虚置，在结构性劣势中，个人选择自由不仅被程序遮蔽，也在市场垄断与技术设限下被系统性消解。

## 5. 静态同意的路径依赖：后续控制的制度真空

当前的知情同意规则在结构设计上呈现出明显的入口聚焦特征，即在实践中同意机制往往停留于信息收集的初始环节，用户一般仅被告知信息收集的目的与范围。对于后续信息的二次利用、共享流转等复杂处理行为，条款通常未提供足够的透明度或控制权支持。前述中，企业隐瞒实际信息处理行为，为信息后续的滥用埋下伏笔，用户一旦同意，信息处理进入企业的“不可见处理流程”，信息流转的决策过程的所有决策几乎被企业单方面掌控，无论信息是否被二次挖掘、跨平台共享、商业化交易，用户都极难获知处理节点，成为信息利用活

<sup>[21]</sup> 参见张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》2019年第6期，第15页；参见贺小石：《大数据背景下公民信息安全保障体系构建——兼论隐私政策的规制原理及其本土化议题》，载《中国特色社会主义研究》2021年第6期，第101页。

<sup>[22]</sup> 参见张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》2019年第6期，第16-17页。

动中的“透明人”，失去了对信息后续流转路径的知情权与干预权，而即便有幸知情，缺乏干预机制的用户更无法介入控制。现行静态的同意规则下，一次性的告知与同意被视为企业合法使用信息的永久性“通行证”，平台往往以“已取得同意”为正当化口径，将静态授权转化为信息利用的全过程正当化依据，从而系统性规避透明义务与告知更新责任。于此，在信息处理的全流程中，这种以静态同意为基底的授权模型，忽略了个人信息流通的动态性、再利用的不可控性，以及用户意志变化的合理性需求，用户的角色逐渐从“信息主体”异化为被动的“信息客体”，丧失意志表达权的被处理者，其控制权与人格权价值逐步被技术机制和合规话术掏空。

“吴某某案”即为典型例证，吴某某的身份证号码等敏感信息被共享至第三方银行，但隐私协议中未标明该用途及共享路径；甚至在吴某某知情后，也无法进行解绑等任何补救措施。企业通过格式条款单方面设定了信息流转的规则，直接剥夺了用户对信息后续处理的知情权与控制权，用户处于“事先不知、事中不管、事后无权”的全程失控状态。这一情境反映出静态同意制度的根本缺陷，固守“同意即完结”的单一线性模式，无法应对数据环境中信息利用的多阶段性与多元目的性，极易造成控制断裂与风险积累。因而从根本上回应这一控制真空，需要跳出静态一次授权的路径思维，转向一种以持续介入、动态调整为原则的动态同意机制设计。

## 6. 静态同意的制度滥用：责任转嫁与合规幻象

现行法律中，知情同意规则被赋予了过于集中的功能，几乎被等同于企业履行信息保护义务的主要甚至唯一抓手。这种功能单一化设计在实践中形成一种高度简化的合法性判断逻辑，变成了“同意即免责”的片面理解和制度误用：企业只需在用户注册、使用初始阶段完成一次信息收集流程，将其塑造成用户对信息处理的全面同意，便可主张其后续的所有信息处理行为合法，排除企业在信息保护上的进一步责任，从而完成合规闭环。这种制度逻辑最大问题在于，信息保护义务几乎完全落在用户身上：企业通过标准格式条款事先设定信息收集及处理路径，在履行完形式上的告知义务后，解除自身的主要责任，并利用用户静态同意作为免责凭证，在信息处理全周期大幅度降低自身的合规义务密度。用户则以“知情同意”形式承担对信息处理行为的审查与同意职责，在毫无谈判空间的条件下承担信息披露的后果和风险，在信息侵权发生后也难以就责任认定进行追究。

更进一步地，该模式下企业并非真正承担了信息处理义务，而是通过静态授权构造出幻象：法律文本上的告知义务形式上完成，实际却不具备可理解性、透明性和可撤回性等合法

性要求，从而将合规责任“合法外包”给用户。例如“吴某某案”中，平台在完成初始采集后，将敏感信息共享至第三方银行，并通过协议条款的默认规则企图排除了对后续侵权行为的责任。表明了现行知情同意规则为企业提供了“用一次同意，做一切事情”的泛化权限，这种形式合规和实质违法之间的张力严重削弱了用户权益保护的实效性。同时现行法律在利益平衡中往往优先考虑经济发展和产业需求，个人信息保护权益却常常被降格为次要利益，这种功利主义取向导致企业在信息处理活动中的责任减负，很少被要求承担积极保护义务，而将用户置于信息保护链条中的主要义务承担者。<sup>[23]</sup>

总结来看，静态同意制度再结构设计、权利实现与责任承担三个层面均暴露出系统性失灵：形式合规掩盖了用户认知与理解的缺位，结构压迫扭曲了授权选择的自由基础，而缺乏后续介入机制则彻底剥夺了用户对信息流转过程的实质控制权。在此之上，企业借助静态同意的合法表象规避合规义务，将信息风险转嫁至用户一方，最终使得知情同意制度再实践中被异化为企业免责的制度工具。正因此，这些问题为后续的制度改造章节提供了具体的改进方向，推动知情同意机制从静态走向动态，不仅是应对大数据治理挑战的必要路径，更是重建信息权利结构、恢复用户主体地位的制度前提。

## 四、制度改造路径：知情同意规则优化与延伸

### （一）知情同意规则的重新认识：从合法性依据走向动态治理基石

知情同意历来是个人信息保护法体系中的核心规则，其根本价值在于保障用户的知情权、选择权和信息自决权。然而，在实践中，知情同意规则常被误解滥用为形式同意的获取工具。因此重新认识知情同意规则，正是推进其从静态向动态机制转型的制度前提。

首先需要明确知情同意是个人信息处理合法性的基础规则，而非绝对原则，该制度是为了在实现法律确定性与保护用户权益之间取得平衡。<sup>[24]</sup>作为规则，它有例外适用的情形（如法律法规明确规定的必要信息处理），可以不以用户同意为前提，但这并不意味着企业可完全免除告知义务，只是排除了该情形进入侵权的讨论范围之内。哪怕豁免同意，告知义务仍不容削弱。换言之，知情同意的核心是为用户提供足够的信息，使其能够基于全面知情的基础上做出明智决策。因此例外的设置需谨慎对待，因为其不仅是对知情同意制度的突破，更

<sup>[23]</sup> 参见劳东燕：《个人信息法律保护体系的基本目标与归责机制》，载《政法论坛》2021年第6期，第10页。

<sup>[24]</sup> 参见衣俊霖：《论个人信息保护中知情同意的边界——以规则与原则的区分为切入点》，载《东方法学》2022年第3期，第57-59页。

可能削弱用户的权利保护效力。<sup>[25]</sup>唯有在“例外从严”的基础上，方能维护知情同意制度的功能边界。

在确立知情同意制度根基与不可替代性后，应进一步厘清其法律性质与功能定位。尽管部分学者认为，知情同意制度是在“小数据时代”下构建的个人信息保护框架，在当前大数据环境中已显得难以为继，但知情同意仍然是个人信息保护体系中不可或缺的基石。<sup>[26]</sup>首先，知情同意制度奠基于用户的决定权，这一权利不仅是个人信息权益保护的核心所在，也是法律对用户人格尊严与自由发展的基本保障。其次，知情同意规则为个人信息处理行为提供了明确的合法性认定标准，使得个人信息保护不仅停留在法律文本层面，更成为可操作的实践规则。其以标准化的方式简化了个人信息处理合法性认定的程序，对企业和监管机构而言是合规和查处成本最小化的效率工具。<sup>[27]</sup>知情同意制度并非因数据规模而失效，而是因制度静态性与操作僵化被削弱，其并未走向穷途，作为个人信息处理合法性基础规则的价值依然不可替代，但其确实需要在适应大数据环境的过程中作出动态调整，成为信息处理合法性的动态治理基石。

再次，厘清知情同意规则的功能定位尤为关键，避免其被滥用为授权免责的工具。知情同意制度作为个人信息保护体系中的核心规则，其本质功能是为企业的行为提供合法性基础，但并不等同于授权行为。具体而言：知情同意规则的设立，是为了防止企业的行为直接构成侵权，个人信息权中的人格权益属性具有固有性与不可处分性，用户的“同意”并不能改变这一性质，因此这种同意并不意味着用户完全授权企业随意使用其个人信息，知情同意规则只能作为信息处理行为合法性的依据，而非授权使用的工具。<sup>[28]</sup>知情同意的法律功能在于为企业提供阻却违法的理由，即免责事由。然而，这种消极性质的免责并不涵盖所有的信息处理行为，尤其是在这些行为可能超出用户同意范围或损害用户人格尊严时，知情同意并不足以免除其法律责任。<sup>[29]</sup>单一的知情同意规则不足以决定信息处理的合法性，即使企业形式上取得了用户的同意，其行为是否合法仍需接受合理性审查与必要性检视，这一审查的核心在于信息处理是否损害了用户的人格尊严和自由发展。换言之，知情同意规则具有工具性而

<sup>[25]</sup> 参见郑佳宁：《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》，载《东方法学》2020年第2期，第208页。

<sup>[26]</sup> 参见姚佳：《企业数据的利用准则》，载《清华法学》2019年第3期，第117页。

<sup>[27]</sup> 参见程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021年第3期，第63页。

<sup>[28]</sup> 参见彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期，第87-88页。

<sup>[29]</sup> 参见程啸：《论个人信息处理中的个人同意》，载《环球法律评论》2021年第6期，第48页。

非终局性，真正决定信息处理合法性的，是处理行为对用户人格边界与决策权的实质尊重程度。

仅从合法性结构上理解仍不够充分，其适用边界亦需受到更具操作性的实质标准约束。进一步而言，知情同意的适用范围还受到必要和正当目的原则的双重限制。<sup>[30]</sup>尽管大数据时代对信息的价值挖掘越来越强调“二次利用”，但必要原则，即信息最小化原则仍是不可忽视的“帝王原则”。<sup>[31]</sup>这一原则要求，信息的收集与处理必须限于实现特定目的所必需的范围，而不得滥用或过度扩展。根据康德伦理学的要求，个人作为目的本身而非手段，意味着信息的商业开发和经济价值开发必须以不损害并尊重用户人格尊严为前提。过度追求社会经济效益而忽视对用户的保护，必然导致信息处理行为的合法性受到质疑。而正当目的原则则进一步要求以是否损害用户人格尊严作为信息处理合法性的唯一判断目标，确保信息处理行为始终尊重用户的独立人格，而非将其工具化或商品化，因为维护人的尊严才是个人信息保护法的基本价值取向。<sup>[32]</sup>这种单一判断基准不仅维护了人格尊严作为个人信息保护的伦理基础，超越了单纯经济利益与技术效率的考量；也提升了规则的可预见性和一致性，有助于降低裁判者主观偏差，降低企业的合规成本。此外，正当目的原则的适用需与情境脉络相结合，个人信息的处理合理性应置于具体语境中进行判断，任何超出信息最初收集场景的传播或利用，均需重新获得用户授权，以尊重用户的合理预期。信息处理的合理性还应根据具体场景进行动态判断，而非简单依赖一次性的静态同意，采用“全有或全无”的二元化评判方式。例如，美国《消费者隐私权利法案（草案）》提出的“场景导向路径”，强调信息保护应在特定情境中具体审视，而非脱离场景的抽象预判；欧盟《一般数据保护条例》（GDPR）在数据处理规则中引入了“风险管理”导向，结合具体场景构建多层次的处理规范。<sup>[33]</sup>

以“吴某某案”为例，电商平台未明确告知信息用途和流转路径，最终导致吴某某敏感信息被共享至第三方银行，严重超出吴某某的合理预期。该案不但违反基本的知情同意原则，更因信息处理目的不正当、用途过度扩展，违背了正当目的和必要性原则，丧失合法性基础，凸显了静态同意制度在场景断裂中合法性空转风险。综上所述，知情同意制度的本质不应被窄化为“一次性程序门槛”，其应成为动态治理体系下信息权利结构性支柱。重构知情同意

<sup>[30]</sup> 参见张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》2019年第6期，第12-14页。

<sup>[31]</sup> 参见范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016年第5期，第103页。

<sup>[32]</sup> 参见吕炳斌：《个人信息保护的“同意”困境及其出路》，载《法商研究》2021年第2期，第98页。

<sup>[33]</sup> 参见范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016年第5期。

规则，应立足于持续参与、分层授权、情境嵌入与尊严保护的多元目标，实现从合法性启动工具向动态治理中枢的功能跃升。

## 7. 显著提示机制：动态治理的入口设计

提高告知门槛不仅是“知情”的前置保障，更是知情同意制度向动态治理转型的制度入口。知情同意的合法性不仅在于用户形式上点击“同意”，更在于用户对信息处理方式、目的及风险的充分理解。若初始提示不具实质内容，用户后续的控制、撤回、调整等行为便无从谈起。因此，显著提示机制既是信息披露透明化的基础装置，也是实现知情—决策—控制动态链条的起点。

然而，实践中条款的冗长文字与技术术语，使得用户难以真正掌握关键信息，导致“伪同意”现象频发。因此，提高告知的显著性与清晰度，是实现实质性知情的基础。欧盟 GDPR 明确规定，同意需“自由作出、具体、被告知且明确”<sup>[34]</sup>，这一高门槛的同意标准要求企业通过直观方式呈现关键条款，以克服信息不对称问题。<sup>[35]</sup>我国《个人信息保护法》第十四条规定了，同意需基于“充分知情”的前提，且对处理目的、方式和变更需重新征得用户同意。

<sup>[36]</sup>由此可见，提高告知门槛既符合法律规范，也是保障用户权益的制度需求。

为了克服“伪同意”达到“真知情”，显著提示机制需围绕提示内容与提示方式两方面展开优化：（1）首先是内容的明晰化：将信息收集的范围和具体用途明确列出（如将用于广告个性化推荐），避免模糊措辞（如为提升服务质量），对信息共享或流转的第三方主体、用途及风险进行逐一说明，确保用户知悉信息流动的全周期环节。（2）其次是表达的简洁化：避免晦涩的技术或法律术语，以日常平实的用语描述信息处理行为，（如用“我们会共享您的购物记录给合作商家”替代“信息可能被第三方存储并用于分析”）；并且通过加粗、颜色标注等方式，将信息用途、风险和用户权利等关键点明确展示，减少用户阅读成本。<sup>[37]</sup>信息披露的最终目标是让用户在有限时间内快速、准确地理解条款内容。优化易读性有助于克服信息不对称问题，让用户在决策时拥有足够的认知能力。

除了对于信息收集行为的明晰说明，还需要对采集后信息的利用及共享路径进行详细说明，尤其需明确处理行为的潜在不确定性与风险。<sup>[38]</sup>美国《消费者隐私权利法案（草案）》

<sup>[34]</sup> 《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, GDPR）第 4 条第 11 款，载：<https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/>，2024 年 4 月 19 日访问。

<sup>[35]</sup> 参见程啸：《论个人信息处理中的个人同意》，载《环球法律评论》2021 年第 6 期，第 49 页。

<sup>[36]</sup> 《中华人民共和国个人信息保护法》第 14 条。

<sup>[37]</sup> 参见郑佳宁：《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》，载《东方法学》2020 年第 2 期，第 203 页。

<sup>[38]</sup> 同前注，郑佳宁书，《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》，第 204 页。

提出通过增强披露与用户控制机制，降低信息处理中的潜在风险。<sup>[39]</sup>风险简表需对信息要点及处理进行高效呈现，例如：

信息类型	用途	共享对象	潜在风险	缓解措施
浏览记录	广告个性化推荐	第三方广告公司	精准画像隐私泄露	脱敏及撤回权限

图表 1：风险简表

风险简表不仅压缩信息结构、提升信息传达效率<sup>[40]</sup>，更作为“场景风险评估节点”嵌入初始提示流程，成为贯穿动态治理体系的数据处理风险识别组件。这一机制不仅解决了信息冗长与用户理解力不足的问题，还提高了用户对信息处理的掌控能力和基于风险的知情判断力，弥合了信息不对称结构下的认知鸿沟。

更关键的是，应就敏感信息设置更高的提示与控制标准。敏感个人信息作为隐私权与个人信息的交叉重叠部分，其保护需求具有双重性<sup>[41]</sup>：既要防范人格尊严的侵害，又需避免因滥用带来财产安全和社会信任的危机。基于此，《个人信息保护法》第二十八和二十九条明确规定，敏感信息处理应以禁止为原则、例外允许为补充，并且敏感信息处理需要取得单独同意。<sup>[42]</sup>此种区分有助于在个人尊严、经济效益与社会公共利益之间找到平衡点，体现了三方利益协调的重要性。因此此类消息应以二次确认机制强化保护措施：敏感信息的处理必须严格遵循“单独同意”原则，即需通过“醒目的弹窗+电子签名”等方式单独确认，并附带用途说明与潜在后果提示，不得以默认勾选、隐藏条款等方式规避用户意志。比起机械性点击确认的方式，电子签名行为具有缔约的潜在内涵，能够让用户更强烈地意识到信息处理行为的后果与自我的密切关联，不仅增加了信息处理行为的透明度，也提高了用户对敏感信息处理的决策权与自觉性，从而增强用户对同意行为的实感与慎重程度。<sup>[43]</sup>值得注意的是，该机制不应止于一次性确认，还应与使用频次和敏感等级结合，构建周期性更新或事件触发型再确认机制，真正实现对敏感信息处理的动态参与与反复授权。例如，针对每月调用的定位信息、长期存储的人脸数据，应以弹窗形式定期提醒用户其授权状态，并提供重新确认路径。

<sup>[39]</sup> 参见范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016年第5期。

<sup>[40]</sup> 参见闫晓丽：《大数据分析与个人隐私保护》，载《中国信息安全》2014年第3期，第106页。

<sup>[41]</sup> 参见程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021年第3期，第68页；参见张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015年第3期，第50页。

<sup>[42]</sup> 《中华人民共和国个人信息保护法》第28、29条。

<sup>[43]</sup> 参见郑佳宁：《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》，载《东方法学》2020年第2期，第206页。

“吴某某案”可作为典型对照。如果该案中，信息披露条款中明确通过显著提示机制对关键内容进行细化并展示，清晰标示信息可能被共享的第三方对象（案中第三方银行）、具体用途（案中为身份验证），并通过弹窗或风险简表机制将信息处理可能带来的后续风险直观呈现，吴某某则有机会更全面地理解自己的信息将如何被处理及潜在的风险。这不仅符合《个人信息保护法》“充分知情”的要求，也能在制度设计上有效避免“同意即授权”的单一逻辑。此外，案中涉及的敏感信息（身份证号码）应受到更高标准的保护，若能通过二次确认机制（弹窗+电子签名）明确提示并要求用户单独确认同意，便可大幅降低用户对协议内容理解的成本，增强其对信息处理行为的参与感与控制权。

综上，显著提示机制不仅填补了传统同意形式中“知而不知”的认知断裂，更是通向动态治理路径的第一道制度闸门。通过重塑知情入口的明晰性、风险识别的实时性与敏感信息的再确认机制，该机制不仅提升了用户的认知参与质量，也为后续退出、追踪、调整等动态控制奠定可操作的制度基础。

## 8. 动态控制机制：自然人对信息全过程管理的参与权

知情同意规则以用户的决定权为核心，其合法性基础源于信息自主原则。<sup>[44]</sup>个人信息属于人格权的重要组成部分，自然人作为信息的最初来源者，具有对其个人信息进行支配和决策的固有权利。企业获得处理权限的正当性，必须基于用户的明确同意，这种同意建立在充分知情的前提下。信息自主原则的核心在于尊重个体对信息处理行为的控制力。用户应当能够自由决定信息应被何人使用及以何种方式使用，这种决策能力不仅是自然人的基本权利，更是对信息处理行为进行合法性审查的首要标准。<sup>[45]</sup>因此信息控制权以用户的自主性和人格尊严为基石，是用户对其个人信息享有的核心权利，根据《个人信息保护法》第四十四条的规定，包括知情权、选择权、退出权等多维度权利<sup>[46]</sup>，旨在确保用户对其个人信息在采集、处理、共享及流转过程中的持续控制与参与。<sup>[47]</sup>

然而，静态知情同意机制的主要问题在于“一次性授权”未能建立起用户对信息处理生命周期的持续参与路径，极易造成授权即失权的治理真空。特别是在大数据和算法驱动的信息

<sup>[44]</sup> 参见衣俊霖：《论个人信息保护中知情同意的边界——以规则与原则的区分为切入点》，载《东方法学》2022年第3期，第66页。

<sup>[45]</sup> 参见彭诚信：《论个人信息的双重法律属性》，载《清华法学》2021年第6期，第88页。

<sup>[46]</sup> 《中华人民共和国个人信息保护法》第44条。

<sup>[47]</sup> 参见闫晓丽：《大数据分析与个人隐私保护》，载《中国信息安全》2014年第3期，第107页。这种权利区别于数据控制权，后者更关注数据资源的经济性和资源属性，强调对数据资源的占有和利用，通常归属于企业，然而这种控制权并非全面排除用户的权益，该实现应当建立在用户人格权受到尊重的基础上，这里不再对数据控制权做过多介绍。可参见宁园：《从数据生产到数据流通：数据财产权益的双层配置方案》，载《法学研究》2023年第3期。

生态中，个人信息的价值远非仅停留于初始收集，而是在其后续被分析、共享、交叉使用过程中持续生成商业与社会效益。因此动态信息控制机制正是对此回应的一种制度结构性修正，旨在实现个人信息处理活动的全生命周期透明化和主体参与性。<sup>[48]</sup>这不仅体现“反身性现代化”中“风险控制大于发展优先”的治理逻辑<sup>[49]</sup>；同时响应了“赋能式治理”所倡导的弱势群体制度参与权保障理念。<sup>[50]</sup>于此，动态控制机制通过确认用户对信息流转和利用的持续参与权，通过信息追踪、即时通知、动态撤回等手段，重塑个人在信息处理中的能动性地位，更在全过程中具备实时调整与撤回的权利，从而打破静态同意的逻辑封闭。

其一，引入信息使用追踪机制是动态控制的技术基础，使用户能够实现对个人每一次信息的使用全过程进行监督和控制。具体包括：（1）**访问权**：允许用户查看其个人信息的处理情况，包括信息的用途、类别、处理频率以及共享对象。（2）**可追溯权**：建立信息使用日志，详细记录每一次信息的处理、共享和流转行为，使用户能够清晰地掌握信息处理路径。（3）**反向选择权**：用户不仅可选择限制某些信息的使用，还可选择禁止信息的出售或其他商业化用途。以《加州消费者隐私法案》（CCPA）为例<sup>[51]</sup>，用户可以要求企业披露收集和使用个人信息的目的、类别，并获取与第三方共享信息的完整记录，甚至可以选择不出售自己的信息。

<sup>[52]</sup>

其二，即时通知机制是动态控制的行为触发阈点，其核心在于确保用户随时知晓信息处理活动的状态及变化。相比于传统信息条款中的模糊披露，即时通知机制能够实现信息共享透明化、增强用户控制权的功能：在信息流转或共享至第三方时，企业需通过实时推送、弹窗等方式通知用户共享的具体内容、目标主体、处理目的及潜在风险，并依照具体情况在通知内容中附加撤回同意的快捷通道，用户有权在通知后一段时间内撤销信息传递。以 Apple 于 2021 年推出的 App Tracking Transparency（ATT）机制为例，当应用程序试图跨平台追踪

---

<sup>[48]</sup> 参见程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021 年第 3 期，第 59 页。

<sup>[49]</sup> Marcella Lanzing, “Contact tracing apps: An ethical roadmap,” *Ethics and Information Technology*, Vol. 23, 2021, pp. 1–12.

Marcella Lanzing, “The Transparent Self: A Kantian Perspective on the Ethics of Self-Tracking Technologies,” *Ethics and Information Technology*, Vol. 18, No. 1, 2016, pp. 9–20.

<sup>[50]</sup> Tamar Sharon, “Blind-sided by privacy? Digital contact tracing, the Apple/Google API and big tech’s newfound role as global health policy makers,” *Ethics and Information Technology*, Vol. 23, 2021, pp. 45–57. Jan Hendrik Betzing, Martin Tietz, Jan vom Brocke, Jörg Becker, “The impact of transparency on mobile privacy decision making,” *Electronic Markets*, Vol. 30, No. 2, 2020, pp. 401–419.

<sup>[51]</sup> 《加州消费者隐私法案》（California Consumer Privacy Act, CCPA）第 1798.120 条。

载：[https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5.](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5.)，2024 年 4 月 19 日访问。

<sup>[52]</sup> 参见晋瑞,王玥：《美国隐私立法进展及对我国的启示——以加州隐私立法为例》，载《保密科学技术》2019 年第 8 期，第 40 页；参见吴沈括,孟洁,薛颖,等：《〈2018 年加州消费者隐私法案〉中的个人信息保护》，载《信息安全与通信保密》2018 年第 12 期。

用户行为时，系统将强制弹窗提示用户是否允许追踪，并允许用户一键拒绝或修改授权状态。

<sup>[53]</sup>通过该“用途限定+场景嵌入+实时反应”机制，用户的知情权不再局限于信息收集的初始阶段，而是贯穿信息处理的整个生命周期，使用户在信息流转中保持对个人信息的动态掌控。

<sup>[54]</sup>

在“吴某某案”中，假如动态控制机制已被引入，该案的情形将得到有效改善：首先，即时通知机制在平台准备将用户信息共享给银行时，需通过实时弹窗或消息通知吴某某，例如，“您的身份证件信息即将被共享至某银行用于验证，请选择是否同意。”其次，如果吴某某对其信息的处理路径有所疑问，可通过信息使用追踪机制随时查询其身份证件信息的具体使用记录，包括共享时间、对象以及用途。最后，为用户在事后撤回授权提供了便利。如果吴某某对信息共享行为后悔，完全可以通过反向选择权，限制信息的进一步使用，甚至撤销银行对该信息的访问权限。通过动态控制机制和用户的动态参与权，确保信息处理的每一步都在用户的掌控之下，案件的核心问题——用户对信息处理的无知与被动——可以被有效解决。

综上所述，动态控制机制不仅是对静态知情同意的补强，更应成为信息保护制度向前发展的关键转折。通过“流程节点+技术机制+法律授权”的多维联动，真正实现用户意志在信息处理生命周期中的结构嵌入，从而推动知情同意从单点授权走向过程控制、从静态许可走向动态治理的深层跃迁。

## 9. 退出机制：撤回与删除的后端保护

在当前信息流转频繁、使用复杂的数字经济生态中，信息处理活动具有高度连续性和隐蔽性，单纯依赖前端知情同意的授权机制已难以应对信息流转后的不确定风险。因此退出机制作为个人信息保护的重要环节，不仅是知情同意规则的补充，更是实现动态治理闭环、重塑用户控制权的关键制度环节，打通从授权到撤回、从前端告知到后端追踪的完整控制链条，有效平衡了信息处理的灵活性与用户权益保护。

首先，应在制度结构上明确“择入为主、择出为辅”的规则框架。择入机制有效保障了用户对信息处理活动的实质控制权，特别是在涉及敏感信息处理时更是不可或缺，因此有学

---

<sup>[53]</sup> Andreas DeGiulio, Haoyu Lee, Elissa Birrell, “‘Ask App Not to Track’: An Empirical Study of Selective Tracking Permission in Mobile Privacy,” International Workshop on Emerging Trends in Advanced Application Design, Springer, 2021.

Konrad Kollnig, Long Zhang, Jiaming Zhao, Nigel Shadbolt, “Privacy in Chinese iOS apps and impact of the personal information protection law,” Computer Law & Security Review, Vol. 52, 2024, 105895.

<sup>[54]</sup> 参见张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》2019年第6期，第17-19页。

者主张全面采用择入机制以强化用户知情权和选择权。<sup>[55]</sup>然而，仅依赖全权择入机制可能导致用户同意成本过高与效率损失，不适用于所有场景。其实现行《个人信息保护法》的相关法条已经确立了以择入机制为主、择出机制为辅的基本规则。<sup>[56]</sup>为此，择入机制应继续作为信息处理的主要规则，以明确的同意赋予用户对信息处理的实质控制权；同时对于一些非敏感信息的处理场景，将择出机制作为补充，可以在保障用户权益的同时提高制度的灵活性操作灵活性。借鉴 CCPA 的规定<sup>[57]</sup>，企业在处理用户非敏感信息时，应提供明确的退出选项，确保用户随时调整其授权范围。<sup>[58]</sup>例如，在定向广告和数据分析场景中，通过设置便捷的退出选项，如“停止共享”或“退出个性化推荐”功能，代替默认拒绝，可以既提高用户体验，又降低企业运营成本。这一机制的灵活性正是平衡保护强度与商业需求的有效尝试。

其次，退出权应超越传统“删除”与“停止使用”的功能性设定，上升为用户对信息处理持续控制的终极保障制度。其实在互联网时代，信息一旦上传，彻底删除几乎无法实现。从这一角度看，退出权的功能并非在于完全抹去信息本身，而是通过限制和删除信息获取渠道，阻断企业和第三方对信息的进一步流通与利用，实现去能动化删除的功能重构，从而减少私密信息泄露的风险，防止个人信息被滥用和过度传播，使用户不再处于“信息赤裸”的状态。<sup>[59]</sup>后端保护机制是弥补知情同意前端保护不足的关键手段，退出机制作为一种综合性权利，不再是事后补救措施，而是知情同意制度的后端延展与使用权撤销权的制度体现。<sup>[60]</sup>我国《个人信息保护法》已为建立完善的后端保护机制提供了法律土壤，这些条款为用户在个人信息的采集、处理和存储环节后的控制权提供了基础保障。<sup>[61]</sup>然而，现行法律仅从原则上作出了框架性规定，仍需进一步细化具体机制以增强执行力。

再次，撤回同意权与删除权的分工与协同，是实现个人信息全过程控制权的最终落实。撤回同意权作为信息流转中的中期控制工具，能够及时阻断信息处理的持续行为，而删除权

---

<sup>[55]</sup> 参见郑佳宁：《知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建》，载《东方法学》2020年第2期，第200-202页。

<sup>[56]</sup> 《中华人民共和国个人信息保护法》第15、44、47、48、50条。

<sup>[57]</sup> 《加州消费者隐私法案》(California Consumer Privacy Act, CCPA) 第1798.120条。

载：[https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5.](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5.)，2024年4月19日访问。

<sup>[58]</sup> 参见晋瑞、王玥：《美国隐私立法进展及对我国的启示——以加州隐私立法为例》，载《保密科学技术》2019年第8期，第54页。

<sup>[59]</sup> 参见郑志峰：《网络社会的被遗忘权研究》，载《法商研究》2015年第6期，第55页。

<sup>[60]</sup> 参见吕炳斌：《数据流通利用语境下个人信息财产利益的实现路径》，载《比较法研究》2023年第6期，第71页。

<sup>[61]</sup> 《中华人民共和国个人信息保护法》第15、44、47、48、50条。

参见杨立新、韩煦：《被遗忘权的中国本土化及法律适用》，载《法律适用》2015年第2期

则作为信息生命周期的终极保障，确保用户能够彻底清除不必要或敏感的个人信息。两者共同构建了对个人信息处理的全方位监管与控制框架。

撤回同意机制的核心在于确保用户能够随时对信息处理活动行使否定权，实现对信息流转过程的动态调整，应当具备随时行使一即时生效的效应能力。具体而言：首先，在信息条款中，平台需清晰列明撤回同意的撤回路径、操作步骤与生效时间，避免复杂化操作导致用户难以执行撤回权。再者，平台应设计简洁高效的“一键撤回”功能，让用户能够快速终止信息处理流程。例如用户可在隐私设置中自助关闭信息共享选项或修改授权边界，并通过“撤回生效提示”获知控制状态更新。该机制具体实施还可结合前述的即时通知机制，如在授权第三方前弹窗提醒并提示“是否同意本次共享”，为用户提供快速否定选项，以避免信息进一步流转。

与之配合，删除作为信息处理链条终端的机制，应兼顾技术层级、用户偏好与合规要求的多元目标。明确删除的对象是实现用户对个人信息控制权的关键。删除对象的界定应覆盖用户信息全周期，并满足用户个性化需求，以此实现全面的权利保障和灵活的操作。首先，删除对象的范围为一切可识别的信息，需包括显性和隐性信息。显性信息指用户明确提供或在使用过程中可直接识别的个人信息；而隐性信息则是通过数据分析生成的间接信息，与用户的行为和特性密切相关，具有高度的可识别性。将显性和隐性信息一并纳入删除范围，是确保个人信息保护机制完整性的必要条件。<sup>[62]</sup>其次，用户对信息删除的需求往往具有差异性，删除机制应提供模块化选择功能，使用户能够自主按时间段、数据类型或使用场景精细化决定删除范围。此外，删除操作还应分级设置，区分基础删除和深度删除。基础删除是指从主系统中移除信息并停止其日常使用；深度删除则需扩展至备份系统和第三方处理者的记录中，以彻底清除所有残留信息。个人信息删除机制三维分类表示例如下：

---

<sup>[62]</sup> 参见郑志峰：《网络社会的被遗忘权研究》，载《法商研究》2015年第6期，第60页；参见吕炳斌：《数据流通利用语境下个人信息财产利益的实现路径》，载《比较法研究》2023年第6期，第65页。

维度分类	具体内容	删除机制说明
删除对象类型	显性信息，如姓名、身份证号、联系方式、浏览记录、支付记录等。	可通过用户接口直接查询与删除，删除后不再用于当前处理任务。
	隐性信息，如设备信息、偏好画像、信用评分等。	需标识间接性信息来源，利用算法映射方式统一清除。
模块化选择	按数据类型删除	用户可选择删除浏览记录、购物记录、定位信息等指定类型信息。
	按时间段删除	用户可选择删除近 7 日、30 日或指定日期范围内的数据。
	按使用场景删除	用户可选择删除特定 APP、网页或服务场景产生的数据。
删除级别	基础删除	从主数据库中清除记录，终止前台与后台业务使用
	深层删除	同步删除缓存、备份系统与第三方存储，确保不可复原。

图表 2：个人信息删除机制三维分类表

**再论一键删除机制的设计**，用户需能够通过“一键删除”功能删除自身的个人信息，操作过程应包括以下环节：(1) 企业及时处理用户请求，避免因拖延导致用户权益受损或产生不必要的安全风险。具体要求包括：在接收用户请求的同时，企业应即时通过系统通知、短信或邮件告知用户请求已被受理，并提供预期处理时间；企业需在法定时限内完成删除操作，并根据具体情况确保删除过程的顺畅性，如将信息标记为删除待处理并优先排队。(2) 反馈删除效果情况，以确保删除效果的可控性。措施包括：企业在删除完成后需向用户提供具体的删除结果清单，包括被删除的具体信息类别、删除的方式以及未能删除的原因（如法律例外或技术障碍）；对于已删除的信息，企业应提供技术细节，告知其是否已从服务器中彻底移除，以及是否同步完成了信息在第三方的删除；对于涉及跨境或复杂流转的个人信息，需额外特别说明信息在第三方的清除情况及耗时可能性。(3) 如果拒绝删除，企业必须向用户提供合理的解释说明。具体措施包括：详细列明拒绝的具体法律依据或合同条款，例如信息保留符合法律强制要求或用于防范诈骗；若因技术限制原因暂时无法删除，企业需说明原因，并提出后续解决方案，如定期更新信息处理状态或提升技术能力以满足用户需求；拒绝请求时，企业需为用户提供便捷的申诉流程，确保用户对拒绝决定具有进一步复核的机会。

此外，追溯性删除机制是数字时代退出权实现的关键延伸。当信息已经流转至第三方，用户仍应享有对其个人信息的追溯性删除权，以确保信息控制权在流转过程中不会被削弱。

可参考 GDPR 对被遗忘权的规定<sup>[63]</sup>，要求企业在用户请求删除后主动通知第三方处理者，并监督其清除行为。实践中可构建删除传导链条，即企业在接收用户请求后，通过协议驱动、API 接口或数据审计机制等方式将删除请求扩展至所有关联方，确保用户信息在整个数据生态链中被实质消除。

要更贴合实际地设计追溯性删除权，可以从企业与第三方的关联程度及信息用途的具体情境出发，明确同步清除重点场景的同时，又能合理分配企业与第三方之间的责任。首先是“关联程度”驱动的同步清除机制，企业与第三方的信息关联程度决定了追溯性删除的必要性与执行优先级。企业应根据以下两个维度进行分类，并明确同步清除的执行责任：(1) 高关联第三方，为直接参与用户服务或信息处理核心流程的第三方(如支付平台、物流服务商、广告投放机构)。此类第三方因与用户服务高度相关，企业需与其签订严格的信息处理协议，明确同步清除义务。一旦用户提出删除请求，第三方需在收到指令后立即清除相关信息并提供反馈报告。如电商平台需确保其物流合作商及时清除用户的订单详情，广告服务商需删除用于投放个性化广告的用户行为信息。(2) 低关联第三方，为去标识后仅间接使用数据或用于统计分析、不关联用户身份的信息处理机构。此类第三方对用户服务的影响较小，但特定情况仍可能需履行同步清除义务。企业可允许更宽松的响应时间，但需确保删除后信息无法追溯至用户身份。如信息被用于市场分析的匿名统计模型，可在确保匿名性的前提下延迟删除。接着是“用途驱动”的同步清除机制，结合普通信息和敏感信息的区分，信息用途决定了同步清除的紧迫性及清除范围，并划分清除责任：(1) **敏感用途信息**，涉及用户隐私较高的信息，如金融账户信息、医疗记录、个人身份识别信息等。对于此类信息，删除请求的实现需在用户隐私保护和合规要求之间寻找平衡，完全清除备份和日志记录可能违反监管要求。因此，可以采取“冻结使用”模式，即在接到用户删除请求后，企业将信息从活跃信息库中删除，将删除后的信息标注为“仅限监管审计”，并对其访问权限进行严格控制，仅在满足合规要求的情况下访问备份信息，并确保备份信息不再参与日常处理或商业用途例如商业分析或营销。如，用户注销银行账户要求删除账户信息，而反洗钱法规可能要求银行保留交易记录至少 5 年，银行可删除与用户账户相关的日常使用信息（如账户余额、交易详情），但保留与法规相关的必要记录，例如为满足反洗钱法规保留的历史交易记录；银行需通知关联支付平台、信用卡合作机构等同步删除非必要信息，仅保留满足法规要求的最小数据集，删除所有与个人识别直接相关的辅助信息，并由这些机构确认其删除范围及结果；银行还应通

---

<sup>[63]</sup> 《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR) 第 17 条。载：<https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/>，2024 年 4 月 19 日访问。

过用户界面向用户说明删除操作的范围与限制，例如：“您的账户已删除，关联交易记录已被标记为冻结状态，仅保留用于合规审计目的。”（2）**一般用途信息**，为用于非敏感场景的信息，如浏览行为记录、购买历史等。企业可允许第三方以技术措施代替清除（如去标识化或分级存储），但需确保用户请求的信息不再与其账户绑定。例如广告投放平台可将用户行为信息脱敏后用于非个性化广告。<sup>[64]</sup>同步清除责任的分配逻辑表如下：

分类维度	情形	企业同步清除责任	删除说明
第三方关联程度	高关联（如广告平台、支付系统）	必须签署清除协议，删除后反馈回执。	用户信息为交易或服务所必须，删除需即时生效。
	低关联（如统计分析方）	可延时响应，需完成去标识化处理。	无法识别用户身份的数据可脱敏替代删除。
信息用途类型	敏感用途信息（如账户、医疗）	可用“冻结+审计”机制限制访问。	删除主库数据，备份限制访问，仅供合规存档。
	一般用途信息（如浏览记录）	可分级删除，设置不同清除优先级。	可去标识处理，隔离存储，退出个性化服务。

图表 3：同步清除责任分配逻辑表

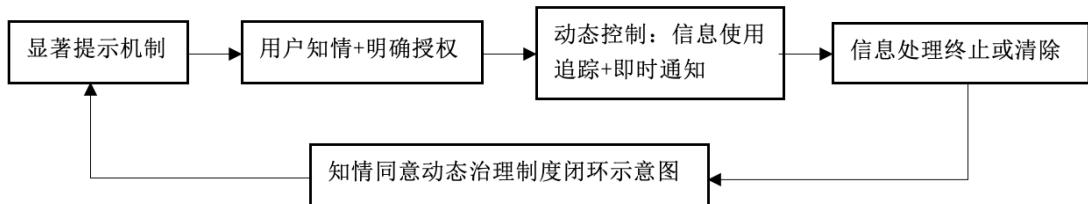
最后，第三方在完成删除操作后，需将删除结果反馈至平台，并由平台统一向用户提供追溯性删除的完成情况说明；对于已流转至跨境第三方的信息，平台需确保其删除机制符合当地法律规定，并为用户提供明确的信息，说明信息删除的进度和可能面临的技术或法律障碍。

“吴某某案”中，若平台已嵌入上述机制，则可有效缓解信息滥用与解绑失败的风险。如果电商平台设置了“一键撤回”功能，并在信息传递或共享前通过即时通知和请求再确认，吴某某即可快速撤销授权，避免信息被进一步使用或共享；若信息已流转，平台可通过使用日志查询路径，吴某某能通过追溯性删除机制要求平台清除相关数据，由平台指令第三方银行同步删除，并向吴某某反馈执行结果，杜绝信息滥用。整套机制将“被动发现风险”转化为“前置控制链条”，显著增强用户的信息自觉能力。

综上，退出机制，不应被理解为授权失败后的亡羊补牢，而应被重新定位为信息权利治理中的终结节点与制度兜底。其与动态同意、信息追踪、即时通知等机制共同构成用户权利循环的闭环体系，实现信息全过程动态治理路径，可以让用户在信息处理全生命周期中重新掌控主动权，也能避免信息滥用造成的信息“赤裸化”风险。为了更直观展示动态信息控制

<sup>[64]</sup> 参见郑志峰：《网络社会的被遗忘权研究》，载《法商研究》2015年第6期，第60页。

路径，本文设计如下制度流程图，上述讨论的机制共同构成知情—控制—退出的完整治理链条：



图表 4：知情同意动态流程图

## 五、结论与展望

本文以“知情同意：从静态到动态”为主线，立足《个人信息保护法》的制度基础，结合“吴某某案”及 GDPR、CCPA 等域外制度经验，分别从显著提示机制、动态控制机制及退出机制三个维度对当前制度进行解构与重构。文章不仅回应了实践中“知而不知、授权即失权”等静态同意困境，也在理论上对知情同意规则的本体属性进行了重新定位，为我国个人信息治理体系提供了重塑思路。

在规范层面，本文强调知情同意制度的合法基础在于信息自主原则，其法律功能应界定为信息处理合法性的违法阻却事由，而非授予无限使用的许可。知情同意本质应从形式表达的合法门槛走向动态交互的权利机制，其设计需围绕知情、选择、控制、退出四环节展开层层递进的制度安排。在此基础上，显著提示机制通过提高信息透明度克服“伪同意、被迫同意”等难题；动态控制机制实现用户对信息流转全周期的实质性参与；退出机制则通过撤回同意权与删除权完善信息保护的后端治理闭环。这些设计在增强法律可操作性的同时，为用户权益的全面保护提供了新的路径。

面对未来发展趋势，本文认为，在数字经济已成为驱动社会发展的重要力量的背景下，如何平衡个人信息保护与信息利用成为政策制定的核心议题，个人信息保护应与数字经济发展并行不悖。通过完善法律法规，明确企业与用户的权责边界，将信息保护融入数字生态，既能回应公众对隐私的高涨诉求，又能为经济活动提供可持续动力，实现信息保护与经济发展的双赢。<sup>[65]</sup>未来个人信息保护需与技术创新深度融合，例如通过区块链技术实现信息流转的全程透明化、不可篡改的记录，为用户提供可追溯的控制权。在实现信息完全去识别化后，部分数据可根据公共利益需要赋予企业有限的共享与利用权。这不仅能满足公共卫生、社会

<sup>[65]</sup> 参见晋瑞,王玥：《美国隐私立法进展及对我国的启示——以加州隐私立法为例》，载《保密科学技术》2019年第8期，第42页。

保障、经济监管等领域对信息的迫切需求，也能促进消费者福利和产业生态的良性发展。通过设立明确的信息利用规则，进一步规范信息的合法化使用，既能避免“地下交易”的风险，也为信息治理提供了可行的解决方案。<sup>[66]</sup>

综上所述，本文希望通过理论探讨与实践设计，为我国个人信息保护从静态合规路径走向动态治理模式提供有益的参考，也为数字经济时代实现信息利用与保护的平衡提供中国方案与学理贡献。

---

<sup>[66]</sup> 参见姚佳：《企业数据的利用准则》，载《清华法学》2019年第3期，第122页。

# 美国财产法中的社会义务规范\*

格雷戈里·亚历山大 著；吴昊阳 译\*\*

**摘要：**美国的古典财产法研究过于强调所有权专一排他的概念。这一偏颇的认知忽略产权的社会性质和其附加的社会义务，导致包括现行产权制度下并不符合财产“排他性”与“支配性”的多数法律与实践案例及其背后的道德规范理论缺乏深入研究。本文通过森和努斯鲍姆的可行能力进路理论发展财产权的这一另类解读模式，将其命名为社会义务规范理论，从而促进人类的繁荣（Human Flourishing）。相对于古典财产法中的狭义社会义务，这一版本避免了其对社会义务的定义缺失，弥补了其在解释所有产权的限制时无法解决的产权中的义务成分的问题；相较于其他社会契约理论版本的社会义务规范，本文论述的社会义务版本道德上更优，因其跳出了社区与个人的传统互惠关系，转而发展个人尊严生活所必需的能力（capabilities）和个人对滋养这些能力的社区所负有的义务。这一理论为美国的产权制度和法律实施提供了道德上更为丰富，充实的社会义务解读。相比于主流法经济学理论，这一更为完善的社会义务规范理论不将被局限于法经济学所信奉“福利”无法被量化为统一指标的核心问题，而使用更为多元化的指标来理解人类繁荣，并承认产权制度理论无法进行对福利的精确预测的局限性。

**关键词：**产权体制，阿马蒂亚·森，努斯鲍姆，社会义务理论，人类繁荣，法经济学

---

\* 原文参见：Gregory S. Alexander, *The social-obligation norm in American property law*, 94 CORNELL L. REV. 745, 745-820 (2008).

\*\* 格雷戈里·亚历山大（Gregory S. Alexander），康奈尔大学法学院 A·罗伯特·诺尔讲席教授；吴昊阳，康奈尔大学。

## 目 录

引 言 .....	29
一、古典自由主义产权理论中的社会义务规范 .....	33
二、基于社区的社会义务规范的契约论版本 .....	37
三、人类繁荣与所有权的社会义务 .....	39
四、社会义务的实践：初步分类学 .....	49
(一) 权利 (Entitlement) 牺牲 .....	50
1. 征收权 (Eminent Domain) .....	51
2. 妨害救济 .....	53
3. 救济再探：来自南非的比较视角 .....	56
(二) 使用牺牲 (Use Sacrifices) .....	62
1. 历史保护法规与《宾州中央运输公司诉纽约市案》 (Penn Central) .....	63
2. 环境法规 .....	66
3. 排他权：海滩使用权及其他争议 .....	70
(三) 对知识产权的一些影响 .....	77
1. 版权法 .....	77
2. 专利法 .....	79
(四) 社会义务规范的限制 .....	81
结 语 .....	83

本文旨在为产权体制理论提供一种与主流法经济学理论不同的理论。我将这种替代理论称为社会义务理论。

我认为，美国的财产法，无论是私法还是公法方面，都包含了一种社会义务规范，但这种规范从未被明确承认或系统地梳理过。我认为，对社会义务的恰当理解可以解释美国财产法中包括征用权到现代公共信托原则在内相当广泛的法律原则。在某些案例中，社会义务理论与法经济学得出相同的结果，在其他情况下则不然。但是，即使在得出相同结果的情况下，社会义务理论也提供了更优的解释。

在规范层面，我主张，我在此发展的社会义务规范版本在道德上优于其他社会义务规范的候选者。它之所以更优，是因为它最能促进人类的繁荣，即，使个体能够过上有尊严的生活。

基于森（Amartya Sen）和努斯鲍姆（Martha Nussbaum）的可行能力进路（capability approach）概念（该理论本身基于亚里士多德的观点，即人类是社会性和政治性的动物，而不仅仅是自给自足），社会义务理论认为，所有个体在其各自社区中都有义务促进对实现人类繁荣至关重要的能力（例如，自由、实践理性）。对于财产所有者而言，这具有重要的后果。如果我们接受个体培养人类繁荣所需能力的义务存在，并且假设这种义务延展到至少在剩余资源方面分享财产的义务，那么为了提升他人实现繁荣的能力，在自愿转让不足的情况下，国家应当被赋予权力，甚至可能有义务迫使富人与穷人分享他们的剩余资源，以便后者能够发展必要的能力。这并不意味着国家的权力，即使是在促进我们讨论的繁荣的能力方面，是无边界的。但国家正当管辖范围的界限是由同样的原则决定的：促进人类繁荣的能力所产生的需求——自由、实践理性和社会性。

## 引言

私人财产通常引发的是个人权利的概念，而非社会义务。毕竟，根据传统观念，私人财产的核心功能在于保护个人免受社会需求的影响，无论这种影响是以组织化的政治形式还是非政治化的集体形式体现的。当然，普通法长期以来承认了对财产权行使的限制，这些限制源于在土地使用冲突中对他人的需求的考虑。一个明显的例子是普通法上的妨害法（Nuisance Law），法院使用“享受自己的财产与自由的前提是不得去损害别人的”（“sic utere tuo ut alienum non laedas”）这一法谚作为此类法律的核心原则。然而，这种对财产权的限制只是例外，而不是常态，是外围而非核心。<sup>[67]</sup><sup>[68]</sup>大多数人对财产权的核心解读是所有者对财产拥有的一种排他性的绝对权力，且对他人没有任何其他的义务。<sup>[69]</sup>

这种观念是非常具有误导性的。许多人认为，排他权是所谓“权利束”<sup>[70]</sup>中最重要的一部分，但它也受到许多例外情况的约束，这些例外既存在于普通法中，也基于成文法或宪法规定。例如，普通法要求土地所有者允许警察进入私人土地，以防止犯罪发生或进行逮捕。<sup>[71]</sup>

<sup>[67]</sup> 该核心-边缘模型最早由 Duncan Kennedy 提出。参见 Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV.L. REV. 1685, 1737 (1976).

<sup>[68]</sup> 译者注：原文使用的 *periphery* 在注释中被用来概括古典到现代法律思想的转变中，应对古典个人主义强调的“法律自由的核心”所必须包含的源于其自身的限制，即自由必须包含限制，这一点构成了“核心理论的外围例外”，参见 Duncan Kennedy & 肖宁（Ning Xiao），私法判决的形式与实质（*Form and Substance in Private Law Adjudication*），46 私法（PRIVATE LAW REVIEW）233–308 (2007).

<sup>[69]</sup> See, e.g. Thomas W. Merrill, *Property and the Right to Exclude*, 77 NEB. L. REV. 730 (1998). 关于美国财产法中‘排除权’（即财产所有者排除他人使用其财产的权利）如何随着时间的推移发生变化的深刻讨论, see Eric T. Freyfogle, *The Enclosure of America* (Ill. Pub. Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 07-10, 2007), available at <http://ssrn.com/abstract=1024846>. 拉丽莎·卡茨（Larissa Katz）最近提出了一个富有启发性的区分，即所有权作为一种排他性权利与排除权之间的区别。她主张，排他性而非排除权才是所有权概念的核心，并指出：“所有权如同主权，是一种具有排他性的状态，其排他性并不依赖于排除他人使用该权利对象的权利。所有权的排他性仅仅意味着所有者处于一种特殊的地位，可以为资源设定议程。” Larissa Katz, *Exclusion and Exclusivity in Property Law*, 58 U. TORONTO L.J. 275, 277-78 (2008) (second emphasis added).

<sup>[70]</sup> See, e.g., J.W. HARRIS, *PROPERTY AND JUSTICE* 154-64 (1996); J.E. PENNER, *THE IDEA OF PROPERTY IN LAW* 68-104 (1997); Felix S. Cohen, *Dialogue on Private Property*, 9 RUTGERS L. REV. 357, 370-71 (1954); Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8, 12 (1927).

<sup>[71]</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 204 (1965).

更广泛地说，财产所有者<sup>[72]</sup>对他人（包括其他所有者和非所有者）负有比传统财产权利解读所暗示的更多的责任。财产权利的关联性是与生俱来的；<sup>[73]</sup>因为这一特性，所有者必然对他人负有义务。然而，在美国法律体系中，私人所有权的责任维度始终缺乏深入的理论化研究。法律将所有者的社会义务置于边缘地位，而诸如排除权等个人权利则占据了中心位置。

本文的目的是通过关注美国财产法中的社会义务规范来改变这种状况。<sup>[74]</sup>这篇文章主要在规范层面运作，但也做了描述性的工作。规范性主张是：我在此提出的版本的社会义务规范在道德上优于其他版本的社会义务规范理论。它之所以更优，是因为它最能促进人类的繁荣，即我的社会义务规范版本使个体能够过上符合人类尊严的生活。在某些情况下，它也可能提升社会效用、经济效率或其他价值；但这些价值并非其主要规范基础。尽管本文发展的社会义务理论并不忽视效率、功利主义或类似考虑，但其首要的目标是促进人类的繁荣。

从事实层面来看，我主张美国财产法在某些时候和某些地方承认了类似于我在此提出的这种社会义务规范。然而，法院在执行这一规范时，仅是零星地、隐性地加以适用。我并不认为美国财产法广泛认可这种社会义务规范。不过，我确实主张，社会义务理论可以解释并正当化一些最近极具争议的司法决定，特别是那些涉及排他权的决定。

其中一些学说和法律实践不仅仅存在社会义务规范理论这一种解释方式。这一点尤其适用于法经济学，<sup>[75]</sup>其涵盖理论极广，能够从最大化社会福利的角度解释大量的现象。在这方

[72] 在使用“财产”一词作为权利主张的对象时，我指的是人们可能称之为“传统意义上的财产”，尤其是土地。绝大多数的征用权争议（尤其是在美国）都涉及土地。当我将财产权与获取食物和住所的权利联系起来时，我突破了对财产的传统理解，将社会经济权利纳入其中。我绝不是第一个建立这种联系的人。一些所谓积极权利（即社会经济权利）的支持者采取的一种策略是，采用共产主义的财产定义，即把财产视为个人身份、自我治理以及参与公民生活的物质基础。根据这一定义，社会经济权利是一种财产权，甚至可能是最重要的一种。在美国宪法法学中，这一观点的主要倡导者是弗兰克·米歇尔曼（Frank Michelman）如需一个较早的例子，见 Frank I. Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 WASH. U. L.Q. 659, 659-61. 在其他国家，财产权与社会经济权力之间的制度性关联所引发的争议，普遍低于美国。

[73] 部分涉及财产权关联性的重要文献如下：JOSEPH WILLIAM SINGER, ENTITLEMENT: THE PARADOXES OF PROPERTY (2000);

[74] 有关与本文所发展的社会义务理论有相似之处的其他学术著作之例证，参见 Eric T. FREYFOGLE, THE LAND WE SHARE: PRIVATE PROPERTY AND THE COMMON GOOD (2003); Eric T. FREYFOGLE, ON PRIVATE PROPERTY: FINDING COMMON GROUND ON THE OWNERSHIP OF LAND(2007); SINGER, *supra* note 6; UNDERKUFFLER, *supra* note 6; Kevin Gray, *Land Law and Human Rights*, in LAND LAW: ISSUES, DEBATES POLICY 211 (Louise Tee ed., 2002); Purdy, *supra* note 6; Joseph William Singer, *Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society*, 94 CORNELL L. REV. 1009 (2009); Joseph William Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 611 (1988); David Lametti, *The Objects of Virtue* (unpublished manuscript, on file with author).

[75] 在本文开头需要阐明一个重要术语问题。在整篇文章中，我将使用“法经济学”或“法经济学传统”这些术语来涵盖所有通过某种标量指标（例如“福利”、“财富”、“效用”、“偏好”或其他相关指标）评估其他法律制度的规范性立场。另一个我本可以用来涵盖所有这些分析模式的术语是“结果主义”，但该词有多种不同含义，包括功利主义和福利经济学。参见菲利普·佩迪特（Philip Pettit），《结果主义》，载于《伦理学伴侣》第 230 页，230-31 页（彼得·辛格（Peter Singer）编，1991 年）。鉴于“法经济学”一词在法学研究中的广泛使用，我更倾向于使用这一术语。

我将把我的社会义务方法与各种法律学者在“法经济学”传统下采用的一整套方法进行对比。因此，我考虑到了一个事实，即自 20 世纪 70 年代以来，法经济学已经分裂为许多变化形式，当时理查德·波斯纳法官

面，法经济学理论和社会义务理论的解释并不一定是互斥的。然而，正如我将讨论的那样，在某些情况下，法经济学的解释显得牵强附会，甚至有些不真诚；相对应的，社会义务理论提供了更优的解释。其优越性的一部分源于这样一个事实：社会义务理论直接，坦率地承认，在很多时候，很难确定在各种可能的制度或离散决策中，哪一种最能促进人类的繁荣。人类的繁荣，正如我将在后面讨论的那样，本质上是一个多方面的价值。许多法经济学学者常常被这一点所困惑或干扰他们的分析，导致其出现不真诚的问题。

一开始，我必须澄清明确一个关于财产及其与社区和人类繁荣关系的重要论点。如我之后将论证的那样，与他人共同生活以及对某些资源的获取都是人类繁荣的必要条件。只有当财产权及其相应的义务与社区和人类繁荣相一致时，它们才被视为值得国家认可的社会利益。为了促进人类的繁荣，社区（或者更通俗地说，国家）赋予了对拥有，使用，支配资源的法律认可。因此，当国家拒绝通过法律手段认可那些与人类繁荣或社区本身不一致的资源主张时，国家并没有剥夺什么。在这种情况下，社区不仅仅是给予。国家的法律本就是社区一开始将预法律的主张转化为法律认可的财产权的有效手段。只有那种与人类繁荣和社区本身一致的资源获取形式才能被社会认知为财产。因此，社会义务规范实际上就是法律对这种直接概念延伸的认可，而这种方式正是法律体系为私有财产制度本身提供正当性的依据。另一种表达这一点的方式是，使私有财产成为社会物品的必要条件也是限制其范围的因素，即人类的繁荣。

近年来，法经济学分析主导了财产法研究。本文的一个目标是为这种分析财产纠纷的方法提供一种替代方案。尽管法经济学理论确实为一系列广泛的财产问题提供了重要的见解，但其分析角度有限，有时存在缺陷。或许法经济学理论最大的缺陷在于其对道德价值和道德问题的分析过于贫乏。<sup>[76]</sup>其他学者已经详细批评了法经济学理论因过度关注总体社会福利导致的道德和其他理论分析上的缺陷；<sup>[77]</sup>我在这里不做赘述。

首次提出“财富最大化”是唯一相关的价值（尽管他后来放弃了这一立场）。参见下文注释 11。比较理查德·A·波斯纳(Richard A. Posner),《法律的经济分析》(Economic Analysis of Law) (第 1 版, 1972 年), 与理查德·A·波斯纳,《法律理论的前沿》(Frontier of Legal Theory)第 95-99 页 (2001 年) [以下简称波斯纳,《前沿》]。

“效用”、“财富”、“福利”等概念之间的差异和相似之处在罗伯特·霍基特 (Robert Hockett) 的《认真对待分配》(Taking Distribution Seriously) (康奈尔法律研究论文系列第 08-004 号, 2008 年) 中得到了严格分析，并对这些概念进行了批判性评估，可访问 <http://ssrn.com/abstract=110821>。

<sup>[76]</sup> 对于法经济学道德理论弱点的一个特别生动的例子，见 Louis Kaplow & Steven Shavell, Moral Rules, the Moral Sentiments, and Behavior: To-ward a Theory of an Optimal Moral System, 115J. POL. ECON. 494 (2007) and Louis KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE (2002).

<sup>[77]</sup> Jules L. Coleman, The Grounds of Welfare, 112 YALE L.J. 1511 (2003) (book review); Richard H. Fallon, Jr., Should We All Be Welfare Economists, 101 MICH. L. REV. 979 (2003); Daniel A. Farber, What (If Anything) Can Economics Say About Equity, 101 MICH. L. REV. 1791 (2003) (book review); Robert Hockett, Minding the Gaps: Fairness, Welfare, and the Constitutive Structure of Distributive Assessment (Cornell Legal Stud. Research Paper Series No. 06-039, 2006), available at <http://ssrn.com/abstract=933129>. 关于对法经济学理论的道德基础的一般

然而，法经济学传统的一个弱点值得额外提起。法经济学对财产的分析实际上是在寻找一种方式来证明社会义务规范。如果所涉及的标量最大化目标是“福利”或“效用”，那么社会义务就是最大化福利或效用，即使这样做需要否认某人主张的财产权。我在本文中提出的基于人类繁荣的社会义务规范版本，是对法经济学学者们正在摸索的东西的一种更好的诠释。它之所以更优，是因为社会义务规范认识到（而法经济学理论往往没有认识到），人类的繁荣不能归结为任何单一的标量指标。在使用像“福利”这样的更丰富、多元化的指标进行法经济学分析的情况下，社会义务规范否认可以在事前精确衡量多种相关价值。

本文中提出的社会义务理论明确承认以下两点：第一，人类繁荣是一个多变量的概念；第二，人类繁荣的多个相关组成部分是无法被统一的标准量化比较的。由于多个相关的因素（例如营养、教育等的综合获取）无法被赋予可比较的权重，因此它们无法被纳入一个能够实现精确事前预测的单一社会福利函数中。社会义务理论承认这一事实，并坦率地承认，我们最明智的做法就是不再假装能够进行精确的事前预测。<sup>[78]</sup>

本文开篇概述了古典自由主义财产理论中的社会义务规范。在第一部分中，我将这种较为单薄的社会义务规范概念与另一种更为丰富、更为有力的概念进行了对比。这第二种概念将所有权的社会义务与“社区”的理念联系起来；而“社区”这一概念正是我希望在此深入探讨的核心。由于存在多种关于社区的构想，基于社区的社会义务规范也可能有不止一个版本。第二部分聚焦于其中一个重要的版本，由哈诺赫·达根（Hanoch Dagan）院长在一系列具有重大影响力论文中提出。<sup>[79]</sup>我将这一版本称为契约论，以强调该理论如何基于契约互惠原则来定位和证明私人所有者对社会所负的责任。第三部分是本文的核心内容，描述并捍卫了一种旨在促进人类繁荣的社会义务规范版本。该版本借鉴了玛莎·努斯鲍姆（Martha Nussbaum）和阿马蒂亚·森（Amartya Sen）近年来提出的可行能力理论。<sup>[80]</sup>最后，我主张，

性批判，见，for example, ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETH- ICS AND ECONOMICS (1993); JULES L. COLEMAN, MARKETS, MORALS, AND THE LAW 95-132 (2d prt g. 1990); RONALD DWORAKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 237-66 (1985); MARGARET JANE RADIN, CONTESTED COMMODITIES 16-29 (1996). 对于功利主义（utilitarianism）的一般性批判，现代经典著作是 Bernard Williams, A Critique of Utilitarianism, in J.J.C. SMART & BER- NARD WILLIAMS, UTILITARIANISM: FOR AND AGAINST 77-150 (1973).

<sup>[78]</sup> 同样的认识可能解释了波斯纳法官放弃财富最大化原则，转而支持他定义的实用主义。见，e.g., POSNER, FRONTIERS, Supra note 8, at 95-144; Richard A. POSNER, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE 26-33 *passim* (1990).

<sup>[79]</sup> 见，e.g., Hanoch Dagan, Just Compensation, Incentives, and Social Meanings, 99 MICH. L. REV. 134 (2000) [hereinafter Dagan, Just Compensation, Incentives, and Social Meanings]; Hanoch Dagan, The Social Responsibility of Ownership, 92 CORNELL L. REV. 1255 (2007) [here- inafter Dagan, The Social Responsibility of Ownership]; Hanoch Dagan, Takings and Distributive Justice, 85 VA. L. Rv. 741, 771 (1999) [here in after Dagan, Takings and Distributive Justice].

<sup>[80]</sup> 见，e.g., MARTHA C. NUSSBAUM, WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT: THE CAPABILITIES APPROACH (2000); AMARTYA SEN, COMMODITIES AND CAPABILITIES (1985) [hereinafter SEN, COMMODITIES AND CAPABILITIES]; AMARTYA SEN, DEVELOPMENT AS FREEDOM (1999) [hereinafter SEN, DEVELOPMENT AS FREEDOM]; Martha C.

这里所捍卫的社会义务规范实际上已经隐含在美国现行财产法的许多方面。为了说明这一点，我简要讨论了几个法律原则领域，这些原则可以基于社会义务规范的强有力公民版本加以解释。我所选择的例子分为两类。第一类包括财产所有者被迫以货币补偿的形式牺牲其权利的情况。用圭多·卡拉布雷西法官 (Judge Guido Calabresi) 和 A. 道格拉斯·梅拉梅德 (Judge A. Douglas Melamed) 的话来说，<sup>[81]</sup>这些是权利受责任规则而非产权规则保护的案例。第二类例子包括财产所有者虽保有资产的所有权，但因司法或立法监管而失去某种使用权的情况。总的来说，这两类涵盖了几乎所有的集体财产权益限制范围。在每个类别中，我提供了几个例子，并说明它们如何解释为隐含的社会义务规范的实施。此外，我还讨论了一个重要的、近期的南非宪法财产案例，其中法院的分析与社会义务理论高度共鸣。

我并不是主张美国财产法目前已经完全体现了我在此捍卫的社会义务规范相对有说服力的版本。任何对美国财产法稍有了解的人都知道，这样的说法简直是无稽之谈。例如，美国征收法之所以如此模糊，原因之一就在于美国法院未能公开承认，更不用说深入发展宪法意义上的财产的社会义务维度。<sup>[82]</sup>相反，我的观点是，本文阐述的社会义务规范理论解释了许多最具争议性的法律实践，在这些情况中，所有者被要求牺牲其权利的某些用途或权利本身。

认识到私人所有权隐含的社会义务是一回事；而将这种义务明确承认为财产法的正式要素则是另一回事。尽管美国财产法确实隐含地承认了一种社会义务规范，但缺乏对该规范的系统性发展。由于美国法院从未明确将社会义务规范正式纳入征收法理学中的考量，因此从未发展出该义务的具体轮廓。本文试图填补这一空白。

## 一、古典自由主义产权理论中的社会义务规范<sup>[83]</sup>

存在多种关于社会义务规范的概念，但其中两种尤为值得注意。第一种基于古典自由主义。这种概念对私人所有权的社会义务提供了非常狭隘的理解。古典自由主义对于社会义务的解读仅限于英美普通法中避免造成妨害的消极义务。这种方法通过“享受自己的财产与自

---

<sup>[81]</sup> Nussbaum, The Supreme Court 2006 Term, Foreword, *Constitutions and Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism*, 121 HARV. L. REV. 4 (2007); Amartya Sen, *Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984*, 82J. PHIL. 169 (1985).

<sup>[82]</sup> 见 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

<sup>[83]</sup> GREGORY S. ALEXANDER, THE GLOBAL DEBATE OVER CONSTITUTIONAL PROPERTY 7 (2006).

<sup>[83]</sup> Part I draws heavily from Gregory S. Alexander & Eduardo M. Peñalver, *Properties of Community*, 10 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 127 (2009).

由的前提是不得去损害别人的” (sic utere tuo ut alienum non laedas) 这一法谚和一种较弱的积极义务来体现，即为公共物品的提供做出贡献，例如国防、执法和消防服务。<sup>[84]</sup>

法经济学对于这一视角的理解阐述了所有者对其社区所承担的积极义务，其依据是众所周知的“搭便车问题”和“钉子户问题”。<sup>[85]</sup>个体所有者有义务向公共财政作出贡献，因为私人自愿提供公共物品的方式因高昂的交易成本、搭便车行为和钉子户而难以实现。在个人所有者的社会责任义务必须参与的项目清单中，明显缺失的是为了福利平等而进行的财富再分配。将财富再分配排除在合法的社会责任目标范围之外，会对某些政策的可行性产生严重质疑，例如累进所得税、社会保障税和失业保险税。<sup>[86]</sup>社会义务规范的简化版本仅要求所有者在提供狭义定义的公共物品时采取积极行动。

这一版本下的社会义务规范在狭义上的概念虽然存在错误，但相比之下，其极度不完整和不确定的特性才是更为严重的问题。它在描述上并不准确，而这种描述上的不准确性也使其在理论层面缺乏吸引力。正如约瑟夫·辛格 (Joseph Singer) 所指出的：“人们普遍理解的是，所有者不能利用其财产来伤害他人，但人们往往没有意识到，真正困难的是界定这一原则的具体边界。”<sup>[87]</sup>

将“伤害原则”作为定义所有权社会义务的基础的问题在于，它误导了所有者，使他们相信威廉·布莱克斯通 (William Blackstone) 对所有权的描述——赋予所有者对其财产“唯一且专制的支配权”<sup>[88]</sup>——是准确的。然而，这一描述即便在布莱克斯通的时代也不准确，<sup>[89]</sup>而在今天则更加不准确。现代财产法对所有者设定了广泛的责任。例如，房东必须采取措施确

<sup>[84]</sup> 见, e.g., ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 26 (1974) (discussing "the night-watchman state of classical liberal theory, limited to the functions of protecting all its citizens against violence, theft, and fraud, and to the enforcement of contracts").

<sup>[85]</sup> 本段在讨论社会义务狭义的法经济学理论模式时，我所指的并非一般意义上的法经济学理论，而是其中一种特定但颇具影响力的版本，通常与右翼知名学者如理查德·爱泼斯坦 (Richard Epstein) 和米尔顿·弗里德曼 (Milton Friedman) 相关联。参见，例如，Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985) [下文简称 Epstein, *Takings*]; Milton Friedman, *Capitalism and Freedom* (1962)。爱泼斯坦的观点或许更准确地应被归为自由意志主义，并与罗伯特·诺齐克 (Robert Nozick) 相呼应，后者明确拒绝功利主义。参见 Nozick, 前引注 17, 第 26–53 页。然而，爱泼斯坦已明确承认其自由意志主义理论受到功利主义的约束，且其著作深受经济分析的影响。参见，例如，Richard A. Epstein, *Skepticism and Freedom: A Modern Case for Classical Liberalism* (2003) [下文简称 Epstein, *Skepticism and Freedom*]; Richard A. Epstein, *Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*, 8 J. Legal Stud. 49 (1979)。主流经济学家虽不支持通过财产法进行财富再分配，但他们在效用或福利最大化的基础上，支持通过其他手段（尤其是税收）实现再分配。参见，例如，A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* 9–10 (2d ed. 1983)。

<sup>[86]</sup> 见 EPSTEIN, *TAKINGS*, *supra* note 18, at 295–303, 309–12.

<sup>[87]</sup> SINGER, *supra* note 6, at 16.

<sup>[88]</sup> WILLIAM BLACKSTONE, 2 *COMMENTARIES* \*2.

<sup>[89]</sup> For what Blackstone actually thought, see Carol M. Rose *Canons of Property Talk, or, Blackstone's Anxiety*, 108 YALE L.J. 601, 603–06 (1998); David B. Schorr, *How Blackstone Became a Blackstonian*, 10 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 103 (2009), available at <http://www.bepress.com/til/default/voll0/iss1/art5>.

保为租户提供适于居住的条件，包括维护空调系统的良好运行。<sup>[90]</sup>住宅房地产的所有者有义务向潜在买家披露其所知的全部房产缺陷，其中包括——按照某种观点——邻里噪音问题。<sup>[91]</sup>土地所有者不得以干扰邻居获取用于太阳能发电的阳光的方式在其土地上建造建筑物。<sup>[92]</sup>法律对所有者的责任清单还在不断增加。

社会义务规范的简化版本构成了米歇尔曼（Michelman）所称的宪法财产权的“占有性”概念的基础。根据宪法财产权的“占有性”版本，米歇尔曼指出：“我们主要从宪法意义上将财产理解为一种反再分配原则，反对政府为了实现分配目标而干预现有的财产持有制度。”<sup>[93]</sup>正如米歇尔曼所指出的，即使在这种“占有性”的宪法财产观念下，社会义务规范也可以得到扩展和深化。这一概念不仅有时接受为纠正“市场失灵”而采取的范围出奇广泛的监管措施，还可能容忍国家以必要的健康或安全措施为由明确采取的再分配行动。<sup>[94]</sup>然而，正如米歇尔曼所指出的，在这些情况下，我们接受时未免感到不满（至少在某种程度上，当我们受到薄弱的社会责任思维的影响时），即使我们不承认监管已经逾越了所有者个人自主区域与国家为提供公共物品而行动的合法需求之间的界限。<sup>[95]</sup>

社会义务规范的狭义概念在美国最高法院几年前的一个有争议的裁决中得到了体现。在卢卡斯诉南卡罗来纳海岸委员会案（Lucas v. South Carolina Coastal Council）中，<sup>[96]</sup>法院在大法官安东·斯卡利亚（Justice Anton Scalia）的意见中裁定，如果一项旨在保护公共安全和生态安全以对抗飓风的州环境法规对土地所有者的经济影响是将其土地价值减至零，则该法规本身即属违宪。然而，法院对此绝对规则做出了一个有限的例外。该例外表明，如果土地所有者计划的土地用途根据传统州法律而非联邦法律构成妨害，那么该法规将是合宪的。州最高法院认为，由于该法规旨在消除公共危害，并引用了美国最高法院之前的几项裁决，因此并未构成违宪征收。<sup>[97]</sup>这些案例普遍被认为表示，只要土地使用法规旨在防止对公众的危

---

<sup>[90]</sup> 见 Park Hill Terrace Assocs. v. Glennon, 369 A.2d 938, 941-42 (N.J. Super. App. Div. 1977).

<sup>[91]</sup> 见 Alexander v. McKnight, 7 Cal. Rptr. 2d 453, 455-56 (Cal. App. 1992).

<sup>[92]</sup> 见 Prah v. Maretti, 321 N.W.2d 182, 186-91 (Wis. 1982).

<sup>[93]</sup> Frankl.Michelman, Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property, 72 IOWA L. REV. 1319, 1319 (1987).

<sup>[94]</sup> 见 *id.* at 1319-20.

<sup>[95]</sup> 见 *id.*

<sup>[96]</sup> 505 U.S. 1003 (1992).

<sup>[97]</sup> 见, e.g., Goldblatt v. Hempstead, 369 U.S. 590, 595-96 (1962) (holding that use of a state's police powers to proscribe excavation on private property was appropriate in light of public safety concerns); Miller v. Schoene, 276 U.S. 272, 281 (1928) (holding that use of a state's police powers to mandate destruction of diseased trees was appropriate to protect other economic interests); Hadacheck v. Sebastian, 239 U.S. 394, 409 (1915) (upholding a city ordinance prohibiting brick making despite no other potential use for an owner's land).

害，无论对受影响的土地所有者带来何种经济影响，该法规都是有效的。<sup>[98]</sup>然而，斯卡利亚大法官对这些案例提出了新的解释，大大削弱了它们的影响。他指出，“公共危害消除”测试，也称为“有害使用”测试，实际上不过是确定相关法规是否属于国家所谓的“警察权力”范围的一种早期表述。也就是说，消除危害的原则只是在判断一项法规是否为合法政府控制手段。<sup>[99]</sup>在他看来，因为一项受质疑的土地使用规定试图减轻公共妨害而认为它是合法的不过是说该规定是政府权力的合理行使。这并不一定意味着该规定就不能根据第五修正案的公正补偿条款成功地被挑战为征用。<sup>[100]</sup>

斯卡利亚大法官在公共妨害减轻测试中增加了一项进一步的内容。他指出，如果一项土地使用规定使得土地的市场价值降为零，那么除非土地所有者的预期用途构成公共妨害，否则该规定将被视为违宪的征用而被推翻。<sup>[101]</sup>现在，妨害法以其模糊性著称；许多法院在甄别哪些行为构成公共妨害的问题时采取的方法通常是多变的，并考虑到了社会状况的变化。例如，这些法院认识到，一百年前公众可能接受的活动，在今天拥挤的城市环境中已不再被接受。然而，这并不是斯卡利亚大法官的观点。他断言，只有在“将这些财产用于现行法律所明令禁止的目的，自始至终都是非法的，并且……州随时可以明确阐明妨害法和财产法背景原则的含义”的情况下，国家才能在将财产的价值化为乌有的情况下，免于对所有者补偿的义务。<sup>[102]</sup>换句话说，只有历史上州法律一直视为妨害使用的法规才不会触发国家对所有者进行补偿的义务。实际上，这种对“有害使用”原则的解读冻结了那些在宪法意义上属于妨害的土地使用——这意味着所有者对其福祉负有公众责任，且国家可以在不补偿的情况下对其进行监管——仅限于州普通法历史上从未允许过的那些行为。

这种版本的“有害使用”原则是发展社会义务规范的一种方法。它将该规范锚定于一个固定的私法原则之中，有助于使社会义务规范的适用范围变得相对清晰和可确定。然而，这一优势仅仅是表面的。正如哈里·布莱克蒙法官（Justice Harry Blackmun）在他的卢卡斯一案的异议中<sup>[103]</sup>以及一些学者所指出的那样，<sup>[104]</sup>斯卡利亚大法官处理妨害例外范围问题的方法面临着许多问题。为什么单单是法官制定的法律而不是成文法或普通法来定义妨害以便适用于

<sup>[98]</sup> 见 DAVID A. DANA & THOMAS W. MERRILL, *Property: Takings* 147-48(2002).

<sup>[99]</sup> 见 Lucas, 505 U.S. at 1022-25.

<sup>[100]</sup> 见 *id.* at 1026.

<sup>[101]</sup> 见 *id.* at 1027.

<sup>[102]</sup> *Id.* at 1030.

<sup>[103]</sup> 见 *id.* at 1052-55 (Blackmun, J., dissenting).

<sup>[104]</sup> 见 e.g., DANA & MERRILL, *supranote 31*, at 106-09; Lynn E. Blais, *Takings, Statutes, and the Common Law: Considering Inherent Limitations on Title*, 70 S. CAL. L. Rev. 1 *passim* (1996); William T. Fisher 111, *The Trouble with Lucas*, 45 STAN L. REv. 1393, 1406-08 (1993).

征用法？为什么联邦法官在为解读宪法目的定义州法律时应服从州法院，而不是自己解释州法律？为什么妨害法的意义要停留在十九世纪？就普通法的控制而言，如果背景判例以动态的方式定义了妨害，形成了一个不断演变的妨害法体系而非静态的体系，又该如何？<sup>[105]</sup>即使我们假设将社会义务规范限制在传统的妨害法中是符合规范的，如卢卡斯案所示，这种做法也很难以斯卡利亚大法官所设想的那种清晰和确定的方式实施。

与其像斯卡利亚大法官那样探究土地所有权本身固有的限制，不如通过直接聚焦于所有权的义务来发展社会义务规范。义务的语言在美国征用法学中绝非缺失。正如费利克斯·弗兰克福特大法官（Justice Felix Frankfurter）所说，财产因公用而被征用的责任以及因行使警察权力而导致的损失，“适当地被视为普通公民责任的一部分。”<sup>[106]</sup>

但是，尽管美国法院在征用案件中偶尔援引了义务和责任的语言，<sup>[107]</sup>法院并没有系统地着手发展出一个连贯的关于所有权社会义务的宪法规范。相反，法院在征用案件中零星地使用义务的语言，但在美国法律中没有任何基于宪法持续的规范，即类似于基于私人所有权包含为促进社区集体利益而行动（或不行动）义务的理念。

一个完全发展的社会义务规范需要某种社会愿景，即某种实质性的公共利益概念，作为行使私人所有权权利和义务的基本背景。当然，有许多概念竞相描述社区的集体利益。正因如此，所有权的社会义务的实质范围高度且不可避免地具有争议性。正如凯文·格雷（Kevin Gray）指出的，“关键在于维持个人与社区利益之间政治平衡的对立观点。”<sup>[108]</sup>格雷接着指出，明确界定私人所有权中的哪些社会义务“突显了关于公民身份隐含内容的关键问题。”<sup>[109]</sup>

## 二、基于社区的社会义务规范的契约论版本

社会义务规范的第一种概念基于一种社会愿景，正如哈诺赫·达根院长所言，“这种愿景低估了归属于一个社区的重要性，纯粹从工具性角度看待我们作为社区成员的身份，并坚持认为我们作为这样一个社区成员的相互义务要么源自我们的同意，要么源自个人利益。”

<sup>[110]</sup>

---

<sup>[105]</sup> For a penetrating critique of Justice Scalia's version of originalism generally, 见 Bernadette Meyler, *Towards a Common Law Originalism*, 59 STAN. L. REV. 551 (2006).

<sup>[106]</sup> *Kimball Laundry Co. v. United States*, 338 U.S. 1, 5 (1949).

<sup>[107]</sup> 见 cases cited *supra* note 30.

<sup>[108]</sup> GRAY, *supra* note 7, at 240.

<sup>[109]</sup> *Id.*

<sup>[110]</sup> DAGAN, *Takings and Distributive Justice*, *supra* note 12, at 771-72 (citation omitted).

社会义务规范的第二种概念则要丰富得多。<sup>[111]</sup>它在第一种概念的基础上进一步发展，认真对待社区归属的理念，并以此为基础构建了一种即使聚焦于社区也依然维护自由主义的社会义务理论。近年来，达根在一系列重要文章中最为全面地发展了这种契约主义的、<sup>[112]</sup>基于社区的社会义务概念。<sup>[113]</sup>达根致力于规范性地发展财产法的社会维度，无论是在私法领域还是公法领域。任何关于社会义务规范理论的理论建构，其基础都在于正义理论。但显然，许多正义理论相互竞争。支撑那种单薄的、非基于社区的社会义务规范概念的正义理论是古典自由主义，这与例如爱泼斯坦等人提出的宪法财产权保护方法所依据的理论相同。<sup>[114]</sup>基于社区的社会义务规范概念必须建立在一种能容纳更大程度财富再分配的正义理论之上，这种理念似乎构成了达根所发展的宪法财产权方法的基础。<sup>[115]</sup>他的方法似乎基于一种明显自由主义的正义理论，但并非古典自由主义，至少不完全一致。

我相信，他对于社区的理解清楚地表明了其理论仍然牢牢扎根于自由主义政治传统。<sup>[116]</sup>

达根的“社区”概念与早期的“社区”理论版本有一个共同点，即都坚持方法论上的个人主义。也就是说，它假定社会组织的基本单位是个人，并且认为个人从一开始就是完全自主的。<sup>[117]</sup>从这个角度来看，社区是由自主的个体聚合而成的共同体，他们自愿联合起来以实现某些特定的共同目标。社区的价值仅在于它有助于满足某些个人偏好，<sup>[118]</sup>社区本身从来不是目的。根据这种观点，自我与社区之间的关系既是契约性的，又是福利主义的。<sup>[119]</sup>自

[111] 此类观念的例证参见 SINGER, *supra* note 6, at 197-216; DAGAN, *Takings and Distributive Justice*, *supra* note 12, at 771-73; JOSEPH WILLIAM SINGER & JACK M. BEERMANN, *The Social Origins of Property*, 6 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 217, 241-48 (1993).

[112] 有必要澄清我使用“契约主义”(contractarian)这一术语的含义。契约主义是道德哲学中一种广泛的方法论路径，它并不产生任何特定的实质性道德立场。因此，尽管许多自由意志主义者（如诺齐克(Nozick)）使用了契约论的论证，但契约论方法也被用于支持财富再分配的观点，例如约翰·罗尔斯(John Rawls)的理论。参见，例如，EPSTEIN, TAKINGS, *supra* note 18, at 334-44（比较罗尔斯和诺齐克的理论）；NOZICK, *supra* note 17, at 10-53（阐述了最小国家的哲学依据）。需要强调的重要一点是，不要将契约论与自由意志主义混为一谈。

[113] 见, e.g., DAGAN, *Just Compensation, Incentives, and Social Meanings*, *supra* note 12; DAGAN, *The Social Responsibility of Ownership*, *supra* note 12; DAGAN, *Takings and Distributive Justice*, *supra* note 12.

[114] 见 EPSTEIN, TAKINGS, *supra* note 18, at 331-34.

[115] 见 DAGAN, *Takings and Distributive Justice*, *supra* note 12, at 767-91.

[116] 见同上. at 774-75.

[117] 见同上. at 771-74.

[118] 见同上. at 791-92.

[119] 达根(DAGAN)主张，他的社区理论不是契约性的，而是构成性的。参见哈诺赫·达根(HANUCH DAGAN)，《重新构想征用法》(Re-Imagining Takings Law) 7-8页(2007年9月1日)(未发表手稿，作者存档)[以下简称达根，《重新构想征用法》]。然而，他也拒绝牺牲伦理，认为所有者不应承担任何涉及自身牺牲的义务，而只有在有充分理由相信所有者会因放弃某些权利而在短期或长期内获得某种利益时，才应被要求放弃其偏好的用途。参见达根，《征用与分配正义》(Takings and Distributive Justice)，注释12，第769-70页。然而，这种在某些放弃的偏好与互惠收益之间的联系，正是使他的理论具有契约性质的原因。可以肯定的是，达根的理论并不要求任何即时或直接的“以牙还牙”式的交换，但它确实将所有者的义务限制在这样一种情况下：即所有者在其财产相关的事务中能够获得某种由国家促成的利益。相反，社会义务理论之所以是非契约性的，正是因为它不要求证明短期内或长期内可能获得的利益，就能为不执行某些所有者偏好的用途提供正当理由。

我与社区通过相互协议（有时是明确的，但通常是隐含的）联系在一起，彼此联合以追求某些共同的目标。<sup>[120]</sup>

根据这种契约论的社区理论，促使自我作为一个或多个社区成员行动的动机是偏好的最大化。个人在群体中相互结合是为了最大化他们个人的福祉。如果个人持有查尔斯·泰勒所称的“趋同”利益，他们会选择与他人一起行动并作为（社区）成员参与其中，而泰勒将这种利益与“共享”的利益区分开来。<sup>[121]</sup>趋同利益是指那些个人拥有共同兴趣的利益；例如，租户们在防止大楼发生火灾方面的共同利益。相比之下，当某物之所以成为一种利益正是因为它是被共同追求和珍视的时候，这就是所谓的“共享”利益。<sup>[122]</sup>这种利益不是我的——而是我们的。在趋同性利益的情境中，个人追求自身目标时，其目标恰巧与他人的目标相一致。

<sup>[123]</sup>需要注意的是，这些利益并不构成群体或社区的一部分。

从这种契约论的视角来看，社区只有在其所提出的要求有可能在长期内（即使不是短期内）回报社区中的每一位成员时，才有正当性向成员提出这些要求。<sup>[124]</sup>也就是说，无论在政治或其他性质的社区中，都无权要求成员做出无法被补偿的牺牲，即便从长远来看也是如此。

<sup>[125]</sup>未获补偿的非自愿牺牲违反了对个人自主权和对正当的个体预期的基本承诺。<sup>[126]</sup>如果我们可以合理地预测个人所承担的长期总负担将与其获得的长期总收益相平衡，那么要求个人为公共利益做出牺牲就是合理的。<sup>[127]</sup>

### 三、人类繁荣与所有权的社会义务<sup>[128]</sup>

存在一种关于社区的第二种概念，它比达根（Dagan）的观点更为丰富，也因此在某种意义上要求更高。在其他场合，我的同事爱德华多·佩尼亚尔弗（Eduardo Peñalver）和我将这种更为丰富的社区概念称为“本体论”概念。<sup>[129]</sup>这一概念也可以被称为“亚里士多德式”的，因为它建立在亚里士多德关于人类是社会性和政治性动物、无法单独自给自足的观念之上。

<sup>[120]</sup> 见 DAGAN, *Takings and Distributive Justice*, *supra* note 12, at 772-74.

<sup>[121]</sup> CHARLES TAYLOR, *Social Theory as Practice*, in 2 CHARLES TAYLOR, *PHILOSOPHICAL PERSPECTIVE AND THE HUMAN SCIENCES* 96 (1985).

<sup>[122]</sup> *Id.*

<sup>[123]</sup> 参见前引注。（指出共享物品“本质上属于一个社区”，而趋同物品仅仅涉及个人的共同利益，“无论他们是否对[这些物品]有某种共同的理解”）。

<sup>[124]</sup> 见, e.g., DAGAN, *The Social Responsibility of Ownership*, *supra* note 12, at 1266-67.

<sup>[125]</sup> 见同上。

<sup>[126]</sup> 见 DAGAN, *Takings and Distributive Justice*, *supra* note 12, at 758.

<sup>[127]</sup> 见同上. at 776.

<sup>[128]</sup> Part III draws heavily from Alexander & Peñalver, *supra* note 16.

<sup>[129]</sup> 见同上. at 129, 134. 这种对社会义务规范的理解，是我所称的“所有者至上理论”的一种形式。见 Gregory S. Alexander, *Commodity & Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought* 1776-1970 *passim* (1997).

本体论概念强调这样一个事实：尽管人类重视并追求自主性，但依赖性和相互依赖性是人类状况的固有特征。虽然对这一概念的理论基础进行全面阐释超出了本文的范围，<sup>[130]</sup>我将在本部分开篇描述其对人类繁荣的关键规范承诺，并简要总结将这一理想与具体的财产所有权社会义务理论相联系的论证。

亚里士多德思想的核心在于一种信念，即存在一种独特、清晰的人类生活，所有人都应将其能力导向这种生活。<sup>[131]</sup>尽管实现这种生活的途径多种多样，但其中许多是不良的生活方式。有助于实现这种独特人类生活的行动是正确的，应受到鼓励。要过上这样的生活，需要某些被称为美德的倾向来指导这些行动。亚里士多德“关于人类作为社会和政治动物的概念为我们提供了一种实质性的理解，即什么才是独特的人类生活，以及如何以典型的人类方式繁荣发展。”<sup>[132]</sup>

任何对人类繁荣的充分描述都必须强调两个特征。<sup>[133]</sup>首先，“人类只有在社会中，并且依赖于其他人类的情况下，才能发展出过上有意义的独特人类生活所必需的能力。”<sup>[134]</sup>生活在特定类型的社会中，处于特定的社会关系网络中，是人类发展独特能力的必要条件，这些能力使我们得以繁荣。语言本身——甚至可能连思考的能力——都是社区的产物。社区在非常深刻的意义上构成了人类繁荣的基础；也许社区甚至构成了人性（按照许多理解方式对该术语的使用）。

人类繁荣的第二个必须指出的特征是，人类繁荣至少必须包括在不同生活视野之间做出有意义选择的能力，辨别它们之间的显著差异，并深入思考在这些可选方案中什么是真正有价值的。人类繁荣的这两个特征——发展必要的能力和决策技能——是紧密相连的。我们无

---

<sup>[130]</sup> 有关本文所倡导的这一版本的社会义务规范的哲学基础的更全面讨论，参见 Alexander & Pefialver, *supra* note 16, at 134-45.

<sup>[131]</sup> 参见 James Gordley, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment* 7 (2006)；关于亚里士多德伦理理论的总体研究，另可参见 Richard Kraut, *Aristotle on the Human Good* 15-154 (1989)。

<sup>[132]</sup> Alexander & Pefialver, *supra* note 16, at 135, 135-36；另参见 Gordley, *supra* note 64, at 8. 然而，正如詹姆斯·戈德利（James Gordley）所言：“亚里士多德伦理传统已不再流行。”戈德利（GORDLEY），上文注释 64，第 7 页。尽管如此，近年来亚里士多德伦理学或如今通常被称为“美德伦理学”的思想出现了复兴。罗莎琳德·赫斯特豪斯（Rosalind Hursthouse）以如下方式定义了美德伦理学：

美德伦理学是当前规范伦理学中的三大主要方法之一。可以将其大致识别为一种强调美德或道德品格的伦理学方法，这与强调义务或规则的伦理学方法（义务伦理学）或强调行为后果的伦理学方法（结果主义）形成对比。假设显而易见的是，有人需要帮助时应该伸出援手。功利主义者会指出，这样做的后果将最大化福祉；道义论者则会指出，这样做的主体将遵循诸如“己所不欲，勿施于人”之类的道德规则；而美德伦理学者会指出，帮助他人是一种仁慈或善意的行为表现。

参见 Rosalind Hursthouse, *Virtue Ethics*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, intro. (rev. ed. Fall 2007), <http://plato.stanford.edu/archives/fa12007/entries/ethics-virtue>. 一般参见 ROSALIND HURSTHOUSE, *ON VIRTUE ETHICS* (1999).

<sup>[133]</sup> 我必须强调，与人类繁荣相一致的人类生活模式将会是丰富多样且各不相同的。见 JOHN FINNIS, *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS* 85 (1980).

<sup>[134]</sup> Alexander & Pefialver, *supra* note 16, at 135；另参见同上. at 134-45.

法仅靠自己就培养出在多种生活前景中进行辨别所需的清晰的决策能力。这种能力只能通过与他人的互动来发展，他们通过直接教导和榜样教会我们选择的艺术。

本文所采用的更丰富的社区概念正是基于近年来由玛莎·努斯鲍姆（Martha Nussbaum）和阿马蒂亚·森（Amartya Sen）开发的可行能力进路方法。<sup>[135]</sup>这种衡量福祉的方法，关注的不是人们拥有什么，而是他们具备做什么的能力。<sup>[136]</sup>一个美好人生（well-lived life）是指符合某些客观有价值的人类存在与互动模式的生活，<sup>[137]</sup>或者如阿马蒂亚·森（Amartya Sen）

<sup>[135]</sup> 参见上文注释 13 中引用的资料。当然，已经有许多文章对森（Sen）和纽斯鲍姆（Nussbaum）的能力理论版本提出了批评。其中最具代表性的批评包括：G.A. Cohen, *Equality of What? On Welfare, Goods, and Capabilities, in THE QUALITY OF LIFE* 9, 9 (Amartya Sen & Martha Nussbaum eds., 1993) and Thomas W. Pogge, *Can the Capability Approach Be Justified?*, 30:2 PHIL. Topics 167 (2002)。尽管现在不是回应所有对森和纽斯鲍姆批评的适当时机，但我需要简要回应，以解释为什么我认为新亚里士多德主义的能力方法是社会义务理论的一个有吸引力的基础。

首先，G.A. 科恩对森的核心批评之一是，森提倡了一种不恰当的“运动型自我”形象。见 Cohen, *supra*, at 22-25.。正如菲利普·佩蒂特（Philip Pettit）所指出的，这是一个奇怪的批评。森的理论中没有任何内容预设了类似运动的前提。见 Philip Pettit, *Capability and Freedom: A Defence of Sen*, 17 ECON. & PHIL. 1-2 (2001)。森对繁荣的描述完全兼容那些持有类似于已故罗伯特·哈钦斯（Robert Hutchens，前芝加哥大学校长）对体育锻炼态度人的观点，据说他曾开玩笑说：“每当我有锻炼的冲动时，我就躺下直到它消失。”科恩将这种能力与运动生活错误地联系起来，导致他忽视了森的理论中能力与自由之间的重要联系。见 Cohen, *supra*, at 16-17.

其次，托马斯·波格（Thomas Pogge）将森的能力方法与其所谓的支持“资源主义”（如罗尔斯主义）和福利主义竞争者进行比较，并认为森的方法作为“社会正义的公共标准”不如后者有效。Pogge, *supra*, at 167. 然而，波格的批评基于一个错误的理解，即认为能力仅具有工具价值。事实上，森明确指出，至少某些能力既具有内在价值，也具有工具价值。因此，能力不能简单地与资源相提并论。

最后，路易斯·卡普洛（Louis Kaplow）最近提出，像森这样的理论——将实现手段（如能力）视为理想理论的目标——是有问题的，并且不如福利主义理论，因为至少某些手段无法被证明具有内在善的价值。参见 Louis Kaplow, *Primary Goods, Capabilities, . . . or Well-Being?*, 116 PHIL. REV. 603, 604-05 (2007)。他主张，包括森的理论在内的多维手段理论在处理这一问题时遇到困难，因为它们需要权衡各种手段以确定哪种情况对个体最有利。根据卡普洛的说法，这意味着有必要给予个体更多的一些手段而减少其他手段，导致从最大化福祉的角度来看并不理想。因此，所有这些类型的理论理论都不如福利主义理论。参见同上, at 605-06.

在这里，卡普洛实际上（误用）了理查德·阿内森（Richard Arneson）的“索引问题”论证，并误解了其意义。参见 Richard J. Arneson, *Primary Goods Reconsidered*, 24 NOUS 429, 445-46 (1990) [hereinafter Arneson, *Primary Goods Reconsidered*]; 另见 Richard J. Arneson, *Equality and Equal Opportunity for Welfare*, 56 PHIL. STUD. 77 (1989).

卡普洛（以及阿内森）的主张提出了一个关于福利主义本身的问题。任何负责最大化总体福祉的中央机构应该如何做到这一点？鉴于“索引问题”，即如何为不同的利益赋予权重，以便非任意地判断一个人是否比另一个人享有更高的整体福祉水平？参见 Arneson, *Primary Goods Reconsidered, supra*, at 445-46. 卡普洛似乎没有意识到，阿内森的论证实际上削弱了福利主义作为一个实际政策目标的可行性。参见 *id.* at 446

（“除非假设……可以基于完美主义的知识基础制定社会政策，了解什么对人有益，从而了解他们的资源份额究竟有多大价值……否则我们将不得不接受一种主观的福祉标准，无论我们喜欢与否。”）。

<sup>[136]</sup> SEN, COMMODITIES AND CAPABILITIES, *supra* note 13, at 10-11 (“因此，功能（functioning）既不同于（1）拥有一种利益（及其相应的特性），尽管功能是在其之后发生的；也不同于（2）拥有有效用（以由该功能产生的幸福感形式表现），功能在某种重要意义上先于效用。”）。

<sup>[137]</sup> 我意识到，许多分析人士会强烈质疑“存在客观有价值的生活模式”这一主张。关于是否存在以及如何可能存在一种客观的道德价值观概念的问题，当然是道德哲学中的一个核心话题。正如阿内森

（Arneson）所言，一种关于“什么使某人的生活过得最好”的客观理论“是一种复杂的动态理论”。Richard J. Arneson, *Human Flourishing Versus Desire Satisfaction*, 16 Social PHIL. & POL'Y 113, 117 (1999). 现在并不是全面探讨这个问题的时候。为了当前的目的，我需要澄清的是，我所说的“客观”是指，关于哪些生活模式有价值声明的真伪，并不严格依赖于受影响者的主观心理状态（或马修·阿德勒和埃里克·波斯纳所称的“心理状态观”）或个人偏好（在阿德勒和波斯纳的术语中称为“基于偏好的解释”）。参见 Matthew D.

ADLER & Eric A. POSNER, NEW FOUNDATIONS OF COST-BENEFIT ANALYSIS 29-32 (2006). 阿德勒和波斯纳奇怪地将“福利”和“价值”区分开来，认为两者的“关键区别”在于，福利“本质上对福利主体的观点具有

所称的“功能” (functionings)，而不是仅仅通过拥有特定物品、满足特定 (主观) 偏好，甚至拥有特定的消极自由来定义的生活。社会结构，包括财产权的分配以及与财产所有权相关的权利定义，至少应部分地根据它们在多大程度上促进人类参与这些客观有价值的存在与互动模式来评判。

重要的是，玛莎·努斯鲍姆 (Martha Nussbaum) 和阿马蒂亚·森区分了构成美好生活的一阶模式 (“功能”，functionings) 与个体在何种方式实现这些功能方面所拥有的自由或选择的能力，即所谓的“能力” (capabilities)。<sup>[138]</sup>正如阿马蒂亚·森 (Amartya Sen) 所解释的，“一个人的‘能力’指的是她能够实现的不同功能的组合。”<sup>[139]</sup>构成美好生活的必要功能中，包括

---

响应性”，而价值则不然。Id. at 33. 他们将福利主体的主观观点描述为“关键区别”的说法是不恰当的。正如许多版本的“福利”或“福祉”相互竞争一样，“价值”的多种概念也在相互竞争。事实上，由于两者之间的一些对应概念有很强的相似性，我们可以将“福利”和“价值”几乎视为同义词。例如，可以用满足偏好的方式甚至用心理状态的术语来理解价值。“价值”既是动词也是名词；因此，某种事物所固有的价值，至少部分 (如果不是全部) 取决于有人实际对其赋予了价值。在这种理解下，价值是一个人心理状态的问题，而不是像阿德勒和波斯纳所主张的那样，是一种独立于心理状态或偏好的客观问题。

森 (Sen) 和托马斯·内格尔 (Thomas Nagel) 有力地论证了，道德价值的客观性并不一定与考虑主观性和主观判断相矛盾。支持道德价值的客观性，森指出，道德评价是“立场相对的”这一事实并不意味着道德价值是相对的。正如森所说：“道德评价可以像‘太阳正在落山’这样的陈述一样是位置相对的。该陈述的真实性随观察者的位置而变化，但在站在相同位置的人之间，它不会因人而异。”*Sen, supra note 13, at 184.* 内格尔提出了另一种版本的客观性，但与森一样，他也考虑了主观性。参见 THOMAS NAGEL, THE VIEW FROM NOWHERE 4-6 (1986). 他主张，道德价值可以是客观的，同时也可适用于主体。Id. 我们的主观价值是起点，但仅仅是起点，目的是让我们在一个通过脱离个体视角逐步构建出关于我们及他人应该和确实想要的东西的真实概念的过程中。Id. at 138-40. 正如内格尔所言，我们从一个片面且不准确的观点开始，但通过跳出自我、构建并比较替代方案，我们可以达到一个更高层次的客观性的新动机状态……当我们脱离个体视角及其看似可接受的价值和理由时，有时可以得出一个新的概念，这一概念可能会认可一些原始理由，但会拒绝一些作为虚假主观表象的理由，并添加其他理由。Id. at 140. 正如内格尔指出的，发展客观道德价值的过程并非自然主义心理学的问题。Id. at 142 (“我们看到的……不仅仅是人们被他们的欲望驱使去行动，而是人们根据理由行动、形成意图和欲望，这些理由可能是好是坏。也就是说，我们将他们的理由视为理由。”)；另见托马斯·内格尔，《客观性的限度》，载于《坦纳人类价值讲座》第 1 卷，第 77 页（斯特林·M. 麦克默林编，1980 年）。

另一个版本的道德客观性是罗纳德·德沃金 (Ronald Dworkin) 的论点，即我们在为价值辩护的实践中承诺了这样一个命题：在道德价值领域中存在某种真理。参见 Ronald Dworkin, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, 25 PHIL. & PUB. AFF. 87, 88-89 (1996). 普通人进行规范性论证和断言的共同实践——“她的行为是错误的！”——如果没有对规范性客观性的承诺，则是无法理解的。参见同上，第 96 页。关于道德客观性的其他一般性辩护，参见 id. at 96. For other general defenses of moral objectivity, 见 JAMES GRIFFIN, *Value Judgement: Improving our Ethical Beliefs* (1996); Philippa Foot, Does Moral Subjectivism Rest on a Mistake?, 15 O.J.L.S. 1 (1995). 此外，达芙娜·莱文松-扎米尔 (Daphna Lewinsohn-Zamir) 提出了一种客观的福祉概念，并将其应用于财产法。参见 Daphna Lewinsohn-Zamir, *The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law*, 78 N.Y.U. L. REV. 1669, 1672-73 (2003).

我的同事罗伯特·霍基特 (Robert Hockett) 指出，声称规范性立场只是说话者喜欢或偏好的主观表达这一观点会遇到递归性 (recursivity) 问题。参见 Robert Hockett, *Pareto Versus Welfare* 4 (Cornell Legal Stud. Research Paper Series No. 06-027, 2006), available at <http://ssrn.com/abstract=930460>. 按照这种观点，关于价值判断主观性的主张本身也可以被认为仅仅是主观的。按照这种观点，主张者所做的不过是表达个人偏好。当然，这并不是这些主张者在做的事情。如果他们声称规范性陈述纯粹是主观的，那么他们是在陈述他们认为是真实的并希望我们接受为真实的内容，而不仅仅是他们的偏好。参见同上。

法律经济学分析人士强烈倾向于拒绝客观善理论，而支持严格基于主观基础定义善的理论，尤其是基于偏好或欲望满足的理论。Arneson, *supra*, at 113-42 中详细讨论了偏好满足理论的问题（即使那些将应满足的偏好限制在所谓的“知情偏好”范围内的理论）。

<sup>[138]</sup> 见, e.g., Nussbaum, *supra note 13, at 87-88*; Sen, *Development as Freedom*, *supra note 13, at 70-86*.

<sup>[139]</sup> SEN, *DEVELOPMENT AS FREEDOM*, *supra note 13, at 75*.

生命（以及健康等某些附属价值）、自由（被理解为包括在不同生活视野之间做出深思熟虑选择的自由）、实践理性以及社会性。尽管实际实现这些功能以及其他功能是任何合理美好生活观念的必要组成部分，但在多种可能有价值的功能之间进行选择的经验（甚至可能包括选择不在某些方面发挥作用）本身也是一种重要的功能。<sup>[140]</sup>因此，对人类自主性的适当关注要求我们超越单纯的功能，转而考虑各种社会结构为其成员所赋予的能力。<sup>[141]</sup>

关于哪些能力是人类繁荣的关键组成部分，仍有充足的讨论空间。<sup>[142]</sup>我不会深入讨论这一争论，因为对我而言，最关键的一点是，个人无法通过自身获得这些能力或获取实现它们所需的资源。这是因为人类发展的物理过程决定了我们在培养必要能力的过程中，在很大程度上依赖于他人。<sup>[143]</sup>这种依赖形式在生命及其附属利益方面尤为明显。我们来到这个世界时完全依赖他人来维持生存。<sup>[144]</sup>即使成年后，当我们面对危险的世界时，仍然至少部分地依赖他人（无论是身体上的，甚至是情感或心理上的）。很多时候，仅仅是一点运气区分了独立的成年人和依赖他人的成年人。而当我们进入生命的最后阶段时，身体依赖的可能性再次变得愈加显著。

然而，对于人类繁荣至关重要的能力的社会性和物质依赖远远超出了我们在生命开始和结束时表现出的身体依赖。生命、自由、实践理性、社会性及其伴随的功能只有在一个充满活力的社会结构和实践网络中才能有意义地存在。即使在这些能力中，那些看似最为孤独且受社会威胁的能力——例如自由——也依赖于丰富的社会、文化和制度背景；一个自由的个体必须依靠他人来提供这样的背景。<sup>[145]</sup>泰勒（Taylor）对此表述如下：

“我们生活在一个存在关于道德、政治问题及其他基本议题的公共讨论的世界中……如果这些讨论消失了，或者知识分子之间那些试图定义和澄清我们所面临的选择的更专业的讨论停止了，又或者复兴过去文化的努力和推动文化创新的动力衰退了，那么我们的自由选择能力会发生什么变化？我们将面临什么可选择的余地？如果这种萎缩超出了某个临界点，我们还能否谈论选择的存在？”<sup>[146]</sup>

<sup>[140]</sup> 参见同上. at 75-76.

<sup>[141]</sup> 参见同上. at 74-76; see also Purdy, *supra* note 6, at 1258-63 (discussing Sen's conception of freedom).

<sup>[142]</sup> Compare, e.g., NUSSBAUM, 另参见 note 13, at 78-80, with FINNIS, 另参见 note 66, at 81-90.

<sup>[143]</sup> 见 MARTHA ALBERTSON FINEMAN, THE AUTONOMY MYTH: A THEORY OF DEPENDENCY 35, 34-37 (2004) ("[A] state of dependency is a natural part of the human condition and is developmental in nature.").

<sup>[144]</sup> 参见 Alasdair MacIntyre, *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues* 71-74 (1999) (解释每个人从幼年开始，都必须经历从依赖他人所传授的知识到成为“独立的实践理性者”的转变).

<sup>[145]</sup> 参见 Jurgen Habermas, *Struggles for Recognition in Constitutional States*, 1 EUR. J. PHIL. 128, 132 (1993).

<sup>[146]</sup> CHARLES TAYLOR, *Atomism*, in 2 TAYLOR, *PHILOSOPHICAL PAPERS*, 另参见 note 54, at 205.

阿拉斯代尔·麦金泰尔(Alastair MacIntyre)也讨论了我们作为能够进行实践推理的存在,在成长中为何必然依赖他人:“我们通过与某些特定他人的关系而成为独立的实践推理者,这些人能够给予我们所需要的东西。”<sup>[147]</sup>从幼年时期一直到成年,甚至贯穿我们的一生,我们依赖父母、老师、导师和朋友,向他们学习计划与评估、因果关系与后果、自我约束与纪律:这些知识是实践推理能力形成的基础。简而言之,为了我们的生存,也为了我们能够作为自由和理性的人行动,我们不可避免地依赖于各种社区——无论是自主选择的还是非自主选择的。

社区,包括但不限于国家,是我们获取繁荣所需资源并完全融入能力行使的中间媒介。<sup>[148]</sup>即使(或者更准确地说,正是)作为自由、理性的人,我们也从未停止在各种社区的矩阵中运作,并依赖它们。无论我们身处何种关联之中,这些社区始终是我们发展的基础。我们每个人的身份在某种程度上都与我们所联结的社区中的他人息息相关。换句话说,我们的身份就是我们的社区所组成的。当我们被问及“我们是谁”时,我们不可避免地会谈到我们出生和成长的社区、我们的国家、家庭、就读的学校、朋友、所属的宗教团体和俱乐部等。事实上,个人与社区之间的相互渗透如此彻底,以至于它们永远无法完全分离。<sup>[149]</sup>

我们所处的社区在形成我们的偏好、期望的范围以及抱负的广度方面发挥了至关重要的作用。一个无家可归的人,习惯于接受的不过是虐待或忽视,可能对生活不再抱有更多期待。

<sup>[150]</sup>同样,尽管某些社区的成员身份显然可以基于合同或自愿协议,但这种自愿结合关系的可能性却依赖于我们先前和持续的(通常是非自愿的)对社区机构的参与或接触。这些机构向我们传递了信息和能力,赋予我们理解并参与自愿选择所需的工具。<sup>[151]</sup>

除了培养个体繁荣所需的个人能力之外,各种类型的社区还承担了另一个同样重要的功能。社区的存在是为了创造和培育某种特定类型的社会,这种社会的特点首先是内部的公正

<sup>[147]</sup> MACINTYRE, 参见同上 note 77, at 99.

<sup>[148]</sup> Robert Bellah et al., *Habits of the Heart* (2d ed. 1996); Hursthouse, 参见前引注 65; MacIntyre, 参见前引注 77; Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (2d ed. 1998); Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (1989)。一种较早期但仍然内容丰富的关于社区的论述是 Jacques Maritain, *The Person and the Common Good*, 8 Rev. Pol. 419, 449–50 (1946)。我非常感谢 Peñalver 教授让我注意到这篇文章。对于这一观点的延伸,参见 Gregory S. Alexander, *Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community*, 75 Cornell L. Rev. 1, 21–28 (1989)。参见 Amartya Sen, *Commodities and Capabilities*。

<sup>[149]</sup>对于这一观点的延伸,见 Gregory S. Alexander, *Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community*, 75 Cornell L. Rev. 1, 21–28 (1989)。

<sup>[150]</sup>参见 Sen, *Commodities and Capabilities*, 参见前引注 note 13, at 21 (“一个营养不良、未受庇护、身体有病的人,如果他或她已经学会了拥有“现实的”欲望,并从微小的恩惠中获得快乐,那么他仍然可能在幸福或欲望满足的尺度上处于较高的位置”。

<sup>[151]</sup>参见 TAYLOR, 参见前引注 note 79, at 196–98; Alexander, note 82, *passim*.

社会关系。<sup>[152]</sup> 所谓“公正的社会关系”，我指的是一个个人能够以符合平等、尊严、尊重、正义以及自由和自主性规范的方式彼此互动的社会。<sup>[153]</sup> 社区通过塑造社会规范——而不仅仅是个人利益——来促进与社会的公正关系。<sup>[154]</sup>

正因为能力对于以独特的人类方式繁荣发展至关重要，个人能力的发展便成为一种客观的人类利益，这是我们应当（只要我们接受这些特定的能力具有内在价值）作为利益本身去促进的目标。就人类尊严而言，每个人都有平等的权利去繁荣发展。因此，每个人都必须平等地享有那些对人类繁荣至关重要的事物，即构成繁荣基础的能力以及滋养这些能力所需的物质资源。如果缺乏这些能力和支持性资源，承认繁荣的权利不过是一个空洞的姿态。然而，并非每个社会都同样有利于人类的繁荣。培养繁荣所需的能力依赖于社会结构，而这些社会结构的状况在不同社会中可能差异很大，有时甚至非常显著。一个促进那些对人类繁荣至关重要的功能和能力的社会，在道德上优于那些对此漠不关心甚至敌视其表现的社会。

那么，为什么一个人在社区中有义务促进他人获得必要的能力呢？这种义务可能有多种基础。在亚里士多德哲学中，其原因直接与人类的社会属性相关。人类的繁荣不仅需要美德，还需要资源。我们每个人都渴望获取资源，以帮助开发对人类至关重要的能力。此外，由于人类是社会性动物，他们不仅希望为自己获取这些资源，也希望为他人提供这些资源，从而使他人也能发展出繁荣的能力。<sup>[155]</sup> 因此，人类的繁荣需要分配正义，其最终目标是给予人们所需的东西，以便发展过上美好生活所必需的能力（尽管未必是他们想要的东西）。<sup>[156]</sup>

第二种可能的义务基础是某种长期自利的概念。其核心思想是，一个帮助并继续帮助某人发展为自主道德主体的社区，其福祉与个人的福祉一样，也依赖于该人对社区的支持。

另一种可能的义务基础则源于艾伦·格维尔特（Alan Gewirth）的普遍化原则，这一原则源自伊曼努尔·康德（Immanuel Kant）的定言命令。<sup>[157]</sup> 格维尔特原则背后的基本思想是，如果我们作为理性主体承认我们拥有权利，那么为了避免自相矛盾，我们必须承认所有人在同样相关意义上作为理性主体也拥有权利。<sup>[158]</sup> 因此，格维尔特指出：“人权的相互性是一种

<sup>[152]</sup> 参见 ALEXANDER, 参见前引注 note 62, at 1-3, *passim*.

<sup>[153]</sup> 对这样一个社会的另一种表述可借鉴南非宪法的内容，其中提到“一个基于人类尊严、平等和自由的开放和民主的社会”。S.AFR.CONST.1996§36(1).

<sup>[154]</sup> 当然，这并不是说所有社区都能促进公正的社会关系。过去和现在都有许多例子表明，有些社区并未促进公正的社会关系。我所要表达的观点是，社区凭借其塑造社会规范的美德，有能力做到这一点。

<sup>[155]</sup> 见 GORDLEY, *supra* note 64, at 8.

<sup>[156]</sup> 正如 Gordley 所指出的，亚里士多德关于人类繁荣的概念也建立在交换正义（commutative justice）的基础之上，其目标是使每个人都能获得发展基本能力所需的东西，同时不致不公平地妨碍他人做同样的事情。参见同上。

<sup>[157]</sup> 见 Alan Gewirth, *Reason and Morality* 104-07 (1978).

<sup>[158]</sup> 见 *id.* at 105.

严格的对称关系，每个人相对于所有其他人都拥有自由和福祉的权利，[并且] 其他人也对他拥有这些权利，因此他有相应的义务。”<sup>[159]</sup>格维尔特将基于这一普遍化（或一致性）原则的社会称为“权利共同体”，<sup>[160]</sup>并指出，不仅社区支持成员的权利，成员也对社区负有义务。

<sup>[161]</sup>

我在这里提出的论点是相同的。作为一个理性的道德主体，我对繁荣作为一种善的肯定具有规范性后果。如果我珍视自己的繁荣，那么为了避免自我矛盾，我也必须珍视他人的繁荣。也就是说，只要我认为自己的繁荣是有价值的，并且是我应该促进的，那么只要我是一个理性的人，我就有责任促进他人的繁荣，只要他们也是理性的人。正如我之前讨论过的，每个个体致力于发展其必要能力的原因仅仅是因为他是一个理性的人。既然如此，理性迫使我们承认，不仅是每个其他人作为理性道德主体都有发展相同能力的权利，而且我们也有义务以适合我们的方式促进这些能力在他人中的发展。我们对必要能力的道德价值的肯定意味着我们认识到这些能力具有特殊的道德地位，并且我们承认这些能力在我们自己和他人身上发展都是一种善。<sup>[162]</sup>为了避免自相矛盾，我们必须对在他人中发展这些能力作出与我们对自己所作的相同的规范性承诺。

如果生存（包括身体健康）、从事实践推理的能力以及关于如何生活的理性决策等人类能力是美好生活的组成部分，那么毫无疑问，我们都有义务支持和培育那些没有这些社会结构就无法发展的人类能力。<sup>[163]</sup>因此，从人类繁荣所需能力的角度来看，我们参与政治和社会群体的方式不能仅仅是我们之前存在的对自主性的表达；我们的参与不能仅仅是为了满足偏好等工具性原因而进行的纯粹自愿行为。我们对社区的参与还是一种基于客观理由的义务，这种义务源于我们对美好生活所需的那些能力的价值的认识。泰勒用以下方式表达了这一社会愿景：

“由于一个自由的个体只能在某种特定类型的社会/文化中维持其身份，他必须关注这个社会/文化整体的形态。他不能……仅仅关心自己的个人选择以及由这些选择形成的关系，而忽视了使这些选择可能开放或封闭、增加或匮乏的背景。”<sup>[164]</sup>

---

<sup>[159]</sup> Alan Gewirth, *The Community* 305-06 (1996).

<sup>[160]</sup> 格维尔特（Gewirth）提出的“权利共同体”（community of rights）概念是康德“目的王国”（Kingdom of Ends）的现代版本。

<sup>[161]</sup> GEWIRTH, *supra* note 90, at 83.

<sup>[162]</sup> 见 TAYLOR, *supra* note 79, at 194.

<sup>[163]</sup> *Id.* at 197.

<sup>[164]</sup> 同上，第 207 页；另见第 187 页。约翰·奥尼尔（John O'Neill）在谈及他所谓的“关怀的分配”时表达了类似的观点。约翰·奥尼尔，*Property, Care, and Environment*，载于 *ENV'T & PLANNING C: GOV'T & POL'Y* 第 19 卷，第 695-696 页（2001 年）。正如奥尼尔指出的：

换句话说，承认我们对他人的依赖以及对培养我们能力的社会结构的依赖，为我们创造了一种支持这些社会结构的道德义务。简而言之，这里的主要论点是，我们（以及他人）的依赖性为我们（以及他们）创造了参与并支持那些能够发展人类能力、促成人类繁荣的社会网络和结构的义务。

麦金泰尔（MacIntyre）指出，“偿还这一债务‘不可能是严格意义上的互惠’。”<sup>[165]</sup> 互惠，至少在其通常的意义上，无法解释这种义务，原因有几点。首先，我们被要求给予的人往往不同于我们从其处接受过帮助的人。我们无法提前预测需要向谁付出。可能是我们的父母，但也可能是完全陌生的人，他们从未从我们那里得到过任何东西。

其次，即使我们付出的对象与之前我们受益的对象相同，我们所给予的也往往不同于我们所接受的。<sup>[166]</sup>这种情况在父母与子女之间很常见，实际上在所有涉及某种养育关系的不同世代之间都是如此。我们的父母在我们成长为健康、稳定的成年人过程中所提供的养育，通常与他们随着年龄增长而对我们的依赖所需的照顾有很大不同。<sup>[167]</sup>此外，往往所给予的程度也有所不同，有时差别非常显著。作为繁荣社会网络的成员，我们明白我们所给予的往往是无条件的，因为衡量我们应尽义务的标准是他人的需求，而不是我们已经得到或将要得到的东西。<sup>[168]</sup>这在父母与子女之间的关系中最为明显，但在更广泛的关系中也同样适用，即家庭之外的关系。<sup>[169]</sup>我们给予朋友、同事、邻居以及其他构成我们日常生活中的无数社会网络中的人，并根据他们的需要给予，而非偿还他们过去给予我们的利益。如果这里存在互惠原则的话，那也只是在一种微弱的意义上，因为我们自身需要这些社会网络来继续发展成为拥有完全负责任道德能力的人。我们在这里义务的真正基础不是互惠，而是依赖。我们需要属于这样的社会网络以发展某些必要的人类能力，这种依赖赋予了我们维持这些滋养性社会网络的责任。

最广义上的公民身份是具有我所描述特征的社会网络成员形式中最重要的之一。美国人倾向于将公民身份视为脱离日常生活的某种东西，是一种公共仪式和偶尔的角色扮演。但在另一种意义上，公民身份是为了共同利益而与他人互动的事情。它同样涉及对他人的依赖以成为自主的个体。在这里，我们的依赖让我们欠下了人情，再次强调，我们偿还这些人情债

---

“对那些体现了一个社区长期生活的特定场所的关怀，常常通过抵制自由主义的财产权利来表达。我们通过对某些共有物品拒绝赋予特定个人或公司专有财产权，来表达我们对社区成员的相互义务。”同上。

<sup>[165]</sup> MacIntyre, *supra note 77*, at 100.

<sup>[166]</sup> 见 *id.*

<sup>[167]</sup> 见 *id.*

<sup>[168]</sup> 见 *id. at 108.*

<sup>[169]</sup> 见 *id. at 102-07.*

并不仅仅是互惠的问题。我们欠谁、欠什么以及向谁偿还不能仅仅基于某种“交换”时间表来计算。我们之所以有责任，是因为我们相互依赖，并且因为我们是一个社区的成员。我们所欠的往往更多地由他人的需求决定，而不是我们所接受的。同样，我们有责任的对象并不总是取决于他们是否直接给予了我们。例如，我们对子女负有责任，并不是因为他们以某种即时或表面的方式给予了我们什么，而是因为我们与他们的关系。

当然，有人可能会对这种更丰富的社会义务概念理解得过于极端。我们必须保护公平、个人尊重和人类尊严等重要价值，即使我们认识到，社区成员身份可能涉及无回报的牺牲。这是贯穿所有财产法，尤其是宪法财产法的不可调和的紧张关系的一个方面，并且它至少部分解释了为什么征收法不可避免地变得模糊不清。<sup>[170]</sup>但是，如果我们将对贡献义务的认可严格限制在个人最终获得与其所承受负担等值的利益的情况下，那么我们就会削弱对社区的概念理解，并阻碍其促进人类繁荣的能力。人类繁荣不仅仅依赖于参与社会关系网络，还依赖于非权衡利弊的社会关系的存在。如果社区对个人的互惠互利是判断个人何时对社区负有义务的唯一指标，这实际上隐含着一种契约论逻辑，即社区的合法性取决于其服务于本体论上优先的个人福祉，而不是在某种意义上构成个人。

针对早期关于基于人类繁荣的社会义务理论的阐述，<sup>[171]</sup>达根（Dagan）认为，“对财产权保护作用的天真否定可能会……导致对弱势财产所有者的系统性剥削，并对社会团结造成滥用，反而破坏其意图实现的目标。”<sup>[172]</sup>这使他得出结论：“对于要求政治上弱势或经济上处于不利地位的土地所有者为社区福祉做出不成比例贡献的做法，持一定的怀疑态度是恰当的。”<sup>[173]</sup>

这一论点存在一些明显的问题。首先，它可能导致累退的结果。这种观点基本上是那种熟悉的论调的变体，即再分配措施最终会伤害穷人。例如，爱泼斯坦直截了当地指出：“这是一个令人沮丧的事实：在实践中，再分配往往有利于那些拥有政治权力的人，而不是真正有需要的人。再分配的唯一正当的道德理由，是为了解决财富差异，以满足那些确实有真实需求的人。然而，一旦再分配成为政府的合法职能，它就很有可能以完全违背这一目的的方式被滥用。”<sup>[174]</sup>

<sup>[170]</sup> 见 Gregory S. Alexander, *Takings and the Post-Modern Dialectic of Property*, 9 *Const. Comment.* 259, 260–61 (1992); Gary Minda, *The Dilemmas of Property and Sovereignty in the Postmodern Era: The Regulatory Takings Problem*, 62 *U. Colo. L. Rev.* 599, 599 (1991); Carol M. Rose, *Mahan Reconstructed: Why the Takings Issue Is Still a Muddle*, 57 *S. Cal. L. Rev.* 561, 566–69 (1984).

<sup>[171]</sup> 见 ALEXANDER, *supra* note 15.

<sup>[172]</sup> Dagan, *Re-Imagining Takings Law*, *supra* note 52, at 9.

<sup>[173]</sup> *Id.*

<sup>[174]</sup> EPSTIN, *Skepticism And Freedom*, *supra* note 18, at 61.

爱泼斯坦以及政治右派的其他人从这一表面上的洞见中得出的教训是，政府绝不应该（或至少很少应该）参与再分配。达根的论点也可能导致类似的累退结果。<sup>[175]</sup>由于其累退性的影响，达根的论点似乎与其希望通过互惠概念公平分担负担的愿望相矛盾。

该论点的另一个问题是其经验基础至少是有争议的。这个论点提出了一个无法回答的公共选择难题：那些分散且孤立的少数群体在民主政治过程中是独特地处于劣势，还是相反地具有独特的优势？这里根本没有无可争议的正确答案。那些提出这种论点的人几乎总是假设存在一个正确的答案，并且他们的论点正是基于这种未经证实的假设。

我并非要否认达根关于期望的观点。<sup>[176]</sup>如果个人必须为社会的利益做出牺牲，他们通常会期望在未来某个时候以某种方式得到回报，而这些期望往往是合理的。认为在确定是否应给予金钱补偿时需要考虑长期、短期甚至即时形式的互惠理论，在某种程度上是正确的。<sup>[177]</sup>达根的长期互惠理论是一种识别和隔离那些可能滥用社会义务规范、挫败合理预期或对穷人或其他政治弱势群体造成不成比例负担的案例的方法。<sup>[178]</sup>然而，没有先验的理由认为这种情况会成为普遍规律而非例外。正如我之前所指出的，那些分散且孤立的少数群体在普通民主政治过程中是否独特地处于劣势或独特地具有优势，<sup>[179]</sup>这是一个经验问题，任何答案本质上都是可以争论的。假设穷人总是处于政治劣势，这实际上是在回避问题。

#### 四、社会义务的实践：初步分类学

在概述了这一以人类繁荣为核心的版本的社会义务规范的理论基础和特征后，问题自然变成了社会义务规范究竟包含什么。这个版本的社会义务规范的具体内容是什么？我能给出的最普遍的描述是，财产所有者有道德义务向其所属的社会提供那些社会认为对人类繁荣必要的利益。这些利益是为了成员发展作为道德主体繁荣所必需的人类品质，并且与受影响土地的所有权有一定的合理关系。为了使这一普遍指导更加清晰，本部分提供了几个可以最好地通过我所捍卫的社会义务理论来解释法律原则的例子。这些案例旨在举例说明，而非穷尽所有情形。结果将是美国财产法及相关领域现存的社会义务实践的部分分类。我并不认为当前美国的公共和私人财产法已经完全内化了私人业主对其所属社区负有重大责任的理念；它还没有。但美国财产法确实间接且不规则地部分内化了社会义务。因此，本部分的目的是说

---

<sup>[175]</sup> 见 *supra* text accompanying notes 44-53.

<sup>[176]</sup> 见 Dagan, *Re-Imagining Takings Law*, *supra* note 52, at 14.

<sup>[177]</sup> *Id.*

<sup>[178]</sup> *Id.* at 8-9.

<sup>[179]</sup> 比方说，严格从公共选择理论的角度来看，在州和联邦两级的立法机构中，有不止少数一些组织完善的利益团体代表穷人和各类少数群体。

明以人类繁荣为核心的社会义务规范实际上（以及可能会）如何在美国法律中运作，并呼吁公开承认其存在并明确发展其理论细节。隐含的社会义务规范的痕迹散见于美国财产法的各个角落。如果将该规范承认为相关法律实践的基础，法律将获得更大的清晰度。

本部分既有实证目标，也有规范目标。它试图对要求私人业主在某种程度上牺牲其所有权利益的教义实践提供解释性描述。它还讨论了在这种情况下，为什么社会义务规范的这一版本能够证明社区要求私人业主做出这种牺牲的正当性。社会义务理论的结果有时会与法经济学分析的规定重叠，但不会总是如此。社会义务理论有时会要求法经济学理论不会要求的个人牺牲，并能解释法经济学分析难以说明的某些法律实践。更根本的是，正如我们将看到的，社会义务理论的理论重心，有别于法经济学分析、功利主义衍生的其他理论以及古典自由主义。

这些例子分为两类。第一类是通过强制出售而进行的权益牺牲案例。所有者被要求向社区牺牲部分财产利益，以换取金钱补偿。用卡拉布雷西法官（Judge Calabresi）和梅拉梅德（Judge Melamed）的话来说，<sup>[180]</sup>所有者的权益受责任规则保护，而非更强的产权规则。第二类包括所有者保留财产但被禁止以某种方式使用该财产的情况，因为社区认为这种使用方式违背集体利益。

### （一）权利（Entitlement）牺牲

在许多情况下，财产法对所有者的保护是不完全的，因为它要求所有者以客观设定的价格非自愿地出售某种权利。当然，通常情况下，除非所有者自愿出售，否则任何人不得以任何价格取得私人财产，但实际情况往往更加复杂。本节将探讨一些国家授权强制出售的例子。近年来，对这些强制出售原则的传统解释一般基于经济角度。由于高昂的交易成本，即使这种权益的转让能使所有相关方受益，转让也可能不会发生。责任规则通过保护权益——即其他人只要补偿了所有者，就有权取得财产——可以实现经济效率的最大化。<sup>[181]</sup>虽然并不是说强制出售不能基于这种工具主义的理由得到正当化，但我想在本节中提出另一种理解强制出售的方式，也许在某些情况下这种方式更好，即将其视为私有财产所有权中固有的社会义务的一个方面。几个例子应该足以说明这一点。

---

<sup>[180]</sup> See Calabresi & Melamed, *supra* note 14.

<sup>[181]</sup> See, e.g., *id.* at 1106.

## 1. 征收权 (Eminent Domain)

从雨果·格劳秀斯 (Hugo Grotius) <sup>[182]</sup>到波斯纳法官 (Judge Posner), 许多学者为征收权的正当性提供了多种理由。这一权力可以追溯到古罗马时期。目前主流的观点来自波斯纳: 国家强制征用私人财产的理由是经济效率。<sup>[183]</sup>征收权的必要性在于克服因政府项目选址特定而产生的垄断问题。举一个熟悉的例子, 假设一个城市计划在由多个私人业主拥有的土地上修建一座新机场。由于没有其他可行的选址, 城市必须收购这些地块。正如经济学家长期以来指出的那样, 这意味着每位业主都对其土地拥有垄断权, 而这些土地对政府的计划至关重要, 因此每位业主都可以向政府索取垄断租金以换取出售其土地。征收权允许政府以比通过市场交易收购每块土地更低的成本实现建设机场的效益。<sup>[184]</sup>

也可以从社会义务的角度来理解征收权。个体作为自主道德主体繁荣发展所需的能力, 不仅依赖于个体在其中开展活动的社会网络——这些网络使个体能够体验自由, 还依赖于泰勒 (Taylor) 所称的“基础设施的平凡元素, 没有这些元素, 我们无法进行更高层次的活动。”<sup>[185]</sup>基础设施的这些元素正是通常行使征收权所涉及的公共项目类型: 道路、机场、公用线路、公共建筑、通信系统等。<sup>[186]</sup>这些基础设施是我们社会、文化和政治制度赖以存在的基础。毫不夸张地说, 如果没有这些基础设施, 我们的文明——正是这种文明孕育了那些让我们体验到自己是自由个体的品质, 使我们能够在各种选择中做出决定并定义自己的需求、需求和价值观——将不复存在。作为这一政治共同体的一员, 我们每个人都依赖于这些基础设施的持续有效性, 而这种依赖要求个人承担起维护基础设施的部分责任。

征收权是一种法律和政治过程, 用于确定这种责任的具体内容。在最一般的意义上, 征收权代表了我们的集体判断, 即国家有权要求我们——作为培育我们成为繁荣个体的政治和社会共同体成员——在特定条件下牺牲我们的土地所有权, 以换取按公平市场价值衡量的公正补偿。

尽管征收权 (eminent domain) 具有公平分担的成分, 但它也包含个人牺牲的因素。其影响必然集中在那些财产被征用的人身上。根据当前美国司法学说, “公正补偿”指的是公平

<sup>[182]</sup> See Hugo Grotius, 2 DE JURE BELLI AC PACIS LIBRI TRES 807 (Francis W. Kelsey trans., Oxford Press 1925) (1646) (“根据征用权, 臣民的财产在权利上属于国家; 因此, 国家……可以为了公共利益使用臣民的财产。但是……当这种情况发生时, 国家有义务用公共资金赔偿那些失去财产的人所遭受的损失。”)

<sup>[183]</sup> RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 55, 55-56 (6th ed. 2003) (“那些对路权公司 (right-of-way company) 来说比对当前所有者更有价值的土地, 将会继续被用于其现有的、价值较低的用途, 而这是低效的。”).

<sup>[184]</sup> Id. 关于经济问题及其如何通过征用权 (eminent domain) 解决的一个特别清晰的解释, 参见 Thomas W. Merrill, The Economics of Public Use, 72 CORNELL L. REV. 61, 81-82 (1986).

<sup>[185]</sup> TAYLOR, *supra* note 79, at 205.

<sup>[186]</sup> Id. at 205-06.

市场价值的补偿——<sup>[187]</sup>这并不反映所有者的主观估值，而且即使主观估值被考虑，也可能仍不足以弥补被征用者的真实损失。<sup>[188]</sup>因此，那些因征收权而失去财产的人确实失去了我们其他人（作为纳税人，部分支付了其补偿金）所没有失去的东西。也许互惠性的概念可以解释征收权的这一方面，但这需要一种弱化形式的互惠理论。

征收权的集体性质显然带来了滥用的风险。政治共同体要求这种权益牺牲只有在该要求代表了通过真实，透明，合法手段确认的社区最佳利益，并由合法的代表表达时才是正当的。如果相反，如果政治过程被那些从征收权行使中不成比例受益的利益集团操控，那么提出的要求就是不合理的。确定何时征收权的行使是既得利益集团的操纵显然是一个难题。有人提出的一个经验法则是，当土地被征用后又转让给一个或少数几个私人实体，且政府在转让中收取的价格低于基于机会成本公式计算的补偿金额时，滥用风险最大。<sup>[189]</sup>我认为这是一个对法院来说非常实用的准则。政府在再转让中收费少于征用补偿金额的事实本身不应使法院得出征用并非为了“公共用途”的结论，但它应被视为托马斯·梅里尔（Thomas Merrill）所称的“次级寻租”<sup>[190]</sup>发生的有力证据，促使法院对政府针对土地所有者提出的要求进行更为严格的审查。<sup>[191]</sup>

虽然基于人类繁荣的社会义务理论在宏观轮廓上与法经济学有重叠之处，但两者并不完全相同。法经济学理论认为，个人有义务为了公共利益而牺牲自己的私人福祉，这里的公共利益被定义为总财富的最大化。<sup>[192]</sup>从社会义务理论的角度来看，问题不在于法经济学理论要求个人牺牲，而在于其对公共利益的定义显得太过扁平，过度简化。这也是为什么许多经济分析导向的学者难以理解，人们为何会对政府行使征收权用于兴建购物中心等项目产生强烈的负面反应。<sup>[193]</sup>从法经济学的角度来看，重要的是高额交易成本阻碍了土地某种财富最

<sup>[187]</sup> See Jesse Dukeminier et al., *Property* 956 (6th ed. 2006).

<sup>[188]</sup> 这里的重点是，并非所有主观上的估值都可以变成货币化的条件。

<sup>[189]</sup> Merrill, *supra* note 117, at 87-88.

<sup>[190]</sup> 梅里尔（Merrill）在“次级寻租”（secondary rent-seeking）一词中指的是利益集团为获取（或阻止）一项关于征用权（eminent domain）的立法授权所做出的努力。See *id.* at 86.

<sup>[191]</sup> See generally Gregory S. Alexander, *Eminent Domain and Secondary Rent-Seeking*, 1 N.Y.U. J. L. & LIBERTY 958, 960 (2005) 这表明，“次级寻租问题可能为制定一个有用的测试标准提供基础，用以判断出于市政经济发展的目的行使征用权是否以及何时违反了公共用途的限制。”

<sup>[192]</sup> 这里假设效率的标准是卡尔多-希克斯标准（Kaldor-Hicks），而非帕累托标准（Pareto）。如果使用帕累托标准，则不会涉及财富的牺牲。但在现实世界中，帕累托条件几乎从未存在，因此当经济学家谈论某种结果是有效率的时，他们通常指的是卡尔多-希克斯效率。与帕累托效率不同，卡尔多-希克斯效率涉及“输家”。参见 POSNER, *supra* note 116, at 12-13.

<sup>[193]</sup> 这一观点对于福利主义的法经济学分析者而言比对右派自由意志主义者更为真实。例如，爱泼斯坦强烈批评了 *Kelo v. City of New London* 一案的结果 (545 U.S. 469 (2005)，该案裁定社区获得的一般利益构成了第五修正案下的“公共用途”。参见理查德·A·爱泼斯坦，SUPREME NEGLECT: HOW TO REVIVE CONSTITUTIONAL PROTECTION FOR PRIVATE PROPERTY 第 83-87 页 (2008 年)；理查德·A·爱泼斯坦，Blind Justices: The Scandal of *Kelo v. New London*, WALL ST. J., 《华尔街日报》，2005 年 7 月 3 日，<http://www.opinionjournal.com/extra/?id=110006904>；另见下文注释 137-140 及附带文本。

大化用途的实现。法经济学理论假设征收权的目的是避免高额交易成本。土地本身的用途是无关紧要的。无论是桥梁、道路还是购物中心，经济学家并不关心。

当然，可以为这种观点说些好话。谁会说社会的财富无关紧要呢？问题是，正如其他人所指出的那样，<sup>[194]</sup>如果脱离分配机制来考虑，财富本身并不是一种社会价值。<sup>[195]</sup>此外，虽然一个政治共同体要求某些个人做出牺牲以增加社会财富（即使这些财富掌握在私人手中）并不必然显得非法或不道德，但关于这种牺牲的分析很快变得复杂起来，这种复杂性是法经济学分析难以全面捕捉的。例如，通过征收权受益的私人是否会为当地社区创造良好就业机会？在特定情境中，征收权的行使是否确属必要，还是仅仅因为受影响群体在政治上的弱势，使得该行为在政治上更易推动？这些都是法经济学分析无法轻易回答的问题，社会义务理论同样难以轻松给出答案。不同之处在于，在社会义务理论下，这些问题必须被直接且公开地面对，而不会根据仅限于社会财富总量的“共同利益”概念进行分析。相反，它们将从一个实质性的视角来解决——即那些对过上有意义的人类生活至关重要的“善”（goods）以及促进这些“善”所需的社会结构。

## 2. 妨害救济

妨害行为（nuisance）和其他对财产权益的干扰引发了一个与征用权法相同的基本问题：在什么情况下、出于何种理由，国家可以剥夺私人财产所有者的财产，并以可能无法达到所有者主观估值水平的金钱赔偿作为交换？在法律经济学术语中，这一问题实际上是所有者的权益应该何时通过涉及一种强制出售，类似于征用权的责任规则（liability rule）还是通常涉及禁止干扰活动的禁令财产规则（property rule）来保护。

自从卡拉布雷西法官和梅拉梅德（Judge Calabresi and Judge Melamed）的经典文章《财产规则、责任规则与不可转让性（Property Rules, Liability Rules, and Inalienability）》发表以来，<sup>[196]</sup>法律经济学学者们围绕这一问题展开了无休止的辩论，但他们的视角始终局限于单一的社会利益——社会财富总量。然而，正如征用权可以通过所有权的社会义务来理解一样，妨害行为和其他对私人财产权益的侵害也可以从社会义务的角度来理解。以著名的 Boomer

<sup>[194]</sup> See, e.g., Dworkin, *supra* note 10, at 246 ("[社会财富的增长，如果仅从其本身考虑，而不考虑其成本或其他好坏后果，根本就不是真正的收益]").

<sup>[195]</sup> 假如比尔·盖茨生来富有，而我们其他人则生来贫穷，并且假如盖茨从未用他的财富做任何对他人有益的事情，那么即使有更多的“天赐之物”（manna）从天而降进入盖茨的家，这并不会真正带来社会财富的增长。它仅仅增加了总量上的“天赐之物”，但并没有增加社会财富的总量。将财富视为一种独立于其分配方式的社会价值，实际上是将偏好满足与社会价值混为一谈。我对此观点的启发归功于霍基特（Hockett）。参见霍基特，上注释 8。

<sup>[196]</sup> Calabresi & Melamed, *supra* note 14.

v. Atlantic Cement Co.案为例, [197]在该案中, 法院下达了针对妨害行为的禁令, 但该禁令将在被告向原告支付永久性损害赔偿后被撤销。[198]实际上, 这意味着造成妨害的被告可以选择支付损害赔偿, 而不是遭受禁令的制裁, 只要被告认为支付赔偿比停止运营更划算(这几乎可以肯定)。法院的措辞充满了经济利益和效用的考量, 但个人牺牲和社会义务的概念也并未远离视野。法院坦率地承认, 其救济措施是对纽约州确立已久的规则的直接背离——根据这一规则, 一旦发现存在妨害行为, 无论禁令的经济影响与妨害行为的影响之间存在多大的差距, 都会对违规活动发出禁令。[199]根据这一规则, 财产所有者的财产权益完全受到保护, 所有者无需牺牲任何东西。而在 Boomer 案的损害赔偿救济中, 所有者被要求通过强制出售来牺牲其权益, 而这种强制出售所获得的价格可能无法完全补偿所有者。

正如传统观点通过避免高额交易成本来解释征收权 (eminent domain), 以实现总财富的最大化, 如今大多数法学家也用财富最大化的术语来合理化 Boomer 案。[200]社会义务理论可以通过将该案解读为一种补充, 即个人业主被合法要求牺牲其赋权(免受被告水泥厂造成的污染的自由), 作为其公民义务的一部分, 以支持“那些对于进行更高层次活动不可或缺的基础设施”。[201]这些更高层次的活动包括彼此商议、在经济交换中互动、在家庭和朋友圈中生活、发现自我, 以及通过这些活动体验自由与满足。如果没有像被告这样的行业, 我们生活的文化——这种培育美好生活的必要元素的文化——将不可能存在, 至少不会以我们熟悉的形式存在。因为像被告这样的行业是支撑这种文化的基础设施的重要组成部分, 因此可能需要个人作出牺牲来维持它们, 尤其是那些权益直接受到这些行业影响的财产所有者。

一些法院在裁定某些活动不构成妨害时, 确实使用了这种个人牺牲的论点, 即使这些活动对财产权益造成了实质性的损害。例如, 在《埃斯坦西娅斯达拉斯公司诉舒尔茨案》(Estancias Dallas Corp.v.Schultz) [202]中, 法院引用了先前案件中的如下表述:

[197] 257 N.E.2d 870 (N.Y. 1970).

[198] Id. at 875.

[199] See id. at 872.

[200] 卡拉布雷西法官和梅拉梅德引用了《布默案》(Boomer) 作为使用责任规则以实现经济效率的典型案例。参见卡拉布雷西和梅拉梅德, 上注 14, 第 1116 页注 55。

关于《布默案》的法经济学文献数量惊人。例如, 路易斯·卡普洛 (Louis Kaplow) 和史蒂文·沙维尔 (Steven Shavell) 在, , 713, 717 n.4 (1996) *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis* 中主张责任规则的优越性, 载于 HARV. L. REV 第 109 卷, 第 713 页, 第 717 页注 4 (1996 年)。另见丹尼尔·A·法伯 (Daniel A. Farber), *Reassessing Boomer: Justice, Efficiency, and Nuisance Law*, in *PROPERTY AND LEGAL EDUCATION: Essays in Honor of John E. Crabb* 7, 7 (Peter Hay & Michael H. Hoeflich eds. 1988), 其中主张妨害受害者应被推定享有以禁令形式体现的财产权规则; 以及 A. 米切尔·波林斯基 (A. Mitchell Polinsky), *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damages Remedies*, 载于 STAN. L. REV. 第 32 卷, 第 1075 页, 第 1079 页注 10 (1980 年), 讨论了《布默案》中潜在的“钉子户”问题。

[201] TAYLOR, *supra* note 79, at 205.

[202] 500 S.W.2d 217 (Tex. App. 1973).

“与其让公共利益受损，不如让某人承受这些不便……这些相互冲突的利益需要通过应用权利和正义等原则来解决问题，同时保留个人通过补偿获得救济的权利，并维护公共利益的完整；这对个人来说是一种艰难的处境，但这是文明社会及其物质发展的必然结果，因为社会对人员和财产的快速运输需求日益增加。”<sup>[203]</sup>

这一论点基本上与之前描述的从社会义务角度解释征收权的个人牺牲理论一致。它同样适用于《布默案》(Boomer)中涉及的救济问题，也适用于是否存在妨害的实质性问题。

然而，基于人类繁荣的社会义务理论也可能在《布默案》中得出相反的结果，正如它可能在一些更具争议的征收权案例中(例如《凯洛诉新伦敦市案》(Kelo v. City of New London))产生不同的结论。<sup>[204]</sup>在《布默案》中，我们可能会得出这样的结论：由于被告的活动仅以非常微弱的方式促进了那些让我们体验个体自由的人类能力，因此强迫原告出售其免受持续噪音和污染的生活权益无法基于其对社区的义务得到正当化。<sup>[205]</sup>并非所有的社会结构，政治制度，或社会活动，都是培养美好生活所需的价值所必需的。从发展这些基本价值的角度来看，某些社会结构或活动比其他更重要。只有所涉行为正受到质疑的机构与美好生活所需的利益之间存在更紧密的联系时，政治共同体才能合法地要求所有人牺牲其财产权益。<sup>[206]</sup>可以说，在《布默案》中，这种必要的联系并不存在。

这一版本的社会义务理论的支持者可能会在凯洛案 (Kelo) 中得出相同的结论。有人可能会认为，该案中的开发项目只会以非常微弱的方式促进那些对实现完善的道德自主性至关重要的能力的发展，例如就业岗位的略微增加，而不是，比方说，修建一座新的公共图书馆（社会义务理论支持者可以提供的一个显而易见的案例）。<sup>[207]</sup>社会义务理论的支持者会始终警惕这样一种风险：国家可能要求私人业主做出超出其正当限度的牺牲，因此我们必须限制社会要求业主作出的牺牲，以维护一个能够培育美好生活所需的人类福祉的社会和政体。

---

<sup>[203]</sup> *Id.* at 219 (quoting *Storey v. Cent. Hide & Rendering Co.*, 226 S.W.2d 615, 619 (Tex. 1950)).

<sup>[204]</sup> 545 U.S. 469 (2005).

<sup>[205]</sup> 正如我以前的同事道格·凯萨 (Doug Kysar) 提醒我的那样，强制履行禁令也可能具有技术强制的作用，促使行业开发不会导致儿童哮喘和其他与空气污染相关危害的替代工艺和产品。

<sup>[206]</sup> 对社会义务理论的更完整阐述需要进一步讨论相关制度或活动 (institution or activity in question) 与促进人类繁荣的相关利益之间的接近程度，以及这种必要接近性的性质。这样的讨论有待未来的研究完成。然而，在此我想强调的是，只有在具体冲突情境中才能确定何种程度的关联是必要的，因此我拒绝任何可预先设定且普遍适用的接近性标准。我要感谢霍克特 (Hockett) 敦促我在此澄清这一点。

<sup>[207]</sup> 一个社会义务理论的支持者将如何实际裁决凯洛案 (Kelo)，将取决于与新伦敦的辉瑞 (Pfizer) 项目的具体要素和影响。我的观点仅是提供一种思考方向。

### 3. 救济再探：来自南非的比较视角<sup>[208]</sup>

我所描述的基于人类繁荣的社会义务规范的版本可以成为社会转型的基础。对社会义务规范的认可，即使是其较为完善的版本，并不必然导致社会转型，但它可以作为深刻改变社会和政体结构方式的基础。

一个最近的例子是南非。1996 年南非宪法中的财产条款通过其对土地改革和种族正义的明确承诺，纳入了一种深厚的社会义务规范。<sup>[209]</sup>例如，宪法规定：“国家必须采取合理的立法和其他措施，在其可用资源范围内，推动条件以使公民能够公平地获取土地。”<sup>[210]</sup>它还进一步规定，“因过去的种族歧视法律或实践而导致土地保有权在法律上不安全的个人或社区，根据议会法案的规定，有权获得法律上安全的土地保有权或相应的补偿。”<sup>[211]</sup>同样甚至更为引人注目的是，宪法中还包含了一系列积极的社会经济权利条款，特别是住房权和医疗保健权。<sup>[212]</sup>

---

<sup>[208]</sup> Part IV.A.3 draws heavily from ALEXANDER, *supra* note 15.

<sup>[209]</sup> 《1996 年南非宪法》第 25 条：财产  
第 25 条 财产

- (1) 除非根据普遍适用的法律，任何人不得被剥夺财产，且任何法律均不得允许任意剥夺财产。
- (2) 财产只能根据普遍适用的法律进行征收——
  - (a) 为了公共目的或公共利益；并且
  - (b) 在补偿的前提下，补偿金额以及支付的时间和方式应由受影响方同意，或由法院决定或批准
- (3) 补偿金额、支付时间和方式必须公平合理，反映公共利益与受影响方利益之间的平衡，同时考虑所有相关情况，包括：
  - (a) 财产的当前用途；
  - (b) 财产的获取和使用历史；
  - (c) 财产的市场价值；
  - (d) 国家直接投资和补贴在财产收购和有益资本改善中的程度；以及
  - (e) 征收的目的。
- (4) 就本条而言——
  - (a) 公共利益包括国家对土地改革的承诺，以及为实现南非所有自然资源的公平获取而进行的改革；并且
  - (b) 财产不仅限于土地
- (5) 国家必须在其可用资源范围内，采取合理的立法和其他措施，促进公民公平获得土地的条件。
- (6) 由于过去种族歧视法律或实践导致土地所有权不安全的人或社区，有权根据议会法案的规定，要么获得合法保障的土地所有权，要么获得相当的赔偿。
- (7) 1913 年 6 月 19 日之后因过去种族歧视法律或实践而失去财产的人或社区，有权根据议会法案的规定，要么恢复其财产，要么获得公平的补救。
- (8) 本条的任何规定不得妨碍国家通过立法和其他措施实现土地、水资源及相关改革，以纠正过去的种族歧视结果，前提是任何偏离本条规定的做法必须符合第 36(1)条的规定。
- (9) 议会必须制定第(6)款提及的立法。

S. AFR. CONST. § 25.

对于南非宪法财产条款的重要评论，参见一般文献：AJ VAN DER WALT, CONSTITUTIONAL PROPERTY LAW (2005); Geoff Budlender, The Constitutional Protection of Property Rights, in GEOFF BUDLENDER ET AL., JUTA'S NEWLAND LAW 1-1 *passim* (1998); Theunis Roux, Property, in 3 CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 46-i (Stuart Woolman et al. eds., 2d ed. 2006).

<sup>[210]</sup> S.AFR. CONST. 1996 § 25(5).

<sup>[211]</sup> *Id.* § 25(6).

<sup>[212]</sup> 1996 年宪法的若干条款规定了社会经济权利。其中最重要的是以下内容：

第 26 条：住房

- (1) 每个人都有权获得适当的住房。
- (2) 国家必须在其可用资源范围内，采取合理的立法和其他措施，逐步实现这一权利。

结果是一部被称为“世界历史上最令人钦佩”的宪法。<sup>[213]</sup>即使有人认为这一评价过于夸张，毫无疑问，南非宪法是一部非凡且前所未有的文件，明确旨在造就变革性的社会转型。其首要目标是实现一个遭受深刻政治和经济不公的社会的根本转型，这不仅包括 1948 年正式建立的种族隔离制度时期，也包括在此之前事实上的种族隔离年代。<sup>[214]</sup>正因为南非宪法旨在成为社会根本转型的主要推动力之一，这使其在历史上无与伦比，并值得全球宪法学者的高度重视。

在当今南非的背景下，“社会转型”主要意味着土地改革。该国试图实现其创建“基于人类尊严、平等和自由的开放民主社会”的承诺，<sup>[215]</sup>其最终结果在很大程度上取决于其能否彻底改革土地制度，不仅在法律层面上，更作为一种社会现实。南非的非白人群体几乎普遍面临无地和无家可归问题，数百万黑人生活在“非正式”定居点（即占屋聚居地）中，<sup>[216]</sup>处于

---

(3) 在未考虑所有相关情况并由法院作出命令的情况下，任何人不得被逐出住所或房屋被拆除。任何法律均不得允许任意驱逐。

第 27 条：医疗、食品、水和社保

(1) 每个人有权获得：

(a) 医疗服务，包括生殖健康服务；

(b) 充足的食物和水；以及

(c) 社会保障，包括如果他们无法养活自己及其依赖者，则提供适当的社保援助。

(2) 国家必须在其可用资源范围内，采取合理的立法和其他措施，逐步实现上述每一项权利。

(3) 任何人不得被拒绝紧急医疗服务。

第 28 条：儿童

(1) 每个儿童享有……

(c) 基本营养、住所、基本医疗服务和社会服务的权利；

(d) 受到保护，免受虐待、忽视、剥削或摧残的权利；

(e) 受到保护，免受剥削性劳动实践侵害的权利……

(3) 在本条中，“儿童”指年龄不满 18 周岁的人。

第 29 条：教育

(1) 每个人享有：

(a) 基础教育的权利，包括成人基础教育；以及

(b) 进一步教育的权利，国家必须通过合理措施，逐步使其可用且可及。

S. AFR. CONST. § 25.

对于南非社会经济权利的重要学术讨论，参见一般文献：AJ VAN DER WALT, CONSTITUTIONAL PROPERTY LAW (2005); Geoff Budlender, The Constitutional Protection of Property Rights ,in GEOFF BUDLENDERETAL., JUTA'S NEWLAND LAW 1-1 passim (1998); Theunis Roux, Property, in 3 CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA: A 46-i (Stuart Woolman et al. eds., 2d ed. 2006).

<sup>[213]</sup> CASS R. SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS Do 261 (2001).

<sup>[214]</sup> 事实上，序言本身表明，共和国通过 1996 年宪法的目的是“治愈过去的分裂，并建立一个基于民主价值观、社会正义和基本人权的社会。”南非宪法 1996 年序言。关于为合法种族隔离铺平道路的前种族隔离时代实践的宝贵历史讨论，参见 LEONARD THOMPSON, 《南非史》154-86 页（第 3 版，2000 年）。

<sup>[215]</sup> S. AFR. CONST. 1996 § 36(1).

<sup>[216]</sup> “无家可归”是一个无定且无益的状态，无论在哪个社会都是如此，尤其是在南非。在那里，成千上万的人生活在非正式（且非法）的占屋聚居地。从某种意义上说，这些人确实有“家”，但这些家极其简陋、不适宜居住。其中一些人是曾经的农场工人，他们迁移到城市地区；另一些人是无法负担体面住房的城市工薪阶层；而大多数人则是失业者。

南非的土地再分配进展得异常缓慢，令人沮丧。土地所有权的不平等分配仍然沿袭着种族分界线。在种族隔离制度结束后，新当选的民主政府承诺到 2014 年将 30% 的白人拥有的商业农地转让给非白人群体。然而，根据南非土地事务部 2006-07 年度报告，截至当时，仅有不到 5% 的土地完成了转让。参见《DEPT OF LAND AFFAIRS, S. AFR., ANNUAL REPORT: 1 April 2006-31 March 2007

(2007), available at <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CPSI/UNPAN028127.pdf>.

极度贫困的状态，而且许多黑人仍然没有安全的土地保有权。<sup>[217]</sup>如果无法获得土地和更安全的土地使用权，新政治和法律（包括宪法中的表述）中的崇高理念中获得实际的安慰。

宪法规定的土地重新分配和土地保有权改革计划仍在进行中，目标日期为 2014 年。<sup>[218]</sup>南非已取得一定进展，但鉴于该国当前严重的无地问题，仍有大量工作需要完成。大量南非黑人继续生活在条件恶劣的占屋聚居地中，而且越来越多的此类聚居地正在涌现。许多定居点是由来自较贫穷省份（如林波波省和东开普省）的黑人移民到较富裕省份（如西开普省）的城市地区寻找工作而搭建的。其他定居点则是非法驱逐黑人农场工人后形成的结果。<sup>[219]</sup>

这些条件恶劣的聚居地的普遍存在是令现代南非初次访问者最感到震惊的景象之一。这些定居点有时是非法侵占公共或私人土地的结果，<sup>[220]</sup>但更常见的是在种族隔离法律下由国家创建的定居点。它们规模各异，但无一例外地居住着极度贫困（且绝大多数为黑人）的南非人，生活在绝望的环境中。

土地侵占在南非有着悠久的历史。南非政府历史上对土地侵占的反应方式直接影响了宪法中财产权与住房权之间的关系。<sup>[221]</sup>随着 1993 年种族隔离制度的结束，贫困黑人的土地侵占和非正式、未经授权的住房定居点继续迅速增加。多年的种族隔离政策导致该国许多地区的黑人面临严重的住房短缺。为了响应第 25 条中的土地权利规定，特别是针对国家明确要求“采取合理的立法措施，以实现[获得适当住房的权利]的逐步落实”的要求，<sup>[222]</sup>地方政府

---

与此同时，非正式住房定居点继续在全国范围内涌现。尽管许多居民是从农村迁移到城市寻找工作的移民，但也有一些人是非法驱逐的受害者，这些驱逐有时甚至是地方当局实施的农场工人。See MARC WEGERIF ET AL., NKUZI DEV. ASS'N, STILL SEARCHING FOR SECURITY: THE REALITY OF FARM DWELLER EVICTIONS IN SOUTH AFRICA 27-28 (2005), available at <http://www.nkuzi.org.za/docs/EvictionsSurvey.pdf>.

<sup>[217]</sup> 截至 2007 年，为居住和工作在农场上的人们提供土地保有权安全保障的许多目标尚未实现。参见 DEP'T OF LAND AFFAIRS, *supra* note 149, at 61. 当前关于土地保有权的许多不安全感是过去遗留影响的结果，这不仅包括种族隔离政策，还包括殖民征服的影响。参见 See Budlender, *supra* note 142, at 1-70 (“南非的历史表明，当前许多土地保有权的不安全感是法律、政策和实践的结果，这些法律、政策和实践始于殖民征服，并终结于种族隔离。”)。关于使黑人土地保有权普遍缺乏保障的历史实践的出色概述，参见 CHARLES VAN ONSELEN, THE SEED IS MINE: THE LIFE OF KAS MAINE, A SOUTH AFRICAN SHARECROPPER 1894-1985, at 3-11 (1996).

<sup>[218]</sup> 截至 2007 年 3 月 31 日，93%的土地归还申请已经得到解决。剩下的索赔是最困难的那些，主要是农村地区的申请，且大多集中在最贫困的省份。See COMM'N ON RESTITUTION OF LAND RTS., S. Afr., ANNUAL REPORT: 2006/07, at 3 (2007), available at <http://land.pwv.gov.za/restitution/Annualreports>.

<sup>[219]</sup> See *supra* note 149 and accompanying text.

<sup>[220]</sup> 正如南非宪法法院在 Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers 中所指出的：“‘土地侵占’一词……必须谨慎使用。” 2004 (12) BCLR 1268 (CC) at 1280 n.22 (S. Afr.). 大法官阿尔比·萨克斯 (Albie Sachs) 指出，该术语

“可以被扩展以涵盖差异极大的各种情况，例如：相对少数的人在未开发的土地上搭建棚屋并居住了较长时间的情况；或像 Grootboom 案中的情形，尽管有一千名绝望的人占据了计划用于低成本住房开发的山坡，但并未表现出插队的意图，且补救措施并未被拒绝；或者存在一种蓄意且经过周密策划的行为，最终导致对大片土地的非法侵占和占用的情况。”

*Id.*

<sup>[221]</sup> *Id.* at 1276-77.

<sup>[222]</sup> S. Afr. Const. 1996 § 26(2)

府制定了旨在满足住房需求的住房计划。然而，对低成本适足住房的高需求与政府预算的限制相结合，使得许多极度贫困的人们别无选择，只能生活在条件恶劣的非正式住房定居点中。

向一个公正社会的转变——一个为所有南非人提供体面住房的社会——当然需要数年时间。这一过程将需要多种因素的结合，其中包括经济发展、教育，尤其是南非政府最高层对政策的严肃承诺。在此期间，问题将继续存在，土地侵占也会持续发生。这些土地侵占将为法院提供机会，以创造性和社会变革性的方式作出裁决，基于浓厚的社群主义社会义务规范来缓解种族隔离遗留下来的难以忍受的状况。有证据表明，南非法院已经迎难而上。也许没有哪个案例比南非上诉法院在《莫德东贫民窟居民与其他诉莫德克莱普农场有限公司案》（*Modder East Squatters & Others v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd.*）中的判决更能说明这一点。<sup>[223]</sup>

在莫德克莱普案中，约 400 名约翰内斯堡非正式定居点的居民搬到了一块他们误以为属于市政府的土地上。实际上，这块土地是私人农场，归 莫德克莱普农场有限公司所有。短短六个月内，新定居点的人口增长到 18,000 人，居住在 4,000 个棚屋中。<sup>[224]</sup>土地所有者依据《非法驱逐和非法占用土地预防法》（PIE Act）要求驱逐这些占用者。下级法院批准了驱逐令，但占用者拒绝撤离。与此同时，莫德东（Modder East）定居点的人口已增至 40,000 人。<sup>[225]</sup>随后，法院签发了执行令，命令治安官执行驱逐。然而，治安官坚持要求支付一笔巨额款项，<sup>[226]</sup>以支付雇佣私人公司进行驱逐和拆除棚屋的费用。由于这笔金额超过了土地的估值，土地所有者无力或不愿支付。

莫德克莱普随后对占用者提起了非法侵占的刑事诉讼，其中一些占用者被判有罪。然而，治安官仍未采取任何行动，将此事视为民事纠纷。公司接着向多个公共机构寻求帮助。总统将此事转交给土地事务部，土地事务部又将其转交给住房部，但住房部未作回应。<sup>[227]</sup>在此期间，执达官进一步提高了驱逐所需的金额。土地所有者因无奈再次向法院提起诉讼，并获得了一项宣告性命令，要求所有相关政府官员（包括国家警察局长）采取必要措施移除非法占用者（例如，执行驱逐令）。

<sup>[223]</sup> 2004 (8) BCLR 821 (SCA) (S. Mr.).

<sup>[224]</sup> *Id.* at 1276-77.

<sup>[225]</sup> *Id.* at 825. 该定居点只有一处水龙头，唯一的设施是简陋的坑式厕所。 *Id.*

<sup>[226]</sup> 180 万兰特（在出版时约合 181,000 美元）。*Id.*

<sup>[227]</sup> See *id.* at 825-26.

此案提交至最高上诉法院时，是一个合并申请：一方面是国家对最初驱逐令的上诉，另一方面是对执行令的上诉。法院驳回了对驱逐令的上诉许可，但部分支持了对执行令的上诉，并发布了一项新的执行令。<sup>[228]</sup>

乍一看，此案似乎纯粹是一个私法问题：执行一个简单的驱逐令。实际上，这正是国家和警方最初对待此案的方式。然而，最高上诉法院对此案的看法不同，指出这种态度“未能充分认识到[南非宪法法院在先前案件中]确定的、针对如当前居住者这类人群的更广泛的社会和政治责任。”<sup>[229]</sup>在法院看来，此案提出了国家两项宪法义务之间的明显冲突：根据第 25 条保护莫德克莱普农场有限公司的所有权，以及根据第 26 条提供适当住房的义务。法院认为，国家在这方面的失职同时构成了对莫德克莱普农场有限公司的第 25 条财产权和居住者的第 26 条住房权的侵犯。<sup>[230]</sup>这一结论的依据是宪法第 7(2)条，该条规定国家有责任“尊重、保护、促进和实现[原文如此]权利法案中的权利。”在法院看来，未能按照第 26 条为居住者提供替代住房，国家就未能保护业主的第 25 条财产权，正如第 7(2)条所要求的那样。法院指出：

“在实质方面，国家未能履行其保护莫德克莱普农场有限公司权利的宪法职责：它没有为居住者提供土地，而这本可以使得莫德克莱普（如果它有能力的话）执行驱逐令。相反，它将居住者对土地的需求负担转移到了个人身上……”<sup>[231]</sup>

换句话说，未能保护一项权利意味着未能保护另一项权利。理论是，保护和促进基本权利的宪法职责来源于宪法规定赋予国家这样的职责，这就使国家负有普遍的责任，保护其公民免受对其基本权利的一切侵害，即使这些威胁来自其他个人而非国家。

在上诉中，宪法法院承认驱逐令是正确的，并且公司有权获得该令。但法院将这一权利的实施条件设定为：国家首先必须为非法占地者提供替代土地或住房。法院明确命令国家通过提供土地来履行其宪法义务，以便驱逐程序能够进行（当然，除非国家选择购买或征用土地）。<sup>[232]</sup>居住者有权继续留在莫德克莱普农场有限公司的土地上，直到国家为他们提供了替代土地。在此期间，土地所有者有权从国家获得最高上诉法院判决的赔偿。<sup>[233]</sup>

南非最高上诉法院和宪法法院的判决都聚焦于国家的义务，但这一裁决同时也涉及私人土地所有者的义务。从长远来看，国家很可能被迫（出于实际考虑）获取新的土地，或者更

---

<sup>[228]</sup> *Id.* at 826.

<sup>[229]</sup> *Id.* at 828.

<sup>[230]</sup> 见 *id.* at 841-42.

<sup>[231]</sup> *Id.* at 834.

<sup>[232]</sup> 见 *id.* at 841-42.

<sup>[233]</sup> *Id.* at 842.

有可能的是，直接征用目前被占据的土地。然而，在此期间，法律通过责任规则而非财产规则 保护了莫德克莱普农场有限公司的宪法财产权，即通过补偿而非驱逐的方式进行保护。尽管只有后者才能完全恢复莫德克莱普农场有限公司对土地的占有权。<sup>[234]</sup>实际上，两家法院都迫使国家行使征收权，至少临时取得莫德克莱普公司土地的部分权益，类似于一种可终止的租约。这种救济显然未能满足莫德克莱普的诉求。即使赔偿金额等于农场被占用部分的公平租金价值，莫德克莱普也很可能对这一结果感到不满。它真正追求的是对其整个农场的独占权，但法院裁定莫德克莱普农场有限公司有宪法义务放弃该权利。

莫德克莱普的牺牲并非小事。法院强迫莫德克莱普农场有限公司与相当于一个小城市人口规模的非法占地者群体维持关系，而这种关系无疑是公司希望终止的。此外，随着时间推移，非法占地者永久留在土地上的主张将变得更加强烈，这进一步增加了国家彻底征用土地的压力，尽管可能会给予莫德克莱普农场一定的补偿。

这种强制性的牺牲与古典自由主义原则无法调和。这一牺牲既非自愿承担，也无法被视为维护平等（消极）自由的必要条件。同样，从功利主义的角度来看，尽管或许并非完全不可能，但很难为这种牺牲提供正当性辩护。尽管有人可能会基于功利主义的理由为强制财产转让辩护，<sup>[235]</sup>但就莫德克莱普一案的两个特征而言，功利主义的计算似乎无法得出明确结论：(1)法院使用了责任规则，而不是像在逆权占有的情况下直接将权利转让给非法占地者；(2)法院判决由国家而非非法占地者向莫德克莱普农场有限公司支付占用土地的权利费用。

相比之下，莫德克莱普案的结果——无论是从总体轮廓还是具体细节来看——都非常契合本文所发展的社会义务理论。几乎在任何关于人类繁荣的概念中，非法占地者获得用于居住的土地无疑是实现最低物质条件的重要组成部分。例如，若个体缺乏一个合法的栖身之所，其生命与自由的能力便近乎于无。<sup>[236]</sup>因此，国家负有义务，确保公民能够获得此类机会。

<sup>[234]</sup> 见 *id.* at 841-42; *supra* text accompanying notes 163-164.

<sup>[235]</sup> 在没有外部性或高额交易成本的情况下，功利主义者通常倾向于自愿的财产转让，因为个人最清楚自己对某块财产所赋予的价值。然而，正如我的同事爱德华多·佩尼阿尔弗（Eduardo Moises Peñalver）所指出的，如果人们有理由相信财富分配不均阻碍了各方通过自愿的市场交易表达其偏好，那么从功利主义的角度来看，强制性的财产转让 是可以被正当化的。参见爱德华多·莫伊斯·佩尼阿尔弗和索尼娅·K·卡塔尔（Sonia K. Katyal），*Property Outlaws*，155 U. PA. L. REV. 1095, 1142-44 (2007)（解释了强制转让的“再分配价值”和“信息价值”）。但是，法律通常会谨慎地限制对正常规则（即支持自愿交易的规则）的例外情况，以确保任何特定的强制转让确实能够基于市场失灵的理由得到正当化。这一点在逆权占有（adverse possession）案件中表现得尤为明显。逆权占有制度对非法占有人设置了一系列障碍，部分目的是为了筛选出那些真正无法在市场上表达其对土地价值偏好的人，同时也限制了逆权占有仅适用于那些显然对该土地价值评价不高的所有者。在本案中，有理由认为非法占有人对其占用的土地赋予了很高的价值；但鉴于 Modderklip 对土地侵占的迅速反应，我们没有理由认为 Modderklip 对土地的价值评估会更低。参见 Modderklip 2004 (8) BCLR, 第 824 页。

<sup>[236]</sup> 见, e.g., Jeremy Waldron, *Homelessness and the Issue of Freedom*, 39 UCLA L. REV. 295, 302-04 (1991) (有关无家可归者自由限制的讨论).

国家可以采取的一个关键方法是为强大而繁荣的市场经济提供法律和社会基础。然而，当市场经济建立在因过去的不公正而扭曲的资源分配之上时（如南非的情况），或者当市场像往常一样倾向于排除经济阶梯底层的人群时，国家对经济的干预是正当的，前提是这种干预是非任意的，并且符合辅助性原则。<sup>[237]</sup>

作为大地主，莫德克莱普农场有义务从自己的财产中做出贡献，以帮助非法占地者获得他们繁荣所需的资源。然而，莫德克莱普的义务并非无限的。毕竟，这种义务适用于全国范围内的所有土地所有者，因此不应仅仅由某一个土地所有者独自承担。从多个角度来看，履行这一义务的最佳方式是通过一个结构良好的土地改革体系。在这样的计划中，像莫德克莱普农场有限公司这样的大地主仍然会承担不成比例的负担（至少在人均基础上是如此，即便不以财富或土地所有权为依据）。然而，一个由立法规定的、系统化的再分配过程可以做到透明且可预测，同时将再分配的成本尽可能广泛地分摊。然而，在缺乏这种系统性解决方案的情况下，像莫德东（Modder East）贫民窟居民这样的自助行为既是可预测的，也是可以理解的；但这种自助行为如果得不到解决，就会对像莫德克莱普这样的目标土地所有者施加过度的压力。显而易见的解决方案是，事后尝试制定一种尽可能接近各方义务和权利的救济措施。

在莫德克莱普案中，法院的似乎正是这样做的。它在国家与莫德克莱普的义务之间，以及莫德克莱普和贫民窟居民的权利之间，编织了一条尊重各方利益的道路。该意见禁止将贫民窟居民重新推回无地状态，同时通过命令国家补偿莫德克莱普的土地损失，帮助分摊了这一决定对土地所有者的成本。它保留了土地所有者未来可能收回土地的可能性，但也鼓励国家通过其征收权获取土地，并将其作为南非正在进行的土地改革进程的一部分交给贫民窟居民。

## （二）使用牺牲（Use Sacrifices）

第二种可以通过社会义务规范来解释现有法律实践的场景是，业主保留其财产，但被禁止以某种方式使用该财产，而这种方式被认为是违背社区集体利益的。可以想象，这可能包括各种各样的土地使用法规以及其他对财产使用或享乐的限制。我将讨论限制在四个例子上：历史保护法（Historic Preservation Laws）及相关案例《宾州中央运输公司诉纽约市案》

---

<sup>[237]</sup> 通过“辅助性原则”（subsidiarity），我的意思是：

“国家不应将那些可以由更小、更亲密的社区同样好地（甚至更好地）履行的职能揽于一身。……这一观念通过对私人或地方解决方案的优先推定，为国家权力设定了有意义的限制，除非这些解决方案明显无法胜任任务。”

Alexander & Pefialver, *supra* note 16, at 148-49.

(*Penn Central Transportation Co. v. New York*)、妨害法规、公共信托原则，以及与艺术和文化遗产所有权相关的义务。

### 1. 历史保护法规与《宾州中央运输公司诉纽约市案》（*Penn Central*）

历史保护法——对具有历史意义的建筑物所有者或位于历史保护区内的土地所有者的用途进行显著限制——可以被理解为与本文的社会义务理论一致。假设一个负责保护指定历史区的城市机构拒绝了一项对位于历史区内的住宅进行改造的计划。该机构的理由是，提议的重新设计风格与现有建筑和历史区的整体特征“明显不兼容”。该机构至少是在表明，业主对其周围的所有者负有维持附近所有人财产价值的义务。鉴于该社区的独特性质，历史区内的业主处于一种相互依赖的关系中，这种关系赋予了他们一些普通的城市土地所有者所没有的特定义务。<sup>[238]</sup>

该机构可能还在表明，证明国家警察权力行使正当性的公共福利可能会对历史区内的建筑私人所有者施加一定的义务，要求他们在一定程度上牺牲其对建筑使用的自主权。业主不仅属于他们的邻居社区，也是更广泛的都市社区中的一分子。建筑所展现出的独特风采，使其业主获得了可观的经济利益，而这并不仅仅归功于当前或过去的建筑所有者。相反，其特殊身份依赖于各种形式的支持，包括但不限于整个都市社区中的个人和机构提供的物质支持。这种依赖性对建筑所有者施加了一种义务，即维护更广泛社区赋予此建筑的独特性。这一义务可能涉及通常不会对私人建筑所有者施加的经济牺牲。

最高法院备受争议的《宾州中央运输公司诉纽约市案》（以下简称宾州案）<sup>[239]</sup>说明了这两点。在该案中，纽约市地标委员会之前将著名的中央车站（Grand Central Terminal）——当时由宾州中央运输公司拥有——指定为历史地标，因为该建筑拥有无与伦比的 19 世纪美术学院风格立面。宾州中央希望在车站上方建造一座多层商业建筑，但委员会否决了提交的两份计划，声称这些计划将对车站的独特艺术特征造成严重损害。业主提起诉讼，声称委员会拒绝其开发车站上方空域的计划等同于对其私人财产的违宪征收。<sup>[240]</sup>

法院支持了委员会的行动。首先，法院得出结论认为，由于业主仍能从其投资中获得合理回报，因此不会发生价值的实质性减少。<sup>[241]</sup>此外，法院表示，委员会的开发禁令并未完全剥夺业主对车站上方空域的既有权利的所有可能用途。业主已被授予可转让开发权

---

<sup>[238]</sup> 见, e.g., *State ex rel. Stoyanoff v. Berkeley*, 458 S.W.2d 305, 310 (Mo. 1970) (如果建筑不符合社区的建筑风格且这种不一致会影响周边房产价值，则拒绝颁发建房许可)。

<sup>[239]</sup> 438 U.S. 104 (1978).

<sup>[240]</sup> *Id.* at 115-19.

<sup>[241]</sup> *Id.* at 136.

(TDRs)，并可以利用这些权利在其拥有的附近其他建筑物上方的空域进行开发。<sup>[242]</sup>代表多数意见撰写的威廉·布伦南大法官 (Justice William Brennan) 指出：“尽管这些权利如果构成‘征收’，可能并不足以构成‘公正补偿’，但它们无疑减轻了法律对[业主]施加的任何经济负担。因此，在评估法规的影响时，这些权利必须被考虑在内。”<sup>[243]</sup>法院进一步得出结论认为，委员会的行动并未干涉业主基于投资的任何期望，因为公司尚未在开发项目中投入任何资金。<sup>[244]</sup>最后，布伦南大法官指出，拒绝开发许可并未涉及政府对业主空域的物理侵占。相反，他表示，该行动的效果类似于一项常规的土地分区决策。<sup>[245]</sup>

一种为宾州案裁决辩护的方式是基于互惠性规范 (Norm of Reciprocity)。类似互惠性规范的内容似乎在纽约上诉法院关于宾州案的意见中有所体现，其中法院依赖的推理呼应了亨利·乔治 (Henry George) 的理论，即社会有权合法利用资源价值中因社会贡献而产生的那部分价值。<sup>[246]</sup>纽约法院指出：

“只要私有财产中由私人创造的部分获得合理回报就足够了。正是这一由私人创造并由私人管理的部分构成了财产，并成为合理回报的基础。其余的一切都是社会通过辛勤劳动和资金支出所作出的贡献。在这一范围内，社会也有权获得其应得的利益。”<sup>[247]</sup>

达根 (Dagan) 基于其互惠性规范的版本为宾州案的判决提供了正当化依据。根据他的“中间认知下的长期互惠性”理论，<sup>[248]</sup>监管机构不需要支付补偿，当且仅当

“所涉公共行为带来的不相称负担并非过于极端，并且被土地所有者从其他公共行为中获得的与其所受的损失程度相近的利益所抵消或很可能被抵消时（这些利益可能来自过去、现在或未来的公共行为，且可能对邻近财产造成损害）。”<sup>[249]</sup>

达根认为，在这种互惠性框架下，大中央总站的所有者不应获得补偿。达根认为，所有者的受益来自于其他各种监管措施，这些措施保护并增强了纽约市的“旅游景点、商业和

<sup>[242]</sup> *Id.* at 137.

<sup>[243]</sup> 在异议意见中，首席大法官威廉·伦奎斯特 (William Rehnquist) 强烈质疑这一主张。在他看来，可转让开发权 (TDRs) 只有在作为对财产征收的补偿时才具有相关性，而作为补偿，它们是不充分的，因为它们并非“被征收财产的完全且完美的等价物”。同上，第 150 页（引用 *Monongahela Navigation Co. v. United States*, 148 U.S. 312, 326 (1893)）（伦奎斯特大法官，异议意见）。

<sup>[244]</sup> *Id.* at 130 n.27, 136 (majority opinion).

<sup>[245]</sup> *Id.* at 135.

<sup>[246]</sup> 参见一般性的论述：亨利·乔治 (Henry George), *Progress and Poverty*, Country Life Press, 1955 年 (1879 年首次出版)。关于乔治的“单一税”思想在现代征收法中的更全面应用，参见 T. 尼古拉斯·蒂德曼 (T. Nicolaus Tideman), *Takings, Moral Evolution, and Justice*, 载于 *Colum. L. Rev.* 第 88 卷, 第 1714 页 (1988 年)。

<sup>[247]</sup> *Penn Cent. Trans. Co. v. City of New York*, 366 N.E.2d 1271, 1273 (N.Y. 1977).

<sup>[248]</sup> Dagan, *Takings and Distributive Justice*, *supra* note 12, at 769.

<sup>[249]</sup> *Id.* at 769-70 (footnote omitted).

工业”，<sup>[250]</sup>尤其是在大中央总站所在的曼哈顿中城地区。因此，达根主张，尽管所有者在短期内承受了不相称的负担，但从长远来看，他们将直接且按比例地从城市公共行动的累积利益中获益。<sup>[251]</sup>换句话说，他与纽约上诉法院的观点一致，认为计算所有者损失程度时，分母不应是受直接影响的地块价值，而应是“原告在 Grand Central 区域的大量房地产持有量，包括酒店和办公楼”。<sup>[252]</sup>

这一观点无疑有一定的道理。将大中央总站指定为历史地标，极有可能使其成为一个更大的旅游景点，从而吸引更多游客，为所有者带来更高的收入。宾州中央运输公司从大楼内的商业运营租户（包括零售特许经营商）那里获得的租金，很可能因商业租赁中常见的租金递增条款而增加。这种边际收入的增长应被视为纽约市历史地标委员会监管行动的结果，这正是达根所设想的那种长期互惠利益的表现。再加上另一个事实：没有任何任意因素将大中央总站单独列为限制对象（毕竟，他们是业主，也是提出变更计划的一方），要求补偿的理由变得越来越弱。尽管达根的论点颇具说服力，但另一种看待该判决的方式直接回应了批评者提出的问题。与其关注互惠性，社会义务理论更关注以下问题：国家可以合法要求私人土地所有者对其土地使用作出哪些牺牲？换言之，问题是：土地所有者对社区在土地使用、状况或维护方面负有哪些义务？

社会义务理论认识到，由于个人只有在特定类型的文化中才能发展成为自由且完全理性的道德主体，<sup>[253]</sup>因此所有个人都有义务以适当的方式支持构成该文化基础的制度和基础设施。这种支持有时可能需要牺牲对财产的个人偏好最大化使用。宾州案便是这样一个例子。财产所有者对其社区的义务可能包括维护公共审美利益以及提供安全和健康的环境。<sup>[254]</sup>这一点对于像 Grand Central Terminal 这样的建筑尤为重要。地标保护委员会将该建筑指定为历史地标，是一种法律上的认可：作为一座显然特殊、几乎独一无二的建筑的所有者，运输公司有义务不以不可逆转地破坏其独特建筑地位的方式使用它。法院维持了对业主开发计划的无偿拒绝，这一决定实际上是对一种民主认可的使用牺牲方案的司法执行——该方案要求所有纽约市建筑的私人所有者作出相应的使用牺牲，因为其建筑的历史和美学完整性被委员会认定为对城市文化的福祉至关重要。

---

<sup>[250]</sup> *Id.* at 797.

<sup>[251]</sup> *Id.* at 798.

<sup>[252]</sup> *Id.* (quoting *Penn Cent.*, 366 N.E.2d at 1276-77).

<sup>[253]</sup> 见 *supra* text accompanying note 97.

<sup>[254]</sup> 见 *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 33 (1954) ("It is within the power of the legislature to determine that the community should be beautiful as well as healthy. ").

当然，并非社区基础设施的各个方面都对维持一种能够促进个体自由或践行个人责任的文化不可或缺，但像 Grand Central Terminal 这样的建筑至少从其社区的角度来看是不可或缺的。如果纽约市失去所有历史建筑遗产，它的文化将不仅仅是变得不同，而是会陷入公民意义上的贫困。独特的建筑遗址是一个城市社区及其居民身份认同的重要组成部分。历史地标创造了集体的城市记忆；而这些地标的破坏或根本性改变则会抹去集体的历史记忆。历史记忆的抹除会动摇社会及其文化，并可能带来严重的政治后果。这并非偶然——历史上，压迫性政权一再试图抹去那些在过去培养了强大公民能力的文化记忆；而这种抹除行动往往涉及建筑地标。

那些依赖于社会基础设施的公民文化部分的私有财产所有权伴随着特殊的义务。<sup>[255]</sup>如果城市当局合法地行使权力以保护私有财产不被永久破坏其对社区的独特性和支持作用的方式改变的话，这些义务可能要求所有者放弃补偿，甚至是长期的实物补偿。在宾州案中所设想的 Grand Central Terminal 的开发将对纽约社区造成重大的文化意义和身份认同的损失。不应要求宪法补偿来防止私人所有者首先造成这样的损失，因为这种损失从根本上与该财产所有者的义务相悖。

## 2. 环境法规

几乎所有的环境法规——无论是联邦、州还是地方层面——都可以用公民版本的社会义务规范来解释。例如，考虑湿地法规。湿地及其使用法律监管的基本情况如今已广为人知。湿地对维持脆弱且复杂的生态系统的健康贡献巨大。湿地执行了包括过滤和储存水到提供鱼类和野生动物栖息地等多种有价值的功能。然而，在 20 世纪 70 年代之前，随着人口增长和城市发展，填埋湿地使其可用于商业和住宅开发的需求增大，导致湿地以惊人的速度消失。自那时起，湿地在联邦和州两级都受到了广泛监管。<sup>[256]</sup>然而，这些法规引发了大量对其合法性的宪法挑战。

湿地法规是否是对私人财产的征收，国家必须向所有者支付补偿？还是它们是所有者作为对社区义务的一部分而必须做出的牺牲？从一个层面来看，人们很容易理解为什么受影响的土地所有者声称湿地法规剥夺了他们的财产。在时间点一，他们可以自由地通过排水或填埋湿地来开发土地。在时间点二，国家实际上已经从他们的权利束中移除了赋予他们的开发

---

<sup>[255]</sup> 奥尼尔（O'Neill）同样认为，土地、社区身份以及与那些独特体现公民身份的资源相关的关怀义务之间的关系，可能会影响我们对与这些资源相关的财产关系的规范性理解。见 O'Neill, *supra* note 97, at 698.

<sup>[256]</sup> 湿地法规所依据的联邦法律体系被称为《清洁水法》（Clean Water Act），33 U.S.C. §§ 1251-1387 (2006).

权，并代表公众占有了财产。如果公众希望获得这样的利益，所有者认为，那很好，但公众必须为此买单。

该论点的问题在于，它假定已经回答了受质疑法规所提出的问题。湿地所有者是否拥有对其湿地进行开发的合法权利，即使该开发可能导致湿地生态系统的破坏？我们如何在不预设结论的情况下回答这个问题？

法院在试图根据所谓的“有害使用”原则解决针对湿地法规和其他形式的环境限制的征收挑战时常常面临这一难题。<sup>[257]</sup>该原则规定，如果法规旨在消除有害使用，则无需对受影响的所有者进行补偿。支撑这一原则的理念是，法规禁止的使用从来就不属于所有者权利的一部分；因此，法规并未剥夺所有者的任何所有权权益。<sup>[258]</sup>评论者通常将这一原则的起源追溯到 19 世纪著名的 *Mugler v. Kansas* 案。<sup>[259]</sup>在该案中，最高法院支持了一项禁止经营啤酒厂的州法律。法院基于一个核心见解得出结论，认为该法规并未构成征收：“在这个国家，所有财产的持有都附带一个隐含义务，即所有者的使用不得对社区造成伤害。”<sup>[260]</sup>这一表述本可以成为完全发展出所有者隐含义务概念的基础，但这一潜力从未实现。随后，法院在 *Hadacheck v. Sebastian* 案<sup>[261]</sup>及其后续案件中应用了这一原则。<sup>[262]</sup>许多州法院的判决也依赖于这一原则。<sup>[263]</sup>

“有害使用”原则在现代征收法中的地位目前有些模糊。最高法院在 *Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis* 案中似乎确认了这一原则，<sup>[264]</sup>但仅仅几年后，在 *Lucas v. South Carolina Coastal Council* 案中，<sup>[265]</sup>法院严重削弱了该原则的重要性。表面上看，*Lucas* 法庭拒绝了传统观点，即如果被监管活动造成普遍危害，则不应视为征收的绝对规则。*Lucas* 法庭依赖了一种多年来被许多学者，特别是经济学家和法经济学学者提出过的论点。<sup>[266]</sup>这些

<sup>[257]</sup> See, e.g., *Lucas v. S.C. Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 1022-24 (1992) (讨论法院对有害使用原则的历史处理)。

<sup>[258]</sup> See *id.* at 1027.

<sup>[259]</sup> 123 U.S. 623 (1887).

<sup>[260]</sup> *Id.* at 665.

<sup>[261]</sup> 239 U.S. 394, 411 (1915).

<sup>[262]</sup> See *Goldblatt v. Hempstead*, 369 U.S. 590, 595-96 (1962) (裁定认为，基于公共安全考虑，使用州的治安权禁止私人财产上的挖掘行为是适当的); *Miller v. Schoene*, 276 U.S. 272, 281 (1928) (裁定认为，使用州的治安权强制销毁患病的私人树木是适当的，以保护其他经济利益)。

<sup>[263]</sup> See, e.g., *Graham v. Estuary Props., Inc.*, 399 So. 2d 1374, 1382-83 (Fla. 1981) (维持一项禁止湿地开发的地方法令); *Sibson v. State*, 336 A.2d 239, 243 (N.H. 1975) (same); *Just v. Marinette County*, 201 N.W. 2d 761, 772 (Wis. 1972) (same).

<sup>[264]</sup> 480 U.S. 470, 504-06 (1987) (尽管采矿作业方与受影响的土地所有者之间存在合同协议，但法院支持宾夕法尼亚州基于安全理由行使治安权限制地下采矿作业)。

<sup>[265]</sup> 505 U.S. 1003, 1019 (1992) (“当不动产的所有者被要求为了公共利益牺牲其所有经济上有益的用途，即其财产在经济上处于闲置状态时，他已遭受了征收。”)。

<sup>[266]</sup> 据我所知，米歇尔曼最早在 *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law* 一文中提出了这一论点，该文发表于 80 HARV.L. REV.1165 (1967)。尽管米歇尔曼的近

学者认为，传统理解下的“有害使用”原则的根本问题在于它似乎是在循环论证。<sup>[267]</sup>作为判断法规是否构成征收的测试，“有害使用”原则“无法奏效，除非我们能够建立一个‘中立’行为的基准，使我们能够区分拒绝赋予利益（不可逆且无需补偿）与准备施加伤害（可逆且无需补偿）之间的界限。”<sup>[268]</sup>

这个观点看似聪明，但过于机巧。正如经济学家威廉·菲舍尔（William Fischel）所调侃的：“正是这种机巧让经济学家把自己排除在征收辩论之外。”<sup>[269]</sup>菲舍尔的合理观点是，从普通人的角度来看，区分两种不同类型的法规并不困难。例如，一方面是对高速公路广告牌的大小或位置进行限制的法规，另一方面是对工厂有毒排放量进行限制的法规。正如菲舍尔简明扼要地指出：“‘下’不会因为你在秋千上翻转就变成‘上’。”<sup>[270]</sup>从“普通观察者”<sup>[271]</sup>的视角来看，广告牌法规作为一种美学调控，为公众提供了利益；而排放法规作为一种健康措施，则防止了公共危害。

“有害使用”原则可以被理解为一种旨在根据社会相互依赖的条件和由此产生的义务来界定土地所有者财产权的边界的努力。正如我之前所讨论的，<sup>[272]</sup>因为我们所有人都必然依赖于各种社区来帮助我们发展那些对于生活繁荣至关重要的基本人类能力，因此我们有义务为维护社区中促进这些能力发展的方面做出贡献。从这个角度来看，“防止公共危害”与“赋予公共利益”的两难问题完全偏离了重点，是对真正问题的混淆视听。与其问某项法规是否是为了防止公共危害或赋予公众利益，更有意义的问题是：土地所有者是否有义务通过限制其土地使用（例如为了湿地保护）来为社区中促进能力发展的要素做出贡献。

可以这样理解，法院在某些案件中依赖“有害使用”原则支持其维持环境法规、反对宪法挑战的决定，这实际上是在确认这种义务的存在。具体涉及的人类福祉或能力在每个环境法规案件中可能并不相同；但毫无疑问，其中一个很可能涉及的利益是生命本身，或生存，其中包括健康等辅助性利益。湿地的保护对于人类赖以生存的各种生态系统的健康至关重要这一假设是相当合理的。也就是说，湿地确实是培育人类美好生活能力的基础性基础设施的一

---

期研究无疑使他脱离了法经济学学者的行列，但他最早的研究属于第一代受经济学影响的法学学术成果。我在 *The Concept of Property in Private and Constitutional Law: The Ideology of the Scientific Turn in Legal Analysis* 一文中也提到过这一点，该文发表于 82 COLUM. L. REV. 1545, 1545 (1982)。

<sup>[267]</sup> See, e.g., Glynn S. Lunney, Jr., *Responsibility, Causation, and the Harm-Benefit Line in Takings Jusprudence*, 6 *Fordham Envtl. L. Rev.* 433 (1995).

<sup>[268]</sup> Michelman, *supra* note 199, at 1197.

<sup>[269]</sup> WILLIAM A. FISCHEL, *REGULATORY TAKINGS: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS* 354 (1995).

<sup>[270]</sup> *Id.*

<sup>[271]</sup> “普通观察者”（*Ordinary Observer*）这一术语最早由布鲁斯·阿克曼（Bruce Ackerman）在其 1977 年的书中提出。BRUCE A. ACKERMAN, *PRIVATE PROPERTY AND THE CONSTITUTION* (1977).

<sup>[272]</sup> See *supra* text accompanying notes 90-96.

部分。如果是这样，湿地不仅值得我们为了自身的福祉而保护，更重要的是，拥有湿地的土地所有者有义务维护湿地的完整性，以造福受湿地服务的社区。<sup>[273]</sup>

这或许正是佛罗里达最高法院在一项著名的湿地判决中所考虑的内容。在 *Graham v. Estuary Properties, Inc.* 案中，<sup>[274]</sup>法院维持了一项湿地法规的有效性，驳回了对其征收性质的质疑。法院努力寻找一些客观标准，以区分那些防止对公众造成危害的环境法规和那些为公众赋予利益的法规，陈述如下：

“如果防止红树林被破坏的法规是为了避免水资源受到不合理污染，从而避免对公众造成附带伤害，那么行使治安权是合理的。另一方面，如果保留红树林仅仅通过为公众提供休闲钓鱼的资源而创造了公共利益，那么该法规可能构成征收。”<sup>[275]</sup>

从一种角度来看，这只是对“防止危害”与“赋予利益”这一循环论证区别的另一种重述方式。但也可以用另一种方式解读这段关键内容：这种解读将社会义务规范与我所描述的能力理论联系起来。法院可能试图表达的观点是，如果涉案的红树林是支持和培育人类能力（这些能力是美好生活基础）的重要基础设施的一部分，那么其所有者有义务为社区的健康做出贡献。在这种情况下，社区的身体健康与红树林的生态健康密不可分。然而，如果红树林对基本人类利益发展的贡献显著减弱（或不存在），那么所有者就没有义务维护红树林的健康。

这一点可以被普遍化。可以广泛地将社会义务规范分析应用于各种环境法规，从联邦《濒危物种法》<sup>[276]</sup>到塔霍湖地区保护委员会诉塔霍区域规划局案中涉及的开发禁令。<sup>[277]</sup>例如，社会义务规范更好地解释了为什么《联邦秃鹰保护法》在 *Andrus v. Allard* 案中依据征收条款得到了支持。<sup>[278]</sup>在该案中，法院依赖了熟悉的财产权利束概念，指出：“剥夺某一项传统财产权并不总是构成征收。至少当所有者拥有完整的‘权利束’时，摧毁其中的一‘股’权利并不构成征收，因为必须从整体上看待权利束。”<sup>[279]</sup>权利束的比喻并不是一种令人满意的解释法规为何有效的手段，因为它实际上是在回避问题的核心。然而，反对者同样可以主张，正

<sup>[273]</sup> 克萨尔（Kysar）曾向我指出，湿地所提供的许多生态服务是可以找到替代品的。然而，对于体验康德所描述的“崇高”（the Sublime）的机会，却没有任何替代品。正如康德所解释的，崇高带来的谦卑感源于站在那些其壮丽超越我们理解能力的非人类自然面前。See IMMANUEL KANT, THE CRITIQUE OF JUDGMENT 102-05, 116-19 (J.H. Bernard trans., 2d rev. ed. 1914) (1790). See generally IMMANUEL KANT, OBSERVATIONS ON THE FEELING OF THE BEAUTIFUL AND SUBLIME (John T. Goldthwait trans., Univ. of Cal. Press 1960) (1763).

<sup>[274]</sup> 399 So.2d 1374 (Fla. 1981).

<sup>[275]</sup> *Id.* at 1381.

<sup>[276]</sup> 16 U.S.C. §§ 1531-43 (2006)

<sup>[277]</sup> 535 U.S. 302 (2002) (裁定认为，开发禁令是对私人财产使用的管制，而非为了公共用途获取财产，因此不构成征收。).

<sup>[278]</sup> 444 U.S. 51 (1979) (裁定认为，《法案》禁止出售合法购买的鹰类部件，从而降低了所有者财产的价值，但这仅仅是一种监管行为，并不构成征收).

<sup>[279]</sup> *Id.* at 65-66.

如爱泼斯坦所认为的那样, [280] 权利束本质上是一个统一整体, 因此从中剥离任何一项权利, 本身就已经构成了一种征收。整个“权利束”的隐喻应当被抛弃。[281] 如果法院询问鹰制品(包括白头鹰和金鹰制品)的所有者是否对社区负有不将这些资产作为市场商品使用的义务, 那将会更有帮助(也更坦诚)。换句话说, 我们应该问的问题是, 所有者是否有义务通过限制其对这些物品的商业使用, 来促进那些培育个体自由能力的制度及其他方面的发展——这种个体自由是我们与权利承载相关联的。这个问题的答案对我来说并不明显。必须基于某种联系来论证, 即鹰(无论是白头鹰还是金鹰)作为一种政治象征, 与我们的政治文化的活力之间的联系。无论如何, 我不需要提供答案, 因为真正让我感兴趣的是问题本身。如果用社会义务理论重新表述, *Andrus v. Allard* 案中提出的问题比法院所提出的简单问题要复杂得多, 但恰恰是这个复杂的问题才是应该被讨论的。

### 3. 排他权: 海滩使用权及其他争议

近年来, 有一系列备受争议的判决可以通过社会义务理论更好地解释, 这些判决涉及排他权的问题。当然, 排他权从来不是绝对的, 但在过去几十年中, 司法判决显著削弱了其范围。其中最具争议的一个领域是公众对海滩的使用权。尽管法院过去曾基于多种法律依据赋予公众使用海滩的权利, [282] 其中最重要且最具争议的是公共信托原则。[283]

近年来, 随着一些法院利用公共信托原则扩大公众对海滩的使用权——包括私有海滩上的干沙区域——关于公共信托原则的争议愈演愈烈。[284] 这一扩张缩小了排他权的范围。正如一位学者所指出的:

[280] See Epstein, TAKINGS, *supra* note 18, at 57-62.

[281] 对于权利束这一概念的批判, 见 SINGER, *supra* note 6, at 9-13;

Craig Anthony (Tony) Arnold, The Reconstitution of Property: Property as a Web of Interests, 26 HARV. ENVT. L. REV. 281 (2002); Hanoch Dagan, The Craft of Property, 91 CAL. L. REV. 1517 (2003); Adam Mossoff, What Is Property? Putting the Pieces Back Together, 45 APIZ. L. REV. 371 (2003); J.E. Penner, The "Bundle of Rights" Picture of Property, 43 UCLA L. REV. 711 (1996);

Jeanne L. Schroeder, Chix Nix Bundle-O-Stix: A Feminist Critique of the Disaggregation of Property, 93 MICH. L. REV. 239 (1994).

[282] See, e.g., *Gion v. City of Santa Cruz*, 465 P.2d 50 (Cal. 1970) (dedication); *City of Daytona Beach v. Tona-Rama, Inc.*, 294 So. 2d 73 (Fla. 1974) (custom); *Concerned Citizens of Brunswick County Taxpayers Ass'n v. Rhodes*, 404 S.E.2d 677 (N.C. 1991) (prescription); *Stevens v. City of Cannon Beach*, 854 P.2d 449 (Or. 1993) (custom).

[283] 公共信托原则的其他广泛用途包括: 对所有可用于娱乐目的的水域的使用和获取权, 参见 *Mont. Coal. for Stream Access, Inc. v. Curran*, 682 P.2d 163 (Mont. 1984); 内陆湿地的保护, 参见 *Just v. Marinette County*, 201 N.W.2d 761 (Wis. 1972); 以及对野生动物及其栖息地的保护, 参见 *Pullen v. Ulmer*, 923 P.2d 54 (Alaska 1996)。现代对公共信托原则兴趣的复兴, 当然始于约瑟夫·萨克斯 (Joseph Sax) 的经典文章。Joseph L. Sax, The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention, 68 MICH. L. REV. 471 (1970).

[284] See, e.g., *Glass v. Goeckel*, 703 N.W.2d 58 (Mich. 2005); *Raleigh Ave. Beach Ass'n v. Atlantis Beach Club, Inc.*, 879 A.2d 112 (N.J. 2005); *Matthews v. Bay Head Improvement Ass'n*, 471 A.2d 355 (N.J. 1984).

对于一些人来说，这一原则是对政府试图为了短期经济利益而赠送或出售[重要自然资源]的一种制约。对于另一些人来说，这是一种通过巧妙论证（即财产从一开始就不“私有”）来实现司法征收私人财产的后门机制，且无需提供公正补偿。<sup>[285]</sup>

历史上，公众对海滩的使用权非常有限。基本上，公众只能进入潮汐线之间的土地，即湿沙区域。允许公众进入这些土地的目的也非常有限——仅限于捕鱼。<sup>[286]</sup>然而，近年来，一些法院增加了娱乐作为公众可以使用湿沙区域的目的之一。<sup>[287]</sup>更引人注目的是，通过公共信托原则、习惯法以及其他法律依据，海滩使用权已经扩展到私有的干沙区域。新泽西州最高法院在这一扩展中处于领先地位。在 *Matthews v. Bay Head Improvement Ass'n* 案中，<sup>[288]</sup> 法院裁定，一个拥有或租赁贝赫德（Bay Head）大部分海滩地段的私人非营利组织无权无限排除公众进入其海滩的干沙区域。“公众必须被赋予合理进入前滩（即湿沙区域）以及干沙区域用于娱乐的权利。”<sup>[289]</sup>

在界定对私有干沙区域合理使用权的范围时，法院确定了四个相关因素：“干沙区域相对于前滩的位置、公共拥有的内陆沙地的范围及其可用性、公众需求的性质和程度，以及业主对内陆沙地的使用情况”<sup>[290]</sup>

*Matthews* 案的裁决因贝赫德改善协会（Bay Head Improvement Association）被视为“准公共实体”而得到了加强。<sup>[291]</sup>随后，在 *Raleigh Avenue Beach Ass'n v. Atlantis Beach Club* 案中，<sup>[292]</sup> 法院进一步扩大了公共信托原则下的公众使用权范围，裁定即使是非准公共实体的私人海滩俱乐部，也必须根据 *Matthews* 案中的“合理使用权”标准（规范？），允许公众进入其干沙区域。法院应用了在 *Matthews* 案中提出的四项标准，得出结论认为，尽管该俱乐部的内陆沙地为私人所有，但必须向公众开放使用，不过俱乐部可以针对提供的某些服务收取适当费用。<sup>[293]</sup>法院引用了 *Matthews* 案的内容，表示：

<sup>[285]</sup> Alexandra B. Klass, *Modern Public Trust Principles: Recognizing Rights and Integrating Standards*, 82 NOTRE DAME L. REV. 699, 699 (2006).

<sup>[286]</sup> 可通航水域本身也受到公众通行权的约束，包括用于航行、商业活动以及捕鱼。

<sup>[287]</sup> See, e.g., *Neptune City v. Borough of Avon-by-the-Sea*, 294 A.2d 47 (N.J. 1972); *Thornton v. Hay*, 462 P.2d 671 (Or. 1969); *Hixon v. Pub. Serv. Comm'n*, 146 N.W.2d 577 (Wis. 1966). But see, e.g., *Bell v. Town of Wells*, 557 A.2d 168 (Me. 1989) (refusing to extend the public trust doctrine to recreational uses); *Opinion of the Justices*, 313 N.E.2d 561 (Mass. 1974) (same).

<sup>[288]</sup> 471 A.2d 355 (N.J. 1984).

<sup>[289]</sup> *Id.* at 366.

<sup>[290]</sup> *Id.* at 365.

<sup>[291]</sup> *Id.* 法院裁定，该协会已履行其义务，因为它对所有人开放了会员资格，而非将其仅限于 Bay Head 居民，并且还向非居民提供了每日通行证和季节性通行证的购买选项。 *Id.* at 369.

<sup>[292]</sup> 879 A.2d 112 (N.J. 2005).

<sup>[293]</sup> *Id.* at 125.

“认识到本州海滩需求的增加以及公共信托原则的动态性质，我们认为，公众必须获得进入和使用私人拥有的干沙区域的合理权利。虽然公众在私人海滩上的权利并不等同于在市政海滩上享有的权利，但私人土地所有者并非在所有情况下都能阻止公众行使公共信托原则赋予的权利。公众必须被赋予合理进入前滩的权利，并享有适合娱乐的干沙区域。”<sup>[294]</sup>

这一裁决的重要意义在于，它取消了对准公共实体所拥有的干沙区域公众使用权的限制。根据 *Raleigh Avenue Beach Ass'n* 案的判决，无论干沙区域的所有者是谁，公众都有权进入这些区域。

这一公共信托原则的扩展对传统的排他权可能产生重大或轻微的实际影响，具体取决于法院在不同情况下如何适用 *Matthews* 案中的四要素测试。然而，即使实际影响较小，*Raleigh Avenue Beach Ass'n* 案对排他权的象征性影响仍然不可忽视，因为它模糊了传统规则中看似明确的部分——即干沙区域的私人所有者可以通过施加合理的准入要求随意排除他人进入。

涉及海滩使用权的案件将为法经济学分析带来困难。当然，如果效用是通过支付意愿来衡量的，<sup>[295]</sup>可以认为像马修斯案这样的判决结果并非最优。尽管可能的情况是，海滩使用者集体对权利的价值评估高于所有者，但将权利分配给他们而不补偿所有者的决定可能因两个原因而缺乏效率。首先，这一结果很可能会引发弗兰克·米歇尔曼所说的“士气成本”。<sup>[296]</sup>在这种情况下，这些成本可能相当高，因为所有者面临完全陌生的人在她家门前的海滩上晒太阳的风险。<sup>[297]</sup>其次，通过对某种具有公共价值的资源削弱排他权，这些决定为其他资源的当前和未来所有者带来了不确定性，即如果公众对其拥有的资源需求增加，他们的所有权也可能受到类似的削弱。资源的经济价值随着时间的推移通过明确界定的产权规则得以最大化，赋予所有者强有力的排他权。<sup>[298]</sup>传统财产法关于海滩使用权的学说正是这样一种制度，而最近的案例则代表了对这种成本最小化方法的重大背离。

<sup>[294]</sup> *Id.* at 121 (quoting *Matthews*, 471 A.2d at 326).

<sup>[295]</sup> 我意识到，大多数法经济学理论家已经不再坚持财富最大化的单一价值及与其相关的支付意愿指标，而是转向了更为宽泛的福利这一价值。我之前已经讨论过社会福利函数存在的问题。See *supra* text accompanying notes 10-11.

<sup>[296]</sup> See *Michelman, supra* note 199, at 1214.

<sup>[297]</sup> 这些士气成本（demoralization costs）可以通过用责任规则（liability rule）而非财产规则（property rule）来保护海滩所有者来抵消，也就是说，补偿所有者，而不是通过法律禁止该行为。这是理解美国最高法院在诺兰诉加利福尼亚海岸委员会案（*Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987)）中判决的一种方式。该案禁止州委员会在未补偿土地所有者的情况下，将公共海滩地役权的转让作为重建许可的条件。然而，从法经济学的角度来看，这一解决方案的缺陷在于它会导致高昂的信息成本问题。

See *Henry E. Smith, Property and Property Rules*, 79 N.Y.U. L. REv. 1719, 1753-90 (2004) (探讨财产规则相对于责任规则的成本信息优势)。

<sup>[298]</sup> See *Smith, supra* note 230, at 1755 ("传统上，财产的一个目的是将资产的广泛使用所产生的成本和收益内部化到所有者身上。这样一来，所有者就有动力去最大化资产的价值，而且……所有者对私人价值的最大化同时也会实现资产的社会价值的最大化。"); see also *Henry E. Smith, Exclusion Versus Governance: Two*

如果放弃支付意愿指标而采用更广泛的概念——福利，马修斯案及其类似案例依然将为福利分析者带来困难。正如我之前指出的，<sup>[299]</sup>问题在于如何事先得出一个真正的标量福利测度。

当然，社会义务理论确实无法提供更精确的事前测量人类繁荣的潜力。然而，与福利主义的法经济学分析相比，社会义务理论的优势在于其对以下事实的更大透明度：(1) 法律必须在这些复杂的冲突中平衡多种多样的利益和弊端；(2) 没有一种事前可用的算法可以将所有这些利益和弊端简化为单一的标量指标，从而能够直接应用于未来类似的冲突。

一个以人类繁荣为核心的社会义务理论者可能会基于以下情景来证明扩大公众进入私人海滩的正当性。想象一下，你是一位居住在新泽西州卡姆登市公共住房项目中的单亲家长。现在是八月，你的公寓没有空调，闷热难耐。你和五岁的女儿非常想在海滩度过一天。你乘坐公交车（因为你没有车），长途跋涉到离家最近的新泽西海岸。那里的海滩是私人所有的，而最近的公共海滩在几英里之外，且无法通过公共交通到达。你面前的海滩美丽迷人，但由于主人在纽约市工作，仅偶尔造访他的海滨别墅，因此海滩空无一人。你可能会尝试非法进入，并可能侥幸成功，但最终，你还是选择遵守法律（令你又热又烦躁的女儿感到沮丧不已），搭上漫长的公交车返回卡姆登。<sup>[300]</sup>

当然，这并不是贫困城市居民一成不变的遭遇：至少有一些人可以到达公共海滩。<sup>[301]</sup>但这个故事所揭示的是，（尤其）对于贫困人口而言，娱乐活动如何以各种方式受到限制，甚至完全不可得。娱乐并非奢侈品，而是必需品，特别是对穷人来说。它是生活能力和归属感的重要组成部分。就生活作为一种善而言，大量且不断增长的医学证据表明，娱乐和放松对健康至关重要，可以降低从抑郁症到心脏病等多种疾病的风险。然而，那些最需要娱乐的人群——例如女性，尤其是单亲母亲——实际上却往往无法获得这种资源。在我的故事中，那位沮丧的潜在海滩游客是一位单亲家长，这并非巧合。单亲母亲以自我牺牲著称，她们甚至会为了孩子而危及自己的健康。我并不是说公众进入私人拥有的海滩是改善年轻单亲母亲健康的灵丹妙药。然而，我想指出的是，娱乐是健康的一个重要方面，而健康本身又是生活

---

Strategies for Delineating Property Rights, 31 J. LEGAL STUD. S453, S454-55 (2002) (将排他性理论对资源所有者的看法描述为“看门人”，他们被赋予了对资源的决策权。)。

<sup>[299]</sup> See supra text accompanying note 10.

<sup>[300]</sup> 如果你发现自己在这个情境中同情所沙滩有者，请再读一遍这段文字。

<sup>[301]</sup> 20世纪30年代，当罗伯特·摩西（Robert Moses）规划纽约市和长岛的公路与桥梁时，他故意将通往海滩的数百座桥梁设计得足够低，以至于公交车无法从下方通过。他的目的是阻止穷人前往海滩。见Langdon Winner, Do Artifacts Have Politics?, 109 Daedalus 121, 123-24 (1980).

能力的重要组成部分。为所有人（包括穷人）提供合理的基本娱乐和放松方式的途径，将显著有助于实现过上有尊严的生活的目标。

娱乐还支持“归属感”作为一种物品的存在。在这种定义下。归属感包含诸如友谊和社会参与等附属品。<sup>[302]</sup>事实上，“归属感”或“社交性”可能解释或部分解释了诸多情形中法院承认某种形式的合理准入规则、从而限制普通法排他权的情形。归属感包括“识别并表现出对他人的关心、参与各类社会互动的能力；以及能够想象他人的处境。”<sup>[303]</sup>归属感是社区创造公正社会关系不可或缺的方法。通过教导我们如何关心他人、如何表达这种关心，以及如何设身处地为他人着想，社区在我们心中灌输了平等尊严（equal dignity）、平等、尊重和正义的价值观，同时也培养了个人自主性。

没有人比卡罗尔·罗斯（Carol Rose）更优雅地写过关于娱乐在创造健康社会关系中的作用。在她广受赞誉的文章《公共资源的喜剧》（The Comedy of the Commons）中，罗斯引用了19世纪伟大的景观设计师弗雷德里克·劳·奥姆斯特德（Frederick Law Olmsted）的观点写道：

“娱乐可以成为一种社会化和教育的影响，对民主价值观特别有益。因此，富人和穷人都会在公园中相遇，并学会彼此像邻居一样对待。公园将促进公共心理健康，最终对社交能力带来益处；所有人都可以在公园舒缓的景观影响下，从城市生活的反社会特性中恢复过来。”<sup>[304]</sup>

将“海滩”替换为“公园”，观点同样适用。卡罗尔·罗斯（Carol Rose）进一步指出，这些社会化的好处只有在娱乐活动“对所有人以最低成本开放，或由公众共同承担成本时”才能最大化，因为“我们都从同胞之间更强的社会联系中受益”。<sup>[305]</sup>正如罗斯总结道：“这种价值不应被私人所有者‘阻碍’。”<sup>[306]</sup>

根据传统的海滩使用权法律，社会性的发展确实被私人公民“阻碍”了。当然，公共海滩和公园确实存在，但在美国的许多地方，它们数量稀少且分布零散。对于城市贫困人口来说，进入这些地方往往困难重重甚至不切实际，而这些人恰恰是最需要娱乐的人群之一。

我们生活在一个日益拥堵和社会相互依赖的社会中。社会义务理论认识到，正是这些条件，特别是我们的相互依赖性，为所有财产所有者创造了一种义务，即以适当的方式为社区

---

<sup>[302]</sup> NUSSBAUM, *supra* note 13, at 82-83, 92.

<sup>[303]</sup> Martha Nussbaum, *Human Rights and Human Capabilities*, 20 HARV. HUM. RTs.J. 21, 23 (2007).

<sup>[304]</sup> Carol Rose, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, 53 U. CHI. L. REV. 711, 779 (1986) (footnotes omitted).

<sup>[305]</sup> *Id.* at 780.

<sup>[306]</sup> *Id.*

物质基础设施的活力作出贡献，从而促进社会交往能力（affiliation）的培养，以及其他基本人类能力的发展。对于私人海滩所有者而言，这一义务可能包括根据法院在 *Raleigh Avenue Beach Ass'n* 案中规定的各种情形，向公众提供合理使用其海滩部分区域的机会。这一义务并非无限制的。根据社会义务理论，在涉及海滩使用权的案件中，问题在于土地所有者是否有义务通过与公众分享其土地使用权（至少在特定时间和特定情况下）来促进其社区中人类繁荣能力的活力。如果公众希望出于娱乐目的使用私人海滩，并且有合理的途径可以进入公共海滩（这种情况通常会发生），那么所有者的排他权将得以保留。

公众进入私人土地的情况并非前所未有。普通法提供了若干例子，说明在某些情况下，私人土地所有者有义务允许公众进入其土地，以某种方式促进必要能力的发展。家庭住宅显然是对公众封闭的财产的一个典型例子。然而，即使在这里，局外人也可能享有进入的特权。例如，A 可以为了拯救 B 或 A 自己的生命而进入 B 的房子。<sup>[307]</sup>这一规则可以解释为一种促进个人安全的方式，而个人安全无疑是美好生活所需的基本能力之一。关于共有财产，长期以来租户被允许接待访客，除非另有协议规定，房东不得随意排除此类访客。<sup>[308]</sup>

社会交往（或称社交性，sociability）在普通法中限制房东禁止租客接待访客的权利时发挥了作用。租客所租用的空间是她的家，而家是社会互动的主要场所之一，通过这种互动，人们发展出同情和共情的能力。

社会交往以及健康作为生活能力的一个方面，也可以解释一些备受争议的“排除权”案件，例如 *State v. Shack* 案。<sup>[309]</sup>在该案中，两名被告进入私人财产，为受雇并居住在该土地上的移民农场工人提供帮助。被告供职于政府资助的组织，这些组织为移民农场工人提供医疗和法律服务。土地所有者兼雇主要求被告离开其土地，但他们拒绝了。被告被控违反新泽西州的刑事非法入侵法（criminal trespass statute）。然而，在上诉中，新泽西州最高法院裁定，没有发生非法入侵行为，也没有侵犯排除权。法院指出，土地所有权并不包括对土地上允许存在的人（在本案中即农场工人）的支配权。土地所有者的财产权并非绝对，必须与其他人的利益相协调。

试图基于法经济学理论解释 *Shack* 案中法院承认农场工人访问权的决定时，会遇到与现代海滩使用权案件相同的问题。对于福利主义的法经济学分析而言，其核心问题在于无法生成一个在实际决策中可用且有任何精确性的社会福利函数。<sup>[310]</sup>当福利分析师试图构建一个

<sup>[307]</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 197, cmt. h (1965).

<sup>[308]</sup> See, e.g., *State v. DeCoster*, 653 A.2d 891 (Me. 1995); *Williams v. Lubbering*, 63 A. 90 (N.J. 1906).

<sup>[309]</sup> 277 A.2d 369 (N.J. 1971).

<sup>[310]</sup> 见 *Hockett*, *supra* note 8, at 32-33.

实际的社会福利函数时，她会意识到各种具体的福利决定因素，并认识到必须在这些因素之间进行权衡。随后，她在为这些决定因素提供精确的事前交换率时会遇到困难。如果她诚实的话，最终将不得不承认，她所能做的不过是事后针对具体争议勉强应付。

以人类繁荣为核心的社会义务理论者会坦率承认这一困难。她的分析将透明地揭示争议中存在的多元且不可通约的社会善（goods）与恶（ills），以及我们无法通过某种算法事先将所有这些善与恶简化为单一的标量指标。

致力于人类繁荣的社会义务理论者在分析时会考虑的决定因素包括生命能力和社会交往能力。正如法院在 *Shack* 案中指出的，移民农场工人是一个无根且孤立的群体，他们往往不知道如何获取满足医疗需求的机会。<sup>[311]</sup> 作为一个群体，移民工人特别脆弱，需要某些财产权来帮助他们实现发展能力的功能。例如，允许访客进入他们工作和生活的农场的权利，几乎是为他们提供诸如医疗服务等基本需求的唯一有效途径，而这些需求正是生命能力的组成部分。

社会交往（Affiliation）也会在分析中占据重要地位。在 *Shack* 案的背景下，社会交往具有更根本的意义，它实际上构成了生命能力的基础。没有社会交往，移民农场工人的生活就无法繁荣。此外，社会交往还是在移民农场社区中创造公正社会关系的基础，通过赋予工人雇主对待中所剥夺的平等与尊严，帮助他们建立归属感。<sup>[312]</sup>

尽管如此，*Shack* 案是一个特殊的案例，其中社会交往的作用被用来解释为何会要求某种有限形式的公众进入私人土地。更典型的场景是在例如土地本身作为某种“市民公地”（civic commons）或对公众开放的场所等情况时承认土地上的准公共利益。<sup>[313]</sup> 在这些情况下，社会交往的含义更加直接。它指的是广泛而普通的社交活动，这些活动是任何强大公民社会的必要基础，从在少年棒球联盟比赛中与其他家长一起欢呼，到在海滩散步时与同伴聊天。正如罗斯（Rose）所展示的，在这些社交活动中，地点至关重要。<sup>[314]</sup>

必要的社交活动——即社会交往（Affiliation）——通常是特定于地点的，尽管并非总是如此。它们不能在任何地方进行，而是必须在特定的场地或至少是特定类型的场地进行。例如，棒球比赛需要在开阔的（最好是草地上）区域进行，而海滩拾荒则需要无障碍的海滩。现代公共信托原则的案件通常涉及的就是这种情况，即某种培养社会交往能力的活动与特定

---

<sup>[311]</sup> 见 *Shack*, 277 A.2d at 372-73.

<sup>[312]</sup> 见 *id.* at 374.

<sup>[313]</sup> 见 Kevin Gray & Susan Francis Gray, *Land Law* 282-87 (4th ed. 2006).

<sup>[314]</sup> Rose, *supra* note 237, at 758-61.

场地或特定类型的土地（如海滩）相关联。原告实际上是在请求法院承认土地所有者有义务支持这一活动，并以一种能够实现该活动的方式界定所有者的财产权益范围。

在这些案件中，我们应该问的问题是，土地所有者对他人实现人类繁荣的一般义务是否包括通过向公众提供某种合理的土地使用权来促进社会交往的具体义务。这个问题的答案既不容易得出，也不会统一。某些形式的土地的公共使用权是否会以显著的方式促进社会交往并不总是明确的，这甚至可能需要根据公共信托原则授予某种有限的公共使用权。<sup>[315]</sup>难怪在像 Matthews 和 Raleigh Avenue Beach Ass'n 这样的案件中，法院努力制定某种标准，以此限制合理使用权规则并明确其适用范围。培养社会交往的需求并不总是能证明公共使用权的正当性。但可以肯定的是，随着社会条件的变化使社会交往变得更加困难，社会交往的价值将在某些情况下为某种版本的合理使用权规则提供正当性支持，尤其是在出于娱乐目的寻求进入私人土地的情况下。

### （三）对知识产权的一些影响

尽管本文的主要关注点是传统形式的财产（尤其是土地），但在此发展出的社会义务理论同样对知识产权具有一定的意义。我无法在此全面展开我的社会义务理论对知识产权的全部影响，但一些简短且非常初步的观察将表明社会义务理论如何适用于知识产权。

#### 1. 版权法

社会义务理论可以为关于版权保护范围的持续辩论提供有益的贡献。合理使用抗辩（fair use defense）是应对版权侵权指控的一个明显例子。<sup>[316]</sup>合理使用原则通常被解释为一种降低交易成本的机制，允许公众进行原本高效的使用。<sup>[317]</sup>然而，正如一些评论者所指出的，交易成本并不能完全解释合理使用原则。<sup>[318]</sup>布雷特·弗里施曼（Brett Frischmann）和马克·莱姆利（Mark Lemley）认为，版权法之所以创造了一个“合理使用的半公地”（fair use semi-commons），部分原因是为了促进溢出效应（即正外部性）。<sup>[319]</sup>被许可人可能未能考虑或获取这些对第三方的溢出效益。单独来看，这些效益的价值可能很小，但在总体上，它们可能极大地造福社区。<sup>[320]</sup>正如弗里施曼和莱姆利所写：“例如，将作品用于教育目的，不仅使使

<sup>[315]</sup> Cf id. at 780-81.

<sup>[316]</sup> See 17 U.S.C. § 107 (2006).

<sup>[317]</sup> See generally WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY (2003).

<sup>[318]</sup> See, e.g., Brett M. Frischmann & Mark A. Lemley, Spillovers, 107 COLUM. L. REV. 257, 287-89 (2007); Wendy J. Gordon, Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney, 82 B.U. L. REv. 1031, 1034 (2002); Glynn S. Lunney Jr., Fair Use and Market Failure: Sony Revisited, 82 B.U. L. REv. 975, 996 (2002).

<sup>[319]</sup> Frischmann & Lemley, *supra* note 251, at 284-85, 288.

<sup>[320]</sup> Id. at 288.

用者本身受益，而且也使与使用者有相互依赖关系的社区中的其他人受益——阅读和学习构建了具有社会价值的人力资本。”<sup>[321]</sup>这段话表明，弗里施曼和莱姆利的理论与社会义务理论之间存在很强的相似性。与弗里施曼和莱姆利一样，社会义务规范支持一个宽泛的合理使用原则。版权所有者及其被许可人对其社区成员负有义务，以促进那些对人类繁荣至关重要的能力的发展。他们对这些社区繁荣的贡献反过来又会对版权所有者自身的发展产生反馈。

受版权保护的作品有助于促进若干基本的人类能力，包括实践理性（通过教育）、自由（同样通过教育）以及社会性。版权法本身通过创造激励机制来促进这些能力的发展，鼓励创作文学、音乐、艺术及其他作品，<sup>[322]</sup>没有这些作品，我们几乎无法成长为真正自由的道德主体和优秀的邻居。然而，正如上述弗里施曼和莱姆利的引文所暗示的，我们也需要一个强大的公共领域（commons area）。过多的版权保护会排除第三方接触这些提升人性的作品，严重削弱版权法在促进基本人类能力方面的贡献。

受版权保护的作品往往具有广泛的利益，可能比传统形式的财产更为广泛。这有几个原因。例如，版权持有人和被许可人所属并依赖的社区是多重且重叠的。当然，传统财产的所有者也是如此，但知识产权权利持有人的情况更加如此。他们的社区包括那些提供资源（包括先前的思想）以帮助生产其受保护资产的人。通常，这样的人数会非常庞大。即使是天才也没有真正全新的想法。正如牛顿（Isaac Newton）著名的说法：“如果我看得更远，那是因为我站在巨人的肩膀上。”<sup>[323]</sup>依赖性是普遍且无处不在的。

社区以另一种相关的方式不断增加，交叠。作家、艺术家以及其他版权作品作者的创作行为必须基于各种不断扩展的社会结构。这些社会结构包括为某些类型的艺术创作提供必要基础设施的网络。过去那种隐士般的艺术家独自在阁楼中创作的形象，即使曾经真实存在，如今也已成为一种神话。无论成功与否，艺术家和作家都深陷于多种支持和滋养其创作的社会网络之中。

在版权领域中，多重且重叠的社区的存在意味着，版权持有人或被许可人由于依赖其社区成员，因此对广泛的人群负有义务，即培养这些人繁荣发展所需的能力。这也意味着，随着这些广泛且不断扩展的网络中的成员蓬勃发展，艺术家自身也会因为繁荣网络的反馈效应而受益。因此，社会责任的整体效果是协同增效的。

---

<sup>[321]</sup> Id. at 289.

<sup>[322]</sup> See id. at 284-85.

<sup>[323]</sup> Letter from Isaac Newton to Robert Hooke (Feb. 5, 1676), quoted in ON THE SHOULDERS OF GIANTS, 725 (Stephen Hawking ed., 2002).

## 2. 专利法

获取救命或延长生命的专利药物是另一个可以应用社会义务理论提供见解的问题。知识产权（包括专利）限制了公众对可能对人类繁荣至关重要的药品的获取。从促进基本能力（尤其是健康）的角度来看，拥有这些知识产权权利的人可能对其社区成员（包括全球共同体）负有义务，帮助那些无力负担这些资源的人获得使用权。有几种方式可以实现这一义务，所有这些方式都可以归类为某种形式的“公地制度”。

一种可能性是强制许可。<sup>[324]</sup>在当前以市场为导向的知识产权环境中，强制许可并不受欢迎；然而，它值得考虑。《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS 协议）第 31 条列出了一系列颁发强制许可的条件。<sup>[325]</sup>通常情况下，申请者必须证明在合理时间内未能通过商业上合理的条款获得许可。<sup>[326]</sup>

然而，在“国家紧急状态”或“极端紧迫情况”下，不需要首先尝试获得自愿许可。<sup>[327]</sup>当然，可以认为在世界许多国家，特别是非洲，存在“极端紧迫性”，需要以尽可能低的成本生产和分发抗疟疾药物和抗逆转录病毒（ARV）联合治疗药物，这些药物可以显著延长艾滋病和艾滋病毒受害者的寿命。

根据社会义务理论，为这些药物颁发强制许可的理由相对直接，尽管并非没有争议。问题不在于是否有必要在撒哈拉以南非洲等地区通过低成本获取 ARV 药物来促进某种必要的能力；因为显然，对于这些地区的艾滋病和艾滋病毒受害者来说，生命和自由确实岌岌可危。<sup>[328]</sup>真正棘手的问题是，专利持有人或持有生产及分销 ARV 药物许可证的机构是否以及基于何种理由有义务凭借其财产权，以低于市场价的价格向欠发达国家的艾滋病和艾滋病毒受害者提供这些药物。这类药物的专利持有人和被许可人几乎总是西方（通常是美国）的大型跨国制药公司或美国大学。这些公司和大学在何种意义上与撒哈拉以南非洲国家属于同一个社区？他们可能基于何种理由对贫穷的非洲艾滋病和艾滋病毒受害者负有义务，以培养对人类繁荣至关重要的能力？一个社区成员身份的可能基础有很多，其中之一是个体在其发展过程中参与实践推理所依赖的社会关系网络。对于个人来说，这些关系网络通常从家庭开始，

<sup>[324]</sup> 关于强制许可政策的一般性讨论，see Colleen Chien, *Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 853, 857-64 (2003).

<sup>[325]</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, art. 31, Apr.

15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex IC, 1869 U.N.T.S. 299.

<sup>[326]</sup> 此外，第 31 条规定，专利权人有权获得“适当的报酬”，但 TRIPS 协议并未对该术语作出定义。Id. art. 31 (h). 此外，该许可是“非排他性”的，这意味着专利权人仍然可以继续生产该专利产品。Id. art. 31(d).

<sup>[327]</sup> Id. art. 31(b).

<sup>[328]</sup> See generally SEN, *DEVELOPMENT AS FREEDOM*, upra note 13.

扩展到朋友、邻居和同事。但企业、大学和类似实体又如何呢？尽管它们的规模和组成性质特殊，但这些实体确实像个人一样进行实践推理，并且在某些方面依赖他人来实现发展，这种依赖性与人类状况的特征相似。这些企业在发展和参与实践推理的过程中所依赖的关系网络往往比个人的关系网络更广泛。这一点对于最有可能持有专利或许可证的跨国公司和精英大学来说尤为明显。“全球社区”一词在大多数情况下已成为无意义的陈词滥调，但如果将其应用于跨国公司和美国精英大学，则显得真实可信，因为世界实际上就是他们的社区。这些公司和大学的成就离不开全球的支持。它们对世界的依赖性为它们创造了义务；其中之一就是利用其在抗逆转录病毒（ARV）药物上的产权，以适当的方式促进与其有业务往来的国家中人类能力的发展，这包括让那些无法获得这些药物的艾滋病和艾滋病毒受害者能够获取ARV药物。提供ARV药物并不一定意味着免费提供。例如，公司可以与每个国家协商确定具体的收费金额。重要的是，产权持有人不会利用其地位排除那些无法支付正常价格的人。

第二种较为温和的手段是对大学创新实行开放许可，这一想法最初由艾米·卡普钦斯基（Amy Kapczynski）、尤查·本科勒（Yochai Benkler）等人提出。<sup>[329]</sup>正如卡普钦斯基、本科勒及其同事所指出的，在过去25年里，美国大学不仅在生物医学研究和开发方面发挥了更积极的作用，还在其研发成果的专利和许可申请方面变得更加活跃。<sup>[330]</sup>作者指出，根据当前的做法，大学技术转移办公室（TTOs）几乎完全专注于最大化收入，但情况不一定如此。TTOs可以选择将全球健康纳入其制定许可收入结构的考量范围。<sup>[331]</sup>毕竟，正如作者所指出的，大学与制药公司是不同类型的组织，它们有不同的目标、收入结构以及研发激励机制。<sup>[332]</sup>大学的存在依赖于慈善捐助和公共资金，尤其是大型研究型大学。

卡普钦斯基、本科勒及其同事提出了两种基于公地原则的方法，通过这些方法，研究型大学可以为缩小作者所谓的“获取差距”做出贡献。<sup>[333]</sup>第一种方法是“公平获取许可”。<sup>[334]</sup>这些是大学与制药公司谈判的许可条款中的公平获取条款，允许第三方（如仿制药制造商）在欠发达国家自由使用许可技术或任何衍生产品进行运营。第二种方法是他们所谓的“被忽视疾病许可”（Neglected Disease licensing）。<sup>[335]</sup>这一想法旨在促进对科学界往往忽视的疾病治

---

<sup>[329]</sup> Amy Kapczynski, Samantha Chaifetz, Zachary Katz & Yochai Benkler, *Addressing Global Health Inequities: An Open Licensing Approach for University Innovations*, 20 BERKELEY TECH. L.J. 1031 (2005).

<sup>[330]</sup> *Id.* at 1079-81.

<sup>[331]</sup> *Id.* at 1085.

<sup>[332]</sup> *Id.*

<sup>[333]</sup> *Id.* at 1046.

<sup>[334]</sup> *Id.* at 1090-91.

<sup>[335]</sup> *Id.* at 1109-10.

疗的研究。从事被忽视疾病研究的科学家将通过许可豁免的方式获得自由，可以在大学专有技术上进行实验。该豁免还允许从事这项工作的研究人员在欠发达国家销售所有由此产生的产品。

尽管强制许可提案和卡普钦斯基（Kapczynski）、本科勒（Benkler）及其同事的提案都体现了社会义务理论，但后者出于务实原因可能更具吸引力。与强制许可提案不同，授予大学创新的开放许可不需要对任何国家或国际制度进行更改。<sup>[336]</sup>但同时，其效果可能比强制许可方式明显更加有限。

#### （四）社会义务规范的限制

社会义务理论并不与财产权对立。相反，在绝大多数情况下，它尊重并保护财产权。首先，重要的是要强调社会义务规范的两个广泛限制，这些限制有助于约束其对财产权的限制。第一类限制是规范本身固有的限制。例如，当不存在同等重要的反向利益时，自主性利益将限制社会义务规范。我将在随后讨论 *Jacque v. Steenberg Homes, Inc.* 案时对此进行说明。<sup>[337]</sup>第二类广泛的限制是基于审慎考虑，即即使存在某种利益，法律对道德规范的执行范围也应受到限制。在接下来的讨论中，我将列举一些此类限制的例子。

虽然我无法在此精确定义社会义务规范的范围，但我可以通过简要分析本文中发展出的社会义务理论强调财产保护方面的例子，来提供上述两类限制的概念。这些例子应该能够消除人们对于社会义务规范会从根本上威胁财产权的担忧。

例如，可以考虑 *Jacque v. Steenberg Homes, Inc.* 案，<sup>[338]</sup>这是一个广为人知的关于排除权的案例。在该案中，房主洛伊斯·雅克（Lois Jacque）和哈维·雅克（Harvey Jacque）起诉斯蒂恩伯格公司（Stenberg Homes），要求对其故意非法侵占雅克一家土地的行为进行损害赔偿。<sup>[339]</sup>斯蒂恩伯格公司（Stenberg Homes, Inc.）不顾雅克（Jacques）夫妇的强烈抗议，通过在他们被雪覆盖的田地上开辟一条路径运送了一栋移动房屋。尽管有其他途径可以到达交付地点，但斯蒂恩伯格选择了穿越雅克家土地的路径，因为这是对他来说最便捷的路线。陪审团裁定赔偿雅克夫妇 1 美元的象征性赔偿金和 10 万美元的惩罚性赔偿金。在上诉中，威斯康星州最高法院认为，如果陪审团因故意非法入侵而裁定象征性赔偿金，则也可以裁定惩罚性赔偿金，因此法院维持了原判。<sup>[340]</sup>

---

<sup>[336]</sup> *Id.* at 1113.

<sup>[337]</sup> 563 N.W.2d 154 (Wis. 1997).

<sup>[338]</sup> *Id.*

<sup>[339]</sup> *Id.* at 156-58.

<sup>[340]</sup> *Id.* at 165-66.

社会义务理论支持这一结果。雅克夫妇基于与人类能力发展密切相关的重要理由，有权拒绝斯蒂恩伯格公司擅自进入其土地。其中最重要的利益是雅克夫妇的自主权和隐私权。普通法对房主保护其隐私和结社自主权的利益高度重视通过赋予房主强有力的排除公众未经许可进入其财产的权利来实现。尽管这一权利长期以来受到某些有限的限制，例如消防员为保护房屋而进入的特权，但在涉及住宅的情况下，排除权通常是最强的。从社会义务理论的角度来看，该理论关注的是人类美好生活所需的能力，这种对住宅隐私的强调是有道理的。住宅是发展和体验几乎所有与人类繁荣相关能力的核心场所。<sup>[341]</sup>例如，社交能力依赖于一个人拥有安全感，而这种安全感在许多人（也许是大多数人）自己的家中最为强烈。我们越是感到自己在身体和情感上容易受到他人权力的影响，就越难与他人建立健康的关系。法律赋予我们排除他人进入我们家园的权利（除非有令人信服的理由，而这一理由本身与我们的一项或多项必要能力密切相关），这种权利创造了一个环境，使个人能够体验到对发展健康社会关系至关重要的个人安全感。这一分析表明，在雅克案中，促进房主社交能力等能力的法律利益非常重要。无论对他们财产造成的经济损失有多少，斯蒂恩伯格公司的非法侵占直接威胁了雅克夫妇的安全感。

斯蒂恩伯格公司的繁荣问题则更为复杂。最初的问题在于如何在人类繁荣的框架内解读公司的地位。<sup>[342]</sup>我无需在此解决这个棘手的问题，因为在任何关于公司性质的分析方法下，被告在雅克案中的繁荣利益几乎都没有受到威胁。如果我们把斯蒂恩伯格之家视为一个具有道德能动性的集体实体，那么法院的裁决对其繁荣能力几乎没有任何损害。该公司的唯一利益在于减少运送移动房屋的成本。而执行雅克对排除权的要求所产生的边际成本，丝毫没有威胁到公司的经济生存能力。如果我们转而将公司（斯蒂恩伯格之家）还原为其个体股东，结果依然相同。每个股东在本案中的利益纯粹是经济上的。对股东股票价值的边际经济影响

<sup>[341]</sup> See generally D. Benjamin Barros, *Home as a Legal Concept*, 46 SA&-T-A CLARA L. REV. 255 (2006).

<sup>[342]</sup> 在人类繁荣道德理论下，像公司这样的集体实体的地位是一个极其复杂的问题。一种方法是规范个体主义（normative individualism），即将实体还原为人类组成部分。其论点是，我们应该维护公司作为社区的利益，因为公司的利益是个体人类繁荣的一个方面。在公司的情况下，这意味着关注股东的利益（也可能包括员工，尽管这本身是一个有争议的问题）。另一种方法是集体主义，将实体本身视为一个享有尊严的道德主体。威尔·金里卡（Will Kymlicka）在文化社区的背景下采取了前一种方法。参见 WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITI- ZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINOR RIGHTS* (1995)。而与集体主义方法相关的则是黑格尔的思想。参见一般性著作：G.W.F. HEGEL, *ELEMENTS OF THE PHILOSOPHY OF RIGHT* (Allen W. Wood ed., H.B. Nisbet trans., Cambridge Univ. Press 1991) (1821)。查尔斯·泰勒（Charles Taylor）在处理像魁北克人这样的文化社区时采用了这种方法。参见 Charles Taylor, *The Politics of Recognition, in MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOG- NITION* 25 (Amy Gutmann ed., 1994)。关于公司实体道德地位的一般性问题，参见一般性著作：MEIR DAN-COHEN, *RIGHTS, PERSONS, AND ORGANIZATIONS: A LEGAL THEORY FOR BUREAUCRATIC SOCIETY* (1986)。

不可能显著，甚至可能根本没有影响。因此，无论是斯蒂恩伯格公司还是其股东所涉及的任何繁荣利益，都与雅克一家维护家庭安全和保障的利益相比显得微不足道。

我必须补充的是，这并不是说公司总是会在社会义务理论关注人类繁荣的情况下处于劣势。我并不主张在所有情况下，甚至在公司利益与个人利益冲突的所有情况下，否定公司的财产权利。我保留这样一种可能性，即根据社会义务理论，公司利益可能凌驾于个人主张之上。但雅克案显然不属于这种情况。

对个人住宅隐私和安全的同样关注，证明了财产所有者排除他人权利的正当性，即使执行这一权利可能导致在其他情形下完全不可接受的歧视。例如，《公平住房法》中禁止房东在选择租户时基于种族或其他因素进行歧视的“墨菲夫人例外”(Mrs. Murphy exception)。<sup>[343]</sup>尽管该法律禁止房东基于种族、宗教、性别、国籍或家庭状况拒绝向符合条件的申请人出租房屋，但如果涉事单元属于一个仅供不超过四户独立居住的家庭使用的住宅，并且业主实际居住其中一单元，则允许房东这样做。可以将这一例外以及其他法定允许的住房歧视<sup>[344]</sup>理解为反映了同样的关切，即保护业主在住宅隐私方面的结社利益。在这种情况下，培养人类繁荣所需能力这一理由是正当化强有力的理由的最好理由。

在房屋居住这一背景下歧视的权利揭示了道德义务与法律强制执行这些义务之间的差距。可以争论的是，在选择朋友时，从道德上讲，我不应基于种族等因素进行歧视。然而，要通过法律强制执行这一道德义务却是极其困难的。试图通过法律强制执行所有道德规范将是愚蠢之举。<sup>[345]</sup>托马斯·阿奎那认为，法律应强制执行那些对维护人类社会至关重要的道德规范。<sup>[346]</sup>试图强制执行禁止在选择朋友时进行种族歧视的法律几乎肯定会失败。任何尝试这样做的行为都会严重侵犯隐私利益，因此出于审慎考虑应避免这样做。在涉及强烈隐私和亲密结社利益的其他情境中，歧视的情况也大致相同，而这些情境似乎包括《公平住房法》中的例外情况所涵盖的情形。

## 结语

---

<sup>[343]</sup> E.g., 42 U.S.C. §§ 3603(b)(2), 3604(a) (2006) (将住所内拥有四个或更多住房人员单元的自住型房东排除在联邦住房反歧视规定之外)。

<sup>[344]</sup> See, e.g., 42 U.S.C. § 3607(b) (1) (将“老年人住房(“housing for older persons”)”排除在联邦住房反歧视规则之外)。

<sup>[345]</sup> See Thomas Aquinas, SLM.%A THEOLOGICA, pt. II-I, Q. 96, art. 2 (Fathers of the English Dominican Province trans., Benziger Bros. 1947) (c. 1265-73).

<sup>[346]</sup> Id.; see also Eduardo M. Pefialver, Restoring the Right Constitution?, 116 YALE L.J. 732, 746 (2007).

约瑟夫·辛格 (Joseph Singer) 一针见血地指出：“财产所有者有义务；他们始终都有义务。我们可以争论这些义务应该是什么，但没有人能够严肃地主张这些义务不应该存在。”<sup>[347]</sup> 他是对的。美国财产法不仅仅是关于个人自由或成本最小化的法律，它还关乎人类繁荣以及支持那些使我们能够过上美好生活的社区。为此，财产法承认所有者负有义务。然而，尽管美国财产法隐含了一个强有力的社会义务规范，法院和学者们却未能识别这一规范，更不用说系统地发展它了。本文试图开始填补这一空白。

---

<sup>[347]</sup> SINGER, *supra* note 6, at 18.

# 论财产<sup>\*</sup>

劳拉·安德库夫勒 著；仇怡然 译<sup>\*\*</sup>

**摘要：**本文探讨了财产概念在宪法理论、政治哲学与法律规范中的核心地位。文章回溯了财产权从十八世纪至当代判例法的发展脉络，特别关注财产作为个人权利与其在社会中的集体功能之间的张力。通过分析洛克、麦迪逊、布莱克斯通等经典思想家的论述以及当代学术研究，本文指出财产不仅被理解为物质占有，更被视为一束权利、自由的象征以及人格的延伸。文章进一步考察现代福利政策与监管性征收所带来的挑战，并认为财产观念的演变折射出法律、政治与社会秩序的深层变革。

**关键词：**财产；宪法理论；自由；人格；监管性征收；福利国家

---

<sup>\*</sup> 原文参见 Laura S. Underkuffler, *On property: an essay*, 100 Yale L. J. 127, 127-148 (1990). 作者谨向 Isaak Dore、Judith Miller、Carol Rose，以及以下院校的教师们致谢：美国大学-华盛顿法学院、波士顿学院法学院、杜克大学法学院、佛罗里达州立大学法学院、伊利诺伊理工大学芝加哥-肯特法学院、纽约大学法学院、圣路易斯大学法学院，感谢他们提出的宝贵意见与建议。特别感谢 Alon Harel，他帮助澄清了许多观点；以及 H. Jefferson Powell，他始终如一地给予支持和启发。

<sup>\*\*</sup> 劳拉·安德库夫勒 (Laura S. Underkuffler)，杜克大学法学院；仇怡然，北京大学国际法学院。

## 目 录

引 言 .....	87
一、 财产的当代路径 .....	89
二、 综合路径 .....	92
三、 启示 .....	99
结 论 .....	104

“世上没有什么能像财产权那样普遍地激发人们的想象，并打动人类的情感。”

——Blackstone<sup>[1]</sup>

“在我们这个时代，财产是一切罪恶之根源，也是人类痛苦的根源——无论是那些拥有财产的人，还是那些失去财产的人；无论是因财产而生的良心悔恨，还是因对财产的滥用所带来的冲突危险——在财产的拥有者与非拥有者之间始终潜伏着矛盾。

财产是一切罪恶的根源；然而与此同时，财产又是我们现代世界所有活动所指向的目标，并且是支配世界活动的力量。”

——Tolstoy<sup>[2]</sup>

## 引言

“财产”这一概念力量强大。它攫取了人类想象的独特位置，并在我们的宪政结构中占据着尤为基础性的地位。<sup>[3]</sup>对于建国一代<sup>[4]</sup>以及其后的宪法解释者而言，财产不只是一个凭借想象或象征性的概念；它一直是个体与集体目标之争在其中被折射的媒介。对个人财产权的保护贯穿政治光谱的各个部分，并推动了关于在美国社会中应当受到保护之价值的截然不同的愿景。<sup>[5]</sup>

什么是财产？这一概念的重要性，恰与界定它的困难相匹配。Felix Cohen 曾写道，任何有用的财产定义“都必须反映这样一个事实：财产与政府、契约、强力与价值以不易察觉的层级相互融汇”。<sup>[6]</sup>另有评论者写道：“‘何为财产’这一问题的答案，可能取决于需要依赖该答案所要采取的行动。”<sup>[7]</sup>

在本文中，我考察最高法院近期关于第五修正案正当法律程序与征收条款的判例法，以及其他当下路径中所反映的“财产”概念。我主张，最高法院对“客观”或“技术性”财产定义的依赖，

---

<sup>[1]</sup> 2 W. BLACKSTONE, COMMENTARIES \*2.

<sup>[2]</sup> L. TOLSTOY, *quoted in A. CARTER, THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF PROPERTY RIGHTS* 1 (1989).

<sup>[3]</sup> 例如，U.S. CONST. art. 1, § 10 (“No State shall . . . pass any . . . Law impairing the Obligation of Contracts.”); id., amend. V (“No person shall be . . . deprived of . . . property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”); id., amend. XIV, § 1 (“nor shall any State deprive any person of . . . property, without due process of law”）。

<sup>[4]</sup> 美国开国者对于财产保护的关注一直是学术评论与辩论的主题。See McDonald, *A New Introduction*, in C. BEARD, *AN ECONOMIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES* (1986).

<sup>[5]</sup> 对个人财产权利的保护包括了十九世纪后期及二十世纪早期“契约自由”的霸权，随后在 20 世纪 30 年代后期“经济正当程序”的逐步削弱乃至最终放弃，以及之后对个人权利的公民自由主义保护。See Grey, *Do We Have An Unwritten Constitution?*, 27 STAN. L. REV. 703, 716-17 (1975); see, e.g., Funston, *The Double Standard of Constitutional Protection in the Era of the Welfare State*, 90 POL. SCI. Q. 261 (1975); McCloskey, *Economic Due Process and the Supreme Court: An Exhumation and Reburial*, 1962 SUP. CT. REV. 34.

<sup>[6]</sup> Cohen, *Dialogue on Private Property*, 9 RUTGERS L. REV. 357, 374 (1954).

<sup>[7]</sup> Philbrick, *Changing Conceptions of Property in Law*, 86 U. PA. L. REV. 691, 694 (1938).

导致相互冲突且自相矛盾的结果。我进一步主张，当代学者试图重构财产之历史理解的努力，同样未能克服这种不连贯。上述两种努力（我称之为“绝对路径”）之所以失败，在于它们都建立在相同而未明言的预设之上：其一，财产可以在社会语境之外被客观地界定或识别；其二，财产代表并保护一个正当的、绝对的个人自主领域。

当代倾向于将绝对个人自主的领域与“财产”概念等同起来的冲动，实际上是对财产历史性理解的激进收窄。于美国建国时代，财产不仅包括外在之物及人与之的关系，还包括一切对人类福祉重要的人权、自由、权能与豁免，其中包括：表达自由、良心自由、免受人身伤害之自由，以及自由且平等地运用个人才能的机会。基于对这一更广义概念所包含的具体权利、自由、权能与豁免的分析，我主张：在历史性的视野中，财产并不代表一个个体可以用以对抗集体的自主领域；相反，它体现并反映了个体与集体之间的内在张力。这种张力（如今常被视为财产概念的外在之物）实际上内含于该概念之中。

重申这一构想<sup>[8]</sup>（我称之为“综合路径”）能够提供一个分析框架，为财产概念的历史与法理学处理方式带来重要洞见。它揭示了最高法院当前处理财产问题中的核心不连贯：具体而言，即法院表面上采纳绝对的财产概念，而实际上却在使用更宽泛的概念——而这种更宽泛的概念在很大程度上未被揭示。采纳综合路径，将迫使法院在根据征收条款与正当程序条款裁判的案件中，直面真正的政策问题，而非通过对财产技术性定义的人为操弄，在沉默与迂回中将其解决。该框架亦明确展现：一种被预设的“绝对”财产观，在为征收条款下受威胁之利益选择保护类型，以及在发生征收时计算补偿的过程中，究竟发挥了怎样的作用。

最后，我认为，对该概念本身进行反思具有内在价值。“财产”概念拥有强大的修辞力量。它绝非与我们的生活或法秩序偶然相关；它处于核心位置，几乎具有情感性的意义。当代诸路径多从这样的财产观出发：财产是将个人从集体领域加以保护与分离的那一物。通过把“集体语境”视为定义与行使个人权利之必要条件，综合路径迫使我们重审个人与其所属各类共同体之间关系的图景。它可以引导我们走向一种不同的个人福祉与自主概念：既承认个人对自由的需要，也承认在与他者的关联之中发展并表达这种自由的需要。

---

<sup>[8]</sup> 对于这种路径的使用，作者们的自觉程度差异很大，Madison、Locke 及英国反对派作家在这方面表现出比同时代其他作家更强的意识。See *infra* Section III. 在本文中，我将尝试阐释这种在当时被广泛接受的观念的逻辑与启示，而非声称当时的作家使用了这些术语。

## 一、财产的当代路径

在现代宪法学理中，财产的定义在第五修正案正当法律程序条款和征收条款的语境下，发挥了最为关键的作用。这两条款一直是个人与政府之间摩擦的焦点。两条款至少表面上都涉及同一概念：财产。在两条款之下，可识别的财产利益的存在，是一个门槛性且常常具有决定性的问题。各种检验标准——诸如“普通理解”路径、<sup>[9]</sup>“合理期待”路径、<sup>[10]</sup>“功能性”路径、<sup>[11]</sup>“权利束”路径、<sup>[12]</sup>以及其他路径<sup>[13]</sup>——都曾被用来判断某一宪法上可识别的财产利益是否存在。<sup>[14]</sup>由此产生的不一致极为深刻。例如：地役权（概念上与其所依附的土地相分离）是一种财产，如果被征收则必须给予补偿；<sup>[15]</sup>两千七百万吨煤炭不是财产；<sup>[16]</sup>占有土地<sup>[17]</sup>或将土地传给继承人<sup>[18]</sup>是财产，如果被剥夺则必须补偿；修改自己建筑物的权利<sup>[19]</sup>或防止物理侵入<sup>[20]</sup>不是财产。试图在征收条款与正当程序条款下对财产待遇之间建立对称性，同样导致社会愿景上的不一致。因为，许多支持政府再分配财产努力的人，在征收条款的语境中主张对受保护财产采取狭义定

<sup>[9]</sup> 这种路径以一种前提为基础，即普通人将财产理解为有形物或“事物”，并据此质疑某一特定利益是否足够“像物”以构成财产。例如，Bruce Ackerman 提及的“Ordinary Observer.” B. ACKERMAN, PRIVATE PROPERTY AND THE CONSTITUTION 97–103 (1977); see also Nollan v. California Coastal Comm'n, 483 U.S. 825, 831 (1987) (upholding right to enjoyment of one's land unencumbered by public access); Hodel v. Irving, 481 U.S. 704, 716 (1987) (upholding right to bequeath property to one's heirs).

<sup>[10]</sup> 在这种路径下，被声称构成财产的利益必须与权利主张人的“合理期待”紧密联系，方可获得承认。See, e.g., Agins v. Tiburon, 447 U.S. 255, 262 (1980); Penn Cent. Transp. Co. v. New York City, 438 U.S. 104, 136 (1978) (investment interests protected only to extent of reasonable return). “权利请求”理论在正当程序案件中的应用是这种路径的一种变体。See, e.g., Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564, 577 (1972) (existence of federally protected property interest depends on whether it was created by “existing rules or understandings that stem from an independent source such as state law”).

<sup>[11]</sup> 在这种路径下，公共部门的工作、执照以及公共收入福利，均被视为正当程序条款下的“财产”。See Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 332 (1976); Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 262 (1970); Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964).

<sup>[12]</sup> 在这种路径下，如果某一权利主张被纳入传统的财产权“束”之中，则其被视为财产。这可能基于一种“像物”的财产概念，同前注 9，或基于其他标准，例如功能性定义，同前注 11。

<sup>[13]</sup> See, e.g., Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982) (关于哪些与人格紧密相关的利益应当获得与财产相同的保护); Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 614 (1988) (关系性利益，即随时间建立的信赖利益，应在承认财产权时予以考虑)。

<sup>[14]</sup> 有时，问题的提出方式是：政府行为所造成的损害是否足以构成对财产的“征收”。See, e.g., PruneYard Shopping Center v. Robbins, 447 U.S. 74, 82–83 (1980); Penn Central, 438 U.S. at 122. 然而，很难看出在所有情况下，个人权利与集体之间的关系（即其“财产”）没有被不对等地削弱。See id. at 143–50 (Rehnquist, J., dissenting) (已被承认的财产利益的毁损即构成征收，除非妨害存在或主张人从受质疑的政府行为中获得补偿性利益); Rose, *Comment: Property as Wealth, Property as Propriety*, in COMPENSATORY JUSTICE: NOMOS XXXIII 1–3 (J. Chapman & J. Coleman eds. 1990) (unpublished manuscript) (政府行为是否构成征收，“取决于对财产权利所赋予内容的理解”)。

<sup>[15]</sup> Nollan v. California Coastal Comm'n, 483 U.S. 825, 831–32 (1989).

<sup>[16]</sup> Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470, 498–99 (1987).

<sup>[17]</sup> First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles, 482 U.S. 304 (1987).

<sup>[18]</sup> Hodel v. Irving, 481 U.S. 704 (1987).

<sup>[19]</sup> Penn Cent. Transp. Co. v. New York City, 438 U.S. 104, 128–38 (1978).

<sup>[20]</sup> See PruneYard Shopping Center v. Robbins, 447 U.S. 74 (1980).

义，但在正当程序语境中却主张广义定义；<sup>[21]</sup>而许多持相反观点的人则恰好相反。<sup>[22]</sup>事实上，这种情形已促使某评论者指责财产概念“不再是我们概念体系中连贯或关键的范畴”，并且“财产概念与财产制度已经瓦解”。<sup>[23]</sup>

当前路径中的不一致，促使一些人主张回归所谓的财产原初理解。Richard Epstein 在 *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*<sup>[24]</sup>一书中，提出了一种财产构想，他将其归因于洛克和美国的开国元勋。在这种观点下，财产是一个简单概念：它是个人对有体与无体客体的不受限制的占有、处分和使用权。任何政府行为，只要限制了这些按照历史界定的权利，就在第五修正案下构成表面上的“征收”。如果征收是警察权的正当行使，则无需补偿；如果不是，那么它只能为另一项合法的公共用途而为之，并且必须支付补偿。<sup>[25]</sup>根据这一分析，所有政府再分配收入的尝试（通过修改普通侵权责任规则、税收以及其他规制来实现）都构成征收。只要这些政府性转移未能同等地惠及被征收者和受益者，它们就是违宪的。<sup>[26]</sup>

其他评论者虽然对 Epstein 为宪法解释目的而使用这种“财产原初理解”持高度批评态度，但并未质疑其分析的起点：历史上理解的财产，意味着个人对物质（及非物质）事物不受限制的占有、处分和使用权。Frank Michelman 曾写道，美国宪政主义的缔造者们相信：

“财产是[那种]激发出一个由法律从政治中严密界定出来的个人自我决定私域之灵感……财产能够承载如此沉重且关键的意识形态负荷，因为它本身就是规范性政治想象中的天然组成部分——透明的、无争议的，并在心灵之眼

<sup>[21]</sup> 比较 Michelman, *Property as a Constitutional Right*, 38 WASH. & LEE L. REV. 1097 (1981)（主张对财产权利的宪法性保护基础）与 Michelman, *Takings*, 1987, 88 COLUM. L. REV. 1600 (1988)（反对“古典自由主义”概念，该概念宪法上仅在变革面前免疫财产权）；Radin, *The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings*, 88 COLUM. L. REV. 1667, 1676–78 (1988)（关注最高法院在征收案件中愿意提供宪法保护并对其进行概念化和证明）[以下简称 Liberal Conception of Property] 与 Radin, 同前注 13（主张对与人格紧密相关的财产给予广泛保护）。Michelman 与 Radin 试图通过辩称宪法保护程度应当反映政治与经济力量的不平等，以调和这些相互冲突的诉求。See Michelman, *Property as a Constitutional Right*, *supra*, at 1112–14；Radin, *Liberal Conception of Property*, *supra*, at 1692–95。

<sup>[22]</sup> See, e.g., R. EPSTEIN, *TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN* (1985)（广义的财产定义在征收条款下并不适用于福利利益或其他通过集体再分配尝试而获得的财产）。

<sup>[23]</sup> Grey, *The Disintegration of Property*, in *PROPERTY: NOMOS XXII* 69, 74 (J. Pennock & J. Chapman eds. 1980).

<sup>[24]</sup> R. EPSTEIN, 同前注 22。

<sup>[25]</sup> 同前注，第 10–25, 35–104, 112, 161–98 页。这可能包括“隐含的实物补偿”，即一般性立法对他人权利施加的限制，作为对被征收财产的补偿。同前注第 195 页。

<sup>[26]</sup> 同前注第 93–104 页。Epstein 承认，他的立场会使 20 世纪的大部分立法失效。同前注第 281 页。

中引人注目。在开国者的世界里，界定“我之物”(meum)与“非我之物”(teum)之间的边界，在概念上与道德上都显得……既自然又轻易。”<sup>[27]</sup>

Jennifer Nedelsky 则写道，在建国时代，财产具有强有力的修辞意象；它是“一种具体的、可识别的、可知的实体，在法律、共和理论与‘社会’中占据着特殊的位置”。财产是“某种重要的东西”，它需要并有权获得保护，它可能受到威胁，而其毁坏或侵犯将会造成深远的损害。<sup>[28]</sup>她写道：

“联邦党人承袭了一种传统（例如洛克的传统），该传统强调权利是合法政府的对象，因此政府的权力应受限于此。但在美国对“多数人暴政”的恐惧背景下，权利的观念逐渐固化为对立的两类：国家权力 vs. 个人权利，公共领域 vs. 私人领域。个人自主被理解为受到一个界限分明的领域所保护——该领域主要由财产界定——而国家不得进入其中。权利、自由与自主的领域被视为私人性的。”<sup>[29]</sup>

Nedelsky 承认：“传统的财产观念——无论是宪法上的还是普通法上的——当然绝不是单纯的或完全物质性的。但它们确实具有明确的物质基础，而这正是法律观念与公众观念的核心所在。”<sup>[30]</sup>

最高法院的表述，以及上述历史性的描述，都建立在以下假设之上：财产是一种可以客观界定或识别的事物，它独立于社会语境之外，并且代表并保护一个正当的、绝对的个人自主领域。<sup>[31]</sup>这种财产观的核心，在于界定个人自主领域应当是什么，而这种界定仅仅基于对个人利益的承认和保护。如果个人利益落在普通人“通常理解”的范围之内，<sup>32</sup> 是“合理的”，具有合法的经济功能，或涉及对有体或无体客体的占有、使用或处分，那么它们就是财产；至于集体利益的考量，则是一个明显独立并且次要的问题。当这种绝对路径的财产观与表面上绝对的宪法

<sup>[27]</sup> Michelman, *Takings*, 1987, 同前注 21, 第 1626–27 页。Michelman 指出，建国时期财产法的实际运作可能要更加受限，并且依赖社会情境。同前注第 1627 页 n.138。

<sup>[28]</sup> Nedelsky, *American Constitutionalism and the Paradox of Private Property*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 241, 252 n.19 (J. Elster & R. Slagstad eds. 1988).

<sup>[29]</sup> Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 1 YALE J. OF L. & FEMINISM 7, 17 (1989) (emphasis in original) (footnote omitted).

<sup>[30]</sup> Nedelsky, 同前注 28, at 270 (footnote omitted). Cf. Grey, 同前注 23, 第 73 页 (18 世纪末法律与政治理论家对财产概念的理解，正与大众普遍观念，即“所有权”观念相一致)。

<sup>[31]</sup> Charles Reich 对财产的描述是：“财产在个人活动的周围划出一个圈……在这个圈子内，所有者比在外部拥有更大的自由。在圈子外，他必须为自己的行为作出解释或辩护，并展示权威。在圈子内，他是主人，而国家必须为任何干预作出解释和辩护。”Reich, 同前注 11, 第 771 页。

保障结合在一起时, <sup>[32]</sup>就会出现一个棘手的问题。财产权利, 如同所有个人权利, 在任何社会中都极少是绝对的。<sup>[33]</sup>如果财产确实客观地描述了个人的自主领域, 那么在征收条款与正当程序条款下, 财产保护如何能够与相互冲突的社会目标相协调? 如果我们要保持对历史性或直观性理解的忠实, 是否必须在对所谓绝对概念的人为操弄(由此产生智识上的不连贯)与对激进个人主义的推崇之间做出选择?

## 二、综合路径

在 1787 年联邦制宪会议的辩论中, Hamilton 曾指出: “政府的一大目标就是个人保护与财产安全。”<sup>[34]</sup>Fisher Ames 写道: “一切政府的重大职责……就是保护财产。”<sup>[35]</sup>然而, 开国者对于“财产”保护的观念, 并非自明之义。

《联邦党人文集》第 10 篇包含了对财产政治含义最著名的讨论之一。在那里, Madison 描述了共和国公民因利益冲突而不可避免地分化为不同的集团, 即“派系”: 这些“派系”是“由若干公民组成的团体, 无论人数为多数还是少数, 他们因某种共同的激情冲动或某种利益而团结, 并因此反对其他公民的权利, 或反对整个共同体的永久与整体利益。”<sup>[36]</sup>他指出, “派系最常见且最持久的来源, 是财产的多样化[原文如此]与不平等分配。拥有财产的人与没有财产的人, 在社会中一直形成着彼此不同的利益。”<sup>[37]</sup>

鉴于派系对共和政府运作所构成的威胁,<sup>[38]</sup>问题在于: 它们是否可能被从政治生活中根除。Madison 的结论是: 不可能。<sup>[39]</sup>一方面, 这是出于其他结论在实践上的不可能性; 寄希望于“开明的政治家能够调和这些冲突的利益, 使其全部服从于公共利益”——这样的希望注定是徒劳。

<sup>[32]</sup> See 同前注 3. 在征收条款下, 宪法命令的绝对性可能会被以下认定所减弱: 即缺乏公共用途或存在默示补偿支付。依照现行最高法院的判例, 两者均为可采的理论。See, e.g., Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470, 491 n.21 (1987) (“The Takings Clause has never been read to require the States or the courts to calculate whether a specific individual has suffered burdens ... in excess of the benefits received.”); Hawaii Hous. Auth. v. Midkiff, 467 U.S. 229, 241 (1984) (“public use” requirement is coterminous with scope of putative public purpose).

<sup>[33]</sup> See, e.g., Keystone Bituminous Coal Ass'n, 480 U.S. at 491–92 (财产在默示义务下被认定为所有者的使用不得对社区造成损害); 1 R. VON JHERING, GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS AUF DEN VERSCHIEDENEN STUFEN SEINER ENTWICKLUNG 7 (4th ed. 1878) (财产不独立于社区利益存在)。

<sup>[34]</sup> 1 THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787 302 (M. Farrand ed. 1911). 原始的州宪法同样包含了对财产的明确保护。See G. DIETZE, IN DEFENSE OF PROPERTY 32–33 & n.92 (1963).

<sup>[35]</sup> F. AMES, *Dangerous Power of France*. No. III, in 2 WORKS OF FISHER AMES 309 (S. Ames ed. 1854).

<sup>[36]</sup> THE FEDERALIST No. 10, at 78 (J. Madison) (C. Rossiter ed. 1961).

<sup>[37]</sup> 同前注, 第 79 页。

<sup>[38]</sup> 同前注, 第 77-78 页。

<sup>[39]</sup> 同前注, 第 80 页。

[40] 另一方面，原因甚至更为根本：派系是由自由所引起的。正是自由使人能够运用理性，而理性运用又导致意见分歧的形成。正是这种多样化的个人能力的运用，导致了财产分配上的不平等，而这种不平等又反过来成为利益统一性的“不可克服的障碍”。因此，“这些能力的保护是政府的首要目标”，派系的成因不可能被消灭。[41]

这一切都可以被视为对现有财产安排的一种精巧辩护；实际上，对财产占有少数群体权利的保护，显然是 Madison 所关心的。[42]在《联邦党人文集》第 10 篇中，财产的表面含义就是我们通常理解的那样：Madison 列举了债权人、债务人、土地利益、制造业利益、商业利益与货币利益，作为必须由政府加以规制的利益。[43]然而，我们也可以在这段讨论中看到别的东西。Madison 对自由的强调，既将其视为派系的原因，也将其视为赋予财产免受政府侵害之保护的理由，这表明他关心的不仅仅是对物质客体权利的保护。

1792 年，Madison 发表了一篇题为《财产》的随笔。在这篇随笔中，他讨论了财产以及政府在保护财产中的作用。他首先以物质客体为基础定义财产：“在其特定适用中，这个词语意味着某个人对世界外在事物的统治，并排除了所有其他个人。”[44]随后，他展开了一种更为广泛的财产观念：

“在其更为广阔和公正的意义上，[财产]涵盖一切人可以赋予价值并享有权利的事物；并且这种权利应当使所有其他人同样受益。

在前一种意义上，人的土地、商品[原文如此]或金钱被称为其财产。

在后一种意义上，人的意见及其自由表达，即是他的财产。

他在其宗教信仰及由此决定的职业与实践中，拥有独特价值的财产。

他在自身的安全与自由中，拥有至为珍视的财产。

他在自由运用其能力与自由选择运用这些能力之对象中，拥有平等的财产。

总之，当我们说一个人对其财产享有权利时，我们同样可以说他在其权利

[40] 同前注。

[41] 同前注，第 78 页。

[42] 在一次关于选举权问题的演讲中，Madison 写道：“如果财产持有者未能得到保护而面对没有财产的多数，那么他们所面临的危险是显而易见的……我们不能对人性的本质、或对经验的启示视而不见。” J. Madison, *On the Right of Suffrage*, in THE COMPLETE MADISON 37 (S. Padover ed. 1953).

[43] THE FEDERALIST No. 10, 同前注 36, at 79.

[44] J. MADISON, *Property*, in 6 THE WRITINGS OF JAMES MADISON 101 (G. Hunt ed. 1906). 此处的定义转述了 Blackstone 所使用的一种表述。See W. BLACKSTONE, 同前注 1, at \*2.

中拥有财产。<sup>[45]</sup>”

Madison 接着写道：

“政府的设立是为了保护各种形式的财产；既包括在个人各类权利中所体现的财产，也包括该词语在狭义上所特别表达的财产。

……给予财产正义保障的赞誉，不应当吝惜于那些虽然严谨保护个人占有，却不保护他们意见与意见交流的政府；因为在某些人看来，这后一类财产更加宝贵。

……良心是最神圣的财产；其他财产取决于积极法律的正当性行使，而良心则是天赋的、不可让与的权利。

……若任意征收一部分公民的财产为他人服务，这不仅侵犯了财产，也不是公正的政府。

真正的政府，不会通过武断的限制、豁免或垄断，剥夺一部分公民对其能力的自由运用与对其职业的自由选择；这些能力不仅构成一般意义上的财产，而且严格来说是获取财产的手段。

……如果某一政府以维护财产不可侵犯而自豪，却在公共用途下不经补偿直接剥夺财产，同时又侵犯了个人在其意见、宗教、人格与能力中的财产，那么这种政府就不是合众国的楷模。

如果美利坚合众国意在，或者配得上，作为明智且公正的政府而受到称赞，他们就必须平等地尊重财产权与权利中的财产。”<sup>[46]</sup>

Madison 的随笔既耐人寻味，又富于挑衅性。他显然将财产视为具有两种不同含义的概念。虽然在狭义上，它可以意味着有体或无体客体以及我们与它们的关系，但它也能意味着更多。在其更为广阔的理解中，财产包括良心自由、表达自由、人身自由，以及运用智识与创造力的能力。<sup>[47]</sup>这一点与当今普通的财产理解截然不同。

---

<sup>[45]</sup> J. MADISON, 同前注 44, at 101 (emphasis in original).

<sup>[46]</sup> 同前注，第 102–03 页。

<sup>[47]</sup> 在其他地方，Madison 指出“心智机能”包括“感官、知觉、判断、欲望、意志、记忆[与]想象力。”THE FEDERALIST No. 37, at 227 (J. Madison) (C. Rossiter ed. 1961).

虽然除 Madison 外，其他美国开国者很少像他那样深入探讨财产的广义观念，但在建国时代存在更为广泛的财产理解，却已得到普遍承认。<sup>[48]</sup>康涅狄格殖民地的下议院曾宣称，人民“在自己的产业中拥有财产”，并且“只有在其自身同意下才可被课税……且不得被剥夺其自由或既有习惯，不得被判刑或谴责，除非经由同侪的合法裁判。”<sup>[49]</sup>Joseph Story 写道，财产不仅存在于“物”，还存在于“行为”之中。<sup>[50]</sup>

Alexander Hamilton 则提出，财产不仅包括物质客体，也包括权利与特权，尤其是与公职相关的那些。<sup>[51]</sup>一份建国时代的小册子将政治奴役描述为“完全处于他人权力与控制之下，无论是关于我们的行为还是财产”；<sup>[52]</sup>这意味着，正如 Bernard Bailyn 所言，“维持自己在物质事物与抽象权利中的正当财产的能力，正是健全宪法为自由人民所保障的内容。”<sup>[53]</sup>

Madison 随笔中呈现的广义财产观，以及建国时代其他著述中所隐含的观念，并非知识史上的异端。相反，Madison 的随笔反映了一种广为流行的理解，这种理解可见于英国辉格党的著述——一种美国人自认为继承下来的思想传统。<sup>[54]</sup>与辉格党意识形态相关的广义财产观，<sup>[55]</sup>可以在十七世纪的小册子文学中找到。十七世纪中，“property”或“propriety”一词被广泛使用，用来涵盖宪法自由以及其他事务。<sup>[56]</sup>“[财产]通常被理解为包括属于人的自然权利，而保护这些权利

<sup>[48]</sup> See, e.g., P. EIDELBERG, THE PHILOSOPHY OF THE AMERICAN CONSTITUTION 257 (1968) (在建国时代，财产“涵盖了属于自身的一切，包括享有自身机能、权利与特权”); F. MCDONALD, NOVUS ORDO SECLORUM: THE INTELLECTUAL ORIGINS OF THE CONSTITUTION 13 (1985) (财产是“众多权利、权能与义务在个人、社会与国家之间的微妙组合”); J. REID, THE CONCEPT OF LIBERTY IN THE AGE OF THE AMERICAN REVOLUTION 24–25, 72 (1988); Levy, *Property as a Human Right*, 5 CONST. COMMENTARY 169, 174–77 (1988) (18 世纪的财产概念包含宪法权利与其他自由)。

<sup>[49]</sup> Declaration of the House of Representatives of the English Colony of Connecticut (May, 1774), reprinted in 14 PUBLIC RECORDS OF THE COLONY OF CONNECTICUT 347–48 (1887).

<sup>[50]</sup> Story, *Natural Law*, quoted in J. MCCLELLAN, JOSEPH STORY AND THE AMERICAN CONSTITUTION 321 (1971) (emphasis in original).

<sup>[51]</sup> P. EIDELBERG, 上注第 48 条, 第 123 页。Eidelberg 指出, John Marshall 在 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) 一案中的判决支持了这一观点。P. EIDELBERG, 上注第 48 条, 第 123 页 n.18。

<sup>[52]</sup> [Moses Mather], *America's Appeal to the Impartial World* ... 48 (Hartford, 1775), quoted in B. BAILYN, *THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION* 233 (1967) (brackets and ellipsis in B. Bailyn).

<sup>[53]</sup> B. BAILYN, 上注第 52 条, 第 233 页; 参见 J. REID, *CONSTITUTIONAL HISTORY OF THE AMERICAN REVOLUTION: THE AUTHORITY OF RIGHTS* 97–98 (1986) (在独立战争时期, 个人权利与财产权利之间没有明确区分; “个人权利就是财产权”); G. WOOD, *THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC, 1776–1787* 219 (1969) (“十八世纪的美国辉格主义……没有将人和财产作严格区分。财产[被]定义不仅是物质占有, 而是赋予人政治特性的性格特征……财产并非对立于个人权利, 而是与之不可分割的一部分。”)。

<sup>[54]</sup> See, e.g., B. BAILYN, 上注第 52 条, 第 34–54 页; F. MCDONALD, 上注第 48 条, 第 77–78 页。

<sup>[55]</sup> J.G.A. POCOCK, *THE MACHIAVELLIAN MOMENT* 507 (1975) (讨论 18 世纪辉格派人文主义思想, 即“人格奠基于财产, 通过公民身份得以完善, 但不断受到腐败威胁”); Minogue, *The Concept of Property and Its Contemporary Significance*, in *PROPERTY: NOMOS XXII*, 上注第 23 条, 第 3 页。

<sup>[56]</sup> See P. LARKIN, *PROPERTY IN THE 18TH CENTURY* 52–53 (1930); Macpherson, *The Meaning of Property*, in *PROPERTY: MAINSTREAM AND CRITICAL POSITIONS* 7 (1978); 另见 R. OVERTON, *AN ARROW DIRECTED*

正是国家存在的首要目标。”<sup>[57]</sup>一份 1644 年在英国出版的小册子则宣称：“上帝……使我们成为我们所享有之物的绝对所有者，因此我们的生命、自由与产业，[原文如此]不应当依赖或服从于君主的意志或任性。”<sup>[58]</sup>

辉格党关于财产的观点，在 John Locke 那里得到了最清晰而有力的阐述。Locke 的思想对美国开国者和美国法学早期发展产生了深远影响。<sup>[59]</sup>他于 1690 年发表《政府论两篇》，挑战王权的专制力量，并确立能够对抗政府恣意与压迫性行使权力的个人权利的存在。对 Locke 而言，人的固有自由与权利正是财产概念的体现。他认为，财产源自人的本性：“虽然大地以及一切低等生物是全人类共有的，但每个人在自身之中都有一种财产。”<sup>[60]</sup>个人的财产与其自身紧密相连，体现在“自我主宰”之中。<sup>[61]</sup>Locke 的财产观植根于人的个性，因而具有广义涵义；它不仅包括物质资源或外部客体，也包括“人的生命、自由与产业”。<sup>[62]</sup>Locke 将财产定义为“未经本人同意……不得被剥夺”的事物。<sup>[63]</sup>有评论者指出，“Locke 的生命、自由与产业的理想，将财产视为一种‘道德空间’，在其中个体对自身事务享有控制权。”<sup>[64]</sup>

在这种历史性理解下，财产显然是被广义界定的。它与“人是自身的主宰”这一观念紧密相关；它涉及人格在生理和非生理意义上的完整性维护。它与人的个性发展密切相连，体现在独立思考与创造力的发挥中。它是普遍的，也是互惠的：它意味着，作为人类，我们“赋予某物以价值并享有权利”，而这种权利应当使所有人同样受益。<sup>[65]</sup>

---

*AGAINST ALL TYRANTS AND TYRANNY...* (1646), cited in P. LARKIN, 上注第 44 条, 第 n.2; W. PRYNNE, A SUMMARY COLLECTION OF THE PRINCIPAL FUNDAMENTAL RIGHTS... (1656), discussed in P. LARKIN, 上注第 44 条, 第 53 页 n.1。

<sup>[57]</sup> C. CZAKOWSKI, THE THEORY OF PRIVATE PROPERTY IN JOHN LOCKE'S POLITICAL PHILOSOPHY 23 n.62 (1941).

<sup>[58]</sup> *England's Monarch or a Conviction and Refutation by the Common Law of Those False Principles of Albericus...etc.* (London, 1644) (anonymous), quoted in P. LARKIN, 上注第 56 条, 第 52 页。

<sup>[59]</sup> See B. BAILYN, 上注第 52 条, 第 26–30 页; T. PANGLE, THE SPIRIT OF MODERN REPUBLICANISM 22–24, 126 (1988); Whelan, *Property as Artifice: Hume and Blackstone*, in PROPERTY: NOMOS XXII, 上注第 23 条, 第 126 页。

<sup>[60]</sup> J. LOCKE, *Second Treatise of Government* § 27, in TWO TREATISES OF GOVERNMENT (P. Laslett rev. ed. 1988) (3d ed. 1698) (emphasis in original).

<sup>[61]</sup> 同前注 § 44。参见 F. McDONALD, 上注第 48 条, 第 10–11 页（讨论 Locke 使用“property”一词表示“属于个人的”或“适用于个人的”）。

<sup>[62]</sup> J. LOCKE, 上注第 60 条, 第 §§ 123–124 页。Hobbes 的著作也赋予财产以广泛的含义。他将其分配给主权权力：“主权拥有全部权力制定规则，使每个人都能知道哪些财物属于自己、可享用哪些利益、可以采取哪些行为，而不受其他臣民的干扰；这就是人们称为‘财产’的东西。”这些关于财产的规则，即 *meum and tuum*，以及对“善”、“恶”、“合法”与“非法”的判断，构成了民法的基础……T. HOBBES, *LEVIATHAN* Ch. 18 at 113 (Oakeshott ed. 1946). See L. BECKER, PROPERTY RIGHTS—PHILOSOPHIC FOUNDATIONS 120 n.11 (1977) (“property”常被 Blackstone、Hobbes 与 Locke 用来指代一个人所有的全部法律权利)。

<sup>[63]</sup> J. LOCKE, 上注第 60 条, 第 § 193 页。

<sup>[64]</sup> A. REEVE, PROPERTY 142–43 (1986).

<sup>[65]</sup> J. MADISON, 上注第 44 条, 第 101 页。

最明显的区别在于，这一财产概念与大多数当代理论表述的不同之处，在于它明确地将极为广泛的个人利益纳入财产范畴。综合路径下的财产，远远超出了作为物质客体及其类比物的财产，涵盖了表达自由、良心自由、自由运用能力、以及职业选择自由等。<sup>[66]</sup>将广泛的个人权利、自由、权能与豁免纳入财产概念，改变了财产具体性的性质。它的具体性并不在于与有体或无体客体的实际或象征性联系，而在于财产在个人权利与政府权力之间所发挥的中介功能。

<sup>[67]</sup>

然而，额外权利的纳入，并不必然意味着对财产概念与个人利益和集体权力之间关系的不同理解。广泛范围的个人权利，与狭义范围的个人权利一样，可能同样要求绝对保护。财产依然可能仅仅代表一个正当的、绝对的个人自主领域。那么，有没有理由认为综合路径建立在不同的愿景之上？此外，特定权利的纳入——或者它们的保护方式——是否对这一路径具有任何意义？

若将综合路径视为一种基于权利的理论，那么其中所包含的个人利益必然服从于集体的界定与限制。权利可以被界定为满足个人需要或个人利益的事物，而该需要或利益被认为具有足够的道德重要性，以至于能够证明产生相应义务的合理性。<sup>[68]</sup>权利对“正当性”或对“道德重要性义务”的依赖，意味着其存在必须植根于某种人类福祉的观念：<sup>[69]</sup>当且仅当某人的福祉之某一方面（假定其他条件相同）足以成为要求他人承担义务的理由时，他才享有这一权利。<sup>[70]</sup>由于权利的本质要求，不仅权利主张人自己，而且其他人都必须承认该权利，人类福祉的概念——以及通过它，受保护之个人利益的性质——必然是集体性的。<sup>[71]</sup>综合路径下的财产观中权利选择，以及对权利必须普遍且互惠承认的要求，<sup>[72]</sup>便显现出这一点。<sup>[73]</sup>综合路径涵盖了集体的角色，

<sup>[66]</sup> Cf. Macpherson, 上注第 56 条, 第 2 页 (将财产简单定义为一捆权利、义务、权能与豁免)。注意，即便如此宽泛的财产定义被提出，仍很少有人把良心自由、言论自由或个人才能的运用纳入财产权范畴。

<sup>[67]</sup> Cf. J.G.A. POCOCK, 上注第 55 条, 第 463 页 (18 世纪财产的功能是“确认并维系个人自主、自由与德性”。

<sup>[68]</sup> A. CARTER, 上注第 2 条, 第 139 页 (“财产权利……涉及对那些不尊重它们之人的强制。这种强制需要道德上的正当性。”) (footnote omitted)。

<sup>[69]</sup> Well-being 被定义为个体“凭借独特的人类思维能力、理性选择与行动，而能追求其作为进步性存在者的个体目标。” H.L.A. HART, ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY 189 (1983).

<sup>[70]</sup> See J. WALDRON, THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY 86 (1988).

<sup>[71]</sup> 权利的存在意味着“每一个承认并赋予他人权利的人和对象，都必须承认它是对自己和他人都有益的善。” T.H. GREEN, LECTURES ON THE PRINCIPLES OF POLITICAL OBLIGATION 216 (1921).

<sup>[72]</sup> Madison 的论述表明，广义的财产“涵盖一个人可能赋予价值并声称享有权利的一切。” J. MADISON, 上注第 44 条, 第 101 页。这必然涉及个人与集体对幸福与福祉的认定。

<sup>[73]</sup> 这种约束可以被理解为契约主义意义上的：只有那些经同意而授予他人的权利才可强制执行。“如果一项法律的内容是全体人民不可能同意的……那么它就是不公正的。” I. KANT, *On the Relationship of Theory to Practice in Political Right, in KANT'S POLITICAL WRITINGS* 79 (H. Reiss ed. 1970).

这一角色超越了对权利的简单界定或限制。在这一财产概念下的权利，大致可分为两类：其一，是保护个人免受他人干涉，从而保障个人自主与安全的权利——实质上保护的是“消极自由”；其二，是保障更进一步的权利。<sup>[74]</sup>第一类权利是任何财产概念的一部分，<sup>[75]</sup>也是“绝对路径”的核心；而第二类权利则使综合路径有别于其他当代理论表述，并且意味着集体在财产概念中承担着根本不同的角色。

通过明确将广泛的人权与人格发展联系起来，<sup>[76]</sup>综合路径不仅假定集体在个人财产权利的界定或限制中具有作用，还假定集体在个人权利的行使与实现中同样提供语境。如果受保护的个人权利是人格发展的必要条件，那么这种权利的实现必然依赖于社会环境。<sup>[77]</sup>例如，Madison 曾指出，财产安全要求政府必须消除那些阻碍个人自由运用能力与自由选择职业的“限制、豁免与垄断”。<sup>[78]</sup>通过设想一个集体语境，来实现个人权利的行使，综合路径使得集体在财产概念中扮演了不可或缺的角色。财产不仅是对个人自主的描述与保护；相反，它是一个复杂概念，涵盖了广泛的人类自由，并且在支持与限制并存的集体语境中被理解。

诚然，在建国时代，“财产”同时保留着狭义与广义含义。<sup>[79]</sup>因此，在缺乏明确用法的情况下，很难判断特定语境下所意指的是哪一种含义。该词语具有多重含义的事实，引发了一个困难的问题：如果两种财产观在建国时代均已存在，为何在当代解释中，综合路径常常被忽视？为何普遍假定，绝对路径就是当时唯一的理解？

<sup>[74]</sup> See I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in FOUR ESSAYS ON LIBERTY 118 (1969) (区分积极自由与消极自由)。

<sup>[75]</sup> 自由是所有权的一种附属，也是任何财产概念的组成部分，它涉及对有体或无体物的所有权或个人控制。See Grey, 上注第 23 条，第 69 页（将财产权与所有权权利的认同视为“普通”理解的精髓）。所有权被描述为支配、处分的自由以及对抗他人干涉的权利。See J. PENNOCK, *Thoughts on the Right to Private Property*, in *PROPERTY: NOMOS XXII*, 上注第 23 条，第 172 页；Philbrick, 上注第 7 条，第 702 页。

<sup>[76]</sup> See G.W.F. HEGEL, *PHILOSOPHY OF RIGHT* § 66, at 52–53 (T. Knox ed. 1942) (通过财产权利的行使，个人获得“那些具体的或实质性的特征，这些特征构成了[其]自身的人格以及[其]自我意识的普遍本质……这些特征是[其]人格作为自我、[其]普遍意志的自由、[其]道德生活、[其]宗教。”)；另见 Minogue, 上注第 55 条，第 11–12 页（*proprius* 一词词源上意为“自己的”）；Overstreet, *The Changing Conception of Property*, 25 INT'L J. OF ETHICS 165 (1915) (讨论财产作为人格的延伸)；Radin, 上注第 13 条，第 958、961–78 页（讨论 Locke 与 Hegel 的理论等如何将客体与共同体关系视为自我的核心）。

<sup>[77]</sup> 因此，综合路径下所包含的权利可以被视为积极自由的表现。积极自由被多种方式描述为：作为“自己意志的主人”，作为“发展人格的机会”，以及作为“在共同体中建立位置的自由”。所有积极自由理论都把社会互动与社会背景视为至少部分构成人格与个体福祉的要素。J. WALDRON, 上注第 70 条，第 298–302、313 页。

<sup>[78]</sup> J. MADISON, 上注第 44 条，第 102–03 页。

<sup>[79]</sup> 参见上注第 36–53 条；另见 J. LOCKE, 上注第 60 条，第 §§ 31, 135, 138 页（狭义地使用 *property* 一词）；F. MCDONALD, 上注第 48 条，第 4、10 页（指出建国时期对“财产”存在多重理解）。

我认为，答案在于两种概念本身的性质，以及个人主义理论的兴起。综合路径融合了历史上个人与集体之间的张力；虽然历史性理解中确实存在强烈的集体主义与个人主义元素，但这种理解并不需要通过某种特定的财产制度或财产权体系来解决两者之间的张力。<sup>[80]</sup>相比之下，绝对路径则提出了一个清晰的主张：通过将财产界定为描述并保护个人自主领域的事物，它确立了个人利益至上的地位。<sup>[81]</sup>在建国时代，基于信托观念和个人义务以及权利的旧有财产体系<sup>[82]</sup>，与倡导商业增长与财富最大化、通过保护个人主动性和利益的新理论发生了竞争。<sup>[83]</sup>许多新理论认为个人权利具有极端重要性——事实上，这些权利被视为抵御王权与其他专断权力的盾牌。<sup>[84]</sup>随着对个人权利保护的重要性不断提升，以及将绝对概念与这种保护相混同的隐含趋势，人们逐渐形成了将财产与绝对概念紧密联系的强烈倾向。<sup>[85]</sup>

因此，尽管在物质客体的占有、使用和处分上的个人利益的绝对保护，常常是个人与集体利益相互竞争所产生的结果，但特定利益的保护并不等同于财产概念本身。综合路径强调，从历史性理解来看，财产在个人权利与政府权力之间起到中介作用。它既不包含，也不鼓励将绝对的个人保护置于集体目标之上。

### 三、 启示

<sup>[80]</sup> 在财产概念中承认集体角色，并未必然导致重新分配财富或根本性重组政治价值。See Katz, *Thomas Jefferson and the Right to Property in Revolutionary America*, 19 J. L. & ECON. 467, 468–69 (1976) (Locke 将私有财产置于政府之前，以允许有限革命，即政府变更而不改变现有财产分配)。十八世纪关于财产的观念内在地包含张力：一方面财产对人格与自由至关重要，另一方面又认为无需进行财富再分配。如果财产（包括物质财产）对人格发展或个人与政治独立的维持必不可少，那么剥夺财产如何能够被正当化便难以解释。十八世纪理论家试图通过强调财产的安全性而非财产本身来化解这一困难：保障自由的不是财产本身，而是财产的安全。J. REID, 上注第 48 条，第 5、70–73 页。然而这并未触及核心问题。如果“物质占有……通过使个人独立于政府而增强自由”，同前注第 5 页，那么结论无可避免：有些人享有比他人更多的“自由”或“财产”。

<sup>[81]</sup> 最高法院在征收与正当程序条款的判例中所展现的逻辑谬误是：将财产定义为描述并保护个人合法领域的事物，本身并不能决定哪些个人利益是“合法的”，哪些不是。

<sup>[82]</sup> 在 17、18 世纪之前，土地占有与治理相关：财产占有赋予统治资格，以及相应的权利与义务。See Philbrick, 上注第 7 条，第 707–10 页（讨论财产受制于履行义务的封建起源，包括公共义务）；Rose, *Public Property, Old and New*, 79 NW. U.L. REV. 216, 219–21 (1984)；Rose, 上注第 14 条 (manuscript at 17–21, 25–26)；另见 F. McDONALD, 上注第 48 条，第 10–13 页（历史上财产被视为个人、社会与国家间多种权利、权能与义务的结合）。

<sup>[83]</sup> See, e.g., J. MADISON, 上注第 42 条，第 37 页（财产是法律的基本对象，“通过确保其成果的享有来鼓励产业”）；另见 Rose, *The Ancient Constitution vs. the Federalist Empire: Anti-Federalism from the Attack on ‘Monarchism’ to Modern Localism*, 84 NW. U. L. REV. 74, 87–88 (1990)（讨论旧制度的衰落与私人财产制度在增加国家财富和权力中的兴起）。

<sup>[84]</sup> See, e.g., *THE FEDERALIST* No. 10, 上注第 36 条；P. LARKIN, 上注第 56 条，第 12、20、145–64 页（讨论此观点在美国开国者中普遍存在）；J. LOCKE, 上注第 60 条，第 §§ 91, 94, 95, 138 页。

<sup>[85]</sup> Cf. Grey, *The Malthusian Constitution*, 41 U. MIAMI L. REV. 21, 42–46 (1986)（政府拥有合法的课税权以救济贫困人口，但其目的仍在于保护个人财产权）。

重新拾回综合路径，对我们理解与处理财产概念具有深远影响。例如，采用综合路径将迫使法院直面在征收条款与正当程序条款案件中所涉及的真实政策问题。最高法院在这些条款下的现行判例法，一直是由绝对路径主导的，即财产被视为某种可客观界定或识别的东西，用以代表并保护个人的自主领域。法院对财产的看法——无论是以“普通理解”、<sup>[86]</sup>“合理期待”、<sup>[87]</sup>还是其他路径<sup>[88]</sup>来表述——都不会根据集体压力或目标而有所不同，因为正是这种抗拒集体要求的姿态，构成了绝对路径对财产的理解。当绝对路径与看似绝对的宪法保障相结合时，社会目标不可避免地得到容纳，从而在智识上造成不连贯，并带来表面上的任意性。

最高法院表面上对绝对路径的运用，导致了一种明显的不诚实：财产被描述为技术性理解或定义的问题，而概念本身却被人操纵，以达到与社会目标相契合的结果。其结果是，个人与集体利益之间的必然平衡被悄然打破，而未作解释。<sup>[89]</sup>明确承认财产的中介功能，以及集体在界定个人权利的性质与范围中的作用，能够使真实的政策问题显现出来。

Calabresi 与 Melamed 在《财产规则、责任规则与不可让与性：大教堂的一种观点》<sup>[90]</sup>中所提出的框架，揭示了在财产问题上使用绝对路径所固有的问题，并提出综合路径如何解决这些问题。在他们的分析中，由财产与侵权法所产生的权利可分为三类：受财产规则保护的、受责任规则保护的、以及不可让与的。<sup>[91]</sup>受财产规则保护的权利，只有在持有人同意所提出的价格时，才可以被剥夺，从而赋予持有人对交易的否决权。<sup>[92]</sup>受责任规则保护的权利，则可以在另一方支付由国家确定的价格时被剥夺；因此，它们可以在未经持有人同意的情况下被剥夺。<sup>[93]</sup>不可让与的权利则不得转移。<sup>[94]</sup>

<sup>[86]</sup> 参见上注第 9 条。

<sup>[87]</sup> 参见上注第 10 条。

<sup>[88]</sup> 其他路径包括“功能路径”、“权利束路径”、“人格路径”以及“信赖利益保护路径”。参见上注第 11–13 条。

<sup>[89]</sup> Penn Central 一案似乎是个例外。在该案中，多数意见至少在部分上明确进行了个人与集体利益的平衡。Penn Cent. Transp. Co. v. New York City, 438 U.S. 104, 123–28 (1978)。然而，法院表面上对财产的绝对概念的使用使得平衡在理论上不协调：如果财产是客观可识别且绝对的，就难以理解为何会有集体利益的“平衡”。Brennan 大法官尝试通过论证，即便特定财产权利因政府行为被毁损，集体利益的强度也可能意味着宪法意义上的“征收”并未发生。同前注第 130–35 页。这忽视了一个事实：某项政府行为是否构成“征收”取决于其所涉权利的性质。参见上注第 14 条。如果财产权利如法院通常所设想的那样客观可识别且绝对，就无法解释任何受损为何不构成征收。

<sup>[90]</sup> 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

<sup>[91]</sup> 同前注第 1092 页。

<sup>[92]</sup> 同前注。

<sup>[93]</sup> 同前注。

<sup>[94]</sup> 同前注第 1092–93 页。

“权利请求”这一语言，暗示了绝对路径对财产的看法——即财产是一种客观界定的东西，用以描述并保护个人的自主领域——并支撑了该模型所描述的规则。所谓权利请求，如字面所示，不是部分的或暂时的；它是绝对财产。对于受财产规则保护的权利而言，情况的确如此。然而，对于受责任规则保护的权利，以及那些被视为不可让与的权利，则并非如此。在这些情形中，我们遇到了一些被称作“财产”的事物，但实际上可能会被剥夺（通过责任规则保护），或其处分完全受制于他人（通过他人宣布其不可让与）。<sup>[95]</sup>

权利请求与其“非绝对保护”之间的冲突，反映了征收条款下决策过程的深层模糊性。征收条款的核心，就是将“财产”的保护降低到“责任”保护：只要存在公共目的并支付补偿，私人财产即可被征收。坚持将财产绝对化为描述并保护个人自主领域的形象，会使这种制度安排看似不公正。

通过责任规则保护“财产”权利所固有的问题，还体现在通常针对违宪征收所提供的救济之中：法院会直接宣布违法立法无效，而不是将案件发回以评估补偿。<sup>[96]</sup>尽管这种救济可能源于某些案件中估价的困难，但一个同样合理的解释是，法院不愿意（尽管征收条款的语言已明确规定）将私人财产降格为责任保护。<sup>[97]</sup>财产的绝对概念所产生的效果，也可以在责任规则下损害赔偿的计算或判决中体现出来。如果补偿是问题所在，那么请求的金额（或被判给的金额）就是相关财产的全部价值。即便在财产利益依赖于可分割部分（如“合理”和“不合理”期待）时，这一规则同样成立。<sup>[98]</sup>

综合路径在这些关系中带来了根本性的转变。如果说财产概念描述的是个人与集体之间的张力，而不是该张力的某一特定结果，那么在调和绝对路径与非绝对保护时所固有的问题就不存在了。用 Calabresi 与 Melamed 的语言来说，如果“权利请求”或其类比物被视为附条件的（而

<sup>[95]</sup> See Coleman & Kraus, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 YALE L.J. 1335 (1986) (讨论理论上不一致的责任规则保护隐含的自治或控制权)。

<sup>[96]</sup> See, e.g., Mandelker, *Land Use Takings: The Compensation Issue*, 8 HASTINGS CONST. L.Q. 491, 491–92 & n.2 (1981)。一项例外可能出现在临时征收的案件中。See, e.g., *First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles*, 482 U.S. 304 (1987) (此类案件中，由于权利人已恢复争议财产的控制，根本性问题不复存在，使得财产保护问题不再相关)。

<sup>[97]</sup> See Calabresi & Melamed, 上注第 90 条, 第 1124–27 页（在刑事制裁背景下，社会防止财产权利随意转变为责任规则的需求）。Calabresi 和 Melamed 指出，许多法律学者在妨害—污染案件中忽视了通过责任规则保护财产权的可能性。同前注第 1116–17 页。我提出另一个理由：如果财产被定义为描述并保护个人绝对领域的事物，而这些权利只能通过支付补偿而享有（或被他人通过支付补偿而剥夺），这种观念在对等情况下尤其令人不安。这种本能地回避将责任规则适用于看似绝对的财产权利，正是最高法院征收案件处理中挥之不去的问题。

<sup>[98]</sup> 法院未考虑部分补偿的问题在已有公共妨害的案件中尤为显著。See, e.g., *Hadacheck v. Sebastian*, 239 U.S. 394 (1915)。

非绝对的），那么通过责任规则来保护这些权利请求，并不会破坏财产的基本概念。征收条款所要求的，通过责任规则保护财产权利，使这种保护失去了非法性的光环，从而在责任规则的适用和赔偿计算中带来了更大的灵活性。<sup>[99]</sup>

采用综合路径，还会消除在调和财产的绝对保护与在征收和正当程序条款语境下对个人与集体利益的不同处理之间所固有的问题。<sup>[100]</sup>只要前提假设仍然是财产可以独立于社会语境而被客观界定或识别，两个条款下对财产的不同定义就无法协调。相反，承认财产概念中明确包含集体关切，就不会遇到这种困难。

或许有人会反对，虽然综合路径在某个时期可能行之有效，但在今日，当个人与集体利益处于根本对立时，它不过是一个时代错误。许多学者曾写到十八世纪普遍存在的信念，即个人与社会利益是一致的。<sup>[101]</sup>如果个人与社会利益重合，那么国家干预的需要会减少，危险也会降低。而在现代多元社会中，这种一致性，即使曾经存在过，现在也早已不复存在。

然而，相信个人与社会利益的一致性，将会减少财产概念中个人与集体之间的张力。但即便这种张力（或其被承认的张力）在现代社会中有所增加，也不意味着我们应当通过宣称不可侵犯但并不提供绝对保护的财产概念，来隐藏这一点。事实上，当代社会中个人与集体之间的张力，恰恰要求对相关平衡进行更多审视，而不是更少。我们无法回避这些冲突所带来的困难问题。财产法事实上已经在处理这些问题——哪怕只是默认如此。问题只在于，这些问题是否应当在有意识、明确的审视下被解决。

承认任何财产概念都不可避免地涉及个人与集体利益的平衡，带来了一个最终的问题：采用综合路径是否会比那种普遍被承认的观念——即个人权利在财产范畴下受到保护，必须存在于集体语境之中——多出什么新的意义？换言之，将财产视为个人权利与外部集体利益拼接的组合，与将个人与集体的竞争性利益视为财产概念的一部分，两者之间是否真的存在差异？

<sup>[99]</sup> Cf. Coleman and Kraus, 上注第 95 条, 第 1345–46 页（权利只是概念性标记或占位符，用于指定应受特别法律保护的合法利益或自由；这些权利的具体内容或意义是一种“规范性而非分析性”的约定，即基于实质性协议而非语言约定）(footnote omitted)（原文着重）。在本文语境下，财产的定义（即“绝对路径”下界定并保护个人自治或控制领域的事物）被一种规范性概念取代：控制问题被视为规范性的，通过协议而定，并且内在于财产概念本身。Coleman 和 Kraus 将问题设定为重新思考权利的性质；我则将问题设定为个体与集体之间的张力是外在于财产概念，还是内在于财产概念。

<sup>[100]</sup> 参见上注第 21–23 条及相关正文。

<sup>[101]</sup> 在 18 世纪末之前，人们普遍认为个人利益与社会利益实质上是一致的。See G. WOOD, 上注第 53 条, 第 219 页。至 18 世纪末，“美国人愈发强调社会中存在的‘不同与不协调的利益’。”同前注。

我认为，答案至少部分地在于财产概念自身的力量。尽管有人提出异议，<sup>[102]</sup>财产依旧保有象征意义和修辞力量。<sup>[103]</sup>当代对财产的理解——即便那些用广泛的人文或经济术语来界定这一概念的学说——仍然是从这样的愿景出发：财产就是保护并区分个人与集体领域的东西。<sup>[104]</sup>近年来，关于“个人保护是最终的、不可化约的政治原则”的假设，受到了批评。<sup>[105]</sup>有人攻击了个人权利的基础性观念；<sup>[106]</sup>也有人试图发展一种新的模式，使个人自由的价值得以在集体生活的语境中保留。<sup>[107]</sup>所有这些努力都反映出对那种把“自我”视为不可侵犯和绝对存在的政治传统的不满。这种自我观正是我们归因于 Locke 及开国者的。而正因这一自我观，我们被限制在一系列“自我”与“集体”的对立之中。

财产，被视为这种自我观及自我与他人二分对立的具体表现。财产那种强有力修辞形象——赋予个体与群体隔绝的独立壁垒——被视为个人与集体生活对立的核心象征。<sup>[108]</sup>因此，重新思考财产概念，具有特殊的象征意义和现实潜能。综合路径承认个体在与他人关联的语境中发展自身能力的需要；它强调，个人自主与社会语境事实上是紧密相连的。通过把集体语境视为个人权利定义和行使的必要条件，综合路径迫使我们重新思考共同体与个人权利之间的关系。这意味着朝着个体自由、个人自主与集体生活的观念调和迈出了一步。

<sup>[102]</sup> See, e.g., Grey, 上注第 23 条, 第 69–74 页 (论证现代财产观念削弱了其象征性并威胁其解体); Nedelsky, 上注第 28 条, 第 251 页 (“如果财产不是‘物’，而只是一束受理性分配与权力操控约束的法律权利……那么它既不能作为真实界限，也不能作为象征性界限来划分个人权利与政府权力。”)。

<sup>[103]</sup> 财产神话 (即代表个人受保护领域的概念) 即使在其内容不断变化的情况下仍然存续，在 Nedelsky 看来这是一种悖论。Nedelsky, 上注第 28 条, 第 241 页。实际上，正是利用这一象征性意义与修辞性力量的动机，推动了将更广泛的个人权利纳入财产概念的努力。同前注第 255 页。Donahue, *The Future of the Concept of Property Predicted from Its Past*, in *PROPERTY: NOMOS XXII*, 上注第 23 条, 第 53 页。

<sup>[104]</sup> Radin 认为，保护个人利益的意义在于其能促进“人类繁荣”——一种积极的自由观，即个人自我发展的实现与适当的社会发展相联系。Radin, *Liberal Conception of Property*, 上注第 21 条, 第 1688 页。尽管这一路径可能导致对个人与集体间张力的新概念化，但她强调的重点在于“人格”因素如何影响对传统界定的 (个人) 财产权利的承认。参见同前注第 1695 页。

<sup>[105]</sup> See, e.g., A. MACINTYRE, *AFTER VIRTUE: A STUDY IN MORAL THEORY* (1981); M. SANDEL, *LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE* (1982).

<sup>[106]</sup> See, e.g., E. PASHUKANIS, *The General Theory of Law and Marxism*, in *PASHUKANIS: SELECTED WRITINGS ON MARXISM AND LAW* (1980) (否认个人权利观念)；cf. T.H. GREEN, 上注第 71 条, 第 207 页 (将个人权利重新定义为与共同体福利相关)。

<sup>[107]</sup> 这一努力在女权主义法律理论中尤为显著。See, e.g., S. BENHABIB, *CRITIQUE, NORM, AND UTOPIA* 348 (1986) (“我们自我的视角只能通过与他人的互动共同体来展现”)；Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 上注第 29 条, 第 7、9–12 页 (重新定义个人自主性，结合“社会关系的建构性与自我决定价值”)；Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1904–06 (1987) (人格既包括与物质、社会背景的关系，也包括与其分离)；Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 YALE L.J. 1539, 1548–51 (1988)；以及 R. UNGER, *KNOWLEDGE & POLITICS* (1975)。

<sup>[108]</sup> Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 上注第 29 条, 第 11、17 页。

## 结论

历史理论能够为“现代政治理论与辩论提供丰富的洞见、提醒与论据储备。”<sup>[109]</sup>财产概念的持续神话性重要性，作为一种思想遗产、政治理论、共同理解以及我们宪政秩序中的核心，使得重拾财产的历史性理解具有特别重要的意义。

当代对财产绝对路径的坚持——即将财产界定为代表并保护个人自主领域的东西——导致了两难：一方面是智识上前后矛盾、支离破碎的概念；另一方面则是将个人利益置于集体利益之上的推崇。

---

<sup>[109]</sup> J. WALDRON, 上注第 70 条, 第 136 页。

# 消费管辖：国际经济法中的生产与消费<sup>\*</sup>

蒂莫西·迈耶 著；唐轩林 译<sup>\*\*</sup>

**摘要：**过去十年间，国际经济冲突急剧增加。仅举几例：欧盟禁止进口产于遭砍伐林地的商品，并准备对碳密集型（carbon intensive）进口产品征收关税；美国禁止进口使用“强迫劳动”生产的中国产品；<sup>[1]</sup>世界各国威胁对美国公司征收数字服务税，从而促成在各区间分配所得税收入的新多边协议。本文认为，这些冲突体现了税收与国际贸易中监管权力规范的转变。国际经济法各领域对国家征税和监管国际贸易的权限边界存在不同界定，而笔者认为，在国际贸易法、国际税法与国际反垄断法等看似迥异的法律原则背后，实则存在一套跨领域的核心准则。二十世纪期间，国际法的管辖权限制始终基于这样一个核心理念：生产活动主要（且往往仅能）由生产国实施征税和监管（本文称之为“生产管辖”）。因此，当税收或监管措施涉及境外生产环节的具体情况时，国际法通常禁止消费国对进口商品和服务实施此类措施。与之相对，当今各国基于管控境内消费所能实现的自身利益，日益主张对境外生产活动实施征税与监管（即本文所称“消费管辖”）。本文作出三方面的研究贡献：首先，本文系统梳理国际反垄断法、国际税收与国际贸易领域正经历的从“生产管辖”向“消费管辖”的模式转变；其次，本文论证这种转变既不意味着全球化的终结，也不代表保护主义抬头，而是反映了各国对“国内政策如何塑造全球经济比较优势”这一命题的认知变化；最后，本文深入探讨了这一管辖模式转变所带来的法律与政策影响。

---

<sup>\*</sup> 原文参见 Timothy Meyer, *Consumption Governance: The Role of Production and Consumption in International Economic Law*, 49 BYU L. REV. 1063, 1063-1136 (2023).

<sup>\*\*</sup> 蒂莫西·迈耶 (Timothy Meyer)，杜克大学法学院理查德·艾伦/克拉瓦特国际商法讲席教授；唐轩林，清华大学。

<sup>[1]</sup> 译者注：有关“强迫劳动”的指控是美国政府对中国新疆地区提出的指责，该说法缺少事实依据，中国政府多次强调新疆各族群众的劳动是完全自愿的。作者就“强迫劳动”本身并未表态，仅以美国的进口限制作为一个案例。本文以下所有涉新疆案例实为作者对美国消费管辖模式的举例，且均不代表译者的立场。

## 目 录

引 言 .....	108
一、 迈向消费导向型经济秩序 .....	112
(一) 生产管辖权与消费管辖权之争 .....	113
(二) 生产管辖与消费管辖模式下的比较优势 .....	115
1. 生产管辖模式下的比较优势 .....	115
2. 消费增长与规则演变 .....	117
二、 演变中的规范体系 .....	121
(一) 国际贸易法领域 .....	121
1. 生产管辖权路径 .....	121
2. 消费管辖权路径 .....	126
(二) 国际税收 .....	131
1. 生产地征税原则 .....	132
2. 消费地征税原则 .....	135
(三) 竞争法 .....	138
1. 生产管辖模式 .....	139
2. 消费管辖模式 .....	140
三、 消费管辖对全球化的变革性影响 .....	143
(一) 推动监管标准的“竞优”趋势 .....	144
(二) 消费管辖的分配效应 .....	147

(三) 经济冲突的协调之道 .....	150
1.    短期来看国际机构难有作为 .....	151
2.    消费管辖的原则性限制 .....	155
四、    结语 .....	157

## 引言

全球经济冲突正愈演愈烈。特朗普政府曾通过关税，限制外国钢铁铝材及大部分中国产品进口<sup>[1]</sup>；欧盟则从生物燃料起步，逐步将禁令范围扩大至所有产于近期遭砍伐林地的商品，引起印尼、马来西亚等发展中国家的强烈抗议。<sup>[2]</sup>为抢占数字经济红利，多国陆续对谷歌、亚马逊和脸书等企业开始征收或准备征收数字服务税；<sup>[3]</sup>而这些企业的总部所在地美国立即反制，威胁对任何开征此类税种的国家实施贸易制裁。<sup>[4]</sup>就连当下的乌克兰战争也引发了重大经济争端：多国试图切断俄罗斯与全球金融贸易体系的联系。<sup>[5]</sup>这些冲突虽多发生在传统地缘政治对手之间，但亦不乏例外——例如在数字服务税问题上，美国就与其传统欧洲盟友针锋相对。

这些新型经济冲突看似形式各异，实则同根同源：国际法对于各国基于境外生产方式、对进口商品及服务实施征税与监管的权限限制，正在发生重大变化。二十世纪中大部分时期，一国的经济福祉取决于其生产能力，就像美国霸权地位来自其“民主国家兵工厂”（arsenal of democracy）的角色。<sup>[6]</sup>战后欧洲与日本的经济政策聚焦于以制造业重振饱受战火摧残的经济，同时也受到美国旨在降低全球贸易壁垒的外交政策的支持。<sup>[7]</sup>到了二十世纪后期，韩国、台湾等发展中国家和地区推行出口导向型增长策略，力图以发展制造业提升生产能力，从而跻身全球富裕经济体行列。<sup>[8]</sup>

---

<sup>[1]</sup> Ana Swanson, Trump’s Tariffs, Once Seen as Leverage, May Be Here to Stay, N.Y. TIMES (May 14, 2019), <http://www.nytimes.com/2019/05/14/us/politics/trump-tariffschina.html>.

<sup>[2]</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Concerning Deforestation-Free Products, COM (2021) 706 final (Nov. 17, 2021) (下称 Proposal for a Regulation on Deforestation-Free Products)，[https://ec.europa.eu/environment/publications/proposal-regulation-deforestation-freeproducts\\_en](https://ec.europa.eu/environment/publications/proposal-regulation-deforestation-freeproducts_en).

<sup>[3]</sup> Jim Tankersley, How Tech Taxes Became the World’s Hottest Economic Debate, N.Y. TIMES (Oct. 12, 2020), <http://www.nytimes.com/2020/01/23/business/tech-taxes-debate.htm>

<sup>[4]</sup> Thomas Kaplan, The U.S. Imposes—And Suspends—Tariffs on Six Countries Over Digital Taxes, N.Y. TIMES (June 2, 2021), <http://www.nytimes.com/2021/06/02/business/us-tariffs-digital-tax.html>.

<sup>[5]</sup> Fact Sheet: United States, G7 and EU Impose Severe and Immediate Costs on Russia, THE WHITE HOUSE (Apr. 6, 2022), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/04/06/fact-sheet-united-states-g7-and-eu-impose-severe-and-immediate-costs-on-russia>.

<sup>[6]</sup> President Franklin D. Roosevelt, Fireside Chat 16: On the ‘Arsenal of Democracy’ (Dec. 29, 1940), (文字稿载于弗吉尼亚大学米勒中心)

<sup>[7]</sup> See Thomas W. Zeiler, Managing Protectionism: American Trade Policy in the Early Cold War, 22 DIPLOMATIC HIST. 337, 354 – 56 (1998) (引述美国总统哈里·杜鲁门与国防部长詹姆斯·福莱斯特的论点，认为贸易自由化是赢得冷战的关键工具); see also Timothy Meyer & Ganesh Sitaraman, Trade and the Separation of Powers, 107 CALIF. L. REV. 583, 597 – 610 (2019) (强调冷战期间美国贸易法律与政策始终遵循外交事务的逻辑框架)。

<sup>[8]</sup> See, e.g., George Aseniero, South Korean and Taiwanese Development: The Transnational Context, 17 REVIEW 275 (1994) (论述韩国与台湾地区的工业化进程)。

在经济政策聚焦国内生产的时代，各国都极力维护其本土生产政策为出口商品和服务带来的竞争优势。为此，各国确立了一系列规则，限制他国基于境外生产方式对进口商品和服务征税和监管的权力。本文将此规范称为“生产管辖”（Production Jurisdiction）——该原则由国际经济法的种种学说确立。根据生产管辖原则，各国虽保留对进口商品和服务征税和监管的广泛权力，但通常不得对境外的生产方式实施此类措施。换言之，与生产方式相关的税收和监管必须存在属地生产关联（territorial link）——这正是进口国所不具备的要件。例如，美国最高法院曾拒绝将本国反垄断法适用于美国企业的反竞争合谋行为，只因该行为针对的是海外生产活动；<sup>[9]</sup>在国际贸易法的框架下，各国通常放弃了以本国市场准入为条件、限制外国产品生产方式的权利；<sup>[10]</sup>通过双边税收协定，各国也放弃了对无实体存在、但收入来源于其境内的非本土公司（non-resident companies）境内所得的征税权，即使相关收入确在其境内产生。<sup>[11]</sup>

这些规则根据国际经济法的不同领域，采用了不同的术语，又以不同形式确立：国际贸易中的多边条约（multilateral treaties in international trade）、国际税收中的双边条约（bilateral treaties in international tax）以及国际反垄断中的习惯国际法（customary international law in international antitrust）。但它们的核心原则是一致的：各国无权将外国企业遵守本国针对境外生产的税收和监管政策，作为市场准入的条件。这一原则是新自由主义国际法律秩序的核心支柱，却在很长一段时间内未得到充分重视。而正是这套法律框架，主导了整个二十世纪的全球经济格局。通过赋予生产国对全球贸易商品服务生产的专属征税权、监管权以及对国际商业收入的专属征税权，世界各国得以运用国内生产政策展开竞争并吸引企业。由此带来生产成本下降，继而推动了经济增长，并确保消费者价格持续走低。

但自二十世纪末以来，各国开始放弃以生产属地关联（territorial nexus with production）为基础的管辖权限制。如今，各国普遍主张：只要存在对境外商品和服务的消费行为，就足以构成对进口商品服务生产方式实施税收和监管的管辖依据。本文称这一管辖规范为“消费管辖”（Consumption Jurisdiction）。反垄断法可谓这一转变的风向标——二十世纪中期，美国采用“效

<sup>[9]</sup> American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909).

<sup>[10]</sup> 参见专家组报告（Panel Report），United States—Restrictions on Imports of Tuna, WTO Doc. DS21/R-39S/155 (Sept. 3, 1991) [下称 Tuna-Dolphin Panel Report]（未获通过）（裁定美国以金枪鱼捕捞方式是否符合海豚安全标准作为市场准入条件的行为违反贸易规则）。

<sup>[11]</sup> Rebecca M. Kysar, *Unraveling the Tax Treaty*, 104 MINN. L. REV. 1755 (2020) (讨论了税收条款); Steven A. Dean, *A Constitutional Moment in Cross-Border Taxation*, 1 J. ON FIN. FOR DEV. 1 (2021) (将双边税收协定描述为国际税收宪法的“权利法案”)

果原则”（*effects test*），只要海外反竞争行为对美国境内（主要是消费者）产生实质影响，便可实施监管。<sup>[12]</sup>该原则后被多国采纳。<sup>[13]</sup>近年来，各国重新协商了国际税收规则，特别是针对谷歌、脸书等数字服务提供商的征税规则。新规则规定，只要收入源自本国管辖范围内的消费者，无论相关服务在何处生产，所在国均可对该收入征税。<sup>[14]</sup>在国际贸易领域，以欧盟为首的国家已开始实施限制碳密集型产品进口的措施。<sup>[15]</sup>推动这一管辖模式转变的深层动因在于，各国日益倾向于利用国际经济法来实现各类公共政策目标，这些目标与“生产管辖”所鼓励的“生产优先”政策已不相容。

本文的研究贡献主要体现为三个方面：第一部分将更精确地界定“生产管权”与“消费管辖”的概念，并阐述本文的核心理论主张：二十世纪初期，各国在分配管辖权时，主要以提高生产效率为目标。国际法通过禁止进口国基于境外生产方式对进口商品和服务征税或实施监管，使各国能够运用公共政策来培育或强化其在特定商品或服务生产领域的比较优势。<sup>[16]</sup>易言之，国内生产政策当时被视为国家比较优势的组成部分。

随着“消费管辖”模式的确立，国内生产政策不再被视为国家比较优势的组成部分。从法律层面看，消费商品服务的国家（而这些消费行为同时为外国公司创造了收入）有权对相关商品、服务或收入（当商品、服务或收入接收方位于其境内时）的境外生产方式征税和监管，而无需考虑生产国选择的生产政策。从实践层面看，消费管辖权使各国能够利用其消费行为产生的杠杆效应，来影响境外商品、服务或收入的生产方式。欧盟关于“零毁林”产品的法规就是典型例证。<sup>[17]</sup>该法规禁止在欧盟市场销售 2020 年 12 月 31 日后产于遭砍伐林地产品，<sup>[18]</sup>旨在减少因欧盟消费导致的全球范围内破坏森林的现象。<sup>[19]</sup>但欧盟既与这些生产活动不存在属地关

<sup>[12]</sup> See United States v. Aluminum Co. of Am.,

<sup>[13]</sup> 参见下文第二部分第（三）节

<sup>[14]</sup> Organization for Economic Cooperation and Development [OECD]（经济合作与发展组织，经合组织），Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (Oct. 8, 2021) [下称双支柱方案， Two-PillarSolution], <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-addressthe-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm>.

<sup>[15]</sup> Ewa Krukowska & John Ainger, How Europe Will Tax CO2 Emissions Beyond Its Borders, WASH. POST (Oct. 2, 2023), [https://www.washingtonpost.com/business/energy/2023/10/02/how-eu-s-carbonborder-adjustment-mechanism-works-and-what-the-critics-say/2c0db842-6102-11ee-b406-3ea724995806\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/business/energy/2023/10/02/how-eu-s-carbonborder-adjustment-mechanism-works-and-what-the-critics-say/2c0db842-6102-11ee-b406-3ea724995806_story.html)

<sup>[16]</sup> 关于比较优势理论的基本阐述，参见 JOOST H.B. PAUWELYN, ANDREW T. GUZMAN & JENNIFER A. HILLMAN, INTERNATIONAL TRADE LAW 12 – 16 (3rd ed. 2016).

<sup>[17]</sup> Proposal for a Regulation on Deforestation-Free Products,同前注 2.

<sup>[18]</sup> 同上，第 2 条第 8 款、第 3 条。

<sup>[19]</sup> An EU Legal Framework to Halt and Reverse Deforestation, EUR. PAR. DOC. PE

联，<sup>[20]</sup>破坏森林的行为也未对欧盟造成直接影响。<sup>[21]</sup>实际上，欧盟正基于其消费行为产生的全球性影响来主张管辖权。

“消费管辖”模式的兴起，实际上反映了各国政策目标的多元化发展。这种新型管辖权不仅服务于维护市场竞争力、保障国家税收等传统经济目标，而且将环境保护、社会公平等非经济目标纳入考量因素。如今，碳关税政策、抵制毁林产品、保护劳动者和中小企业权益等措施，正在成为各国政策工具箱中的重要选项。在此意义上，这种转变并非如某些批评者所言是对全球经济一体化的否定，而是全球化发展理念的自我更新与深化。<sup>[22]</sup>

本文第二部分将作出描述性的实证研究贡献。笔者将揭示：虽然国际贸易法、国际税法与反垄断法在界定国家管辖权边界时采用了不同的理论框架，但这些领域背后实则遵循着相通的根本原则，不过这些原则在近年来已经发生了深刻转变。<sup>[23]</sup>最初，这些法律领域都将主要或排他性的管辖权赋予生产所在国。但随着规则演变，消费国逐渐获得了基于生产国政策条件实施征税、监管或市场准入限制的权利。这一逻辑若推到极致，对某商品或服务的消费行为本身，就足以构成一国对全球任何地方的生产活动实施税收或监管要求的管辖依据。这种转变确为全球经济治理中权力分配格局的重大变革。

第三部分深入分析“消费管辖”模式转向的多重影响，主要阐述以下三点：首先，与“生产管辖”导致税收与监管的“竞相逐底”(a race to the bottom)不同，“消费管辖”通过扩大各国对生产活动的并行征税与监管权限，促使生产者遵守主要出口市场的高标准，从而形成“竞相提升”(a race to the top)。具体表现为：各国可自行要求企业符合本国标准作为市场准入条件，迫使跨国企业同时遵守多套监管体系。这种管辖权重叠有效降低了企业向低标准地区转移生产的动机。

---

658.207, at 5 (Nov. 2020) (ENVI Webinar Briefing). 根据欧盟报告显示，欧盟消费了全球热带森林“毁林相关产品”的约 10%，而欧盟公民平均饮食碳足迹的六分之一可追溯至热带国家的毁林活动。同前引第 3 页。

<sup>[20]</sup> 森林破坏对欧盟确实会产生间接影响。例如，其对气候变化的加剧和生物多样性的丧失等影响，均为全球共同面临的后果。

<sup>[21]</sup> See Sonia E. Rolland, *Are Consumer-Oriented Rules the New Frontier of Trade Liberalization?*, 55 HARV. INT'L L.J. 361 (2014) (探讨消费者保护规则与国际贸易法的互动关系)。

<sup>[22]</sup> 有学者在其他研究语境中指出，近年来管辖国际贸易与投资的国内单边法律使用增多，与其说根本性挑战了全球经济秩序，不如说预示着全球化规则定义方式和场域（国际层面或国内层面）的转变。参见 Georgios Dimitropoulos, *The Right to Hospitality in International Economic Law: Domestic Investment Laws and the Right to Invest*, 22 WORLD TRADE REV. 90 (2023); Julien Chaisse & Georgios Dimitropoulos, *Domestic Investment Laws and International Economic Law in the Liberal International Order*, 22 WORLD TRADE REV. 1 (2023).

<sup>[23]</sup> 这些理论学说分别采用不同法律领域的专业术语：国际贸易法中的“边境调节”(border adjustability)、国际税法中的“来源地”与“居民地”原则，以及一般国际公法（借鉴反垄断法）中的“属地性”与“效果”原则。具体分析见下文第二部分。

换言之，基于消费管辖权的全球化模式能够避免传统生产导向模式下的税收与监管恶性竞争。其次，这种“竞相提升”可能对小型和发展中经济体造成负面分配效应。主要消费大国应当重视这些影响并采取补偿措施。

最后，为减少国际经济冲突，各国或需对消费管辖权设定合理限制。但现有国际机构难以促成此类限制：世界贸易组织（WTO）等高度建制化的机构难以适应消费管辖权转型，而制度化程度较低的国际税收与竞争法领域反而调整得更为顺利。这一现象与国际关系理论的预期相反，该理论通常认为国际机构能降低谈判成本、化解国家间冲突，所以真正原因在于，虽然制度安排能增强国家义务的可信度，但也提高了规则重构的难度。因此，成熟国际机构虽善于调解常规冲突，却难以应对消费管辖权这类根本性规范变革。作为替代方案，各国可发展“比例原则”（principle of proportionality），为消费管辖权的行使设定总体限制框架。

## 一、迈向消费导向型经济秩序

冷战结束以来，国际经济法领域最深刻的变革之一是向消费管辖模式的转变。这一转变既源于全球化，对上世纪 90 年代以来被视为常态的经济相互依存关系形成巨大冲击。其中最典型的现象常被诟病为对近几十年繁荣局面的威胁：国家权力在多个经济领域的规范体系摇摇欲坠，国际经济冲突随之激。在贸易领域，边境税收调节机制更被直斥为贸易保护主义工具。<sup>[24]</sup>在税收与反垄断领域，许多学者批评这种向消费管辖模式的转变，认为其本质是一种有害的、极强的单边主义。<sup>[25]</sup>而另一派观点则指出，这些变化标志着新自由主义时代的终结，而该时代的特点正是将国内外市场自由化和放松管制作为首要政策导向。<sup>[26]</sup>

---

<sup>[24]</sup> 参见，例如， Shutting Pomerleau, Be Wary of Protectionism When Addressing Climate Change in Trade, NISKANEN CTR. (Feb. 24, 2022), <https://www.niskanencenter.org/be-wary-of-protectionism-when-addressing-climate-change-in-trade>.

<sup>[25]</sup> 参见，例如， Mac Kerwin P. Visda, The Danger of Unilateral Digital Services Tax, BUS. WORLD (Mar. 10, 2021, 7:28 PM),<https://www.bworldonline.com/economy/2021/03/10/349544/the-danger-of-unilateraldigital-services-tax>.

<sup>[26]</sup> 参见：Peter Enderwick & Peter Buckley, Rising Regionalization: Will the PostCOVID-19 World See a Retreat from Globalization?, 27 TRANSNAT’ L CORPS. 99 (2020); Rohinton P. Medhora, Is Globalization in Reverse?, CTR. FOR INT’ L GOVERNANCE INNOVATION (Feb. 9, 2017), <https://www.cigionline.org/articles/globalization-reverse>; Jeremy Lent, Coronavirus Spells the End of the Neoliberal Era. What’s Next?, OPEN DEMOCRACY (Apr. 12, 2020, 6:20 PM), <https://www.opendemocracy.net/en/transformation/coronavirus-spells-the-end-of-theneoliberal-era-whats-next>; George Eaton, Is the Neoliberal Era Finally Over?, NEW STATESMAN (June 16, 2021), <https://www.newstatesman.com/business/economics/2021/06/neoliberal-erafinally-over>.

双方虽得出截然相反的结论，却均建立在相似的错误前提上，误认为消费管辖本质上与二十世纪形成的全球经济一体化格局是相互对立的。传统的生产管辖模式是自我限制的，允许各国将国内政策转化为全球经济关系中的比较优势。但随着经济依存度加深，消费国必将推行税收与监管政策，以抵消生产国通过国内政策获得的比较优势。这些措施的出台，实则来自全球化自身催生的政治经济动力。此类变革并非威胁全球化进程本身，而只是重新界定全球市场的边界，以回应二十一世纪的新诉求。

本文第一节第（一）部分将首先对“生产管辖权”与“消费管辖权”概念进行精确界定，在此基础上，第（二）部分将深入分析从前者向后者的管辖权转变，及其重塑国内政策对全球经济关系的影响路径。

### （一）生产管辖权与消费管辖权之争

各国对产品和服务征税及实施监管本是常态，在国际法框架下亦无争议。根据国际法原则，当个人、实体、产品或服务位于一国领土范围内时，该国即享有制定相关行为规范的绝对权力。

<sup>[27]</sup>具体而言，各国通常会对境内生产活动征税并实施监管。例如，增值税（value-added tax, VAT）制度要求生产者就产品增值部分缴纳相应税款。<sup>[28]</sup>此外，从最低工资和最长工时立法，到环保标准与行业准入许可制度等一系列监管措施，都在规范特定领土范围内的商品及服务生产活动。

各国对境内商品和服务的消费行为同样享有征税和监管权。例如，一国可对不健康产品征收销售税，或对本国居民收入课税；也可要求产品必须符合特定标准（如汽车燃油效率标准）。索尼娅·罗兰（Sonia Rolland）将这类法规称为“消费端措施”。<sup>[29]</sup>但需明确，此类征税或监管权的法理基础并非源于消费行为本身，而是基于国家对领土内一切活动、人员及物品的完全管辖权。<sup>[30]</sup>消费行为与生产活动一样，均因发生在某国领土范围内而自动受该国法律管辖。

<sup>[27]</sup> RESTATEMENT (FOURTH) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 408 (AM. LAW INST. 2018).

<sup>[28]</sup> See generally ALAN SCHENK, VICTOR THURONYI & WEI CUI, VALUE ADDED TAX: A COMPARATIVE APPROACH (Peter Harris ed., 2d ed. 2015).

<sup>[29]</sup> Rolland, 前注 22, 第 363 页。

<sup>[30]</sup> RESTATEMENT (FOURTH) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 408 (AM. LAW INST. 2018).

本文聚焦于这类更复杂的情况：一国试图以境外发生的行为作为征税或监管依据。例如，某国政府可能根据产品在海外生产的成本来征税，<sup>[31]</sup>或仅允许符合本国生产法规的外国产品进入其市场。<sup>[32]</sup>这类措施存在根本问题：生产国原本允许或低税率认可的商业活动，却被进口国额外征税或监管。例如，美国可能以中国工厂的劳动条件为由，禁止相关中国产品在美销售；<sup>[33]</sup>欧盟也可能因产品在美国生产时的碳排放量，对这些产品加征关税。<sup>[34]</sup>

对于此类措施，学界主要存在两种观点。第一种观点认为，这些措施违反国际法而无效。传统理论将其定性为“域外”(extraterritorial) 管辖，因为它们试图征税或监管的行为——即产品或服务的生产过程——并不发生在监管国的领土范围内。<sup>[35]</sup>根据纯粹的生产管辖 (Production Jurisdiction) 理论，只有生产行为发生地所在的国家，才有权基于产品的生产方式或特征对该产品或服务进行征税或监管。因此，从生产管辖的理论来看，这些措施不具有法律正当性。

需要明确的是，“生产管辖”理论并非禁止商品或服务的进口国实施征税或监管。这些国家当然可以行使相关权力，但不得将境外生产中的因素（如生产成本、外国环保法规或外籍工人薪资等）作为征税或监管条件。根据该理论，唯有生产国才有权基于生产特性实施税收或监管措施，且生产国对相关生产所得享有优先管辖权。

第二种观点是“消费管辖”理论，即一国可对在其境内消费使用的商品或服务的生产过程实施征税或监管。该理论既可基于对本国消费者的特定影响（传统的“效果管辖”原则），但其内涵更为宽泛。根据效果管辖原则，监管国需要证明对境内消费者产生实际影响，才能建立管辖关联 (jurisdiction nexus)；而消费管辖权则仅需存在消费行为本身，无需额外证明效果或领土连接关系。这一理论为各国主张管制境外生产行为提供了支持——只要这些生产行为最终服务于本国市场的消费活动。<sup>[36]</sup>因此，消费管辖权既可（但非必须）以可证明的消费者损害为依据，

<sup>[31]</sup> J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States, 276 U.S. 394 (1928) 判决支持此类立法在不授权原则[nondelegation doctrine]挑战下的合宪性）。

<sup>[32]</sup> Marine Mammal Protection Act of 1972 § 101(a)(2), 16 U.S.C. § 1371 (要求对以比美国渔船根据国内法捕捞对海洋哺乳动物构成更高风险的方式捕捞的外国鱼类实施禁运)

<sup>[33]</sup> Uyghur Forced Labor Prevention Act of 2021, Pub. L. No. 117-78, 135 Stat. 1525.

<sup>[34]</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, COM (2021) 564 final (July 14, 2021).

<sup>[35]</sup> 参见 Hannah L. Buxbaum, *The Practice(s) of Extraterritoriality, in EXTRATERRITORIALITY/L' EXTRATERRITORIALITÉ 3* (Hannah L. Buxbaum & Thibaut Fleury Graff eds., 2022)

<sup>[36]</sup> 参见 Nico Krisch, *Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance*, 33 EUR. J. INT' L L. 481 (2022) (指出，看似稳定的管辖权法律已从一种横向关系体系转变为一种等级化的全球治理形式。)

其根本法理在于：各国可凭借其在全球经济中的地位，推动或捍卫本国政策目标，而无需受这些目标的领土属性限制。

## （二）生产管辖与消费管辖模式下的比较优势

生产管辖理论允许各国通过对生产环节实施税收与监管政策，以塑造本国在全球经济中的比较优势。相比之下，消费管辖理论则使一国能够抵消外国政府政策在构建比较优势方面的作用。若各国希望利用国际经济法实现超越单纯经济增长与低价的一系列政策目标，向消费管辖模式的转变就成为必然选择。

### 1. 生产管辖模式下的比较优势

生产管辖模式的核心优势在于，它允许各国通过自主制定国内生产政策来获取全球市场准入红利。<sup>[37]</sup>将首要的管辖权赋予生产国，能够确保生产活动由从中获益最大的国家进行监管。这一制度安排使生产国在国际经济体系中获得最大回报——不仅体现为监管权，更重要的是对生产利润的征税权。因此，私营生产商与其所在国政府存在共同利益：通过建立有利于海外销售型国内生产商的法律框架，能提升特定商品或服务的生产比较优势。这种制度设计最终有双重表现：对本国生产商实施友好政策，同时对海外生产活动采取最低限度的税收与监管。

大卫·李嘉图于 1817 年开创了比较优势理论。<sup>[38]</sup>该理论认为，在没有贸易壁垒的情况下，各国将专注于生产其最具优势的商品和服务，并通过贸易获取其他所需。这种专业化分工将降低生产成本、提高效率，最终使消费者享受到更低的价格。

然而，比较优势理论本身不能充分解释一国在特定商品或服务领域形成比较优势的根本原因。某些情况下，这种优势可能源于自然资源禀赋或廉价劳动力供给；<sup>[39]</sup>而在另一些情况下，相对低廉的生产成本可能来自粗放的环境监管，或是低至无法满足政府财政支出的税率政策。<sup>[40]</sup>在后一种情形中，生产管辖模式将降低生产成本的政府政策转化为了国家比较优势的组成部

<sup>[37]</sup> 在此意义上，生产管辖权（Production Jurisdiction）是二十世纪新自由主义经济监管范式的关键组成部分，该范式以减少政府对市场的干预为核心特征。参见，例如：DAVID HARVEY, A BRIEF HISTORY OF NEOLIBERALISM 3 (2007)（将新自由主义定义为一种信条，认为“市场交换‘本身即是一种道德准则’，能够指导所有人类行为”）（引自 Paul Treanor, Neoliberalism: Origins, Theory, Definitions (Dec. 2, 2005), <http://web.inter.nl.net/users/Paul.Treanor/neoliberalism.html>）。

<sup>[38]</sup> DAVID RICARDO, ON THE PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY AND TAXATION (3d ed. 1821).

<sup>[39]</sup> 参见，例如：Jon Harkness, Factor Abundance and Comparative Advantage, 68 AM. ECON. REV. 784 (1978)

<sup>[40]</sup> 参见，例如，E. Wesley F. Peterson & Siva Rama Krishna Valluru, Agricultural Comparative Advantage and Government Policy Interventions, 51 J. AGRIC. ECON. 371 (2000)

分。在该管辖权体系下，消费国既无权对进口商品或服务的生产条件征税或监管，亦无权干预他国的劳动力供给或自然资源开发。因此，生产管辖模式实质上允许各国将公共政策作为塑造特定经济领域比较优势的战略工具。

当经济增长成为全球化的核心诉求时（正如 19 世纪末至 20 世纪的情况），生产管辖模式就有其合理性。本文第二部分将详述，发达国家采用生产管辖模式的行为，是特定历史阶段的产物。工业革命使欧美成为世界主要制造业中心，特别是在 1950 年代，美国明确将全球化（特别是消除贸易壁垒）视为促进经济增长的手段。<sup>[41]</sup>从经济上重建欧洲和日本不仅关乎这些国家自身利益，更是防止其倒向苏联阵营的冷战战略需要。<sup>[42]</sup>通过将国内税收与监管政策纳入国家比较优势范畴，消费者也得以享受更廉价的商品与服务。与此同时，国际税收协定体系通过将征税权主要赋予生产国，有效降低了跨国公司面临的税负压力。

生产管辖模式以限制生产活动面临的税收与监管负担的方式，实现了促进经济增长和降低消费价格的双重目标。在这一体系下，唯有生产国才拥有对生产过程及其衍生收入的征税权与监管权。若生产企业能说服本国政府放弃征税或监管，则可完全规避相关税费与规制。<sup>[43]</sup>

因此，生产管辖模式与新自由主义所主张的全球减税降规的理念高度契合。<sup>[44]</sup>在一个商品、服务与资本流动壁垒不断降低的世界中，企业得以通过选择生产基地来使其在全球经济的优势最大化。各国纷纷调整政策以吸引投资，从贸易协定中的劳工与环境标准，<sup>[45]</sup>到针对制药与数字服务提供商的税收政策。<sup>[46]</sup>这种管辖模式的竞争持续压低着全球生产活动所适用的税收与监管标准。

当前，发展中国家仍在推行依托“生产管辖”（即限制外国对生产活动的征税与监管作为市场准入条件）与低贸易及资本流动壁垒相结合的政策体系。以中国、印尼、马来西亚和巴西等国的发展战略为典型，通过压低国内自然资源成本、同时抬高国际价格的政策组合已成为其中

---

(分析了环境和农业政策作为一个国家农业的比较优势的组成部分)

<sup>[41]</sup> Meyer & Sitaraman, *supra* note 7, at 585 – 86

<sup>[42]</sup> 同上，第 602 页。

<sup>[43]</sup> 同样的运作思路也曾见于 19 世纪末至 20 世纪初的美国，只不过当时的争议焦点在于：联邦政府是否有权基于某州境内的生产标准来限制其进入国际市场。参见 *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918)。

<sup>[44]</sup> John Williamson, *Lowest Common Denominator or Neoliberal Manifesto? The Polemics of the Washington Consensus*, in *CHALLENGING THE ORTHODOXIES* 13, 14 – 15 (Richard M. Auty & John Toye eds., 1996) (列举了被称为“华盛顿共识”的政策方案)。

<sup>[45]</sup> North American Agreement on Environmental Cooperation, Sept. 8 – 14, 1993, 32 I.L.M. 1480; North American Agreement on Labor Cooperation, Sept. 14, 1993, 32 I.L.M. 1499

<sup>[46]</sup> Two-Pillar Solution, 同前注 15。

的重要组成部分。<sup>[47]</sup>同样，低廉劳动力成本长期被视为开放市场的核心优势，发展中国家常常以抑制工会组织等政策手段来维持这一优势。<sup>[48]</sup>

尽管这种税收与监管竞争已广为人知，但其背后的法律支撑架构及逆转该体系的法律障碍却鲜有人知。各国政府不仅制定了促进商品、服务和资本自由流动的规则，更通过第二部分将阐述的特定法律原则进行自我约束，以防止过度竞争。因此，生产管辖权的核心特征在于：它致力于让各国接入全球一体化经济的过程基本不受生产地点、生产条件或生产政策等因素的限制。

## 2. 消费增长与规则演变

在贸易和资本流动壁垒较低的世界中，各国消费越来越多的外国商品和服务，反而使得生产管辖模式不稳定。经济上相互依赖的关系使得各国对生产活动的排他性或优先管辖权主张难以为继。<sup>[49]</sup>一国的低税收和监管标准可能破坏其他国家国内社会政策的实施效果。比如，若欧盟消费者购买无碳税国家生产的进口产品，欧盟征收碳排放税对缓解气候变化的实际效果将大打折扣。<sup>[50]</sup>当企业外迁导致国家税基受到侵蚀时，该国政府实施基本社会政策的能力也将面临威胁。<sup>[51]</sup>唯有对境内消费的海外生产活动征税和监管，各国才能确保本国消费行为不损害国家政策目标。换言之，消费管辖模式的核心根基在于，公共政策不应在国际层面成为塑造生产者比较优势的主要工具。

向消费管辖权的转变，产生于发达民主国家的国内政治运动。这些运动推动了新税收与监管措施的实施，以影响外国生产为目的，其动机主要包括对气候变化、侵犯人权和劳工权利等全球问题日益增长的关注、20世纪70年代贸易体系转向削减“非关税壁垒”的趋势（许多人视

<sup>[47]</sup> 这些政策进而引发了通过单边政策或是在世贸组织框架内一系列相应的反制措施。 See Appellate Body Report, China—Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, WTO Doc. WT/DS431/AB/R (Aug. 7, 2014); Appellate Body Report, European Union—Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina, WTO Doc. WT/DS473/AB/R (Oct. 6, 2016); Panel Report, European Union—Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Indonesia, WTO Doc. WT/DS480/R (Jan. 25, 2018).

<sup>[48]</sup> 参见 Desiree LeClercq, *The Disparate Treatment of Rights in U.S. Trade*, 90 FORDHAM L. REV. 1, 24 – 26 (2021).

<sup>[49]</sup> 参见 Gregory Shaffer, *Retooling Trade Agreements for Social Inclusion*, 2019 U. ILL. L. REV. 1 (2019). 类似的难题在联邦制体系下同样存在。以美国宪法中的“商业条款”适用范围之争为例，相关争议往往也呈现出相似的演变轨迹：从主张各州有权自主制定生产政策而不受市场准入限制的理论，逐步转向承认外州消费者对该州生产政策享有合法权益的观点。参见 *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

<sup>[50]</sup> 参见 Krukowska & Ainger, 前注 16.

<sup>[51]</sup> Jared Bernstein, *Protecting the Tax Base: Why It’s Important to Block Tax Inversions*, WASH. POST (Nov. 19, 2015, 2:51 PM) <https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2015/11/19/protecting-the-taxbase-why-its-important-to-block-tax-inversions>.

之为国际放松管制的代名词)。<sup>[52]</sup>此外，外国商品和服务消费的增长可能催生新的国内政治联盟。

<sup>[53]</sup>出口商曾为促使海外市场降低壁垒，主导了维持本国贸易与资本流动的低壁垒政策。<sup>[54]</sup>然而，进口增长可能促成两类群体的政治联盟：一类是寻求抵御海外竞争的国内生产商，另一类是反对海外生产标准（如破坏环境或剥削弱势群体）的公共利益团体。<sup>[55]</sup>生产管辖模式主导的全球化带来了海外消费激增，进而动员了这两股力量。因此，消费国政府（尤其是大型发达国家）更可能制定基于消费管辖权的政策。

例如，在禁止进口俄罗斯能源和对俄罗斯能源领域进行对外投资时，拜登政府试图确保“美国公司和美国投资者不会为弗拉基米尔·普京在俄罗斯扩大能源生产的行为提供资金支持”。

<sup>[56]</sup>2021年，美国国会通过立法，禁止从中国新疆地区进口商品，缘由在于相关产品可能涉及对维吾尔族穆斯林少数群体的强迫劳动。在该法案获得通过之际，作为主要提案人之一的杰夫·默克利（Jeff Merkley）参议员指出：“促成本法案的最终通过并使之生效，是为了确保美国消费者与企业在采购商品时不会无意中参与中国严重侵害人权的行为。”<sup>[57]</sup>

这些政策在以生产为基础的管辖体系中受到强烈抵制，因为它们公然侵犯其他国家的生产政策。<sup>[58]</sup>然而正是生产国成功运用政府政策增强其比较优势的做法，促使消费国不得不作出回

---

<sup>[52]</sup> 参见，例如 U.N. CONF. ON TRADE AND DEV., NON-TARIFF MEASURES TO TRADE: ECONOMIC AND POLICY ISSUES FOR DEVELOPING COUNTRIES 37, 69 – 70 (2013) (将消除非关税壁垒的努力视为放松管制)。

<sup>[53]</sup> 参见 Timothy Meyer, The Political Economy of WTO Exceptions, 99 WASH. U. L. REV. 1299 (2022) (describing the process of these coalitions forming in response to international legal rules as “channeling” )

<sup>[54]</sup> Joost Pauwelyn, New Trade Politics for the 21st Century, 11 J. INT’L ECON. L. 559, 560 (2008)

<sup>[55]</sup> 此类国内生产商与消费者团体结盟的案例比比皆是。例如，美国曾试图禁止采用危害海豚、海龟等海洋生物捕捞方式所获的海产品进入市场。此举既推动了环保事业，又使美国渔船免受外国竞争冲击。类似地，欧洲将森林破坏地区生产的生物柴油拒之门外，既保护了本土生物柴油生产商，又确保消费者不会通过购买行为助长森林砍伐。

<sup>[56]</sup> Fact Sheet: United States Bans Imports of Russian Oil, Liquefied Natural Gas, and Coal, THE WHITE HOUSE (Mar. 8, 2022), <https://www.whitehouse.gov/briefingroom/statements-releases/2022/03/08/fact-sheet-united-states-bans-imports-of-russian-oil-liquefied-natural-gas-and-coal>

<sup>[57]</sup> Catie Edmondson, Congress Passes Ban on Goods from China’s Xinjiang Region over Forced Labor Concerns, N.Y. TIMES (Dec. 16, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/12/16/us/politics/congress-uyghur-forced-labor.html>. (译者注：此处引用不代表作者和译者的立场)。

<sup>[58]</sup> 参见 Steve Charnovitz, The Law of Environmental “PPMs” in the WTO: Debunking the Myth of Illegality, 27 YALE J. INT’L L. 59, 62 (2002) (“这场争议……实则关乎具有外向型目的的贸易措施的运用。”)

应。低贸易壁垒与资本流动性相结合，再加上生产管辖制度，导致消费国既无法选择支持哪些经济活动，甚至难以在本国实施税收和监管政策。<sup>[59]</sup>

值得注意的是，消费管辖模式并不仅仅是“效果管辖”（effects jurisdiction）（即一国可对境外产生本国领土内影响的活动实施监管）的范畴。虽然基于消费管辖权的政策通常聚焦于低生产标准对消费国的影响，但其法理依据并不局限于此。在扩展适用时，消费管辖权的法理基础在于一国消费行为产生的全球性影响，即域外效力。正如国家有权规范其公民在海外活动时的行为，消费管辖模式的核心理念是各国有权规制其国民海外经济行为产生的影响。由此，消费管辖权既与传统属人管辖权理念相通，又与属地管辖权或效果管辖原则存在理论关联。

消费管辖模式还意味着，全球经济中的出口商若想进入多个市场，则可能面临多重生产标准的约束。在生产管辖权体系下，此类复杂性本身常被视为应当最小化或消除的贸易壁垒。而各国转向消费管辖权的选择，实则表明其对全球税收与监管环境复杂性的容忍度正在提升。但这也可能引发各国推行相互竞争或冲突的政策，导致国际经济摩擦加剧。本文将在第三部分深入探讨这一新的矛盾。

尽管消费管辖模式会带来税收增加、监管强化和制度复杂化，但若将其归因于经济保护主义或逆全球化思潮，实属误解。与进口产品竞争的国内生产商固然常是消费管辖权政策最坚定的政治支持者，<sup>[60]</sup>但这种保护主义诉求历来是国家政治的常态。真正的变革在于，无论是从国内政治经济学视角，还是全球化的理论正当性维度来看，国际社会已摒弃在全球经济中应仅由（或主要由）生产国主导影响生产与监管政策的观念。

消费管辖模式的实质，是将消费国对生产标准的偏好置于首位，<sup>[61]</sup>同时让国家对经济的调控权优先于企业对税制与监管政策的选择权。在此意义上，向消费管辖模式的转型或许正是试图重建约翰·鲁吉（John Ruggie）所谓“嵌入式自由主义”（embedded liberalism）的平衡——即在构建开放经济与维护国家社会福利体系之间寻求折衷之策。<sup>[62]</sup>

<sup>[59]</sup> 参见 Shaffer, 同前注 50

<sup>[60]</sup> 消费管辖权（Consumption Jurisdiction）将允许各国在市场准入方面对外国生产商施加不同于本国生产商的条件。参见 Joshua Elliott, Ian Foster, Samuel Kortum, Todd Munson, Fernando Pérez Cervantes & David Weisbach, *Trade and Carbon Taxes*, 100 AM. ECON. REV. 465 (2010). 例如，印度数字服务税仅针对非居民企业征收，印度官员明确表示其征税对象为外国公司。见：U.S. TRADE REPRESENTATIVE, EXEC. OFF. OF THE PRESIDENT, *REPORT ON INDIA'S DIGITAL SERVICES TAX*, at 12 - 13 (Jan. 6, 2021)

<sup>[61]</sup> John Gerard Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, 36 INT'L ORG. 379 (1982)

<sup>[62]</sup> John Gerard Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, 36 INT'L ORG. 379 (1982).

诚然，这两个目标之间存在张力。以维护国家政策为由强化经济管控，可能会在边际上提高全球经济流动的壁垒。<sup>[63]</sup>但这并不需要改变那些促进开放经济的既有规则。反对高关税、歧视性监管和双重征税的法律保障措施，仍可与消费管辖模式并行不悖。故此，基于消费管辖权的世界秩序的保护主义色彩并不比生产管辖权主导的体系更浓。实际上，消费管辖模式确立了一项新规范：经济开放程度不应无条件凌驾于其他所有政策目标之上。

---

<sup>[63]</sup> 同上，第386页（探讨了“政府权力”与“市场机制”之间的平衡）。

## 二、 演变中的规范体系

本部分将追溯国际贸易法、税法与竞争法（反垄断法）三大领域中管辖权原则的发展历程。针对每个领域，笔者首先梳理二十世纪后期之前盛行的“基于生产地”（production-based）路径进而分析向“基于生产地”（consumption-based）模式的转向。通过系统论证，本文揭示出贯穿各领域的共同规范范式——这些原则最初限制国家管辖境外生产的权力（生产管辖时期），继而逐步扩张此类权力（消费管辖时期）。

### （一）国际贸易法领域

在国际贸易法领域，从生产地管辖模式向消费地管辖模式的演进轨迹最为清晰，同时也最具争议性。二战结束后，各国通过《关税与贸易总协定》（GATT）构建法律框架，旨在消除国际贸易中的税收与监管壁垒。GATT 的成功实践体现于三大核心条款：对进口关税（即税收）设定上限、<sup>[1]</sup>禁止其他形式的进口限制措施，<sup>[2]</sup>以及要求国内法给予进口产品不低于本国产品的待遇。<sup>[3]</sup>二十世纪九十年代之前，这些规则主要被用于阻止各国针对境外生产活动实施征税和监管。但 1995 年世界贸易组织（WTO）成立后，成员国与 WTO 争端解决机构开始对规则采取新的解释适用，允许各国将市场准入（即消费行为）与外国产品的生产方式相挂钩。这一转向最初体现于针对特定产品的管制措施，而今则发展为成员国主张有权基于境外生产标准实施全域性市场准入限制。相关国家明确宣称，此举旨在规制本国消费行为在其他国家产生的域外效应（extraterritorial effects）。因此，管辖权关联要素已不限于境外行为在消费国境内产生的有害影响，各国正借助对国际贸易规则的解释，确立其限制本国消费行为在域境外的负面效应的合法性。

#### 1. 生产管辖权路径

根据《关税与贸易总协定》（GATT）或世界贸易组织（WTO）的法律框架，税收与监管措施被划分为边境措施（适用于进口产品）和国内措施（适用于国内流通的所有产品）。<sup>[4]</sup>对于国

<sup>[1]</sup> General Agreement on Tariffs and Trade art. II, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A-22, 55 U.N.T.S. 194 [以下简称 GATT].

<sup>[2]</sup> 同上，第十一条（art XI）。

<sup>[3]</sup> 同上，第三条（art.III）。

<sup>[4]</sup> 参见，例如，Cory Adkins & David Singh Grewal, Two Views of International Trade in the Constitutional Order, 94 TEX. L. REV. 1495, 1524 (2016)（区分了关税和“边境后”措施[ behind the border measures]）

内措施，无论采取税收还是监管形式，均须遵循国民待遇标准（the principle of national treatment）。

<sup>[5]</sup> 尽管具体测试标准存在差异，但其核心规则都是进口产品享有的待遇不得低于同类国产产品。

<sup>[6]</sup> 换言之，GATT 或 WTO 规则允许各国自主决定对国内产品的征税与监管方式，只要这些措施以非歧视性的方式实施。<sup>[7]</sup>

相比之下，《关税与贸易总协定》（GATT）或 世界贸易组织（WTO）的相关法律对边境措施加以严格限制。《关税与贸易总协定》总体上禁止那些在边境限制进口的规定。《关税与贸易总协定》通常禁止在边境实施限制进口的法规。<sup>[8]</sup> 《关税与贸易总协定》允许征收关税，只要所征收的关税“不低于”（“no less favourable than that provided for in”）一国在其单独的关税限制表中所规定的标准。<sup>[9]</sup> 在过去七十五年的实践中，经过多轮关于降低关税的谈判，关税受到了显著限制，尤其是对于发达国家而言。

因此，一项措施被归类为边境措施（border measures）还是国内措施至关重要。国内措施只需做到平等地适用即可；而对于边境措施，若体现为监管的形式则被直接禁止，若体现为关税的形式，则受到严格限制。易言之，一项对进口产品和国内产品公平适用的措施，如果被视为国内措施，就是合法的；但如果被认定为边境措施，就很可能是非法的。例如，某个国家可能有一项法规，禁止进口某种特定类型的产品，比如以被认为会对海豚造成危险的方式捕捞的金枪鱼。<sup>[10]</sup> 如果对该产品的进口禁令被视为一项边境措施，那么即使该国对国内生产的同类产品也有类似的禁令，这项进口禁令仍违反了《关税与贸易总协定》（GATT）的规则。如果这项禁令被视为国内禁止销售对海豚有危害的金枪鱼的规定的一部分，那么只要它平等地适用于国内产品和进口产品，就符合《关税与贸易总协定》的规定。

从 1947 年《关税与贸易总协定》成立到 1995 年转型为世界贸易组织期间，针对境外生产的税收与监管措施均被视为边境措施，因而根据《关税与贸易总协定》几乎均属违法。用贸易

<sup>[5]</sup> GATT, 前注 65, 第三条

<sup>[6]</sup> GATT, 前注 65, 第三条第 2 款（税收）与第三条第 4 款（法规）；另参见 Appellate Body Report, European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, ¶ 99, WTO Doc. WT/DS135/AB/R (Mar. 12, 2001)（裁定第三条第 4 款下关于国内法规的“同类”产品范围，与第三条第 2 款下关于国内税收的“同类”产品范围具有相似性）

<sup>[7]</sup> Petros C. Mavroidis, THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE: A COMMENTARY 127 – 28 (2005).

<sup>[8]</sup> GATT, 前注 65, 第十一条第 1 款（“任何缔约国除征收税捐或其他费用以外，不得设立或维持配额、进出口许可证或其他措施以限制或禁止其他缔约国领土的产品的输入，无论此类措施通过配额、进出口许可证或其他方式实施……”）

<sup>[9]</sup> GATT, 前注 65, 第二条第 1 款第 a 项。

<sup>[10]</sup> See Tuna-Dolphin Panel Report, 同前注 11.

法的术语来说，针对生产环节的税收与监管不具有“边境可调节性”（border adjustable）。<sup>[11]</sup>因此，各国通常无权基于产品的生产过程特性，对本国市场消费的产品实施征税或监管。<sup>[12]</sup>当时的贸易法将生产环节的税收与监管权完全赋予产品生产国。

二十世纪《关税与贸易总协定》早期形成的“基于生产地原则”的国际共识，在美欧关于企业活动征税的争端中得到确认。<sup>[13]</sup>1967年欧洲一体化进程中，各国为实施协调“增值税”（VATs）政策采取重大措施，包括在边境实施增值税调节。<sup>[14]</sup>例如：法国对本国生产的产品征收增值税，出口至德国时予以退税；德国在进口环节征收本国增值税（与德国本土产品征税方式一致）。通过这种“边境调节”机制，增值税最终由产品消费国征收。

政策的困境在于，美国既未实行增值税制度，也未在联邦层面实施同样具备边境调节（border adjustable）功能的销售税。<sup>[15]</sup>联邦财政收入反而主要依赖所得税。与针对销售环节的增值税和销售税不同，所得税是根据生产者的营业收入征收的生产环节税种。这种税制差异导致：欧洲对美出口产品可退还其在欧洲缴纳的增值税，进入美国市场时却无需承担类似税负；而美国出

<sup>[11]</sup> 边境可调节性（border adjustability）是判定一项措施应视为国内措施（因而可能符合 GATT/WTO 规则）还是边境措施（因而可能违反相关规则）的核心概念。这一概念决定着 GATT/WTO 成员实施税收或监管的权限范围。但何种税收或监管具有边境可调节性？

GATT 缔约方最初于 1960-1970 年代在税收领域确立区分标准，后扩展适用于监管措施。其核心区分在于“间接税”与“直接税”。见：GATT Secretariat, Report by the Working Party on Border Tax Adjustments, WTO Doc. L/3464 (Nov. 20, 1970); CONG. RSCH. SERV., BORDER-ADJUSTED TAXES AND THE RULES OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: THE DISTINCTION BETWEEN DIRECT AND INDIRECT TAXES (PART I) (2017)。间接税（如销售税、增值税等针对产品本身的税收）具有边境可调节性，参见：Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1869 U.N.T.S. 154 [以下简称 SCM Agreement]（注：1968 年经合组织报告将符合边境调节条件的税种称为“消费税”，与“间接税”范畴近似。参见：OECD, REPORT ON TAX ADJUSTMENTS APPLIED TO EXPORT AND IMPORTS IN OECD MEMBER COUNTRIES (1968)）。

相比之下，直接税（如所得税、薪资税等针对生产环节的税收）则不可边境调节。参见：SCM Agreement, supra, at Annex 1. Direct taxes are not border adjustable. MICHAEL DALY, WTO, THE WTO AND DIRECT TAXATION, 9 (2005),

[https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/discussion\\_papers9\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/discussion_papers9_e.pdf)。典型的直接税包括所得税或工资税等。

间接税与直接税的区别将基于生产环节的管辖权原则植入了国际贸易法体系。各国可自由实施非歧视性税收或监管措施——只要征税对象是产于该国境内的产品本身；但若税收或监管措施针对的是位于他国的生产者（更准确地说，是生产活动），则很可能违反 GATT 规则。

<sup>[12]</sup> 参见，例如，Charnovitz, 前注 59。

<sup>[13]</sup> GATT Council Minutes of Meeting, 8, GATT Doc. C/M/46 (Apr. 5, 1968)（“自 GATT 边境调节条款起草以来，税收制度已发生重大变革，当今对其影响的认知应更为精微。”）；另见 ALICE PIRLOT, ENVIRONMENTAL BORDER TAX ADJUSTMENTS AND INTERNATIONAL TRADE LAW: FOSTERING ENVIRONMENTAL PROTECTION 21 (2017)。

<sup>[14]</sup> John H. Jackson, The Jurisprudence of International Trade: The DISC Case in GATT, 72 AM. J. INT'L L. 747, 750 (1978).

<sup>[15]</sup> 这一现状至今未改，仍造成部分美国政策制定者的忧虑。参见 Shawn Tully, It's Americans, Not Mexicans, Who Will Pay the Border Tax, FORTUNE (Feb. 27, 2017)。（讨论美国政界对“边境调节税”的支持）。

口产品因不存在联邦销售税无法获得出口退税，进入欧洲市场时却需全额缴纳增值税。美国当局担忧，这种不对称的税制安排将使本国生产商在国内外市场均处于竞争劣势。

对此，1971 年美国国会通过了一项立法，批准设立国内国际销售公司（Domestic International Sales Corporation，以下简称 DISC）。<sup>[16]</sup> 该立法规定，对于美国公司旗下 95% 收入来自出口业务的子公司，可对其 50% 的利润延迟缴纳所得税，<sup>[17]</sup> 从而使得美国出口商能够大幅减少他们就出口收入所缴纳的所得税。从美国的角度来看，批准国内国际销售公司（DISC）的立法让美国公司与欧洲公司处于平等的竞争地位：双方都享有出口免税的待遇。但从欧洲的角度来看，该法案非法地给予了美国公司的美国子公司相较于外国子公司的优惠待遇——如果外国子公司的收入回流到美国时需要缴纳所得税，而符合同等条件的美国子公司不仅能降低出口税负，还可将资金再投资于本土生产经营活动中。<sup>[18]</sup>

美国的战略伙伴强烈反对该制度安排。1972 年，欧洲经济共同体正式在《关税与贸易总协定》框架下提起了一项贸易争端。<sup>[19]</sup> 作为反击，美国则对荷兰、法国和比利时提起有关类似税收项目的争端。<sup>[20]</sup> 这些争端呈现的共同问题是，税收豁免是否构成了违规的出口补贴。<sup>[21]</sup> 而隐藏在争议背后的，正是促使美国出台 DISC 法案的根本问题：所涉税种究竟属于针对产品征收的增值税（因而可合法退税），还是针对生产环节征收的所得税（因而不得退税）？

专家组得出结论，认为国内国际销售公司（DISC）的措施及受质疑的欧洲税收措施均构成非法补贴，隐含了所得税属于生产税的判定。<sup>[22]</sup> 由于所得税是生产税，只能由生产国来征收。但生产国相应地负有以非歧视性方式征收其生产税的义务。减少美国公司的出口所得收入所应缴纳的税款，会不公平地破坏竞争环境。

<sup>[16]</sup> 参见：Revenue Act of 1971, Pub. L. No. 92-178, §§ 501 – 507, 85 Stat. 497, 535 – 53 (1971)

<sup>[17]</sup> 实际情况中，延期纳税金额往往大幅减少，因为美国国税局（IRS）采用的关联企业转移定价政策（intercompany transfer pricing policies），不允许国内国际销售公司（DISC）为税务目的将全部利润视为己有。参见：Jackson, 同前注 78, 第 752-753 页。

<sup>[18]</sup> 同上，第 751 页。

<sup>[19]</sup> 同上，第 761 页。

<sup>[20]</sup> 同上。

<sup>[21]</sup> 同上，第 764–765 页。

<sup>[22]</sup> Panel Report, United States Tax Legislation (DISC), WTO Doc. L/4422-23S/98 (1981 年 12 月 7 日通过); Jackson, 同前注 78, 第 767 页。

后续案例证实，基于生产的判定方法（production-based approach）同样适用于相关法规。这一挑战出现在那些根据产品的生产方式来对产品实施管理的法规情境中。<sup>[23]</sup>这一时期的核心案例就是所谓的“金枪鱼——海豚”（Tuna-Dolphin）争端。<sup>[24]</sup>

该贸易争端肇始于 1970 年代保护海豚、鲸类等海洋哺乳动物的措施。1972 年《美国海洋哺乳动物保护法》（The U.S. Marine Mammal Protection Act，MMPA）要求政府“禁止进口以商业捕捞技术捕获的鱼类及其制品——若该技术导致海洋哺乳动物意外死亡或重伤的数量超过美国标准”<sup>[25]</sup>。针对金枪鱼捕捞，该法案还有更具体的规定：在太平洋部分海域，海豚常与金枪鱼群伴游，渔民会采用“海豚围捕法”（即通过在海豚群下方布设大型围网“捕获下层金枪鱼”的作业方式）。<sup>[26]</sup>此法虽能高效捕捞，却屡屡造成海豚重伤或死亡。为遏制该行为，1990 年修订的 MMPA 明确规定，除非商务部长确认符合以下两项标准，否则禁止从太平洋相关海域进口黄鳍金枪鱼：

捕捞国政府实施的海洋哺乳动物保护监管计划与美国标准相当，且……捕捞国  
船只意外捕获海洋哺乳动物的概率与美国船只平均水平相当。<sup>[27]</sup>

这一措施的进口管制依据与生产过程（即对海豚的威胁风险）相关，而非针对金枪鱼产品本身的属性。

根据该条款，美国于 1990 年对墨西哥黄鳍金枪鱼实施进口禁运。<sup>[28]</sup>墨西哥随即向《关贸总协定》（GATT）专家组提出申诉。<sup>[29]</sup>该案的核心争议为：美国以境外捕捞生产方式为由限制进口的措施，应被定性为仅受非歧视规则（nondiscrimination rules）约束的国内措施，还是属于边境管制措施。亦即该案的关键问题是：美国能否基于墨西哥的生产条件（如捕捞方式）来限制市场准入，即控制其国内市场销售的金枪鱼来源。由于该进口禁令以符合美国国内渔船捕捞标

<sup>[23]</sup> 此类措施通常被称为“加工与生产方法规范”（Processes and Production Methods，简称 PPMs），现有大量相关学术文献对此进行研究。参见，例如，Charnovitz，同前注 59；CHRISTIANE R. CONRAD, PROCESSES AND PRODUCTION METHODS (PPMS) IN WTO LAW:INTERFACING TRADE AND SOCIAL GOALS (2011)

<sup>[24]</sup> Tuna-Dolphin Panel Report, 同前注 11。

<sup>[25]</sup> Marine Mammal Protection Act, § 101(a)(2), 16 U.S.C. § 1371.

<sup>[26]</sup> Tuna-Dolphin Panel Report, 同前注 11, ¶¶ 2.2., 2.4.

<sup>[27]</sup> 同上。¶ 2.5.

<sup>[28]</sup> 同上。¶ 2.7. T 该禁运最初亦适用于委内瑞拉、瓦努阿图、巴拿马及厄瓜多尔。由于相关政府、美国商务部及各法院的后续行动，禁运范围在随后数月间持续调整，最终于 1991 年 2 月形成仅针对墨西哥的禁运措施。同上。

<sup>[29]</sup> 同上。¶¶ 3.1 - .5

准为前提，若被视为国内措施，其合法性可能成立；但若被判定为边境措施，则构成非法进口限制。

《关贸总协定》(GATT) 专家组基于生产管辖原则判定，该措施属于边境措施，因而构成进口禁令。专家组援引 1970 年《GATT 工作组报告》(GATT Working Group Report) 指出，该案争议类似于边境税调整问题。<sup>[30]</sup>参照税收领域的判例，专家组认定：只有当法规“直接针对产品本身”时，才属于国内措施。而针对金枪鱼捕捞过程中意外捕获海豚的规制，“显然无法影响金枪鱼作为产品的属性”。<sup>[31]</sup>《美国海洋哺乳动物保护法》的禁令，实是旨在根据墨西哥渔船的作业行为禁止进口。<sup>[32]</sup>尽管《美国海洋哺乳动物保护法》对墨西哥渔船与美国渔船采取相同标准，但专家组认为这只是无关紧要的事实。

## 2. 消费管辖权路径

“金枪鱼-海豚案”标志了以生产管辖权为核心的贸易法理论达到鼎盛时期。然而，随着 1995 年世界贸易组织(WTO)的成立，生产管辖几乎立即走向式微。WTO 新设立的上诉机构(Appellate Body, AB) 趋向于支持成员国政府在监管境内消费品的生产所获得的利益，无论实际生产地位于何处。从理论沿革上看，向消费管辖的转变，最初由对《关贸总协定》(GATT) 中例外条款的扩大解释实现。直到近年，这一趋势才开始体现在对措施的定性标准上，即某项措施究竟属于可能通过非歧视规则审查的国内措施，还是可能被判定为非法的边境措施。

比上诉机构转向消费管辖的法律路径更重要的，是其支持措施的适用范围。早期的案例仅涉及对个别产品（如虾类或汽油）的管制争议，而如今的相关措施往往适用于整个经济领域，使其经济影响力大幅提升。

### (1) 单一产品规制措施

管辖模式转变的最早例证见于 WTO 受理第二起案件，美国汽油标准案（United States—Gasoline）。<sup>[33]</sup>在该案中，WTO 上诉机构认定，美国通过规范汽油化学成分来降低空气污染的管制措施，原则上属于 WTO “可耗尽型自然资源保护”例外条款的适用范围。<sup>[34]</sup>美国最终未能成

<sup>[30]</sup> 同上。¶ 5.13

<sup>[31]</sup> 同上。¶ 5.14 - .15.

<sup>[32]</sup> 同上。¶ 5.15.

<sup>[33]</sup> Appellate Body Report, United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WTO Doc. WT/DS2/AB/R (1996 年 5 月 20 日通过).

<sup>[34]</sup> 同上，第 22 页。

功援引该例外条款，仅因其监管法规对进口汽油的化学成分适用了更为严格的标准，构成歧视性待遇。<sup>[35]</sup>

1998 年的“海虾-海龟案”(Shrimp-Turtle)判决为转向消费管辖提供了更清晰的例证。<sup>[36]</sup>该案本质上是“金枪鱼-海豚案”(Tuna-Dolphin)的翻版：1987 年《濒危物种法》(Endangered Species Act)要求美国虾船安装“海龟隔离器”(turtle-excluding devices)，以保护捕虾过程中的濒危海龟。<sup>[37]</sup>1989 年，国会为平衡国内外捕虾业竞争环境，规定禁止进口可能危害海龟的捕捞技术所获海虾，除非经总统认证，捕捞国具有与美国相当的监管制度。<sup>[38]</sup>依循“金枪鱼-海豚案”的先例，尽管美国承认该进口禁令属于边境措施，<sup>[39]</sup>但其援引《关贸总协定》第 20 条例外条款抗辩，主张该措施“关乎可耗尽型(exhaustible)自然资源的保护”。<sup>[40]</sup>

上诉机构支持了该主张。<sup>[41]</sup>在裁决过程中，上诉机构重点审查了美国是否需与海龟存在属地关联性这一问题，最终认定美国具备必要的管辖权关联。认定依据不是海龟现存于美国境内，而是因为作为迁徙物种的海龟可能在某段时间途径美国水域。<sup>[42]</sup>该裁决表面上明确将适用范围限定于海龟等迁徙物种，但实质上维护了美国规制境外生产活动的市场准入的权利，即使这些活动未对入境产品留下显著影响。

2014 年，“欧盟-海豹制品案”(EU—Seals)则通过双重路径，进一步巩固并拓展了消费管辖权原则的适用边界。<sup>[43]</sup>首先，作为申诉方的加拿大和挪威主张反对歧视性国内措施，而非直接反对违法的边境管制措施。它们所申诉的欧盟法规，正是基于动物福利理由，

<sup>[35]</sup> 同上，第 29 页。GATT 第而是例外条款本身包含非歧视规则，要求依据例外条款采取的措施“不得在条件相同的国家间构成任意或不合理歧视的实施方式……”。同上，第 13 页。

<sup>[36]</sup> Appellate Body Report, United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (adopted Nov. 6, 1998) [以下简称“海虾-海龟”案].

<sup>[37]</sup> 50 C.F.R. § 223.207 (2024).

<sup>[38]</sup> Act of Nov. 21, 1989, Pub. L. No. 101-162, § 609, 103 Stat. 988, 1037. 该法律同时要求政府就海龟保护事宜开展国际磋商谈判。同上。

<sup>[39]</sup> 参见：Panel Report, United States—Import Prohibition on Certain Shrimp and Shrimp Products, ¶ 3.3, WTO Doc. WT/DS58/R.

<sup>[40]</sup> GATT, 同前注 65,第二十条第 g 项。

<sup>[41]</sup> 虽然上诉机构认定该措施与可耗尽型(exhaustible)自然资源保护相关，但仍以“构成国家间任意或不合理歧视”为由驳回美国援引第 XX 条的抗辩——因其要求各国必须采用与美国完全相同的海龟保护政策，且根据美国提供的援助金额与合规宽限期对不同国家实施差别待遇。参见 Shrimp-Turtle, 同前注 100, ¶¶ 161 – 186. 而后美国修订法规，增加各国履行要求的灵活性并就援助可能性开展谈判，上诉机构最终维持了修订后的措施。参见：Appellate Body Report, United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, WTO Doc. WT/DS58/AB/RW (adopted Nov. 21, 2001).

<sup>[42]</sup> Shrimp-Turtle, 同前注 100, ¶ 133.

<sup>[43]</sup> Appellate Body Report, European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WTO Doc. WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R (2014 年 6 月 18 日通过).

禁止海豹制品的进口和销售，但以下两种情况除外：一是由原住民社区捕获的海豹，二是作为可持续性海豹种群管理措施的一部分捕获的海豹。<sup>[44]</sup>该法规实际上对海豹制品的进口和销售实施了与境外生产活动相关的标准。按照“金枪鱼-海豚案”或“海龟-海虾案”的先例，加拿大和挪威原本可以主张该措施属于非法进口禁令，因其关注的是生产过程而非产品本身。但两国却选择接受：基于外国生产方式的进口限制可作为国内措施进行审查，其违法与否仅取决于是否构成歧视。<sup>[45]</sup>这意味着两国承认了欧盟有权对境外生产活动实施市场准入的管制，只要其实施方式是非歧视性的。

其次，上诉机构采纳了欧盟的主张，认为如果其禁令可被视为“保护公共道德所必需的措施”，则具有正当性。<sup>[46]</sup>这一认定使欧盟能够依据其消费者对海外（生产）活动的态度，明确禁止相关产品进入其市场。<sup>[47]</sup>根据传统的生产管辖权理论，此类禁令本应属于《关税及贸易总协定》第 11 条所禁止的进口限制措施。但根据“欧盟-海豹产品案”所确立的“基于消费”的新标准，此类禁令原则上可作为 GATT 第 3 条项下的国内监管措施而获得合法性，且无论如何均可通过《关贸总协定》的例外条款得以维持。

## （2）全经济领域措施

“海龟-海虾案”与“欧盟-海豹产品案”仅涉及个别产品。无论这些裁决具有何种法律意义，其所维持的措施对全球经济影响甚微。相比之下，美国和欧盟近期实施的措施基于“消费管辖权”的理论基础，对全球经济的影响更为显著。

碳边境调节机制（Carbon border adjustments, CBAs）是其中的典型例证。该机制通常表现为，在国内实施严格碳监管或碳税的国家对进口商品征收费用。其核心目的在于，确保进口产品不会仅因其产自未实质征收碳税或监管生产碳排放的国家，而获得相对于本国同类产品的价格优势。<sup>[48]</sup>具体而言，因为国内碳税或碳监管会推高生产成本，碳边境调节机制通过平衡进口

<sup>[44]</sup> European Parliament and Council Regulation 1007/2009, art. 3, 2009 O.J. (L. 286) 36, 38.第三项例外条款适用于旅行者携带供个人使用的产品。同上。

<sup>[45]</sup> 事实上，该欧盟的条例具有歧视性，因为其例外条款在实际适用中允许瑞典（欧盟成员国）的海豹产品销售。

<sup>[46]</sup> GATT, 同前注 65, 第二十条第(a)项。

<sup>[47]</sup> 如，一些贸易法专家长期思考：一国能否基于劳工标准或人权关切（GATT 中未明确授权这些关切）实施进口禁令？参见，例如：Robert L. Howse & Jared M. Genser, *Are EU Trade Sanctions on Burma Compatible with WTO Law?*, 29 MICH. J. INT'L L. 165 (2008).

<sup>[48]</sup> 许多评论者在定义中纳入一项要求，即碳边境调节机制（CBA）须使进口产品与国内产品承担的碳成本均等化。例如，参见：James Bacchus, *Legal Issues with the European Carbon Border Adjustment Mechanism*, 125 CATO INST. 1, 1 (Aug. 9,

产品与本国产品的成本差异维持公平竞争环境。<sup>[49]</sup>从实施效果来看，该机制消除了生产国通过拒绝实施碳定价或严格气候监管为产业带来的竞争优势。

关于碳边境调节机制（CBA）的提案由来已久，但始终未能落地，部分原因是其合法性存疑。<sup>[50]</sup>例如在 2009-2010 年间，美国国会多项法案曾试图对进口商品实施碳边境调节措施。<sup>[51]</sup>然而，欧盟推出的全球首个具有法律效力的碳边境调节机制（CBA Mechanism，CBAM）已于 2023 年正式生效。该机制全面实施后，将要求钢铁、化工等关键工业产品的进口商购买涵盖生产过程中碳排放的凭证，凭证价格将挂钩欧盟本土碳排放交易体系（Emissions Trading Scheme, ETS）的碳定价。<sup>[52]</sup>

通过规制境外碳排放，欧盟碳边境调节机制极大拓展了其气候政策的管辖边界，从而将欧盟市场准入与遵守欧盟生产标准相绑定。早在十余年前欧盟首次提出航空业碳排放调节机制时，就已尝试采用这种监管思路。<sup>[53]</sup>不过该提案要求航司为所有在欧盟起降的国际航班全程（包括境外航段）的碳排放付费，在当时引起争议。

最终，欧洲法院（The European Court of Justice）驳回了外国航空公司异议，维持原措施。欧洲在裁决中指出，欧盟对位于其境内机场的飞机拥有“无限管辖权”，包括对飞机进入欧盟领空前的活动进行收费的权力。<sup>[54]</sup>本质上，法院认定欧盟可以监管欧盟境外的服务行为（如源自欧盟境外的航班），作为航空公司进入欧盟市场提供航空服务的条件。<sup>[55]</sup>这意味着，只要最终在欧盟境内消费商品和服务，欧盟就有充分理由对这些商品和服务在入境前的生产环节征税和监管。

---

2021）（“[碳边境调节机制的]目的是对进口产品适用与[进口国]境内生产产品相同的碳价格。”）。然而，这种均等化要求是为了符合 WTO 非歧视规则，而非判断该措施是否属于边境可调节范畴的要素。

<sup>[49]</sup> Jennifer A. Hillman, *Changing Climate for Carbon Taxes: Who’s Afraid of the WTO?*, 2013 GERMAN MARSHALL FUND 1.

<sup>[50]</sup> 同上；Robert Howse & Antonia L. Eliason, *Domestic and International Strategies to Address Climate Change: An Overview of the WTO Legal Issues*, in *INTERNATIONAL TRADE REGULATION AND THE MITIGATION OF CLIMATE CHANGE* 48 (Thomas Cottier, Olga Nartova & Sadeq Z. Bigdeli eds., 2009) (note for Carbon Taxes: Who’s Afraid of the WTO?, 2013 GERMAN MARSHALL FUND 1).

<sup>[51]</sup> Stephen Kyo, Bernd G. Janzen & Holly M. Smith, *Border Adjustment Measures in Proposed U.S. Climate Change Legislation—“A New Chapter in America’s Leadership on Change?”*, 9 *SUSTAINABLE DEV. L. & POL’* Y 12, 16 (2009).

<sup>[52]</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism*, COM (2021) 564 final (July 14, 2021).

<sup>[53]</sup> European Parliament and Council Directive 2008/101/EC, 2009 O.J. (L 8) 3.

<sup>[54]</sup> 参见 Case C-366/10, *Air Transp. Ass’n of Am. v. Sec’y of State for Energy and Climate Change*, 2011 E.C.R. I-13833, I-13892.

<sup>[55]</sup> 尽管取得此项有利的裁决，欧盟仍迫于强大的外交压力，暂停将碳排放交易体系（ETS）适用于境外始发的航班。

欧盟的碳边境调节机制并非孤例。在 2020 年总统竞选期间，时任候选人乔·拜登就曾提议美国实施类似机制，在其执政时期，国会已提交多项相关法案。<sup>[56]</sup> 与此同时，英国、加拿大和日本都已开始探索本国版本的碳边境调节机制。<sup>[57]</sup> 拜登政府与欧盟还共同发起“全球可持续钢铝协议”（Global Arrangement on Sustainable Steel and Aluminum Trade），在该协议的构想中，美国、欧盟及其他参与国将对高碳排放的钢铁和铝材实施市场准入限制，同时在金属行业推行脱碳国内措施——这实质上是一种多边碳边境调节机制（a multi-lateral CBA）。<sup>[58]</sup>

欧盟还出台了限制进口产于遭砍伐林地的商品的措施。例如，欧盟在 2018 年修订的《可再生能源指令》虽鼓励成员国在交通领域使用生物柴油，但明确排除那些可能引发“间接土地利用变化”的高风险生物燃料的补贴资格。<sup>[59]</sup> 2021 年 11 月，欧盟进一步宣布将限制进口 2020 年后涉及毁林土地的产品。<sup>[60]</sup>

欧盟解释该措施的合法性在于，其有权管制本土消费所引发的域外环境影响。针对与破坏森林有关的产品进口禁令，欧盟委员会副主席弗兰斯·蒂默曼斯（Frans Timmermans）直言：“欧盟对棕榈油、大豆、木材、牛肉、可可和咖啡等商品的需求，正是森林破坏的主要推手。”<sup>[61]</sup> 欧盟委员会在官方文件中亦明确表态：“作为与森林破坏及退化有关的商品的主要经济体和消费者，

<sup>[56]</sup> 参见 Ari Natter, Jennifer A Dlouhy & David Westin, Biden Exploring Border Adjustment Tax to Fight Climate Change, BLOOMBERG (Apr. 23, 2021, 1:50 PM), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-04-23/biden-exploring-borderadjustment-tax-to-fight-climate-change>; Clean Competition Act, S. 4355, 117th Cong. (2022); FAIR Transition and Competition Act of 2021, H.R. 4534, 117th Cong.

<sup>[57]</sup> Rachel Morison & Anna Edwards, U.K. Considers Carbon Border Tax to Protect Domestic Industry, BLOOMBERG (May 28, 2021, 2:21 AM), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-05-28/u-k-considers-carbon-border-tax-to-protect-domestic-industry>; Exploring Border Carbon Adjustments for Canada, GOV’T OF CAN. (June 2, 2023), <https://www.canada.ca/en/department-finance/programs/consultations/2021/bordercarbon-adjustments/exploring-border-carbon-adjustments-canada.html>; Shiro Takezawa, Japan Mulls Carbon Border Tax for Polluters, Nikkei Says (1), BLOOMBERG TAX (Feb. 10, 2021, 6:31PM), <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/japan-mulls-carbonborder-tax-for-biggest-polluters-nikkei-says>

<sup>[58]</sup> Fact Sheet: The United States and European Union to Negotiate World’s First CarbonBased Sectoral Arrangement on Steel and Aluminum Trade, THE WHITE HOUSE (Oct. 31, 2021) <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/10/31/fact-sheet-the-united-states-and-european-union-to-negotiate-worlds-first-carbon-based-sectoral-arrangement-on-steel-and-aluminum-trade>; see also Todd N. Tucker & Timothy Meyer, A Green Steel Deal: Toward Pro-Jobs, Pro-Climate Transatlantic Cooperation on Carbon BorderMeasures, ROOSEVELT INST. (June 3, 2021), [https://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2021/06/RI\\_GreenSteelDeal\\_WorkingPaper\\_202106.pdf](https://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2021/06/RI_GreenSteelDeal_WorkingPaper_202106.pdf) (proposing that the U.S. and EU replace existing national security tariffs on steel with a common external tariff on high-carbon steel).

<sup>[59]</sup> European Parliament and Council Directive 2018/2001 O.J. (L 328) 82, 94.

<sup>[60]</sup> Bryan Pietsch, E.U. Seeks to Block Import of Commodities that Drive Deforestation, WASH. POST (Nov. 17, 2021, 5:04 PM) <https://www.washingtonpost.com/world/2021/11/17/eu-commodity-importsdeforestation>.

<sup>[61]</sup> European Commission Speech SPEECH/21/6085, Press Conference by Executive Vice-President Frans Timmermans and Commissioner Sinkevičius on a Package of Proposals on Soil, Waste and Deforestation (Nov. 17, 2021).

欧盟对此负有部分责任……该倡议将向欧盟公民确保：他们在欧盟市场消费的产品不会助长全球森林的破坏与退化。”<sup>[62]</sup>

美国则不仅禁止与侵犯人权行为相关的进口商品，还因俄罗斯入侵乌克兰而对来自俄罗斯的进口实施了禁令。2021年颁布的《维吾尔强迫劳动防范法》（所谓“*The Uyghur Forced Labor Prevention Act*”），将产自中国新疆地区（该地区是维吾尔人的聚居地，亦因所谓侵犯人权行为而受到关注）的商品认定为强迫劳动产品，并据此禁止进口到美国。<sup>[63]</sup>全球各地也已纷纷对俄罗斯商品和服务的进口采取了禁令，包括美国、欧盟、加拿大、日本、欧盟等。<sup>[64]</sup>

在二十世纪以生产管辖为主的背景下，碳边境调整机制（CBA）以及针对与森林砍伐或强迫劳动相关产品的进口禁令，几乎是难以想象的。当然，这些措施很可能在世贸组织面临法律挑战：印度尼西亚和马来西亚已就欧盟《可再生能源指令》（*Renewable Energy Directive*）中有关森林砍伐的做法提出异议，而欧盟的碳边境调整机制在2026年全面实施后也可能遭到质疑。但许多全球最大经济体依然愿意对境内消费的外国商品和服务征税并加以管制，这正是21世纪以来国际经济监管发生的最深刻变革。

## （二）国际税收

国际税法作为国际法中一个常被忽视却日益重要的创新领域，<sup>[65]</sup>其发展轨迹与国际贸易法颇为相似。如前所述，国际贸易法本身已在某种程度上涉及税收规制，因此本节将聚焦于对收入或收益征税的管辖权问题。核心难题在于，在多个经济活动存在关联的国家之间，如何合理分配征税权。

与国际贸易法类似，国际税法并未采用“生产”与“消费”的框架来界定征税权（国际税法使用“所得来源国”【*source country*，或译为“资本流入国”】，“居住地国家”【*residence country*，或译为“资本流入国家”】）<sup>[66]</sup>，学界也鲜少关注这些分类。然而，国际税收体系最初主要基于

---

<sup>[62]</sup> European Commission Questions and Answers QANDA/21/5919, Questions and Answers on New Rules for Deforestation-free Products (Nov. 17, 2021), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_21\\_5919](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_5919).

<sup>[63]</sup> Uyghur Forced Labor Prevention Act. 同前注33。（译者注：此处引用不代表作者和译者的立场）

<sup>[64]</sup> European Commission Questions and Answers QANDA/21/5919, Questions and Answers on New Rules for Deforestation-free Products (Nov. 17, 2021), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_21\\_5919](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_5919).

<sup>[65]</sup> See Ruth Mason, *The Transformation of International Tax*, 114 AM. J. INT’L L. 353 (2020)（主张近期国际税法改革已从根本上重塑了该体系）

<sup>[66]</sup> See, e.g., Reuven S. Avi-Yonah, *International Tax as International Law*, 57 TAX L. REV. 483, 483 (2004); Mason,前注129, 第355-356页。

生产地原则构建。不过近年来，随着采用“消费地征税”原则分配全球大型企业利润征税权的协议达成，国际税收管辖体系正逐渐向消费管辖制转变。

### 1. 生产地征税原则

传统上，各国对税收管辖权的认定主要基于两种依据：来源地（source）和居民身份（residence）。国际法通常允许国家对其居民企业的全球所得征税，同时也允许对任何来源于本国境内的所得征税。<sup>[67]</sup> 理论上，来源地管辖权可以涵盖生产性活动和消费性活动。但在 20 世纪，其定义逐渐聚焦于生产性活动。此外，税收协定更强调居民管辖权而非来源地管辖权，这进一步巩固了“生产管辖权”的税收原则（Production Jurisdiction norm）。<sup>[68]</sup>

在全球化之前，各国经常同时行使来源地和居民身份税收管辖权，双重税收管辖权之间的冲突较为罕见，这是因为经济活动主体及其活动通常位于同一国家。然而，19 世纪末至 20 世纪初，随着工业革命推动的经济一体化，企业越来越多地从非居民国家获取收入，导致税收管辖权重叠。<sup>[69]</sup> 各国既可以在本国居民的全球所得征税，也可以对非居民在本国境内的所得征税。这种双重管辖权带来了双重征税的可能性。<sup>[70]</sup> 同一笔收入可能被两个或更多国家征税，由于该收入属于非居民在本国境内的所得，或者由于各国对收入来源地或居民身份的认定标准不同。

跨国经营的企业长期反对双重征税现象。作为回应，在 20 世纪 20 年代，各国政府签订了税收协定，旨在通过协调来源地与居民地税收管辖权的冲突消除双重征税。<sup>[71]</sup> 如今，现代国际

<sup>[67]</sup> Mason, 前注 129, 第 355 页; Avi-Yonah, 前注 130, 第 490 页 (各国对境内产生的收入行使征税权，已为国际法明确确立。).

<sup>[68]</sup> Mason, 前注 129, 第 356 页(“税收协定通过限制来源地征税权，将税收收益从来源地转移至居民地……”)

<sup>[69]</sup> CRISTIAN ÓLIVER LUCAS-MAS & RAÚL FÉLIX JUNQUERA-VARELA, TAX THEORY APPLIED TO THE DIGITAL ECONOMY: A PROPOSAL FOR A DIGITAL DATA TAX AND A GLOBAL INTERNET TAX AGENCY 1 (2021)

<sup>[70]</sup> Rebecca M. Kysar, *Unraveling the Tax Treaty*, 104 MINN. L. REV. 1755, 1760 (2020) (“国际税收的根本难题在于：所得究竟应由纳税人居住国（居民国）征税，还是由所得来源国（来源地国）征税。”).

<sup>[71]</sup> 同上，第 1760 – 1761 页；另参见： Steven A. Dean, *Philosopher Kings and International Tax: A New Approach to Tax Havens, Tax Flight, and International Tax Cooperation*, 58 HASTINGS L.J. 911, 939 – 47 (2007) (“认为双重征税协定之所以比预期更为成功，是因为它们‘为少数纳税人提供了宝贵利益’”); Mitchell A. Kane, *A Defense of Source Rules in International Tax*, 32 YALE J. ON REGUL. 311, 313 (2015). The treaties also clarify priority of taxing rights when a person is a resident of two states. 参见理论，。 OECD MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL, art. 4.2 (2017), <https://www.oecd.org/ctp/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-full-version-9a5b369e-en.htm> [以下简称 OECD MODEL TAX TREATY].

税收体系已发展为包含数百项双边税收协定及国际税收惯例的复杂网络。<sup>[72]</sup>税收协定虽因双边属性而根据缔约方存在不同，但绝大多数仍以经济合作与发展组织（OECD）范本为蓝本。<sup>[73]</sup>

税收协定主要通过以下两种方式协调居民管辖权与来源地管辖权的冲突：一是确立居民身份认定标准及收入来源地判定规则；二是对特定类型收入的征税权分配作出优先性安排。

从其定义来看，税收协定尊重各国自主制定的居民身份认定标准。<sup>[74]</sup>而各国内法通常综合采用注册地标准、实际管理机构所在地标准或控制地标准来判定企业的居民身份。<sup>[75]</sup>值得注意的是，这些标准意味着企业可通过选择注册地或总部所在地，从而拥有确定其税收居民身份的自主权，进而选择适用居民国税率。<sup>[76]</sup>

收入来源地的界定则更为复杂。<sup>[77]</sup>作为一个法律概念，来源地征税权建立在属地原则的基础上，即国家对产生于其境内的收入行使征税权。<sup>[78]</sup>然而这一原则本身又引起一个关键问题：如何判定某项收入确实“产生于”特定税收管辖区？例如，当一家位于法国的子公司向美国母公司支付股息时，该笔收入应认定为来自支付方所在的法国，还是收款方所在的美国？<sup>[79]</sup>再以知识产权特许权使用费为例，其“来源地”应认定为知识产权实际使用国，还是认定为知识产权所有者授权使用并收取款项的所在国？<sup>[80]</sup>

对于多数收入类型，税收协定与国内税法通常将收入来源地认定为消费或使用行为发生国。例如，《OECD 税收协定范本》（OECD Model Tax Treaty）规定特许权使用费应归属于知识产权实际使用国；<sup>[81]</sup>同理，贷款人收取的利息收入来源地应为付款方（即债务人）所在国，而非收款方所在地。<sup>[82]</sup>

<sup>[72]</sup> Mason,前注 129, 第 355 页。

<sup>[73]</sup> 同上，第 356 页；OECD MODEL TAX TREATY,同前注 135.

<sup>[74]</sup> 同前注，第四条第 1 款（“‘缔约国居民’一词，指按照该国税法负有纳税义务的任何个人……”）。

<sup>[75]</sup> 参见：Omri Marian, Jurisdiction to Tax Corporations, 54 B.C. L. REV. 1613(2013) (讨论关于企业税收居民身份的国内法定义)。

<sup>[76]</sup> 从税收治理的角度来看，公司是国际税收最重要的规制对象，但自然人的居民身份通常取决于其在税收管辖区内的年度停留时长。Avi-Yonah, 前注 129, 第 485 – 486 页。

<sup>[77]</sup> 参见 Kane, 前注 135。

<sup>[78]</sup> 前注，第 331 页（为地域性来源地规则辩护）。

<sup>[79]</sup> OECD MODEL TAX TREATY, 前注 135, 第十条。

<sup>[80]</sup> 同上，第十二条。

<sup>[81]</sup> 同前注，第十二条第 1 款（“发生于缔约国一方且由缔约国另一方居民最终享有的特许权使用费，应仅在该另一国征税。”）

<sup>[82]</sup> 同前注，第十一条第 5 款（“当支付人为缔约国一方居民时，收益应视为产生于该缔约国。”）

然而在其他重要领域，来源地规则已逐步转向以生产活动发生地为核心判定标准，其中最具代表性的例子是服务贸易领域。服务收入通常以提供地而非消费地为征税权归属依据。<sup>[83]</sup>这一规则在互联网时代尤具深意：随着电信成本普遍下降与谷歌、脸书等数字服务供应商的崛起，服务业经济中越来越大的份额，正由服务使用国境外的提供商创造。鉴于服务业（尤其在发达国家）占全球贸易比重持续提升，<sup>[84]</sup>现行的服务收入来源地规则逐渐将征税权向生产活动发生地倾斜，而非最终消费地。

相较于概念界定问题，税收协定在居民国(residence countries)与来源国(source countries)之间划分征税权的方式更具实质意义。总体而言，税收协定将征税权从来源国向居民国转移，<sup>[85]</sup>这种制度设计使生产主体所在地优先于任何形式的来源地概念。

税收协定以两种机制确立居民国征税优先原则。其一，赋予居民国对投资所得及其他无形资产收益的优先征税权，<sup>[86]</sup>因此，即使如特许权使用费这类被定义为使用地来源的收入，协定仍将征税权划归收款方（即享有生产收益权的经济主体）所在居民国；<sup>[87]</sup>其二，虽然协定允许来源国对营业利润征税，但仅以企业在该国存在实体经营场所为前提。<sup>[88]</sup>

实际上，这种制度安排使来源国放弃了针对非居民企业境内无实体经营所得的征税权。随着电子商务兴起、数字经济扩张以及实体商业衰退，二十世纪中叶形成的这种权力划分格局进一步强化了居民国的优势地位。<sup>[89]</sup>由于众多跨国巨头不再依赖实体存在即可跨境销售产品与服务，来源国依据税收协定享有的征税权持续贬值。最终形成的税收体系系统性偏向生产主体所在辖区，而非最终的消费发生地，尤其在服务贸易与数字经济领域。而且因为企业可以自主选择居民身份，该体系易被操纵。

<sup>[83]</sup> Stephen E. Shay, J. Clifton Fleming, Jr. & Robert J. Peroni, *The David R. Tillinghast Lecture: “What’s Source Got to Do with It?” Source Rules and U.S. International Taxation*, 56 TAX L. REV. 81, 140 (2002) (“劳务所得的一般来源地规则是劳务提供地。”）

<sup>[84]</sup> 参见 *Total Trade in Services, UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT HANDBOOK OF STATISTICS 2023* fig. 1, <https://hbs.unctad.org/total-trade-inservices> (last visited Mar. 5, 2024)

<sup>[85]</sup> Mason, 前注 129, 第 356 页（“税收协定通过限制来源地征税权，将税收收益从来源地转移至居民地……”）

<sup>[86]</sup> OECD MODEL TAX TREATY, 前注 135, 第十条第 1-2 款、第十一条第 1-2 款（规定居民国对股息和利息支付享有优先征税权）；Kysar, 前注 134, 第 1761 – 1762 页。

<sup>[87]</sup> OECD MODEL TAX TREATY, 前注 135, 第十二条第 1 款。

<sup>[88]</sup> OECD MODEL TAX TREATY, 前注 135, 第七条第 1 款；Kysar, 前注 134, 第 1761 – 1762 页。

<sup>[89]</sup> Mason, 前注 129, 第 356 页。

## 2. 消费地征税原则

现行生产地征税模式的根本缺陷在于其可操纵性。跨国企业能够利用这一制度，自主选择纳税地。<sup>[90]</sup>那些从知识产权等无形权利中获利、或者提供服务以创收（尤以依托互联网提供服务为著）的企业，最擅于利用生产地征税原则的制度漏洞。<sup>[91]</sup>如前所述，数字服务的增长是这一问题的最直观的体现：依据生产地征税原则，一国无法对境内居民使用谷歌、脸书等平台产生的收入征税。<sup>[92]</sup>

更复杂的避税问题则涉及企业在低税率地区或避税港（tax havens）设立子公司。<sup>[93]</sup>企业通过将知识产权划归这些子公司实现避税，而知识产权常为这类企业最具价值的资产。<sup>[94]</sup>然后，位于高税率地区的关联企业再以许可使用或服务采购等形式，与低税率地区实体进行交易。<sup>[95]</sup>这种被称为“转让定价”（transfer pricing）的操作，是指关联企业通过人为操纵商品、服务或权利的交易价格（抬高或压低），使得企业通过在低税率地区配置知识产权或服务来实现利润最大化。<sup>[96]</sup>

医药和科技公司的案例最能说明这种操作。如辉瑞（Pfizer）公司长期将其在美国研发的专利出售或授权给爱尔兰子公司“辉瑞爱尔兰制药”，再由该子公司将生产的药品返销给美国母公司及其关联实体。<sup>[97]</sup>如此操作之后，药品产销产生的收益被计入税率更低的爱尔兰，而非美国本土。

<sup>[90]</sup> 参见 Reuven S. Avi-Yonah, Kimberly A. Clausing & Michael C. Durst, Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, 9 FLA. TAX. REV. 497, 500 (2009); Samuel Kortum & David Weisbach, The Design of Border Adjustments for Carbon Prices, 70 NAT’ L TAX J. 421, 426 (2017).

<sup>[91]</sup> LUCAS-MAS & JUNQUERA-VARELA, 前注 133, 第 3 页。

<sup>[92]</sup> Reuven Avi-Yonah, Young Ran (Christine) Kim & Karen Sam, A New Framework for Digital Taxation, 63 HARV. INT’ L L.J. 279, 280 (2022)（“谷歌、脸书和亚马逊等科技巨头如今能够完全通过线上方式从市场国获取收入，而无需设立实体存在，所以它们能避免向这些市场国缴纳足额税款。”）

<sup>[93]</sup> LUCAS-MAS & JUNQUERA-VARELA, 前注 132, 第 3 页; Avi-Yonah 等, 前注 154, 第 516 页。

<sup>[94]</sup> LUCAS-MAS & JUNQUERA-VARELA, 前注 132, 第 3 页（“互联网通信的便捷性，加上对无形资产和权利进行高额估值的能力，使得跨国企业能通过转移定价将利润转移出东道国以降低税负：位于高税率辖区的子公司或常设机构可向同一跨国集团内位于低税率辖区的关联企业‘购买’服务或权利。”）

<sup>[95]</sup> 同上; Avi-Yonah 等, 前注 154, 第 511 页; 另参见 Brad W. Setser, The Irish Shock to U.S. Manufacturing?, COUNCIL ON FOREIGN RELS. (May 15, 2020), <https://www.cfr.org/blog/irish-shock-us-manufacturing>.

<sup>[96]</sup> 参见 Aitor Navarro, Simplification in Transfer Pricing: A Plea for the Enactment of Rebuttable Predetermined Margins and Methods Within Developing Countries, 22 FLA. TAX REV.

755, 760 (2019)（“通过转移定价调整，收入在关联实体之间进行分配，如同独立交易方进行相同交易一般，以此确保税收待遇的公平性……”）

<sup>[97]</sup> Tom Bergin & Kevin Drawbaugh, How Pfizer Has Shifted U.S. Profits Overseas for Years, REUTERS (Nov. 16, 2015, 10:03 AM), <https://www.reuters.com/article/idUSKCN0T51ZS>.

2015年，苹果公司决定将部分知识产权转移至爱尔兰，直接导致当年爱尔兰GDP虚增26%，而该国实际经济活动并未发生任何变化。<sup>[98]</sup>类似案例还包括：艾尔健公司（Allergan）的肉毒杆菌专利、脸书的社交媒体技术授权、耐克经典的“Swoosh”商标权、优步网约车平台知识产权等，其资产均登记在百慕大和开曼群岛的空壳公司（shell companies）名下。<sup>[99]</sup>

现有国际所得税制依赖于“生产管辖”原则的底层逻辑，所以催生了这种避税现象，进一步促使各国开始协商转向“消费管辖”的征税模式。各国通过两种路径推进该转变：首先是经济合作与发展组织（以下简称经合组织或OECD）框架下的多边谈判。1998年《渥太华税收框架协定》（Ottawa Taxation Framework）和2005年经合组织电子商务报告，虽较早对电子商务的税收影响进行了初步探讨，但尚未提出税收管辖权重新分配的倡议。<sup>[100]</sup>然而在2007年到2008年金融危机后，迫于财政压力，政府不得不寻求新税源。<sup>[101]</sup>

在2013年，应二十国集团（G20）要求，经合组织（OECD）启动了“税基侵蚀与利润转移”（Base Erosion and Profit Shifting, BEPS）行动计划。<sup>[102]</sup>按照最初的设想，跨国企业必须在其“价值创造”（value creation）发生地申报利润。<sup>[103]</sup>正如沙维罗（Daniel Shaviro）所指出，这一定义可能“既指向知识产权的创立和维护过程所在的生产国，也涵盖消费者所在的市场国，或是两者某种未明确的结合”。<sup>[104]</sup>但学界观点迅速趋同，形成了以消费者为核心的价值创造地认定标准。<sup>[105]</sup>

<sup>[98]</sup> Paul Krugman, Leprechaun Economics Key to Understanding U.S. Corporate Tax Proposal, THE IRISH TIMES (Apr. 9, 2021, 8:45 PM).<https://www.irishtimes.com/business/economy/leprechaun-economics-key-tounderstanding-us-corporate-tax-proposal-1.4533410>.

<sup>[99]</sup> Jesse Drucker & Simon Bower, After a Tax Crackdown, Apple Found a New Shelter. For Its Profits, N.Y. TIMES (Nov. 6, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/11/06/world/apple-taxes-jersey.html>.

<sup>[100]</sup> Aitor Navarro, The Allocation of Taxing Rights Under Pillar One of the OECD Proposal, in OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL TAX LAW 951, 953 (Florian Haase & Georg Kofler eds., 2023).

<sup>[101]</sup> 同上，第954页。

<sup>[102]</sup> 参见，例如，BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING PROJECT, OECD, ADDRESSING THE TAX CHALLENGES OF THE DIGITAL ECONOMY, ACTION 1: 2015 FINAL REPORT (2015).

<sup>[103]</sup> 参见，例如，Stanley Langbein & Max R. Fuss, The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm: Economic Reality Disemboguing into the Interpretation of the Arm’s Length Standard, 51 INT’L LAW. 259 (2018).

<sup>[104]</sup> Daniel Shaviro, Digital Services Taxes and the Broader Shift from Determining the Source of Income to Taxing Location-Specific Rents, NYU LAW AND ECONOMICS RESEARCH PAPER NO. 19-36 at 4 (2020), [https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=3448070](https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3448070).

<sup>[105]</sup> 同上。

各国政府很快采纳了这一观点，由此开辟了国际税收向“消费管辖”模式的第二条演进路径。多国开始单边推行对数字服务的税制改革——根据服务消费地（而非供应商所在地）对广告收入、数据流转及电商交易征税。<sup>[106]</sup>

包括巴西、捷克、法国、印度、印尼、意大利、西班牙、土耳其和英国在内的国家已出台或拟提议数字服务税法案。<sup>[107]</sup> 各国税制的架构存在差异，但其中法国的制度最具代表性：针对跨国企业在全球范围内获得的数字广告及社交媒体收入，对其中法国用户贡献的部分征收3%的税款。<sup>[108]</sup>表面上，该政策将服务商的“数字化存在”（digital presence）作为征税依据；<sup>[109]</sup>实际上，这种“数字化存在”只是一种拟制——通过统计数字服务商在法国的用户占比，构建征税权的客观依据。

作为众多全球领先数字服务提供商的所在地，美国对此提出了强烈反对。美国贸易代表办公室（U.S. Trade Representative, USTR）于2019年率先对法国征收的数字服务税展开调查，2020年又将调查范围扩展至更多国家。<sup>[110]</sup>USTR最终认定，这类数字服务税存在不合理因素和歧视性，对美国商业造成负担，于是根据《1974年贸易法》第301条款启动贸易制裁程序。<sup>[111]</sup> 美方质疑法国税制存在三大问题：以全球收入分成为基础变相实施域外管辖、对营业收入而非净利润征税、通过限定适用范围构成事实上的针对性征税（实际仅针对少数总部设在美国的大型数字服务商）。<sup>[112]</sup> USTR最终宣布对部分法国商品加征25%报复性关税，但在寻求谈判解决方案期间暂缓执行。<sup>[113]</sup>相关谈判已于2021年达成阶段性成果，经合组织宣布，实施以消费地原则为核心的“双支柱方案”（Two-Pillar Solution）重新分配征税权。<sup>[114]</sup>迄今为止，已有包括爱尔

<sup>[106]</sup> William Alan Reinsch, Carlota Martinez-Don & Jack Caporal, What's Behind USTR's New Digital Services Tax Investigation?, CTR. FOR STRATEGIC & INT'L STUD. (June 19, 2020), <https://www.csis.org/analysis/whats-behind-ustrs-new-digital-servicestax-investigation>.

<sup>[107]</sup> 同上; Lilian V. Faulhaber, Taxing Tech: The Future of Digital Taxation, 39 VA. TAX REV. 145, 156 (2019).

<sup>[108]</sup> KPMG, TAXATION OF THE DIGITALIZED ECONOMY: DEVELOPMENTS SUMMARY 12 (2024), <https://kpmg.com/kpmg-us/content/dam/kpmg/pdf/2023/digitalized-economytaxation-developments-summary.pdf>.

<sup>[109]</sup> 同上；另参见 Faulhaber, 前注171, 第158页。

<sup>[110]</sup> Notice of Initiation of a Section 301 Investigation of France's Digital Services Tax, 84 Fed. Reg. 34042 (July 16, 2019); Notice of Initiation of Section 301 Investigations of Digital Services Taxes, 85 Fed. Reg. 34709 (June 5, 2020).

<sup>[111]</sup> Notice of Determination and Request for Comments Concerning Action Pursuant to Section 301: France's Digital Services Tax, 84 Fed. Reg. 66956 (Dec. 6, 2019).

<sup>[112]</sup> U.S. TRADE REPRESENTATIVE, REPORT ON FRANCE'S DIGITAL SERVICES TAX 30 (2019), [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_On\\_France%27s\\_Digital\\_Services\\_Tax.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_On_France%27s_Digital_Services_Tax.pdf).

<sup>[113]</sup> Notice of Action in the Section 301 Investigation of France's Digital Services Tax, 85 Fed. Reg. 43292 (July 16, 2020).

<sup>[114]</sup> Two-Pillar Solution, 同前注15.

兰在内的 130 余个国家签署该框架协议。<sup>[115]</sup>具体核算规则尚待后续磋商、实施进程仍在推进，但协议的基本架构已确立。

第一支柱通过重新分配征税权，允许国家对其境内年销售额超过 100 万欧元企业的部分利润征税。<sup>[116]</sup>适用该规则的企业，其应税税基为利润率超过 10% 以上的利润部分的 25%。<sup>[117]</sup>各国可征税的具体比例将基于待制定的消费地标准（预计主要参照当地消费数据）核算。<sup>[118]</sup>

第二支柱则设立 15% 的全球最低税率。<sup>[119]</sup>美国之所以支持这种安排，主要是因为各国承诺在经合组织方案全面实施后取消现行数字服务税。<sup>[120]</sup>至此，国际税法已呈现出与国际贸易法相似的消费者导向管辖趋势。虽然这种转变与贸易法相比尚处萌芽阶段，各国仍需落实新税收协定，但其变革意义相当深远。这标志着现代国家从国防到社会保障等各项职能的筹资方式正在发生根本性重构。就此而言，“双支柱方案”的推行与碳边境调节机制等贸易政策颇具相似性，二者正深刻重塑全球经济治理的基本范式。

### （三）竞争法

竞争法（美国称“反垄断法”，“Anti-trust Law”）同样经历了从生产管辖权向消费管辖权的重大转向。我将竞争法放在最后讨论，既因其向消费端的转向远早于国际贸易法或税法，也因其在现代经济中的重要性中居于二者之后。

将竞争法与税法、贸易法共同讨论的原因有二：其一，竞争法的管辖权原则深刻影响了国际公法及美国的对外关系法中管辖权理论的发展，比如“效果原则”（effects test）正源自竞争法；其二，当今竞争法中的消费管辖权所规制的企业（尤其是大型数字服务提供商），与受国际贸易法和税法变革影响的企业高度重合。

<sup>[115]</sup> Naomi Jagoda, Ireland Joining International Agreement on Global Minimum Tax, THE HILL (Oct. 7, 2021, 2:15 PM), <https://thehill.com/policy/finance/575790-ireland-joininginternational-agreement-on-global-minimum-tax>.

<sup>[116]</sup> OECD, SECRETARY-GENERAL TAX REPORT TO G20 FINANCE MINISTERS AND CENTRAL BANK GOVERNORS 8 (2021), <https://www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2021.pdf>. 适用企业需满足年收入超过 200 亿欧元且利润率达到 10% 的条件，但采掘业与金融服务业企业可予豁免。同前注。

<sup>[117]</sup> 同前注。该金额被称为“A 金额”。第一支柱还设有“B 金额”，规定了对境内分销及营销服务应缴税款的简化计算方法。该金额的具体细则尚待协商。双支柱方案（见前注 15），第 2-3 页。

<sup>[118]</sup> Navarro, 前注 164, 第 957 页。

<sup>[119]</sup> 双支柱方案（见前注 15），第 4 页。全球最低税（第二支柱）的适用范围远广于第一支柱。企业只需年收入达到 7.5 亿欧元即符合第二支柱的适用条件。同前注。

<sup>[120]</sup> 同前注，第 3 页；Alan Rappeport, Finance Leaders Reach Global Tax Deal Aimed at Ending Profit Shifting, N.Y. TIMES (Oct. 8, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/06/05/us/politics/g7-global-minimum-tax.html>.

## 1. 生产管辖模式

美国早期反垄断实践领先于全球多数地区的竞争立法。<sup>[121]</sup>美国遵循的所谓“属地原则”，其管辖权基础仍系于生产活动的属地关联（territorial nexus）。美国联邦最高法院在 1907 年“美国香蕉公司诉联合果品公司案”（American Banana Co. v. United Fruit Co.）中确立该原则，<sup>[122]</sup>霍姆斯大法官在判词中强调：

“一条近乎普遍通行的规则是：某一行为合法与否的性质，应完全由行为发生地国家的法律判定……若另一司法管辖区对行为人行使管辖权时，不依据行为地法律而依其自身标准进行裁断，不仅不公正，更构成对他国主权的干涉，有违国际礼让原则（comity of nations），相关主权国家完全有权提出抗议。”<sup>[123]</sup>

该案涉及两家美国公司。原告在巴拿马拥有香蕉种植园，试图修建铁路促进香蕉出口。<sup>[124]</sup>被告联合果品公司被指控：唆使巴拿马和哥斯达黎加政府干预并最终征用原告位于上述两国的资产。<sup>[125]</sup>原告主张，被告的行为属于压制香蕉贸易的竞争者、抬高美国市场价格的共谋行为，违反《谢尔曼法》（Sherman Act）。<sup>[126]</sup>

霍姆斯大法官代表法庭撰写的判决书指出：鉴于哥斯达黎加和巴拿马对本国境内的财产及生产活动享有规制的权力，被告促成两国政府采取相关措施的行为本身不具有可诉性。<sup>[127]</sup>由此，“美国香蕉公司案”长期被视为严格属地管辖立场的标准判例。<sup>[128]</sup>因为哥斯达黎加和巴拿马对本国境内的生产活动享有领土管辖权，所以美国不具备对该活动的规制权。于是，哥斯达黎加与巴拿马获得对其领土内生产活动的排他性管辖权。

---

<sup>[121]</sup> 《谢尔曼法》颁布于 1890 年，美国因此成为竞争法领域的先行者。截至 1960 年，仅有约 20 个国家制定了竞争法政策，而欧洲直到 1957 年才出台覆盖全欧洲大陆的竞争法。现今约有 130 个国家拥有竞争法，但其中多数法律的制定时间相对较晚，且深受美国和欧盟的影响。

<sup>[122]</sup> American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1907).

<sup>[123]</sup> 同上，第 356 页。

<sup>[124]</sup> 同上，第 354 页。

<sup>[125]</sup> 同上，第 357-358 页。

<sup>[126]</sup> 同上，第 354-355 页。

<sup>[127]</sup> 同上，第 358 页。（“说服主权国家采取某项行动不构成侵权的根本原因在于……若在其管辖范围内，说服主权权力实现其自身行为所表明的合意且正当的结果竟属非法，这在逻辑上是自相矛盾的。”）

<sup>[128]</sup> 参见，例如，Jenny S. Martinez, *New Territorialism and Old Territorialism*, 99 CORNELL L. REV. 1387, 1388 (2014)（“在‘美国香蕉公司案’中，最高法院确立了联邦法律适用中所谓的反域外效力推定……”）；Katherine Florey, *Resituating Territoriality*, 27 GEO. MASON L. REV. 141, 170 (2019)（“正如多位学者指出的，‘美国香蕉公司案’的推理与州际冲突中的既得权利理论相呼应。例如，二者均预设主权者在明确且互斥的领土范围内行使权力（脚注省略）；Jeffrey A. Meyer, *Dual Illegality and Geoambiguous Law: A New Rule for Extraterritorial Application of U.S. Law*, 95 MINN. L. REV. 110, 132 (2010)（“随着新世纪的到来，属地原则仍作为规制一国对境外行为行使法律管辖权的最高准则”）。

然而上述解读未尽全面。“美国香蕉公司案”的判决本质上依据“生产行为的属地性质”的逻辑，而非纯粹的属地管辖理论。原告的核心主张是一家美国公司（其管理层位于美国境内）通过唆使外国政府实施反竞争行为。被告行为与美国存在明确属地关联，既是因其在美国设有实体机构，更因为该垄断行为将通过抬高价格直接影响美国消费者。<sup>[129]</sup>

然而，最高法院通过在“美国香蕉公司案”中否定美国管辖权，划定了支持行使管辖权的属地关联类型。基于本案事实，法院明确否定了“消费者受影响”或“管理层控制”作为管辖依据。<sup>[130]</sup>涉案的关键法律行为是对中美洲生产资产的干预与征收，这些行为完全聚焦于香蕉生产环节，有意忽略该垄断计划对美国消费市场造成的同等境内影响。无论是美国行为人策划或干预生产活动的行为，还是对美国消费者造成的负面影响，均不构成法律上充分的管辖权基础。

<sup>[131]</sup>

## 2. 消费管辖模式

传统观点认为，属地管辖模式最终将被基于效果的管辖模式所取代。<sup>[132]</sup>但实际上，二十世纪中期美国首创、后被欧洲采纳的效果测试标准，标志着从“以生产为基础的属地理论”向“将消费也作为管辖权依据的属地理论的转变。换言之，从属地到效果的演变并未改变管辖权的属地本质，而是重新界定了哪些境内行为可构成充分的管辖依据。

这一转变始于 1945 年的“美国诉美国铝业公司（简称 Alcoa）案”（United States v. Aluminum Co. of America）。第二巡回法院勒尼德·汉德法官（Judge Learned Hand）在判决中裁定：若一个瑞士的公司限制铝材出口美国的协议“意图影响且实际影响了美国市场”，则违反《谢尔曼法》。<sup>[133]</sup>制定或执行协议的活动是否发生在美国境内则无关紧要。<sup>[134]</sup>所以，“美国铝业公司案”确立

---

<sup>[129]</sup> 这些企业的美国国籍可构成（法律）适用的依据。

<sup>[130]</sup> 主权政府行为（而非纯粹的私人行为）的介入，可能也对法院的裁判推理产生影响。

<sup>[131]</sup> 该判决本身的措辞可解读为仅适用于外国政府在其管辖范围内明确认可的垄断行为。然而，实务中对这一判决采取了更宽泛的解释。

<sup>[132]</sup> 参见： Roger P. Alford, The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches, 33 VA. J. INT'L L. 1 (1992).

<sup>[133]</sup> United States v. Aluminum Co. of Am., 148 F.2d 416, 444 (2d. Cir. 1945). 由于最高法院法官人数不足法定要求，本案改由第二巡回法院审理。最高法院最终在“大陆矿石公司诉联合碳化物公司案”（Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp., 370 U.S. 690, 704 (1962)）中采纳了“效果原则”。

<sup>[134]</sup> 汉德法官（Judge Hand）在裁判美国香蕉公司案（American Banana Co.）时，实质上将该案视为反域外效力推定原则（presumption against extraterritoriality）的适用实例。参见 Aluminum Co. of Am., 148 F.2d at 443.

了与生产活动的属地关联已非必要要件——只要国会意图规制对美国消费者产生的效果，便具备管辖权基础。<sup>[135]</sup>

“美国铝业公司案”开启了美国反垄断法领域激进地使用“效果原则”的时代。<sup>[136]</sup>这一时期，法院普遍将“效果”视为“域外”管辖权的依据。<sup>[137]</sup>虽然新的效果测试聚焦于消费者，但将以“域外”描述“效果测试”的表达，仍沿袭了当时盛行的以生产为导向的管辖权理论。所谓“域外性”仅指生产活动位于境外，而作为管辖权关联点的“效果”通常表现为价格影响（实则发生在实施规制的国家境内）。<sup>[138]</sup>

效果原则迅速在全球范围内普及。鉴于美国已率先采用该原则以及竞争法的自身跨国适用性，这一传播趋势并不令人意外。德国、奥地利、瑞士等国通过立法确立效果原则。<sup>[139]</sup>而在欧洲一体化进程中，欧洲法院(European Court of Justice, ECJ)最初虽拒绝接纳效果原则，但承认必须规制境外活动方能保障欧盟竞争法效力。<sup>[140]</sup>于是，欧洲法院发展出“单一实体原则”（implementation doctrine）与“实施原则”（implementation doctrine）等域外管辖理论，<sup>[141]</sup>并最终通过Gencor案与英特尔案全面采纳效果原则。<sup>[142]</sup>

如今，欧盟以效果原则的形式确立的消费管辖权，全球影响力已远超美国最初的实践。究其原因是当美国自1970年代弱化反垄断执法时，欧盟始终维持强势监管。<sup>[143]</sup>特别是针对颠覆国际税收体系的数字服务提供商，欧盟正运用其竞争法规制这些企业的商业模式。

<sup>[135]</sup> 同上（“唯一尚待解决的问题是：国会是否意图施加此项责任，以及我国宪法是否允许其这样做……”）。

<sup>[136]</sup> Andrew T. Guzman, Is International Antitrust Possible?, 73 N.Y.U. L. REV. 1501, 1507 (1998).

<sup>[137]</sup> 例如，参见，Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am., 549 F.2d 597, 608 (9th Cir. 1976).

<sup>[138]</sup> 基于此，早期《对外关系法重述》(Restatements of Foreign Relations Law)更准确地将效果原则（effects doctrine）定性为属地管辖权的分支类别。参见前文第一部分。

<sup>[139]</sup> Bernadette Zelger, EU Competition Law and Extraterritorial Jurisdiction—A Critical Analysis of the ECJ’s Judgement in Intel, 16 EUR. COMPETITION J. 613 (2020).

<sup>[140]</sup> 同前注，第617-618页（“尽管效果原则在美国反垄断法中已盛行半个多世纪，但直到近期欧盟法院才明确，该原则亦可作为欧盟竞争法领域确立管辖权的适当依据。”（省略强调格式））。欧盟法院的正式名称现为“欧洲联盟法院”。

<sup>[141]</sup> 参见 Case 48/69, Imperial Chem. Indus. Ltd. v. Commission, ECLI:EU:C:1972:70 (July 17, 1972); Case 89/85, Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission, ECLI:EU:C:1994:12 (Mar. 31, 1993); 另参见 Damien Geradin, Marc Reysen & David Henry, Extraterritoriality, Comity and Cooperation in EC Competition Law, in COOPERATION, COMITY, AND COMPETITION POLICY (Andrew T. Guzman ed., 2010).

<sup>[142]</sup> Case T-102/96, Gencor Ltd. v Commission, ECLI:EU:T:1999:65 (Mar. 25, 1999); Case C-413/14 P, Intel Corp. Inc. v. Commission, ECLI:EU:C:2017:632 (Sept. 6, 2017).

<sup>[143]</sup> 参见 Filippo Lancieri, Eric A. Posner & Luigi Zingales, The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States (Nat’l Bureau of Econ. Rsch., Working Paper No. 30326, 2022).

以谷歌为例，欧盟委员会过去十年通过三项独立调查累计对其处以 82.5 亿欧元罚款。

<sup>[144]</sup>2017 年，通过在购物服务中实施自我优待而滥用市场支配地位，谷歌被罚以 24.2 亿欧元；

<sup>[145]</sup>2018 年，因其在安卓平台强制实施限制性条款以巩固搜索引擎优势，被欧盟委员会处 43 亿欧元天价罚单。<sup>[146]</sup>欧洲法院虽对部分判罚金额略有调减，但总体上支持欧盟委员会对美国科技企业在欧运营的规制立场。<sup>[147]</sup>

以脸书为例，该公司也同样面临严格审查。2022 年 12 月，欧盟在针对 Meta (Facebook 母公司) 的反垄断调查中作出认定：该公司因将在线分类广告业务与其社交媒体业务捆绑，违反了欧盟反垄断规则。<sup>[148]</sup>早在 2014 年，欧盟就针对脸书收购 WhatsApp 时作出虚假陈述的行为，罚款 1.1 亿欧元。在调查中，欧盟初步认定其通过捆绑 Facebook (现在的 Meta) 的在线广告服务扭曲了市场竞争。<sup>[149]</sup>类似地，欧盟委员会还初步认定，苹果公司滥用市场支配地位、通过限制移动钱包技术接入来排挤 Apple Pay 竞争对手。<sup>[150]</sup>

因此，向消费管辖的转向（传统术语称为“从属地到效果”）对现代经济监管产生了重大影响，特别是在数字经济领域。在生产管辖模式下，美国选择不对其数字科技出口企业发起强力反垄断追责的做法，本可使这些企业规避监管；但在消费管辖模式下，尽管欧盟与生产活动缺乏实质关联，仍能基于科技企业对欧盟消费者产生的影响行使规制权。简言之，消费管辖模式通过创设重叠管辖权，扩大了监管范围。

然而重叠的管辖权的确可能存在冲突。与国际经贸和税收领域不同，两者可通过条约、多边谈判和国际法庭裁决解决冲突，而竞争法领域缺乏综合性的国际法律框架。历史上，各国主

---

<sup>[144]</sup> Foo Yun Chee, Google Loses Challenge Against EU Antitrust Decision, Other Probes Loom, REUTERS (Sept. 14, 2022, 9:46 AM), <https://www.reuters.com/technology/eu-courts-wed-ruling-record-44-bln-google-fine-ay-set-precedent-2022-09-14>.

<sup>[145]</sup> Antitrust: Commission Fines Google € 2.42 Billion for Abusing Dominance as Search Engine by Giving Illegal Advantage to Own Comparison Shopping Service—Factsheet, EUROPEAN COMMISSION: PRESS CORNER (June 27, 2017), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_17\\_1785](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_1785).

<sup>[146]</sup> Antitrust: Commission Fines Google € 4.34 Billion for Illegal Practices Regarding Android Mobile Devices to Strengthen Dominance of Google’s Search Engine, EUROPEAN COMMISSION: PRESS CORNER (July 18, 2018), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_4581](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581).

<sup>[147]</sup> Chee, 前注 208。

<sup>[148]</sup> Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Meta over Abusive Practices Benefiting Facebook Marketplace, EUROPEAN COMMISSION: PRESS CORNER (Dec. 19, 2022), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_7728](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_7728).

<sup>[149]</sup> Samuel Stoltz, EU to Hit Facebook with New Antitrust Charges, POLITICO EU (Nov. 9, 2022, 4:12 PM), <https://www.politico.eu/article/facebook-to-face-eu-antitrust-chargesheet-for-marketplace-abuses>.

<sup>[150]</sup> Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Apple Over Practices Regarding Apple Pay, EUROPEAN COMMISSION: PRESS CORNER (May 2, 2022), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_2764](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2764).

要依靠国际礼让原则（即对他国利益的尊重）来制约域外执法。<sup>[151]</sup>但美国最高法院在“哈特福德火灾保险公司诉加州案”（Hartford Fire Ins. Co. v. California）中将礼让原则（comity）的适用限定于“企业无法同时遵守两国法律”的情形，<sup>[152]</sup>欧洲法院对礼让原则的适用同样持限制立场。<sup>[153]</sup>

故此，消费管辖模式的扩张，由效果原则和强势执法，为国家间冲突埋下了隐患。为应对这些问题，各国已建立一系列多边机制来协调竞争法实施，虽然协调程度仍较为有限。从历史沿革来看，这类机制多以非约束性协议为主，侧重信息共享等基础合作。<sup>[154]</sup>其中协调程度最高的协定，虽包含礼让条款（如欧盟与美国、加拿大及日本签订的协议），<sup>[155]</sup>但仅规定缔约方可请求对方依据其国内竞争法采取行动这些条款，既不强制要求成员国采取特定行动，既未设定强制性义务，亦未限制成员国自主决策权。<sup>[156]</sup>在管辖权分配方面，此类条款仅创设了“推定”（presumption）规则，即在特定情况下优先遵从其他国家的竞争法执法，但并未形成具有约束力的管辖权分配框架。<sup>[157]</sup>

近年来，自由贸易协定逐渐成为承载竞争法协议的新载体。欧盟尤其擅长通过其自贸协定推行其竞争法理念，美国也在其最新协定中增设了竞争的专章。<sup>[158]</sup>然而，这些机制不事先分配管辖权，其通常要求缔约国（在贸易协定框架下）制定并执行本国的竞争法，同时为各国提供解决管辖权冲突的协商平台。

### 三、 消费管辖对全球化的变革性影响

消费管辖将对国际经济的税收征管和监管权力格局产生重大变革。正如第一、二部分所述，消费管辖权模式各国获得更大规制权，无论商品或服务的生产地在哪里，各国均可对市场准入

<sup>[151]</sup> 参见，例如，Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am., 549 F.2d 597, 613 (9th Cir. 1976).

<sup>[152]</sup> Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764, 799 (1993).

<sup>[153]</sup> Geradin, Reyen & Henry, 前注 205, 第 11 页。（“这引发了一个疑问：例如，礼让原则是否曾阻止过欧盟委员会或美国当局干预某项交易，或对特定行为提出异议——即便另一方更适宜处理该事项。我们认为，答案是否定的。”）

<sup>[154]</sup> Anu Bradford, International Antitrust Cooperation and the Preference for Nonbinding Regimes, in COOPERATION, COMITY, AND COMPETITION POLICY (Andrew Guzman ed., 2010); Guzman, 前注 200, 第 1542 页。

<sup>[155]</sup> Agreement Regarding Competition Cooperation, U.S.-E.U., Sept. 23, 1991, T.I.A.S 91-923; Agreement on the Application of Positive Comity Principles in Enforcement of Competition Laws, U.S.-E.U., Mar. 6-June 4, 1998, O.J. L 173/28 [以下简称 1998 U.S.-EU Agreement]; Agreement Concerning Cooperation on Anti-Competitive Activities, E.U.- Japan, July 10, 2003 O.J. L 183/12; Agreement Regarding the Application of Competition Laws, E.U.-Can., July 10, 1999 O.J. L 175/50.

<sup>[156]</sup> 参见，例如，1998 U.S.-EU Agreement, 前注 219, 第三条。

<sup>[157]</sup> 同上，第四条。

<sup>[158]</sup> Bradford, Chilton, Linos & Weaver, 前注 185, 第 755-756 页。

设置税收与监管条件。这种权力使各国既能自主选择其消费所支持的全球影响类型，又可剥夺其他国家通过国内生产政策（或政策缺位）创造在国际经济中的比较优势的能力。

这种转变不意味着全球化的终结，而是其运行逻辑的变化，但消费管辖模式的崛起确实对全球经济一体化的运作方式产生了深远影响。具体而言，向消费管辖的转变导致各国在征税与监管领域的并行管辖现象（concurrent jurisdiction）加剧。<sup>[159]</sup>在生产管辖模式下，生产所在国对生产活动享有首要的（若非排他性的）征税与监管权；而在消费管辖模式下，任何国家均可要求市场准入者遵守其税收与监管政策，无论生产管辖地的政策如何。因此，消费管辖的转向很可能导致同一经济活动面临更多政策冲突。

本文认为，这一转变对二十一世纪全球化具有三大深远影响：第三部分第（一）节将论证消费管辖将推动税收与监管标准“竞相提升”（race to the top，后简化译为“竞优”、“向上竞争”等），而生产管辖往往引发“竞相逐底”（race to the bottom，后简化译为“竞劣”、“向下竞争”等）；但这种竞相提升”趋势具有显著的分配效应——发达国家得以维持其在全球化中获取的大部分收益，第三部分第（二）节将探讨该问题。最后，第三部分第（三）节将指出，生产管辖模式的持续式微将迫使各国通过两种途径构建新的争端调解机制：要么限制消费管辖权，要么建立能解决冲突的国际协商框架：限制消费管辖，抑或建立能解决冲突的国际谈判机制。笔者将特别指出，并行管辖权可能导致法律冲突，这对世贸组织（WTO）等高度制度化的国际机构的冲击，将远甚于税法、竞争法等较松散的国际法律框架。

### （一）推动监管标准的“竞优”趋势

长期以来，学界始终担忧全球化会引发“竞劣”现象——私营主体利用碎片化的法律环境及自由的贸易资本流动，规避税收与监管。<sup>[160]</sup>无论是税收还是贸易领域，将生产性资产配置至环保、社会或税收政策水平较宽松的国家，客观上助长了这种“向下竞争”的趋势。税基侵蚀危机正是这种现象的典型表现，<sup>[161]</sup>另一个例证则是企业选择劳工与环境标准宽松的国家进行生

<sup>[159]</sup> 参见 Krisch, 前注 37, 第 482 页（“（管辖权法律变革的）结果形成了一种管辖权集合体——在此集合体中，众多国家均享有有效的管辖权主张，但这些主张之间却未形成既定的等级或优先次序。然而在实践中，这种局面使得主要经济体在运用域外经济规制时鲜受约束。”）。

<sup>[160]</sup> 参见，例如，Alvin K. Klevorick, *The Race to the Bottom in a Federal System: Lessons from the World of Trade Policy*, 14 YALE L. & POL' Y REV. 177, 177 (1996)（“其所表达的担忧是：若允许各组成实体在不受外部约束的情况下自行选择政策，将会引发‘竞相逐底’。”）

<sup>[161]</sup> 参见前文第二部分。Cf. Zachary Elkins, Andrew T. Guzman & Beth A. Simmons, *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960 – 2000*, 60 INT'L ORG. 811 (2006) (finding that bilateral investment treaties spread as nations competed for foreign investment).

产以规避监管。<sup>[162]</sup>但亦有学者指出，当一国通过外交施压、法律约束与市场机制等途径促使他国提高标准时，全球化能够推动标准提升。<sup>[163]</sup>

一国对征税与监管权采取生产导向抑或消费导向的立场，从根本上决定了全球化在特定领域会引发“竞优”还是“竞劣”。生产管辖模式确实会刺激“向下竞争”：由于仅生产国的政策适用于生产过程，生产者只需将产能部署至税收或监管环境最宽松的地区，即可拉低全球实际适用的标准。例如，在生产管辖模式下，将生产从高税收管辖区（如美国）转移至低税收管辖区（如爱尔兰），会导致全球税收总额下降——美国丧失征税权而爱尔兰获得征税权，而后者税率明显更低。<sup>[164]</sup>此外，由于各国竞相争夺全球投资（最终仅有一个国家能获得生产征税权及相应就业机会），生产管辖模式迫使各国为吸引或挽留私营经济，不断降低税收与监管标准。<sup>[165]</sup>易言之，生产管辖模式滋长了国家间的税收与监管竞争，从而构成系统性的“竞劣”问题。

相比之下，消费管辖模式通过建立对生产活动的并行管辖权（concurrent jurisdiction），有效削弱了税收与监管的竞争和“竞劣”动机。在这一机制下，任何消费产品或服务的国家均有权在其市场准入环节对该生产活动实施征税或监管，而非由单一国家垄断全球消费品的生产征税与监管权。以经合组织(OECD)的“双支柱”方案为例，该机制使多国得以对原本仅在公司注册国（若可征税）课税的利润主张征税权。<sup>[166]</sup>类似地，欧盟碳边境调节机制(CBAM)等环境边境措施则意味着，出口商可能面临针对其母国生产政策的一系列差异化进口管制。<sup>[167]</sup>另外，当两家位于同一国家的企业进行合并时，可能需要获得多个竞争法管辖机构的批准。<sup>[168]</sup>

消费管辖模式创设的重叠监管权，主要通过四种路径推动企业与国家采纳更高生产标准。首先，最直接的是，由于生产者无法通过区位选择规避监管，私营主体若想逃避高税收或高监

<sup>[162]</sup> Jeff Faux, NAFTA, Twenty Years After: A Disaster, HUFFPOST (Jan. 1, 2014, 12:00 PM), [https://www.huffpost.com/entry/nafta-twenty-years-after\\_b\\_4528140](https://www.huffpost.com/entry/nafta-twenty-years-after_b_4528140).

<sup>[163]</sup> 参见，例如， ANU BRADFORD, THE BRUSSELS EFFECT: HOW THE EUROPEAN UNION RULES THE WORLD (2020); CHRIS BRUMMER, SOFT LAW AND THE GLOBAL FINANCIAL SYSTEM: RULE MAKING IN THE 21ST CENTURY 22 (2012).

<sup>[164]</sup> 参见上文第二部分第（二）节。

<sup>[165]</sup> 参考： Zachary Elkins, Andrew T. Guzman & Beth A. Simmons, Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960 – 2000, 60 INT’L ORG. 811 (2006) (finding that bilateral investment treaties spread as nations competed for foreign investment).

<sup>[166]</sup> Two-Pillar Solution, 前注 15.

<sup>[167]</sup> Timothy Meyer & Todd N. Tucker, A Pragmatic Approach to Carbon Border Measures, 21 WORLD TRADE REV. 109 (2021).

<sup>[168]</sup> 例如，经审查后，美国司法部选择不对通用电气与霍尼韦尔的拟议合并提出反对意见，但欧盟委员会基于竞争法理由禁止了此项合并——虽然两家公司均为美国企业。参见： DEBORAH PLATT MAJORAS, DEP’T OF JUSTICE, GEHONEYWELL: THE U.S. DECISION (Nov. 29, 2001), <https://www.justice.gov/atr/speech/gehoneywell-us-decision>.

管市场的规则，就必须彻底放弃这些市场的销售机会。这必然导致在一国境内消费的商品与服务必须符合高标准生产要求。当消费国为大型经济体时，这一模式将显著减少“低标准国家”的商品与服务供给量。<sup>[169]</sup>

其次，在许多情况下，私营主体会选择遵守最严格的适用监管标准，因为遵循单一标准比应对多重标准更为便利。在国际层面，阿努·布拉德福德（Anu Bradford）将这种现象称为“布鲁塞尔效应”（“the Brussels effect”），<sup>[170]</sup>以体现欧盟在制定各类国际标准方面日益增强的影响力；美国国内则长期称之为“加利福尼亚效应”（California effect）。<sup>[171]</sup>若企业出于成本等实际考量只能遵守单一标准，它们必然会选择能够为其提供最大市场准入机会的标准。<sup>[172]</sup>布拉德福德指出，当政府将监管重点放在消费市场（即对其消费者的准入权）而非资本等流动性资产时，这种趋向严格的效果尤为显著。<sup>[173]</sup>因此，以欧盟和美国等大型市场的消费为基础实施监管和征税，能有效促使市场准入者主动采纳更高标准。<sup>[174]</sup>

再次。面对并行管辖权，通过政治游说来降低税负和监管要求的策略成本将大幅提升。正OECD税改之争表明，跨国企业或许能争取到一个主要经济大国对其政策偏好的支持，但除非获得所有主要经济体的同意，否则仍将徒劳无功。<sup>[175]</sup>消费导向型国家的单边行动足以抵消生产国低标准政策的优势。具体而言，说服美国、欧盟、中国、日本、澳大利亚、韩国以及印度、巴西等主要新兴经济体采纳企业偏好的监管或税收框架，其难度远超过说服爱尔兰等国家。

最后，各国可能会协调标准，或至少建立针对相似税收和监管水平的互认机制，从而推动标准向更高水平趋同。<sup>[176]</sup>并行管辖权显著增加了跨国企业的合规成本，这些企业如今必须在每

<sup>[169]</sup> 参见 Krisch, 前注 36, 第 482 页。

<sup>[234]</sup> See DAVID VOGEL, TRADING UP: CONSUMER AND ENVIRONMENTAL REGULATION IN A GLOBAL ECONOMY (1995) (coining the term “California effect”). 235. Anu Bradford, The Brussels Effect, 107 NW. U. L. REV. 1, 5 (2012).

<sup>[170]</sup> 参见 BRADFORD, 前注 227。

<sup>[171]</sup> 参见：DAVID VOGEL, TRADING UP: CONSUMER AND ENVIRONMENTAL REGULATION IN A GLOBAL ECONOMY (1995) (首创术语“加州效应”（“California effect”）)。

<sup>[172]</sup> Anu Bradford, The Brussels Effect, 107 NW. U. L. REV. 1, 5 (2012).

<sup>[173]</sup> 同上。

<sup>[174]</sup> 美国境内这一争议的最新动向，是依据“休眠的商业条款”（Dormant Commerce Clause）对加利福尼亚州对非人道饲养猪肉的销售禁令提出的质疑。质疑理由是，鉴于加州市场规模庞大，该禁令实际上构成了对美国全国猪肉生产行为的域外监管。参见 Nat’l Pork Producers Council v. Ross, 142 S. Ct. 1413 (2022) (mem.)

<sup>[175]</sup> 参见前文第二部分第（二）节。

<sup>[176]</sup> 参见，例如，David Andrew Singer, Capital Rules: The Domestic Politics of International Regulatory Harmonization, 58 INT’L ORG. 531 (2004)（认为协调的压力来自于对高要求与低要求管辖区标准的平衡）；Rachel Brewster, The Domestic and International Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, 15 CHI. J. INT’L L. 84 (2014) 分析通过条约协调反腐败执法工作的成效）。

个进口国应对可能相互重叠甚至冲突的税收和监管体系，毕竟，并非所有税务和监管合规问题都能通过采纳最高标准来解决。以欧盟碳边境调节机制为例，受其约束的企业除遵守排放标准外，仍需完成温室气体排放核算、原产国碳税缴纳等一系列工作。

反过来，这些企业将向本国政府施压，要求达成简化进出口流程的标准协议。<sup>[177]</sup>例如，尽管已脱离欧盟，英国仍持续遵循诸多欧洲标准，以确保其企业能继续便利地进入欧洲市场。<sup>[178]</sup>这些自由贸易协定通常包含“监管协调”章节，旨在降低国家间的监管贸易壁垒。<sup>[179]</sup>高标准国家可能以互认机制作为激励，促使他国提升监管水平。此外，各国也可能选择仅针对大型企业实施政策——如此既能最大化政策影响力，又可减轻中小企业在全球市场运营的合规负担。经合组织(OECD)的税改“双支柱”方案正是采取了此策略，两项支柱均仅适用于特定大型跨国企业；<sup>[180]</sup>类似地，欧盟碳边境调节机制(CBAM)也仅针对钢铁、水泥等少数高碳基础材料，而非覆盖所有经济领域产品。<sup>[181]</sup>

综合来看，企业对发达国家单边监管的理性应对、标准协调与互认机制带来的压力等趋势表明，以消费管辖为基础的全球化将推动全球税收与监管标准提升。由此，消费管辖有效回应了全球化的反对者数十年来最尖锐的指责：他们认为全球化助长了“竞相逐底”现象。<sup>[182]</sup>通过确保全球化不会削弱消费国的政策自主权、激励各国提高标准，消费管辖模式为维持乃至深化全球一体化提供了新路径。<sup>[183]</sup>

## （二）消费管辖的分配效应

从积极方面来看，虽然消费管辖模式能遏制监管“竞相逐底”，但向更高税收与监管标准的转型可能对小型经济体和发展中国家产生不利的分配影响。<sup>[184]</sup>在货物贸易领域，许多发展中国

<sup>[177]</sup> Singer, 前注 240。

<sup>[178]</sup> EU Legislation and UK Law, LEGISLATION.GOV.UK, <https://www.legislation.gov.uk/eu-legislation-and-uk-law> 最后访问于 2024 年 3 月 4 日）（“截至 2020 年 12 月 31 日适用于英国的欧盟法规已成为英国国内法律的一部分……”）。

<sup>[179]</sup> 参见，例如，Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership ch. 25, Mar. 8, 2018, 3346 U.N.T.S., <https://www.mfat.govt.nz/assets/Tradeagreements/TPP/Text-ENGLISH/25.-Regulatory-Coherence-Chapter.pdf>（关于监管一致性）。

<sup>[180]</sup> Two-Pillar Solution, 同前注 15。

<sup>[181]</sup> 参见：Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, COM (2021) 564 final (July 14, 2021).

<sup>[182]</sup> Lori Wallach & Jared Bernstein, The New Rules of the Road: A Progressive Approach to Globalization, THE AM. PROSPECT (Sept. 22, 2016), <https://prospect.org/world/new-rulesroad-progressive-approach-globalization> (arguing that going forward, globalization needs to incorporate higher standards).

<sup>[183]</sup> 参考 Shaffer, 前注 50。

<sup>[184]</sup> Krisch 将这一趋势描述为从水平治理结构向寡头治理模式的转型。Krisch, 前注 37, 第 504 页。

家试图以攀登价值链来成为制造和生产中心，并取代发达国家的高成本生产。作为生产者，这些国家与二十世纪主要生产国一样倾向于支持生产管辖模式，因其允许它们将国内生产政策作为全球经济中的比较优势。然而，向消费管辖的转型可能通过限制其市场准入而侵蚀这些收益，而市场准入恰恰是其国内经济发展战略的重要依托。这些国家的诉求反映了一个普遍的双标问题：发达国家当年赖以攀升价值链的政策工具，如今却不允许发展中国家使用。<sup>[185]</sup>

以欧盟看似中立的反森林砍伐措施为例，但其对市场准入的分配效应显而易见。欧美地区的大规模森林砍伐主要发生在数十乃至数百年前，而现代森林砍伐集中在拉丁美洲（特别是亚马逊地区）、亚洲以及非洲地区。<sup>[186]</sup>然而欧盟措施仅适用于 2020 年后遭砍伐的土地。<sup>[187]</sup>类似地，2018 年欧盟修订《可再生能源指令》（Renewable Energy Directive），取消了对“具有间接土地利用变化风险”（即导致森林砍伐）的生物燃料的激励政策，<sup>[188]</sup>而唯一被认定存在此类风险的产品是主要来自印尼和马来西亚的“棕榈油基生物柴油”（palm oil-based biodiesel）。<sup>[189]</sup>该措施的分配效应相当显著，所以印尼和马来西亚已在世贸组织（WTO）对其提起申诉，指控其构成事实上的歧视。<sup>[190]</sup>

其他类似措施——从碳边境调节机制、欧盟海豹产品禁令，到美国对危害其他海洋生物的捕捞方式所产金枪鱼和虾类的限制——均产生类似影响。<sup>[191]</sup>这些政策的显性目的旨在引导本国消费市场结构，减少其市场对境外环境的负外部性；其隐性逻辑则是美欧等大型市场以维持现有市场准入的条件，倒逼发展中国家提升环境标准。<sup>[192]</sup>重新谈判后订立的《北美自由贸易协定》（即《美墨加协定》，United States-Mexico-Canada Agreement 或简称“USMCA”）同样包含更严

<sup>[185]</sup> 参见 G.A. Res. 3201 (S-VI) (May 1, 1974) (提倡发展中国家自主管理自然资源).

<sup>[186]</sup> 同上，¶ 2。

<sup>[187]</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Making Available on the Union Market as Well as Export from the Union of Certain Commodities and Products Associated with Deforestation and Forest Degradation and Repealing Regulation, at 11, COM (2021) 706 final (Nov. 17, 2021)

<sup>[188]</sup> Carolyn Fischer & Timothy Meyer, Baptists and Bootleggers in the Biodiesel Trade: EU-Biodiesel (Indonesia) 3 (Eur. Univ. Inst., Working Paper No. RSCAS 2019/80, 2019)

<sup>[189]</sup> 参见 同上，第 13 页。

<sup>[190]</sup> 印度尼西亚的磋商请求：European Union—Certain Measures Concerning Palm Oil and Palm Crop-Based Biofuels, WTO Doc. WT/DS593/1 (Dec. 16, 2019); 马来西亚的磋商请求：European Union and Certain Member States—Certain Measures Concerning Palm Oil and Oil Palm Crop-Based Biofuels, WTO Doc. WT/DS600/1 (Jan. 19, 2021).

<sup>[191]</sup> 参见前文第二部分。

<sup>[192]</sup> 改变其他国家行为的意图有时非常明显。例如，欧盟议会碳边境调节机制（CBAM）专题网站明确指出，该机制将“推动合作伙伴国家实现生产过程的去碳化”。参见：EU Carbon Border Adjustment Mechanism: Implications for Climate and Competitiveness, EUR. PARLIAMENT (June 2023), [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2022\)698889](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2022)698889).

苛的劳工条款，试图将继续市场准入与遵守最低劳工标准相绑定。<sup>[193]</sup>表面上看，条款表面适用于协定三方，但实际预期效力其将主要约束墨西哥。<sup>[194]</sup>

国际税收规则的变革也呈现相似的分配效应，不过其差异主要体现在经济体规模而非发展水平上。如前所述，许多毗邻大型经济体的小型经济体长期依靠低税率吸引企业，若非如此，这些企业原本缺乏在其境内投资的动机。<sup>[195]</sup>在欧洲，爱尔兰最为典型：该国长期实施的低税率政策，一直被其他欧洲国家及欧盟委员会视为威胁欧洲整体税收基础的潜在风险。<sup>[196]</sup>爱尔兰最终加入经合组织(OECD)新税收框架的决策，实为一项妥协，其前提是在谈判中成功争取到“将企业税率上限设定为15%”这一关键条款。<sup>[197]</sup>

美国和欧盟还将矛头对准作为避税港的小型经济体。从2017年起，欧盟持续更新其避税港（或称“不合作税收管辖权”，“non-cooperative tax jurisdictions.”）黑名单。<sup>[198]</sup>该名单最初涵盖17个国家地区，包括韩国、阿联酋、巴拿马和巴林等。<sup>[199]</sup>另有47个经济体——含中国香港、中国台湾地区、乌拉圭、秘鲁和牙买加等——在面临被列入黑名单的威胁后，同意修改其税收法规与实践。<sup>[200]</sup>这些经济体的共同特征在于，与爱尔兰类似，它们都是中小型经济体，而不是传统意义上的中小型经济体。欧盟以制裁相要挟，迫使这些地区改变税收政策，<sup>[201]</sup>其实质是以市场准入为筹码，逼迫较小经济体接受欧盟主导的税收规则。

<sup>[193]</sup> 参见：United States-Mexico-Canada Agreement, ch. 23.9, Nov. 30, 2018, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/23%20Labor.pdf>; 亦参见 Kathleen Claussen, Our Trade Law System, 73 VAND. L. REV. EN BANC 195, 205 (2020) (“贸易协定中的劳动规则，尤其是如何实施这些规则，一直是新的贸易协定中的争议焦点。”)

<sup>[194]</sup> Ana Swanson & Jim Tankersley, Trump Just Signed the U.S.M.C.A. Here’s What’s in the New NAFTA., N.Y. TIMES (Jan. 29, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/01/29/business/economy/usmca-deal.html>.

<sup>[195]</sup> 参见前文第二部分第（二）节。

<sup>[196]</sup> 参见：Silvia Amaro, EU Appeals Against Apple Ruling in \$15 Billion Tax Battle, CNBC (Sept. 25, 2020, 5:46 AM), <https://www.cnbc.com/2020/09/25/eu-appeals-against-apple-ruling-in-15-billion-tax-battle.html>; European Commission Press Release IP/16/2923, State Aid: Ireland Gave Illegal Tax Benefits to ApplWorth up to € 13 Billion (Aug. 30, 2016)

<sup>[197]</sup> Shawn Pogatchnik, Ireland to Join Global Pact on Corporate Tax After Winning Concessions, POLITICO (Oct. 7, 2021, 7:30 PM), <https://www.politico.eu/article/ireland-to-join-oecd-pact-on-corporate-tax-after-winning-concessions> 爱尔兰财政部长帕斯卡尔·多诺霍（Paschal Donohoe）表示：“爱尔兰之所以能够接受经修订的OECD文本，是因为其不再要求签署国向在全球布局的企业‘至少’征收15%的税率。该数字现已成为固定标准……”

<sup>[198]</sup> European Commission Fact Sheet MEMO/19/1629, Questions and Answers on the EU List of Non-Cooperative Tax Jurisdictions (Mar. 12, 2019). [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_19\\_1629](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_19_1629).

<sup>[199]</sup> Council of the European Union, Outcome of Proceedings, Doc. 15429/17 (Dec. 5, 2017), <https://www.consilium.europa.eu/media/31945/st15429en17.pdf>.

<sup>[200]</sup> Questions and Answers on the EU List of Non-Cooperative Tax Jurisdictions, 同前注 262。

<sup>[201]</sup> 这些制裁措施适用于通过欧盟银行与金融市场开展业务的上述国家企业。同前注。

从长远来看，遏制税收与贸易领域的“竞劣”趋势是积极且必要的。例如，若国际税收竞争持续削弱各国对境内经济活动的征税能力，其国内社会政策也将失去实施基础。<sup>[202]</sup>气候变化、森林砍伐和生物多样性丧失等生存危机，都急需全球经济体系进行重大调整以避免灾难。然而，在向“消费管辖”模式转型的过程中，必须审慎考量以下因素：公平性原则，发达国家对拥有全球自然资源的发展中国家保持经济联系的自身利益，以及在税收执法等问题上开展合作带来的互利共赢。

促进全球均衡发展曾长期作为美国外交政策的核心目标。战后兴起的球化浪潮，先后推动了二战受损国家经济重建，以及广大发展中国家的经济振兴。美国和欧洲虽主要通过开放市场准入来推动这一进程，但以消费为导向的新型全球化，不应忽视全球均衡发展的根本目标及其所承载的外交价值理念。倘若“消费管辖”模式意味着 21 世纪的市场准入将附带更多条件，那么发达国家理应协助发展中国家符合这些要求。

发达国家可直接弥补发展中国家在“消费管辖”原则下可能受损的利益。正如《美欧可持续钢铝全球协议》(U.S.-EU Global Arrangement on Sustainable Steel and Aluminum) 所倡导的，技术转让与援助能帮助发展中国家达到新的市场准入标准。<sup>[203]</sup>改革全球经济规则以允许更积极的产业政策，特别是其发展符合可持续性标准时，也能为各国在满足严苛生产标准的同时保住市场准入资格。对发展中国家本土技术的投资，可助其跨越污染型技术阶段直接实现绿色发展，这对发达国家和发展中国家是双赢之举。此外，“友岸外包”(friend-shoring) 等政策通过鼓励企业将供应链多元化布局至政策理念相近的国家，为发展中国家分享全球化红利提供了与消费管辖权理念相契合的创新路径。<sup>[204]</sup>

### (三) 经济冲突的协调之道

消费管辖模式所带来的管辖权重叠，将显著增加国家间经济冲突的风险。传统“生产管辖”模式曾是各国化解经济矛盾的关键机制，其式微意味着各国政策的冲突将加剧，亟需建立新的

<sup>[202]</sup> Shaffer, 同前注 50。

<sup>[203]</sup> 参见 Jennifer Hillman & Alex Tippett, A New Transatlantic Agreement Could Hold the Key to Green Steel and Aluminum, COUNCIL ON FOREIGN RELS. (Nov. 19, 2021, 10:13 AM), <https://www.cfr.org/blog/new-transatlantic-agreement-could-hold-key-green-steel-and-aluminum>.

<sup>[204]</sup> 参见，例如，Sarah Kessler, What is ‘Friendshoring’ ?, N.Y. TIMES (Nov. 18, 2022), <https://www.nytimes.com/2022/11/18/business/friendshoring-jargon-business.html>.

协调框架。当前至少存在两种解决路径：其一是借通过国际机构协调；其二是借助外交手段就“消费管辖”的适用边界达成共识。本文认为，后一种路径更具现实可行性。

### 1. 短期来看国际机构难有作为

首先需要明确，目前没有强制规定，要求各国必须就“消费管辖”的边界达成共识。各国完全可以各行其是，采取自认为最优的政策，然后承受由此引发的冲突和后果。但可以预见的是，企业因政策冲突承受的持续压力，加上经济摩擦产生的连锁反应，终将迫使各国制定规范，界定消费管辖权的合理使用范围。

通常认为，世贸组织（WTO）等高度法制化的国际机构看似是协商管辖边界的理想平台。但吊诡的是，相较于经合组织（OECD）这类机制相对松散的国际机构，WTO 在适应管辖权范式转型时反而显得更为吃力。这一有悖国际关系理论常识的现象表明，至少在短期内，建制化程度较弱的机构反而更可能成为推动“消费管辖”转型的有效协商平台。

自 1970 年代以来，降低国际关系交易成本始终是支持国际机构存在的主要理据。<sup>[205]</sup>但本文第二部分对国际贸易、税收和竞争法领域“消费管辖”转型的分析显示，建制化程度越高的机构反而面临更尖锐的法律冲突。在反垄断领域，各国通过系列单边行动实现了向“消费管辖”模式的转型，这些行动虽未获得普遍认同，却未引发重大国际法律冲突；而在税收领域，正是各国的单边行动浪潮，最终促使各国在经合组织（OECD）框架下重新协商征税权分配。

然而在贸易领域，情况却不容乐观。WTO 上诉机构虽通过案例法逐步调整规则，但其改革滞缓，直接导致美国阻挠新法官任命，致使该机制陷入瘫痪。与此同时，WTO 作为谈判平台的职能已名存实亡。为何法制化程度最高的机构反而最难适应变革？这一现象值得深思。

法制化国际机构在调解非系统性议题时游刃有余，处理不触及机构核心价值的争议时得心应手；但与传统认知相悖的是，<sup>[206]</sup>面对系统性议题，如涉及国家监管权限根本规范的冲突，这类机构反而束手无策——因为这类争议结果直接攸关成员国核心利益。

---

<sup>[205]</sup> ROBERT O. KEOHANE, AFTER HEGEMONY: COOPERATION AND DISCORD IN THE WORLD POLITICAL ECONOMY (1984); Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman, Economic Analysis of International Law, 24 YALE J. INT’ L L. 1, 22 (1999); Michael J. Gilligan, The Transaction Costs Approach to International Institutions, in POWER, INTERDEPENDENCE, AND NONSTATE ACTORS IN WORLD POLITICS 50 (Helen V. Milner & Andrew Moravcsik eds., 2009).

<sup>[206]</sup> Dunoff & Trachtman, *supra* note 268; Joel P. Trachtman, Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction, 42 VA. J. INT’ L L. 1, 11 (2001).

这种差异源于“承诺成本”与“重新谈判成本”（costs of commitment and renegotiation）在不同机构和议题领域的动态关系。国际法和国际关系的传统观点认为，国际机构通过提高违约成本来强化规则效力<sup>[207]</sup>——当一国试图投机地违约或重新议定条款时，将面临相应待机。但问题的关键在于，国际法缺乏完全可执行的预期损害赔偿规则，因此国家至今的承诺既不可能完全可信，也不具有谈判终局性。如果违背规则更符合利益时，国际会宁愿选择违规。<sup>[208]</sup>

面对规则不匹配的情况，国家有三种选择：遵守现行规则、协商修订新规则或采取单边行动。就非系统性议题而言，国际法在遏制违约和投机性修约方面成效显著——若重新谈判无望，不满现状的国家通常会宁愿遵守，而非单方面违约。

但涉及系统性议题时，情况将截然不同。不满现状的国家会要求重新谈判规则，若谈判失败，它们采取单边行动的可能性将大幅上升。核心成员国可能不断违反关键承诺，甚至直接退出机制，而非遵守他们认为有损利益的规则。持续性违约或威胁退出，就意味着不再考虑接受现状。<sup>[209]</sup>坚持现状的国家必须在“调整合作条款”与“接受合作机制崩溃”之间作出抉择。

以数字服务税为例：当各国从数字服务征税中获得更多收益时，其遵守传统税收管辖权限制的意愿就会相应降低。<sup>[210]</sup>若生产管辖权受益国（如美国）拒绝重新谈判，消费国可能单方面开征数字服务税。这类单边行动短期内可能引发冲突，但正如第二部分第（二）节所述经合组织（OECD）税基侵蚀与利润转移项目的改革历程，也可能促成谈判成功。

为何经合组织（OECD）等约束力较弱的机构比世贸组织（WTO）等高度法制化机构更易促成再谈判？原因在于：约束力较弱的机构的违约成本更低，因而成员国承诺的约束力更弱。<sup>[211]</sup>但正因约束力不足，重新谈判的阻力也更小。<sup>[212]</sup>换言之，松散型机构相对降低了违约与再谈判的双重成本虽减少了违约阻力，却为在谈判创造了条件。反观高度法制化的机构，其违约与再谈判成本都更高昂，这些交易成本主要体现在以下几个方面：

首先，高度法制化的国际机构往往拥有更多具有否决权的成员国；而在制度化程度较低的框架下，参与谈判的国家数量较少，且通常不具备否决他国重新谈判的权力。以竞争法领域为

<sup>[207]</sup> 参见 Andrew T. Guzman, *A Compliance-Based Theory of International Law*, 90 CAL. L.R. 1823, 1870 (2002).

<sup>[208]</sup> 参见，例如，ANDREW T. GUZMAN, *HOW INTERNATIONAL LAW WORKS: A RATIONAL CHOICE THEORY* (2008)（讨论通过服从机制、对等原则与反制措施促使遵守国际法的手段）。

<sup>[209]</sup> Timothy Meyer, *Shifting Sands: Power, Uncertainty and the Form of International Legal Cooperation*, 27 EUR. J. INT’L L. 161 (2016).

<sup>[210]</sup> 参见前文第二部分第（二）节第二小节（描述了数字服务税的实施情况）。

<sup>[211]</sup> 参见 GUZMAN, 同前注 272, 第 134 页。

<sup>[212]</sup> Meyer, 同前注 273, 第 166 页。

例，目前并不存在专门的国际治理机构。<sup>[213]</sup>历史上相关谈判都是国家间直接进行的，最终达成的非约束性协议更易于重新商定。<sup>[214]</sup>近年来，虽然竞争条款被纳入自由贸易协定，但这些条款——尽管体现了从严格“生产管辖”模式的转变——并不需要修改现有条约。<sup>[215]</sup>因此，各国可以小范围自由谈判，这本身就降低了交易成本，且无需修改既有协议。

相比竞争法，国际税收领域的法制化程度较高，但仍属相对松散型机制。虽然 OECD 制定了供各国参考的税收协定范本，但并未像 WTO 管理其协定那样直接管辖这些条约。各国无需 OECD 批准，即可自行重新商谈双边税收协定——这种双边谈判比多边谈判更易推进。更具创新性的是，OECD 还开发了多边工具来进一步降低修订双边条约的成本。《实施税收协定相关措施以防止税基侵蚀和利润转移的多边公约》(Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, 简称 MLI) 建立了一套新型匹配机制：各国先就税收条约更新方案作出选择，<sup>[216]</sup>再向条约保管机构通知选择结果。<sup>[217]</sup>当两国作出相同选择时，其双边税收协定即自动更新。<sup>[218]</sup>这种匹配程序通过“一次性选择+免除双边磋商”的机制，大幅降低了重新谈判成本。该机制得以实施的关键前提，恰恰在于税收条约的双边性而非多边性。最重要的是，某些国家未能修订其双边条约，丝毫不影响其他国家进行此类修订。

其次，高度法制化的机构通常比松散型机构涉及更正式的议题关联机制。经合组织(OECD)虽是反腐败条约、跨国公司行为准则等多项国际协议的谈判平台，<sup>[219]</sup>但其法律约束力远不如世贸组织(WTO)这类机构严苛。因此通过 OECD 重新协商税收管辖权时，并不会自动触发该组织管辖的其他议题。

<sup>[213]</sup> 参见： Andrew T. Guzman, Is International Antitrust Possible?, 73 N.Y.U. L. REV. 1501 (1998).  
281. Id.

<sup>[214]</sup> 参见： James F. Rill, A Framework for Cooperation: The Status of International Antitrust Enforcement, 18 WHITTIER L. REV. 321, 323 (1997).

<sup>[215]</sup> United States-Mexico-Canada Agreement, 同前注 257, 第二十一条, 第 1 款, 第 (2) 项(“本条款不妨碍缔约方对境外商业活动适用本国竞争法，只要该活动与其管辖区域存在适当联系”。

<sup>[216]</sup> Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, June 7, 2017, <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treatyrelated-measures-to-prevent-beps.htm>.

<sup>[217]</sup> 例如，同上，第 4 条第 4 款。(“当所有缔约管辖区均已就某项《适用税收协定》(Covered Tax Agreement) 条款作出此类通知时，该条款应被第 1 款的规定所取代” )。

<sup>[218]</sup> 同上。

<sup>[219]</sup> Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Dec. 17, 1997, S. TREATY DOC. No. 105-43 (1998); 参见 Rachel Brewster, The Domestic and International Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, 15 CHI. J. INT’L. L. 84 (2014); Organization for Economic Co-Operation and Development, OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>.

反观 WTO，其管理的是一套环环相扣的规则体系，涵盖货物贸易、服务贸易和知识产权三大领域。其中历史最悠久的货物贸易规则尤为复杂：既包括详细的关税约束标准，<sup>[220]</sup>又涉及卫生检疫措施、<sup>[221]</sup>技术性贸易壁垒的评估规范，<sup>[222]</sup>还制定了反制不公平贸易行为的精密操作指南。<sup>[223]</sup>这种将众多规则整合在单一多边框架下的设计，本应有利于各国通过议题交换达成初始协议。<sup>[224]</sup>

但成也萧何败也萧何，议题之间紧密的关联性反而给后续重新谈判制造障碍。重新谈判一个系统性议题，可能会威胁到该机构管辖范围内所有其他领域的合作基础。对议题 A 持反对意见的国家可能出于两种考量阻挠谈判：或是担心影响议题 B 的合作，或是试图借机换取在议题 C 上的让步。例如，美国历经多届政府，始终未能推动 WTO 就非市场经济体地位问题建立新规则，主要原因就在于其他成员国顾虑开启这个“潘多拉魔盒”会连带引发中国市场准入、市场经济体产业政策边界、争端解决机制改革等一系列敏感议题。在系统性改革受挫后，美国最终对钢铁、铝制品及中国商品加征关税，主要为了反制中国的补贴措施；当其他国家仍无法结成重新谈判联盟时，它们未经 WTO 授权就直接实施报复性措施，这进一步侵蚀了 WTO 规则的权威性<sup>[225]</sup>

授权机制本是解决此类谈判难题的常规方案。随着 WTO 谈判功能的弱化，其上诉机构曾通过“填补空白”的方式变得更加活跃。在著名的“海龟-海虾案”中（正如上文所述，该案是最早挑战美国变相主张实施“消费管辖”的案例之一），上诉机构甚至采用进化解释法（evolutionary approach）来重新诠释《关贸总协定》条款。<sup>[226]</sup>换言之，争端解决机制成为了对“消费管辖”模式转变进行质疑并实质性谈判的重要途径。

<sup>[220]</sup> 参见 GATT，同前注 65，第二条（参照各国的关税税则表）。

<sup>[221]</sup> Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1867 U.N.T.S. 493.

<sup>[222]</sup> Agreement on Technical Barriers to Trade, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1868 U.N.T.S. 120.

<sup>[223]</sup> Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1868 U.N.T.S. 201; Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1869 U.N.T.S. 14.

<sup>[224]</sup> 参见，例如， Paul Poast, Issue Linkage and International Cooperation: An Empirical Investigation, 30 CONFLICT MGMT. & PEACE SCI. 286, 287 (2013)（引用并讨论了大量支持这一观点的文献）

<sup>[225]</sup> 参见 Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes art 23., Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401（“各成员不得认定存在违反义务的情形……除非通过争端解决程序作出裁决……”）。

<sup>[226]</sup> Shrimp-Turtle, 同前注 100, ¶ 130.

然而如今，因美国指控上诉机构越权解释 WTO 协定，上诉机构已停摆多年。<sup>[227]</sup>因此，世贸组织丧失了对单边行动进行规则调适的有效渠道，特别是针对美国和欧盟在环保领域频繁采取的单边措施。尽管欧盟与美国在公开宣称其措施符合 WTO 规则的程度上有差异，<sup>[228]</sup>但单边行动对两者而言已成为常态而非例外。

在这种局面下，各国对“消费管辖”模式的拥护对 WTO 等成熟机构造成了更强的冲击。成员国始终保留着退出国际机构的选择权，而高昂的重新谈判成本意味着，在高度法制化机构中，成员国更可能通过持续违反核心规范（部分退出）或彻底退出机制。更关键的是，由于成熟机构内部的议题关联性，管辖权分配谈判一旦失败，就可能对整个国际合作体系构成威胁。反观税收和反垄断等制度化程度较低的领域，由于否决主体更少、议题绑架风险更低，不仅重新谈判成功率更高，且失败后果也相对可控。上述综合分析表明，在经济政治动荡时期，松散型国际法律框架反而展现出更强的韧性。

综上所述，正如哈兰·科恩（Harlan Cohen）所言，多边机构具有生命周期性。<sup>[229]</sup>“机构的组织会改变谈判动态，创造新的现实，带来不同的挑战，也需要不同的解决方案。”<sup>[230]</sup>像 WTO 这样的高度制度化机构，或许能有效执行对规则的共同理解，也更擅长在具体实施细节上达成共识。但当面对全球经济结构性巨变及由此产生的政策调整压力时，其高度制度化的特性反而会成为阻碍——具有讽刺意味的是，正是这些机构对跨领域规则体系作出的可信承诺，使成员国难以根据新形势调整严密的制度框架。<sup>[231]</sup>成熟的国际组织更容易失灵，恰恰因为其成熟度导致了成员规模扩张和议题关联性增强，这些特征虽曾助力解决历史谈判难题，却会限制未来谈判的行动自由度。

## 2. 消费管辖的原则性限制

若制度性解决方案不可行，各国将面临压力，需通过单边行动或非制度性外交渠道对消费管辖权的行使设定限制。从碳边境调节机制和数字服务税等议题的国际博弈来看，这些非制度

<sup>[227]</sup> The World Trade Organization: The Appellate Body Crisis, CTR. FOR STRATEGIC & INT’ L STUD., <https://www.csis.org/programs/scholl-chair-international-business/world-tradeorganization-appellate-body-crisis> (最后访问与 2024 年 3 月 4 日)。

<sup>[228]</sup> 欧盟通常坚称其措施符合世贸组织规则，即便此类主张往往难以自圆其说；而美国则已基本放弃援引世贸框架为其行为辩护。

<sup>[229]</sup> Harlan Grant Cohen, *Multilateralism’s Life Cycle*, 112 AM. J. INT’ L L. 47 (2018).

<sup>[230]</sup> 同上，第 48 页。

<sup>[231]</sup> 可能的后果是，各国退出原有机制并转向尚未形成阻碍性权力的新制度框架。参见 Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 YALE J. INT’ L L. 1 (2004).

化的外交磋商正在国家间催生新的合作模式。但这些谈判达成的解决方案具有领域特定性。“消费管辖”和“生产管辖”虽在不同领域体现为不同法律原则，但始终是国家权力的基础理论；同样地，限制消费管辖权的原则也应具备跨领域的适用性。

篇幅所限，本文无法详述各项限制性原则，比例原则为评估消费管辖权的合理行使提供了最佳分析框架。<sup>[232]</sup>该原则在国际法领域，尤其是涉及权利问题时，已获得广泛认可。<sup>[233]</sup>比例原则的具体表述因语境而异，其核心要件却通常包括：第一，审查国家的措施是否追求正当目标；第二，判断是否存在既能实现同等目标、又限制性更小的替代政策。<sup>[234]</sup>质言之，比例原则要求在国家追求正当目标的权力，与其行为对他方造成的损害之间进行权衡。

在评估税收或监管领域的消费管辖权主张时，比例原则提供了最佳分析工具。其基本适用路径分为两个层面：主张消费管辖的国家需证明其措施旨在保护气候变化、森林资源、劳工权益或税基完整性等正当目标；利益受损国则需提出能实现相同目标但限制性更小的替代方案。这事实上将责任转移至主张管辖权受侵害的国家，要求其提出替代方案作为谈判基础。不同于生产管辖模式，消费管辖模式中，法律推定将优先支持征税国或监管国的管辖权。

需要明确的是，本文并非主张由法院或仲裁庭作出裁决，而是建议将这种论证模式应用于数字服务税、碳边境调节机制等外交磋商中。当各国的反应通常以捍卫现状为由，质疑他国政策的合法性。例如，美国一方面指责他国实施数字服务税不合法且不公平，另一方面却在反垄断与贸易领域力推基于消费行为的政策。<sup>[235]</sup>更有效的争论应首先确认立法国的消费管辖权益是否正当，进而聚焦政策手段的适当性，从而避免各国根据特定部门的利益在消费管辖与生产管辖之间进行投机取巧的选择。

<sup>[232]</sup> 非歧视原则是国际经济法诸多领域共有的基本原则。 参见： Nicholas DiMascio & Joost Pauwelyn, *Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?*, 102 AM. J. INT'L. L. 48 (2008); NIELS BAMMENS, *THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN TAX LAW* (2012). 但是，当特定措施对某些国家产生不同影响时，非歧视原则的解释往往限制国家追求正当政策目标的能力。 参见：ANDREW D. MITCHELL, DAVID HEATON & CAROLINE HENCKELS, *NON-DISCRIMINATION AND THE ROLE OF REGULATORY PURPOSE IN INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT LAW* (2016)（批判非歧视案件中监管目的起到的作用）。因此，既审查目的正当性、又审查手段适当性的比例原则，为消费管辖权提供了更优的分析框架。

<sup>[233]</sup> 参见，例如： MICHAEL NEWTON & LARRY MAY, *PROPORTIONALITY IN INTERNATIONAL LAW* (2014); Thomas M. Franck, *Proportionality in International Law*, 4 L. & ETHICS OF HUM. RTS. 230 (2010); Thomas Cottier, Roberto Echandi, Rachel G. Liechti-McKee, Tetyana Payosova & Charlotte Sieber, *The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations*, 18 J. WORLD INV. & TRADE 628 (2017).

<sup>[234]</sup> Cottier 等，同前注 297，第 629 页。

<sup>[235]</sup> 参见上文第二部分。

将比例原则确立为统领性原则，也符合国际经济法领域的新兴实践。国际税收中的公式分配法（众多学者倡导、且已被 OECD 的新框架采纳）的本质就是比例原则的应用<sup>[236]</sup>——各国有权对源自本国消费的企业收入征税，但征税幅度应与其对总收入的贡献比例相符。国际贸易法中对比例原则的运用（特别是《关贸总协定》第 20 条例外条款的适用）同样表明，该原则能有效界定消费管辖权的边界。<sup>[237]</sup>

因此，比例性原则首先为外交提供了一套框架，通过赋予各国一种协商的共同语言，从而减少冲突。与国际法从国家实践中发展的原则一致，该原则既体现了国际法的核心理念，又提供了解决消费管辖权争议的现有路径。长远来看，各国或许会（也可能不会）委托机构在特定经济领域解释适用比例原则。但只要能就这一共同原则达成共识，用以界定管辖权边界，就已是一大进步。

## 结语

全球化始终像“罗夏墨迹测验”。<sup>[238]</sup>反对者与支持者总在“何谓新自由主义”等概念问题上争论不休，用理想化的理论模型来批判现实政治妥协催生的政策。近年来，关于全球化究竟会在保护主义的爆发中终结，抑或民族国家正在重夺全球经济治理主导权的争论愈演愈烈。

这些极端观点都未能切中肯綮。商品、服务和资本自由流动的全球化世界已成为不可倒退的现实，逆转全球化的代价令人难以承受。但全球化世界的本质正在发生演变。二战后各国构建的全球经济体系，本质上是通过国内政策吸引出口导向型产业。而这套体系建立在“谁有权对生产征税和监管”的特定法律理念之上，在以经济增长为根本宗旨（*raison d'être*）的时代具有其合理性。

---

<sup>[236]</sup> 参见，例如，Reuven S. Avi-Yonah & Zachee Pouga Tinhaga, *Formulary Apportionment and International Tax Rules*, in *TAXING MULTINATIONAL ENTERPRISES AS UNITARY FIRMS* 67 (S. Picciotto ed., 2017);

<sup>[237]</sup> Arthur J. Cockfield, *Formulary Taxation Versus the Arm's Length Principle: The Battle Among Doubting Thomases, Purists, and Pragmatists*, 52 CAN. TAX J. 114 (2004). 300. Cottier 等，同前注 297，第 645-648 页。

<sup>[238]</sup> Rorschach Test（罗夏墨迹测验）是一种著名的心理投射测验，由瑞士精神病学家赫尔曼·罗夏（Hermann Rorschach）于 1921 年创立。它通过受试者对抽象墨迹图案的解读，分析其潜意识中的心理状态、人格特征和情感倾向。——译者注

# 设备软件功能上市前申报的内容（行业和食品药品管理局工作人员指南）<sup>\*</sup>

美国食品药品监督管理局 著；李易骏，邹晓莉，张添艾 译<sup>\*\*</sup>

**摘要：**美国食品药品监督管理局（Food and Drug Administration, FDA）于 2023 年 6 月 14 日发布了《设备软件功能上市前申报的内容》，取代了 2005 年 5 月《医疗设备中所含软件上市前申报指南》，此次发布的指南适用于符合《联邦食品、药品和化妆品法（FD&C Act）》中定义的“设备软件功能”，并对其上市前申报内容进行了详细阐述，对 FDA 所推荐的文件进行了整理和说明，以供申办者阅读和参考，体现并更新了 FDA 关于“申办者将建议的文件纳入到设备软件功能上市前申报审查中”的看法，对相关行业和食品药品管理局工作人员具有指导意义。

**关键词：**医疗设备；上市前申报；设备软件功能

---

<sup>\*</sup> 原文参见：FDA, *Content of Premarket Submissions for Device Software Functions, Guidance for Industry and Food and Drug Administration Staff*, (Sep25, 2025, 14:19 BJT), <https://www.fda.gov/media/153781/download>.

<sup>\*\*</sup> 四川大学华西公共卫生学院/四川大学华西第四医院。

## 目 录

前 言 .....	160
一、 简介 .....	162
二、 背景 .....	163
三、 范围 .....	165
四、 定义 .....	167
五、 文档级别 .....	168
六、 推荐的文档 .....	170
(一) 文档级别评估 .....	171
(二) 软件说明 .....	171
(三) 风险管理文件 .....	174
(四) 软件需求规范 .....	176
(五) 系统和软件体系统结构图 .....	177
(六) 软件设计规范 .....	179
(七) 软件开发、配置管理和维护实践 .....	180
(八) 作为部分验证和确认的软件测试 .....	181
(九) 软件版本历史记录 .....	182
(十) 未解决的软件异常 .....	183
七、 附加信息-软件功能的法规注意事项 .....	183
附录 1 文件级别示例 .....	184
附录 2 系统和软件体系统结构图示例 .....	191

## 前言

本文件由美国卫生与公众服务部（U.S. Department of Health and Human Services）、美国食品药品监督管理局（Food and Drug Administration, FDA）、设备与放射卫生中心（Center for Devices and Radiological Health, CDRH）、生物制品评估研究中心（Center for Biologics Evaluation and Research, CBER）、药物评估研究中心（Center for Drug Evaluation and Research, CDER）、专员办事处中的组合产品办事处（Office of Combination Products in the Office of the Commissioner）于 2023 年 6 月 14 日发布。

本文件草案于 2021 年 11 月 4 日发布。

本文件取代 2005 年 5 月《医疗设备中所含软件上市前申报指南》。

有关本文件中 CDRH 监管设备的问题，请联系数字健康卓越中心（Digital Health Center of Excellence），网址为 [digitalhealth@fda.hhs.gov](mailto:digitalhealth@fda.hhs.gov)。有关本文件中 CBER 监管设备的问题，请联系通信、外联和发展办事处（Office of Communication, Outreach, and Development, OCOD），可致电 1-800-835-4709 或 240-402-8010，或通过电子邮件联系 [ocod@fda.hhs.gov](mailto:ocod@fda.hhs.gov)。

本文件代表了食品药品监督管理局（简称为 FDA 或机构）对于此话题的当前观点。它不为任何人设定任何权利，对 FDA 或公众不具有约束力。如果满足适用法规的要求，您可以使用替代方法。如需讨论替代方法，请联系标题页上列出的负责本指南的 FDA 工作人员或办事处。

- 公众意见

您可以随时在 <https://www.regulations.gov> 处提交电子意见和建议，供机构参考。也可以向美国食品药品监督管理局卷宗管理人员提交书面意见，地址：5630 Fishers Lane, Room 1061, (HFA-305), Rockville, MD 20852。所有意见请标明卷宗编号 FDA-2021-D-0775。在下一次修订或更新文件之前，管理局可能不会对意见采取行动。

其他副本获取方式：

- 设备与放射卫生中心

其他副本可从互联网上获得。您也可以发送电子邮件到 [CDRH-Guidance@fda.hhs.gov](mailto:CDRH-Guidance@fda.hhs.gov) 申请指南副本。请在申请中写明文件编号 GUI 00000337 和指南的完整标题。

- 生物制品评估和研究中心

其他副本可从生物制品评估和研究中心（CBER），通信，外联和发展办公室（OCOD）获得，地址：10903 New Hampshire Ave., Bldg.71, Room 3128, Silver Spring,

MD 20993-0002, 可以致电 1-800-835-4709 或 240-402-8010, 也可以通过电子邮件联系 [ocod@fda.hhs.gov](mailto:ocod@fda.hhs.gov) 或访问 <https://www.fda.gov/vaccines-blood-biologics/guidance-compliance-regulatory-informationbiologics/biologics-guidances>.

- 药物评估和研究中心

其他副本可从药物评估和研究中心（CDER）获得，该中心位于药物信息部通信办事处，地址：10001 New Hampshire Ave., Hillandale Bldg., 4th Floor, Silver Spring, MD 20993-0002, 或致电 855-543-3784 或 301-796-3400, 或通过电子邮件联系 [druginfo@fda.hhs.gov](mailto:druginfo@fda.hhs.gov) 或访问 <https://www.fda.gov/drugs/guidance-compliance-regulatory-information/guidances-drugs>

## 一、 简介

本指导文件旨在提供有关上市前申报的推荐文件的信息，以供 FDA 评估设备软件功能的安全性和有效性，这些软件功能符合《联邦食品、药品和化妆品法案 (FD&C Act)》第 201 (h) 节对设备的定义：包括“仪器、仪器、工具、机器、发明、植入物、体外试剂或其他类似或相关物品，包括任何部件、零件或附件，其……拟用于诊断疾病或其他状况，或用于治疗、缓解、治疗或预防人类疾病……或拟影响人体结构或任何功能……”<sup>[1]</sup>，并且“不包括根据 FD&C 法案第 520 (o) 节排除的软件功能”<sup>[2]</sup>。本文件取代了 2005 年 5 月 11 日发布的《FDA 关于医疗设备中所含软件上市前申报指南》<sup>[3]</sup>，并更新了 FDA 建议申办者将设备软件功能审查纳入到上市前申报中的相关看法。

本指南中的建议旨在促进 FDA 的上市前审查。本指南描述了在软件开发、验证和确认过程中通常生成和记录的信息。请注意，设备软件制造商必须根据《质量体系 (QS) 法规》(21 CFR 820.30 子部分 C - 质量体系法规的设计控制)<sup>[4]</sup>的要求创建和维护软件相关文档。根据我们的经验，用简单方法检验少量的信息这一方法，会经常在一个使用软件设备的上市前申报中被用到。在上市前审查期间，FDA 可能会要求提供评估提交所需的其他信息。例如，为了证明使用软件的设备的安全性和有效性，与《质量体系法规 (QSR)》(21 CFR 第 820 部分)<sup>[5]</sup>相关的文件通常是上市前申报的必要部分。根据《质量体系法规 (QSR)》21 CFR 820.30 (g)，作为 QSR 设计控制的一部分，制造商必须“建立和维护设备设计确认程序”，其中“应包括软件确认和风险分析（如适用）”<sup>[6]</sup>。

本指南中推荐的文档基于 FDA 评估设备软件安全性和有效性的经验。然而，申办者可以使用替代方法并提供不同的文件，只要所提供的方法和文件满足适用法律规定和法规中的上市前申报要求。有关本文件中引用的 FDA 公认共识标准的当前版本，请参阅 FDA 认可的共识标准数据库<sup>[7]</sup>。关于在提交监管材料中使用共识标准的更多信息，请参阅 FDA 指南《在

<sup>[1]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.2-3.

<sup>[2]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.464-466.

<sup>[3]</sup> Food and Drug Administration, Guidance for the Content of Premarket Submissions for Software Contained in Medical Devices, May 11, 2005

<sup>[4]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 820 p.165-166.

<sup>[5]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 820 p.160-174.

<sup>[6]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 820 p.166.

<sup>[7]</sup> Food and Drug Administration, “Recognized Consensus Standards: Medical Devices”, October 9, 2023, <https://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfStandards/search.cfm>.

医疗设备上市前申报时适当使用自愿共识标准》<sup>[8]</sup>和《生物制剂评估与研究中心审查的监管材料中的标准制定和标准使用情况》<sup>[9]</sup>。

如上所述，本指南确定了 FDA 认为通常需要支持上市前申报的软件信息。本指南中的建议也旨在促进 FDA 的上市前审查。FDA 预计，管理局和行业在本指南发布后最多需要 60 天才能实施所讨论的建议。但是，CDRH 可以在任何时间审查任何此类信息。

一般来说，FDA 的指导文件没有规定可依法强制执行的责任。相反，指南描述了管理局目前对某一主题的想法，除非引用了具体的监管或法定要求，否则只能将其视为建议。在机构指南中使用的“应该”（should）一词意味着建议或推荐，但不是必须的。

## 二、背景

本指南的目的是描述 FDA 对申办者应将推荐的文件纳入上市前申报的想法，以便 FDA 评估设备软件功能的安全性和有效性。这种想法基于《21 世纪治愈法案 (Cures Act)》对《FD &C 法案》第 520 节的最新修订，将某些软件功能排除在设备定义之外<sup>[10]</sup>。它还考虑了数字健康的快速发展性质以及最近 FDA 认可的与软件相关的共识标准。如本文件“第三章 范围”所述，本指南旨在对提供与软件相关建议的其他现有指南文件进行补充，包括下面列出的指导文件。以下指导文件代表了与上市前软件文档活动相关的 FDA 数字健康内容指南<sup>[11]</sup>的一部分。请注意，该列表并不详尽，且可能会发生变化：

1. 《多功能设备产品：政策和考虑因素》<sup>[12]</sup>
2. 《现售（Off-The-Shelf, OTS）软件在医疗设备中的应用》<sup>[13]</sup>
3. 《可互操作医疗设备的设计考虑和上市前申报建议》<sup>[14]</sup>

---

<sup>[8]</sup> Food and Drug Administration, Appropriate Use of Voluntary Consensus Standards in Premarket Submissions for Medical Devices, September 2018, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics

<sup>[9]</sup> Food and Drug Administration, Standards Development and the Use of Standards in Regulatory Submissions Reviewed in the Center for Biologics Evaluation and Research, March 2019, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-2017-D-6535.

<sup>[10]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.464-465.

<sup>[11]</sup> Food and Drug Administration, “Guidances with Digital Health Content”, November 11, 2023, <https://www.fda.gov/medical-devices/digital-health-center-excellence/guidances-digital-health-content>.

<sup>[12]</sup> Food and Drug Administration, Multiple Function Device Products: Policy and Considerations, July 2020, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Office of the Commissioner, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2018-D-1339.

<sup>[13]</sup> Food and Drug Administration, Off-The-Shelf Software Use in Medical Devices, August 2023, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2019-D-3598.

<sup>[14]</sup> Food and Drug Administration, Design Considerations and Pre-market Submission Recommendations for Interoperable Medical Devices, September 2017, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2015-D-4852.

4. 《软件确认的一般原则》<sup>[15]</sup>
5. 《医疗设备网络安全：质量体系考虑因素和上市前申报内容》<sup>[16]</sup>
6. 《包含现售（OTS）软件的联网医疗设备的网络安全》<sup>[17]</sup>
7. 《将人为因素和可用性工程应用于医疗设备》<sup>[18]</sup>

FDA 鼓励申办者在开发设备软件功能和准备上市前软件文档时考虑这些指南。

与软件相关的共识标准有助于提高软件开发和文档的一致性和质量，特别是在风险评估和管理等活动方面。在可能的情况下，FDA 将本指南中的术语和建议与软件相关的共识标准相协调，例如以下示例。以下所列的标准并不详尽，且可能会发生变化：<sup>[19]</sup>

1. ANSI/AAMI/ISO 14971: 医疗设备-风险管理在医疗设备中的应用
2. ANSI/AAMI/IEC 62304: 医疗设备软件-软件生命周期过程
3. ANSI/AAMI SW91: 健康软件缺陷的分类

管理局鼓励在开发设备软件功能和准备上市前软件文档时考虑这些 FDA 认可的共识标准。在评估设备的适当文档级别以及上市前申报的总体推荐文档时，请参阅本指南“第五章 文档级别”和“第六章 推荐的文档”。

2022 年 12 月 29 日颁布的《2023 年综合拨款法案》FF 部分第三篇 Pub.L.No.117-328 (“FDORA”)《2022 年食品和药品综合改革法案》第 3308 节在《FD&C 法案》(第 515C 节) 中增加了第 515C 节“设备预定变更控制计划”<sup>[20]</sup>，根据该节，FDA 可以批准设备的预定变更控制计划 (PCCP)，该计划描述了可能对设备进行的计划变更，否则需要补充上市前批准申请或上市前通知。例如，该节规定，如果设备变更与 FDA 批准的 PCCP 一致，则不需要补充上市前批准申请 (第 515C (a) 节)<sup>[21]</sup>或上市前通知 (第 515C (b) 节)<sup>[22]</sup>。第 515C 节还规定，当设备根据该计划发生变化时，FDA 可能要求 PCCP 需包含安全有效使用设备的标签、设备不能按照该计划预期运行的通知要求以及根据该计划所做更改的性能要求。如

<sup>[15]</sup> Food and Drug Administration, General Principles of Software Validation, January 2002, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-1997-D-0029.

<sup>[16]</sup> Food and Drug Administration, Cybersecurity in Medical Devices: Quality System Considerations and Content of Premarket Submissions, September 2023, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2021-D-1158.

<sup>[17]</sup> Food and Drug Administration, Cybersecurity for Networked Medical Devices Containing Off-the-Shelf (OTS) Software, January 2005, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2020-D-0957.

<sup>[18]</sup> Food and Drug Administration, Applying Human Factors and Usability Engineering to Medical Devices, February 2016, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2011-D-0469.

<sup>[19]</sup> Food and Drug Administration, “Recognized Consensus Standards: Medical Devices”, October 9, 2023, <https://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfStandards/search.cfm>.

<sup>[20]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.429-430.

<sup>[21]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.429.

<sup>[22]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.429-430.

如果您有兴趣在营销申报中提出 PCCP，我们鼓励您提交预申报，以便与 CDRH 进行进一步讨论。请参阅 FDA 的指南《申请医疗设备申报的反馈和商议：Q 申报计划》<sup>[23]</sup>。

### 三、 范围

就本文件而言，FDA 将符合设备定义的软件功能称为设备软件功能。对于任何一种产品，术语“功能”是产品的独特用途，它可以是产品的预期用途或预期用途的子集<sup>[24]</sup>。例如，用于分析数据的产品有一个功能：分析。用于存储、传输和分析数据的产品有三个功能：(1) 储存，(2) 转移和 (3) 分析。如本例所示，一个产品可能包含多个功能。

本指南旨在涵盖设备软件功能。示例包括但不限于软件控制医疗设备的固件和其他手段、医疗设备的软件附件以及满足设备定义的“纯软件”功能，包括拟在商业 OTS 计算平台上操作的设备软件功能。

本指南建议在上市前申报中提供包括设备软件功能在内的信息。就本指南而言，术语上市前申报包括但不限于：上市前通知 (510(k)) 申报、从头分类请求、上市前批准 (Premarket approval, PMA) 申请、研究设备豁免 (Investigational device exemption, IDE)、人道主义设备豁免 (Humanitarian device exemption, HDE) 或生物制剂许可证申请 (Biologics license application, BLA)。根据《公共卫生服务法》第 351 节，某些设备需要通过 BLA 进行上市前审查<sup>[25]</sup>。

本指南不适用于自动化制造和质量系统软件或非设备软件。作为质量体系法规生产和过程控制的一部分，21 CFR 820.70 (i) 指出，“当计算机或自动数据处理系统用作生产或质量体系的一部分时，制造商应根据既定协议确认计算机软件的预期用途。所有软件更改应在批准和发布之前进行确认。这些确认活动和结果应记录在案。”<sup>[26]</sup>欲了解更多信息或明确文件要求，请联系负责的 FDA 审查部门。

---

<sup>[23]</sup> Food and Drug Administration, Requests for Feedback and Meetings for Medical Device Submissions: The Q-Submission Program, June 2023, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-2018-D-1774.

<sup>[24]</sup> Food and Drug Administration, Multiple Function Device Products: Policy and Considerations, July 2020, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Office of the Commissioner, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2018-D-1339.

<sup>[25]</sup> United States Public Health Service, Public Health Service Act, 1944, United States Code, Title 42, p.345-346.

<sup>[26]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 820 p.168.

一般来说，本指南中的建议适用于组合产品<sup>[27]</sup>（如药物设备和生物设备组合产品）中的包含设备软件功能的设备组成部分<sup>[28]</sup>，包括分配给药物或生物产品市场提交类型监管的CDER 和 CBER 的组合产品。欲了解更多信息，请联系 FDA 负责审查组合产品的部门。申办者可以书面形式申请组合产品办事处（Office of Combination Products, OCP）的代表参加有关其组合产品的会议，或者申请 OCP 以其他方式参与产品相关的监管事宜（《FD&C 法案》第 503 (g) (1) (A) 节）<sup>[29]</sup>。此外，如果您不确定您的产品是组合产品还是组合产品的组成部分，或者哪个中心拥有主要管辖权，您可以请求组合产品办事处参与。有关参与组合产品监管申请的更多信息，请参阅 FDA 的指南《请求 FDA 就组合产品提供反馈意见》<sup>[30]</sup>。

其他 FDA 指导文件可能会建议将其他软件相关文件纳入上市前申报。例如，将网络安全信息纳入设备上市前申报的建议可以在指南《医疗设备网络安全：质量体系考虑因素和上市前申报内容》<sup>[31]</sup>和《包含现售（OTS）软件的联网医疗设备的网络安全》<sup>[32]</sup>中找到。“第二章 背景”中参考了其他相关指导文件，这些文件补充了本指南中包含的建议。

受特定特殊控制<sup>[33]</sup>的设备软件功能可能需要在上市前申报中提交额外的软件相关文档。如适用，请参阅设备的相关特殊管控。

本指南不适用于评估上市后软件设备问题（包括更正和删除）时可能需要的软件相关文档<sup>[34]</sup>。

虽然本指南确定了申办者应在上市前申报的文件中包含的内容，但本指南并非旨在提供有关如何开发、验证和确认设备软件的建议。本指南不建议使用任何特定的软件生命周期模型或开发方法（如瀑布模型或其变体、螺旋模型、敏捷模型等）。申办者应建立适合其产品和组织的软件生命周期模型，并满足适用的法规要求。所选择的软件生命周期模型应涵盖软

---

<sup>[27]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 1 Part 3 p.173.

<sup>[28]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 1 Part 4 p.178.

<sup>[29]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.171.

<sup>[30]</sup> Food and Drug Administration, Requesting FDA Feedback on Combination Products, Office of the Commissioner, December 2020, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Biologics Evaluation and Research, Center for Drug Evaluation and Research, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2019-D-4739.

<sup>[31]</sup> Food and Drug Administration, Cybersecurity in Medical Devices: Quality System Considerations and Content of Premarket Submissions, September 2023, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2021-D-1158.

<sup>[32]</sup> Food and Drug Administration, Cybersecurity for Networked Medical Devices Containing Off-the-Shelf (OTS) Software, January 2005, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2020-D-0957.

<sup>[33]</sup> Food and Drug Administration, “Regulatory Controls”, March 27, 2018, <https://www.fda.gov/medical-devices/overview-device-regulation/regulatory-controls>.

<sup>[34]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 806 p.69-71.

件的整个产品生命周期。无论使用何种软件生命周期模型，申办者都应确保其设计历史文件（Design history file, DHF）<sup>[35]</sup>的记录与其软件开发、验证和确认工作同步，每个制造商应为每种类型的设备建立并维护一个 DHF 文档，它是描述成品装置设计历史的记录汇编，且应包含或引用必要的记录，以证明设计是根据所批准的设计计划和 21 CFR 820 的要求开发的。如果 DHF 文档是在实际软件开发、验证和确认工作结束后的很长一段时间内才追溯或创建的，则可能会让人担心开发人员是否对其设计过程进行了充分控制。有关设备软件开发、验证和确认的建议，请参阅与软件相关的 FDA 认可的自愿共识标准以及本指南中引用的其他与软件相关的 FDA 指导文件（例如《软件确认的一般原则》<sup>[36]</sup>）。

## 四、 定义

本指南使用以下术语：

1. **设备软件功能：**满足 FD&C 法案第 201 (h) 节中设备定义的软件功能<sup>[37]</sup>。如上所述，术语“功能”是产品的一个独特目的，它可以是产品的预期用途或预期用途的子集。
2. **现售 (OTS) 软件**<sup>[38]</sup>：设备制造商使用的一种通用软件组件，制造商无法对其进行完整的软件生命周期控制（例如，操作系统、打印机/显示库）。
3. **严重伤害**<sup>[39]</sup>：伤害或疾病造成：
  - (1) 危及生命，
  - (2) 导致身体功能永久受损或身体结构永久受损，或
  - (3) 需要进行医疗或外科干预，以防止身体功能的永久性损伤或身体结构的永久性损害。永久性被定义为对身体结构或功能的不可逆损伤或损害，不包括微小的损伤或损害。
4. **软件验证和软件确认：**本指南使用术语“软件验证”和“软件确认”，下文将对此进行详细描述。
  - (1) 就本指南而言，软件验证是通过客观证据确认特定开发阶段的输出满足该阶段的所有输入要求。软件验证涉及在开发过程中评估软件及其支持文档的一致性、完整性和正确性，并为后续软件确认的结论提供支持。软件测试是旨在确认软件开发

<sup>[35]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 820 p.165-166.

<sup>[36]</sup> Food and Drug Administration, General Principles of Software Validation, January 2002, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-1997-D-0029.

<sup>[37]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.2-3.

<sup>[38]</sup> Food and Drug Administration, Off-The-Shelf Software Use in Medical Devices, August 2023, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2019-D-3598.

<sup>[39]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 803 p.54.

输出满足其输入要求的几种验证活动之一。其他验证活动包括源代码评估（例如代码审查和代码走查）、文档检查、设计评审、技术评估（例如软件体系结构和软件详细设计等），和可追溯性分析（例如软件需求规范到软件设计规范，反之亦然，源代码到软件设计规范，反之亦然，测试用例到源代码和软件设计规范）。设计阶段的输入和输出分别称为软件需求规范（Software Requirements Specification, SRS）和软件设计规范（Software Design Specification, SDS）。在这种情况下，软件验证将涉及通过客观证据（例如审查、可追溯性分析）确认 SDS 中记录的软件设计（即输出）正确且完全实现 SRS（即输入）的所有要求。

(2) 就本指南而言，软件确认是指通过客观证据确定软件规范符合用户需求和预期用途，并且可以通过软件始终满足特定要求。软件确认是成品设备设计确认的一部分。它涉及检查软件在其实际或模拟使用环境中的正确操作，包括在适当的情况下整合到最终设备中。软件确认高度依赖于在软件开发生命周期的每个阶段已完成的全面软件测试和其他的验证任务。规划、需求、可追溯性、测试、风险评估、设计评审、变更管理以及优秀软件工程的许多其他方面都是重要的活动，它们共同有助于支持软件经过确认的结论。

上述关于软件验证和软件确认的描述与指南《软件确认的一般原则》<sup>[40]</sup>中描述的 FDA 想法一致。

## 五、 文档级别

上市前申报的推荐文档取决于设备对患者、设备用户或使用环境中其他人的风险。FDA 打算采取一种基于风险的方法来帮助确定设备的文档级别，该级别可以是基础的，也可以是增强的。文档级别的目的是帮助确定支持上市前申报（包括设备软件功能）的最低信息量。

设备的文档级别基于设备预期用途背景下其设备软件功能的风险，因此文档级别反映了整个设备<sup>[41]</sup>。

就本指南而言：

如果在上市前申报的文件中，某一设备软件功能的故障或缺陷可能会造成危险情况，从而“可能”（旨在排除纯粹假设风险的考虑）导致患者、设备使用者或使用环境中的其他人死亡或重伤<sup>[42]</sup>，则应提供增强文档。应在实施风险控制措施之前评估这些风险。申办者应结合设备预期用途（例如，对安全，治疗和/或诊断的影响）以及其他相关因素来考虑风险。

<sup>[40]</sup> Food and Drug Administration, General Principles of Software Validation, January 2002, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-1997-D-0029.

<sup>[41]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 801 p.20-21.

<sup>[42]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 803 p.54.

不适用增强文档的设备软件功能在上市前申报时提供基础文档。

在确定文档级别时，申办者应考虑与设备相关的所有已知或可预见的软件危害和危险情况，包括在实施风险控制措施之前合理预估因误用（无论是有意还是无意）而引起的危害和危险情况。这还包括由于设备网络安全不足而造成设备功能被有意或无意损害的可能性。

申办者有责任积极全面地将风险视为设备风险评估的一部分。有关风险评估的信息，请参阅本指南“第六章第三节 风险管理文件”。

虽然应单独评估本指南范围内的设备，以确定适当的文档级别，但我们建议在上市前申报中为某些类别的设备提供增强文档。具体而言，我们建议用于确定献血者和接受者相容性的设备，用于采集血液和血液成分以进行输血或进一步制造的自动血细胞分离器设备，和血液建立计算机软件（Blood establishment computer software, BECS）在上市前申报的文件中提供增强文档。有关 BECS 增强文档级别的基本原理，请参阅本指南“附录 1”。

我们还通常建议一些其他类别的设备也在上市前申报中提供增强文档。FDA 认为，鉴于这些产品的性质及其预期用途，这些产品可能具有独特的风险，需要进一步的文件记录，以确保 FDA 能够评估该设备的安全性和有效性。这些类别包括作为组合产品组成部分的装置（即药物/设备，生物/设备或药物/设备/生物）<sup>[43]</sup>和 III 类设备。在评估作为组合产品的组成部分或 III 类设备的适当文档级别的过程中，申办者可能会认为增强文档级别不适用。在这种情况下，申办者应提供适当详细的理由，说明为什么上市前申报适合提交基础文档而不是增强文档。如前所述，在提交审查过程中，如果需要评估设备的安全性和有效性，FDA 可能会要求提供更多信息。

申办者可以提交预申报，以便在正式上市前申报之前获得 FDA 对设备文件级别和推荐文件的反馈，请参阅 FDA 的指南《申请医疗设备申报的反馈和商议：Q 申报计划》<sup>[44]</sup>。有关如何与某个特定机构中心就组合产品进行合作的更多信息，包括其最佳做法，请参阅 FDA 的指南《请求 FDA 就组合产品提供反馈意见》<sup>[45]</sup>。

有关展示如何实施文档级风险方法的其他信息和设备示例，请参阅本指南“附录 1”。

---

<sup>[43]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 1 Part 3 p.173.

<sup>[44]</sup> Food and Drug Administration, Requests for Feedback and Meetings for Medical Device Submissions: The Q-Submission Program, June 2023, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-2018-D-1774.

<sup>[45]</sup> Food and Drug Administration, Requesting FDA Feedback on Combination Products, Office of the Commissioner, December 2020, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Biologics Evaluation and Research, Center for Drug Evaluation and Research, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2019-D-4739.

## 六、 推荐的文档

本章反映了 FDA 关于基本和增强文档级别分别应将什么信息纳入上市前申报的建议。此推荐信息应证明设备软件功能采用了规划、需求、风险评估、设计评审、可追溯性、变更管理、测试计划和结果以及优秀软件工程的其他方面，以支持正确设计、验证和确认设备软件功能的结论。

如果设备是多功能设备产品，并且包括指南《多功能设备产品：政策和考虑因素》<sup>[46]</sup>中使用的术语“其他功能”的软件功能，在准备上市前申报的软件文档时，应考虑上述指南中描述的建议。

下表 1 概述了每个软件文档元素和相应文档级别的推荐文档。有关更多详细信息，请参阅指南本章（第六章）的第一至十节。

表 1 推荐文档概述

软件文档元素	基础文档级别	增强文档级别
文档级别评估 (第六章第一节)	说明文件级别的声明以及该级别的基本原理描述。	
软件说明 (第六章第二节)	软件描述，包括重要软件特性、功能、分析、输入、输出和硬件平台的概述。	
风险管理文件 (第六章第三节)	风险管理计划、风险评估（证明风险已适当降低）和风险管理报告。	
软件需求规范 (第六章第四节)	软件需求规范 SRS 文档要以有组织的格式呈现，在软件系统层面或子系统层面（视情况而定）描述系统或软件的需求或期望，并且提供足够的信息，以便了解这些信息与其他软件文档元素（例如风险管理文件、软件设计规范、系统和软件体系结构设计图、软件测试）之间的可追溯性。	
系统和软件体系结构设计 (第六章第五节)	构成设备的模块、层和接口的详细图表，它们之间的关系，数据输入/输出和数据流，以及用户或外部产品（包括信息技术 IT 基础设施和外围设备）如何与系统和软件交互。	

<sup>[46]</sup> Food and Drug Administration, Multiple Function Device Products: Policy and Considerations, July 2020, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Office of the Commissioner, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2018-D-1339.

续表

软件文档元素	基础文档级别	增强文档级别
软件设计规范 (第六章第六节)	FDA 不建议将软件设计规范 SDS 作为上市前申报的一部分。申办者应通过 DHF 将这些信息记录在设备的设计上。在上市前审查期间, 如果需要, FDA 可能会要求提供更多信息, 以评估该设备的安全性和有效性。	软件设计规范 SDS 文档, 包括足够的信息, 使 FDA 能够了解软件如何运行的技术设计细节, 软件设计如何完全正确地实现 SRS 的所有要求, 以及软件设计如何在预期用途、功能、安全性和有效性方面追溯到 SRS。
软件开发、配置管理 和维护实践 (第六章第七节)	生命周期开发计划概要以及配置管理和维护活动概要; <b>或</b> 符合 FDA 认可的 IEC 62304 版本的声明 <sup>[47]</sup> , 包括第 5.1.1-5.1.3、5.1.6-5.1.9 款、第 6 条(软件维护过程)和第 8 条(软件配置管理过程)以及其他适用的规定。	<b>基础文档, 加完整的配置管理和维护计划文档;</b> <b>或</b> 符合 FDA 认可的 IEC 62304 版本的声明, 包括第 5.1 款(软件开发规划)、第 6 条(软件维护过程)和第 8 条(软件配置管理过程)以及其他适用的规定。
作为部分验证和确认的软件测试 (第六章第八节)	单元级、集成级和系统级测试活动的概要描述; <b>和</b> 系统级测试协议, 包括预期结果、观察结果、确定通过/未通过和系统级测试报告。	<b>基础文档, 加单元级和集成级测试协议</b> , 包括预期结果、观察结果、确定通过/未通过以及单元级和集成级测试报告。
软件版本历史记录 (第六章第九节)	测试软件版本的历史记录, 包括日期、版本号以及与之前测试的软件版本相关的所有更改的简要描述。	
未解决的软件异常 (第六章第十节)	剩余未解决的软件异常列表, 并评估每个未解决的软件异常对设备安全性和有效性的影响。	

## (一) 文档级别评估

说明设备文档级别的声明, 以及此类文档级别的基本原理描述。基本原理应说明设备的预期用途, 并在适当的情况下应包括申报文档(如风险管理文件、软件描述等)的引用, 以支持该文档级别的评估。

## (二) 软件说明

应提供重要软件功能和功能的概述, 包括必要的图像、流程图和状态图, 以充分解释软件功能, FDA 可能会要求提供额外的体系结构图, 以解决与设备相关的网络安全风险, 欲

<sup>[47]</sup> Food and Drug Administration, Appropriate Use of Voluntary Consensus Standards in Premarket Submissions for Medical Devices, September 2018, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-2014-D-0456.

了解更多信息，请参阅指南《医疗设备网络安全：质量体系考虑因素和上市前申报内容》<sup>[48]</sup>。

如果上市前申报的是修改后的设备，请提供之前提交的文件编号，并突出显示自上次 FDA 批准以来的相关软件更改（例如影响安全性和有效性的更改）。

在准备软件描述时，请考虑并在适用的情况下提供信息，以解决以下问题。然而，FDA 认识到，这些问题和例子可能无法涵盖设备软件所有独特的方面，并鼓励申办者纳入其他信息，以进一步加深 FDA 对设备功能的理解，便于对申报进行审查。

如果设备是多功能设备产品，并且包括指南《多功能设备产品：政策和考虑因素》<sup>[49]</sup>中使用的术语“其他功能”的软件功能，在准备软件描述信息时，应考虑上述指南中提到的建议。

#### • 软件操作

- (1) 与设备的预期用途相关的软件的作用是什么？示例：纯软件设备、控制设备硬件的软件、随设备一起进行数据处理的软件应用程序。
- (2) 软件的预期用户是谁？示例：患者、护理人员、医疗保健专业人员或其组合
- (3) 预期患者人数是多少？
  - 软件功能是否关注特定疾病、状况、患者特征或人口统计学？
  - 该软件是否提供了直接适用于特定疾病或状况的信息？
- (4) 如果软件对信号/模式或图像进行分析，那么分析方法是什么？示例：基于规则的计算，在线测试管理，人工智能和机器学习（Artificial intelligence and machine learning, AI/ML），神经网络，固定（锁定）或自适应（迭代，连续学习）算法。
- (5) 如果设备软件功能使用通过 ML 方法训练的 ML 模型（即启用 AI/ML，例如 AI, ML，自适应模型，自然语言处理（Natural language processing, NLP），神经网络和相关方法）：
  - 使用了哪些方法、模型、框架和/或平台？
  - 哪些数据（人口，样本）为模型提供了信息？数据是如何、何时、何地收集的？
  - 采取了哪些步骤来识别和解决模型中潜在偏差和局限性？
  - 使用了哪些材料、机制和/或方法来保证模型开发、性能和局限性方面的透明度？

#### • 软件详细信息

能够提供一些已识别软件详细信息的一种示例方法是提供软件材料清单（Software Bill of Materials, SBOM），列出并提供软件组件的详细信息，包括但不限于商业、开源、OTS

---

<sup>[48]</sup> Food and Drug Administration, Cybersecurity in Medical Devices: Quality System Considerations and Content of Premarket Submissions, September 2023, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2021-D-1158.

<sup>[49]</sup> Food and Drug Administration, Multiple Function Device Products: Policy and Considerations, July 2020, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Office of the Commissioner, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2018-D-1339.

和制造商开发的软件组件。对于某些设备，上市前申报可能需要与 SBOM 相关的信息。

- (1) 使用了哪些硬件平台？
- (2) 使用了哪些软件平台？

如果适用，使用了哪些托管环境（例如医院网络、云基础设施）及其用于哪些功能（例如处理、存储）？

- (3) 设备是否使用 OTS 软件？<sup>[50]</sup>

如果设备使用 OTS 软件，FDA 可能会要求在上市前申报中提供额外信息。

- (4) 最终发布版本是什么（即打算发布给最终用户的版本）？如果此版本与文档的版本不同，请解释差异。

#### • 软件输入和输出

- (1) 输入及其格式是什么？示例：信号、图像（具体方式）、测量（具体单位）、报告、问卷、其他设备数据/结果。
- (2) 由谁或什么提供输入？示例：患者、护理人员、医疗保健专业人员、技术人员、传感器/附件、信号采集系统、体外诊断设备、其他医疗设备、其他非医疗产品或软件。
- (3) 输出及其格式是什么？示例：诊断信息、治疗信息、设备硬件的控制信号、图像（具体方式）、测量（具体单位）、警报、警示或报告。
- (4) 由谁或什么接收输出？示例：患者、护理人员、医疗保健专业人员、技术人员、健康记录、设备硬件、其他医疗设备、可互操作系统。
- (5) 该软件是否影响或替代由医疗保健专业人员、患者、护理人员或其他操作员任何手动执行的操作？临床工作流程的步骤和假设（从开始到结束状态）是什么？示例：自动化步骤，对患者进行分类，提供明确的诊断或可能的诊断建议以供医生进一步确认，执行或推荐特定治疗，确定感兴趣的区域以供进一步检查。
- (6) 设备是否设计为可互操作的？<sup>[51]</sup>换句话说，设备是否通过电子接口（例如网络、无线）与另一种医疗/非医疗产品、系统或设备传输、交换和/或使用信息？如果是，设备与哪些其他产品接口，以及使用哪些方法、标准和规范与其他医疗/非医疗产品、系统或设备进行交互和/或通信？医疗/非医疗产品、系统或设备是否联网？

如果上述要求的任何信息包含在其他文件中，例如软件需求规范（SRS），则应提供对该信息所在提交文件的注释和引用。

---

<sup>[50]</sup> Food and Drug Administration, Off-The-Shelf Software Use in Medical Devices, August 2023, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2019-D-3598.

<sup>[51]</sup> Food and Drug Administration, Design Considerations and Pre-market Submission Recommendations for Interoperable Medical Devices, September 2017, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2015-D-4852.

### （三）风险管理文件

风险管理文件应作为上市前申报的一部分而提供，并包括以下文件。FDA 建议申办者参考 FDA 认可的 ISO 14971 版本<sup>[52]</sup>，以获取关于风险管理文件开发和应用的更多信息。

#### 1. 风险管理计划

FDA 建议申办者提交一份风险管理计划，以保证某一特定医疗设备风险管理活动和流程的有效性。在 FDA 对风险管理计划的审查中，管理局打算主要关注：

- (1) 个人风险可接受性标准，包括风险降低（控制）的需要。
- (2) 在所有风险控制措施得到实施和验证后，评估所有残余风险的总体残余风险的可接受性的方法。

风险可接受性标准应基于申办者确定可接受风险的过程。在对所审查的设备软件进行初步风险评估之前，应将可接受性标准记录在风险管理计划中。

风险管理计划中应明确申办者计划如何评估总体残余风险与设备预期用途的收益。

#### 2. 风险评估

所有设备软件都应提供包括风险分析、风险评估、风险控制和收益风险分析（如适用）的风险评估。对于作为系统一部分的软件，应在包含软件及其整个硬件环境的系统上进行风险评估。如果此信息包含在系统风险评估文档中，则应在软件文档中引用上市前申报的特定部分并予以说明。

对于多功能设备产品，风险评估应包括基于风险的分析结果，分析指南《多功能设备产品：政策和考虑因素》<sup>[53]</sup>中使用的术语“其他功能”对被审查设备功能的安全性或有效性的任何潜在不利影响或标注的积极影响。

风险评估应记录以下项目（例如，以表格形式）：

##### (1) 风险分析

- 根据预期用途识别与设备相关的已知或可预见危害（本指南中“危害”是指潜在的危害源）及其原因；故意或非故意滥用的合理预想；以及对安全性，治疗和/或诊断的影响。对于每个已识别的危险，申办者应合理考虑可能导致危险情况（本指南中“危险情况”是指人员、财产或环境暴露于一种或多种危险的情况）事件顺序或组合的预想，并应识别和记录由此产生的危险情况。
- 估计每种危险和危险情况的风险。通常很难充分估计可能导致危险情况的软件故障的概率。对软件故障应用不切实际的低概率估计可能会导致不切实际的风险评估，并随后导致风险控制措施不恰当。因此，在某些情况下，谨慎的做法

---

<sup>[52]</sup> Medical devices - Application of risk management to medical devices, ISO 14971, December 23,2019.

<sup>[53]</sup> Food and Drug Administration, Multiple Function Device Products: Policy and Considerations, July 2020, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Office of the Commissioner, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2018-D-1339.

可能是专注于识别可能导致危险情况的潜在软件功能和故障，而不是估计概率。在这种情况下，考虑更坏的情况发生的概率是合适的，发生软件故障的概率应设置为 1。

- 危险情况造成伤害（本指南中“伤害”是指对人的健康造成伤害/损害，或对财产/环境造成损害）的严重程度。

#### (2) 危险情况的初步风险评估

这包括可接受性评估（例如，可接受、不可接受）以及风险管理计划中定义的风险降低（控制）措施的必要性。

#### (3) 风险控制措施

- 这应包括以下风险控制措施，按最高优先级到最低优先级降序排列：
  - ◆ 设计（例如，消除或减少不必要的功能，修改软件体系结构以防止危险情况，修改用户界面以防止使用错误）
  - ◆ 保护措施（例如，防御性编程检查，检测意外故障，然后自动干预以停止下一步的结果或治疗，警报使用户采取干预以防止危险情况的发生）
  - ◆ 安全信息（例如，书面警告、屏幕警告、培训）
- 应验证风险控制措施的实施情况，并验证已实施风险控制措施的有效性（即已实施的风险控制措施降低了风险）。这可以通过将已识别的危害追踪到已验证的特定风险控制措施来实现（例如 SRS 和 SDS 中的需求 ID，显示通过/未通过结果的测试文档中的测试名称和标识符，用户手册名称和标识符，培训手册名称和标识符）。例如，当给定一个已识别的危害（例如 HAZ-XXX，其中“XXX”表示某特定危害、软件需求规范、软件设计规范、单元测试用例、集成测试用例或系统测试用例的唯一数字标识符），可以列出以下可追溯性：与设计相关的风险控制措施，记录在软件需求规范（例如 SRS-XXX）和软件设计规范（例如 SDS-XXX）中，并作为单元测试用例（例如 UT-XXX）的一部分进行测试，集成测试用例（例如 INT-XXX）和系统测试用例（例如 SYS-XXX）。FDA 认识到，在某些情况下，特定的危害可能会追溯到几个要求/规范和测试，从而使风险评估文件中的信息呈现变得麻烦。因此，申办者可以选择在一份单独的文件中提供这种可追溯性，并将软件需求规范、软件设计规范、测试和风险评估产生的已识别危害联系在一起。
- 应评估风险控制措施是否会引入新的危害或危险情况，或影响初始风险评估。
- 记录任何采取的风险控制措施，以降低因指南《多功能设备产品：政策和考虑因素》<sup>[54]</sup>中使用的术语“其他功能”与受审查设备功能相结合而增加的风险或对性能的不利影响。

#### (4) 风险控制措施实施后危险情况的残余风险评估

这包括风险管理计划中定义的可接受性评估（例如，可接受、不可接受）。

#### (5) 收益风险

---

<sup>[54]</sup> Food and Drug Administration, Multiple Function Device Products: Policy and Considerations, July 2020, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Office of the Commissioner, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2018-D-1339.

如果根据风险管理计划中的可接受性标准，残余风险被认为是不可接受的，并且不可能进行进一步的风险控制，申办者应提供记录在案的收益风险分析，以证明预期用途的收益大于残余风险，这可以在其他收益风险评估文件中引用。

### 3. 风险管理报告

提供风险管理报告是为了：

- 展示风险管理计划是如何正确实施的。
- 证明风险管理文件已经由适当的人员进行了评估，并且总体残余风险是可接受的。
- 证明建立了适当的方法来收集和评估相关的生产和生产后信息。

## （四） 软件需求规范

软件需求规范 SRS 记录了软件的需求（术语“需求”在本节中用作术语“软件需求规范”的一部分，并不指法规要求），通常规定了输入和输出、软件将执行的功能、硬件（硬件要求通常包括但不限于与微处理器、存储设备、传感器、能源、安全特性和通信等相关的  
要求）、性能（软件性能和功能要求通常包括但不限于用于治疗、诊断、监测、报警、分析和解释的算法或控制特征相关的要求，如有必要，可使用全文参考或支持临床数据。软件性能和功能要求还可能包括：软件引起的设备限制、内部软件测试和检查、错误和中断处理、故障检测、容错和恢复特性、安全要求以及定时和内存要求）、接口（接口要求包括外部、用户、内部等，通常包括但不限于系统组件之间的通信和与用户，比如打印机、监视器、键盘、鼠标、云服务器、外围医疗设备、移动技术平台，的通信）、用户交互、错误定义和处理、预期操作环境、风险评估得出的安全相关要求（请参阅“第六章第三节 风险管理文件”部分）以及所有范围、限制、默认值，以及软件接受的特定值。有关软件需求规范中应包含哪些内容的更多详细信息，请参阅指南《软件确认的一般原则》<sup>[55]</sup>。

《质量体系法规（QSR）》要求“一种解决不完整、不明确或冲突需求的机制”<sup>[56]</sup>。软件需求规范中确定的每个需求都应该是可追溯的，我们建议对 SRS 进行准确性、完整性、一致性、可测试性、正确性和清晰性评估。

应提供单个 SRS 文件或多个 SRS 文件集。文件应描述用于支持需求可追溯性的软件需求识别和跟踪方法。例如，在包含多个功能、组件和/或附件的设备中，每个功能、组件和/

---

<sup>[55]</sup> Food and Drug Administration, General Principles of Software Validation, January 2002, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-1997-D-0029.

<sup>[56]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 820.30(c) p.165.

或附件都有自己的单独 SRS 文档和相关的软件设备功能，这组单独的 SRS 文档将构成完整的 SRS。

FDA 承认，现代开发实践可能采用增量或进化软件开发实践。申报中可能会包含其他形式的软件需求，例如精心设计的故事、使用案例、文本描述、屏幕模型和数据流。

为了便于及时进行上市前审查，在准备 SRS 文件时应考虑以下建议：

- 将 SRS 格式化为组织良好、易于导航和可读的，并按需求进行标识和/或分组（例如按功能分类的模块或单元）。
- 注意 SRS 中列出的需求和其他软件文档（如 SDS、系统和软件体系结构图等）中与这些需求相关的信息之间的任何相关可追溯性。
- 如果上市前申报涉及对现有已批准设备的修改，请突出显示软件需求中的所有相关差异。
- 确定申办者认为对设备的安全性和有效性最关键（即可能产生最重大影响）的要求。这些要求可在 SRS 文件中突出显示，且/或合并在补充文件中，已摘要的形式列出这些相关要求。这种方法可能有助于展示那些对临床功能或性能指标有最重要影响的要求，这些临床功能或性能指标与设备的预期用途直接相关，或者会影响设备的安全性和有效性。
- 如果上述要求的任何信息包含在另一份文件中，则应提供对该信息所在提交文件的注释和引用。

审查中的设备功能的上市前申报要求文件应包括足够的细节，以描述与指南《多功能设备产品：政策和考虑因素》<sup>[57]</sup>中使用的术语“其他功能”的任何预期关系、效用、依赖性或互操作性。

## （五）系统和软件体系结构图

系统和软件体系结构图的目的是提供设备设计的路线图，以便于清楚地理解：

- 构成系统和软件的模块和层；
- 模块和层之间的关系；
- 模块和层之间的数据输入/输出和数据流；和
- 用户或外部产品（包括 IT 基础设施和外围设备，如无线连接的医疗设备）如何与系统和软件交互。

就系统和软件体系结构图而言，本指南将模块定义为系统或软件中的离散单元或体系结构项。例如，模块可以表示硬件和软件产品系统中的成品硬件设备、成品硬件设备中的硬件组件、软件产品系统中的成品软件产品或成品软件产品中的软件功能。模块并不是专门用来描述代码级软件功能的，尽管如果合适的话，这种代码级软件功能可以被视为模块。申办者应确定在其系统和软件的背景下构成模块的内容。

---

<sup>[57]</sup> Food and Drug Administration, Multiple Function Device Products: Policy and Considerations, July 2020, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Office of the Commissioner, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2018-D-1339.

申办者应在系统和软件体系结构图中提供适当的细节，包括使用描述性文本（在图或随附文件中）解释体系结构图，传达足够的信息来帮助上市前审查高效地进行。如果系统和软件体系结构图没有制作好（例如太高、太详细或过于混乱）或难以辨认（例如图表被裁剪、字体大小不足、不放大至高倍数就无法阅读），可能会导致 FDA 审查部门要求提供更多信息。在适当的程度上，系统和软件体系结构图可以以一个或多个图和一种或多种格式传达信息，并且可以实现系统和软件的跨维度。系统和软件体系结构图可以包括多个静态图（例如“附录 2”中所示的图）、动态图（例如状态图）、网络安全体系结构图以及其他足够详细的图。如果使用了多个图表，申办者应提供一个用于传达概述的高层图表，并指向提供其他详细信息的其他图表。图表之间的关系也应明确传达。一般来说，申办者在开发有效的系统和软件体系结构图时应注意以下视觉、语言和参考注意事项：

(1) 视觉注意事项

- 图表和图表中传达信息的方式应在视觉上保持一致（例如，与虚线箭头相比，实心箭头应传达特定的含义；图标应一致使用；相交的线应清楚地传达相交处是交叉点还是连接点），并且应清楚地传达所赋予的含义（例如，通过使用标准符号和记号）。
- 图中提供的详细程度应始终保持一致，除非清楚地解释了不太详细的区域（例如，针对系统或软件中未审查的功能部分）。
- 模块应按有逻辑的、明显的方式分组。  
应使用颜色或其他视觉手段（例如，实心框中的虚线框）来传达系统，软件或模块内的分层。
- 应避免视觉混乱，并应根据所呈现信息的复杂性和数量缩放图表。

(2) 语言注意事项

- 注释应用于提供特定模块或数据元素的附加信息（例如用通俗易懂的语言解释模块的目的，或指向上市前申报中的文件或要求）。
- 术语和命名约定的使用应在图表和上市前申报材料的其余部分中保持一致。
- 应避免使用图中未定义的缩写词、行话或术语。

(3) 参考注意事项

- 图表应酌情参考申报文件中的其他文件（例如，软件描述、软件需求规范）。
- 如果申报材料涉及对先前已获批准或核准的设备进行修改，图表应标明并提及受修改影响的模块。

上述注意事项旨在作为指导，可能不适用于每种情况，也可能适用于不同的图表。在开发系统和软件的体系结构图时鼓励申办者充分利用医疗设备行业内的最佳实践。OTS 建模语言或平台可用于开发系统和软件体系结构图。任何建模语言或平台特定术语的定义或来

源都应该参考公开的共识标准或规范。生成的体系结构图应以与《医疗设备申报的 eCopy 计划》<sup>[58]</sup>中推荐的 eCopy 指南一致。

对于多功能设备产品，系统和软件体系结构图应清楚地区分所审查的设备功能和指南《多功能设备产品：政策和考虑因素》<sup>[59]</sup>中使用的术语“其他功能”。系统和软件体系结构图应包括足够的细节，以了解“其他功能”如何或是否与所审查的设备功能相互作用或影响。

本指南“附录 2”提供了示例系统和软件体系结构图，说明了有效传达推荐信息的方法，以促进上市前审查高效进行。这些简化的示例演示了如何将本节中描述的注意事项应用到系统和软件体系结构图中。示例中的模块仅用于说明目的，不用于记录或表示某特定医疗设备或系统的全面完整的系统和软件体系结构图。考虑到开发和文档编制的灵活性，图示的方法没有规定任何特定的建模语言或平台。所示的方法可以应用于任何系统和软件体系结构图。

## （六）软件设计规范

软件设计规范（SDS）可能同时包含设计的高级摘要和详细设计信息。根据软件需求规范（SRS）和 SDS 之间的关系，SRS 描述了软件功能将要做什么，SDS 描述了 SRS 中的需求是如何实现的。SDS 中提供的信息应足以确保创建设备软件功能的软件工程师所执行的工作清晰明了，并尽可能减少临时设计决策。使用最少的临时设计决策反映了一般原则，即创建 SDS 应该作为一项预期活动，而不是通过临时设计方法实施软件设计后进行的回顾性记录。所审查设备功能的上市前提交文件中包含的规范文件应包括足够的细节，以描述与指南《多功能设备产品：政策和考虑因素》<sup>[60]</sup>中使用的术语“其他功能”的任何预期关系、效用、依赖性或互操作性。

### 1. 基础文档级别

FDA 不建议将 SDS 作为上市前申报的一部分。申办者应通过 DHF 为设备内部记录这些设计信息。在上市前审查期间，如果需要，FDA 可能会要求提供有关设计的其他信息，以评估设备的安全性和有效性。

---

<sup>[58]</sup> Food and Drug Administration, eCopy Program for Medical Device Submissions, April 2020, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2018-N-0628.

<sup>[59]</sup> Food and Drug Administration, Multiple Function Device Products: Policy and Considerations, July 2020, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Office of the Commissioner, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2018-D-1339.

<sup>[60]</sup> Food and Drug Administration, General Principles of Software Validation, January 2002, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-1997-D-0029.

## 2. 增强文档级别

一份单独的 SDS 文件或一组 SDS 文件，提供了以下技术设计细节，包括软件是如何工作的，软件设计如何完全正确地实现 SRS 的所有要求，以及软件设计如何在预期用途、功能、安全性和有效性方面追踪 SRS。架构（即高层）设计中确定的软件功能单元或模块以及它们之间的接口应在 SDS 中记录相应的详细（即底层）设计信息。提供给审查的信息应足以确保在开发软件功能单元或模块及其接口时所执行的工作清晰明了，并尽可能减少临时设计决策。例如，创建 SDS 应该作为一项预期活动，其中 SDS 用于指导软件的设计，开发和测试，而不是在通过临时设计方法实施软件设计后进行回顾性的记录。

有关软件设计规范中应包含哪些内容的更多详细信息，请参阅参阅指南《软件确认的一般原则》。

## （七）软件开发、配置管理和维护实践

申办者可以落实上市前审查中文档内容的一种方法是提供有关相关软件开发、配置管理以及维护实践和程序的推荐信息。在另一种方法中，申办者可以提供符合 FDA 认可版本的《ANSI/AAMI/IEC 62304 医疗设备软件-软件生命周期过程》或 FDA 认可版本的《IEC 62304 医疗设备软件-软件生命周期过程》（以下统称为《ANSI/AAMI/IEC 62304》）<sup>[61]</sup>具体条款的声明。申办者还可以提供符合完整《ANSI/AAMI/IEC 62304》标准的声明。但是，由于设备软件功能分类和其他推荐文档之间存在差异，不需要声明符合完整的《ANSI/AAMI/IEC 62304》标准。

### 1. 基础文档级别

应提供用于管理软件生命周期开发、软件配置和变更管理以及软件维护活动的流程和程序的摘要。该摘要信息应包括以下内容的充分描述：

- 软件开发、验证和确认中使用的过程和程序。
- 软件开发中使用的软件编码标准、方法和工具。
- 软件开发、验证和确认中涉及的典型活动和任务的主要可交付成果。
- 用于连接用户需求、系统需求、软件需求、软件设计规范、软件测试和实施的风险控制措施（即可追溯性）的过程、程序和工具。
- 软件配置和变更管理中使用的过程和程序。
- 软件维护中使用的过程和程序，包括软件更改的风险评估、评价已实施软件更改正确性的初始测试以及回归分析和测试。

---

<sup>[61]</sup> Medical device software - Software life cycle processes [Including Amendment 1 (2016)], ANSI/AAMI/IEC 62304:2006/A1:2016, January 14, 2019.

或者，为了落实关于文档内容的建议，申办者可以提供符合 FDA 认可版本的《ANSI/AAMI/IEC 62304》的声明，包括第 5.1.1 款（“软件开发计划”），第 5.1.2 款（“保持软件开发计划更新”），5.1.3（“软件开发计划参考系统设计和开发”），5.1.6（“软件验证计划”），5.1.7（“软件风险管理计划”），5.1.8（“文档计划”），5.1.9（“软件配置管理策划”），第 6 条（“软件维护过程”）和第 8 条（“软件配置管理过程”）等其他适用的规定<sup>[62]</sup>。

## 2. 增强文档级别

如上所述，除了基础文档级别所需的摘要文档外，还应提供实施配置管理和维护计划的文档。

或者，为了落实关于文件内容的建议，申办者可以提供符合 FDA 认可版本《ANSI/AAMI/IEC 62304》的符合性声明，包括第 5.1 款（“软件开发策划”）、第 6 款（“软件维护过程”）和第 8 款（“软件配置管理过程”）等其他适用的规定<sup>[63]</sup>。

## （八）作为部分验证和确认的软件测试

请参阅“第四章 定义”，了解与本指南相关的 FDA 关于验证和确认的想法的重要信息。此外，有关 FDA 对软件测试的想法，特别是对单元级（模块或组件）测试、集成级（内部和外部接口）测试和系统级（功能）测试的想法，请参阅参阅指南《软件确认的一般原则》<sup>[64]</sup>获得更多详细信息。

本指南中的建议不涉及其他形式的测试，例如非临床试验台，动物或临床测试。有关其他形式的设备性能测试的更多信息，申办者应参考相关的特殊管控<sup>[65]</sup>，FDA 认可的自愿共识标准<sup>[66]</sup>和设备特定指南。如果上市前申报采用其他设备性能测试部分的信息来解决软件验证和确认问题，则鼓励申办者适当参考其他性能测试材料，以促进提交部分之间的导航，减少重复次数，并提高可读性。

## 1. 基础文档级别

应提供以下软件测试文档：

- 单元级、集成级和系统级测试活动的摘要描述。摘要描述应包括所测试的软件

<sup>[62]</sup> Medical device software - Software life cycle processes [Including Amendment 1 (2016)], ANSI AAMI IEC 62304:2006/A1:2016, January 14, 2019.

<sup>[63]</sup> Medical device software - Software life cycle processes [Including Amendment 1 (2016)], ANSI AAMI IEC 62304:2006/A1:2016, January 14, 2019.

<sup>[64]</sup> Food and Drug Administration, General Principles of Software Validation, January 2002, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-1997-D-0029.

<sup>[65]</sup> Food and Drug Administration, “Regulatory Controls”, March 27, 2018, <https://www.fda.gov/medical-devices/overview-device-regulation/regulatory-controls>.

<sup>[66]</sup> Food and Drug Administration, “Recognized Consensus Standards: Medical Devices”, October 9, 2023, <https://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfStandards/search.cfm>.

版本以及所执行的所有测试协议（即特定软件功能的测试程序集合）的总体通过/未通过测试结果。如果该设备是先前许可或批准的设备的修改版本，则提供与先前许可或批准版本相比的修改摘要，以及与先前许可或批准版本相比在单元、集成和系统级别执行的其他测试活动的摘要描述。

- 针对测试未通过而进行的任何有意更改，以及证明有意更改是正确实施了的测试结果文件。
- 回归分析和带有通过/未通过测试结果（如果适用）的回归测试，以说明软件更改的意外影响。
- 回归分析是基于对相关文档（例如，软件需求规范、软件设计规范、源代码、测试计划、测试用例、测试脚本等）的审查，对软件更改的影响进行记录评估，以确定是否需要回归测试。如果回归分析确定需要进行回归测试，申办者应确认必要的回归测试是否进行。回归测试是重新运行程序先前正确执行的测试用例，并将当前结果与先前结果进行比较，以检测有无软件更改的意外影响。
- 系统级测试协议，包括从软件需求得出的预期结果、观察和记录的实际结果、客观确定通过/未通过（即，实际结果与预期结果相当）和系统级测试报告。系统级测试报告应证明协议已合理执行，测试结果合格，并且根据候选版本的风险评估，任何未解决的异常已合理推迟。

## 2. 增强文档级别

除了基础文档级别的文档外，还应提供所有单元级和集成级测试协议和报告，包括从软件需求和设计得出的预期结果、观察和记录的实际结果以及客观通过/失败确定（即，实际结果与预期结果相当）。单元级和集成级测试报告应证明协议已合理执行，测试结果合格，并且根据候选版本的风险评估，任何未解决的异常已合理推迟。

### （九） 软件版本历史记录

如 21 CFR 820.30 所述，文件应包括从受设计控制的版本开始的、在单元、集成和系统级别测试和记录的软件版本的历史，作为验证和确认活动的一部分<sup>[67]</sup>。这通常采用明细表的形式，包括日期，测试的版本号（如果适用的话，还应包括实验室，动物和临床测试）以及相对于先前测试版本的版本中所有变化的简要描述。

明细表中的最后一项应是包含在发布设备中的最终版本。该条目还应包括软件测试版本与发布版本之间的任何差异，以及差异对设备安全性和有效性的潜在影响的评估。

如果软件版本历史记录包含与之前发布的软件批准版本相对应的版本，申办者应在版本历史记录文档中突出显示每个先前发布的批准版本以及与该版本相关的上市前提交编号。

---

<sup>[67]</sup> Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services, Code of Federal Regulations, Title 21, 1996, Food and Drug Administration, Vol 8 Part 820.30 p.165-166.

如果设备是多功能设备产品，并且含有指南《多功能设备产品：政策和考虑因素》<sup>[68]</sup>中使用的术语“其他功能”的软件功能，在准备软件版本历史记录时，应考虑上述指南中描述的建议。

#### （十）未解决的软件异常

异常是指偏离用户需求、要求、规范、设计文件或标准的预期行为的任何情况。在软件的审查、测试、分析、编译或使用过程中（无论是在发布之前还是之后，或是在申办者组织内部或外部）或其他时间，都可能发现异常。未解决的软件异常是软件中仍然存在的缺陷，申办者根据风险的原理以及其对设备安全性和有效性的影响，认为不纠正或不修复异常是合适的。

未解决异常列表应记录（例如以表格的格式）软件中存在的每个未解决异常的以下项目：

- 异常描述；
- 确定异常是如何发现的，并尽可能确定异常的根本原因；
- 评估异常对设备安全性和有效性的影响，包括操作员使用和人为因素考虑；
- 评估结果；和
- 基于风险的原理，说明为何不按照申办者的风险管理计划或程序来纠正或修复异常。

此外，管理局建议考虑对每个异常使用缺陷分类系统或分类法，如《ANSI/AAMI SW91对健康软件缺陷的分类》所述，缺陷分类系统或分类法用于对软件中可能存在的缺陷类型进行分类，缺陷分类系统在编程语言、方法、产品、预期用途、风险（异常的严重程度）和监管状态方面是中立的<sup>[69]</sup>。无论使用何种缺陷分类系统，申办者都应根据软件的预期用途来评估未解决异常对设备安全性和有效性的影响。

在适当的情况下，申办者应向最终用户传达针对未解决异常采取的任何缓解措施或可能的应急措施，来帮助设备正确运行以实现其预期用途。FDA 建议在上市前申报中引用任何计划或已经分发给最终用户的、关于未解决异常的信息（客户通知、标签等）。

## 七、附加信息-软件功能的法规注意事项

---

<sup>[68]</sup> Food and Drug Administration, Multiple Function Device Products: Policy and Considerations, July 2020, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Office of the Commissioner, Office of Clinical Policy and Programs, Office of Combination Products, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2018-D-1339.

<sup>[69]</sup> Classification of defects in health software, ANSI AAMI SW91:2018, January 14, 2019

2016 年 12 月 13 日，《Cures 法案》第 3060 (a) 节修订了《FD&C 法案》第 520 节，删除了《FD&C 法案》第 201 (h) 节中设备定义中的某些软件功能<sup>[70]</sup>。申办者应考虑以下参考材料，以进一步了解 FDA 对软件功能的监管考虑：

- 《21 世纪治愈法案 第 3060 节对现行医疗软件政策的修改》<sup>[71]</sup>
- 《普遍健康：低风险设备政策》<sup>[72]</sup>
- 《设备软件功能和移动医疗应用程序政策》<sup>[73]</sup>
- 《医疗设备数据系统，医学影像存储设备，和医学影像通信设备》<sup>[74]</sup>
- 《如何确定您的产品是否属于医疗设备》<sup>[75]</sup>
- 《临床决策支持软件》<sup>[76]</sup>

## 附录 1 文件级别示例

以下示例设备列表旨在演示如何实施文档级别风险的方法。请注意，这些广义的例子不一定考虑到申办者应该评估的每一个可能的细节、风险或考虑因素，也不意味着例子中的设备需要或不需要某个文档级别。这些示例没有为特定设备类型定义适当的文档级别。因此，对于每个特定的设备或设备修改，都专门地根据其预期用途，考虑文档级别。下面例子中的原理是缩写的，FDA 鼓励申办者在落实本指南第五节和第六节 A 中的建议时，提供详细的评估，说明其设备的具体情况（例如设备的风险评估，软件描述等）。

### 1. 仅硬件的、非患者匹配的髋关节假体。

描述：该设备是一种非患者匹配的髋关节假体，不包含固件或其他基于软件的控制手段。

原理：设备不包含软件。

结果：无文档级别

### 2. 一种非接触式红外温度计，用于前额间歇性测量体温。

描述：该设备旨在使用红外传感器从前额测量体温。该设备是款手持式、电池供电、可重复使用的设备，可供家庭和专业医疗机构使用。

---

<sup>[70]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.2-3.

<sup>[71]</sup> Food and Drug Administration, Changes to Existing Medical Software Policies Resulting from Section 3060 of the 21st Century Cures Act, September 2019, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-2017-D-6294.

<sup>[72]</sup> Food and Drug Administration, General Wellness: Policy for Low Risk Devices, September 2019, Center for Devices and Radiological Health, FDA-2014-N-1039.

<sup>[73]</sup> Food and Drug Administration, Policy for Device Software Functions and Mobile Medical Applications, September 2022, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-2011-D-0530.

<sup>[74]</sup> Food and Drug Administration, Medical Device Data Systems, Medical Image Storage Devices, and Medical Image Communications Devices, September 2022, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, FDA-2014-D-0798.

<sup>[75]</sup> Food and Drug Administration, “How to Determine if Your Product is a Medical Device”, September 9, 2022.

<sup>[76]</sup> Food and Drug Administration, Clinical Decision Support Software, September 2022, Center for Devices and Radiological Health, Center for Biologics Evaluation and Research, Center for Drug Evaluation and Research, FDA-2017-D-6569.

原理：一般来说，在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷不会造成可能导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。

结果：基础文档级别

3. 带有充气袖带的无创血压监护仪。

描述：该设备旨在通过软件控制的袖带充气和放气，以毫米汞柱为单位测量人的收缩压和舒张压。该设备是一种电池供电的可重复使用设备，可供家庭和专业医疗机构使用。

原理：一般来说，在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷不会造成可能导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。

结果：基础文档级别

4. 基于光学相机测量脉搏率和呼吸频率的设备软件功能。

描述：该设备用于在受试者休息时对脉搏率和呼吸频率进行非接触、定期、现场测量。该软件分析单人房间中受试者的兼容视频信号，受试者不需要连续生命体征监测或重症监护。该设备是供受过训练的工作人员使用，并不是检查受试者身体健康的唯一方法。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷不会造成可能导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。

结果：基础文档级别

5. 一种治疗精神疾病的计算机化行为治疗装置。

描述：该设备是一种处方软件设备，旨在为已被诊断患有精神疾病的患者提供条件特定的认知行为疗法的计算机版本，作为临床医生监督的门诊治疗的辅助手段。它旨在为患者提供治疗期间使用的治疗工具，以改善公认的治疗结果。它不能替代常规的面对面治疗。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷不会造成可能导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。

结果：基础文档级别

6. 创伤性脑损伤（TBI）眼球运动评估辅助工具。

描述：该设备是一种处方设备，旨在使用商用 OTS 手机和相机跟踪患者的眼球运动，并分析跟踪的眼球运动，以帮助评估轻度 TBI，通常称为“脑震荡”。该设备提供了与轻度 TBI 一致的眼球运动的正面或负面指标。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷不会造成可能导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。该设备旨在帮助评估轻度（非严重）损伤，而不是作为独立诊断。

结果：基础文档级别

7. 用于测量肺动脉（PA）压力的植入式传感器。

描述：该设备是一个系统，包括放置在 PA 中的永久性植入物和一个外部软件控制的读取器，用于检索和传输 PA 压力测量值。PA 血液动力学数据帮助医生进行心力衰竭管理，目的是减少心力衰竭住院率。植入物上没有设备软件功能。

原理：虽然该设备是 III 类设备，但在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷不会造成可能导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。在这种情况下，患者死亡或严重受伤的风险是由于设备的可植入性质以及硬件或植入程序本身的故障，而不是设备软件功能的故障。

结果：基础文档级别

8. 用于识别不规则心律的非处方药（OTC）应用程序。

描述：该软件应用程序旨在分析光体积描记数据，识别提示心房颤动（AF）的不规则心律发作，并向用户发出不规则心律发作的通知。它旨在机会性地发出可能的房颤通知，而没有通知并不意味着不存在疾病。它旨在用于非处方药，并不能取代传统的诊断或治疗方法。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷不会造成可能导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。

结果：基础文档级别

9. 用于定性检测人宫颈标本中人乳头瘤病毒（HPV）DNA 的体外核酸检测。

描述：该检测旨在按照专业医学指南进行常规宫颈癌筛查，包括 ASC-US（不确定意义的非典型鳞状细胞）细胞学分类，与细胞学联合检测（或辅助筛查），以及对女性进行 HPV 初步筛查，以评估宫颈癌前病变和癌症的风险。应根据专业医疗指南，既往筛查结果，病史和其他危险因素对患者进行随访。

原理：虽然测试被归类为 III 类设备，但在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷不会对患者、设备用户或使用环境中的其他人造成死亡或严重伤害的可能风险。检测宫颈癌前体有几种替代方法，包括单独通过细胞学检测，或作为宫颈癌一线筛查检测的与 HPV 联合检测、细胞学的后续检测、HPV 检测。患者的年龄，病史和彻

底的体格检查将提供有关宫颈疾病风险的进一步信息，以及是否需要转诊阴道镜检查。

该测试只能与符合专业临床患者管理指南的临床信息一起使用。

结果：基础文档级别

10. 一种体外核酸检测方法，用于定性检测。并结合临床和流行病学危险因素区分患有呼吸道感染症状和体征的人类患者鼻咽拭子中的甲型流感病毒，乙型流感病毒和呼吸道合胞病毒（RSV）RNA。

描述：该测试旨在帮助人类鉴别诊断甲型流感，乙型流感和 RSV 病毒感染。阴性结果并不排除流感病毒或 RSV 感染的可能，不应作为治疗或其他患者管理决策的唯一依据。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷不会造成可能导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。

结果：基础文档级别

11. 将手术前图像叠加在患者身体上的商用 OTS 头戴式显示器上的设备软件功能（例如增强现实/虚拟现实/混合现实（AR/VR/MR））。

描述：该设备旨在在外科手术过程中提供医学图像在患者身上的实时叠加，但既不用于直接指导外科计划或手术，也不用于首席外科医生佩戴。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷造成患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重伤害的危险情况，因为该设备既不直接指导手术计划或程序，也不由首席外科医生佩戴。

结果：基础文档级别

12. 用于治疗寻常痤疮的激光系统。

描述：该设备是一种在皮肤科办公室里使用的激光系统，用于通过加热皮肤组织来治疗寻常痤疮。设备软件仅操作激光引擎。进行治疗需要操作者按下手持件上的物理开关。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷（例如未在指示时提供激光能量）不会造成可能导致患者死亡或严重受伤的危险情况。

结果：基础文档级别

13. 放射性显示设备。

描述：该设备用于显示临床放射学图像，供训练有素的医生进行检查，分析和诊断。设备中包含的软件仅限于以下功能：显示控制、环境光感应、亮度校准工具和质量控制软件。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷（例如显示图像的质量不足）不会造成患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重伤害的危险情况。

结果：基础文档级别

14. 电动吸奶器。

描述：该设备用于哺乳期妇女从乳房分泌和收集母乳。该设备使用直流电机驱动真空泵，真空泵由电子控制，以在指定的循环频率下供用户选择的一系列抽吸级别。设备显示屏为用户提供有关泵送模式、计时器、电池电量和吸力的信息。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷（例如，软件无法正确控制抽吸级别）不会造成患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重伤害的危险情况。

结果：基础文档级别

15. 用于治疗心动过缓的植入式心脏起搏器。

描述：该设备是一种植入式的、可编程的双腔脉冲发生器，旨在提供频率适应性心动过缓治疗以及其他治疗和诊断功能。它感知心脏的电活动，并产生电脉冲，使心脏根据编程中患者的需求收缩或跳动。它与程序员和患者的家庭监控设备进行通信。

原理：设备软件功能的故障或潜在缺陷，例如起搏失败或潜在缺陷导致异位搏动感知不正确，在实施风险控制措施之前，将导致危险情况，可能会对患者造成死亡或严重伤害的风险。

结果：增强文档级别

16. 设施使用连续呼吸机。

描述：该设备旨在为需要有创或无创呼吸支持的成人，儿童和新生儿患者提供持续通气。它允许临床医生设置呼吸机控制参数，设置警报限制，并查看监测值和波形以进行患者管理。它包括呼吸监测以及强制和自发通气模式。它旨在用于专业医疗机构。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷（例如未能提供适当的定时通气）将导致危险情况，并可能导致患者死亡或严重受伤。

结果：增强文档级别

17. 用于专业医疗机构的多参数患者监护仪。

描述：该设备是一种多参数监护仪，用于专业医疗机构中的成人，儿童和新生儿患者。它用于监测各种血流动力学和呼吸生命体征和参数，包括中心静脉血氧饱和度、心电图（ECG）、心律失常检测、有创和无创血压、体温、心输出量、血红蛋白浓度、脉搏血

氧仪、肺活量计、气道气体和气体交换。它用于检测报警条件并产生报警信号。它可以连接到医院网络和其他监视器，以便远程查看和管理患者。

原理：在风险控制措施实施前，设备软件功能的故障或潜在缺陷，例如参数计算不正确或利用网络安全漏洞损害其提供危及生命的心律失常检测和警报的能力，将可能导致患者死亡或严重受伤的危险情况。

结果：增强文档级别

18. 血液机构计算机软件（BECS）或 BECS 附件。

描述：该设备用于制造血液和血液成分，通过识别不合格的供体，通过防止释放不合适的血液和血液成分用于输血或进一步制造成用于人类治疗或诊断的产品，通过在供体和受体之间进行相容性测试，或者通过在输血时对患者和血液成分进行阳性鉴定，以防止输血反应来帮助预防人类疾病。BECS 附件是一种用于 BECS 的设备，用于增强 BECS 的性能或扩展或修改其使用指示。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷（例如未能防止不合适的血液和血液成分的释放）将可能导致患者死亡或严重受伤的危险情况。

结果：增强文档级别

19. 用于直接检测人体捐献者全血样品中巴贝斯虫 DNA 和 RNA 的定性体外核酸筛选试验。

描述：该设备是一种筛选测试，包括用于检测全血样本中巴贝斯虫 DNA 和 RNA 的设备软件，以防止不合适的血液和血液成分释放。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷，例如识别输血传播感染的结果不准确，将可能导致患者死亡或重伤或重伤的危险情况。

结果：增强文档级别

20. 用于医疗保健设施的、将液体和药物泵入患者体内的输液泵。

描述：该设备适用于成人，儿童和新生儿通过临床所接受的给药途径（静脉内，动脉内，皮下，硬膜外和肠内）间歇性或连续输送液体、药物、血液和血液产品。它旨在供经过培训的医疗保健专业人员在医疗保健设施中使用。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷（例如提供不正确的流速或未能输送液体/药物）将可能会导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。

结果：增强文档级别

21. 用于定量测量人血浆或全血中巨细胞病毒（CMV）DNA 的体外核酸测试。

**描述：**该测试旨在帮助实体器官移植患者和造血干细胞移植患者管理 CMV。在接受抗 CMV 治疗的患者中，DNA 测量可用于评估病毒对治疗的反应。测试结果必须在所有相关临床和实验室检查结果的背景下进行解释，不得用作血液或血液制品的筛查测试

**原理：**该测试被归类为 III 类设备。此外，在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷（例如未能提供正确的测试结果）将可能会导致患者死亡或严重受伤的危险情况。

**结果：**增强文档级别

22. 一种可在重症监护环境中向医疗保健提供者提供败血症警报的设备软件功能。

**描述：**该软件旨在分析电子病历中的患者人口统计学，生命体征和实验室结果，以提供无菌警报，比医疗服务提供者更早地识别出患有败血症或有患败血症风险的患者。作为软件输入的患者临床数据是在重症监护环境中持续或主动监测患者当前健康状态的一部分。

**原理：**在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷（例如未能提供败血症警报）将可能导致对患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重伤害的危险情况。

**结果：**增强文档级别

23. 连续血糖监测系统。

**描述：**该设备旨在为 2 岁及以上人群的糖尿病管理提供实时，连续的血糖监测。它旨在取代用于糖尿病治疗决策的手指血糖测试。它有助于检测高血糖和低血糖发作，并有助于急性和慢性治疗调整。

**原理：**在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷，例如未能提供正确的血糖测量或低血糖检测，将可能会导致患者、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤的危险情况。

**结果：**增强文档级别

24. 电动下肢外骨骼。

**描述：**电动下肢外骨骼是一种用于医疗目的的处方装置，由外部电动矫形器组成，该矫形器放置在瘫痪或虚弱的肢体上。

**原理：**在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷，例如失去远程控制或运动信号处理，可能导致患者死亡或严重受伤的危险情况。

**结果：**增强文档级别

25. 视网膜诊断软件设备。

描述：该设备仅限于处方使用，并结合了一种支持 AI/ML 的算法，该算法旨在评估用于诊断筛查的图像，以识别视网膜疾病或状况。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷，例如提供错误结果的诊断算法故障，可能会导致患者死亡或严重受伤的危险情况。

结果：增强文档级别

26. 放射治疗系统（如直线加速器）。

描述：该设备旨在以非侵入性方式向患者解剖结构的特定部位输送焦点剂量的放射线，同时保护周围的正常组织和结构。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷，例如剂量不足、过量或给药量错误，可能会导致患者死亡或严重受伤的危险情况。

结果：增强文档级别

27. 一种药物-设备组合，设备组成部分检测药物成分的摄入，以防止治疗失败。

描述：该产品是由两种受管制成分（药物和设备）组成的组合产品。“主要作用方式”（《FD&C 法案》第 503 (g) (1) (C) 节中，“主要作用方式”一词是指“预期对组合产品的总体预期治疗效果中做出最大贡献的组合产品的单一作用方式”<sup>[77]</sup>）是药物成分，以片剂形式提供。该设备的组成部分检测药物成分的摄入以监测药物治疗的依坚持情况。漏服药物会大大增加危及生命的治疗失败的可能性。设备组成部分包括硬件（传感器）和软件（信号处理）。

原理：在实施风险控制措施之前，设备软件功能的故障或潜在缺陷（例如误检测到片剂摄入）将导致危险情况，可能导致患者（通过威胁生命的疾病恶化）、设备用户或使用环境中的其他人死亡或严重受伤。

结果：增强文档级别

## 附录 2 系统和软件体系结构图示例

下面的三个简化示例图演示了如何将第 VI.E 节（系统和软件体系结构图）中描述的注意事项实施到图中，这有助于清晰理解系统和软件。每个图表都有描述性文本和关于显着功能的简要讨论。这些示例仅用于说明目的，不描述完整全面的系统和软件体系结构图。

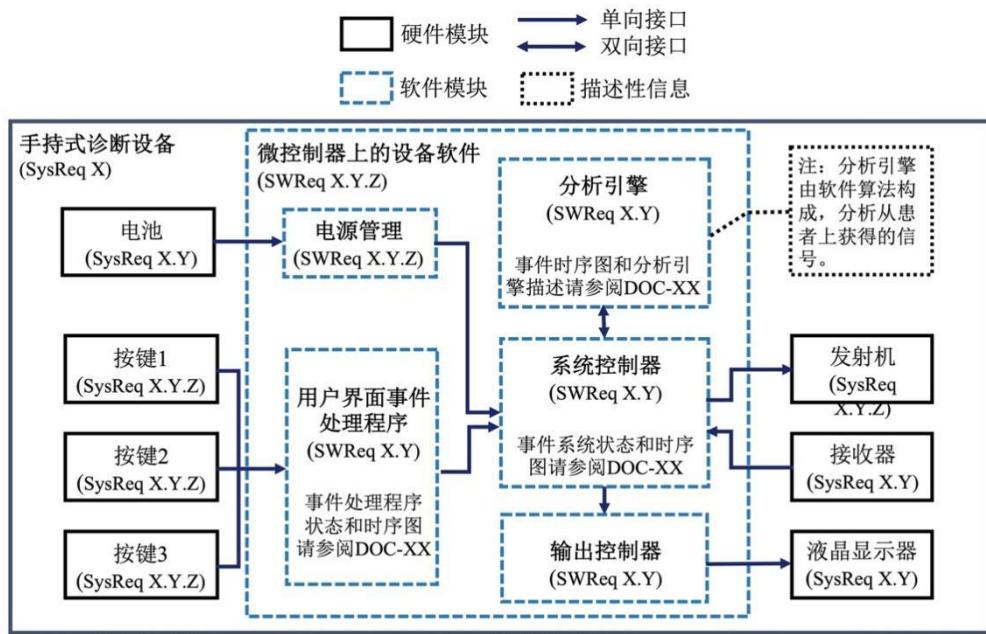
---

<sup>[77]</sup> Food and Drug Administration, Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 1938, United States Code, Title 21, p.171.

示意图基于以下不同的示例设备：

1. 手持式诊断装置
2. 带有面向患者和提供者的应用程序的植入式治疗设备
3. 用于分析已捕获的医学图像的云设备算法

这些图主要是静态图，具有系统和软件组件之间接口的高级标识。任何特定的设计或格式化功能的使用仅作为建议提供，并不排除使用替代方法和/或 OTS 建模语言或平台。



SySReq指系统需求system requirement(s)。SWReq指软件需求software requirement(s)。

图 1 示例系统和软件体系结构图-手持式诊断设备

图 1 描绘了一个虚构的手持诊断设备中模块的静态高级系统和软件体系结构图。使用图例来描述用于识别不同组件的视觉特征。图中参考了包含更多信息的文档，包括其他静态图、动态图和详细描述。提供注释以更清晰地说明一个模块的目的。文字清晰度和字体大小均符合可读性要求。

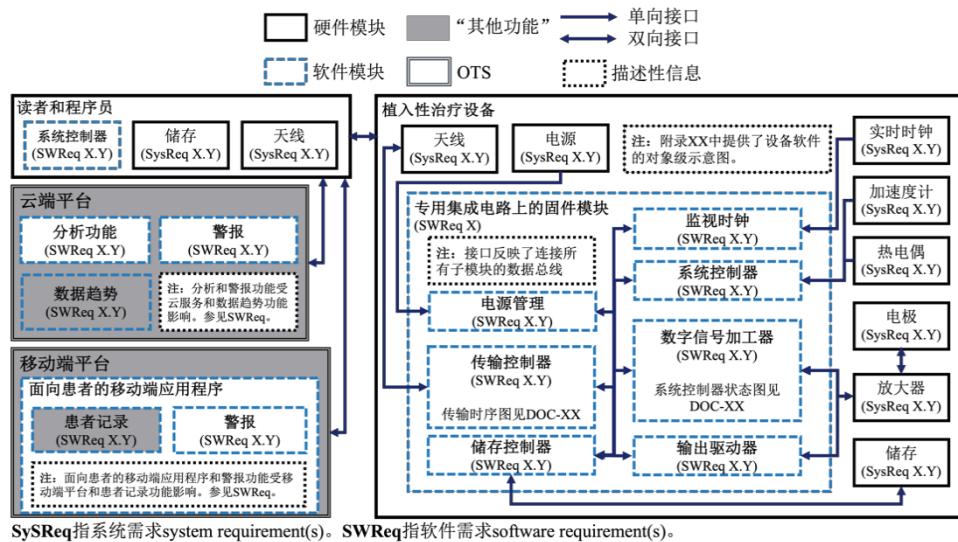


图 2 示例系统和软件体系结构图-带有面向患者和提供者的应用程序的植入式治疗设备

图 2 描绘了虚构的植入式治疗装置中模块的静态高级系统和软件体系结构图。该示例

描述了在 OTS 平台上实现设备软件功能，包括云计算平台和智能手机应用程序。

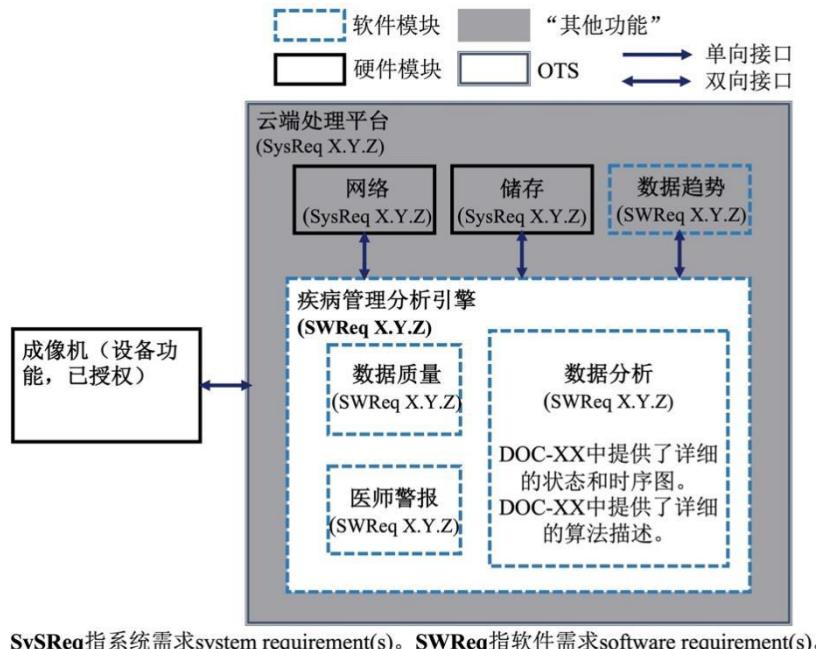


图 3 示例系统和软件体系结构图-用于分析已捕获的医学图像的云设备算法

图 3 描绘了一个虚构的云算法中模块的静态高级系统和软件体系结构图，用于分析已

捕获的医学图像。该示例显示了如何从平台级别的角度描述纯软件功能。

## **Abstracts and Tables of Contents**

# **Informed Consent in Personal Information Utilization: From “Static” to “Dynamic”**

Wanrong Wu\*

**Abstract:** Informed consent, as a foundational principle in personal information protection law, has increasingly revealed issues of formalism, rigidity, and misuse in practice, undermining users' rights to informed decision-making and control. The case of Wu v. Shanghai Information Service Company exemplifies the limitations of current informed consent rules in safeguarding user rights. Drawing on comparative legal frameworks, this study advocates for a paradigm shift from “static” to “dynamic” informed consent. Proposed institutional reforms include prominent notification mechanisms to enhance transparency, dynamic control mechanisms enabling user participation throughout the information lifecycle, and exit mechanisms to strengthen post-authorization protections. These measures aim to empower users with heightened awareness, real-time engagement, and enforceable withdrawal options, thereby optimizing the efficacy of personal information protection laws and transcending the constraints of traditional consent models.

**Keywords:** personal information protection; informed consent; prominent notification; dynamic control; exit mechanism

---

\* Wu Wanrong, Fudan University.

## Table of Contents

<b>Case Introduction and Problem Statement.....</b>	<b>3</b>
<b>II. Theoretical Foundations of Personal Information Rights Protection.....</b>	<b>3</b>
A. Clarification of the Scope of Discussion .....	4
B. Theoretical Necessity of Institutional Reform.....	5
<b>III. Dilemmas of the Current System: Alienation, Abuse, and Limitations of Static Informed Consent Rules .....</b>	<b>6</b>
A. Formalization of "Informed" in Static Consent: The Erosion of the Right to Know.....	7
B. Structural Oppression of Static Consent: Procedural Absence of Freedom of ChoiceErosion of the Right to Know .....	8
C. Path Dependence of Static Consent: Institutional Vacuum in Subsequent Control.....	9
D. Abuse of Static Consent: Liability Shifting and Compliance Illusion.....	10
<b>IV. Institutional Reform Path: Optimization and Extension of Informed Consent Rules.....</b>	<b>11</b>
A. Revisiting Informed Consent Rules: From Legal Basis to Cornerstone of Dynamic Governanceformed Consent Rules .....	11
<b>IV. Institutional Reform Path: Optimization and Extension of Informed Consent Rules.....</b>	<b>11</b>
B. Prominent Notice Mechanism: Entry Design for Dynamic Governance.....	14
C. Dynamic Control Mechanism: Individuals' Participation Rights in Whole-Process Information Management .....	16
D. Exit Mechanism: Backend Protection Through Withdrawal and Deletion.....	18
<b>V. Conclusion and Outlook.....</b>	<b>24</b>

## The Social-Obligation Norm in American Property Law

Gregory S. Alexander; Trans. by Haoyang Wu\*

**Abstract:** This Article seeks to provide in property legal theory an alternative to law-and-economics theory, the dominant mode of theorizing about property in contemporary legal scholarship. I call this alternative the social-obligation theory. I argue that American property law, both on the private and public sides, includes a social-obligation norm, but that this norm has never been explicitly recognized as such nor systemically developed. I argue that a proper understanding of the social obligation explains a remarkably wide array of existing legal doctrine in American property law, ranging from the power of eminent domain to the modern public trust doctrine. In some cases, social obligation reaches the same result as law and economics, but in other cases it does not. Even if it reaches the same result as law and economics, social-obligation theory provides a superior explanation. At a normative level, I argue that the version of the social-obligation norm that I develop here is morally superior to other candidates for the social obligation norm. It is superior because it best promotes human flourishing, i.e., enabling individuals to live lives worthy of human dignity. Drawing on Amartya Sen and Martha Nussbaum's capabilities approach (which itself is based on the Aristotelian notion that the human being is a social and political animal, not alone self-sufficient), the social-obligation theory holds that all individuals have an obligation to others in their respective communities to promote the capabilities that are essential to human flourishing (e.g., freedom, practical reasoning). For property owners, this has important consequences. If we accept the existence of an obligation to foster the capabilities necessary for human flourishing, and if we understand that obligation as extending to an obligation to share property, at least in surplus resources, then it follows that to enhance the abilities of others to flourish, in the predictable absence of adequate voluntary transfers, the state should be empowered and may even be obligated to compel the wealthy to share their surplus with the poor so that the latter can develop the necessary capabilities. None of this is meant to suggest that the state's power, even as it touches on the facilitation of the capabilities we are discussing, is unbounded. But the limits to the state's proper domain are supplied by the same principles that justify its action: the demands generated by the capabilities that facilitate human flourishing-freedom, practical rationality, and sociality, among others.

**Keywords:** Property Law, Amartya Sen, Martha Nussbaum, Social Obligation Theory, Human Flourishing, Law and Economics

---

\* Gregory S. Alexander, A. Robert Noll Professor of Law, Cornell Law school; Haoyang Wu, Cornell University.

## Table of Contents

<b>Introduction.....</b>	<b>29</b>
<b>I. Social Obligation Norms in Classical Liberal Property Theory .....</b>	<b>33</b>
<b>II. Contractarian Versions of Community-Based Social Obligation Norms.....</b>	<b>37</b>
<b>III. Human Flourishing and the Social Obligations of Ownership.....</b>	<b>39</b>
<b>IV. The Social Obligation at Work: a Partial Typology.....</b>	<b>49</b>
A. Entitlement Sacrifices.....	50
B. Use Sacrifices .....	62
C. Some Implications for Intellectual Property .....	77
D. The Limits of the Social-Obligation Norm.....	81
<b>Conclusion.....</b>	<b>83</b>

## On Property: An Essay

Laura S. Underkuffler; trans. by Yiran Chou\*

**Abstract:** This essay examines the concept of property as a central category in constitutional theory, political philosophy, and legal doctrine. It traces the historical development of property rights from the eighteenth century to modern jurisprudence, with particular attention to the tension between property as an individual right and its collective functions within society. By engaging with classical theorists such as Locke, Madison, and Blackstone, as well as contemporary scholarship, the essay explores how property has been understood not merely as a material possession but also as a bundle of rights, a symbol of liberty, and an extension of personhood. It further considers the challenges posed by modern welfare policies and regulatory takings, arguing that the evolution of property reflects broader transformations in law, politics, and social order.

**Keywords:** property, constitutional theory, liberty, personhood, regulatory takings, welfare state

---

\* Laura S. Underkuffler, Associate Professor, Duke University School of Law; Yiran Chou, Peking University School of Transnational Law.

## Table of Contents

<b>I. Introduction .....</b>	<b>87</b>
<b>II. Current Approaches.....</b>	<b>89</b>
<b>III. The Comprehensive Approach To Property .....</b>	<b>92</b>
<b>IV. Implications.....</b>	<b>99</b>
<b>IV. Implications.....</b>	<b>104</b>

# Consumption Governance: The Role of Production and Consumption in International Economic Law

Timothy Meyer; trans. by Xuanlin Tang\*

**Abstract:** Over the last decade, international economic conflict has increased dramatically. To name only a few examples, the European Union banned the import of products from deforested land and is poised to impose duties on carbon-intensive imports; the United States banned Chinese imports made with forced labor; and countries the world over threatened to impose digital services taxes on U.S. corporations, leading to a new multilateral agreement on apportioning income tax revenue among countries. This Article argues that these conflicts represent a shift in norms governing the authority to tax and regulate international commerce. Different fields within international economic law describe the limits of state authority to tax and regulate international commerce in diverse ways. But I argue that a transsubstantive set of principles underlies the varied doctrines in international trade, international tax, and international antitrust. Throughout the twentieth century, international law's jurisdictional limitations rested on the notion that production could be taxed and regulated primarily, and often only, by the producing country (what this Article terms "Production Jurisdiction"). As a result, international law often prohibited consuming nations from imposing taxes or regulations on imported goods and services if the taxes or regulations depended on the circumstances of foreign production. By contrast, nations today increasingly claim jurisdiction to tax and regulate foreign production based on their interest in controlling the kinds of activity that consumption within their borders supports (what this Article terms "Consumption Jurisdiction"). This Article makes three contributions. First, I describe the ongoing shift from Production Jurisdiction to Consumption Jurisdiction in international antitrust law, international tax, and international trade. Second, I argue that the shift from Production to Consumption Jurisdiction does not mean the end of globalization or the rise of protectionism. Rather, it reflects a change in states' views on the role that national policy should play in creating a nation's comparative advantage in the global economy. Third, I discuss the implications of the shift from Production to Consumption Jurisdiction.

---

\* Timothy Meyer, Richard Allen/Cravath Distinguished Professor in International Business Law, Duke University School of Law; Xuanlin Tang, Tsinghua University.

## Table of Contents

<b>Introduction.....</b>	<b>108</b>
<b>I. Transitioning to a Consumption-Oriented Economic Order.....</b>	<b>112</b>
I. Transitioning to a Consumption-Oriented Economic Order .....	113
B. Comparative Advantages Under Production and Consumption Jurisdiction Models.....	115
<b>II. The Evolving Normative Framework.....</b>	<b>121</b>
A. International Trade Law .....	121
B. International Taxation.....	131
C. Competition Law .....	138
<b>III. The Transformative Impact of Consumption Jurisdiction on Globalization.....</b>	<b>143</b>
A. Driving a "Race to the Top" in Regulatory Standards.....	144
B. The Distributional Effects of Consumption Jurisdiction .....	147
C. Pathways to Coordinating Economic Conflicts .....	150
<b>IV. Conclusion .....</b>	<b>157</b>

## **Content of Premarket Submissions for Device Software Functions (Guidance for Industry and Food and Drug Administration Staff)**

USFDA; Trans. by Yijun Li, Xiaoli Zou, Tianai Zhang\*

**Abstract:** The U.S. Food and Drug Administration (FDA) issued the Content of Premarket Submissions for Device Software Functions on June 14, 2023, replacing the Guidance for the Content of Premarket Submissions for Software Contained in Medical Devices from May 2005. This newly released guidance applies to "device software functions" as defined in the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act (FD&C Act) and provides a detailed explanation of the content required for premarket submissions. It organizes and clarifies the documents recommended by the FDA for sponsors' reference, reflecting and updating the FDA's perspective on "incorporating recommended documentation into the review of premarket submissions for device software functions." The guidance holds significant value for both the industry and FDA staff.

**Keywords:** Medical Devices; Premarket Submission; Device Software Functions.

---

\* Department of Laboratory Technology and Science of Public Health, West China School of Public Health and West China Fourth Hospital, Sichuan University, Sichuan Chengdu 610041, China

## Table of Contents

<b>Preface.....</b>	<b>160</b>
<b>I. Introduction .....</b>	<b>162</b>
<b>II. Background.....</b>	<b>163</b>
<b>III. Scope.....</b>	<b>165</b>
<b>IV. Definitions.....</b>	<b>167</b>
<b>V. Documentation Level .....</b>	<b>168</b>
<b>VI. Recommended Documentation.....</b>	<b>170</b>
A. Documentation Level Evaluation .....	171
B. Software Description .....	171
C. Risk Management File .....	174
D. Software Requirements Specification (SRS).....	176
E. System and Software Architecture Diagram.....	177
F. Software Design Specification (SDS).....	179
G. Software Development, Configuration Management, and Maintenance Practices .....	180
H. Software Testing as part of Verification and Validation .....	181
H. Software Testing as part of Verification and Validation .....	182
J. Unresolved Software Anomalies .....	183
I. Software Version History.....	183
<b>VII. Additional Information - Regulatory Considerations for.....</b>	<b>183</b>
Appendix A: Documentation Level Examples.....	184
Appendix B: System and Software Architecture Diagram.....	191

## Editorial Board

*Editor-in-Chief: Ge Zheng*

## Editorial Team

*Associate Editors: You Zhang, Yan Pan, Shuai Wei*

*The China Law Journal, a prestigious legal periodical sponsored by the independent society La Nouvelle Jeunesse. Embodying the rational ethos and idealistic legacy of China, the China Law Journal serves as a distinguished forum for legal scholars, students, practitioners, and interdisciplinary researchers. Dedicated to probing deep cognitive frameworks and investigative paradigms relevant to societal dynamics, the journal offers comprehensive analyses of legal norms and systems, delving into their foundational motivations. Our stringent peer-review process guarantees both the theoretical and practical merits of our content, promoting influential scholarly views that catalyze effective communication, knowledge exchange, and reflective discourse across varied perspectives.*

*The full content of this journal has been included in the HeinOnline Database.*

*Consistent with our ethos of academic integrity, we emphasize 'originality' as a crucial criterion for submissions to the China Law Journal. We require that manuscripts be previously unpublished in any formal publication. In our endeavor to facilitate widespread knowledge dissemination, we ensure that all published content conforms to the Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0) guidelines.*

China Law Journal | China L. J. | 华夏法学

ISSN: 2993-6004 (Online) | 2993-5954 (Print)

Publication Date: September 25, 2025

Submission: <https://clj.scholasticahq.com/>

Website: <https://www.clj.ac/>

Email: [info@clj.ac](mailto:info@clj.ac)

Publisher: La Nouvelle Jeunesse

Address: 655 15th Street NW, Washington, DC 20005

Email: [info@jeunesse.ac](mailto:info@jeunesse.ac)

