

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法律评论



中山大学法学院主办

第13卷 | 第4辑 Vol.13, No.4 (2015)

主 编 谢进杰
Editor-in-Chief Jinjie Xie

本辑主题

私权保护的多维构图

- ◎ 未成年人的最佳利益、自由和权利
- ◎ 计算机软件侵权赔偿案例类型化研究
- ◎ 法律移植视角下的“公司治理”
- ◎ 论国家治理视角下的不动产登记机构——以两岸四地的比较为中心
- ◎ 使用借贷契约第三人效力背后的方法论之辩——台湾地区晚近“民法”理论与实务最具争议之论题
- ◎ 独立担保法律效力研究——兼论独立担保作为担保的一种类型
- ◎ 检察机关民事调查权的分类和界限
- ◎ 诉
- ◎ 新统合模式下食品安全监管潜在合作困境的法律经济学分析——兼评新修订《食品安全法》的相关规定
- ◎ 处罚抑或提倡？——对私人拼车行为合法性的探讨
- ◎ 黑格尔法哲学中的理性与现实
- ◎ 关于法学学术研究的倡导（六）：迈向心无旁骛的学术国度



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

中山大学法律评论

(中大法学)



中山大学法学院主办

ZHONGSHAN DAXUE FALV
PINGLUN

第13卷 I 第4辑 Vol.13, No.4

主 编 谢进杰
Editor-in-Chief Jinjie Xie

图书在版编目(CIP)数据

中山大学法律评论. 第13卷. 第4辑 / 谢进杰主编.
桂林: 广西师范大学出版社, 2015.12
ISBN 978-7-5495-7864-1

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第316651号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路22号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西民族印刷包装集团有限公司印刷

(南宁市高新区高新三路1号 邮政编码: 530007)

开本: 787 mm × 1 092 mm 1/16

印张: 19.5 字数: 307千字

2015年12月第1版 2015年12月第1次印刷

定价: 50.00元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

中山大学法律评论

Sun Yat-sen University Law Review

第13卷 | 第4辑 Vol.13, No.4 (2015)

主 编 谢进杰

编 委 巢志雄 陈毅坚 丁建峰 杜 金 梁丹妮 廖艳嫔

刘 诚 毛 玮 王承志 王欢欢 杨 彪 张 亮

编 务 魏湘粤 赵一灵

学术委员会

蔡彦敏 郭天武 黄建武 黄 瑶 李挚萍 刘 恒 马作武

慕亚平 聂立泽 任 强 王红一 谢石松 谢晓尧 徐忠明

杨 鸿 杨建广 杨小强 于海涌 张民安 周林彬

邮 箱 sysulawreview@126.com; lawrev@mail.sysu.edu.cn

网 址 http://law.sysu.edu.cn/Category_67/Index.aspx

地 址 中国广州市新港西路135号 邮 编: 510275

微 信 SUSYLawReview 微 博 新浪“中山大学法律评论”

博 客 <http://sysulr.fyfz.cn>

主 办 中山大学法学院

襄 助 中山大学法学院方圆学术基金

组 编 中山大学法学理论与法律实践研究中心

中山大学法学实验教学中心

目 录

- 003 未成年人的最佳利益、自由和权利(魏书音)
- 018 计算机软件侵权赔偿案例类型化研究(陈喆)
- 049 法律移植视角下的“公司治理”(张锐)
- 073 论国家治理视角下的不动产登记机构
——以两岸四地的比较为中心(申惠文)
- 088 使用借贷契约第三人效力背后的方法论之辩
——台湾地区晚近“民法”理论与实务最具争议之论题(张力毅)
- 107 独立担保法律效力研究
——兼论独立担保作为担保的一种类型(王毅纯)
- 134 检察机关民事调查权的分类和界限(陈雪珍)

—
论
文
—

- 153 诉(艾涅斯特·梅茨格)

—
评
论
—

- 179 新统合模式下食品安全监管潜在合作困境的法律经济学分析

——兼评新修订《食品安全法》的相关规定(姜骏)

—
争
鸣
—

- 205 处罚抑或提倡?

——对私人拼车行为合法性的探讨(刘天宇/潘妍枏/林茜)

—
阅
读
经
典
—

- 227 黑格尔法哲学中的理性与现实(罗久)

- 286 关于法学学术研究的倡导(六):迈向心无旁骛的学术国度(谢进杰)

Table of Contents

Symposium

A Multidimensional Composition for Protection of Private Rights

- 003 The Best Interest, Liberty and Rights of Minors
Wei Shuyin
- 018 Case Categorization Research on Computer Software Compensation
Chen Zhe
- 049 Corporate Governance : Lessons from the Legal Transplantation Theory
Zhang Rui
- 073 On the Real Estate Registration Agency in the Perspective of State Governance —— To
Consider the Comparison of Cross-Strait as orientation
Shen Huiwen
- 088 The Arguments on Taking Which Legal Methodology to Give Third Party Effect to the
Contract of Loan for Use—— The Most Controversial Question Lately in the Theory and
Practice of Civil Law in Taiwan Region
Zhang Liyi
- 107 Research on Legal Force of Independent Guarantee: Independent Guarantee as a Type of
Guarantee
Wang Yichun

- 134 The Classification and Boundary of Civil Prosecutorial Investigatory Power
Chen Xuezheng

Articles

- 153 Actions
Ernest Merzger

Comments

- 179 A Legal and Economic Analysis on Potential Cooperative Dilemmas of Food Safety Regulation — Under the New CFDA-Headed Regulatory Pattern With Comments on the Related Amendments of Food Safety Law
Jiang Jung

Academic Debate

- 205 Punishment or Advocacy? — The Inquiry into the Legitimacy of Compensatory Carpool
(Liu Tianyu; Pan Yannan; Lin Xi)

Reading of Classic Works

- 227 Reason and Actuality in Hegel's Philosophy of Rights
Luo Jiu
- 286 Call for the Legal Academic Research (VI): Towards a Non-distraction Academic World
Xie Jinjie

主题研讨——私权保护的多维构图

Symposium: A Multidimensional Composition for Protection of
Private Rights

未成年人的最佳利益、自由和权利

魏书音^[1]

提 要：“儿童利益最大化”已经被西方国家确认为处理未成年人事务的首要原则，然而因这一原则的模糊性和不确定性而引发的争论一直持续不断。国家如何保护未成年人利益，涉及国家、家庭和未成年人的关系问题，家庭自治和国家干预始终是两个必须面对的议题，如何平衡两者之间的关系关涉到诸多因素。未成年人利益保护不可避免地与父母利益、家庭利益甚至国家利益密切相连，而往往被忽视的是未成年人利益的独立性、未成年人自主的价值，这关涉到以权利作为保护手段的独特价值，不仅源于权利这一路径相对于义务路径的优越性，还在于未成年人这一群体的特殊性，以权利为分类对象也有助于理清不同情形下国家干预的范围及其方式。

关键词： 未成年人；利益；自由；权利；义务

一、未成年人最佳利益实现之困境

“儿童利益最大化”已经被西方国家确认为处理未成年人事务的首要原则，然而因这一原则的不确定性、效果难以证明以及不可类比性等特征而引起的争议，至今仍然无法达成一个相对统一的结论。未成年人的保护

[1] 作者魏书音，女，中国社会科学院研究生院法学系2012级博士研究生，研究领域为法理学，Email: weishuyin99@126.com。

问题随着各种未成年人权益事件的发生而日益紧迫。家庭已经不是一个完全安全无忧的港湾,国家的责任日益凸显,而且儿童利益既依附于家庭,又具有相对的独立性,国家为保护儿童的利益也需要介入未成年人的家庭生活。这样,就产生了国家和家庭的责任分工与配合的问题,家庭自治和国家干预是处理国家、家庭和未成年人之间关系的所必须面对的议题,也是婚姻家庭制度中的既相互制约又密切联系的两大原则。家庭自治限制着国家干预的范围、方式和程度,国家干预监督、补充和辅助家庭自治的不足。这两大原则在不同时期呈现此消彼长的力量抗衡趋势,但两者本身在不同时期所处政治、经济、文化和社会环境不同,而呈现的方式、背后所支撑的理念、调整的范围也各不相同。

Fox Harding 总结出国家对家庭的调控的四种不同的价值立场:自由放任主义、家长式统治主义、父母权利主义和未成年人权利主义。自由放任主义坚持最小政府最有利于社会发展和家庭保护孩子生活不受干预的理念,支持家庭中既存的权力关系,家庭成员的利益是紧密相连的。这是典型的以家庭为本位的立场。家长式统治主义基于未成年人所具有的极强依赖性、脆弱性以及其需要异于成年人等特征,强调以国家的慈善行为去保护未成年人的利益,国家不仅有干预未充分关爱的未成年人的行为,而且有资格提高未成年人的生活质量,法官和社会工作者被看作可以对未成年人利益做出合理和有效判断的决策者,强调父母的义务而非权利。父母权利主义的立场赞同国家的广泛干预,但不是采取强制的方式。家庭抚养应该得到资助,但是孩子的抚养不应该随便被替代,即使被替代抚养也应该和自然家庭保持联系以及保有随时返回的权利。未成年人权利主义的立场强调未成年人自身不同于父母的观点、感受、愿望、自由和选择,而不是由成人决定什么是其最大利益。^[1] 这个立场在根本上不同于其他三种立场,却是儿童抚养政策和实践中最边缘的价值理念。

自由放任主义强调家庭及其成员利益的一致性,未成年人的利益保护由家庭承担。家长式统治主义立于未成年人与成人利益的分歧,以及国家

[1] Fox Harding, L. *Perspectives in Child Care Policy*, London: Longman, 1991, pp. 15—155. in Nigel Thomas, *Children, Family, and the State: Decision-making and Child Participation*. New York: ST. MARTIN'S PRESS, LLC, 2000, p. 71.

与未成年人利益的一致性,强调国家对未成年人抚养的支持和监督的双重责任。父母权利主义强调未成年人和父母利益的一致性,以及国家对其的支持与保护。未成年人权利主义强调的是未成年人独立于国家、家庭、父母的自身意志与自由的价值和利益,国家对未成年人的保护不是基于国家公职人员对其利益的判断,而是尊重其自主判断。

四种价值观念基于国家、家庭、父母和未成年人利益和价值之间的一致性和对立性,而对各个因素进行不同分量和程度的组合。第四种不同于前三种的地方在于它以未成年人的自由意志突出了未成年人的独立地位;在第一种和第三种中,未成年人的利益依附于家庭或者父母的利益,而以保护家庭或者父母的利益来促进未成年人的利益;第二种中,国家以未成年人的利益为中心,越过家庭、父母的利益而给予保护,这种利益的判断权在于国家公职人员,忽略了未成年人的自身意志。

不可否认,国家、家庭、父母和未成年人的利益在很多时候都是具有一致性的。比如儿童接受教育不仅有利于其自身发展,也是父母的愿望,这样就有利于家庭的和谐和发展,同样也为国家建设培养人才。但是如果父母是门诺教徒,继续接受教育有违其宗教信仰,不利于未成年人在其社群中生存,那么,让未成年人继续受教育虽然对国家有利,但是对未成年人和其家庭都有负面影响。^[1]再比如父母是教徒,基于某种宗教信仰反对输血,但是未成年人却必须进行输血,不然会危及其生命,这时候未成年人和父母的利益就发生冲突。所以这四种利益之间的冲突也不可避免,而且在具体情境中,四者之间的一致性和冲突性因利益的类型不同而各不相同,同时也随着利益分量的增减而发生相应的变化和转换。这也是国家干预和家庭自治之间矛盾复杂性的根本原因,也是未成年人利益最大化难以确定的外在障碍。另一个难题是,到底什么是未成年人的最大利益?这不仅涉及“利益”本身内涵的界定,在利益判断中未成年人的自由意志处在什么样的位置,而且涉及由谁决定的问题,由父母、国家或者社会公职人员,还是由法律确定。这是未成年人利益最大化模糊性的内在原因。内在原因和外在原因又是相互影响的,因为未成年人缺乏独立性,其对于家庭、父母和国家保障的依赖性使得其利益的依附性比成年人的更强,尽管在不同

[1] Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

的情况下存在着不同程度的利益冲突。

国内大多数论文都肯定了家庭自治和国家干预两者在调整婚姻家庭关系和保障未成年人利益方面的必要性,但是对于两者之间如何相互作用以及何种方式运作缺乏具体的理论分析和制度设计。家庭自治和国家干预怎样接近未成年人利益最大化这一目标?具体来说就是对不同主体和不同类型的利益冲突进行调和。

二、未成年人最佳利益实现的前提:未成年人利益独立性之确认

自由放任主义、家长式干预主义和父母权利主义都强调未成年人与父母、家庭或者国家利益的一致性,于是形成了家庭自治与国家干预倾向的不同立场。不可否认,它们在很多情况下都具有一致性,但是在儿童事务中,不管是家庭自治还是国家干预,其最重要的目的都在于保护未成年人的最佳利益,与家庭、父母还是国家利益的完全混同都会忽略未成年人自身独特的价值与利益,而使其成为声张家庭利益和国家利益的工具。

(一)未成年人的利益独立于家庭、父母的利益

未成年人的生活与其家庭紧密相连,家庭是保护未成年人的第一道防线,因其缺乏完全或者部分行为能力而由其监护人代为处理相关的法律关系。国家对于未成年人生存和发展的保障,很大程度上也是通过对家庭的辅助来完成的。但是不可否认,未成年人有其独立于成年人的利益。

首先,未成年人的利益和父母的利益在有些情况下也并不一致。在处理离婚案件时,法官不会仅仅因孩子和经济条件十分差的母亲的关系亲近而判决抚养权归属,即使抚养权的取得对于这位母亲的生活至关重要。长期遭受家庭暴力的妇女离婚后是非常抵触与前夫接触的,因为她会因恐惧或之前阴影而产生压抑感,但是如果与父亲的接触有利于孩子的身心健康,那么这并不能阻碍孩子与父亲的定期会面。如果这位母亲面对前夫继续施加暴力或胁迫的现实危险而严重影响她和孩子的正常生活的时候,就

可以中止这种探视。

其次,未成年人的利益与成年人的利益存在不同之处,成年人的利益不仅仅呈现为一种客观的好处,而且有主观价值判断,也即自由选择本身的价值。不可否认,大多数人会倾向于客观上对自己有利的选择,但是只要在法律所许可的自由范围内,即使权利主体作出对自身不利的选择,法律也尊重其自由意志。当成年人按照自身的利益为未成年人做出选择或者决定未成年人的生活时,就会产生对未成年人成长不利的情形。比如基于宗教信仰而拒绝对孩子使用与教规相悖的医疗手段而危及孩子生命健康。^[1]

再次,父母以未成年人利益为出发点所做的选择,有时候对未成年人产生不利。普遍认为父母是抚养孩子的天然的最佳人选,最可能也最自觉地为未成年人的健康成长而谨慎思虑,而且父母对孩子的日常生活和教育方式的选择自由也受到尊重和保护。范伯格认为要给孩子留有一个开放的选择范围,使其在未来能够行使,所以为其提供全面的知识以使其能够自由选择;密尔则认为根本不存在一个中立的教育方案。^[2]虽然关于教育的引导性还存在争议,但是有些情况下父母的培养方案和方向若采取较为极端的方式,可能对孩子的成长产生明显不利的影响。美国《纽约每日新闻》近日报道了一则新闻,在印度西南沿海地区城市喀拉拉,一对夫妇逼迫自己仅11个月大的女儿独自乘坐降落伞飘在40英尺(约12米)高的空中,两位监护人将他们的孩子绑在一个彩色跳伞装置上,并由一辆卡车拽着降落伞使其升空,全程女婴哭嚎不已。^[3]显然,跳伞虽然是父母的爱好,也是父母培养孩子的勇气和对这一运动的爱好的方式,但是却明显超出了11月大的孩子的身心承受范围。

(二) 未成年人的利益独立于国家利益

在我国的政治话语和传统观念里,未成年人作为祖国的未来常常被授

[1] See *Winchester Department of Social Services v. Gregory L. Roberts and Melissa A. Roberts*, 26 Va. Cir. 314.

[2] See Mianna Lotz, "Feinberg, Mills, and the Child's Right to an Open Future", *Journal of Social Philosophy*, 2006, pp.537—551.

[3] 参见王雨诗《印父母逼迫11月大婴儿跳伞被指控》,人民网国际频道,网址 <http://world.people.com.cn/n/2014/0524/c1002-25059521.html>, 2014年8月31日。

予“国家未来接班人”的使命。国家对所有儿童的福利都具有合理的利益,儿童不仅仅属于父母,还属于国家。在西方社会,儿童完全属于国家的思想要追溯到柏拉图,他第一次提出学前儿童公育的思想,接受国家统一的公共教育。都铎王朝时期的英格兰,贫困儿童有时被看做“国家的儿童”和潜在资产,但是这些儿童明显不同于家庭中儿童。我国在近代的维新运动中也有过儿童公育的思想,“康有为杂糅了传统的‘大同’思想和近代西方的资产阶级教育思想,提出了儿童公育主张”。^[1] 现在认为,所有儿童的福利,而不仅仅是贫困儿童,与十九世纪末二十世纪初的政治民主和民兵的发展密切相关,民主政治国家的建立需要对孩子进行教育而培养公民民主意识,战争需要儿童的强健体格。^[2] 未成年人与父母利益的冲突在某些事件和情形之中是可以明确判断的,但是未成年人的利益与国家的利益却不是那么容易分开的,因为从一个总体、通常和长远的视角来看,一个健康成长和不断自我完善的未成年人确实是国家的潜在力量源泉和财富,而且一个危害社会和对国家利益存在威胁的未成年人也很难得到自身的良好发展。一般情况下,国家不会干涉一个未成年人的人生规划和方向选择,但是如果一个未成年人从小就被发现有惊人且超常的某项体育天赋,他却对运动完全不感兴趣,梦想成为一个歌手,但其音乐天赋却平平,缺乏成为一个歌手所需的先天条件,在这种情况下能否基于国家利益而强制其成为一个运动员呢? 国家是否有义务给一个穷困而且罹患绝症的未成年人继续提供医疗服务呢? 一个考上大学却身患绝症的未成年人是否能够享受国家的教育资源呢? 国家能否阻止国家资助留学的大学生在学成时留在国外施展才华呢? 对一个预计在未来对国家贡献较小的未成年人,国家也必须尊重其生存和发展的利益和自由。

(三) 有些利益的属性决定了只能由未成年人独立享有

父母可以基于未成年人的利益代替其处理其日常事务和法律关系,但是有些利益的属性决定了其只能为利益主体所有。比如个人隐私,这种利益本身就是绝对排他、不能分享的,只能归属于利益主体自身,即使其对家

[1] 赵娟:《五四时期儿童公育的思想渊源》,《传承》2008年第10期,第92页。

[2] 赵娟:《五四时期儿童公育的思想渊源》,《传承》2008年第10期,第92页。

庭、父母的利益具有影响,那也仅仅是针对家庭范围之外的这一衍生影响,而这利益本身不仅排斥家庭之外的人的分享,也排斥其他家庭成员的分享。当然这一利益的享有必须具有一定的条件,以不威胁未成年人其他更重要的利益为限。The State of Washington v. A. Frans Koome 一案中,预审法院允许一个未婚先孕的未成年女孩在不经父母同意的情况下进行堕胎。首先,法院认为法规过大地限制了未婚先孕的未成年女孩堕胎的自由,并且不合理地歧视类似情形下女孩的堕胎权利。第二,法规规定的父母同意的要求不适当地侵害了美国宪法修正案第十四条保护的隐私权。第三,国家在限制未成年人堕胎上的利益不够充分,不能达到正当程序的要求。第四,在父母同意方面对不同妇女区别对待,这侵犯了修正案第十四条及与此相关的州宪法的平等保护的条款。她正面临着成为一个母亲,如果她负担这个孩子,那么她将会获得监护权和支配权,继续或者终止妊娠的决定实际上是她做出的作为一个“母亲”的第一个决定,这不应该受其父母的强迫。所以,国家没有权力去干涉某些领域的堕胎问题,也没有权力授权家庭调整这样的领域。“绿领巾”事件^[1],以及脸上印字作为对未成年人惩罚措施,都是带有侮辱和歧视性的行为,即便学校、家长出于激励的目的,但是却严重损害未成年人的人格尊严。人格利益是专属于未成年人的,任何人都不能代其享有或放弃。

不可忽略的是未成年人的主体地位,脱离其主体地位去谈论未成年人利益最大化就必然依赖于其他主体的利益,又因其在特定情形下不总是和父母、家庭和国家的利益一致,所以必须考虑未成年人的独立地位和利益。

三、未成年人的利益、自由和权利

(一) 未成年人的利益和自由

谁是一个人的利益的判断者和决定者呢?我们一般认为是这个人自己。

[1] 2011年10月,西安市未央区第一实验小学的老师称,学习、思想品德表现稍差的学生没有红领巾,为教育其上进,便为这部分学生发放了“绿领巾”。参见温辉、阮丹生《论未成年人受教育权的平等保障——以“绿领巾”事件为切入》,《政法论坛》2012年第6期,第30页以下。