

中国政法大学内部报刊准印证号码头 XJ017

學 術 法 大

Student Law Journal of CUPL



3/2012

(总第三十三期)

中国政法大学学生处 主办
中国政法大学教务处
二〇一三年三月

學術法大

2012年第3期
(总第33期)

目 录

◆社会经纬

社会分层角度的高等教育生源阶层比例失衡现象及成因分析

——以清华大学为例·····于心
意 (5)

框架效应和认知加工深度对大学生就业决策的影响·····肖微
(13)

◆商理民情

未超标环境噪声侵权法律适用——一个比较法的视角·····顾霞飞
(26)

论公司关联担保的法律规制——以典型案例分析为视角·····曲嘉琦
(34)

◆慎刑笃思

试论未遂可罚性基础上的不能未遂·····陈河源
(45)

学术法大

中国政法大学学生处
中国政法大学教务处 主办

激情犯罪从轻背后的刑罚原则

——以相关司法解释对刑罚个别化的体现为视角……………张懿聪

(67)

◆国际法纵横

GATT1994第20条(g)款研究——兼论中国稀土抗辩方案……………朱颖

(79)

◆文韬思略

Unique Love Vision as a Reflection of the Construction of Female Subjectivity in the 19th Century

——A Comparative Study of the Two “Emily” s’ Literary Canons ……………何逸逸

(98)

◆信笔臻识

夜海棠，识得几缕香——由《花下醉》品读中华及东方之美……………田楠

(110)

奈何花果飘零……………郭志东

(117)

刊头题字：李玺文

《学术法大》编辑委员会

顾问：冯世勇 朱 勇 张桂林

主任：于志刚 卢少华

委员：(以姓氏笔划为序)

马呈元 王 洪 田为民 应 星 孙忠群 曲新久

何 兵 杨 帆 杨秀清 杨 阳 赵红梅 侯廷智

姚泽金 宣增益 焦洪昌 黄宜思 舒国滢

《学术法大》编辑部

执行编辑：张永然 张金磊

学生编辑：高 薇 陈河源 萧 鑫 刘东辉 宋晓旭 李 尧

海 伦 曲嘉琦 章 琦 齐蓓蕾 刘 怡 叶素君

焦钰杰 沈 芊 杨承甫 薛 峰 饶桢菱 刘颖坤

严 黎 朱 曼 蔡子祥 廖子力 聂 雯 罗 翀

尤保暖 张冬乔 张 瑞 高 颖 黄晓莹

社会分层角度的高等教育生源阶层比例失衡现象及成因分析

——以清华大学为例

于心意

(中国政法大学 商学院 2010 级)

摘要: 社会人员对资源的不平等占有造成社会分层, 而社会分层造成了各阶层子女接受高等教育的比例失调, 本文选取一百份针对清华大学的随机调查问卷的数据, 利用辈出率的研究方法进行分析, 试探究社会阶层差异与高等教育生源阶层比例失调之间的关系, 并且借助二者之间的关系分析造就这种不平衡现象的成因。

关键词: 社会分层 高等教育 比例失衡 原因

一、引言

高等教育是指在完全中等教育的基础上进行的专业教育, 是以培养高级专门人才为目的的社会活动。^①它相比九年义务教育而言不仅在教育内容的深度更是在受众范围上有了极大的不同。尽管在笔者看来, 它现阶段不能做到义务教育般的普及程度, 但希望其较之于前者的受众人群不会甚失偏颇。但是, 尽管 2010 年统计结果显示高等教育毛入学率已经达到了 26.5%^②, 并且本科院校和成人教育院校也在各地域内广泛分布, 这样的大众化推广却没有带来明显的福祉, 高等教育中的不平衡之处比比皆是。

基尼系数在 2002 年始逼近警戒线, 2004 年公布数据为 0.45, 此后, 就再也没有明确的官方数据。这个隐瞒中带有强烈的“此地无银三百两”的戏谑。基尼指数所传达的收入分配的公平显失呈现出不断扩大的趋势, 因而我们开始不断关注社会公平。我们并不是那些从某人那里分到一块小蛋糕的孩子, 等待着这个人对自己忽略了公平的粗心大意做着最后的弥补。机会的不平等造就收入的不平等。笔者认为, 如果机会是平等的, 即使结果不平等, 但起码是公正的。机会平等比收入平等更重要, 机会公平是社会公平的起点。与此同时, 在美国, 处于社会底层的人可以通过受高等教育, 进入社会中层或更高。每个人都可以通过自己的努力, 逐步改变自己的社会地位。^③被称为美国“公立学校之父”的贺拉斯·曼

^① 百度百科: “高等教育”词条, 载于网址 <http://baike.baidu.com/view/11005.htm>, 最后访问日期 2012 年 10 月 30 日。

^② 教育部网站: “2010 年全国教育事业发展统计公报”, 载于网址 http://www.moe.gov.cn/publicfiles/business/htmlfiles/moe/moe_633/201203/xxgk_132634.html, 最后访问日期 2012 年 10 月 30 日。

^③ 高璐: “论教育不公与社会分层”, 载《当代教育论坛》2006 年第 4 期上半月刊, 第 37 页。

也说“教育是实现人类平等的伟大工具，它的作用比任何其他人类的发明伟大得多”。^①因而笔者认为，社会公平起源于机会公平，而教育公平就是机会公平的助推力。

鉴于高等教育的教育公平相对于社会的重要性以及其重要性与现状的对比，笔者在本文重点研究一个高等教育不平衡的现象并分析其成因。同时，笔者也希望能够借助不公平的严重性提醒人们对于教育起点公平重要性的认知，使我们得以采取可行措施，通过教育起点的公平实现竞争机会的公平，最后对社会“公平”少一点怨言。

二、社会分层现象、比例失衡现状及本文研究方法

以职业分类为基础，以组织资源、经济资源、文化资源占有状况为划分社会阶段的标准，当今中国社会群体可以划分为：国家与社会管理者层、经理阶层、私营企业主阶层、专业技术人员阶层、办事人员阶层、个体工商户阶层、商业服务人员阶层、产业工人阶层、农业劳动者阶层、城市无业失业和半失业人员阶层，共十大阶层。^②故而在本文中的社会分层将采取这十大阶层作为标准分类。

现今我国高等教育存在不同程度和不同方面上的不平衡：男女比例失衡、生源城乡比例失衡、生源地区省份比例失衡。偶访清华经管系的好友，惊奇的发现4个人的宿舍竟有三名北京学生和一名天津学生。一个三十余人的经管班级里，且先不关注一二三线城市的细分，仅从户籍上的城乡比例来看，数据就可以达到8:1。他人的调查也间接证实了笔者得到的数据。北京大学，从1978至1998年间农村生源占三成到90年代至今不断下滑至不足一成的比例（北京大学教育学院副教授刘云杉）。清华大学，10级高考考场里全国农村考生为62%，但清华生源中农村生源占总人数的17%（清华大学人文学院社科2010级王斯敏）。过去班里农村的孩子几乎占到80%，现在经济社会发展了，农村孩子上高职、上大学的比重却下降了（温家宝）。

凭借这些数据，也就不难理解，何以高等教育入学不公平被称为“最大的不公”^③、“最刺眼的不公正”^④。当清华的少年逐渐被刻板成一个固定的模式——良好的家庭、良好的教育、一年至少两次的旅游经历、重点高中教育，这时我们不应该觉得悲哀么？学习刻苦、成绩不错的寒门少年都去了哪里？“出身越底层，上的学校越差”的状况真的将要被定格么？“三十年来，国家的转型在继续，但底层个体命运的转型，却在逐渐陷入停顿。”^⑤美纽斯说：“只有受过一种合适的教育之后，人才能成为一个人。”然而，底层个体却在转型期中国一小片弥漫着尘土与工厂粉尘的土地上挥舞着年轻的肢体，仿佛不识愁滋味的模样，我们看客却愈感悲凉。我们的现状已经完全背离了教育的初衷和本质。

教育公平分为起点、过程和结果公平。笔者认为，我国高等教育的不公平现象多数源

^① 沈悦英子：“社会分层视野下的教育结果公平——以70、80后两代高校毕业生就业现象为例”，南京师范大学硕士生2011年毕业论文，第23页。

^② 江帆：“当代中国社会阶层研究的新成果——介绍〈当代中国社会阶层研究报告〉”，载《理论参考》2002年第1期。

^③ 志文：“中国教育最大的不公”，载《中国青年报》2000年2月24日。

^④ 肖雪慧：“最刺眼的不公正——2001再谈高考录取线”，载《社会科学论坛》2001年11期，第43-45页。

^⑤ 南方周末官方网站：穷孩子有没有春天——寒门子弟为何离一线高校越来越远，载于网址<http://www.infzm.com/content/61888>，最后访问日期2012年10月30日。

于起点不公平,所以本文将着重研究起点不公平,并借助调查结果分析社会各个阶层人群子女的高等教育入学中是否存在差异。辈出率 M 是指某一社会阶层子女在大学生中的比例 A 与该阶层人口在整个社会中占得比例 B 。当结果不等于 1 时就表明教育的分布是不平等的。本文将借助辈出率和社会十大阶层划分来分析数据。

问卷调查发放地点为清华大学,随机发放 100 份,回收有效问卷 100 份。其中男女比例为 68:32。城乡比例为 75:25。

三、社会分层与其子女高等教育入学比例关系及成因——基于问卷调查结果分析

1. 社会分层角度的高等教育生源失衡现象及比例对比

①十大阶层按顺序从一到十命名, M 为该阶层辈出率, A 为某一社会阶层子女在大学生中的比例, B 为该阶层人口在整个社会中占得比例(单位:百分比)

②在进行调查中父母职业分布数据分析时,笔者将教师、医护人员和牧师均划分至专业技术人员范围中;将公务员、国企及事业单位员工划分到办事人员范围中;将退休者划分到无业人群范围中;将军人划分到国家及社会管理者人群范围中。结果如下(表 1):

阶层	一	二	三	四	五	六	七	八	九	十	总计
B	2.1	1.6	2.0	4.6	7.2	7.1	11.2	17.5	42.9	4.8	100.0
A*	7	3	5	34	12	5	1	11	17	5	100.0
M	3.33	1.87	2.50	7.39	1.67	0.70	0.90	0.63	0.40	1.04	/

*注(表 1):数据以父母分组统计,该比例以父亲数据为主计算。

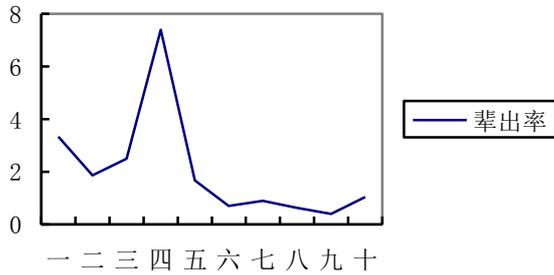
由表格,不同社会阶层的子女在清华大学所占的入学比例比较是非常悬殊的。

从总体宏观分布来看,国家与社会管理者阶层、经理阶层、私营企业主阶层、专业技术人员阶层、办事人员阶层这五个社会阶层的子女入学比例是代表最公平的平均值 1 的接近 2 到 7 倍,即其子女入学可能性要大于平均水平很多。而按顺序紧接着的办事人员阶层、个体工商户阶层、商业服务人员阶层、产业工人阶层和农业劳动者阶层五个阶层的辈出率明显要低于平均水平很多。我们有理由相信,教育机会的分配总是有利于出身优势家庭背景的人。社会优势阶层对教育资源过多的占有影响和制约了教育的公平,教育不公平又进一步加剧了社会分层的失调。

从阶层子女生源比例对比来看,辈出率最高的专业技术人员家庭为 7.39,是最低的农村劳动者阶层家庭 0.40 辈出率的 18 倍还要多。与此同时,专业技术人员阶层家庭的辈出率也高于前三个层次位阶更高一些的阶层家庭的辈出率。此辈出率的分布呈现一个向上升后急剧下降的形态。只是至高点左右两侧数值并不对称,左侧明显高于右侧(见图 1)。

我认为,专业技术人员阶层在十大阶层划分中不仅相对位置处于中间,而且这一阶层也可以说是中产阶级,与我们向往的橄榄形——中间大两头小的社会人群分布有异曲同工之妙。中等人群的比例最大。因而,通过对上述数据的分析,可以得出结论:我国高等教育入学生源比例差异与社会阶层分布有着不可分割的关系。尽管较接近中产阶级的专业技术人员家庭辈出率最高,所占比例最大,但是也不可以忽略不同社会阶层子女得以接受高等教育的比例的悬殊差异。

图1



2. 社会分层角度的高等教育生源失衡成因分析

(1) 父母教育程度的代际传递

法国社会学家皮埃尔·布尔迪厄认为，教育是现代社会中阶级再生产的一种重要机制。

正是如此，表面上，每个学子都是在通过高等教育入学考试来进行公平竞争，然而他们阶层背景的细微差异都将转化为巨大的同映射在他们的成绩和未来上。教育这种强力的再生产机器，将社会中已有的阶级结构复制出来，上一代的阶层决定了他们接受的教育，而这又循环往复影响了下一代所能接受到的教育水平和以此获得的社会层次。我认为，上一代的受教育程度极大地影响了该阶层子女的受教育程度，父母的教育对于子女有代际传递性。

① A_i 为抽样中有某一程度教育的父亲或母亲在整个抽样中所占的比例；

②下标为 1 代表父亲，下标为 2 代表母亲（单位：百分比）。

清华大学抽样学生父母受教育程度分布（表 2）

	半/文盲	小学	初中	专科	高中	本科	硕士	博士	总计
A_1	0	4	11	14	21	38	5	7	100
A_2	3	10	14	20	23	27	1	2	100

在抽样的 100 名清华学生中，21% 和 38% 的抽样学生的父亲分别受过至少高中和本科的教育，二者之和就达到了 59%，超过样本总体的一半。而 70% 的抽样学生的母亲受过至少专科到本科的教育。但是，父母的教育程度为初中以下的学子，仅仅占据抽样总体的 20% 不到。可见，子辈受教育程度与父辈受教育程度存在着相关性。^①由此，笔者得出以下结论：

第一，接受清华高等教育的学生大多出于有着良好教育的家庭，其父亲母亲大多有专科以上的教育背景。当父亲的受教育程度越高，处于这个教育层次的父亲的子女在 100 名抽样学生中所占比例也就越大。即当父辈的受教育程度较高时，子女入学的机会较大。因为高等文化教育给了父母一种文化才能和文化习惯，这些都将成为家庭文化资本的重要组

^① 1992 年北大社会学考研真题第 4 题：载于网址

<http://www.kaoup.com/html/xuelilei/kaoyan/ziliaozhongxin/20120520/58032.html>，最后访问日期 2012 年 10 月 30 日。

成部分,并逐步传递给子女。在统计数据时,笔者发现许多样本的父母从事着教师和医生的工作,而且教师样本还包括数量大于 3 的大学教授。他们的学历基本是本科以上,甚至,还有一个让笔者印象深刻的是拥有博士学位的医生母亲。在孩子的成长过程中,父母是孩子第一任老师,当该阶层的父母拥有更高的学历时,也就意味着孩子童年的教育可以得到更多。这样的文化资本使得出身较高社会阶层的学生在与社会阶层较低人群的子女博弈中脱颖而出,也就不难解释北京大学自主招生“费孝通是谁”的题目中,为何前者答出答案的比例要明显高于后者了。并且,我们不可以忽略的一点是,即使较低的社会阶层家庭想要通过文化资本力量改变其子女在高等教育中入学的小比例,文化资本的特质也使得此过程并非成就于朝夕。

与此同时,父母的受教育程度和社会阶层有着极大关系(表 3)。

学生样本中父/母亲阶层和职业分布

	一	二	三	四	五	六	七	八	九	十	总计
文盲	0	0	0	0	0	0	0	0	0/2	0	0/2
小学	0	0	0	0	0	0	0	1/1	4/8	0/1	5/10
初中	0	0	0	1/0	0/1	3/1	0/1	1/3	5/7	0	10/12
专科	1/1	0/2	1/1	5/12	3/2	0/1	1/0	1/1	0	2/1	14/22
高中	0/1	0	2/1	0/3	2/3	2/1	0/3	8/1	7	0/8	21/21
本科	6/2	2/0	2/1	19/15	6/7	0/2	0	1/0	0	2/2	38/29
硕士	0	0	0	4/1	0	0	0	0	0	1/0	5/1
博士	0	1	0	5/2	1/0	0	0	0	0	0	7/2
总计	7/4	3/2	5/3	34/33	12/14	5/5	1/4	12/6	16/17	5/12	100

注:①父/母亲的数据分别表示为 A/B

②没有/符号的代表数据均为 0

从上述数据可以看出,父母受教育程度和其家庭所处的社会阶层有很大关系,其中接受过本科以上教育的人群多数分布于前四个阶层,而初中以下教育人群则多分布于后三个阶层,主要以农业劳动者阶层为主。久而久之也就形成一个循环,上一辈接受较好的教育,处于较好的社会阶层,将多年教育积累出的文化资本和高级社会阶层所能带来的更好的文化教育资源不断投射于子女的成长之中,子女也步入父辈的道路。这也应和了一位复旦大学招生办老师说过的话:“无论是招进来的,还是从来没机会进入我们视野的年轻人,他们都在复制父辈的模样。”^①也就使得笔者得到第二个结论:随着文化资本的不断增强(学历程度),父母对子女的代际传递也就越强。而只拥有初中、小学学历甚至是文盲半文盲的知识文化水平的父母,对子女的文化资本传递明显偏小,因为我们陷入了一个循环往复的过程。

(2) 来自社会分层的“不平等超社会资本、强社会资本”

由于社会分层带来的高等教育生源比例失衡不仅可以归因于不同阶层所接受的教育差异对其子女的代际文化资本传递,由于社会分层带来的超社会资本和强社会资本也可以对

^① 南方周末官方网站:穷孩子有没有春天——寒门子弟为何离一线高校越来越远,载于网址 <http://www.infzm.com/content/61888>,最后访问日期 2012 年 10 月 30 日。

该现状负一定责任。超社会资本是建立在对经济资本、社会资本和文化资本的全面占优的基础之上的,超越法律和制度许可范围的,能对社会资源的占有和分配产生决定性作用的一种特殊资本形式;强社会资本是建立在人情面子之上的社会关系网。^①他们与社会分层现状紧密相关,因而对高等教育的入学公平产生了消极影响。

正如费孝通先生在《乡土中国》中所言:“我们的社会结构本身和夕阳的格局不相同的,我们的格局不是一捆一捆扎清楚的柴,而是好像把一块石头丢在水面上所发生的一圈圈推出去的波纹。每个人都是他社会影响所推出去的圈子的中心。被圈子的波纹所推及的就发生联系。每个人在某一时间某一地点所动用的圈子是不一定相同的。”^②这种被费孝通先生称为差序格局的关系模式正体现了中国社会资本“关系力量层级控制”这一大特点。当社会分层时,由于社会的各个阶层不同,其拥有的人情圈子也就不同,试问构建于包括大学教授、律师会计等等的专业技术人员阶层上的社会资本强,还是形成在面朝黄土背朝天的农民阶层上的社会资本强大呢?结果不言而喻。这样来源于社会分层的不同的超社会资本和强社会资本对于高等教育生源不平衡的影响主要有以下几个方面。

①学前择校。随着北京地区愈演愈烈的择校现象,我们对于动辄缴纳几千元的幼儿园“择校”都似乎已经见怪不怪了,一个家庭所处的社会层次越高,也就意味着他们可以选择住更好的城区,被划片分配到城区的好学校。而当这个条件无法实现时,高社会阶层家庭也可以实现目标,因为他们有更强的强社会资本足以凭借关系网络的层层递推找到入口,或者由于经济资本充足而选择缴纳高昂的借读费以保证孩子不输在起跑线上。由于师资和财政补贴力度不同,不同地区的初等教育水平势必已经为每个阶层子女高等教育入学的道路设置了障碍。这也印证了布尔迪厄的观点,不同的家庭所拥有的经济资本、社会资本和文化资本对子女教育机会和学习成就有明显的影

响。^③考前助推。首先笔者想明确的是,保送人群绝大多数都是值得的学生,因为如果仅是以成绩来排名,那么大家都是没有差异的。然而,保送过程中由于资本不同造成的“加分”项使得升学比例失调是一个不可忽视的问题。学者将加分政策划分为三类:通过对规定的解读可以将加分政策分为以下三类:首先是在校期间受过表彰奖励或者有突出事迹者;其次是针对少数民族考生、华侨烈士子女降分投档政策的变相加分制度;再次是烈士子女优先录取政策的变相加分制度。^④第一类使得超强社会资本家庭有机可乘,因为花钱买“三好学生”头衔以求加分现象屡见不鲜,而低社会层次家庭往往是裸分录取,这样的不公也是高等教育生源不平衡的一个原因。来自社会分层的的不平等的超社会资本造就了扭曲高考的加分制度,这样的行为难道是要“高考——社会公平的最后一块绿洲”^⑤也流于形式么?

③高考后的补救措施。笔者有过切身的体验。当笔者看到一个高考分数不及笔者的一半的同学和笔者处于同一校园里的时候,默契地不去捅破那层窗户纸,然而心下了然的同时也不可避免地感到不公正。这也就提出了不同阶层拥有的不等超强社会资本对于高等教

^① 陈卓:“超社会资本、强社会资本与教育公平——从当今中国教育影响社会分层的视角”,载《青年研究》2011年5月期,第75页。

^② 费孝通:《乡土中国》,生活·读书·新知三联书店1985年版,第25页。

^③ 张柯冉:“我国高考加分政策的合理性探讨——由几例高考加分事件引发的思考”,载《考试研究》2009年10月第5卷第4期,第53页。

^④ 张洁霞:“浅析高考加分政策之合理性”,载《经营管理者》2011年第21期,第56页。

育生源比例不平衡的又一影响——点招。“被点招的学生同普通学生一样报志愿。一般来说各个学校一般都有大约 1%的录取名额分配给此类学生。”^①尽管现今没有法律来明确它是否合法，但是它是不符合教育部明令禁止点招行为的规定的。拥有强社会资本的社会阶层可以用这种方式弥补子女的失败，这种行为的存在也就使得该阶层子女在高等教育入学生源中的比例不断上升。

四、分析社会分层视角下高等教育生源比例失衡现象及成因的意义

从理论上而言，罗尔斯说“为了平等地对待所有人,提供真正的同等的机会，社会必须更多地注意那些天赋较低和出生于较不利的社会地位的人们。这个观念就是要按平等的方向补偿由偶然因素造成的倾斜”^②。通过对这个问题的分析，我希望我们可以更清楚地发现社会分层下的不公，毕竟教育问题是百年大计，从而可如罗尔斯所言，对我们或有意或无意造成的倾斜作出补偿。

从社会现实层面说，为了社会公平，我们试图造就像美国橄榄型一样的社会结构，如前文所言，教育公平促进机会公平成就社会公平，所以为了实现这个漫长过程的成功第一步，从社会分层角度分析高等教育生源失调原因也就有了现实意义，我们试图借助分析寻求解决办法，力求成就最后的社会公平。

从接受高等教育的学生心理看，贫困大学生的生活态度可以分为消极型、激愤不满型和积极融入社会型。家庭条件优厚的大学生生活态度分为纨绔子弟型和努力进取型。^③当社会分层造成各阶层子女入学比例不公的时候，家庭条件较好的人群聚集在一起，仅占微小比例的来自中等偏下社会阶层的大学生可能形成他们的分组但是在主流中难以找到定位，这样的校园分层难免会可能形成消极的生活态度，并将对大学生心理产生消极影响，只怕会造成与我们所期盼的“培养高素质人才”背道而驰的结果。因而，对社会分层角度的高等教育生源比例失衡现象及成因进行分析，有助我们更好地了解现状的严重性，唤醒公众对大学生心理的保护。

五、结论

由于社会分层现象，根据职业和资源占有情况进行划分，社会形成了十大阶层。阶层分布的确影响高等教育生源分布，并且社会分层造成了现阶段高等教育生源阶层比例不平衡。社会阶层越高，该阶层子女接受高等教育的可能性越大，在高等教育生源比例中也占得越多。究其不平衡与社会分层的细分关系和可能原因，主要有二。第一，社会不同阶层家庭中家长接受教育的高低程度不同，父母所接受的教育越多，该阶层子女接受高等教育的可能性越大，父母的知识和素养形成家庭的文化资本并对子女产生代际传递。第二，

^① 沈悦英子：“社会分层视野下的教育结果公平——以 70、80 后两代高校毕业生就业现象为例”，南京师范大学硕士生 2011 年毕业论文第 26 页。

^② 【美】约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 101 页。

^③ 柏文涌、刘峰久：“略论大学校园分层影响及对策”，载《教育与教学研究》2010 年 5 月第 24 卷第五期，第 39 页。

社会阶层分化导致各个阶层有着不同的超社会资本和强社会资本, 阶层越高的家庭所持有的社会资本越多, 对于子女获得高等教育机会的助推力越大, 主要体现在学前择校, 花钱买称号寻求加分和靠后点招手段补救三个方面。这样的差异性也是源于社会分层对于高等教育生源失衡的原因。

社会分层具有积极的一面。分层会使得各层人群基于竞争快速流动, 社会中下层将有向上攀升的动力^①。然而, 尽管分层产生于社会成员对于资源的不同占有, 并且在各个社会普遍存在, 我承认适当的社会分层是有利的。然而, 面对教育这样一个特殊产业, 衡量它的重要性并获知其现状的严重性, 我们还是应该提高警惕, 采取有效措施阻止其不平衡性再度蔓延, 及早将高等教育生源比例拉回正轨, 若社会公平的基础——教育公平都无法保证, 我们的社会又该何去何从呢?

参考文献:

1. 费孝通:《乡土中国》, 生活·读书·新知三联书店 1985 年版;
2. 【美】约翰·罗尔斯:《正义论》, 中国社会科学出版社 1988 年版;
3. 江帆:“当代中国社会阶层研究的新成果——介绍〈当代中国社会阶层研究报告〉”, 载《理论参考》2002 年第 1 期;
4. 志文:“中国教育最大的不公”, 载《中国青年报》2000 年 2 月 24 日;
5. 肖雪慧:“最刺眼的不公正——2001 再谈高考录取线”, 载《社会科学论坛》2001 年 11 期;
6. 陈卓:“超社会资本、强社会资本与教育公平——从当今中国教育影响社会分层的视角”, 载《青年研究》2011 年 5 月期;
7. 高璐:“论教育不公与社会分层”, 载《当代教育论坛》2006 年第 4 期上半月刊;
8. 张柯冉:“我国高考加分政策的合理性探讨——由几例高考加分事件引发的思考”, 载《考试研究》2009 年 10 月第 5 卷第 4 期;
9. 张洁霞:“浅析高考加分政策之合理性”, 载《经营管理者》2011 年第 21 期;
10. 柏文涌、刘峰久:“略论大学校园分层影响及对策”, 载《教育与教学研究》2010 年 5 月第 24 卷第五期。

(推荐老师: 李慧敏 责任编辑: 焦钰杰)

^① 高璐:“论教育不公与社会分层”, 载《当代教育论坛》2006 年第 4 期上半月刊, 第 38 页。

框架效应和认知加工深度对大学生就业决策的影响

肖微

(中国政法大学 社会学院 2010级)

摘要: 框架效应是指人们对一个备选方案或风险方案的二择一决策会受到言语表述的影响,大学生在面对就业的风险决策中由于描述方式的改变导致选择偏好的改变。本研究选取了85名大学毕业生,为考察框架效应对大学生就业决策的影响,本研究借用以往研究的经典实验并编制了三个就业情景,设置了正负框架和认知加工程度两个变量,并辅助基本信息问卷和结构访谈。发现大学生就业决策会受到框架效应的影响,较高的认知资源投入可以减弱这一因素的影响,但是不能忽略情景因素和自我框架的作用。研究启发大学生在就业决策中,可以通过认知上的努力获得主动地位,企业也可以通过语言上的策略吸引应聘者。

关键词: 框架效应 就业决策 正框架 负框架 加工深度

ABSTRACT: Framing effect refers to the phenomenon that people will be influenced by verbalizing when making choices between two alternative options. When making choices between two risky options in job hunting, college graduates will change their choice as changes in the way of verbalizing appear. Our project has invited 85 graduates. Having referred to some related classic experiments, we include three scenarios in the experiment, which contains two variables (positive/negative frame&the depth of cognitive process). Also the research include the questionnaire of basic information about the volunteers and structured interview, and we combined the digital experiment and qualitative analysis. The result proves peoples' decisions in looking for an employment will be affect by the framing effect, which, however, can be weakened by higher depth of cognitive process. But the effect of scenario factors and the need for cognition should be taken into consideration at the same time. We try to provoke the graduates to make use of their cognition process to gain predominance in job hunting. Meanwhile the companies can also attract the attention of the graduates by using verbal tactics.

KEY WORDS: framing effect; positive framework; negative effect; decisions of job ; processing depth

一、绪论

(一) 框架效应的定义

“框架效应”是由 Kahneman 和 Tversky 在 1981 年提出^①，他们发现：人们对一个备选方案或风险方案的二择一决策会受到言语表述的影响，这种由于描述方式的改变而导致被试选择偏好发生改变的现象就被称为“框架效应”。他们以“亚洲疾病”问题为例说明了人们对期望值相同而表述不同的选项的偏好反转 (preference reversal)。

亚洲疾病问题：美国正在对付一种罕见的亚洲疾病，预计该种疾病的发作将使得 600 人死亡。现有两种与疾病相斗争的方案可供选择。假定对各方方案产生后果的精确估算如下：正面框架：

A 方案：200 人将生还

B 方案：有 1/3 的机会 600 人将生还，而有 2/3 的机会无人将生还。

负面框架：

C 方案：400 人将死去

D 方案：有 1/3 的机会无人将死去，而有 2/3 的机会 600 人将死去。

Tversky 和 Kahneman (1981) 发现^②，正面框架下大部分人选 A，而负面框架下大部分人选 D，而实际上 A 与 C、B 与 D 是等同的选项，即对于期望价值相同的选项，人们作出了不同的选择。即对于同一问题，当被描述成得以情景时人们回避风险，而被描述成损失情况时倾向冒险，这就是最早提出的框架效应。

(二) 认知视角的框架效应原因

在 Kahneman 和 Tversky 之后，Wang 等人 (2001) 以“亚洲疾病问题”为背景的研究将框架效应归结为，人们在作风险决策时优先考虑社会线索，如受难人亲疏，群体数量和群体组成等，其次才参照语言框架线索。^③即框架效应是在缺乏主导社会线索决策情景下由风险偏好的两难困境引起的。这一结论与 Steul (2006) 的研究一致，后者认为模糊情境下才出现框架效应。^④大多数研究者赞成由于信息复杂，情景模糊，认知需求不能满足的情况下会产生框架效应。

模糊痕迹理论 (fuzzy-trace theory) (Reyna & Brainerd, 1991)^⑤认为，记忆表征或记忆痕迹存在着一个由翔实、精确表征 (verbatim) 到简要、模糊痕迹 (gist) 的连续体，人们生性倾向以该连续体上更接近模糊端的模糊痕迹来表征信息。模糊痕迹更易通达且需要较少的认知努力，而精确痕迹更易受干扰和遗忘。人类的大多数认知活动都并非精确无误 (如人类记忆对信息的储存就跟计算机“全或无”的精确储存不同)，而是依赖于模糊表征 (感觉、模式、主旨)，以及对这些表征进行加工的建构规则。所以，大多数认知活动都是直觉的，正如所谓的“认知惰性”或“认知省事者”。以亚洲疾病问题为例，A 选项通常被人们表征为“一些人获救 (A)”，B 被表征为“一些人获救或没有人获救 (B)”。

^① Tversky A & Kahneman D., “The framing of decisions and the psychology of choice”, Science, 1981, 211: 453- 458.

^② Tversky A & Kahneman D., “The framing of decisions and the psychology of choice”, Science, 1981, 211: 453- 458.

^③ Wang X T & Simons F & Bredart S, “Social cues and verbal framing in risky choice”, Journal of Behavioral Decision Making, 2001, 14(1): 1 ~ 15.

^④ Steul M., “Does the framing of investment portfolios influence risk-taking behavior? Some experimental results.”, Journal of Economic Psychology, 2006, 27(3): 557~ 570.

^⑤ De Martino B & Kumaran D & Seymour B, “Frames, biases, and rational decision-making in the human brain”, Science, 2006, 4 (313): 684 ~ 687.

显然, A 和 B 比较起来, 人们更可能选择 A, 也即人们以直觉的方式在 A 和 B 之间做出了选择。同样的原因, 导致在 C、D 之间人们偏好 D。这就产生了框架效应。

在生理心理学的研究中, 认知神经科学的实验证明了直觉加工方式在产生框架效应时的重要地位。脑实验研究表明, 框架效应受杏仁核(amygdala)影响, 与情绪系统相联系, 且“理性”被试(框架效应小的被试)眶额部(orbito frontal)和内侧面叶(medial frontal cortex)比“不理性”被试激活更强。杏仁核是与情绪相关的脑区, 而额叶活动也对情绪的控制调节有关。^①

在过去的研究中, 研究者大多只关注了别人提供框架时的决策的行为。然而实际生活中, 很多时候并不存在已经表述好的方案供决策者评价和选择。自我编辑, 加工和表述信息往往是决策的第一步。另外, 在获取决策信息的过程中, 人们还可能重新表述已编辑过的决策信息, 形成自我框架。在最近的一项研究中, 王晓田初步探讨了自我框架对个体决策的影响。^②研究发现在决策者自己描述方案的时候, 他们也会采取不同的框架(获得或者损失)来描述自己所面临的选择; 自我框架对决策者的风险偏好产生了与传统框架效应相似的影响。McElroy, Seta, 和 Waring 采用了相同的图示方法对自我框架效应做了进一步的研究^③。这一研究在验证了自我框架效应存在的同时, 发现了个性因素对自我信息加工的影响。自尊心较低的参与者对可能的决策结果的自我表述更多地使用了负性、消极的情绪语气, 她(他)们在负性自我框架的影响下也更倾向于冒险的方案。即自我框架与别人提供框架时的决策行为产生了同样的效果。

(三) 认知资源投入对框架效应的影响

框架效应传统上被认为是人“非理性”的表现, 如受直觉性思维的影响(Lewin, Gaeth & Schreiber, 2000), 且在大脑右半球激活时更容易产生。^④这提示我们, 框架效应可能受认知资源投入的影响。Sieck 和 Yates (1997) 以加工水平说为基础, 发现提高加工水平(如写出决策的理由)等暴露过程削弱框架效应, 尤其在选择之前要求写出选择理由^⑤。Simon 等人(2004)研究得出了类似的结论, 他们让被试对框架信息作深度加工, 结果导致框架效应减少。而 Igou 和 Bless (2007) 的研究却发现框架效应随着加工努力的增加而愈加明显。也即, 在决策问题的编辑阶段, 问题情境的主观概念额外丰富化会强化框架效应现象。这一研究与以往研究, 如 Sieck 和 Yates (1997) 等的结论是相悖的。这就使认知资源投入对框架效应的作用大致分为两派, 一方认为加工深度可以减弱框架效应, 而另一观点是深度加工反而会强化框架效应的影响。

(四) 研究目的和意义

框架效应的应用研究目前大部分集中在医学领域和消费领域, 在职场生活中, 框架效应也受到过一些学者的关注, 部分研究以从事管理类工作的白领员工为被试, 探讨了框架效应的表现特征, 但目前针对框架效应对大学生就业决策的影响研究却很少。在激烈的就

^① De Martino B & Kumaran D & Seymour B, “Frames, biases, and rational decision—making in the human brain”, *Science*, 2006, 4 (313): 684 ~ 687.

^② Wang X T. Self-flaming of risky choice. *Journal of Behavioral Decision Making*, 2004, 17, 1—16.

^③ McElroy T & Seta J & Waring D A. , “Reflections of the self: How self-esteem determines decision framing and increases risk taking”, *Journal of Behavioral Decision Making*, 2007, 20: 223 ~ 240.

^④ 段锦云, 曹忠良: “框架效应及其认知机制的研究进展”, 载《应用心理学》2008年第14卷第4期, 378~384.

^⑤ Sieck W & Yates J F. , “Exposition effects on decision—making: Choice and confidence in choice”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1997, 70(3): 207 ~ 219.

业竞争和愈加频繁的职业流动过程中，大学生随时都会面临选择并作出决策，因而了解大学生个体在职业情境中的心理变化和决策行为就变得尤为必要。本研究立足于大学生就业决策的情景，首先探究框架效应对就业二择一决策的影响，并假设大学生就业决策中会受到框架效应的影响。针对深度加工对框架效应作用的争论，本研究的第二个目标是研究深度加工在大学生就业决策的大背景下对于框架效应的作用。进一步假设加工深度会通过影响框架效应影响大学生就业决策。研究旨在呈现大学生就业决策中的非理性特点并指导大学生理性就业决策；另一方面也可以为企业提出招聘策略。

二、研究方法

本研究采用 2（框架：正框架，负框架）*2（加工深度：浅，深）混合设计，其中加工深度投入为被试内变量。正负框架通过对选项的表述设置实现，两组被试分别面对正框架和负框架；加工深度通过时间控制和半结构访谈实现。实验开始前首先被试需要完成一份基本资料的问卷调查，接着进行上机实验。上机实验分为两阶段，第一阶段被试对于四个情景限时决策；第二阶段通过结构访谈引导被试深度加工，重新对情景进行决策。所有实验完成后，统计被试的决策选项和反应时，结合问卷调查和结构访谈的结果分析实验结果，解释和深入探讨大学生就业决策中的框架效应和加工深度这两个因素的影响。

（一）被试

随机选取北京各高校大学三、四年级学生 85 名，根据选拔被试的条件，剔除无效被试 18 名，保留被试为有毕业后直接就业的意象，年龄 19—25 岁，性别分布均等。最终参加实验的是 68 人，根据正负框架分甲乙两组，每组 34 人。根据最后实验结果，剔除漏选，反应时低于正常反应时间的无效数据 8 人，每组保留各 30 组有效数据进行分析。

（二）实验材料和工具：

1. 问卷调查

电子问卷的内容是针对性别，专业，家庭背景（父母受教育水平，父母职业，家庭月收入等），风险偏好，职业取向等人口统计学变量进行设计。大学生就业决策是一个复杂的情景，为了研究框架效应和加工深度这两个认知因素的影响，一方面要尽量控制决策情景的影响因素，另一方面在问卷中列出可能影响大学生就业决策的个体方面的影响因素，旨在合理解释和深入分析实验结果。

2. 实验

情景材料：

情景一：

甲组：假设美国正在对付一种罕见的亚洲疾病。预计该种疾病的发作将使得 600 人死亡。现有两种与疾病作斗争的方案可供选择，假定对各方案产生后果的精确科学估算如下所示：

A 方案：200 人将生还。

B 方案：有 1/3 的机会 600 人将生还，而有 2/3 的机会无人将生还。

乙组：假设美国正在对付一种罕见的亚洲疾病。预计该种疾病的发作将使得 600 人死亡。现有两种与疾病作斗争的方案可供选择假定对各方案产生后果的精确科学估算如下所示：

A 方案: 400 人将死去。

B 方案: 有 1/3 的机会无人将死去, 而有 2/3 的机会 600 人将死去。

情景二:

甲组: 作为一位即将毕业的大学本科生, 如果你选择就业, 你是要留在北京还是选择中小城市呢? 假如现在北京和中小城市分别有一家公司想聘用你, 两个选择如下:

A 方案: 留在北京, 北京的公司月薪 6000 元, 职位提升的概率是 20%, 提升后工资总额可达 7000 元。

B 方案: 到中小城市, 中小城市的公司月薪 3000 元, 职位提升的概率是 80% 提升后, 工资可达 4000 元

乙组: 作为一位即将毕业的大学本科生, 如果你选择就业, 你是要选在大城市还是小城市呢? 假如现在大城市和小城市分别有一家公司想聘用你, 两个选择如下:

A 方案: 在大城市, 大城市的公司月薪 6000 元, 但是 80% 的概率无法提升职位, 如果提升, 工资涨幅 1000 元

B 方案: 在小城市, 小城市的公司月薪 3000 元, 有 80% 的可能提升, 如果提升, 工资涨幅 1000 元

情景三:

甲组: 大学毕业后, 有两家公司的行政部想要应聘你, 且两家公司的行政部均有 6 个部员。两家公司均要求派出员工到偏远基层调研, 每个月必须有一个人外出调研, 这种调研作为工作的一部分不会有额外的奖金和补助, 外派员工还有可能失去今年举行的竞选提升的机会。现在两家公司的外派方案如下:

A 公司: 派 4 个人出差, 每个人出差 3 个月

B 公司: 有 30% 的可能只派 2 人出差, 每个人出差 6 个月; 70% 的可能派 6 个人全出差, 每人出差 2 个月。

乙组: 大学毕业后, 有两家公司的行政部想要应聘你, 且两家公司的行政部均有 6 个部员。两家公司均要求派出员工到偏远基层调研, 每个月必须有一个人外出调研, 这种调研作为工作的一部分不会有额外的奖金和补助, 外派员工还有可能失去今年举行的竞选提升的机会。现在两家公司的外派方案如下:

A 公司: 有 2 个人留在公司, 不被外派;

B 公司: 有 30% 的可能 4 个人留在公司; 有 70% 的可能没人留在公司。

情景四:

甲组: 同一城市的两家公司 A, B。除提升制度不同之外其他完全相同。两公司在提升之后工资都能增加 1000 元。

A 公司: 三年后一定能提升

B 公司: 30% 可能一年内提升, 70% 六年后提升。

乙组: 同一城市的两家公司 A, B。除提升制度不同之外其他完全相同。两公司在提升之后工资都能增加 1000 元。

A 公司: 三年内肯定不能提升, 三年后可以

B 公司: 30% 可能一年内提升, 70% 六年后提升

3. 结构访谈

结构访谈问卷针对每一个情境的信息设计, 将复杂的情境一一分析列清, 旨在引导被

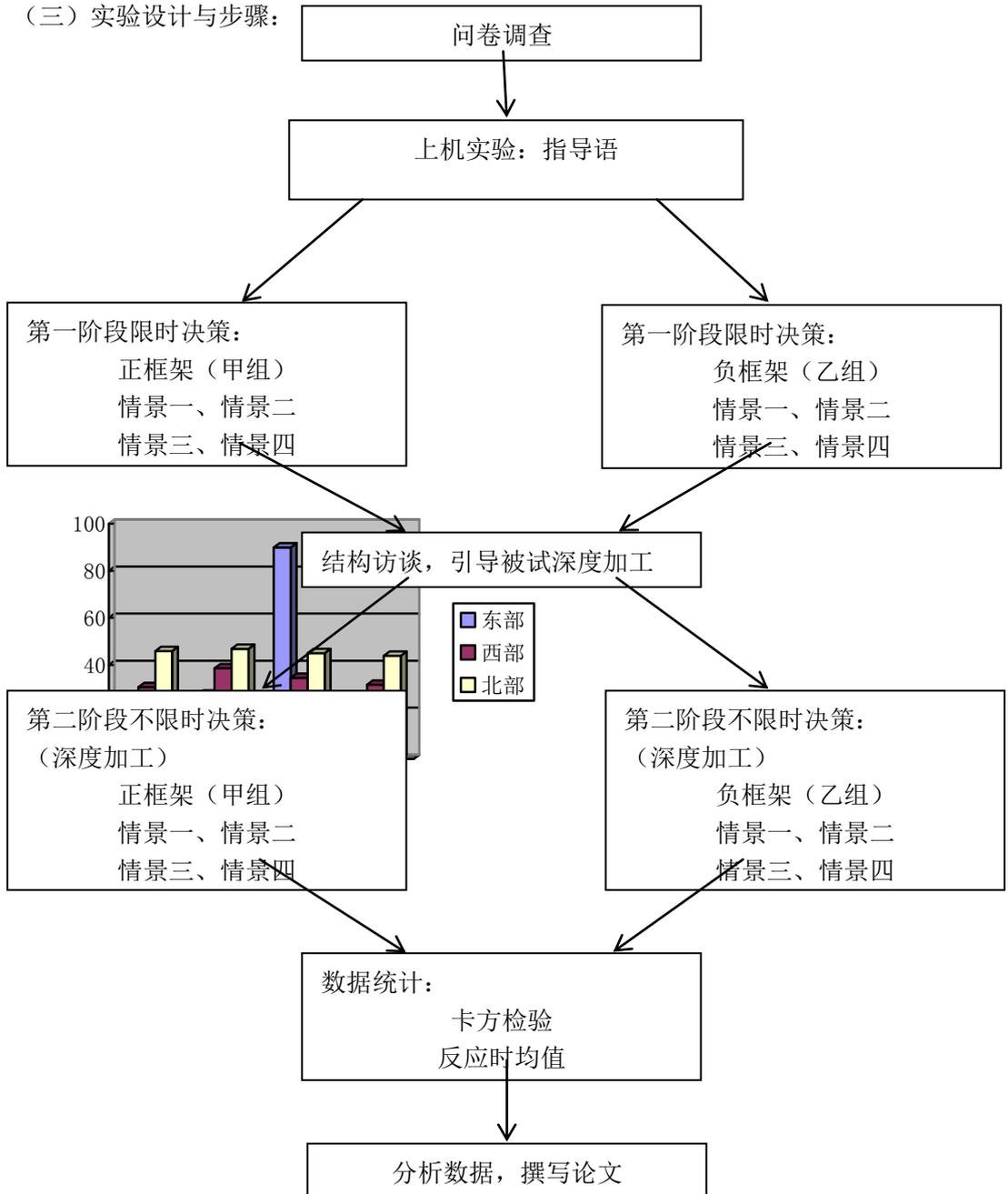
试对同一情境在深度加工阶段重新作出决策。其中需注意的，在半结构访谈期间，主试要完全按照问卷内容设计提问，语气平稳，不能因个人感情影响到被试的决定。半结构式访谈的最终目的是使被试能考虑到各种影响因素，更加理性深入的思考，而做出最终的决定。

4. 研究工具

E-rime2.0: 实验进行的平台，将实验材料以电脑可视化呈现，可严格控制时间，也可以较好的排除实验者的影响，并准确的记录被试的反应时和选择结果。

SPSS17.0: 实验结果统计的软件，对实验结果进行统计分析。

(三) 实验设计与步骤:



三、结果分析

定量实验由四个情境组成，甲乙两组分别面对正负框架。且两组被试要进行两阶段的测试分别是加工程度较浅的第一阶段和加工程度较深的第二阶段，分别对两个阶段的实验进行差异性检验，并以“深度加工前”和“深度加工后”列出卡方检验结果。

(一) 第一阶段实验:

被试对四个就业情景在限定时间内作出决策，甲乙两组被试分别面对正面框架和负面框架。深度加工前，正负框架效应的表现和卡方检验见表 1。

表 1—框架效应表现及卡方检验

	情景一	情景二	情景三	情景四
选项 (正)	A73.3% (22)	A66.7% (20)	A60% (18)	A73.3% (22)
分布 (负)	A33.3% (10)	A56.7% (17)	A 43.3% (13)	A50% (15)
*以 A 选项频率，频数为指标				
卡方检验 (df=1)	$\chi^2=9.643^{**}$	$\chi^2=.635$	$\chi^2=4.344^*$	$\chi^2=3.455$
渐进 Sig. (双侧)	.020	.426	.037	.063

* $p < 0.05$ ** $p < 0.01$

深度加工前：对于情景一，正框架下选项 A 占 73.3%，负框架下选项 A 占 33.3%，卡方检验的结果显示两组决策差异非常显著。在情景二中，正负框架之下的选项 A 的比例相差不大，正框架下为 66.7%，负框架下为 56.7%，卡方检验结果显示两组决策差异不显著，但是选项 A 所占的比例较高。情景三和情景四选项 A 所占的比例通过数据统计也予以显示，卡方检验也表明正负框架下两组决策差异显著。统计结果表明，正负框架因素导致了被试决策的差异，但是情景不同，两组的差异不明显。

(二) 第二阶段实验

甲乙两组被试分别对同样的情景重新决策，通过改变时间的条件即不限制时间和半结构式访谈引导被试进行深度加工，统计被试决策结果并进行差异检验，深度加工前后卡方检验结果比较见下页表 2。

表 2—深度加工前、后卡方检验比较

	情景一	情景二	情景三	情景四
卡方检验				
深度加工前:	$\chi^2=9.643^{**}$	$\chi^2=.635$	$\chi^2=4.344^*$	$\chi^2=3.455^*$
深度加工后:	$\chi^2=5.406^*$	$\chi^2=.271$	$\chi^2=1.699$	$\chi^2=1.763$
* $p < 0.05$	** $p < 0.01$	df=1		

根据卡方检验结果,深度加工前,情景一三四正负框架下两组决策的差异都较显著;深度加工后,在情景三和情景四中两组决策的差异不再显著,而情景一两组决策的差异依然显著。情景二在深度加工前后卡方检验的结果都不显著。统计结果表明,深度加工可以在一定程度上减弱了两组决策的差异,但是情景不同,深度加工对于框架效应的影响也不同。

(三) 反应时均值

借助 E—prime 软件实验时,软件可自动记录被试的反应时,统计被试的反应时的均值,旨在分析数据时综合考虑。见表 3

表 3—反应时均值统计结果

	情景一	情景二	情景三	情景四	
均值	深度加工前 (s)	22.43	34.60	41.17	30.80
	深度加工后 (s)	23.32	35.25	58.85	44.20
T 检验		.189	.375	.000	.000
有效数据		60	60	60	60
缺失值		0	0	0	0

根据配对样本 t 检验,情景一和情景二的反应时 sig.=1.00>>0.05,反应时差异不显著。情景三和情景四的反应时 sig.=0.00<<0.05 表现为明显的差异显著性。

四、讨论

为考察框架效应和认知加工深度对大学生就业决策的影响,研究采用了 2 (框架:正框架,负框架) * 2 (加工深度,浅,深) 混合设计,通过上机实验并结合基本资料调查问卷,比较两组被试决策的差异,深度加工前后反应时的差异,深入分析框架效应和认知加工深度对大学生就业决策的影响。

(一) 研究结果讨论

1. 情景一

情景一取材于卡尼曼经典的“亚洲疾病”的案例，是整个研究的引入，也是对以往研究成果的进一步验证。在卡尼曼的研究中，正框架之下选项 A 占有选项的 72%，负框架下选项 A 占 22%；本研究结果显示，正框架之下选项 A 占 73.3%，负框架下选项 A 占 3.3%，结果相近。进一步进行卡方检验，结果显示两组决策差异非常显著。根据访谈，大多数被试给出了相似的理由：在有确定 200 人可以得救的选择中，大部分人倾向于规避风险，而在另外一组为了逃避 400 人死亡的坏消息，大多数人选择了赌一赌。另一方面，反应时均值的统计显示第一阶段和第二阶段的反应时均值差异不显著。基于深度加工前后两组差异持续显著，反应时均值差异不显著，可以有如下解释：此情景的复杂程度较低，被试不需要付出太多的努力，在前后加工程度相近的情况下，决策差异持续存在；另一方面，此情景的真实性不高，距被试真实生活的差距较大，被试的代入感不强，无论在决策结果和反应时表现上都没有显著差异。

2. 情景二

情景二是针对就业城市和工资设计的一道情景题，根据前期国家发改委经济体制改革与管理研究所的社会实践调查，设置了北京和中小城市，并制定了适合相对合理的工资待遇。但是实验结果并没有得出显著的框架效应。根据问卷调查结果统计和访谈结果，综合反应时和决策结果做出了一下几点解释：一、根据被试的决策结果，虽然在正负框架下被试的选择有一定的差异，但是两种框架下被试都更偏向选择大城市，通过表一的数据不难发现，选择 A 留在大城市的学生超过了 60%。因为被试选取是北京各高校的大学生，由于在这里生活过，这里的学生不管来自哪里都更愿意选择大城市，另外实验前并没有排除北京生源的学生；而且根据其他研究表明，年轻人本身更倾向于挑战。^①而大学生认为大城市的生活更是具备挑战性的。二、根据反应时均值统计结果，被试在第一阶段和第二阶段的反应时差异不显著。在第一阶段，被试反应时均值偏长，几乎在限制时间的最后几秒钟才做出选择，在深度加工阶段，虽然实验员耐心的依据结构访谈的问卷提示被试，但被试明显表现出了不耐烦和坚定的选择，所以第二阶段的反应时差异不显著。事后通过反馈，被试们大多反映，这一情境很难做出决策，所以第一阶段的反应时很长，在就业如此危机的情况下，这两个就业选择都不失为很好的选择，在第二次重新面对这个情景的时候，对于这样一个积极的结果，大多数被试愿意坚持最初的选择。三、此情景先比于第三，四情景最大的差别在于它虽然以工资不同设计但是其涉及到的是一个生活工作地的问题，对于决策的影响工作地的偏向远远大于工资本身多少的影响。而一旦涉及到生活工作的地方，影响的因素就会增多，增加了情景的复杂性，主观因素的影响更明显。根据问卷结果统计得出，很多被试本身就有了一个既定的计划，有一个定向的目标，也就是说因为过去经验的影响，在面对这个选择，被试不会被一些外界条件改变自己的倾向。

3. 情景三、情景四

情景三是针对工作稳定性这一因素设计的决策情景，在题干中，工作中的出差首先被描述为很不好的一项制度，如不能照顾家庭，失去提升机会等。分别设置两家公司关于出差时间的安排，让被试正负框架下进行决策。因为涉及到更多数值的计算，这是四道情境

^① 郑睿，张丽锦：“儿童冒险行为的影响因素”，载《心理科学进展》2009年第4期。

中最为复杂的一个情景。第一阶段限时阶段被试甲乙两组被试体现了框架效应的影响,两组决策结果差异显著,事后大多数被试表示在这一阶段并不能完全考虑到所有因素,凭着第一感觉选择。第二阶段被试的反应时这一指标明显加长,前后反应时差异非常显著,而两组决策的差异不再显著。情景四虽然没有情景三复杂,但是其实验结果和情景三相似,这里将一起讨论和解释。首先,可以用认知—情绪平衡模型来解释框架效应的影响。该模型认为,框架效应的发生取决于计算出选项的期望价值所需的认知努力和该选项的情感价值之间的平衡。^①情景三就其复杂度,被试所需的认知努力相比于亚洲疾病的问题较高。负框架下,在限时阶段,被试们的认知需求得不到满足,而消极的描述造成了被试对于这一选项的不好的情绪,被试会在放弃思考的情况下选择另一个冒险的选项,抱着赌一赌的心态。这也可以解释,在深度加工后,框架效应的影响都被明显削弱。第二阶段,实验者鼓励被试进行深入思考,被试付出了更大的认知努力,认知需求得到满足,更偏向于理性的做出决策,回归到现实保守的就业观的人数增加;当然也有保持原有选项的被试,也有从保守选项更改成冒险选项的被试,根据行为经济学的观点,被试最终都会将答案定位在认为收益最大的那个选项。这也符合模糊痕迹理论对于框架效应的解释,随着认知需求的满足,模糊表征逐渐被理性决策代替。这两个情景的实验结果和 Sieck 和 Yates (1997) 以及 Simon 等人 (2004) 的研究结果相同,即加工深度减弱了框架效应的影响。

综上所述四个情景的结果,发现了决策与情景较高的相关性。Wang 等认为框架效应是否出现取决于在决策中框架线索是否被优先使用,在面对整个人类生存问题时,并不是因为人数过多,而是因为被试对这种社会群体情境不熟悉,无法做出只觉得判断,只好求助与框架线索。因此,他们认为在做社会决策时,框架效应是线索使用的一个行为结果,它的产生取决于问题的种类和决策者特定的任务目的。^②在四个情景决策中,通过加工深度的控制来控制决策者特定的任务目的;至于问题的种类情景二到情景四是针对就业决策来设计,被试来源于即将毕业的大学生对这些情景熟悉属于理论认识的阶段,虽然不陌生但没有切身经历过,所以在决策中直觉判断往往不能全面考虑相关内容,非理性决策导致了框架效应的产生;深度加工阶段被试是对情景内容的进一步习得和理解,能做出较理性的决策即作出所认为期望值最大的决策。

(二) 自我框架的解释

上文解释,主要关注他人提供的框架对个体决策的影响,决策者自身的框架也可能影响其决策。被试对于就业决策的情景是比较熟悉的,所以自我框架即自身编辑,加工和表述信息的影响是不能被忽略的。Levin 等人曾指出研究自我框架或内部框架的重要性^③:处在风险情境下的结果的语气可能本身就是积极的例如就业情景之下的(如:工资,岗位提升),或者本身就是消极的(如:出差),这会使得与所给语气相反的框架变得更为复杂和不自然。这就可以解释涉及到出差的情景时,就业决策本身的语气是积极的,给出语气相反地描述会使问题变得不自然更复杂,被试反应是明显较长,需要认知努力较大。也可以解释在情景二和情景三中,不管是正框架还是负框架,被试偏选择保守的 A 选项的人数占了 60% 以上,因为岗位提升和工资分发本身就是积极的,自我框架的解释使被试倾向于选择保守的选项。那么在这种情况下自我积极的框架就会和外界提供的负框架产生相互作用

^① 段锦云,曹忠良:“框架效应及其认知机制的研究进展”,载《应用心理学》2008年第4期。

^② Wang X T., “Self-flaming of risky choice”, *Journal of Behavioral Decision Making*, 2004, 17: 1—16.

^③ 张文慧,王晓田:“自我框架、风险认知和风险选择”,载《心理学报》,2008年第6期。

和影响。另一方面,一些研究者发现人们更喜欢积极的框架,而不是消极的框架;决策者对某一选择的主观框架无论是收益还是损失,都受到倾向积极地看待其行为的角度(如:买方或卖方)和偏见的影响。根据访谈结果,被试对就业决策的反应较乐观和积极,而且被试表示情景中的设置的条件在就业中都属于较优厚的,所以被试的自我框架应该是积极的。那么积极的自我框架在面对外界提供的负面框架时就会产生相互作用。

在自我框架的影响方面,本研究得出了和Wang和的McElroy等人一致的发现:即正性自我框架下人们倾向于规避风险,负性自我框架下人们倾向于偏好风险。^①而在张文慧和王晓田(2008)的研究中发现在投资的情景中,自我框架效应方向可能与传统框架效应相反:正性框架下人们倾向于冒险,负性框架下人们倾向于规避风险。本研究结果初步表明,在就业决策的情景中,自我框架效应方向与传统框架的相同。至于自我框架和外部框架的相互作用,我们认为对于负框架来说,积极的自我框架会有一些抵消的作用,这可以解释有的情景框架效应并不明显,而在深度加工后,框架效应减弱的效果也并没有达到最初的预期。Wang认为自我框架与外部框架一样也受到情景因素的影响,对于不同数量的金钱,不同的任务范围和不同的社会群体条件都表现出不同的风险偏好;它不仅是决策者采用某一视角的结果,而且还会调整决策者的抱负水平和风险偏好。^②说明自我框架与外部框架、情景之间的相互作用是很复杂的,有待于进一步研究。同时,必须认识到题目设置的框架,通过结构访谈和提示可以向被试阐明,但是自我框架的作用是深刻的,不是通过理性思考就可以改变的。所以在分析框架效应的影响时,自我框架是一个绝对不可以忽略的一个方面。

(三) 框架效应和深度加工对就业决策的影响

通过以上的讨论分析,得出了以下结论。首先,大学生就业决策会出现框架效应,正负框架会影响大学生就业的选择,但是不能排除情景因素的影响。认知加工深度对于框架效应的影响要受到情景因素的调节,对于人们不太熟悉的情景或者涉及到生命的情景深度加工对于框架效应并没有显著的影响,需要较高认知努力的和比较复杂的情景在深度加工后,对框架效应的减弱较明显。最后,考虑外在框架的情况下不能忽略自我框架的影响,自我框架对于人们决策的影响同传统框架效应影响相似,但是自我框架和外在框架相互作用的结果就比较复杂,并且同外部框架不同,自我框架的影响不容易减弱。自我框架的提出更有利于提示大学生在面对就业决策认识到自身非理性因素的存在。

(四) 研究局限及未来展望

本研究的局限性首先就是心理学实验本身的局限性,即针对“大学生就业决策”这一较大的命题,仅仅考虑了几个因素设计的情景,并且严格控制了实验情景的一些无关变量,导致读者对于本研究外部效度的怀疑影响了本实验的外部效度。这是心理学实验无法避免的,如果不对变量加以控制,会受到各种各样复杂因素的影响,所以研究试图就是剥离开一些最基本的变量,弄清这些因素的作用,只有理清这些基础因素的影响才能进一步研究更复杂的因素及它们之间的相互作用。其次,情景内容的编制是需要改进的。情景二到四是根据前期的问卷调查进行编制,并进行了多次的修改,但是情景二的设置仍然出现了问

^① Wang X T., “Serf-flaming of risky choice”, *Journal of Behavioral Decision Making*, 2004, 17: 1—16.

^② McElroy T. & Seta JJ & Waring D A., “Reflections of the self: How self-esteem determines decision framing and increases risk taking”, *Journal of Behavioral Decision Making*, 2007, 20: 223—240.

题,在加工深度前后都没有体现出框架效应的影响。情景二的局限性,在讨论的第一部分已给出,这里不再赘述。从实验结果可以看出,即使在就业决策的大背景下,情景因素的影响也是不能忽略的,所以四个情景略显单薄。所以在以后的研究中:建议能够编制更多的情景,并能对情景进行较好的分类,也就是在大学生就业的大背景下对不同的情景进一步分类,找到同一类情景的共性,并进行信效度检验。最后,本研究根据研究结果并结合了以往的研究成果,在讨论部分提出了自我框架的解释,提示在未来的关于框架效应的研究中,要同时考虑外部框架和内部框架的共同作用。但是自我框架的具体作用机制并不清楚,所以后期针对自我框架效应是否和传统框架效应影响相同,自我框架和外部框架的相互作用是怎样的需要更深入的探讨。

参考文献:

1. 段锦云, 曹忠良: “框架效应及其认知机制的研究进展”, 载《应用心理学》2008年第4期;
2. Tversky A & Kahneman D. , “The framing of decisions and the psychology of choice”, *Science*, 1981, 211(4481);
3. Khberger A & Schulte Mecklenbeck M & Perner J. , “The effects of framing, reflection, probability, and pay off on risk preference in choice tasks”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1999, 78(3);
4. Chang C J & Yen S H & Duh R R, “An empirical examination of competing theories to explain the framing effect in accounting related decisions”, *Behavioral Research in Accounting*, 2002, 14;
5. Sieck W & Yates J F. , “Exposition effects on decision—making: Choice and confidence in choice”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1997, 70(3);
6. Simon A F & Fagley N S & Halleran J G. , “Decision framing: Moderating effects of individual difference and cognitive processing”, *Journal of Behavioral Decision Making*, 2004, 17 (2);
7. Igou E R & Bless H. , “On undesirable consequences of thinking: Framing effects as a function of substantive processing”, *Journal of Behavioral Decision Making*, 2007,20 (2);
8. Mc Elroy T & Mascari D. , “When is it going to happen? How temporal distance influences processing for risky choice framing tasks”, *Social cognition*, 2007, 25(4);
9. Reyna V F & Brainerd C J. , “Fuzzy trace theory and framing effects in choice: Gist extraction, truncation, and conversion”, *Journal o f Behavioral Decision Making*, 1991, 4(4);
10. Mc Elroy T & Seta J J. , “Framing effects: An analytic holistic perspective”, *Journal of Experimental Social Psychology*, 2003, 39(66);
11. Gigerenzer G & Hoffrage U & Klein bolting H. , “Probabilistic mental mode: l A B runswikian theory of confidence”, *Psychological Review*, 1991,98(4);
12. Khberger A. , “The framing of decisions: A new look at old problems”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1995, 62 (2);
13. 段锦云, 王重鸣: “创业风险决策框架效应特征研究”, 载《心理与行为研究》2010年, 第2期;
14. 温迺: 《以构像理论为基础的筛选阶段决策研究》, 浙江大学出版社2008年版;
15. 张文慧, 王晓田: “自我框架、风险认知和风险选择”, 载《心理学报》2008年第6期;

16. 王沛, 杨金花: “大学生职业决策和自尊、成就动机的关系”, 载《心理发展与教育》2006 年第 1 期。

(指导老师: 李林 责任编辑: 海伦)

未超标环境噪声侵权法律适用

——一个比较法的视角

顾霞飞

(中国政法大学 法学院 2010 级)

摘要: 在司法实践中,环境噪声侵权民事诉讼是以“噪声排放标准”为标准的,如果超标了才构成所谓的“噪声污染”,反之,则不构成。本文中,笔者以未超标案件作为切入点,明确噪声侵权与噪声污染的关系,探究国内对于违法性要件的不同观点,同时从比较法的视角出发借鉴日本和德国的立法例及理论,认为环境噪声侵权不应该以“噪声排放标准”作为认定标准,最后提出建议考虑适用“受忍限度”在行为违法性中的认定以及区别未超标情况下环境噪声侵权与相邻关系侵权的法律适用。

关键词: 环境噪声侵权 违法性 噪声污染 噪声排放标准 受忍限度 法律适用

一、引言

2012年由“自然之友”发布的2011年中国环境发展报告对声环境的状况作了如下总结:在对区域声环境噪声进行监测的331个城市中,中度污染的占0.9%,轻度污染的占25.4%。在对道路交通噪声进行监测的331个城市中,重度污染的占0.3%,中度污染的占1.2%,轻度污染的占1.2%。在对城市功能区噪声进行监测的248个城市中,夜间监测点次不达标的占27.2%,昼间监测点次不达标的占11.6%。^①这些数据表明,噪声污染还是影响中国环境发展的一个重要因素。

近些年来,随着人们对声环境质量要求的提高和法律意识的增强,环境噪声侵权民事诉讼屡见不鲜,但是对于关于环境噪声侵权的法律适用,在实践中一般都是按照适用“噪声污染”的有关法律规定,《环境噪声污染防治法》第2条第2款规定“本法所称环境噪声污染是指所产生的环境噪声超过国家规定的环境噪声排放标准,并干扰他人正常生活、工作和学习的现象”,即只有超过国家规定的环境噪声排放标准的,才构成噪声污染,然后才有讨论是否承担噪声污染侵权责任的余地,如果不符合这个要件,一般很难认定为噪声污染,如此造成了有些尽管不超标但受环境噪声损害的受害者无救济途径的困境。那究竟该如何找寻民事救济方法,维护受害者权益呢?

本文拟以未超标的环境噪声侵权案件入手,运用比较分析方法,首先进行环境噪声侵权的界定,从而探讨在未超标的环境噪声侵权案中“违法性要件之争”,借鉴日本德国的立法例和相关理论,进而找到寻求民事诉讼上法律适用的途径。

二、案例介绍及争议焦点探讨

^① 参见杨东平主编:《中国环境发展报告(2012)》,社会科学文献出版社2012年版,第293-294页。

(一) 北京铁路运输法院(2001)京铁经初字第23号民事判决书^①

案例事实及当事人主张:1995年开工,1997年10月25日开通运营大秦铁路工程由北京铁路局组织实施。阴秉权等11名村民居住的房屋均位于大秦铁路高架桥两侧,距离皆在20米到51米之间。该11名村民由于拆迁问题一直没有得到解决,长期受到铁路噪声的影响。于是1999年7月30日,该11名村民向秦皇岛海港区人民法院起诉要求北京市铁路局排除危害,赔偿损失。后移送至北京铁路运输法院审理。此案经一审,二审发回重审,最后于2001年12月18日作出一审判决。一审中,原告提供了秦皇岛市环境监测站关于铁路边界噪声超过限值的检测报告,被告提供了铁道部检测的未超过限值的检测报告。2000年11月8日,一审法院委托中国环境检测总站进行检测,检测结果均为超过标准所规定的昼间及夜间70dB(A)噪声界值。2001年1月15日,北京铁路运输法院以检测结果未超过铁路边界噪声限值等为由,驳回原告诉讼请求。后经原告上诉,北京铁路中级法院发回重审。审理中,原告认为被告违反了《环境保护法》、《环境噪声污染防治法》等法规规定,造成严重的环境污染,并且未采取有效的防治措施。海阳镇大里营村位于噪声2类区,故此案不应适用《铁路边界噪声限值及其测量方法(GB12525-90)》,应适用《城市区域环境噪声标准(GB3096-93)》。被告则出具《中国环境监测总站噪声监测报告》“评价结论:昼夜铁路边界噪声均达标。昼夜均未超过铁路边界噪声限值。”说明根据国标(GB12525-90),噪声未超标,北京铁路局不应承担侵权损害赔偿责任。法院于2001年12月18日作出判决:判决驳回阴秉权等11人的诉讼请求。判决理由选取如下:本案所涉噪声排放标准应当依据《铁路边界噪声限值及其测量方法(GB12525-90)》。这是国家根据我国的现状专门对铁路边界噪声排放标准所作的专门规定,应当以此作为判定铁路边界噪声排放是否超标的依据;《城市区域环境噪声标准(GB3096-93)》中所规定的是某个城市区域内各种噪声排放的综合标准,且海阳镇大里营村位于噪声二类区仅是2010年的长远规划。因此本案不应适用《城市区域环境噪声标准(GB3096-93)》。

(二) 争议焦点

从本案原被告的事实和理由主张可以看出,本案争议的焦点在于应该如何认定环境噪声污染。原告认为噪声排放超标应该适用《城市区域环境噪声标准》,即《声环境质量标准》来认定环境噪声污染,而被告认为应当适用《铁路边界噪声限值及其测量方法》,即“环境噪声排放标准”来认定环境噪声污染。^②然而从法院的判决可以看出,第一,法院支持被告的观点,把环境噪声排放标准作为认定环境噪声污染的标准,未超标就不构成特殊的环境侵权;第二,从法益保护的角度看,法院对于环境噪声污染的认定着重于宏观的经济财产利益层面而忽视了微观的个体人身财产利益的保护。因为判决中,法院没有采纳《城市区域环境噪声标准》,而《城市区域环境噪声标准》这个标准设立的出发点是为了人们生活对于声环境质量要求。对应地,《铁路边界噪声限值及其测量方法》是在保证经济利益最大化的情况下,同时兼顾声环境的质量。

综上,笔者认为,如此做法不利于保护环境,侵权受害人的利益。法律之所以规定环

^① 参见邢富顺:“阴秉权等诉北京铁路局环境污染损害赔偿案”,载于网址:<http://bjtlfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=190/>。

^② 参见李俊峰:“噪声损害民事诉讼的法律适用问题”,载张梓太主编:《环境纠纷处理前沿问题研究——中日韩学者谈》,清华大学出版社2007年版,第131页。

境侵权属于特殊侵权，承担的是无过错责任，《环境保护法》第41条^①就规定了环境污染的无过错责任和举证责任倒置原则，而《环境噪声污染防治法》则规定了“噪声排放标准”这一条件：本法所称环境噪声污染，是指所产生的环境噪声超过国家规定的环境噪声排放标准，并干扰他人正常生活、工作和学习的现象。从这里可以看出我国立法上对于认定噪声环境侵权的标准上存在矛盾和分歧。

探究环境噪声污染的认定标准是否以噪声排放标准超标与否为标准，笔者认为，其本质上在于环境侵权是否认可“违法性”，违法性到底应不应该成为环境噪声侵权的成立要件？

（三）国内违法性要件分歧之争

为何如此注重噪声排放标准？这就涉及到我国对于环境侵权的责任构成中是否以行为违法性为要件的认识和采纳。我国主要有两种观点，尽管表述会有所不同，但是主要是二要件说与三要件说。二要件即污染环境造成损害的事实和损害与污染环境行为之间的因果关系^②是不把行为违法性作为环境侵权责任构成的要件，即蔡守秋、吕忠梅教授认为“如果一味强调行为的‘违法性’，实际上是忽视了环境侵权行为的特殊性，更重要的是不利于切实有效地保护受害者的利益。”^③三要件说则增加了“行为违法性”，把“行为违法性”作为环境侵权责任构成的要件，但在这里学者们又对“行为的违法性”作了不同的理解。如王卫国教授认为“污染环境而未违反国家有关规定者，不负民事责任”^④，他把“违法性”仅仅理解为违反国家有关环境保护的法律法规及地方规章制度。曹明德教授认为“行为的违法性应理解为行为人违法实施了侵害他人权益的行为。”^⑤他认为“应对‘行为的违法性’作广义的理解，既包括法律规范，也包括民法的基本原则和基本精神，如权利滥用之禁止、公序良俗等。”^⑥具体到噪声侵权，除了三要件说中以王卫国教授为代表的学者的观点外，大多数学者都一致地认为当污染环境所排放的噪声如果未超过国家或地方的标准但造成危害的，应当承担民事责任而免除行政和刑事责任。

笔者认为，其实在这里大多数学者都没有区分在司法实践中会出现的环境污染和环境侵权以外的环境侵权，而是一概地说环境侵权的责任构成要件，这就是理论与立法、实务之间存在着差距，不能够很好地衔接。对于“噪声污染”的认定，立法上有明确的规定，必须符合“环境噪声超过国家规定的环境噪声排放标准”，而对于噪声污染以外的噪声侵权案件则如同曹明德教授所说，也不是就因此而免除了民事责任，而仅仅免除的是行政责任和刑事责任。这也就是说，即使在特殊侵权方面不能得到救济，在一般侵权上也是可以得到救济的，也是要承担民事责任的，只是没有了在特殊侵权民事诉讼中对受害人的优势，即诉讼时效与举证责任倒置。

因此，笔者认为首先应该明确环境噪声侵权与环境噪声污染的关系，再者，从国外借鉴类似的经验，看各国是如何认定环境噪声侵权的。

三、环境噪声侵权的界定

^① 《环境保护法》第41条第1款规定：造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或个人赔偿损失。

^② 曹明德：《环境侵权法》，法律出版社2000年版，第163页。

^③ 蔡守秋主编：《环境法教程》，法律出版社1995年版，第251页。

^④ 王家福、梁慧星：《民法债权》，法律出版社1991年版，第515页。

^⑤ 曹明德：《环境侵权法》，法律出版社2000年版，第165页。

^⑥ 曹明德：《环境侵权法》，法律出版社2000年版，第167页。

(一) 环境噪声与环境噪声污染

环境噪声一般是指一类引起人烦躁或音量过强而对人类生产生活造成不良印象的声音。在我国《环境噪声污染防治法》中第2条第1款对环境噪声下了具体的定义,是指在工业生产、建筑施工、交通运输和社会生活中所产生的干扰周围生活环境的声音。

环境噪声污染在《环境噪声污染防治法》中第2条第2款也有具体的定义:本法所称环境噪声污染,是指所产生的环境噪声超过国家规定的环境噪声排放标准,并干扰他人正常生活、工作和学习的现象。从这个定义中可以看出在法律上规定的构成环境噪声污染与法律规定的其他环境污染有所不同,有以下特点:第一、主观感觉性污染。噪声污染不像其他水污染等只受污染物的含量影响,而是不仅与噪声强度的大小有关,而且与人的生理与心理的感觉因素有关,并且不同人对于噪声的感觉承受能力也是不同的。第二、能量型污染。噪声污染是通过声音能量在环境中过量释放造成的,是无形化的,与其他环境污染也不同。第三、暂时性污染。这表现在噪声源一旦发声停止,噪声的影响就可随即消失,没有累积的效果,其解决的力度会比其他类型的环境污染要强。^①第四、超过国家规定的环境噪声排放标准。这也是最核心的特点。因为在环境噪声污染中,要超过国家规定的噪声排放标准,才被认定为“环境噪声污染”,关于这个的违法性分析将后文提及。而在其他类型的环境污染案件中,没有排放标准这个条件,相关的污染物排放标准是针对征收排污费,进行行政处罚等的依据^②。

(二) 环境噪声侵权与适法环境噪声侵权

鉴于我国《环境噪声污染防治法》把环境噪声污染限于“超过国家规定的环境噪声排放标准”这个量化的标准,笔者认为这是当时只考虑到噪声排放超标给人们造成干扰的损害后果和侵害状态,而没有涉及到虽然噪声排放未达标但是致人损害的事实,因此没有囊括所有因环境噪声而导致的侵权,因为在现实生活中出现了很多类似的案例因为没有超标而不能援引环境噪声污染的法律适用条款。

对于“环境侵权”,沈建明教授认为“环境侵权行为是在环境活动和生产、生活等其他活动中发生的,不法侵犯他人环境权益或其他财产、人身权益,并致他人以环境权益或其他财产、人身权益损害的行为”^③而王明远教授则认为环境侵权“存在合法侵权、适法侵权”^④,认为环境侵权是“因产业活动或其他人为原因,致生自然环境的污染或破坏,并因而对他人人身权、财产权、环境权益或公共财产造成损害或有造成损害之虞的事实”。^⑤

借用王明远教授关于“环境侵权”的定义,笔者认为环境噪声侵权也存在着“不法侵权”与“适法侵权”(合法侵权)之分,而环境噪声污染是一种不法侵权,环境噪声侵权是指因产业活动或其他人为原因产生的噪声对他人人身权、财产权、环境权或其他权益造成

^① 参见韩培德:《环境保护法教程(第五版)》,法律出版社2007年版,第268页。

^② 《水污染防治法》第85条第1款规定:因水污染受到损害的当事人,有权要求排污方排除危害和赔偿损失。《固体废弃物污染环境防治法》第84条第1款规定:受到固体废弃物污染损害的单位和个人,有权要求依法赔偿损失。《大气污染防治法》第62条第1款规定:造成大气污染危害的单位,有责任排除危害,并对直接遭受损失的单位或者个人赔偿损失。《放射性污染防治法》第59条规定:因放射性污染造成他人损害的,应当依法承担民事责任。由此可见,在水污染、固体废弃物污染、大气污染和放射性污染都没有像噪声污染一样以排放标准为民事责任的认定标准,污染物排放标准只是征收排污费和进行行政处罚的依据。

^③ 胡宝林主编:《环境法新论》,中国政法大学出版社1992年版,第315页。

^④ 王明远:《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版,第9页。

^⑤ 王明远:《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版,第13页。

损害或有造成损害之虞的行为。如此,环境噪声侵权涵盖了因环境噪声致人损害的所有情况,环境噪声侵权涵盖了环境噪声污染这种不法侵权,还存在着现实生活中日益增多的环境噪声适法侵权的情况。本文中的案例就是探讨未超标环境噪声侵权的法律适用问题。

四、外国立法例的借鉴与思考

(一) 日本的“受忍限度”——噪声侵权行为违法性的依据

日本对于环境侵权的责任不是一味的把噪声排放标准作为要件认定,而是在违法性中加入了“受忍限度”这一标准,即“如果某一行为超过了社会观念一般承认的被害人所能忍受的限度时,则不能说是处于行使权利的适当范围内,应认其为不法行为。”^①笔者认为,日本的“忍受限度理论”在一定程度上扩大了“违法性”的概念,它不仅仅局限于法律规范和民法的基本原则和精神,只要是超过了社会所认可的一般人的受忍限度,加害人就得承担赔偿责任。

这一理论在日本得以普遍的适用,在很多的噪声判例中可以找到依据。札幌裁判所1992年5月10日关于卡拉OK噪音诉讼案中,原告住户与被告卡拉OK厅系相邻关系,最近距离1.5米,原告曾多次向被告就卡拉OK噪音提出抗议,被告置之不理。被告后虽在室内装有防音壁,设置提醒客人注意声响的指示板,但卡拉OK噪音仍然存在,影响原告睡眠,身心受到极大的损害。为此原告基于人格权要求被告在晚10点开始至凌晨4时的营业应予停止,并对过去造成的损害支付30万日元的损害赔偿。最后裁判所参照规定数据认为被告卡拉OK的噪音对原告的睡眠影响明显,且被告的卡拉OK是纯粹的娱乐设施,是公共性不强的设施,从住宅居民的生活和身体考虑,一定限度的停止是应该的,并已经构成了侵权,认可了原告的大部分请求。^②而在神户裁判所1982年8月27日关于工厂噪音案中,原告住在公寓中,由于夜间执勤,白天需要睡觉。被告是街道电气工程工厂,该工厂构成噪声源的切削器距离原告20米远,该切削器断续使用,距离声源1米远的测定噪声值为80分贝。法院判决认为,一般来说,80分贝的噪声如果传播20米远,就会衰减为45分贝。原告因为白天需要睡觉,对于这种噪声感到痛苦是可以理解的,但是,该噪声值在原告屋内比45分贝还要低,而且是间歇性的,因此,对一般人来说是在忍受限度之内的,据此驳回请求。^③从这两个判决来看,在判定噪声案件的时候,法院都是考虑了社会观念居民的受忍限度,并且从各个因素上去考虑是否超过了居民的受忍限度。

在噪声案件中的受忍限度一般考虑一下几个因素:1、被害的程度,被害的程度直接影响“行为违法性”的认定;2、加害行为的公共性^④,公共性只是影响是否支持停止侵害请求的因素,但在损害赔偿请求中并不影响违法性的认定;3、居住时间与加害时间的先后性^⑤;4、被告遵守公法的程度,遵守公法上的排放标准只是免除行政责任,并不影响民事责任认定及违法性的认定;5、原被告居住的关联性,根据权利间冲突的权衡,重视受害人的人身财产利益6、有无预防措施及作用的大小等等。札幌裁判所的卡拉OK案中,考虑受

^① 王明远:《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版,第184页。

^② 参见冷罗生:《日本公害诉讼理论与案例评析》,商务印书馆2005年版,第185页。

^③ 张坤民主编:《中国环境执法大全》,中国政法大学出版社1993年版,第579页。

^④ 参见王明远:《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版,第186页。

^⑤ 参见王明远:《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版,第186页。

忍限度中的被害程度、公共性等因素,认为卡拉OK厅纯属娱乐性设施,公共性不强,因此停止侵害是必要的;并且考虑到其行为已经造成了对原告的侵害,所以超过了居民的受忍限度,构成噪声侵权。神户裁判所的工厂噪声案中,考虑了受忍限度中的被害程度和原被告居住的关联性等因素,虽然对于原告来说白天需要睡觉影响睡眠,但是对于一般人来说,45分贝以下的噪声在白天是可以忍受的,是处于忍受限度之内的,因此,不构成行为的违法性。

对于日本的受忍限度的理论及相关的判例可以看出,在噪声侵权案中,是以个体权利为着力点,重点保护个人法益,兼顾公共利益,考虑公共性要素。只要是超过了一般人承受的居民受忍限度,即可构成侵权行为的违法性,而不论其是否超过噪声排放标准。笔者认为,我国在噪声侵权的认定方面也可以采用“受忍限度理论”,从公民的法益和实质侵权角度出发,兼顾形式上的违法,来认定噪声侵权。

(二) 德国的“不可量物侵害”制度——环境噪声侵权与相邻权侵害之争

德国在对噪声侵权的认定上根据噪声源作了环境侵权与物权相邻权侵害的重大区分。《德国民法典》第906条第一款规定:“在干涉不损害或者较轻微损害土地的适用的范围内,土地所有权人不得禁止煤气、蒸汽、臭气、烟气、煤烟、热气、噪声、震动和其他来自他人土地的类似的干涉的侵入……”对于这些物体的干涉的侵入被称之为“不可量物侵害”。1974年的《公害防治法》第14条规定:“未具特别司法权源,不得以‘来自邻地的妨害性影响’为理由,对取得确定‘许可’的营业设备,请求运营停止,而仅得请求其设置除去妨害的除害设备……”从这两个法条可以看出《德国民法典》中噪声侵权原本是物权中的相邻权受侵害的排除妨害的一种,但特殊法优于普通法,《公害防治法》对于物权中的关于噪声的相邻权的救济有所限制。把由政府许可的“营业设备”、“营业活动”所造成的噪声侵权纳入了特殊环境侵权之中,其损害赔偿改采无过失赔偿责任(危险责任)原则。^①

简而言之,德国对于环境噪声侵权的法律适用根据其噪声源的不同分别适用不同的救济途径。第一,对于日常的生活活动和无需经由政府许可的经营活动所引起的噪声侵权,则适用《德国民法典》中关于物权相邻权侵害的相关法律来排除妨害。第二,对于由政府许可的“营业设备”、“经营活动”所引起的噪声侵权,则适用《公害防治法》中关于环境侵权的相关法律来救济。笔者认为,这个区分方法有可取之处。如此区分的立法目的是为了调和权利主体双方的利益均衡。在第一种噪声侵权中,是考虑到私权利之间的权利冲突,权利主体双方地位平等,处于相邻关系中对于不可量物侵害有必要的忍受义务,以及其不可量物的侵害的对象具有特定性,对于此种情况下的噪声侵权视为一般侵权,适用相邻权侵害有可操作性和适当性。在第二种噪声侵权中,则考虑到经济和政府公权力与个体私权利之间的冲突。双方主体地位的相对不平等以及不可量物的侵害的对象具有广泛性,对于此种情况下,法律侧重保护私主体,加重了加害人的责任,适用环境噪声侵权的相关法律有正当性和合理性。回归到我国,也存在物权法上的相邻权制度,物权法第90条规定:不动产权人不得违反国家规定弃置固体废物,排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。在这里,相邻并非仅指直接相邻,只要在一定的距离之内,能受到不可量物的侵害即可。但是对于环境噪声引起的侵权由于法律在认定标准上过分强调噪声排放标准而忽视实质侵权的缺陷,导致环境噪声侵权与物权相邻权的模糊界限。

^① 王明远:《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版,第211页。

所以,可以考虑借鉴德国的对于环境噪声侵权的认定,这将会进一步明确噪声侵权的范围和适用标准,使我国的关于噪声侵权的法律更加具有可操作性和合理性。

五、法律适用的立法建议

为了解决在现实生活中碰到的各类噪声侵权案件,包括超标和不超标的噪声侵权,为其做出规范化的定性是有现实的必要性的:一是对于环境噪声侵权的概念界定不清;二是环境噪声污染定性严格,门槛过高;三是环境噪声污染与相邻权侵害的界限模糊;四是对于受害者的立法保护存在缺陷。笔者通过厘清环境噪声侵权的概念界定,借鉴吸收日本和德国立法例和司法实践,从适用标准和适用范围两方面入手总结出对于噪声侵权案件的立法建议。

(一) 环境噪声侵权的适用标准

环境噪声侵权的“违法性”不应该以“噪声排放标准”为条件,借鉴日本的“受忍限度”理论,重点保护私权利主体人身和财产法益,在原则上,不论噪声排放有无超过标准,只要是超过了社会观念上的一般人的受忍限度,就可以认定为构成环境噪声污染,适用环境保护法律法规,采无过错责任,实行举证责任倒置。而在判断是否超过“受忍限度”则可以综合考虑受害人、加害人等的情况,根据以下几个因素来辨识:被害的程度、加害行为的公共性、居住时间与加害时间的先后性、被告遵守公法的程度、原被告居住的关联性、有无预防措施及作用的大小等等。但是在以“受忍限度”作为违法性的判断标准的时候,同时也存在着一些问题,就是可能会出现法院法官自由裁量权滥用问题,所以希望在立法的时候综合考虑各方面的因素,把“受忍限度”理论融入到噪声环境侵权的认定上去,同时建立规制法院自由裁量的范围和限度的制度体系。

(二) 环境噪声侵权的适用范围

对于环境噪声侵权在立法上的本意是倾向于首先保护受害人的人身财产利益。《环境保护法》第1条规定:为保护和改善生活环境与生态环境,防治污染和其他公害,保障人体健康,促进社会主义现代化建设的发展,制定本法。《环境噪声污染防治法》第1条也规定了:为防治环境噪声污染,保护和改善生活环境,保障人体健康,促进经济和社会发展,制定本法。从两个法律的立法目的可以看出保障人体健康是环境保护法和噪声污染防治法的根本立法目的和任务。所以对于环境侵权采取无过错责任和举证责任倒置是为了平衡在绝大多数情况下受害人与加害人地位的不平等性而导致的受害人举证困难的困境。但是受害人与加害人地位的不平等是由经济、政治力量等方面造成的,而有些时候,受害人与加害人皆属于平等的私权利的主体,比如邻里间的噪声侵扰。结合德国的不可量物侵害制度,笔者认为在适用“受忍限度”理论构成行为违法性这个大原则的前提下,在未超标的噪声侵权中,区分不同的法律适用:一是对于日常的生活活动和无需经由政府许可的经营活动所引起的未超标噪声侵权,因为是属于私权利平等主体间权利冲突,可以根据物权法上的相邻关系来认定,适用物权法第90条提起相邻污染侵害纠纷之诉主张请求停止侵害或损害赔偿。二是对于由政府许可的经营活动或设施所引起的未超标噪声侵权,因为是属于公权力与私权利之间的利益冲突,可以根据侵权责任法和环境噪声污染防治法上的噪声污染来认定,如果超过一般人的受忍限度则构成违法性,可提起噪声污染责任纠纷之诉请求损害赔偿或根据其公共性与否主张停止侵害或限制性的停止侵害等。为了在适用法律上更具有

明确性,可以对第二中情况作概括式或列举式的解释说明。

因此,对于上文中“西疏散工程噪声侵权案”中西疏散工程是由北京铁路局组织实施,属于环境噪声侵权适用范围的第二种情况,因此,不论西疏散工程产生的噪声是否超标,只要噪声危害超过了一般人的受忍限度则可构成侵权行为的违法性,本案中西疏散工程的噪声排放未超标,如果事实和证据可以证明其排放的噪声超过了一般人的受忍限度,则可以支持原告关于赔偿损失等的请求。

六、小结

王灿发老师曾说过,“谁都是弱者,真正好的制度就是保护弱者的权益,要建立这样一种制度,即保证任何人的权益不受非法侵害。”在环境噪声侵权案件中更应该保护弱者的权益。笔者以西疏散工程噪声未超标案件为切入点,借鉴日本和德国的立法例和理论进行比较研究,对环境噪声侵权的法律适用的标准和范围提出立法建议,希望能够对于解决环境噪声侵权有所裨益,从而维护人们的合法权益。在最近的十一届全国人大常委会第28次会议初次审议的《环境保护法修正案(草案)》中把在原来的第41条上则加了“停止侵害”责任形式,修改为:造成环境污染危害的,有责任停止侵害、排除危害,并对直接受到损害的单位或个人赔偿损失。^①笔者看到了国家对于环境侵权的重视,法治建设在不断地完善,希望对环境噪声侵权的法律适用做出更合理的解决途径。

参考文献:

1. 曹明德:《环境侵权法》,法律出版社2000年版;
2. 王家福、梁慧星:《民法债权》,法律出版社1991版;
3. 韩培德:《环境保护法教程(第五版)》,法律出版社2007年版;
4. 王明远:《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版;
5. 冷罗生:《日本公害诉讼理论与案例评析》,商务印书馆2005年版;
6. 杨东平主编:《中国环境发展报告(2012)》,社会科学文献出版社2012年版;
7. 蔡守秋主编:《环境法教程》,法律出版社1995年版;
8. 胡宝林主编:《环境法新论》,中国政法大学出版社1992年版;
9. 张坤民主编:《中国环境执法大全》,中国政法大学出版社1993年版;
10. 李俊峰:“噪声损害民事诉讼的法律适用问题”,张梓太主编:《环境纠纷处理前沿问题研究——中日韩学者谈》,清华大学出版社2007年版;
11. 邢富顺:“阴秉权等诉北京铁路局环境污染损害赔偿案”,网址:
<http://bjtlfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=190/>;
12. 《环境保护法修正案(草案)条文》,网址:
http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2012-08/31/content_1735713.htm/。

(推荐老师:胡静 责任编辑:曲嘉琦)

^① 《环境保护法修正案(草案)条文》,载于网址:

http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2012-08/31/content_1735713.htm/。

论公司关联担保的法律规制

——以典型案例分析为视角

曲嘉琦

(中国政法大学 民商经济法学院 2010 级)

摘要:我国现行法律以《公司法》第 16 条为核心对公司关联担保进行规制,其关联股东表决权排除的制度设计为 2005 年公司法修订的一大革新。然而实际中《公司法》第 16 条及相关规范对公司关联担保规制的效果并不明显。这其中既有法律规定本身存在缺陷的原因,亦有司法实践消解立法原意的原因。

关键词: 关联担保 规制 典型案例

引言:

公司为他人债务提供担保,虽然对保障债权实现、促进资本融通起到积极作用,但对于公司本身来说却承担着极高的法律风险。一旦被担保的债务人无法偿还到期债务,公司就要以其资产代为清偿。尤其在不良关联担保^①中,控股股东有意不偿还到期债务,表面上是公司为其担保,实际则是公司为其偿债。一些上市公司因此变为控股股东的圈钱工具,最终使公司的中小股东和债权人蒙受不白损失。

1996 年,我国证券市场开始出现个别上市公司的担保被控股股东恶意利用的案例。^②2000 年以后上市公司因担保而引发公司财务危机的情况频频曝出,一些公司甚至因此走向退市和破产。^③

彼时规制关联担保的法规有 1993 年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 60 条三款,“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。”以限制关联担保的发生为主要规制方法。2005 年 10 月 27 日修订通过的《公司法》,删除了原《公司法》第 60 条,解决了争论已久公司是否具有对外担保能力的问题,并确立了新的规制方法。以 2005 年《公司法》第 16 条为核心,现行《公司法》赋予公司完全的对外担保能力,依靠公司内部的程序性控制来规制关联担保。其中关联方表决权排除的制度设计得到了学界的普遍肯定。^④

^① 本文所称关联担保指公司为股东、董事、高管及其利害关系人或利害关系公司所提供的担保。因为公司与前述各主体间存在关联关系,公司为他们提供担保具有关联交易的性质,所以称为关联担保。

^② 郑建明、范黎波、朱媚:“关联担保、隧道效应与公司价值”,载《中国工业经济》2007 年 5 月第 5 期。

^③ 如 ST 猴王的第一控制股东猴王集团以 ST 猴王的名义为自己贷款 3.7 亿元,担保 3 亿元,ST 猴王最终被三大债主申请破产。同样遭遇的 PT 粤金曼因而退市,ST 棱光业绩滑入亏损深渊。见“上市公司被推上担保火山口”,中华工商时报,2001 年 9 月 27 日。

^④ 参见赵旭东:“中国大陆上市公司转投资、担保、借贷的法律问题”,载王保树、王文宇主编:《公司法理论与实践——两岸三地观点》,法律出版社 2010 版,第 155 页;李建伟:“公司关联担保规制的制度变迁与政策选择——兼论法律规制的目标与方法”,《商事法论集》第 11 卷,法律出版社 2006 年版,第 127 页。

然而相关数据显示,不良关联担保频发的情况并没有得到有效缓解。据《证券日报》报导,截至2011年两市980家公司中报显示,关联担保额度总额达人民币2493.99亿元,较去年同期上述公司人民币1824.09亿元的关联担保总额增长了670亿元,增长幅度高达36.73%。其中不乏帮助大股东或其关联公司变相融资的现象,并出现越来越多的公司担保额超过其公司净资产。上市公司担保额不断提升使自身资金危如累卵,系统性风险随之水涨船高,^①公司健康发展与投资者权益保障令人担忧。

《公司法》16条及相关法规缘何“失灵”,本文将从制度价值与规制方法分析出发,结合我国目前的司法实践,试进行分析。

一、关联担保规制的法理分析与制度选择

(一) 关联担保规制的基本价值取向

关联担保是公司作为股东、董事等“内部人”提供的担保,从性质上讲其既是一种公司对外担保行为,也是一种关联交易行为。

于公司对外担保,涉及公司资本充实,公司债权人权益保护及公司独立人格等问题。从维持公司资本充实与债权人保护角度而言,当然公司没有对外担保最好。但全面禁止公司对外担保无疑过于严苛。目前公司重要融资渠道之一是银行贷款,银行放贷时一般要求企业提供担保。公司既有获得其他公司提供担保的需要,又难免有对外提供担保的情况。全面禁止公司担保不符合现实需求。另外,对外担保并非全然危险,有些对外担保可以为公司赢得商机,因此无一概禁止的必要,否定公司对外担保的权能有损公司独立人格。真正有损公司利益的是作为大股东“掏空”公司工具的关联担保,法律应将规制重心放在有效限制这种不公平关联担保的产生上。

于关联交易,其关注焦点在于如何解决利益冲突问题。公司控股股东或管理者利用其控制权或影响力,使公司做出对其自身有利的担保。在不良关联担保中“控制股东拿钱,债权人安全收回本息,上市公司替控制股东还债”,^②最终损失由其他股东承担。因此,关联人与公司中小股东之间存在明显利益冲突,且中小股东极易成为受害者。鉴于此,立法规制应着眼于“禁止不合理的利益输送及关联交易之机会,或通过其他制度建设尽可能避免或减少利益冲突之机会。”^③以保护关联担保中处于弱势的中小股东。

(二) 规制关联担保的立法模式。

1、比较法角度

随着资本市场的发展,基于公司融资的需要,公司对外提供担保成为不可避免的现实。现代各国公司法亦多对公司具有对外担保权能持肯定态度,惟必须究明的是,为防止滥设担保所生流弊,公司在行使此项权能时受到何种限制。基于不同的立法目的、公司治理结构以及配套制度,各国对关联担保进行规制的方法并不统一。

出于维持公司资本充实的考虑,台湾地区公司法并未单独规范关联担保而是对公司所

^① 参见《证券日报》2011年8月18日。

^② 李建伟:“公司关联担保规制的制度变迁与政策选择——兼论法律规制的目标与方法”,《商事法论集》第11卷,法律出版社2006年版,第127页。

^③ 李建伟:《关联交易的法律规制》,法律出版社2007年版,第92页。

有的对外担保全面规范,采“原则禁止,例外许可”的模式^①。台湾地区《公司法》第16条规定,“公司除依其他法律或公司章程规定得为保证者外,不得为任何保证人。公司负责人违反前项规定时,应自负保证责任,如公司受有损害时,亦应负赔偿责任。”台湾案例判决称:“按公司所以原则上不得为任何保证人,旨在稳定公司财务,用杜公司负责人以公司名义为他人作保而生流弊”^②在法律效果方面,根据16条规定,违规关联担保责任由公司负责人承担,从而将公司从担保中解脱出来,以维护公司资本充实与股东及公司债权人利益。

虽然法律规定严苛,但现实中台湾公司多以公司章程规定对外担保能力来规避16条的限制,^③台湾学者对16条的效力亦多加批评。^④尽管如此,还是可以从看出立法者对担保可能有损公司资本稳定,有损股东利益的担忧。

澳门地区商法典采相似规制方法。其《商法典》第177条在公司能力项下规定,“禁止公司为他人之债务提供人或物之担保;但公司行政管理机关以说明理由之书面声明,表示公司对该债务有利害关系者,不在此限。”

出于限制关联交易的考虑,英美法系并未限制公司对外担保的权能,而是将规制重点放在公司经营者违反忠实义务所为的自我交易行为上。在这种立法意图下又有两种立法模式,英国直接禁止特定担保行为,美国则在个案中进行判断。英国《2006年公司法》(the Companies Act 2006)禁止公司为董事及董事利益相关人员担保。美国各州立法不同,多数州法采原则上允许公司对外担保的立法模式。美国《示范公司法》第302条(5)规定,除非公司的组织章程中另有规定,公司享有下列不受限制的权利:……担保、租赁、交换或以其他方式处置它的全部财产或一部财产。

虽然在成文法中没有明确限制,但是在美国判例法中,法院确立了“合理经营”(reasonable business judgment)“交易是对公司有利”(direct or indirect interests)以及“交易是否为促进公司目的”(in further of company purpose)等原则,来判断涉案担保行为的效力。^⑤诚如克拉克所言“评价基本自我交易的基本法则,即公平性准则,实际来自判例法,而不是成文法”^⑥并且在 *Fliegler v. Lawrence* 一案中,法院认为即使股东批准了董事会关于签订争议合同的决议,也不意味着公司的不公平行为或合同可以免受法院的审查。^⑦

与我国所有权与经营权不分的公司治理结构不同,英美公司结构多为股权分散,所有权与经营权分离。因此在英美公司很少出现“一股独大”的现象,股东利用关联担保掏空

^① 刘连煜:《公司法理论与判决研究》,法律出版社2002年版,第177页。

^② 一九八五年台上字第七〇三号判例。转引自柯芳枝:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第27页。

^③ 参见曾宛如:“论公司之转投资、保证与资金放贷”,载王保树、王文字主编:《公司法理论与实践——两岸三地观点》,法律出版社2010年版。

^④ 如台湾学者刘连煜先生指出:“现行公司法第十六条准许公司依章程规定对外担保,但对于行使此项保证权能并未有任何设防。因此,浮滥保证之情事势难完全避免。”见于其著《公司法理论与判决研究》,法律出版社2002年版,第197页。

^⑤ 参见1971年《注释模范商业公司法》评论,“Guaranties should be upheld if it is shown that the board of directors of the guarantor had in good faith, and in the exercise of reasonable business judgment, decided that the benefits derived from the guaranties were sufficient to justify the liability incurred.”转引自刘连煜:《公司法理论与判决研究》,法律出版社2002年版,第181页。

^⑥ 【美】罗伯特·C·克拉克:《公司法》,胡平等译,工商出版社1999年版,第137页。

^⑦ See *Fliegler v. Lawrence*, 361 A.2d 218 Del. 1976. June 28,1976.

公司的可能性也极小,所以英美公司法并没有直接禁止公司为股东提供担保。这种“没有禁止”只是因为缺乏需求,并不能反映英美公司法对关联担保保持宽松的态度。由于立法背景与立法需求的差异,这种“没有禁止”对于我国公司法立法的参考价值甚微。

从比较法的角度,以往学者研究多从文本出发按宽严程度对各法域立法例进行分类,以台湾最严厉,美国最宽松。^①而从实际效果来看,台湾地区公司法虽然条文严厉,但实际中对公司以章程规定对外担保事项无任何限制,实则较宽松。美国虽肯定担保权能,但对于不公平的关联担保,即使通过股东会决议,亦有可能被法院判为无效,实则较严厉。盖规则方法的不同多由于立法目的、立法背景的不同,宽严不可只依文义论之。因此,上文依立法目的不同,将各法域立法模式划分为两类。

(三) 我国关联担保规制相关规范分析

对于不希望发生的行为,法律的规制往往体现在两个方面,即干预形成过程与否定法律效果。

1、干预形成过程

针对关联担保的形成,2005年《公司法》16条规定:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”

这一规定将对外担保决定权交给公司董事会、股东会或股东大会,并设计关联股东表决权排除制度,以保障公司在决定对外担保时意思表示自由,防止大股东通过资本多数决的表决方式强制通过担保决议。针对关联担保,法律不再去判断其性质的公平与否,也不再直接禁止,而是完全交由公司自治,赋予在关联担保中利益可能受重大影响的中小股东最终表决权。其法理基础乃在于“自己是自己利益最好的法官”,对于有可能损害公司利益、损害自身利益的关联担保,法律无需强行禁止,中小股东自然也会在股东会上否决其形成。这种宽松的规定,同时也保证了公司人格独立,体现了公司法私法的品格。

与之相关的还有《公司法》第105条,规定了董事会依法或公司章程召开股东会的义务。第122条对上市公司的担保程序进行特别规定。第149条规定董事、高级管理人员不得违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保;董事、高级管理人员违反规定所得的收入应当归公司所有。

另外对于中小股东权益的保护还有《公司法》第22条,中小股东可以对程序瑕疵的决议提起撤销之诉。

2、否定法律效果

《公司法》16条设计关联股东表决权排除制度,将表决权赋予利益可能受到影响的中小股东,可谓一大革新。然而不足的是,该条并未明确规定违反后的法律后果。违反《公司法》第16条提供的担保合同是否有效,这一问题在现行法律体系中还无法确定。

^① 参见李建伟:“公司关联担保规制的制度变迁与政策选择——兼论法律规制的目标与方法”,《商事法论集》第11卷,法律出版社2006年版。

首先在《公司法》中,第16条本身并没有做出规定。依第22条判定决议无效是否意味着担保合同无效,无从得知。其次在《合同法》中,合同法第52条规定违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条,“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定”。由于16条本身是效力性规范还是管理性规范并不明晰,且学者倾向将其定为管理性规范,^①因此适用《合同法》52条来判断违法担保合同无效尚存争议。《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》第六条规定,“公司提供担保未履行《公司法》第16条规定的公司内部决议程序,或者违反公司章程规定的,应认定担保合同未生效,由公司承担缔约过失责任。”但这一解释一则效力层级较低,二则只适用于北京地区,所以违法关联担保的法律后果还是没有明确。再次,在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法》司法解释)中,第4条规定,“董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定,以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的,担保合同无效。”但由于2005年修改公司法时原法第60条被删除,该解释已无法适用。

因法律后果不明,《公司法》第16条的震慑效果减弱,所设程序的执行率也因此下降。

尽管对违法担保合同的效力无明确规定,但在责任承担方面,《担保法》司法解释第7条明确规定:“主合同有效而担保合同无效,债权人无过错的,担保人与债务人对主合同债权人的经济损失,承担连带赔偿责任;债权人、担保人有过错的,担保人承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”

依照这一规定,即使违规担保合同被判无效,公司仍无法摆脱偿债的命运,只不过是公司的责任形式由担保责任变成了赔偿责任。^②数额虽然可能减至二分之一,但仍需向债权人偿付。尤其是在担保额巨大的情况下,公司可谓无法走出不公平关联担保带来的阴影。

无论担保合同是否有效,公司都需承担责任,这似乎有悖于保护公司不受不良关联担保侵害的立法原意。究其原因,乃在于担保法与公司法的立法价值不同。

公司对外担保合同无效后,有两种追偿模式:一种是公司先负赔偿责任,再向股东、董事、经理追偿。另一种是公司不承担责任,债权人直接向股东、董事、经理追偿。担保法旨在促进担保制度发展,保障债权人实现债权,因此选择第一种模式。而从公司法规制关联担保角度,本意在于保护公司中小股东与公司债权人利益,选择第二种模式更能实现立法意图。遗憾的是,因为公司法没有进行规定,我们目前还无法选择第二种追偿模式。

综上所述,仅就法律文本观察,在干预不良关联担保形成方面,公司法提出了很好的公司治理模式。但对于不良关联担保的法律后果否定不足,依靠立法价值冲突的担保法来判定责任承担,未能将公司解救于不良关联担保。由此观之,中小股东在关联担保决策上处于有“权利”,无救济的境地。由此带来的弊端在后文实例分析中亦得到印证。

二、目前涉及关联担保纠纷案例的实证考察

^① 参见“违反公司法第十六条规定提供保证合同的效力问题”,载奚晓明主编:《商事法律文件解读》,人民法院出版社2011年6月。

^② 在有效的担保合同中,担保人承担担保债务履行的担保责任;而当担保合同无效时,担保人需对合同的无效承担缔约过失责任,表现为对债权人的赔偿责任。参见曹士兵:《中担保诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》,中国法制出版社2001年版,第12至第14页。

删除原公司法第 60 条, 新设 16 条规定是 2005 年《公司法》的一项重要修订。在北大法宝数据库中链接《公司法》第 16 条的裁判文书共 181 篇。排除篇目重复, 适用旧公司法以及公司为第三人提供担保的案件, 有关公司关联担保纠纷的案件共 28 件。涉及 9 个省, 具有一定代表性。

以上述案件为样本, 可以看出《公司法》16 条及相关规范在司法实践适用中有如下特点。

(一) 基本案情方面

28 则样本案例均涉及公司在没有股东会决议的情况下为关联方提供担保的情况。

从主体来看, 28 则样本案例中, 22 则案例中的被担保人是公司的自然人股东, 且均为公司的法定代表人; 3 则案例中的被担保人是公司的法人股东; 1 则案例中的被担保人是公司的实际控制人。^①另外 2 则案例中的被担保人与股东有利害关系, 其中一案法院判决视为为股东提供担保,^②另一案则视为为第三人提供担保。^③

从案件的争议点来看, 全部 28 则样本案例的争议焦点均在于系争担保合同是否有效以及提供担保的公司是否承担责任。其中 26 家公司皆为被告, 以签订担保合同未经股东会决议违反《公司法》第 16 条为抗辩理由, 请求判定系争担保合同无效, 公司不承担担保责任。约占样本总数的 92.8%。仅两家公司作为原告请求判定担保合同无效, 公司不承担担保责任以维护公司权益, 约占样本总数的 7.2%。可见实践中, 绝大多数情况下《公司法》第 16 条的作用在于抗辩, 个别情况下才作为维权工具。且其作为抗辩理由一般有两种情况: 一是公司在被诉至公堂时, 才“恍然”发现原来法定代表人原来曾签过担保合同。公司不明不白的成了担保人, 因此主张合同无效不承担担保责任。另一种情况则是债务不能清偿时, 法定代表人有意避债或现任法定代表人不希望公司为原法定代表人偿债, 而利用签订担保合同时程序上的瑕疵, 以《公司法》16 条为挡箭牌, 来规避担保责任。

(二) 合同效力认定方面

尽管 26 则案例违反《公司法》16 条的案情相同, 2 则为股东利害关系人提供担保违反《公司法》16 条的案情相似, 法院作出的判决却处在两个极端。针对违规关联担保合同是否有效, 9 个判决给出肯定答案, 约占样本总数的 32.1%。19 个判决认为合同无效, 约占 67.9%。

如前文所述, 因为《公司法》内部并未规定违反 16 条的担保合同效力如何, 所以需要借用《合同法》52 条来判断, 该条规定违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。因此, 欲判断合同效力又要首先界定《公司法》16 条的性质, 其性质是任意性规范还是强制

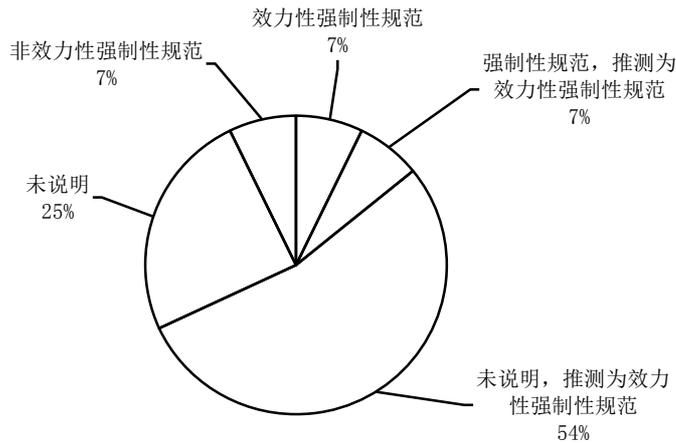
^① “浙商银行股份有限公司杭州萧山支行诉杭州萧山姚江石材市场有限公司等金融借款合同纠纷”一案中, 新时代有限责任公司为姚江公司提供担保。姚江公司为杭州中瑞控股集团有限公司股东, 中瑞集团占新时代公司 90% 的股权。

^② “陇川冠华科龙硅冶炼厂与云南兴化经贸有限责任公司合同纠纷上诉案”中提供担保的云南正和硅材料有限公司的股东及法定代表人曾某某是被担保人陇川冶炼厂的投资人, 云南省高级人民法院因此认定“正和公司为陇川冶炼厂的债务提供担保, 实质系为其股东曾某某提供担保。”见云南省高级人民法院, (2010)云高民三终字第 63 号。

^③ “北京长力联合能源技术有限公司与周跃民等公司的高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷”一案中, 长力公司为钰龙泉公司提供担保。钰龙泉公司经营不善并欠长力公司副总经理周跃民较大债务。长力公司称其对担保合同的签订并不知情, 请求判定担保合同无效。北京市第二中级人民法院并没有将长力公司提供的担保视为为股东或控制人担保。见北京市第二中级人民法院, (2009)二中民终字第 22777 号。

性规范？如果是强制性规范，是效力性强制性规范还是管理性强制性规范？

从样本案例判决书来看，各地法院给出的答案并不统一。两则案例明确界定《公司法》16条是效力性强制性规范。两则案例指出《公司法》16条是强制性条款，未进一步说明该条款是效力性的还是管理性的。但从其判定合同无效来看，可推测这两则案件的主审法官认为《公司法》16条是效力性强制性规范。15则案例的判决中没有对《公司法》16条的性质进行判断，但同样从其判定合同无效可推测其认为《公司法》16条为效力性强制性规范。两则案例中法院认为《公司法》16条非效力性强制性规范。另外7则案例也没有界定《公司法》16条的性质，而是以其他理由判定担保合同有效。数据分布可见下图。



28则样本案例中仅6则案例对《公司法》16条的性质进行了明确界定。遗憾的是这6则案例对于《公司法》16条的性质都是直接界定，没有一则案例的判决书写明原由或推导过程。

而对于判定合同效力的理由，19个判定担保合同无效案件中的合同都是因签订时未经股东会决议违反了《公司法》16条而无效。9个判定合同有效的案件，理由各有不同：首先，9则案例判决均认为盖有公司公章、有法定代表人签名的合同反映了公司的真实意思表示。其次，其中3则案例认为涉案合同不违反法律行政法规，因而有效。两则案例指出《公司法》16条规定是管理性强制性规定，违反该条并不能认定合同无效。两则案例认为涉案担保合同形式内容合法，不违反国家或社会公共利益，不损害任何非特定第三人的人身或财产利益，所以有效。两则案例认为未经公司股东会决议而出具了担保文书是公司内部行为，不能对抗债权人，所以合同有效。这9则案例中，以“中建材集团进出口公司诉江苏银大科技有限公司等担保合同纠纷案”一案给出理由最为详尽，摘录如下：

“第一，该条款并未明确规定公司违反上述规定公司违反前述条款的规定，与他人订立担保合同的，不能简单认定合同无效。第一，该条款并未明确规定公司违反上述规定对外提供担保导致担保合同无效；第二，公司内部决议程序，不得约束第三人；第三，该条款并非效力性强制性的规定；第四，依据该条款认定担保合同无效，不利于维护合同的稳

定和交易的安全。”^①

28 则样本案例的判决书还显示出，我国法院在审理关联担保合同时只进行形式审查。即涉案担保合同上只要有法定代表人签名和公司公章，即认为签订该担保合同是公司作出的意思表示，而不论签章是否有瑕疵，也不论是否有相关股东会决议。只要没有股东会决议即认为没有开过股东会会议，忽略公司只有两个股东的情况。在审理关联担保合同纠纷时，没有法院对担保合同本身是否公平进行实质审查。从比较法角度，我国法官并不关注、阐明，美国法在规范关联交易时考虑的问题。担保合同是对公司有直接利益或间接利益还是变相侵占公司财产，股东及法定代表人在签订合同时是否诚信善良（in good faith），签订担保合同是否符合合理经营（）原则等问题，法院在审理时不予考虑。

综上所述，可以看出各地法院对违反《公司法》16条签订的担保合同的效力认定并不统一，对于《公司法》16条性质的理解也各不相同，法官审理案件时只关注合同的形式与签订程序。

（三）责任承担方面

违反《公司法》16条签订的担保合同，其效力的差异尚且只限于有效与无效，责任承担的差异则更多样。对于有效的担保合同，提供担保的公司自然对全部未清偿的债务承担连带清偿责任。而对于无效的担保合同，19 则判定担保合同无效的案例提出了 4 种责任承担方式：

3 则案例判定提供担保的公司对其担保债务承担连带赔偿责任，12 则案例判定公司对股东债务中不能清偿部分的二分之一承担连带赔偿责任，1 则案例判定公司需为股东债务不能清偿部分的 40% 承担连带赔偿责任，仅 1 则案例判定公司无需承担任何责任。

对于前 3 种责任承担方式，判决给出的法律依据均为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第七条。公司承担责任的多少，有赖于法院对债权人有无过错的认定。3 则案例认为债权人不具有审查股东会决议的能力，造成担保合同无效并非债权人过错，则公司负“全责”。13 则案例认为债权人未审查公司是否提供股东会决议，造成担保合同无效债权人亦有过错，所以判定公司负“半责”或 40% 的责任。但是为什么是二分之一，为什么是 40%，法院并未进一步说明。

仅有的一则公司无需承担任何责任的案例中，也没有说明公司为什么不承担责任，判决书中只写明：“由于威乃达公司向其股东即牟卫宁提供担保，未经股东会或股东大会决议，违反《中华人民共和国公司法》第十六条的规定，因此，该担保无效。威乃达公司在本案中不承担连带保证责任。”^②其后亦未写公司需承担赔偿责任。

可见，实践中担保合同无效并不等于公司可以免责。甚至恰恰相反，担保合同无效时公司必然不能免责。除前文论述的担保法与公司法立法价值不同的原因外，从法院判决中还可以发现如下原因：一是不区分关联担保是股东个人行为还是公司行为，一概认定公司为担保人，直接适用《担保法》司法解释第 7 条判定公司责任；二是在法益衡量上，更看重对交易安全的保护，防止债权人因公司免责“血本无归”。

三、我国关联担保规制“失灵”原因分析。

^① 见中建材集团进出口公司诉江苏银大科技有限公司等担保合同纠纷案判决书，北京市高级人民法院，（2009）高民终字第 1730 号。

^② 见牟卫宁与高鸿健民间借贷纠纷上诉案判决书，山东省青岛市中级人民法院，（2010）青民四终字第 8 号。

2005年新《公司法》实施以来,上市公司间互保风险仍未降低,公司对外担保额超过资产总额的现象越来越多,封闭公司为股东作保纠纷不断。这其中既有法规本身缺陷的原因,又有司法实践消解立法本意的原因。

(一) 法律规范的不足

目前,我国对关联担保的规制以《公司法》第16条为核心,辅之以《公司法》第105条,122条,149条以及《担保法》及其司法解释的有关规范。其不足之处在于以下三点:

1、《公司法》第16条的局限性

(1) 关联方范围较窄

《公司法》第16条二款设置的强制性程序要求仅针对公司为股东或实际控制人提供担保,不包括为股东的利害关系人或股东控股的其他公司提供担保,也不包括为公司董事、经理等关联方提供担保。但为股东的利害关系人或控股的其他公司担保,实质就是为股东提供担保。董事、经理与股东或实际控制人同为关联方,性质相同,都有利用“内部人”地位滥设担保的可能。对这些关联方本应采取相同的规制方法,却只单独针对股东或实际控制人做出了规定,使得其他关联主体与非关联主体处于同一地位,不利于规制。现实中,债务人可能利用法律的漏洞,适用《公司法》第16条一款,规避关联股东表决权应排除的制度,仅通过董事会决议即获得公司担保。

(2) “靠不住”的公司章程

因为公司法第16条2款只适用于公司股东或实际控制人,因此对其他关联方的规制有赖于公司法16条1款的规定。而16条1款又将规制的权利交由公司章程,但公司章程在规制关联担保方面具有局限性。首先,公司的章程可能不涉及担保事项,或者即使规定也并不详尽。其次,公司章程的规定只具有对内效力,不能约束债权人。随着越权行为无效理论(*ultra vise*)的式微,公司章程不再具有对世效力。公司不能以担保合同不符合公司章程为由否认担保合同的效力,只能依章程去追究董事、经理等的责任,但现实中其能否追回款项可想而知。另外,对于有限责任公司,从现实的登记制度来看,即便债权人希望尽到善良审查义务,也不易查询到公司章程。

(3) 未规定违反本条的法律后果

如前文所述,《公司法》第16条赋予了中小股东在对外担保事项的最终决定权,却没有提供权利的救济方法。类似的还有《公司法》122条,也没有明确违反程序的决议效力如何。“表现为法律的禁止规范通常都设有某种制裁。”^①。制裁所带来的不利益以及为规避制裁所增加的实施成本将会影响人们的决策,降低被禁行为的发生率。法律后果不明确使得现实中第16条被违反的可能性大大加强,表现出不良关联担保频发的现状。从另外一个角度,所谓“无救济则无权利”。赋予中小股东最终表决权,却不给予保障,中小股东在公司对外担保事项上的影响力仍然不足。表现出16条对关联担保规制不利的情况。此外,公司法的缺位使得公司担保责任或赔偿责任的确定有赖于价值取向不同的担保法,其弊端显而易见。

2、《公司法》第22条缺乏适用基础

《公司法》第22条规定了决议无效及其法定后果,有学者指出股东可以提出瑕疵担保

^① 蒋大兴:《公司法的观念与解释II》,法律出版社2009年版,第25页。

决议的撤销之诉来保障自己的权利。^①但是实际中并没有这样的案例。因为对于有限公司,违规关联担保的形成大多不经过股东会,无股东会决议。对于上市公司,由于需要对重要担保事项进行披露,所以一般不会进行程序瑕疵的股东会或股东大会。因此《公司法》22条在关联担保问题上缺乏适用的基础。

(二) 司法实践的缺陷

规制关联担保的本意是为了保护公司、公司其他股东以及公司债权人的利益。但这一立法意图由于多种原因在司法实践中被消解。

1、不区分股东行为与公司行为

从本文考察的样本案例来看,对于涉案担保行为,法院一律认为是公司行为。这与台湾地区、英美地区立法有显著不同。司法实践以担保合同加盖了公司的印章,有法定代表人的签名,来推定提供担保是公司做出的意思表示。公司一概被视为涉案担保合同的主体。因此,当担保合同无效时,法院不加区别地直接适用担保法司法解释第7条,判令公司承担缔约过失责任,也即前面案例中提到过的赔偿责任。

笔者认为这种做法是否正确值得商榷。涉案担保合同签订时没有股东会决议,这意味着公司并没有形成对外担保的意思。那么只有法定代表人的行为是代表行为或代理行为时,担保行为才可归于公司自身行为。然而这种情况下法定代表人的行为既非代表行为也非代理行为。我国《民法通则》43条规定“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为,承担民事责任。”但有别于以提供担保为营业的担保公司,对外担保并非普通公司的经营行为,也非法定代表人的职务行为。所以未经股东会决议提供担保并非法定代表人的代表行为。另外,根据我国《合同法》49条规定,表见代理的形成需要“相对人有理由相信行为人有代理权的”。而《公司法》第16条对于法定代表人或授权代表人在担保事项上的代表权作出了明确的限制,这种法定限制应当推定交易相对人是知晓的。因此在被担保股东未提供股东会决议的情况下,应认为债权人无理由相信行为人有代理权,法定代表人的行为不构成表见代理。

2、优先维护外部交易安全

司法实践中,关联担保纠纷中的责任承担,要么是公司承担全部责任,要么是公司与债权人“各打五十大板”。这充分体现了对交易相对人即债权人的保护。

现实中由于法律意识的淡薄,非金融机构主体向有限责任公司股东借款时,一般不会要求担保公司提供股东会决议。金融机构在放贷时也只对董事会决议或股东会决议进行形式审查。考虑到债权人接受担保的风险控制,为了保护债权人的“信赖利益”,保护交易安全,不至于让债权人的借款打了水漂,法院首先倾向于担保合同有效。即使因债权人过错导致合同无效,公司亦不能免去缔约过失的赔偿责任。可见具体案件中,比起关联担保的规制更加注重“债有所偿”。这样的判决思路在保护债权人的同时也保障了担保制度的发展,因为如果担保合同动辄无效,担保人轻易不承担责任,必然会造成担保制度的衰退。

四、结语

^① 参见宋冰,张斌“论公司对外担保中的中小股东保护——以我国现行《公司法》的规定为视角”,《法学杂志》,2009年第1期。

公司关联担保的规制不同于普通关联交易的规制，其涉及公司资本充实、公司章程效力、担保制度发展等多个问题，涉及公司中小股东、公司债权人以及担保债权人等多方利益。其复杂性使得对其规制的难度加大。立法者在制定相关法律时应考虑到这种复杂性，不能仅从某一方的利益出发设计相关制度，更不能仅针对现实中爆发的问题进行突击立法。为了有效的规制公司关联担保，法律规范首先应保证文义的周延，进一步要考虑在现实中的可行性。离开司法裁判实践来思考公司法是没有意义的。法律只有符合现实情况才有适用基础，才能达到其预期的规制效果，才能实现其制度设计的初衷与价值。

参考文献:

1. 【美】罗伯特 C 克拉克：《公司法则》，胡平等译，工商出版社 1999 年版；
2. 柯芳枝：《公司法论》，中国政法大学出版社 2004 年版；
3. 刘连煜：《公司法理论与判决研究》，法律出版社 2002 年版；
4. 蒋大兴：《公司法的观念与解释 II》，法律出版社 2009 年版；
5. 李建伟：《关联交易的法律规制》，法律出版社 2007 年版；
6. 曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》，中国法制出版社 2001 年版；
7. 郑建明、范黎波、朱媚：“关联担保、隧道效应与公司价值”，《中国工业经济》，2007 年 5 月第 5 期；
8. 赵旭东：“中国大陆上市公司转投资、担保、借贷的法律问题”，载王保树、王文宇主编《公司法理论与实践——两岸三地观点》，法律出版社 2010 版；
9. 曾宛如：“论公司之转投资、保证与资金放贷”，载王保树、王文宇主编：《公司法理论与实践——两岸三地观点》，法律出版社 2010 版；
10. 李建伟：“公司关联担保规制的制度变迁与政策选择——兼论法律规制的目标与方法”，载王保树主编：《商事法论集》第 11 卷，法律出版社 2006 年版；
11. “违反公司法第十六条规定提供保证合同的效力问题”，载奚晓明主编：《商事法律文件解读》，人民法院出版社 2011 年 6 月；
12. 宋冰、张斌：“论公司对外担保中的中小股东保护——以我国现行《公司法》的规定为视角”，《法学杂志》，2009 年第 1 期；
13. 《证券日报》2011 年 8 月 18 日；
14. 《中华工商时报》2001 年 9 月 27 日。

(推荐老师：范中超 责任编辑：沈芊)

试论未遂可罚性基础上的不能未遂

陈河源

(中国政法大学 国际法学院 2009 级)

摘要: 本文针对当前在不能未遂理论研究所出现的学术失焦现象,以不能未遂的问题意识入手,以未遂犯的可罚性问题为研究基础,在对主客观未遂理论进行重新整合的基础之上,明确了以行为无价值论作为未遂处罚正当性的基本立场。从而,也引出了未遂需罚性的理论范畴,搭建起了未遂犯从可罚性到需罚性的二阶层式的理论模式。之后,经由二阶层未遂理论的审视,构建起不能未遂的基本研究框架,并以印象理论为典型,反思了以往学术研究中将未遂理论与不能未遂理论的研究意识加以混淆的局面。最终,本文明确了进行不能未遂研究所应紧紧围绕的基本问题,即是在于探讨未遂需罚性的具体判断标准,使得原本对立紊乱的各种学说得以进行重新归位,将原本八种学说依理简化为五种,指出了以后进行不能未遂理论研究的基本方向。

关键词: 未遂可罚性 未遂需罚性 不能未遂 二阶层未遂理论 危险

一、引言

所谓“不能未遂”,其意大致系指行为人因某些错误认识而使其行为本质上不可能达到既遂状态之情况。^①然而,需注意的,在日本刑法理论中,不能未遂被称之为“不能犯”,系指不成立犯罪因而不可罚之行为,其与未遂犯乃相对的概念。而在德国刑法理论中,凡行为之实行不可能发生结果的情况均称为不能未遂,不能未遂乃属于未遂犯中的一种。^②“德国学界将‘不能未遂’(der untaugliche Versuch)分成‘普通的不能未遂’(der normale untaugliche Versuch)以及‘出于重大无知的不能未遂’(der grob unverst ändige untaugliche Versuch)两种,而只有后者才享有‘必减免其刑’的宽典。”^③于我国台湾地区,在 2005 年刑法修正之前,不能未遂属于未遂犯的一种,而在刑法修正之后,不能未遂变成了不可罚行为,然而其“不罚”究竟是因为阻却不法还是因为阻却刑罚,学界争议颇大。^④

基于对不能未遂的不同理解,大陆法系国家和地区往往在有关不能未遂的问题上呈现

^① 由于未遂犯处罚根据的学理不一,而且各国刑法是否处罚不能未遂的情况体例各异,因此,“不能未遂”的概念,难有一个固定的意义。此处的概念,乃笔者参见各种学说,总结出的一个各方均较能接受的概念,即一个对于不能未遂之情状加以描述的事实性概念。也正是因为寻求了“最大公约数”,也使得此概念过于粗糙,而无多少实益。惟希望此定义能为下文的论述提供一个大的范围,不至于在走出了“概念之边界”时而不自知。

^② 参见赵秉志:《论不能犯与不能犯未遂问题》,载《北方法学》2008年第7期,第73页。

^③ 蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台湾元照出版有限公司2008年版,第90页。

^④ 参见陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第386-387页;林山田:《刑法通论(上册)》(增订十版),台湾台大法律学院图书部2008年版,第510-511页;靳宗立:《刑法之传承与变革》,台湾五南图书出版股份有限公司2007年版,第156-159页。

出不同的争论点,此长期以来成为了不能未遂理论中潜藏的疑惑,其间各种学说不仅错综复杂,更是对立紊乱。

“而在我国的刑法理论中,则一直将不能未遂作为未遂犯的一种而加以处罚。”^①不过,进入20世纪90年代以后,随着国外尤其是日本刑法理论的传入,越来越多的学者开始对通说的理论进行反思,提出了一系列相反的观点,并且在目前的学界已经占了绝对的上风。^②对于通说的持续性批判,使得我国现在关于不能犯的争论也愈加白热化。当前我国的刑法理论界,正处于“春秋战国”的混战时期,各家学说纷纷崛起,大量传统的理论遭到严峻的挑战。中国的不能犯理论引进自苏联,生根于本土,在当前紧迫形势下,是对其进行深彻改造,亦或是“旧瓶装新酒”,乃刑法学界不得不谨慎思考的一个问题。

本文将要进行的,是一个“不太谦虚”的尝试,即从未遂犯理论的视角来反思不能未遂理论,旨在“走出存在于各学说中的‘主观’与‘客观’之间的迷思”,^③立足于“可罚性”与“需罚性”的二分思考,重新认识不能未遂的基本问题,以指出以往学术之歧路,而阐明真正的研究方向之所在,从而为我国将来在不能未遂问题上的立法与实务提供一定的参考。

二、不能未遂的问题意识

(一) 不能未遂的基本定位

“刑法所评价者,主要系以行为人之行为作用于特定之行为客体,而发生具有法律保护必要性之权利受到侵害的事实,作为其规范之对象,而刑法规范类型化基准的构成要件,亦是以此种事实的结构,作为其规范形成的核心内容。是以当构成要件的内容与行为人行所为生之事实完全一致时,则判断行为实施之可非难性基础,乃初步成型。”^④因此,在研究不能未遂的理论之前,首先也应当明确把不能未遂作为规范之对象而使之存在,不能未遂是一种描述性概念,而非评价性概念。^⑤虽然由于各国刑法关于“不能未遂”的体例不一,而使其概念的外延之间无法完全重合,但其内涵却差异不大。

“基于对不能犯性质的不同理解,有关不能犯问题的争论,在日本刑法理论上主要围绕如何区分可罚的未遂犯和不可罚的不能犯进行,而在德国刑法理论中则主要围绕如何区分不能未遂与不可罚行为而展开。”^⑥但是,无论表面上以什么为中心来讨论不能犯问题,其实质都是要区分出与未遂犯^⑦相区别的不可罚行为。^⑧因此,不能未遂理论,其实往往是依

^① 赵秉志:《犯罪未遂形态研究》,中国人民大学出版社2008年版,第181页。

^② 参见陈家林:《德国的不能犯理论及对我国的启示》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷),北京大学出版社2007年版,第439-440页;赵秉志:《刑法学总论研究述评(1978-2008)》,北京师范大学出版社2009年版,第339-350页。

^③ 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第1页。

^④ 柯耀程:《刑法的思与辩》,中国人民大学出版社2008年版,第163页。

^⑤ 在本文最初关于“不能未遂”的定义中,笔者也只是在描述一种刑法上必须面对的情状,而并没有进行任何事先的理论归类,采用“不能未遂”这个在德国理论上常用的表述方式,只是为了行为方便而已。因此,在下文中,笔者所采的“不能未遂”的概念,如无特别说明,均包括了所谓“不能犯”的内容。

^⑥ 赵秉志:《犯罪未遂形态研究》,中国人民大学出版社2008年版,第180页。

^⑦ 即指可罚的未遂犯。

^⑧ 在赵秉志教授的著作中,其认为不能犯问题争论的实质是要区分出与未遂犯相区别的不可罚行为,对此

附于未遂理论而产生,其以未遂理论为基础,自然也就不能逸脱于未遂犯的处罚依据理论。

未遂理论的核心问题是关于未遂犯的处罚依据,即未遂犯的可罚性基础。然而由于对未遂可罚性理论选择的不同,未遂犯概念的外延也往往连带产生了不确定的扩张或收缩,未遂犯论的体系结构也产生了许多微妙的变化,而这些变化最终导致了以研究与未遂犯相关联的不能犯理论不同学说之间的区别与差异。因此,以未遂犯可罚性理论为基础展开的论述,将是一条通往不能未遂较为可靠的逻辑进路。

(二)不能未遂的理论失焦

然而,在当前的学术界,笔者发现这条原本可靠的逻辑进路已经逐渐通往了理论误区。一个很有意思的现象是,目前,关于未遂可罚性的学说,与关于不能未遂的学说,发生了大量的重叠的现象,可详列如下(如表1所示):

表1 未遂可罚性理论学说与不能未遂理论学说一览表

未遂可罚性理论学说 ^①	不能未遂理论学说 ^②
①构成要件事实欠缺理论	①构成要件事实欠缺理论
②事实的不能、法律的不能说	②绝对的不能、相对的不能说
③绝对的不能、相对的不能说	③纯粹主观说
④主观未遂理论(纯粹主观说)	④具体危险说
⑤具体危险说	⑤抽象危险说
⑥抽象危险说	⑥客观危险说
⑦印象理论	⑦修正的客观危险说
	⑧印象理论

笔者认为,此种理论研究现象,与其说是一场看上去很“热闹”的学术争鸣,不如说在某种程度上,学界已经对两者所各自需要进行讨论的问题产生了混淆,发生了学术的失焦,因为两种学术争论的关注焦点本应该有着清晰的差别。

在这条通往不能未遂的研究路径上,学界在理论思考中已经不知不觉地将其相互纠缠在了一起,如两种理论同时都在考虑刑法中的主客观主义之分,也都同时存在着对于“危险”概念的频繁使用,理论研究在研究素材和研究思路呈现出了大量的趋同化和重叠化。这种研究现状,明显忽视了二者在刑法理论体系中本应明确的区别与关联,同时对于未遂可罚性理论乃不能未遂理论的基础性架构这一理论框架未予以重视。基于此,笔者认为,进行一次以未遂可罚性理论为基础的理论建构,进而明确不能未遂的基本问题以及其在未遂犯理论体系中的地位,对于我们正确评价有关不能犯问题的争论起着关键性的作用。

笔者不敢苟同。笔者在下文展开的论述将表明,学界长期以来对于“可罚”一词存在着误用,或者说在表意上使用得过于宽泛,而没有将“需罚”从“可罚”中分离出来。不能犯问题或不能未遂问题的实质,其实是在明确了“可罚”的基础之上,区分出于需罚的未遂犯相区别的不需罚行为。参见赵秉志:《犯罪未遂形态研究》,中国人民大学出版社2008年版,第180页。

^① 这里所列举的学说,包括了已在上文进行详细讨论的代表学说,并加上了其他相关的学说。参见靳宗立:《刑法之传承与变革》,台湾五南图书出版股份有限公司2007年版,第167-168页。

^② 参见陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第437-454页;陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第386-400页。

三、未遂可罚性理论探析

(一) 再嚼未遂可罚性理论——基于对不法内涵之把握

1. 未遂犯的可罚性理论梳理

未遂犯之处罚根据为何,乃是决定未遂构成要件之前提,^①亦是不能未遂理论的理论基础所在。基于此,对于各种未遂处罚根据理论予以探讨,将是通往不能未遂理论的必经之路。

世界各国基本上均承认对于未遂犯要加以处罚,然而处罚的依据何在?对此,主要的学说素有客观未遂论和主观未遂论的对立,还有近年来由德国引进的主客观混合未遂论(印象理论),以及雅科布斯教授所提出的构成要件密接之规范侵害表现说。^②

(1) 客观未遂论^③

客观未遂论(Objektive Versuchtheorie)的基本观点是,未遂犯的处罚依据在于发生了法益侵害的客观危险性。刑法的目的是保护法益,犯罪是因为侵害或者威胁法益才受到处罚。未遂行为与既遂行为在主观意思上并无差异,所不同者,仅在于构成要件之结果要素是否被实现,未遂行为已使法益发生了危险,其“引发结果之发生具有相当程度之高或然率”,^④故应受刑罚处罚之。

(2) 主观未遂论^⑤

主观未遂论(Subjektive Versuchtheorie)的基本观点是,未遂犯的处罚依据在于显示出犯罪人的性格危险性的、与法相敌对的犯罪意思。因此,未遂与既遂之间并无本质之差异,二者应做相同的处罚,甚至预备犯、阴谋犯也应与既遂犯同等处罚。由于此学说过分强调了“主观犯意”,而有违罪刑法定之嫌,也并不符合未遂犯之本质。目前,无论是德国、日本或台湾地区之学界,可谓已无采此立场者。

(3) 主客观混合未遂论(印象理论)^⑥

^① 需要注意的是,“未遂构成要件”并非由实定法“直接”加以规定,而是必须利用法定的“修正公式”(在我国即指《刑法》第二十三条第一款之规定),将法定的“既遂构成要件”“修正”为“未遂构成要件”,但其是否具有“可罚性”则是另外一回事。也就是说,“未遂构成要件”和“未遂构成要件该当行为的可罚性”是不同层次的概念。参见郑逸哲:《构成要件理论与构成要件适用》,台湾瑞兴图书股份有限公司·台湾大学法学院图书部2004年版,第16-23页。

^② 虽然有关未遂犯的可罚性理论的学说不止这四种,但由于笔者认为这些理论与此四种理论有着很大的重叠,并且缺乏在此具体讨论的价值,因此便不赘述。若有兴趣,可参见靳宗立:《刑法之传承与变革》,台湾五南图书出版股份有限公司2007年版,第159-168页。

^③ 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2007年版,第265-266页;陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第411-412页;陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第371-372页;靳宗立:《刑法之传承与变革》,台湾五南图书出版股份有限公司2007年版,第164-168页;【日】曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第125-126页。

^④ 柯耀程:《刑法的思与辩》,中国人民大学出版社2008年版,第170页。

^⑤ 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2007年版,第266页;陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第370-371页;林山田:《刑法通论(上册)》(增订十版),台湾台大法律学院图书部2008年版,第461页;高金桂:《不能未遂之走向》,载《东海大学法学研究》2006年第6期,第60-62页。

^⑥ 参见陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第372-373页;林山田:《刑法通论(上册)》(增订十版),台湾台大法律学院图书部2008年版,第461-462页;林书楷:《刑法总则》,台湾五南图书出版股份有限公司2010年版,第236-237页;高金桂:《不能未遂之走向》,载《东海大学法学

主客观混合未遂论 (Gemischt subjektiv objektive Theorie), 其主张未遂之处罚根据在于, 行为人经由未遂行为所展现出来的“法敌对意志”, 足以动摇一般社会大众信赖法秩序之印象, 并因此而对法之和平产生危险。“虽存在违反行为规范所表现之法意思, 然犯行之行为当罚性得被肯定者, 限于因此而动摇一般人对于法秩序之妥当性之信赖, 而损害法安定性之情感, 即法的和平之情况。”^①其系以主观未遂论为基础, 但亦强化未遂之客观的可罚性基准, 已成为德国今日之通说。^②

(4) 构成要件密接之规范侵害表现说^③

雅科布斯 (Jakobs) 教授基于对印象理论之批判, 另提出了“构成要件密接之规范侵害表现说” (expressiver und tatbestandsnaher Normbruch), 简称为“规范侵害表现说” (Expressiv-werden eines Normbruchs)。其认为未遂可罚性之问题, 不在于行为是否会动摇一般人对于法秩序的信赖, 而在于行为表现出的不遵守规范之意思, 最终影响民众对法秩序之信赖感, 危及社会生活之和平安全。从某种程度上看, 该说其实是对于印象理论的一种修正。^④

2. 寻找主客观之争的实质——对可罚性理论的重新分类

(1) 模糊的主客观之争

若要理清纷繁复杂的学说争议, 进行基础性的分类便是必要的。有关未遂犯处罚依据主要存在的这四种理论, 按一般大陆法系教科书观点, 基本上可以按照客观主义刑法思想和主观主义刑法思想之别, 将其划分为两大阵营, 姑且称之为客观未遂理论阵营和主观未遂理论阵营,^⑤即将上述的主观未遂论、印象理论以及规范侵害表现说统一归入主观未遂理论阵营当中。

客观未遂理论阵营认为未遂犯的处罚依据, 是行为所具有的“发生结果的客观危险性”, 但是对于如何理解“发生结果的客观危险”, 却在阵营内部形成了“结果无价值论”与“行为无价值论”的对立。“结果无价值论”者提倡客观危险说, 其认为未遂犯的处罚根据是, 该行为具有侵害法益的具体危险, 即作为结果的危险。危险之有无, 乃是当作“结果”加以判断, 当行为惹起结果发生之紧迫危险性, 始得以未遂犯处罚之。客观危险说以客观存在的所有事情为判断基础, 对行为进行科学的因果法则的判断, 从科学的一般人的立场出发, 以假定会发生利益侵害的事实在能够存在的可能性为基准, 在事后对危险性进行判断。^⑥而“行为无价值论”者提倡具体危险说, 其认为未遂犯的处罚根据是, 该行为具有侵害

研究》2006年第6期, 第62-65页。

^① 【德】耶赛克:《德国刑法总论》, 西原春夫监译, 日本成文堂1999年版, 第339页。转引自陈子平:《刑法总论》, 台湾元照出版有限公司2008年版, 第373页。

^② 参见Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT (Tb. 2, 7. Aufl., 1989), S. 22. 转引自高金桂:《不能未遂之走向》, 载《东海大学法学研究》2006年第6期, 第63页。

^③ 参见高金桂:“不能未遂之走向”, 载《东海大学法学研究》2006年第6期, 第65-69页。

^④ 与雅科布斯教授持有相类似的观点的, 还有蔡圣伟教授, 详见蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》, 台湾元照出版有限公司2008年版, 第77-87页。

^⑤ 参见陈子平:《刑法总论》, 台湾元照出版有限公司2008年版, 第372-373页; 黄荣坚:《基础刑法学(下)》, 台湾元照出版有限公司2004年版, 第7-8页; 林钰雄:《刑法总论》, 中国人民大学出版社2009年版, 第278-280页; 【日】大谷实:《刑法讲义总论》(新版第二版), 黎宏译, 中国人民大学出版社2008年版, 第330页; 【日】川端博:《刑法总论》, 甘添贵监译, 余振华译, 台湾元照出版有限公司2008年版, 第300-301页。

^⑥ 参见【日】大谷实:《刑法讲义总论》(新版第二版), 黎宏译, 中国人民大学出版社2008年版, 第341

法益的一般危险,即行为自身的危险。危险之有无,仅就行为加以判断,当实施具有法益侵害之一般危险性行为时,即可以未遂犯处罚之。^①具体危险说以行为当时行为人特别认识的事情和一般人能够认识的事情为基础,以行为时点为基准进行事前判断,并以一般人是否具有危险感为标准,认定是否成立未遂。^②

而在主观理论阵营中,虽然纯粹的主观未遂理论已经遭到淘汰,但是以主观未遂理论为基础的印象理论和规范侵害表现说却显示出了强大的生命力。印象理论目前为德国通说,与客观未遂理论着眼于“已发生”的事实不同,主观理论强调的是刑罚对于“未来”产生的效果,也就是着眼于“一般预防”的效果。^③

以上的此种分类,看似清晰,实则疑问重重。“最精确的刑法,只能来自最精确的刑法学”^④,然而在此种“顺理成章”的刑法理论分类当中,却未能践行精确刑法学的理念。对于“危险”内涵理解的不同,使所谓的客观未遂理论阵营内部发生了结果无价值论与行为无价值论的决裂,但令人遗憾的是,这种区分在整个未遂犯理论体系当中的意义却缺少了最为必要的解读。“在主观说与客观说纠缠不清,并往往伴随出现综合说的情况下,这种根据主、客观字面意义所表现出来的形式逻辑,使得此种所谓的主客观之争处于不可避免的模糊状态”,^⑤与刑法学所应秉持的精确性品格实在是南辕北辙。因此,笔者认为,通过对整个未遂可罚性理论进行重新审视,有必要还原出所谓“主客观之争”的真正样貌。

(2) 真正的主客观之争

其实通过对比可以发现,两大阵营的争议可以很明显地聚焦在一个点上,即“处罚未遂犯是否有独立于既遂犯之外的刑罚的理由”这个问题。持客观未遂理论的学者通常认为应该以处罚既遂犯为原则,以处罚未遂犯为例外。^⑥这个表述的潜在含义是,因为处罚既遂犯的根据是客观上所发生的结果,而未遂犯的处罚根据与既遂犯的处罚根据是不同的,其是以一种具有正当理由的例外出现在刑罚体系内的。也正因为两大阵营的基本出发点不同,客观理论阵营常常会批评主观理论阵营“处罚未遂的理由是在于主观的意志,而使得其区别于既遂的处罚依据而致使刑法体系被撕裂成两个独立且对立的部分,而忽略了未遂通常只是既遂的一个过程阶段这一点”。^⑦“然而,这种认为处罚既遂犯的基础是在于客观上已发生的结果这一点,恐怕多少是受到早期以结果归责为导向的思维方式,也蒙上了一

页;张明楷:《未遂犯论》,法律出版社&日本成文堂1997年版,第265页。

^① 在此处,笔者就结果无价值与行为无价值的对立只是进行了简要的介绍,然而此种对立,对于认识未遂可罚性的正当性可谓意义重大,容笔者在下文再进行详述。可参见【日】曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第125-126页。

^② 参见【日】大塚仁:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第262-263页;【日】西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第251页。

^③ 其实,这里也存在特殊预防之理念,但一般预防在此更为凸显,并占有主要地位,故不对有关特殊预防的内容进行赘述,下文同。

^④ 【德】克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,译者序。

^⑤ 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第6页。

^⑥ 需要注意的是,支持客观未遂理论的大谷实教授在书中曾写道年版,页“行为在未遂阶段上,在刑法上不能放任不管,原则上必须予以处罚”。笔者认为,此处的“原则上”,并不是说对于未遂犯的处罚在刑法刑罚上是原则性,而只是为了说明依客观危险说,处罚未遂犯具有必要性,望予以区分。可参见【日】大谷实:《刑法讲义总论》(新版第二版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第330页。

^⑦ Roxin, AT/2, 29/37. 转引自蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台湾元照出版有限公司2008年版,第68页。

层非理性的复仇思维的色彩。”^①依主观理论阵营的观点，即整个刑罚，无论是对既遂犯的刑罚还是对未遂犯的刑罚，都应该基于一般预防之考虑。在既遂犯之外独立探索未遂犯的理由，其实并没有多大的意义。

两大阵营的分歧，实质上已经涉及到了刑法上的一个根本问题，即“为什么要对行为人施加刑罚”这个问题。^②这其实来自于古典主观主义与客观主义之争，乃是对“刑法规范的客观目的”之争。“客观主义强调行为的客观面，强调结果无价值，正是以避免法益受害解释刑法规范的客观目的；主观主义不原谅‘行为人的法敌对态度’，强调行为对规范的违反，强调行为无价值，即是以保护法规范的尊严解释刑法规范的客观目的。”^③笔者认为，行为无价值论与结果无价值之争，其意义不仅仅是使之成为了具体危险说和客观危险说的各自理论根基，其更是早已超越了所谓客观未遂理论的框架，成为了整个未遂可罚性理论的真正分野之地，成为了实质意义上的主客观之争。因此，笔者对于两大理论阵营当中的学说进行了调整，即在客观未遂理论阵营中，只留下了纯粹的客观说，即客观危险说，而将具体危险说和主观未遂理论、印象理论、规范侵害表现说一起归入了主观未遂理论阵营。

鉴于原先的分类理论影响甚巨，笔者将借由对“危险”概念进行检讨，说明将具体危险说纳入主观未遂理论阵营的正当性，并打破原先客观未遂理论僵硬的理论框架，还原行为无价值与结果无价值的真实对立。

(二) 对未遂可罚性理论的新演绎——基于对“危险”概念之检讨

一个概念在不同的语境下，其实具有不同的意义，发挥着不同的阐释功能。因而，作为未遂可罚性理论争议之关键的“危险”概念，如果无法立足于其讨论的历史语境，就不可能准确地把握其内涵，就很可能陷入了政治、道德、情感的“陷阱”，而不是在追求理性。笔者认为，经由历史思维的法学理念，通过梳理不同学说对于“危险”概念理解的区别，才能真正明晰其内涵的“前世今生”。

1. “危险”概念的产生

“在刑法学说史上费尔巴哈最先将不能犯理论作为刑法体系上的问题加以研究。”^④“费尔巴哈的理论强调刑事审判中的法治国思想，主张对国家权力进行限制”，^⑤因此，费尔巴哈认为“行为只有在侵害或危殆于法时，才是违法”。^⑥在如此重视结果不法的思想下，对于现实上所存在的有法益之侵害与无法益之侵害两种情况，本应形成决定性之差异，^⑦即犯罪行为之处罚应该仅限于既遂之情况。然而，这种绝对的思想，必然会全面否定可罚未

^① Zielinski, Handlung- und Erfolgsunwert, 1973, S. 215. 转引自蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，台湾元照出版有限公司 2008 年版，第 69 页。

^② 蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，台湾元照出版有限公司 2008 年版，第 68 页。

^③ 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，法律出版社 2008 年版，第 9 页。

^④ 参见【日】渡边真男：《不能犯中的危险性概念——德国学说概观》，载《法学政治学论究》第 9 号，第 170 页；【日】西山富夫：《德国刑法思想的发展与未遂、不能犯论（二）》，载《名城法学》第 4 卷第 3·4 号，第 26 页。转引自陈家林：《德国的不能犯理论及对我国的启示》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第 20 卷），北京大学出版社 2007 年版，第 441 页。

^⑤ 陈家林：《德国的不能犯理论及对我国的启示》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第 20 卷），北京大学出版社 2007 年版，第 445 页。

^⑥ 参见【日】宗冈嗣郎：《客观的未遂论的基本构造》，日本成文堂 1990 年版，页 54。转引自陈家林：《德国的不能犯理论及对我国的启示》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第 20 卷），北京大学出版社 2007 年版，第 445 页。

^⑦ 参见陈子平：《刑法总论》，台湾元照出版有限公司 2008 年版，第 371 页。

遂的概念。因此,费尔巴哈为了能够为处罚未遂犯找到基础,并与原有的理论相衔接,便引入了“危险”的概念。费尔巴哈认为,“一切可罚性的依据,在于避免法律状态受到危险”。

①“既遂直接与这一根据相矛盾,而未遂则间接与之矛盾”。②在他看来,对于未遂犯来说,离既遂较近的未遂犯的可罚性大于离既遂较远的未遂犯的可罚性,因而所谓的危险性,其实就是未遂行为所包含的犯罪既遂的盖然性,其所注重的是此次行为发生法益侵害结果的现实可能性,因此才会被称之为“客观危险性”。

“另一方面,费尔巴哈的反对者们则对此提出了尖锐的批评,从预防犯罪的角度来建构刑法理论。”③他们认为,刑法意义上的危险性,只存在于主观的方面。行为人的行为所表现出的行为人的不法的意图,既是危险所在。因而,在重视主观不法的情况下,已经表明了反对者们重视行为无价值的倾向。因此,在最早围绕“危险”概念所产生的未遂可罚性之争中,早已明确其本质是结果无价值论与行为无价值论之间的对立。

2. “危险”概念的发展

在之后米特迈尔(Mittermaier)和贝尔纳(Berner)所发展起来的绝对的不能、相对的不能说(即旧客观说^④)中,虽然对于费尔巴哈的理论进行了改造,^⑤但是对于“危险”概念的理解,仍忠实地遵循着“危险性即盖然性”的解释。相对的,主观理论者则进一步对“客观的危险概念”进行攻击,其指出“在犯罪未遂的情况下,客观上一定是有使其不可能既遂的原因存在,只不过或许我们没有看到那个原因而已”,^⑥所以,“所有未遂犯从一开始都没有所谓既遂的危险”。^⑦此外,他们还在不断的理论发展中^⑧意识到,“可能性”或“盖然性”这种概念,并不适用于现实的世界,而是适用于主观的领域。“‘可能性’这一概念的基础在于人类认识能力的局限性,某种‘可能性’概念是从自己的经验和他人的经验中所演绎出的一种经验的平均,是以对未来的事务的近似的并且不特定的期待的程度为基础的,”^⑨进而提出了“主观的危险概念”。

在未遂犯可罚性理论的发展过程中,双方阵营对于“危险”概念理解的差异越来越清晰化。“客观危险性”指向现实的危险,认为未遂意义上的危险所代表的是与既遂结果的接近程度;而“主观危险性”指向未来的危险,认为未遂意义上的危险所代表的是着手实行的行为在人类基于生活经验的预期中将使法秩序危殆化的严重程度。可以看出,结果无价值论与行为无价值论的对立愈发尖锐,已明显地表现在了“客观危险性”与“主观危险性”的冲突之中。

①【德】安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》(第十四版),徐久生译,中国方正出版社2010年版,第116-117页。

②陈家林:《德国的不能犯理论及对我国的启示》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷),北京大学出版社2007年版,第443页。

③陈家林:《德国的不能犯理论及对我国的启示》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷),北京大学出版社2007年版,第445页。

④旧客观说在后来的日本和台湾地区演变成了客观危险说。

⑤参见陈家林:《不能犯初论》,中国人民公安大学出版社2005年版,第13-16页。

⑥Baumann-Weber AT, 9 Aufl. S. 478. 转引自黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,台湾元照出版有限公司1998年版,第22页。

⑦陈家林:《德国的不能犯理论及对我国的启示》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷),北京大学出版社2007年版,第452页。

⑧参见陈家林:《不能犯初论》,中国人民公安大学出版社2005年版,第17-22页。

⑨陈家林:《德国的不能犯理论及对我国的启示》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷),北京大学出版社2007年版,第455页。

3. 具体危险说中“危险”概念的应然地位

在主客观学说的激烈争论之时,德国学者李斯特又提出了一种新的客观说,即具体危险说。李斯特认为,“危险是一种已有的在意思活动时刻可为大众认识或只为行为人知晓的可能出现侵害结果的状态”。^①在现实结果发生的盖然性上,具体危险说以行为当时一般人能够认识的事情和行为人特别认识的事情为基础,从一般人的角度进行判断。具体危险说想通过排除行为后才发现的各种事实,进行“根据事前判断的事后预测”,^②这种判断方法,旨在克服旧客观说所面临的“只要结果没发生,事后来看当然无危险”的批评,^③从而保住客观说的基本立场。然而,在这种判断危险方式的设计上,“危险”的概念已经不知不觉地从客观说偏向了主观说。之所以说其主观化,并不是因为其引入了“为大众认识或只为行为人知晓”这一主观判断要素。^④因为即便是目前的客观危险说的支持者,也基本上引入了“科学的一般人”的判断要素,^⑤所以在这一点上,主客观说已经基本没有了差别。其实,问题的关键在于具体危险说把判断的时点从“事后”转移到了“事中或事前”,这种将判断时点提前的假想,使得整个判断的性质发生了实质的变化。

“具体危险说中的危险,应当是指行为时的危险。”^⑥既然如此,那么我们就有必要明确,什么叫做“行为时的危险”。虽然具体危险说的绝对支持者周光权教授强调这种危险是“一种结局上的危险”,^⑦但其又认为“所谓危险的行为,核心意义指的是其行为模式对于未来的危险”。^⑧其一方面想和“客观危险性”的现实危险指向性保持一致,另一方面又毫不掩饰对于“主观危险性”的未来危险指向性的支持。具体危险说也许试图以中庸之道来调和二者之间的分歧,实际上却造成了其理论上的自相矛盾。

“事前判断”的方法,只考虑了行为当时一般人能够认识的事情和行为人特别认识的事情,在效果上,其与该行为在未来给予一般人的危险预期是一样的。因为两者所考虑的素材都是关于行为的事实,然后再根据这种不全面的事实,进行对于行为结果发生可能性的预测。具体危险说不考虑侵害结果未发生所包含的事实素材,在“根据事前判断的事后预测”的名义下,其实与主观未遂理论对于未来的“事前预测”的判断思路殊途同归。也可以说,“根据事前判断的事后预测”,其实就是一种事前预测。周光权教授也认为,“在法益没有受到侵害的结局已经形成的情况下,再进行‘预测’,既不符合逻辑,也没有必要”。^⑨因此,笔者认为,将具体危险说归入主观未遂理论阵营,才能达到在未遂可罚性理论上正本清源的作用。

^① 【德】李斯特:《德国刑法教科书(修订译本)》,徐久生译,何秉松校订,法律出版社2006年版,第180页。

^② 陈家林:《德国的不能犯理论及对我国的启示》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷),北京大学出版社2007年版,第457页。

^③ 许恒达:《论不能未遂——旧客观说的古酒新酿》,载《清华法学》2011年第4期,第32页。

^④ 而陈兴良教授认为其主观化是因为危险概念“在很大程度上取决于一般人或者行为人的认识”。参见陈兴良:《不能犯与未遂犯——一个比较法的分析》,载《清华法学》2011年第4期,第12页。

^⑤ 参见张明楷:《未遂犯论》,法律出版社&日本成文堂1997年版,第253页。

^⑥ 周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,载《清华法学》2011年第4期,第54页。

^⑦ 周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,载《清华法学》2011年第4期,第54页。

^⑧ 周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,载《清华法学》2011年第4期,第60页。

^⑨ 周光权教授一方面反对“事后预测”,另一方面又认为具体危险说应归入客观说,这种矛盾的产生,笔者揣测其实是因为他并没有清楚地认识到主客观之间的真正边界所在。参见周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,载《清华法学》2011年第4期,第52页。

经此一役，主客观理论阵营在“危险”概念上的分歧已经非常明显。客观阵营奉行结果无价值论，其“危险”具有现实指向性，坚持“事后预测”的判断方法；主观阵营奉行行为无价值论，其“危险”具有未来指向性，坚持“事前预测”的判断方法。至此，原有的客观说理论框架已被彻底打破，行为无价值论和结果无价值论从此得以摆脱桎梏，走向新生。

4. “危险”概念的新发展——向“印象”概念的转变

印象理论的产生，旨在调和主观理论与客观理论之间的对立。理论提出者之一的克里斯（Kries），也是相当因果关系说的创始人。他根据相当因果关系说，认为“客观的危险性是指根据现实妥当的事实法则，有关该事物的诸种条件能够引起结果发生的可能性”。^①但是他认为危险性无法作为事物本质的严格限定标准，未遂的可罚性的本质在于犯罪的意思，客观的危险性只是考察“社会中是否存在犯罪行为的印象”的因素之一。^②克里斯虽然认同客观危险性，但是已经无法认同其作为未遂可罚性基础的存在价值，而决定以“印象”概念替代之。

印象理论的另一位提出者巴尔（Bar），则是进一步否认了“客观的危险性”的概念，而认为行为的“印象是制约未遂可罚性的独立的原理，即给予一般大众以侵害法秩序的印象者，才能够成立未遂，而基础便是作为原先‘危险’概念基础的盖然性的思考方法”。^③一方面，在一般预防的理念不断渗入刑法血液中的情况下，“客观危险性”受到了印象理论的冲击，通过“实然”与“应然”的二分，^④明确了“客观危险性”无法成为未遂可罚性基础的必然性；另一方面，通过解剖“客观危险性”的理论架构，使得盖然性的思考方式可以成为印象理论的基础，进一步完善了“主观危险性”的理论体系，并能够让“危险”概念得以淡化，从此避免了“主观危险”与“客观危险”一直存续的无意义混淆，使“主观危险性”完成了向“印象”概念的转化。

5. 小结

通过对“危险”概念进行历史梳理，我们可以认识到，在旧主客观之争中，一方面，由于错误认识了“危险”概念的内涵，把具体危险说归入了客观未遂阵营，因而造成了理论上很多原本不必要的争论；另一方面，在原先，作为客观未遂理论阵营根基的“危险”概念，与主观未遂理论阵营所不可缺少的“印象”概念，两者被两大理论阵营巍巍然的对立所隔绝，形成了天然的理论盲点，其内在的关联性自然也就被忽视掉了。

而在新主客观之争的视野下，客观危险说与具体危险说正式成为了两大阵营的边界所在，使得结果无价值与行为无价值论之争成为了实质问题。

在下文中，笔者将对重新构建起来的“新客观未遂理论”进行批判，尝试借此打破一直盘旋在未遂理论空空的“客观危险性”之阴霾，并对“新主观未遂理论”进行进一步的讨论，以便明确不能未遂的理论基础为何。

^① 参见陈家林：《德国的不能犯理论及对我国的启示》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第20卷），北京大学出版社2007年版，第460页。

^② 参见陈家林：《德国的不能犯理论及对我国的启示》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第20卷），北京大学出版社2007年版，第460页。

^③ 参见陈家林：《德国的不能犯理论及对我国的启示》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第20卷），北京大学出版社2007年版，第461页。

^④ “实然”与“应然”的二分，实为思考未遂可罚性本质的关键，这在下文将有详细的论述。

四、不能未遂的理论前提——寻找真正的未遂可罚性基础

(一) 客观危险性的“真相”

在新的客观未遂理论阵营^①中,只剩下了客观危险说一种理论。客观危险说是旧客观说的继承和发展,基本观点是“以行为当时存在的所有的客观事实为基础,从科学的一般人的立场来进行结果发生的危险性判断。如果肯定具有危险性,就是未遂犯。”^②客观危险说的核心便是“客观危险性”的概念,因此,只有对“客观危险性”进行有力批判,才能够说明整个客观说的问题所在。

先试举一个例子若某甲端坐在椅子上,但因为心脏病突发已经死亡。某乙不知,而开枪射杀某甲。按照客观未遂理论,按当时的情形,“一般人”都不可能知道某乙开枪之前某甲已经死亡,因而在客观上某乙已经造成了对某甲法益侵害的危险,因而应该受到刑罚处罚。但是令人吊诡的是,在本案中,某甲已经死亡,其“生命利益”早已经消失,那是试问某乙开枪射杀某甲之行为有怎么可能“危及”到某甲的“生命利益”呢?^③

问题的根源其实是在于“客观”和“危险”这两个概念生硬搭配而产生的矛盾,或者说对于着手而未遂的行为,不可能有真正的所谓的“客观危险”。在旧客观说中,从“事后”的角度判断,由于人类已经能够对绝大部分的事实因果流程具有充分的解释能力,所以任何一种“可能发生的危险”或者“具有相对的危险”的行为,从事后的科学角度来看,都是有理由百分之百不可能发生既遂的,那么又怎么可能会有“危险”呢?为了弥补此缺陷,学者又改用了以“社会通常的一般人”为基准,以一般人所感到的侵害法益的恐惧感作为“客观危险”的判断。^④但说得彻底一点,其实就是法律适用者所拟制出的大众主观危险感觉的集合,这与客观未遂理论所坚持的“客观立场”实难以说具有一致性,亦缺乏实证意义上的可靠性。柯耀程教授曾言“在逻辑上所谓具有保护必要性者,乃是一个相对性概念,亦即行为对于该法益具有侵害之危险性与可能性。”^⑤然如此立场坚定之论断,却未曾能给出具体之理论依据,单单以一个“相对性概念”来一笔带过,实令人难以信服。

“危险”实为衍生自“实害”的“第二次概念”,^⑥因此,我们只要跟“实害”概念进行对比便可明了一切。当我们在确定一个人是否被杀死时,其“实害”之认定,并不是依靠主观的感觉,而只要确认这个人是否具有呼吸、心跳等这些可被实证的生命现象即可。“危险”是人类主观的产物,它不同于“实害”概念,其本质是在未能完全掌握所有客观

^① 为了行文方便,以下的新主(客)观未遂理论阵营,将会用主(客)观未遂理论等用语进行代替,希望读者不要与旧主(客)观未遂理论阵营进行混淆。

^② 【日】山中敬一:《刑法总论》(第2版),日本成文堂2008年版,第733页。转引自陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第444-445页。

^③ 案例来源:蔡圣伟:《再论刑法第二十六条的适用标准——新法生效后最高法院裁判之发展趋势观察》,载《台湾法学杂志》2009年第5期,第70页。持相同观点者,参见黄荣坚:《未遂犯之基本逻辑》,载《台湾本土法学杂志》2005年特刊第69页。陈兴良教授也认为,没有客体本来就必然没有对客体的危险,参见陈兴良:《不能犯与未遂犯——一个比较法的分析》,载《清华法学》2011年第4期,第12页。

^④ 可参见【日】曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第127-130页;【日】大谷实:《刑法讲义总论》(新版第二版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第330-332页;【日】大塚仁:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第213-215页。

^⑤ 柯耀程:《刑法的思与辩》,中国人民大学出版社2008年版,第174页。

^⑥ 郑逸哲:《“既遂犯”、“未遂犯”和“不能犯”的“竞合”》,载《月旦法学教室》第74期,第12-13页。

事实条件的状态下,才会产生的一种感觉。如果把这种感觉冠之以“客观”之名,无疑是一种误解。^①

因为侵害法益的结果没有发生的结局已定,因此客观未遂理论所奉行的结果无价值论在未遂可罚正当性上就失去了立足之地,即使创立了“客观危险性”的概念,也只是强行把结果无价值与未遂连接在了一起,先天的不足注定使其无法得以巩固。唯一有意义的,只是明确了盖然性的思考模式,最终被印象理论所运用。克劳斯·罗克辛教授也据此下了一句经典性结论,即“如果一个侵害性犯罪的结果无价值没有实现,同时,行为的无价值却存在着,那就是一种未遂”。^②

(二) 未遂可罚性基础的应然选择

1. 行为无价值论的基本立场

回到主观未遂理论,“其核心意义为未遂之行为模式对于未来的危险”。^③一个已经发生的未遂行为,虽然现实上总有不能达到未遂的原因,但是这些原因多半不是一般人在行为时所能认识或掌控的。这样的行为模式如果重演,在不同的时空背景下,谁也无法保证未来的被害人会有相同的运气可以免于侵害结果的实现!因此,刑罚惩罚未遂犯,实有必要。^④这是行为无价值论者在未遂犯理论中体现出来的基本立场。遗憾的是,结果无价值论者根本不理解刑罚未来取向的意义与刑罚功能的机制。^⑤“从‘未遂犯’这个概念上来看,其有意是在与既遂犯作对照,不过就表彰不法的意义而言,这一个名词并未切中概念核心,未遂犯与既遂犯的处罚依据是同一的,都是源于行为的不法。”^⑥换言之,刑法之所以处罚未遂犯,意义并不在于处罚其未遂,而是在于处罚其着手实行。^⑦

2. “着手实行”之辨

何谓“着手实行”,在此主要存在三类学说,即主观说、客观说、折中说。^⑧笔者认为,从刑法处罚未遂犯的目的来看,行为的着手必须以行为人个人对于其行为之事实关系的认知作为判断的依据。^⑨例如,某甲误把白糖当作毒药用来对某乙下毒,某乙安然无恙。如果不考虑行为人的主观认知,那么纯粹从客观而言,某甲喂某乙白糖的行为完全无法进入刑法之考察视野,更无法施以刑罚。然而,为了预防利益侵害上的需求,没有必要放弃刑罚。

其实,对于着手行为的认识的态度不同,也直接影响了对于主客观未遂理论的选择。在日本刑法学界,之所以主要存在的是具体危险说与客观危险说之争,之所以客观危险说

^① 蔡圣伟:《再论刑法第二十六条的适用标准——新法生效后最高法院裁判之发展趋势观察》,载《台湾法学杂志》2009年第5期,第71页。

^② 【德】克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第210页。

^③ 周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,载《清华法学》2011年第4期,第52页。

^④ 参见蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台湾元照出版有限公司2008年版,第83页。

^⑤ 参见黄荣坚:《基础刑法学(下)》,台湾元照出版有限公司2006年版,第550页。转引自周光权:《区分不能犯和未遂犯的三个维度》,载《清华法学》2011年第4期,第60页。

^⑥ 黄荣坚:《基础刑法学(下)》,台湾元照出版有限公司2004年版,第10页。

^⑦ 即使是纯粹文字的理解,德文所用的 *Versuch* 或英文所用的 *attempt* 也都是表达一个人尝试着去做一件事的意思,与其称作“未遂犯”,不如称为“着手犯”更为妥当。参见黄荣坚:《基础刑法学(下)》,台湾元照出版有限公司2004年版,第10页。

^⑧ 其具体内容相当之庞杂,并且笔者认为在此无详述之必要,故不赘述。可详见陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第417-431页。

^⑨ 参见黄荣坚:《基础刑法学(下)》,台湾元照出版有限公司2004年版,第19页。

不愿意放弃“客观说”的帽子，笔者认为，这与日本刑法学界基本上奉行古典的三阶层犯罪论体系，即“贝林——李斯特”体系有关。三阶层体系分为构成要件该当性、违法性与有责性。三阶层体系将行为构成放在构成要件该当性这一层面中，认为行为构成的特征是“客观的”。“客观性意味着把所有主观的、内心心理性过程都排除出行为构成，因为它们全部被分配给了罪责。”^①正因为犯罪论体系的基本架构如此，因此日本学界对于“客观性”的追求才会如此的明显。然而，在德国，行为构成客观性的理论很快就动摇了，在许多的案件中，构成行为的不法，都取决于行为人主观意思的指向。换句话说，“从行为主观面开始判断，才知道要选择哪一个客观的构成要件作为判断的依据，因为着手实施的行为究竟是什么样的行为，必须从行为人的故意中才能得知”。^②例如，行为人用刀猛刺被害人致其死亡，究竟是符合故意杀人的构成要件还是符合故意伤害致人死亡的构成要件，必须要从行为人的主观故意中得知。“今天，这个理论在德国刑法中已经完全没有争议。”^③“即使罗克辛教授苦心搭建起客观归责理论，也无法推翻行为人主观上与之产生的不法关连行为人的主观面有不法的定向作用，甚至是决定行为不法色彩的主要因素。”^④因此，德国的犯罪论体系实为区分不法与罪责的二阶层体系，主观的行为构成已经成为了不法判断不可分割的一部分。以此为基础，也不难明白为什么印象理论会在德国处于通说地位。

3. 规范侵害表现说之证立

根据之前的论述，具体危险说其实也有着与客观危险说一样的问题，不足以担当未遂可罚性的基础，因此只能在印象理论和构成要件密接之规范侵害表现说中进行选择。哪个理论更符合刑罚之意义，更适合成为未遂犯的处罚依据，实须进一步的探讨。^⑤

虽然引进了一般预防之刑事政策，然而就某种程度而言，“动摇一般人对于法秩序之信赖”这种说法其实也是缺乏实证的基础的。说得更严重一点，如果没有一般预防理论作为支柱，印象理论与新客观未遂理论并没有太大的区别。因为两者同样缺乏实证能力，两者同样引进了“社会一般大众”之影响。因此，笔者对于印象理论有一个形象的评价其就像要在房檐下生长的树木一样，虽然树的根基是扎实的，但是由于没有选好生长的方向，因而必然撞到房檐，使其无法成长成一棵苍天大树。^⑥

事实上，我们根本没有必要迂回地透过危害行为对于外在法和和平的实际影响来证立刑罚的正当性。笔者赞同规范侵害表现说的观点，即未遂与既遂一样，皆是经由行为表现出其不愿意遵守规范的意思，因而侵害到了规范的效力，此即为行为可罚性的基本内容。^⑦其实，刑法作为一种禁止规范，具有教化国民行为之功能，并对民众的守法意愿及民众之反犯罪的态度起到了支持和维护的作用。当刑法规范遭受侵害时，社会大众与犯罪人之间的

^① 【德】克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第182页。

^② 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，法律出版社2008年版，第32页。

^③ 【德】克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第183页。

^④ 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，法律出版社2008年版，第32页。

^⑤ 罗克辛教授在现有的理论下，又提出了一个新的理论，称为“构成要件密接之风险说”（tatbestandsnahe Gefährdung），亦称“综合理论”（Vereingungstheorie），尝试将主观未遂理论、客观未遂理论加以整合，构成一套综合的可罚性理论。笔者认为这种理论虽然在适用上具有可行性，但是在理论上并无多少开拓，故在此不予论述。若有兴趣，可详见高金桂：《不能未遂之走向》，载《东海大学法学研究》2006年第6期，第65-69页。

^⑥ 然而，为何印象理论在德国能够有这么大的影响力，其实与下文所要进行的讨论密切相关，因此在此处便不予以展开。

^⑦ 参见高金桂：《不能未遂之走向》，载《东海大学法学研究》2006年第6期，第65-69页。

冲突将使得法秩序遭到挑战,而施之以刑事制裁,则将使规范受侵害之状态回复平静,从而强化民众“对法秩序之存续力及执行力的信赖感”^①。

在任何一个法治社会中,一个人如果想要主张自由的权利,就必须承担其避免为他人带来不利益之义务。“如果一个人抵触了行为规范,则表明其无法控制支配潜在的对他人的不利益。如果不对其施加刑罚,那么行为规范的效力也就无法保证,这个社会就会慢慢沦为不受规则的社会,实危及社会生活之和平安定。简言之,重点不是在于未遂行为对社会大众在心理上所产生的影响,而是法规范维持自身效用所必要的基本态度。”^②但是,也许是因为“规范不服从”之理论曾经给人带来的不良印象,易使人联想到纳粹时期之“恶法”,故有相当多的学者对此无法接受。^③然笔者认为,这与我们讨论的未遂处罚依据的问题还是有相当一定距离的。不能因为其有缺陷,而去否认其正当性。就如同不能因为认为政府有专制之虞,而说明政府不应该存在于人类社会一样。我们需要做的,不应是推翻之,而应是改良之。一个真正的刑法学者,在学术研究中,应当依据专业的刑法技艺以及理性的逻辑推演去构建理论体系,而不能单单依靠所谓的朴素的价值理念。因此,笔者坚持认为,就理论的解释能力而言,以规范侵害表现说来证立未遂犯之可罚性更为妥当。

五、不能未遂的理论框架——二阶层未遂理论的建构

(一) 二阶层未遂理论的基础——“应然”与“实然”的二分

在论述之前,再让我们回顾下上文。如果我们仔细分析客观危险说与具体危险说理论,便不难发现它们的理论论述是多么的相似!其实,这两个理论的一个通病便是,混淆了两个不同层次的问题,笔者试以客观危险说加以阐明。

客观危险说,其所形成的基本命题是“一个具有对法益造成侵害的客观危险性的行为要予以刑罚”。而我们所要做的全部工作,便是判断这个命题是否是处罚未遂犯的正当性基础。其实,一个命题是否是正确的,关键是在于这个命题是在哪个层面上进行讨论。在刑法领域中,存在着“有罪才有刑”和“有刑才有罪”这两个从语义上看截然相反的基本命题,但是笔者认为,这两个命题都是正确的,只是其所在之讨论层次是不同的。

“有刑才有罪”是存在于应然层面上的命题。从目的论上讲,我们为了保护法益,就是通过对那些会侵害法益的行为施加刑罚。换句话说,之所以要设定犯罪类型,目的在于要让这些符合犯罪类型的行为接受刑罚。因此,有了施刑的目的,才有了罪的设置。与此解释路径相反,“有罪才有刑”则属于实然层面上的命题。从刑罚的机能上分析,当一个行为规范便被抵触(构成要件被完全实现),该行为便构成了犯罪,那么用来维护该行为规范的法律效果便被启动,即对该犯罪行为施加刑罚。因此,有了罪的出现,才有了刑的适用。而这个层面,也正是“刑法谦抑性”的主要着力点。^④而且,这两个命题的探讨是存在内在的逻辑序列的,唯有在应然层面上讨论了“有刑才有罪”的问题,我们才可能在实然层

^① 高金桂:《不能未遂之走向》,载《东海大学法学研究》2006年第6期,第69页。

^② 蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台湾元照出版有限公司2008年版,第83页。

^③ 参见郑逸哲:《构成要件理论与构成要件适用》,台湾瑞兴图书股份有限公司·台湾大学法学院图书部2004年版,第443页。

^④ 因此,有不少学者之所以会认为主观未遂理论扩大了处罚的范围,有违刑法的谦抑性的品格,其实是在理论层次上发生了错位。参见蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台湾元照出版有限公司2008年版,第76页。

面上进入“有罪才有刑”的问题。这是一条很明显的从“应然”到“实然”的逻辑进路。类似的例子还有从“理想”到“现实”，从“理论”到“实践”等说法，其背后的逻辑结构基本上是一样的。

那么，前面所提到的“一个具有对法益造成侵害的客观危险性的行为要予以刑罚”这句话，所讨论的层面是应然层面还是实然层面呢？笔者认为无疑是后者。其含义应为一个具有对法益造成侵害的客观危险性的行为，若是行为规范所抵触的行为，那么应该要受到刑罚。然而，由于我们的刑法均是以既遂犯作为基本的犯罪类型加以设置，因此我们在能够讨论未遂的可罚性依据时，其实已经完成了一轮针对“既遂犯”的“从应然到实然”的讨论。在此基础上，我们才又开始了第二轮的针对“未遂犯”的“应然层面问题”的讨论，亦即我们是否应该对没有完全实现构成要件（既遂构成要件）的未遂的行为进行惩罚。而这个问题已经基本上与实然层面无关，它所涉及到的是“刑罚的意义”这个基本问题，这才牵涉到未遂可罚性理论依据的问题。^①笔者认为，此种认识，对于本文，其实有着一种基础性架构的理论意义。

更具体地说，不论是客观危险说还是具体危险说，其所研究的，其实都是实务中，关于如何设定一个对未遂犯的划分标准，使其更具有合理性和可操作性的问题，而全然无涉于未遂处罚的正当性。可以与此相印证的，就是不能犯的学说，其又分为了抽象危险说、具体危险说、客观危险说等种种以“判断危险之有无”为基本出发点而发展起来的学说。^②如果详细了解了这些学说，笔者相信这样一个判断是可以基本成立的年版，也即其与不能犯的学说的思维模式是处于同一个层次的，这就是实然的层次。

有关“有无危险”，以及什么是“危险”这个问题，技术上固然可以找到许多不同的判断标准，但“真正的重点，同时也是真正的难点，并不是在技术层面制定出标准，而是要能够在规范层面证立其标准的正当性”！^③有不少学者认为，有关未遂犯处罚依据的争论，直接影响到未遂犯和不能犯^④的区别。^⑤但笔者认为，不能未遂的核心问题，不在于区分出与未遂犯相区别的不可罚行为，而在于区分出与需罚的未遂犯相区别的不需罚行为，即找到需罚性的判断基准。这与未遂犯的可罚性理论应该是两个不同层次的主张，不应该相互混淆。

（二）未遂理论的需罚性阶层

“应然”与“实然”的二分，其旨在说明，在建构未遂的基本框架^⑥时，除了思考其“应然”的可罚性基础为何，更需要运用二分的阶层模式，思考其“实然”的技术层面为

^① 参见蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，台湾元照出版有限公司2008年版，第76页。

^② 但根据笔者的理论，由于不能未遂其实是未遂的一种，因此在此列举出的这些学说，已经与关于未遂犯的“危险说”发生了某种程度上的重合，望予以注意。详情请参见张明楷：《外国刑法纲要》（第二版），清华大学出版社2007年版，第276-281页。

^③ 蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，台湾元照出版有限公司2008年版，第62页。

^④ 此处的不能犯，其实是指不可罚的行为。

^⑤ 可参见张明楷：《外国刑法纲要》（第二版），清华大学出版社2007年版，第267-281页；黎宏：《日本刑法精义》，中国检察出版社2004年版，第197页；陈子平：《刑法总论》，台湾元照出版有限公司2008年版，第388-391页；林山田：《刑法通论（上册）》（增订十版），台湾台大法律学院图书部2008年版，第508-509页；【日】川端博：《刑法总论》，甘添贵监译，余振华译，台湾元照出版有限公司2008年版，第300页。

^⑥ 其实同样也是不能未遂的基本框架。

何。而未遂犯的需罚性，便是第二阶层的内涵所在。

行为无价值论虽然可以很好地为未遂处罚提供一个正当化依据，但是也凸显出了一个问題，即既然未遂犯和既遂犯的处罚依据相同，那么为什么可以对未遂犯从轻或减轻处罚？

^①这便是我们在第二阶层上所要考虑的问题。

“既遂和未遂的差别在于结果要件是否被实现，但是这并不是不法的成分，而只是影响刑罚需求性（Sanktionsbedürftigkeit）的事实。”^②既遂犯相对于未遂犯，在社会大众心目中已有所区别，当利益侵害的结果已活生生的呈现在多数人的眼前时，在人类心灵所产生的触动一定比没有结果的行为来得明显。既然刑罚之目的在于维护法规范之效力以达到保护法益之目的。那么，“如果行为人的行为在一般大众的心目中侵害法规范的意义较薄弱时，这个行为所引起的‘刑罚需求性’就会降低。”^③有鉴于刑罚是“社会政策的最后手段”，因此“刑罚对于犯罪行为反应必须符合比例原则”。^④因为刑法在国家对公民权利的所有干涉中是最严厉的一种，所以，刑罚的实施不能超过必要的限度，必须与其行为对于行为规范的抵触程度相符合。这种做法在效果上也有利于收束刑法的范畴，避免了一般预防思想走极端。在这个意义上，“得从减”未遂犯是可以得到解释的。依上所述，那么必然存在那些对法规范几乎不会造成威胁，而国家也因此考虑放弃动用刑罚来进行反应的未遂的犯罪行为。^⑤简而言之，即“依刑事政策加以考虑，对于根本没有危险的行为，欠缺一般预防之必要性者，便不必加以处罚”。^⑥

（三）对印象理论的再批判

在将需罚性从传统的可罚性中分离出来的同时，其实也完成了对于可罚性理论中的印象理论的重新认识。印象理论虽然为德国通说，但法动摇印象是否形成，学说上固有认为，法动摇印象在现实上是出于极易变动而不易确定的状态，因而用以解释未遂的可罚性是有困难的。又关此一疑虑，罗克辛教授认为，行为是否构成法动摇之印象，并非依靠事实上之观察者的印象来判定，而是由想象中之平均人的观察者（Durchschnittsbeobachter），就其所认识的全部事实加以判断，但这种判断标准仍显空泛。这意味着，在引进一般预防的理论之后，事实上没有人可以说，具体而言，未遂何时能够造成这种影响效力的“印象”。^⑦

在笔者看来，印象理论之所以遭人诟病，其真正原因在于印象理论本质上其实是可罚性理论与需罚性理论的一种杂合体。细观之，印象理论其实可以分成两部分。在第一部分，印象理论建立在主观主义刑法思想之上，“未遂犯的行为所表现的对社会有深刻影响的敌对的法律意识，它动摇了公众对法律秩序有效性的依赖，危害了法律所保护的法和平意识”。^⑧这一部分，其实与本文所提倡的可罚性依据中的规范侵害表现说基本上没有任何差异。

^① 按我国刑法，即表现为刑法典第二十三条第二款之规定。

^② Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 1973, S. 228 ff. 205 ff., 209. 转引自蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，台湾元照出版有限公司2008年版，第85页。

^③ 蔡圣伟：《九五年刑事判决评释不能未遂》，载《台湾本土法学杂志》2007年第2期，第172页。

^④ 【德】克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第23页。

^⑤ 因此，本文之立场为，若不能未遂行为有得“不罚”之待遇者，应解释为阻却刑罚事由，而不是阻却违法事由。因为若依后者，则其行为为合法行为，对其的教授未遂无法成立，对其的正当防卫亦无法主张，实属不妥。

^⑥ 林东茂：《刑法综览》，中国人民大学出版社2009年版，第153页。

^⑦ 参见高金桂：《不能未遂之走向》，载《东海大学法学研究》2006年第6期，第62-65页。

^⑧ 刘晓山、刘光圣：《不能犯的可罚性判断——印象说之提倡》，载《法学评论》2008年第3期，第142

在第二部分,学者将“想象中之平均人的观察者”的观念加以引入,作为动摇法印象之标准,即以行为时想象中之平均人的观察者能够认识的、预见的事实为资料,以社会的一般观念为基础判断行为是否造成了实施犯罪行为的印象。^①这一部分,如上文所反复强调的那样,其实是在需罚性的层面上讨论问题。其实质,与各种“危险说”并不存在本质的区别。

在引入一般预防的观念之后,德国的学界似乎以找到了印象理论的法理基础而自足,却在某种程度上忽视了其本身实为拼接而成的二元结构,缺乏了理论所要求的一致性。这种可罚性理论与需罚性理论的拼接组合,虽然对于大量案件来说是完全可行的解决方案,但是与其说它是自其理论前提的推导为依据,倒不如说是以一般公众的正义感为前提。^②为了掩饰其理论内部存在的二阶层差异,其所使用的表述和表述背后的概念都在一定程度上具有不确定性。托马斯·魏根特教授有一个经典的表述“印象理论的流畅表述虚构了一种事实上确实不存在的妥协——如果人们开始细致分辨这种理论的内容并不只是把它作为未遂学说粉碎性骨折的急救绷带,那么这一点肯定会被表现出来。”^③在笔者看来,所谓“不存在的妥协”就是生硬地将可罚性与需罚性进行杂糅而给人以需要进行理论妥协的幻象,这种妥协其实在事实上没有必要存在,因为只要我们承认二元的阶层式结构,那么将印象理论中的可罚性成分与需罚性成分予以分离,便不会发生任何问题。

(四) 小结

以上的讨论旨在完成这样一种建构,即在讨论关于未遂的问题时,有必要确立起从可罚性到需罚性的二阶层式的理论结构。在第一阶层,所讨论的是未遂犯的可罚性,旨在确立处罚未遂犯的正当性所在;若第一阶层可以证立,那么便进入第二阶层,其所讨论的是未遂犯的需罚性,旨在说明其具有可罚性的未遂行为是否具备一般预防之必要。

在第一阶层,其可罚性所划定的界限是可罚与不可罚的边界,其所分离出来的,是不具备不法性的行为,法律上无任何理由可以予以处罚;而在第二阶层,其需罚性所划定的界限是需罚与不需罚的边界,其所分离出来的,是具备不法性,但依刑事政策可以在法律上不予以处罚的行为。

六、不能未遂的基本问题——对需罚性阶层之展开

(一) 不能未遂的理论价值

“就犯罪论体系而言,不能未遂之构成要件,与普通的未遂犯相同,因此,不能未遂系未遂犯之一种具体形态,将不能未遂容纳近未遂犯理论之中,足以当之。”^④既然不能未遂隶属于未遂,那么两者在理论的基本框架上便具有同构性。换言之,与未遂理论的基本

页。

^① 参见刘晓山、刘光圣:《不能犯的可罚性判断——印象说之提倡》,载《法学评论》2008年第3期,第142页。

^② 【德】托马斯·魏根特:《刑法未遂理论在德国的发展》,樊文译,载《法学家》2006年第4期,第147页。

^③ 【德】托马斯·魏根特:《刑法未遂理论在德国的发展》,樊文译,载《法学家》2006年第4期,第148页。

^④ 靳宗立:《刑法之传承与变革》,台湾五南图书出版股份有限公司2007年版,第175页。

框架相同,不能未遂的基础,也是一种从可罚性到需罚性的二阶层结构。在可罚性问题上,依本文之立场,未遂犯的处罚依据在于行为无价值论所谓的“对规范的侵害”,那么就不能未遂而言,其相较之于一般的未遂并不具有特殊性,两者都具备施以刑罚的正当性。因而,对于可罚性问题的研究,学界大可以将两者进行同一处理,而没有分别进行讨论的必要。

然就需罚性问题,因不能未遂之情况,在本质上不可能达到未遂的结果,因此,行为人的行为在一般大众的心目中侵害法规范的意义,往往较普通的未遂犯的行为而薄弱,相应的,其所引起的刑罚需求性便“有可能”^①降低。因而,在不能未遂的学说中,其讨论的内容应围绕着与普通未遂的区别而展开,但应明确的是,研究两者的区别的目的,应该落脚于不能未遂较之于普通未遂,在需罚性上存在何种区别。

(二) 对学术失焦的反思

如本文最开始所提出的问题意识所言,当前的学界,关于未遂可罚性的学说与关于不能未遂的学说,发生了大量的重叠现象。在笔者看来,此乃理论研究的重大失误,并犹如思想之泥潭,使学术界大有越陷越深、不能自拔之势。然而,若能严格遵循未遂理论中可罚性与需罚性的二分思想,我们便能发现,目前学说争议中的误区是完全可以避免的。

就未遂可罚性问题而言,上文已经通过详细的论证,说明了其实质的争议应该是结果无价值与行为无价值的对立。但由于学界一直迷恋传统意义上的“主观”与“客观”的概念,并缺乏了历史经验的观察,误解了未遂理论中出现的“危险”概念的应然地位,以至于连最基本的学说归类都发生了错误,而使得无法清除认知其基本争议所在。因为无法认知基本的争议焦点,也就无从发现需罚性从传统可罚性理论中分离出来的理论价值,致使学术之争愈发激烈,但也愈发混乱。“实质上的未遂可罚性理论,是为了确立处罚未遂犯的正当依据,作为划定未遂犯可罚性范围之基准,以区别刑法上可罚与不可罚之行为”,^②此即划定罪与非罪之界限。

而就不能未遂的问题而言,其旨在发现与普通未遂的区别,其所欲达成的研究目的之一,便是划定不能未遂中需罚性范围之基准,以区别刑法上需罚与不需罚之行为。我们应该清楚地意识到,这条界限与未遂可罚性之界限有着本质上的不同,前者所划出的不需罚行为,并不等同于后者所划出的不可罚行为。所谓的需罚性,是已经在确立其具有可罚性的基础上而展开的讨论,更具体地说,不需罚的行为是这样一种行为其已经构成了犯罪,行为人也具有了刑事责任,但终究能因一般预防之价值取向以及刑事政策之目的选择,使其不需要接受刑法的处罚,即发生“有罪无刑”或“有罪不需刑”之情况。

不需罚之行为,在犯罪论体系中,仍应认为具有不法性。对于不能未遂的不罚,并非不法之欠缺,仅能说是基于广义责任概念的考量,亦即不管其决定对或不对,总之是一种刑事政策上的决定。^③“刑罚对人过度侵害的界限,最后建立在刑罚的预防功能与刑罚的侵害之间的衡平关系。”^④“与期待可能性的理论相近似,刑罚必须人性化,不法要件所界

^① 需要注意的是,笔者在此只是认为有可能会降低,而非确定其需罚性一定会降低。

^② 靳宗立:《刑法之传承与变革》,台湾五南图书出版股份有限公司2007年版,第163页。

^③ 参见黄荣坚:《基础刑法学(下)》,台湾元照出版有限公司2006年版,页557。转引自陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第396页。

^④ 黄荣坚:《基础刑法学(下)》,台湾元照出版有限公司2004年版,第171页。

定的是行为的理性标准,但是理性标准不等于人性标准。”^①因此,在刑法中,有关减轻或免除刑罚的规定,除了有因不法之减轻所导致的刑罚之减轻的情况外,还应有一类是针对低度不法的行为,因为刑罚之谦抑性,而从衡平观点上加以免除刑罚的情况。不需罚之行为,便是因此而产生。

明确不需罚行为的不法性,除了有利于深入了解一般预防理论的内在价值与外在表现之外,还有利于犯罪论体系的完整。详言之,不需罚虽与不可罚一样均呈现出“不罚”之法律效果,在犯罪论体系中,其地位有着明显的区别。一个具体的体现是,对于前者,受害人理由主张正当防卫,而后者则不可。对于我们所认识的一些普遍规定为“不罚”的不能未遂行为,如行为人确信巫术可致他人死亡,而大摆祭坛,或以扎草人之方式,寻求对方死亡。受害人面对此种情形,虽在理性上明知其不能达成目的,但却实为对自身造成了人身之威胁与心理之冲击,法律上应该赋予其予以制止的正当防卫之能力。^②

总而言之,不能未遂之所以在未遂理论上具有独立的研究价值,是因为在对于需罚性问题上,不能未遂向较于一般的未遂具有更大的理论拓展空间。不能未遂之可罚性,在理论上虽然已经能够得到很好的解释,但棘手的问题是,在实践层面上,要怎样才能划分出需要处罚与不需要处罚的行为之界限呢?作为一个法律适用者,法官可以在什么情况下裁定对不能未遂行为不施加刑罚,直接影响到了司法层面的操作,因而其标准就显得尤为重要。寻求这个标准,才是不能未遂的基本问题所在。

(三) 不能未遂的学说归位——对二阶层未遂理论的具体运用

不能未遂的基本问题,以需罚性为基本平台。以往之研究,并没有对此存在清晰的认识。一谈论其研究不能犯理论的意义,学者总是说归根到底是为了划分罪与非罪的界限,^③此乃发生了明显的曲解;或假借区分“区分危险性之有无”的表面问题^④,而忽视了其根本问题所在。学界目前还未达成基本认知上的一致,不清楚应该在什么层面上讨论问题,各种学说之对立紊乱的状况可想而知。

学说的复杂化,有时并不能凸显出刑法学的精确性,只有能够紧紧针对问题的学说才有必要进行保留,其他的学说完全不可进行重组。在明确可罚性与需罚性的问题之后,笔者试着进行如下的理论归类,使得不同的学说争论能够得以回到各自的理论空间。

关于未遂可罚性的理论,本文已进行了详细的论证,学说大致可以围绕结果无价值与

^① 黄荣坚:《基础刑法学(下)》,台湾元照出版有限公司2004年版,第172页。

^② 虽然理论界几乎一致认为,迷信犯以超自然的手段,企求达成犯罪目标,不属于未遂之情况,但在实际上迷信犯与不能未遂很难有精确的区分。克劳斯·罗克辛斩钉截铁地认为,迷信犯出于迷信,而不能犯是出于愚蠢。但是,迷信与愚蠢并没有本质区别。林东茂教授就认为,愚蠢与迷信只有微妙的差别,愚蠢没有神秘性,而迷信则有神秘色彩,其实质上相同的。笔者十分赞同此观点,形象一点,迷信犯其实就是“加强版”的不能未遂。两者之“不罚”皆是源于对法规抵触之薄弱,以致没有必要发动刑罚加以制裁,只不过“人类在心理反应上就是不会认为基于迷信的行为也可能构成犯罪”。因此,有观点就提出,理论上清楚而实践中可行的区别只能是行为人“在实施行为时,是否对一般公知的因果关系产生了彻底错误的认识,并由此出发”,因而“任何具有普通经验常识的人都能清楚地看出”未遂没有危险,而不管是否涉及到迷信。参见林东茂:《刑法综览》,中国人民大学出版社2009年版,第155-157页;黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,台湾元照出版有限公司1998年版,第65页;【德】冈特·施特拉腾韦特等:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第269页。

^③ 参见陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第437页;陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第388页。

^④ 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2007年版,第276页。

行为无价值之争而展开,而有关“危险说”的一切学说因素,均应予以去除,完成学说内容的简化。而关于不能未遂的理论,应进行如下的处理:

(1) 构成要件事实欠缺理论:此说主张,“不能未遂与普通未遂之区别在于前者有事实之欠缺”。^①该学说虽然过度重视形式而忽略实质问题,但未尝不是一种思考方向,因此可予以保留,属于客观主义的学说,列为第一类学说。

(2) 绝对的不能、相对的不能说:此说主张,只有在任何情况下都没有发生结果的客观的危险性,才属于不能未遂,否则为未遂犯。^②但是,该学说所进行的不能的区分,没有任何依据,虽引用了“危险性”,但其内容已经被客观危险说所取代,因此独立保留“绝对的不能、相对的不能说”并没有意义,因此应该予以去除。

(3) 纯粹主观说:此说主张,“只要行为人将犯罪意思明显表现于外部,就可以作为未遂犯加以处罚”。^③该学说,其实是在讨论未遂犯的处罚依据,因而并没有分析不能未遂的需罚性问题,也没有讨论其与普通未遂的区别,所以应该将该学说予以去除。

(4) 具体危险说:此说主张,应该以行为当时一般人能够认识的事实以及行为人特别认识到的事实为基础,站在一般人的角度判断具体的结果发生的危险性,如果危险性被肯定就是未遂犯,被否定则为不能未遂。^④该学说以是否具有危险性来区别不能未遂与普通未遂,具有研究的价值,可以予以保留,虽属于客观主义的学说,但与构成要件事实欠缺理论的研究方式有明显区别,因此可列为第二类学说。

(5) 抽象危险说:此说主张,“以行为人在行为当时所认识的事实为基础,从一般人的立场来判断危险之有无”。^⑤此说与具体危险说的区别是否定了以一般人能够认识的事实作为是否具有危险性的判断材料,属于主观主义的学说,因此可列为第三类学说。

(6) 客观危险说:此说主张,应以行为当时存在的所有的客观事实为基础,从科学的一般人的立场来进行结果发生的危险性判断。如果肯定具有危险性,就是未遂犯;否则为不能未遂。^⑥该学说是绝对不能、相对的不能说的继承和发展,是客观主义的学说,但是以客观的事实为判断材料,与具体危险说不同,可列为第四类学说。

(7) 修正的客观危险说:此学说以客观危险性为基础,只是予以修正,因而也可列入第四类学说。

(8) 印象理论:如前所述,此说的内部其实是可罚性与需罚性的杂糅体,因此第一步需要将关于可罚性的部分予以剔除。该学说在引入“想象中之平均人的观察者”的概念之后,其具体判断方式并没有加以说明,且以一般人为判断基础的研究方式,基本上已经被具体危险说、抽象危险说和客观危险说所涵盖,因而其自身已经没有了保留的必要。然而,在德国,以印象理论为基础,又发展出另一种学说,即“重大无知”说。此说主张,有无发动刑罚的必要,不能从行为人的角度看,而必须从社会大众的观点看。社会大众即是旁观者,旁观者对于攻击行动如果震惊不安,则意味着攻击行为被感知有危险。旁观者应当

^① 陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,第388页。

^② 参见陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第441页。

^③ 陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第437页。

^④ 参见【日】山中敬一:《刑法总论》(第二版),成文堂2008年版,第732页。转引自陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第442页。

^⑤ 陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第439页。

^⑥ 参见【日】山中敬一:《刑法总论》(第二版),成文堂2008年版,第733页。转引自陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第445页。

根据事物的普遍性质,判断有无危险。亦即,“行为人所进行的攻击是否是‘必然的’、‘恒常的’、‘终极的’无用”。^①如果是这样,那么就意味着行为人误认了事物的普遍性质,构成重大无知,不需要施加刑罚。该学说以是否处于“重大无知”来区别不能未遂与普通未遂,是另一种具有研究价值的学说,可以予以保留,列为第五类学说。

具体变化情况详列如下(如表2所示):

表2 不能未遂理论学说修正情况一览表

学说修正前	对学说的修正
①构成要件事实欠缺理论	①构成要件事实欠缺理论(保留)
②绝对的不能、相对的不能说	②绝对的不能、相对的不能说(去除)
③纯粹主观说	③纯粹主观说(去除)
④具体危险说	④具体危险说(保留)
⑤抽象危险说	⑤抽象危险说(保留)
⑥客观危险说	⑥客观危险说(保留)
⑦修正的客观危险说	⑦修正的客观危险说(去除)
⑧印象理论	⑧印象理论(去除,但形成“重大无知”说)

综上,笔者在将原有的学说加以增加、删减与重组之后,形成了以上五类在不能未遂的基本问题上,具有研究价值的学说,使原本对立紊乱的各家学说得以进行重新归位。

七、结论

未遂犯的理论结构之确立以及由此明确的不能未遂之基本问题,事关国家刑罚权对社会民众之动用,更涉及整个刑法体系是否完整稳固,以使社会大众对法秩序产生信赖感,使社会规范能够得到普遍遵守,确保社会之繁荣和谐,确保公民之自由不受无理侵犯,实属事关重大,因而,立法、司法之选择不可不慎。

本文之研究,旨在阐明不能未遂理论与未遂可罚性的联系与区别,在明确了以未遂可罚性理论为基础的前提下,通过建构可罚性到需罚性的二阶层理论框架,重新审视了以往在学界中出现的不能未遂理论与未遂可罚性理论在理论研究中相互混淆的失焦局面。在就不能未遂之基本问题加以讨论的情况下,以“如何确定一个有效而精确的需罚性判断基准”为核心命题,将学界原先存在的八种学说有根据地简化为五种学说,即分别为:(1)构成要件事实欠缺理论;(2)具体危险说;(3)抽象危险说;(4)客观危险说;(5)“重大无知”说。这种学术处理方式,既让不同的学说的研究焦点得以明确化,也巩固了在不能未遂理论中原本易被忽视的讨论平台,最终使“上帝的归上帝,凯撒的归凯撒”。

参考文献:

1. 蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,元照出版有限公司2008年版;

^① 林东茂:《刑法综览》,中国人民大学出版社2009年版,第157页。

2. 陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版;
3. 陈家林:“德国的不能犯理论及对我国的启示”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷)北京大学出版社2007年版;
4. 高金桂:“不能未遂之走向”,载《东海大学法学研究》,2006年第6期;
5. 黄荣坚:《基础刑法学(下)》,元照出版有限公司2004年版;
6. 靳宗立:《刑法之传承与变革》,五南图书出版股份有限公司2007年版;
7. 柯耀程:《刑法的思与辩》,中国人民大学出版社2008年版;
8. 林东茂:《刑法综览》,中国人民大学出版社2009年版;
9. 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版;
10. 张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2007年版;
11. 赵秉志:《犯罪未遂形态研究》,中国人民大学出版社2008年版;
12. 周光权:“区分不能犯和未遂犯的三个维度”,载《清华法学》,2011年第4期;
13. 【德】安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》(第十四版),徐久生译,中国方正出版社2010年版;
14. 【德】冈特·施特拉腾韦特等:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版;
15. 【德】克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版;
16. 【德】李斯特:《德国刑法教科书(修订译本)》,徐久生译,何秉松校订,法律出版社2006年版;
17. 【德】托马斯·魏根特:“刑法未遂理论在德国的发展”,樊文译,载《法学家》,2006年第4期;
18. 【日】川端博:《刑法总论》,甘添贵监译,余振华译,元照出版有限公司2008年版;
19. 【日】大谷实:《刑法讲义总论(新版第二版)》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版;
20. 【日】西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版。

(本文为第十届“学术十星”获奖作品 责任编辑:尤保暖)

激情犯罪从轻背后的刑罚原则

——以相关司法解释对刑罚个别化的体现为视角

张懿聪

(中国政法大学 刑事司法学院 2009级)

摘要: 激情犯罪是我国的立法空白点,却是世界各国刑法典普遍的法定从轻原则。刑法学研究的激情犯罪的范围较窄,仅限于因他人“不义”的言行而引起短暂强烈的情绪控制下实行的突发性暴力犯罪。2010 司法解释首次明确基于“义愤”的突发性犯罪应酌情从轻,笔者依据该解释界定我国激情犯罪的基本形态,并探究其特殊性。激情犯罪从轻的依据在于人身危险性,体现了背后刑罚个别化的刑罚原则。笔者论述司法解释对于“激情犯罪”的明确,其对我国刑罚原则的阐明,体现了功利主义和报应主义刑罚观的融合,也体现了刑罚个别化原则对于古典主义罪刑均衡的修正。

关键词: 激情犯罪 义愤 刑罚个别化 人身危险性

一、绪论

自药家鑫案的辩护律师提出“激情杀人”的抗辩理由之后,我国刑法典中的一个立法空白点进入了公众视野。激情犯罪在外国普遍被明文写入刑法典中,但在我国一直只是暗含在刑法典第 61 条规定的酌定从轻情节之中。2010 年 2 月 8 日最高人民法院印发《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》(下文简称《意见》)的通知(法发〔2010〕9 号)中第三部分“正确把握和正确适用依法从‘宽’的政策要求”第 22 条提出了“对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪,因劳动纠纷、管理失当等原因引发、犯罪动机不属恶劣的犯罪,因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪,应酌情从宽处罚。”该司法解释被认为提供了激情犯罪在我国的基本标准,但其体现了刑法典对于激情犯罪的何种立场,是否激情犯罪进入我国立法的标志,成为学界的争论和疑问。

德国刑法学家冯·李斯特认为,“矫正可矫正者,不可矫正者不使为害。”贝卡利亚在《犯罪与刑罚》中说,“刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者,也不是要消除业已犯下的罪行;刑罚的目的仅仅在于:阻止罪犯再重新侵害公民,并规诫其他人不要重蹈覆辙。”^①激情犯罪区别于其他暴力故意犯罪的关键之处在于行为人的行为在受内在动力的驱使外更加明确的受到外部诱因的影响,因而其犯罪的动机产生不同于其他犯罪人。激情犯罪广泛的成为法定从轻情节,是刑法实现对于犯罪人的平等保护,也是刑罚“个别预防”作用

^① 贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 2003 年版。

的产物。

笔者认为该司法解释对于犯罪人“义愤”的从宽是刑法对于行为人个体因素的关注而非局限于犯罪行为本身。这样的立场体现了现代刑事实证主义的刑罚观,即对将犯罪人人身危险性纳入量刑的刑罚个别化的探讨。但是长期以来我国立法对于“人身危险性”问题讳莫如深,而司法实践对于“刑罚个别化”原则却多有体现,其中的矛盾性主要集中在对量刑的主客观基础和刑罚的目的的争议上。

本文将以《意见》第22条为切入点,探究刑法学视野下的激情犯罪及其背后的刑罚观,研究我国刑法对于激情犯罪的立场。从研究该司法解释的制度价值来揭示我国罪刑均衡为主,刑罚个别化为辅的刑罚原则以及其背后的价值立场。

二、激情犯罪之界定

(一) 语义上的激情解读

激情(passion),从词源学来说,是一种强烈、短暂、爆发式的情感表现形式,往往发生在强烈刺激或突如其来的变化之后,具有迅猛、激烈、难以抑制等特点。激情犯罪最早是一个犯罪学概念,由龙勃罗梭提出。按照其《犯罪人论》对犯罪人的实证研究,犯罪人被分为生来犯罪人、激情犯罪人、精神病犯罪人、偶然犯罪人四大类。激情犯罪人具有残忍、鲁莽、犯罪行为突然发生和强烈的暴力倾向等特点,他们的犯罪行为基本都是在激情作用下发生的暴力行为。“激情犯罪”这个表述随后被广泛应用到犯罪学、犯罪心理学、刑法学等多个领域,“激情”的语义也被不断发展和扩大。

(二) 犯罪学领域中的激情犯罪

意大利犯罪学家菲利认为“一个人的道德观念正常,过去的历史清白,其犯罪行为是由某种社会激情引起的,这种激情是可以宽恕的。”^①这句概括性的描述体现了犯罪学对于激情犯罪的描述和归因。

犯罪学旨在从自然、社会、文化、个体等多种角度揭示犯罪原因,通过对于犯罪现象以及诱因的规律性总结,为预防犯罪提供科学依据。因此犯罪学在研究“激情犯罪”时的着重点是犯罪人的个体心理情感因素的总结,从结果推导原因。

犯罪心理学认为“激情”是一种迅猛爆发、激动而短暂的情绪状态,如狂喜、暴怒和绝望等。处于“激情”的人理智大为减弱,认识和控制能力大幅降低,可能导致孤注一掷、不计后果的冲动行为。一般情况下,西方的犯罪学的“激情犯罪”是从引发犯罪的心理出发进行描述的。犯罪心理学认为人在收到强烈刺激和挫折后,由于情绪激动而产生攻击和侵犯性反应,从而引发犯罪。可以看出,犯罪学是以激情诱因为切入点来界定激情犯罪行为的,导致挫折的一切外界刺激都可称为激情诱因。

因而,犯罪学对于激情犯罪的定义,是相对广泛的,包括了行为人在受到外界的一切正当或不正当的刺激产生所导致的强烈而短暂的各种情绪状态下而实施的犯罪行为,都是犯罪学的研究范畴。

(三) 刑法学视野下的激情犯罪

1. 激情犯罪是普遍的法定轻刑情节

^① 【意】菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国政法大学出版社1986年版,第26页。

纵观各国刑法,“激情犯罪”被较为普遍地明确规定为减轻罪责的情节。属英美刑法的美国、加拿大、新西兰、新加坡等国家的刑法明文规定了“激情杀人”或称“挑衅杀人”,并且细致地规定了判定这种情形的具体条件。欧陆刑法一般只限于在总则的量刑部分明示激情犯罪是减轻罪责的情节,而不就具体条件给予展开,例如,德国《刑法》第213条明文规定“义愤是故意杀人的减轻情节”^①;挪威《刑法》第56条也使用义愤表述,作为减轻刑法的情节;奥地利《刑法》第34条把“强烈的情绪激动”规定为“特别的减轻事由”之一。瑞士《刑法》第64条“减轻处罚的情况”^②中包括因“非法刺激或侮辱造成行为人愤怒和痛苦”而犯罪一项;在丹麦《刑法》中,“激情犯罪”被称为强大精神刺激状态下实施的犯罪,可以减轻甚至免除处罚。罗马尼亚《刑法》第88条“法定减轻情节”列举的第一条就是“挑衅”;在菲律宾刑法中,“激情”和“挑衅”是两项并列的“减轻刑事责任的事由”。

因此,各国对于“激情”的表述和而不同,但是定位都是减轻刑事责任的事由之一。

2. 区别于犯罪学—“正常的”“当场的”激情

概括来说,刑法学所关注的激情犯罪在概念的内涵上是从属于犯罪学的,其定义的激情犯罪的范围远小于犯罪学上的激情犯罪。

具体来说,其一激情犯罪的激情诱因有两种:一是因他人不当言行刺激而引起的“正常的激情”;二是因他人正当言行刺激而引起的“非正常的激情”。犯罪学对这两种情况都进行归因和研究,但是刑法学却仅也仅可能研究前一种情况,即他人不当言行刺激而引起的“正常的激情”的情况,因为只有这种“正常的激情”对于犯罪人的主观恶性和人身危险性有影响,是刑法定罪量刑时应考虑的主观因素,而后一种“非正常的激情”并不具有规律性和刑罚适用上的特殊性,不在刑法的研究范围之内。

其二,刑法学所研究的激情犯罪是冠上规范要件的犯罪类型。其中以美国最为典型。美国对于杀人罪的规定中将“heat of passion”^③情况下的杀人单独列出。所谓“heat of passion”通常是指由他人的言辞或行为构成的某种当场或直接的挑衅而突然引起的狂怒、惊恐、强烈的憎恶,即激情支配或激情发作。这种表述当中“当场”二字应当引起重视,可见与犯罪学的宽泛设定来相比,美国刑法学讨论的激情诱因局限在“当场或直接的挑衅”,使得激情犯罪的定义多了一个时间要件。

三、从《意见》第22条探究我国激情犯罪的界定

(一) 激情诱因的探究

1. “义愤”的语义解释

《意见》第22条规定:“对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪,因劳动纠纷、管理失当等原因引发、犯罪动机不属恶劣的犯罪,因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪,应酌情从宽处罚。”

对于该解释第22条中“因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪”笔者认为可以初步当做我国关于激情犯罪的成文明确,其中“基于义愤引发”与各

^① 徐久生、庄敬华译:《德国刑法典》,中国法制出版社2000年版,第161页。

^② 徐久生、庄敬华译:《瑞士联邦刑法典》,中国方正出版社2004年版,第25页。

^③ 【美】史蒂文·L. 纽曼伊尔:《刑法》,中信出版社2003年版,第250-255页。

国刑法中对于激情的描述是基本一致的。

笔者认为激情诱因的描述是区分各学科中激情犯罪定义的关键。前文引述英美法系刑法多用“挑衅”形容诱因，用“义愤”形容激情。从语义出发，“义愤”的解释多可以理解为对违反正义的事情所产生的愤怒或由于不合理或非正义的言行所激起的愤慨。可见义愤之“愤”就是指愤怒或愤慨，描述犯罪人情绪冲动的状态。义愤之“义”则是引起愤怒或愤慨的原因—基于正义理念及情感而不能容忍悖理的事或者不正义的言行。由“义”导致“愤”，即愤怒或愤慨的“激情”是由犯罪人心中的正义理念或者是道德感情使然，因为正义的理念或道德感受到不合理非正义的负面刺激因素的挑衅和伤害。

2.比较法视角下的激情诱因

有的国家在刑法典中只规定了“愤”，如德国、挪威、丹麦、保加利亚、加拿大等。有的在“愤”之外还规定了其他感情或情绪类型，如“愤怒和痛苦”（瑞士），“激愤或在感情强烈压抑的情况下”（罗马尼亚），“激愤情绪”和“暴烈的情绪”、突然的情绪（新加坡）。有的未明文规定“愤”，只是将其包含在激情之中，如“强烈的情绪激动”（奥地利），“激情或意识混乱的强烈冲动”（菲律宾），“强烈内心激动”和“长期处于精神刺激”（俄罗斯），“一时冲动”（越南），“强烈的精神激动状态”（朝鲜）。有的只强调行为人为人“失去自我控制”或“失去控制能力”的意志状态而淡化实际存在的情感情绪状态。

另一方面，就导致行为人情感和情绪的异常状态的刺激因素而言，一般都指明刺激因素类型及其非法性，如“非法刺激或侮辱”（瑞士），“非法袭击或者粗鲁侮辱”（丹麦），“受害人对犯罪人或其近亲属实施暴力、严重侮辱、诽谤或其他非法行为”（保加利亚），“被害人挑衅、受到暴力侵害、人格遭受严重侮辱或者由于其他严重违法行为”（罗马尼亚）。有的指明刺激但不限于非法，如“挑衅”（新西兰），“严重而突然的挑衅”和“激烈争吵”（新加坡），“激烈的、突然的挑衅”（尼日利亚），“被害人一方存在较大的挑衅或者威胁行为”（菲律宾）。加拿大直接指出了“突然挑衅”的错误性质，即“特定的错误行为或侮辱”。

（二）激情犯罪的特殊性体现

1.诱因的突发性导致个体犯意的偶发性

《意见》的描述中用“突发性犯罪”作为激情犯罪的构成要件之一，学者们在描述激情犯罪的时候常也着重其突发性。事实上激情犯罪的突发性可以理解为“临时起意”，临时起意在犯罪学上又叫顿时起意、事中故意或偶发故意，是指“行为人非经预谋，临时起意危害社会或不特定他人的犯罪心态。”行为人没有经过预谋，在特定的情境中临时产生犯罪故意，这种偶发故意的情况也说明了犯罪人的犯罪故意是具有偶然性的，即非受刺激，不会发生。

笔者认为，理解激情犯罪，应当理解其发生的偶然性，即犯罪的发生不出于犯罪人的内因，而是由于偶然的外部因素驱使。国外刑法典“在他人的刺激或侮辱之下”或“在强大精神刺激之下”的表述都表明了各国立法者的立场，即激情犯有动机上的偶然性。

激情犯实施严重犯罪，多起因于某种矛盾激化或情景刺激，以致情感冲动而在之后短暂的时间内实施了犯罪行为。可以说，在“非经预谋，临时产生犯意”这一点上，激情犯罪和临时起意的犯罪是相同的。也就是说，激情犯罪都是临时起意的犯罪。但是要区别激情犯和临时起意的犯罪就必须看到激情犯罪的另一面，即笔者下文将探讨的必然性。

2.诱因的刺激与激情联系的必然性

《意见》中没有提到义愤的限度问题，但这却是在实践中确定外因是否能成为激情诱

因的标准。笔者认为,诱因与行为背后的必然关联性正是区别激情犯罪和其他临时起意犯罪两种不同的犯罪形态的关键所在,激情犯罪的当场性和激情诱因的限度都必须能够体现这种必然联系。

首先,大多数临时起意的犯罪不存在激情诱因或者犯罪诱因不足以使激情发作,但是激情犯罪的激情诱因必须达到使一个具有普通道德感和正义观的人足以产生短暂、强烈、爆发式愤怒情绪的程度,也就是说刑法上预设的人都会因为特定诱因而处在“激情”的状态。台湾刑罚体系中就体现了这样的客观标准:“所谓义愤乃谓基于道义之理由而产生愤慨,故必先有被害人之不义行为,而在客观上足以引起公愤,依据一般人之通常观念,却无可容忍者,故可谓之义愤。”^①也就是说犯罪人仅仅在事实上失去自我控制还是不够的,还必须是一个有理智的人在该激愤情境下失去自我控制达到与犯罪人一样的程度。有理智的人是指具有自控能力的人,而这种能力是与犯罪人的年龄,性别相同的正常人所应具备的,并且在其他方面也具有与犯罪人相同的特征。在此客观标准的基础上考虑犯罪行为人的实际情况才能准确把握其“激愤状态”。

其次,激情犯在行为时丧失自我控制能力或自我控制能力减弱,其犯罪行为是在强烈而短暂的激情的控制下实施的,相反,行为人在临时起犯意之后,有步骤、有选择性地实施犯罪行为也可称作临时起意。因此时间上的当场性正是能够体现犯罪人的过激行为与激情驱使之间的必然联系,即对于特定的犯罪人来说,有此诱因则必然引致犯罪。

四、激情犯罪从轻中的刑罚个别化体现

(一) 刑罚个别化的内涵和发展

1. 从行为中心论到行为人中心论

刑罚个别化是指法官在对犯罪人裁量决定刑罚时,根据犯罪人的个人情况、犯罪原因以及其他情况,有针对性地适用刑罚,以更好地实现刑罚的个别公正和个别预防。刑罚个别化的思想产生于刑事实证学派对于刑事古典罪刑均衡原则批判否定的背景之下。

刑事古典学派提倡罪刑均衡原则,实现了刑罚形式上的公平、正义。但随着城市化、工业化的发展,西方各国犯罪现象日益严重,少年犯、累犯、惯犯急剧增加,而传统的刑事古典学派理论及其刑事司法制度对激增的犯罪现象则无能为力,这导致人们对其有效性进行重新检讨和批判。而实证学派抓住了罪刑均衡刑罚体系下,犯罪没有得到有效遏制这一客观现实,批判古典学派以行为为刑罚裁量中心的罪刑均衡理论。这种罪刑均衡理论倡导的是行为中心论,即犯罪行为是处罚的对象,把犯罪行为在客观上造成的实际危害,即行为的社会危害性作为刑罚处罚的依据。

而刑事实证学派认为裁量刑罚的根据不是行为人对已经实施的犯罪所负的责任,而是他的整体品性所揭示出的他对社会未来所具有的危险状态。正如日本刑法学家大冢仁所说,“刑事古典学派这种以自由意志论为前提的、作为理性的存在者的人,只是在抽象性层面被把握的,并没有深入到具体的某个犯罪人而被认识”。^②在这种观念的转变下,刑事实证学派及其提倡的以犯罪人为中心的刑罚个别化应运而生。

^① 林山田:《刑法特论》(上),三民书局1978年版,第53页。

^② 【日】大冢仁:《犯罪论基本问题》,中国政法大学出版社1993年版,第2页。

实证学派的行为人中心论可以概括为,“应受处罚的不是行为,而是行为人”。处罚行为人的涵义就是将行为人的反社会性、危险性作为刑罚的对象。为了考量行为人的危险状态,人身危险性作为刑事实证学派刑罚理论的核心被提出,成为刑罚个别化原则的核心观念。而现代各国无不融合刑事古典学派和实证学派的理论,即刑罚适用既要以犯罪行为的社会危害性为依据,同时又要考虑犯罪人的人身危险性。

2.人身危险性是刑罚个别化的理念核心

刑罚个别化是以犯罪人的人身危险性为核心的刑罚理念。无论是刑事实证学派的刑罚个别化还是现代的刑罚个别化思想都把人身危险性视为核心,即根据人身危险性的大小决定刑罚的轻重。“人身危险性”这一概念最早是由刑事实证学派提出来的。刑事实证学派认为,“在研究和理解犯罪之前,必须首先了解犯罪人”^①。“首先了解犯罪人”,即认识犯罪人的人身特征,也就是人身危险性。

无论龙勃罗梭、菲利,还是加罗法洛,他们都认为刑罚惩罚的对象是行为人,而不是行为。李斯特所作的“应受惩罚的不是行为,而是行为人”论断概括了他们的基本主张。由于近代学派的学者们认为刑罚惩罚的犯罪人,因而他们主张关注犯罪人,主张刑罚的适用要与犯罪人的个人情况相一致,这样,刑罚个别化就成了刑罚个人化。何为犯罪人的“个人情况”?加罗法洛的解释是“犯罪人的自然倾向”,龙勃罗梭和菲利是通过将犯罪人分为天生犯罪人、精神病犯罪人、习惯犯罪人等解释“个人情况”的。普林斯将“个人情况”解释为“社会危险状态”。普林斯指出:“这样一来,我们便把以前没有弄清的一个概念,提到了首要的地位,用危险状态代替了被禁止的一定行为的专有概念。换句话说,孤立地看,所犯的罪行可能比犯这种罪的主体的危险性小。如果不注意主体固有的特征,而对犯这种违法行为的人加以惩罚,就可能是完全虚妄的方法。”李斯特将之称为社会危险性、犯人的性格。笔者认为,现代刑罚对于犯罪人“个人情况”的考量可以定位在“人身危险性”上。

(二) 激情犯罪人的人身危险性

1.人身危险性是再犯可能性

按照犯罪本质二元论,已然之罪与未然之罪,是构成犯罪本体的两个方面。其中,已然之罪的本质属性是社会危害性,而未然之罪是指犯罪可能性^②。从概念形成来看,未然之罪这一概念的源头是刑事近代学派刑法理论的人身危险性概念。李斯特说:行为因与行为者立于不可分立之密切关系,法所以处罚行为者,乃因其已经实行一定行为而非其他行为,换言之,刑罚以及责任的对象,并非行为,而系由于实行行为所证明之行为者的犯罪情操,行为者对于法秩序之态度,以及行为者之全部的心理特征,此即系行为者之反社会性及危险性是也。^③

由于一定行为即已然犯罪,故与未然之罪名异实同的人身危险性是对应于已然之罪使用的一个概念,并且只能是已然之罪的行为人的人身危险性即再犯危险性。初犯可能性是指犯罪者本人以外的潜在犯罪人犯罪的可能性,如果将其纳入人身危险性的范畴,就意味着他人犯罪可能性的大小将影响法官对犯罪人刑事责任的评价,进而影响所判处的刑罚。

^① 【意】菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国政法大学出版社1986年版,第26页

^② 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1997年版,第129页。

^③ 马荣春:“人身危险性之界定及其与主观恶性、社会危险性的关系”,载《华南师范大学学报》,2010年第5期。

这是十分荒谬的,对犯罪人极不公正。我国刑法学界在研究激情犯罪人的人身危险性时也采此标准,即所谓人身危险性,指的是犯罪人的存在对社会所构成的威胁,即其再犯罪的可能性。^①

2. 激情犯罪人的人身危险性

激情犯罪人的人身危险性是区别于其他犯罪人的,上文所述的激情犯罪的特殊性使激情犯罪人的人身危险性显得较为复杂。但是笔者在前文已经论述刑法学所调整的激情仅是“正当的”、“当场的”激情,因而排除了不正当人格产生不正当激情的可能性。笔者认为,刑法学中的激情犯罪人的人身危险性确系低于普通的故意暴力犯罪。

诱因的突发性导致个体犯意的偶发性,即没有外因行为人不一定会犯罪;而诱因和激情发作的必然联系又使得行为人的意志自由受到限制,即普通人都可能受诱因的影响而意识狭窄,行为越轨。因而从再犯可能性的角度考虑,只要诱因排除,再犯可能性与普通人的初犯可能性趋于同一,可以认为是低于普通犯罪的。

(三) 刑罚个别化的量刑依据作用

明确了人身危险性是指激情犯罪人再次犯罪的可能性,也应当明确作为量刑依据的人身危险性只能成为是从轻、减轻处罚的情节,而不是定罪的标准。而激情犯罪从轻体现了刑罚个别化作为量刑依据的作用。

公正是刑罚设定的绝对目标,绝对的罪刑法定原则是刑法作为最后法对于形式正义的明确追求,而在刑罚适用时排除环境因素、社会因素等对于犯罪行为的影响而追求实质平等,则体现在刑罚个别化对于罪刑均衡原则的个案斧正。如果将行为人罪前的人身危险性作为承担刑事责任的基础,其结果必然是某些犯罪人所受的惩罚重于其犯罪的害恶性所决定的应受的惩罚,即使得之适度,也失之等价。从本质上说,这是一种不合法从重。

同时刑罚个别化的思想出于对于犯罪的预防而非惩罚。而人身危险性的事实,是只加重预防需要但完全不加重犯罪的害恶性的情节,如果将其作为从重处罚的依据,必然导致将犯罪人当成实现社会目的的纯粹手段。犯罪人罪后的人身危险性在刑事审判中也并非全然没有意义,它是确认犯罪人是否“确实不致再危害社会”的最主要依据,对于适用缓刑、假释、减刑等有重大的意义。因而犯罪人罪后的人身危险性大,只能说明不能对其适用缓刑、假释、减刑及不能据此对其酌情从轻处罚,而不等于要对其从重处罚。

五、《意见》背后重构下的我国刑罚原则

(一) 罪刑相适应还是罪责刑相适应?

1. 对我国刑法第五条的理解

《中华人民共和国刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”从语义解释,我国量刑模式的总纲被由此概括为罪责刑相适应的刑罚原则。罪责刑相适应原则通常被认为是西方新、旧刑法理论融合之“结晶”,很多学者认为该原则是国外刑法理论发展的最新成果。众所周知,在西方大陆刑法学说史上,刑事古典学派与刑事近代学派在犯罪的原因、刑罚的标准和刑罚的目的等问题上存在根本分歧,在长达20年的论战之后,形成了综合主义的妥协。

^① 邱兴隆、许章润:《刑罚学》,中国政法大学出版社1999版。

在我国,从20世纪50年代中期,罪刑性适应原则便于罪刑法定原则等一道被提出并被广泛接受,罪刑相适应原则在我国提出之初便强调刑罚的轻重应与“所犯”的罪行相均衡,即刑罚的裁量关注的是已然之罪。但当司法实践和刑法理论同时认识到,刑罚必须具有犯罪预防目的和犯罪预防的功能,而构成犯罪预防事实前提的人身危险性即再犯可能性并不能纳入刑罚体系当中,我国刑法理论便采用了“刑事责任”这一理论来涵盖人身危险性。正如现代刑法学者陈兴良阐述的“刑事责任主要是指行为人的危险程度,包括初犯可能与再犯可能。”^①当刑罚的特殊预防与一般预防一样进入立法者的事业时,罪责刑相适应原则最终出炉。

2. 罪责刑相适应原则是妥协的产物

因为人身危险性无法进入犯罪的评价标准之中,因此我国刑法典第五条所称“刑事责任”便作为涵盖犯罪主观方面的概念出现。根据立法本意和量刑原则应将其理解为犯罪人在犯罪过程中以及犯罪前后表现出来的、与犯罪人的人格直接相关的、决定其主观恶性和人身危险性的一系列主观情况。而这些情况不决定犯罪成立与否,而仅在犯罪成立的基础上确定其轻重的法定和酌定情节。

其实将罪责刑原则相适应拆解来看,其是由罪刑相适应和责刑相适应机械的结合起来的。罪责刑相适应原则的权威表述是:犯多大的罪,就应当承担多大的刑事责任,法院也应判处其相应轻重的刑罚,做到重罪重罚、轻罪轻罚、罪刑相称,罚当其罪;在分析罪轻重和刑事责任的大小时,不仅要看犯罪的客观社会危害性,还要结合考虑行为人的主观恶性和人身危险性,从而确定其刑事责任程度。^②可以看出,在第五条中刑事责任既包括影响定罪的主观恶性,又包括影响量刑的人身危险性,既要关注已然之罪还要关注未然之罪,定位十分模糊,很容易引起解释上的混乱。

刑事责任作为国家机器对于犯罪人行为的否定性评价,应既包括行为人违反刑事法律的行为,又包括此行为在刑事法律上引起的后果,因此可以说犯罪和刑罚是刑事责任的两个侧面。刑事责任作为一个“罪”和“刑”的上位概念,为何在罪责刑相适应原则中成为了与犯罪和刑罚相并列的概念?笔者相信,刑事责任只是作为“人身危险性”在立法中的替代概念而出现的,其根源在于“刑罚个别化”在我国刑罚体系中的尴尬地位。罪责刑相适应原则仅仅是罪刑均衡原则和刑罚个别化思想妥协的产物,而其实质上委婉的表达了,罪刑均衡原则之下,以刑罚个别化为补充的刑罚体系构建。

(二)“幕后的”刑罚个别化

1. 我国的量刑模式—显性的罪刑均衡原则和隐性的刑罚个别化

《中华人民共和国刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”对于该条的普遍理解“重罪重罚,轻罪轻罚”已经表明无论刑事责任地位如何,罪刑均衡原则都是我国刑罚体系的总纲。在刑事司法实践中对被告人决定刑罚时,也是先根据行为人实施的犯罪行为的社会危害性和刑法分则规定的量刑幅度确定法定刑。即使是从行为人角度考虑,罪行的社会危害性也是客观的,有确定指标的,因而我国罪刑均衡原则体现为犯罪的“性质”、“情节”、“危害程度”都与刑罚的“质”、“度”、“量”相均衡。

^① 陈兴良:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第97页。

^② 曲新久主编:《刑法学》,中国政法大学出版社第三版,第17页。

不论是出于对于法官自由裁量权的限制,还是出于对于“特别立法”的恐惧,刑罚个别化的概念在立法中被模糊处理。这种模糊不仅体现在刑法典第五条对于刑事责任的闪烁其词,也体现在司法实践中对于所谓“同案不同判”的刻意避忌,总之,尴尬的刑罚个别化始终难见天日。但是比较之下,作为刑罚个别化核心思想的“人身危险性”概念就被屡屡提及,表明刑罚体系中不仅体现了行为中心或责任主义,同时也体现了内在的行为人中心思想。

如《刑法》第六十一条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”而这一量刑原则中所指的情节,既包括反映行为社会危害性程度的情节,也包括反映行为人人身危险性程度的情节。此外,刑法规定的死缓、累犯、自首、立功、缓刑、减刑、假释等刑罚制度,都体现着人身危险性对我国刑罚裁量和执行的影响,甚至在最高人民检察院的有关司法解释中多次直接出现了“人身危险性”的词汇。说明在司法实践中,我国的量刑模式正是罪刑均衡原则结合刑罚个别化思想。而意见对于激情犯罪人人身危险性的考察,也是例证之一。

2.《意见》体现宽严相济刑事政策对于刑罚个别化的明确化

笔者认为承认刑罚体系中存在刑罚个别化并不困难,难的是司法实践中对于刑罚个别化的适当运用。《意见》对于人身危险性的考量就多有体现,如“依法从宽的一面,对轻微违法犯罪人员,对失足青少年,要继续坚持教育、感化、挽救方针,有条件的可适当多判一些缓刑,积极稳妥地推进社区矫正工作。”

我国的宽严相济形势政策中有这样的表述:“当宽则宽,最大限度地减少社会对立面。对轻微犯罪等,主观恶性、人身危险性不大,有悔改表现,被告人认罪悔罪取得被害人谅解的,尽可能地给他们改过自新的机会,依法从轻、减轻处罚。”该条款明确将人身危险性提出作为量刑依据,罪刑个别化的考量第一次被明确化。宽严相济刑事政策与目前西方国家普遍实行的“轻轻重重”两极化刑事政策相仿,都是人身危险性理论的体现。“轻轻重重”刑事政策主张,对重大犯罪及人身危险性大的危险犯罪人采取严格刑事政策,即“重重”;对轻微犯罪及人身危险性小、易于改善的犯罪人采取轻缓刑事政策,即“轻轻”。“轻轻重重”两极化刑事政策的实行,在惩治罪犯、预防犯罪和维护社会稳定等方面取得了积极的法律和社会效果。

3.刑罚个别化的量刑修正作用

其一,《意见》中对于“义愤”而犯罪从轻的规定标志着我国将人身危险性确定为量刑基础之一,刑罚个别化的确定将有助于恰当定罪量刑乃至行刑的刑法实践,同时对于古典主义学派主张的罪刑均衡原则起到个体的修正作用。

在西方近代的刑事理论发展过程中,人身危险性逐渐体现为量刑和行刑的依据和尺度,即人身危险性的有无是对行为人是否动刑的准据,人身危险性的大小直接决定着量刑的轻重,而释放犯人则取决于犯人人身危险性的消失。随着人身危险性理论逐渐受到中国大陆刑法学界的重视,中国大陆刑法学界越来越肯定人身危险性对于量刑的直接影响作用。在行为中心的罪刑均衡原则即罪刑相适应的刚性标准向关注行为人的柔性政策转变之中,刑罚个别化的原则也逐渐得以体现。

其二,将刑罚个别化从罪责刑相适应的模糊化之中独立出来作为罪刑均衡原则的修正符合犯罪本质二元论划分。犯罪本质包括已然之罪和未然之罪两个方面:已然之罪是主观恶性与客观危害的统一;未然之罪是指犯罪可能性,包括再犯可能性和初犯可能性。明确

人身危险性属于未然之罪,并且与属于已然之罪的主观恶性相区别具有重要意义,并且能更好的实现刑罚个别化个体预防的目的,并避免其可能的随意性。

(三) 报应主义刑罚观和功利主义刑罚观的融合

1. 激情犯罪常体现私力救济的过限

公力救济和私力救济是人们解决纠纷的两种途径。在国家 and 法律产生以前,私力救济是人们解决纠纷的主要途径,而随着社会的发展、法治的进步,公力救济逐渐占据了主导地位。然而,由于公力救济的成本较高、程序复杂、周期较长,在现实生活中,私力救济行为仍不同程度存在。

甚嚣尘上的夏俊峰案是当代社会激情犯罪的一类典型案例。小贩和城管因为生存权和尊严权问题纠纷频发,小贩求告无门,在公力救济无法发生作用的情况之下,当特定的诱因发生,表现为案情中城管对其的非法拘禁和恶意殴打,小贩为“正当”激情所驱使,采取了过限的暴力手段。在现代社会中激情犯罪常常以私力救济过限的形式体现,弱势群体的权利受到长时间的侵犯,在特定的激情诱因发生时,极有可能走向极端。

德国著名法学家耶林在《为权利而斗争》中指出,权利只有在持续不断地与否认、侵害权利的力量进行斗争中才彰显其存在,为权利而斗争是每个人的神圣义务。私力救济之所以得以确定,正因为是在司法与正义之间,司法是手段而正义是目的,因而实现正义绝不局限在制度内。私力救济所追求的正义观其实恰似报应主义的刑罚观,二者背后的导引皆是报应正义的人性论。

2. 报应主义刑罚观和功利主义刑罚观

报应正义是生物世界的普遍法则,正如魏因贝格尔指出,“正义的原则和理想是部分地以生物学为基础和部分地以文化为基础的决定行动的因素。”^①法律映射出报应正义的要求,早期法律表现尤为明显,如《汉谟拉比法典》规定的同态复仇、罗马法确立的报复法则等。毫不夸张,不仅刑法,而且侵权法、合同法乃至整个法律制度,其实都建立在报应正义观念基础上。

激情犯罪中所表述的“义”可以是自身正义的理念、合理的道德感受到侵犯。《意见》中所透露出我国刑法的立场,这样的“义愤”还是应当有相应边界。笔者认为近亲属一父母、伴侣、子女人身受侵害,行为人人身遭到侵犯,人格受到严重侮辱等能够引发私力救济的因素都可能造成行为人的激情犯罪,并且这种激情犯罪属于具有私力救济性质的过限行为。笔者认为,这类对于不义行为的激情犯罪,在报应主义的刑罚观之下也具有一定的可恕性。

同时,现代刑罚理论中对于功利主义刑罚观也多有体现,刑罚开始关注对“未然之罪”的预防,这种预防作用体现在对于犯罪人主观责任的考察。这里所说的责任,不是犯罪人实际受到的刑事处罚,而是指主观责任,即犯罪人在主观罪过的作用下违反道义的程度,即本文所说的“不义”的程度。之所以说主观责任体现了“未然之罪”,正是因为这种主观心态的考量是倾向以行为人为中心,以再犯可能性进行量化的量刑原则。因此确定犯罪人的主观责任,就必须考虑人身危险性和刑罚个别化问题。因此《意见》第22条规定激情犯罪人的人身危险性纳入考量,正是体现了报应主义刑罚观和功利主义刑罚观的融合。

3. 融合的矛盾和统一——个体正义的让步和回归

^① 麦考密克、魏因贝格尔:《制度法论》,中国政法大学出版社第一版,第254页。

法律的生命是正义, 刑罚的一般预防和特殊预防都是刑罚的价值所在, 因此罪刑相均衡原则和刑罚个别化原则在实现刑罚的预防作用上是可以统一的。但承认罪刑均衡原则与刑罚个别化价值上的统一性, 并非承认两者可以并驾齐驱。相反, 由于罪刑均衡原则蕴涵的是报应, 刑罚个别化体现的是功利; 由于刑罚目的是在间接一般预防的基础之上, 既考虑蕴涵正义的报应, 也考虑蕴涵功利的特殊预防, 并以报应作为刑罚目的主要方面, 因此当两者发生冲突时, 就法律价值而言, 正义是它的生命, 只有在正义的前提下追求功利才是合理的。在报应与功利具有绝对不可调和的冲突的情况下, 法律只能舍弃功利而服从公正。因此, 罪刑均衡与刑罚个别化的关系应当是: 罪刑均衡居于主导地位, 刑罚个别化居于辅助的地位, 刑罚个别化只有在罪刑均衡的前提下才具有合理性。

当然, 在一般预防的价值和特殊预防的需要不存在根本性矛盾的时候, 我们同样需要呼唤个体正义的回归。在实践中对于未成年人司法制度的改革, 对于社区矫正的推行都体现了我国刑罚对于个体犯罪预防的追求, 即对现代刑事实证主义的借鉴。同时, 笔者认为《意见》中明确激情犯罪对于人身危险性的考察, 也正是我国刑罚个别化从隐形逐渐走到幕前的信号。

六、结论

李斯特曾经说过, 刑法不仅是善良人的大宪章, 亦是犯罪人的大宪章。刑法学家陈兴良也认为刑法是一种不得已的恶, 刑罚权必须用之得当。要让这部宪章用之得当, 就必须探究刑罚实施的依据问题。有了罪刑相均衡原则, 我们就不致使对于社会危害性高一级的犯罪受到低一级的惩罚, 我们就有了一把衡量自由和暴政潜在程度的共同标尺。^①但是, 罪刑均衡原则仅仅让刑事法律成为一部具有确定性的保护善良公民的法律, 却不足以成为保护犯罪人的大宪章。如果刑事立法不考虑行为人的个体情况, 而仅仅机械的坚持社会责任论, 刑罚就会失去其特殊预防的作用。对于激情犯罪人的人身危险性的考量, 本身既体现了对于犯罪人的矫正, 也正体现了刑罚对于未然之罪的前瞻性。因而坚持刑罚个别化与罪刑均衡原则相结合, 才能实现刑罚双重预防的作用。

同时, 刑罚也应该体现报应主义和功利主义的融合, 即社会的公正价值和功利性要求的统一。报应主义主张公民处在罪刑法定的严格镣铐之下, 而功利主义对于人权和实质正义的追求也是刑法的功能之一。不仅对于激情犯罪人的刑事责任确定有两种价值统一的要求, 对于任何刑罚的适用都应当以此为目标。如此, 才能实现“用之得当, 则公民和社会两受益的目标”。因此笔者认为, 《意见》第22条的确定, 标志着我国刑罚原则进步的立场。如在未来激情犯罪走入我国刑法典, 刑罚个别化在我国刑罚原则的重要地位就会更深刻的体现。

参考文献:

1. 陈兴良: “基因的奴隶——龙勃罗梭论”, 载《比较法研究》, 1994年第1期;
2. 【意】菲利: 《实证派犯罪学》, 中国政法大学出版社1986年版;

^① 贝卡利亚: 《论犯罪与刑罚》, 中国大百科全书出版社2003年版。

3. 徐久生、庄敬华译：《德国刑法典》，中国法制出版社 2000 年版；
4. 徐久生、庄敬华译：《瑞士联邦刑法典》，中国方正出版社 2004 年版；
5. 夏勇：“解读中外‘激情犯罪’——‘药家鑫杀人案’引出的话题”，载《法学》2011 年第 5 期；
6. 【美】史蒂文·L. 纽曼伊尔：《刑法》，中信出版社 2003 年版；
7. 夏勇：“解读中外‘激情犯罪’——‘药家鑫杀人案’引出的话题”，载《法学》2011 年第 5 期；
8. 林山田：《刑法特论》(上)，三民书局民国 1987 年版；
9. 【日】大冢仁：《犯罪论基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版；
10. 陈兴良：《刑法的人性基础》，中国方正出版社 1996 年版；
12. 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 1997 年版；
13. 马荣春：“人身危险性之界定及其与主观恶性、社会危险性的关系”，载《华南师范大学学报》2010 年第 5 期；
14. 邱兴隆，许章润：《刑罚学》，中国政法大学出版社 1999 版；
15. 梁华仁、王洪林：“试论刑罚个别化的根据”，载《时代法学》2004 年第 2 期；
16. 麦考密克、魏因贝格尔：《制度法论》，中国政法大学出版社第一版；
17. 房绪兴、黄明月：“罪刑均衡和刑罚个别化”，载《辽宁师范大学学报》第 28 卷第 2 期；
18. 参见贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社 2003 年版；
19. 曲新久主编：《刑法学》，中国政法大学出版社第三版；
20. 陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社 1997 年版。

(本文为第十届“学术十星”获奖作品 责任编辑：刘颖坤)

GATT1994 第 20 条 (g) 款研究

——兼论中国稀土抗辩方案

朱颖

(中国政法大学 国际法学院 2009 级)

摘要: 2012年3月13日,美国、欧盟、日本针对中国稀土、钨和钼的出口限制措施提出磋商请求,这标志着中国继“原材料出口限制案”后,第二次在WTO体制下应对关于原材料出口措施的争端。在之前的“原材料出口限制案”中,中国曾援用第20条(g)款作为重要抗辩依据,但以失败告终。本文通过对GATT时期和WTO时期涉及第20条(g)款的九个案件的比较研究,详细分析第20条(g)款中的三项争议点,并分别总结上述争议点的举证论证方法,从而为中国稀土的抗辩方案提供设想。

关键词: 可用尽的自然资源 与保护有关 一同实施 出口配额

一、序言

2012年3月13日,美国、欧盟、日本针对中国稀土、钨和钼的出口限制措施提出磋商请求,其矛头指向中国对上述稀有金属实施的出口税、出口配额以及相关出口管理程序。在磋商请求书中,美国、欧盟和日本列举了中国31项涉案措施以及其他未公布的涉案措施,并认为这些措施违反了GATT1994第7条、第8条、第10条和第11条,《中国入世议定书》第一部分第1条第2款、第2条第1款第2项、第2条第3款第1项、第5条第1款和第2款、第7条第2款、第8条第2款、第11条第3款以及《中国加入工作组报告书》第83段、第84段、第162段和第165段。^①

上述磋商请求与之前“美国、欧盟、墨西哥诉中国原材料出口限制措施案”(以下简称“原材料出口限制案”)中的诉讼请求基本相同。在“原材料出口限制案”的专家组审理阶段,中国曾援用GATT1994第20条(g)款为耐火级矾土、氟石的出口税和出口配额进行抗辩,该条款规定:“在遵守关于此类措施的实施且不在情形相同的成员之间构成任意或不合理歧视的手段,或构成对国际贸易的变相限制的要求前提下,本协定的任何规定不得解释为阻止任何缔约方采取或实施以下措施:(g)与保护可用尽的自然资源有关的措施,如此类措施与限制国内生产或消费一同实施。”但专家组认定中国不能援用第20条(g)款为出

^① See Request for Consultations by the United States, China--Measures related to the Exportation of Rare earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS431/1 (March 15, 2012), pp.2-5. Request for Consultations by the European Union, China--Measures related to the Exportation of Rare earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS432/1 (March 15, 2012), pp.2-5. Request for Consultations by Japan, China--Measures related to the Exportation of Rare earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS433/1 (March 15, 2012), pp.2-5.

口税抗辩,而且中国被诉的出口税和出口配额措施未能满足第20条(g)款的要求。中国提出上诉后,上诉机构在第20条(g)款援引方面仅纠正了专家组对于“一同实施”这一短语的解释。2012年2月22日,该案上诉机构报告获得通过,标志着中国第一次援引第20条(g)款以失败告终。

“原材料出口限制案”的败诉无疑对中国在“美国、欧盟、日本诉中国稀土、钨和钼出口限制案”(以下简称“稀土、钨和钼出口案”)中的抗辩产生不利影响,但这并不意味着中国丧失了成功援引GATT1994第20条(g)款的可能。回顾GATT时期和WTO时期,涉及第20条(g)款的案件共有九个^①,在这些案件中,第20条(g)款的主要争议点有三:其一,“措施”的界定;其二,措施是否满足“与保护可用尽的自然资源有关”;其三,措施是否满足“与限制国内生产或消费一同实施”。下文将结合有关案例对上述争议点逐一分析,总结每一个争议点的举证论证方法,并为中国在稀土出口措施方面援引GATT1994第20条(g)款提供具体抗辩方案。

二、“措施”的界定

第20条(g)款的文本将该款用以抗辩的对象表述为“措施”(measures)。正确理解“措施”一词对于援引方而言至关重要,因为这是证明第20条(g)款各项要件的基础。只有明确“措施”的内涵和外延,援引方才能对“措施与保护可用尽的自然资源有关”以及“措施与限制国内生产或消费一同实施”两个要件加以论证。而关于“措施”一词的界定,无论在GATT时期还是WTO时期都曾发生过争议,例如,此处的“措施”指的是援引方所实施的一整套涉案措施,还是专指已经被裁定违反WTO规则的具体措施?此处的“措施”指的是违反WTO规则的措施,还是指已经被专家组或上诉机构定性的违反结果?对于上述争议,专家组和上诉机构已经作出了明确回答。

(一)“措施”专指“违反措施”

在GATT时期“第二金枪鱼案”^②中,专家组指出,第20条(g)款中的“措施”指的是“违反总协定义务的特定措施”^③。同样,在WTO时期“汽油标准案”^④中,专家组

^① GATT时期涉及第20条(g)款的案件共有五个,分别为:“美国一金枪鱼案”(United States--Prohibition of Tuna and Tuna Products from Canada, 29S/91),“鲱鱼和鲑鱼案”(Canada--Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, 35S/98),“第一金枪鱼案”(United States--Restrictions on Imports of Tuna, 39S/155),“第二金枪鱼案”(United States--Restrictions on Imports of Tuna, DS29),“美国汽车税案”(United States--Taxes on Automobiles, DS31);WTO时期涉及第20条(g)款的案件共有四个,分别为:“汽油标准案”(United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2),“第一龙虾—海龟案”(United States--Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58),“第二龙虾—海龟案”(United States--Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58),“原材料出口限制案”(China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394, WT/DS395, WT/DS398)。

^② “第二金枪鱼案”(United States--Restrictions on Imports of Tuna, DS29)简介:GATT时期“第一金枪鱼案”不久,美国出台贸易措施:如果一国的金枪鱼或金枪鱼产品是进口自《海洋哺乳动物保护法》(MMPA)所禁止出口金枪鱼到美国的国家,则禁止该国的金枪鱼或金枪鱼制品出口到美国。对此,在1992年,欧共体和荷兰向GATT争端解决机制提起诉讼,美国援引第20条(g)款进行抗辩。最终专家组裁定美国援引失败,但该专家组报告未获通过。

^③ See Report of the Panel, United States--Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R (June 16, 1994), para.5.12.

^④ “汽油标准案”(United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2)简介:美国依据其1990年修订的《清洁空气法》,制定了实施该法并监控汽油燃烧所造成的大气污染的“汽油规

在考虑将要审查的“措施”是整个汽油规则还是汽油规则中关于基准确立的特别条款时,认为“要在第20条下分析的措施,就是违反第3条第4款的同一措施。”^①上诉机构维持了这一解释,把“措施”限定为违反GATT的措施。^②因此应当明确,第20条(g)款审查的“措施”并非援用方实施的与第20条(g)款有关的全部措施,而是专指违反措施。当然,在援用方抗辩时,关于哪些措施是“违反措施”还未裁定,这就要求援用方将论证对象局限于被诉的违反措施,而非列举所有相关措施。

据此,笔者认为,在未来可能面临的“稀土、钨和钼出口案”的专家组审查中,中国援用第20条(g)款抗辩的对象应当明确限定在具体的违反条款上,如2011年对稀土实施的30184吨出口配额,而不能将“措施”理解为整个稀土出口配额制度,否则极易在之后证明“措施与可用尽的自然资源有关”和“措施与限制国内生产或消费一同实施”时因偷换概念而导致论证失败。

(二)“措施”不同于“违反结果”

在明确了第20条(g)款的“措施”专指“违反措施”后,援用方还应注意,此处的“违反措施”不同于“违反结果”,这一观点体现在“汽油标准案”上诉机构对专家组的纠正中。在该案中,专家组在论证“与保护可用尽的自然资源有关”时使用了“较不利待遇”一词来代替“措施”,而“较不利待遇”是专家组在审理该措施是否违反GATT1994第3条第4款后得出的结论。因此,上诉机构认为,专家组错把违反第3条第4款的法律结果(“较不利待遇”)当作“措施”(即基准确立规则)在第20条(g)款下审查。^③考虑到援用方会尽力证明其措施并未违反WTO法律义务,上述区分对于援用方来说似乎意义不大。但如果援用方承认其违反WTO法律义务,而后援用第20条(g)款对此抗辩,则应注意不能混淆“违反措施”和“违反结果”。

因此,如果中国在“稀土、钨和钼出口案”中承认中国实施的出口配额违反了GATT1994关于一般性取消数量限制的规定,但希望援用第20条(g)款进行抗辩,则应明确中国抗辩的对象是违反一般性取消数量限制的出口配额措施,而不是该措施所造成的限制贸易的后果。

三、何为“与保护可用尽的自然资源有关”

在明确“措施”的含义后,援用方接下来的证明任务有二:其一是证明措施“与保护可用尽的自然资源有关”(relating to the conservation of exhaustible natural resources),其二是证明措施“与限制国内生产或消费一同实施”(made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption)。针对前者,在GATT时期和WTO时期

则”。该规则认定美国九个大城市区域为不合格区域,在这些区域只能销售精炼汽油,在其他地区才允许销售常规汽油。该规则还为一种汽油是否为精炼汽油规定了具体标准,即基准确立规则。基准确立规则包含三种可选的基准确立方式,但选择的顺序却有利于国内汽油生产商,不利于国外汽油生产商。因此,1995年3月,委内瑞拉和巴西向WTO提起诉讼,认为基准确立规则违反了GATT。美国援用第20条(g)款进行抗辩。专家组经审查认为该措施不符合第20条(g)款要求。美国提起上诉。上诉机构认为该措施符合第20条(g)款要求,但不符合序言要求。

^① See Appellate Body Report, United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R (April 29, 1996), p.11.

^② Id. p.11.

^③ Id. p.11.

均存在两方面争议,一是“可用尽的自然资源”的范围究竟几何,二是“与保护有关”的门槛到底多高,针对这两方面问题,不同专家组和上诉机构的解释不尽相同,下文将分别予以论述。

(一)“可用尽的自然资源”的范围

第20条(g)款要求系争措施需与保护“可用尽的自然资源”有关,因此,“可用尽的自然资源”的范围决定着第20条(g)款的适用范围。在GATT时期和WTO时期有关案例中,关于“可用尽的自然资源”的范围存在诸多争议,主要争议点有三:首先,“可用尽”所要求的具体程度是什么;其次,“可用尽的自然资源”是否包括生物资源;再次,“可用尽的自然资源”是否包括域外资源。下文将根据专家组和上诉机构的解释,对上述争议逐一厘清。

1. “可用尽的自然资源”指“可能用尽”的自然资源

第20条(g)款的文本将援用方所要保护的自然资源限定于“可用尽的”自然资源,但此处的“可用尽”具体程度几何,第20条(g)款并无进一步说明。在“第二金枪鱼案”中,专家组在考虑海豚是否属于“可用尽的自然资源”时,认为海豚可能被用尽即可,而不要求其目前的余量已被耗尽。^①同样,在“汽油标准案”中,专家组把“可用尽的自然资源”解释为“可耗尽的”的自然资源,并因此认为清洁空气属于“可用尽的自然资源”,上诉机构对此没有异议。^②

由此可见,“可用尽”这一短语所要求的程度仅为“可能用尽”,换句话说,只要某种自然资源存在被用尽的可能性,即为“可用尽的自然资源”。这种解释相当宽松,以至于“清洁空气”都被纳入了“可用尽的自然资源”的范围。笔者认为,在环境问题日益凸显的今天,如此宽松的审查固然有利于第20条(g)款下自然资源保护目的的实现,但也使得无所不包的“可用尽的自然资源”存在虚设之嫌。

2. “可用尽的自然资源”包括生物资源

在GATT时期和WTO时期的案例中,第20条(g)款的援用方宣称其要保护的对象不仅包括非生物资源,如清洁空气和原材料,还包括生物资源,如“第一金枪鱼案”“第二金枪鱼案”中美国声称保护的海豚和“第一龙虾—海龟案”“第二龙虾—海龟案”中美国声称保护的海龟。在“第一龙虾—海龟案”^③中,争议双方就“可用尽的自然资源”是否包括生物资源产生了争议。申诉方认为,生物资源是可再生的,因此不属于可用尽的自然资源。但上诉机构否定了这一观点,上诉机构指出:“从文本上看,第20条(g)款不限于‘矿

^① See Report of the Panel, United States--Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R (June 16, 1994), para.5.13.

^② See Appellate Body Report, United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R (April 29, 1996), p.12.

^③ “第一龙虾—海龟案”(United States--Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58)简介:美国国务院于1996年4月颁布609条款实施指导细则,要求所有国家在有海龟栖息的水域中捕捞的龙虾只有在证明捕虾拖网船上安装了TEDs(海龟逃生装置)后才能向美国出口,即禁止在捕虾时没有安装和使用TEDs的捕虾船所捕捞的龙虾进入美国。1996年5月,美国以印度、巴基斯坦和马来西亚部分国内出口商未采用TEDs为由,禁止从这三个国家进口龙虾。为此,在1998年,印度、马来西亚、巴基斯坦和泰国向WTO提起诉讼,美国援用第20条(g)款进行抗辩。专家组认为该措施不符合第20条序言要求,因此没有对第20条(g)款进行审查。上诉机构推翻了专家组的审查顺序,认为该措施符合第20条(g)款要求,但不符合序言要求。

产’或‘非生物’自然资源的保护。我们不认为‘可用尽的’自然资源与‘可再生的’自然资源之间是互相排斥的。”最终,上诉机构认为可用尽的自然资源包括生物和非生物资源。

①

作为WTO最近一起援用第20条(g)款保护生物资源的案例,该案中上诉机构的解释无疑具有重要的指导作用。值得注意的是,虽然上诉机构的结论源于严格的文义解释,但将生物资源纳入“可用尽的自然资源”也实现了与第20条(g)款的制定目的相契合,使得这种解读更加具有信服力。

3. “可用尽的自然资源”可以包括域外资源

关于“可用尽的自然资源”是否包括域外资源,GATT时期和WTO时期存在不同结论。首次提出这一问题是在GATT时期“第一金枪鱼案”^②中,该案专家组支持申诉方意见,认为“可用尽的自然资源”仅限于一国管辖权范围内的自然资源^③。但在“第二金枪鱼案”中,专家组否认了这一结论。在查阅了第20条(g)款文本、总协定其他条款以及一般国际法,并参考了以往专家组的意见之后,专家组认为,没有正当理由表明第20条(g)款只适用于保护位于援用该条的缔约方领土范围内的可用尽的自然资源,因此专家组认为“可用尽的自然资源”包括域外资源。^④

WTO时期的“第一龙虾—海龟案”同样涉及这一问题,面对GATT时期关于该问题的矛盾裁定,上诉机构在考虑援用方管辖范围外的海龟是否属于“可用尽的自然资源”时,声明不对“第20条(g)款是否存在暗示的管辖权的限制,以及如果有的话,限制的性质和程度是什么”这一问题发表意见,但上诉机构注意到这些涉案海龟品种均被发现出现在美国水域中,而且无论是上诉人还是被上诉人都不能主张对这些海龟拥有专属管辖权,因此,上诉机构认为:“在本案所审理的特定情况中,回游的、濒临灭绝的海洋生物和美国之间存在充分联系”。正基于此,上诉机构最终认定美国保护的海龟属于第20条(g)款中“可用尽的自然资源”。^⑤

基于上述三个案件,虽然对于“可用尽的自然资源”是否包括域外资源最终没有定论,但根据“第一龙虾—海龟案”的裁定,只要此种域外资源与援用方之间存在“充分联系”,就可认定为其属于第20条(g)款意义下的“可用尽的自然资源”。这种解释使得“可用尽的自然资源”的范围进一步扩大,在满足“充分联系”的条件下,一国完全可以以保护他国资源的名义援用第20条(g)款为本国贸易措施抗辩。

综上所述,从GATT时期到WTO时期,“可用尽的自然资源”的范围基本呈现逐步扩大的趋势。从内涵上看,其对资源的要求仅仅是“可能用尽”,对资源的余量没有要求。从

^① See Appellate Body Report, United States--Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (October 12, 1998), para.128.

^② “第一金枪鱼案”(United States--Restrictions on Imports of Tuna, 39S/155)简介:1991年,美国根据其《海洋哺乳动物保护法》(MMPA)中的某些条款和根据这些条款实施的进口禁令,禁止进口墨西哥的金枪鱼及其制品。墨西哥为此向GATT争端解决机制提起诉讼,认为美国的贸易限制措施违反了GATT1994第11条和第13条。美国援用第20条(g)款进行抗辩。专家组认为美国的规定不符合第20条(g)款,但该报告未获通过。

^③ See Report of the Panel, United States--Restrictions on Imports of Tuna, 39S/155/R (September 3, 1991), para.5.31.

^④ See Report of the Panel, United States--Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R (June 16, 1994), paras.5.15-5.20.

^⑤ See Appellate Body Report, United States--Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (October 12, 1998), para.133.

外延上看,其不仅包括非生物资源,还包括生物资源;不仅包括援用方域内的资源,在一定条件下也包括援用方管辖范围以外的资源。笔者认为,这对中国在“稀土、钨、钼出口案”中的论证十分有利,即中国在证明稀土、钨、钼属于“可用尽的自然资源”时,无需举证上述资源目前储量不足或即将用竭,中国仅需证明上述资源“可能用尽”即可,而这显然是不证自明的。

(二)“与保护有关”的含义

在证明存在“可用尽的自然资源”之后,第20条(g)款的援用方还需证明系争措施与“与保护可用尽的自然资源有关”,而如何确定“与保护有关”(relating to the conservation)的门槛,这在GATT时期和WTO时期所有涉及第20条(g)款的案件中均成为了当事方的重要争议点。从GATT时期到WTO时期,“与保护有关”的审查标准经历了从有名无实到逐步落实的过程,下文将对这一过程予以详细阐述。

1.GATT时期:“主要目的在于”之名与自由裁量之实

在GATT时期,“与保护有关”的审查涉及三个案件——“鲱鱼和鲑鱼案”“第一金枪鱼案”和“第二金枪鱼案”,其中,“鲱鱼和鲑鱼案”最先将“与保护有关”的审查标准确立为“主要目的在于保护”,这种解释被后两个案件所沿袭。但是,由于这一标准十分模糊且难于操作,因此无论是“鲱鱼和鲑鱼案”中,还是在之后的“第一金枪鱼案”和“第二金枪鱼案”中,专家组的审查实际上几乎完全依赖自由裁量。

(1)“鲱鱼和鲑鱼案”:“有关”即为“主要目的在于”

第一次对“与保护有关”进行解释是在GATT时期的“鲱鱼和鲑鱼案”^①中。该案专家组首先将“有关”与“必要”进行区分,认为“‘有关’不仅包含‘必要’的措施,还包括更大范围的措施”。^②至于如何限定“有关”的范围,专家组运用了目的解释:“总协定中列入第20条(g)款的目的是为了扩大用于实现贸易政策的措施的范围,而仅仅是确保总协定下的义务不阻碍旨在保护可用尽的自然资源的政策的实现。因此,专家组认为,虽然一项贸易措施不需要对于保护可用尽的自然资源来说是必要的,但它必须主要目的在于(primarily aimed at)保护可用尽的自然资源,这样才能被认定为第20条(g)款意义下的与保护‘有关’。”^③

“鲱鱼和鲑鱼案”专家组的解释显然提高了“与保护有关”的门槛,与该短语的一般含义不符。而且,由于专家组并未对“主要目的在于”的具体审查标准作出解释,后来的“第一金枪鱼案”和“第二金枪鱼案”对这一短语的理解和适用各不相同,造成专家组的自由裁量范围极大。

(2)“第一金枪鱼案”和“第二金枪鱼案”:可预知性和合目的性

在“第一金枪鱼案”中,专家组认为,鉴于美国向墨西哥要求的海豚捕获率最高限额是与同一时期美国的实际捕获率挂钩的,因而墨西哥无法预知其捕获率是否因超过最高限额而违反美国法。因此,“一项基于如此无法预测的情况的贸易限制不能被认为是‘主要目

^① “鲱鱼和鲑鱼案”(Canada--Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, 35S/98)简介:1986年,加拿大根据其1970年渔业法对未加工的鲱鱼和鲑鱼实施出口限制。美国为此向GATT争端解决机制提起诉讼,认为该措施违反了GATT1994第11条第1款。加拿大援用第20条(g)款进行抗辩,专家组认为加拿大不能根据第20条(g)款证明其出口限制合法。

^② See Report of the Panel, Canada--Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, 35S/98/R (March 22, 1988), para.4.6.

^③ Id. para.4.6.

的在于’保护海豚”。^①可见,专家组将“可预知性”作为一项措施符合“主要目的在于”的条件,但这其中的逻辑关系似乎并不明显,可能的解释是专家组认为不具有“可预知性”的措施不可能起到限制墨西哥捕获海豚的效果,因而不可能达到保护的目,故并非“主要目的在于”保护海豚。如果上述解释成立,就意味着专家组在审查“主要目的在于”时,实际上纳入了对措施的效果审查。

而在“第二金枪鱼案”中,专家组的审查标准又发生了改变。该案专家组认为,美国的中间国禁令要想达到预期效果,只能通过中间国的进口来源国改变其保护政策来实现,而这种通过采取贸易措施来迫使其他缔约方改变他们管辖权内的政策的行为会严重损害总协定下缔约方之间权利和义务的平衡,专家组认为,这不符合第20条(g)款制定的目的。^②因此,其得出结论:“在第20条(g)款的含义下,迫使其他国家改变他们的政策且只有在这些改变发生时才有效的措施……不是主要目的在于保护一种可用尽的自然资源。”^③可见,专家组将一项措施是否符合第20条(g)款的制定目的作为其是否符合“主要目的在于”的标准,这种审查方法几乎与“主要目的在于”的含义毫无关联。

综合GATT时期对“与保护有关”的审查,笔者认为,虽然早在“鲱鱼和鲑鱼案”中就确立了“主要目的在于保护”这一审查标准,并且之后的案件也一再重申这一标准,但由于该标准表述模糊并且难以操作,事实上各案中专家组对“与保护有关”的审查仍然完全基于自由裁量,并无统一确定的标准。但审查标准不统一并不意味着之前的审查不具有借鉴意义,因为专家组实际上的考量因素是一脉相承的,例如其对措施效果性的关注就一直影响至今。

2.WTO时期:逐渐细化的标准和渐为宽松的审查

不同于GATT时期的完全自由裁量,WTO时期的“汽油标准案”和“第一龙虾—海龟案”将“与保护有关”的审查标准逐步细化,在“主要目的在于”的基础上,逐步发展为“存在充分联系”,再发展为“目的与手段之间存在紧密且真实的联系”,而之后的“原材料出口限制案”更是在审查中直接采用了“目的与手段之间存在紧密且真实的联系”这一标准,使得该标准在适用过程中愈发明确具体。

(1)“汽油标准案”:“主要目的在于”要求“充分联系”

在“汽油标准案”中,鉴于当事方均同意使用“主要目的在于”作为审查“有关”的标准,上诉机构认为没有必要再审查这一观点,但上诉机构特别指出了这一标准的局限性:“‘主要目的在于’这一短语本身并非条约语言,且没有被设计为对是否符合第20条(g)款的简单的立见分晓的检验方法(litmus test)”。^④在具体审查中,上诉机构认为:“设立基准确立规则,无论是个人的还是法定的,都是为了允许对精炼者,进口者和混合者的审查和监督,以达到‘不退化’的要求。没有某种基准,就不可能进行审查,汽油规则的目的——稳定并阻止1990年普遍空气污染程度的进一步恶化——就会实质性落空。考虑到这一充分联系,上诉机构认为,基准确立规则并非仅仅附带地或无意地目的在于保护美国的清

^① See Report of the Panel, United States--Restrictions on Imports of Tuna, 39S/155/R (September 3, 1991), para.5.34.

^② See Report of the Panel, United States--Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R (June 16, 1994), paras.5.23-5.26.

^③ Id. para.5.27.

^④ See Appellate Body Report, United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R (April 29, 1996), p.16.

洁空气,而是为了第20条(g)款的目的。”^①上诉机构还在审查“与限制国内生产或消费一同实施”时强调,虽然不要求对措施进行“实证效果检测”(empirical effects test),但“如果一项措施在任何可能的情况下都不会对保护目标产生积极效果,就很可能是因为这项措施从一开始就没有被设计为保护规定。换句话说,它根本就不是‘主要目的在于’保护自然资源”。^②

从该案可以看出,上诉机构已经认识到了“主要目的在于”在适用上的灵活性和不确定性,所以将其具体化为措施和保护目标之间的“充分联系”,并将“并非仅仅附带地或无意地目的在于”和“措施可能产生保护效果”作为措施符合“主要目的在于”保护自然资源的必要条件。但是,本案中措施和保护目标之间的“充分联系”是通过证明措施对于实现保护目标的必要性而得出的,属于“举重明轻”,至于“充分联系”的具体门槛,上诉机构没有在该案中作出解释,而是在之后的“第一龙虾—海龟案”加以阐明。

(2)“第一龙虾—海龟案”:“手段与目的之间紧密且真实的联系”

在“第一龙虾—海龟案”中,上诉机构将“汽油标准案”中的“充分联系”解释为“目的和手段之间紧密且真实的联系”(a close and genuine relationship of ends and means)^③。上诉机构认为,要审查措施是否与保护有关,必须审查“系争措施的整体结构和设计与其旨在达到的政策目标(即保护海龟)之间的联系”^④。在具体审查中,上诉机构认为“609条款在其整体设计和结构上没有简单地全面禁止龙虾进口而不考虑(或缺少考虑)捕获方式对附带捕获和海龟死亡率的影响”^⑤,而且“609条款及其实施方针似乎没有不合比例地扩大其范围以达到涉及保护海龟品种的政策目标,其手段在大体上与目的合理联系”^⑥。因此上诉机构得出结论:“在609条款和保护可用尽的且在事实上濒临灭绝的物种的合法政策之间的手段和目的的联系,显然是一个紧密且真实的联系,是一个与汽油标准案中EPA基准确立规则和保护美国清洁空气之间同样‘充分’的联系。”^⑦

该案中,上诉机构将“充分联系”解释为“紧密且真实的联系”,并对“紧密且真实”规定了并不严苛的门槛——只要“手段在大体上与目的合理联系”即可。虽然上诉机构没有明确阐述“合理联系”的判定标准,但根据上诉机构的论证可推断出以下两项要求:一方面,措施须在整体设计和结构上体现出保护自然资源的考虑;另一方面,措施应符合狭义比例原则。这无疑使得“与保护有关”的审查更为明确、更易实施,也因而成为了“原材料出口限制案”中直接适用该标准进行审查的原因。

(3)“原材料出口限制案”:存在保护政策并且措施可能产生保护效果

在“原材料出口限制案”中,专家组首先援引了“汽油标准案”和“第一龙虾—海龟案”中上诉机构对“有关”的解释,并最终“是否存在手段与目的之间紧密且真实的联系”为标准来审查中国的出口关税和出口配额是否“与保护有关”。^⑧在审查方法上,专家

^① Id. p.16.

^② See Appellate Body Report, United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R (April 29, 1996), p.18.

^③ See Appellate Body Report, United States--Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (October 12, 1998), para.136.

^④ Id. para.137.

^⑤ Id. para.141.

^⑥ Id. para.141.

^⑦ Id. para.141.

^⑧ See Report of the Panel, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R,

组认为：“为判断一项系争出口限制是否与保护有关，专家组应对措施本身的文本、措施的设计与结构以及措施的语境进行审查。”^①遗憾的是，中国耐火级矾土出口配额和氟石出口关税的措施文本并未提及保护自然资源的目的，因而不能从措施本身看出其与保护自然资源有关。明确该点之后，专家组分两方面对系争措施是否与保护耐火级矾土和氟石有关进行了审查。

专家组首先对中国列举的证据进行审查。在举证中，中国向专家组列举了13项措施，其中包括《矿产资源法》《环境保护法》《全国矿产资源规划（2008～2015年）》等9项2009年之前颁布的措施，以及4项2010年颁布的措施。中国希望通过这13项措施证明中国存在对耐火级矾土和氟石的保护政策，且系争出口配额和出口关税与上述保护政策有关。但是，专家组通过审查否定了上述证据。对于2010年（即专家组设立之后）颁布的措施，专家组未进行审查。对于2009年之前颁布的措施，专家组认为这些措施均不构成对耐火级矾土和氟石的保护政策，虽然否定理由各不相同，但可归纳为以下三点：其一，措施并未提及耐火级矾土或氟石，如《矿产资源法》《矿产资源开采登记管理办法》的文本中并未提及耐火级矾土或氟石；其二，措施与保护目的无关或者没有提出对耐火级矾土或氟石的具体保护政策，如《国务院办公厅转发国土资源等部门对矿产资源开发进行整合意见的通知》的目的在于提高资源开采率，而不在于保护自然资源，《全国矿产资源规划（2008～2015年）》虽然规定了氟石的开采限制，但并未论述对氟石和矾土的具体保护政策；其三，措施针对未来而非现在，如专家组认为《全国矿产资源规划（2008～2015年）》言及未来限制，而不涉及当前限制。^②

在认定中国列举的证据不能证明中国存在针对涉案原材料的保护政策后，专家组又对中国的论证进行审查。中国认为出口限制能降低资源的国外需求，进而降低国内产量，并因此减少资源的开采，但专家组根据调查数据发现，虽然实施了出口限制，但中国耐火级矾土和氟石的开采量事实上增加了。^③而且，专家组认为出口限制导致下游部门的需求增长，故可能对长远保护产生不利影响。对此中国进行了辩解，认为已实施开采和生产最高限额能阻止这一后果，但专家组通过数据证明了中国所设最高限额高于目前实际开采量，因此不能起到限制效果。^④此外，专家组还认为配额和税的设立方式与保护目的之间没有明确关联：“中国不能解释氟石15%的税率会对其存在期限产生何种影响，中国也不能解释氟石延长的存在期限怎样满足其可持续发展的考虑”^⑤；而针对中国“对耐火级矾土适用出口配额的目的在于确保限制，防止国外需求激增”这一说法，专家组则指出“中国没有提供任何证据以支持任何除了耐火级矾土的稳定需求以外的事实”^⑥。上述陈述明显反映出专家组对措施能否产生保护效果的考虑，这与“汽油标准案”中上诉机构的意见相契合，即“如果一项措施在任何可能的情况下都不会对保护目标产生积极效果，就很可能就是因为这项措施在一开始就没有被设计为保护规定。换句话说，它根本就不是‘主要目的在

WT/DS395/R, WT/DS398/R (July 5, 2011), paras.7.370 and 7.416.

^① Id. para.7.418.

^② See Report of the Panel, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (July 5, 2011), paras.7.419-7.426.

^③ Id. para.7.429.

^④ Id. paras.7.427-7.431.

^⑤ Id. para.7.432.

^⑥ Id. para.7.432.

于’保护自然资源”。^①

专家组的审查逻辑十分明显,即通过中国的举证论证,首先审查中国是否存在针对涉案原材料的保护政策,继而审查中国的出口限制措施是否与保护政策之间存在“紧密且真实的联系”。至于“紧密且真实的联系”的认定标准,该案专家组要求中国的出口限制至少需要“有可能起到保护效果”。遗憾的是,中国并没有提供充分证据证明中国的出口限制措施具备这种可能性,与此相反,专家组甚至通过经济学推理,得出了中国的出口限制措施对保护资源具有不利影响的结论。

纵观 GATT 时期和 WTO 时期的案件,虽然“与保护有关”已经被解释为“主要目的在于保护”,并且被逐步细化为“手段与目的之间存在紧密且真实的联系”,但专家组和上诉机构仍享有较大的自由裁量权。即便如此,以往案件仍然具有巨大的借鉴价值,因为专家组和上诉机构的考察因素在很多情况下是相似的,甚至是一脉相承的。总结上述案件,笔者认为,在可能面临的“稀土、钨和钼出口案”的专家组审查程序中,为证明出口限制措施与保护上述资源有关,需证明出口限制措施与保护稀土、钨和钼之间存在紧密且真实的联系。具体的论证应分为以下两步:首先,中国存在针对稀土、钨和钼的保护政策。该保护政策需明确提及对稀土、钨和钼的保护,并且该保护政策的颁布时间应当先于被诉的出口限制措施或者该保护政策与出口限制措施同时施行。其次,出口限制措施的整体设计和结构与保护政策之间“大体上存在合理联系”。中国可以通过以下方式证明:在目的上,出口限制措施的主要(而非偶然或无意的)目的是保护可用尽的稀土、钨和钼;在内容上,出口限制措施的整体设计和结构反映出其保护目的;在效果上,出口限制措施可以达到保护稀土、钨和钼的效果;在合理性上,出口限制措施符合狭义比例原则。其中,效果论证是最重要的,也是最具有说服力的,中国应当着重收集出口限制措施具有保护资源效果的数据,例如,出口配额实施后,国内稀土、钨和钼开采量相对减少,或者出口配额的资格审查使得资源利用率提高,从而减少了稀土、钨和钼资源的浪费,保护了上述可用尽的自然资源等等。

四、何为“与限制国内生产或消费一同实施”

作为第20条(g)款审查的最后一道关卡,“与限制国内生产或消费一同实施”(made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption)一直是GATT时期和WTO时期第20条(g)款审查的重点。在该项要件中,对“国内生产或消费”的认定不曾存在争议,“或”这一连接词意味着满足二者之一即可。而该要件中的其他短语,即“限制”和“一同实施”,在GATT时期和WTO时期都曾引发过争议。专家组和上诉机构对这两个短语的解释在GATT时期和WTO时期呈现出不同的发展过程,其中,对“限制”的解释不断趋严,逐步细化为客体、时间和效果三项要求;而对“一同实施”的解释则逐步放宽,由原来较为严苛的目的解释发展为较为宽松的文义解释。下文将对这两个争议点的发展过程分别予以论述。

(一)“限制”的含义

第20条(g)款中的“限制”(restrictions)是指针对国内生产或消费的限制,即“国

^① Id. para.7.432.

内限制”。对于“限制”一词的含义，GATT时期和WTO时期的专家组均进行了阐释和分析，并在个案中对是否满足“限制”一词予以审查。综合各案专家组的审查逻辑，笔者认为，各时期专家组对“限制”一词的解释可以概括为以下三方面要求：客体要求、时间要求和效果要求。

1. “限制”的客体要求

所谓“限制”的客体要求，是指国内限制的客体必须完全涵盖贸易限制的客体。这一要求最早体现在GATT时期的“美国—金枪鱼案”^①中，该案专家组认为美国贸易限制的金枪鱼种类多于其国内限制的种类，因而认为其不符合“与限制国内生产或消费一同实施”。专家组明确指出：“美国采取的行为适用于加拿大所有金枪鱼和金枪鱼制品的进口，且美国可以在不同时期对IATTC（美洲热带鲔鱼委员会）和ICCAT（大西洋鲔类资源保育委员会）所涵盖的金枪鱼物种实施限制。然而，其对国内生产（捕捞）的限制到目前为止只适用于太平洋黄鳍金枪鱼和大西洋黄鳍金枪鱼、蓝鳍金枪鱼及大眼金枪鱼，而没有限制其他种类的金枪鱼，例如长鳍金枪鱼的捕捞和生产。”^②

由此可知，为证明贸易限制与国内限制一同实施，首先需要证明贸易限制的所有客体在国内同样被限制，而且根据“美国—金枪鱼案”中专家组的意见，国内外所限制的客体不仅要在大类上相同，在具体的属种上也要保持一致，方能满足“限制”一词的客体要求。这对中国的启示是，在“稀土、钨和钼出口案”中，中国不仅需要证明国内稀土、钨和钼的生产或消费被限制，而且要证明国内限制的稀土、钨和钼的具体品种完全涵盖出口限制的具体品种，否则未涵盖的部分就无法满足第20条（g）款的要求。

2. “限制”的时间要求

所谓“限制”的时间要求，是指符合第20条（g）款的国内限制需为当前已经实施的限制，而非将来的限制。早在“美国—金枪鱼案”中，专家组就将国内限制表述为“到目前为止”^③“已经”^④实施的限制。然而，第一次明确强调国内限制的时间要求是在“原材料出口限制案”中。在该案中，为反驳“国内限制并无限制效果”的说法，中国提出“中国的目标并不在于通过2010年的指标降低许可开采水平，而是‘国土资源决定允许一个过渡时期’并且‘可以预见许可开采水平会逐年降低’”，但专家组否定了这一抗辩，理由即是国内限制的时间要求：“为从第20条（g）款的正当化中获益，一成员不能寻求依赖未来的或可能的国内限制；措施也不能虽然在当前确立但却只在未来有效或被预见在未来有效而满足第20条（g）款的条件，因为他们不仅要在当前存在，而且要在当前有效。”^⑤

反观“稀土、钨和钼出口案”，中国同样不能以国内限制的“规划”“计划”“过渡期”作为存在国内限制的证明，因为这些不能满足“限制”的时间要求。而证明限制是在当前

^① “美国—金枪鱼案”(United States--Prohibition of Tuna and Tuna Products from Canada, 29S/91)简介: 1979年, 美国根据其1976年《渔业养护与管理法》205条款禁止进口来自加拿大的金枪鱼及其制品。加拿大为此向GATT争端解决机制提起诉讼, 美国援引GATT第20条(g)款进行抗辩。专家组认为美国的贸易措施不满足第20条(g)款要求。

^② See Report of the Panel, United States--Prohibition of Tuna and Tuna Products from Canada, 29S/91/R (February 22, 1982), para.4.10.

^③ See Report of the Panel, United States--Prohibition of Tuna and Tuna Products from Canada, 29S/91/R (February 22, 1982), para.4.10.

^④ Id. para.4.11.

^⑤ See Report of the Panel, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (July 5, 2011), para.7.455.

实施的最好方法是收集国内限制的时间数据,如指令性生产计划实施的时间表、高资源税实施的税务记录等等,这些时间数据不但可以证明国内限制的时间,还将成为之后证明出口限制与国内限制“一同实施”的有力证据。

3. “限制”的效果要求

在“原材料出口限制案”中,专家组第一次对“限制”一词提出了效果要求。专家组认为:“‘限制’一词的一般理解是有限制效果(has a limiting effect)”。^①该案中,专家组审查“与限制国内生产或消费一同实施”这一要件的重点即为“国内限制是否存在限制效果”。经过审查,专家组否认了中国实施的国内生产限额以及资源税的限制效果,认为虽然中国主张其列举的13项措施“限制或加负担于目前的开采、生产以及其拥有的氟石(耐火级矾土)的利用”,但这些措施并没有事实上限制国内生产或消费。^②

对于中国援引的9项2009年之前颁布的措施,专家组认为,其中有5项并未提及耐火级矾土和氟石,包括《矿产资源法》《环境保护法》《矿产资源开采登记管理办法》以及《2001年全国矿产资源规划》。^③对于《全国矿产资源规划(2008~2015年)》,专家组认为虽然其明确提及耐火级矾土和氟石以及对这些矿产限制开采的目的,但其仅仅言及最终的或未来的限制,而不涉及当前有效的限制。^④而对于其他3项措施,专家组认为《资源税暂行条例》和《资源税暂行条例实施细则》不能起到限制作用,因为“中国没有证明其1%的税率构成了对开采的有效限制”;《矿产资源补偿费征收管理规定》也并非是一种对开采或生产的有效限制,因为“有可能因为补偿费率过低而导致不可能限制矿产生产”。^⑤

对于中国列举的2010年颁布的措施,专家组认为市场准入要求不涉及开采或生产的限制,而对开采最高限额的规定虽然涉及生产限制,但专家组认为其事实上不可能限制生产,因为提交的数据表明该最高限额高于目前的开采量。^⑥在审查出口限制和国内限制是否无偏倚时,专家组同样考察了国内措施的限制效果。专家组认为“只有通过生产量和出口限额使国内需求大于国内经济可获取数量时,国内消费才会被生产限额限制。专家组没有掌握这样的信息,即中国的限额制度确保这总是事实。因此,仅仅存在一项生产限制并不自动表示出口限制和国内限制之间无偏倚”。^⑦

综上所述,为证明存在国内限制,仅仅列举存在有关国内限制的法律法规、政策文件是不够的,援用方必须证明这些纸面上、口头上的“限制”真正起到了限制性效果,而这种效果证明不能单单通过经济学理论来论证,否则极易被推翻。吸取“原材料出口限制案”的教训,在“稀土、钨和钼出口案”中,中国应当提供详实的实证效果数据,以证明中国的国内限制措施起到了限制效果,如提供中国实施稀土专用发票制度后稀土消费量减少的数据,以及对稀土、钨和钼实施高资源税和指令性生产计划后上述资源的生产量降低的数据等等。

(二)“一同实施”的含义

^① Id. para.7.394.

^② Id. para.7.457.

^③ Id. paras.7.440-7.441.

^④ Id. para.7.440.

^⑤ Id. paras.7.442-7.447.

^⑥ See Report of the Panel, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (July 5, 2011), paras.7.450-7.453.

^⑦ Id. para.7.464.

“与限制生产或消费一同实施”这一要件的第二个争议点是对“一同实施”(made effective in conjunction with)的解释。从GATT时期到WTO时期,几乎每一个援用第20条(g)款的案例都涉及对“一同实施”的考量,在这些案例中,专家组和上诉机构对“一同实施”的解释也逐渐发生变化,经历了从较为GATT时期严苛的目的解释到WTO时期较为宽松的文本解释的过程。

1.GATT时期:“主要目的在于使国内限制有效”

在GATT时期的“鲑鱼和鲑鱼案”中,专家组运用目的解释,将“一同实施”解释为“主要目的在于使国内限制有效”^①。专家组认为:“‘一同’这一短语要以这样的方式被解释:确保条款下可能的行为的范围与它被列入总协定的目的相当。专家组认为,只有一项贸易措施主要目的在于使生产限制有效,它才被认为与这些限制‘一同’实施。”^②上述解释被“第二金枪鱼案”专家组所采纳,其认为:“在第20条(g)款的含义下,迫使其他国家改变他们的政策且只有在这些改变发生时才有效的措施,既不是主要目的在于保护一种可用尽的自然资源,也不是使国内生产或消费的限制有效。”^③

至于何为“使国内限制有效”,我们不妨参考GATT时期“美国汽车税案”中专家组的阐释:“专家组注意到,如果对进口汽车没有要求,则CAFE计划的目标就会受损害,因为进口的大量汽车将不会受到任何耗油量限制。因此以与国内汽车相同方式对进口汽车适用车队平均值明显促进了保护燃料的目标以及促使保护措施有效。”^④

由此观之,“使国内限制有效”并不意味着如不实施贸易措施则国内限制归于无效,而是指如果不限制贸易,则国内限制的目标就会受损害。因此,“主要目的在于使国内限制有效”要求贸易措施主要目的在于减少这种因贸易造成的对国内限制目标的损害。这一要求非常严格,它不仅要求存在国内限制,而且要求该国内限制的目标受到贸易损害,还要求贸易措施的主要目的在于减少这种损害。此外,因为既要求贸易限制“主要目的在于”保护可用尽的自然资源,又要求其“主要目的在于”使国内限制有效,这样的表述甚至暗示国内限制的目标也应为保护可用尽的自然资源,虽然这在第20条(g)款文本中并无体现。在WTO时期,这种即为严苛的解释遭到了否定。

2.WTO时期:“一同实施”等于“共同实施”

鉴于将“一同实施”解释为“主要目的在于使国内限制有效”过于严苛,导致第20条(g)款适用严重偏离其文本,因此,在WTO时期的“汽油标准案”中,上诉机构没有采纳上述解释,而是对“一同实施”进行了文义解释。首先,上诉机构对“实施”“一同”“如此类措施与限制国内生产或消费一同实施”分别作了解释。上诉机构在解释“实施”和“一同”时,采纳了其字典含义。上诉机构认为,“实施”即“有效”(being “operative”, as “in force”, or as having “come into effect”),“一同”即“共同”(“together with” or “jointly with”)。^⑤在解释“如此类措施与限制国内生产或消费一同实施”时,上诉机构认为这一条款指的是该措施涉及的进口限制,不仅针对进口汽油,而且针对国内汽油;且这一条款要

^① See Report of the Panel, Canada--Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, 35S/98/R (March 22, 1988), para.4.6.

^② Id. para.4.6.

^③ See Report of the Panel, United States--Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R (June 16, 1994), para.5.27.

^④ See Report of the Panel, United States--Taxes on Automobiles, DS31/R (October 11, 1994), para.5.65.

^⑤ See Appellate Body Report, United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R (April 29, 1996), p.17.

求在以保护名义的进口限制上,与生产或消费可用尽资源无偏倚(even-handedness)。^①其次,上诉机构指出,该条款并不要求国内限制和贸易限制存在“完全相同的待遇”(identical treatment),但是,“如果对国内生产的产品根本没有像对进口产品的限制,且所有限制只施加于进口产品,该措施就不能被认为是主要甚至实质上为实现保护目标而设计。这一措施就会仅仅是为了保护本地生产产品而进行的赤裸裸的歧视。”^②最后,上诉机构否定了对贸易措施的实证效果审查。上诉机构认为:“‘如此类措施与限制国内生产或消费一同实施’并非要求实证‘效果检测’(empirical ‘effects test’)。原因是:首先,因果关系的审查无论在国内法还是国际法上都是难点。其次,在可用尽资源的保护领域,可能需要相当长的一段时间之后,才会观察到给定措施实施的效果。”^③但是,上诉机构并没有完全排除对措施效果的考虑,而是将其归入“与保护有关”的审查要素^④,这一点已在前文述明。

面对“鲑鱼和鲑鱼案”与“汽油标准案”对于“一同实施”的不同解释,“原材料出口限制案”的专家组采纳了“鲑鱼和鲑鱼案”的解释,认为“不仅国内生产或消费的限制必须和系争出口措施一同实施,而且出口限制的目的必须是为了确保国内限制的效力”。^⑤但是,该案中上诉机构最终采纳了中国的上诉意见,推翻了专家组的观点。在审查中,上诉机构首先阐述了“一同”和“实施”的字典含义,认为其含义并不包含“主要目的在于使国内限制有效”这一要求。^⑥而后,上诉机构采纳了“汽油标准案”的解释,即“主要目的在于使国内限制有效”并非贸易措施满足第20条(g)款的必要条件,“一同实施”应该按照其字面含义进行解释。^⑦最终,上诉机构认为,“一同实施”并不要求贸易措施“主要目的在于使国内限制有效”,而仅仅要求其目的在于保护某种可用尽的自然资源的国内生产或消费限制共同实施(work together with)。^⑧

从GATT时期的目的解释到WTO时期的文义解释,“一同实施”的审查标准逐渐放宽,这对第20条(g)款的援用而言愈发有利。在“稀土、钨和钼出口案”中,中国为证明国内限制与出口限制“一同实施”,仅需证明在实施出口限制的同时,也对国内生产或消费施加限制(此处的国内限制需满足上文中提到的客体要求、时间要求和效果要求)即可,而不需要证明出口限制主要目的在于使国内限制有效。换句话说,为证明“一同实施”,中国仅需提供国内限制和出口限制同时进行的时间表即可。

五、第20条(g)款下中国稀土抗辩方案

^① Id. p.17.

^② Id. p.18.

^③ Id. p.18.

^④ Id. p.18. 专家组补充道:“我们没有认为对一项措施可能的影响的考虑是绝对无关的。在一个特定的案子中,如果很明显,事实上,一项具体措施在任何可能的情况下都不能对保护目标产生积极影响,就很可能因为这项措施从一开始就没有被设计为保护规定。换句话说,它根本就不是‘主要目的在于’保护自然资源。”

^⑤ See Report of the Panel, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (July 5,2011), para.7.397.

^⑥ See Appellate Body Report, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (January 30, 2012), para.356.

^⑦ Id. para.358.

^⑧ See Appellate Body Report, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (January 30, 2012), para.360.

根据WTO于2012年3月15日发布的美国、欧盟和日本的磋商请求书,中国稀土的涉案措施包括出口税、出口配额和相关出口管理程序。在出口税方面,稀土不属于《中国入世议定书》附件6中规定的可以实行出口税的产品,因而中国对稀土实施的出口税违反了《中国入世议定书》中的规定。根据“原材料出口限制案”中专家组及上诉机构的裁定,中国不能援用GATT1994第20条为违反《中国入世议定书》的措施抗辩。笔者认为,虽然“原材料出口限制案”中专家组和上诉机构采取了过于严苛的文义解释,导致其结论不能令人信服,但毕竟该案对之后案件的指导性作用是不容忽视的,因此,中国稀土在出口税方面成功援用第20条(g)款抗辩的可能性事实上不大,故笔者在此着重就稀土出口配额措施援用第20条(g)款的抗辩方案提供设想。

(一) 抗辩措施与论证思路

在援用第20条(g)款抗辩之前,中国应当首先明确抗辩的对象,即哪些措施可以适用第20条(g)款抗辩。根据美国、欧盟和日本的磋商请求书,涉案的稀土出口配额措施共有三项,包括《商务部关于公布2012年稀土出口企业名单并下达第一批出口配额的通知》(2011年12月26日商务部发布)、《关于2012年稀土出口配额申报条件和申报程序的公告》(2011年11月11日商务部发布)以及《关于将2012年稀土、焦炭出口配额申报企业名单上网公示的通知》(2011年12月14日商务部发布)。根据前文对“措施”一词的解读,中国援用第20条(g)款抗辩的措施应当限于以上三项措施中的被诉部分,即中国2012年第一批稀土出口配额(共10546吨)以及相关稀土出口配额申报条件和程序要求。

在明确抗辩对象之后,中国应当分别对第20条(g)款的两项要件予以论证,即“措施主要目的在于保护可用尽的自然资源”以及“措施与限制国内生产或消费一同实施”。为证明上述两项要件,笔者认为,中国的论证思路应当分为如下四个步骤:首先,中国应证明稀土属于第20条(g)款意义下的“可用尽的自然资源”。其次,中国应证明国内存在针对稀土资源的具体保护政策。再次,中国应证明稀土出口配额措施与稀土保护政策之间存在紧密且真实的联系;最后,中国应证明国内对稀土的生产或消费限制与稀土出口配额措施一同实施。对于第一部分,由于“可用尽的自然资源”仅仅要求涉案自然资源“可能”用尽,因此稀土显然属于可用尽的自然资源,对此中国无需赘述,而应重点论证后三个部分。接下来,笔者将依据GATT时期和WTO时期专家组及上诉机构对第20条(g)款的解读,结合我国稀土出口配额方面的法律法规及政策文件,对后三部分的举证论证方法逐一详述。

(二) 举证论证方案详述

1. 证明国内存在针对稀土资源的具体保护政策

根据GATT时期和WTO时期涉及第20条(g)款的案件,为证明系争措施“与保护可用尽的自然资源有关”,援用方需要首先证明其域内存在针对涉案资源的保护政策。因此,为证明稀土出口配额措施与保护稀土资源有关,中国必须首先证明中国国内存在针对稀土的保护政策。根据以往案例,中国举出的保护政策必须满足如下三项要求:在对象上,该保护政策必须针对被诉的稀土资源,而不能泛泛针对全部自然资源或所有稀有金属;在目的上,该保护政策必须明示“保护”稀土的目的,否则不能被视为“保护政策”;在时间上,此种保护政策的发布时间不能迟于被诉的稀土出口配额措施,亦即不能迟于2012年11月11日。

那么,我国是否存在符合上述要求的稀土保护政策呢?依据“原材料出口限制案”中

专家组的审查顺序,此种保护政策应当首先在被诉措施中进行查找,继而查找其他相关的法律法规和政策文件。下面,笔者将按照这一顺序,论述中国应当如何举证国内存在针对稀土的保护政策。

作为第一位的审查对象,被诉的三项稀土出口配额措施中即存在中国可以列举的证据。在这三项措施中,《关于2012年稀土出口配额申报条件和申报程序的公告》和《关于将2012年稀土、焦炭出口配额申报企业名单上网公示的通知》均在文本中提到了“为保护资源和环境”。^①该点可以作为中国证明存在稀土保护政策的一项证据,但其缺陷在于可能被申诉方指责为“未明确提出保护的對象是稀土”。申诉方很可能援用“原材料出口限制案”中专家组的意见,即认为保护政策必须明确针对涉案的可用尽的自然资源,申诉方还可能指出,在“原材料出口限制案”中,中国的《矿产资源法》和《全国矿产资源规划(2008~2015年)》就曾因为没有明确提及保护对象是耐火级矾土和氟石而未被专家组视为针对上述资源的保护政策。对于申诉方的上述反驳,中国应当指出,上述措施中关于保护目的的表达虽然未指明“保护稀土资源”,但是,因为“保护资源”的表达出现在专门针对稀土资源的政策文件中,因而可以通过系统解释认定其真实含义就是“保护稀土资源”,从而证明中国存在针对稀土资源的保护政策。

除被诉措施以外,中国还可以列举其他阐明保护稀土目的的法律法规和政策文件。笔者认为,国务院于2011年5月10日发布的《国务院关于促进稀土行业持续健康发展的若干意见》(下称《意见》)是证明存在稀土保护政策的有力证据。从发布时间上看,《意见》的发布时间早于被诉措施,可以满足保护政策的时间要求。从内容上看,《意见》不但明确指出“稀土是不可再生的重要战略资源”,而且从始至终多次强调“有效保护和合理利用稀土资源”,同时满足了“针对稀土资源”和“明示保护”两项要求。因此,《意见》完全可以被整体列为中国针对稀土资源出台的保护政策。由于这一证据能够满足GATT时期和WTO时期对“保护政策”的所有要求,因而很难被申诉方所反驳,对中国十分有利。

2. 证明稀土出口配额措施与保护政策之间存在紧密且真实的联系

在证明中国存在针对稀土资源的保护政策后,中国接下来应当证明被诉的稀土出口配额措施与上述保护政策之间存在紧密且真实的联系,从而得出出口配额措施“与保护可用尽的自然资源有关”的结论。对于如何证明存在这种“紧密且真实的联系”,以往案例的考察因素包括:在目的上,该措施的主要(而非偶然或无意的)目的是保护可用尽的自然资源;在内容上,该措施的整体设计和结构反映出其保护目的;在效果上,该措施可能达到保护该种自然资源的效果;在合理性上,该措施符合狭义比例原则。

在这些考量因素中,“措施可能产生保护效果”最受专家组和上诉机构关注,特别是在WTO时期,该标准几乎成为审查措施是否与保护有关的决定性因素。这一标准看似宽松,仅需证明“可能”产生保护效果即可,但其证明事实上并不容易,因为这需要有实证效果

^① 在2011年之前,我国有关稀土出口配额的各項文件中均未提及保护稀土的目的,但这在2011年有所改变。在商务部2011年11月11日发布的《关于2012年稀土出口配额申报条件和申报程序的公告》中,公告原因的表述由以往的“为进一步加强稀土出口管理,规范出口经营秩序”首次改为“为保护资源和环境,进一步加强稀土出口管理,规范出口经营秩序”。同样,在商务部外贸司2011年12月14日发布的《关于将2012年稀土出口配额申报企业名单上网公示的通知》中,公示目的也首次由“为进一步加强稀土、焦炭出口管理,规范出口经营秩序”改为“为保护资源和环境,进一步加强稀土、焦炭出口管理,规范出口经营秩序”。这种改变是中国吸取“原材料出口限制案”教训之举,其无疑为日后的稀土抗辩奠定了基础。

数据作支撑,否则,单纯的理论推理很容易被推翻。例如,在“原材料出口限制案”中,中国未能提供数据证明耐火级矾土出口配额和氟石出口税具有保护资源的效果,相反,专家组通过已提交的数据发现,出口限制措施实施后,耐火级矾土和氟石的开采量和消费量仍逐年稳步增长,因此专家组认为出口限制不会起到保护资源的效果,因此其与保护资源无关。^①

稀土的现状与耐火级矾土、氟石非常相似。虽然我国自1998年起即开始对稀土实施出口配额制度,但稀土开采量仍在不断增长。特别是近几年在稀土出口配额逐年减少(2009-2011年稀土出口配额分别为48155.1吨,30259吨和30184吨)的情况下,稀土开采量仍在不断增加(虽然中国并未公布稀土开采量的官方数据,但仍可通过逐年增加的指令性生产指标和美国、日本等国家实际进口量进行推断)。申诉方很可能通过上述数据主张中国实施的出口配额不可能起到保护稀土资源的作用,甚至起到了反作用。

对于申诉方可能提出的上述主张,笔者认为,中国应当强调被诉措施是2012年第一批出口配额,中国援用第20条(g)款抗辩的措施也只是2012年的措施,与之前的措施无关。而且,之前的出口配额措施没有起到限产作用并不是由于出口配额措施本身的问题,而是因为当时稀土生产和流通环节缺乏有效调控,导致乱挖滥采严重,致使开采量大幅增加,事实上,出口配额措施对抑制开采量的剧增起到了明显效果。除此之外,中国还应向专家组列举2011年以来实施的一系列针对稀土的国内限制措施,如2011年11月1日起施行的稀土高资源税、2012年6月30日之前暂停受理新稀土矿开采登记申请以及2012年2月2日实施的稀土专用发票制度等等,中国应当指出,被诉出口配额措施实施的环境已经不同于往年,在国内措施相配合的情况下,被诉出口配额措施完全可以起到保护稀土资源的效果。为了更有力地证明存在这种可能性,中国应当在2012年第一批出口配额下发后收集相关实证效果数据,并对比2011年的同类数据,证明在出口配额减少的情况下,国内稀土的开采量有所降低,从而证明2012年的出口配额措施具备保护稀土的作用,与保护稀土资源之间存在紧密且真实的联系,因此满足“与保护可用尽的自然资源有关”这一要件。

3.证明稀土国内生产或消费限制与稀土出口配额措施一同实施

以上两个部分已经完成了对“措施与可用尽的自然资源有关”这一要件的证明,接下来,中国需要证明“措施与限制国内生产或消费一同实施”这一要件。根据以往案例,中国需要举出国内对稀土生产或消费的限制措施(生产和消费满足其一即可),该措施不仅要在实施时间上与稀土出口配额措施保持同步,而且其限制的客体应当涵盖出口配额所限制的全部稀土资源(即包括轻稀土和中重稀土),最重要的是,该国内限制措施必须已经起到限制稀土生产或消费的效果。

针对上述要求,笔者认为,目前可以作为我国国内限制证据的措施包括稀土指令性生产计划和稀土高资源税。中国应当指出,上述措施均与被诉出口配额措施共同实施,并且均是当前已经实施的对轻稀土和中重稀土的限制,能够满足“限制”一词的时间和客体要求。但是,对于“限制”的效果要求,上述各措施的证明难易程度不尽相同。

就稀土指令性生产计划而言,证明其具有限制性效果较为困难。在“原材料出口限制案”中,中国就曾将耐火级矾土和氟石的指令性生产计划作为存在国内限制的证据,但是,

^① See Report of the Panel, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (July 5, 2011), para.7.429.

专家组通过对比耐火级矾土和氟石的生产计划和前一年的实际生产量,发现生产计划高于实际生产量,因此认为生产计划不具有限制效果。^①这与稀土的现状十分类似,自2007年起,中国开始对稀土生产实行指令性规划,但在实践中指令性指标并未得到严格执行,超计划开采十分普遍,有数据表明每年的稀土氧化物都超过计划指标的30%左右。因此,中国很难证明指令性生产计划具有限制稀土生产的效果。

鉴于稀土指令性生产计划难于证明,笔者认为,中国应当将稀土高资源税作为证明存在国内限制的主要证据。中国应首先向专家组提供2011年9月30日发布的《国务院关于修改〈中华人民共和国资源税暂行条例〉的决定》和2011年10月28日发布的《中华人民共和国资源税暂行条例实施细则》,证明自2011年11月1日起中国大幅提高稀土的资源税,对轻稀土征收60元/吨的资源税,对中重稀土征收30元/吨的资源税。继而,中国应当向专家组证明资源税的提高确实起到了限制稀土生产的效果。在具体证明过程中,中国应注意两方面内容:首先,由于第20条(g)款没有对国内限制的程度提出要求,故中国不需要证明稀土资源税的限制效果“显著”,而仅需证明存在限制性效果即可。其次,中国应尽量通过稀土高资源税实施后的实证数据证明其具有限制性效果,如高资源税造成稀土生产企业成本增加的数据以及最终导致企业减少生产的数据等等。如果难以举出上述数据,中国还可以从其他角度加以论证。例如,中国可以主张高资源税的收益归于地方政府,因而鼓励了地方政府对稀土生产实施严格监督,从而有效打击了非法开采和滥采滥挖现象,因而事实上对稀土生产起到了明显的限制效果。中国可以列举高资源税实施后对非法开采的规制成果,以证实上述论证。

值得注意的是,除已经实施的稀土指令性生产计划和稀土高资源税以外,我国还存在一系列计划实施的限制稀土生产和消费的措施。例如,国家税务总局2012年2月2日发布了《关于将稀土产品纳入防伪税控系统汉字防伪项目管理有关准备工作的通知》,计划实施稀土专用增值税发票制度,从而对稀土流通环节进行规制。再如,2012年4月8日,中国稀土行业协会成立,该协会计划通过《稀土行业准入标准》,从而对稀土行业准入进行限制。但是,上述措施在切实实施之前,均不能作为中国国内对稀土进行限制的证据,因为上述措施不满足“限制”的时间要求和“一同实施”的要求,更不具备限制性效果。如果中国援用上述措施作为抗辩依据,无疑会再次面临“原材料出口限制案”中专家组对“过渡期”说法的批驳。

六、结论

作为自然资源的生产和出口大国,我国一向注重对可用尽的自然资源的保护。近年来,我国综合运用多种手段限制国内自然资源的生产和消费,并辅之以合理有效的出口措施,在很大程度上保护了可用尽的自然资源,这是与GATT1994第20条(g)款的宗旨相一致的。遗憾的是,我国在出口措施的制定技巧和举证论证方法方面还存在欠缺,因而在“原材料出口限制案”中未能成功援用第20条(g)款抗辩。在稀土资源的保护方面,中国已经吸取了“原材料出口限制案”的教训,按照GATT1994第20条(g)款的要求对稀土的

^① See Report of the Panel, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (July 5, 2011), paras.7.450-7.453.

出口配额措施和国内限制措施进行了适当调整。就目前被诉的稀土措施而言,虽然中国在出口税问题上能否援用 GATT1994 第 20 条抗辩仍要依赖于该案专家组的解释,但中国完全有可能成功援用第 20 条 (g) 款为稀土出口配额措施抗辩。笔者认为,中国应当充分利用 GATT 时期和 WTO 时期九个涉及 GATT1994 第 20 条 (g) 款的案件,遵循正确的抗辩思路和举证论证方法,恰当援用先前专家组和上诉机构的意见,以各项要件的论证方法为脉络,以详实有力的实证数据作支撑,从而成功利用 WTO 规则保护我国不可再生的稀土资源。

参考文献:

1. Report of the Panel, United States--Prohibition of Tuna and Tuna Products from Canada, 29S/91/R (February 22, 1982);
2. Report of the Panel, Canada--Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, 35S/98/R (March 22, 1988);
3. Report of the Panel, United States--Restrictions on Imports of Tuna, 39S/155/R (September 3, 1991);
4. Report of the Panel, United States--Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R (June 16, 1994);
5. Report of the Panel, United States--Taxes on Automobiles, DS31/R (October 11, 1994);
6. Appellate Body Report, United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R (April 29, 1996);
7. Appellate Body Report, United States--Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (October 12, 1998);
8. Report of the Panel, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (July 5, 2011);
9. Appellate Body Report, China--Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (January 30, 2012);
10. Request for Consultations by the United States, China--Measures related to the Exportation of Rare earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS431/1 (March 15, 2012);
11. Request for Consultations by the European Union, China--Measures related to the Exportation of Rare earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS432/1 (March 15, 2012);
12. Request for Consultations by Japan, China--Measures related to the Exportation of Rare earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS433/1 (March 15, 2012).

(本文为第十届“学术十星”获奖作品 责任编辑:刘颖坤)

Unique Love Vision as a Reflection of the Construction of Female Subjectivity in the 19th Century

——A Comparative Study of the Two “Emily”s’ Literary Canons

何逸逸

(中国政法大学 外国语学院 2009 级)

Abstract: In British and American literary history, there are two “Emily”s: Emily Brontë and Emily Dickinson, both of whom are distinguished female writers. Many research works have been conducted to study them, usually separately in different perspectives. Focus varies from themes, characters to gothic elements in their works, in approach ranging from biographical to psychological analysis. Through detailed study of some relevant research works and the two “Emily”s’ primary texts, this paper aims to make a comparative study between them, from which many similarities can be discovered: their introversive personalities, peculiar life style, exceptional literary style and their unique love vision. As can be revealed from their works, both of the two female writers pursue an ultimate but somehow unattainable love. From another perspective, gender discrepancy and female subjectivity has exerted great influence on them, and they choose not to marry during their life time. The unique love vision they possess to some extent reflects the construction of female subjectivity in the 19th century. However, much discussion still needs to be held so as to better understand these two mysterious women writers who live on the opposite shore whilst sharing so many amazing similarities.

Key words: Emily Brontë; Emily Dickinson; comparative study; love vision; female subjectivity

Introduction:

In the 19th century literary history, there are two female writers who both cause worldwide sensation. Specifically, they are two “Emily”s. One is Emily Brontë in Britain and the other is

Emily Dickinson in America. The two of them score remarkable literary achievement. Numerous researchers have studied them separately from different perspectives. As for Emily Brontë, research works mostly concern her masterpiece *Wuthering Heights*. Focus is on themes, characters, gothic elements, etc. Besides her novel, the poems she wrote are comparatively less well-known but still of great research value, if a comprehensive knowledge of Emily Brontë is required. Attention is also drawn on the writer's background which plays a significant role in her literature writing. It's a popular field to study on how the three Brontë sisters become a legend in the literature history. It is the same for the other Emily. Emily Dickinson's life has long been a myth, so are her poems and letters, which intrigue many researchers' further investigation. Analysis from themes, poetic strategies of her works to biographical study about her reclusive life, her love anecdotes, and her religious conflict have been countless. Notably, there are indeed some scholars who have interest in both of them and have conducted some comparative research work. In Bradbrook's review, he mentioned, "the wit of the recluse, the dreams of the visionary, the utter lack of external excitements" of the two. Nancy Mayer once placed Dickinson's poem alongside the novels of the Victorian British women novelists, she found "a common interest in the existential problem of subjectivity, with central characters who could be Dickinson's lyric subject, but placed more firmly in a social setting and within the constraints of gender." (Mayer, 2005) She also maintained that "in Dickinson's poems, as in the novels of Charlotte Brontë, George Eliot, and Emily Brontë, there is a conscious ethical engagement with the opposition between the possibilities of Romantic transcendence and the necessity of respecting the limits... Although their ethical perspectives are different, each of these late Romantic women writers re-examines what it means to be a self alone." (Mayer, 2005) In the same year, in China, Zhang Ao-hua has done a comparative study between Emily Brontë and Emily Dickinson. He concluded that "there exist many similarities between Emily Brontë and Emily Dickinson in living mode, personality and literary creation." (Zhang, 2005) However, researches linking the two of them together are still insufficient.

Surprisingly, the two extraordinary whimsical women actually share amazing similarities: their unique personalities, controversial pattern of life, unusual attitude towards the world, especially on topics like love and death, as well as their complicated and confusing literary works which have made a marvelous stir in the world. What similar factors have caused the two "Emily"s' entrapment and ambivalent attitude towards their own female status? How gender discrepancy has exerted influence on their female consciousness? What love vision can be revealed from their literary output? In what way can their unique love vision reflect the construction of female subjectivity in the 19th century? The purpose of this paper is to make a comparative study between them, mainly focusing on the last question. In order to answer this, a method of biographical and textual analysis will be adopted here. Through some relative research works and the two authors' canons (mainly Emily Brontë's *Wuthering Heights* and Emily Dickinson's poems), hopefully, the beauty and myths of these two distinguished female writers can be better discovered. In this paper, there will be two main chapters. The first chapter will mainly discuss the similar factors that contribute to the tensions of the two female writers

between being submissive and being rebellious in a patriarchal society. The two writers possess a somehow eccentric but imaginative personality. They are both trapped in a patriarchal society and confined to domesticity as a woman; meanwhile, they are exposed to social changes, representing the awakening of female consciousness. Their similar natural and familial backgrounds also exert unfathomable influence on them. They two live in wildness, though one is near the vast moor in Haworth, Yorkshire, England; the other is on the opposite shore, in a secluded old house in Amherst, Massachusetts, the USA. Notably, they are known for a reclusive life style. Retreating from the social world, they only have a very limited circle of friends. Interestingly, both of them choose not to marry for life. However, deep down in their hearts, they pursue an ideal form of love, namely love itself in an obsessive and persistent manner. Through their works, such unique love vision can be revealed. In the second chapter, two main points will be covered. On one hand, as is indicated in Brontë's works, especially in her *Wuthering Heights*, Heathcliff's love towards Catherine to a large extent reflects Brontë's pursuit of an ultimate love, so do some of the poems by Emily Dickinson. On the other hand, from the tragedy in *Wuthering Heights* and from some love poems of Dickinson, the love these two authors pursue is somehow unattainable.

I. Similar factors that contribute to the tensions of the two "Emily"s between being submissive and being rebellious in the 19th century

On one hand, as women being literate and liberal, the two "Emily"s are subjected to social predicament marked in the Victorian Age that they are obliged to deal with daily chores and attending to family members. On the other hand, they are rebellious and courageous enough to be confronted with conventional bias on women. With their mind and soul transcending their flesh and blood, their imagination overshadowing their confined territory, they both achieve marvelous miracles in literary history though being a shore apart.

A. Women writers' entrapment and ambivalent attitude towards their own female status in the Victorian Period

1. Impediments to female writing in an oppressive patriarchal society

First, the historical background plays a crucial role in shaping their characters. The Victorian Era is a time during which women are regarded inferior to men. In such a patriarchal society, "Every good woman must suffer herself to be convinced in judgment that she is not her husband's equal" (Dickenson,34). Women were refrained from participating in that Victorian traditional society as free individuals. "The Victorian 'True Woman' was domestic, submissive, pure, and pious" (Eberwein, 1998:308). Women were confined to domesticity. It "offered for women a secure identity, a definition of who they were" (Dobson, 1989:41). "'home'...as a trope for a site of refuge, which is linked to notions of subjectivity and culture"(Mitchell,2000:44). Intellectual undertakings such as politics, business, law and first-class writing were for men only. Gilbert and Gubar once pointed out that in men's writing, women's

images “should be angelic” (Gilbert and Gubar, 1979:23). They also mentioned that there was a predominant concept in the Western literature that “the writer ‘fathers’ his text just as God fathered the world”. However, out of “deficiency”, women failed to “father” it. As for “the metaphor of literary paternity” shown by Edward Said, “author”,^① key word of which, explanatorily stressed man’s power and deity whilst implies women’s incapability of becoming writers (Gilbert and Gubar, 1979:4). In such dilemma, the two spiritually strong women somehow devote their life to literary writing.

In a time when writing was labeled as men’s profession, only those rare female talents might go through all the impediments and managed to succeed. For Brontë her literary talent was never properly recognized when she was alive. At first, in order to make a living and support their family, all three Brontë sisters had to take up the profession as a tutor for those rich families. Tutoring was supposed to be the ideal job for literate women at that time. However, they had to suffer from separation of each other. What’s worse, tutoring was an occupation without much identity and recognition. As children nurtured in the Haworth Parsonage, self-respected and sensitive as they were, especially for Emily, the disobedient and spoiled children from those rich families and their somehow arrogant parents were indeed unbearable. Their initial ideal plan was to establish a school in their own house which they thought could have saved all the trouble above. Charlotte and Emily even went to Belgium to pursue further study to make them more qualified. Unfortunately, no one would send their children to such a place as remote and secluded as Haworth was. Their dream blew off. Though the Brontë sisters all possessed rare literary talents, they did not envisage they could become writers. Actually, if not for Charlotte’s accidental discovery of Emily’s well-kept poems and after imaginable patient and persistent explanations to Emily, who regarded her literary creation as top privacy, they might never turn to any publishers. However, their first attempt was not a success. The three sisters contributed to a volume of poetry, entitled ‘Poems by Currer, Ellis and Acton Bell,’ the pseudonyms of Charlotte, Emily and Anne, which was published in 1846, but with only two copies sold in that year. Then they returned to novel writing, which earned them much fame.

Dickinson’s encounter was similar. One good example was that she once wrote to her mentor, Thomas Wentworth Higginson, asking him whether her poems were “alive”. He was the one that Dickinson turned to seek literary guidance and kept correspondence with. Dickinson sent him a letter which read in full:

Mr Higginson,

Are you too deeply occupied to say if my Verse is alive?

The Mind is so near itself – it cannot see, distinctly – and I have none to ask –

Should you think it breathed – and had you the leisure to tell me, I should feel quick gratitude –

If I make the mistake – that you dared to tell me – would give me sincerer honor – toward you –

I enclose my name – asking you, if you please – Sir – to tell me what is true?

^① Gilbert and Gubar quotes Edward Said’s meditation on the word “authority” in *The Madwoman in the Attic*.

That you will not betray me – it is needless to ask – since Honor is it's [sic] own pawn^①

To her surprise, he praised her work but suggested that she delay publishing until she had written longer. Afterwards, Emily never attempted to seek any publication of her poems at all. She simply sent numerous letters and poems to her intimate friends and relatives, one of whom was her lifelong friend and also her sister-in-law ---Susan Gilbert Dickinson. The very few of her publications before death were either neglected or not properly recognized. In 1878, one of her cannons, "Success is counted sweetest" was published anonymously. However, a majority attributed it to the famous transcendentalist at that time--- Ralph Waldo Emerson. People could not imagine that the poem which contained such unutterable power was from a woman's hand. In another poem, "I'm nobody", Dickinson explicitly articulated her sense of being constrained by the conventional ideology against female's personal expression. "I'm Nobody!Who are you? Are you-Nobody-Too?Then there's a pair of us" "How dreary-to be- Somebody!How public-like a Frog."^② Even a woman like her also failed to completely realize her own identity in that period.

"Both in patriarchal society and, as we will see, in that intimate and compelling world of the psyche that translates and enacts the conditions of the external world, Dickinson was living in a masculine realm"(Dobson, 1983:80). In the same era, a shore apart, the other Emily unfortunately underwent the similar situation.

2. Exposure to the social development of female subjectivity in the 19th century

a. Awakening period of female consciousness

Both "Emily"s challenge the society by adopting a reclusive lifestyle and by taking up writing as their occupation. Though the two may not have any intention to behave in a feminist way, their literary output somehow harbors their female consciousness. It is proposed that both "Emily"s' literary output has marked the awakening of female consciousness in the society where they lived. Elaine Showalter once denoted three phases for women writers: Feminine, Feminist and Female. (Showalter, 2004:13)According to her, the two lived in the phases mentioned above. Brontë lived between 1818 and 1848, which belonged to early phase of feminine; Dickinson was born in 1830 and deceased in 1886, and she belonged to the feminist phase. Aside from the two's special sexual identity (both being a woman with independent thinking), their works represent the true voice of the suppressed women at that time to a large extent.

b. Revelation of inherent toughness of femaleness

Both "Emily"s are distinctive from their women peers. What they compose is not confined to words of gentle beauty, but something more sublime. As can be revealed from their works,

^① "EMILY DICKINSON AND THOMAS WENTWORTH HIGGINSON" The *Dickinson Electronic Archives*

^② Emily Dickinson, *Selected Poems of Emily Dickinson*, Foreign Language Teaching and Research Press,2012.

they both possess an inclination of pursuing independent female subjectivity. Women, as independent subjects, begin to seek for recognition of values. In one of Dickinson's poems---“No Rack can torture me”, she expresses her unyielding longing for liberty and reveals her toughness in nature by saying,

*No Rack can torture me --
My Soul -- at Liberty --
Behind this mortal Bone
There knits a bolder One --
You cannot prick with saw --
Nor pierce with Scimitar --
Two Bodies -- therefore be --
Bind One -- The Other fly --
The Eagle of his Nest
No easier divest --
And gain the Sky
Than mayest Thou --
Except thyself may be
Thine Enemy --
Captivity is Consciousness --
So's Liberty. ①*

Her living and writing presents an inherent strength of femaleness. She tries to convey a message that women should stand out in the enclosure of men. Beneath a seemingly fragile flesh, there hides a heart burning for liberty, love and passion; there lies willpower enduring, undefeatable and remarkable.

Actually, this poem also suits Brontë When *Wuthering Heights* first comes out, critics firstly focus on what kind of man Ellis Bell is to have written such a fierce and violent work. Brontë also writes poems, one of which---No coward soul is mine (Jan. 2, 1846), can best reveal Emily's female toughness and put the best footnote to her dramatic life.

*“No coward soul is mine
No trembler in the world's storm-troubled sphere
I see Heaven's glories shine
And Faith shines equal arming me from Fear”. ②*

This is the innermost voice from a woman in the 19th century, wishing to be heard and

① Emily Dickinson, *Selected Poems of Emily Dickinson*, Foreign Language Teaching and Research Press, 2012.

② Emily Brontë, “The Complete Poems of Emily Brontë Posthumous Poems.” *Wikisource*, 7 May 2012.

tried. In fact, Emily is a very tough woman, even tougher than most of contemporary men. There is a story about her being attacked by a wild dog. Bearing tremendous pain, she didn't panic at all. After returning to kitchen, she used a heated fire tong to deal with her injury. Then she calmly resumed to her housework, without telling anyone. What composure and wit should a woman have to handle such emergency? What courage and strength should a woman possess to endure such pain? Emily's willpower is unthinkable. Her teacher in Brussels, Constantin Heger, once remarked on her,

"She should have been a man – a great navigator...her strong imperious will would never have been daunted by opposition or difficulty, never have been given way but with life. She had a head for logic, and a capability of argument unusual in a man and rarer indeed in a woman...[but]impairing this gift was her stubborn tenacity of will which rendered her obtuse to all reasoning where her own wishes, or her own sense of right, was concerned." Emily, according to Heger, was also, "egoistic and exacting, and exercised a kind of unconscious tyranny over her [i.e. Charlotte]."^①

Her sister Charlotte also commented, "I have never seen her parallel in anything. Stronger than a man, simpler than a child, her nature stood alone." This might be the best portrait of Emily Brontë

In a time when two conflicting values coexist, there must be intensified struggle within sensitive and independent souls. On one hand, both "Emily"s deeply felt the tension of being trapped in a suffocative society where women were "Nobody". On the other, a rebellious voice seeking for female identity and subjectivity was unsung but "heard" from their literary cannons. In addition to the influence of the grand society, the natural and familial backgrounds also play crucial roles in shaping these two irreplaceable "Emily"s.

B. Similar natural and familial backgrounds

In order to further apprehend how the two "Emily"s have fostered such unique disposition, influence of the similar natural and familial environment must be considered. To a large extent, the environment that they were bred is similar though being an ocean away.

1. Similar natural backgrounds

Coincidentally, both "Emily" live in an area that is on the verge of the industrial town and the wild. They automatically separate themselves from the crowd, shutting out the hectic outside world. Such environment nurtures their wild nature and their love for liberty. They can enjoy the fountain of inspiration and energy. It is their shelter, their pure land, where they can rest their hearts for the rest of their life.

Haworth, long known as remote moorland, might be an industrializing town in the early

^① Helen MacEwan, "Emily Brontë in Brussels", *Emily*, The Brontë Brussels Group, 1 April 2012.

19th century. But it was located near the vast wild land, where all the Bronte children loved to wander about since childhood. They roamed up to 20 miles a day over the moors and during these walks their imagination was fed with tales of the supernatural told by their Methodist housekeeper Tabitha Aykroyd, a widow of 56. They loved the vast and wide moors, which was especially true for Emily. She could never leave her homeland far behind, or she would become seriously ill. During her short life, she never left home for long. Charlotte once said of her sister, "Liberty was the breath of Emily's nostrils, without it, she perished... Every morning when she woke the vision of home and the moor rushed on her...her health was quickly broken... I felt in my heart she would die if she did not go home..."^①

As for Emily Dickinson, born in 1830 in Amherst, Massachusetts, with the exception of a few journeys, she lived in the same house in Amherst for the most part of her life. She had a fond attachment to her house on Pleasant Street. Domestic duties like **baking** and **gardening** occupied her time along with attending school, taking part in church activities, reading books, learning to sing and play the piano, writing letters, and taking walks. She led a peaceful life since early childhood but grew more and more reclusive in her later life. Her fondness of nature could be revealed from many of her poems that natural symbols were contained, especially varieties of plants and flowers.

Because the two "Emily"s spent most of their time throughout their life in their own house, which they each regarded as their shelter and paradise, they could engage themselves in a fantasy land of literary creation heart and soul. In this way, they are more likely to accomplish their masterpiece, which can be attributed partly to their domestic life style---without temptation and disturbance from the outside world.

2. Similar familial Backgrounds

Besides, both "Emily"s were raised in a literary family with literate parents. Their fathers were both strong and enlightened. They each lost their mother (both were literate women) early and thus suffered from lack of maternal love but they had devoted siblings and enjoyed intellectual rivalry in the family. In such familial environment, with unconscious literature edification, their literary talents were well rooted and developed. Emily Dickinson led a privileged life in a decent family. Her father was representative to Congress and Treasurer of Amherst College. The Dickinson family invited many important visitors, including the famed essayist and poet Ralph Waldo Emerson. Brontë's family might not be as privileged as Dickinson's, but her father tried every effort to provide education to his children. All kinds of books and newspapers were available to the young children. They got accustomed to discuss the latest news under their father's guidance. The Brontë children were equipped with rich cultural deposits.

Interestingly, there was a tendency that parents from both sides put more focus on the male child in the family. Brontë's brother Branwell, the only male child, was regarded as the hope of

^① "The Brontë sisters." n.p.n.d. Web.

the whole family. He was educated by Brontë's father alone since young while the girls were trained by their aunt Elizabeth. He was thought to be the most gifted child among all. Mr. Brontë and all the girls tried every effort to help him succeed. Unfortunately, he failed again and again. He used up all the money that was intended for him to enter the art school. What's worst of all, he even committed a scandal with the family mistress when he acted as a tutor. His later life was indulged in drinking and idling around. He died young at 31 on 24th September, which was a big blow to Emily, who died only several months later. Quite differently, Dickinson's brother was a successful man with almost the same attentions. William Austin Dickinson was born on April 16, 1829, about a year and half before his sister Emily. Educated at Amherst Academy and at Williston Seminary in Easthampton, Massachusetts, Austin graduated from Amherst College with the class of 1850. After a short-lived career as a teacher, Austin turned his full attention to law, the profession that both grandfather Fowler and father Edward pursued. When Dickinson's father received the news that his son was admitted to Harvard, he was over proud of him. "There was always such a Hurrah wherever you was."^① Emily once wrote to Austin in 1842. Upon graduation from Harvard Law School and he married Susan Gilbert, a cultivated, intelligent, and vivacious woman, a great reader, a sparkling conversationalist, and a book collector of wide-ranging interests, who became Emily's lifelong friend and have received more than 250 poems from the poet over the years. Though girls were available to education at that time, what people expected of them was totally different from boys. Parents different attitudes towards the cultivation of boys and girls to some extent root the two "Emily's" female consciousness from the early phase of their growths.

II. A detailed textual analysis of the two "Emily's" unique love vision as a female subject in the Victorian period

The two "Emily's" are so distinct from ordinary women that the "Animus" is somehow apparent in them which may result in their unique vision towards love. They are not fragile or delicate women that in great need of man's protection or devotion. With a soul so proud and noble, the love that they pursue was ethereal. But in the meantime, they also had a clear consciousness of the world's imperfection. Trapped in a paradox of unearthly love and worldly love, they created literary canons with breath-taking beauty and soul-searching sublime. Such unique love vision is another provoking similarity that two "Emily's" possess and can be served as a partial revelation of the construction of female subjectivity in the 19th century.

They both adopted a reclusive lifestyle if not from the very beginning but for a very long period of their life. They chose to remain single all their life. Brontë would get sick if she left her house in Haworth. For Dickinson, she was known for her image as a recluse dressing in white. There are a variety of versions about Dickinson's seclusion. Two concern her love affairs: one said that she fell in love with her father's young assistant Benjamin Franklin Newton, who encouraged her to write poems but died young. Another being Reverend Charles Wadsworth, a

^① Ed. Jay Leyda, *The Years and Hours of Emily Dickinson*, Yale University Press, 1960

renowned but married Reverend. This unattainable love drove her to retreat.

As for Brontë, she alone could be the world of her own. Her temptation and character was so unique that she was destined to live through her life alone, because no one could reach the level of her soul to have an equal talk with her, not even for Charlotte or Anne. She was the best representative of Emerson's self-sufficient theory. She did not depend on experience, which she regarded as useless and meaningless. What she valued the most was her feelings. She learnt about the world through her mind. Imagination and meditation were most important to her. She was limited by her surroundings, but she indulged herself into it and became one with nature. She released her long suppressed emotions and passions in her writing. Only by literary creation, can she experience the same strong love and hatred as her heroes and heroines.

A. Love revealed in Emily Brontë's *Wuthering Heights*

Wuthering Heights is the recounting of a tragic love story and of happiness redeemed through the next generation. The destructiveness of a love and passion that never changes is the core of its theme. It's stronger and more lasting than any other emotion displayed in the novel. Ellen criticizes it harshly as immoral. Nevertheless, whether the two lovers should be condemned as blameworthy or be idealized as romantic heroes whose love transcends conventional norms and social morality arouses controversy throughout the centuries. But undoubtedly, this perpetual and most compelling sentiment is exactly the source of the major conflicts and thus making all the wicked deeds of the main characters understandable and pitiful. Extreme love and hate mix together but love prevails hate ultimately in *Wuthering Heights*. It thus presents a vision of overwhelming love and profound life as a process of change, and celebrates this process over and against the romantic intensity of its principal characters.

Catherine is a mischievous and wayward girl as is described by Nelly. She was born wild and beautiful. Importantly, she is the only delight in the world for Heathcliff, who grew up from a homeless gypsy boy, and has endured chronic despise and maltreatment. Edgar, on the contrary, is a typical Victorian gentleman, affluent and well-bred, attracts Catherine with his appealing appearance and elegant manner. Edgar is deeply in love with Catherine. He shows remarkable understanding and tolerance towards Catherine's irrational emotions and behaviors. However, his gentle love for Catherine is far from enough. In this love battle of three, there's no winner. But Edgar is a destined failure. He appears weak and sickly comparing with Heathcliff. And his love for Catherine pales and is eventually defeated. Love between Heathcliff and Catherine is natural and inborn. It is rooted in their childhood and is based on their shared perception that they are identical. Catherine declares, famously, "I am Heathcliff," while Heathcliff, upon Catherine's death, wails that he cannot live without his "soul," referring to Catherine.

"My great miseries in this world have been Heathcliff's miseries, and I watched and felt each from the beginning: my great thought in living is himself. If all else perished, and HE remained, I should still continue to be; and if all else remained, and he were annihilated, the universe would

turn to a mighty stranger: I should not seem a part of it. - My love for Linton is like the foliage in the woods: time will change it, I'm well aware, as winter changes the trees. My love for Heathcliff resembles the eternal rocks beneath: a source of little visible delight, but necessary. Nelly, I AM Heathcliff! He's always, always in my mind: not as a pleasure, any more than I am always a pleasure to myself, but as my own being. So don't talk of our separation again: it is impracticable; ...”^①

This inner voice from the deep part of Catherine’s heart distinctively reveals Catherine’s affections towards the two important men she encountered in her life. As a main character, Catherine is a paradox. She naively and intensely loves Heathcliff but is also attracted by Linton. Unable to break free from the conventional value, tempted by fame and wealth, eventually without listening to the call of her heart, Catherine marries Linton mainly out of his high social status and decency... She folly thinks to marry Linton will help Heathcliff “to rise and place him out of my brother’s power.” Catherine’s choice triggered eternal and traumatic hatred between Heathcliff and Edgar. Her decision ruins herself, Heathcliff ,Edgar and the two families. She has to endure serious suffering because she knows clearly she love Heathcliff whole-heartedly but can’t become his wife. Catherine’s dilemma to a large extent reveals Bront ę’s dilemma. The love they pursue is beyond imagination and description in the universe. A woman with such intensified emotion could only stay safe and sound with herself all alone. In this struggle, her sense of seeking individual existence and female subjectivity is reinforced.

B. Love revealed in Emily Dickinson’s poems

Wild Nights-Wild Nights !

Wild nights ! Wild nights !

Were I with thee

Wild nights should be

Our luxury !

Futile-the winds

To a heart in port—

Done with the compass-

Done with the chart !

Rowing in Eden

Ah, the sea !

Might I but moor-To-night-

In thee ! ^②

This poem might be a direct reflection of the poet’s wild joy and illusion about her love.

^① Emily Bront ę *Wuthering Heights*, RANDOM HOUSE Publishers, 1943.

^② Emily Dickinson, *Selected Poems of Emily Dickinson*, Foreign Language Teaching and Research Press,2012.

“Wild night” is nothing to feel afraid of “were I with thee”. Instead, it became a “luxury”---a time for lovers to hold tight and endure hardship together, after which love becomes much more committed and confirmed. In his embrace, there is no fear or worry. “To a heart in port”, even “the winds” are “futile”. “The sea” is the metaphor for her lover, all she would do is to “row” and “moor” her boat of love in his port. With him, there is no need for “compass” or “chart”. Where he belongs, where there’s paradise like “Eden”, where there’s a harbor safe and warm. Here in the poem, the poet incarnates herself as a boat, through winds and rains; eventually, she “moor” into her beloved sea, her eternal haven. The poet’s love is so profound and overwhelming, or more directly, it is boldly expressed. Regardless of the conventional morality and her own reclusive image, here the poet declares her love without scruples. It is a manifesto of love from a “True Woman” in the 19th century, sincere and natural. But why would she choose a life as a recluse and remain single till her death? The following poem might help to further illustrate this myth of Emily Dickinson.

*The soul selects her own society,
Then shuts the door;
On her divine majority
Obtrude no more.
Unmoved, she notes the chariot's pausing
At her low gate;
Unmoved, an emperor is kneeling
Upon her mat.
I've known her from an ample nation
Choose one;
Then close the valves of her attention
Like stone.^①*

According to Dickinson’s family, Emily once was deeply in love with a married man---Charles Wadsworth. The love she pursued was hopeless and unattainable. Very likely, after this heart-broken experience, she totally retreated herself from “loving” and “being loved”, as is depicted in the first stanza of the poem--- “The soul selects her own society, then shuts the door”. This metaphorical door functions so well that “On her divine majority Obtrude no more”. In the following stanza, she emphasizes the Soul’s uncompromising attitude of remaining “unmoved”, even in face of the chariot or the emperor. The third stanza then illustrates the severity of the Soul’s exclusiveness---from “an ample nation” of people, she easily settles on one single person then determinedly locks everyone else out. With its stress on the “One” who is chosen, from her inner consciousness, she “close the valves of her attention (of her heart)”. This poem also vividly shows Dickinson’s resolution in making a woman’s choice, without flattery or

^① Emily Dickinson, *Selected Poems of Emily Dickinson*, Foreign Language Teaching and Research Press, 2012.

feeling inferior to the dominant authority (mainly referring to males). In name of love, all is equal, and it should be equal in all for both female and male. This is a call from the individual soul lying in Emily---to be an independent woman.

The last poem is regarded as Dickinson's best love poem and might be the key to her mysterious love vision. In love's ambivalence, a woman becomes more mature and determined after trial.

*I cannot live with you, It would be life,
And life is over there
Behind the shelf
The sexton keeps the key to, Putting up
Our life, his porcelain,
Like a cup
Discarded of the housewife, Quaint or broken;
A newer Sevres pleases, Old ones crack.
I could not die with you,
For one must wait
To shut the other's gaze down, You could not.
And I, could I stand by
And see you freeze, Without my right of frost,
Death's privilege?
Nor could I rise with you, Because your face
Would put out Jesus', That new grace
Glow plain and foreign
On my homesick eye, Except that you, than he
Shone closer by. They'd judge us-how?
For you served Heaven, you know, Or sought to;
I could not, Because you saturated sight,
And I had no more eyes
For sordid excellence
As Paradise.
And were you lost, I would be, Though my name
Rang loudest
On the heavenly fame. And were you saved,
And I condemned to be
Where you were not, That self were hell to me.
So we must keep apart, You there, I here,
With just the door ajar
That oceans are, And prayer,*

And that pale sustenance, Despair!^①

For Dickinson, love should be eternal and limitless. "I cannot live with you", for that "would be life". Life is short and transient, thus love in such life is restricted and confined. Life is constrained by conventional values and rules. It is a life locked up, without freedom or expression---the "sexton", the "cup" and other religious references all signify the barriers set upon passion like theirs. So "I cannot live with you".

They can't even die together for she knows that he can not bear the grief of losing her, let alone perform the last act for her which she would do for him---"to shut the other's gaze down". However, if he dies, she shall not survive---"see you freeze", I have "my right of frost" which is "death's privilege". Upon his death, death somehow seems desirable to her.

"Nor could I rise with you, Because your face Would put out Jesus', That new grace." Here, the poet's indulgence and obsession of her beloved is revealed completely. He is so important in her mind that his charisma even outshines that of Jesus'. His grace and glory might be as "plain and foreign" as Jesus' promise is, but the fact that he was "closer" can ease the pain of her enduring homesickness.

Lastly, they even could not be "judged" together. For he served God, he would be saved and go to heaven. Unfortunately, she might not... Nonetheless, all she could see is only him. All the glories that she can envisage come only from him. Compared with his existence, even the "excellence" of Paradise appears "sordid". Any place without him is nowhere but "hell" to her.

So their only salvation is their separation. "We must keep apart" "you there I here" "with just the door ajar". The ocean might create a tangible gap for them to maintain the slightest but indispensable contact. Prayer would not help, and then all she could turn to is the "pale sustenance"---despair. Only despair could support her in the relationship with her beloved. This best explains why Emily remains single as a woman for life. It is a choice of an independent woman, seeking her true love though encountering insurmountable difficulty.

Conclusion:

Both "Emily"s have been known for their singularity and eccentricity. Enigmatic and intriguing as they are portrayed, they each possess a dual characteristic: indifferent to and isolated from the outside world while passionate and sensitive towards the inner self. It resembles a combination of ice and fire which is seemingly impossible but amazingly embodied in them. What are supposed to be the contradictory and paradoxical elements turn out to be characters so natural and reasonable in them; this is exactly where the charisma of the two "Emily"s lies. Notably, in this conflict of minds, they bred a sense of female consciousness. As for the reasons why the two distinguished women writers shared so much in common, the era they were in, the natural and familial backgrounds must all be taken into considerations. The soil that nurtured these two wild flowers was coincidentally similar. In a patriarchal society, the two

^① Ed. Thomas H. Johnson, *The Poems of Emily Dickinson*, Belknap Press of Harvard University Press, 1955.

female writers somehow managed to stand out and possessed remarkable “masculine” power, which might have indirect but far-reaching influence on their vision towards life, especially issues towards love and death. As for the remote land that they lived, the reclusive life style they adopted, all have direct connection with their disposition and literary creation. As can be revealed from their works, both “Emily”’s held a unique attitude towards love. Their unique love vision in turn can partly reflect the social changes of the construction of female subjectivity in the 19th century. Love was a luxury for them, a love so ultimate and unattainable. They regarded it so sacred and precious that no flesh and blood could satisfy their desire. Only the circle of hope and despair could sustain them. However, their tragedies in love (real or imaginary) greatly spark their inspiration in writing. This is the enchanting secret of the two mysterious “Emily”’s.

References:

1. Ed. Jane Donahue Eberwein, *An Emily Dickinson Encyclopedia*, Greenwood Press, 1998;
2. M.C. Bradbrook, *The Modern Language Review*, 51. 4 (1956), Modern Humanities Research Association, n.d. Web. 22 April 2012;
3. Charlotte Brontë, *Notes on the Pseudonyms Used by the Brontë Sisters*, Web. 21 Aug 2012;
4. Emily Brontë, “The Complete Poems of Emily Brontë/Posthumous Poems.” *Wikisource*. 7 May 2012. Web. 29 Aug 2012;
5. Emily Brontë, *Wuthering Heights*, RANDOM HOUSE Publishers, 1943;
6. Donna Dickenson, *Emily Dickinson*, Berg Publishers Ltd., 1985;
7. Emily Dickinson, *Selected Poems of Emily Dickinson*, Foreign Language Teaching and Research Press, 2012;
8. Joanne A. Dobson, *Dickinson and the strategies of Reticence: The Woman Writer in Nineteenth-Century America*, Indiana University Press, 1989;
9. “Oh, Susie, it is dangerous”: *Emily Dickinson and the Archetype*, in *Feminist Critics Read Emily Dickinson* Ed. Suzanne Juhasz, Indiana University Press, 1983;
10. “EMILY DICKINSON AND THOMAS WENTWORTH HIGGINSON” *The Dickinson Electronic Archives* n.p.n.d. Web. 15 April 2012;
11. Sandra M. Gilbert & Susan Gubar, *The Madwoman in the Attic: The Woman Writer and the Nineteenth-Century Literary Imagination*, Yale University Press, 1979;
12. Ed. Thomas H. Johnson, *The Poems of Emily Dickinson*, Belknap Press of Harvard University Press, 1955;
13. Helen MacEwan, “Emily Brontë in Brussels”, *Emily*, The Brontë Brussels Group, 1 April 2012;
14. Nancy Mayer, “Finding Herself Alone: Emily Dickinson, Victorian Women Novelists, and the Female Subject”, *Romanticism on the Net*, n.p.n.d. Web. 22 April 2012;
15. Domhnall Mitchell, *Emily Dickinson and Class*, in *The Cambridge Companion to*

Emily Dickinson Ed. Wendy Martin, Cambridge Univ. Press, 2002;

16. “The Brontë sisters.” n.p.n.d. Web. 21 Aug 2012;

17. Ed. Jay Leyda, *The Years and Hours of Emily Dickinson*, Yale University Press, 1960;

18. Elaine Showalter, *A Literature of Their Own: British Women Novelists from Brontë to Lessing*, Foreign Language Teaching and Research Press, 2004;

19. Zhang Ao-hua, “Two exotic flowers flourishing in the wildness--- a comparative study between Emily Bronte and Emily Dickinson”, Wanfang Data. n.p.n.d. Web. 22 April 2012.

(推荐老师: 刘阳阳 责任编辑: 海伦)

夜海棠，识得几缕香

——由《花下醉》品读中华及东方之美

田楠

(中国政法大学 刑事司法学院 2011级)

都道是“海棠无香”。然而，在寂静的深夜里，在真心的注视间，一刻亲近就是一场邂逅，一朵幽雅就是一瓣心香。深深呼吸，细细体味，一缕隐隐的清芬便缱绻在诗人的夜色中，美在东方文苑的秘境里。

东方的美，有一种幽冷的美。黑夜，常将我们引入那片幽深的境地。夜是唐诗妩媚的诱惑，是深邃的秘境。推开这扇通往唐诗秘境的大门，诗卷舒展间，散落竹简之清香、月光之微凉。多少东方文人在半梦半醒之间踏寻夜的秘境，醉入寂寂长夜的东方之美中。李商隐便是其中之一，黑夜持烛，寻访海棠之美。“客散酒醒深夜后，更持红烛赏残花”，轻声诵之，犹如细嚼茶叶，清气渗进心田……

梦醒时分，夜阑人静，独自秉烛，寻找黑暗中那一朵幽幽的美，是怎样一种高妙之境？诗人素来是最具赤子之心的性情中人，李商隐则更是怀抱至真至诚的心意，在微风吹拂的凉夜里，与解语之花达成了一种令人艳羡的精神上的高度默契。此中真意，也只有温柔敦厚的中国文人，只有深受大中华文明影响的东方艺术家，方能得之罢！我们不妨也绕进那曲径通幽处，持一盏红烛，循一缕暗香，窥探静夜海棠那难以言喻的东方之美。

一、夜深心静访残花：品读，尽显诗人情怀

《礼记·大学》道：“古之欲明明德于天下者，先治其国；欲治其国者，先齐其家；欲齐其家者，先修其身；欲修其身者，先正其心；欲正其心者，先诚其意；欲诚其意者，先致其知，致知在格物。”自古以来，我们的先辈们就知道万事当从“格物”始，当先认知研究事物，从“物”反观“我”。于是人们把目光聚焦山水，聚焦草木，向它们问询生命的哲学。同时，古人又注重修身养性，因而我们的文化是内敛式的，这便开辟出了黑夜的秘境。

古诗写景状物者不胜枚举，文人们了解“格物”之重要性；然而像李商隐这样，在万籁俱寂的深夜里，在一切杂事杂念都摒弃后，洗净铅华秉持最纯粹的信念去赏玩者却寥寥无几。我们习惯了白昼的热闹感，习惯了温暖的人情味，要么相伴欢笑不亦乐乎，要么拥抱自然其乐陶陶，却常常忽略了对自我内心的审视，尤其是把自己完完全全没入伸手不见五指的黑夜中。

但李商隐做到了。他一头扎进黑暗，坦坦荡荡，无所畏惧。他的世界只有烛光中的海棠和自己，两相对望，无视于深深包围他们的无边的幽暗。泰戈尔《新月集》中有句话说：“我愿意我是一个更夫，提了灯，去追逐夜的影子。”这晚的李商隐大约就是这样一个更夫，手持红烛亲近残花，亲近自我，亲近“我”以外的无边际的深邃。

中国的文人拥有一种几近标签式的“隐文化”。受道与禅的深刻影响，往往便是乐观者在家栽花种竹，悲观者遁迹山水田园。李商隐固然也会向往那般的自在，可在这句诗中，

他那暂别喧嚣隐于黑夜的行为，似乎比那些苦求而不得的归隐要容易得多，也真切得多。一直钟爱放翁那句“小楼一夜听春雨，深巷明朝卖杏花”（陆游《临安春雨初霁》）。陆游在夜里听雨，听自己的心声；李商隐在夜里照花，照自己的心境。中国文人的默契，巧妙地牵系在黑夜的秘境里。不知那一夜，我们的诗人在想些什么？

二、残香犹待不眠人：对比，突显闲情真意

说到《花下醉》，读者会不由自主想起苏轼的《海棠》：“只恐夜深花睡去，故烧高烛照红妆。”依然是海棠绽放，依然是深夜烛光，依然是中国文人，悄然独往——这正是典型的中国古典式审美，让心灵回归幽境，静静感受丝丝缕缕的美，把纯粹的真心交付自然。

然而两诗对比，苏诗明显做作一些，“装”的痕迹重一些。他装，故他在夜里也时刻保持清醒；他装，故他要让海棠也和他一样醒着；他装，故他希望花儿也像白天那样一身红妆精神十足；他装，故他夜间依然疲惫，人生难得糊涂……太多的骄傲背负在苏轼的肩头，即便是在了无人迹的深夜，他也不敢放纵一回大醉一场。他不敢有太过自然的性情流露，只能在字里行间也装作屹立不垮的强者。

相反，李商隐则把东方审美情趣演绎得更加淋漓尽致，拿最真的面貌示人，用自己的一颗真心叩开花的心扉，毋需过多言语，心意残花自明。因为他的真挚，而换来花的真挚，不必浓妆艳抹，没有庄重高傲，反而只是一抹残红，最得心意。古诗词中“残”的意象，总能带给人特别的心灵冲击。“断桥残雪”的婉转格调，“西风残照”（李白《忆秦娥》）的苍凉廓远，“雁飞残月天”（温庭筠《菩萨蛮》）的孤寂迷离，都有种说不出的哀婉凄迷。“残缺美，突破了完整、平衡、和谐的美的规律，更能体现美的内质，更能引起人们的兴味。”（高建新《山水风景审美》）因而李商隐那晚看到的残花，也就比苏轼看到的红妆更加内秀，更加自然真诚。

当然苏轼也有自然的夜游的佳作的。他的《记承天寺夜游》甚是动人：“庭下如积水空明，水中藻荇交横，盖竹柏影也。”那月光的空明，也照见心灵的空明，从而使月夜漫步的“闲人”于悠闲自在中获致如同海德格尔所谓的那般“澄明之境”。但东坡的夜游，总是尚未入睡便直接闲游，因而尽管行步闲散，却依旧是拖着白天延续的疲惫，难以彻底洒脱。李商隐则不然。他先在白日的热闹与醉意中酣畅睡去，待夜半醒来，白天的悲欢情愁已被方才一场酣睡隔离，此刻的心境最为纯净，最为潇洒。恰好兴致忽起，便来到满世界都睡着的暗夜里去找寻一份微妙的共鸣。醉与醒之间，悠悠天地，也融化进心头了。

三、海棠染尽夜空东：类比，更显东方幽美

能在众人入梦时清醒地走进黑夜，已是人生一种可喜的境界；能在与众人一同入梦后独自醒来聆听夜的声音，更是难得的佳境。巧的是，在一衣带水的邻邦日本竟然也有一个人，和李商隐一样睡去又醒来，一样在夜半醒后欣赏海棠，一样从中发现了美收获了美的体验。这个人就是川端康成，在凌晨四点醒来，发现海棠花未眠。

不能不说这是个惊人的巧合，但这个巧合实则蕴含了一种绝对、一种必然，是东方文人的心意沟通。中华文明是一种极其广博的文化，它历史源远流长，波及范围甚广，在古代尤其是鼎盛时期唐朝，对东亚各国产生了直接的影响。那么从广义上来讲，大中华文明

也包含周边各国譬如日本的文明。可以说，明治维新前的日本文学是中华文化的继承者，属于“汉文化圈中的一个组成部分”（方汉文主编《东西方比较文学史》）。

于是，从小深受日本古典文学影响的川端康成，拥有着传统的东方审美观念，追求着典型的东方式的幽约细美。典雅的东方美在川端康成的眼中笼罩着淡淡的哀伤，透着丝丝温婉愁绪。独自在旅馆里，凌晨四点醒来赏花，见海棠“盛放，含有一种哀伤的美”。他感悟：“美是邂逅所得，是亲近所得。”（《花未眠》）梦醒时分邂逅美、亲近美的细腻婉约情调，也只有含蓄的东方人才能体会到罢。

李商隐则是把这种东方式的含蓄蕴藉发展为朦胧的意境。他的诗素以“朦胧”著称，“与亲切感人的情思意象常常统一在一起，使人进入一种神游的诗境，很容易在脑子里浮现出从来没有的快感”（王德岩、李肖等著《汉语美学》）。《花下醉》就很好地表现了这点：幽幽的夜色，昏昏的烛光，点点残红露出绰约的风姿，散发隐约的残香。那隐隐绰绰的朦胧，在轻纱下留有一片更广阔的意境，余韵悠长，发人深思。

无论是淡淡的哀伤还是隐隐的朦胧，他们都是作者用一颗真诚期待的心，去拥抱与细微处的美刹那间的邂逅；他们共同蕴含的都是东方温雅恬静的艺术风格，“赋予自然以灵性，在平等对话与灵魂的沟通中展示大自然的美与力”（孟昭毅、黎跃进编著《简明东方文学史》）。这正是东方人普遍的和谐美追求，哪怕是以某种残缺的形式表现，也要于残缺中期许物我之间内在的和谐统一，在亲近有灵性的自然万物过程中达到物我交融。“交融之际，情思的审美直觉化与物象的动态特征相互默契，最终在感觉复合的意象结构中隐喻出情意的交合。这，便是情景入妙之美。”（韩经太《诗学美论与诗词美境》）

东方文化就像那一朵红海棠，东方之美就是她绰约的风姿、隐约的幽香。她的含蓄简约，她的细腻婉转，如同传说中海棠那无香之香一般，需要有心人用真诚的赤子之心去亲近，从而邂逅至善的美，回味悠长的韵。

你嗅到深夜海棠的暗香了么？

参考文献：

1. 高建新：《山水风景审美》（增订本），内蒙古大学出版社 2004 年版；
2. 韩经太：《诗学美论与诗词美境》，北京语言文化大学出版社 2000 年版；
3. 方汉文主编：《东西方比较文学史》（上），北京大学出版社 2005 年版；
4. 王德岩、李肖等：《汉语美学》，中国社会科学出版社 2009 年版；
5. 孟昭毅、黎跃进编著：《简明东方文学史》，北京大学出版社 2005 年版。

（指导老师：盛百卉 责任编辑：刘怡）

奈何花果飘零

郭志东

(中国政法大学 国际法学院 2009 级)

中国文化是活的生命，即便外在的一切都不存在了，他也依旧活在中国人心中。唐君毅说“在人之活的心灵中的东西，纵使是已过去的、死的，此心灵亦能使之复活。人类过去之历史文化，亦一直活在研究者的了解，凭吊，怀念之心灵中。”^①

1978年2月1日，时在香港的唐君毅于病榻上看到中国大陆的《人民日报》刊载了一篇为“孔子诛少正卯”辩诬的文章。^②他欣慰万分。几十年的期望，总算见到了些许微光。他即刻嘱托夫人将他所有的著作寄赠给大陆的母校——北京大学和南京大学。第二天，溘然长逝。自1949年离开大陆，唐君毅避居香港，直至生命终止，故园难归28年。

在那个江山易手，国家更名换姓的年岁，唐君毅绝对不算特例。数以百万计的中国人离开大陆，前往港澳、台湾，乃至远走海外。迁居与移民对于中国人而言自古有之，本非异事。可在此后不到十年间所发生的一切，令传统中国知识分子坐立难宁。

一、看那花果飘零

唐君毅，生于四川宜宾。世代书香，家学深厚，幼承庭训，两岁发蒙，受到完整的传统教育。《大英百科全书》收录了他的名字和事迹，称其是中国自朱熹、王阳明以来700年间最有成就的儒家哲学家。“花果飘零”这一概念由唐君毅首创，并很快得到了广泛认同。

1961年，唐君毅撰写了一篇文章——《说中华民族之花果飘零》。文中讲述了他自1949年离开中国大陆12年来的存在感受：凄惶与悲凉。

上世纪60年代，东南亚各国相继出现了排华浪潮，中国华侨在东南亚各地遭受到史无前例的打击。当地政府和本地民族在政治、社会、经济等诸多方面以种种方法压抑当地的华侨社会。中国人无论怎么归顺、服从都难以摆脱被歧视的地位。其中，对华文教育的压制最为深重。

比来自外部的冲击，中国人内心的转化更加令人惊心。这种内心转化甚至可以说是中国人下意识的选择。在欧美，许多高级知识分子的家庭内部已不用中国文字；在香港，大学教授聚会，都是中国人但绝不讲一句中文；原本已居住在欧美各国的中国人纷纷改变国籍，香港、台湾地区的许多青年想方设法远走他乡。当时的香港中文大学为了避免受到攻击，把政府赠送的孔子铜像放在地下室。这种被迫屈服与自觉归化的风势，令唐君毅陷

^① 唐君毅等：“为中国文化敬告世界人士宣言——我们对中国学术研究及中国文化与世界文化前途之共同认识”，载香港《民主评论》1958年1月1日号。

^② 王康：“从花果飘零到返本开新”，载于凤凰网 http://news.ifeng.com/opinion/phjd/sjdt/detail_2011_01/24/4421314_0.shtml，最后访问日期2012年10月30日。

入深深的忧虑，“如此一直下去，到四五十年之后，至少将使我们之所谓华侨社会，全部解体。”他将此种情状，名曰“花果飘零”。

无数中华儿女辞别故国，散居他乡。“中国社会政治、中国文化与中国人之人心，已失去一凝摄自固的力量，如一园中大树之崩倒，而花果飘零，遂随风吹散；只有在他人园林之下，托荫避日，以求苟全；或墙角之旁，沾泥分润，冀得滋生。”^①

这种“花果飘零”令唐君毅忧心如焚，他看见五千年之华夏民族，今日如大树之崩倒而花果飘零，随风吹散，更不知所以凝摄自固之道。他坚称这是一巨大悲剧。^②

二、原乡不可归，未来亦苍茫

花果飘零下有着时代背景的牵扯和宿命般的无奈。对于这一切，中国人无法选择也逃避不了。中华儿女沦落至此，中国文化至如此光景，有着众多根由。

（一）大木摧折——归不去的原乡

在冷战的背景下，中国四处硝烟。1949年，天下易手、河山变色，几千年的中国历史遇到了前所未有的大变局。自此而后，在经过几次运动的“改造”后，儒家文化在中国大陆的正宗地位乃至合法地位至此彻底不复存在，甚至它赖以根生的社会基础本身都被摧毁。

一套来自德国的理论经过俄国人改造后，成为了中国的正统思想，受到几亿国人的膜拜与信仰。并将与其不相适的一切视若草芥，一概冠以“封、资、修”之名，一批再批。

中国人几千年的祖宗文化在消亡，新的掌权者对传统文化肆无忌惮的践踏，对中国传统知识分子进行集体性羞辱。许多选择留在大陆学界巨擘在一次又一次“思想改造”中做出了令读者都无地自容的自我检讨。一切制度的设定与运行似乎就是为了羞辱人的尊严。

在时局变乱之下，一大批中国文化的孤臣孽子避走港台，流亡海外。这些选择坚守传统文化的知识分子面对艰难与孤苦，却没有屈服，其中最具代表性是钱宾四。他在给自己的老师吕思勉的一封信中说到“回来，虽无刀镬之弄，但须革心洗面，重新做人，这是学生万万做不到的。学生对中国文化薄有所窥，但不愿违背自己的主张，愿效法明末朱舜水流寓日本传播中国文化，也很希望在南国传播中国文化之一脉。”而他也深知这一脉传承将异常艰苦。

（二）四顾苍茫

钱宾四先生到港后，与张丕介等人共同创办了新亚书院，唐君毅也参与其中，并担任了重要职务。^③香港是英国的殖民地，“既非吾土，亦非吾民”，至今仍被讥为“文化沙漠”。他们离开中国文化的母体，欲在此处重新为捍卫和复兴中国的文化而奋斗，其艰难可想而知。

筹建书院，著书立说，这些举措不关军事亦非政治，却显露出捍卫文化的崇高精神。这着实是在根本上用心用力，最为坚强，也最为软弱。

为文化而坚守是贯穿唐君毅一生的一条思想主线，为“疏导百年来中国人所感受之中西文化之矛盾冲突，而在观念上加以融解”。以期“有一返本以开新之运动”，重建已失落

^① 唐君毅：“说中华民族之花果飘零”，载香港《祖国周刊》第35卷第1期。

^② 唐君毅：“说中华民族之花果飘零”，载香港《祖国周刊》第35卷第1期。

^③ 唐君毅受聘为新亚书院教授，并兼任教务长一职。1950年，唐先生倡议并亲自主持了新亚学术文化讲座，历时五年，共一百三十九次，为新亚书院赢得世界性的声誉。

的中国文化之人文精神。

从理论建设上振兴中国文化是唐君毅先生以一个时代知识分子的身份来承担历史的角色扮演方式。他所代表的学术流派被称为新儒家，余英时先生曾为此做出定义：新儒家所承担的历史任务是以现代的哲学语言来展示此“退藏于密”之“道”，然再求“放之则弥六合”，即全面重建一个现代的中国文化系统。^①

唐君毅一生相信孔孟之道是中国文化的命运所寄。他参与撰写的《为中国文化敬告世界人士宣言》(以下称《宣言》)，其发表的极为简单：消除西方人对中国文化的种种误解与片面，阐释中国文化的内涵与精义；西方人面前为中国人的祖宗文化找回一个公道，为苦难的中国人建立文化自信。

当几千年来的道统轰然断绝之时，中国传统知识分子陷入巨大的迷茫与忧虑，“为往圣继绝学”的责任从未如此沉重。

三、保守与挽救

有些事不能够也不需进行道德评判，但也必须承认现实是一个巨大的悲剧。唐君毅对流亡在外的中国侨胞之艰苦遭遇有着切身的感受，并带有巨大的悲悯与同情。他相信有些事无碍道德，但不改其悲剧性。但当他发现有人为此种种悲剧做着冠冕堂皇的合理性辩护时，他开始以笔反击，从而也就产生了《说中华民族之花果飘零》这篇文章。唐君毅将这种现象看得很严重，他敬告世人“勿以邪曲之诡辩自欺，使吾人沦于万劫不复”。^②并希望中华儿女“共发大愿心，正视吾人共同遭遇之悲剧，齐谋挽救”。

(一) 文化和生命

由唐君毅主要撰写的《宣言》所提出的首要要求便是“研究中国学术文化者，需肯定肯认中国文化之活的生命之存在”。^③在唐君毅眼中，那些为抛弃中国文化进行合理性辩护的人犯了一个根本性的错误，“在其忘了我们自己所属之民族等等，都永不能真正化为一外在客观的东西。此乃我们生命之所依所根以存在者”。

由中国人所生之当下一切，乃中国人生命存在之依寄所托，故而文化的价值便是生命的价值。只要中国人的心中还有中国文化，只要这样的中国人还活着，中国文化就没有死。唐君毅相信“在人之活的心灵中的东西，纵使是已过去的、死的，此心灵亦能使之复活。人类过去之历史文化，亦一直活在研究者的了解，凭吊，怀念之心灵中。”^④

活的生命将生生不息，不论客观环境如何变化，只要心中留存，便可再续再传。这样的一个命题有力的回应了中国文化已死的评判与成见。

唐君毅一生反对唯物主义，而重视心灵、生命和体验。在他看来，唯物主义有着太大的解释限度，必须以承认人之精神生活的存在为基础，并从心理层面探寻，才能找到意义。

^① 余英时：《钱穆与现代中国学术》，广西师范大学出版社2004年6月第1版，第66页。

^② 唐君毅：“说中华民族之花果飘零”，载香港《祖国周刊》第35卷第1期。

^③ 唐君毅等：“为中国文化敬告世界人士宣言——我们对中国学术研究及中国文化与世界文化前途之共同认识”，载香港《民主评论》1958年1月1日号。

^④ 唐君毅等：“为中国文化敬告世界人士宣言——我们对中国学术研究及中国文化与世界文化前途之共同认识”，载香港《民主评论》1958年1月1日号。

①他反复强调中国文化是活的生命，并为这一命题坚守了一辈子。

在他眼中，文化的坚守就是对生命的坚守。正如捷克哲学家帕托切克所说：“道德的存在不只是为了维系社会运转，而是让人成为人。人不是依据自己反复无常的需要、愿望、癖好与渴望来界定道德，而是道德界定人”。^②如花果飘零般的中国人，如此纷纷托异国之苟存，纵然不能做道德评价。可毕竟中华民族分子之心志，离析散驰，而失其所以为中国人。这决然是巨大的悲剧。

即便中国文化中许多有价值的东西已然被破坏了，但总还有一些东西存在着，还值得我们加以保持守护。使什么都没有了，则我们每人自己的人格精神，依然值得我去保持守护。通过这种守护，我们既能守住我们自己，也能守住中国文化。

（二）守死善道

中国传统知识分子对于文化的捍卫与民族的磨难与国家的屈辱同时同生。在传统帝国的国门打开之前，西方文化已然征服了全世界，它给所有国家的传统带来巨大的挑战，中国仅仅是迎接挑战的一份子。但却没有任何一个民族如我们这般艰难。这些人或变通，或辗转，或坚决，或委婉，但却从未背叛。

清末激变，国土渐丧；强敌环伺，国将不国。可纵便时局如此，张之洞依旧强调“中学为体，西学为用”。在时局变乱之下“旧者因噎而食废，新者歧多而羊亡；旧者不知通，新者不知本。不知通则无应敌制变之术，不知本则有非薄名教之心。”^③有所易，则须有所守。

抗战之期，亡国之危呈于目前。民国29年（1940年），在抗战最艰苦的年头，唐君毅出版了《道德自我之建设》以鼓舞国人对中国文化的信心。书以反问做结：“我们焉能不信人类之前途是光明的？焉能不对人类前途之光明，抱无尽之信心？”

这种行为绝非个体，在民族危亡之际，传统知识分子进行了一场集体的文化捍卫，钱宾四先生出版了《国史大纲》，以期树立国人对自身历史文化的信心；方东美先生（唐君毅的老师）作为一个高度西化的知识分子，在抗战期间只讲中国的传统文化。

中国文化在外族的侵略下，历经波折而终得残喘。但时至1949年，在政党实力与意识形态的对垒中，传统文化完全找不到安生之所。江山变色后，这些书生们有的选择留下，有的选择离开。

远走的在“在四顾苍茫，一无凭借的心境情调之下，抚今追昔，从根本上反复用心”^④举步维艰；而那些选择留下的，在无助与无奈中被活活撕裂。在政治强力下他们无从选择，全线溃败，体无完肤，但他们依旧以行动捍卫了名节。1966年文革爆发，身在大陆的熊十力先生看到了《人民日报》刊载的《横扫一切牛鬼蛇神》后，寝食难安。1968年5月23日，时已84岁高龄的老先生绝食自杀，他以死来表达对文革的抗议。激烈的守护是士人的荣耀与责任，以梁济先生的话来讲，此“是极大之事，士君子不能视为无责”。

（三）保守之责任

在中国文化的现状与未来发展的讨论中，唐君毅采取了非常理论化的方式进行论证—

① 唐君毅：“民国初年的学风与我学哲学的经过”，载香港《华侨人文周刊》1979年2月12日号。

② 景凯旋：“生活在真实中”，载《财经》杂志2011年第19期。

③ 张之洞：《劝学篇》，广西师范大学出版社2008年10月版，第2页。

④ 唐君毅等：“为中国文化敬告世界人士宣言——我们对中国学术研究及中国文化与世界文化前途之共同认识”，载香港《民主评论》1958年1月1日号。

一事实与价值的二分。他坚信即便有许多人背弃了中国文化，中国文化出现了种种问题，但这绝对不意味着中国文化应当被抛弃，并只能走向沉沦。“一切已存在之事实，只是中华民族之悲剧之表现的亦象，此决不是中国历史精神之真正的方向。”纵然面对悲剧，亦绝不悲观。

对中国文化的保守是中国人的不可推卸的责任，“中华民族之大悲剧，便原于失其所守。”吾人若能“承认此为一悲剧而正视之，而以坚忍心、悲悯心承担之，吾人尚可救药。”^①

在唐君毅眼中，保守是种责任，但绝不意味着强求与苛责，而只是一个态度，一个念头。甚至具体保守什么都没那么重要，也没有硬性标准，只是“为中国人，则须多少守一些为中国人之道，守多少算多少。你能守，即可逐渐守多一点。如什么都无可守，则即守上所谓愿有所保持守护之精神，此还是有所守。”^②甚至你作为一个中国人，认为自己一无所守时，只要当你见沉沦苦海之中华民族，动一丝悲悯之心便也足够。

四、他乡做故乡

唐君毅的整个后半生居住在香港，工作也在香港。可他对于这片自己生活了几十年的地方却自始至终没有生发出认同感。在这片英国的殖民地上，中国的文化基本上没有根。如其所说：“香港，英人殖民之地，既非吾土，亦非吾民。吾与友生，皆神明华胄，梦魂虽在我神州，而肉躯道竟不幸亦不得不求托庇于此。”其中无奈，易于得知。

身在他乡的孤苦能局限一个人却无法束缚一颗心。在生命的晚期，他采用了佛家的叛教的方法对东西文化进行了一番统摄关照。他认为由西方文化之入中国而生之现代中国文化之问题之一，乃宗教问题。^③君毅将生命的句点画于一本书中——《生命存在与心灵境界》，在“一心通九境”的宏大构想中，高举儒学以其顺成人心、正大光明的教化方法而为诸教之冠。其悲愿之宏，令人钦慕。

《生命存在与心灵境界》完成在他生命的最后一年，这是唐先生用力最深的一部书，也是不折不扣的呕心之作。这本书写的异常悲苦，时已69岁的唐君毅已进肺癌晚期，病榻之上依旧笔耕不辍，咳血十分经常。书成之后的几个礼拜，他便再也无法提笔。

1978年2月，唐君毅病逝于香港九龙，隔月，灵柩运于台湾，葬于台北市观音山朝阳墓园。唐先生或许可以瞑目，因为，那是中国人的地方。^④

参考文献：

1. 唐君毅、徐复观等：“为中国文化敬告世界人士宣言——我们对中国学术研究及中国文化与世界文化前途之共同认识”，载香港《民主评论》1958年1月1日号；
2. 唐君毅：“说中华民族之花果飘零”，载香港《祖国周刊》第35卷第1期；
3. 余英时：《钱穆与现代中国学术》，广西师范大学出版社2004年6月第1版；

^① 唐君毅：“说中华民族之花果飘零”，载香港《祖国周刊》第35卷第1期。

^② 唐君毅：“说中华民族之花果飘零”，载香港《祖国周刊》第35卷第1期。

^③ 唐君毅：《中国人文精神之发展》，台湾学生书局2002年6月全集校订第1版，第329—335页。

4. 唐君毅：“民国初年的学风与我学哲学的经过”，载香港《华侨人文周刊》1979 年 2 月 12 日号；
5. 张之洞：《劝学篇》，广西师范大学出版社 2008 年 10 月版；
6. 沈毅：《〈独立评论〉研究》，辽宁美术出版社 2008 年 11 月版。

(推荐老师：金莉莉 责任编辑：齐蓓蕾)

《学术法大》征稿启事

《学术法大》是唯一的面向全校本科生的校办学术刊物。其创刊于2003年,在校党委和行政部门的大力支持下由学生处和教务处牵头主办。每学期发行两期,全年发行四期。

《学术法大》坚持理论与法制实践、教学实践相结合的办刊方针,刊登的文章涵盖:法理学、宪法、行政法、法制史、民商法、经济法、刑法、国际法、国际私法、国际经济法以及民事、刑事、行政三大诉讼法学理论,同时兼顾经济学、管理学、政治学、哲学、新闻学及公共课的相关科研成果。

《学术法大》**常年**面向全校同学征稿,择优录用,有关事项如下:

1、在本刊发表的文章,除支付稿费外,可按照有关规定,在本学年申请科研创新奖学金,并可以作为学生评优、推荐免试研究生、就业等工作的参考,学生处亦可出具用稿证明;

2、来稿请注明作者姓名、所属学院、年级及联系方式(手机及邮箱);

3、文责自负,严禁剽窃。本刊根据编辑工作的需要有权对稿件进行必要的删整,不同意者请注明;

4、稿件要求:

(1)普通稿件:要求使用标准论文格式;字数:八千至一万为佳(英文五千至七千为佳)。

(2)新增栏目:“信笔臻识”,要求观点新颖、文笔优美、行文流畅;字数四千至六千为佳;形式不限,可采用时评、书评、读书报告等多种文体。

5、投稿方式:所有文章均需**打印稿、电子稿**各一份。打印稿交至主楼四层A405B思想教育科(联系人:张老师;联系电话:010-58909125);电子稿发至xueshufada@126.com。

6、注释体例:

全文采用页下注,每页单独编号。

中文部分规范注释示例**(不用省略格式)**:

著作:夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社1991年版,第10页。

主编:高铭暄主编:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第2页。

选集:《邓小平文选》(第三卷),人民出版社1993年版,第20-21页。

译著:【法】托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆2008年版,第5页。

文集论文:陈兴良:“论不作为犯罪之作为义务”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第3卷),中国政法大学出版社1999年版,第203、206及216页以下。

论文:季卫东:“程序比较论”,载《比较法研究》1993年第1期。

外文部分规范注释示例**(不用省略格式)**:

著作:Robert Gilpin, *Economy of International Relations*, Princeton University Press, 1986, pp.5.

文集中的论文:K. J. Iyler, *The Polemics of the Papal Revolution*, in Berly Smalley ed. *Trends in Medieval Political Thought*, Oxford University Press, 1965, 3rd ed., pp.150-153.

期刊中的论文: M. Riedel, "The Influence of Rhetoric of the Law of Evidence and Pleading", *Judicial Review*, 62(1969), 231.

《学术法大》欢迎同学们踊跃来稿。