

六、2001 年的中国行政法学

2001 年我国将加入 WTO,从而使全球化成为我们必须认真对待的问题。全球化首先是经济和贸易的全球化,但其影响是全方位的。行政法是传统的国内公法,而在全球化的背景下,行政法已很难说是严格意义上的“国内”公法了,在我国加入 WTO 以后,由于经贸领域内的行政法规必须与 WTO 的规则相适应,因此,对 WTO 规则的了解和研究也将成为行政法学者研究的课题。此外,国际人权标准也呈现出全球化的趋势。我国已签署两个重要的国际人权公约,^[29]一旦获得国家最高立法机关的批准,必然对现行行政法制度产生影响,因而两个人权公约中与行政法相关的内容当然必须进入行政法学的研究范围。这意味着 21 世纪的行政法研究将发生一个重大的变化,即行政法学者不能象过去那样将行政法仅仅当作“国内法”加以研究,必须深入到国际法的层次,具备一定的国际法素养和视野。2001 年行政法学对我国加入 WTO 后诸问题的回应将标志着这一变化的开始。

在加入 WTO、签署国际人权公约的背景以及全球化的趋势下,行政机关管理经济、干预市场的权力将根据 WTO 规则的要求,在一定程度上“回缩”,与此同时,行政程序必须体现出透明、公正、民主和富有效率的特点,立法机关将面临制定统一的行政程序法的压力。这些现象和问题都将成为 2001 年我国行政法研究的重要课题,其中关于行政公开的研究有可能形成一个比较突出的亮点。由于获得司法救济权已被国际人权法定义为一项基本人权,对该权利的研究也将成为 2001 年我国行政法研究的重点,它将推动我国行政诉讼受案范围的进一步扩大,以及行政机关终局裁决权的减小,同时也将使行政法学界更加关注行政司法改革的问题。此外,对计算机互联网络的行政法调控也将成为 2001 年我国行政法研究的热点之一。

我国加入 WTO 以后,对发达国家行政法的发展动向进行跟踪研究更显必要。2001 年围绕这一主题行政法将会取得一批研究成果。另外,全国人大法工委行政立法研究组的立法起草工作将会一如既往地发挥对行政法研究的导向作用。2001 年行政强制法及行政许可法的起草工作将进入新的阶段,与此相关的研究也将随之展开,并成为 2001 年行政法研究的特色之一。

刑法学研究述评

王敏远 董文勇*

刑法学界一年来的研究成果所涉及的领域极广泛。本刊在此所要述评的内容仅限于有关刑法学基本理论的探讨及刑法总则中有关问题的论述。

一、有关刑法学基本理论的探讨

刑法学界对有关刑法学基本理论的探讨,主要围绕着以下四个方面的问题展开:一是个人自由在刑法中的优先选择价值,二是关于社会危害性理论对我国刑法学和刑法的影响问题所

[29] 即《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》。

* 董文勇,中国社会科学院研究生院研究生。

进行的反思;三是犯罪之定性和定量概念的利弊问题,四是影响犯罪构成的非国家行为评价机制问题。以下分别叙述。

(一)刑法的价值问题始终是人们关心的一个重要问题。有论者提出:在个人自由与社会秩序对立统一的辩证关系当中,刑法应当在兼顾社会秩序的同时,优先选择个人自由。他认为,个人与社会何者优先是历哲学家们争论不休的一个话题,与此相连的个人自由与社会秩序的对立与冲突,也贯穿人类社会始终,之所以会保持对立的状态,一方面是因为人性中有“非理性成分”,另一方面是因为“自由与权利的抽象的平等,与自由和权利运行结果上的实际的不平等”的矛盾倾向的存在。在存在对立的同时,个人(自由)与社会(秩序)又是统一的。“秩序是自由的保证,自由是秩序的根据”。人的动物性使人有非理性的特点,但人的社会性又使人保持理性。秩序具有必然性的特点,而自由表面似乎是一种任性,但实质上是与必然性相联的理性,人们可预见这种必然性并使自己的自由与秩序保持一致,实现社会秩序下的个人自由。该论者进一步认为:个人自由与社会秩序的关系是具体的、历史的。在个人没有独立出社会之前,自由并不是个人的属性,而是某一群体的属性;而在个人独立的现代社会,“现代刑法的首要任务是维护个人自由”。社会秩序并不天然地需要法律,而个人自由却只能存活于法治之下。在个人自由产生之前,法律只是维护或恶或善的社会秩序的工具或手段,个人自由产生后,法律具有了蕴含个人自由的独立的理性品格,成为具有自由保障功能的法律,“法律以法治的形式运行。”社会秩序离不开刑罚及类似强制措施的保护,但并不天然地需要刑法,尽管刑法通过保护社会秩序而有利于个人自由,个人自由因此天然地需要刑法。刑罚虽以保护社会秩序为目的,但这只是刑罚的目的之一,“限制和控制刑罚以保障人权,是刑法另外一个目的,而且是刑法存在的根据”。不保障人权的刑法,不以个人自由为优先选择的刑法,“不是真正意义上的刑法”。

该论者还认为,刑法无以对社会秩序进行结构安排,但通过刑法在个人自由与社会秩序之间选择前者,可以创造使社会秩序生成的条件,而社会秩序的自动生成和健康发展又会促进个人自由。刑法优先选择个人自由,个人自由与社会发展将在对立统一中互动发展;反之,则会导致社会秩序的僵化与个人自由的匮乏。刑法对个人自由的优先选择,要求刑法能保护的社会法益还原为个人利益,要求国家必须实行罪刑法定。刑法以个人自由为优先选择,才能在一般性抽象规范的范围内人道地适用刑法,寻求刑法之原则性与灵活性的统一,才能使刑事政策充满人道主义精神。^[1]

(二)社会危害性理论是我国刑法学中的传统理论,有论者主张,在注释刑法学中,应当坚守形式理性而否定社会危害性理论,唯此,方能使罪刑法定原则在法治国家得以贯彻并实现。他认为,犯罪概念是反思社会危害性理论的一个基本视角,根据犯罪概念是否包含社会危害性的内容,在刑法理论上将犯罪概念划分为犯罪的实质概念和形式概念。而由于二者的价值取向——实质合理与形式合理——的差异,即使在两概念相统一的情况下,二者的矛盾性也是个不容忽视的客观存在。犯罪的实质特征——社会危害性与犯罪的形式特征——刑事违法性之矛盾与冲突,主要发生在某行为有一定的社会危害性但因刑法未将其规定为犯罪因而不具备刑事违法性的场合。在新刑法确立罪刑法定原则之前,该冲突需通过类推制度予以调和,而在当前废止类推制度的条件下,在形式合理与实质合理发生冲突时,则必然选择前者而非后者。

[1] 参见曲新久:《个人自由与社会秩序的对立统一以及刑法的优先选择》,《法学研究》2000年第2期。

对于犯罪的认定,该论者主张,刑事违法性是根本标准,社会危害性离开了刑事违法性就不能成为犯罪的特征。以社会危害性为表征的犯罪的实质概念是立法上的犯罪概念和理论刑法学上的犯罪概念;而以刑事违法性为表征犯罪的形式概念则是司法上的犯罪概念和注释刑法学上的犯罪概念。由于社会危害性并非是一种注释刑法学概念而是对犯罪的超规范解释,并且其本身亦缺乏实体内容,因而法益侵害以其专属性、规范性和实体性应于注释刑法学中将其取而代之,相应地,将刑事违法性作为犯罪的唯一特征。^[2]

有论者提出,刑法的目的是保护法益,犯罪的本质是侵犯法益。该论者在对与犯罪本质有关各学说进行评论的基础上,认为关于犯罪的本质的争论,颇具影响的是法益侵害说与规范违反说。前说以行为对法益构成一定程度的侵害作为定罪处罚的标准,强调伦理与刑法分离,主张结果无价值,而后者以行为对伦理道德秩序的违法为定罪处罚之标准,强调刑法对伦理秩序的保护,主张行为无价值。在该论者看来,我国新刑法从许多方面认可了法益侵害说。表现在新罪名的设定上,许多以反社会伦理为内容的犯罪未被立法所采纳;对某些具体犯罪所属类别的调整也突出了以保护法益为核心;新刑法第2条和第13条也从正反角度肯定了法益侵害说。他说,这种认同是合理的,因为以法益侵害说为根据确定刑法的处罚范围与界限,可使处罚范围适当,处罚界限明确,符合我国的基本刑事政策。采取法益侵害说,有利于平衡刑法的权益保护机能与自由保障机能,有利于合理区分刑法与道德,也有利于对行为社会危害性的正确评价和正确理解及适用刑法规范。

该论者还认为,虽然在我国刑法理论上没关于有法益侵害说与规范违反说的争论,但由于把法律等同于伦理的传统观念的存在,二者的矛盾在刑法理论与司法实践中却有所反映。表现在刑法理论上,规范违反说认为犯罪的本质在于犯罪人获利,即主要考虑行为人自私自利的一面,而侵害法益说则根本上考虑行为对法益的侵犯程度,并非是行为人的获利情况。表现在司法实践上,(1)对于许多犯罪,刑法没有规定以非法占有为目的或以营利为目的,而人们却认为应包括该目的,或行为人出于良好动机而严重侵犯法益的,却不被认定为犯罪。(2)对一些单位集体实施的犯罪,不以侵害法益与否而按行为人是否中饱私囊为标准定罪处罚。(3)对一些具体犯罪的既遂标准不考虑法益何时受到侵害而考虑行为人何时获取利益。(4)处理共同犯罪案件时,过于注重共犯人的分赃数额即获利的多少,而轻视共犯行为人对合法权益的侵犯程度。该论者说,刑法理论与司法实践中的许多与法益侵害说不相适应的观点与做法应当予以纠正。^[3]

(三)关于犯罪概念,世界的通例是由立法定性,由司法定量,而我国立法则采取定性加定量的定义方法。有学者对我国刑法犯罪概念的定量因素进行了深入的探讨。该学者指出,我国刑法把定量因素引入犯罪概念,是利弊兼有的。利的方面有三:(1)适应我国社会治安三级制裁体系的结构要求,便于划清罪与非罪的界限,不致造成社会治安三级制裁体系结构的混乱。(2)有利于降低犯罪率,维护了国家形象,减少了公民和国家的抗力,也可使公民少留犯罪的污名。(3)利用有限的司法资源打击更为严重的犯罪,提高刑事司法效能。弊端有三:(1)导致刑法理论的困惑和学理解释的尴尬。犯罪概念引入定量因素,使得以定性分析为根基的犯罪构成理论对许多犯罪难以合理解释。(2)造成最高司法机关司法解释权的膨胀和地方司法

[2] 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期。

[3] 参见张明楷:《新刑法与法益侵害说》,《法学研究》2000年第1期。

机关自由裁量权的限缩,同时,不适当突出“数量”在定罪中的作用,弱化了对其他情节的考察,进而造成司法不公。(3)导致“厉而不严”的刑法结构模式,刑事法网粗疏。在此分析的基础上,论者认为,我国刑法中定量犯罪概念的存在是我国传统文化的体现,鉴于传统文化的影响,不宜将其彻底舍弃,但由于其对行为社会危害性的评价作用有限,又不宜过多采用,所以“定量的犯罪概念应有一席之地,但其范围应该受到严格限制。”对分则中第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的多数犯罪,可采用“立法定性又定量”的模式;除分则第三章中某些经济犯罪以外的其它罪,均应采用“立法定性,司法定量”的模式;总则第13条中作为犯罪一般概念之定量因素的“但书”仍可保留。^[4]

(四)有论者就我国刑法典关于犯罪的概念与刑法中犯罪构成的关系探讨了人身危险性和客观社会危害性显著轻微对定罪量刑的影响。该论者指出,我国刑法学界一般认为,犯罪构成是定罪的规格和标准,与我国刑法典第13条关于犯罪的概念是一致的,但是,当行为该当某一具体的犯罪构成而同时行为人的身危险性与其行为的社会危害性均显著轻微时,犯罪概念与犯罪构成是无法契合的。

该论者认为,人身危险性是指行为人将来实施犯罪行为的可能性,是有别于“罪过”、“主观恶性”等概念的。在我国刑法中,罪过与行为以及其危害结果在定罪量刑中起着重要作用,但人身危险性只是影响量刑的重要因素,而并非犯罪构成因素,犯罪构成因素也不能充分反映人身危险性。在该论者看来,人身危险性对定罪以及某些特殊情况下的刑事处置的影响,主要在于两方面:(1)行为具有社会危害性且行为入具相当人身危险性,但行为并未符合犯罪构成要件之处遇;(2)行为人实施了符合犯罪构成要件的犯罪行为,但行为人的身危险性显著轻微之处遇。对前者,该论者认为,尽管不处以刑罚,但应施以一定之保安处分,这需要我国刑法理论研究方向转变,刑事政策内涵的深化和刑事立法的完善;对后者,应当发挥我国刑法典第13条规定之出罪功能,作出非罪处理。该条规定与罪刑法定原则非但不矛盾,反而相得益彰。^[5]

犯罪构成理论是刑法中的核心问题,有论者对该理论进行了扩展性思考。他认为,以往的刑法理论都是纯粹地、根本地从国家的立场对行为的性质加以评价并确定该行为是否构成犯罪,因而对犯罪构成的总体性把握是编狭的,同时他主张:犯罪是由包括国家权力以及更为重要的非国家行为评价机制在内的多重因素综合地决定或“构成”的。

该论者比较了当今三大法系的犯罪构成理论,于诸多的差异性中,他发现有一点是相同的:都只承认国家权力在评价犯罪过程中的作用,而不承认有其他非国家的机制介入了犯罪评价过程。由于犯罪的典型事实,犯罪构成本身都有多个意义域,词义是含混的,所以,静止地、单维度地看待行为事实和犯罪构成的问题都是不全面的。但是,在犯罪构成的基本观点上,三大法系都接受了构成要件事实特征的客观性、单一性、静止性和整体性,并因而认为构成事实作为法律事实,在很大程度上等于案件事实。这种片面地把犯罪构成完全等同于一系列“国家标准”的认识,是不务实的。

为了揭示在对行为的性质予以评价过程中权力的真实运作机制,该论者把权力解读为“一种复杂的社会策略形式”,是存在于其实施过程中的一种关系。国家“权力”只是“真正权力”的

[4] 参见储槐植、汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》2000年第2期。

[5] 参见张小虎:《人身危险性与客观社会危害显著轻微的外罪思辩》,《中外法学》2000年第4期。

形成的促成力量之一,国家强权与真正权力相互合作,是“建立在处于相对微观层次上的相对自主自足的权力之上,并通过这些权力而起作用的。”在刑法学的视野内,权力主体应是多元的,在刑事案件中,多种权力因素交互作用,形成合力和对合力的抵制。这些因素如:典型事实、被害人或其亲属的震惊与愤怒、公众的同情以及行为人个人的忏悔分别于案发后依次产生,都是笼罩在与犯罪构成事实有关的权力场域中的权力构成要素。这些非国家权力要素先于国家权力而存在并发挥作用,而作为其自然延伸,国家权力才被迫出现。为了研究权力的运作,该论者把这些权力要素转化为一整套背后蕴含权力的“话语”,并认为,在刑事案件中,话语通过话语对象、陈述和话语形成之形式运作,产生了认定嫌疑人符合犯罪构成的刑法上的“知识”,同时,作为产生的“符号”,表征为给被告人贴上符合犯罪构成的“犯罪者”的标签。于是,被告人的个人命运首先被复杂的权力话语的交互作用所决定,司法力量的介入只是最终迎合了一种占优势地位的势力。

在上述基础上,该论者试图解释犯罪构成的不确定性、非客观性和生动性。他否定了作为行为对象的事实拥有不变的、客观的、可把握的物质性的观点,并认为某一行为是否构成犯罪,主要取决于有决定权的“人”是否相信它是犯罪,犯罪构成事实应被看作是我们的想象性重构活动的结果,而对构成事实进行司法重构的过程是个复杂的过程,其实现一方面依赖于不仅限于司法人员的回溯性思考,另一方面依赖于被告人自身的“犯罪仪式”。

最后作者认为,非国家的行为评价机制介入犯罪构成理论,意在承认犯罪构成的过程性,补充以往理论之不足,以“在更高的层面上来把握犯罪构成问题。”〔6〕

二、刑法总则中有关问题的研究

在有关刑法总则的问题中,有关犯罪及其构成、刑罚及其量定的问题是主要问题。学界关于这些问题的探讨建树颇多,现对其中的部分内容予以简述。

过失以违反法的注意义务为核心要素,然而,对其成立的规范评价是否要求行为人有违法性意识或违法性,众说纷纭。有论者指出:对过失的成立,应以违法性意识或违法性意识的可能性为要件,这符合罪刑法定原则的基本精神。首先,从我国立法上对过失犯的规定来看,过失中的违法性意识或意识可能性应可被解读为:应当意识到或已经意识到由于违反法律上的注意义务而可能发生严重违法结果的意识。对于“应当预见”、“轻信能够避免”的评价前提,并非仅是事实评价,更应是一种法律评价。对后者,行为人固然认识到其行为的违法;对前者,行为人虽无违法性意识,但违反了法律所要求具备的“应当预见”的法的意识。其次,由于法律赋予行为人有责性自我决定权,故应要求行为人在具有合法与不法的意识或意识可能性而决定不法的有责性选择中来对其非难。

对于罪过之违法性意识的确认,该论者认为,违反从事社会生活、活动中的一般意义上的注意义务,从社会一般观念上就可被评价为犯罪的,从行为人对事实具有认识或认识可能性上就可推定其存在违法性意识或意识可能性;对违反从事特别职务、业务活动的注意义务的某些过失罪,只要行为人应当预见违法结果的可能性,或已经预见到该种可能性,即可推定行为人具有违背注意义务的违法性认识可能性。除非行为人能提出相反的证据。该论者还认为,违法性意识可能性是一切犯罪过失心理的共同特征,也是确定犯罪过失成立与否的前提条件;而

〔6〕参见周光权:《行为评价机制与犯罪成立——对犯罪构成理论的扩展性思考》,《法学研究》2000年第3期。

有无违法性意识,在过失领域,则是区别有认识的过失和无认识的过失的界限之一。过失成立要求违法性意识或意识可能性,不会导致“鼓励人们不学法”或“使犯罪人有借口逃避制裁”等负面影响。^[7]

关于不真正不作为犯罪中“先行行为”的本质及其产生作为义务的条件,论者作了详细的论述。她认为:“所谓先行行为,……是相对于危险状态出现后行为人的不作为行为而言的。由于行为人先前实施的行为,使某种权益处于遭受严重损害的危险状态,该行为人产生积极行动阻止损害结果发生的义务,就是先行行为引起的作为义务。”先行行为引起的作为义务,与不作为犯罪之作为义务性质是不同的,但也不能完全是从社会公德和社会公共秩序中产生出来的道德义务,因为该种义务在未受国家认可时不具法律上的效力。所以,既然先行行为之作为义务是不真正不作为犯罪的构成要件,则该义务应被认定为包含道德义务的法律义务,因而,从其本质上来讲,先行行为“是属于法律事实之一种的法律行为”,先行行为之所以被视为作为义务的来源,并非依据习惯而是依据法律规范。

在先行行为与作为义务的关系上,论者认为先行行为并不必然引起作为义务,对先行行为之作为义务根据性,应作出限制。该限制有二:一是对先行行为之作为义务成立条件的限制,表现为:1. 先行行为必须是行为人本人的行为;2. 必须有足以侵害他人法益的危险状态存在。危险应是现实的、法律所允许的范围之外的,还必须是紧迫的和对实害结果发生进程有排他的支配性的。危险既可因先行行为而产生,也可因之而由弱危险增高为强危险或进一步强化为高度危险。3. 先行行为与危险状态之间必须有直接的因果关系。二是对先行行为本为外延或范围的限制,表现在:先行行为是否限于有责并无讨论之必要,惟其能引起作为义务,先行行为不仅限于违法行为,也包括合法行为,但犯罪行为不包括在内;先行行为同时包括作为和不作为的结论是“值得怀疑的”。

最后,论者就我国刑法 133 条中交通肇事“因逃逸致人死亡”与不真正不作为犯罪的界限问题进行了探讨。认为交通肇事“因逃逸致人死亡”的范围仅限于交通肇事后致人重伤,为逃逸而遗弃被害人致其不治而亡的情形,而在逃逸过程中又实施其他故意“加害”行为而阻却被害人获救之可能的,超越了刑法第 133 条“因逃逸致人死亡”的立法意蕴,并非只构成交通肇事罪,还构成故意杀人罪。^[8]

有论者对刑法理论上争议较大的非法占有目的问题提出了见解。他认为,所谓非法占有目的,即是指非法掌握或控制财物的意欲。在作法占有目的与盗窃等取得罪的故意内容的关系问题上,前者是包含于后者之中的。非法占有目的之于使用盗窃行为,该行为的主观方面有非法占有目的,因为不占有控制财物就无法对其加以使用;对于使用盗窃的可罚性,从主观方面无法区分,关键在于看其社会危害性程度是否严重,而这需考察其客观方面;至于对使用盗窃行为定罪,使用盗窃与盗窃在主客观方面有较大差异,而这种差异,是靠区分有无非法占有目的所不能解决的,只有通过立法来对使用盗窃行为单独作出规定。非法占有区别于故意毁坏财物行为,行为人出于毁坏目的取得他人财物后予以毁坏,或改变犯意加以利用,也应认为有非法占有目的;区分盗窃等取得罪与毁坏财物罪,仅着眼于彼此的故意内容和取得财物的行为方式上就可以,无须关注有无非法占有目的。对于非法占有目的是否是盗窃等取得罪的主

[7] 参见林亚刚:《论过失中的违法性意识》,《中国法学》2000 年第 2 期。

[8] 参见于改之:《不作为犯罪中“先行行为”的本质及其产生作为义务的条件》,《中国刑事法杂志》2000 年第 5 期。

观方面的要件,有必要说与不要说两种学说的对立,该论者认为不要说是正确的。^[9]

有论者对危险犯提出了质疑,他认为:危险犯的理论既不科学,也不足取。他首先分析了危险犯的概念。危险犯实质上是一种危险的行为犯。因为“实害犯等于结果犯”,而与实害犯相对立的危险犯应为与结果犯相对立的行为犯。危险犯的本质不在于其危险的行为,因为属于故意犯罪的危险犯的成立不仅考察其行为,还需有犯意;其本质不在于危险状态,同为危险状态的实质在于行为性质的危险,该种危险与其他犯罪行为之危险并无不同,危险犯其实为危险行为犯或行为危险犯;其本质也不在危险结果,否则与其有别于结果犯的初衷有悖。危险犯不是法定的犯罪形态,刑法中有危害行为的法定形式,但不存在危险犯的法定形式。危险状态也不是犯罪构成的必要条件,因为在故意犯罪中考察危险犯,只有危险行为而无危险状态则不具犯罪构成的说法是不成立的,若把危险状态看作与危险行为相对立的结果,则把犯罪构成的具备视为犯罪既遂,而这显然是错误的。

关于危险犯对定罪的作用与意义的问题,该论者指出,若把危险状态界定为行为性质,危险犯仅由行为犯的理论就能解决其定罪问题;若把危险状态界定为结果内容,“至多解决了犯罪是处于既遂状态还是未遂状态”,其并非是有无犯罪性质的区别点。对过失危险犯,我国刑法当中没有予以规定,即使是第330条和第332条所规定的犯罪也并非为其范例。并且,我国刑法没有必要设立过失危险犯,因为这会把负有特殊注意义务的人的不注意行为视作犯罪,从而无法消除犯罪的无限扩大之危险性。并且,提出过失危险犯理论根据的另一个错误在于把危险看作一种结果,作为介于行为与实害结果之间的一种独立状态,这在逻辑上是难以讲通的。

在危险犯对量刑的作用与意义方面,该论者认为,直接故意的犯罪既遂与否,当考察属于犯罪目的的内容的结果是否出现,若把只有危险行为还无犯罪结果视为既遂,或把危险状态看作犯罪结果视为既遂,便把犯罪的成立与犯罪的既遂混为一谈,而危险犯把本处于未遂状态的犯罪视作既遂从而加大处罚力度的作法是不足取的。^[10]

有论者对共同正犯相关问题进行了分析。他认为,不应将对共同正犯的处罚为依据作为判断正犯的标准,应把共同正犯归入共犯类型。这首先是因为对共同正犯的处罚并非都依据单独实行犯,其次是因为对其正犯类型的认定有碍于对共同正犯刑罚的个别化。共同正犯的共犯性是其主要方面的特征。对共同正犯的成立范围,他提出:共同正犯是主观上的共同实行犯罪的故意和客观上共同实施的犯罪构成客观方面的行为的统一。对共同正犯的主观方面,只以具有共同故意为已足,不以事前有谋议为必要。对共同正犯的客观方面的实行行为的认定,该论者分类加以分析。他提出,就共谋的共同实行行为和实行的共同行为而言,前者包括两种行为,一是共谋共同实行者均参与实施实行行为,二是共谋共同实行者中某些行为人未在犯罪现场或在场,但由他人实施实行行为。未参与实行行为,除主谋者外,不成立共同正犯行为,共谋者中只提供帮助或教唆的,也不成立共同正犯;后者无论事前有无谋议,实行过程中有无分工,均不影响其成立。就偶然的共同实行行为和继承的共同实行行为而言,于前者若先后实施犯罪的人之间没有共同实施的意思联络,当属同时犯,若只是对先实施的实行行为提供帮助且无共同犯罪的犯意联络,则提供帮助者为帮助的从犯而非偶然的共同正犯;于后者,在先行者实施某犯罪,后行者对此有共同实行的意思而参与共同实行的,始成立共同正犯,而

[9] 参见刘明祥:《刑法中的非法占有目的》,《法学研究》2000年第2期。

[10] 参见杨兴培:《危险犯质疑》,《中国法学》2000年第3期。

后续行为人没有认识在先行为者的意思,或只是对其行为事实了解,并利用该事实实行自己犯罪的,不是继承的共同实行行为。就并进的共同实行行为和分担的共同实行行为来说,无论各行为人于行为前有无共谋,均不影响共同正犯的成立。^[11]

人身危险性是刑法理论中一个极为重要的范畴,有论者从存在论和价值论相结合的角度对此进行了研究。他认为,当前刑法学界关于人身危险性有广义说、狭义说和再犯可能性与初犯可能性统一说这三种典型观点。前两者将人身危险性简单地等同于犯罪可能性与再犯可能性,仅是从犯罪学角度上的认识,而后一观点是值得商榷的。同时他指出:“人身危险性是由行为人特定人格决定的犯罪可能性或再犯可能性,是特定人格事实和评价的统一。”此为广义上的人身危险性。狭义上的人身危险性仅指再犯可能性。进而他提出:广义上的人身危险性的特征包括:1. 人身危险性表现为实施犯罪可能性和再犯可能性,其中犯罪可能性中所指的犯罪既可能是一般违法,又可能是犯罪。2. 人身危险性这种犯罪可能性是以特定行为人的特定人格为其存在依据,行为人的犯罪倾向性人格就是人身危险性。3. 人身危险性应包含着对犯罪倾向性人格的否定性评价因素。4. 人身危险性具有反复性和可变性。狭义上的人身危险性则具有主体特定性(即为已然刑事犯罪之行为人)和存在时间上的限定性(即存在于犯罪之后的量刑、行刑和刑罚执行后三阶段)的特征。^[12]

有学者从并合主义刑罚论的角度分析了我国刑法中的问题。他认为,绝对主义强调报应以满足正义,相对主义着眼预防来护卫社会,二者均失偏颇也各有优势,而并合主义以相对报应刑为内容,兼具报应与预防,因而是理想的刑罚观念。我国的新刑法即采用了并合主义。从刑罚的体系上看,除死刑立即执行外,其他刑种都具改造犯罪人的作用,同时,监禁刑的使用也被排除,二者均体现了预防犯罪的思想,而各罪法定刑幅度的缩小又体现了报应刑论;并且,从罪刑关系看,新刑法第5条体现了刑罚既要与犯罪的社会危害性相适应,又要与犯罪人的人身危险性相适应,前者适应报应刑的要求,后者满足目的刑的要求。除此,新刑法第63条关于酌定减轻处罚的规定以及行刑中的减刑、假释制度与对其限制,均无不体现了并合主义。该学者还认为,并合主义之深层次的优点在于,它有利于同时保护个人利益与社会利益,适当处理刑罚积极主义和刑罚消极主义的关系,也有利于协调罪刑均衡原则和刑罚个别化原则的关系,以及协调刑罚的轻重。

量刑问题是刑法理论的缩影,在该学者看来,并合主义在量刑基准上具体表现为刑罚与责任相适应,且考虑预防犯罪的需要。为实现正义以报应犯罪,刑罚要与犯罪的社会危害性相适应,即刑罚既与犯罪性质相适应,又与犯罪情节相适应;为使刑罚与犯罪人的人身危险性相适应以预防犯罪,量刑时不应过于重视一般预防的需要,而应着眼于特殊预防,为此,既要考察犯罪人与犯罪之有关罪前罪后的表现,又要考察犯罪人的人格及其生活的社会环境等因素。为协调报应与预防的关系以分配对社会危害性和人身危险性的重视程度,在判刑时,应力保刑罚与犯罪性质相适应,同时兼顾犯罪情节与犯罪人的人身危险性;行刑时,重在犯罪人的人身危险性程度的变化,兼及犯罪性质与情节。

该学者还指出,在我国,重刑优于轻刑的刑罚观并不完全正确。抑止犯罪并非单靠刑罚,且刑罚的执行对象、执行条件也影响重刑适用。新刑法摒弃了这种观念,符合“轻刑化”的历史

[11] 参见林亚刚:《共同正犯相关问题研究》,《法律科学》2000年第2期。

[12] 参见赵永红:《人身危险性概念新论》,《法律科学》2000年第4期。

发展趋势。但是,实行轻刑化需要相应的价值观念及特定的政治、经济、文化背景,从历史角度看,轻重不同的刑罚在不同的社会条件下所起的惩罚作用也可能完全相同。从并合主义刑罚论的角度看,我国目前的刑罚虽不宜过于严厉,但也不能盲目推行轻刑化。^[13]

简 评

在我们因为篇幅所限而忽略了许多有价值的研究成果的前提下,对一年来的刑法学研究作出准确到位的评价是不现实的。因此,以下所作的简短评论,与其说主要是针对已经进行了的刑法学研究,不如说是本刊今年所要关注的重点的某些提示。

关于犯罪概念的讨论,在本刊所发表的两篇见识深刻的论文之后,两位作者不约而同地将法益侵害说纳入犯罪概念问题,是否意味着犯罪概念的讨论终结,虽不能断言,但可以肯定的是,问题已经并且应当转换了。作为刑法学基础理论中的一个主要问题,犯罪概念从社会危害性理论的解说到法益侵害说的确立,使问题的探讨进一步深化,并使犯罪概念的讨论与刑法规范有机结合,在罪刑法定原则之下更具现实可能性和逻辑层次性,应是毫无疑问的。正如哲学史上的三次重大转变一样,问题的转变并不是使因转变而被搁置的问题得到解决,而是使转变了的问题因此可以得到更进一步的深入探讨,刑法学关于犯罪概念问题的这一转变,也将有利于学界的更进一步研究。

由于这种转变,刑法规范本身将因此成为我们所要关注的重点。注释刑法学的命运,将受到本刊的更多关注。当然,注释刑法学绝不同于某些教科书式的解释刑法,而是以相应的刑法观念为依托,以对刑法历史和发展及学说流向的研究、分析、判断为基础,对刑法规范的利弊得失所进行的研究。然而,对刑法规范的广泛研究,并不排斥有关刑法规范之外因素对刑法规范的确立和运用影响问题的探讨,必竟,如同周光权先生所言,犯罪是由包括国家权力以及诸多重要的非国家行为评价机制在内的多重因素综合地决定的;并且,如果不是将犯罪构成看成绝对凝固的简单事实,而是需要通过司法重构的复杂事实,那么,只有将刑法规范置于更广泛的基础之上予以研究,才能得到更为深刻的见解。

刑事诉讼法学研究述评

汪建成* 王敏远

随着证据立法的呼声日渐高涨,很多学者把研究的重点转向了对刑事证据问题的关注,此为2000年的刑事诉讼法学研究的一大特色。因此,尽管有关刑事诉讼法学的其他领域问题的学术成果也有不少,且不乏真知灼见,我们还是愿意在有限的篇幅内,从有关证据问题的众多讨论中抽出几个有代表性的问题进行介绍和简评。

一、客观真实与法律真实

人们对于制度层面问题的讨论陷于迷惘而难以进行下去之时,就很自然地

[13] 参见张明楷:《新刑法与并合主义》,《中国社会科学》2000年第1期。

* 北京大学法学院教授。