

将其中的含义予以合并,不过使公正与效率的冲突问题,变成了这一种公正与另一种公正的矛盾,或这一种效率与另一种效率的矛盾。应当看到,作为刑法的价值,公正与效率的一分为二,虽然不能否定其具有统一性,但将两者合二为一,也不可能使两者的矛盾消弥于无形。因此,刑法学界关于此问题的讨论仍有必要继续进行。又如,我们在有关犯罪构成的论述中,看到了刑法理论和现实的不一致及其合理根据,这虽然有助于人们避免将理论问题当作现实问题来争论(或者相反),但却并未完全解决理论和现实分离所引出的所有问题,尤其是理论刑法学,其对现实的影响问题应进一步引起重视。诚然,在自然科学中,理论科学和应用科学的分离是客观现实,在社会科学中,这同样是合理的,但对整个学界而言,两者的结合毕竟是个不容回避的问题。理论与实践关系的重要性,不论是在自然科学、还是在社会科学中,均是如此,更何况,刑法学毕竟是门实践性学科。在陈兴良先生主编的最近两卷《刑事法评论》、《刑事法判解》中,就有若干论文反映了这种努力。^[13]

犯罪学研究述评

吴强军* 王敏远

犯罪学主要由犯罪现象统计、描述和分析、犯罪原因解说、犯罪对策研究这三个部分的内容构成。在我国,由于历史的原因,犯罪学依附于刑法学状况的改变,历时既短,而有关犯罪信息的匮乏,也使关于犯罪原因和对策研究的效果有限。因此,对犯罪学理论界来说,所面临的问题是相当独特的。犯罪学理论界在这一年中的研究进展,主要体现在对犯罪学研究的基础和方法进行深刻的反思,对犯罪学中的犯罪概念作进一步的探讨,而关于犯罪原因和对策的研究,从注重实证研究这个角度看,在这一年中,也有一些颇具价值的成果。虽然体现上述进展的文章数量不是很多,从本文所选取的文章数量来看,甚至可以说比较少,但进展却是醒目而扎实的。以下对这三方面的进展分别予以概述,然后予以相应的简评。

一、关于犯罪学研究的基础和方法

有论者对我国犯罪学理论所面临的独特的基础问题和方法问题进行了较系统的分析。他认为,犯罪的产生是客体(人的行为本身)自身发展的结果,还是主体(认识或规定者)觉悟或认识水平提高的产物,是个疑问。如果说主体觉悟程度、认识水平提高的本身也是事物发展的结果,那么,犯罪的产生究竟是一种客观的结果,还是一种主观的认识,抑或是某种主、客观的统一,就是一个问题。在一定程度上可以讲,有什么样的犯罪观就有什么样的犯罪原因观;同样,有什么样的犯罪原因观也就有什么样的犯罪实质观。刑法的规定本身不能当然地成为刑罚的

[13] 运用刑法学的知识与理性对立法和司法现实的解剖,是刑法学界始终关注并努力的工作。这种工作的目标当然不仅是为了丰富和发展刑法学研究本身,而且也在于改变和促进立法和司法实践。虽然前一个目标的实现是刑法学界当所为并能所为的,而后一个效果却是受制于各种其他条件,但努力总是有价值的。只是这种努力更多的应是旨在促使立法和司法的完善,而不是使注释刑法学成为一种粉饰学。文中所提到的陈兴良先生所主编的最近出版的这三本书中的诸多论文,之所以应受到重视,原因就在于此。

* 浙江大学博士研究生。

正当依据和理由。由此而言,此类关于犯罪本质的认识恰恰并未触及犯罪的本质。但是,从刑事法的角度,从规定的制定和实施的角,上述认识却并不失为一种真实。耐人寻味的一个有趣的基本事实是,在犯罪与刑罚的“同步发展”中,刑罚作为针对犯罪的专门的工具与犯罪各自经历了独特的路程:一方面是犯罪不断增多、愈演愈重的趋势,另一方面非但没有出现刑罚的相应严厉,反而却是刑罚的日趋平缓、民主与人道。犯罪重于刑罚,犯罪先于刑罚,犯罪优于刑罚。我们不能因为刑罚而论犯罪,恰恰相反,只有因犯罪而论刑罚以及那些比刑罚更为广阔和更具根本意义的东西。摆在人们面前的事实只有一个:犯罪几乎是随着时间的推移而不是国家形态、社会制度、发展水平的变化而不断增长。犯罪是人类社会发展过程中特定阶段——按照马克思列宁主义的观点是进入阶级社会以后,直到共产主义实现之前的一切社会中,不可避免的社会自然历史现象。犯罪现象产生、存在和继续发生的原因便存在于其所依附的有机体——社会本身。是故,确立一种对犯罪处罚的“社会责任”的思想是十分必要的。犯罪是由社会造成的,或者说犯罪产生于现实本身。所以,从客观上讲,只要产生犯罪的这些社会因素存在,犯罪的发生就成为必然,差别只是由什么人和在什么时间、以什么方式、实施何种具体的犯罪、以及产生什么样的具体危害后果而已。由犯罪产生的上述原理可见,生来就注定犯罪的人是不存在的。犯罪的发生,是产生犯罪的社会因素综合作用于具体的行为人个体的结果。犯罪学首先是一门事实学。因此,犯罪学研究的着眼点只有一个,这就是客观存在着的危害行为——犯罪事实。当然,对于以事实和经验为依据的犯罪学来说,要达到科学的客观性也异常困难。所以,犯罪问题的研究必须实事求是,从实际出发,切实地观察犯罪行为和社会越轨行为,而不是先验地对它们抱有成见,把它们视为社会的异己力量,破除犯罪研究中的“成见与禁忌”。不掌握犯罪之丑也就难治犯罪之恶。因此,保障犯罪研究者对犯罪的切实了解是解决问题的必要基础。同样,建立在科学基础之上的犯罪学理论和知识如果被束之高阁,其科学的意义也将形同虚设,基于现实、研究现实的科学,结果将与现实毫无干系!从方法论讲,犯罪学作为一门科学是从实证的研究方法开始的。而犯罪学理论的产生和发展,也不容争辩地证明了实证的方法在犯罪学研究方法论中的主导地位。事实上,从方法论角度看,当代的犯罪学在基本的方面也就是实证犯罪学。中国现行犯罪学研究的问题和困难是十分明了而又缺乏解决迹象的,这就是犯罪学研究对犯罪的真实了解状况令人担忧。不是人们缺乏这种意愿,而主要是一种对犯罪真实了解的不能。无论是犯罪的调查还是犯罪的统计,都难于进行,更难于真实。由此看来,在犯罪学的研究中,是否一定能够甚至应当从对犯罪、犯罪原因等一系列基本概念的定义开始本身,便成为一个大大的问题。^[1]

二、关于犯罪概念

犯罪学中的犯罪概念并不等同于刑法学中的犯罪概念,这在前些年就已有不少学者进行过分析和论证。在这一年中,有论者对这一命题作了进一步的分析和论证。他认为,犯罪概念在刑法学范围内是相当确定的,但在犯罪学理论中,应当如何定义犯罪,则存在多种不同看法。就与刑法中犯罪定义的关系看,犯罪学中有关犯罪定义的观点可以分成三类:其一为“等同说”,其二为“包容说”,其三为“交叉说”。上述三种观点中,“交叉说”虽然没有明确指出和具体分析刑法学与犯罪学对犯罪的本质特征——严重的社会危害性是否是在相同意义上理解的,

[1] 参见张绍彦:《犯罪与刑罚研究的基础及其方法》,《法学研究》1999年第5期。

并且在犯罪外延的划分上也有不够协调之处,但它强调犯罪学应当有自己的区别于刑法学的犯罪概念,并且其立论基础是确认犯罪学有着不同于刑法学的特殊使命。对于“社会危害性”这一犯罪最本质的特征,刑法学与犯罪学是否是在同一意义上理解的?回答应当是否定的。认识到这一基本点意义重大。因为这不仅关系到刑法学犯罪概念与犯罪学犯罪概念区别的实质,而且关系到科学的犯罪观主要应当在何种犯罪概念的基础之上建立。在刑法学视野中,社会危害性,首先是基于立法的需要,即作为立法者回答“何种行为应当被判定为犯罪以及对所规定的犯罪应当如何处罚”这一问题的依据而提出的。但作为刑事立法依据的社会危害性,不仅在于其本身的客观性,而且也在于立法者对这种客观危害性的主观认定。因此,刑法上的社会危害性,并非本来意义的社会危害性,而只是客观危害性与统治意志不相容性的统一,是主观罪过和客观危害的统一。这决定了以刑法为研究对象的刑法学,只能戴着这层面纱去理解能表征犯罪社会危害性的各种法律要素。然而,从犯罪学角度看,对社会危害性的这种理解是很不适宜的,与犯罪学的研究任务和存在价值也是不相容的。犯罪学坚持从客观事实角度考察行为的社会危害性,并以此确定自己的研究范围,是由其学科性质和所担负的特殊任务决定的。首先,作为事实性学科,犯罪学所要解决的问题不是什么行为应当在刑法上规定为犯罪以及如何对规定的犯罪予以刑罚处罚的问题,而是在更广泛的意义上分析何种性质和表现形式的行为才应当被视为犯罪、形成原因如何,以及有效预防这些行为的途径和对策。因此,犯罪学为了解决自己范围的问题,在理解犯罪的基本内涵——社会危害性时,既不能附加具有阶级偏见的价值判断,也不能去考虑造成社会危害的人辨认和控制自己行为的能力如何,而只能尽量从本来意义上去把握具有社会危害性的行为范围和表现形式,将真正具有严重危害社会的行为纳入自己的研究视野。其次,犯罪学在探讨犯罪的社会原因时,自然就会从是否有利于预防和控制犯罪发生的角度,对体现统治意志的政治和法律制度进行批判性评价,以期促进社会防范犯罪体制建立和完善。仅在这一点上,犯罪学上的犯罪概念不仅不能被动接受刑法(学)对社会危害性的规定(理解),而且还要对其合理性和在犯罪控制方面的实际功能基于自己的经验性研究作出分析和评价。刑法学犯罪概念中必然包含有刑事违法性要素,而犯罪学上的犯罪概念不应包含这一要素,这既是由这两门学科自身的性质和任务决定的,也是二者对犯罪的本质特征——社会危害性从不同角度进行把握的逻辑结果。即应当看到的是,犯罪不是法律规定的产物,而是构成社会的人实施侵犯社会秩序的现实。可以说,对犯罪的考察超越于刑法的规定性,正是犯罪学存在的特殊价值体现,也是犯罪学完成自己的任务和发挥其独特学术职能的根本保证。因为只有这样,犯罪学才不至于把刑法的犯罪定义作为研究犯罪的起点,从而才能把“犯罪的法的规范性”本身也纳入自己的犯罪对策体系中进行理性评价,以自己独特的视野和研究结论去影响和帮助刑事立法和刑事司法的不断改良,使之更符合预防犯罪的目的。基于刑罚与犯罪之间的内在联系,“应受刑罚处罚性”成为刑法(学)犯罪概念中不可或缺的要素之一。由于刑法学犯罪定义中的“刑罚”具有预防犯罪的目的,因此,犯罪学的犯罪概念并不排斥“应受刑罚处罚性”要素。两种犯罪概念因此存在着共同点。但这一共同点绝不是等同关系,而是一种包含关系。以刑罚为手段的刑法性预防是在对犯罪的事前预防归于失败的情况下,即犯罪行为已经实际发生时作为最后手段才介入的。显然,这种预防应当包含于犯罪学预防之中。因为后者本质上就是一门“犯罪预防学”,它所研究的犯罪对策是建立在对犯罪原因进行多层次综合分析基础之上的,具有全面性和系统性。刑法学研究的刑罚措施仅仅是

其预防体系中的组成部分。^[2]

三、关于犯罪原因分析

有关犯罪原因的分析,曾是我国犯罪学理论的热点问题。以往的争论所取得的进展,至少经历了两个阶段。在第一个阶段,进展主要体现在两个方面,一是论证了社会主义社会中存在着犯罪,原因不应在社会之外寻找,至少,社会内同样存在着犯罪的各种原因;二是不再认为犯罪原因只是单一的,其他致罪因素都不过是条件而已,对犯罪原因可以从多层次多角度进行研究。这样的结论当然是有价值的,从解放思想这个意义上讲,这些研究对于破除犯罪原因观方面的僵化思维,具有积极意义。在研究犯罪原因方面取得进展的第二个阶段则表现在,学术界的研究不仅借鉴西方国家犯罪学方面的研究成果,而且注意运用有关学科的研究方法,使研究更加广泛、细致因而更为深刻。这集中体现在本刊去年在犯罪学述评中所概述的一些观点中,尤其是有关犯罪场论等观点。然而,从总体上来说,有关犯罪原因的研究,在我国尚缺乏以实证资料为基础所进行的各种不同犯罪的具体原因分析。而这一点,在过去的一年中,却已有所改观。有论者以实证资料为基础,对流动人口的犯罪原因进行了较深入的研究。他认为,流动人口犯罪总的特征是财产性犯罪突出,流动人口犯罪多以获得金钱和财物为目的。虽然,财产性犯罪突出是各类犯罪人员的共同特点,但流动人口犯罪在这一点上表现得更为突出。相对剥夺,即剥夺是相对的,而这种相对是由于人们将自己的处境与某种标准或参照物相比较的结果。因此,可以把相对剥夺定义为:个人把他的处境与某种参照物相比较而发现自己处于劣势时所产生的消极情绪。在流动人口犯罪中,流动人口群体是隶属群体,市民群体是参照群体。流动人口通过与市民群体的比较,产生相对被剥夺感,即相对丧失感。当流动人口进入城市后,经过与市场群体的这种比较,就会自己产生相对丧失感。在一定条件的刺激下,其中的一部份人就会产生犯意,从而导致犯罪。贫富不均将导致犯罪的产生,这是犯罪学界普遍接受的原理。而相对剥夺比绝对剥夺更有助于犯罪行为的发生。因为,对实施犯罪来说,可以见到和可以接近物质财富要比完全缺乏物质财富或者没有机会把它弄到手的情况更富有刺激性。在收入分配愈不平均,贫富愈悬殊的年份,整体罪案率也会上升。因此,香港在过去20多年里,经济有了长足及持续的发展,失业率又低,但犯罪却未因此下降,故此,绝对的经济指标不能有效地解释罪案的升降。相对的指标例如收入不平均及基尼系数则与罪案率互相对应,两者的负性关系能较明显地表露出来。如果拿富裕地区的居民和贫穷地区的居民作对比,其间的差距是很大的。但问题是,这些贫富悬殊的人群并不住在一个城市,生活在同一社区,相对丧失感并不是那么强烈。但当贫困地区的人群流向大城市后,一下子接触到城市中的高收入、高消费、高福利,他们的相对丧失感是很强的。这就可以部分解释三种现象:第一,为什么犯罪集中发生在城市?第二,为什么城市中犯罪成员大多是从农村来的流动人口?第三,为什么流动人口犯罪中侵犯财产性犯罪突出?这主要是因为工业化社会的城市环境使许多人看到自己的生活水平低于其他城市居民而感到被剥夺,而人们企图用非法的手段使他们所感受的剥夺得到补偿。因此,相对丧失论是中国流动人口犯罪的一种可能解释。^[3]

[2] 参见张远煌:《犯罪理念之确立——犯罪概念的刑法学与犯罪学比较分析》,《中外法学》1999年第3期。

[3] 参见麻泽芸、丁泽芸:《相对丧失论——中国流动人口犯罪的一种可能解释》,《法学研究》1999年第6期。

四、关于犯罪对策

关于犯罪对策的研究中,有关罪犯改造的问题,始终是其中的一个重要问题,而罪犯改造中的核心问题就是行刑。犯罪学的问题中,可能没有比行刑这个问题承载更多负担的了。行刑,既需对罪犯施以刑罚,向社会展示刑罚之苦,而欲收一般预防之效;又有在施刑之过程中行教育之能,以求使罪犯得改造而取特殊预防之功。而在行刑过程之中,所需花费的代价,所谓的成本和效益的核算,又有社会能否以及愿否承担的问题。由于承载过多,关于行刑的理论和实践,始终充满着矛盾。对这些矛盾的不同解说,形成了不同的行刑理论。有论者对行刑教育化问题予以进一步探讨。该论者认为,行刑教育化是各国普遍认同的自由刑执行的价值取向,是行刑目的、策略、手段、过程和趋势的综合体,并在很大程度上借助了刑事强制力,是建立在刑事制裁、刑罚报应、预防犯罪这些基本因素的基础之上的。行刑教育化在社会代价和经济费用上都是高成本的,这是其以刑罚为前提所决定的,但却可以在某种程度上挽回刑罚被迫付出的社会损失。然而,与长期的巨大的经济投入相比,行刑教育化的社会效益往往以间接方式实现,其效益不易被明显感受,西方对矫治制度的普遍失望,也反映了这一点。然而,如果排除了教育因素,社会所承受的肯定是更大的风险。行刑教育化有其正常价值,不同于社会教育。因此,希望以之救治犯罪,视改造为万能,就是不现实的。^[4]另有论者则认为,监狱行刑的目的,一方面受制于刑罚的特殊预防和一般预防,另一方面又有自身的独立个性,监狱的主要任务是通过改造犯罪人,使之成为守法公民,但同时又要兼顾一般预防,不能突破其界限,例如,减刑、假释要受一定条件的限制。改造,既在于使其思想上消除犯罪,也在于使其体验刑罚痛苦,因惧怕不致再犯罪。一般预防则应考虑把行刑手段和社会参与结合起来,使监狱从封闭走向开放,通过行刑,不但能收改造罪犯之效,还能达到教育公众的目的。^[5]

简 评

犯罪学研究在这一年中取得的进展,实际内容当然不仅如上所述,上述内容不过是犯罪学理论诸方面进展中较有代表性的而已。需要说明的是,研究的进展并不意味着问题的解决,而更多的倒是体现在问题的深化上。这较典型的反映在张绍彦先生的那篇文章中。就该文而言,虽然论述的是有关犯罪与刑罚的基础和方法问题,但该文与其说是解决了这一问题,不如说是通过提出一系列新的问题,而使原来早已存在的问题深化了。这么评价,丝毫没有贬低其研究之价值。因为,深化问题,不仅有助于问题的进一步明朗化,而且有利于问题的进一步解决。

当然,一般来说,人们不会满足于问题的深化,而皆欲使问题真正得到解决。就解决问题而言,张远煌先生的前述之文,在有关犯罪学与刑法学关于犯罪的概念区分上,显然是进了一步,尤其是其关于两个学科关于犯罪社会危害性之不同含义的分析。然而,该文对两种犯罪的主观性和客观性的辨析,却难以成为定论。犯罪学上的犯罪,绝不可能与主观选择无关,而仅仅是客观意义上的。显然,若无主观的相应立场,“社会危害性”的判断是不可能的。因此,与其说刑法意义上的犯罪是主观选择的结果,不如说这是有别于犯罪学意义上的主观选择的结

[4] 参见王利荣:《论行刑教育化》,《法律科学》1999年第2期。

[5] 参见杨殿升、余译:《论我国监狱行刑的目的和功能》,《中外法学》1999年第2期。

果,在影响选择的因素上两者有差别,而不是有无主观选择的差别。

我国犯罪学理论纠缠于犯罪概念之澄清问题或许还不会结束,但更紧迫的实际上应是有关犯罪现象、原因和对策的研究,这种研究缺乏实证基础,因而难以取得实质性进展,责任主要不在犯罪学界。当我们发现中国的犯罪学研究者,在研究犯罪问题时,所利用的竟是美国的实证资料,^[6] 仅仅为此感到悲哀和无奈是不够的。犯罪学理论工作者需要中国的实证资料,并且,经过艰苦细致的工作,也能够获得一部分实证资料。犯罪学理论若无此基础,其研究之陷于空谈,其结论之无实效性,将是必然的。由这一点来看,本刊发表的关于流动人口犯罪原因分析的文章,尤显可贵。当然,其局限性也是明显的。一则因为相对丧失感或许是解释范围更为广泛的多种犯罪的根据,而不仅仅是对流动人口犯罪的一种解释,二则是因为这种解释主要限于财产性犯罪,最后,但可能是最重要的,这种解释只是在对比非流动人口财产犯罪的数量的基础上进行的,而不能对流动人口中的绝大多数未犯罪之人的现象作出合理解释。因此,尽管实证资料是犯罪学理论的生命基础,但却并不是其全部内容。在对犯罪现象、原因和对策的研究中,理论界尚需运用多种具有理性说服力的工具。

刑事诉讼法学研究述评

王敏远 朱长立

在司法改革已经成为整个法学界的热门话题这一背景下,刑事诉讼法学界的参与讨论属应当。当然,从某种意义上可以说,不论是在刑事诉讼法修改之前还是在修改之后,刑事诉讼法学界关于完善我国刑事司法制度和程序的探讨,都可以纳入司法改革的话题之中。从这个意义上说,本文的述评,既不会对有关刑事司法制度和程序的讨论作面面俱到的述评,而只是限于反映体现了理论研究的方法和观点的新颖性的那些文章,而且,将不会仅仅限于刑事司法制度和程序问题,对那些与此密切相关的问题,并非刑事诉讼法学界人士的有价值的观点,同样在我们的视野之内。我们认为,体现这两个特点而需要在此述评的文章,大致可分为两个部分,一是有关刑事司法制度和程序的文章,二是有关证据概念和制度的讨论。以下分别概述并作简要的评论。

一、有关刑事司法制度改革

关于刑事司法制度改革问题的讨论,在这一年中所显示出来的进展,集中反映在两个方面:一是关于审判制度改革的讨论,二是关于侦检关系问题的讨论。而在关于审判制度的讨论中,为我们所关注的主要有两点,即审判委员会制度和陪审制度。以下分别概述。

(一) 有关审判委员会制度的讨论。

有关审委会的利弊及其存废问题讨论之所以受到我们的关注,既因为该问题是刑事司法制度的内容之一(当然,同时也是民事和行政审判制度的一部分),也因为在这个问题的研究方法及观点新颖性上,在这一年中有明显的进步。

[6] 参见康树华:《中国犯罪学的未来展望》,《中国刑事法杂志》1999年第5期。