

乱'的现象主要有以下根源: (1) 社会原因即外因, 社会上执法环境差, 对法院的民事执行工作干扰大; (2) 法院内部的原因即内因, 有的法院不严肃执法, 有的执法人员自身素质差又缺乏抵御社会上不良因素的诱惑, 成为知法犯法, 执行人员不执法。该文作者最后提出了一些对策性建议, 包括: (1) 执法必严肃, 关键在法院; (2) 执行规范化, 奖惩要分明; (3) 机构应健全, 人员素质好; (4) 全国一盘棋, 地方无主义; (5) 社会总治理, 腐败反到底。<sup>[18]</sup>

民事裁判的执行问题, 一直是困扰我国民事审判工作的难题。近年来有一些民事诉讼法学界的人和司法实务界的人著文讨论这一问题。在笔者看来, 这一问题, 不仅是一个理论课题, 更是一个重要的实践问题, 而解决这一长期困扰我国民事司法的顽症, 必须从根本上即法律制度方面做文章, 从机构设置和权力调配上入手。

## 五、若干评价与说明

近年来, 本刊努力支持民事诉讼法学的研究, 不惜挤占作为我们传统的优势项目(如民商法、经济法等)的版面, 发表一些重要的民事诉讼法理论文章。这样做的目的, 一方面表明我们充分认识到民事诉讼法和以民事诉讼法为主要研究对象的民事诉讼法学的重要性, 另一方面也表明了本刊力图促进我国民事诉讼法学研究的繁荣, 以服务于迅速发展的民事经济审判工作的需要。我们得到了我国民事诉讼法学界的不少学者的热情支持, 收到了不少优秀作品, 集中发表了一系列重点文章。我们希望在未来的一年里继续得到民事诉讼法学界的大力支持, 收到和发表更多的好文章。

笔者在撰写本文时, 对一年来我国主要法学刊物发表的民事诉讼法论文进行了统计和综合分析, 其结果是不太理想的。与民商法、经济法及刑事法律等学科相比较, 民事诉讼法学科在1996年发表的文章数量显然少得多。除了数量方面的问题外, 质量方面的问题也值得担忧。一般性就事论事的短文比较多, 而进行深入系统研究的有分量的作品比较少。还有一个值得注意的问题, 这就是1996年发表的为数不算多的民事诉讼法学文章所讨论的问题相对集中(如民事审判方式的改革等), 一种全方位的研究民事审判的重大理论和实践问题的局面尚未出现。这种状况与我国市场经济法治建设尤其是民事经济审判实践的要求存在较大的距离。也许, 1996年正逢我国刑事诉讼法的修改, 不少诉讼法学者将主要精力用于刑事诉讼法的研究和宣传方面, 这在一定程度上影响了民事诉讼法学的繁荣。我们希望有更多的学者用更多的精力研究民事诉讼法, 为我国的法治建设作出贡献, 尤其是为我国的民事经济审判工作之改进和民事诉讼理论之发展作出贡献。

## 刑法学研究述评

王敏远

1996年刑法学研究呈现出了热闹非常的景象, 热点的中心就是我国刑法的修改。面对如

[18] 参见黄双全:《论我国民事执行的新问题及对策》,《政法论坛》1996年第3期。黄先生关于对策的标题,读起来朗朗上口,还真有点诗句的味道,要是这一问题的解决也如此顺利就好了。

此多的关于修改刑法的探讨论文,如何在一篇文章中反映出人们对各类问题的具体修改意见及理由,确实是件十分困难的事情。更为困难的是,刑法学界的不少有识之士,在这一年并未完全陷入到刑法典的修改探讨之中,仍然对基础理论问题的研究进行了大量的投入,并取得了一些引人注目的成果。即使对这部分的内容予以综述并加以简评,也需大量的篇幅。当然,在此并不是要报怨刑法学研究的繁荣对试图予以综述所带来的困难,而是为了说明以下的述评与96年我国刑法学研究的状况相比,所涉问题之狭窄,花费笔墨之简单,确有不得已之处。好在本刊要求编辑对学科研究进行述评,并不是为了面面俱到地对各种学术观点均予反映,而是基于本刊重视理论研究的特点,要求编辑对学术探讨中应予重视的进展予以关注并反映本刊所要刊发的学术论文的若干趣向。因此,本文仅对刑法修改进行探讨的学术观点及刑法学界对基础理论的研究状况的部分内容予以述评。

## 一、关于刑法的修改

面对已提上议事日程的刑法典修改问题,刑法学界积极参与的热情普遍高涨。人们通过会议讨论、出版专著、撰写论文等各种方式发表意见,希望我国刑法借此修改之机,能够得到完善。由于学者们所提意见涉及内容较为广泛,在此,我们仅选择以下几个方面的修改意见予以综述。

### (一) 关于罪刑法定原则的讨论

罪刑法定作为刑法的一项基本原则应予立法化,已是绝大多数研究者的共识。人们在96年对此问题的探讨,基本上已从该原则是否应立法化及该原则意味着刑法不溯及既往及应废除类推这些既有的论点这些问题跳出来,探讨了该原则中的其他一些并不是更不重要的问题。

有人撰文指出,在罪刑法定原则应予立法化,类推应予废除的一片呼声中,应清醒地看到,立法修改过程中仍有人主张,对废除类推后刑法存在的不能处罚法无明文规定之罪的“缺陷”应有弥补。这种所谓的弥补措施,虽已从立法方面转移到了司法途径,包括扩大解释、类推解释或判例等方式,但其对罪刑法定的违背,与类推无异。该作者分析了现代意义上的扩大解释、类推解释及判例,其基本精神与罪刑法定原则是一致的。不应将这三种措施作为废除类推之后的弥补措施,以作为刑法惩罚法无明文规定之罪的手段。<sup>[1]</sup>

另有作者对罪刑法定原则的价值蕴含、制度构造及其立法机理等问题作了更为广泛而深入的探讨。该作者除了进一步肯定罪刑法定是以个人自由为价值取向、体现了刑法对人权的保障精神外,还着力论述了罪刑法定的制度构造。他认为,罪刑法定的制度构造,主要涉及立法与司法问题,即以成文法限制法官的权力。虽然刑事古典学派的那种绝对否定法官自由裁量权的理论,受到了刑事实证学派的抨击,但其结果并不是罪刑法定命运的终结,而是从否定法官的自由裁量权转变为限制其自由裁量权。并且,在刑法中以罪刑法定来限制自由裁量,有其特殊的意义。刑法关乎人的生命和自由,因此,应把安全价值置于至高无上的地位。虽说自由裁量与严格规则存在着平衡问题,但这种平衡只能在罪刑法定原则的基础之上进行。同时,该作者认为,罪刑法定虽以刑法典限制自由裁量、防止司法擅断,但同时,该原则的价值内涵是保障个人自由,因此,存在着刑法典并不必然意味着实行了罪刑法定主义。他通过考察刑法的规范内

[1] 参见陈泽宪:《刑法修改中的罪刑法定问题》,《法学研究》第18卷第6期。

容及规范功能的不完整性,批判了那种将一切事实上的犯罪均应处在刑罚权的管辖范围之内观点。该作者进一步指出,刑事司法并不能天然地实现罪刑法定。他认为,刑事司法虽不象古典学派所认为的那样,只是一种机械地适用刑法的过程,但也不应成为造法的过程。刑事司法对刑法之外的漏洞无权以类推或司法解释等方式填补,对法内的漏洞,则可以通过法律解释予以弥补,因为刑事司法是法的吸纳过程。法内若有漏洞,则应通过刑法解释予以弥补,才能适用,使条文上的法转变为司法运作中的法。

作者最后指出,随着我国社会、经济的发展和变化,体现个人自由的罪刑法定主义应当成为刑法的基本精神。要实现这一目标,首先应着眼于该原则的制度保证,即严密的刑法分则体系的建构。但这应以国家对经济及社会生活的刑事干预应有所收缩与限制为前提。而在刑事司法中,则应牢固树立罪刑法定主义观念,使法官司法行为在法制的范围内运作。〔2〕

另有作者对罪刑法定必然要求废除类推作了全面分析。他们认为,类推的背后隐藏着一种得不偿失的危险事实,即类推昭示着一种游离于立法限制之外的刑罚权,与坚持罪刑法定而使极个别的危害行为游离于刑法调控范围以外相比,前者对社会造成的损害较后者要大得多。因为前者是整个国家以暴力机器为后者,而后者仅仅是“孤立的个人”行为。因此,取消类推,健全刑法保障机能,较之于保留类推,重视刑法保护机能,显然利大于弊。针对我国正在进行的市场经济体制改革的现实,他们认为,从历史上看,实行罪刑法定与商品经济存在着必然的联系;从现实中分析,犯罪的变化也并非无法预测,刑法能将其中的绝大多数予以包容,刑法的漏洞完全能够降到最小限度。〔3〕

如果说实行罪刑法定,取消类推基本已成为刑法学界的共识,那么,修改刑法以填补漏洞,使类推的取消不至于导致国家对应予刑事处罚的行为因此而不能予以追究刑事责任,就是当务之急的事情了。有研究者对刑法增设新罪的基本原则问题进行了探讨。他认为,刑法增设新罪应遵循的基本原则包括刑法的补充性原则、严格区分刑事制裁与其他性质的法律制裁的原则、法益兼顾原则、对处罚行为明确界定原则、慎刑原则及有利于国际交往原则。作者认为,刑法所规定的一些有关商品生产销售过程中的不法行为,一般在相关的经济、行政法规中都有处罚规定,严格执行这些规定,充分发挥有关职能部门的作用,就可以收到比较好的效果。但若把这些行为纳入刑事处罚的范围,把责任推给司法机关,其结果必然是一方面大量的违法行为无人管,另一方面又使少数的违法行为受过重的处罚。作者另以医疗责任事故罪的设立为例,说明了增设新罪时,既要考虑被侵害法益和被害人的利益,又要考虑可能成为被告的一方的利益,还需要考虑社会的承受能力。如果只是考虑被保护的法益,而忽视增设新罪可能带来的对其他方面的法益的限制,对社会经济的发展将会产生不利影响。论者并进一步警告,在增设新罪时,再不能设立新的口袋罪,应明确界定所要处罚的行为界限,而不应将那些严重的犯罪行为与轻微的违法行为混合规定在一起;并应防止不合理地适用刑罚。最后,论者以一些立法例及实例,说明了增设新罪时应充分考虑到有利于国际交往的原则,否则,可能会带来不利的结果。〔4〕

〔2〕 参见陈兴良:《罪刑法定的当代命运》,《法学研究》第18卷第2期。

〔3〕 参见赵秉志、肖中华:《刑法修改中类推制度存废之争的研讨》,《法学家》1996年第4期;另参阅高铭暄:《试论我国刑法改革的几个问题》,《中国法学》1996年第5期。

〔4〕 参见全理其:《刑法增设新罪的基本原则》,《法学研究》第18卷第5期。

## (二) 关于刑法总则的修改

关于刑法总则的修改意见,学术界讨论范围较广,在此,仅选择其中的部分内容予以反映。

### 1. 正当行为的立法完善问题

有论者指出,在刑法总则中应设立正当行为专章,既有利于克服现行刑法将其归入犯罪一章所存在的体系上的弊端,也有利于突出正当行为的地位,明确强调其非犯罪性特点。他们认为,应明确正当防卫的保护范围,将“财产权利”明确列出,以防止实践中通常只重视和强调对人身权利的保护而忽视对财产权利的保护。对正当防卫的起因条件,应明确界定为严重的、紧迫性的不法侵害。鉴于实践中存在对防卫是否超过必要限度要求过严的情况时有发生,他们认为,应增加规定:防卫人由于恐慌、激愤而超过防卫限度,主观上没有罪过的,不以犯罪论处。针对那种建议对某些暴力性犯罪采取无限防卫权的主张,他们认为,这与刑法设立正当防卫的立法宗旨不符,并且在处理公民防卫权的正当行使与防止该防卫权的滥用关系上,也有失偏颇,故立法不应采纳。<sup>[5]</sup>

另有论者对正当防卫的前提条件、对象条件及时间条件等问题进行了探讨。他们认为,作为正当防卫的前提条件,须具备的基本特征是所针对行为的不法侵害之社会危害性与侵害的紧迫性。符合这两个基本特征的情况,不论所针对的是故意犯罪还是过失犯罪,是作为还是不作为犯罪,违法行为是否构成了犯罪,甚至于对那种行为人主观上既无故意也无过失的意外事件,均可作为正当防卫的前提条件。关于正当防卫的对象条件,他们也主张以正当防卫面临的紧迫性侵害为前提,正当防卫人对实施不法侵害的人,不论其是否为刑事责任能力的自然人,以及对直接参加犯罪的共犯,均可实行正当防卫。<sup>[6]</sup>

### 2. 累犯制度的立法完善

有论者认为,有效控制住重新犯罪的规模,是有关累犯立法的主要目的。他们对累犯的构成进行了探讨,认为,我国现行刑法典规定:构成累犯前后罪须均为故意犯罪且被判及应判之刑为有期徒刑以上,这是完全正确的。如果过分扩大累犯范围,就与设立累犯制度的宗旨不符。而现行刑法对构成累犯之后罪实施时间的规定,则存在两个方面的问题。一是现行规定未将刑罚执行期间又犯新罪的情况包括于构成累犯的条件,使对该新罪不能按累犯从重处罚;二是将后罪发生时间的下限规定为刑罚执行完毕或赦免后3年,明显过短。他们主张,修改刑法时应将执行刑罚期间又犯一定新罪的作为累犯,不仅符合对这种犯罪从重处罚的实际需要,而且与数罪并罚也不冲突;而将构成累犯的后罪实施时间放宽,使之与前罪的性质及处罚轻重相应,不仅可以体现区别对待、宽严相济的精神,而且与刑法规定的追诉时效相一致,在适用上也无不便。

他们认为,现行刑法关于累犯处罚的规定,存在着从重处罚幅度不明确及打击力度不足的缺陷,应具体规定对累犯从严处罚的幅度,并增加规定与其后罪之本刑相应比例的加重处罚。前者有利于统一司法,防止擅断,后者有利于遏制严重犯罪的发生,并与罪刑相适应原则一致。至于特别累犯问题,他们主张,反革命累犯的规定在实践中意义并不大,保留的必要性可疑;而同种累犯,因其显示出的犯罪可能性较强、较难改造,故可考虑采取更为严厉的惩罚措施。<sup>[7]</sup>

[5] 参见赵秉志、赫兴旺、颜茂昆、肖中华:《中国刑法修改若干问题研究》,《法学研究》第18卷第5期。

[6] 参见沈德咏、戴长林:《完善刑事立法,强化公民的正当防卫权》,《中国法学》1996年第5期。

[7] 参见前引[5],赵秉志等文。

另有人对我国刑法中的再犯制度进行了探讨。他认为,我国刑法中的再犯制度并不是对累犯制度的否定,而是其补充,构成再犯的条件与累犯的条件在许多方面并不相同。针对现行关于再犯的有关处罚的规定,该论者指出,现行规定对故意再犯与过失再犯不加区分,一律从重处罚,必然出现罪与刑的失衡。为达到设立再犯制度乃预防这类犯罪人再次犯罪之目的,他建议对构成再犯的条件应予完善。一方面应设立前后罪均应为故意犯罪的条件,另一方面,应规定有一定的时限,使再犯从重处罚达到特殊预防的目的。<sup>[8]</sup>

### 3. 故意犯罪的讨论

针对现行刑法关于犯罪故意的规定中所存在的问题,有人撰文进行了探讨。他认为,现行规定中有关认识因素的内容,未能涵盖所有的故意犯罪。虽然现实中发生的大多数故意犯罪,行为人都认识到其行为的社会危害性,但也有例外。在行为人并不认识到其行为的社会危害性时,刑法关于“明知自己的行为会发生危害社会的结果”的规定,就显然不能予以涵盖了。因此,应改为“对于构成犯罪之行为,明知并有意实施”,问题才能解决。为了解决关于间接故意的现行规定与传统理论认为间接故意的认识因素只包含可能性认识的矛盾,该论者主张,关于间接故意认识因素的规定,应改为明知构成犯罪之结果发生的可能性,应排除明知这种结果发生的必然性的认识可以构成间接故意的情况。而为了揭示直接故意的意志因素,应将其心理状态直接描述为“追求”,因为“希望”只是追求的基础,但并不是这种心理状态本身。<sup>[9]</sup>

另有论者则以重构我国刑法理论关于犯罪故意概念为出发点,揭示了现行规定之不足及予以完善的方案。该论者指出,犯罪故意中的认识内容,不应包含“社会危害性”这样的价值评判。价值评判是立法者的事,而不是行为人的认识内容;并且,“社会危害性”的判断缺乏明确的规范性标准,也易于使犯罪故意混同于一般危害故意,会给认定犯罪故意带来混乱和困难。他认为,犯罪故意中的认识,只能是违法性认识。这样确定,既能使判断是否存在犯罪故意有一定的规范依据,也符合罪刑法定的基本精神,且不至于使犯罪人有逃避惩罚的借口。

针对传统理论关于间接故意中的认识因素不能包含对必然性的认识,他认为,间接故意是以其意志因素而非认识因素所决定,因此,其认识因素中可以包含对必然性的认识。但应当看到,在间接故意的意志因素中,存在着一种既与直接故意中之“希望”不同,也与传统理论所主张之“放任”不一致的“容忍”状态。从责任角度讲,这种容忍故意略轻于希望故意而又重于放任故意。基于其对基础理论的上述重构,他认为,我国刑法中的故意犯罪概念应改为:明知会发生违法的、构成要件的事实,决意实施构成要件的行为,以及希望、容忍或放任构成要件的结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。<sup>[10]</sup>

### (三) 关于刑法分则的体系结构

面对几乎已成定局的刑法分则内容将大量充实的局面,刑法分则的结构应如何调整,就是摆在刑法学界面前的现实问题。有人撰文对此进行了探讨。他认为,刑法分则应具有稳定的结构与层次,因此,不仅应将各种具体的罪刑关系按同类客体、直接客体作相应的分类,以章、节

[8] 参见莫洪宪:《论再犯制度立法完善》,《检察理论研究》1996年第4期。

[9] 参见侯国云:《修改刑法第11条之我见》,《中国法学》1996年第3期。

[10] 参见贾宇:《犯罪故意概念的评析与重构》,《法学研究》第18卷第4期;另参见贾宇:《直接故意与间接故意的新探讨》,《法律科学》1996年第2期。关于社会危害性认识不应是犯罪故意认识因素的观点,还可参阅杨新培、陈昌:《社会危害性不是犯罪故意的认识内容》一文,该文载于《政法论坛》1996年第3期。

等方式对其归类,而且,对各章也应按一定的原理予以分类,以相应的结构反映出各不同章内容的统一性及个性,避免使刑法典分则成为章的堆砌,前后排列成为无序的状态。他认为,对刑法典分则各章可按其中的犯罪所侵害的社会关系性质,即按国家利益、社会利益及个人利益的标准,进行基本的分类并进行相应的顺序排列。其理由是:这样分类可以在较高层次上反映出各类犯罪的社会危害性轻重的程度;体现并要求关于一般客体理论的科学性,促进刑法典的科学性;这种分类方法在我国具有坚实的法律基础,符合我国现阶段各种利益的实际结构,也符合古今中外的刑事立法例。<sup>[11]</sup>

#### (四) 保安处分制度的探讨

作为一项制度,保安处分在现行刑法典中并不存在。学术界普遍认为,保安处分制度虽然在我国现行刑法典中未予设立,但具有保安处分性质或特征的一些措施,在我国的刑法及有关行政法律等规定中,却是客观存在的。关于刑法修改应否将保安处分制度纳入其中的问题,目前学术界普遍持肯定态度,但就如何设立保安处分制度,尤其是保安处分制度应否吸纳劳动教养措施等问题,学术界意见并不统一。

有的人认为,在刑法典中设立保安处分专章,并不意味着对我国现有的保安处分措施不加区分,统统纳入到刑法典中。由于我国现有的保安处分措施大部分属于行政性的保安处分,而这与刑法中的保安处分不是一回事,因此,这些内容不宜纳入刑法典中。刑法典中只能规定刑事制裁性质的保安处分。基于这一原因,他们认为,劳动教养不应规定于刑法典中。其具体理由是:保安处分的功能应限定为防止再犯而不是防止初犯,劳动教养适用的对象既然是未构成犯罪的犯罪者,该措施自不应作为刑事制裁性质的保安处分措施纳入到刑法典中。而如果将劳动教养的对象改为已构成犯罪的,则因刑罚中已有自由刑,劳动教养的存在当然也就没有必要了。同时,他们还强烈主张劳动教养应予取消,认为这是法治不健全时代的产物,与加强法治、保障人权的要求很不相合,作为一种治安行政处罚措施,其严厉程度甚至超过了某些刑罚方法,再加上决定劳动教养程序上的诸多弊端,其结果会产生诸多不公正的现象。他们认为,取消劳动教育制度以后,对劳教对象仍应作出处理,构成犯罪的予以刑罚处罚,未构成犯罪的,则可给予治安管理处罚。<sup>[12]</sup>

还有的人认为,保安处分制度自从为各国刑法吸收以来,一直存在着对该种措施性质的认识分歧。一元论认为这是一种刑罚方法,而二元论则认为这是一种与刑罚并不相同的刑事措施。而在立法例中,实际上却是一元制和二元制并存,总的趋势是介于二者之间的保安处分制愈来愈普遍。基于这种认识,该论者虽然也看到了我国现有的具有保安处分特征的措施具有诸多不完善之处,但他们认为,经过改造以后,完全可以并应当将其中的许多内容,包括劳动教养措施纳入到刑法典中。其主要理由是:劳教对象可改为构成犯罪者,在教养时间的确定上使之具有可转换性和收缩性;在程序上可改为由人民法院裁决。这样的改造,既可以对那些终日游荡的小偷小犯予以及早施治,使其对社会不会造成更大危害,又可克服现行劳动教养制度的诸多弊端,使该项制度最终能够兼顾社会治安及公民人权保障。<sup>[13]</sup>

[11] 参见文海林:《刑法分则结构及其理论基础》,《法学研究》第18卷第4期。

[12] 参见前引[5],赵秉志等文。

[13] 参见屈学武:《保安处分与中国刑法改革》,《法学研究》第18卷第5期;另参见喻伟:《保安处分刑事立法化》,《法学评论》1996年第5期。

### (五) 死刑问题的讨论

这一年学术界关于死刑问题的讨论,几乎是一边倒地倾向于限制并减少死刑的规定。人们普遍认为,我国刑法,尤其是有关刑法的补充规定对死刑的规定太多了,在当今世界实属罕见。对此,刑法修改时应予高度重视,尽量减少关于死刑的规定。其具体理由是:第一,现行刑法中的一些死刑的规定,有相当一部分是只着眼于现状而缺全面与长远考虑的结果,其实质是重刑主义思想的体现,这与刑罚应有的目的相左。第二,随着死刑等重刑立法内容的增长,各种严重犯罪仍呈总体上升态势,并没有明显下降趋势。这已足以证明重刑化立法的失效,证明死刑并非预防和控制犯罪的最佳、最重要的手段。第三,现实中缺乏刑罚的必定性与及时性,以死刑来弥补是难以奏效的,因为刑罚的严厉性与其及时性和必定性是两个不同性质的问题。第四,主张广泛适用死刑与人民群众的观念相一致,是对刑法反映民意未作理性分析的结果。实际上,立法者仅从感性出发,为满足部分民众的情绪性报应要求而大量增设死刑,反过来又激发了更多的人对增设死刑产生更强烈的要求,而这又促使更广范围地增设死刑。

人们普遍认为,完善死刑立法的首要任务即是控制和减少死刑。为此,还提出了减少死刑的一系列设想。这些设想主要包括:

1. 总则与分则相结合控制死刑。在总则中完善死刑适用的原则、对象、条件、完善死缓制度、死刑复核程序等内容。应明确死刑适用对象的条件为“罪大恶极”,并对未成年人一概不适用死刑,将死刑复核权统一到最高人民法院。

2. 在分则中应在“全面衡量、逐罪研讨、充分论证”的基础上,即使对罪质严重的重大犯罪,也要考虑到其实际危害程度,不属罪大恶极的,也不宜规定死刑。对于确有必要保留死刑的罪种,要尽可能地通过适用死刑的标准,具体明确适用情节,以将死刑的适用控制到最低限度。

3. 单行刑法中规定的死刑慎入刑法典。对于现行刑法中死刑规定较多的经济犯罪和财产犯罪,原则上删除死刑。<sup>[14]</sup>

关于修改刑法的研究论文及所提出的重要观点,当然不止上述内容。但因篇幅所限,在此只能“割爱”了。

## 二、关于刑法基础理论的研究

虽然刑法学界普遍为刑法修改完善的热情所左右,仍有不少刑法学研究者对刑法基础理论的研究作了相当的努力,并取得了一些令人瞩目的成绩。虽说基础理论的研究与刑法修改的探讨是不能截然分开的,因为刑法修改意见的提出是以对基础理论的研究为基础的,有的完善刑法的具体意见,正是以对基础理论的突破性研究为前提的。因此,从某种意义上说,基础理论研究与刑法修改意见几乎是无法划清其界限的。例如前文所介绍的关于犯罪故意问题的研究。另一方面,基础理论的突破性研究,实际上或多或少地包含有完善刑法的建设性意见。然而,基础理论探讨毕竟与刑法修改的具体意见有相当的差异,因此,对其作专门的介绍仍有其独特的价值。

### (一) 关于刑法中的认识错误

[14] 参见前引〔5〕,赵秉志等文;另参见前引〔3〕,高铭喧文及马克昌:《加大改革力度,修改、完善刑法》,《法学评论》1996年第5期。

有论者对刑法中的认识错误问题进行了深入研究并提出了其独到的见解。他在对刑法中的认识错误的新分类及旧分类的共同及其差异作了细致分析的基础上,指出了我国刑法学中的错误论应与我国立法相联系,与我国的理论体系协调一致。他认为,我国刑法上的错误,应采纳犯罪构成事实错误和违法性错误的新分类。只有使划分出的错误种类与犯罪故意要素的关系明确、具体,才能有助于错误论尤其是法律错误论进行富有实效的讨论。该论者认为,刑法上的认识错误是由刑法上的故意所引伸出的反面问题,其主旨在于解决存在认识错误时是否影响犯罪故意的成立。

为了明确错误论的主旨,维护错误论作为故意论特别问题的地位,简化错误的种类并对错误论问题进行切实而有效的讨论,论者认为有必要将那些并非属于错误论范围的情况剔除出去。这些情况包括:在故意犯罪过程中,行为人虽有认识错误,但并未因该错误而实际造成非预想的犯罪构成事实,或者虽因错误而发生了非预想的事实,但该事实不属犯罪构成事实,以及主要应由故意本体论解决的某些犯罪构成事实认识错误的事例。狭义的犯罪构成事实错误具有的特征,即在故意犯罪过程中发生的主观认识与客观实际不一致,且这种客观实际是一个犯罪构成事实或具有刑法上重要性的事实。因此,这种错误实际只有三种情况,即对象辨认错误、对象打击错误以及因果关系的认识错误。

认定事实错误的罪责,就是依法对主客观不一致的心理事实作出评价。该论者指出,评价的焦点是非预想性犯罪事实与预想实现的犯罪事实,在法定犯罪构成的意义上是否一致,以此作为判断行为人对非预想性事实是否承担故意罪责的根据。

关于行为社会危害性的认识错误,该论者认为,严格意义上的违法性认识错误与其所论之社会危害性认识错误是等价的。这类认识错误的存在,对认定故意的成立一般不发生影响。然而,从观念层次上却应承认,依据“推定”和“知法义务”得出的这一结论,不能否定成立故意以有社会危害性认识为必要。因此,在行为人有此种认识错误并有充分理由足以推翻这种“推定”和“知法义务”,就应排除成立故意罪责。<sup>[15]</sup>

## (二) 犯罪概念与特征

对犯罪概念及其特征的研究,仍为一些研究者所关注并予进一步的探讨。他们认为,以往学术界所提出的犯罪形式概念、实质概念及混合概念,均有其利弊。就形式概念而言,这为司法者和普通人提供了一个清楚且易于操作的犯罪概念,包含着罪刑法定主义的重大进步价值。因此,对形式概念绝不可忽视或否定。犯罪的实质概念则体现了对犯罪认识的进步。这一概念的提出,对于刑事立法有着重要的指导意义。尤其是马克思主义刑法学中的犯罪概念,更显现出高度的科学性。而犯罪的混合概念,既揭示了犯罪的本质特征,又揭示了犯罪的法律特征,回答了什么是犯罪以及为什么是犯罪两个问题。因此,从这一角度看,其较形式概念和实质概念更具优点。

他们进一步指出,各种犯罪概念也各有其局限,若不予注意,则会有消极影响。就犯罪的形式概念来看,这一概念的局限性在于不能解决立法者为何将某种行为规定为犯罪的问题。就其实质概念而言,若以此作为否定犯罪形式概念的根据,则会陷入法律虚无主义。而犯罪混合概念则存在着逻辑缺陷,弄混了两个不同层次的问题,使犯罪概念欠缺明确性及可操作性。

论者认为,在确定概念时,应以所确定的概念的功能,将在何种领域内适用为前提。因此,

[15] 参见阮齐林:《论刑法中的认识错误》,《法学研究》第18卷第1期。



在刑事立法和刑法理论中应采纳并列的形式概念和实质概念。但这种采纳,是以废除类推及分则条文的具体、明确化为条件的。

关于犯罪的特征,他们基于犯罪的实质概念和形式概念并立的主张,提出犯罪的两个基本特征:应受刑罚惩罚的社会危害性及依法受刑罚惩罚性。他们认为,将犯罪的实质特征和法律特征分开来谈,既可以避免逻辑上的混乱,也有利于犯罪概念及其特征的实际运用。<sup>[16]</sup>

### (三) 罪刑均衡关系

罪刑均衡关系问题历来为刑法学研究者所关注,刑事实证学派及其刑罚个别化原则的出现,对罪刑均衡关系究竟有何影响,学术界意见分歧。有论者撰文对此进行了仔细的探讨。他认为,刑事实证学派确实解构了刑事古典学派建立起来的罪刑均衡理论。由于刑事实证学派重视的是犯罪人的人身危险性,因而从根本上改变了对犯罪的看法。当该学派完成了从犯罪行为到犯罪人的历史性转变时,导致从根本上改变了对刑罚的看法,并完成了从刑罚一般化到刑罚个别化的历史性转变。然而,关于罪刑均衡的认识虽然因此发生了重大的变化,但刑事实证学派并未从根本上否认罪刑均衡原则,确切地说,只是摈弃了刑事古典学派所主张的罪刑均衡原则的内容,即报应刑论关于刑罚与已然之罪相均衡和预防刑论关于刑罚与初犯可能相均衡的内容。实证学派只是转换了罪刑均衡的标准,主张刑罚与再犯可能相适应的罪刑均衡。

由于刑事古典学派与实证学派的罪刑均衡在内容上各有不同,由此产生了刑均衡的理论重构问题。我国刑法学界力图消融这种对立的方法,是引入刑事责任这一范畴。由于刑事责任概念的引入,对于传统刑法的罪刑逻辑结构予以了否定,并提出了包含有刑事责任要素在内的三种新的逻辑结构。其中责—罪—刑结构的提出,系以刑事责任为基石范畴而建立刑法理论体系,是刑法理论体系深入发展的一个标志。他认为,由于犯罪的本质是社会危害性与人身危险性的统一,而人身危险性又是初犯可能与再犯可能的统一,因此,与这种犯罪本质二元论相对应的刑罚目的,也应是报应与预防的统一。这样,犯罪的二元本质与刑罚的二元目的就达到了有机统一,罪刑之间的均衡关系在罪刑关系二元论的理论中得到了重新确立。<sup>[17]</sup>

### (四) 犯罪结果问题

有论者对犯罪结果的概念进行了深入的分析。他认为,关于犯罪结果概念的通说,即将其理解为犯罪行为对我国刑法所保护的社会关系的损害,既无法以此恰当地区别犯罪结果与犯罪客体的关系,而且也混淆了犯罪结果与犯罪客体的不同功能。由于犯罪结果作为一种客观存在的现象,只有存在与否的问题,而并无损害与否的差别,因此,把犯罪结果看作是对社会关系的损害,会使人们对犯罪结果的认识迷失方向,并得出自相矛盾的结论。实际上,犯罪结果表示的是犯罪的现象特征,犯罪客体所表示的则是其法律性质,两者具有相互依存的关系,并不是一种等同关系。

就犯罪结果与犯罪对象的关系而言,该论者认为,犯罪对象是犯罪行为与犯罪结果之间发生联系的纽带。没有犯罪对象,犯罪行为就会失去方向,犯罪结果也就不会产生;而犯罪结果只有借助于犯罪对象才能体现其存在,即犯罪结果只是犯罪行为作用于犯罪对象所造成的一种变化现象。关于犯罪结果的形式,从刑事立法看,不同的犯罪对结果的表现形式有不同的要求。在不少直接故意犯罪中,只要具备结果发生的可能性,就能成立犯罪。因此,存在着可能的犯罪

[16] 参见贾宇、林亚刚:《犯罪概念与特征新论》,《法商研究》1996年第4期。

[17] 参见陈兴良:《罪刑均衡的理论建构》,《政治与法律》1996年第4期。

结果。否则,从刑法理论上,如果否定可能的犯罪结果存在,刑法规定处罚不需要实际结果发生的犯罪就失去了根据。

该论者以肯定可能的犯罪结果的存在为前提,进一步得出了犯罪结果是一切犯罪构成的必要要件的结论,并主张应将一切对适用刑罚轻重有关的结果都纳入犯罪结果的研究范围。他认为,犯罪结果是犯罪行为作用于犯罪对象所引起或可能引起的、从客观方面反映社会危害性的质与量的一切事实现象,它既是犯罪构成客观方面的必备要件,也是量刑的必备依据。<sup>[18]</sup>

### 三、简 评

1996年刑法学研究成果的丰富,不仅导致了对其综述时的取舍困难,而且使我们对之进行即使是最为简略的评价也有无从着手之困惑。为了使这里的评价稍具条理性,笔者在此另拟了几条与前文的综述不太一致的线索,是否妥当,敬请指正。

#### (一) 抓住完善刑法的主要问题

学术界这次普遍参与刑法修改的讨论,原因众多(因该问题非本文范围,故略),但结果可能有一个,按照刑法科学化、现代化的标准,我国刑法中存在的诸多问题,不可能通过这一次修改都得到解决。学术界中的有识之士实际对此有清醒的认识。记得在一次学术会议期间,陈兴良教授曾言道,这次刑法修改,若能真正解决好罪刑法定原则问题、死刑问题及保安处分等几个主要问题,就应是一次十分成功的修改。虽然如此预测刑法修改的结果,与学术界的参与修改的热情及努力相比,有诸多不相符之处,但就刑法修改面临的现实而言,这确实是一种精到之论。而且,学术界确实也将相当大的一部分精力投入到这几个问题的探讨中,取得了令人瞩目的成果。

关于罪刑法定的讨论,已远远超出了罪刑法定作为一项原则应该规定在新的刑法典以及因此应废除类推制度等问题的范围。通过研究探讨,一些人已认识到,如果说罪刑法定是刑法制度现代化和科学化的标志及精神所在,那么,对罪刑法定原则的精神实质及其在刑法制度中的各种体现和要求予以揭示,就是一项重要而紧迫的任务。这项任务的完成,对于我国刑法修改以使刑法制度达到科学化和现代化,具有基础工程的意义。显然,如果未能充分揭示罪刑法定的保障人权的精神实质,说明罪刑法定在刑事立法和司法中的各项要求,即使我们从改善国际形象的要求出发,在新的刑法典中规定了这项原则并取消了类推,对于实现刑法制度的科学化和现代化而言,其意义也将是十分有限的。

当然,学术界对此问题之深入讨论及其所得到的结论是一回事,而刑事立法及刑事司法对此予以充分注意并予以吸收,则是另一回事。因此,预测学术界以后仍需对新的刑法典及刑事司法中存在的与罪刑法定精神及其要求不尽一致的问题进行探讨,大概并不过份。

死刑问题近些年来一直是学术界广泛关注的重要问题。面对中国刑法中众多死刑规定的现状,大多数学者持否定态度。在这次修改刑法的讨论中,对我国刑法仍应保留死刑,但应予限制和减少,尤其是经济领域犯罪的死刑规定,几乎是学术界的共识。应该说,人们关于减少死刑规定的理由,大都是有利的。当然,有的理由如果换个角度看,可能并不能令人信服。例如,许多人认为减少死刑的规定及适用,对因此而不杀的罪犯生命予以保留,强制其劳动,从经济上

[18] 参见叶俊南:《犯罪结果概念研究》,《中国法学》1996年第1期。

讲有其合理之处。这一理由对实务界而言,可能并不成立。因为他们深知中国并不缺少劳动力,而为监禁罪犯,即使是被强制劳动改造的罪犯,所需的支出却是巨大的。若纯从经济上算帐,减少死刑可能得不偿失。再如,有的人提出,因刑罚的必定性与及时性与严厉性完全是性质不同的两回事,因此,不应以严刑,尤其是死刑的大量规定和适用来解决刑罚的必定性、及时性方面存在的问题。从理论上讲,这样分析无疑是正确的。然而,“刑法低效在犯罪上升的背景下,对付犯罪的通常办法是求助于重刑”,<sup>[19]</sup>为何会成为一种现实,确实是应引起思考的问题。显然,这里存在着刑法理论视野之外的问题。例如,刑法制度在犯罪上升的现实面前,如果改变刑法低效是件长期而艰苦的过程,那么,诉诸重刑以至死刑,大概是最为便捷的。这时立法及司法决策者所首先考虑的,已不可能是重刑及死刑规定及适用的公正性、有效性问题,而是面对日趋严重的犯罪状况“表个态”的问题。

或许不应要求学术界对刑法理论视野之外的诸多因素均予关注并进行探讨,因为理论探讨的任务主要在于以其科学性的理论和结论,促进立法与司法的进步。至于刑事立法和司法的科学化和现代化,所涉及的非刑法理论范围的社会因素太多。但不论如何,不论是从论证的周密性及结论的令人信服性这个角度看,还是从拓展刑法理论探讨的范围这一现实要求讲,刑法学界应更多地关注这些因素。<sup>[20]</sup>

关于劳动教养问题的讨论,学术界的一致意见是现行的劳动教养制度不应再维系下去。当然,其命运应如何归宿,人们意见并不一致。主张取消该制度,并认为该制度不应纳入新刑法典的保安处分制度中,其理由更为令人信服。确实,如果劳动教养制度在对象适用条件、适用程序等方面若作相应的变化而纳入到刑法典中,将会是多余的,对建构科学的刑罚体系及保安处分制度而言,甚而是有害的。而如果在适用对象上仍维持在那些并未构成犯罪的违法行为人范围内,则又会产生与罪刑法定原则不相符合的严重问题。从这个意义上说,劳动教养制度纳入刑法典实际不过是一种整容手术,并不能改变其具有的从根本上破坏了罪刑法定原则的实质。

然而,将劳动教养纳入到刑法典中,对某些人来说确实具有相当的诱惑力。因为,这样既可以提供一个对付大罪不犯、小错(违反治安管理规定)不断的人的手段,也可以增加一种对付那些经服刑后仍未将其恶性改掉的罪犯的方法。不仅如此,对于学术界来说,由此引发出来的问题也确实需要进一步探讨。例如,那些主观恶性并未消灭的罪犯,按照传统的或曰古典刑事学派的观点,在其服刑完毕后应予释放,但由此而产生的问题确实存在。对此,刑法是否应予解决?如果应该解决,应如何解决。已有人对此全面进行了探讨,并提出了不定期刑的主张。<sup>[21]</sup>但问题似有进一步探讨之必要。例如,在执法环境并不令人满意的现实面前,如何使立法决策者采纳不定期刑是个很大的难题;而将判决的刑期具有不确定性,不仅会产生现实问题,而且也会带来理论上的困惑。对此的探讨,应注意利与弊两个方面的问题。如果只考虑其利或其弊,难免令人难以信服,即使以此作出完满的制度设计,也将只是画饼。

## (二) 刑法修改中面临的中国特色问题

人们对刑法修改中的一些较宏观的问题,诸如超前立法与经验立法、立法技术的细密与粗

[19] 转引自储槐植:《刑法存活关系中》,《法制与社会发展》1996年第2期。

[20] 显然,这个问题已超出死刑问题的探讨范围,而是一个涉及刑法学理论基本思维转变的重要问题,在此予以展开显然不合适。在这方面,已有学者予以相当的关注,有兴趣的读者可参阅前引[19],储槐植文。

[21] 参见朱伟临:《罪刑相应原则新解及其导向》,《政治论丛》1996年第2期。

疏问题等,虽有争论,但经过讨论,达成较为一致的意见,仍然是可能的。<sup>[22]</sup>但在这些宏观问题之下的具体问题上,学术界展开争鸣尚不普遍,从已经显示出来的问题上,达成共识为时尚早。例如,在刑法修改中坚持中国特色与借鉴国外较先进的立法例的问题,人们在总体上或原则大都会持赞成态度,但在具体问题上应如何操作,却需要进一步的探讨。

首先需要澄清的一个问题是何为中国特色。需要明确的不仅是对中国特色的客观描述,而且更重要的应是对刑法制度中特有的那些因素作出主观判断,哪些是应该坚持的特色,哪些是应予废止的成份;哪些是与中国社会发展趋势相一致的内容,哪些是历史发展过程中的暂时现象。如果对这些基本问题没有明晰的认识,所谓坚持中国特色,当会成为刻意维护那些与社会发展并不相合的具体制度及规定的借口,而借鉴先进的立法例,将会只是一句空谈。

虽说人们尚未在各个具体问题上对此进行探讨,但在某些具体问题上,已开始触及这一问题。例如,学术界对侵占罪与贪污罪的关系所进行的探讨,已触及到了中国特有的经济体制对刑事立法关于国家工作人员的范围界定、侵占罪与贪污罪刑罚设定等多方面的问题的影响,并有人对刑事立法如何面对经济体制等项改革作出反应进行了探讨。<sup>[23]</sup>又如,有人注意到了行贿罪主观要件的变化及现状,与中国特有的经济发展方式及状况有关,但与今后的发展却并不相符,并提出了如何予以完善的具有可行性的方案。<sup>[24]</sup>

对这些具体问题的探讨,无疑是必要的。需要引起思索的是,在对具体问题进行研究的基础上,学术界应从总体上对这一问题展开讨论。但是应当注意,所谓的中国特色,应确实是中国特有的政治、经济体制及其他历史的、社会的因素所决定的那些因素,而不应把那些似是而非的东西也当成中国特有的国情,并在此基础上讨论我国刑法制度的特色问题。例如,治安形势严峻的问题,就并非中国特有的情况。如果在此基础上探讨规定严刑并广泛适用重罚的必要性问题,显然是文不对题。

其次是应弄清国外的刑法理论及立法例的整体精神,只有在这个基础上观察其各个结论及具体的规定,才能把握其根本要义。在这方面,已有人作了有成效的工作。例如,前面在综述时已提及的实证学派对罪刑均衡关系的重新建构的内容及意义的探讨,以及我们如何吸取其中的营养建构科学的刑法理论体系的观点。显然,这种研究较之那种以为实证理论与古典理论尖锐对立,以至于在罪刑法定、罪刑均衡问题上存在着肯定与否定的绝对分歧的观点,明显高出一筹。当然,也不应从相反的角度,只看到古典学派与实证学派在某些方面存在调和的趋向,就以为两派的观点可以统一起来。已有学者对此进行了剖析,认为两派的观点在一些问题上存在着根本的对立,争论并仍将继续,调和之说过于偏面。<sup>[25]</sup>

至于国外的立法例,我们在探讨借鉴问题时应转变观念。应清楚地认识到,虽然能够借鉴其刑事法律的严密性和科学性,但不应以此对刑事立法完善于控制犯罪的有效性生出过高的期望。如果说刑事古典学派的历史使命在于减轻刑罚,而完成这一使命尚是一个漫长的过程的话,那么,刑事实证学派雄心勃勃地宣告:“我们将接过古典学派犯罪学的现实和历史使命,担

[22] 关于刑法修改中的宏观问题的讨论,请参阅赵秉志:《刑法修改中的宏观问题研讨》,《法学研究》第18卷第3期。

[23] 关于这一问题的探讨,有兴趣的读者可参阅本刊1996年所刊发的数篇论文以及耿景仪:《关于侵占罪主体的若干问题》,《法学杂志》1996年第2期。

[24] 参见朱孝清:《略论行贿罪主观要件的修改》,《法学》1996年第8期。

[25] 参阅张明楷:《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第369页以下。

负起一种更为高尚而又富有成效的任务——在减轻刑罚的同时减少犯罪”；<sup>[26]</sup> 其减少犯罪的历史使命的完成当是一枚很难望见更难以止渴的酸果。这从那些依据新派理论建构其刑法制度的国家的犯罪现状来看，当是不争的结论。然而，通过完善刑事立法减少犯罪的努力虽然或许是一种空想，但完善刑事立法可以使我国的刑法更具科学性，符合现代社会的发展要求，却是一项能够并应予完成的历史使命。应当注意的是，这是一项须经长期努力才有可能完成的使命。

## 刑事诉讼法学研究述评

王敏远

由于新刑事诉讼法于 1996 年初颁布，因此，一年来，刑诉法学界关于刑事诉讼法学的研究大都围绕着新刑事诉讼法中的有关问题展开。当然，年初在有关刊物中发表的一些关于刑事诉讼完善的探讨，也应列入综述的范围。因此，就综述部分而言，本文将分两个部分，根据讨论的问题所针对的是否为已通过的新刑事诉讼法予以划分。

### 一、最后的修改意见

随着 1995 年底立法机关拟出的刑事诉讼法修正草案的出台，刑事诉讼法学界关于如何完善刑事司法制度的讨论，几乎均转向对该草案中的各具体问题。由于对其中的绝大多数问题学术界均已予以相当的关注，并提出过许多建议，因此，讨论中所提出的观点，大都为以前所阐释过的，这从笔者所知悉的 1995 年全国诉讼法学年会及 1996 年 1 月由立法机关主持由包括学术界众多专家参予的刑诉法修正案草案的讨论情况，可以得出这一基本印象。然而，有的意见，虽然提出之时已届刑诉法修正案通过，但其中所包含的真知灼见，仍给人以耳目一新的感觉。

#### (一) 关于被害人的法律地位

有论者对刑事诉讼中的被害人的法律地位问题进行了探讨。他认为，被害人应是刑事诉讼中的当事人。其理由是：当事人的地位是在实体法律关系中形成的，是由公民在合法权利受到犯罪侵害的事实所决定的。这种地位既然与是否提起诉讼无关，当然就与案件是属于公诉还是自诉的性质无关。因此，学术界通说以诉讼性质是否为自诉，来确定刑事被害人是否为当事人的观点，显然不妥当。

关于刑事被害人的起诉权，该论者认为，诉权是任何公民均享有的一项权利，不应因案件性质属于公诉与否而产生有无的问题。差别只是在于，在自诉案件中，被害人的起诉权是由其独立行使的，而在公诉案件中，被害人起诉权的行使则要受公诉权的制约。但制约只能改变被害人行使诉权的方式和途径，而不能使之化为乌有。依据这一理由，被害人诉权中的上诉权和申请回避权就应是个重新思考的问题。在被害人的上诉权问题上，如果公诉机关不提起抗诉，

[26] 菲利：《实证派犯罪学》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 54 页。