

反映了我国经济法学界对于当前经济体制改革中重大实践问题的关切。

刑法学研究述评

王敏远

一九九七年国内刑法学界的研究,仍然主要围绕着刑法的修改这一中心议题。从我们所掌握的材料来看,1996年底及1997年初,全国各类法学杂志及相关杂志中发表的刑法学研究论文,大多数是有关刑法修改意见的内容。自刑法修改后,除了据说有上百种关于新刑法的注释性论著之外,在各类法学杂志及相关杂志中也有大量的注释性论文出现。在这种情况下,刑法学基础理论的研究,从全国范围来看,自然会受到一定程度的影响。虽然如此,仍有不少学者对刑法学基础理论的很多方面进行了深入的研究。我们的综述及简单的评论,也将围绕着这两个方面进行。不过,关于新刑法的注释性论著中的观点,在此我们打算予以述评。这当然会有失偏颇,然而,对本刊的综述而言,并不求面面俱到。此点尚望学界同仁理解。

一、刑法修改意见综述

关于如何修改刑法的具体意见,内容非常多,其中的一些重点问题,学术界大都耳熟能详,并且,刑法修改工作已告一段落,因此,综述这部分内容,我们选择的目标,主要是那些既有理论和实践意义,而且在目前看来仍不过时的精到之论。当然,即使是这部分内容,在综述过程中也会挂一漏万,留下的遗憾,只能待以后有机会时再予弥补了。

(一) 刑法修改的方式和规模

有论者认为,修改刑法应当面对现实。这种现实问题,主要包括三个方面。一是刑法学长期以来在表面繁荣之下隐蔽着的萧条和理论底气不足的局面;二是我国社会目前处于“转轨”时期;三是我国的国家能力问题。从这三个现实问题的存在来看,我国刑法修改只宜小改。该论者对国家能力即立法能力与司法能力及相关问题进行了系统分析。他认为,要准确估计立法能力,至少要综合考虑三个因素,即立法资料、立法理论和立法技术。而评价司法能力的指标则主要包括司法资源、司法环境、司法素质等。他认为,刑法修改只有从现实出发,量力而行,才能成功。^[1]

另有论者以对经济犯罪立法问题的考察为依托,对刑法修改的模式构建与罪刑设置问题进行了研究。他认为,实现刑事立法重心从治安犯罪向经济犯罪的转化,是推进当前乃至未来一个时期我国刑法改革的一个十分重要的突破口。经济犯罪对市场经济体制的建立和社会的健康发展,有着比一般犯罪更为直接、严重的破坏力;并且,经济犯罪对社会的稳定还会造成直接和间接的威胁。而从现实来看,经济犯罪的立法与司法,相对于治安犯罪而言,是刑事法制建

[1] 周光权:《追求完美及其艰难——刑法修改的规模定位与制度设计》,载陈兴良主编《刑事法评论》第1卷,中国政法大学出版社1997年出版。

设中的一个弱项。该论者提出,应当根据经济犯罪的规律,对经济犯罪进行科学的分类。由于经济犯罪系法定犯,结构复杂且形态多变是其特征,因此,以“不变应万变”的稳定立法的方式,刑法规制经济犯罪不仅十分困难,而且从本质上讲,可能是无效的。为了解决关于经济犯罪刑法规定的描述抽象化和法定刑设置宽幅化的弊端,他主张应采用“集中”和“分散”相结合的经济犯罪立法模式。如果采用这种方式,就需要对我国现行的附属刑法规范进行改革,解决其中的罪与刑严重分离的问题,在附属刑法中不仅具体描述经济犯罪的构成特征,并且应明确规定相应的法定刑。^[2]

(二)死刑问题的讨论

死刑问题历来是刑法学界关注的热点之一。有论者对经济犯罪适用死刑的问题进行了探讨。他们认为,死刑的正当根据包括,伦理和道义基础,自的性根据。死刑的根据,既要受报应和正义观念的约束,又要受功利观念引导。并且,由于其中的报应观念始终应当是确定刑罚限度的决定性依据,即报应是本,功利为用,因此,评判对经济犯罪适用死刑是否具备正当根据应当以此为标准。以此相衡量,死刑的报应根据要求死刑只适用于罪行恶害和罪责与死刑的恶害和痛苦相当的罪犯。虽说在文明欠发达的早期社会,刑法对经济犯罪因其危害了他人的生存条件而规定死刑,尚有某种合理性,也符合当时社会的报应和正义观念,但在现代社会,由于人的价值提高,经济犯罪的危害性与死刑的严厉性并不均衡,再对经济犯罪适用死刑显然就不是罪刑相当,因此,对经济犯罪适用死刑就不具备报应这一刑罚的正当根据。从对其适用死刑的功利根据来看,虽然也具有一定的预防、威慑效果,但社会将为此付出沉重的代价。从这个意义上说,对经济犯罪适用死刑,并不符合功利根据。他们提出,应理性地思考经济犯罪的刑事对策。从经济犯罪的原因来看,由于因素复杂且多样,故犯罪者个人的罪责应是有限的,刑罚对其运用也就不应过量。可以考虑首先对纯经济犯罪废除死刑,然后在条件成熟的时候,再进一步从立法上废除国家工作人员职务经济犯罪的死刑。^[3]

另有论者对整个死刑制度的存废问题进行了探讨。他认为,从人类文明发展的历史进程来看,废止从原始社会复仇制度演变而来的死刑是必然的。而且,不论是从理论还是从实践结果考察,死刑不可能也从未对犯罪产生过有效的遏制力,死刑的一般预防效果是缺乏根据的。其现实的根据主要是满足人们的报应观念。然而,报应和复仇并不是人类理性的产物,而是野蛮时代报复本能的沿袭。以死刑来满足报复心,并不符合文明时代人类的理性。该论者认为,死刑在中国必然也要废止,这是不可逆转的方向。从现实的条件来看,国际环境表明,废除死刑已成为世界性趋势,甚至那些具有东方文化传统的国家和经济文化水平相对落后的国家,也已步入废除死刑或死刑很少执行的行列。而在中国实现废除死刑,则取决于立法决策者们对死刑功能的认识和广大民众的报应观念这两个方面的变化程度和速度。他认为,这两个方面观念的逐步转变,通过刑事立法、司法理论各方面的共同努力,中国实现废除死刑并非遥遥无期。^[4]

也有论者对死刑的问题进行探讨,得出了不同的结论。该论者认为,保留死刑在观念上具有合理性。死刑不仅是正义与公平的体现,而且也是人权的体现,还反映了罪刑相适应的原则。

[2] 游伟:《模式构建与罪刑设置——对我国经济犯罪立法的宏观思考》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第1卷,中国政法大学出版社1997年出版。

[3] 梁根林、张文:《对经济犯罪适用死刑的理性思考》,《法学研究》1997年第1期。

[4] 贾宇:《死刑的理性思考与现实选择》,《法学研究》1997年第2期。

从客观的必要性来看,也应当保留死刑。他认为,死刑的保留既是政治与经济稳定与发展的需要,也是社会秩序稳定的需要。鉴于死刑在观念上具有合理性,在客观上具有必要性,因此,虽然从其发展趋势来看,死刑必然会废除,但我国目前应坚决保留死刑。该论者还批判了关于死刑问题四个方面的错误认识。即死刑是“坏榜样”;死刑违背人道主义和社会文明,废除死刑是法制国家的要求等认识。当然,该论者也主张我国的死刑应予严格限制,同时,还应予灵活运用。^[5]

(三)关于劳动教养问题

有论者对我国的劳动教养制度进行了系统的分析。他认为,劳动教养作为一种满足治安现实的需要,是不应否定的,重要的是如何将其建立在合理的基础之上。为此,该论者提出,首先应改变相应的程序,即把劳教决定权归法院行使,以解决劳动教养决定权行使缺乏有效监督机制的基本缺陷,但为了保留其快速高效的特点,对劳教案件的审理可适用简易程序。这就需要将劳动教养制度刑法化。为此,应使我国的刑事制裁具有二元性能,即刑罚以惩罚已然之罪为本,而劳教这种刑事制裁方法则以防止再犯为主。其次,应改变劳教期限。考虑到劳教适用对象的行为危害性程度和行为人的人格状况,期限应缩短为2年为宜。最后,应改变劳动教养的名称,即改为“教养”(处分),以避免旧瓶装新酒。^[6]

有论者从对刑罚和保安处分一元论和二元论观点的分析入手,指出了其中的优劣。他认为,一元论者全然忽视了刑罚的报应价值,过于理想化,所体现的是未来时代的法制价值,而就现实来说,推行一元化既有不可克服的技术性困难,也与现实的道德水准和犯罪状况不合。因此,二元论观点才是合乎时宜的。就我国保安处分所存在的问题,该论者批判了劳动教养制度的严厉性。他认为,以严厉的制裁措施,加于仅有一般违法行为或轻微犯罪行为的人,使得政权和公民权之间的平衡关系荡然无存。这种现象的存在,是没有正义根据的。再从立法、司法和行政三种国家权力来看,司法权本就是最弱的,公民正是有赖于司法权和正当程序才得以限制政府权力从而使人权保障思想得以贯彻,而劳动教养的现状却使权力制约、人权保障可能落空,因此,应该加以改造。^[7]

关于修改完善刑法的佳作尚有不少,限于篇幅,我们仅对上述三个方面的论文予以综述。正如本刊发表论文的重点是基础理论一样,我们在此综述的内容,也将以下面关于基础理论的论文为重点。

二、刑法学基础理论的研究

关于刑法学基础理论的研究论文很多,根据1997年中较为突出的论文,我们对其中的一部分内容予以综述。

(一)关于刑法公正的问题

有论者对刑法公正的内容进行了系统的研究。他认为,正当是正义的首要意蕴,刑法的正

[5] 马荣春:《再论死刑》,《法学》1997年第8期。

[6] 储槐植:《刑罚现代化:刑法修改的价值定向》,《法学研究》1997年第1期。

[7] 苗有水:《保安处分理论及我国保安措施刑事立法化》,载陈兴良主编:《刑事法评论》,中国政法大学出版1997年版。

当性是指刑法存在具有合理的根据。刑法存在的合理性,是指刑罚的发动具有正当合理的根据。在考察分析了各类关于刑法存在的合理性理论,即报应论与预防论及报应与预防的统一论之后,他指出,刑法的正当性根据是报应与预防的有机统一。并且,报应与预防还有互相制约的意义,即预防追求刑法的功利性,可以得出惩罚无辜是正当的这种极端结论,但受到报应的节制,将刑罚限于罪犯是构成刑法之正当性的无条件的前提。

在分析了发动刑罚的正当根据在于报应与预防的有机统一之后,该论者分析了刑罚分配的正义性问题,即刑法的公平性问题。就刑法的公平标准而言,仍在于报应与预防的统一。然而,这种统一显然更为困难,一种在伦理上坚实一致的多元论是否有可能成立,这一前景仍然不清楚。但他认为,一种公平的刑罚分配,应是在报应所限定的范围内,依据威慑或矫正的需要来予以分配,即“以按劳分配为主、按需分配为辅”。〔8〕

另有论者从刑法的伦理品性入手,研究刑法的公正问题。他认为,刑事责任只有奠基于道义谴责可能之上才会具有本质上的合理性,而刑罚也必须体现对犯罪人的道义报应。因此,刑法具有伦理的品性,离开这一点,刑法就会因正义性的沦丧而失去其应有的合理性。他认为,刑法对犯罪的认定与评价,应植根于犯罪的反伦理性。这一点,在自然犯中很明显,即使是法定犯,与社会伦理也具有关联性,因为在相应的法规制定之后,遵守这种法规也就成了某一社会伦理上的要求。该论者认为,刑事责任的核心是行为人主观上的可责性,因此,忽视刑事责任的伦理品性,在缺乏可责性的情况下追究刑事责任,就会使刑事责任残酷化,把人变成实现某种目的的客体,伤害国民的正义要求,动摇其对法秩序的信赖感,并有招致紊乱社会秩序的结果的危险。〔9〕

(二) 犯罪构成理论中的有关问题

犯罪构成理论一直是刑法学基础理论中的重要内容。关于这方面的理论探讨,新见解在许多论文中均有反映。根据所涉内容的不同,我们在综述时作了相应的分类。

1. 有关犯罪主体的理论

有论者对现行的将犯罪主体作为犯罪构成要件的理论提出质疑。他认为,这是一个命题错误。因为,这既是一个逻辑错误,也是对司法实践活动顺序的概括错误,同时,还是对法律规定的理解错误。该论者认为,犯罪主体作为犯罪构成的要件所产生的错误,并不意味着犯罪主体概念本身的错误。重要的是应分清犯罪的主体资格和犯罪的主体身份。他认为,犯罪的主体资格具有客观性、普遍性及稳定性,与特定的现实的犯罪主体身份有着严格的区别。以此为基础,该论者指出,没有犯罪构成,就没有犯罪的现实主体,反之,犯罪主体并不是犯罪构成的要件。他进一步论证道,犯罪构成的基本功能是解决行为是否构成犯罪的的问题,因此,犯罪主体并不能帮助我们确定行为是否构成犯罪以及构成什么罪的问题。即使是特殊犯罪主体,在犯罪构成理论中同样没有其地位,因为对这些特殊的犯罪的认定,重要的仍不是特殊犯罪主体,而是行为人的特殊的客观行为。如果把犯罪主体排除在犯罪构成之外,不仅不会发生影响刑事责任的承担问题,相反,因犯罪主体在犯罪构成的成立而得到确认后,自然转变为受刑主体,直接与刑事责任发生联接,更有助于说明犯罪构成是刑事责任的基础这一原理。〔10〕

〔8〕 陈兴良:《刑法公正论》,《法学研究》1997年第3期。

〔9〕 许发民:《论刑法的伦理品性》,《法律科学》1997年第4期。

〔10〕 杨兴培:《犯罪主体的重新评价》,《法学研究》1997年第4期。

2. 关于期待可能性与犯罪构成的理论

有论者对期待可能性理论进行了分析,认为借鉴这一理论对完善我国关于犯罪构成的理论有积极意义。他认为,在确定期待可能性的标准问题上,从期待可能性理论本身的追求来看,行为人标准说较为合适。然而,若仅依行为人标准,则任意性较大,且与罪刑法定原则相悖,所以,在认定期待可能性标准时,应以行为人标准为核心,兼顾国家标准和社会一般人标准。该论者指出,鉴于我国目前的犯罪构成理论对刑法上的许多行为无法作出合理的解释,故有必要将期待可能性理论引进我国的犯罪构成理论之中。如果将期待可能性理论引进我国的犯罪构成理论,原犯罪主体、犯罪主观方面的内涵与外延都会相应发生变化。新的犯罪主体是指实施危害社会行为的人。犯罪主观方面是指行为人的罪过,包括基本要素,即故意和过失;评价因素,前提因素和消极因素,即期待可能性。只有基本要素与评价要素结合起来,才能确定行为人的主观恶性的有无及大小。该论者认为,将期待可能性理论引入我国的犯罪构成理论之后,我国刑法理论及刑事立法和司法实践中常遇到的一些疑难问题基本上都可以迎刃而解。如对正当防卫、紧急避险、执行上级命令等行为的性质认识问题;刑事责任年龄规定的依据问题;对司法实践中遇到的无期待可能性时发生的行为的评断问题等等。^{〔1〕}

3. 犯罪客体与犯罪对象

有论者对犯罪客体和犯罪对象的关系进行了论述。他认为,犯罪客体与犯罪对象应该是本质与现象的关系,因此,两者必然具有统一性,它统一于刑法所要保护的具体事物中。从这个意义上说,犯罪客体与犯罪对象并无在概念上分立的必要,应以犯罪客体的概念概括两者,取消犯罪对象的概念,使这个概念不仅指明社会关系自身,而且包括其表现形式;而犯罪对象不再是外在于犯罪客体的事物,而是犯罪客体自身的内容。犯罪客体的特征包括:观察主体的特定性,这使犯罪客体与行为客体不同;评价特征,即立法者的主观意志与客观实在性的统一;表现形式的多样性,即犯罪客体的现象既有物质性、有形的存在方式,也有非物质性、无形的存在方式;在犯罪构成中属共同要件。这个特征表明,犯罪客体的现象形态,即一直被称作犯罪对象的内容也是每个犯罪构成中的必备要件。

该论者认为,将犯罪客体与犯罪对象这两个概念合并,一方面,可以消除因其分立所造成的理论混乱,如犯罪结果的界定,结果犯、行为犯、危险犯的划分标准等问题,都会因此而明晰起来,另一方面,也与犯罪构成其他要件的体例保持了一致。我国的犯罪构成各要件,均是事实因素和评价因素的结合,各个要素均未将本质与现象分立并设立不同的概念。他进一步指出,对犯罪对象的内容的理解,不能简单地将其归结为人和物,这只是犯罪客体的最一般的表现形式。但研究这一理论的最终目的,是为了有助于对具体犯罪的认定,因此,这种高度抽象还不够,应当对人和物的各种属性作进一步分析,以便确定人或物的哪种属性所体现的社会关系受到了侵害,进而确定犯罪的性质。

关于犯罪客体与行为客体的区别,该论者认为,由于现实中确实存在着一些行为直接指向的,而又不属于犯罪客体及犯罪对象的内容,因而有必要确立行为客体的概念。虽然没有必要在每个犯罪中都找出行为客体,而且,行为客体与犯罪对象在许多情况下存在着重合关系,然而,确定行为客体仍是十分必要的。由于犯罪行为是类型性的行为,而类型性行为的(自然)性质的界定,在多数情况下必须通过对行为客体的描述才能做到。因此,行为客体是界定行为的

〔1〕 丁银舟、郑鹤瑜:《期待可能性理论与我国犯罪构成理论的完善》,《法商研究》1997年第4期。

重要因素之一,在犯罪客观要件中应有其位置。但行为客体与犯罪客体有重大区别,一是其作用不同,二是其与行为的联系方式不同,三是两者在犯罪构成中的地位不同。^[12]

4. 犯罪既遂的定义

犯罪既遂的定义问题,以往学术界的讨论似乎已告一段落,现在已形成的通说已在各教材中被普遍采用。有论者对通说中存在的问题进行了分析。他认为,犯罪既遂是指着手实行的犯罪行为具备了具体犯罪构成的全部要件,这种通说自身存在着不可克服的矛盾。首先,这种观点与刑法关于未遂的规定相矛盾。因为刑法所规定的未遂是指已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞。其次,与犯罪构成理论相矛盾。按照刑法学界关于犯罪构成的理论之通说,是否具备犯罪构成的全部要件,是区分罪与非罪的标准,而不是区分既遂与未遂的标准。再次,使犯罪既遂的标准实际上不能统一,同一种犯罪可以有不同的既遂标准。

该论者认为,关于既遂标准的通说之所以存在上述矛盾,是因为该理论自身的前提不真实。由于通说是以“刑法分则规定的各种罪的刑事责任,是以既遂犯为标准”作为前提的,然而,我国刑法分则所规定的犯罪及其刑事责任,并非都是以犯罪既遂为标准,因此,这一理论的前提不真实。并且,该理论既与汉语中关于“既遂”的词意不相符,而且,由于这种观点脱离了行为人的愿望与目的,实际上与犯罪人的心理状态也相矛盾。他指出,通说在实践中会把某些中止犯罪的行为人仍按既遂犯罪论处,从而导致不利于鼓励犯罪分子中止犯罪的结果。他认为,犯罪既遂应当是指:实施终了的犯罪行为,达到了行为人预期的目的。这一定义,既能克服通说所存在的矛盾,也与刑法关于犯罪未遂的规定相一致,并且符合实际情况。^[13]

简 评

与刑法学界的众多卓有成效的研究成果相比,本文的综述内容,不仅显得叙述简单且所涉范围狭窄。这并不仅仅是因为篇幅所限,使许多研究成果难以在此得到全面反映,更重要的是由于注重理论研究宗旨的要求,使我们在综述及下面的简单评论中,所看重的是未来。在这个意义上,可以说立足于现实本身不是目的,完善我国的刑法学理论及刑事法律制度,才是追求的目标。

就刑法修改的意见来看,虽然这次刑法修改已经完成,但许多修改意见,在我们看来,并未过时,关于如何修改刑法的意见是否被立法采纳,并不是该意见是否过时的标志,而那些修改意见中是否蕴含着科学、合理地评判刑法修改的结果的因素及今后进一步完善刑法及推动刑法理论发展具有积极意义的启发,才是判断这些修改意见是否过时的标准。从这个意义上讲,有论者主张刑法只宜小改,不宜大改的意见,虽然反映的是这次刑法修改的基调,但其立论基础却值得深思。该论者认为,“刑法学长期以来在表面繁荣之下隐蔽着的萧条和理论底气不足的局面始终未能得到较大改观”,这是这次刑法修改不宜大改的重要原因之一。然而,事实上这一论点很有必要廓清。总的来说,刑法学界自80年代中期以后,逐步从解释刑法学向批判型及建设型的理论刑法学的努力,应当看到其成绩是显著的。尤其是90年代以来,刑法学界的诸多

[12] 李洁:《论犯罪客体与犯罪对象的统一——兼论犯罪客体与行为客体的分立》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第1卷,中国政法大学出版社1997年版。

[13] 侯国云:《对传统犯罪既遂定义的异议》,《法律科学》1997年第3期。

有识之士的勤奋耕耘,使我国的刑法理论达到了一个新的高度,成果累累,不胜枚举。即使是从刑法学界关于如何修改刑法的各种论文与专著来看,其中的精到之论也可以说遍布刑法的各个方面,从刑法典的各项原则到具体制度的修改,从有关犯罪的各种具体问题的规定到刑罚及量刑制度修改,从分则体系的设置到各种具体犯罪的增减,刑法学界所提的各种建议,均不乏论据充分、论证周密、理论的科学性与实践的可操作性皆备的优秀之作。面对这种情况,若说刑法理论只是表面繁荣,难免给人以有失偏颇之感。

然而,应当承认的现实是,刑法学理论的诸多研究成果并未为这次刑法修改所吸收,刑法修改的结果与理论界的努力相比,有相当的反差。对这一现象应当引起理论界的重视。愚以为,除了立法决策者在采纳理论研究成果时尚需考虑诸多的其他因素这一原因外,理论界的研究成果是否被普遍认可,也是立法决策时对许多研究成果未予采纳的重要原因。关于这一点,可以从相反的例证中得到证明。当刑法学界普遍对规定罪刑法定原则持肯定意见之时,当规定法人犯罪已获得共识之后,刑法修改对这些意见的采纳就是一件显得相对自然的事情了。^[14]从这个意义上可以说,立法修改采纳刑法学理论研究成果,往往是在水到渠成、瓜熟蒂落的情况下发生的。因此,我们认为,刑法学界很有必要总结这次关于刑法修改的意见,将其中的对于今后进一步完善刑法具有积极意义的论述予以归纳整理,使之成为刑法理论的通说。当然,这种方案在可操作性上存在一定的困难,因为一些修改意见实际上并未达成共识,尚需刑法学界予以进一步探讨;还有的意见可能难以形成共识,因为刑法学研究者的基点并不可能一致。然而,这不应成为解决问题的障碍。对那些虽有争鸣但能够形成共识的意见,通过讨论,当能一致。而难以形成共识的问题,通过讨论,对各种不同的修改方案的利弊得失也将会有更清晰的认识,这同样可以为将来进一步完善刑法奠定良好的理论基础。重要的是,不应让那些极有见地的修改意见因这次修改刑法工作的结束而埋没。^[15]

正是鉴于刑法学界关于修改刑法的许多意见仍然具有生命力,鉴于刑法学家对完善我国刑事法律制度的使命并不会因一次刑法修改的完成而终结,因此,我们特别赞赏陈兴良先生所说的:“作为一个具有独立的学术品格的法学家,不应当尾随立法、尾随司法,而应当超越法律,揭示那些隐藏在法的背后的规律性的东西。”^[16]虽然陈兴良先生所说的“超越”的含义与我们在此所要表达的意思并不完全相同,但意义却有一致之处,即刑法学界除了对新刑法的注释之外,尚有许多工作要做。我们在此所要表达的意思,即是总结这次修改刑法的经验,仍然应是刑法学界的工作。并且,这种总结,除了上述关于对修改刑法的意见的归纳和整理之外,尚有许多其他方面的工作,例如,刑法学界如何将关于刑法制度方面的修改意见上升到观念层次,使之成为社会尤其是立法决策普遍接受观念的问题,就是一项长期的任务。这一点,在关于减少死刑的规定问题上,显得十分突出。从我们在综述中所反映的观点来看,减少及控制死刑的意见,

[14] 关于这方面的例证尚有许多,如投机倒把罪、流氓罪以及不同的贿赂罪的分解等等,都是经过学术界的长期讨论形成共识,而后为立法所采纳。

[15] 刑法学界的一些修改意见,虽然很精到,但不仅未为立法所采纳,实际上可能学术界也未必引起应有的反响。我们认为,这些意见如果被忽视,既不利于学术研究发展,也不利于今后刑法的进一步完善。例如有论者对完善我国财产刑的研究,其中所包含的诸多见解,包括财产刑的正当理由究竟是什么,对运用罚金尤其是没收财产刑的限制的思想,论述很周密,说理也很充分,但人们对此尚未充分注意,对该论文的价值很有必要予以应有的关注。详见阮齐林:《论财产刑的正当理由及其立法完善》,《中国法学》1997年第1期。

[16] 陈兴良:《法学家的使命——刑法更迭与理论更新》(刑法学研讨会发言摘要),《法学研究》1997年第5期。

说服力是很强的。但这种意见现时难以为立法采纳,因素是很多的,其中,刑罚作为对犯罪的报复及遏制的主要甚至是唯一的工具的观念现时尚是主流,是一个显而易见的重要原因。现代社会需要淡化这种观念,刑法学界自当为此做相应的工作。又如,人们对有期徒刑的观念,也有必要作相应的变化,否则,一些良好的立法建议仍然很难在以后被立法所接受。^[17]

当然,刑法学界要“超越”立法和司法,更需要也更紧迫的工作是发展和完善基础理论。在这方面,我们在综述中所选取的几篇论文,基本反映了这一年来刑法学界在学术论文方面关于基础理论研究所取得的进展。我们认为,重要的似乎不仅仅是这种研究所取得的进展,而是这种进展正在为基础理论的全面创新提供条件。如果说早在1987年有学者提出“罪刑关系的基础原理应该成为具有中国特色社会主义刑法学体系的中心”,^[18]对现行的刑法学体系是一种挑战,那么,这些年来刑法学基础理论方面的那些突破性进展,包括这一年来的成果,使刑法学理论在体系上突破原有的框架,打下了坚实的基础,因而具有了相当的现实性。我们注意到,已经有学者认识到了对基础理论中某个具体问题的研究,应结合理论体系作整体考虑。例如,有论者对犯罪对象的研究,就是以中国刑法理论体系为背景进行的。当然,该论者的研究并不是从突破现有的体系为出发点或归宿,而是以此为依据进行的。然而,当他出人意料然而却是准确地揭示了我国犯罪构成的各个要件其实不能单独进行存在与否的评价时,^[19]人们不禁会对这种涉及体系性的问题产生反思:对犯罪构成各要件的评价,只能是综合性的一次性评价吗?这种特征所依据的体系是否真的是一种无可动摇的体系,是否可以有更合理、更科学的体系有待确定?

当然,理论体系的创新决不是件轻而易举、一蹴而就的事情,不仅需要为基础理论方面对诸多具体问题积累相当一部分的创新性理论研究成果为基础,而且需要在刑法学理论及相关学科(如犯罪学)宏观面上的创新性思维为依托。在这方面,我们注意到,已有学者做出了许多卓有成效的努力。^[20]我们希望刑法学界有更多的人参与对基础理论的创造性研究工作,本刊愿为此给学术界提供相应的机会。需要说明的是,基础理论研究中的点滴创新是十分艰难的,在世界刑事法学已很发达的今天,唯有在充分、全面地掌握了各种相关理论学说的基础上,唯有在对中国社会现状及发展过程系统考察之后,才会有此可能。^[21]

[17] 关于有期徒刑的立法修改意见,刑法学界提出过许多精到且具可操作性的方案,详细内容可参见赵秉志等:《中国刑法修改问题研究》,《法学研究》1996年第5期。其他对完善刑法具有积极意义的建议,这一年来也有很多,如关于增设背信罪的建议(详见张明楷:《关于增设背信罪的探讨》,《中国法学》1997年第1期);关于过失犯罪法定刑的规定的建议等等(详见侯国云:《过失犯罪法定刑的思考》,《法学研究》1997年第2期),因篇幅所限,在此不一一列举。

[18] 参见陈兴良、邱兴隆:《罪刑关系论》,《中国社会科学》1987年第4期。

[19] 参见李洁:《论犯罪对象的体系性地位——兼论犯罪构成体系性特征对各构成要素定位的影响》,《中央检察官管理学院学报》1997年第2期。

[20] 例如,陈兴良先生所著的《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年出版;《刑法的人性基础》,中国方正出版社1996年出版。张明楷先生所著的《犯罪论原理》,武汉大学出版社1991年出版。

[21] 在这方面,一些学者做得相当出色。除了上面在综述及简评中提到的一些论文之外,尚有许多。如刘明祥:《论紧急避险的性质》(《法学研究》1997年第4期)。该文即显示了作者对各相关理论的掌握对创新性研究的作用。