

场主体的前提下进行的,它不针对某个具体企业,不存在对某一具体企业的宏观调控。^[22]还有一种观点认为,国家对市场主体的确认、对市场客体的管理及对市场主体行为的规制均属宏观调控范围。^[23]

2. 关于宏观调控法的立法本位。对此,有两种不同看法,一种观点认为,市场经济条件下,应主要依靠市场自发地发挥对社会资源的配置作用,将经济活动从国家过多的行政干预中解放出来,因此对宏观调控应严格限制。^[24]另一种观点则认为,现代市场经济不同于自由竞争的市场经济,所以国家应加强对经济生活的干预。^[25]

3. 关于宏观调控的运作原则。有的学者提出,宏观调控必须尊重市场经济的客观规律,要立足于长期的社会政策,同时宏观调控必须制度化、法律化。^[26]

4. 关于宏观调控的权力渊源。对此,有三种不同学说:一为所有权说,认为国家宏观调控的权力来源于国家所有权;二为管理权说,认为宏观调控权来源于国家对社会经济的管理职能,是一种公权活动;三为立法—行政权说,认为宏观调控权是一项立法与行政权并行的独立权力,由立法和行政机关共同享有。

5. 关于宏观调控的范围。有的学者认为,宏观调控主要解决市场失灵问题,其范围应主要限于宏观经济总量的基本平衡和经济结构优化方面,要限制政府借口宏观调控而对经济活动进行不适当干预。^[27]

6. 关于宏观调控与法律的关系。许多学者认为,宏观调控必须法制化,不论是采取经济的或行政的手段进行宏观调控,都必须采取法律形式。宏观调控必须在法律范围内,依照法定的职权与程序进行。

除此以外,经济法学界还对宏观调控的目的及宏观调控的法律体系建设问题进行了探讨。许多学者认为,宏观调控的目的不是维护国家利益,而是社会总体利益。这种社会总体利益应是国家、市场主体和个人利益的调和。有些学者呼吁,应尽快制定宏观调控基本法,同时配合基本法的实施还应制定一系列其他法律法规和规章,以使宏观调控的法律既具有原则性又具有灵活性。

宏观调控法的研究是1994年的一大热点。学术界从市场经济的需要出发,对这一问题进行了广泛而深入的探讨。但应该看到,关于宏观调控法的研究在我国尚刚刚起步,它仍然是一片充满误区的领域。对很多问题,甚至连什么是宏观调控这一最基本的问题都还存在着严重的认识分歧。因此,加强宏观调控法的研究仍是经济法学界面临的一项重要任务。

(责任校对:张新宝)

刑法学研究述评

王敏远

1994年的刑法学研究,从各学术刊物所登载的学术论文及有关材料来看,无论是其数量

[22][24][27] 《宏观调控离不开法律手段——运用法律手段进行宏观调控研讨会发言摘要》,《经济日报》1994年1月25日。

[23]同[20]

[25] 漆多俊:《论现代市场经济法律保障体系》,《中国法学》1994年第5期。

[26] 张文显:《宏观调控及其政策与法律的思考》,《中外法学》1994年第1期。

还是质量,都与前一年保持着大体相同的情况。据我们所了解的并不完全的学术论文,已超过了130篇。论文的质量,不仅因为其中一部分出自名家手笔而得到显示,而且更由于新思想的涌现而得到反映。在此,我们试对1994年学术论文所讨论的主要问题作一简要的回顾。

一、关于刑法的修改

刑法修改问题已提到立法机关的议事日程,1994年也成为学术界探讨的热门话题,集中反映则在1994年的刑法学研究会学术讨论会所提交的论文中。该次学术讨论会上的论文,几乎都是围绕着刑法修改的问题进行探讨。所涉及的问题及其主要观点有以下几个方面:

(一)刑法的指导思想

关于刑法的指导思想,一些论文提出了这样的观点:1. 刑法调整的重点应向经济犯罪转移;2. 根据不同情况,刑法的完善既应注意犯罪化和刑罚化,也需强调非犯罪化和非刑罚化;3. 刑法的修改应传统与现代兼顾、中国特色与国际化相结合;4. 刑罚应坚持宽严相济、轻重适当的指导思想;5. 立法技术在繁简上应作调整,以达到繁简适当、疏密适中。^{〔1〕}

(二)类推的存废

大多数学术论文都主张取消类推制度。其主要理由大都是以往学术界已提出的,诸如类推违背罪刑法定原则,类推在实践中很少适用,因而无存在的价值等。但也有少数学者主张保留类推制度。其所持理由中有些颇引人注意。如主张保留类推制度的侯国云认为,并不仅仅由罪刑法定才反映了法治精神,从我国的司法实践来看,类推制度的实施过程几乎未出什么问题,因而更鲜明地反映了法治精神。^{〔2〕}

(三)死刑问题

学者的论文在涉及死刑问题时,几乎一致认为死刑条款应作修改,修改的方向应是限制、减少死刑。其主要观点有:1. 废除部分罪的死刑规定,如投机倒把罪;2. 摒弃现行法律中有关加重适用死刑和将死刑作为确定法定刑的做法;3. 改进立法技术,减少死刑罪名。还有部分论文主张限制和逐步取消非暴力犯罪的死刑;甚而还有人进一步主张限制和取消部分暴力犯罪的死刑。^{〔3〕}

关于法人犯罪、罚金刑、渎职罪、贪污罪、挪用公款罪、贿赂罪、诈骗罪等有关问题,也有论文对其立法完善提出了建设性意见。

二、关于刑法基础理论的探讨

刑法基础理论涉及的范围很广,几乎包括了刑法总则中的所有问题和其他的重要理论问题。1994年刑法学界对刑法基础理论的探讨主要集中在以下几个问题上:

(一)刑法观念的变革

关于刑法观念的变革问题,1993年就已引起刑法学界的普遍关注,并进行了深入探讨。关于1993年的探讨情况,从高铭暄等人所撰写的《刑法学研究的回顾与展望》一文中可得到较全面的认识。^{〔4〕}从各刊物所发表的关于此问题的论文来看,这一问题在1994年仍是刑法学界讨

〔1〕 转引自单民:《市场经济与刑法修改和完善》,《法制日报》1994年12月15日。

〔2〕〔3〕 侯国云:《论市场经济下罪刑法定与刑事类推的价值取向》,1994年全国刑法学年会论文。

〔4〕 载《法学家》1994年第1期。

论的热门话题。其中较有代表性的如《论刑法观念的更新和变革》^{〔5〕}等篇论文。同1993年的探讨相似,1994年关于刑法观念变更的讨论,也是以改革开放的现实及其基本需要为前提的。探讨中所涉及的需要更新的概念包括:经济刑法观、效益刑法观、民主刑法观、平等刑法观、开放刑法观等。

(二)刑法调控原则

市场经济对刑法及刑法学研究的影响不仅涉及刑法有关观念的更新问题,也影响到了对刑法调控原则的重新思考。陈泽宪在《论市场经济的刑法调控原则》一文中认为,刑法参与对市场经济的调控原则,应由市场经济所固有的竞争性、统一性、开放性等基本特征和刑法的特定功能所决定,并提出了刑法调控的适度原则、预防原则、协调原则、统一原则。^{〔6〕}

(三)犯罪构成中的有关问题

犯罪构成作为刑法基础理论的核心内容,在1994年仍为学术界普遍关注。刑法学界的探讨主要集中在以下几方面:

1. 犯罪过失问题

犯罪过失问题的讨论,集中在共同过失犯罪和业务过失犯罪及犯罪过失与免责的问题上。

关于共同过失犯罪,李昌林对一些学者主张的“过失教唆行为”说及“推定的共同过失犯罪”理论提出质疑。他认为,根据法律的规定及有关原则,在我国不存在过失教唆行为,现实中存在的引起与被引起、帮助与被帮助的过失行为之间的关系,不能归之于过失教唆或过失帮助行为,否则,即有客观归罪之嫌;而推定共同过失,则会导致有罪推定。^{〔7〕}

关于业务过失,姜伟在《论普通过失与业务过失》一文中,对“业务”、“特别注意义务”、“业务活动过程”、“业务人员”等问题进行了详细分析。他认为,在现代社会中,业务过失与普通过失相比,不仅有案件多发性、危害性较大等特点,而且在主观责任上、在违反注意义务的程度,也明显重于普通过失,因而对业务过失犯罪的处罚应重于对普通过失犯罪的处罚。^{〔8〕}

关于过失与免责理论,姜伟在《犯罪过失与免责理论》一文中认为,在现代社会,具有一定危害风险的业务活动大量增加,鉴于这种风险业务活动所具有的积极意义,对于从事风险业务的人员的过失责任应采用新的原则,即允许的危險和信赖原则,以免除其过失责任。^{〔9〕}

2. 行为问题

刑法意义上的行为问题,近几年颇受刑法学界的重视。黎宏在对国内外几种有代表性的关于行为的概念进行分析的基础上,认为我国刑法理论中关于“行为”的概念有误,应从行为概念中抛弃“意思”要素,而用“具有社会危害性的身体动静”来概括更为适当。并认为,这样概括,更加符合我国刑法规定,可以避免定罪中的重复评价,并有助于解决刑法学中有关“行为”的各种争论。^{〔10〕}

孙燕山则撰文指出,衡量行为是否属于刑法意义上的行为的唯一标准,只是行为本身是否

〔5〕 赵秉志、鲍遂献:《论刑法观念的更新与变革》,《中国法学》1994年第2期。

〔6〕 载《法学》1994年第3期。

〔7〕 李昌林:《论共同过失犯罪》,《现代法学》1994年第3期。

〔8〕 载《中国人民大学学报》1994年第3期。

〔9〕 载《中国法学》1994年第2期。

〔10〕 黎宏:《论刑法中的行为概念》,《中国法学》1994年第4期。

与刑法所保护的社会关系有制约联系。既不能以行为人的主观状况,也不能以行为本身的结果,更不能以是否具有社会危害性和刑事违法性等作为标准。并且,刑法意义上的行为应是刑法因果关系的原因行为。^{〔11〕}

3. 刑法中的因果关系

刑法中的因果关系问题在沉寂了几年之后,又引起了学术界的重视。何秉松在《论刑法中的因果关系》一文中,以大量论据说明了以往学术界在讨论因果关系时着眼于必然与偶然因果关系的不足及缺陷,指出,不应再以必然因果关系理论为基础来探讨刑法中的因果关系问题。^{〔12〕}陈信勇、张小天则在《刑法因果关系理论的一个哲学基础》中,以近现代哲学理论对因果关系问题研究的新进展为基础,说明因果关系中的原因,可以分为充分条件和非充分条件两种,揭示因果域、概率等概念对刑法中因果关系问题进一步深入讨论的影响。^{〔13〕}

(四) 刑罚的威慑及节俭

刑罚作为双刃剑,既有打击和遏制犯罪之效应,也有其副作用。学术界对刑罚的这两种不同效应的讨论,集中反映在郭建安的《论刑罚的威慑效应》及胡学相的《论量刑的节俭原则》等文章中。郭建安认为,刑罚的威慑效应是有条件的,若不具备刑罚严厉程度适当、刑罚系犯罪之必然后果、刑罚适用之及时三个基本条件,威慑效应就不可能实现。而要提高刑罚的威慑效应,从立法、司法到普法教育,各方面的工作应能衔接和对应。^{〔14〕}胡学相则从量刑节俭原则的渊源及其现状为前提,指出了在我国重视这一原则的地方,不仅限于立法,而且及于司法。并认为,根据刑罚的效益观,还应重视量刑的政治效益、经济效益和社会效益。^{〔15〕}

(五) 不能犯问题

顾肖荣对不能犯不可罚的根据和可罚的根据进行了分析,认为采用抽象危险性和主观说来确定不能犯问题,均有失偏颇;我国应以一般人按照行为当时的客观情况没有感到有发生结果的具体危险,确定不能犯。并以此为根据探讨了是否应对工具不能犯、对象不能犯、构成要件欠缺及迷信犯和幻觉犯的定罪处罚问题。^{〔16〕}

(六) 其他

刑法基础理论问题的讨论当然不仅限于上述问题。其他如刑法中的身份问题、正当防卫问题等,在1994年的学术讨论中也出现了一些有新意的文章。康均心对刑法中的身份问题所作的系统论述,对刑法中身份的概念、特点及其对定罪和量刑的意义,进行了较充分的论证。^{〔17〕}杨宗民对执行特别职务的国家工作人员的正当防卫问题作了较全面的探讨,对这类人员的正当防卫的特殊性问题的揭示,使正当防卫问题的讨论进入了一个新的领域。^{〔18〕}

〔11〕 孙燕山:《论刑法意义上的行为》,《社会科学家》1994年第2期。

〔12〕 载《法学研究》1994年第2期。

〔13〕 载《法学研究》1994年第1期。

〔14〕 郭建安:《论刑罚的威慑效应》,《法学研究》1994年第3期。

〔15〕 胡学相:《论量刑的节俭原则》,《法律科学》1994年第3期。

〔16〕 顾肖荣:《危险性的判断与不能犯未遂犯》,《法学研究》1994年第2期。

〔17〕 康均心:《略论刑法中身份的两个问题》,《武汉大学学报》1994年第2期。

〔18〕 杨宗民:《执行特别职务国家工作人员的正当防卫探讨》,《法学研究》1994年第3期。

三、刑法分则中有关问题的探讨

学术界对刑法分则中有关问题的探讨,主要集中在三个方面的问题上,一是职务类经济犯罪,即贪污、受贿、挪用等类犯罪上;二是有关知识产权中的犯罪问题;三是一些新增罪名的问题。

(一)职务类经济犯罪

1. 贪污罪

胡云飞在论及贪污罪构成要件及刑事责任的文章中指出,将贪污罪划归财产类犯罪是模糊了该罪的本质,该罪应确定为渎职罪。贪污罪的主体中,“其他经手、管理公共财物的人员”不应作任意扩大解释,应以该类人员从事的系“公务”还是“劳务”为标准确定该罪主体。现行法律对贪污罪的惩处,从起刑点到死刑线均轻于盗窃罪,其理由是难以成立的。^{〔19〕}夏凌惠、张振高等认为,贪污罪主体的规定,在立法上就已存在问题。如立法中存在未将主管人员列于主体范围之内、立法对主体的划分标准不同一等问题。立法中对贪污手段的界定也存在着与特定主体未严格对应的问题。^{〔20〕}

2. 拒不说明巨额财产来源罪

王牧等撰文指出,该罪不应认定为经济犯罪,其直接侵犯的是国家机关的正常活动和威信,是一种不作为犯罪。他们认为,如果该罪系经济犯罪,那么对其处罚的法律规定就显得过轻了。但如将其视为不作为犯罪,即未履行应说明“收支差额巨大的财产来源”的义务,则不仅对其的处刑较轻可以得到解释,而且该罪并非有罪推定,也是当然结论。^{〔21〕}

3. 证券犯罪

陈兴良等人撰文对证券犯罪的种类进行了分析,他们将证券犯罪分为危害证券监管制度、危害证券信息公开制度、危害证券交易操作制度三大类。并认为证券犯罪的主体,既包括自然人,也包括法人。^{〔22〕}人们讨论得更多的是证券欺诈行为。

(二)有关知识产权的犯罪

对知识产权的犯罪问题,1994年发表的论文主要集中在对著作权和商标权等问题的研究上。

钟书峰在《论保护著作权的刑事立法》一文中,对我国有关法律未将侵犯著作权的行为规定为犯罪的弊端进行了分析,并认为司法解释将此类行为定为投机倒把犯罪漏洞甚多,不利于有效、全面地保护著作权。作者指出,侵犯著作权的行为,动机不一,行为有轻重之分,表现形式多样,应将其中的属于严重的侵犯行为单独定为犯罪。^{〔23〕}

(三)新增罪名

对新增罪名的探讨,较系统的是高铭喧等人《晚近刑事立法中内外法条关系研讨》一文。该文对1992年以来的三个单行刑法中的规定进行的分析,包括《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充

〔19〕 胡云飞:《关于贪污罪构成要件及刑事责任原则的探讨》,《求是学刊》1994年第3期。

〔20〕 夏凌惠、张振高:《试论贪污罪概念的修改及完善》,《河北法学》1994年第3期。

〔21〕 王牧、庄永廉:《一个应当得到充分运用的法律》,《吉林大学社会科学报》1994年第2期。

〔22〕 陈兴良、张旭:《论证券犯罪及其刑法调控》,《法学研究》1994年第4期。

〔23〕 载《法商研究》1994年第3期。

规定》、《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》、《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》,既涉及了其与相关刑法条文的关系,也论述了各单行刑法内部之间的关系。对单行刑法所补充、修改规定的偷税、抗税、假冒注册商标、生产、销售伪劣商品等类犯罪及处罚的规定变化,进行了详细的分析。^{〔24〕}

四、其 他

关于犯罪学的论文也有一些值得注意的成果。如刘广三《论犯罪当量》一文,对传统的各类犯罪计量方法提出了质疑,提出应以犯罪的社会危害性为依据,以一定时空范围内司法机关完全掌握的犯罪来确定犯罪当量。^{〔25〕}还有一些学者对未成年人犯罪进行的探讨,如赵秉志、吴涛等人的论文,既涉及刑事实体法的内容,也包括了刑事程序法的保护。

五、简 评

为刑法学界所重视并引起广泛讨论的问题很多,即使在对这些观点的综述时,我们也不能面面俱到,因此,在此所能作的简单评述,也只能是针对其中的某些问题及对此的某一部分学术观点。此其一;其二,我们的评述将主要集中在学术界讨论问题中尚有待于进一步拓展或深入的方面。由于学术界在1994年的讨论较之前几年的进步有目共睹,这在综述上述观点时已得到反映,无需再在此饶舌;而相对于今后,尚需学者们努力的地方似更应引起人们的重视,这样,才能有助于学术讨论的不断发展。因此,对下面将作的简单评述虽然大胆,作者也无意求得谅解,但对其中包含着的良好愿望,却希望能得到理解。

首先,讨论尚有待于具体化。学术界对一些问题的讨论仍给人以笼而统之、不够具体的感觉,这在那些较宏观的问题上,显得尤其突出。例如,在笔者案头的近十篇关于刑法观念变革问题的学术论文,都证明了这个问题的存在。

刑法观念转变问题,在前两年的学术讨论中,就已得到了充分的重视,1994年的讨论与之相比,与其说是更具体了,不如说是更全面了。这从讨论中有学者提出的需要变革的刑法观念数量的增加,可以得到充分说明。但学者们对所探讨的经济刑法观念、效益刑法观念、民主刑法观念、开放刑法观念等具体观念如何变革的具体问题,尚有待于进一步展开。如果仅停留在讨论哪些观念需要转变,而未结合具体问题探讨如何作这些观念转变,讨论将很难进一步深入。具体是深入的必要前提。就这些刑法观念来说,若结合具体问题予以展开,任何一个单独的观念问题都是一个涉及面极广、需要长篇巨论才能得到鲜明而深刻结论的问题。

当然,探讨从先解决宏观视角再深入到具体问题并无不可,重要的是应从这一步跨出来,而不是再停留在这个圆圈中。关于刑法观念的具体化问题,在文海林《关于财产罪的反思》^{〔26〕}一文中的论述中可以得到一些启示。该文从财产关系的变迁入手,考察了我国自改革开放以来对财产的归属、使用权的影响,论述了这种影响对我国刑法保护财产的规定应作调整的意义。其中虽会存在一些尚可争议的论断,但其从探讨具体问题入手解决观念问题的方法,却是一个需要引起普遍重视的进步。

〔24〕 高铭喧、赵秉志、鲍遂献:《晚近刑事立法中内外法条关系研讨》,《法学研究》1994年第1期。

〔25〕 刘广三:《论犯罪当量》,《法学研究》1994年第1期。

〔26〕 载《法学研究》1994年第5期。

其次,应更加重视社会学方法。虽然我们无法在此以简略的论述从正面说明社会学方法对刑法学研究的意义,但却可以从反面作肯定的说明:这种方法不同于坐在书桌前的冥思苦想,而需要对所探讨的问题的各种社会因素作具体的考察。社会学方法对刑法学研究的意义,在学者们讨论死刑存废问题时显得尤为突出。不论是赞成基本保留现有死刑条款的观点,还是主张废除其中一部分死刑条款的呼吁,我们所能见到的学术论文,大多给人以书斋中的产品的感觉。这些论文,大多不是以对社会各方面的因素关于各死刑条款及其适用的实践的现实反映为依据,而是借助于理论的推断而在讨论问题。然而,若不了解某一死刑条款的存在及其适用状况,若不是以对人们关于该死刑条款及适用的各种观点的普遍而深入的了解和分析,关于该死刑条款的存与废的论述终究难以令人信服。

在此并不是要否定理论性推断的价值,而只是要说明刑法理论的研究若缺少社会学方法,不论是传统观点之间的争论,还是新观点的阐发,都会给人以“空对空”的感觉,失去实际、实践这一理论之母的依据。

第三,基础理论的探讨有待于全面、深入。刑法学作为应用法学,当与现实有紧密的联系,但这种联系绝不意味着头痛医头、脚痛医脚的被动应付。显然,当国家面临反腐倡廉的任务时,刑法学界重点讨论关于职务经济犯罪的问题是必要的;当刑法面临需要修改的问题时,刑法学界探讨如何修改的问题更是义不容辞。然而,若缺少对刑法学基础理论的全面研究,若没有刑法基础理论在各重要问题上的突破性进展,刑法学作为应用法学,其对解决实际问题的作用,不仅可能是被动的,甚至可能是效果甚微。反观 1994 年的刑法学基础理论研究,除了寥寥几本由博士生论文构成的专著和若干篇学术论文,从数量上就显得很是单薄。^[27]

或许,从客观情况来说,现在并不是大量涌现新的刑法学派的时代,因而基础理论研究确实难以有较大的突破性进展;但从现实需要而言,现在肯定需要有人对基础理论作艰苦而深入的研究。只有以这种研究为基础,刑法学作为应用法学,才能更好地完成其解决立法、司法中各类现实问题的学术探讨的任务。

(责任校对:王敏远)

刑事诉讼法学研究述评

王敏远

1994 年我国的刑事诉讼法学研究,从全国各学术刊物上发表的近 50 篇具有代表性的论文来看,热点问题较前几年已有一些变化。虽然在围绕着刑事诉讼法的修改、完善刑事司法程序等主要方面,讨论的重点并无显著的差异,但前几年曾经被众多学者讨论的免于起诉等问题,已几乎没有为 1994 年的学者所关注;而关于刑事诉讼基础理论的讨论,则开始为一些学者注意。学者们对刑事诉讼法学的讨论主要集中在如下几个方面:

[27] 关于刑法学基础理论研究的这种判断,系作者基于近几年刑法学界对这一问题的重视程度正在下降的映象。这种映象可能是错误的,笔者也希望是错误的。