

弱。这意味着,商法学界应当在这些领域投入更多的研究精力,拿出更多学术成果,以反映和指导纷繁复杂、变动不居的商事实践。

党的十五大报告提出,要坚持社会主义市场经济的改革方向,进一步明确了我国经济体制改革和经济发展战略,要求调整和完善所有制结构、加快推进国有企业改革、充分发挥市场机制作用。这将极大地推进我国的商事立法步伐,并把1998年的商法学理论研究推向一个崭新的发展阶段。

我国的商事法研究,在现阶段至少具有以下几个方面的特殊性:(1)我国建立社会主义市场经济体制,是在前人发展商品经济、市场经济较长时间之后开始的,因此他人的许多经验和教训可以借鉴。这不仅可以学习他人较为成熟的立法司法经验、借鉴他人的先进理论,也可以从他人的失败实践中总结教训,避免可能的失误。近来东南亚一些国家和地区出现的金融风波,就是值得我们的金融、证券和公司法学者深切关注的问题。(2)在当前和平与发展的国际关系主旋律之下,各国的民商法律制度尤其是商事法律制度正逐步趋于同一。我们进行研究,要充分认识到这一现实,从高起点、国际化出发,提出完善我国商事法律制度的构想和对策。(3)商事法具有技术性的特征,我们进行商事法研究应当加强经济学和其他相关知识的学习与积累,否则难以适应现实需要。还应当指出的是,我国商事法研究较少注意方法论方面的问题,对于司法实务中的重大问题也缺乏经常的关注。我们希望在未来的一年里,我国商事法学界在这些方面有所突破。

## 经济法学研究述评

江启疆\* 张涵

总体观之,我国主要法学刊物1997年发表的经济法学术论文不多,其中有几份较为重要的刊物在这一年度中一篇经济法论文也未发表。主要法学刊物发表的十多篇经济法论文较为集中地讨论了以下问题:(1)经济法的基本理论问题;(2)反垄断法和反不正当竞争法的问题;(3)经济法若干具体制度的问题。在讨论这三个比较集中的问题的文章中,又以讨论反垄断法和反对限制竞争问题的文章居多。下面分别予以述评。出于篇幅的考虑,尽管在这一年度我国经济法学界还发表了其它方面的文章,但是本文不作全面的述评。

### 一、关于经济法的基本理论

经济法的基本理论是十多年来我国经济法学界长盛不衰的话题。1997年发表的经济法论文也有相当一部分涉及这一问题,包括经济法的对象与性质;经济法的价值取向;经济法的主体特征等。

#### (一)关于经济法的对象与性质

\* 广东省社会科学院法学研究所副研究员。

有人指出,经济法的任务是通过确认和规范国家(主要指政府)对经济的适度干预,建立社会主义的自由、公平的市场竞争秩序,构造国民经济持续稳定发展的宏观环境。其结构是以竞争法为核心,确认和规范国家干预的多种规范并存。<sup>[1]</sup>有人指出,经济法的调整对象应当是纵横统一的经济关系,即纵向经济关系及与纵向经济关系密切联系并不能与之分割的横向经济关系,主要指以“联结型”和“交错型”形式存在的经济关系。纵横统一论是经济法的基础理论。该文在指出我国80年代引进的前苏联B. B. 拉普捷夫“纵横统一”<sup>[2]</sup>理论的缺陷的同时,认为该理论仍然具有相当的合理性。“纵横统一论”仍是我国科学的经济法的基础理论。<sup>[3]</sup>在我国80年代初期,“纵横统一”的经济法理论曾经是占据主导地位的经济法理论,但是随着我国商品经济或社会主义市场经济体制的逐步建立,这一理论逐步为学界所放弃。在我国目前建立社会主义市场经济体制的情况下,是否还存在一种纵横统一的经济关系,或者还是需要一种调整这样的经济关系的法律部门呢?这是需要加以研究和澄清的问题。可以比较肯定的是,象垄断与反不正当竞争这样的关系不属于“纵横统一”的关系。

有人著文指出:经济法调整国家因素影响的经济关系,它的规范既体现国家意志,同时又尊重当事人意志。从社会整体的角度去处理经济领域的法律问题,这就显示了它的根本特征:社会公共性。我国经济法的一部分属于公法即经济行政法(如计划法、预算法、税法等),另一部分是由公法、私法两种因素融合为一体的,如企业法、公司法、反不正当竞争法等。<sup>[4]</sup>这种观点在研究经济法性质的时候引入了公私法划分的理论。多年来,这一理论受到争议。有的学者主张这样的划分,将调整民商关系的法律作为私法;有的学者以列宁的论断为依据不承认社会主义民商法的私法性质。<sup>[5]</sup>但是近年来我国更多的学者主张公法与私法的划分,强调民商法的私法性质。当然,这里的“私法”与私有制无关,而是表明其所调整的社会关系不同于国家行政管理关系,而是平等主体之间的自愿、等价、有偿关系。上述观点在对经济法的性质的认识上有所新意,它指出经济法具有民商法(私法)的部分属性,这是不为过去的既有理论所主张的。而将其将公司法纳入经济法的范围,似不为学界多数人认同。

有人通过对反不正当竞争法的透视,分析了我国经济法的非独立性。这一观点从法律部门划分的一般理论出发,认为从反不正当竞争法的双重目标(鼓励和保护竞争、制止不正当竞争;保护经营者和消费者的合法权益)中可以看出,它与传统的以私权调整为主要目的的民法和以公权为调整目的的行政法具有明显的区别。但是双重立法目的同时也表明了该法与这两个法律部门有着某种密切联系。反不正当竞争法没有不同于民法、行政法的异质调整对象,它只是民法规范与行政法规范的简单组合,经济法作为独立法律部门的第一个基础宣告瓦解。将我国经济法的典型规范反不正当竞争法总体上定性为民商特别法,这不但与西方部分发达国家将竞争法视为民法组成部分的观点不期而合,而且使经济法的非独立性昭然于世。所谓经济法,只是民法规范和行政法规范的组合,从总体上而言,具体“经济法”要么是民商特别法,要么是

[1] 王保树:《经济体制转变中的经济法与经济法学的转变》,《法律科学》1996年第6期。

[2] 八十年代初期,我国翻译出版了不少B. B. 拉普捷夫的经济法著作,有关“纵横统一”的理论,可参阅其《苏联的经济立法》,载中国人民大学苏联东欧研究所编译:《苏联经济法论文集》,法律出版社1982年版,第3页。

[3] 孔德周:《“纵横统一论”是科学的经济法基础理论》,《政法论坛》1997年第1期。

[4] 参见程信和:《公法、私法与经济法》,《中外法学》1997年第1期。

[5] 列宁指出:“我们不承认任何‘私法’;在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不是属于私法的范围。”参见《列宁全集》第36卷,第587页。

行政特别法。<sup>[6]</sup>这种观点基本上是否认经济法为一个独立的法律部门。早在70年代末80年代中期,我国著名法学家佟柔教授提出过类似的观点,即“学科经济法”的理论。<sup>[7]</sup>而近10年来较少人重提这一理论。这篇文章以反不正当竞争法为解剖对象,再次论证经济法的非独立性,与十多年前的“学科经济法”理论相合。当然,经济法的独立与否,经济法能否成为一个独立的法律部门,除了学界的进一步争论外,这一问题的答案还将取决于我国社会主义市场经济体制的最终建立。

与上述“非独立性”的观点完全相反,有人著文指出,经济法具有独立性。经济法是指产生于市场经济基础之上的体现国家干预经济的意志的新兴法律部门。从1992年以来,实质意义的经济法在我国产生,最重要的有反不正当竞争法、消费者权益保护法等。我国经济法的发展经历了从国家本位到社会本位、从微观管理到宏观调控、从意志到规律性、从感性到理性的发展过程。<sup>[8]</sup>在笔者看来,该文对于我国经济法发展过程的分析具有相当的合理性。过去确实出现过那种感性的望文生义地理解经济法(即认为调整经济关系的法律就是经济法)的情况,这样的认识不仅存在于普通群众的非自觉的法律意识之中,也曾存在于有些立法文件之中。但是,如果说真正意义的独立部门经济法存在的话,它至少也不是“一切调整经济关系的法律”之总和。

## (二) 关于经济法的价值取向

有人著文指出,经济法的价值包括三层含义:(1)经济法的宗旨和目标;(2)经济法自身的价值;(3)经济法的评价准则。经济法在当代的历史使命决定了经济法只能以效益作为追求的主导价值目标。效益的整体性是其区别于民商法的根本所在。整体效益是对众多效益进行协调的结果。<sup>[9]</sup>经济法的价值取向是近年来我国法学界讨论较多的问题。过去的观点主要有“效率优先说”、“公平优先说”和“效率与公平兼顾说”等<sup>[10]</sup>。在笔者看来,一项法律尤其是作为部门法的法律不可能只追求单一的价值,它通常是在追求一个基本价值的同时还要兼顾其它价值。经济法诚然追求整体效益,促进国民经济的健康、快速和稳定发展。但是,经济法的许多规范又同时是以公平为直接追求的价值目标的,例如消费者权益保护法所追求的就是这样一种公平的价值目标。<sup>[11]</sup>应当指出的是,这篇文章认识到经济法价值取向的“整体效益”问题,而不同于过去泛泛而谈的“效益”,可以说是对经济法价值取向“效益优先”理论的进一步深化。

## (三) 关于经济法主体

有人撰文指出,只有具有主体地位的人,才是市场经济发展的根本动力,才会有独立的自由意志,才能从事有效益的生产,才会有进取冒险精神,才是一个负责的人。培植和造就具有主体资格的人是市场经济的根本价值所在。只有企业权利本位才能真正使企业成为市场经济主体。要确立企业的市场主体地位,不仅需要民商法,还要依靠经济法等法律部门。经济法主体

[6] 参见蒋大兴:《规范解剖:经济法的新思维——从反不正当竞争法透视我国经济法的非独立性》,《法商研究》1997年第2期。

[7] 参见佟柔:《学科经济法论》,载《中国经济法诸论》,法律出版社1987年版。

[8] 参见吕忠梅等:《论独立的中国经济法》,《法商研究》1997年第4期。

[9] 参见欧阳明程:《整体效益:市场经济条件下经济法的主导价值取向》,《法商研究》1997年第1期。

[10] 有关资料请参见许明月、张涵:《经济法学研究评述》,《法律研究》1995年第1期。

[11] 前引[1],王保树文。

就是计划者和反垄断者。计划者不仅指计划机关,反垄断者不仅指行政机关。<sup>[12]</sup>显然,这种观点是从经济法调整的关系来讨论经济法主体的,而经济法关系又是假定在经济法是或者主要是调整经济计划关系与反垄断关系这一前提之上的。根据这样的理论,一个人(或组织或者机关)是否为经济法主体,并不取决于其本身的身份,而是决定于其所处的关系——如果处于计划关系或者反垄断关系中,它就是经济法主体,如果不是处于这样的关系中,它就不是经济法主体,至于它是否为企业、政府机关,则在所不论。在笔者看来,根据其所处的法律关系的性质判断其是否为该法律关系的主体,无疑具有正确性。但是,长期的立法实践向我们表明,尽管有些经济法学者(尤其是在80年代)极大地主张计划法或者计划法律关系在经济法体系或者经济法部门的极端重要性,但是时至今日我们尚未见到一个严格意义的计划法的出台,也未能弄清楚计划法到底是调整何种关系的法律,就连其为实体法还是程序法也未有定论。<sup>[13]</sup>这样的立法和理论研究状况表明,经济法学界有必要重新考虑计划法律关系或者计划法在经济法体系中的位置。

## 二、关于反垄断法和限制竞争行为的法律规制

### (一) 关于反垄断法的一般问题

有人指出,反垄断法的立法宗旨在于阻却一切有害竞争的行为、状态和企图,恢复和维护经济生活中的自由竞争秩序。竞争的有效性是反垄断法一切努力所期望达成的终极效果。有效竞争至少需要具备两个条件:一是一个开放性的、由足够多数处于平等经济地位的独立主体组成的市场结构;第二是一个公开的、不存在阴谋的、依据价值规律决定利润水平及资源配置的市场环境。<sup>[14]</sup>

一般说来我国经济法学界能够比较一致地认为垄断与限制竞争是不同的经济现象,但是对于是否需要制定反垄断法规制垄断现象或垄断行为,则存在不同的认识。有人认为,应当在我国反不正当竞争法之外以“反对垄断与限制竞争法”为标题,制定我国的反垄断法。反垄断法应当对于垄断行为采取严格的限制、禁止态度,在实施上可以设立德国式的“垄断委员会”<sup>[15]</sup>或具有“准司法权”的主管机构。<sup>[16]</sup>有人指出,对于反垄断法来说,建立一个有效的、有高度独立性和极大权威性的反垄断主管机构是至关重要的。<sup>[17]</sup>但是另外一些学者考虑到我国企业规模偏小、国际竞争能力较差的实际情况,认为在目前我国应当鼓励垄断,反对限制竞争行为。<sup>[18]</sup>实质上,近几年来,关于是否应当制定反垄断法规范企业兼并等行为,在我国法学界一直存在不同的意见。<sup>[19]</sup>

[12] 参见邱本:《论经济法主体》,《法学评论》1997年第3期。

[13] 有人指出,在社会主义市场经济体制下,“计划法的龙头地位不可避免地被竞争法的核心地位取代。”前引[1],王保树文。

[14] 王:《论反垄断法的一般理论及基本制度》,《中国法学》1997年第2期。

[15] 也译作卡特尔局——笔者注。

[16] 漆多俊:《中国反垄断立法研究》,《法学评论》1997年第4期。

[17] 王晓晔:《规范公用企业的市场行为需要反垄断法》,《法学研究》1997年第5期。

[18] 陈芳:《试论垄断与限制竞争行为:两种不同的法律现象》,《法学评论》1997年第5期。

[19] 有关详细意见可参见本刊1995年第1期、1996年第1期和1997年第1期关于经济法研究的述评。

江泽民总书记在党的十五大报告中指出：“把国有企业改革同改组、改造、加强管理结合起来。要着眼于搞活整个国有经济，抓好大的，放活小的，对国有企业实施战略性改组。以资本为纽带，通过市场形成具有较强竞争力的跨地区、跨行业、跨所有制和跨国经营的大企业集团。”<sup>[20]</sup>这一政策似乎意味着当前的工作重点不是反垄断，而是通过市场培植一些“航空母舰”式的超级大型企业。近几个月来，国内企业并购的个案也常有报道。这样的经济政策诚然是为了大力发展我国企业尤其是国有企业的规模、提升我国企业的国际竞争能力、实现资本技术等更有效配置。从世界范围来看，近年来反垄断的立法和执法也大大不同于70年代，新一轮的兼并风潮正在席卷整个资本主义世界，既包括大型金融机构的兼并也包括大型航空工业企业的兼并和大型电讯企业的兼并。但是，在笔者看来，我国在经济政策上扶持大型企业或超级大型企业的建立与发展，并不等于我国现在和将来不需要反垄断法律。由于我国市场经济发展过程——不是从自由竞争逐步发展为经济型垄断，而是由国度集中的计划经济体制下的行业性垄断、地域分割走向竞争性的市场经济——的特殊性，我国的反垄断法不仅具有反对经济型垄断的一般意义，而且还具有反对行政型垄断的特殊使命。我们的理论研究无疑应当为经济建设服务，但是不可完全随波逐流。同时，我们还应当认识到，就是在当前鼓励兼并、发展企业规模的形势下，也必须强调市场规律的作用，不能搞一窝蜂、拉郎配，否则将会出现新的问题，大规模不等于高效益。低水平的资本扩张可能会产生严重的不良后果。

## (二) 关于反对行政型垄断

有人指出，行政垄断是指凭籍政府行政机关或授权的单位所拥有的行政权利，滥施行政行为，而使某些企业得以实现垄断和限制竞争的一种状态和行为，主要有行业垄断、地区垄断和其它利用行政权利实施的垄断。<sup>[21]</sup>有人指出，行政型垄断是指国家运用公权力实施并保护的排除或者限制竞争的行为。我国现存的行政型垄断主要为地区垄断、部门垄断、行政公司、企业差别待遇等形式。其弊病主要为：(1) 阻碍市场经济的建立和健康发展；(2) 妨害经济发展；(3) 导致腐败。行政垄断的形成主要源于体制上的原因。其对策主要有：(1) 制定反垄断法和政府职能的转变；(2) 适当合理、有效地调控与干预；(3) 确立有力的执行程序及严厉的惩戒措施。<sup>[22]</sup>

笔者注意到，1997年发表的有关反垄断、反不正当竞争法方面的文章较前几年在数量上并没有显著增加，但是讨论已经有所深入，已涉及到我国经济结构和运行中的特殊问题，如对规制行政型垄断的研究就属于此类。下面将要述评的规制公用企业市场行为的理论研究也属于此类。

## (三) 公用企业市场行为的规制

有人著文专门讨论了对公用企业(主要经营电力、自来水、煤气、铁路、邮政、电讯等公用事业的企业)市场行为的规制问题。文章认为，公用企业在市场经济中具有特殊地位，基于其特殊地位在这样的行业中引进竞争是不经济的；这样的企业处于“自然垄断”的生产经营状况；这种企业是面向全社会服务于各行各业和千家万户的；这些行业投资大、回收时间长，私人企业

[20] 江泽民：《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪——在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》(1997年9月12日)。

[21] 前引[10]，漆多俊文。

[22] 前引[14]，王文。

一般无力承担。在实践中,公用企业滥用垄断地位的市场优势,通常表现为以下情况:(1)索取不合理价格;(2)强迫交易;(3)歧视行为;(4)抵制行为。该文作者建议学习德国规制公用企业的经验(主要是其《反对限制竞争法》第103条),认为在我国当前应当用反不正当竞争法和有关行业立法规制公用企业的滥用行为。同时,应当尽快制定反垄断法规制公用企业的滥用行为。<sup>[23]</sup>

在我国,公用企业过去本来是服务于社会大众的非营利性事业。但是随着经济体制改革的不断深入,公用企业的性质发生了巨大变化,它们也逐步成为具有独立经济利益的企业法人。这种占据市场垄断地位的公用企业出于营利的本能(任何以营利为目的的组织,都有这样的本能)就可能滥用其市场垄断地位,损害其合同相对人或者消费者利益。在实践中,这种情况有时发展到了令人发指的地步。对于这种企业的市场行为的规制已经势在必行。加强这方面的法律规制无疑是经济法的一项重要任务。但是笔者认为:(1)即使是在公用事业领域,也可以引入适当方式的竞争(如在某一地区经营权的竞争,其基础设施可以以公平的价格转让或为他人租用等);(2)这样的公用事业,并非私人企业不能承担,相反在西方国家这样的公用企业大多姓私而不姓公,国家可以适当鼓励非国有成分或者股份经济成分的企业参与此等经营,以改善竞争环境;(3)为了使得这样的公用企业具有活力,国家应当通过适当的方式使在该领域的经营者具有一定的数量。中国联通公司的出现打破了过去由一家电讯公司一统天下的局面,随之而来的是移动电话的降价和不合理收费的取消,同时也促进了中国电讯的发展。这似乎向我们展示了公用企业领域引入适当竞争的广阔前景。

### 三、关于经济法的若干具体制度研究

#### (一)关于经济合同

有人指出,经济合同从一开始就是对民事合同的异化。经济合同的本质是国家或政府在经济活动或经济管理,将其意志直接体现到原本是私人自治的契约关系中去。这并非计划经济所独有。经济合同是指为了实现国家的一定经济目的,直接体现政府意志,由政府规定基本合同条件的合同。其特征是:基本条件由政府规定或者确定;主体的一方是代表国家的机构或政府授权的代理人,或当事人双方均由国家指定;具体的国家机关或政府代理人作为合同一方时,同时又是合同履行的管理监督人,对经济合同的调整同政府及其运作机制有密切关系。经济合同包括:指令性计划合同;政府定(购)货合同;工程发包合同;国有土地使用权出让合同;政府农副产品收(定)购合同;政府投资合同或股东协议;国有企业承包、租赁合同;政府贷款、担保合同;其它政府经济合同。<sup>[24]</sup>

在笔者看来,在我国“经济合同”这一概念从其作为具有法律意义的术语被使用的时候开始,就存在多种理解:有人将大凡调整经济关系的合同都称为“经济合同”;有人将企业间订立的合同称为“经济合同”。而“纵横统一”经济法理论则把经济合同作为执行国家经济计划的工具,强调经济合同的计划性。近年来,这样的观点多少得到了一些澄清,但是在社会上仍然存在诸多模糊认识。将一切调整经济关系的协议都当作经济合同无疑是不妥当的,传统民事合同大

[23] 前引[17],王晓晔文。

[24] 史际春等:《合同的异化与异化的合同》,《法学研究》1997年第3期。

多具有经济内容,是否也属于“经济合同”呢?而且,在我们看来,企业之间的转移财产或者提供服务的合同与公民之间、公民与企业之间的转移财产或提供服务的合同并没有实质意义的差别,以不同主体划线多少带有计划经济体制的色彩。至于用经济合同来执行国家经济计划这一作用,如果不能说其必要性已经不存在的话,那么在基本取消指令性计划的今天这一作用也已经不是那么普遍和那么重要。应当承认的是,由于合同的“异化”,人们除了在传统民事意义上使用合同这一法律形式之外,还出现了劳动合同、行政合同等。这样的合同确实不同于通常意义的民事合同。而政府采购、发包、国有土地使用权出让等与普通民事合同也存在一些区别,我们有必要对其特殊性加以研究。

## (二)关于农业法

有人撰文讨论了我国农业法律体系的建设问题,认为现有农业法带有浓厚的计划管理色彩和痕迹,政策性、原则性强但规范性和可操作性差,农业经营者的权利义务规定不相称,农业立法滞后,农业法律薄弱。应当解放思想更新观念,加强对农业立法重要性和必要性的认识,同时加强农业执法。农业法律体系的基本框架分为四个层次:(1)农业法;(2)关于农业和农村经济特定的经济关系或某个领域的问题的专门法律或法规;(3)为实施专门法律而制定的法规和部门规章;(4)地方性法规和规章。主要的法律应包括:农业宏观调控方面的法律;农业生产经营主体方面的法律法规;农产品流通和市场交易方面的法律法规;农业生产安全方面的法律法规;农业资源保护方面的法律法规;农民利益保护方面的法律法规。<sup>[25]</sup>

农业是我国国民经济的基础,过去我国较多地依靠政策调整农业方面的关系并取得了较好的效果,推动了我国农村的经济体制改革。但是,随着我国市场经济体制的逐步建立和社会主义法治的加强,农村的管理与服务以及农业关系的调整必须逐步法制化。因此,有必要加强农业经济法律的研究,尤其是调整具体农业关系的法律的研究,同时加强农业法律执法的研究。我国法学界研究此类问题的学者较少,与我国农业的重要地位和农民人口在总人口中的比重极其不相称。

## 简 评

对于经济法学而言,近年来有点“外行看热闹,内行看门道”的态势。社会上非法学专业的人对于经济法律津津乐道,各种非正规法学教育更是把经济法炒作得热火朝天,而法学界的人士却冷静地观察到了经济法研究正处于新旧理论交替的困难时期。如何建立健全适应和服务于我国社会主义市场经济体制的经济法理论,还有许多工作要做。综观1997年我国经济法研究情况,有如下特点:(1)发表的文章数量不多,作者队伍也比较小(可能有些作者忙于著书而未写文章),这一方面可以归结为学界自身的原因,另一方面也可能与主要法学刊物的重视程度有关。本刊欢迎在未来的一年里有更多的经济法学者投稿,尤其是欢迎研究经济法具体制度的文章。(2)虽然这一年度发表的经济法论文数量不多,但是有些文章具有较高的学术水平或者较强的实践针对性。有些文章讨论的问题虽然在近年来一直有人研究,但是写出了新意。(3)反垄断和反对限制竞争行为问题是1997年经济法学界争论的热点话题,现在还未对是否立即制定严格的反垄断法达成共识,但是对于行政型垄断,经济法学界予以了前所未有的关注。这

[25] 王存学等:《农业法律体系建设基本问题》,《法学研究》1996年第6期。

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,在此我们不打算予以述评。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。<sup>〔1〕</sup>

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。