

刑法学研究述评

王敏远 柳忠卫*

2001年的刑法学研究成果不菲。据不完全统计,该年度刑法学界发表论文上千篇,出版著作百余部,其中许多具有较高学术价值和重要实践意义。我们在此所要述评的内容主要包括以下三个方面:一、刑法学总论研究;二、刑法学分论研究;三、外国刑法、国际刑法及区际刑法研究。

一、关于刑法学总论研究

1. 刑法学绪论问题

刑法学主要以“犯罪与刑罚”为研究对象,这是刑法学界的共识。但长期以来学者们主要是以不同的方法、从不同的视角对其进行阐述,而对该研究对象本身的差别则较少论及。基于此,有论者对刑法学研究对象“犯罪与刑罚”所蕴涵的不同层面的意义进行了剖析。该论者认为,犯罪与刑罚所具有的全部意义至少包括三个层面:一是在刑法条文中以模型形式静态存在的犯罪与刑罚,即注释刑法学所研究的对象;二是在现实生活中以实然形式动态存在的犯罪与刑罚,即目前犯罪学、犯罪心理学、监狱法学所主要研究的对象;三是在立法层面上以应然形式存在的犯罪与刑罚,即理论刑法学所研究的对象。根据对研究对象的不同层面的划分,可以将刑法学分为注释刑法学、概念刑法学和理论刑法学。^①

有论者对刑法客观主义所特别关注的抽象性问题进行了深入的考察与分析,并进而揭示了刑法客观主义与刑法法治理念的契合。该论者认为,抽象性问题在刑法客观主义理论中占据着极其重要的地位,甚至可以将其视为支撑刑事古典学派理论的基石。刑法客观主义视野中的抽象性问题包括两个方面,即抽象人和抽象行为。刑法客观主义理论构架中所预设的人,是一种基于绝对的自由意志的存在物,是可以依据自己的理性规制自己行动的自由人。这里的“人”显然是抽象的、一般存在的犯罪人,而不是后来的刑法主观主义视野中在素质及环境支配下,不得不陷于犯罪境遇的具体的、宿命的人。刑法客观主义对“抽象行为”的理论预设的深刻影响表现在犯罪观念和刑罚观念两大方面:一方面,刑法客观主义以行为为前提来区别刑法所规定的犯罪类型,这就决定了刑法学对犯罪行为定型化的理解与提倡,犯罪成立的首要条件是行为符合刑法各条所规定的构成要件,犯罪成立的惟一根据就是行为的客观危害;另一方面,刑法客观主义认为刑罚的本质在于基于正义的要求对过去所犯罪行为予以报应,而刑罚的目的则在于实现一般预防,即以刑罚预防犯人以外的社会一般人陷于犯罪。刑法客观主义在很大程度上与法治立场相契合。这种契合集中体现在:刑法客观主义中的抽象人和抽象行为理论以一种巧妙的方式,回应着法治理念下基于自然法的契约观和理性主义的

* 柳忠卫,中国人民大学法学院博士研究生。

① 参见冯亚东:《刑法学研究层面的划分》,《法学研究》2001年第2期。

诉求,满足着法律可预测性并具有普遍性的基本需要。^②

“刑法规范的明确性”是近现代刑法学界极力推崇并刻意追求的目标,但对“刑法规范的模糊性”的系统性研究则相对欠缺。有鉴于此,有论者对刑法规范的模糊性与明确性及其整合机制进行了深入研究。该论者认为,明确性是相对的,模糊性是绝对的,各有其独立存在的必然性、必要性与生存空间。在刑事立法中,既要以刑法规范的明确性为目标,又要注意利用和发挥刑法模糊性规范的积极功能,二者的协调与平衡是刑事立法的理想目标,而整合机制则是实现刑法规范的模糊性与明确性之平衡的基本途径之一。刑法规范明确性与模糊性的整和机制,是指立法者在设计刑事规范时,将刑事规范明确性与模糊性有机结合起来,扬长避短,从而确保并保持二者的平衡与和谐。对于常见多发且与社会安全关系密切的犯罪以及外在特征不象传统刑事犯罪那样明确的犯罪,采用“明确性犯罪构成”;而对于复杂多变、难以采用明确性犯罪构成要件且社会危害性较为严重的犯罪采用“模糊性犯罪构成”。^③

2. 犯罪论问题

犯罪构成理论是犯罪论的基石,也是整个刑法学的核心。刑法学界关于犯罪构成的争论更是异常激烈。有论者对犯罪构成要件及其相关范畴进行了辩证的分析与研究。该论者对“犯罪构成”、“犯罪构成要件寓居的方面”、“犯罪构成要件要素”进行了辨析与区分。该论者认为,犯罪构成要件是对行为成立犯罪所必需的各个方面事实特征的抽象、提炼的实体,而犯罪构成要件寓居的方面则是这些事实特征所寓居或存在的“空间”,两者不可混为一谈。犯罪行为作为人的行为,首先可以与其他人类行为一样,具有主观与客观两个方面的特征。立法者规定某种犯罪构成,就是对这种犯罪构成所必需的主客观要件的厘定。就司法运作而言,作为行为成立犯罪所必需的条件,相应地不外乎从主体、主观、客观、客体这样的四个方面去寻找。亦即,任何犯罪构成要件都寓居于这四个方面。犯罪构成要件要素是组成犯罪构成这一主客观要件有机整体的最基本因素,犯罪构成要件则是以行为的三个方面为依据,由这些要素结合而成的居于构成要件要素上一层次的单元或集合体。行为的三个方面、犯罪构成要件与犯罪构成要件要素的关系是:“方面”是要件的存在空间,“要素”是“要件”的组合元素,“要件”及“要素”作为犯罪构成理论之对象范畴构成“方面”的基本内容。^④

刑法因果关系是刑法理论中的一个非常重要却又难以厘清的复杂问题,有论者从新的视角对该问题进行了系统研究。该论者对大陆法系的“条件说”和英美的“事实原因”理论及大陆法系的“相当因果关系说”和英美的“法律原因”理论进行了介绍和比较。通过比较,该论者认为,尽管两大法系刑法因果关系理论各有不同的特点,但却遵循着大致相同的分析逻辑:大陆法系的“条件说”和英美的“事实原因”理论可以说别无二致,它们所要解决的都是因果历程的本体问题,为“法律原因”的筛选或称“结果责任”的归属提供客观基础;而大陆法系的“相当因果关系说”及其补充理论“客观归责”与英美的“法律原因”理论又有异曲同工之妙,它们所要解决的已不是因果历程的本体问题,而是“结果责任”的归属问题。唯一不同的是,英美刑法的双层次原因理论把“事实原因”和“法律原因”作为一个有机联系的整体加以考查。“事实原因”与因果联系的本体问题、“法律原因”与结果责任的归属问题,一一对应,完整揭示了刑

^② 参见周光权:《抽象性问题及其意义——对刑法领域法治立场的初步考察》,《中国社会科学》2001年第2期。

^③ 参见杨书文:《刑法规范的模糊性与明确性及其整合机制》,《中国法学》2001年第3期。

^④ 参见肖中华:《犯罪构成要件及相关范畴辨析》,《法学研究》2001年第2期。

法因果关系问题的全部内容,动态地分析了刑法因果关系所要最终解决的问题——“结果责任”的归属。因此,英美刑法的“双层次原因”理论是解决刑法中因果关系问题的唯一科学方法,应该以此理论为借鉴构建我国的因果关系理论体系。^⑤

有论者对环境刑法中的疫学因果关系问题进行了探讨。该论者认为,环境刑法是指用以保护环境、制裁重大环境污染与环境破坏行为的刑法条款。由于环境刑法的技术性、科学未定性等特征,如果依普通刑法中的因果关系理论来判断环境因果关系的存在,就会将部分环境犯罪行为排除于现有的犯罪理论之外,因而需要有新的理论来解释环境刑法中的因果关系,这就是疫学因果关系。认定环境刑法中疫学因果关系的原则是:某种因子与疾病之间的因果关系,即使在临床学、药理学上得不到科学证明,但根据大量的统计、观察,能说明该因子对产生疾病具有高度的盖然性时,就可以肯定因果关系。这种疫学因果关系的认定方法,也有学者称之为推定原则。^⑥

在现行共犯理论中,教唆行为必受刑事处罚已成定论,而在司法实践中,对某些完全符合教唆行为的法律特征的行为予以刑事处罚又于理不合。基于现行共犯理论与实践的冲突,有论者提供了不可罚的教唆行为的新命题,并对不可罚的教唆行为的基本特征、立论依据及理论与实践价值作了必要的阐述。^⑦

有论者对集合犯的基本理论问题进行了探讨。该论者认为,集合犯是指行为人具有实施不定次数的同种犯罪行为营利的犯罪意向,但即使实施了数个同种犯罪行为,刑法规定仍作为一罪论处的犯罪形态。集合犯的构成要件有三:第一,集合犯是行为人具有以实施不定次数的同种犯罪行为营利的犯意倾向;第二,集合犯通常实施了数个同种的犯罪行为;第三,集合犯必须是刑法将可能实施的数个同种犯罪行为规定为一罪,即集合犯是法律规定的一罪。集合犯的种类包括常业犯和营业犯,前者指以一定的行为为常业的犯罪,后者指通常以营利为目的,意图反复实施一定的行为为业的犯罪。集合犯是法定的一罪,刑法分则设有明文规定,对集合犯,不论行为人实施多少次行为,都只能根据刑法的规定以一罪论处,不实行数罪并罚,但如在对某一行为或某一部分行为已经作出判决,又发现漏掉相同行为没有予以审判认定的情况下,应遵循“禁止重复评价”的原则处理。^⑧

3. 刑罚论问题

针对学界有学者否定刑罚个别化的主张,有论者从发展的角度对刑罚个别的蕴涵化进行了考察,并得出了相反的结论。该论者认为,刑罚个别化在其发展的不同阶段蕴涵不同:在刑罚个别化的萌发时期,刑罚个别化在于弥补严格规则主义指导下的罪刑法定主义的不足,以促进刑罚的个别正义;在近代学派发展的鼎盛时期,刑罚个别化演进为以个别预防为适用刑罚的出发点,以犯罪人的人身危险性为着眼点;在现代刑法中,刑罚个别化不仅要考虑预防犯罪的需要,而且要考虑报应的需要,既要考虑犯罪的情状,也要考虑犯罪分子重新犯罪的可能性。论者最后得出结论说:现代刑法中的刑罚个别化蕴含着促进合理的罪刑关系,使刑罚与具体的、个别的犯罪相对应的内容,蕴含着深厚的刑罚公平性和刑罚的正当效益性,因此,刑

⑤ 参加储槐植、汪永乐:《刑法因果关系研究》,《中国法学》2001年第2期。

⑥ 参见刘守芬、汪明亮:《论环境刑法中的疫学因果关系》,《中外法学》2001年第2期。

⑦ 参见石英、黄祥青:《论不可罚的教唆行为》,《法学》2001年第4期。

⑧ 参见林亚刚:《论集合犯》,《法学研究》2001年第3期。

罚个别化不能否定。^⑨

有论者对报应刑进行了价值分析。该论者在对报应刑与作为法律价值的社会秩序、正义与个人自由的关系进行了深入剖析的基础上,揭示了报应刑所隐含的三个价值悖论:即就正义自身而言,报应刑具有双重性,在既存规范合乎正义的前提下,其正义性无可非议,但若既存规范本身不合正义,所谓报应的正义便是一种极其危险的不义;从正义与社会秩序的关系看,报应刑在追求正义的同时,构成对功利刑的限制或抑制,从而意味着对保护社会秩序需要的牺牲;从正义与个人自由的联结看,严格意义上的报应正义潜在着与刑罚宽容性的冲突,进而构成对个人自由的一种更大的限制乃至抑制。^⑩

二、中国刑法分论研究

1. 关于故意伤害罪

故意伤害罪是一种常见多发的传统犯罪,但学界近年来对其研究较少。有学者对该罪的若干疑难问题进行了探讨,其内容主要涉及以下六个方面:(1)关于胎儿伤害的处理。该论者认为,应将伤害的身体动作时期与伤害的着手时期作分离的考察:行为人在实施胎儿伤害的行为时,由于距离造成出生后的“人”的伤害还较远,或者说,伤害“人”的身体的危险还并不紧迫,故还不是伤害的着手;但胎儿出生为人时,便使先前的胎儿伤害行为现实化为对“人”的伤害行为,因而才存在伤害行为的着手;于是,行为人在着手时便存在伤害罪对象的“人”。(2)关于伤害行为的性质。该论者认为,故意伤害罪侵害的法益是他人生理机能的健全;对基于被害人承诺的伤害行为,应当以结果无价值为基础,兼顾行为无价值,即在被害者承诺伤害的情况下,对造成重伤的应认定为故意伤害罪,对基于被害人承诺造成轻伤的,原则上不认定为故意伤害罪,但如果行为严重违反法秩序,也应认定为故意伤害罪。(3)关于伤害故意的内容。该论者认为,成立故意伤害罪要求行为人主观上具有伤害的故意,即对伤害结果具有认识和希望或放任的态度;如果仅具有殴打的意图,不能认定为有伤害的故意,造成他人伤害的,不宜认定为故意伤害罪;在殴打行为导致他人死亡的情况下,不得认定为故意伤害致人死亡,只能认定为过失致人死亡罪;二人以上可以共同犯故意伤害罪,但对同时伤害,即二人没有意思联络而同时伤害他人的情形,则不能认定为共同伤害。(4)关于犯罪形态的确定。该论者认为,故意轻伤未遂的,不成立犯罪,故意重伤未遂的,应适用故意轻伤的法定刑;在故意伤害行为致第三者死亡的情况下,应根据行为人对死亡者的死亡是否具有预见可能性以及有关事实认识错误的处理原则来认定是否伤害致死;共同伤害致人死亡,在成立故意伤害罪的情况下,如果其中一部分共犯人的行为造成了死亡结果,则其他共犯人在可能预见的范围内,对死亡结果承担刑事责任。(5)关于连续伤害的罪数。对行为连续伤害他人的,应认定为同种数罪;对判决宣告以前一人犯同种数罪的,原则上应以一罪论处,但在以一罪论处不符合罪刑相适应原则时,应当实行并罚。(6)关于相关条文的适用。该论者根据刑法的特别规定,讨

^⑨ 参见翟中东:《刑罚个别化的蕴涵:从发展的角度所作的考察》,《中国法学》2001年第2期。

^⑩ 参见邱兴隆:《报应刑的价值悖论——以社会秩序、正义与个人自由为视角》,《政法论坛》2001年第2期。

论了相关条文的性质与协调法定刑的原则。^⑪

2. 关于计算机犯罪

计算机犯罪与传统犯罪的巨大差异,对现行刑事立法及传统刑法理论提出了严重挑战,如何应对这种挑战?有论者在进行了相关分析的基础上,提出了遏制计算机犯罪的系统对策。该论者认为,计算机犯罪的大量增加,一方面导致了刑事立法的明显滞后,另一方面对传统刑法理论造成了巨大的冲击。为惩罚和防范日益猖獗的计算机犯罪,有必要对国内立法、国际刑法与刑法理论及刑事司法进行全方位反思,并采取相应的对策。在国内立法方面应采取以下完善措施:(1)制定专门的反计算机犯罪法;(2)完善现行刑法中的计算机犯罪惩治条款;(3)完善现行行政法规,以配套刑法典的贯彻实施;(4)在《治安管理处罚条例》中增加对计算机违法行为的惩治。在国际刑法与刑事司法协助方面,应继续加强有关计算机犯罪的国际立法,建立、健全惩治计算机犯罪的国际合作体系。在刑法理论的完善方面,应采取以下对策:(1)拓展刑事管辖的时空范围,(2)拓展刑法典的有关基本制度,(3)对通过计算机实施的传统犯罪类型要进行理论创新。在刑事司法方面,应成立专门的反计算机犯罪的司法机关和专门的反计算机犯罪领导机构。^⑫

3. 关于信用卡诈骗罪

有论者对信用卡诈骗罪的相关问题进行了研究。该论者认为,信用卡诈骗罪,又称滥用信用卡罪,一般指伪造、窃取、拾得或办理信用卡后,以他人名义使用信用卡,或者以自己的名义利用信用卡,骗取他人财物或财产性利益的情形。信用卡诈骗罪有两种基本类型:一是利用他人名义下的信用卡诈骗;二是利用自己名义下的信用卡诈骗。利用他人名义下的信用卡诈骗,指行为人不是信用卡的名义人,但通过伪造、窃取、拾得等途径得到他人名义下的信用卡后,又予以使用,从加盟店购入商品,接受服务的情形。盗窃他人信用卡并使用的,其性质仍然是利用信用卡诈骗,不宜定盗窃罪,建议今后修改刑法时删除现行刑法第196条第3款的规定。利用自己名义下的信用卡诈骗,主要是指以非法取得他人财物为目的,利用伪造的、作废的或真实有效的自己名义下的信用卡,骗取他人财物的情形。滥用自己名义下真实有效的信用卡(恶意透支)与诈骗不同,这种行为的本质是滥用信用,即滥用信用卡发行者给予会员(持卡人)的信用,侵害了信用卡发行者与会员之间的关系,从根本上破坏了信用制度,妨碍了利用信用卡从事正常的交易活动。我国新刑法将恶意透支排除在普通诈骗罪之外而纳入信用卡诈骗罪中,是立法的一大进步,但仍未脱离诈骗罪的范畴,又是一大缺陷。鉴于恶意透支行为与利用他人名义下的信用卡或利用伪造的、作废的自己名义下的信用卡诈骗有较大差别,刑法应单独规定“恶意透支罪”。^⑬

4. 关于贪污贿赂罪

有学者对挪用公款罪的若干疑难问题进行了深入研究。该论者认为,挪用公款罪中的“公款”不应只局限于“公共财产”,而应包括国有单位所有的资金和行为人被委派到非国有单位从事公务的非国有单位所有的资金;一般公物不是挪用公款罪的犯罪对象,但如果行为人的目的是利用公物本身的商品价值,使其进入流通流域,将公物转换成货币,用所得价款为个人从事非法活动或其他活动,应当视为挪用公款,符合挪用公款罪其他要件的,应以挪用公款

^⑪ 参见张明楷:《故意伤害罪探疑》,《中国法学》2001年第3期。

^⑫ 参见越秉志、于志刚:《计算机犯罪及其立法和理论之回应》,《中国法学》2001年第1期。

^⑬ 参见刘明祥:《论信用卡诈骗罪》,《法律科学》,2001年第2期。

罪论处;挪用公款“归个人使用”是刑法明文规定构成挪用公款罪不可缺少的一个客观条件,一般情况下挪用公款给与个人相对应的企业、事业单位、机关、团体等单位使用不能构成挪用公款罪,但如果是为了个人私利,挪用公款给上述单位使用,应视为挪用公款给个人使用,其行为符合挪用公款罪其他要件的,应当以本罪论处,因为所谓“归个人使用”最本质的特征就是使公款进入流通领域,以使挪用人用以牟取私利;挪用公款进行非法活动的,应根据案件的具体情况,分别作出不同的处理,而不能不论数额大小,一律定罪量刑;对于多次挪用公款的,应区别不同情形进行处理;对承包人挪用公款归个人使用的,应区别是“活包”还是“死包”,前者也可构成本罪;对“集体”挪用行为,应根据职务犯罪的特点进行分析,符合共同犯罪条件的,以挪用公款罪的共犯论处。^⑭

5. 关于渎职罪

滥用职权罪是刑法增设的新罪名,关于该罪的主观罪过,理论界与实务界争议较大。有论者对相关的观点进行了评析,并论证了自己的观点和建议,该论者首先对滥用职权罪罪过形式的不同观点进行了简要介绍,并从理论上分析了各种观点的得失。通过分析,该论者认为滥用职权罪的主观罪过形式是故意,既可以是直接故意,也可以是间接故意,其故意的内容是行为人明知自己滥用职权的行为会发生公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的结果,而希望或放任该结果的发生。滥用职权罪主观罪过的故意性首先是由该罪自身特点决定的。滥用职权是指胡乱地或者过度地使用职权,其本身有着较大的主动性,不论行为人滥用职权的客观表现怎样,其对滥用职权的方式是明知的,对于滥用职权所可能导致的后果也是明知的,这就从根本上排除了疏忽大意过失的存在。同时,在滥用职权罪中,行为人滥用职权行为本身既已产生危害国家机关正常管理活动的后果,对这一后果是否会继续扩大为更大的危害后果,行为人至少是持一种听之任之、漠不关心的放任态度的,与过于自信的过失中行为人对结果坚决的否定态度是截然不同的。因此,也就排除了滥用职权罪中存在过于自信的过失的可能性。这样,就把犯罪过失排除在滥用职权罪之外了。另外,将滥用职权罪的主观罪过界定为故意既符合立法原意,也是刑法解释整体性的必然结果。^⑮

三、外国刑法、国际刑法、区际刑法研究

1. 外国刑法

有论者分析了大陆法系违法性判断理论的缺陷并探讨了解决问题的途径。该论者认为,大陆法系违法性判断理论中的违法性,分为形式与实质的违法性两个方面。形式的违法性是指行为违反法规范或法秩序,即为法律所不允许;实质的违法性是指违反规定社会共同生活之法制,对法益造成侵害或者威胁。形式违法性从实定法的形式论述什么是违法,但没有揭示违法性的本质;实质的违法性则正好弥补了这一缺陷,它通过法益侵害或威胁的内容阐明了形式违法性的实体价值。因此,对于该当于构成要件行为的违法性判断必须从形式与实质的违法性两方面进行,但是由于违法性判断的复杂性和构成要件的不完整性等诸多因素的影响,使得违法构成要件的推断机能有时失效,这就要求法官必须根据一定的价值判断补充构成要件所欠缺的违法性推断机能,重新产生新的构成要件,即开放的构成要件。开放性构成要件是对于违法性判断本身非自足的要件,是违法性构成要件的类型性失效或违法推断机能

^⑭ 参见王作富:《挪用公款罪司法认定若干问题研究》,《政法论坛》2001年第4期。

^⑮ 参见李希慧、逢锦温:《滥用职权罪主观罪过评析》,《法学家》2001年第2期。

不起作用的情况下才存在的,因此,开放性的构成要件在实质上是合理的,拒绝或反对开放的构成要件概念是对构成要件作为违法类型的类型化的苛责和不现实要求。^{①⑥}

有学者对中外刑法学中的刑事责任能力问题进行了详细的比较研究。(1)关于责任能力的基本理论。该论者认为,责任能力是指某人在实施危害社会的行为时,能够清醒地认识和控制自己的行为,并能对自己的行为负责任的能力;责任能力的本质在于它是一种犯罪能力,也可包括受刑能力;责任能力是与故意、过失、违法性意识的可能性、期待可能性并列的各个行为的责任要素;责任能力虽然通常要求在实行行为时存在,但是即使在原因设定行为时存在亦无不可。(2)关于无责任能力与限制责任能力。该论者认为责任能力按照程度的差别,可以分为无责任能力和限制责任能力。无责任能力是阻却责任事由,限制责任能力是减轻责任事由,责任能力的阻却、减轻事由主要包括心神丧失者和心神耗弱者、喑哑者及刑事未成年人。(3)关于原因中的自由行为。该论者认为,利用自己的限制责任能力状态,能够成立原因中的自由行为;在原因自由行为的场合,后行行为的开始为实行的着手时期,或者说现实的结果惹起行为为实行行为;原因中的自由行为的范围包括了故意犯的场合和过失犯的场合。^{①⑦}

有论者对日本刑法中共谋共同正犯理论进行了介绍与评析。该论者认为,共谋共同正犯是日本判例确立的概念。共谋共同正犯是指二人以上就犯罪的实行进行评议后,由其中一人或数人实行谋议的犯罪,没有具体实行的谋议人与具体实行的人都作为共同正犯予以处罚。关于共谋共同正犯,日本刑法理论界主要有以下五种学说:即共同意思主体说、间接正犯类似类、目的行为支配说、价值的行为说、优越的支配共犯说。这五种关于共谋共同正犯的学说都受到了来自否定说的批判,可见在日本刑法学理论界,对共谋共同正犯的性质认识分歧还相当大。这种分歧主要在于日本刑法对共同犯罪人的分类采取单一的分工分类方法,没有规定组织犯这一种特殊的共犯人的概念和处罚。因此,要正确、科学地阐明共谋共同正犯以共同正犯进行处罚,就必须跳出日本刑法共犯分类的形式主义的理论圈子。^{①⑧}

有论者对西欧国家寻找短期监禁刑替代措施的历程进行了详细分析。该论者指出,短期监禁刑虽然普遍规定于西欧各国刑法典中,但因其固有的负面效应,从产生时期就受到了猛烈的抨击。20世纪70年代以后,由于经济危机所造成的一系列社会问题使西欧各国的刑事司法制度不堪负重,监狱人满为患,短期监禁刑由此再度成为刑事政策与刑事法学关注的热点。但此时的短期监禁刑与19世纪后期相比存在有重大区别:首先,人们对刑罚考虑更多的是:刑罚应该更人道、更无害和更经济;其次,该思想已经成为国内政府与国际政坛在研讨政治与社会问题时的必要议题,公共社会与政治事务对刑事司法制度表现出浓厚的兴趣;其三,短期监禁刑扩大了适用范围,不仅适用于轻微犯罪,而且也可适用于那些具有中等危害程度的犯罪。与此同时,各国并没有忽视其严重的负面效应,一直没有放弃探寻短期监禁刑替代措施的努力,甚至联合国有关文件也号召各国积极推行监禁刑的替代措施。自20世纪70年代以后的20多年里,西欧国家所采取的减少短期监禁刑的措施表面上看是卓有成效的,其具

^{①⑥} 参见刘艳红:《论大陆法系违法性判断理论的缺陷及弥补》,《法商研究》2001年第4期。

^{①⑦} 参见马克昌:《责任能力比较研究》,《现代法学》2001年第3期。

^{①⑧} 参见李邦友:《日本刑法共谋共同正犯的理论及其发展》,《法学评论》2001年第1期。

体可替代短期监禁刑的措施就有 20 多种,但这些替代措施的本质与效用,并不能令人乐观。唯一例外的是社会服务(community service),在大多数西欧国家,就所有作为短期监禁刑的替代措施而言,只有社会服务这一种形式有扩大使用的趋势,它与罚金和缓期执行这两种传统的替代措施一道,在减少短期监禁刑方面发挥着异乎寻常的作用。^{①9}

2. 国际刑法

有论者对国际刑法的历史发展及国际刑法的基本理论问题进行了研究。(1) 关于国际刑法的历史发展。该论者认为,国际刑法的历史发展可分为四个阶段:1919 年以前是国际刑法的萌芽时期,从实体上考察,国际社会对国际犯罪的认识肇始于 17 世纪习惯国际法对海盗罪的认识;从程序上考察,国际社会对国际刑法的认识可追溯到 1474 年。这一时期尽管实体意义的和程序意义的国际刑法都没有进入规范化的过程,既没有进行国际罪行实体法的编纂,也没有从事正规性的国际审判,但这一时期国际刑法的雏形已露端倪;1915—1955 年是国际刑法发展的第一次高峰,第一次世界大战的爆发是国际刑法进入发展高潮的直接诱导因素,第二次世界大战的爆发促使国际刑法的发展达到第一个高峰,同时也为国际刑法的进一步发展奠定了基石,这一时期,实体法上除了强调战争罪、反人道罪、危害人类罪及侵略罪等严重的国际犯罪以外,还肯定了灭绝种族罪等其他国际犯罪,从程序上讲,纽伦堡审判和东京审判不仅在社会意识上获得了成功,而且满足了民众企盼和平与惩治战犯的渴望,与此同时,这两次审判也促使联合国将注意力转移到建立常设国际刑事法院问题及有关国际法典的编纂工作;1955—1992 年是国际刑法发展的低谷时期,由于没有所谓巨大的历史事件发生,国际刑法的发展亦处于低迷阶段;1992—1998 年是国际刑法发展的第二次高峰,这一时期国际刑法发展的显著特点可以归纳为三个方面:一是国际刑事特设法庭的建立,二是罪行法典草案的编纂与通过,三是国际刑事法院罗马规约的诞生。(2) 关于国际刑法的概念及特性。论该者认为,国际刑法是指规范国际犯罪、加强国际刑事司法协助与合作的国际公约、条约等国际性法律文件的总称。国际刑法的特性是发展性、学科多元性和结合性。(3) 关于国际犯罪的界定。该论者认为,国际犯罪是指国际公约所规定的,严重威胁世界和平与安全,震撼国际社会良知,应受刑事处罚的行为。这种行为被界定为国际犯罪,除了明显具备国际性因素以外,还部分地包含跨国性因素和国际必要性因素。^{②0}

美国“9·11”事件使国际恐怖主义活动成为今年世人最为关注的热点问题。面对恐怖犯罪的威胁,国际社会十分重视对恐怖犯罪的惩治。有论者对国际反恐怖犯罪与我国刑事立法的相关问题进行了探讨。该论者认为,恐怖活动是指个人或团体系统使用爆炸、杀人、放火或其他危险行为,或系统使用上述手段制造恐怖气氛,扰乱公共秩序,恐吓、要挟社会的行为。随着全球一体化的加速,恐怖组织犯罪跨国化发展已成为非常突出的现实问题,依靠国际合作,打击和遏制恐怖组织犯罪,已为越来越多的国家所认可。关于我国反恐怖犯罪的刑事立法,该论者认为,1997 年刑法第 120 条规定了组织、领导、参加恐怖组织罪,该规定反映了新刑法重视并严惩恐怖活动犯罪的立法精神:首先,在犯罪形态上,新刑法将恐怖活动犯罪规定为必要共犯,以突出其组织性的特点;其次,在犯罪构成上,将预备性犯罪行为作为犯罪的实行行为,规定为独立的犯罪;第三,在行为方式上,新刑法借鉴外国立法,将参加恐怖活动组织规

^{①9} 参见谢望原:《西欧探寻短期监禁刑替代措施的历程》,《政法论坛》2001 年第 2 期。

^{②0} 参见高铭暄、王秀梅:《国际刑法的历史发展与基本问题研究》,《中国刑事法杂志》2001 年第 1 期。

定为犯罪。论者最后还对进一步完善我国反恐怖犯罪的刑事立法提出了自己的建议。^{②①}

有论者对人权两“公约”对我国刑法的影响进行了评释。该论者认为,“公约”对我国刑法的影响是多个层面的,既包括对我国刑法规范的范式改造,也包括对刑法伦理精神的重新定位。公约作为一个文化规范与我国现行的刑法规范乃至古代的刑法规范从形式上看是符合的。但这并不能昭示法规范与文化规范相吻合。在规范形式一致的情况下,其精神是分立的。公约的精神在于对包括国家刑法在内的一些国家强行法重新定位,即刑法的意义首先在于限制国家权力,其次才是保障人权或防卫社会。死刑存废的合理性最突出地表达了这一意向。^{②②}

四、评析

由于篇幅所限,我们不得不割舍了许多优秀的学术成果,因而仅根据本文所述及的内容而对本年度的刑法学研究作出全面、客观、公允的评价是不现实的。但前述内容也基本代表了本年度刑法学的研究方向。我们认为今年的刑法学研究有以下特点:

1. 理论研究的广度与深度进一步拓展和延伸

社会主义中国的繁荣与稳定为中国刑法学研究创造了良好的外部环境条件。现代刑法理念的确立,宽松的学术空气与浓厚的学术氛围的形成,大大拓宽了学者们的研究视野,激发了他们的学术激情,因而造就了刑法学研究的空前繁荣。从横向看,刑法学研究成果不仅数量多、质量精,而且论域极其广泛,从中国刑法到外国刑法,从刑法总论到刑法分论,学者们的研究几乎涵盖了刑法学的各个方面;从纵向看,学者们不再满足于对论题的一般性叙述与表面性分析,而是进行深层次的剖析与论证,前述冯亚东先生与肖中华先生的文章突出地体现了这一特点。

2. 继续关注刑事司法实践中的重点、疑难问题

刑法理论研究的终极目的是要服务于刑事司法实践,因而刑事司法实践中的重点、疑难问题历来是学者们重点关注的目标。继去年之后,金融诈骗罪、计算机犯罪、职务犯罪仍然是今年学者们热烈讨论的话题,而对传统多发犯罪的反思与研究也成为今年刑法学研究的又一亮点,前述张明楷先生的论文便是很好的例证。

3. 外向型刑法研究成效显著

本年度学者们对外向型刑法的研究,不再局限于对外向型刑法理论进行客观的介绍与评述,而是着力通过比较研究的方法,探讨我国刑法理论与刑事立法的不足,为完善我国的刑法理论与刑事立法提出意见和建议。尤其令人注意的是,有学者直接运用外国刑法理论来分析我国刑法理论与司法实践中的问题,这说明中外刑法理论有进一步融合的趋势。虽然法的本土化与法的移植仍是一个尚在争治的问题,但这种努力也反映了现代刑法发展的新动向。

与此同时,我们也注意到今年的刑法学研究在某些方面还有待于进一步研究,例如犯罪

^{②①} 参见刘凌梅:《国际反恐怖犯罪与我国刑事立法》,《法学评论》2001年第2期。

^{②②} 参见苏惠渔、孙万怀:《刑法的意义与国家权力的调整——对人权两《公约》的刑法评释》,《华东政法学院学报》2001年第2期。

概念的问题,社会危害性问题,犯罪构成的体系问题等等。更令本刊关注的是,2000 年在有关刑法不这研究述评中提及的加强注释刑法学研究的问题,在 2001 年的研究成果中并未得到充分的关注,即使是本刊,发表这方面的论文也极少。随着学术界关注并投入对注释刑法的研究,相信这种状况将有所改变,本刊将为此提供更多的版面予以支持。

刑事诉讼法学研究述评

张 骏* 王 敏 远

依照往年惯例,我们的述评主要针对的是那些既在研究中有突破性进展,又为本刊所感兴趣的学术论文。鉴于刑事证据法学在理论研究中仍是个受到普遍关注的热点及其对现实的重要影响,因此,在此首先对刑事证据法学研究中的一些观点予以简要介绍。

一、关于证明标准

有学者认为,证明标准应是衡量证明主体的证明活动是否达到证明要求及具体达到何种程度的准则和标尺。刑事证明标准即是衡量刑事证明主体的证明活动是否达到刑事证明要求及具体达到何种程度的准则和标尺。证明标准包含着证明目标和证明程度所概括的内容。证明要求和证明标准属于主观范畴,存在于应然领域。证明要求比较抽象,而证明标准使之确切化、科学化。若把证明要求等同于证明标准就抹煞了证明标准的可操作性。有了证明标准,才谈得上证明程度。证明程度是司法现实中已经达到的证明标准,它属于司法范畴,存在于实然领域。这样,证明标准作为诉讼证明活动的衡量标尺是比证明要求、证明程度更规范、更科学的概念,实际是对它们的综合和规范化,具有法定性、规范性等特点。介于应然与实然之间,或两者兼有。同时,证明标准也是维系证明要求和证明程度的桥梁和纽带。诉讼中还有另一类属于实然性的标准,即程序证明标准,由实体证明标准衍化而来,具有可操作性。刑事证明的这种双重性决定了证明标准有实体与程序之分。所谓刑事证明标准,是指衡量证明主体运用证据证明案件事实真象所达到的刑事证明的实体要求以及具体达到何种程度的准则和标尺。通常所谓的证明标准实际上是从实体意义上理解的。在一定程度上也可以说是应然标准。我国法律对刑事实体证明标准未明确规定,只能从对具体法条的咀嚼中去品味。我国刑事诉讼的实体证明要求是案件事实清楚、证据确实充分。这表明了我国在刑事证明要求上的双重性:事实标准和诉讼证据标准相结合。这种双重要求构筑起一道维护被告人合法权益的坚固屏障,蕴含我国刑事实体证明要求确立的理性内涵。我国刑事诉讼证明的高标准要求,体现在对侦查阶段、起诉阶段、审判阶段的证明程度的要求也要达到这个证明标准,说明我国刑事实体证明标准的一元化。我国刑事实体证明标准的一元化还表现在对所有刑事案件适用无差别的证明标准来衡量。然而,不同性质的案件适用不同程度的证据要求,这是一个十分科学的决策,值得借鉴。我国已经将刑事案件按性质不同划分为公诉案件和自诉案件。该论者认为,可以在此基础上设立二元化证明标准。具体说来,对公诉案件设立“客观真

* 重庆市中级人民法院法官。