

法学硕士考研指导

刑法学专业

◎本书编写组

本书针对北京大学、中国人民大学、中国政法大学、华东政法学院等著名高校法学各主要专业招生的特点和要求，依据法学硕士研究生入学考试的实际需要组织编写。本书共有5分册，每分册均由两部分组成：热点问题综述部分有助于考生准确把握本专业领域最新研究成果和发展动态；全真试卷分析部分收集各校最新试题，加以精解和分析，每道题都附有解答参考资料，给考生提供复习思路和答题技巧。本书具有较强的针对性和广泛的适用性，可以帮助考生全面掌握教材之后向纵深发展和重点突破，提高效率与效果，对于考研笔试及复试都有着重要的参考作用。

法律出版社

法学硕士考研指导

刑法学专业

本书编写组

法律出版社

编写说明

就法学这个学科的研究而言,既需要兼通中西的深厚法学理论功底,也不能脱离对当今社会变革的关注。而单就一种针对法学研究生入学考试的应试性学习而言,在短短一年甚至半年的短暂时间内做到富有成效的复习,成为摆在大多数考生面前一个棘手的问题。

法学硕士研究生入学考试具有与许多考试完全不同的特点,具体表现在:各专业试卷采取的是单独命题,各校风格迥异,为了深入考查学生的理论功底和逻辑思维能力,出题和解答具有相当的开放性;法学硕士研究生入学考试不仅需要考查应试者掌握本专业学科基础知识的牢固程度,还要求他们了解和把握本专业的最新理论发展动态。针对法学考研的实际特点和广大考生的现实需求,经过编者的努力,这套《法学硕士考研指导》最终呈现在万千考研学子面前。

从今年开始,研究生入学考试由五门减为四门,按照教育部的指导性意见,要求提高复试在录取中的重要性,因此,本书结合考研实际,对内容及体例作了精心编排,以提高考生复习的针对性。

第一部分热点问题综述,本部分对于报考任何一个法律院校研究生的考生的复习参考都具有适用价值,也只有这一部分在全国法学硕士研究生入学考生复习中具有共同性。因为它以法学各个专业的最新理论研究热点为主干,精心挑选和收集了各个专业最近三年内的重要学术论文和学术观点,有助于考生准确把握本专业领域的最新热点问题。对于考生在复习各校指定教材时如何把握重点,以及解答具体问题拓展思路都有着极为重要的指导作用,达到事半功倍的复习效果。

第二部分全真试卷分析,收集了2000年至2002年京沪两地四校三年的全真试题,并附有答案和解析,弥补了同类资料或出版物大多只提供真题而无解答的缺憾。尤其需要说明的是,这一部分的编写者均是法学硕士研究生考试的佼佼者,他们尽量运用考试当时所能收集的资料,以体现语境化的原始答题思路,使得试题的解答具备了准确的概念表述及严密的逻辑体系。在每道题之后都附有解答参考资料,可以使考生在复习之余广泛涉猎。本部分的价值更多的体现在给考生提供一个学习思路,一个考试的答题方法。

本书具有较强的针对性和广泛的适用性,可以和各校的指定教材相辅相成,同时应用,对于考研笔试和复试的准备都能有着重要的参考作用,有助于考生在全面掌握教材之后向纵深发展和做重点突破。

在编写时,我们参阅了众多资料,对于这些惠助,在此一并致以谢意。

为法学硕士考生编写一本确有助益的复习辅导用书,一直是我们的愿望,但由于时间仓促,本书可能存在诸多不足,有待于广大考生的指正,以期日后加以完善。

期待着您的成功!

本书编写组

目 录

第一部分 热点问题综述.....	(1)
一、刑法总则	(1)
(一)刑事法律关系问题	(1)
(二)刑事判例问题	(2)
(三)关于刑事法律观念问题	(3)
(四)有关刑罚目的的研究	(3)
(五)有关刑法因果关系问题的研究	(4)
(六)有关刑事责任能力的研究	(4)
(七)有关刑法基本原则的研究	(5)
(八)有关犯罪构成问题的研究	(7)
(九)有关共同犯罪的研究	(9)
(十)有关正当防卫的研究	(10)
(十一)量刑问题	(11)
(十二)单位犯罪问题	(11)
(十三)有关紧急避险的研究	(12)
(十四)有关刑法时效问题的研究	(13)
(十五)有关劳动教养的研究	(13)
(十六)有关假释制度的研究	(13)
(十七)有关自首问题的研究	(13)
(十八)有关死刑制度问题	(13)
二、刑法分则	(14)
(一)洗钱罪问题	(14)
(二)金融诈骗犯罪问题	(14)
(三)有组织犯罪问题	(15)
(四)计算机犯罪问题	(15)
(五)关于强奸罪的研究	(16)
(六)有关故意伤害罪的研究	(16)
(七)有关公务活动犯罪的研究	(16)
(八)有关挪用公款罪的研究	(16)
(九)有关包庇、纵容黑社会性质组织罪的研究	(16)
(十)有关盗窃罪的研究	(17)
(十一)包容犯罪研究	(17)

(十二)有关索贿罪的研究	(17)
(十三)有关诬告陷害罪的研究	(17)
(十四)关于巨额财产来源不明罪的研究	(18)
附:主要参考书目	(18)
第二部分 全真试卷分析	(20)
一、北京大学	(20)
2000 年刑法学专业试卷及解析	(20)
2001 年刑法学专业试卷及解析	(27)
2002 年刑法学专业试卷及解析	(32)
2002 年综合试卷及解析	(38)
二、中国人民大学	(50)
2000 年刑法学专业试卷及解析	(50)
2001 年刑法学专业试卷及解析	(55)
2002 年刑法学专业试卷及解析	(61)
2002 年综合试卷及解析	(66)
三、中国政法大学	(76)
2000 年刑法学专业试卷及解析	(76)
2001 年刑法学专业试卷及解析	(82)
2002 年刑法学专业试卷及解析	(89)
2002 年综合试卷及解析	(96)
四、华东政法学院	(103)
2000 年刑法学专业试卷及解析	(103)
2001 年刑法学专业试卷及解析	(121)
2002 年刑法学专业试卷及解析	(132)
2002 年综合试卷及解析	(144)

第一部分 热点问题综述

一、刑法总则

(一) 刑事法律关系问题

关于刑事法律关系的主体,有的学者认为,对这一问题的论证不能仅局限于刑法领域或刑事诉讼法领域,而应将视野扩大至整个刑事司法领域,采用对比方法并对刑事诉讼中的实体与程序、实体规范和程序规范、刑事法律关系与刑事诉讼法律关系、司法机关的刑事实体权与刑事程序权,作一层层深入的、具体的剖析,不仅可以清楚地看到刑事实体与刑事程序、刑事实体规范与刑事程序规范、刑事法律关系与刑事诉讼法律关系、刑事实体权与刑事程序权、刑罚权的内容与刑罚权的分类等之间的相互关系,从而为刑事法律关系的主体论述打下基础,而且对刑事实体权与刑事程序权有了明确认识。在此基础上,论者指出,刑事法律关系主体的一方只能是犯罪人,被告人不应是刑事法律关系主体的一方;刑事法律关系主体的另一方只能是国家,国家司法机关不能成为刑事法律关系的一方。^①

关于刑事法律关系的客体,有的学者认为确定刑事法律关系的客体的标准有二:其一,确定刑事法律关系客体的标准,不能固守我国法理学研究形成的框框;其二,确定刑事法律关系客体的标准,应深入探求法律关系客体本身的属性,并结合刑事法律关系特征。在此认识基础上,刑事法律关系的客体作为国家行使受制约的刑罚权与犯罪人承担有限度的刑事责任所指向的对象,应当是犯罪人

部分利益的载体。^②

有的学者系统研究了刑事法律关系的内容。论者认为,刑事法律关系是刑法规范所调整的国家与犯罪人之间的一种关系。这种关系,从国家的角度来看,国家在一定范围内行使刑罚权,核心是认定犯罪、量定刑事责任并通过刑事诉讼程序得以具体实现;从犯罪人角度来看,犯罪人在一定程度上承担刑事责任,核心是接受犯罪评析、承受刑罚处罚,并在国家行使刑罚权的具体活动中实现。这样,国家与犯罪人之间就形成了国家有制约地行使刑罚权与犯罪人有限度地承担责任的关系。^③

有的学者对刑事法律关系的消灭作了详细阐述。论者认为,刑事法律关系有其产生、变更、消灭与主体、客体、内容。刑事法律关系的主体、客体、内容是刑事法律关系的静态组合和内在结构,而刑事法律关系的产生、变更、消灭,则是刑事法律关系的前瞻与后望,反映了刑事法律关系的动态运行。刑事法律关系的消灭,是指既已存在的刑事法律关系,根据法律规定因某种情形的存在而归于消灭。导致刑事法律关系消灭的情形主要有以下几方面:第一,时效完成;第二,依行为时的法律认为是犯罪,但新刑法不认为是犯罪并

① 参见张小虎:《刑事法律关系主体论》,载《法学研究》,1999年第3期。

② 参见张小虎:《刑事法律关系客体是犯罪人利益之载体》,载《中外法学》,1999年第2期。

③ 参见张小虎:《论刑事法律关系的内容》,载《中国刑事法杂志》,2000年第2期。

有溯及力;第三,犯罪人死亡;第四,赦免;第五,刑事责任承担完毕;第六,缓刑考验期满;第七,复权;第八,前科消灭;第九,诉权消灭。论者进一步指出,刑事法律关系消灭的法律前提,是有关刑事责任消灭的刑法规范的规定。刑事法律关系消灭的事实前提,是现实生活中发生的依照刑法规范规定能够引起刑事责任消灭的非犯罪行为或非罪事件。^①

(二)刑事判例问题

学界曾围绕我国能否实行刑事判例制度展开过不小的争论,且至今意见尚未统一。有的学者认为,争论的根源和焦点仍在于我国究竟适合建立怎样的刑事判例制度。也就是说,要想解决究竟能否建立的问题,先应解决要想确立什么的问题。论者认为,刑事判例实质上就是一种刑事判决(包括裁决)范例。刑事判例不同于刑事案例,不同于刑事判例法,不能直接等同于刑事判决,与规范性司法解释亦有区别。所谓刑事判例是指由特定司法机关通过特定程序和形式创制的一种刑事判决范例,旨在为以后出现类似刑事案件提供法律上的认识依据,并以刑事判决或裁定为载体,具有普遍约束力的个案性刑事司法解释。通常这种判例的约束力表现为两种:一种作为法律渊源意义上的判例,具有普遍约束力,理论上称为具有规范性约束力的判决;另一种是不具有普遍约束力的判例,但事实上对司法机关具有相当的约束力,理论上称为具有事实上约束力的判例。我国公布过具有实际约束力的判例。关于刑事判例在性质上的定位,论者认为,依据其基本功能和作用应将其定性或定位于一种司法解释,而且是一种刑事司法解释。刑事判例正是一种个案性的司法解释,这不仅在许多国家得到承认,还主要在于它完全具备个案性司法解释的应有特征及功用。刑事判例是规范性司法解释的必要补充和完善。就其与刑法的关系而言,刑事判例是刑法的再版,是刑法适用的再生,是形象的、灵活的、具体的、现实的“刑法”。关于刑事判例在创制上的定位,论

者认为,必须经由特定主体和程序来完成。从刑事判例创制的过程来看,主要包括刑事判决书或裁定书的制作,从大量判决书和裁定书中选拔,经过法定机构和一定程序的认可,由一定机关于一定时间发布以及经过一定程序修改和废止等。审判机关是惟一能够创制刑事判例的司法机关。关于刑事判例在效力上的定位,论者认为,应当具有普遍约束力。刑事判例效力问题和刑事判例性质问题是密切联系的。就我国目前刑事司法实践看,除刑法典外,具有普遍约束力的当属最高人民法院的司法解释。将刑事判例定性为刑事司法解释的形式之一,自然有普遍约束力。刑事判例的效力低于刑法典,但与司法解释处于同一地位。关于刑事判例监督上的定位,论者认为,必须确定制约制衡机制,这种权力的定位应当由全国人大常委会和最高人民检察院来行使。^②

有的学者认为,刑事判例是指将一定法院对刑事案件的判决作为刑法渊源,成为定罪量刑的法律依据。论者认为,法治在刑法领域表现为罪刑法定原则。一个没有实行罪刑法定原则的国家,不可能是法治国家,罪刑法定原则,要求司法机关只能根据已经公布的刑法定罪量刑。但是,大陆法系国家与英美法系国家在理论上和实践上对刑法理解不同、要求不同。英美法系国家采用判例主义并未违反罪刑法定原则。同时,论者指出,刑法既要有确定性、可预测性,又要有灵活性、具体妥当性与发展性,大陆法系国家与英美法系国家在这方面都各有利弊。那是否可在我国推行判例法,同时将成文刑法与刑事判例法作为刑法渊源呢?论者认为,这并不能使成文刑法与刑事判例形成优势互补、弊害互克的格局。相反,在两种法源同时存在的

^① 参见张小虎:《论刑事法律关系的消灭》,载《上海市政法管理干部学院学报》,2000年第2期。

^② 参见李晓明:《论刑事判例在我国司法体系中的定位》,载《法学评论》,2000年第3期。

情况下,成文刑法仍然可能被随意解释,判例法的非民主性、溯及既往等缺陷各自独立存在,因而同时表现出来。基于上述认识,论者认为,应由最高人民法院、高级人民法院开庭审理案件,制作有充分理由的判决书,以其中的判决理由以及判决理由所形成的规则指导下级法院。成文刑法得到了法院判决的详尽解释。判决的法律依据是刑法而不是司法解释。在此基础上,逐步形成上级法院对下级法院判决的指导与约束作用。这样做,有利于确保对相同的案件作出相同的处理,对类似的案件作出类似的判决,从而限制司法权力,增强公民的预测可能性,真正实现罪刑法定原则。同时,在上述情况下,上级法院的判例也只是对成文刑法的一种解释,其权威来源于成文刑法。判例不是具有独立权威的法源,而是下级法院对于特定案件适用特定刑法条文的一个依据或基准。因此,对于成文刑法没有明文规定的所谓“犯罪”行为,无论如何也不可能以判例为根据追究行为的刑事责任。^①

(三)关于刑事法律观念问题

有人指出,审视新旧刑法及其相关的决定、修正案、司法解释,我们不难发现中国刑法改革呈现出一种新走向——刑法的民法化。(1)刑法中较为明确地引入了一些民法的基本原则。(2)最具私法(民法)色彩的刑事自诉制度的适用面扩大,并有继续之势。(3)有些原来在刑法中被视为犯罪的行为逐渐转化为民事行为。(4)在处理民、刑法律冲突时,确立了民事优先原则。(5)刑事责任日益带有民事责任的色彩。^②

有学者认为,在中国的刑法理论发展中,一个相对薄弱的环节是基本观念的保守与狭隘,因而制约了基础理论的开放与发展。“入世”后,我国刑法理论发展中的基本观念问题将受到间接的作用而发生变化。需要关注的问题主要表现在:(1)在规范的犯罪概念上,阶级对立的观点仍然体现在现行的法律规范当中,需要作出必要的变更。(2)在规范保护

的利益上,国家本位观念仍然占主导地位,对个人合法权利的保护重视不够。同时,犯罪的类型结构及表现形式会发生变化,主要表现为:第一,危害国家安全的犯罪将以新的形式出现;第二,侵害人身权利的暴力犯罪比例会降低;第三,涉及财产的犯罪或追求经济利益的犯罪将不可避免地增加,并将成为主要的犯罪类型;第四,贪污、贿赂等职务犯罪将改变普遍性、多发性特点,而呈现集中性、严重性特点;第五,环境问题日趋严重,环境犯罪的危害将被重新认识。在经济类犯罪中,具体的犯罪类型会随着社会经济技术的发展,呈现此消彼涨的变化。根据影响因素的不同,大致有以下变化:(1)利用高科技的犯罪,尤其是利用计算机的犯罪将呈现上升趋势。(2)跨国、跨境犯罪将增加。(3)走私犯罪将逐渐减少。在刑罚制度方面需要进行以下调整:(1)提倡刑罚谦抑与刑罚效益,少用重刑,尤其是死刑。(2)重视刑罚的多样化,充分发挥财产刑与资格刑的作用。(3)重视犯罪人的人格特征,完善刑罚个别化措施。^③

(四)有关刑罚目的的研究

在刑罚目的问题上,长期以来存在报应刑论与预防刑论之争。前者主张以报应为目的,后者主张以预防为目的。有学者指出,两者均具有一定的合理性,又具有难以克服的片面性,因而主张一体论。一体论的基本立论在于:报应与功利都是刑罚赖以生存的根本。一体论主要存在以下三种形态:(1)自然犯与法定犯相区分的一体论,该观点认为,刑罚具有报应与预防两方面的目的,这是从既存刑罚规范所必然得出的结论。(2)痛苦与谴责相统一的一体论,该观点认为,刑罚既蕴

^① 参见张明楷:《法治、罪刑法定与刑事法判例》,载《法学》,2000年第6期。

^② 参见姚建龙:《论刑法的民法化》,载《华东政法学院学报》,2001年第4期。

^③ 参见黄伟明:《加入WTO与我国刑法理论的发展与调整》,载《法学论坛》,2001年第2期。

含着痛苦,也潜藏着谴责。该学者认为,一体论的思想是可取的,在此基础上,可以提出刑罚目的二元论的命题。首先,报应与预防虽然在蕴含上有所不同,但从根本上仍然存在相通之处。报应主义强调刑罚的正当性,反对为追求刑罚的功利目的而违反刑罚正义性。但在不违反刑罚正义性的情况下,可以兼容预防的思想。其次,报应与预防的统一,应当以报应为主、预防为辅,即以报应限制预防,在报应限度内的预防才不仅是功利的而且是正义的。最后,报应与预防的统一,并且以报应为主、预防为辅,指的是在刑罚总体上以报应为主要目的,预防为附属目的,从而保持刑罚的公正性与功利性。但这并不意味着在刑事活动的各个阶段,报应与预防没有轻重之分。在刑事活动中,应当同时兼顾报应和预防这两个目的,但在刑事活动的不同阶段,两者又有所侧重:(1)刑罚创制阶段,实际上是刑事立法的过程。在这一阶段,立法者考虑的是需要用多重的刑罚来遏制犯罪的发生。因此,一般预防的目的显然处于主导地位,但对一般预防的追求又不能超过报应的限度。并且,在对不同犯罪规定轻重有别的刑罚的时候,又应当兼顾刑罚的报应目的,使两者统一起来。(2)刑罚裁量阶段,司法者应当根据行为人所犯罪行的的大小来决定刑罚的轻重,因而是以报应为主。在法定刑幅度内,可以兼顾一般预防和个别预防,使两者得以统一。(3)刑罚执行阶段,主要是指行刑过程。在这一阶段,行刑者应当根据犯罪人的人身危险性以及犯罪情节,采取有效的改造措施,消除其再犯可能。^①

有学者认为,行刑法蕴含了刑罚所没有涵盖的目标与内容。行刑法以刑罚为基础,立足于以恶制恶。但刑罚中却推导不出感化和扶助性矫治。矫治注入行刑法是基于刑罚先在的事实,它绝不是要制造强制与教育的矛盾,而是利用刑罚之外的力量,把刑罚负效应降低;此外,当惩罚、教育立足于保护普通公民的权利时,行刑法用受刑人的权利标准

把这些法律措施适用控制在合理范围。^②

(五)有关刑法因果关系问题的研究

长期以来,我国刑法因果关系研究一直围绕着“必然性”和“偶然性”、“内因”和“外因”等哲学命题争论不休,于司法实践的意义不大。因此,有学者指出,应切换我们的研究视角,构建新的研究模式。该学者在比较两大法系的因果关系理论之后,认为大陆法系的“条件说”和英美法系的“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”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。惟一不同的是,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”与因果历程的本体问题、“法律原因”与结果责任的归属问题,一一对应,完整地揭示了刑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。而大陆法系因果关系诸学说在理论上则是孤立的,每一学说都认为自己能够包含因果关系问题的所有内容,这样在理论上不免陷入了捉襟见肘的困境。但是,理论上的孤立并没能阻隔实践上的整合。实践中,在判断因果关系时,大陆法系的诸学说也常常是累积使用的。^③

(六)有关刑事责任能力的研究

有学者认为,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的能力。

① 参见陈兴良:《刑罚目的新论》,载《华东政法学院学报》,2001年第3期。

② 参见王利荣:《刑罚、行刑法新解》,载《现代法学》,2001年第4期。

③ 参见储槐植、汪永乐:《刑法因果关系研究》,载《中国法学》,2001年第2期。

责任能力的本质,是根据规范而行动的能力,也就是有责任行为能力。责任能力的地位,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。责任能力的存在时期,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。责任能力按照程度的差别,可以分为无责任能力与限制责任能力。所谓无责任能力,指责任能力欠缺的情况,所谓限制责任能力,指责任能力减低的情况。因为关于责任能力的行为人的精神状态具有多样性与阶段性,所以认定责任能力存在时,进而还有其“程度”问题,因而刑法将责任能力的程度低的一定阶段,设立作为独立范畴的限制责任能力(减低责任能力)的观念。刑法认为,有故意或者过失,作为原则就有责任能力,根据这一见地,在刑法中没有积极地揭示责任能力的内容,只限于个别地规定无责任能力与限制责任能力。无责任能力是阻却责任事由,限定责任能力是减轻责任事由。^①

(七)有关刑法基本原则的研究

1. 罪刑法定原则

罪刑法定原则作为刑法的一项基本原则,其基本含义就是法无明文不为罪,法无明文规定不处罚。它是以依法治国、保障人权为其价值取向的,其核心是刑法对人权价值的有力保障。有学者指出,把握这一原则须抓好四个环节:(1)要提高认识,转变观念,从根本上提高贯彻罪刑法定原则的自觉性,要树立与罪刑法定原则相适应的刑事法规。(2)要进一步完善刑事立法,维护刑法的稳定性和连续性。(3)要进一步提高司法人员的执法水平,保证罪刑法定原则在司法实践中的彻底贯彻。(4)要进一步强化法律监督职能,加强执法监督。^②

有的学者认为,罪刑法定原则不是一条法律标语,比在刑法中确立罪刑法定原则更为重要的,是在司法实践中贯彻罪刑法定原则,并且从罪刑法定与司法认定、罪刑法定与司法解释、罪刑法定与司法裁量三个不同角

度,分析了罪刑法定原则在司法适用中的问题。论者指出,司法认定包括对法律的认定与对事实的认定两个方面。法律的司法认定以法律规定为客体,在罪刑法定原则指导下,法律规定要求具有明确性,并且对“法”有正确理解。“法”仅指刑法,而法律明文规定不仅指法律的字面规定,还包括法律的逻辑规定。关于司法解释,在罪刑法定制度的构造中,主要是如何确定司法解释的限度问题,并进一步指出刑法解释是有限度的,这个限度就是罪刑法定原则。关于司法裁量,论者指出,罪刑法定制度下的司法裁量应受到限制。严格的罪刑法定原则,还要求将司法裁量权限制在一定的合理范围之内。^③

另有学者认为,罪刑法定原则的真正价值主要不是在于刑法典对其作出规定,而在于刑事司法中得到准确地贯彻执行,并且对刑事司法中遇到的法无明文规定的、但却有严重的社会危害性的行为如何处理作了详尽阐述。对于法无明文规定的严重危害社会的行为,应在坚持罪刑法定原则基础上,分别不同情况进行处理:(1)对于符合立法条件的行为,应及时予以立法;(2)对于不具备犯罪化立法条件的行为,坚持不以犯罪论处;(3)大力加强刑事立法的解释工作。^④

还有学者认为,我国刑法中确立的罪刑法定原则,不仅具有实体法上的意义,并且也具有程序法上的意义。既应注意防止司法机关逾越实体法规定的违背罪刑法定原则的行为,更要注意防止规避程序法限制的违背罪刑法定原则滥权之举,使罪刑法定原则真正

^① 参见马克昌:《责任能力比较研究》,载《现代法学》,2001年第3期。

^② 参见黎昕:《简论罪刑法定原则》,载《泉州师范学院学报》,2001年第3期。

^③ 参见陈兴良:《罪刑法定的司法适用》,载《华东政法学院学报》,1998年第1期。

^④ 参见李国如、张文:《刑法实施应贯彻罪刑法定原则——论对法无明文规定的严重危害社会行为的处理》,载《法学研究》,1999年第6期。

成为我国刑事司法活动中扼阻越权司法的界石与鸿沟,更好地发挥其“保障人权”的历史和现实功能。^①

有的学者认为,我国新刑法确立的罪刑法定原则,从正反两方面对罪刑法定原则进行了诠释,表明了我国肯定并认可罪刑法定原则的诚意和态度。我国新刑法对罪刑法定原则的贯彻表现在:首先,新刑法坚决摒弃了与罪刑法定原则相悖的那些原则;其次,新刑法基本上实现了犯罪的法定化;再次,新刑法也基本实现了刑罚的法定化。同时,有学者认为,新刑法尚有背离罪刑法定原则的情况:第一,罪刑法定原则的实质内容之一,即“法无明文规定者不为罪”的内涵表明,构成“罪”的实质条件,必须在法条中予以明确,此乃罪的法定。但是,新刑法在罪的法定方面仍然存在不足。第二,罪刑法定原则的另一个重要组成部分,就是刑的法定,即法无明文规定不处罚。新刑法对刑种和刑名均采取明确原则,但在某些具体条文规定中,尚存在有违背罪刑法定原则的现象。关于我国刑法罪刑法定原则的调整取向,论者认为,罪刑法定原则在刑法规范中的贯彻程度,关键取决于明确性原则在刑法规范中的适度实现,这主要有以下几个方面的要求:第一,对犯罪特征描述的详尽性;第二,对刑法条文用语表述的严谨性和确定性;第三,对犯罪情节、量刑情节的规定要具有可操作性。^②

2. 罪责刑相适应原则

有的学者认为,刑事立法上的罪责刑对称与司法上的罪责刑相适应是各国刑事立法、司法及刑法理论研究所追求的理想目标之一。然而,中国刑事立法上的罪责刑不对称,主要表现在:(1)罪轻而刑重之不对称,表现为犯罪较轻而刑罚设置过重,从而罪刑关系变异而不对称;(2)重罪行为轻罪化处理之不对称,表现在犯罪行为与定性罪名之间不均衡和不对称;(3)对于幼女保护之罪刑不对称,这是由于刑法法定刑刑罚设置在逻辑上的不协调和不严密导致的。罪责刑关系不对

称在司法上主要体现为:(1)重定罪轻量刑导致的罪责刑关系不对称;(2)功利化量刑导致的罪责刑关系不对称,这主要是重刑主义思想和过度从宽处罚导致的罪责刑不对称。基于以上认识,论者分别在立法与司法两方面提出罪责刑关系不对称的解决方式。具体而言,在立法方面,只能通过刑事立法的完善或者通过立法性解释来加以解决,而不能通过司法解释来处理;在司法方面,刑事司法所导致的罪责刑不对称,是基于司法管理现状、司法人员素质等诸多因素所造成的,解决此类罪责刑不对称问题,应当从其原因方面加以分析和解决。^③

有的学者认为,罪责刑相适应原则的基本含义是刑罚的轻重与犯罪分子所犯罪行的轻重相适应。其具体内容包括:第一,有罪当罚,无罪不罚;第二,轻罪轻罚,重罪重罚;第三,一罪一罚、数罪并罚;第四,同罪同罚,罪罚相当;第五,刑罚的性质应当与犯罪的性质相适应。罪责刑相适应原则的另一层含义是刑罚轻重应与犯罪分子承担的刑事责任相适应。刑事责任的根据是犯罪人实施的犯罪行为。犯罪行为既然是刑事责任的根据,它当然对刑事责任的轻重起着决定作用。犯罪行为即犯罪构成事实是一个由主体、客体、主观方面和客观方面等要件组成的具有特定性质和危害性的有机整体。刑事责任的轻重主要由犯罪构成事实这个有机整体的性质和危害程度来决定的。同时还要结合责任者的其他情况来判断刑事责任的轻重,论者进一步指出,西方刑法提出的罪刑相当原则,没有涉及刑事责任问题,而直接讲罪—刑均衡关系,我国新刑法把罪—责—刑的均衡关系统一起

^① 参见阮方民:《从旧兼从轻:刑法适用的“准据法原则”——兼论罪行法定原则蕴含的程序法意义》,载《法学研究》,1999年第6期。

^② 参见曾月英:《罪刑法定原则的确立、贯彻的基本评价及调整取向》,载《现代法学》,2000年第2期。

^③ 参见赵秉志、于志刚:《刑法基本原则的法条设置与现实差距》,载《法学》,1999年第10期。

来,这是比较科学的,应以刑事责任为纽带重新确立罪—责—刑三者的均衡关系的体制。^①

有的学者认为,罪责刑相适应原则是从客观主义刑法学派主张的罪刑对称和主观主义刑法学派主张的刑罚个别化演变而来的。罪责刑相适应原则的基本含义可以表述为:在为犯罪制定刑罚和对犯罪人裁量执行刑罚时,要使刑罚的轻重与行为人的行为性质及客观危害程度相适应,同时也要考虑到行为人的具体情况,使刑罚的轻重与行为人的主观恶性程度相适应。该原则既反映罪刑对称和刑罚个别化的有机统一,也体现了我国刑罚一般预防与特殊预防相结合的目的,符合当代世界范围内进步刑法思想的发展潮流。这项原则应成为我国刑事立法和刑事执法的一项基本原则,罪责刑相适应中的“罪刑”应当是具体犯罪构成所要求的全部事实,而“刑事责任”则是犯罪人在犯罪过程中以及犯罪前后所表现出来的,决定其人身危险性的一系列主观情况。^②

3. 刑法面前人人平等原则

有的学者指出,刑法面前人人平等原则的法典化,旨在倡导公平的刑法适用模式。我国刑法总体上贯彻了刑法面前人人平等原则,但此种贯彻却不是始终如一的。这种立法上的缺憾主要表现在:(1)基于所有制形式而导致的平不等问题,论者认为应通过刑事立法的循序渐进的变革加以调整,以实现公有制与其他所有制形式在受刑法保护程度和保护力度上的彼此协调与平等;(2)单位犯罪与自然人犯罪之间的不平等性,单位犯罪的量刑幅度和最高刑均低于自然人犯罪。刑法面前人人平等原则在司法上的难点主要体现在罚金的司法适用和宏观上的不平等等状况。论者进一步指出要对刑法面前人人平等原则辩证地理解。刑事立法上所表现出的某些形式上的不平等,实际上正是刑法面前人人平等在更深层次上的体现。但是,对于刑事立法上所体现出的有违刑法面前人人平等原则

的立法缺憾和刑事司法过程中有违刑法面前人人平等原则的司法缺憾,应当尽快通过立法补救措施和细化司法解释等方式来加以解决。^③

(八)有关犯罪构成问题的研究

有的学者认为,犯罪构成既是法律规定又是理论体系,犯罪构成与犯罪构成理论二者相辅相成,紧密联系,但又是不同的概念。犯罪构成是我国刑法规定的某种行为构成犯罪所必须具备的一切客观与主观要件的总和。犯罪构成理论是关于制定、说明和运用构成犯罪规定的理论。法律的犯罪构成和犯罪构成理论非同一性的现实表现在于,犯罪客体按我国犯罪构成理论的通说是犯罪构成的共同要件,但是刑法分则条文中很少有犯罪客体的规定。这种非同一性的根据在于法律和理论不同的特点。基于以上认识,论者进一步阐述了犯罪构成理论与犯罪构成法律表现的关系,即尽管犯罪构成的理论与犯罪构成的法律表现都是说明犯罪的,但由于说明方法不同,表现出在作用、内容、体系上的差异。犯罪构成理论与犯罪构成的法律表现是不同的,这种不同源于它们的不同功能,这种不同功能又决定于各自不同的特征,不同的功能与特征表明可以形成不同的体系。因此,理论刑法学与注释刑法学应作明确划分,建立不同的体系。^④

另有学者认为,犯罪构成既有理论属性,又有某些法律的属性。犯罪构成具有理论属性主要体现在:第一,在我国,犯罪构成是先于刑法规定而提出的一种理论,已经形成了一个理论体系;第二,承认犯罪构成具有理论

^① 参见赵大利:《论我国新刑法罪责刑相适应原则》,载《求是学刊》,2000年第3期。

^② 参见刘德法:《论罪责刑相适应原则》,载《国家检察官学院学报》,2000年第2期。

^③ 参见赵秉志、于志刚:《刑法基本原则的法条设置与现实差距》,载《法学》,1999年第10期。

^④ 参见李洁:《法律的犯罪构成与犯罪构成理论》,载《法学研究》,1999年第5期。

的属性,是由于我国刑事立法还没有通过立法规定将犯罪构成的理论法定化;第三,表明现有的对犯罪构成的研究和探索,已经开始试图以现有的刑法规定为基础,但它的表现形式仍然是学术的探索和学理归纳。犯罪构成的法律属性主要体现在:第一,我国刑法规定的犯罪的特征,犯罪的要件是犯罪构成概念和理论的努力要求;第二,我国刑法分则对各种具体犯罪的规定,在某种程度上,都是努力依据犯罪构成的基本理论加以明确的;第三,犯罪构成内容在法律规范中的体现范围和程度的扩大,说明犯罪构成的法律属性比重的加强。论者在阐述了犯罪构成的属性后,又对犯罪构成的主体与客体进行了分析。论者指出,犯罪主体不可能是、也不应该是犯罪构成的必要条件。犯罪客体只是具体的客观事物,它也不应是犯罪构成的一个独立构成要件。犯罪构成只有两个必要的构成要件,即作为主观要件的主观罪过和作为客观要件的客观行为。主观要件是定罪的内在依据,客观要件是定罪的外在依据。^①

还有学者认为,对于犯罪构成的概念,只能从一个角度赋予,即只有规范性质的犯罪构成,而不存在什么概念或范畴的犯罪构成。现实或事实的犯罪构成,这种规范性质的犯罪构成,是由成立犯罪所必需的、彼此之间相互联系和相互作用的各种主客观要件的有机统一体。基于犯罪构成的概念,其基本特征有:(1)犯罪构成是犯罪成立所必需的各种主客观要件的有机整体;(2)犯罪构成是刑法所明文规定的;(3)作为犯罪构成(犯罪的成立)内部结构因素的要件,都是能够反映社会危害性的事实特征(但不是事实本身)。^②

有的学者认为,犯罪构成是犯罪论的基石。可以将犯罪构成定义为:刑法规定的,为构成犯罪所必需的客观要件(罪体)与主观要求(罪责)的有机统一。把犯罪构成作为刑法理论的基石范畴,需要从理论上进一步对其性质加以界定:第一,犯罪构成是法律规定还是理论命题,论者认为应当从法定性与理论

性的统一上理解犯罪构成;第二,犯罪构成是法律标准还是构成事实,论者认为犯罪构成不能等同于构成事实,只能在法律关于犯罪的规定或者标准意义上界定犯罪构成的性质;第三,犯罪构成是纯客观性要素还是包括主观性要素,论者认为犯罪构成既包括客观性要素又包括主观性要素;第四,犯罪构成是纯记述性要素还是包括规范性要素,论者认为构成要件当然首先是客观事实的记述,还需要通过规范性要件规定构成要件。关于犯罪构成的体系,论者认为,犯罪构成是由主观与客观的一系列要件组成的,这种要件按照一定的逻辑建构形成犯罪构成的体系。犯罪构成要件至少应包括行为要件和罪过要件:第一,犯罪客体的存在是不必要的,它不是犯罪构成要件;第二,将犯罪主体作为犯罪构成要件同样会引起逻辑上的矛盾,它也不是犯罪构成要件;第三,违法性也不是犯罪构成的一个要件,而是犯罪的特征。论者认为,犯罪构成应当采取二分体系,即罪体与罪责。罪体是犯罪构成的客观要件,罪责是犯罪构成的主观要件,两者是主观与客观的统一。同时,论者还对犯罪构成的分类作了研究,认为根据各种犯罪构成的不同性质、特点,不同角度,依据不同标准,大致可以分为:基本的犯罪构成与修正的犯罪构成;普通的犯罪构成与派生的犯罪构成;简单的犯罪构成与复杂的犯罪构成;叙述的犯罪构成与空白的犯罪构成;封闭的犯罪构成与开放的犯罪构成。^③

有的学者对犯罪过程中的注意能力、注意义务及注意能力和注意义务的关系作了系统研究。论者认为,应将注意能力表述为:行为人所具有的认识自己的行为可能发生危害

^① 参见杨兴培:《犯罪构成的反思与重构(上、下)》,载《政法论坛》,1999年第1期,第2期。

^② 参见肖中华:《我国刑法中犯罪构成概念的再探讨——为犯罪构成“法定说”所作的论证》,载《法学评论》,1999年第5期。

^③ 参见陈兴良:《犯罪构成的体系思考》,载《法制与社会发展》,2000年第3期。

结果的能力,认识自己究竟应采取怎样的措施才能有效防止危害结果发生的能力和基于上述认识而采取措施以避免危害结果发生的能力。注意能力的判定标准应坚持主客观相统一,但以主观为主的标准,具体从以下几方面分析:第一,社会上的人都是具体的人,每个人的认识能力是不同的;第二,行为人的认识能力要得以正常发挥必须具备一定的外部环境和条件;第三,坚持主观标准,就会得出与实际情况相符合的准确结论;第四,强调主观标准,同时并不忽视客观标准的参考意义。注意义务是指对法律、法令及社会日常生活所要求为一定行为或不为一定行为应当谨慎小心,以避免危害社会结果发生的责任。注意义务的内容应当包括预见危害的义务和避免危害结果发生的义务,同时后者又包括行为人在主观上应当考虑到如何采取措施以避免危害结果发生的义务和客观上应采取适当措施以避免危害结果发生的义务。在设立或确定注意义务时,应当遵循两个递进而非并列的原则:第一,切实保护社会共同生活秩序的原则;第二,合理限定原则。在合理限定注意义务的同时,不应孤立地看待某一个方面或某一种因素,而应当综合考虑以下因素:注意能力(一般人的注意能力和高于一般人的注意能力)、行为的危险程度、行为对社会的重要程度、行为所处的特定的环境和条件等因素,同时考虑可以允许的危险的理论和信赖原则在减轻、缓和及免除义务时的具体运用。关于注意能力与注意义务的关系可以归结为:注意义务的有无并不取决于注意能力的有无,有注意能力并不一定负有注意义务,有注意义务并不一定就有注意能力。注意能力和注意义务对认定犯罪过失具有不同的作用,注意义务是从客观的意义上提供应当预见或避免的法律标准,而注意能力则是从主观的意义上提供应当预见或避免的事实根据。两者的统一就是“应当预见”或“应当避免”。^①

犯罪加重构成(加重犯)是一种复杂但在

刑法中又比较常见的犯罪形态,它是一种在基本构成基础之上又具备了加重要件(加重因素)的相对独立的犯罪构成形态。犯罪加重构成与故意犯罪形态的关系是复杂的。有学者比较了各种观点之后认为,加重构成是指在基本犯的构成基础之上具有了加重要件(加重因素)的一种相对独立的犯罪构成形态。对于加重构成的分类,一般认为,加重构成形态可分为结果加重犯、情节加重犯和数额加重犯。论者认为加重构成的特殊性在于其具有“加重因素”,即导致加重构成社会危害性增加且区别于基本犯构成的要素。主要包括以下几类:(1)身份加重;(2)对象加重;(3)手段加重;(4)结果加重;(5)数额加重;(6)情节加重。^②

(九)有关共同犯罪的研究

共同犯罪是二人以上共同实施的犯罪,是犯罪的特殊形态之一。广义上的共犯包括共同正犯、教唆犯与帮助犯,狭义的共犯指教唆犯与帮助犯。有学者认为,共同犯罪之共同性,是法律规定的构成要件之共同而非事实上行为之共同。单独犯罪是一人所犯之罪,根据个人责任原则,罪责自负,不得株连未参与实施犯罪之人;而共同犯罪是数人共犯之罪,这里的犯罪虽然也是单一之罪,但参与者却是数人,共同犯罪是以共同犯罪行为与共同犯罪故意为基础的,由此而与因一人犯罪而追究未实施犯罪之人的刑事责任的株连相区分。因此,共同犯罪之共同责任与现代刑法所要求的个人责任原则并不矛盾。该学者认为,共犯对于正犯来说具有一定的从属性,即共犯的犯罪性来自于正犯。这种从属,是法律性质上的从属。正犯在共同犯罪中居于核心的地位,任何一种从属性共犯存在其自身不从属于正犯的独立性。从属性共

^① 参见赵秉志、刘志伟:《犯罪过失理论若干争议问题研究》,载《法学家》,2000年第5期。

^② 参见周光权、卢宇蓉:《犯罪加重构成基本问题研究》,载《法律科学》,2001年第5期。

犯虽然是以表现其教唆行为、帮助行为的正犯行为为介体,才带有现实的犯罪性的,然而,其犯罪性的基础当然存在于教唆行为、帮助行为自身之中,在正犯行为不能完全与教唆行为、帮助行为连接起来时,就必须承认从属性共犯本身的独立意义。论者认为共犯是指狭义上的共犯,是共犯理论的主要内容。共犯又分为:(1)组织犯,是指组织他人实行犯罪的人。(2)教唆犯,是指教唆他人犯罪的人。(3)帮助犯,是指帮助他人犯罪的人。^①

有的学者认为,现行《刑法》主要对共同犯罪作了四个方面的变动:第一,对犯罪集团的概念予以法定化,即《刑法》第26条第2款规定:“三个人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织,是犯罪集团。”犯罪集团概念的法定化是中国刑事立法的一大进步,其意义在于:它是我国与犯罪集团作斗争的过程中长期积累的刑事立法和实际经验的总结;澄清了犯罪集团的构成特征,便于集中力量打击犯罪集团;弥补了此前的刑事立法在犯罪集团的规定方面存在的缺陷。第二,明确了主犯的定罪范围。刑法典对主犯如何定罪的规定在总结了以往刑事立法基础上,吸收了其合理成分而作出的。这一规定化解了以往刑事立法、刑事理论在共同犯罪人定罪范围方面的纷争,使我国的共同犯罪立法更科学。第三,取消了主犯从重处罚的原则。第四,缩小了胁从犯的外延。论者认为,胁从犯并无成立独立的共犯之必要性。^②

另有学者对教唆犯的概念和成立要件作了系统的研究。论者认为,教唆犯是指故意怂恿、指使具有刑事责任能力的人犯罪的人。至于教唆的具体方式方法,是否引起被教唆人实行犯罪的意图,是否实际地致使他人犯罪等,就不必在教唆犯概念中展开论述,这也是概定定义言简意赅的要求。教唆犯有以下两个成立要件:第一,主观方面必须有教唆他人犯罪的故意,包括直接故意和间接故意,具体内容可以从意识因素与意志因素两个方面来分析。从主观方面看,行为人(教唆犯)必须有教唆他人犯罪

的故意,至于被教唆人是否因其教唆而产生犯罪故意,则不影响教唆犯的成立。第二,客观方面必须有教唆他人犯罪的行为。教唆他人犯罪的含义,是指怂恿,指使他人实施刑法分则规定的具体的罪;教唆的方法和手段可以多种多样;教唆强度必须是足以引起或者坚定被教唆人的犯罪意图并且未使被教唆的人丧失自由意志;教唆的行为方式必须是积极的作为形式。论者还进一步指出,教唆的本质特征就是使那些本无犯意或者犯意不够坚定者具有犯意或坚定其犯罪,并使其决意实施犯罪。因此对于已经具有犯罪意思但在犹豫不决的人,再用言词鼓励或者激发,促其下定犯罪决心的构成教唆犯。^③

(十)有关正当防卫的研究

有的学者认为,对正当防卫之必要限度予以准确和完整的科学界说,是对正当防卫进行研究的第一步,对正当防卫之必要限度的界说,包括什么是正当防卫的必要限度和如何确定正当防卫的必要限度。论者认为,对公民实行正当防卫予以肯定、鼓励、支持和保护是法律设置正当防卫制度的根本精神,而对任何非正当的“防卫”,都必须排除于法律之外,片面夸大对严重暴力犯罪实行防卫可以“造成不法侵害人伤亡”的任意性,是对法律精神的曲解,极易成为个人私刑报复的“合理”依据。^④

另有学者对正当防卫的起因和必要限度作了系统研究,论者指出,正当防卫的起因是急迫的不法侵害,对不法侵害内涵的界定是判断正当防卫行为的出发点。^⑤

① 参见陈兴良:《共同犯罪论》,载《现代法学》,2001年第3期。

② 参见赵秉志、陈一榕:《关于共同犯罪问题的理解与适用》,载《中国刑事法杂志》,1999年第2期。

③ 参见魏东:《教唆犯的概念与成立要件问题研究》,载《中国刑事法杂志》,1999年第5期。

④ 参见杨忠民:《对正当防卫限度若干问题的新思考》,载《法学研究》,1999年第3期。

⑤ 参见马登民、崔克立:《论正当防卫的起因及必要限度》,载《中国刑事法杂志》,1999年第2期。

还有学者对《刑法》第20条第3款规定提出了自己的看法。对我国多数刑法学者将该款冠之以“无限防卫权”提出质疑。^①

有的学者认为,公民的防卫权,亦即公民的正当防卫权,是指法律赋予的公民为了使合法权益免受正在进行的不法侵害而对不法侵害者作出反击的权利。公民的防卫权的立法根据有三个:第一,自然根据,亦即人的自我保护;第二,社会根据,亦即社会评判,就是以社会道德、伦理来评价人们行为的善恶是非、公正与偏私;第三,法理根据,亦即法的自我保全。根据我国现行《刑法》的规定,公民的防卫权具有如下特征:第一,权利行使的限制性;第二,权利主体的防卫意图;第三,权利对象的特定性。论者进一步指出,我国现行《刑法》关于公民防卫权的规定,尚存在一些缺陷和不足,有待于进一步完善:第一,用语缺乏规范性、科学性;第二,“必要限度”的规定过于抽象;第三,将公民的人身权利、财产权利之外的其他权利作为正当防卫保护的对象无现实意义;第四,无限防卫权的设立将会带来对正当防卫权的滥用。^②

有的学者认为,正当防卫的构成应从三个方面予以阐述:第一,前提条件。具体说,该前提条件有二:其一,必须有不法侵害事实的存在;其二,正当防卫必须是不法侵害正在实施时才能进行。第二,基本条件。所谓基本条件,是指成立正当防卫最主要的条件、其他条件都是由其派生或为其服务的。论者进一步指出,西方国家的刑法及刑法理论一般认为,不得已已是正当防卫成立的条件之一,是比较科学的。同时鉴于我国刑法规定有特殊防卫行为,不得已应该作进一步解释。一是通行解释,即只要有其他方式可以保护合法权益不受侵犯,就没有必要采取正当防卫;二是根据我国刑法的特点作的进一步解释,即在特殊防卫场合,致不法侵害者于死地必须是出于无奈。不得已作为正当防卫条件之一的原因在于:第一,正当防卫的性质特征决定了不得已已是正当防卫成立的条件;第二,不法

侵害外延的广泛性决定了不得已已是正当防卫的成立条件;第三,不得已成为正当防卫的成立条件对特殊防卫具有特殊意义。^③

有的学者对无限防卫权作了专门研究。论者认为,无限防卫权在刑法中的确立,并没有更多的实际意义。事实上,正当防卫包括了无限防卫全部的内容。论者还进一步指出,无限防卫权在刑法上的确立,不仅在立法上显得多余,而且对司法实践也没有多大现实意义。相反,若对无限防卫认定和处理不当,那么将不可避免地损害不法侵害者应有的合法权益。^④

有学者认为,正当防卫制度古来有之,但与现代刑法的规定相比,防卫的对象、条件和对于正当防卫的限制均不相同。我国新《刑法》对于正当防卫的规定,可以说是基本上建立了一种“无限防卫权”制度,这对于打击犯罪、保护人民生命健康和财产权利必将起到积极的作用。但其中关于对“行凶”者可以进行正当防卫的规定是否科学,值得商榷。所以,有必要对新《刑法》规定的正当防卫制度进行深入的研究和探讨^⑤。

(十一)量刑问题

有的学者对量刑的基准问题进行了深入研究。论者指出,研究量刑基准既可为个罪刑罚量的求得提供参照系,也能有效防止量刑的畸轻畸重。^⑥

^① 参见刘艳红、程红:《“无限防卫权”的提法不妥当——兼谈新〈刑法〉第20条第3款的立法本意》,载《法商研究》,1999年第4期。

^② 参见徐振华:《论刑法中的防卫权》,载《法学评论》,2000年第3期。

^③ 参见唐若愚:《正当防卫二议》,载《法学评论》,2000年第5期。

^④ 参见徐跃飞:《对无限防卫权的法律思考》,载《河北法学》,2000年第4期。

^⑤ 参见赵秉志、刘志伟:《正当防卫理论若干争议问题研究》,载《法律科学》,2001年第2期。

^⑥ 参见周光权:《量刑基准研究》,载《中国法学》,1999年第5期。

(十二)单位犯罪问题

在单位犯罪的研究中,单位犯罪刑事责任的本质,即单位到底是因为自己固有的原因而承担刑事责任,还是对其组成人员的犯罪行为负连带责任的问题,历来是单位犯罪研究中的难题。有学者认为,我国刑法的通说将“经单位集体讨论或单位负责人决定实施的危害社会的行为”作为单位犯罪的核心要件,但是,这种理解具有难以划清单位代表或机关成员的犯罪和单位自身犯罪之间的界限、扩大或缩小单位负刑事责任的范围、不符合现实社会中的单位犯罪的实际情况、无法适用于规模较大的现代企业等弊端。在追究单位犯罪的刑事责任时,应从追究单位自身固有的责任角度出发,除关注单位集体决定和单位负责人的决定之外,还应考虑单位的目标、业务范围、规章制度、防范措施等单位自身制度方面的情况。这样,才能准确地把握单位的真实意志,正确地认定和处理现实中所发生的单位犯罪。^①

有的学者认为,单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位谋取非法利益,经单位集体决定或者主要负责人员决定,故意或者过失实施的依照法律应当受刑罚处罚的行为。同时,应当指出,对单位犯罪采用两罚制,即一方面处罚单位,另一方面处罚单位里的有关自然人并不是对两个犯罪主体进行处罚。^②

另有学者对单位犯罪的主体进行了系统研究。论者肯定了单位作为犯罪主体的理论,指出那种完全根据以自然人犯罪为惟一本位的刑法理论来论述单位犯罪能力和刑事责任能力的传统思维定式是不合理的,应摒弃传统自然人犯罪主体理论的束缚,承认法人自身的整体意志和行为,即法人具有独立其组成人员之外的犯罪能力和刑事责任能力。论者指出,根据完全法律人格理论,结合我国司法实践,表面上的完全法律人格应予以否认的情形在理论上可归纳为以下几类:(1)非依法成立的单位;(2)虽依法成立,但犯

罪对该单位又不符合法律规定的条件,也应否认其法律人格,不能按单位犯罪处理;(3)单位整体意志的形成能力欠缺;(4)单位整体意志的控制能力欠缺。^③

还有学者从单位成员行为的双重性与单位犯罪的关系方面展开了详尽阐述。同时,论者进一步指出,单位成员行为双重性是有条件的,这一条件也是单位成员的行为构成单位行为的条件:第一,必须是单位决策机关(包括单个决策者)为了单位利益决定的而由单位成员实施的行为;第二,必须是在单位行为的存在范围之内。^④

有的学者针对当前理论界有关单位犯罪的主体。单位犯罪与共同犯罪的关系以及单位犯罪的刑事责任三个争议较大的问题作了进一步探析。^⑤

有的学者认为,单位共同犯罪包括单位与单位之间、单位与非单位成员间的共同犯罪。同时,论者认为应该摒弃共同单位犯罪这一不科学、不规范的提法,统一采用单位共同犯罪这一术语,并且将单位犯罪本身排除于单位共同犯罪范畴之外。^⑥

有的学者对单位犯罪中“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”作了专门研究。^⑦

(十三)有关紧急避险的研究

有学者认为,紧急避险是近代各国刑法

① 参见黎宏:《论单位犯罪的刑事责任》,载《法律科学》,2001年第4期。

② 参见周振想:《单位犯罪若干问题研究》,载《华东政法学院学报》,1999年第1期。

③ 参见孙光焰:《单位犯罪主体论》,载《华东政法学院学报》,1999年第4期。

④ 参见卢勇:《单位成员行为的双重性与单位犯罪》,载《华东政法学院学报》,1999年第4期。

⑤ 参见喻伟、聂立译:《单位犯罪若干问题研究》,载《浙江社会科学》,2000年第4期。

⑥ 参见王焰明:《单位共同犯罪及刑事责任探讨》,载《江苏公安专科学校学报》,2000年第4期。

⑦ 参见黎宏:《论单位犯罪中“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”》,载《法学评论》,2000年第4期。