



刑法新视野研究丛书

犯罪化与非犯罪化是刑事立法和司法活动中的永恒话题。从我国连续出台的《刑法修正案》来看，犯罪化都是历次刑法修正的主题，并且，近年来犯罪化呈现出扩大化之趋势。此种现象，值得我们深入研究，不仅要知道刑法修正的是什么，更要知道其合理性及不足。对某种行为而言，是犯罪化还是非犯罪化？该行为是否具有严重的社会危害性，显然是对其作出判断的基础。总体上，在价值观念多元化的现代社会，刑法的人权保障理念及其谦抑原则等要求对危害社会行为理性地进行犯罪化。

犯罪化与非犯罪化研究

Study on the Criminalization and Decriminalization

李正新 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

本著作系中南财经政法大学高校基本科研业务费项目“刑法立法中的犯罪化及其限度”（编号：31541110705）的研究成果。



刑法新视野研究丛书

犯罪化与非犯罪化研究

Study on the Criminalization and Decriminalization

李正新 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

犯罪化与非犯罪化研究/李正新著. —武汉: 武汉大学出版社, 2016. 11
刑法新视野研究丛书
ISBN 978-7-307-18839-6

I. 犯… II. 李… III. 刑事犯罪—研究—中国 IV. D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 274977 号

责任编辑:詹 蜜 责任校对:汪欣怡 版式设计:马 佳

出版发行: **武汉大学出版社** (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 虎彩印艺股份有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 13.5 字数: 194 千字 插页: 1

版次: 2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-18839-6 定价: 36.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

引言	1
第一章 犯罪化与非犯罪化的源流	10
第一节 国外的犯罪化与非犯罪化	11
一、新派理论的犯罪化、非犯罪化的肇始	13
二、新社会防卫运动的犯罪化、非犯罪化的发展	18
三、世界性“非犯罪化、非刑罚化”的刑法改革运动及 反思	23
第二节 我国刑法的犯罪化与非犯罪化	27
一、79 刑法之前的自发性犯罪化刑法立法	28
二、97 刑法对 79 刑法的现实性犯罪化与非犯罪化 刑法立法	30
三、97 刑法后的刑法国际化中的犯罪化与非犯罪化 刑法发展	35
第二章 犯罪化与非犯罪化的概念	48
第一节 犯罪的概念	48
一、学说争论	49
二、概念厘清	53
第二节 犯罪化与非犯罪化概念的厘清	58
一、犯罪化	58
二、非犯罪化	79
第三节 相关概念的辨析	85
一、除罪化	85

二、非刑罚化	88
第三章 犯罪化与非犯罪化的刑法根据	93
第一节 “犯罪化与非犯罪化”与对犯罪功能的认识	94
一、犯罪功能论——对犯罪的理性辩证认识	95
二、犯罪的边际问题——犯罪化与非犯罪化的前提性 根据.....	103
第二节 “犯罪化与非犯罪化”与对刑事责任归责论的 认识.....	107
一、刑事责任归责论——对犯罪主客观标准的认识.....	107
二、犯罪的边际问题——犯罪化与非犯罪化的主客观 标准性根据.....	114
第三节 “犯罪化与非犯罪化”与对刑罚目的的认识	116
一、刑罚目的论——对刑罚正当性的认识.....	117
二、犯罪的边际问题——犯罪化与非犯罪化的 必要性根据.....	123
第四章 犯罪化与非犯罪化的刑事政策根据.....	127
第一节 犯罪化与我国“严打”刑事政策	130
一、我国“严打”刑事政策概述	130
二、关于我国“严打”刑事政策的争论及其变迁	133
三、小结.....	137
第二节 非犯罪化与我国刑事立法政策.....	139
一、我国“宽松”刑事政策概述	139
二、我国“宽松”刑事政策的理论基础	142
三、小结.....	151
第三节 犯罪化与非犯罪化的辩证关系.....	153
一、犯罪化与非犯罪化在理念上相互融合.....	154
二、犯罪化与非犯罪化在实践上相互补充.....	157

第五章 犯罪化与非犯罪化的适用.....	159
第一节 犯罪化与非犯罪化的适用范围.....	159
一、前提性认识与分析.....	159
二、刑事司法中的犯罪化问题.....	162
三、刑事立法与刑事司法中犯罪化、非犯罪化的关系.....	168
第二节 犯罪化与非犯罪化的刑法立法.....	171
一、犯罪化的刑法立法模式.....	172
二、非犯罪化的刑法立法选择.....	182
第三节 犯罪化、非犯罪化与刑法解释.....	186
一、刑法解释概述.....	187
二、刑法解释中的犯罪化.....	190
三、刑法解释中的非犯罪化.....	196
结语.....	200
参考文献.....	203

引言

犯罪化与非犯罪化是刑事立法和司法中的主要问题。刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律体系，究其实质，都是围绕着犯罪问题这一中心而展开的。犯罪是刑事法律现实存在的基础和理论的逻辑起点，现实社会中纷繁复杂的具体犯罪表现决定着一个国家刑事法律的存在及其范围和规模。刑事法律正是作为打击和预防犯罪的应对之物而存在的，而且，刑事责任和刑罚又可以说是犯罪的确定必然的法律后果，某种行为在被确定为犯罪之后就要面对承担相应的刑事责任和刑罚的问题。事实上，除却刑事法学者对犯罪化与非犯罪化问题的满怀热情，一般社会民众对某种危害社会行为的法律判断，自觉或不自觉都离不开犯罪化与非犯罪化这一刑事法律基本问题。下面，以近年来我国刑事立法和司法实践中两个热点问题为例加以说明。

一是见死不救或见危不助行为是否应入罪的问题。近年来，由于种种原因，社会中见死不救或见危不助现象频频发生，无情拷问着社会的道德底线，由此引发了刑法学界和社会民众对于是否应该把这种行为纳入刑法即规定为犯罪的争议。2005年3月，人大代表陈文希就建议在刑法中增设“见危不救和见死不救罪”，公民对于国家公共利益与他人的合法权益遭受灾害时，负有救助义务；对于“见死不救”行为，可以按其社会危害性及责任人当时的主客观条件，追究其刑事责任。同时应制定“见义勇为为法”^①。2011年，事发于广东佛山的“小悦悦事件”再次将人们的视线聚集到这一问题，该事件一经报道就引起了社会各界广泛的关注和对是否

^① 网易·人大代表建议增见死不救罪和制定见义勇为法 [EB/OL]. <http://news.163.com/05/0303/13/1DU1TGI70001124T.html>.

应增设“见死不救罪”的激烈讨论。2011年10月13日,2岁的小悦悦(本名王悦)在广东佛山南海黄岐广佛五金城相继被两车碾压,7分钟内,共有18名路人路过但都视而不见,漠然而去,最后一名拾荒阿姨陈贤妹上前施以援手。但终因伤势太重,10月21日经医院抢救无效而离世。媒体报道后,10月23日,广东佛山280名市民聚集在事发地点悼念“小悦悦”,宣誓“不做冷漠佛山人”。^①无独有偶,2014年8月19日,在湖南祁东县人民医院又发生了“老人摔倒死亡,医生见死不救”的事件。据新闻报道:在当天上午约11时,59岁的王伟云老人在医院住院楼的缴费大厅排队缴费时,突然倒地,头部还撞在了墙上,而在老人倒地之后的12分钟内有数名医院工作人员从其身边走过,却迟迟没有人把他扶起来送进抢救室,也没有人对他进行专业的抢救,老人最终不治而亡。其间,有人捡起了老人的缴费单,有人用脚蹭开了老人身边的纸张,更多的人是直接绕行了。老人家属在看了监控视频之后,认为医护人员见死不救,令人非常气愤。该事件经媒体曝光之后,旋即引起了善良百姓的强烈愤慨情绪,不乏对该医院及其医护人员见死不救行为的口诛笔伐。^②的确,该事件发生在以救死扶伤为天职的医院,医护人员也常被人们誉为“白衣天使”,自然被寄予救治生命的厚望,老人在医院摔倒却得不到及时有效的救治,终致不治而亡,这位老人可谓是死在了最不该死的地方,又怎么能不让人难以接受呢?但由于我国法律并没有见死不救行为构成犯罪的明确规定,在相关医护人员并没有违反医学诊疗规范的情况下,其只能是道德的问题,并不构成犯罪。几乎每当发生类似的让人痛心的见死不救或见危不助的行为,人们在纷纷谴责冷漠路人见死不救的同时,更关心的是能否将这种见死不救的行为作为犯罪处理。

二是在2006年的许霆案中,由其行为是否构成犯罪引发的广

① 百度百科.小悦悦[EB/OL].http://baike.baidu.com/link?url=ZmP6YCGufSaCpoxeNyDJs8PcB1alz_Mt6I6bMESTB6NUOuAr49gaUvIDC5Zw2FQdvwCUXgEGM_Yb0B5fY78Qy;网易.280名佛山市民宣誓“不做冷漠佛山人”[EB/OL].<http://news.163.com/photoview/00AP0001/18269.html>.

② 央广网.湖南六旬老人倒在医院 10名医护人员被疑见死不救[EB/OL].http://china.cnr.cn/yaowen/201409/t20140904_516377765.shtml.

泛争议。许霆在银行 ATM 自动柜员机取款时，碰巧 ATM 机发生了故障，取 1000 元而账户只扣 1 元。之后他 171 次前往 ATM 提款，违法获利 17.5 万元。案发后，广州市中院一审认为，许霆以非法侵占为目的，盗窃金融机构，数额特别巨大，行为已构成盗窃罪，依法判处无期徒刑。对他利用 ATM 故障多次取钱的行为，是否构成犯罪？这引起了我国法学界和社会民众的广泛关注，形成了构成犯罪和不构成犯罪的激烈争论。一审后，或受当时社会及网络上强大舆论压力的影响，2008 年 3 月广州市中院判定许霆犯盗窃罪，但改判为 5 年有期徒刑；此后许霆再度提起上诉，2008 年 5 月广东省高院宣布驳回上诉，维持原判，至此该案尘埃落定。对此，法学界和社会民众不乏主张许霆的行为不构成犯罪的观点。2008 年 3 月初，在事发地广州举行的广东省律师协会研讨会上，专家律师对许霆案涉及的法律问题进行专题研究探讨，其中八成与会者认为许霆无罪。^① 在广州市中院的二审中，二审律师也是作的无罪辩护。^②

在上述两例中，前者即见死不救或见危不助现象是社会发展中出现的新问题，虽然事实上人们对见死不救或见危不助的行为表示强烈的谴责，但现行刑法并没有将其规定为犯罪，人们对这一问题的关注是这种行为是否应在刑事立法中被予以犯罪化。后者即许霆案，该案刚被报道之际，法学界和社会民众关注的是许霆“恶意取款”行为是盗窃行为，还是侵占行为，或者是民事法律上的不当得利行为。而最终法院以“盗窃罪”定罪量刑。实际上，许霆案的纷争所探讨的是这种行为能否被视作现行刑法中的“盗窃罪”，理应属于刑法适用上的解释问题。在现实社会中，某种危害社会的行为是否应以犯罪处理，犯罪化还是非犯罪化，往往引起社会各界的广泛关注。然而，在人类社会的很长一段时间里，刑事法律产生以后，某种危害社会的行为是否是犯罪，应如何处罚这些犯罪行为，是作为统治者的专利特权而存在的。人类社会早期阶级社

① 正义网．专家律师研讨许霆案 八成与会者认为许霆无罪 [EB/OL]. http://www.jcrb.com/prosecutor/Hotspot/201107/t20110708_569783.html.

② 网易．许霆恶意取款被判无期案二审 律师作无罪辩护 [EB/OL]. <http://news.163.com/08/0109/01/41NRJOE900011229.html>.

会性质突出，奴隶社会、封建社会的统治者为了维护其专制社会，总是借助法律的手段，尽可能地把各种各样危害其统治秩序的行为规定为犯罪。不仅如此，在法没有明文规定时，也可能借助统治者的临时授意在司法实践中将某种有害的行为作为犯罪处理。刑法存在本身就意味着立法者时刻敏锐地把握社会中不断出现的严重危害社会的行为，并将这些行为予以犯罪化。犯罪化是人类社会早期刑法的主要表现形式，可以说构成了这一时期刑法的主要任务。

近年来，我国刑事立法犯罪化与非犯罪化之争日益引起国内学者的重视，不少学者结合现实社会中出现的热点违法犯罪问题，从刑事立法的角度展开了深入的阐述，或主张刑法的谦抑性、刑罚的轻缓化，或主张刑法的积极介入和强力保障以维护社会秩序安宁等。即面对现代社会生活的快速发展及法治、人权保障等观念不断深入民心的时代背景，一面是高扬的刑法谦抑性旗帜，要求赋予现代刑法人权保障的机能，使刑法尽可能地不要干涉私人的生活，除非万不得已即在用尽其他社会和法律手段之后才能动用刑法加以规制，从而反对刑法的犯罪化或谨慎犯罪化刑事立法；另一面是一些学者或有识之士基于社会快速发展中不断显现出的严重危害社会的新情况、新问题，主张动用刑法的手段予以严厉打击，近年来不断被学者们提出的各种增设某某犯罪的建议就是适例。可见，虽然现代社会法治理念或者说社会治理观念蕴含着刑事立法非犯罪化的趋向^①，

① 法治即要求依法治理社会，强调“良法”和“善治”，就此而言，刑法因其严厉性、强制性的惩罚和痛苦等特性，一直以来被学者们称之为“不得已的恶”或“双刃之剑”，刑法如果用之不当，则国家（社会）和人民两受其害。事实上，从人类社会应对犯罪的发展历史来看，初期的道义报应“以血还血、以牙还牙”，早已被人类社会不断出现的犯罪实践活动证明是没有什么效果的。因此近代以来，西方刑法学者就明确提出了“犯罪预防”的概念，并发展形成了宏大的犯罪预防理论体系及实践制度经验。一般而言，预防比制裁体现了更高的价值追求，具有更高的犯罪控制效率。如犯罪总是与血腥、损害和恐惧等恶害相互联系的，是秩序与安宁的对立物；而预防的要义或本质在于：通过采取比较温和的或未雨绸缪的措施或行动，限制或减少滋生犯罪和实施犯罪的环境与条件，使犯罪尽可能少地发生，或者尽量降低犯罪的现实危害程度。参见张远煌：《犯罪学原理（第2版）》[M]。北京：法律出版社，2008：455-457。

并且，在国际社会上，学者们日益否定将事后制裁手段（主要是指刑法）作为犯罪预防的范畴，也反对将其作为制定反犯罪对策的基础，^①但是，囿于当前社会治安形势的严峻和应对社会治安的传统经验，刑事立法的犯罪化仍有着巨大的市场。近年来我国刑法修正案（尤其是刑法修正案八和修正案九）将大量严重危害社会的行为予以犯罪化、增设了诸多新鲜罪名，就是很好的例证。

而从刑事法学派理论来看，传统的刑事古典学派秉持着犯罪原因上的“自由意志论”和刑罚根据上的“报应刑主义”之思想基础，认为任何行为都是行为人自由意志的产物，犯罪就是犯罪人基于自己自由意志选择而实施的，因此对待犯罪行为，主张报应刑主义，刑罚就是对有意志自由的人实施的严重危害社会犯罪行为之报应。其中，刑事古典学派报应刑思想具体包括道义报应论和法律报应论，道义报应论认为，社会的道德观念是社会正义之所在，犯罪是对社会道德观念的违反，刑罚就是根据社会道德观念对犯罪行为的报应，其旨在维护社会的公平正义观念；法律报应论认为，国家的法律是社会正义的根据，犯罪是违反法律的行为，刑罚就是对犯

① 1990年8月联合国第8届预防犯罪和罪犯处遇大会通过的《综合性预防犯罪措施汇编》，较全面地反映了国际社会对预防犯罪措施的性质及其范围的认识，获得了国家社会的充分肯定。在这一预防犯罪措施汇编中，所指的犯罪预防措施共分为三类：（1）社会性预防措施，包括家庭、学校、青少年活动、就业与医疗保健政策、城市规划与住房政策等；（2）情境预防措施，即减少犯罪机遇的措施、增加犯罪被察觉风险的措施、阻止犯罪的措施和影响犯罪收益的措施；（3）社区预防措施，主要指社区发展和多机构合作方案，如通过社区发展预防犯罪，促进青少年与社会一体化，加强社区治安等。（参见张远煌，犯罪预防观念之演进与当代犯罪预防政策之确立[J]，河南警察学院学报，2013（1）：18。）即在犯罪预防措施上，国际社会对将刑法手段纳入其中的看法，是持否定态度的；也意味着对某种严重危害社会的行为，动辄寄希望于通过刑事立法增设某种犯罪以预防该种危害社会行为发生，是不尽科学合理的。

罪行为的法律报应。^① 这种思想强调刑法对破坏社会公平正义的犯罪行为之报应，有犯罪行为，就有针对该种犯罪行为的惩罚，由此就自然导致倾向于犯罪化的刑事立法。加之现代社会罪刑法定主义的熏陶，现实社会中各种刑事立法的犯罪化稳定地渐次展开，社会生活日益被广泛纳入到刑法领域，这从国外刑法中规定的犯罪包括“违警罪、轻罪、重罪”可见一斑，^② 而在我国，“违警罪”概念，即指一般意义上的违反社会治安管理的行为，属于违法行为的范畴而非刑法意义上的犯罪行为。当然如上所述，近年来伴随着社会的快速发展，新型严重危害社会行为不断显现，我国也不乏学者对种种“严重危害社会行为”增设犯罪的刑事立法建议。刑事实证学派（即新派）基于对犯罪现象的实证研究与分析，态度鲜明地批判了那种认为人之所以犯罪是其自由意志的产物的观点，替而代之的是犯罪原因观上的“决定论”，如龙勃罗梭提出了“天生犯罪人论”，将犯罪原因主要归结为人的遗传基因和“返祖现象”等，菲利提出了“犯罪三元论”，将犯罪原因概括为人类学因素、自然因素和社会因素三个方面。因此，刑事实证学派在犯罪应对上提出“目的刑论”，主张刑罚并不是一种简单意义上的对已经发生犯罪行为的报应，而是一种蕴含着防卫社会之丰富目的的手段。在刑事实证学派看来，行为人之所以实施犯罪行为，并不是出于其自由意志选择的结果，而是内容庞杂、深刻的人类学因素、自然因素和社会因素的综合作用之必然结果。诚如菲利所言：“无论哪种犯罪，从最轻微的到最残忍的，都不外乎是犯罪者的生理状态，其所处的自然条件和其出生、生活或工作于其中的社会环境三种因素相互作

① 值得注意的是，在封建社会时期普遍盛行的是“神意报应论”，认为神意是社会正义的象征，犯罪是违反神或上帝意志的行为，刑罚就是由国家代表神或上帝来对犯罪人施加的对其违反神意行为的报应。这从西方中世纪的“宗教裁判所”和“女巫审判”中的裁判理由、审判仪式及带有宗教性质的刑罚执行活动等可见一斑。

② 其中，“违警罪”这一犯罪类型产生于1810年的《法国刑法典》，该刑法典第1条明确规定：法律以违警刑处罚的犯罪是违警罪，而违警刑包括1日以上2月以下的拘禁、3法郎以上2000法郎以下的罚款。

用的结果。”^① 基于此种观点，对于严重危害社会的犯罪行为而言，刑罚显然并非也不可能是解决犯罪问题的唯一有效方法，学者们也越来越多地认同“刑罚是双刃剑，用之不当，社会和个人两受其害”的观点，即刑事立法不应当，也没有必要将所有的严重危害社会行为予以犯罪化；相反，应将一些不必要犯罪化的立法予以非犯罪化。

刑事法学派理论上的纷争不断，我们大致上可以将刑事古典学派与刑事立法犯罪化联系起来，而将刑事实证学派与刑事立法非犯罪化联系在一起。^② 19世纪末期发生在西欧国家的犯罪化浪潮这一社会背景，更引发了学界对刑事立法犯罪化与非犯罪化问题的关注。这一时期的西方社会，工业革命带来社会生产技术的大幅度提高，使得资本主义社会发展到了相对保守的垄断资本主义时期。而且，社会经济的高度发展又对传统社会的伦理道德观念造成了极大的冲击和破坏，由此导致现实社会生活中的各种失范越轨现象和违法犯罪行为愈演愈烈，严重影响了正常社会的安宁秩序。而传统的建立在刑事古典学派理论基础上的法律体制及其司法实践，却对遏制这些违法犯罪问题收效甚微和显得软弱无力、未能完成有效应对违法犯罪浪潮的使命。现实社会中违法犯罪现象的不断攀升，使得人们越来越不满意传统社会刑法的犯罪人“理性人（或经济人）

^① 菲利：《实证派犯罪学》[M]，郭建安译，北京：中国政法大学出版社，1987：27。

^② 刑事实证学派在19世纪末20世纪初叶的发展，德国刑法学家、刑事社会学派的创始人弗朗斯·冯·李斯特提出了“教育刑论”，即刑罚的目的在于改造和教育犯人，消除其危险性，使之重返一般的社会生活中，其敏锐的阐释形成了至今广为流传的名言：“最好的社会政策即最好的刑事政策。”也就是说，刑罚并非与犯罪作斗争的唯一手段，也不是有效的和主要的手段，要区分不同的犯罪情况适用相应的防卫措施以预防犯罪的发生。此后，意大利著名刑法学家、激进的社会防卫论代表人物菲利普·格拉马蒂卡在其“社会防卫理论”中主张取消“犯罪”“责任”和“刑罚”等刑法基本概念，分别取而代之以“反社会性”“反社会性的指标及其程度”和“社会防卫处分”等概念（参见马克昌：《近代西方刑法学说史略》[M]，北京：中国检察出版社，1996：313-315.），这更是对刑事立法犯罪化的否定。

的假设”及其刑罚“报应主义的假设”，转而积极寻找更加有效的应对违法犯罪问题和防卫社会的手段。前述的李斯特的“最好的社会政策就是最好的刑事政策”思想观点，就日益成为一种有力的主张。

在20世纪50年代，欧美国家掀起了一场轰轰烈烈的非犯罪化运动，促成了西方世界刑事法律上广泛的“非犯罪化”实践。为了指导这些国家刑事立法的非犯罪化活动，1980年欧洲委员会还专门制定了一个区域性的非犯罪化文件，即《非犯罪化报告》，该报告所提出的“犯罪化”与“非犯罪化”的概念、指导思想及其具体操作性建议，推动了西方社会对诸如“无被害人犯罪”的非犯罪化运动，至今仍具有重要的现实意义。相比之下，我国自中华人民共和国成立以来的刑事立法都是以犯罪化为主，非犯罪化并未得到应有的重视或重视的程度还远远不够。一般而言，近年来我国刑法学者（尤其是来自实务部门的同志）鲜有主张刑事立法非犯罪化的观点阐述，较多的是主张刑事立法将某种严重危害社会行为予以犯罪化的建议；并且，一些刑事立法犯罪化的建议也几乎只是从“该种行为具有严重的社会危害性而需要动用刑法来规制”这一视角来加以积极论证，往往并不涉及从刑法谦抑性或动用刑法必要性的视角加以反面验证，这显然不够科学和严谨。这也表现刑事立法犯罪化与非犯罪化问题，在现代社会世界刑法理念不断走向文明、走向人权保障的时代，无疑是一个亟须认真研究的课题。实事求是地讲，当今社会生活复杂多变，各种新的严重危害社会的犯罪活动不断产生，犯罪类型随之不断增加，而非正式的社会控制力量却因为快速的社会转型势渐衰危，以致现实社会生活对刑法的依赖性越来越强；与之相伴，传统社会的犯罪活动不仅没有减少或得到有效的管控，反而愈演愈烈，其社会危害性更加严重。在此严峻社会治安形势之下，广大社会民众对动用刑事法律严惩犯罪活动的呼声和保护正当权益的需要，必然频频通过各种新闻媒体、刑事立法建议、提案等形式，直接强烈及时地反映到立法机关的手中。在此意义上，今后相当长的一段时期内，我国刑事立法犯罪化势必将相当活跃。但应当注意的是，时至今日，在我国，刑事法治观念、人

权保障思想及刑法罪刑法定主义等现代刑法思想理念已经深入人心，党的十八届四中全会又审议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，法治建设呈现出如火如荼之势，探讨刑事立法的犯罪化与非犯罪化问题显得十分必要，也具有十分重要的现实意义。

第一章 犯罪化与非犯罪化的源流

犯罪化，即将某种危害社会的行为作为犯罪处理，与之相反，非犯罪化则是将某种本来作为犯罪处理的行为不再作为犯罪。犯罪化与非犯罪化，实际上就是纳入刑罚处罚的范围的变化。在历史上，这一范围显然不是也不可能是一成不变的，而是在不同的社会历史阶段，不同的政治、经济、文化等因素此消彼长、延绵不断，刑法的处罚范围由此不断传承与发展。

自人类社会肇始、国家形成以来，刑罚处罚的范围及其改变就开始出现。中外历史、历朝历世，刑法都是专制社会中的一项重要的统治工具，统治者为了维护其统治秩序，刑罚处罚的范围总是尽可能地大；随着新的危害其统治秩序的行为出现，刑罚处罚的范围往往又随之扩张。出于维护统治利益的需要，刑法的适用也不乏法外用刑，罪刑擅断。应该说，古代社会刑罚处罚的范围呈现出扩张型，专制统治者为了维护其统治秩序不惜滥用刑罚。这与古代社会人们对刑法缺乏理性的认识，人权保障观念缺失等是息息相关的。在此意义上，自从国家出现，开始有刑事法律，就有了层出不穷的犯罪化现象，既包括通过正式的立法途径，又包括通过非正式的法外施刑。虽然，其中不乏至今仍意义重大的犯罪化，如杀人、抢劫、强奸行为犯罪化，但是绝大部分的犯罪化设计是带有原始社会、奴隶社会、封建社会及前资本主义社会的种种问题的，犯罪化往往是维护专制统治秩序的重要工具。

及至近代社会以前，刑罚的处罚范围及其是否合理并非人们关注的问题。纵然历史上有“刑新国用轻典，刑平国用中典，刑乱国用重典”“刑罚世轻世重”的原则，但是，这些都是统治阶级为了维护和巩固其统治的手段，并非对刑罚处罚范围的理性思考，因