第一章　现代刑法的犯罪化根据*

目　次

导言：从刑法观和刑法内涵谈起
一、立法者对刑法机能的认识
二、立法者对犯罪机能的认识
三、立法者对犯罪规律的认识
四、立法者对‘社会危害性’的判断
五、立法者对刑罚功能的认识
六、大众文化(民众)对犯罪的态度
七、立法者对人文关怀的态度
八、立法者对刑法价值的中道权衡

导言：从刑法观和刑法内涵谈起

犯罪化根据问题，在根本上是一个刑法观问题。可以说，刑法观问题不但是解决犯罪化根据的根本问题，也是制约刑事立法与刑事司法的一个根本问题。因此，在阐述刑法的犯罪化根据之前，有必要对刑法观问题作一个基本的了解。所谓刑法观，是指关于刑法基本问题如刑法的价值、机能、目的任务、基本原则等问题的根本观点与基本态度。在刑法史上，刑法观大致有权力本位刑法

（本章是作者作为国家重点基地中国人民大学刑事法律科学研究中心兼职研究员于 2003年 10 月 29 日在中国人民大学法学院所作同名学术报告。此次发表时内容略有修改。）

需要全本请访问 www.ertongbook.com

观与权利本位刑法观、国权主义刑法观与民权主义刑法观的区分。依一般的理解，权力本位刑法观又叫国权主义刑法观、权威主义刑法观，主张刑法是体现国家权力并且以实现国家刑罚权为核心的法律，其目的任务就是保护国家整体利益，其显著特点是以国家利益为出发点而极端限制公民自由、适用严酷刑罚尤其强调适用死刑。权利本位刑法观又叫民权主义刑法观、自由主义刑法观，主张刑法是以保护国民的权利和自由为核心的法律，因而应当严格限制国家刑罚权并使之成为公民个人自由的有力保障，其目的一是最大限度地保障公民自由，二是严格限制国家行为。可见，权力本位刑法观立足于刑法的社会保护机能，因而极端强调国家利益，它所针对的对象就是公民个人，它所限制的侧重点就是公民的自由，公民只是刑法的客体与对象；而权利本位刑法观则立足于刑法的人权保障机能，因而极端强调保障公民自由，它所针对的对象是国家(而不是公民),它所限制的侧重点是国家及其刑罚权(而不是公民的自由)。

一般而言，现代刑法在基本立场上都是坚持权利本位刑法观。这种刑法观对于我们认识和分析作为刑法本体问题的犯罪化根据问题以及实践刑事立法和司法无疑都有重大指导意义。

理论界一般认为（几乎所有法学教科书都这样下定义），刑法的基本内涵是：刑法是阶级社会所特有的社会现象，是掌握国家政权的统治阶级为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益，根据自己的意志，规定哪些行为是犯罪及其应负何种刑事责任、判处何种刑罚的法律规范的总称。

但是，刑法的这个定义远远还没有解决犯罪化的根据问题,至少它还没有揭示出犯罪化根据的全部内容。例如：从其中所谓“根据自己的意志”这个限制与修饰来分析，疑问就不少。第一，它不完全符合法律实践，其科学性值得怀疑。根据马克思主义的基本原理，人的“意志”是要受其所处的社会历史条件等各种复杂的主

客观因素所制约的，因而法律所体现的意志并不一定就是统治阶级‘自己’的意志。例如中国晚清、特别是后来半殖民地半封建时期的刑事立法，受到了外国列强的极大的强制性干预，有些法律甚至就是由外国人直接参与、直接主笔制定的，那么，这些法律所反映的‘意志’就不完全是统治阶级‘自己的意志”。第二，它的含义不明确。“根据自己的意志”是否就意味着立法者可以为所欲为、任意立法呢？一句话，立法者是否需要受到制约？对此，含义也不明确，既没有肯定，也没有否定。第三，它的含义不具体。立法者所根据的自己的意志的“具体内容”到底是什么？如果立法者“自己的意志”需要受到制约，那么，主要应当受到哪些因素制约？对此，其含义显然既不明确、更不具体。因为上述这些分析，我曾经提出过中国现行刑法的基本内涵，是根据我国尚处于社会主义初级阶段的实际和现阶段建设社会主义市场经济的需要，根据我国最大多数人民群众对客观规律的认识（特别是对犯罪规律的认识）和对人文关怀的态度，为了维护国家和人民利益，而以国家名义颁布的，规定哪些行为是犯罪及其应付何种刑事责任、判处何种刑罚的法律规范的总和。①

笔者认为，刑法所体现的立法者的意志及其背后的因素，是最值得我们认真关注、仔细斟酌和深刻剖析的问题，弄清这些问题才是我们理解刑法精神内核、认识犯罪化根据的关键。从这种认识出发，我认为：立法者进行刑事立法，实际上总是根据自己对客观规律的认识（特别是对当时所处特定历史条件和犯罪规律的认识），以及自己对人文关怀的态度，来决定犯罪化与刑事责任化的范围和程度。

一般而言，关于犯罪化根据的不同认识，将直接影响和制约立

---

①魏东：《刍论中国现行刑法的界定》，载高铭暄、马克昌主编：《刑法热点疑难问题探讨》，中国人民公安大学出版社2002年10月版。

法者进行刑事立法（并且在一定程度上也能影响和制约司法者进行刑事司法）。笔者认为，能够成为犯罪化根据并直接影响和制约立法者进行刑事立法的因素，大致包括以下几个方面：

一、立法者对刑法机能的认识

所谓刑法机能，是指刑法在社会中可能并且应该发挥的作用或者效果。关于刑法机能的学理分类，一般存在彼此相通的两种分类法：一是将刑法机能分为三种，即行为规制机能、秩序维持机能(法益保护机能)、自由保障机能。一般认为，行为规制机能是刑法的形式机能，而秩序维持机能和自由保障机能则是刑法的价值机能。二是将刑法机能分为两类，即刑法的保护机能与保障机能。①

刑法的行为规制机能，是指刑法具有对人们的行为进行规范、制约的机能。这种机能的基本原理是：刑法通过否定评价（即评价机能）和命令人们作出不实施犯罪行为的意思决定（即意思决定机能），来规范、制约人的行为。

刑法的秩序维持机能，是指刑法具有维持社会公共秩序的机能。这种机能的原理包括两个方面：一是对法益的保护，刑法依靠剥夺生命、自由和财产权利等强制手段来发挥法益保护机能。二

---

①张明楷：《刑法学》(上)，法律出版社 1997 年版，第 21 页。同时，我认为，张明楷教授所谓"法益保护机能"，宜于表述为"秩序维持机能"，以与刑法的自由保障机能相区别。因此，在后文中，笔者所谓"秩序维持机能"，其基本含义与张明楷教授所称"法益保护机能"的含义相同。对此，在理论上也有如下的概括：刑法的机能有限制机能和社会秩序维持机能，而后者又分为法益保护机能与人权保障机能。其中，法益保护机能又可再分为一般预防机能和特别预防机能；而人权保障机能又称为大宪章的机能。见马克昌、杨春洗、吕继贵主编：《刑法学全书》，上海科学技术文献出版社 1993 年版，第 605 页。

另外需要说明的是，在理论上也存在将刑法机能直接区分为保护机能与保障机能的二分法，这种分类法尽管忽略了刑法规制机能，但是其合理性仍然可以从价值评价意义上得到论证。因此，本文在后文关于刑法机能价值评价问题的论述中，同时也采用了这种两分法。

是对犯罪的抑制和预防。

刑法的自由保障机能，是指刑法具有限制国家刑罚权的发动、从而保障国民个人自由的机能。这种机能的原理是：刑法通过明确规定何种行为是犯罪、对犯罪科处何种刑罚，从而有力地限制了国家刑罚权的肆意发动。在此意义上，刑法是“善良公民的大宪章”,是‘犯罪人的大宪章”,也是‘受刑人的大宪章”。我国曾有学者抱怨说，资产阶级国家一直都坚持这样的立场，即“法治的本质特征在于限制官方权力”；但是，我们的社会主义国家却似乎更多地强调了‘专政、严打、规范老百姓”,政府和司法机关在相当程度上是为所欲为，随意不执行法律甚至超越法律、违法执法。这个问题确实值得我们思考。

从基本法理上讲，刑法机能有两个显著特性：一是刑法机能是矛盾的对立统一体；二是刑法机能是相对的有限机能。

关于刑法机能的矛盾性和对立统一性问题。一般认为，刑法机能存在内在的矛盾性和对立统一性。如上文所讲，秩序维持机能和自由保障机能是刑法的价值机能。那么，问题就出在刑法的这两个价值机能上：它们虽然是密切联系、互为表里的，但是它们又难免相互矛盾、相生相克。尽管在不同时代、不同社会状况之下，刑法机能可以有所偏重；①然而，如何实现秩序维持机能与自由保障机能的协调和谐，却永远是刑法理论和刑法实践的核心问题。学者普遍认为：应当以最小限度的社会秩序来保障最大限度的公民自由,应当消除任何形式的‘过剩秩序”,实现‘小政府、大社会”。明确这一点,对于我们确定犯罪化的范围、确定打击对象,无疑具有重要意义。

---

①如我国在社会动荡转型时期，实行“严打”政策，其本意就在于侧重或者强调秩序维持机能，这是可以理解的。但是,我国现实中的“严打”斗争确实也存在一些不足：一是过于注重形式,往往是打了许多‘小鱼”小案犯,而漏掉了一些‘大鱼”大案犯；二是在部分情况下确实存在“在实体上破坏刑法、在程序上破坏刑事诉讼法”之弊端。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

关于刑法机能的相对性和有限性问题。一般认为，刑法能够现实发挥的机能，都是相对的、有限的，而不可能是绝对的、无限的。因为：第一，刑法虽然是遏制犯罪的最强有力的手段，但是并不是唯一手段，更不一定是决定性手段。因为，为了消灭犯罪，就必须消除犯罪原因，而消除犯罪原因是社会政策的任务，正如德国刑法学家李斯特所言"最好的社会政策就是最好的刑事政策。"第二，由于刑罚具有"恶"痛苦"的属性，所以必须实行"刑法谦抑主义"，即应该、也只能在必要并且人道的限度内适用刑罚，刑法只能以严重的危害行为作为自己的制裁对象，只能是在其他手段不足以抑制犯罪行为的情况下（即非常不得已的情况下），作为"最后手段"才能动用刑罚手段。第三，有些犯罪，特别是一些激情犯罪、政治性或者信仰性犯罪、许多愉悦性犯罪（如部分电脑犯罪）、部分无被害人犯罪等，对于刑法机能的正常发挥通常具有明显的抵消作用。例如，有学者提出了"无被害人犯罪"概念（CRIMES WITHOUT VICTIMES; VICTIMLESS CRIMES），即认为对于成年人之间基于个人合意而实施的同性恋、堕胎、卖淫、吸毒、赌博等行为，就没有必要进行刑罚处罚（当然，这些行为多数在我国不构成犯罪）。但是对此问题也有重大分歧，例如有学者主张，由于这些行为大多数是针对社会法益的犯罪，极大地侵害了社会风化、社会心理健康，因而仍然应当将其犯罪化，而不能简单地认为其不可罚。

综上所述，可以发现刑法机能是相对的、有限的，而不是绝对的、无限的或者万能的——这对于我们进行刑事立法和司法，都应当具有直接的重大的指导意义和深刻的启迪作用：即不能片面地夸大刑法的作用，更不应当迷信刑法、滥用刑法。那么，刑法立法者、刑法司法者在进行刑事立法、刑事司法的过程中，因为对于刑法机能的不同认识，必然对其具体运用犯罪化、刑罚化措施管理社会和调整社会生活等方面活动产生深刻的影响。

我国曾有学者介绍并研究了“控制社会控制理论”，就很有启发意义。在某些比较特殊的条件下，确实是由于“官方控制本身过激过滥”而导致矛盾对抗、重大混乱甚至犯罪；而在极个别的情况下，还可能是官方个别方面有意无意在制造社会混乱、甚至制造犯罪。例如，个别超级大国的政府在国内危机四伏的情况下，总要找借口向外寻找打击对象和蓄意发动战争，这其中就蕴藏着刺激和制造犯罪的因素；有媒体报道说，今天的美国就患上了“打击对象缺乏症”。刑法其实是最容易患上此症的。我们也有极个别机关为了解决自身存在的人力、财力和社会地位等复杂问题，把社会治安形势渲染得很复杂很严重，甚至人为地夸大犯罪活动、夸大有组织犯罪尤其是黑社会组织犯罪，制定“打击犯罪目标数字”并以此“严格”考核队伍实绩，以期引起党委政府和社会的重视、支持、同情或者摆脱自身困境。中国历史上许多事件（如“文化大革命”）可以说明这一点，我们现实生活中的昆明警察冤案、多起处女卖淫假案等事例也说明了这一点。整体上可以说，我们的刑事侦查在一定意义上是目前中国整个刑事诉讼程序中最黑暗、最失控的一页。这些问题的客观存在，一方面是由于官方对刑法机能的主观夸大认识所致，另一方面则是由于我国缺乏“控制社会控制”刑事政策思想所致，从而导致了犯罪化根据泛化、滥施刑罚、制造社会混乱的恶果。

二、立法者对犯罪机能的认识

犯罪是绝对丑恶的、消极的东西，还是具有相对的积极意义的因素呢？马克思主义的基本观点认为，犯罪并不是绝对丑恶的东西，而是具有其特定历史烙印、并具有其相对积极性的东西。例如，革命行为在政府当局看来是一种“丑恶的、消极的”东西，但是在革命者、在人民大众的评判中，革命行为却是一种“美好的、积极的”东西——而且事实上，革命行为在人类历史长河中应当说是

具有明显的“积极机能”的一面。再如，就“计算机犯罪”而言，它的作用也不完全是消极的一面，而是还有积极的一面；并且，有的电脑公司还专门设置“擂台”，公开鼓励那些“黑客”来攻击，以实现电脑技术、特别是电脑安全防范技术的更新换代。迪尔凯姆公开鼓吹犯罪具有正面功能，认为犯罪是个人独创精神的体现，是社会道德意识进化的先导，能够不断打破禁忌，不断扩展人类的视野，拓宽人类的认识能力。可见，犯罪的机能确实不是只有消极的一面，而是还有积极的一面。正是在认识犯罪具有有限（哪怕是极其有限）的、相对的积极机能的前提下，马克思主义经典作家就讲过：犯罪创造了警察、检察官、法官和法学教授。

这里有一个很有意思的例子具有启示意义，2002年媒体所报道的一则“三个人的婚姻”的故事。①该故事里有三个主人公：钱某、她的已经残废了的丈夫范某、她的新情人李某某，他们都是湖北人。报道说，钱某“背夫出嫁”已经不是新闻，但是，“背夫出嫁”之后所发生的悲剧却令人深思。开始是“三角温情”，钱某对两个情人都恩爱体贴，李某某和范某也能和睦相处。接着是“好景不长”，钱某对范某的温情使得李某某无法忍受，导致钱某与李某某的矛盾、李某某与范某的矛盾日益尖锐，直至水火不容，李某某和钱某终于抛弃范某；最后是“对簿公堂”，范某向人民法院提起刑事自诉，要求追究钱某和李某某的重婚罪的责任（因为钱某和范某一直没有办理离婚手续），经过法院调解（最后范某撤回刑事自诉，实际上重婚罪根据现行法律的规定它并不是自诉案件），才最终了却了这桩短暂的三角温情。最有意思的是该文的“终极诘问”，说：“引起了强烈反响，人们议论纷纷。村里的一位老大娘说，即使钱某有一万个理由，也不该抛弃残疾丈夫，这是不人道的。但也有不少年

①《华西都市报》（四川）2002年8月25日。

轻人对钱某的做法表示同情和理解，——如果钱某为了丈夫的幸福而牺牲自己一生的幸福的话，那也是不公正的。一位负责残疾人工作的政府官员则指出，钱某事件是一个以喜剧开始而以悲剧结束的悲剧，这个悲剧本身并非不可以改写。—— 其实,只要钱某和李某某稍微尽一点心，一个美满家庭的奇迹并不是很难创造的。然而，一位婚姻法专家则一针见血地指出，“ 钱某试图建立一种超越二人情感的三人世界，即使这个三人世界合情合理，但却不合法，其瓦解是必然的。人类文明的发展史表明，爱情是自私的，具有独占性，这一点不可以超越，范某的悲剧结果再次证明了这一点。’这其中,没有刑法专家的意见。

我认为，从犯罪机能的角度来分析，钱某等人的行为并不是当然地就不符合“ 犯罪的特征 ”，相反它完全符合重婚罪的构成要件，但是我们是否有必要去追究它呢？另一方面，钱某等人的行为又实实在在具有有益于社会的一面，至少，社会上有不少的人以及众多的媒体为他们“ 唱赞歌 ”。那对此我们是否应当放任不管呢？显然，问题并不是可以简单地用是与不是来回答的。这个例子给我们的启示是：由于社会生活的极端复杂性和犯罪现象、犯罪机能的极端复杂性，我们在刑法立法和司法过程中，应当对犯罪机能有客观的、公正的认识，并且必须谨慎权衡，必须反对极端片面。显然，对犯罪机能的认识，应当成为犯罪化的根据。

三、立法者对犯罪规律的认识

西方有不少学者认为，犯罪是与人类社会所共生共有的现象，是不可消灭的,如意大利学者菲利认为“: 犯罪是由人类学因素、自然因素和社会因素相互作用而成的一种社会现象。 ”菲利还提出了著名的“ 犯罪饱和论，即每一个社会都有其应有的犯罪，这些犯罪的产生是由于自然及社会条件引起的，其质和量是与每一个社会

集体的发展相应的。'，①在我国，也有不少学者认为犯罪是人类社会的必然伴生现象。有学者甚至提出，犯罪是必然的、人类天生的倾向，而‘不犯罪’才是偶然的、不正常的现象。因此，与其研究作为必然现象的犯罪的原因，倒不如研究作为特殊现象的“不犯罪”的原因：某些人在同样的情景下为什么能够不实施犯罪？但是，遗憾的是：我国一度在理论上认为并且在实践中广泛宣传灌输“犯罪消灭论”，认为犯罪可以在根本上消灭掉，社会主义国家存在犯罪的根源在于剥削阶级和剥削思想的存在，只要剥削阶级消灭了就可以消灭犯罪；结果，我们一旦面对汹涌的犯罪潮流就惊慌失措，在刑事政策思想上缺乏理智理性，缺乏犯罪与发展、犯罪与合理控制的辩证思维，老想消灭犯罪，从而将大量的越轨行为纳入刑法领域。结果是事与愿违，我国晚近以来出现了一浪高过一浪的犯罪高潮。

另外，有些行为到底是不是犯罪，是由特定历史条件、特定的人群的认识所决定的，某时某地作为犯罪处理，而在另一段时间、另一个地点却不作为犯罪处理。如：“投机倒把行为”中的长途贩运行为、有偿中介行为，在旧刑法里就是一个重罪，但在现行法律体制下却是一种合法行为、有益行为、人人称道的行为。堕胎，在我国并不违法，相反它在很大程度上是贯彻执行计划生育政策的值得鼓励的行为，但是在其他某些国家，堕胎却是犯罪行为。那么，到底如何评价‘投机倒把行为’与堕胎行为呢，这就涉及到人们对犯罪规律的认识问题。对犯罪规律的不同认识，必然导致对犯罪化根据的不同认识。

四、立法者对‘社会危害性’的判断

众所周知，立法者将某种行为予以犯罪化，是以该行为具有社

---

①(意)菲利：《实证派犯罪学》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 43 页。

会危害性为前提的。只有当行为具有社会危害性的时候，我们才可以将其犯罪化，这是一个基本道理。

这里，我以经济犯罪为例来说明社会危害性的判断问题。我认为，对于所有犯罪、尤其是传统犯罪的社会危害性判断而言，经济犯罪具有相当的代表性；研究经济犯罪的犯罪化根据及其社会危害性的判断问题，具有极其重大的启发意义。因为，我们都知道，相对于杀人、抢劫、盗窃、强奸等“自然犯”而言，经济犯罪基本上都是“法定犯、行政犯”，因而带有极其鲜明的主观意志色彩。那么，对于经济犯罪的刑法立法和刑事司法，必须更多地、更加谨慎地进行“社会危害性”判断。

事实上，经济犯罪中的许多犯罪并不是天生的就是犯罪，它只是在特定历史条件下、由法律硬性规定的结果，它带有强烈的“法律硬性规定”的色彩——可以说，它本身并不必然就是犯罪，人们对它也不是当然就憎恨、厌恶；它之所以成为犯罪，只是由于人间法律的硬性规定，是立法者主观意志强加于这种行为的结果。例如前面所讲的旧刑法所规定的“投机倒把罪”，其中的长途贩运行为、有偿中介行为等，在当时简直就是滔天罪行，处刑也不轻（最重的可以判处死刑），但是在今天，这些行为不但不是犯罪，反而是人人理解并赞赏、当然也是值得鼓励的行为。再比如：虚报注册资本罪、非法经营同类营业罪、高利转贷罪、违法发放贷款罪、逃汇罪、洗钱罪、虚开增值税专用发票罪、侵犯商业秘密罪、非法经营罪等，都是由于法律的硬性规定的结果；要是没有公司法、金融法、反不正当竞争法和刑法的特别规定，人们并不会必然将他们作为犯罪看待。

但是，话又说回来，立法者是否可以不顾国情、人情与天时地利而随心所欲地制定犯罪呢？显然也不行。就经济犯罪而言，立法者在决定是否将某种具体行为作为犯罪来规定，司法者在决定是否将某种具体行为作为犯罪来追究的时候，大致也要考虑

需要全本请访问 www.ertongbook.com

社会危害性的判断、刑法机能的认识、犯罪机能的认识等各种因素。其中，首要的考虑因素恐怕应当是行为的社会危害性判断问题。

那么，如何判断行为的社会危害性？我认为，从理论上讲，这种社会危害性判断一般要涉及判断对象、判断主体、判断标准等三个方面的因素：

一是关于社会危害性的判断对象问题

大致可以说，经济犯罪所涉及的社会危害性的判断对象，当然是经济违规违法行为或者说经济越轨行为。因此，经济犯罪首先必须是违反了经济管理法规的行为，这是前提条件；对于那些没有违反经济管理法规的行为，在原则上是不可能构成经济犯罪的，那么，在实践中也就没有必要对它进行犯罪审查，也没有法律依据对它进行立案侦查、甚至逮捕，从而保障公民人权、维护法治秩序、节约司法成本。但就当前的情况而言，经济运行很不规范，可以说是到处充满"经济越轨行为""经济失范行为"，比如，借款虚假注册、偷逃税款、虚开发票、诈欺性合同、欺诈性贷款、商业贿赂等，还有其他很多经济失范行为、经济越轨行为。对此，我国现行刑法基本上都一律规定为犯罪，基本上做到了对各种经济越轨行为都规定了制裁条款，而且其构成条件很低。这种状况，体现的是一种判断对象过于宽泛、泛化的犯罪化政策，这对于经济社会而言具有十分重大的影响——这种影响可能包含了不少的消极影响。一方面它能够全方位规范经济行为，但另一方面也可能扼杀了经济社会的投机条件和创造动力；同时，这种状况对于经济犯罪侦查工作与公诉工作意义也十分重大，它使得我们经侦部门和公诉机关所针对的判断对象十分普遍，可以说是"比比皆是、无处不在"。这种状况的突出特点是"法网"过于密集，"经济人"是时时刻刻都有触犯刑法的危险，很容易成为犯罪分子，四川大学的龙宗智教授说：经济人是那样地容易犯罪，简直是"无处可逃"。当然，这种状况，对于

办案单位尤其是经侦部门来说是十分有利的：一是不愁没有案源、没有事做,相反有作不完的事、办不完的案,有为才有位,因而有利于突出经侦部门的“位置”；二是加大了公安部门对经济社会的有效控制，通过这种控制极大地扩大了经侦部门乃至整个公安部门在全社会中的影响力，当然也极大地提升了经侦部门乃至整个公安部门的社会地位。但是，这种状况并不一定是好事，它现在已经带来的、和将来将要带来的消极影响是：其一，对市场经济行为规范约束过于严格，不完全符合市场经济运行规律，也不符合我国当前经济建设和社会生活的实际（实际生活中大量存在讲人情、讲关系、讲勾兑），特别是在一定程度上扼杀了部分人的冒险创新精神和投机动力，从而最终不利于社会和国家发展；其二，法网过于密集，反而增加了执法的随意性，造成有的越轨行为被查处、而有的越轨行为没有被查处，甚至造成有的严重的越轨行为没有被查处、而不严重的越轨行为反而被查处，这样就不利于公正执法，并且极易滋生腐败，反过来又破坏了公安的形象。其三，法网过于密集，造成打击面过宽、满河是滩，不利于经侦部门集中精力打击严重经济犯罪（如：我们某个市公安局的经侦支队，亲自侦办了一起涉嫌诈骗 9000 元的手机欠费、并且并不跨区县的案件——对此,依我看,就没有必要动你市公安局经侦支队的‘大驾’了）。

可见，我国现行刑法对经济犯罪的规定，应当是值得反思的：不应当将太多的经济越轨行为纳入刑法判断的视野。

二是关于社会危害性的判断主体问题

一般而言，主流社会中能够成为社会危害性的判断主体的主要是立法者、司法者。在立法环节上，可以说这种判断主体是立法者；而在司法实践层面上，司法者当然也是社会危害性的判断主体：某种具体行为是否具有社会危害性，是否需要追究刑事责任，是否需要立案侦查、批准逮捕、提起公诉、判处刑罚？这些处理,都与司法人员对该行为的社会危害性判断有关。但是，在广义上，社会大众

也是社会危害性的判断主体。因为：第一，立法者和司法者终究都是从社会大众中产生的，在这种意义上，立法者和司法者就是社会大众的一部分；第二，社会大众的认识活动和判断活动能够影响、制约立法者和司法者，在这种意义上，社会大众又是“超规范的”立法者和司法者。但是，我国的国家管理和社会控制主要实行的是“精英政治、精英文化”，老百姓最多可以直选村长乡长，老百姓大量地被排除在各种政治活动（当然包括立法司法活动）之外，陪审员基本上是有名无实。因此，在判断主体上也有值得我们反思的地方。

三是关于社会危害性的判断标准问题

一般认为，社会危害性的判断标准是社会效用。但是这个“判断标准”问题，带有比较大的主观性。从理论上讲，社会效用大致有“正效用、零效用、负效用”三种。到底如何来检测和判断是正效用、零效用还是负效用呢？我看很难找到统一的办法和标准。除了我前面所提到的一些现象和问题外，我想到了前段时间我国新闻媒体所讨论的北京的‘膀爷’、上海的‘万国旗’、成都的‘街头麻将’和湖南省株洲市某中学教师尹某某所主张的“读书就是为了挣大钱娶美女”的读书观问题，以及几十年前西方国家所讨论的“性解放、同性恋、卖淫嫖娼（如我国的台湾、西方多数国家的依法规制）、赌博业（如美国的阿拉斯加、中国的澳门等地的现实情况）”等问题，确实有一个评价、认识问题，不同的人有不同的评价标准。例如，关于“读书就是为了挣大钱娶美女”事件，媒体上曾有过截然不同的评价和激烈的争论。如 2001 年 9 月 10 日的北京青年报评论员文章，以《不要让‘挣大钱娶美女’误人子弟》为题，对尹某某进行了猛烈抨击；而同年同月的 31 日‘人民时评’则呼吁社会对尹某某千万不要上纲上线，不应置人于死地而后快——两者差异是十分巨大的。但是，在所有这些评判中，起决定作用的、主导的判断主体是立法者、特别是起草者和表决者的意识与意志，而在司法环节中起决定作用的则主要是司法人员，如侦查人员、检察人员和审判人员。对此，判断者

应当进行理性的、宽容的、全面的斟酌 特别是卖淫和赌博,从禁止的可能性上、从其所具有的敛财和重新分配财产功能上、从其对人性弱点所具有的补偿价值上等方面考察，应当说它具有相对的存在根据。我的看法是：即使有的越轨行为需要惩罚，但也要注意一个“度”,不能过度惩罚、超量惩罚,就像对待北京的膀爷、上海的万国旗、成都的街头麻将和不同的读书观一样,只能是教育为主、逐渐规范，个别确有严重社会危害性的行为也只能是有控制地惩罚。结合经济犯罪问题而言：如前所述，经济越轨行为并不是只具有危害性的一面，它往往还具有促进市场活跃和经济发展的一面。因此，在经济刑法理论上都主张‘禁止超量原则”,其含义是对于经济越轨行为，只有当其社会危害性程度达到极其严重的程度，才能将其作为犯罪来规定；在经济犯罪的刑事立法和司法工作中，要准确地把握“犯罪量”,不得把尚没有达到犯罪程度的经济越轨行为一律上升为经济犯罪而进行刑事制裁。否则，刑罚手段对经济生活干预的范围过大、过深,不仅造成司法成本过高,造成公民生活不安宁,而且这种超量控制将严重地限制甚至约束经济活动的正常进行，最终妨碍经济的正常发展——那将是灾难性的结果。

可见,关于‘社会危害性’的判断问题也是一个很大的问题。针对不同的评价对象,不同的判断主体,采用不同的判断标准,自然会得出不同的结论。这种不同的结论，首先影响和制约着刑法立法者的立法活动,决定了一国的刑法立法活动和刑法面貌 同时,这种不同的结论也影响和制约着司法者的司法活动，决定一国的司法现状。从而，社会危害性的判断，就成为十分有力的犯罪化根据。

五、立法者对刑罚功能的认识

对刑罚功能的认识，也是十分有力的犯罪化根据。一般认为，刑罚功能具有一般预防和特殊预防两个方面的功能。但是，刑罚功能所面临的第一个诘问是：刑罚是万能的吗？我们稍加分析就

知道：刑罚不是万能的，而且人类已有历史实践、特别是酷刑实践已经证明：不可能通过刑罚来消灭犯罪。这涉及刑罚的功能性认识问题。对此，有两个问题值得注意：

一个问题是，我们打算进行犯罪化的某种行为是否可以依靠刑法手段来有效遏制。即“可行性原则”。刑罚并不是万能的，对于部分犯罪而言，刑罚手段是无法发生预防作用的，或者说其所发挥的预防作用极其有限。如前面所讲过的：部分激情犯罪、政治性或者信仰性质的犯罪、许多愉悦性犯罪、部分无被害人犯罪（如赌博、卖淫、毒品犯罪、同性恋等），刑罚手段基本上或者只在很小程度上具有抑制犯罪的作用。所以，我们不应当迷信刑罚，以为刑罚手段就能够解决一切经济问题和犯罪问题。

另一个问题是，我们打算进行犯罪化的某种行为是否必须依靠刑法手段才能够有效遏制。即“必要性原则”或者“最后手段性原则”。由于刑罚手段具有残忍性、毁灭性、违背人性的一面，如动用剥夺人身自由、剥夺财产、甚至剥夺生命的手段，这种手段本身是十分残忍的、并且是毁灭性的，因此，国家及其立法、司法机关应当坚持‘刑罚抑制原则、刑罚谦抑原则’，不得滥用刑罚手段。在确定犯罪的时候，只能将那些严重违法、危害极大而又不得不动用刑法手段的行为作为犯罪来规定，而不能够滥施刑罚，或者说要合理确定犯罪的犯罪量以及犯罪的刑罚量。如：一些涉案数量不是很大的合同诈欺行为、手机欠费行为、侵占行为、以及后果不严重的一些虚报注册资本、抽逃出资行为等，如果当事人愿意谅解，或者当事人在行为人主动或被动归还财物、弥补损失的情况下愿意谅解，或者当事人通过民事诉讼渠道、协商渠道等方式，或者通过行政手段避免了损失或者夺回了损失，那么，还要对行为人予以定罪处罚的必要性就值得怀疑。再如税收犯罪问题，这是一个大问题。近来，我们的一些明星“大腕”都闹出了偷税、漏税、逃税的丑剧，最近的新闻媒体报道说，明星刘某某因为涉嫌偷税 1000 多万而被

逮捕，律师还在报纸上放话说，如果刘某某还有金融诈骗行为的话，她有可能被判处死刑——搞得沸沸扬扬。但是，即使是偷税这样严重的犯罪，仍然应当是优先采取税收行政执法行为，包括采取必要的行政处罚的手段来执行税收；只有在通过税收行政执法仍然无效的情况下，针对行为人所采取的欺诈手段、暴力抗拒手段、抽逃资金手段等恶劣手段，不采取刑罚手段来惩罚这些行为就将导致国家税收面临不可挽回的巨大损失，并导致众多的人相继效仿的消极后果的时候——只有到了这个时候，为惩罚行为人本人并教育他人，才不得已可以采取刑罚措施。在深层次上，这就涉及“执法动机、执法效益”问题，应当尽量动用最少的司法资源、避免最大的经济损失、获取最大的社会经济效益。这就要求司法机关在行使刑事司法权的时候，必须坚持“必要性原则”或者“最后手段性原则”，谨慎、严肃、认真进行权衡。

事实上，之所以要强调刑罚手段的最后性、不得已性，还由于刑罚手段本身也是一把双刃剑，它在打击犯罪的同时，往往也伴随着暴力的误导以及错杀无辜的危险。比如，在世界各国，任何完备的刑事司法制度都是以冤假错案为必要的司法代价的，即使在美国，其死刑执行的数量很少，但是报道认为，美国的死刑中就有相当一部分是错案，也就是说，所谓的“死刑犯”实际上是被错杀了。在我们的现实生活中恐怕也有类似问题存在。

这里还有必要谈谈法人犯罪的犯罪化根据问题。①关于法人

---

①笔者在接受提问时，有学者专门向笔者提到了法人犯罪的犯罪化根据问题。这是一个很有意义的问题。回答这个问题时，我提出的观点：是否规定法人犯罪本身应当是一个刑事政策问题，有的国家规定了法人犯罪，而有的国家不承认法人犯罪也没有规定法人犯罪，因此，是否规定法人犯罪就成为国家的刑事政策上的选择。但是，法人犯罪的根据问题本身还是需要做进一步探讨。我想，应当从法人犯罪理论中寻找其合理依据，这种合理依据其实是一种理论假设，它既与理论假设相关，也与对刑罚功能的认识相关：对于法人所实施的严重违法行为是否需要动用刑罚手段，动用刑罚手段是否有效？因此，我在对本文进行修改时，暂且在这里顺带对法人犯罪的犯罪化根据作一个说明。

需要全本请访问 www.ertongbook.com