

四川大学刑事政策研究中心文库(2)

总顾问 赵秉志 陈忠林
总主编 魏 东

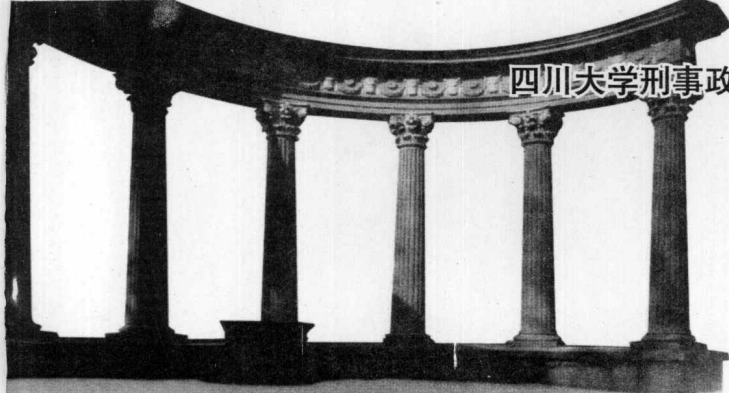
当代刑法 重要问题研究

DANGDAI XINGFA ZHONGYAO WENTI YANJIU

魏 东 著



四川大学出版社



四川大学刑事政策研究中心文库(2)

总顾问 赵秉志 陈忠林
总主编 魏 东

当代刑法 重要问题研究

DANGDAI XINGFA ZHONGYAO WENTI YANJIU

魏 东 著



四川大学出版社

责任编辑:李勇军
责任校对:张力军
封面设计:翼虎书装
责任印制:李 平

图书在版编目(CIP)数据

当代刑法重要问题研究 / 魏东著. —成都: 四川大学出版社, 2008.4

ISBN 978-7-5614-3990-6

I. 当… II. 魏… III. 刑法-理论研究 IV.D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 043451 号

书名 当代刑法重要问题研究

著 者	魏 东
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-3990-6/D·299
印 刷	华西医科大学印刷厂
成品尺寸	148 mm×210 mm
印 张	17.125
字 数	511 千字
版 次	2008 年 4 月第 1 版
印 次	2008 年 4 月第 1 次印刷
定 价	40.00 元

版权所有◆侵权必究

- ◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。电 话:85408408/85401670/85408023 邮政编码:610065
- ◆本社图书如有印装质量问题,请寄回出版社调换。
- ◆网址:www.scupress.com.cn

作者简介

魏 东（曾用笔名魏智彬，1966年1月—），男，重庆市开县人，四川大学法学院教授、刑事政策研究中心主任、法学研究所副所长。1993年3月获西南政法大学法学硕士学位，2001年9月获中国人民大学法学博士学位，2004年9月进入西南政法大学博士后流动站。兼任四川省法学会刑法学研究会副秘书长、四川省律师协会刑事诉讼专业委员会副主任、国家重点基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员、北京师范大学刑事法律科学研究院研究员、西南政法大学毒品犯罪预防与治理研究中心研究员、四川省教育厅重点基地西南科技大学犯罪防控研究中心学术委员会委员、四川汇韬律师事务所副主任兼专家委员会主任。曾在中纪委下属中国方正出版社、四川省公安厅研究室、四川省眉山县公安局（现为四川省眉山市东坡区公安分局）、四川省开县公安局（现为重庆市开县公安局）、四川省泸州市中级人民法院、国家重点基地中国人民大学刑事法律科学研究中心、四川大学法学院、西南政法大学博士后流动站等单位工作或学习。

主要研究领域：刑法学、刑事政策学、律师业务。已公开出版法学及律师业务类学术专著45部，在国家级核心期刊、CSSCI期刊等法学类刊物上公开发表学术论文数十篇。其中：公开出版个人学术专著《教唆犯研究》（中国人民公安大学出版社，2002年）、《刑法各论若干前沿问题要论》（人民法院出版社，2005年）、《现代刑法的犯罪化根据》（中国民主法制出版社，2004年）、《刑事法理论与实证》（中国方正出版社，2003年）、《证券及相关犯罪认定处理》（中国方正出版社，1999年）等5部，主编学术专著9部；主持或参加高校法学研究生教材、本科教材3部。学术成果中有10余篇优秀论文被《新华文摘》、《高等学校文科学术文摘》、中国人民大学报刊复印资料《刑事法学》

等国家级权威刊物转载。

先后获得“重庆市优秀博士后”、“四川大学青年骨干教师奖”、“四川大学 214 重点人才工程计划人选”、“优秀律师”等荣誉奖项。科研成果中有《教唆犯研究》、《刑法各论若干前沿问题要论》、《现阶段未成年人犯罪研究》等 10 余部（篇）研究成果获得国家、省部级和省厅级表彰奖励，先后获得过“科技进步奖”、一等奖、二等奖和优秀奖等奖项。

代 序

刑法公正观及其感悟与表达

现代刑法公正观念必然是一种与现代社会人文关怀相匹配的刑事法治公正观，这种公正观应当真切地将人权保障作为一种终极性的价值使命，从而，人权保障应当成为刑事法治的内核价值。并且，基于人权保障在刑事法治中所具有的固有特性，笔者认为，现代刑事法治公正观应当坚持以下基本立场：反对报应主义刑法公正观，主张矫正主义刑法公正观；反对犯罪有力打击主义，主张犯罪有力防控主义；反对片面保障强势人权，坚持侧重保障弱势人权。

因而，我在本书中突出强调：在理论上以任何一种报应主义论证公正（尤其是刑法公正），把“刑法公正必然内在要求报应主义”这个命题作为一个“不言自明”的公理，在根本上都是十分错误的，因为报应主义并不能成为刑法公正的当然内容。因此，我在本书中针对所有具体刑法问题的理论研究，都是围绕着矫正主义刑法公正观而展开的。应当说，我在本书中关于刑法诸问题的所有论述，都是力求以这样一种刑法公正观为指导，尽量做到以确切语言表达出我对刑法公正观整体的一种真切感悟。

同时，刑法学研究需要有良好的作文心态与科学的研究方法，并且所发表的议论都应当真切地成为研究者“对刑法公正观整体感悟的纯洁无私的语言表达”，这也是我从事刑法学研究以来的最真切感悟。

但是这种理想状态却经常地使人勉为其难。其中作文心态问题，可能是一个十分重要但恰恰是更容易被人忽略的方面。

“屁股决定脑袋”是一种常见“多发病”。学者们经常以此笑侃部门利益对于研究者立场观点所产生的重大影响，其实这种病态心理远远

不止于此。我从事过近八年的公安工作，那时我也喜欢舞文弄墨，时不时有“论文”发表在《法制日报》、《人民公安》以及其他众多的报纸杂志上，但今天回头阅读过去的作品，深感汗颜的不仅仅是当时的一知半解和断章取义，更有对当时作文心态和“屁股决定脑袋”之有限良知的非常不安的反思。片面强调“打击犯罪、从重从快”是最基本的思路，其他许多可能都放逐脑后，尽管其中也习惯性地写上（甚至大书特书）了一些“保障人权、公正无私”之类的法言法语，但是内心深处可能并不是很在乎后者。不但做警察、做检察官、做行政官员的，就是当法官、当良民的，推而广之也是时不时地固守己见，只要屁股还保留在座上客地位（非犯罪嫌疑人地位），那种作文心态常常难保良知发现，通常都坚守着“打击犯罪、从重从快”的传统思路，并以此执著地反驳种种格格不入的“异端邪说”。我们的部分官员甚至包括一些“学者”，在自己不幸成为刑事追究对象之前的所有日子里，根本无法真诚接受民权主义刑法观和现代刑事法治的基本理念，宽容罪犯就是纵容犯罪就是人民的公敌，怜悯犯罪嫌疑人就是自己有犯罪嫌疑就是思想反动，于是接下来就是不择手段地揭露犯罪，证明犯罪，甚至无情打击犯罪。

因而真正的学者，必须保持清醒的头脑，保守学者的良知和操守，既要批判“屁股决定脑袋”式的研究，也要排除私利和盲从，以确保学者“对刑法公正观整体感悟的纯洁无私的语言表达”，更要自觉肩负起对全民进行刑事法治理性启蒙的重任。以这样的作文心态展开刑法研究，学者需要孜孜以求、持之以恒，坚定民权主义刑法观并坚守现代刑事法治理性的基本立场，中道地权衡全社会价值理性的作文心态，把包括犯罪嫌疑人、被告人甚至被审判定罪为犯罪人在内的所有社会人都作为真正的“人”的公正处遇作为刑法研究的重要使命。这个使命不是刑事诉讼法领域的独占品，更是刑事实体法领域的重要方面。最明显的例证就是，有学者主张创立和加强法政治学、刑事政治学（刑事政策学）的学科建设。党中央高屋建瓴地提出构建和谐社会、执行宽严相济刑事政策、开展社会主义法治理念教育，这些真知灼见对于刑事实体法研究的重大战略意义已经越来越受到理论界的重视。因此，刑法学者

应当与时俱进，端正自己的作文心态，科学、理性、人文地研究犯罪问题、刑罚问题、刑事政策问题，针对每一个具体的刑法学见解，都应当是学者对与现代社会人文关怀相匹配的刑事法治公正观的一种真切表达，应当是学者“对刑法公正观整体感悟的纯洁无私的语言表达”中的一个元素，而不是偏激的、摇摆不定的甚至趋炎附势的结论。

真正的学者也有被误解的时候、受攻击的场合，但是我们仍然应当作一个执著的布道者。在讲坛上、在争论中，我也经常性地遭遇少部分人的质疑：魏东的观点基本上体现的是一个犯罪嫌疑人的立场、辩护律师的立场。面对质疑者的疑惑，我同样愕然。第一次第二次我都辩解我表达的是现代刑事法治理性的基本立场，我申明的观点是一个中道的社会人、一个普通老百姓和一个纯粹学者关于刑事法治公正观的希冀；第三次及其以后，我强调这是一种法政治学、一种公正有效治理社会的学术见解，是一种刑法学理论研究中尽最大努力达到学者“对刑法公正观整体感悟的纯洁无私的语言表达”的作文心态，没有掺杂个人私利和盲从。我明白，反对我所吹捧的观点（其实已经成为当下人类共识的刑事法治立场）的人一般都是“有识之士、有为之士”，更多的是屁股还保留在座上客地位之人。为什么出现这种局面呢？为什么反而是有见识的人、有地位的人反对呢？原因虽然可能如前所述，但是我想，探询问题的原因可能已经不重要了。真正需要关心的仍然是我们作为学者的作文心态：做一个坚定的刑事法治理性的布道者，不仅仅是面向大众老百姓，更多的是面向屁股还保留在座上客地位的强势群体，尽最大努力地表达一个中道的社会人、一个普通老百姓和一个纯粹学者关于刑事法治公正观的希冀，始终确保刑法学者的研究和作文都是“对刑法公正观整体感悟的纯洁无私的语言表达”。

我有自知之明，无法真正做到作为学者所应具备的作文心态，其中包括力所不逮的科研能力和语言表达水准，不但对刑法整体感悟难免有误，而且语言表达更不可能达至纯洁无瑕。因此，本书中我对刑法内涵和刑事政策学原理的哲学检讨其实很肤浅，我对和谐社会之刑事法治理性的认识和归纳本来就是挂一漏万，我对具体的犯罪论原理和刑罚论问题议论之谬误甚多。但是我仍感欣慰，因为我对刑法研究的作文心态有

了真切感悟，从而明白了作为一个学者的使命和努力的方向。因而我相信，我在本书中的一些不成熟的议论，确实是发乎一个理性刑法学者的真情实感，它一定能够对读者、对国家和社会有所裨益。我更相信，这种对现代刑事法治公正观的真切感悟，这种对刑法研究心态、作文心态的真切体会，将有益于我个人今后的刑法研究，保不准还能够生产出更高质量的学术研究成果，为刑法理论研究和国家刑事法治建设作出微薄的贡献呢。

是为序。

魏 东

于成都市锦官新城寓所

2008年1月1日

目 录

上编 刑事法治范畴

第一章 刑法的哲学与刑事政策学检讨	(1)
1 刑法内涵的哲学检讨	(1)
2 刑事政策学的基本内涵	(39)
3 刑事政策的本体价值范畴	(50)
4 刑事政策与刑事法律关系的三个层面	(65)
第二章 刑事法治的基本理性检讨	(72)
5 和谐社会的刑事法治理性	(72)
6 罪刑法定原则的刑事司法意义	(83)
7 刑法对非有公经济的平等保护	(96)
第三章 刑事法治关注的热点问题检讨	(107)
8 当下中国刑法学关注的基本问题	(107)
9 国际社会反腐败的共识及中国借鉴	(133)
10 法人犯罪的犯罪构成与法定刑配置之完善	(151)
11 国际恐怖主义犯罪的界定与应对措施	(171)
12 安乐死合法化：基本分析和立法建议	(243)
13 吸毒行为犯罪化：比较研究与立法借鉴	(259)
14 “使用盗窃”犯罪的立法设置方案	(278)
15 艾滋病问题之刑事立法与司法	(284)

16 相对不定期刑的刑事政策分析与制度构想	(295)
17 社区矫正在中国的出路	(310)

下编 犯罪与刑罚范畴

第四章 犯罪论问题检讨	(330)
18 犯罪构成理论的背景知识与中国化改良思路	(330)
19 作为犯罪客体的法益及其理论问题	(352)
20 合同诈骗罪的构成特征检讨	(374)
21 受贿罪中权钱交易的形态与刑法选择	(390)
22 侵占罪犯罪对象要素之解析检讨	(401)
23 黑社会的基本内涵与刑事政策	(415)
24 陷害教唆的几个问题	(430)
第五章 刑罚论问题检讨	(442)
25 中国缓刑的实证考察与完善建议	(442)
26 中止犯的处罚根据检讨	(485)
27 假释制度的缺陷与改进	(497)
28 罚金易科制度的正当根据与制度完善	(513)
29 死刑政策分析检讨	(522)
后 记	(539)

上编 刑事法治范畴

第一章 刑法的哲学与刑事政策学检讨

1

刑法内涵的哲学检讨^①

一、关于刑法内涵的哲学和社会学分析

一般认为，刑法就是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律。即是说，根据刑法规定，可以判断某种具体行为是否构成犯罪、构成何罪，以及对某种具体犯罪负有什么样的刑事责任、应判处何种刑罚。

由于刑事责任是犯罪的法律后果，而刑事责任的实现方式，包括处以刑罚的有罪宣告与不处以刑罚的有罪宣告两种方法；因此，有学者认为，刑罚是刑事责任的当然内容之一，刑罚是刑事责任的下位概念，从而刑罚不能与刑事责任相并列。鉴于以上分析，有学者认为，在刑法的定义中，忽略“刑事责任”的因素是不科学的，即必须将“刑事责任”包含在刑法的定义之中；但另一方面，将“刑罚”并列于“刑事责任”之后的定义方法也是违反逻辑规律的。因此，该学者认为，许多学术专著所主张的下列定义，如“刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范的总称”，“刑法是规定犯罪及其处罚的法律”，“刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律”等观点，都是错误的、不妥当的。该学者认为，刑

^① 本文原载于中国人民大学刑事法律科学研究中心编：《现代刑事法治问题探索》，法律出版社2004版，第48~64页。现略有增删修改。

法的概念应当这样来规定：“刑法是规定犯罪与刑事责任的法律。”^①

但是我认为，“判处刑罚”和“判决有罪”都是“承担刑事责任”的必然内容，但很明显，不能将“犯罪”和“刑罚”完全抹杀或者将其仅作为“刑事责任”的下位概念——能否将刑法的概念简化为：“刑法就是规定刑事责任的法律”？显然不太妥当，因为，毕竟“刑罚”有自己特定的内涵，如古代为什么有酷刑、肉刑、耻辱刑，而现代却没有呢？“犯罪”也有自己特定的内涵，如为什么古代规定了和奸罪、腹诽罪、大不敬罪，而现代却有计算机犯罪、证券犯罪、知识产权犯罪、走私核材料罪等现代犯罪呢？可见，“刑罚”也好，“犯罪”也好，它们都有自己独立的研究对象和研究价值，不是一个“刑事责任”就能代替得了的。因此我认为，刑法的简要定义应当是：刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律。^②

至于刑法所具有的深层次含义，更是一个值得仔细斟酌、深刻剖析的问题。

通常认为（几乎所有法学教科书都这样下定义）：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。

上述这个定义是否完全无懈可击呢？我看未必。就拿其中所谓“根据自己的意志”这个限制与修饰来分析，问题就不少。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立法者“自己”的意志。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“自己

① 张明楷：《刑法学》（上），第11页，法律出版社，1997年。

② 魏东：《刍论中国现行刑法的界定》，载高铭暄、马克昌主编：《刑法热点问题探讨》（上册），第79页，中国人民公安大学出版社，2002年。

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，含义并不明确，既没有肯定，也没有否定。第三，它的含义不具体。其所根据的自己的意志的“具体内容”到底是什么？如前所述，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，含义既不明确、更不具体。

我认为，立法者进行刑事立法（即犯罪化和刑罚化过程），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），以及自己的刑法观和自己对人文关怀的态度，来决定犯罪化与刑罚化的范围和程度。^①一般而言，立法者进行刑事立法（也包括司法者进行刑事司法）^②，一般要受到以下几个方面因素的影响和制约。

一、第一个因素，是对刑法观的不同价值取向的认同

刑法观的问题可以说是刑法与刑事司法的一个根本问题，也是我们刑法立法者和刑事司法人员首先必须在思想观念上解决的一个根本问题；在根本意义上，我们的刑事司法活动都是在一定的刑法观指导下进

① 大体上，立法者对客观规律的认识可以归属于影响立法者“意志”的科学因子，而立法者在特定历史条件下所形成的刑法观与对人文关怀的态度则可以归属于影响立法者“意志”的人文因子。参见魏东：《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》（上册），第79页，中国人民公安大学出版社，2002年。

② 在最基本意义上，刑法立法者进行刑法立法与刑法司法者进行刑法司法都遵循相同的认识和判断规律，因而立法者和司法者在对行为性质进行犯罪化和刑罚化的正当性认识和判断过程中都将受到大体相同的因素的影响和制约，尽管二者因为分属于行使刑法立法权与司法权而存在权限上的区分：立法者根据其认识和判断而作出立法上的犯罪化和刑罚化规定，司法者则根据其认识和判断而作出司法上的犯罪化和刑罚化适用。因此，正是从最基本意义上而言，笔者所称“立法者进行刑法立法”一般要受到一定因素的影响和制约，同样也包括“司法者进行刑法司法”一般要受到相同因素的影响和制约。当然，在罪刑法定主义下，刑法司法者在对行为进行犯罪化和刑罚化适用时，更多地要受到罪刑法定原则和刑法谦抑主义的制约，这可以说是刑法司法者在对行为性质的认识和判断上不同于刑法立法者的特殊性；因此，后文又专门论及单纯从司法的角度如何来贯彻刑法立法意图和一系列刑法原则的问题。

行的，它决定了我们刑法立法者和刑事司法人员在价值上的根本取向，因而它也在根本上决定了我们的刑事立法与司法活动的基本面貌。

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。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、刑罚严酷，尤其强调死刑适用。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个人自由的有力保障，其目的之一是最大限度地保障公民自由，二是严格限制国家权力。可见，前者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，它所限制的就是公民的自由，公民只是刑法的客体与对象。后者则立足于刑法的人权保障机能，因而极端强调公民自由，它所针对的对象是国家，它所限制的是国家及其刑罚权。

一般而言，现代刑法在基本立场上都是认同并坚持权利本位刑法观。因而刑法只能是以保护国民的权利和自由为核心，以最大限度地保障公民自由和严格限制国家行为为目的的良性法律，国家刑罚权只能成为个人自由的有力保障而不是相反。这种刑法观对于我们的刑事立法和司法活动无疑都有重大指导意义。

二、第二个因素，是对刑法机能的基本特性的认识

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；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（评价机能）和命令人们作出不实施犯罪行为的意思决定（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”。

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。

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

① 见张明楷：《刑法学》（上），第21页，法律出版社，1997年。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”的含义基本相同。对此，在理论上也有如下的概括：刑法的机能包括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》，第605页，上海科学技术文献出版社，1993年。

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的。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。

机能则是刑法的价值机能。那么，问题就出在刑法的这两个价值机能：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（如我国在社会主义市场经济转型时期，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，打了许多“小鱼”、小案犯；二是在部分情况下确实存在在实体上不严格执行刑法、在程序上不严格执行刑事诉讼法之弊端）；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：应当以最小的社会秩序来保障公民的最大限度的自由；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。

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（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，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