

主编/于志刚

2003

《刑法问题与争鸣》

编委会

刑法问题
与争鸣



第八辑

2003年

中国方正出版社

2003 年 第二辑

总第 8 辑

刑法问题 与 争鸣

主编 于志刚

中
国
方
正
出
版
社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法问题与争鸣. 第8辑/于志刚主编. —北京: 中国方正出版社, 2003
ISBN 7-80107-579-X

I. 刑… II. 于… III. 刑法—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 105272 号

刑法问题与争鸣

(第8辑)

于志刚 主编

责任编辑: 许杰

责任校对: 张蓉

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: xujie@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京京安印刷厂

开 本: 787 毫米×960 毫米 1/16

印 张: 27.75

字 数: 381 千字

版 次: 2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-579-X

定价: 35.50 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

卷首语

中国素有“重刑轻民”、“以刑为主”的法文化传统,因此自古以来刑法理论丰富深厚。建国后,新中国刑法体系逐步健全、完善,刑法理论研究随之蓬勃发展。特别是20世纪80年代以来,刑法学界“百花齐放,百家争鸣”,学界同仁携手共进,学术层次不断攀升,理论研究硕果累累,呈现一派繁荣景象:不仅研究视野日益拓展,而且引起争鸣的焦点、热点问题此起彼伏,从未间断。

时至今日,经过学界同仁数十年的共同努力,中国的刑法学研究繁荣兴旺、成就斐然:刑法学体系逐步健全和完善,学术积淀日益广博深厚,刑法理论研究层次不断提高,刑法观念转换日渐显著,研究视野继续拓展,研究方向和研究方法趋向科学,学术交流与国际合作方兴未艾,学科建设和研究资源配置日趋合理,学术梯队的建立与后备人才的培养步入正轨。

理论研究层次的提高和研究触角的深入,也带来了一些值得关注的问题:一方面,纯学理性的研究,可能基于现实意义不大而难以公开发表,尤其是涉及细节问题的大容量成篇幅的研究成果,更是如此;另一方面,在刑法学界名家辈出的情况下,“马太效应”更为明显,诸多刊物争相邀请和刊载已经进入良性循环的师长辈的文章墨宝,而作为“末学后进”的青年学者,只能悄悄地生存在学术的夹缝里,即使偶有思想火花,也只能束之高阁,或者变通形式,与名家合名而求得问世。

本由青年学人组创的《刑法问题与争鸣》步入转型期,愿意以解决上述问题为己任:不仅能够并且希望接受和刊载具有学术“加深”或者“创新”价值的大容量大篇幅文章,而且希望能够成为青年学人体现自己思维、刊登自己最新学术成果的首选刊物。

学术研究讲求厚积而薄发,愿有志于刑法学研究的青年同仁摒弃急躁情绪和急功近利思想,脚踏实地、一步一个脚印地为刑法学理论研究做出应有的贡献;同时,刑法理论的积淀与整体层次的提高,不是短时间能做到的,往往也不是一代人的事情,客观上更依赖于学术的延续。愿有志于刑法学研究的青年学人能够以“淡泊宁静”之心,长于思辨,填补诸多尚属空白的研究领域,做好属于年轻一代人应有的工作。

《刑法问题与争鸣》编辑部

目录

一、刑法基础理论研究 (1)

刑法定义及其内涵的哲学检讨 魏 东(2)

论刑法中的牵连关系 黄俊平 曾粤兴(27)

论刑法中的身份与身份犯 黄晓亮(44)

论犯罪行为能否成为不作为

犯罪的作为义务来源

——兼论作为义务来源实质

根据的确定 翟中东(54)

论国家工作人员的本质与范围 杜 强(66)

《刑法问题与争鸣》

编委会

二、刑法各论热点问题研究 (95)

试论网络空间中的侵犯著作权

犯罪 胡 驰(96)

关于计算机犯罪中有害数据、有害

信息和违法信息问题的研讨 于志刚(115)

破坏生产经营罪的界定

——源于几起典型案例的

分析研究 张 建(134)

税收犯罪基本理论问题研究 周洪波(146)

胡 驰
于志刚
许发民
翟中东
魏 东
刘志远
周洪波

三、比较刑法 (177)

赌博犯罪比较研究 陈毅坚 杨晓楠(178)

有组织犯罪刑罚之比较研究

——兼论我国刑法关于有组织犯罪

目录

2003 年

第二辑

(总第 8 期)

刑罚规定的完善	郭理蓉 (205)
保安处分之醉酒约束措施比较研究	董振宇 (215)
假释制度比较研究	郇毓贝 (233)

四、外国刑法和区际刑法 (271)

大陆法系刑法责任理论研究

——责任理论的演变、内涵及对完善我国刑事责任

制度的启示	赵 峰 (272)
-------------	-----------

国外刑事拒绝作证特权的设置及其借鉴意义	冉井富 (352)
---------------------------	-----------

丹麦刑法中的正当行为(免责根据)介评	李富友 (376)
--------------------------	-----------

香港地区惩治赌博违法犯罪的对策体系

——兼及内地法律的借鉴与跟进	郭海英 (394)
----------------------	-----------

五、工具栏:刑法立法解释(中英文对照) (417)

(20) 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》

第九十三条第二款的解释	(418)
-------------------	-------

全国人大常委会关于第二百二十八条、第三百四十二条、

(20) 第四百一十条的解释	(421)
----------------------	-------

全国人大常委会关于刑法第二百九十四条第一款的解释	(423)
--------------------------------	-------

(21) 全国人大常委会关于刑法第三百八十四条第一款的解释	(425)
-------------------------------------	-------

全国人大常委会关于刑法第三百一十三条的解释	(427)
-----------------------------	-------

全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第九章渎职罪

(21) 主体适用问题的解释	(430)
----------------------	-------

一、刑法基础理论研究

编者按：

中国刑法的理论研究，尤其是总则性的研究，缺乏“小处见大”的深入研究，人们对于总则问题的兴趣，更多地停留在对传统“基础”性问题的关注上，但是，实际上有时细枝末节性的问题，可能更值得思考。有些问题，可能每年见之于公开刊物的文章数量不少，但是真正能够解决问题的文章却为数不多，多数文章可能是为了发表而写作，至于在内容上是否存在创新和加深之处则在所不问。因此，有时在进行定期性的最新资料收集和整理时发现，某些文章洋洋万言，无一处可引。希望这种无意义的文章能够少些。

刑法定义及其内涵的哲学检讨

魏 东

概念的定义应当揭示概念的基本内涵。因为，就基本的研究范式而言，研究概念内涵的出发点和归宿点，就应当是围绕着概念的定义来展开和总结。因此，探讨刑法的内涵问题，也可以从刑法的既有定义谈起。

一般的通说观点认为，刑法的简要定义是：刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律。

也就是说，根据刑法的规定，可以判断某种具体行为是否构成犯罪、构成何罪，以及行为人对某种具体犯罪负有什么样的刑事责任、应当被判处何种刑罚。

但是，有学者认为，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，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

* 本文作者 2002 年 11 月 21 日在西南民族学院法学院所做同名学术报告的基本内容，发表时略有增删。

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，比如说“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，刑法的概念应当这样来规定，即：“刑法是规定犯罪与刑事责任的法律。”^①

但是我认为，犯罪、刑事责任、刑罚应当都是刑法的基本范畴。因为，“判处（某人）刑罚”和“判决（某人）有罪”都是“（某人）承担刑事责任”的必然内容，但很明显，我们却不能仅仅根据这一点就将“犯罪”和“刑罚”完全抹杀、或者将犯罪和刑罚仅仅作“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”有其自己特定的内涵，例如：刑罚的具体手段与方法、刑罚的体系等内容就是“刑罚自身的”问题，但是他们并不必然是刑事责任的内容，要不然，我们就不好解释为什么人类古代基本上都有各种各样的酷刑、肉刑、耻辱刑，而现代却没有；为什么近现代以来，某些国家有死刑而另外一些国家甚至许多国家却没有死刑。同理，“犯罪”也有其自己特定的内涵，例如：犯罪化的范围、犯罪的机理等内容就是“犯罪自身的”问题，但是这些问题并不是刑事责任的必然内容；还有，为什么中国古代规定了和奸罪、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？这些问题也并不当然就能成为刑事责任的必然内容。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，而不是一个“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。

但是，这个简要定义还远远没有解决刑法的内涵问题，或者说，还没有揭示出刑法的内涵的全部。例如：刑法所体现的立法者的意志及其背后的因素，就是一个值得仔细斟酌、深刻剖析的问题。

理论界一般认为（几乎所有法学教科书都这样下定义），刑法的具体内

^① 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第11页。

容是: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。

上述这个所谓“刑法的具体内容”的定义,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。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、直接主笔制订的,那么,这些法律所反映的“意志”就不完全是“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。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,其含义显然既不明确、更不具体。

我认为:刑法立法者的“意志”背后的因素,是最值得我们关注和探讨的问题,弄清这些问题才是我们理解刑法精神内核的关键。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。对此,在理论上,可以将立法者“对客观规律的认识”这一因素概括为“立法者意志中的科学因子”;而将立法者“对人文关怀的态度”这一因素概括为“立法者意志中的人文因子”。

一般而言,立法者意志中的科学因子大致包括以下内容:一是对刑法的机能的认识;二是对犯罪的机能的认识;三是对犯罪规律的认识;四是对社会危害性的判断;五是对刑罚功能的认识,等等。而立法者意志中的人文因子则主要包括两个内容:一是大众文化对犯罪的态度;二是立法者本身对人文关怀的态度。

可见，立法者进行刑事立法，就必然自觉或者不自觉地要受到这些所谓的科学因子与人文因子的影响和制约。又由于主客观世界本身的复杂性和人类自身认识能力的有限性，特别是由于人性本身根深蒂固的弱点的限制，我们无法对这些科学因子与人文因子进行绝对合理的划分，比如说，有的科学因子中可能又包含了相当的人文因子，而有的人文因子中也可能包含了相当的科学因子，从而使得许许多多的因素成为同时包含了科学因子和人文因子的“似是而非”的东西。因此，这里，我就不重点考察科学因子与人文因子的界分问题，即不在严格意义上来考察分析哪些因素是科学因子、哪些因素是人文因子，而是承认这些因素的模糊性，在一般意义上来探讨这些可能影响和制约刑法立法的因素（这些因素往往也制约和影响刑法司法）。

二

上述分析表明，立法者进行刑事立法（也包括司法者进行刑事司法），一般要受到以下几个方面因素的影响和制约：

（一）一个因素，是对刑法机能的认识

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；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

^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。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。

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变本加厉地强调“专政、严打、规范老百姓”，政府和司法机关基本上是为所欲为，随意不执行法律甚至超越法律、违法执法。）

一般认为，行为规制机能是刑法的核心机能，而秩序维持机能和自由保障机能则是刑法的派生机能。^①

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，刑法的三种机能中，行为规制机能是刑法的核心机能，而秩序维持机能和自由保障机能则是刑法的派生机能。那么，问题就出在刑法的这

① 关于刑法机能的三个具体机能的称谓是否恰当的问题，我认为确实值得质疑。因为，从价值评价的角度来分析，现代权利刑法观的基本立场，应当是主张权利保护，也就是说应当以“秩序维持机能”和“自由保障机能”为核心，因此，应当将此两个机能作为并称谓为“核心机能”，而不是“派生机能”；相应地，应当将“行为规制机能”作为刑法的本体机能、客观机能、冷色机能。这里，作者仍然沿用传统的称谓。

两个派生机能：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，打了许多“小鱼”、小案犯；二是在部分情况下确实存在“在实体上破坏刑法、在程序上破坏刑事诉讼法”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”。因此，刑法的秩序维持机能与自由保障机能，以及如何处理二者之间的关系问题，都是值得认真研究的问题。

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，但是并不是惟一手段，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（Crimes Without Victims; 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。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，必然具有不同的刑法观，并对其犯罪化、刑罚化以及具体运用刑法手段管理社会、调整社会生活等方面产生深刻的影响。

（二）第二个因素，是对犯罪机能的认识

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、在人民群众的评判中，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。可见，计算机犯罪的机能也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（甚至是极其有限的）、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。

还有一个有意思的例子，这就是最近的媒体所报道的一则“三个人的婚姻”的故事。^①该故事里有三个主人公：钱琴、她的已经残废了的丈夫范华和她的新情人李启兵，他们都是湖北人。报道说，钱琴“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”，钱琴对两个情人都恩爱体贴，李启兵和范华也能和睦相处；接着是“好景不长”，钱琴对范华的温情使得李启兵无法忍受，导致钱琴与李启兵的矛盾、李启兵与范华的矛盾日益尖锐，直

① 载四川《华西都市报》2002年8月25日第8版。

至水火不容，李启兵和钱琴终于抛弃范华；最后是“对簿公堂”，范华向人民法院提起刑事自诉，要求追究钱琴和李启兵的重婚罪的责任（因为钱琴和范华一直没有办理离婚手续），经过法院调解（最后范华撤回刑事自诉），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”引起了强烈反响，人们议论纷纷。村里的一位老大娘说，即使钱琴有一万个理由，也不该抛弃残疾丈夫，这是不人道的。但也有不少年轻人对钱琴的做法表示同情和理解——如果钱琴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，钱琴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，只要钱琴和李启兵稍微尽一点心，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，钱琴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，范华的悲剧结果再次证明了这一点。从犯罪机能的角度来分析，钱琴等人的行为并不是当然地就不符合“犯罪的特征”；但是，钱琴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”。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，必须谨慎权衡，必须反对极端片面。

（三）第三个因素，是对犯罪规律的认识

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。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：“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

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。

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？

另外，有些行为到底是不是犯罪，是与特定历史条件、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。那么，到底如何评价“投机倒把行为”呢？这就涉及人们对犯罪规律的认识问题。

（四）第四个因素，是对“社会危害性”的判断

我们都知道，将某种行为予以犯罪化，是以该行为具有社会危害性为前提的。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。

今年暑假的时候，我在四川省公安厅作了一场有关经济犯罪侦查工作的报告，其中就着重谈到了经济犯罪的犯罪化根据和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，经济犯罪的刑法立法，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、偷税罪和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、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（当然包括我们经侦部门和经侦人员在内）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：

1. 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，从而保障公民人权、维护法治秩序、节约司法资源成本。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”：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，现行刑法一律规定为犯罪，基本上作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。这种状况对于经济社会而言具有十分重大的影响，一方面它能够全方位规范经济行为，但另一方面它也可能扼杀了经济社会的投机条件和创造动力；同时，这种状况对于我们经济侦查工作来说意义也十分重大，它使得我们经侦部门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