

魏 东◎主编

现代刑法的 犯罪化根据



中国民主法制出版社

现代刑法的犯罪化根据

魏 东 著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

现代刑法的犯罪化根据/魏东著. —北京:中国民主法制出版社, 2004. 1

ISBN 7-80078-847-4

I. 现... II. 魏... III. 刑事犯罪-研究
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 000216 号

书名/现代刑法的犯罪化根据

XIANDAI XINGFA DE FANZUIHUA GENJU

作者/魏东著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100054)

电话/63292534 63056983(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32开 850毫米×1168毫米

印张/6.125 字数/159千字

版本/2004年1月第1版 2004年1月第1次印刷

印刷/涿州市蕴铂印刷有限责任公司

书号/ISBN 7-80078-847-4/D·735

定价/12.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

作者简介

魏东,1966年1月生,曾用名魏智彬,男,重庆市人,法学博士,四川大学法学院副教授、硕士研究生导师,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,中国法学会、中国警察学会、四川省法学会会员,四川省警察学会公安学基础理论专业委员会委员。1993年3月毕业于西南政法大学,获法学硕士学位;2001年6月毕业于中国人民大学,获法学博士学位。现在四川大学法学院任教,主讲课程和研究方向:中外刑法学、国际刑法学、刑事政策学。

著有个人专著:《教唆犯研究》(中国人民公安大学出版社,2002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)。主编:《经济犯罪认定与侦查实务丛书》(8卷本,群众出版社,1999年——2001年)。参加编写:《刑法总论问题探索》、《新刑法原理与实务》、《中国刑法案例与学理研究》等著作20余部。曾在《新华文摘》、《中外法学》、《法学家》、《现代法学》等刊物上发表论文70余篇。

自序

作为刑法学者,需要思考刑法本体问题,如犯罪、刑事责任和刑罚等基本问题,同时,也需要关注刑事政策问题,因为“刑事政策是刑法的灵魂”,刑事政策是刑法实践的基本依据。因此,我在基本立场上坚持认为,研究刑法学理论尤其是研究犯罪化与刑事责任化根据问题,必须结合刑事政策理性进行思考论证,才能够真正符合刑事一体化、防控犯罪一体化或者说刑事政策一体化的基本要求,从而才能够在根本意义上回应犯罪化与非犯罪化、刑罚化与非刑罚化等诸多刑法理论问题。这种刑事政策的理性主义立场,也是一种刑法思维方式和研究方法的重大转变,应当引起我们的充分重视。多年来,我致力于刑法学的教学和研究,研究视野及于中外刑法学、国际刑法学、刑事政策学等领域,取得了一定的研究成果。这里奉献给读者的《现代刑法的犯罪化根据》一书,就是作者基于上述立场研究思考有关刑法问题的部分成果。其中,本书第一章的内容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在中国人民大学所作同名学术报告,第二章至第六章的内容是作者所承担的四川省哲学社会学“十五”规划2003年度立项课题《犯罪防控对策体系研究》的阶段性研究成果,应当说都具有较高的学术价值。

犯罪化根据问题历来就是一个十分重大的刑法基础理论问题。古代神意犯罪观认为,神意就是犯罪化的基本根据,惩罚犯罪不过是替天行道。但是,将人的问题神意化终究没有生命力。于

是,人们转而探究犯罪化的科学哲学与现实根据:现实的人,现实的事,现实的社会,现实的哲学。我在本书中提出,现代刑法从权利本位刑法观的基本立场出发,在犯罪化根据问题上必然要进行权利本位的价值权衡,必须综合考究作为犯罪化根据的“科学因子”与“人文因子”,然后在此基础上作出犯罪化的价值选择。我认为这是一种富有启发性的哲学思考。基于刑事政策上的理性选择,我将现代刑法的犯罪化根据概括为八个方面,即立法者对刑法机能的认识,立法者对犯罪机能的认识,立法者对犯罪规律的认识,立法者对“社会危害性”的判断,立法者对刑罚功能的认识,大众文化(民众)对犯罪的态度,立法者对人文关怀的态度,立法者对刑法价值的中道权衡。从上述八个方面根据的列举可以看出,我的这种思考也是基于一种综合性的立体的刑法价值判断,因此其中特别强调了刑法价值的中道权衡,明确提出现代刑法应该中立地兼顾好刑法的保护机能与保障机能,力求做到不偏不倚。这一结论是否科学合理,有待于更加有力的论证,但是我相信它能够给人一些有益的启发。

犯罪化的基本内容可以包括刑事责任,因为后者在基本意义上是前者的应然后果。因此,本书在犯罪化根据的题目下也讨论了有关犯罪的刑事责任及其根据问题。关于法人犯罪问题和吸毒行为犯罪化问题,我就在研究其犯罪化根据的基础上,进一步研究了其刑事责任的根据、刑罚配置以及刑事责任实现方式等基本原理。例如,法人犯罪是一个新问题,应当说其理论上的争议和实践做法的差异都很大,对其犯罪化根据应当进行深刻检讨。大陆法系国家的基本立场是在立法上否认法人犯罪,直到今天也只有少数国家在一定范围内规定了法人犯罪,因此他们有关法人犯罪的理论争论主要集中在法人犯罪的基础问题即法人能否成为犯罪主体的问题上。法人犯罪能力否定说坚持“法人不可能犯罪”的原则,认为法人的人格是法律所拟制,本身并非一种实在,因为它没

有肉体、器官、精神和思维,纯粹是观念上的存在。其权利能力和行为能力都是法律所赋予的,本身没有意思能力和行为能力,只能由其代理人在合法范围内代为意思表示,至于刑法上的犯罪行为已超出合法范围,代理人没有代理的可能。因此,法人没有犯罪能力,也不具备刑事责任能力,因此法人行为没有犯罪化根据可言。法人犯罪肯定说认为法人和自然人一样属于现实存在的有机体,具有团体的意思和独立的存在,法人机构及其代表人以法人名义实施的行为应当视为法人的直接行为。而法人是依照特定的法律要求而成立的,立法便赋予了它生命——社会的生命、法律的生命,拥有智力、体力和社会活动能力。也就是说法人在成立时必须遵守守法承诺,由于它是社会需要的产物,因此必须有这种承诺,否则社会便不会容许它存在。从这个意义上说,法人如果违背了其守法义务,实施了犯罪行为,就应当承认法人犯罪的正当根据并由犯罪法人承担刑事责任。而英美法系国家有关法人犯罪的理论比较成熟,其所提出的法人犯罪的犯罪根据和刑事责任根据学说主要有义务产生责任说、伙同作案说、容许认可说、同一罪责说(同一视原理)、转嫁罪责说等。近年来,西方国家对于法人犯罪的犯罪化根据问题又出现了反应责任论、法人文化论、结构性的法人责任论等多种新兴的理论。中国对法人犯罪的研究起步较晚,但中国理论界由于立法实践承认法人犯罪并受其推动,主流观点很快就接受了法人犯罪肯定论的立场,并提出了关于法人犯罪的犯罪化根据的以下一些观点:共同犯罪论、法人人格化社会系统责任论、组织体刑事责任论等。可以看出,尽管中外学者的上述观点存在较大的分歧,但从总体上看,在是否承认法人犯罪的犯罪化根据问题上,均是抱着一种非常矛盾的心情,许多观点明显地难于自圆其说。因此我认为,在是否承认法人犯罪的犯罪化根据问题上,应当说更多的成分是出于刑事政策上的考虑,从而,今天法人犯罪肯定说占上风的现实并不当然意味法人犯罪否定论的合理内核就自动

消失了,法人犯罪的犯罪化根据尤其是法人刑事责任的伦理性依据等问题仍然需要得到进一步的合理化论证。再如吸毒行为犯罪化问题,我在本书中主要研究了以下四个方面的内容:当今世界吸毒及其犯罪化的现状,吸毒行为犯罪化之比较研究,我国现行法律对吸毒行为的立法处置及其缺憾,关于在我国增设吸毒罪的立法构想。其中作者也花费较多笔墨研究了吸毒行为犯罪化之后的刑罚配置和立法规定问题,这些学理性的思考,我认为是必要的。

犯罪化根据的基本内容也应当包含刑事政策理性的因素,这一点前面已经提到。所以,本书也在犯罪化根据的题目下还讨论了有关犯罪的刑事政策(及其根据)问题。关于黑社会犯罪、恐怖主义犯罪、受贿行为犯罪化的刑事政策根据等问题,作者就主要是基于刑事政策理性的基本立场来展开研究的。对于犯罪国际化态势突出的黑社会犯罪和恐怖主义犯罪,对于当前学术界和实践中争议突出的受贿罪本质特征,作者都是从法理学和刑事政策学相结合的独特视角进行了富有新意的学术探讨。尤其是其中对黑社会基本特征的概括,对恐怖主义犯罪基本性质的归纳,对受贿罪所侵害的具体法益、受贿行为的本质界定和类型划分、受贿行为入主观认识因素的规范和“为他人谋取利益”这一构成要件要素的舍弃,以及对黑社会犯罪的刑事政策建议(包括作者所综合的国内学者有关完善黑社会犯罪的刑法规定和程序法规定以及加强打击黑社会犯罪的国际刑事司法协助与合作的基本观点),我认为作者的研究成果都具有相当的理论价值和实践意义。

以上是我基于理性主义立场对有关刑法和刑事政策问题所作的初步探索。探索的历程既有艰辛苦涩,也有幸福甜蜜。在探索刑法理论的人生征程中,曾经引我入门的西南政法大学刑法学教授邓定一和邓又天两位老先生已经仙逝,本书的思想中吸取了他们的谆谆教导,出版本书饱含对他们的感激之情,更有对二老的追

念。我攻读博士学位时的导师赵秉志教授,为我的学术研究奠基铺路,先生对我学术研究上的提携不倦,成为我孜孜追求学术进步的巨大动力,但我的学术进步缓慢而时常令我深感难报师恩。高铭喧教授、王作富教授以及中国人民大学法学院和西南政法大学刑法教研室的其他前辈老师,还有众多师长前贤和同龄朋友对我的关心厚爱,是我终生报答不尽的恩情。但我深知我个人的理论探索难免有成功的也有失败的,可谓良莠杂存。美国学者米尔斯感慨说,“选择做一名学者,既选择了职业,同时也选择了一种生活方式……社会科学家应当定期回顾‘我的问题与计划的进展’。”^①因此,我自觉选择作为一名学者,有责任经常不间断地思考和回顾“我的问题与计划的进展”。无论“我的问题与计划的进展”如何,我都虔诚地愿意成为一名痴迷理性的书生,凭借追求真知的满腔热情努力不懈地探索下去。

魏 东

初稿:2003年9月于四川大学法学院

修订:2003年12月于中国人民大学

^① (美)米尔斯:《社会学的想象力》,生活读书新知三联书店2001年版,第212—214页。

目 录

1	自序
1	第一章 现代刑法的犯罪化根据
1	导言:从刑法观和刑法内涵谈起
4	一、立法者对刑法机能的认识
7	二、立法者对犯罪机能的认识
9	三、立法者对犯罪规律的认识
10	四、立法者对“社会危害性”的判断
15	五、立法者对刑罚功能的认识
25	六、大众文化(民众)对犯罪的态度
26	七、立法者对人文关怀的态度
29	八、立法者对刑法价值的中道权衡
50	第二章 法人犯罪的犯罪化根据与方式
50	导论:法人制度与法人犯罪概述
61	一、法人刑事责任的一般原理
80	二、法人刑事责任的实现方式
85	三、中国法人犯罪刑事责任的完善
112	第三章 黑社会犯罪问题
112	一、关于“黑社会”的界定
119	二、“黑社会性质组织”的特色问题
127	三、黑社会犯罪的刑事政策

133	第四章 恐怖主义犯罪问题
133	导言:恐怖主义犯罪概述
135	一、恐怖主义犯罪的基本性质
140	二、恐怖主义犯罪的概念
143	第五章 受贿行为犯罪化的刑事政策根据
144	一、受贿罪所侵害的具体法益:结论上的一般刑事政策分析
148	二、受贿行为的本质与类型:基于“信念基点”的特殊公共政策考察
151	三、受贿行为人的主观认识因素:规范法学上的要素遴选
152	四、“为他人谋取利益”要素之舍弃:基于刑法机能性认识所作的补充论证
156	第六章 吸毒行为犯罪化
156	导论:毒品犯罪立法宏观比较
164	一、当今世界吸毒及其犯罪化的现状
167	二、吸毒行为犯罪化之比较研究
173	三、我国现行法律对吸毒行为的立法处置及其缺憾
178	四、关于在我国增设吸毒罪的立法构想

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。)

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》,载高铭喧、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。

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 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(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。