



JiNan
University

暨南大学
法学文库

非犯罪化研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



JiNan
University

暨南大学
法学文库

非犯罪化研究

贾学胜 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

非犯罪化研究/贾学胜著. —北京:法律出版社,
2011

(暨南大学法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1734 - 1

I. ①非… II. ①贾… III. ①犯罪学—研究 IV.
①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 010397 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/7.5 字数/180 千

版本/2011 年 1 月第 1 版

印次/2011 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1734 - 1

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论:刑事政策与非犯罪化	1
第一节 什么是刑事政策	1
第二节 两极化刑事政策影响下的非犯罪化运动	5
第三节 非犯罪化的研究现状	10
第四节 本书的研究动机与目的	14
第一章 非犯罪化的概念界定	18
第一节 犯罪的概念与非犯罪化	18
第二节 非犯罪化的概念	34
第三节 非犯罪化的原因和意义	46
第二章 非犯罪化的理论根据	53
第一节 概述	53
第二节 自由主义	55
第三节 法益保护主义	66
第四节 刑法谦抑主义	80
第三章 非犯罪化的过程及其基本理论	86
第一节 概述	86
第二节 非犯罪化的法律事实	87
第三节 非犯罪化的标准	103
第四节 非犯罪化的范围和方式	111
第五节 非犯罪化的效果	120
第四章 刑事实体法上的非犯罪化	124

2 目 录

第一节 概述·····	124
第二节 犯罪预备的非犯罪化·····	138
第三节 安乐死的非犯罪化·····	150
第四节 赌博罪的非犯罪化·····	173
第五章 刑事程序法上的非犯罪化·····	185
第一节 概述·····	185
第二节 自诉制度·····	186
第三节 不起诉制度·····	199
第六章 结语:非犯罪化研究的建言和结论 ·····	213
第一节 非犯罪化研究的建言·····	213
第二节 非犯罪化研究的结论·····	215
参考文献·····	219
后记·····	229

导论:刑事政策与非犯罪化

第一节 什么是刑事政策

刑事政策一词起源于德国。学界一般认为,德国学者费尔巴哈(Feuerbach)于1803年在其所著的刑法教科书中首先使用了刑事政策(Kriminalpolitik)一词。^[1]其后由亨克(Henke)及李斯特(Franz v Liszt)等学者加以推广,逐渐为大陆法系国家的学者广泛接受和使用。刑事政策研究的兴起与发达一方面是因为19世纪后半期,刑事古典学派对日益严重的犯罪问题在解释和控制方面显得无能为力,另一方面是因为随自然科学的发达而盛行一时的实证研究方法被广泛采用,使得人们跳出传统刑法理论寻求控制犯罪的新途径。自刑事政策这一概念产生以来,关于刑事政策的含义及研究范围,一直没有一致的见解,“可以这样认为,至今几乎所有关于刑事政策的著述,找不到两个完全相同的刑事政策定义”。^[2]刑事政策是一个“歧义丛生的

[1] 对此一说法的不同见解是:有学者认为,刑事政策这一概念最早出现在18世纪末19世纪初德国法学教授克兰斯洛德(Kleinschrod)与费尔巴哈(Feuerbach)的著作中。参见[法]米海依尔·戴尔玛斯—马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,译序,第1页。还有学者认为,刑事政策一词,由何人首先使用,目前尚未明朗。转引自许福生编著:《刑事学讲义》,2001年版,第1页。

[2] 储槐植:“刑事政策:犯罪学的重点研究对象和司法实践的基本指导思想”,载《福建公安高等专科学校学报——社会公共安全研究》1999年第5期。

概念”。〔3〕在德、日和我国的台湾地区,一般认为犯罪学是研究犯罪原因的学科,即狭义的犯罪学,而将犯罪防制对策的研究归入刑事政策的研究范围。但是也有学者在关于刑事政策的著作中对犯罪原因进行研究,如此,则刑事政策学与广义的犯罪学并无明显的差别。

鉴于本书涉及这一议题的目的是说明非犯罪化和刑事政策的关系,因此本书并不拟也没必要对刑事政策这一问题进行专门的和详细的研究,只是在主流观点的基础上进行论述。综合中外学者关于刑事政策的概念,大致可归为三类,即最广义的刑事政策、广义的刑事政策和狭义的刑事政策。

一、最广义的刑事政策

最广义的刑事政策,是指国家以预防和镇压犯罪为目的所采用的一切手段或者方法的总称。如德国刑法学家李斯特认为:“刑事政策是国家和社会据以与犯罪作斗争的原则的总和。”〔4〕法国学者米海伊尔·戴尔玛斯—马蒂认为:“刑事政策就是社会整体据以组织对犯罪现象反应的方法的总和,因而是不同社会控制形式的理论与实践。”〔5〕德国学者梅兹格认为:“刑事政策是关于犯罪的预防及镇压的国家活动的整体。”〔6〕可见,最广义的刑事政策并不限于直接以防制犯罪为目的的刑罚制度,也不限于与防制犯罪有关的制度如保安处分等,间接的与防制犯罪有关的各种社会政策,如居住政策、教育政策、失业政策等也属于刑事政策研究的范畴。

〔3〕 参见何秉松主编:《刑事政策学》,群众出版社2002年版,第35页。

〔4〕 转引自杨春洗主编:《刑事政策论》,北京大学出版社1994年版,第4页。

〔5〕 [法]米海伊尔·戴尔玛斯—马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第1页。

〔6〕 转引自张甘妹:《刑事政策》,台湾三民书局股份有限公司1979年版,第2页。

二、广义的刑事政策

广义的刑事政策是指国家以预防和镇压犯罪为目的,运用刑罚以及具有与刑罚类似作用的各种制度,对于犯罪人及有犯罪危险的人所采用的刑事上的对策。如德国刑法学家希伯尔(V. Hippel)认为:“刑事政策者,系由目的合理性之立场以观察刑事法之效果之谓也。”〔7〕日本学者田中政义认为:“刑事政策系国家、自治团体抑或民间团体,藉刑罚或类似刑罚之方法或制度,以达直接防止犯罪与矫正犯罪为目的,并且为排除因犯罪所生之社会的恶害,考究其手段与方式,以对犯罪实施斗争之谓。”〔8〕广义的刑事政策将各种有关预防犯罪的社会政策排除在刑事政策的研究范围之外,而将其限制在以防止犯罪为目的的刑事对策范围内。所谓刑事上的对策,既包括刑事实体法制度,如各种刑罚制度,也包括与刑罚具有类似作用的各种制度,如保安处分、更生保护等,还包括刑事程序法制度。

三、狭义的刑事政策

狭义的刑事政策是指“在狭义之刑事政策内涵中,明显的将其范围限缩在刑事的立法政策上,专指限其刑法规范体系内的法律政策而言”。〔9〕如首先提出刑事政策概念的费尔巴哈认为,刑事政策是国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和,是“立法国家的智慧”。〔10〕德国刑法学家克兰斯洛德(Kleinschrod)认为:“刑事政策是立法者为了预防、阻止犯罪、保护公民自然权利并根据各个国家具体情况而采取

〔7〕 转引自谢瑞智:《刑事政策原论》,台北1978年版,第4页。

〔8〕 转引自谢瑞智:《刑事政策原论》,台北1978年版,第6页。

〔9〕 丁道源编著:《刑事政策学》,台北2002年版,第3页。

〔10〕 转引自〔法〕米海依尔·戴尔玛斯—马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,译序,第1页。

的措施。”^{〔11〕}可见,狭义的刑事政策仅将刑事政策的范围限定在刑法的立法政策领域,而将刑事程序法和矫治法排除在刑事政策的研究视野之外。

最广义的刑事政策虽然正确地表达了刑事政策的含义,但未确定刑事政策学的研究范围,导致刑事政策的研究对象过于宽泛,和社会政策等难以区别,从而失去了刑事政策学存在的意义。而狭义的刑事政策将刑事政策的研究范围限缩在刑法的立法政策上,使刑事政策的对象过于狭窄,这样的刑事政策显然不足以有效地防止犯罪。“作为一门学科,刑事政策应该有其研究上的核心领域。”^{〔12〕}要实现刑法的最佳效益,必须树立刑事一体化的观念,不仅刑法内部结构要合理,而且刑法运行的前后要协调,也就是刑法效益的实现要受到刑事诉讼程序和刑事执行的制约。^{〔13〕}因此,广义的刑事政策概念成为较为有力的观点。

广义的刑事政策如果有其核心,应该就是犯罪化与非犯罪化的议题,这直接触及刑事法的根源。^{〔14〕}从后文论述可知,非犯罪化既包括立法上的非犯罪化也包括司法上的非犯罪化,既包括实体法上的非犯罪化也包括程序法上的非犯罪化。因此,本书论述是在广义的刑事政策概念上展开的。

〔11〕 转引自卢建平:“社会防卫思想”,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》,法律出版社1998年版,第134页。

〔12〕 林东茂:“刑事政策与自由主义”,载《刑事法学之理想与探索:(第四卷)刑事政策与刑事立法论》,台北学林文化事业有限公司2002年版,第3—4页。

〔13〕 参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第294页。

〔14〕 参见林东茂:“刑事政策与自由主义”,载《刑事法学之理想与探索:(第四卷)刑事政策与刑事立法论》,台北学林文化事业有限公司2002年版,第5页。

第二节 两极化刑事政策影响下的 非犯罪化运动

“第二次世界大战后,世界各国的刑事政策朝着所谓‘宽松的刑事政策’和‘严厉的刑事政策’两个不同的方向发展,这种现象称为刑事政策的两极化。”^[15]所谓两极化的刑事政策,是指一方面对不需要矫治或者有矫治可能的犯罪人,以宽松的刑事政策对待;另一方面对不能矫治或者矫治困难的犯罪人,以严格的刑事政策对待。宽松刑事政策的适用对象主要是轻微犯罪及有改善可能性犯罪者,其基本策略与目的是:刑事立法上的除罪化、刑事司法上的除刑化及刑事执行上的除机构化;严格刑事政策的对象,主要是重大犯罪者及危险犯罪者,而其基本策略与目的是:刑事立法上的犯罪化、刑事司法上的从重量刑及刑事执行上实行隔离与长期监禁。两极化的刑事政策极为深远地影响着各国的刑事立法和司法活动。在宽松的刑事政策影响下,各国开始重新对刑法的规制范围进行审视,对一些犯罪实行了非犯罪化,同时对轻微犯罪、初犯、偶犯采用了更为轻缓的刑罚,甚至采用非刑罚的处罚方法。可见,非犯罪化是宽松刑事政策的重要内容之一。

事实上,非犯罪化自人类社会产生刑法规范以来就存在了。因为“那些被认为应当受到惩罚的人类行为不可能是永远稳定不变或者持续增长或减少的”。^[16]然而,非犯罪化运动在欧洲乃至世界的真正兴起乃是发端于20世纪50年代关于法律和道德界限的争论。

[15] [日]森下忠:《犯罪者处遇》,白绿铉等译,中国纺织出版社1994年版,第4页。

[16] European Committee on Crime Problems, Report on Decriminalisation, Strasbourg 1980, p. 55.

1957年英国下院议员沃尔芬登领导的“同性恋与卖淫委员会”发表了沃尔芬登报告(Wolfenden Report)。该报告认为:同性恋是当事人在相互同意的情况下所发生的私人间的行为,不应科处刑罚;法律的目的即使是维持公共秩序及美德,然而除非基于社会要求为了消除犯罪,保护个人免受非法侵害及避免堕落和腐化,才能借由法律的规定来达到此目的;至于属于私人道德与不道德问题,并非法律的事务。^[17]此报告一出,在英国引起了激烈的争论。支持者之一的法哲学家哈特(H. L. A. Hart)认为:非道德行为本身并不能成为犯罪,法律上禁止私人间同性恋乃是太过于强行介入个人自由;“我们应该知道,权力掌握在多数人手里的民主原则,并不意味着掌握权力的多数,即可不尊重少数的意志”。^[18]反对此报告的代表人物之一是英国高等法院法官戴夫林(Patrick Devlin)。戴夫林认为:“公共道德是维系社会的基本纽带之一;社会可以使用刑法来维护道德,正如社会使用刑法维护其他任何对其存在来说必不可少的事务一样。”^[19]“一个社会假如对政治、道德和伦理等没有共同的理想和目标,这个社会将很难生存。任何人均无法创造一个对好与坏毫无共识的社会。而即便有了共识,当共识丧失时,社会即会解体。因为,社会并不是靠物质条件而结合在一起,乃是依靠看不见的共同思想。假使这一个键太过于松散,社会的组成分子将会漂浮不定。而一个共同的道德则是这个键的一部分。这一个键是社会维系其生存必须要付出的代价。”^[20]尽管对于刑法是否应该介入道德领域存在激烈的争论,然而由于该报告的建议,英国根据《1961年自杀法》将自杀行为非犯罪化了,通过《1967年性犯罪法》,将年满21周岁的男性之间秘密发生的同性恋行

[17] 转引自许福生编著:《刑事政策学》,台湾国兴印刷厂2001年版,第186页。

[18] 转引自许福生编著:《刑事政策学》,台湾国兴印刷厂2001年版,第186页。

[19] 参见[英]J. C. 史密斯、B. 霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第23页。

[20] 许春金:《犯罪学》,台湾三民书局1996年修订版,第425页。

为非犯罪化了。^[21]

沃尔芬登报告在美国引起了极大的反响。受其影响,1962 年美国法学会拟制的《模范刑法典》(Model Penal Code)中将同性恋、卖淫及通奸罪除罪化了。这一时期,盛行于美国的犯罪标签理论(Labeling Theory)为非犯罪化运动的进一步深入发展起了极大的推动作用。犯罪标签理论认为:犯罪人本来不是犯罪人,犯罪人是由社会制造的;犯罪人的产生是因为对行为人有重要影响的人,包括教师、警察、邻居、父母、朋友等,和控制犯罪的机构给行为人贴上了“犯罪人”的标签,使其对这种“标签”产生了认同从而逐渐走上了犯罪道路。按照犯罪标签理论的观点,刑事立法和司法的改革方向应该是非犯罪化、非刑罚化和非机构化,即对于社会危害性较小或者消失的犯罪行为应予非犯罪化,如离家出走、抗拒父母、混乱性行为、逃学等身份犯罪(status offense)和使用毒品、同性恋行为、赌博、卖淫等行为;用社会福利部门等的咨询、工作训练、就业帮助等代替司法机关的审判等活动的转向处分;将一些犯罪人在矫治机构中服刑转到社区内矫治的非机构化措施;等等。1967 年美国总统执法与司法管理委员会(President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice)《关于少年犯罪和青年犯罪的小组报告》认为:由于道德价值观已经发生了变化,应该根据这些变化减少对少年法庭的授权,考虑完全废除法庭对那些仅仅对儿童来说是非法的行为的司法管辖权;对无被害人犯罪也应如此。同年,美国总统执法与司法委员会发布了《自由社会犯罪之挑战》(The Challenge of Crime in a Free Society)的研究报告,该报告指出:“机构可能将犯罪人从身体和心理上与社会隔离开来,会割断犯罪人与学校、工作、家庭和其他支持性影响的联系,会增加向他们牢固地打上犯罪人烙印的可能性。重新整合的目标

[21] 参见[英]J. C. 史密斯、B. 霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社 2000 年版,第 20—21 页。

更有可能通过在社区中对犯罪人开展工作达到,而不可能通过监禁来达到。”^[22]1970 年美国总统猥亵与色情委员会的调查报告建议废除对成年人非公然性猥亵,而只规范对于不想看者以及对未成年人的贩卖行为。在非犯罪化思想和犯罪标签理论的影响和倡导下,美国 1970 年制定的《联邦综合性药物滥用防止及管制法》减轻了相关大麻药物犯罪的刑罚,且对药物中毒者设立更生规定。之后各州亦陆续废除了对无被害人犯罪的刑罚规定。到 20 世纪 70 年代中期,美国大多数州开始把酗酒后妨碍治安的犯罪交给酒精治疗部门而不是送入看守所,将使用大麻的犯罪从刑法中消除,一些州还陆续对卖淫、堕胎实行了除罪化甚至合法化。非犯罪化运动在美国的发展,“……导致刑罚调整某些日常行为的作用的削减。所涉及的法律首先是那些与公共道德调整有关的法律,是制裁卖淫、堕胎、同性恋、酗酒和流浪的法律。在这种法律改革中提出的观点是,只要不伤害另一个人,该人行为的自由就不应受到刑法的干涉”。^[23]

美国的非犯罪化运动又反过来深刻地影响了欧洲大陆的刑法改革,尤其表现在对北欧国家性刑法的修正上。丹麦于 1967 年刑法中废除了猥亵文书罪。德国在 1973 年进行刑法修改时,将第十三章的名称由“妨害风化罪”修改为“妨害性自由罪”,强调本章保护的法益是个人性自由自主决定权以及青少年健全发展的个人法益。修改的理由是:“应该注意到,刑法只是保护社会上态度的外部秩序。在今日社会上,有关于婚姻、家庭及性等价值观具有极大的多样化。因而在此领域中,人们的态度、动机及表现具有极大个别化性质,导致常常无法正确判断。所以,刑事立法者,在此非谦让抑制不可。”并且将伦理意味强烈的“猥亵行为”(unzuchtige Handlung)及“猥亵文书”(unzuchtige Schrift)等字眼,改为采取价值中立的“性行为”(sexuelle

[22] 参见吴宗宪:《西方犯罪学》,法律出版社 1999 年版,第 527 页以下。

[23] [美]理查德·昆尼:《新犯罪学》,中国国际广播出版社 1988 年版,第 144 页。

Handlung)和“色情文书”(Pornographische Schrift),以此表明有关性伦理风俗的维持不是刑法的目的,刑法只是处罚社会上无法忍受的行为。之后,瑞典废除了轻微财产盗窃罪的刑罚规定,欧洲大陆的不少国家对赌博采取了事实上除罪化的态度。^[24]

进入20世纪80年代后,非犯罪化运动在欧洲大陆继续走向深入。欧洲委员会犯罪问题委员会在来自奥地利、丹麦、法国、联邦德国、意大利、荷兰和瑞典的专家经过历时八年的研究和论证后,于1980年发表了著名的《非犯罪化报告》。该报告界定了非犯罪化的概念及其与非刑罚化、转处的关系,阐述指导非犯罪化的基本原则、分析了推动和妨碍非犯罪化的各种因素以及非犯罪化以后各种可能性的替代方案等问题。^[25]作为欧洲共同体的政策性文件,该报告对欧洲共同体各成员国确立了刑事立法和司法改革的方向,非犯罪化运动在欧洲取得了重要成果。作为这一重要成果的典型代表是荷兰的非犯罪化实践,荷兰不仅将卖淫、同性恋、吸毒等行为非犯罪化了,而且经过长期实践,最终于2001年4月10日,议会上院顺利通过一项法案,将迄今为止仍存在广泛争议的安乐死行为实行了非犯罪化。

事实上,欧洲非犯罪化的实践已经远远不限于“道德犯罪”的领域,基于刑法谦抑的思想,微罪的非犯罪化也提上了议事日程,成为非犯罪化运动的重要组成部分。意大利1981年第689号法律对一些轻微犯罪实行了非犯罪化;德国在1952年3月公布的《违反秩序法》对轻微犯罪实行了非犯罪化,1968年5月24日公布的《违反秩序法》进一步对一些轻微犯罪实行了非犯罪化。^[26]在实行社会主义制度的前苏联和东欧国家也实行了微罪的非犯罪化。在前苏联,以1958年

[24] 转引自许福生编著:《刑事学讲义》,台湾国兴印刷厂2001年版,第188页。

[25] See European Committee on Crime Problems, Report on Decriminalisation, Strasbourg 1980.

[26] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第125页。

公布的《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》为基础,苏联各加盟共和国都纷纷制定了新刑法典,废除了一些过时的旧罪名;东欧其他社会主义国家也竞相效尤,进行了非犯罪化和非刑罚化的立法改革,如保加利亚在1982年的刑法改革中,将绝大部分客体价值在50列瓦以下的侵犯社会主义财产的行为都不再视为犯罪行为,其应负的刑事责任由行政责任代替。^[27]

总之,英国的沃尔芬登报告引发了关于非犯罪化的争论,促成了各国关于非犯罪化的广泛实践。非犯罪化、非刑罚化、非机构化这些极具创造力的刑事政策成果,在今天的世界各国仍具有强大的生命力。“非犯罪化被视为20世纪中叶以来刑事政策影响下的各国刑法改革最富新意的改革。”^[28]

第三节 非犯罪化的研究现状

“犯罪化与去犯罪化可谓刑事立法政策上的左右手,刑事立法上必须随着刑事法理论与刑事思潮的演进,以及政治、经济、社会、文化等现实的演变,随时检讨刑事实体法规定的各种犯罪行为及其法律效果,以及刑事程序法规定的追诉与审判的程序规则,而对原非属刑事不法的不法行为加以犯罪化,或对原属刑事不法的犯罪行为加以去犯罪化,使刑事实体法与程序法能够因应社会的需要,而更能发挥有效地抗制犯罪或预防犯罪的效果。因此,犯罪化与去犯罪化两者在

[27] [保]K. 柳托夫:“保加利亚刑法的当代发展趋势”,徐晓晴译,载《外国法学研究》1986年第4期。

[28] 游伟、谢锡美:“非犯罪化思想研究”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第10卷),中国政法大学出版社2002年版,第346页。

刑事立法政策上虽属两个对立的观念,但在刑事立法的运用上却具有互补的功能。”^[29]可见,非犯罪化和犯罪化是刑法健康发展必不可少的一体之两面,忽视任何一个方面的刑法发展观都是错误的。

第二次世界大战之后,在英、德、美等欧美诸国,非犯罪化的理论和实践方兴未艾。关于非犯罪化的研究和论证成为刑法改革的重要方向,并取得了如上文所述的重要成果。国际刑法学会在多次代表大会上也对非犯罪化问题进行了讨论、研究。1973年在意大利米兰召开的国际刑法学会代表大会,以“非犯罪化”问题作为中心议题进行专门讨论;1984年在埃及开罗召开的国际刑法学会第13次代表大会上通过的《关于司法外处置与仲裁的决议》中,指出司法外处置的目的之一,就是解决过度犯罪化的问题;1989年在维也纳召开的国际刑法学会第14次代表大会上通过的《关于刑法与行政法之间的差异所导致法律与实践问题的决议》认为:“国际上存在一种潮流,把一些社会意义较小的违法行为纳入行政刑法中。”“轻微违法行为的非刑事化,符合刑法只作为辅助性工具的原则。”^[30]

反观建国以来我国刑法的发展趋势,非犯罪化一向受到忽视,立法者和司法者大多习惯于进行犯罪化的工作,而不愿意进行非犯罪化实践。^[31]“在刑事立法上惯用犯罪化的右手,制定新的不法构成要件,以制裁新的犯罪类型,可是却甚少出动去犯罪化的左手,以对于刑事实体法本所规定的构成要件,从事除罪化或除刑化等的工作。”^[32]司法实践中更多倾向于对犯罪的追诉和机构化处置。这种现

[29] 林山田:《刑法的革新》,台北学林文化事业有限公司2001年版,第128页。

[30] 参见游伟、谢锡美:“非犯罪化思想研究”,载陈兴良主编:《刑事法评论》,中国政法大学出版社2002年版,第346页。

[31] 这当然也可能与我国改革开放前的社会长期处于剧烈变动中和改革开放后进入社会转型期的现实有关。

[32] 林山田:《刑法的革新》,台北学林文化事业有限公司2001年版,第131—132页。这是林山田教授关于我国台湾地区“刑法”改革现状的一段话,在笔者看来,也同样适用于我国大陆刑法改革的现状。

象不仅使我国刑事法的发展绝缘于世界刑法潮流,而且已经损坏了我国刑法的健康发展却不为人们所意识。这实在是一种不正常的现象。

理论是实践的先导,非犯罪化立法和司法实践的贫乏是理论研究贫乏的写照。建国后经过短暂的平稳发展后,我国进入了以阶级斗争为纲和法律虚无主义时期,因此根本就不存在对法律问题的争鸣,更遑论对非犯罪化问题的研讨。1979年刑法颁布后,随之于1982年开始的“严打”运动和随后通过特别刑法所进行的大规模犯罪化过程,似乎使得非犯罪化仍然没有存在的土壤和环境。一直到20世纪80年代末期,才出现了几篇介绍国外非犯罪化问题的文章。^[33]进入90年代后,关于非犯罪化的讨论才有所展开。这一时期关于非犯罪化的研讨主要体现在对非犯罪化的理论和实践价值的认识上。有的学者基于非犯罪化的世界潮流和非犯罪化的理论价值主张在理论上研究非犯罪化问题,在立法和司法实践中贯彻和提倡非犯罪化思想,如有学者认为:“理论上,应当消除对非犯罪化思想的各种偏见和贬低之词,以科学公正的态度对其进行研究和评价。”“(要)注意修改现行刑法,开辟多种非犯罪化渠道,扩大非犯罪化的范围。”^[34]然而有的学者却否定非犯罪化的理论和实践价值,认为:“西方国家非犯罪化主要就是某些违警罪非犯罪化,而这些行为在大陆原来就未规定为犯罪,因而根本谈不上非犯罪化的问题。再者,西方国家刑事立法也从未单向地进行非犯罪化,他们在一方面将个别犯罪转化为非犯罪化的同时,更多的亦是在另一方面不断扩大刑法调控范围。……由此看来,以‘国际化’为由主张大陆刑事立法的非犯罪化,反对犯罪化,是

[33] 参见黄风:“论意大利的非刑事化立法”,载《外国法学研究》1987年第4期;李贵方:“西方国家关于无被害人犯罪问题的争论”,载《外国法学研究》1989年第2期。

[34] 黎宏、王龙:“论非犯罪化”,载《中南政法学院学报》1991年第2期。类似的观点参见马克昌、李希慧:“完善刑法典两个问题的思考”,载《法学》1994年第12期;沈德咏、汪少华:“刑法修改与非犯罪化问题”,载《中国法学》1996年第10期;刘艳红、张文:“新刑法的处罚范围评析”,载《中外法学》1999年第2期;等等。