



当前位置: 首页>>学会论文

犯罪学与刑法学的科际界限

时间: 2010-07-29 作者: 新闻来源: 【字号: 大 | 中 | 小】

犯罪学与刑法学的科际界限

王 牧*

犯罪学与刑法学的科际界限实质是犯罪学的概念问题，这在刑事史上的所谓古典学派和实证

学派而实质是两个学科的论争中反映得淋漓尽致。

(一)

在刑事学史上，把本来属于犯罪学与刑法学两个学科的论争称为古典学派与实证学派两个学派的论争，直接原因就是来自两个学科的互不承认。

任何学科之间的关系都不象犯罪学与刑法学这样特殊：表面看来它们都以“犯罪”作为自己的研究对象，似乎出现了一个对象两个学科的情况。而如果真是这样，这后诞生的犯罪学就是多余的，也肯定是不可能的。事实是，犯罪学却诞生了，它的诞生在逻辑上表明，这两个学科的对象是不同的，犯罪学毕竟有它产生和存在的客观需求。既然如此，区别开“犯罪”这个研究对象，就成为两个学科发展的首要问题，尤其是对后诞生的犯罪学来说，几乎是生死攸关的生存问题：能与即存的具有优势地位的刑法学划清科际界限则存，否则亡，至少要寄人篱下而被歧视，得不到应有的发展。正是“犯罪”这个把两个学科连结得比任何两个学科关系都紧密的问题，使它们之间发生了比任何学科之间都激烈的论争。这就是刑事学说史上的古典学派与实证学派的论争。

古典学派与实证学派之间的论争实质是犯罪学与刑法学两个学科之间的论争。对于历史上这两个学派的论争，在刑法学界被称之为刑法学上的两派之争^①，在犯罪学界又被称之为犯罪学上的两派之争^②。为什么同样一件事情，被两个学界分别认为是各自内部的事情呢？

还有一件学案，这就是关于犯罪学的产生。在刑法学界，普遍认为贝卡里亚的《论犯罪和刑罚》奠定了刑法学产生的基础。古典学派刑法学产生于贝卡里亚及其刑法思想。这是完全正确的。在刑法学界，没有任何人认为贝卡里亚不是刑法学的奠基人而是犯罪学的创造者。贝卡里亚的《论犯罪和刑罚》是近代刑法学产生的标志。这在刑法学界是一个不必论证的不争的命题。然而，在犯罪学界却有一种权威的观点，认为犯罪学也产生于贝卡里亚，以他1764年出版的《论犯罪于刑罚》作为标志。因此贝卡里亚成了犯罪学的鼻祖。列颠百科全书称：“犯罪学起源于18世纪晚期。那时的人道主义思潮反对刑事审判和监狱制度的残酷、武断和底效能，出现了所谓犯罪学派，其主要代表人物有意大利的贝卡里亚、英国的罗米利、霍华德及边沁。……到19世纪下半叶产生了实证主义犯罪学派。”^③且不说这种观点对犯罪学来说是错误而有害的，仅就其把贝卡里亚看作犯罪学的鼻祖来说，又出现了一个人成了两个学科的鼻祖的情况。为什么一个人被两个学界分别认为是各自学科的鼻祖呢？

这主要来自于犯罪学成长初期与即存的刑法学学科科际界限划分的学科理论和实际上的艰难，来自于初出于世的弱势学科成长的客观需要，在对一个即存的具有强势地位的古典刑法思想

重要通知

会员专区

更多>>

- 社会团体章程示范文本
- 第六届全国十大杰出青年法...
- 中国犯罪学研究会会员登记表
- 中国犯罪学学会入会条件、...
- 中国犯罪学学会入会申请表
- 中国犯罪学学会会员管理办法
- 中国犯罪学学会会员费收缴...

犯罪学学人

更多>>

雷洁琼	康树华
郭翔	刘灿璞
冯树梁	王岱
王名迪	

及其指导下的刑事法律制度的批判的批判中，有意无意地混淆了两个学科的界限。在这方面表现最为突出的是大名鼎鼎的意大利犯罪学家恩科里·菲利，他认为他的犯罪社会学包括刑法学，否定刑法学作为独立学科存在的地位。虽然其犯罪学的思想和价值得到了一定程度的承认和实际运用，并且在刑法学界获得了一个学派的地位。但是，刑法学是先于犯罪学和犯罪社会学产生的学科，而且有着强大的公众基础和国家权力基础，菲利偏激的结果必然是象羊要吃狼一样而被狼吃掉，对于一个刚刚诞生的犯罪学学科来说，则被淹没在强大的刑法学学科之中了，不光是犯罪社会学被刑法学所淹没，连犯罪学也同样被刑法学所淹没。实际结果是：凡是犯罪学的东西都成为刑法学的东西；在刑法学那里，犯罪学成了只是刑法学的一个学派；即使作为一个学科，犯罪学也只能作为刑法学的“奴仆”而是为刑法学“服务”的辅助学科^[4]。这种情况在刑法学发达而犯罪学不发达的地方至今还余韵犹存。

在犯罪学刚刚产生不久的时候，为了用实证派犯罪学理念批判和改造古典派刑法制度，为了获得独立的学科地位，面对强大的刑法学学科，实证派则不得不狂妄地把刑法学划到自己的学科中，否定刑法学的独立学科地位。菲利是典型的代表。他曾经把他的犯罪社会学视为整体刑事科学，其中包括刑法学和犯罪学，认为刑法学只是犯罪学的一部分。而古典派为了捍卫自己的传统地位和立身之本的最高价值追求，面对实证派无情的进攻，刑法学自然也否定犯罪学作为独立学科存在的必要，把犯罪学包括在广义的刑法学之中。原南斯拉夫著名犯罪学家米卢丁诺维奇指出：“众所周知，菲利还曾表示过把刑法学和犯罪学合并的思想，强调刑法学必须依赖于犯罪学的真理。”^[5]菲利说：首先需要把违法行为作为“一种人的个性（心理）的活动和征兆”来加以研究，然后才能从法律的观点进行观察和解决。所以，《犯罪社会学》包括刑法学。^[6]从反映菲利一生的实证主义思想的著作《刑法原理》的内容中也可以看出，他的刑法学，是刑法学与犯罪学的合一^[7]。我国学者吴宗宪对此有过比较充分地论述，他说：“菲利的犯罪社会学似乎是实证主义犯罪科学的同义词。根据菲利的观点，实证主义学派发展一种‘关于犯罪以及对犯罪进行社会防卫的科学’，这种科学学科包括这样几方面的内容：1、应用人类学、心理学和犯罪精神病理学，（它们）对作为一种个人现象（犯罪人的身体和心理特征）的犯罪进行研究；2、通过犯罪统计学、专题研究和比较人种学研究，对作为一种社会现象（自然和社会环境条件）的犯罪进行研究，以便提出两类系统的社会防卫措施：第一，预防性质的社会防卫措施，这类措施既可以是间接的或远期的（通过‘刑罚替代措施’），也可以是直接的或接近的（通过警察）；第二，镇压性质的社会防卫措施，这类措施通过刑法、刑事诉讼程序、监狱治疗方法和更生保护体现。菲利把包括上述内容的科学学科称为犯罪社会学。索尔斯坦·塞林指出，菲利把刑法（学）作为犯罪社会学的从属学科的观点，大大激怒了他的反对者，菲利的反对者们更愿意把犯罪的社会和生物学科看成是刑法（学）的辅助学科。”^[8]吴宗宪还说，菲利对犯罪社会学的学科内容和研究对象作了十分广泛的解释，他所说的犯罪社会学几乎相当于整个犯罪科学。^[9]我国又一位比较了解国外犯罪学的学者说：“从该书（《即犯罪社会学》）的理论框架上看，菲利实际上提出了一个外延十分广泛的犯罪学概念。对菲利来说，‘犯罪社会学’不仅已经变成了犯罪学的同义语，并且是一门包含刑法学、刑事政策学、刑罚学和刑事诉讼法学内容在内的集所有刑事科学之大成者。”^[10]仔细研究菲利的《犯罪社会学》和《实证派犯罪学》就会发现，他的所谓犯罪学，一般都是指研究犯罪的科学，即‘犯罪科学’。他在《实证派犯罪学》中就说：“切萨雷·贝卡里亚的小册子揭开了现代犯罪科学发展史上的光辉一页。现代犯罪科学的发展由贝卡里亚通过弗朗切斯克·卡拉拉传给了恩科里·佩西纳。”^[11]他在《犯罪社会学》里也使用的是犯罪科学。^[12]尽管如此，菲利有时也称古典派的理论为刑法学。他还说：是贝卡里亚通过总结其所处时代的思想和感情，大大地推动了犯罪与刑罚学说的发展。其丰富的倡议所包含的各种胚胎中，最值得称赞的是他创立了古典派刑法学。^[13]

显然，菲利的犯罪学概念相当于“犯罪科学”，他把凡是研究与犯罪有关的学科都包括在他的犯罪社会学概念之中，刑法学学科属于他的犯罪社会学（犯罪学）学科。所以，刑法学的产生，就属于他的犯罪社会学（犯罪学）的产生，刑法学的鼻祖就是他的犯罪社会学（犯罪学）的鼻祖；刑法学的学派，也属于他的犯罪社会学（犯罪学）的学派。在菲利看来，作为学科，刑法学就是他的犯罪社会学（也是他的犯罪学）的一部分；作为学派，尽管可以称为刑法学派，但是，仍然是属于他的犯罪社会学（犯罪学）的一个学派。在这里，菲利不只是模糊了犯罪学与刑法学的科际界限，而是取消了它们的界限。

对于这段历史，原南斯拉夫一位颇有个性化的哲学家兼犯罪学家帕施奇评述到：“西方犯罪学形成以前，古典学派在刑法上占统治地位的时期，刑法学是犯罪领域唯一的一门科学。它把犯罪只作为法律现象进行研究。当时是尽可能地扩张法律的构造和刑法学。历史地和社会地研究犯罪被认为是不科学的，所以，从犯罪学的角度研究犯罪遭到了刑法学理论家们的反对。当犯罪学形成的时候，犯罪学家曾把犯罪学看得高于刑法学。菲利曾反对刑法学的独立学科地位，主张犯罪学包容刑法学。自然，犯罪学家们的这种极端的观点遭到了刑法学家们的反对。尽管刑法学家与犯罪学家的这场争论已经成为过去，但是，他们的分歧还远远没有结束。当犯罪学已经用自己的实践和理论证实了它的价值时，刑法学家仍然坚持刑法学对犯罪学的主导地位。那些长于法律教条的刑法学家把犯罪看作是个人的现象那样来对待犯罪学。按照这种观点，犯罪学的科学成果要为刑法学和刑法学的实际运用服务。与此相反，犯罪学家则坚持，随着犯罪学的发展，刑法学将失去自身的意义，而被犯罪学所取代。”^[14]通过这段论述，我们看到两个学科论争的原因、内容和结果，以及激烈程度，同时也看到了犯罪学诞生的艰难历程，也看到了各自的深刻的片面性。

解决学科的科际界限，实质是回答什么是犯罪学的问题。这是一个困难而又必须回答的问题。在犯罪学研究中，几乎每一位犯罪学家都有自己的犯罪学概念。“犯罪学概念的不同观点主要由于对犯罪学研究对象—犯罪概念、犯罪原因和犯罪对策的不同认识形成的。”[15]现在看，这种认识未必全面。在学科研究中，往往把学科对象作为评判学科的标准。有独立的研究对象，就可以形成独立的学科。一般地说，这是没有问题的。而面对两个学科研究所谓一个对象（当然是表面上）的情况，问题就复杂了，再以研究对象为标准就无能为力了。

即使对它们的研究对象—“犯罪”有所区别，而用对象来评判学科也极其困难。例如：把刑法学研究的犯罪确定为法律规定具体犯罪行为的构成，把犯罪学研究的犯罪确定为群体犯罪现象，这种区分仍然有问题，因为，群体犯罪现象是由个体犯罪行为构成的，两者在根上紧密相连。还有一种区分，即刑法学研究的犯罪是法律上规定的犯罪，犯罪学研究的犯罪是除了法律规定的犯罪以外，还研究在与犯罪联系紧密的一些严重违法行为，即犯罪学的犯罪概念的外延大于刑法学犯罪概念的外延。这种区别本身是正确的，但是，仍然不能用来区别学科界限，因为，刑法上规定的犯罪是犯罪学研究的犯罪的主要部分，两者联系更密切。

划分犯罪学与刑法学科际界限的标准，只能求助于学科任务。“学科任务不仅决定学科的基本理论框架，而且决定该学科在学科群中的位置及作用，是学科及其理论研究要遵循的最高原则，是确定和评价整个学科理论的根本标准，具有根本性的意义。……影响学科成熟的一个比较大的问题，就是混淆了刑法学与犯罪学的学科任务”[16]。一个学科所以能够诞生，肯定是社会需求的结果，没有社会需求就不可能诞生一个学科。这是理论来源于实践的真理在学科问题上的反映。由社会需要而形成的学科任务是学科理论要遵循的最高原则，当然也是划分犯罪学与刑法学学科际界限的最高原则和标准。

还前面提到的原南斯拉夫犯罪学家帕施奇曾经给犯罪学下过一个具有方法论意义的定义，他说：“犯罪学是为了预防和控制犯罪而把犯罪作为社会现象进行思辨和实证研究的科学。犯罪学的定义应包括三个方面的内容，即对象、方法和作用（作用指目的和任务）。……这个定义所具有的特征是指出了犯罪学的实质要素和构成部分，即犯罪学的对象、方法和作用。这种分析的意义在于突出了在其它学科中也提到的、犯罪学的基本问题，这些就是：一研究什么，二怎样研究，三为什么要研究。”[17]我们且不论这个定义是否严密、充分，仅就它向我们提示的作为犯罪学定义所包含的三个要素，无疑具有正确的指导意义，它为我们判断犯罪学与刑法学的科际界限提供了标准。

学科的“作用”是就已经存在的学科的目的和任务而言的。在回溯学科产生之初时会发现，这种后来的“作用”是由当初促使学科产生的动力——社会需要而演变成的，在学科产生之初，它表现为作为社会需要的目的和任务。社会需要促使了学科的形成，而学科形成后，这种原始的社会需要作为学科的历史使命被学科作为目的和任务而承担下来，成为现存学科的客观作用。在论述学科产生时，表现学科作用的是社会需要。社会需要是学科产生的根本动因，或称首要的条件；没有社会需要，学科就不可能产生。因而学科任务（学科目的是从另外角度而言的）在学科的三个要素中居于根本地位，它决定着学科的对象和方法。反言之，确定学科对象和方法的根据是学科任务。

学科产生时的社会需要与学科的研究对象紧密相关。产生学科的社会需要，往往是研究对象本身或者是与之密切相关的内容。诚然，从逻辑上看，不能把社会需要与研究对象等同起来。但是，社会需要肯定是研究对象的核心问题，而且应当成为学科理论研究中确定、评价一切问题的最高原则和标准，即所谓的实践原则，（在法学研究中尤其应当如此。但是，这一点却常常被忽视）甚至是可能成为定义研究对象概念的原则和标准，至少决定着研究对象的范围、内容、方法和理论方向。这样，只要把两个学科的任务区别开来，明确起来，从而也就逻辑地、同时也比较容易把研究对象和方法区别开来，至少有了确定研究对象和方法的根据，有了判断学科科际界限的标准。

学科任务来自社会需求，是由学科诞生时的社会需求决定的，所以是客观的，而不能是人为的，不能以研究者的个人好恶来取舍。犯罪学诞生于犯罪增加而传统即古典犯罪理论及其刑法制度无能为力历史背景下。犯罪学应社会预防和减少犯罪的客观需要而产生。从社会上预防和减少犯罪，是犯罪学学科的直接任务。“19世纪后期，随着资本主义的发展，社会各种矛盾日益激化，导致各种犯罪尤其是累犯急剧增加，古典学派的刑法理论在犯罪对策上显得无能为力，按照传统的对应于一定犯罪科处一定刑罚的罪刑均衡原则，已解决不了累犯增加等新问题。”[18]这里还看出，犯罪学以一种批判的精神而成为古典刑法及刑法学的对立物。因而，对于两个学派、两个学科间的分歧和论争也就不难理解了。问题在于运用于实践的分寸。

为了实现犯罪学的学科任务，寻找有效的犯罪对策，犯罪学就必须研究犯罪现象的产生和发展变化规律。因此，就要从社会现实（而不是从法律的规定）出发，通过对社会上犯罪事实（而不是理论抽象）的实际调查即实证的（而不是法律的逻辑分析、解释的）方法，研究群体（而不是个体）犯罪现象（而不是犯罪行为）产生、发展变化规律，因此成为社会科学（而不是法学）。这样，就会在研究对象、方法以及学科性质上，把犯罪学和刑法学区别开来。

(三)

本来，刑法学的学科任务、对象方法以及学科性质是不存在问题的，但是，由于犯罪学对犯罪问题的研究，使得刑法学的上述问题也变得模糊不清了。

对于刑法学的产生，理论界少有研究，至少我本人没有见到这方面的专题研究。限于资料，又无法做原始的考察。这样，我们只好从另一个角度来分析，这就是：罪刑擅断年代不会有刑法科学。作为一种科学，刑法学只能产生于罪刑擅断年代的结束，或者说罪刑擅断的年代被科学的刑法学思想所结束。法律需要科学的研究，肯定是讲求法治（法制）的时代；作为罪刑擅断的对立物，刑法学科学肯定出现和提倡于实行法治的时代。

贝卡里亚是刑法学的鼻祖，他的《论犯罪和刑罚》所反映的古典学派的思想，奠定了刑法学的基础，实际就是刑法学的思想，反映了刑法学的学科任务和价值追求，与犯罪学存在明显区别。我国学者黄风在评价贝卡里亚的《论犯罪和刑罚》时指出：这部著作开创了刑法发展史的新纪元，[19]他所提出的刑法原则具有革命性和系统性，后来几乎成为资产阶级刑法的准则。[20]贝卡里亚在阐述写作意图时说：“本书将从刑事制度方面，研究这些保留着最野蛮世纪痕迹的法律，……向公共幸福的领导者勇敢地揭露这些法律的弊端”。[21]刑事法律和刑事法律制度是贝卡里亚著作关注的核心问题。正是贝卡里亚著作提出的原则，奠定了刑法学的基础。可以毫不夸张地说，没有贝卡里亚提出的古典学派的思想原则，就没有刑法学。古典学派的理念是“法的秩序”，[22]法治是其最高的价值追求。这与它产生的时代背景有直接的关系。黄风在论述贝卡里亚《论犯罪和刑罚》产生的历史背景时精彩而略带控诉地描述到，“……旧的刑事制度是何等可憎和可悲：它们挖空心思设计出无数酷刑，而用此去惩罚什么，这个问题连它们自己也没搞清楚；多少世纪以来，它们就是凭着一些虚伪无聊的神学教义、飘忽不定的道德信条和喜怒无常的个人意志，把无数过着正常生活的无辜者送上绞刑架，绑上火刑柱，它们用人类自己设计和制造的刑具，为人类的进步、经济的发展和文化的昌明设置屏障；那些昏昏沌沌的立法者和执法者用一些含糊不清的禁令使广大群众生活在朝不保夕、人人自危的险境之中，社会秩序和安定因此而受到自己的维持工具的破坏。”[23]时代呼唤刑法科学思想的产生，并通过它的历史使命赋予它最高的价值追求：法治。刑法学的基本原则构成了刑法学的基础，反映了时代对法治的渴望和需求。

贝卡里亚的著作常常因为书中研究了以下两个问题而被看成为是犯罪学的著作：一个是犯罪原因，一个是预防犯罪。关于犯罪原因问题，黄风有明确论述，他说：“贝卡里亚的学说虽然包含对犯罪原因的解释，但由于这种解释基本上是基于哲学原理的演绎，因此大陆法系的学者一般认为它属于刑法学的范畴。”[24]至于贝卡里亚著作中的预防犯罪问题，基本上是从法律的确切性和执法的严肃性等法律问题上强调法制原则，也与犯罪学上的预防犯罪不同。

综上所述可以看出，贝卡里亚的这部著作以及它所代表的古典学派思想所构成的刑法学，其核心内容，方法、理论的基本作用（目的、任务）价值取向等，都与后来的犯罪学（即实证学派）截然不同。

任何理论的产生都有其时代的背景，体现着时代的要求。贝卡里亚的思想是以罪刑擅断为背景、为对立面。反对罪刑擅断，追求刑事法制原则，是其最高的目标，是古典派思想的最高价值。作为其核心思想的罪刑法定原则是刑法学的根基。罪刑擅断的时代，连法律的作用都不大，更没有研究法律科学的空间和需求，刑法学是不可能产生的。只有提倡罪刑法定原则，才需要法律的确定性，才需要法律及法律适用的科学性，才有刑法学产生的需求和可能。贝卡里亚思想是标准的刑法学思想。

(四)

为了进一步划分犯罪学与刑法学的科际界限，有必要探讨刑法学所研究的刑法的实质内容是什么，它所研究的“犯罪”是什么样的犯罪。

关于刑法学的研究对象，我国通行的观点是：“刑法学的研究对象就是刑法及其所规定的犯罪和刑罚”（或者再增加一个刑事责任）。[25]德国著名刑法学家汉·海·耶赛克称：“刑法学的核心内容是刑法教义学（刑法理论），其基础和界限根源于刑法法规，致力于研究法规的概念内容和结构，将法律素材编排成一个体系，并试图寻找概念构成和系统学的新的方法。作为法律和司法实践的桥梁的刑法教义学，在对司法实践进行批判性检验、逐渐翻新地适用刑法，从而达到在很大程度上实现法安全和法公正。”[26]刑法规范对犯罪和刑罚的规定不仅决定了刑法学所研究的犯罪的基础和范围，也决定了刑法学的研究方法和目的：以刑法规定的犯罪和刑罚为出发点，在刑法规定的范围内，为了正确实现刑法所规定的刑罚的目的，以规范学的方法（“注释”是最基本的方法）来研究和定义犯罪。概括地说，刑法学是围绕刑罚来研究具体的、法律规

定的犯罪行为，这是法律规定的“犯罪”，是一种惩罚视野内“犯罪”。

在刑法中，法律规定“犯罪”并不是它的目的，它的目的是对这种行为施以刑罚。刑罚才是法律的目的、核心和实质所在。在刑事法律中，社会、刑法和刑法学所关注的核心问题是刑罚而不是犯罪。日本著名刑法学家西原春夫说：“刑法是规定刑罚的法律”。[27]意大利著名刑法学家杜·帕多瓦尼说：“划分刑法与其他部门法的标准，是刑法特有的制裁措施”。[28]“以刑罚这种刑法特有的调整手段来说明刑法和其他部门法律的区别，可以说是为全世界的法学界所公认的事实（遗憾的是，这一点并未为我国刑法学界所重视）……（在国外刑法学中强调刑法（刑罚）的‘必要性’，目前已不仅是公认的刑事立法必须遵循的原则，而且大有成为一切刑法理论基础的趋势）。”[29]许多国家的刑法称为刑罚法就反映了这种认识。刑罚是刑法的核心，是区别其他法部门的本质所在，自然应当成为刑法学研究内容的实质所在。

刑罚规定着刑法的目的和范围，甚至定义着犯罪概念的内涵和外延，自然也规定着刑法学的研究目的。为什么研究犯罪，怎样研究犯罪，在哪个角度和范围研究犯罪，什么是犯罪，即研究目的、研究方法，连同犯罪本身这一系列问题，最终都是由统治者和公众都共同同意的为了管理社会而运用的刑罚这个社会问题所决定的。刑罚制约和决定着刑法学研究什么和不研究什么，怎样研究和不怎样研究，以至最终连犯罪是什么都是由刑罚决定的。[30]可以说刑罚是刑法和刑法学产生和存在的根基。如果说犯罪需要惩罚的话，刑法学所研究的“犯罪”，仅仅是对作为社会现象的犯罪的整体研究的一部分，即法律规定（作为概念而被定义）的只是为了实现刑罚目的而与犯罪现象相关的那一部分犯罪。仅仅在于刑罚有关的这个意义上，才可以说刑法是规定犯罪的，刑法学是研究犯罪的。作为社会科学研究的基本内容的，即把对象放在社会背景下探讨对象“普遍规律”[31]的内容，例如犯罪现象的产生原因、发展变化规律、除了刑罚之外的犯罪对策等，显然不是（至少在逻辑上不是）刑法学的内容。如果社会科学是全面认识社会现象规律的学科的话，那么，刑法学还不能算是对犯罪进行科学研究的社会科学学科。[32]严格地说，刑法学是侧重研究刑罚的科学；它对犯罪的研究是以刑罚为出发点和落脚点的。

在刑法中，犯罪与刑罚比较，从逻辑上看，虽然犯罪是刑罚的前提，但是，犯罪并不是主导方面，刑罚才是刑法的主导方面。在这里，犯罪仅仅是刑罚的前提而已。刑法产生于社会对刑罚（有序的）的需要，而不是对犯罪的需要。刑罚的运用是刑法产生的社会原动力和基础。人们为了对那些无法容忍的行为进行惩罚而制定了刑法。从立法的序列上看，人们是先感到有行为应当被惩罚，然后通过法律定义这样的行为为犯罪，并规定刑罚。施用刑罚的观念产生在立法之前，也产生在犯罪定义之前。刑法是为刑罚的运用而产生的。刑法是人类实现刑罚的规则，刑罚是刑法存在的前提和基础。在这个意义上说，刑法的实质是刑罚而不是犯罪；也是在这个意义上可以说刑法学实质是研究刑罚的法律科学而不是研究犯罪现象的社会科学。

诚然，一般说来，谁都不能说刑法学不研究犯罪，如果说刑法学不研究犯罪那是不可思议的。要有序地、在法律的规定下运用刑罚，不仅要对犯罪有法律的定义，还要有对法律规定的犯罪和刑罚的科学的研究。这正是刑法学产生和发展的动力和基础。问题是刑法学是为了正确地在法律规定上运用刑罚而研究犯罪的，犯罪是作为运用刑罚的前提而不是目的而被研究的，简而言之，犯罪是为了刑罚而被研究的。这种研究的目的，紧紧地限定了犯罪的研究范围，即刑法学所研究的犯罪，只能是法定的被施行刑罚的犯罪，只能是与法定的刑罚有关的犯罪，只能在法定的刑罚的范围内研究犯罪。刑法学只在法律的范围和意义上研究犯罪，刑法学只能是法学。刑法学没有可能承担起对作为社会现象的犯罪现象的全面、整体的研究。象政治学研究政治现象、经济学研究经济现象那样研究犯罪现象的，只能是犯罪学，不可能是刑法学。刑法学不是对犯罪的社会科学研究，而是法学研究。

刑法学所研究的犯罪与犯罪学所研究的犯罪，从概念到研究目的和方法，完全都不是一回事。刑法学研究具体犯罪行为（的构成），目的是依法运用刑罚，它是探讨法律规定的法学；犯罪学研究作为社会现象的犯罪现象（的规律），目的是预防减少犯罪的发生，它是探讨社会规律的社会科学。这是由它们的不同的学科任务和价值决定的。人们常常用“刑法学是研究犯罪”的命题来排斥犯罪学对犯罪的研究，以为刑法学就是对犯罪的全面、整体的研究，而犯罪学的研究则是多余的，是与刑法学争夺阵地，从而掩盖和麻痹了人们对犯罪的理智，延缓了对犯罪现象的科学认识。这是犯罪学被歧视和发展缓慢的一个不可忽视的原因。对于犯罪学与刑法学在研究内容、方法上的区别，我国年轻刑法学者李海东阐述得颇为清楚，他说：作为实验科学，在犯罪学与刑事政策学的研究中，我们可以使用一切适用于说明反社会现象和控制及其效果的方法，包括社会学、经济学、哲学、伦理学、政治学、心理学、生理学、统计学、生物学、人类学的方法。而刑事法学，尤其是刑法学，是一门规范科学，它要解决的问题是行为规则自身的目的、涵义及其适用，因此，它所适用的研究方法，只能是规范学的方法。分清这两类研究的属性及方法的不同，对于刑法学的研究是很重要的。刑法学的研究当然不能脱离犯罪学和刑事政策学的基本认识和研究成果，否则，刑法学的研究将是盲目的；但是，刑法学的研究只能在规范学的范围内引用并实现犯罪学中合理的成果与结论，而决不能背离规范科学及其目的的轨道去直接采取犯罪学或刑事政策学的研究方法。否则，刑法学的研究不仅会变得漫无边际，而且，它将可能失去其规范的功

能而成为实际适用的东西，也可能直接为法外实刑提供理论根据。[33]这种分清对犯罪学也同样重要，否则，非常不利于犯罪学的发展。历史上犯罪学发展缓慢，与没有完全搞清楚二者关系（对象、方法和目的）也有重要关系。

犯罪学与刑法学的研究内容和方法在客观上存在着清晰的界限。它们之间的不同是由它们的不同客观任务所决定的，不是人为的。从另外的角度说，要正确区别它们对象和方法的不同，必须以它们各自不同的学科任务为根据和标准。在确定的、客观存在的学科任务下，任何研究者都不应该、也无法改变它们的研究对象和方法。如果改变了它们的研究对象和方法，那么就肯定会背离它们的学科任务。其附带的结果是造成两个学科的混乱，尤其是会造成犯罪学成长的延缓，因为它是晚于刑法学产生的学科。刑法学的研究目的是为了在法律规范内正确适用刑罚，因此，它的研究对象自然是正确适用刑罚的犯罪行为（的构成），注释法律的方法（包括对法律理论的逻辑分析方法）是其必然的主要的选择；它所研究的是犯罪发生后的补救措施，学科性质属于法学。由于法学研究对象（法律）和方法（规范学的方法）的特殊性，法学被排除在社会科学之外。古本根重建社会科学委员会主席美国著名学者华勒斯坦教授说：“法学研究是第三个始终未能成为社会科学的领域。……注重研究普遍规律的社会科学家也以某种怀疑的眼光来看待法学。它似乎过于规范化了，太缺乏经验研究的根基了。它的各种法则不是科学的法则，它的背景似乎也太过个别化了。”[34]这种看法虽然很难说是准确的，但是却反映出了法学不可能象其他的社会科学那样去不研究对象作为社会现行进行全面、整体探讨。虽然有了刑法学在研究有关犯罪的问题，但是，对作为社会现象的犯罪现象产生、发展变化的一般规律，刑罚之外的犯罪对策等问题，刑法学却无能为力，只能寄托于其他的学科，这是犯罪学得以产生的客观条件。为了弥补刑罚的不足，在刑罚之外寻找犯罪对策，必须把犯罪作为社会现象对其进行规律性的科学研究。这是犯罪学产生的动力，也是社会赋予犯罪学的历史使命，是犯罪学所承担的学科任务。犯罪学的研究目的是寻找直接预防和减少犯罪的对策，犯罪现象的产生、发展变化规律是其基本的研究对象，实证的方法是其必然的选择。如果说刑法学通过研究刑罚最终也是研究预防和减少犯罪的话，那只是它的间接作用，与犯罪学的直接目的是不同的。也正因为这样，在犯罪学看来，刑事惩罚是犯罪学所研究的犯罪对策的一部分。也曾因此，菲利错误地认为刑法学属于犯罪学的一部分。

这样，可以对刑法学和犯罪学的区别粗略表示为：古典学派坚持的是刑法学理论，实证学派坚持的是犯罪学理论；前者是为了惩罚而研究犯罪，后者是为了预防而研究犯罪；前者追求有序的惩罚，后者追求有效的预防；前者的最高价值追求是法制和法治，后者的最高价值追求是犯罪的实际减少。两个学派和学科存在的矛盾是由它们的价值取向不同而形成的。古典学派理论方向，有利于法制和法治，但是由于过于刻板，缺少灵活性，不能更好地适应社会犯罪现象的复杂性，刑事法律制度的效果不理想；实证学派的理论方向，比较灵活，有利于对付复杂的犯罪现象，实际效果较好，但是，用得过分，容易冲击法治。实证派理论曾经被法西斯所利用就缘于此。

（五）

犯罪学的学科任务是客观的，也是历史的。法学地研究犯罪归刑法学，社会地研究犯罪现象归犯罪学，这是就现实学科发展程度和水平而言的。随着理论、学科的发展，犯罪学的学科任务也许会发生变化，但是，那是以后的事情，现在就是要由它来承担，尽管它还有些力不从心、令人失望。犯罪学与刑法学科界限不清，还有客观上的原因，这就是：作为犯罪对策的刑事法律制度，犯罪学不可能不研究。从社会整体上考虑犯罪对策，审视和批判现行的法律制度，就成为犯罪学必然的义务。事实也是如此。正是在刑法学中被称为实证学派的犯罪学，推动了刑事法律制度的发展和进步。

我们无法分清作为实证学派的犯罪学是从批判古典刑法制度中诞生的，还是在批判古典刑制度中发展的。反正作为实证学派的犯罪学，从它诞生那天起，就以古典刑事法律制度作为自己的批判对象。其实，被称为实证派“三圣”的意大利犯罪学家，有两位长期以犯罪学的眼光或者说以实证学派的观点研究刑事法学，这就是菲利和加罗法洛。[35]我国在这方面的专家吴宗宪说：菲利的学术著作还有《刑法实证学派》，1883年出版，该书由菲利在那不勒斯大学的三次讲演稿编辑而成，英译本更名为《实证主义犯罪学学派》。[36]在书中，菲利自称实证学派是作为一个与古典学派不同的新学派诞生了。从书名到内容，都可以看出作者是以犯罪学的理念研究刑法。

菲利的名著《犯罪社会学》是在他1881年出版的早期著作《刑法和刑事诉讼中的新见解》基础上经过修改后形成的。吴宗宪写到：“菲利以《刑法和刑事诉讼中新见解》为题做了就职演说……。1881年，这个讲演稿被扩充为同名著作出版，1884年又出了第2版。1892年，当该书出版第3版时，更名为《犯罪社会学》。”[37]从题目就一目了然，这是用新的观点研究刑法和刑事司法实际问题的著作。导言下的标题就是“实证派刑法”，他称自己的“这一新学派就是实证刑法学派”。通观全书，这部著作是用实证方法，从社会学（体现为人类学和统计学）的角度，来

分析和评价起源于贝卡里亚的所谓的古典犯罪学的传统刑法理论。可以说，他实际上是用犯罪学的理念指导下形成的新的刑法观，在与古典的刑法理论及其指导下的刑事司法实际进行比较、分析、评价和批判，阐述自己的新观点、新学说，这就是他自己说的犯罪社会学，也就是犯罪的社会学说。他这里的犯罪，实际上主要是指刑法里规定的犯罪，而不是后来犯罪学所研究的犯罪。因此，菲利的“犯罪社会学”实际是“刑法社会学”，也就是菲利的“刑法学”。然而，他是用实证方法来研究犯罪的，他是以后来形成为犯罪学理论基础的犯罪人类学、犯罪统计学、犯罪社会学资料为根据的，所以说，菲利《犯罪社会学》中涉及的对象和内容是刑事法学（包括刑事诉讼法）的，而其基本精神则是犯罪学的。这是一部犯罪学理念指导下的刑事法学，或者是以刑事法为主要内容的犯罪学。

1885年，加罗法洛发表了《犯罪学》著作。这部著作也是在以前著作基础上形成的。这部著作“是从一本题目为《论刑罚的实证标准》的小册子扩充、修订而来的。”^[38]在这里我们发现了一个共同的问题：他们早期研究的都是刑事法学方面的问题：《刑法的实证学派》、《刑法和刑事诉讼中的新见解》、《刑罚的实证标准》。从题目中我们就可以得出结论：用不同于古典派的新方法——实证的方法研究刑事法学的问题。至于加罗法洛的《犯罪学》，大部分论述的基本上都是刑事法问题，如“遏制犯罪”“当前的刑法理论”、“现行刑事诉讼的缺欠”、“合理的刑罚体系”、“国际刑法典所依据的原则纲要”。同样，他也是用实证的方法，用犯罪学的理念来批判古典刑法理论及其法律制度。

刑法中规定犯罪和刑罚。在犯罪学产生的时期，在刑法学是唯一涉及犯罪的学科的情况下，犯罪学家没有不研究刑法的。不仅作为法学家的菲利和加罗法洛是如此，就是作为精神病学家的龙勃罗梭也不例外。作为犯罪学产生的标志性的著作《犯罪人论》（他这部著作的原名是《与人类学、法学和监狱学有关的犯罪人》），同样是在关心刑事司法现实的推动下，深刻地批判了古典的刑罚理论、实际和监狱等刑事司法制度，提出了犯罪学的理念。

从实证派的典型代表人物的研究情况看出，这些新的理论几乎涉及了刑事法学的主要的基本理论，因此，这些理论不管与古典学派刑事法理论有什么不同，刑法学家认为属于刑法学理论是没有错误的。在刑法学看来，它们自然属于刑法实证学派。正是实证犯罪学的理论，推动了古典刑法学理论和刑事法律制度的进步和发展。《不列颠百科全书》写到：“如果没有实证学派，不但现在的犯罪学研究以及当代一些用作代替死刑和传统式监禁和办法，如缓刑、缓期判刑、罚金、假释，都将是不可想象的。”^[39]德国著名刑法学家耶赛克说得更准确，他说：“在近代刑法史中，许多刑事政策的重大进步均要归功于犯罪学。少年刑法、限制自由刑的适用、对罚金刑的改革、缓刑和假释、缓刑帮助、保留刑罚的警告、矫正及保安处分和刑罚执行的改革等，在很大程度上均是建立在犯罪学研究工作的基础上的。”^[40]犯罪学推动了刑法学和刑事法律制度的现代化。没有犯罪学理念的刑事法律制度只能停留在古典学派的水平上。排斥和忽视犯罪学作用的观点和做法严重影响刑事法律制度的发展。因此，必须加强犯罪学与刑法学的合作，这是历史的必然，也是双方发展的需要。正象耶赛克所说：“只有密切的、组织上有保障的合作，才能期望刑法（学）和犯罪学与其相临学科，适应纷繁复杂和瞬息万变的社会的要求。没有犯罪学的刑法（学）是个瞎子，没有刑法（学）的犯罪学是无边无际的犯罪学。”^[41]两个学派论争的结果是以实践所能作到的为原则而互相吸收，两个学科的合作还任重道远，然而历史的必然。

（这是一篇因赶时间而没有进行修改的草稿，其中很多观点和表述都没有来得及推敲，不得引用。文章以将来公开发表为准。）

刑罚轻重的根据

——兼论“严打”

王平*

贝卡里亚的不朽著作《论犯罪与刑罚》，以其深邃的理性思考、严密的逻辑论证、满腔的人道主义情怀以及雄辩的才华为世人所折服。

贝卡利亚在书中深刻地揭露了封建主义刑事法律制度的残酷性，依据人性论和功利主义的观点，分析了犯罪与刑罚的基本特征，明确提出了一系列为现代刑法所确认的基本理念、基本原则和基本制度，内容博大精深。本文主要就本书第15节“刑罚的宽和”谈谈自己的学习体会，并就中国当前的“严打”提出自己的浅见。

贝卡利亚从人道主义的立场出发，尖锐地批判了封建刑法的报应观和威吓观，指出：“刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者，也不是要消除业已犯下的罪行。……刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。”^[1](P.42)

贝卡利亚坚决反对封建刑罚的残酷性，指出：“人的心灵就像液体一样，总是顺应着它周围的事物，随着刑场变得日益残酷，这些心灵也就麻木不仁了。生机勃勃的欲望力量使得轮刑在经历了百年残酷之后，其威慑力量只相当于从前的监禁。”^[1](P.43)

贝卡利亚极其深刻地指出：“严峻的刑罚造成了这样一种局面：罪犯所面临的恶果越大，也就越敢于规避刑罚。为了摆脱对一次罪行的刑罚，人们会犯下更多的罪行。刑罚最残酷的国家和年代，往往就是行为最血腥、最不人道的国家和年代。因为支配立法者双手的残暴精神，恰恰也操纵着杀人者和刺客们的双手。在王庭上，这种精神为恭顺的奴隶的凶残心灵制定了铁的法律；在阴暗的角落里，它却煽动人们绞杀这些暴君，并以新暴君取而代之。”^[1](P.43)

贝卡利亚还从经济学和数学的角度，对残酷刑罚的危害性在预防犯罪方面的表现作了深刻的阐述^[42]：“刑罚的残酷性还造成两个同预防犯罪的宗旨相违背的有害结果。第一，不容易使犯罪与刑罚之间保持实质的对应关系。因为，无论暴政多么殚精竭虑地翻新刑罚的花样，但刑罚终究超越不了人类器官和感觉的限度。一旦达到这个极点，对于更有害和更凶残的犯罪，人们就找不出更重的刑罚作为相应的预防手段。第二，严酷的刑罚会造成犯罪不受处罚的情况。人们无论是享受好处还是忍受恶果，都超越不了一定的限度，一种对于人性来说是过分凶残的场面，只能是一种暂时的狂暴，决不会成为稳定的法律体系。如果法律真的很残酷，那么它或者必须改变，或者导致犯罪不受处罚。”^[1](P.43-44)

关于刑罚的必要限度，贝卡利亚指出：“只要刑罚的恶果大于犯罪所到来的好处，刑罚就可以受到它的效果。这种大于好处的恶果中应该包含的，一是刑罚的坚定性，二是犯罪既得利益的丧失。除此之外的一切都是多余的，因而也就是蛮横的。”^[1](P.42-43)

贝卡利亚主张以比较宽和的刑罚代替封建主义的残酷刑罚，适应了资产阶级刑罚改革的需要，对于现代刑法的产生、发展乃至最终确立，起到了巨大的推动作用。

要准确地理解贝卡利亚关于刑罚残酷性和必要限度的论述，必须审视贝卡利亚生存的时代背景，对贝卡利亚的论述进行历史的考察，不能孤立地理解贝卡利亚及其刑罚思想，这样才能防止绝对化和片面性。

贝卡利亚生活的时代属于封建社会末期、资本主义社会初期，社会关系处于不断发展变化之中，各种社会调节手段还没有形成层次分明、功能互补的有序体系，因而刑法尚未取得独立的地位，它同各种习惯、宗教信条及道德规范混杂在一起。犯罪与道德过错和宗教“罪孽”之间，刑罚与各种性质的纪律处分和治安行政措施之间，还没有明确的界限。这种刑罚渊源的混杂性导致刑罚权的多元性和无限性以及刑罚的残酷性。^[2](P.19)

随着资本主义生产关系的不断发展，新兴资产阶级日益强烈要求自己的财产权利、人身自由以及他们所创建的生产方式和生活方式得到国家的保护，要求彻底摆脱与自己的价值观念相对立的宗教观念和封建政治伦理观念的束缚，并以资产阶级的政治学、哲学、伦理学思想为基础，建立相应的社会制度和法律制度，以实现自身的独立和解放。^[2](P.19)因此，建立资产阶级的民主与法治已成为越来越紧迫的社会需要，刑罚改革已是势在必行。贝卡利亚及其《论犯罪与刑罚》正是这一时代的产物，这是我们在理解贝卡利亚的刑罚观时所不可忽视的。

正如理解贝卡利亚及其刑罚思想不能脱离当时的历史环境，学习和运用贝卡利亚的刑罚思想解释中国当前的现实问题同样不能脱离中国当下的国情与现实，否则，简单化和片面性就难以避免。

改革开放以，中国的政治和经济形势发生了巨大变化。党和政府全力进行经济体制改革，努力建立健全有中国特色的社会主义市场经济体制，并大力推行社会主义民主与法治建设。这些举措促进了经济的发展，社会生产力水平提高，综合国力增强，人民的生活质量有了显著的改善。但是，与此同时，中国的犯罪问题也日益严重，特别是大案要案数量迅速增加。虽然经过多次“严打”以及各种专项斗争，犯罪增长的势头并未得到控制，至多只是在短期内有一定的成效，接着便是犯罪数量的迅速回升并迅速增长。

面对这种局势，刑法学和犯罪学理论与刑事立法和刑事司法实际部门存在着两种不同的、

甚至可以说是对立的观点。

一种观点认为[43]，中国当前日益严重的犯罪状况是市场经济体制建立过程中不可避免代价，带有某种必然性。西方国家在工业化和现代化过程中的状况也大多如此。我们不要指望目前我国社会的犯罪率在短时间内有显著的下降。造成这种状况的因素是多方面的，仅仅依靠刑罚制裁，依靠一次次的“严打”，是难以有效的控制犯罪的，必须采取多种措施，包括政治的、经济的、法律的、行政的、文化的、教育的等多种手段来预防和减少犯罪。他们依据贝卡利亚的观点，认为随着刑罚量越来越多的投入，死刑和长期自由刑的大量增加使用，刑罚的成本会越来越高，刑罚的效益会越来越差。因此，这种观点主张轻刑化，并且认为轻刑化符合世界潮流。近代以来，西方国家的犯罪率一直居高不下，但他们并没有采取“严打”之类的措施；而且由于认为刑罚功能的有限性以及对于人权的关注，轻刑化趋势却十分明显。因此，中国应当借鉴西方国家的法治经验，对于汹涌而来的犯罪狂潮不要惊慌失措，而应当进行理性的分析，避免本能的报复与冲动，采取多种措施综合控制犯罪，并且逐步轻刑化，以提高刑罚使用[44]的效果并保障人权，控制和减少死刑的使用，控制长期自由刑的使用。

另一种观点认为[45]：中国当前犯罪现象之所以日益严重，其主要因素之一是打击不力。中国当前刑罚使用不是过量，而是强度不够，对那些严重破坏社会主义市物经济秩序和严重危害社会治安的犯罪分子，必须坚决依法从重从快惩处，决不甘心手软。只有这样才能控制犯罪增长的势头，有效地维护社会治安，保障社会主义现代化建设的顺利进行。

第一种观点偏重于利用现代刑罚理论进行理性分析，其中蕴含着现代法治精神。第二种观点更加关注中国社会的实现，并重视民众对于日益严重的犯罪状现的不满情绪，采取的是一种几乎是顺手自然的反应对策。以上两种观点各执一词。一边是刑法学犯罪学理论界大声疾呼轻刑化，一边是官方“严打”主张和刑事司法实际部门的继续“严打”。

这些分歧就牵涉到刑罚轻重的根据问题。中国现阶段刑法轻重的根据究竟在哪里？这是一个重大的理论问题，也是一个紧迫的现实问题。我认为，上述两种观点虽然都有合理和精彩之处，但都在一定程度上失之偏颇。我的基本思路是：一方面，我们应当克服重刑主义和“刑罚万能论”倾向，主张犯罪预防的综合治理；另一方面，则认为我国的刑罚使用在总体上应重于西方国家，并赞成有节制的“严打”。

一、一味“严打”的弊端及其根据

当前刑法学和犯罪学理论界对于我国刑事司法实践中重刑主义倾向的担忧是有根据的，我们刑事立法和刑事司法实践应当注意防止无节制地重用刑罚。一味地实施“严打”，重用刑罚，具有以下弊端：（1）不符合刑罚经济原则。对犯罪预防进行经济学的分析，是犯罪预防的一项基本原则。而我国当前的“严打”则是不惜一切人力、物力的投入，频繁的“严打”使司法干警长期疲于奔命，精神和身体疲惫不堪。长此以往，必然使刑事司法资源枯竭，影响刑事司法工作的正常进行。（2）不利于人权保障。预防犯罪与保障人权是刑罚的两大基本任务。一次次的集中“严打”强调的是从重从快，这必然在一定程度上忽视对犯罪嫌疑人应有权利的保障。如2001年4月的“全国社会治安工作会议”确立的“严打”基本办案原则是“基本事实清楚，基本证据充分”。将平时的“事实清楚，证据充分”，降格为“基本事实清楚，基本证据充分”，这必然不利于对犯罪嫌疑人应有权利的保障。（3）有失司法公正。“严打”的从重从快，导致同罪不同罚，量刑前后不一致，既忽视了办案质量，又偏离了严格执法，有悖罪行相适应原则，有失司法公正。这不仅损害了法律神圣性和权威性，而且难以使犯罪分子心悦诚服地接受惩罚，甚至会伤害公众的公正理念和法治情感。（4）不利于对犯罪分子的打击。“严打”追求的是一时的效应，而忽视了长期的犯罪防控。“一阵风”似的严打，会变成有规律的行动，反而给犯罪分子提供了躲避的机会与经验。犯罪分子在“严打”到来是躲避“风头”，“严打”过后必然又卷土重来，必然导致犯罪率反弹和上升。[3]

过分强调“严打”效应的原因是多方面的，但根本原因在于对刑罚在预防犯罪中的作用缺乏正确的认识。

当前我国犯罪和犯罪增长的原因是多方面的，是社会政治、经济、思想、文化等各方面消极因素的综合反映，具有综合性、复杂性、多变性的特征，刑罚在预防和减少犯罪中的作用是有限的，预防和减少犯罪的根本出路不在于一次次的“严打”，而在于综合治理。

80年代初，针对当时我国社会治安状况趋于恶化、犯罪率迅速上升的现实，并且基于犯罪和其他社会治安问题是社会各种矛盾的综合反映这一基本认识，党中央、国务院提出对犯罪和其他社会治安问题要实行综合治理，并将综合治理确定为我国预防犯罪和解决其他社会治安问题的总方针。综合治理总方针的基本内涵和要求是：在各级党委和政府的统一领导下，动员和组织全社会的力量，运用政治的、法律的、行政的、经济的、文化的、教育的等多种手段，打防结合，保

本兼治，对违法犯罪问题进行综合整治，从根本预防减少违法犯罪，维护社会秩序，保障社会稳定。

综合治理的一个基本要求是各项措施的综合运用。从性质上说，综合治理的措施可以分为经济的、政治的、行政的、文化的、教育的、法律的等种类；从作用与目的的角度，可以分为打击与防范、管理与建设、教育与改造等环节和层次。根据犯罪预防措施的作用水平，可以将其分为社会预防、心理预防、治安预防和刑罚预防4个层次或环节。[4] (P. 294-295)

刑罚是犯罪预防的基本手段，在犯罪预防体系中占有重要的地位。这一手段运用的效果，对于预防和控制犯罪的总体效果具有明显的直接的影响。因此，犯罪预防体系必然地包括刑罚预防，但犯罪预防决不能仅仅依靠刑罚。刑罚对犯罪预防的作用是有限的，其作用的发挥要受到一定的条件、范围和对象的限制。刑罚并不能消除犯罪产生的根源，因而不可能从根本上预防和减少犯罪。特别是当社会生活中大量存在着产生犯罪的基因时，刑罚对犯罪预防的功能便会大大削弱。[4] (P. 382) 因此，在强调刑罚对犯罪预防的功能时，不能把它绝对化。刑罚不是犯罪预防的万能药，不能以为有了刑罚就可以对付一切犯罪。中外历史上屡屡出现的重刑主义，都是把刑罚对犯罪的预防功能绝对化，使刑罚走向了反面，反而成为激化矛盾、诱发犯罪的因素。因此，我们必须谨慎地使用刑罚，对于那些可以通过社会预防、心理预防和治安预防等措施加以预防和控制的行为，尽量不作为犯罪对待，不轻易动用刑罚，从而把刑罚的使用保持在最底的限度之内。[4] (P. 383)

在犯罪预防的具体环节上，刑罚对犯罪预防的功能同样受到一定的限制。刑罚不可能对所有犯了罪的人或者企图实施犯罪的人都产生预防和控制作用。不仅对法律无知的人所具有的犯罪冲动不会因为刑罚的存在而受到抑制，而且熟知法律但认为自己可以逃脱刑罚惩罚的人同样不会因为刑罚的存在而不去实施犯罪；不仅那种认为犯罪所得大于犯罪所失的人不会因为惧怕刑罚而不去实施犯罪，而且各种受激情驱使以至把生死置之度外的人也不会慑于刑罚而终止犯罪。因此，我们不能指望有了刑罚就可以预防和控制一切犯罪，也不能企盼一切受过刑罚惩罚的人就不会再犯罪。刑罚只能对受它影响的的人产生预防犯罪的功效。[4] (P. 383)

即使在刑罚发挥作用的场合，这种作用究竟能发挥到何等程度，也不完全决于刑罚的有无与否，而是在很大程度上取决于刑罚的必要性、公正性以及刑罚适用的方法。刑罚的公正性、谦抑性和人道性应当成为刑罚使用的价值基础。（1）公正性。刑罚涉及到对公民的生杀予夺，因此公正性是刑罚的生命，是刑罚的首要价值。要体现刑罚的公正性，必须贯彻罪行法定原则、罪行相适应原则和法律面前人人平等原则。（2）谦抑性。谦抑是指缩减、压缩。刑罚的谦抑性要求破除对于刑罚的迷信，以最小的刑罚投入（甚至不用刑罚而用其他刑罚替代措施），获取最大的社会效益，即有效地预防和控制犯罪。（3）人道性。刑罚的人道性要求把刑罚所带来的耻辱和痛苦控制在人的尊严所能接受的限度以内。随着人类文明的发展，人道性将越来越成为刑罚追求的价值目标。[5] (P. 55-86)

上述关于刑罚的观点是人类几百年来使用刑罚实践经验的总结，是人类智慧的结晶，具有规律性和普遍性，世界各国在运用刑罚过程中，都必须遵循和利用这些规律，否则，刑罚的运用就会走向自己的反面，中国也不例外。我们在重视刑罚对犯罪的预防功能时，应当具有清醒的认识，不能过分夸大刑罚在预防犯罪中的作用，更不能把刑罚当作预防犯罪的惟一途径，坚决克服重刑主义和“刑罚万能论”倾向。中国目前虽然不能说存在“刑罚万能论”倾向，但刑罚投入量过大、刑罚过重却是不争的事实。因此，我们应当认真地检讨自己的行为，努力确保刑罚的公正、谦抑和人道。

二、有节制的“严打”及其根据

虽然我反对一味的“严打”，但是另一方面，我又认为当前我国刑罚使用在总体上应当重于西方国家，并赞成有节制的“严打”。

刑罚使用的普遍真理和普遍规律只有与本国的具体国情相结合，才能真正有效和发挥作用，不能盲目地照搬照抄。现代化建设是如此，刑罚使用也是如此。当前我国刑罚使用的恰当与否不能纯粹以西方国家的现状作为衡量标准，而应以我国现阶段的现实状况为依据。我们应当在借鉴现代西方国家刑罚使用好的经验基础上，更主要地关注中国的传统与现实，并以此作为我国现阶段刑罚使用必要限度的立足点。“中国的法治之路必须注重利用中国本土资源，注重中国法律文化的传统和实际。”[6] 否则，一味效仿西方国家的法治之路，未必适合中国国情。“1960年代初，为促进不发达国家的现代化和经济发展，曾有一些西方学者主张这些国家实行法律移植，一度声势颇为壮观；但仅仅10年，这些学者就开始反思这一现代化战略，他们认为强制性的法律移植实际上是不可能的，并对法律移植运动进行了反思和批判。”[6]

基于以上认识，我以为，当前我国刑罚使用在借鉴西方国家成功经验，并确保刑罚公正性、

谦抑性、人道性的前提下，应当在总体上重于西方国家，并赞成有节制的“严打”。其理由主要有以下三方面：

（一）社会生产力发展水平的限制

社会存在决定社会意识，经济基础决定上层建筑。一个社会的生产力发展水平与刑罚使用的轻重有着密切的关系。一般来说，一个社会的生产力发展水平越低，人们就越为起码的生存而斗争，生命就越是没有保障，自由的价值就越低。与此相适应，刑罚就越严厉、越残酷，否则就难以体现出刑罚的惩罚性。一个社会的生产力发展水平越高，人们最基本的生存就越容易，生命就越有保障，人们就更多地关注自由的价值，自由的价值就越高。与此相适应，刑罚就越宽和、越人道，否则就难以体现出刑罚的合理性。所以，仅仅从生产力发展的角度，我们就可以得出结论，刑罚宽和化和人道化是人类社会的发展方向。

在奴隶社会和封建社会，由于生产力发展水平低下，生存是人们最紧迫的需要。为了生存，人们较少顾及自由的价值，因此，自由难以体现出足够的威慑力。当时占中心地位的是生命刑和身体刑。中国奴隶社会的五刑——墨、劓、剕、宫、大辟，全是生命刑和身体刑。中国封建社会隋唐以后的五刑——笞、杖、徒、流、死，也是以生命刑和身体刑为中心。这种状况一直延续到清朝末年《大清新刑律》的制定，才确立了以自由刑为中心的刑罚体系，完成了从以生命刑和身体刑为中心到以自由刑为中心的演变，实现了刑罚体系近代化的过程。

古希腊雅典经常采用的刑罚有死刑、出卖为奴、剥夺自由、鞭刑、凌辱、烙印、放逐、罚金等。当时刑罚适用的原则是，奴隶犯罪原则上适用身体刑。奴隶犯死罪，不是用棍棒活活打死，就是从悬崖上推至深谷之中。古罗马的刑罚种类很多，有死刑、流放、驱逐出境、体刑、放逐、罚金等。死刑在这一时期被广泛地使用，体刑的适用也很普遍，特别是针对贫困者和奴隶，其中包括笞刑、鞭打、棒打等。

在欧洲中世纪，刑罚思想与宗教神权观念融为一体，刑罚成为服务于教会的工具。根据教会的戒律，对于有关异端、渎神、盗窃圣物、再婚、通奸等犯罪，教会法庭要处以严厉的刑罚。对于异教徒，多采用火柱刑、点天灯一类的酷刑。法国的《加洛林纳法典》各章都充满了割耳、挖眼、断指、断手、斩首、车裂、火焚等字眼。刑罚的执行，尤其是死刑的执行，表现得极其残酷。

在西方国家，现代意义上的自由刑是随着16世纪资本主义生产方式的产生才出现的。劳动力成为商品是资本主义生产方式得以存在的前提，自由的价值开始引起人们的重视。以后随着生产力发展水平的提高，人道主义观念的宣扬，生命和自由的价值更加引起人们的重视。出于刑事政策的考虑，一些国家开始废除死刑，并且对自由刑加以限制，而代之以越来越多的社区刑罚和财产刑。

回溯历史，我们可以看出，刑罚使用的轻重受生产力发展水平的制约，试图摆脱这一制约只能是一相情愿。我相信，随着今后我国社会生产力发展水平的不断提高，生产方式的不断完善，我国的刑罚使用必将逐步宽和化，这是不容置疑的。

但是，另一方面，我们不应当回避的是，现阶段我国从整体上来说，生产力发展水平还比较低，与西方发达国家相比，还有较大的差距。因此，相应地，我国的刑罚使用在总体上也应当较西方发达国家为重，这才符合我国的国情。如果片面地以西方发达国家刑罚使用轻重为标准，来衡量我国刑罚使用的轻重与否，是不科学的。在目前的条件下，如果我们一味地模仿某些发达国家，过于谨慎地使用死刑和长期自由刑，过轻的刑罚对于犯罪就会缺乏足够的威慑力，难以起到预防和减少犯罪的作用，既没有体现刑罚的公正，也没有体现刑罚的功利。[46]

我对贝卡利亚以下的一段论述既钦佩又心存疑问。贝卡利亚指出：“这里有两个国家，在与犯罪阶段相对应的刑罚阶梯中，第一个国家的最重刑罚是长期苦役，而第二个国家的最重刑罚则是轮刑[47]。我认为，在这两个国家中，对最重刑罚的畏惧是同等程度的。”[1](P.43)

我钦佩的是贝卡利亚以其广博的知识和丰富的想象力指出人们对于刑罚的感受度是有限的，残酷的刑罚会使人的心灵变得麻木，从而使刑罚的威慑力下降。因此残酷的刑罚不仅不人道，也不经济，更起不了预防和减少犯罪的目的。

但是，另一方面，上述论断似有不当之处。我以为，在生产力发展水平相同的条件下，在人们所能感受的限度内，[48]刑罚越重，对于人的威慑力越大；刑罚越轻，对于人的威慑力越小。按照贝氏的推测，人们对最重刑罚的畏惧是同等程度的，长期苦役的威慑力等同于轮刑的威慑力。如果照此推理，岂不是短期苦役的威慑力（短期苦役是最重刑的话）也能等同于长期苦役的威慑力和死刑的威慑力；罚金的威慑力（罚金刑是最重刑的话）也能等同于长期自由刑和死刑

的威慑力。这显然既不符合事实，也不符合逻辑。但我们可以这样说，随着生产力发展水平的不断提高，人类文明程度的不断提高，人本身生命和自由价值也随之提高，现在较轻的刑罚对人们的威慑力会相当于从前较重的刑罚对于人们的威慑力。因此，刑罚应当逐步宽和化。这才是我们应当采取的历史唯物主义的态度。

（二）中国传统文化观念的影响

一个民族的传统文化是一个民族性格的象征，它深深地渗透在每个国民的血液里，对一个民族的历史进程起着巨大的影响作用。一个民族的经济制度、政治制度、国民思维习惯和行为方式无不受其传统文化的影响。从一定意义上可以说，不对传统文化加以考察，我们就难以对现存制度合理与否做出合理的判断。

中国传统文化重义轻利，“君子俞以义，小人俞以利”，强调“德在人先，利在人后”，“陷于不义，生不若死”；认为“贪得者虽富亦贫，知足者虽贫亦富”。^{[7] (P. 353)}欣赏的是知足长乐，随遇而安。因此，与西方人相比，中国人相对地更注重伦理道德，轻视物质利益。^[49]

正是由于这些传统观念的影响，使得中国整个奴隶社会和封建社会的刑罚体系中均没有财产刑的地位。清代曾较为普遍地使用过“赎刑”，即以赎金代替刑罚，但它本身并不是独立的刑种。通常情况下，它只是作为其他正式刑种的替代刑，而且只是某些具有特定身份的人方才被允许以赎代刑，如妇女、70岁以上的老人、15岁以下的儿童、官吏、官吏之妻等。^{[8] (P. 76)}直到清末新刑律的出现，才建立了以自由刑为中心，而由死刑、无期徒刑、有期徒刑、罚金、拘役等五种刑名组成的新体系，并有褫夺公权和没收财产两种从刑。财产刑开始在刑罚体系中占有一席之地。

与西方国家重视物质利益的文化传统相适应，财产刑在西方国家的刑罚史上一直占有重要的地位。古希腊时期斯巴达和雅典的刑罚体系中就开始规定有罚金刑，古罗马的刑罚体系中也同样规定有罚金刑。在整个欧洲中世纪，各封建国家的刑罚虽然极其残酷，但财产刑始终占有一定的地位。如中世纪法兰克王国的刑罚，最初保留着氏族公社时期的血亲复仇制度，侵权行为，特别是杀人、伤害、毁坏妇女名誉、奸污、抢劫妇女等，通常引起双方氏族间的“复仇”。后来，为避免氏族之间纷争和仇恨的加深，以及随着私有财产的形成，统治阶段更加重视经济利益，复仇逐渐被赎罪所代替。起初从轻微伤害开始实施，以后逐渐扩大到重大伤害。选择复仇或接受赎罪金的权利属于被害人一方，赎金数额由双方商定。各日耳曼王国成文法的内容大部分就是关于侵权行为所应支付的赎罪金数额。另外，对一些重大侵权行为，除支付赎罪金外，还必须向贵族或国王交纳一部分罚金，叫做“和平金”。

近现代以来，由于传统自由刑的弊端日见突出，西方国家根据刑罚经济原则，对罚金刑和其他财产刑的运用更加广泛，使财产刑在刑罚体系中成为与自由刑并驾齐驱的两大刑罚支柱，有些国家的财产刑甚至有取代自由刑而成为刑罚体系中心的迹象。

西方国家自古以来一以贯之的重视财产刑的使用是与西方国家重视物质利益的文化传统一脉相承的。因此，剥夺财产对于西方人有较强的威慑力，具有相当的刑罚效益。

改革开放以来，中国人的价值观念发生了很大的变化。人们开始注重物质利益，金钱财富在人们心目中的地位加重了，立法与司法实践也越来越多地规定和使用财产刑。这是建立社会主义市场经济体系对刑罚使用提出的必然要求，是一种进步。但是，由于几千年传统观念的影响，财产刑对人们的威慑力还没有到达西方国家应有的程度。因此，在当前的历史条件下，一方面，我们要适应市场经济体系的需要，逐渐扩大使用财产刑特别是罚金刑；另一方面，我们也要注意本国的文化传统和现阶段生产力发展水平，对财产刑的刑罚效益不要寄予过高的期望，在大多数情况下还是以附加适用为宜，不应过多的单独适用。

（三）刑罚“世轻世重”

刑罚“世轻世重”是指使用刑罚要视犯罪形势的需要而区别轻重，该轻时要轻刑判处，该重时要重刑判处。只有适时地有选择地使用刑罚，才算是掌握了用刑的伦理和要领。

犯罪的社会危害性的大小不是抽象的，它要受到当时当地的客观环境的制约。同一种行为，发生的时间、地点不同，其社会危害性的性质及大小也就有所不同。比如，在自然灾害发生期间进行抢劫、盗窃，其社会危害性就明显重于同一行为发生在正常时期。遗失军事机密的行为发生在战时，其社会危害性要重于发生在平时。在社会治安状况不好的情况下的杀人、强奸、抢劫，其社会危害性要比社会治安状况良好时严重得多。因此，刑罚的使用，一定要考虑犯罪行为发生时的环境、条件，不能脱离社会的政治、经济形势和社会治安状况，抽象地谈刑罚的使用。同一种行为，在此时此地社会危害性较小，就应当使用较轻的刑罚；在彼时彼地社会危害性较

大，就应当使用较重的刑罚。对于个别犯罪行为的处理是如此，对于较大范围内的犯罪现象的处理也是如此。这就是刑罚的“世轻世重”原则。我们在一味地批评“严打”的弊端时不应忘记这一刑罚使用的基本原则。

刑罚“世轻世重”，是中国历代统治阶级惯用的行之有效的刑事政策。《正义》曰：“刑罚随世轻重，言观世而制刑也。”至于何时轻何时重，《周礼·秋官·大司寇》曰：“刑新国，用轻典；刑平国，用中典；刑乱国，用重典。”

贝卡利亚也论述过相似的看法，他说：“总而言之，刑罚的规模应该同本国的状况相适应。在刚刚摆脱野蛮状态的国家里，刑罚给予那些僵硬心灵的印象应该比较强烈和易感。为了打倒一头狂暴地扑向枪弹的狮子，必须使用闪击。但是，随着人的心灵在社会状态中柔化和感觉能力的增长，如果想保持客观与感受之间的稳定关系，就应该降低刑罚的程度。”^[1](P.44)

当前我国正处于新旧经济体制转换过程中。从政治稳定、经济繁荣的角度看，现在是太平盛世；但从日益严重的违法犯罪状况看，现在又是乱世。对于这股犯罪狂潮，我们应当在强调综合治理的同时，借鉴历史的经验，毫不犹豫地采取有节制的“严打”措施。“为了打倒一头狂暴地扑向枪弹的狮子，必须使用闪击。”不如此，就难以维护稳定的政治局面、繁荣的经济发展。

有人指出，经过多次“严打”，我国的犯罪率并没有下降，反而上升，说明“严打”无效。这种分析在逻辑上是有缺陷的，因为“严打”与犯罪率升降并不存在必然的因果关系。“严打”只是决定犯罪率升降的原因系统中的一个因素，而不是全部因素，甚至也不是一个决定性的因素。最终决定犯罪率升降的是整个原因系统，而不是其中的某一个因素。“严打”对于控制犯罪率的上升只起到一定的作用，而不是全部作用。而且谁能证明并且保证如果不“严打”，犯罪率不会以更快的速度上升呢。学者可以轻松地论证“严打”的种种弊端，但决策者却不能也不敢放弃“严打”。如果“不严打”的试验不成功，其后果是难以想象的。

我最后再次声明，“严打”绝不是要滥施刑罚，侵犯人权，而是要有节制，只能是在法律允许范围内的“严打”；并且坚定地相信，轻刑化也是我们未来的发展方向。

参考文献

[1] [意]贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1993.

[2] 黄风. 贝卡利亚及其刑罚思想[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1987.

[3] 李晓明. “严打”与我国犯罪学的反思[J]. 中国青少年犯罪研究会学术研讨会论文, 2001.

[4] 储槐植, 许章润等. 犯罪学[M]. 北京:法律出版社, 1997.

[5] 陈兴良. 本体刑法学[M]. 北京:商务印书馆, 2001.

[6] 苏力. 变法、法治建设及其本土资源[J]. 中外法学, 1995, (5).

[7] 白话菜根谭[M]. 北京:华艺出版社, 1991.

[8] [美]D. 布迪等. 中华帝国的法律[M]. 江苏:江苏人民出版社, 1993.

论计算机“黑客”犯罪及其防范

刘广三* 杨希泽**

20世纪的后半叶，计算机和通讯网络技术以极快的加速度提高和发展。如今，国际互联网络（Internet）正在覆盖全球，已拥有两亿多个用户，并且以成倍的速度递增。21世纪变成了网络时代，网络将会变得无时不有无处不在，它已渗透到经济、政治、金融、司法、军事等各个领域，带给我们一种数字化的生存方式。

然而，科学技术从来就是一把双刃剑，网络也不例外，互联网在给人类的社会生活带来极大便利的同时，也带来了网络上的犯罪。其中以“黑客”（Hacker）所实施的计算机犯罪最为严重，它如同游荡在网络上空的“幽灵”，伺机便会作案。

一、“黑客”概述

所谓“黑客”就是指那些专门以计算机信息系统为攻击对象的犯罪人。具体的说，就是那些非法侵入计算机系统，并且对计算机系统以及有关程序、数据库等进行破坏的人。“黑客”这一词据说来源于麻省理工学院。当时一个学生组织的一些成员因不满当局对某个计算机系统的使用所采取的限制，而开始自己闲逛系统。他们认为任何信息都是公开的，任何人都可以平等的获取。[50]早先的“黑客”行为是开玩笑或恶作剧式的，并不认为是犯罪。从60年代到70年代，早期的“黑客”都是计算机研究方面的深入研究者。正是这些“计算机疯子”对已有计算机技术不遗余力的挑战，带来了计算机革命，促成了计算机微型化，促成了电子信息系统网络化和信息系统网络全球化。但是，随着“黑客”的辉煌历史在80年代中期的结束，新一代的“黑客”开始走向计算机技术和电子信息技术发展进步的对立面，越来越成为危害计算机信息系统和网络的犯罪者。今天，“黑客”已成为针对网络犯罪的犯罪者的代名词。

“黑客”犯罪给社会带来的危害是巨大的。1984年，美国律师协会出版的一份重要报告作出结论，经美国商业和政府确认的计算机犯罪招致的损失，“用任何方法计算都是巨大的”，仅1995年盗用移动电话号码的犯罪就发生了70多万起，给电话公司和用户造成损失高达6.5亿美元。[51]据有关专家估算，目前美国每年由于“黑客”犯罪而遭受的总损失超过百亿美元。

计算机创造了前所未有的犯罪机会。“黑客”犯罪在数量上的上升势在必然，并且有取代白领犯罪的趋势。故此有关专家评论道：“如果说第一次世界大战是‘化学家的战争’，第二次世界大战是‘物理学家的战争’，那么21世纪将是‘计算机专家的战争’”。[52]

二、“黑客”行为及内容

（一）网上偷窥或剽窃

有一些“黑客”，出于好奇心或别的目的，非法侵入国家重要计算机信息系统，恣意翻阅大量绝密文件，并毫无顾忌向外透露这些绝密文件，从而造成巨大损失。如1993年英国少年布里顿“侵入”美国国防部计算机系统，接触到了包括弹道武器研究报告、美国情报部门内部机密通讯材料在内的大量机密，并把部分机密输入了有3500万用户的国际计算机网络。再如1994年英国电信公司内部一名“黑客”闯入本公司数据库，窃走了英国情报机构、政府的核地下掩体、军事指挥部及控制中心、英国导弹基地机密电话号码和梅杰首相住处以及白金汉宫的私人电话号码，并通过互联网传给苏格兰的一位新闻记者，造成轰动英国的一起严重泄密事件。[53]

（二）非法更改他人计算机信息系统

有一些黑客，虽称得上是计算机高手，但是他们道德素质极其低下，他们经常出没于网络之中，伺机篡改计算机网络中的有关信息。其目的说是为了耍弄别人，显示自己的高明与才干。

最著名的此类事件发生在美国，1996年8月和9月，美国司法部和中央情报局先后遭“黑客”入侵。“黑客”将司法部主页改成了“美国不公正部”，将司法部长的照片换成了希特勒的照片，将司法部徽章换成了纳粹党的徽章，并加上一张色情女郎的照片作为司法部长的助手，还在主页上留下了许多攻击美国司法政策的文字。接着，又一名“黑客”将中央情报局的主页名称改为“中央愚蠢局”，并同样将主页改得面目全非。最后迫使美国以搜集情报著称的中央情报局关闭了其网络服务器。[54]

在中国也已发现此类的“黑客”犯罪。1999年8月，一“黑客”在互联网一个网站的公告网（BBS）上，针对就职与上海某进出口公司的孙小姐发布淫秽言词，并将孙小姐的住址、电话粘贴在上面。结果，孙小姐在家中收到无数语言暧昧的电话，一连串的污言秽语，令她十分气愤。经警方调查得知，此“黑客”是孙小姐的同学，为了泄愤报复，在网上实施了针对孙小姐的侮辱行为。[55]

（三）传播有害信息或数据

这类“黑客”犯罪主要表现为利用计算机网络散布种族主义言论，宣扬色情内容，传输危害国家安全的非法信息等。由于是在网上传播，涉及面广，传播速度快捷，社会危害极大。

尤其该引起注意的是“黑客”在网上制黄贩黄来诱惑和骚扰用户，尤其是青少年，使他们身陷其中而不能自拔，严重影响了青少年的心理健康。在网络中所形成的“红灯区”已引起公众的密切关注。许多青少年家长对此深感忧虑和不安。只要个人计算机进入网络就避免不了“计算机妓女”和色情信息的诱惑和骚扰。国际社会已对此引起足够重视。联合开展行动打击这类“黑客”。

（四）网络盗用

网络盗用的犯罪情形多种多样，有的是在互联网上盗窃可用以支付的货币、帐单、银行帐目结算单，以非法获取他人财产所有权。有的是实施信用卡犯罪，据统计，全球每年通过计算机网络使用假信用卡的非法所得额已达数亿美元，且多数属于有组织犯罪。1995年，一个叫多特尼克的“黑客”被指控闯入许多计算机网络，偷窃了2万上信用卡号和复制软件。还有的是盗用电话网等通讯网络，盗用电话，电讯资源。1999年3月，有“黑客”侵入美国电话电报公司等多家电话公司窃取电话卡号码，这些电话号码最后落入意大利有组织犯罪集团手中。1995年，仅盗用移动电话号码就给美国造经济损失6.5亿美元，可见此类“黑客”犯罪是多么触目惊心。

（五）网络欺骗

由于国际互联网的存在布出现的“虚拟空间”为“黑客”们进行欺骗提供了可能，欺骗活动有下列情形：

1、以商业为进攻目标的欺骗。在不久的将来，大多数银行都实现了业务电子化。用计算机处理的业务数额远远超过了以支票和现金方式处理的业务量。甚至所有商业都实现电子化。在某种程度上，接近商业计算机就等于接近钱。臭名昭著的“欺骗大师”黑客集团的奠基者李·约翰在谈到其从12岁就开始，已干了10年的这种勾当时吹嘘说，自己目前已具备以下技能：一是改变信用卡记录和银行收支平衡记录；二是不花钱就能弄到大轿车、乘飞机旅行、在宾馆里住宿无须付账；三是改变设备和房租的租金；四是互联网用户免费分发计算机软件程序；五是轻易获取绝密内幕交易信息。[56]

2、以证券业为对象的欺骗。在美国，在网络空间中已出现了股票和债券的欺骗活动——出现在市场上的股票和债券短时间内频频被人倒手，然后不声不响地消失了。事实上，这些股票和债券根本上不存在，只有电子脉冲是真实的。将来，虚拟现实专家可能会根据一位受人尊敬的股票经纪人或房地产经销商的模样绘制地幅综合衍射图，然后再建议计算机网络空间用户来购买某种股票、债券或房地产。如果无任何警觉的受害者按照其建议去做，事后就会发现他们只是撑大了虚拟专家的钱包，而自己所买得只是一文不值或根本不存在的财产。

3、以广告业为对象的欺骗。最典型的就是我们所说的“金字塔阴谋”，他们利用因特网对公众进行高回报的集资，把后来者的资金作为先期者的回报而不去进行任何实际投资，这种现象与我国刚取缔的“非法传销”有异曲同工之处。

（六）信息轰炸

“黑客”根本不侵入网站，而是用大量的信息炸弹，使得网站的网络服务瘫痪。如果这种服务是有偿的，网络公司遭受的损失将不堪设想。今年2月份，美国Yahoo、eBay、CNN等8家著名网站被黑客袭击的事件震惊了全世界。他们遭受袭击的形式几乎都是如此。同月8日，我国新浪网的E-mail系统出遭到这种形式“黑客”袭击。“黑客”两次袭击的方法就是发短信，由几个通道同时不间断地发。由于信很短，入网速度又非常快，量又大，很快就把网络设备堵塞。

（七）制造和传播网络病毒

这种病毒进入系统后，从各种各样的文件核心部分的路径表中检索其他系统的地址，以便向这些地址开始新的病毒繁殖，所到之处都毫不客气地自我复制数百次。使系统负载变得越来越大，以致不可承受。1988年11月2日傍晚，美国康奈尔大学计算机系的研究生罗伯特·莫里斯通过美国最大的计算机网络，把自己设计的一种网络病毒“蠕虫程序”输入五角大楼远景规则网络，导致美国军事基地和国家航空航天局以及MIT、兰德公司等大学和研究机构的8500台计算机瘫痪24小时。造成经济损失就超过一亿美元。[57]

（八）网上恐怖活动

互联网的出现，也为恐怖分子犯罪提供了便利。1993年以来，几伙被西欧人称为“塞巴网络

恐怖分子”的国际计算机匪帮通过设置“逻辑炸弹”破坏各网络公司目的地计算机系统，并借以进行敲诈勒索的勾当，先后作案40作起，共勒索6亿多美元。[58]

还有一些反政府、反社会性的黑客，又叫“计算机朋克”，他们会定期侵入国家重要计算机信息系统，经常截获秘密材料，有时甚至干扰或篡改计算机系统。从而达到他们的政治目的。

（九）控制军用计算机系统

军用秘密历来被各国保护严密，军用计算机系统更是层层设防，然而对“黑客”却无计可施。世界上第一个将黑手伸向军用计算机系统的是15岁美国少年米尼克。1979年他运用破译计算机密码的特殊才能，成功地打入北美防空指挥中心计算机系统，将美国瞄准前苏联的核弹头绝密资料浏览无余。[59]以后这方面事件层出不穷。例如克罗地亚三名中学生闯入美国五角大楼的军用计算机系统。1988年德国汉诺威大学计算机系24岁学生马蒂亚斯·斯佩尔两年内收集到包括美国“星球大战”计划、北美防空司令部、核武器和通讯卫星等方面的情报。1993年，英国少年布里顿侵入美国国防部计算机系统等等。

如果说“黑客”的犯罪活动在平时给军界造成泄密和经济损失的话，那么在战争时期，“黑客”的此类活动对战争的进程和结局所造成的损失将是难以估量的。据美国国防部官员透露，海湾战争期间，一批自称“高技术支持和平者”的荷兰“黑客”曾向伊拉克驻巴黎大使馆表示，他们能够通过攻击信息网络，搞乱美国与沙特阿拉伯之间的军事后勤和作战部署，开价100万美元。据说萨达姆拒绝了这一建议，否则，海湾战争的历史有可能重写。[60]

现代，美国高级指挥官甚至把网络战争当作国家安全最可能受到的挑战来考虑，认为其严重性远远超过常规战争。他们认为，不费一枪一弹的战争威胁，现在已成为现实。为了提高网络的安全性。美国1996年投资了10亿美元，并准备在今后5—10年内将电子方面预算的10%用于信息战系统。

三、“黑客”犯罪的社会心理因素

美国的一项研究表明，促使犯罪者实施计算机犯罪最有影响力的因素是个人财产上的获利，其次是进行犯罪活动的智力挑战。这种智力挑战的因素在“黑客”案件中表现得尤为突出。他们把攻入防卫严密的计算机系统作为智力上的挑战，并乐此不疲。德国学者施奈德认为：“作案人想要‘打败机器’的动机常常起一定作用。他们在进行犯罪活动之前设法从心理上自我安慰，他们想象：被害人是匿名的，万一造成损失也会落到许多人头上，不会给企业造成重大损失……”。[61]

另外，人们计算机犯罪的严重危害性认识不足，不将网络犯罪视为“真实的、日常的、一般的”犯罪在一定程度上导致了计算机犯罪的高发。日本学者西田修曾发表评论说：“要说犯罪感，恐怕拾起他人掉在路上的一万日元钞票塞进自己的腰包，要比通过电子计算机搞到一亿日元现金其犯罪感还要来得强烈些。对与不附任何暴力、稳稳当地实施计算机犯罪，不少人都怀着羡慕的心情不禁赞叹道：“干得真漂亮！甚至有人会这样想：这计算机我拼命学还搞不懂，可他竟能来干‘坏事’，这家伙定非等闲之辈！倘若我也有干这一手本事……”。[62]

四、防范对策

“黑客”所实施的网络犯罪具有危害性大，隐蔽性强等特点。如何防范他们是一个非常迫切需要研究解决的问题。本文在学者们一有的研究成果的基础上，就网络犯罪的技术防范、法律防范和社会文化防范谈点看法。

（一）技术防范

现在计算机和网络信息系统的安全防卫能力是脆弱的。“黑客”们频频侵入说明了这点。“目前由于系统本身设计上存在着缺陷，系统的安全可靠性并不是很高的，罪犯常常得用系统的弱点侵入系统。有如下几种攻击类型：窃取存取流；猎取口令；企图截获信息；改变或者创立UAF记录；转让或者偷窃额外权利；特洛伊木马软件；将计算机病毒渗入到命令过程和他们希冀的程序中，以便他们能成功地将病毒传到某些已授权账号中；窃取磁盘信息；同一个节点作为通向另一个节点的通道。”[63]对此，日本学者西田修认为：计算机犯罪完全可能发生。从电子计算机使用系统的现状来看，它根本无法防范。而且在现阶段无法防范也决不是什么耻辱的事情。我们所要做的只是随着时间的推移，使电子计算机的“防御系统”强健起来。这是使用电子计算机的企业对社会应负的责任。[64]怎样使计算机和网络信息系统强健起来，正是网络犯罪的技术防范所要解决的问题。

综合学者们的研究结论，网络犯罪的技术防范手段目前主要有这样几种：一是采用路由器把

住国际Internet出口并在用户服务器上运用专门软件设置过滤网关以对抗利用网络传播淫秽内容的犯罪；二是运用预防和杀毒相结合的办法以对抗传播计算机病毒的犯罪。三是运用别密措施和设置防火墙以对抗非法侵入计算机系统以及泄密、窃密、盗窃软件程序等犯罪；四是运用主体识别和验证技术以对抗针对金融系统的计算机和网络信息系统的犯罪。

但从现实看，这些安全技术在防止“黑客”入侵方面显得苍白和无力，几乎所有高科技手段都立即在“黑客”面前吃了败仗，正如美国计算机软件专家科恩所说：“我们甚至有理由怀疑，绝对可靠的防范措施可能永远也找不到。”“这说明了寻找新的安全技术任重而道远。

（二）法律防范

关于网络安全与犯罪的立法、是防范“黑客”非法侵入的个重要措施。通过网络安全与犯罪的立法，一方面可以使安全措施法律化、规范化、制度化，从而遏制网络犯罪的条件；另一方面可以为打击网络犯罪提供有力的法律依据，并对违法犯罪的“黑客”起到一定威慑作用。

西方国家（主要是一些信息较发达的国家）为了打击日益猖獗的网络犯罪、已制定了较为详尽的法律：如美国颁了《伪造访问设备、计算机欺骗与滥用法》、《联邦计算机安全保护法》，对信息上网作出明确限制以及违章信息上网应受惩罚。从客观上讲，国外的刑事立法主张轻型化，但他们在惩治计算机犯罪领域却重刑化。在我国，1991年通过了《计算机软件保护条例》，1994年以后开始规范互联网的立法，特别是1997年以来采取一系列步骤，防止Internet用户卷入非法在线行为。1997年12月由公安部发布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理法》第五条和第六条对禁止利用国际互联网制作、复制、查阅和传播信息的范围，以及哪些属于危害计算机信息网络安全的活动，都作了列举性规定。不过，我国现行刑法对计算机犯罪的规定比较简单，对于一些可能出现的严重网络违法行为难以追究其刑事责任。

通过法律防范网络犯罪，还应注意几个问题：一是程序法与实体法的衔接问题，如司法程序如何解决电子证据的提取、鉴定问题，如何解决案件管辖问题；二是法律的具体实施问题，有了好的法律规定，就要求有一支好的警察队伍来实施。这不仅要求他们具有足够的法律知识和传统侦查技能，而且要求他们熟练掌握计算机技术和电子信息技术。

（三）文化防范

黑客有自己的道德准则。其内容包括：

- 1、对计算机的使用应该是不受限制的和完全的
- 2、所有信息都应当是免费的。
- 3、怀疑权威，推动分析。
- 4、你可以在计算机上创造艺术和美。
- 5、计算机将使你的生活变得更美好。[65]

这些道德准则来源于60年代青年人自由不羁，反抗既有体制的观念和精神。正是由于他们无畏的开拓创新，才有了计算机革命的成功。今天，计算机技术和网络技术已发展到一个很高的水平。在这样一个技术水平上，个人独立的创造性工作已难以取得技术创新方面的突破性进展。死抱住黑客道德准则不放，抗击有关规制和禁限，只有对计算机技术和网络技术造成的社会利益造成损害。

这就要求社会加强对青少年的法制教育和道德教育，尤其是培养青少年对计算机和电子信息的正确观念，使他们充分认识到网上世界是现实的一部分，在网上世界的一切行为都必须遵循社会中所有道德规范和法律制度。同时，还应重视对网络犯罪社会危害性的宣传，正确疏导青少年的好奇心，培养他们预防和抗击这方面违法犯罪的力量。

福建省绑架犯罪现象透析[66]

李双其 何松国 张金统[67]

绑架案件是指以勒索财物为目的，或者绑架他人作为人质，使用暴力、胁迫、麻醉或者其它方法绑架他人的案件。这种在20世纪90年代初还极为鲜见的案件到了90年代后期变得相当普遍。为达到对福建省的绑架犯罪有个全面的认识，继而提出可行性对策之目的，从1997年开始，我们组织一调查组深入福建省九地市，对绑架案件进行调查，获取第一手材料，并于1999年将“反绑架与解救人质”作为课题进行申报，此课题于2000年得到福建省科学技术委员会的立项。在几年的调研中我们全面把握了福建省有关绑架犯罪的情况，获取了第一手数据。本文拟对1313起绑架案件所涉及的一系列的数据进行统计分析，从而揭示福建省有关绑架犯罪的特点及运行规律。

一、福建省绑架犯罪的基本状况

福建省由九个地级市组成，据第五次人口普查结果显示：福建全省总人口是3471万人，外省市注入人口251万人，外出人口129万人，净注入人口为122万。福建省在1995年1月至2001年6月间共发生绑架案件1313起^[68]，通过对这1313起案件的相关数据统计分析，我们发现福建省绑架犯罪的基本状况如下：

（一）福建省绑架犯罪数情况

左图系福建省1995年1月至2001年6月绑架犯罪发案情况三维视图。X轴标注的数字为年份，Y轴标注的数字为发案数。

右图系福建省1995年1月至2001年6月间绑架案破案数情况。

（二）福建省绑架犯罪区域分布状况

上表系福建省1995年1月至2001年6月间各地市绑架犯罪发案数状况

以下是福建省9地市1995年1月至2001年6月间犯罪数变化图（X轴标注的数据为年份，Y轴标注的数据为发案数）

（三）犯罪人的基本情况

通过对已破的912起绑架案的相关数据的统计结果显示：

1、实施绑架犯罪行为的犯罪分子大多为男性，女性犯罪（包括合伙犯罪中的女性参与）的只占10%左右。

2、犯罪分子的年龄大多在18至40岁之间。此年龄段的犯罪分子约占总量的90%。

3、犯罪分子大多为户口在农村，作案的那一时期正在经商，或正在市、镇打工，或处于无业状态。此类身份的人约占全部绑架犯罪分子人数的75%。

4、犯罪分子文化程度偏低，半数左右的犯罪分子有过违法犯罪经历。

5、绑架案件的犯罪分子大多来自于本地。本省、本地市人实施犯罪的约占70%，本省与外省市勾结的约占25%，其余的为外省市人或跨国、跨境犯罪。在统计中我们还发现一种值得一提的现象：泉州市绑架案犯罪分子的来源与其它地市的有所不同。该市本地犯罪分子与外省市犯罪分子勾结作案的占全部案件的40%，单纯外来人口作案的也达20%多，本省、本地市的人犯罪的只占30%多。

6、犯罪分子实施绑架犯罪活动之前大都有预谋过程。有预谋的案件占全部绑架案件的98%。只有少数的“激情绑架”才没有预谋。由于预谋，所以绝大多数犯罪分子在实施绑架行为之前对被绑对象及其家庭情况都有一定程度的了解和掌握。

7、犯罪手法有一定的智能化，并呈暴力化倾向。智能化表现为犯罪前的预谋及侦查过程中的反侦查；犯罪的暴力化表现为犯罪分子往往对犯罪后果很少考虑，常常用暴力手段折磨、摧残人质，并轻易剥夺人质生命。绑架过程中使用枪支和爆炸物的约占8%，所使用的武器与爆炸物均是土制的。

8、犯罪分子勒索的赎金额从数百元到百万元不等。其中50%的案件索取的赎金在3—15万元人民币之间。凡绑架小孩的往往勒索的赎金高，以偷渡为借口实施绑架的，勒索的赎金往往最高。

9、犯罪的基本组织形式为结伙作案。据统计结伙作案（指三人以上，含三人）占全部案件的98%。

10、犯罪分子实施绑架的动机大都出自获取钱物。也有少数的是出于泄愤报复而实施绑架，但目前出于其它动机而实施绑架的情况还极为鲜见。

（四）被害人情况

通过对福建省在1995年1月至2001年6月间所发生的1313起绑架案件（以下简称1313案）所涉及的相关数据的统计结果显示：

1、绑架案的受害者大多为男性。女性（含多人被害时，其中有女性的）被当作被绑对象的只占全部案件的9.5%。而这些被害的女性又大多是有高收入的“公关小姐”。

2、被害者的年龄分布在各个年龄段。其中，16岁以下的小孩被害率偏高，在1313案中，以年龄在16岁以下小孩为对象的有138起，约占全部案件的10.5%。

3、被害人的身份比较复杂。犯罪分子往往只考虑对象是否有绑架的价值和是否有利于下手，而不计较被害者的身份。在被害者里农民（指户口在农村，现在村镇或市里经商、打工的）占52%，学生（包括年龄在16岁以上的）占13%，司机占7%，商人占5%，公司职员占5%，“公关小姐”占2%，“偷渡客”占1%，其他（含赌徒、吸毒人、港澳同胞、海外侨胞、公务员等）占15%。

二、福建省绑架犯罪的特点及运行规律

通过对1313案所涉及的有关数据的统计，选择纵横参照系从不同角度出发进行对比，可对福建省绑架犯罪现象的特点和运行规律作如下总结：

（一）发案率逐年上升。

1995年之前，在福建省境内发生的绑架案还极为鲜见。从1995年开始绑架案渐渐成了人们关注的一种案件类别。1995年发案11起，1996年发案31起，1997年发案57起，而1998年的发案数达到了310起，1999年更是增至390起，2000年比1999年略有增加，发案数为393起，尽管2001年上半年

年只发生绑架案件121起，但这与在这一段时间里对绑架犯罪进行专项打击治理有关。绑架案发案率呈逐年上升态势，而且上升的速率高于其它刑事案件。

（二）绑架案件集中发生在福厦公路沿线的鲤、荔、榕三市（见下图），而且逐渐向四周扩散。

此区域以莆田市为中心，西南向泉州、晋江、石狮、南安延伸，东北向福清、长乐、福州辐射。此区域是福建省绑架案件的高发区，近几年，在此区域内发生的绑架案占全省全部绑架案的84.5%。此区域亦是福建省绑架案件的“发源地”，其它地市发生的绑架案与此区域内发生的绑架案件相比，存在着时间差。其它地市绑架案的犯罪分子所采用的犯罪手法、技巧等大都是从“发源地”学到的。如在调查中了解到：南平市、三明市等地的相当数量的绑架案犯罪分子都说，他们是从“莆田人”那里学会绑架的，他们为什么会绑架是因为得到“莆田人”的指点。

此外，1998年之前，除榕、鲤、荔三市外，其它6地市发生的绑架案稀少，而1998年后，中心地外的6地市所发生的绑架案也呈上升态势。

（三）运用储蓄卡获取赎金。

对1313案研究发现：1997年开始，绑匪利用“储蓄卡”获取赎金之犯罪手法在福建省境内开始出现，之后，案犯相互摹仿效尤，渐渐地，这种手法成了绑匪获取赎金的常用手法。而且，在初期，犯罪分子大多使用“龙卡”，之后，牡丹卡、金穗卡、长城卡等相继都成了绑匪用来获取赎金的工具。案犯在预谋作案期便利用假身份证（有的用捡到的身份证）在各类银行储蓄网点（任点都行）申请开户，领取储蓄卡。将人质绑架后，绑匪则选用此卡，告诉人质家属卡的号码，胁迫人质家属将赎金存入指定的帐号。因现在储蓄网点实现全国联网，储户可在全省（甚至跨省）的任一储蓄点取款，外加银行摄像系统相对落后，这就为绑匪获取赎金提供了极大的便利。同时，由于犯罪分子采用此新手法，也向对付绑架案件的传统战术——在交取款点布设伏击圈，密拘取款人，就地突审提出了挑战。

（四）一般有预谋。

分析1313案，可以发现，除极个别公开型绑架案没有犯罪前的预谋外，其它98%的绑架案均有犯罪前的预谋准备过程。首先，物色劫持的对象。作案人一般选择熟悉的人下手，所选择的对象大多经济条件较好。有的犯罪分子与被害人有过接触交往，甚至沾亲带故，一般与被害人没有矛盾冲突，纯粹以勒索财物为犯罪目的。案前常对绑架对象及家人的经济状况、工作生活规律、出入路线等基本情况进行了解。有的犯罪分子也选择不熟悉的人下手，此种情景下，案前作案人更是通过各种渠道对被害人及家庭的基本情况做多方面的了解。其次，选择犯罪手段，准备劫持人质的各种器械、物品。犯罪人根据自身所具备的条件，事先设计多种劫持人质的手法，准备劫持人质时使用的绳索、匕首、枪支弹药等。由于绑架人质地点与关押人质地点之间往往存在一定的距离，为了避免暴露行踪，犯罪分子大多会准备运送人质的交通工具。第三，选择劫持人质的地点和时机。犯罪人事先对被害人经常活动的场所和行走路线进行调查，选择有利于藏身埋伏、接近被害人、便于逃离的地点劫持人质。同时，还要考虑何时下手比较恰当。有的犯罪分子还事先前往劫持人质的地点进行实地窥探，观察环境，推算将人质劫持到关押地点所需的时间，详细制定犯罪计划，针对可能出现的各种意外情况，制定应付方案。

（五）多为结伙作案。

除少数以小孩作为绑架对象的及少数公开对峙型的案件为单人作案外，其余的均为结伙作案。在1313案中，结伙作案占98%。结伙案件的犯罪分子少则三至四人，多则十多人，他们有的是临时纠合在一起的，有的则是长时间结盟，带有黑社会性质。绑架案件多为结伙作案这一特点是由绑架案带有暴力性质和绑架案犯罪环节较多决定的。绑架案的犯罪分子大多以暴力、胁迫或其它方法绑架人质。劫持人质后既要看押人质，又要与人质家属联系索取赎金，这一系列犯罪行为的实施靠单人的力量难以实现。

（六）隐秘型 案件占绝大多数。

绑架案有隐秘型与公开型两种。根据对1313案的分类研究，结果是隐秘型 绑架案占1286起，占1313案的98%。公开型绑架案仅占27起，占1313案的2%。研究资料显示，在现阶段，绑匪公开与警察进行对峙的绑架案仍占少数。

（七）被绑架对象涉及面广，但犯罪分子总是将少年儿童作为一种重要的绑架对象。

从1313案看，被绑架对象有少年儿童（包括婴儿），有成年人，也有老年人；有男性，也有女性；有农民、学生、司机、商人、公司职员、“公关小姐”、“偷渡客”、老板、赌徒、吸毒

人、港澳同胞、海外侨胞、公务员等；有本地人，也有外地人……情况较为复杂。但对1313案分析研究，我们发现，绑架分子从萌发绑架意念的那一天起就认识到少年儿童是最佳的绑架对象。1313案中以少年儿童（含婴儿）作为绑架对象的有138起，约占全部案件的10.5%。其中1995年发生的以少年儿童作为目标的绑架案件占全年案件的比例是0%；1996年的比例是3.22%；1997年的比例是8.77%；1998年的比例是7.42%；1999年的比例是11.54%；2000年的比例是8.4%；2001年的比例是10.74%。作案人认为：少年儿童容易哄骗，身单力薄，便于挟制；在转移、藏匿过程中目标小，不易引人注意，而且绑架小孩，由于家长普遍爱子如命，所以轻易不敢报案，且舍得钱财。

（八）假借偷渡之名实施绑架勒索行为。

这是福建省绑架犯罪近一、二年来出现的一个新特点。福建省素有浓厚的“偷渡文化”，沿海地区的许多年轻人热衷于偷渡。有些犯罪分子利用某些人急于偷渡的心理，设置圈套，引诱被害人陷入“陷阱”，进而进行敲诈勒索。如，“蛇头”董某某兄弟二人打着办理移民手续并直飞美国的幌子，将福州市琅岐镇陈某某等五名青年诈骗到泰国后绑架，给他们戴上脚镣手铐，关进黑屋子，拳打、脚踢、刀刺、电击，用尽了各种酷刑。在董某某及其同伙的淫威与严刑拷打下，陈某某等五人不得不打电话假告平安，要其家人如数缴纳总计二十万美元的巨额“偷渡费”。蒙在鼓里的家人还以为他们已经到了美国，东挪西借筹足款项交给“蛇头”后，“蛇头”便将他们流放香港，可怜陈某某等五人身无分文，流落街头，靠行乞为生，经多方营救，其中四人得以生还。这是一起典型的假借偷渡之名实施绑架勒索行为的案件，此类案件的被害人大多来自连江县、马尾区、长乐市、福清市等地，近二年，连续发生多起此种类型的绑架案件。

（九）智能化程度加大。

犯罪的智能化表现在案前的预谋、案中的随机应变和案后的逃避打击整个犯罪过程。其较常用的反侦查手段大致有：一是经常交换通话、邮寄、藏匿、取钱场所迷惑警方；二是往往甲地绑架、乙地勒索、丙地接头，跨区作案，制造侦查障碍；三是充分利用现代通讯工具的便利快捷实施犯罪而不留痕迹，如只用人质的手机与人质关系人联系，或购买多张移动电话卡专卡专用，有的大量使用IC卡公用电话，为我实施“电讯控制”制造障碍；四是索取赎金常常利用金融系统全省（含全国）通存通兑的便利或指定旷野僻壤摆脱跟踪而安全获取赎金；有的在取赎金时，采取螳螂捕蝉、黄雀在后的手段逃避打击。

（十）偶有发生跨国绑架案。

这是福建省绑架案与其它省绑架案的突出相别之处。福建省自1996年1月25日（美国时间）发生第一起跨国绑架案后，跨国绑架案便接连不断地发生，至2001年6月30日止，前后已发生跨国绑架案21起。有在澳大利亚实施绑架行为，在福建省内收钱的；有在美国绑架，在省内报案的；有在英国绑架，向福建省内家属赎钱的……这些跨国绑架案均为组织严密的犯罪集团所为，而且集团成员均与福建省有着千丝万缕的联系。犯罪分子大多为偷渡客，而人质有偷渡的也有华侨。

构筑新型警民关系的新格局

张国贵*

中国共产党人在长期的斗争中创造和发展起来的一整套富有中国特色的一切为了群众，一切依靠群众，从群众中来，到群众中去的群众路线，是我们党和政府工作的根本路线，也是公安工作的根本路线。公安工作的群众路线是我们党和政府的群众路线在公安工作中的具体体现，同时又具有自身的特点。

坚持群众路线是公安工作客观的必然要求。这是因为：一是只有做好群众工作，才能真正实现公安机关的职能。公安工作离开了人民群众，既不能对敌对势力和敌对分子实施有力的打击和制裁，更不能保护好人民。二是只有做好群众工作，才能真正维护国家安全和社会治安，完成公

安工作任务。公安工作离开了人民群众，就失去了生存的条件和意义，也就成了无源之水，无本之木。三是只有做好群众工作，才能保证公安工作健康发展，才能保持公安队伍的旺盛斗志和坚强的战斗力。公安工作离开了人民群众，就失去了评判、检验、制约和监督，就会迷失方向，遭受挫折，最终导致失败。总之，坚持党的群众路线是搞好公安工作客观的必然要求，是公安事业永远立于不败之地的重要保证，是公安机关实践江总书记“三个代表”重要思想的迫切需要。

在社会主义市场经济的条件下，如何坚持党的群众路线，努力开创公安群众工作的新局面，构筑新型警民关系的新格局，谱写富有特色的警民关系的新篇章，就公安民警方面而言，笔者认为应该突出抓好以下“五个必须”：

一、构筑新型警民关系的新格局，必须适应形势，与时俱进，用新的思想、新的观念、新的标准衡量新型的警民关系，促进警民之间的理解和支持。理解是阳光，误会 是雪霜。随着改革开放和市场经济的深入发展，特别是我国加入WTO之后，警民关系出现了许多新情况新问题新特点，公安机关只有用辩证唯物主义和历史唯物主义的观点来审视新的警民关系，认真解决好警民关系中的诚信问题，才能做到真正的理解和支持，才能做好新形势下的公安群众工作。要根据新时期公安机关的任务、要求和特点来重新确定警民关系结合最佳切入点，寻找警民融洽最佳座标，探索警民合作最佳途径，要在以依法治国与以德治国的轨道上发展新型的警民关系，使公安民警正确地把握哪些是应该做的，哪些是不该做的，对于职责范围以内的不论何时何地何种情况下，都要诚心实意办好。对于超越法律职责范围的，则要坚持予以拒绝，以我们的实际行动落实中央提出的“八个坚持，八个反对”，真正唤回警民融洽如鱼水的春天。

二、构筑新型警民关系的新格局，必须要摆正主人与公仆的关系。要以毛泽东、邓小平、江泽民三代领导人关于群众观点和群众路线的重要论述，江总书记“七·一”讲话和党的十五届六中全会通过的《中共中央关于加强和改进党的作风建设的决定》为主要的学习内容，对全体公安民警深入进行群众观点和群众路线的再学习再教育，广泛开展学习宣传爱民典型麦杰俊同志的先进事迹的活动，营造一种爱民为民光荣，脱离群众可耻的良好氛围，使广大民警牢固树立人民群众是历史的创造者的观点，向人民群众学习的观点，人民警察是人民公仆的观点，警察的权力是人民群众赋予的观点，全心全意为人民服务是公安机关唯一宗旨的观点，对党负责和对人民负责相一致的观点。在加强教育宣传的同时，要将公安机关的这种教育成果真正落实到始终代表最广大人民的根本利益上来，真正落实到树立公仆意识上来，真正落实到关心群众疾苦，诚心诚意为人民群众办实事办好事上来，真正落实到各项公安工作上来。

三、构筑新型警民关系的新格局，必须切实纠正部门和行业不正之风，维护人民群众的切身利益。在市场经济的条件下，影响警民关系的因素颇多，但就公安警察方面来说，主要有以下几种：群众观念淡薄，不关心群众疾苦，对群众的呼声，群众的要求，群众的意见，漠然置之，没有恪守为人民服务的宗旨，这是第一种。主仆关系颠倒，淡化了人民群众是国家的主人，是我们的服务对象，这是第二种。作风简单粗暴，基层派出所“门难进，脸难看，话难听，事难办”的问题，“冷硬横推”的问题，虽然经过多次的治理整顿，但仍然没有根治，有些地方依然存在，这是第三种。滋生特权思想，利用职权和工作之便，吃喝卡要，将与群众的鱼水关系看成是油水关系，严重侵害群众利益，这是第四种。滥用职权，办事不公，执法不严，执法违法，这是第五种。如此等等，这些问题若不认真解决，势必损害党和政府的声誉，势必影响公安机关的形象，势必滞后公安群众工作，势必失去人民群众的支持和信任。因此我们必须从执行党的群众路线的高度来认识这些不良倾向的严重危害性，并采取切实可行的措施，坚决予以克服和纠正。

四、构筑新型警民关系的新格局，必须提高民警执法公正的水平。执法公正是党和人民对人民警察的基本要求，人民警察能否做到执法公正，直接关系到人民群众的切身利益，也直接影响着党和政府在群众中的威信。因此各级公安机关一定要把执法公正作为加强和改善警民关系头等大事抓紧抓好。一是从加强队伍组织建设入手，从提高民警整体素质着力，对考核不合格的公安民警，不得上岗执行职务；二是规范人民警察执法活动，严格依照法定的职权和程序办事，正确处理好“情与法”、“权与法”、“钱与法”的关系，做到公正、严格、文明、高效。三是严明纪律，对滥发证照，滥施处罚，滥用职权，徇私枉法等职务违法行为给予行政、法律处罚。四是加大监督力度，规定人民警察必须接受行政监督，公安机关内部督察和上级对下级的监督以及社会公众的监督。五是深入调查研究，抓好正反两个方面的典型，以典型推动促进和改善自身的执法工作。

五、构筑新型警民关系的新格局，必须以“创建双满意”活动为载体，开展各种形式的爱民活动，真心实意为群众。真心实意为群众就是心里装着群众，把群众的安危冷暖时刻放在心上。想群众之所想，急群众之所急，帮群众之所需。郑板桥“衙斋卧听萧萧竹”，就“疑是民间疾苦声”，对人民群众的疾苦要有切肤之痛，对人民群众的意见要深入体察，对人民群众的呼声要俯首倾听，尽心尽力为群众排忧解难，如果对群众的呼声、疾苦视而不见，听而不闻，就不可能做到“民饥犹已饥，民溺犹已溺”，就不可能去为群众真正办实事办好事。真心实意为群众就是要把群众关注点作为公安工作的着力点。社会治安状况是群众最关心，最实际的热门话题。两年来

我市公安机关认真贯彻李长春书记“重典治乱”的基本工作原则，以打黑除恶为突破口，始终保持严打高压态势，取得了一个又一个严打战役的胜利，实现了治安状况由乱到治的转变，但是有些地方的治安状况还不尽人意，恶性案件时有发生，群众缺乏安全感，我们要努力搞好社会治安秩序，大力侦破在群众中影响较大的刑事、治安案件，净化社会风气，积极推进社会综合治理，打防结合，预防为主，加强教育与管理，落实责任制，为人民群众创造一个良好的生产、工作和生活环境。真心实意为群众就是要努力为群众办好事实事。只有一以贯之地坚持这一条，才能使群众真正感受到民警是为他们服务的，同时民警在办好事办实事过程中增进同群众的情感，拉近同群众的距离。因此，我们要发扬“人民警察爱人民”的优良传统，深入开展“四百”活动，广泛开展“学英模见行动”活动，认真抓好一年一度的爱民月活动，富有成效地帮助群众排忧解难，要本着对群众高度负责的精神，从群众的利益出发，注重实效，落实为群众服务的各项措施，并做到经常化、制度化，使我们公安工作永远根植于广大人民群众沃土之中。

论对违法犯罪人员的社会联合帮教

刘汉清 雷雯*

所谓社会联合帮教工作，是指我国在社会治安综合治理的实践中，司法、公安、社会各界和人民群众相配合，对服刑改造未被剥夺政治权利的人员、劳动教养人员和刑满释放解除劳动教养回归社会人员及社会上有轻微违法犯罪行为人员这样一个特定群体，采用特殊的形势和措施，进行说服、规劝等帮助教育，防止其重新违法犯罪，提高和巩固教育改造质量，维护社会治安秩序的一种社会管理活动。

一、社会联合帮教工作的作用

在当代中国，社会联合帮教工作是社会主义精神文明建设的一个重要内容，也是进行社会主义法制建设，搞好社会治安综合治理的组成部分。所以，做好社会联合帮教工作，对于转变违法犯罪人员的错误思想、纠正其恶习，对于维护社会治安秩序的稳定，培养跨世纪的四有新人，保证社会主义现代化建设的顺利进行，都具有重要的作用。

(一) 有利于违法犯罪人员认罪服法，积极接受改造，成为遵纪守法的公民，促进社会秩序的好转和稳定。在违法犯罪人员中，有许多人并非生来就有那些根深蒂固的恶习，只因其法制观念淡薄而走上了违法犯罪的道路。通过社会联合帮教工作，使他们感到社会没有抛弃他们，进而增强接受帮教和改造的信心，从灵魂深处反省自己的罪过，认识犯罪的危害，增强法制观念，培养自己自觉遵守法律的意识，加速悔过自新步伐，这就减轻了社会压力，促进了社会治安秩序的好转和稳定。

(二) 有利于那些恶习较深、走向犯罪道路和接近犯罪边缘的人员特别是青少年不至于坠入犯罪或在犯罪的泥潭中越陷越深。对于这些人，只要正确引导，经过帮助教育，就可能使他们迷途知返，改邪归正。如果对他们放松了管理和教育就必然触犯法律，再次严重危害社会。帮教工作就是把他们中的绝大多数人教育挽救过来的有效措施。

(三) 有利于偶尔违法或者轻微犯罪人员特别是青少年及时改正罪错。他们当中的有些人本来品德没有明显问题，只因一时冲动而偶尔违法或者轻微犯罪。通过帮教工作，可以使他们认识罪错，痛改前非。这样做，免于处罚，可以不给他们留下历史污点，避免他们耽误学业或断送职业，使他们的家属亲友感到满意，也可以使公安、司法机关减轻负担。

(四) 有利于刑满释放、解除劳动教养和少年管教人员不至于重新违法犯罪。尽管他们之中多数人回到社会以后能够改恶从善，不存在什么困难，但也有相当多的人劣根未除，并面临就业、家庭、婚姻、恋爱等实际问题，加上各种诱发犯罪因素的影响，很容易走上重新违法犯罪的道路。做好接茬帮教工作，就可以继续加强对他们的思想教育，尽可能帮助他们解决某些存在的实际问题，为他们继续向好的方面转化提供有利环境，巩固教育改造成果，减少重新犯罪。

(五) 有利于增强公民的社会主义法律意识，增进社会的安定团结。由广大人民群众和社会各界人士组成的帮教队伍，在对帮教对象进行帮教的同时，实际上也是自我教育，不断增强每个人、每个行业、每个部门的法制观念，进一步提高关心国家和公共利益的自觉性。同时，通过帮

教工作，也会发展和改善团结、友爱、互助、平等的社会主义新型关系，促进法制教育的进一步完善和全社会安定团结政治局面的形成。

二、社会联合帮教工作的重要意义

社会联合帮教工作是社会主义制度的产物和这一制度优越性的体现，也是具有中国特色的改造社会、改造人类的创举。这项工作的广泛开展，对于减少违法犯罪，促进社会风气好转，保证国家长治久安，保障改革开放和社会主义现代化建设的顺利进行，都有深远的战略意义。

(一) 做好社会联合帮教工作有利于社会主义现代化建设事业的顺利进行。目前我国的改革不断向纵深发展。到本世纪中叶人均国民生产总值达到中等发达国家水平，基本上实现社会主义现代化。要实现这一宏伟目标，必须巩固和发展安定团结的政治局面。而在当前，各种危害社会治安的特定群体，正是破坏政治稳定和社会治安秩序的一个消极因素。因此做好帮教工作，减少预防各类违法犯罪，是保障改革开放和经济建设顺利进行的一项有效措施。

(二) 做好社会联合帮教工作有利于把社会主义精神文明建设提高到新水平。社会主义精神文明建设是建设有中国特色社会主义的重要特征。而目前社会上各种严重危害社会治安的特定群体，尤其是占主要成分的青少年违法犯罪人员，如果不把他们教育挽救过来，不仅会贻误现代化建设和改革开放的进程，损害社会主义形象，而且必将影响全社会未来整体素质的提高，影响我们国家的前途和民族的兴衰。因此，做好帮教工作，是保障全体公民特别是青少年身心健康的一项根本大事，是落实教育人、挽救人、改造人的一项战略任务。

(三) 做好社会联合帮教工作有利于推进社会治安综合治理的全面落实。“打击和防范并举，治标和治本兼顾，重在治本”是社会治安综合治理的一个重要原则。所谓治本，就是“治人”是对各种违法犯罪人员或可能从事违法犯罪的人员特别是青少年，做好教育、转化和控制工作，是从根本上预防、制止和减少违法犯罪现象发生的重要措施。而社会联合帮教工作正是这种治本工程的重要体现和组成部分。因此，做好帮教工作，是从根本上解决社会治安问题的一条重要途径，是落实社会治安综合治理的一种有效措施。

三、社会联合帮教工作的理论基础

社会联合帮教工作所涉及的理论是很广泛的，既有指导性的基础理论，又有实践性的应用理论，还要运用和借助社会科学、自然科学领域中相应学科的理论知识。实践证明，马克思列宁主义、毛泽东思想和小平理论是正确指导研究社会联合帮教工作的理论基础，其具体内容是：

(一) 关于社会主义初级阶段的理论。社会主义初级阶段的理论，是对我国现阶段基本国情的科学概括，是分析研究我国一切问题的出发点和基本依据。只有运用这一理论，才能全面正确的说明当前我国违法犯罪的状况和原因，揭示其发生发展变化的规律特点，从而提出正确有效的帮教工作对策。

(二) 关于社会主义物质文明与精神文明建设两手抓、两手都要硬的思想。社会联合帮教工作是精神文明建设的主要内容，也是物质文明建设的必要保证。一般地说，两个文明建设协调发展，违法犯罪现象就能得到有效的预防和控制；如果反之，特别是精神文明建设这手软，违法犯罪现象就必然增多。因此，要从根本上预防、遏制和减少违法犯罪，就必须坚持社会主义物质文明和精神文明建设两手抓、两手都要硬的思想。

(三) 关于群众路线的思想。群众路线是我党的根本路线。人民群众是搞好帮教工作的基本力量，从实质上说，社会联合帮教工作就是依靠社会各界的广大人民群众教育、感化、挽救各类违法犯罪人员，特别是青少年的社会管理活动。因此，没有人民群众的参与，也就谈不上联合帮教工作。

(四) 关于事物普遍联系的观点。唯物辩证法认为，物质世界是普遍联系的，是由相互联系、相互作用的若干要素按照一定方式组成的统一整体。违法犯罪是社会诸多消极因素的综合症，他与社会各个方面以至它的自身部分都是相互联系、相互作用的，具有整体性、系统性、层次性的特点。只有掌握唯物辩证法关于事物普遍联系的观点，才能正确体现社会联合帮教工作在整个社会中的地位、作用，实现最佳整体效应。

四、社会联合帮教工作的客观依据

社会联合帮教工作之所以在我国出现并得以实施，不仅有其理论基础，而且有其客观依据。其主要内容是：

(一) 社会主义制度是确立社会联合帮教工作的根本条件。我国是人民民主专政的社会主义

国家。全体人民在根本利益上是一致的。这就能够遏制和消除各种违法犯罪现象。帮助教育各种违法犯罪人员弃旧图新、重新做人，也是全社会所有部门、所有成员的共同愿望和职责。特别是有中国共产党作为领导核心，能够组织动员全社会的力量，统一思想，统一步调，把帮教工作各项措施落到实处。这在资本主义社会是根本办不到的，因为这种社会制度本身，就决定了对解决违法犯罪问题难以齐抓共管，综合治理。由此可见，我国的社会联合帮教工作，是建立在社会主义制度的牢固基础之上，也是社会主义制度优越性的具体体现。社会主义制度为进行社会联合帮教工作提供了客观可能性，而党的统一领导，又使这种可能性变为现实。

（二）新的历史时期违法犯罪的特点是确立社会联合帮教工作的客观依据。党的十一届三中全会以来，随着改革开放步伐的不断加快，全国的经济建设也突飞猛进，全国人民齐心协力搞“四化”，迫切需要一个稳定的社会环境。但伴随着经济的发展，各种违法犯罪问题也日趋突出，这就势必影响了改革开放和经济建设的顺利进行。由于改革的进一步深化，各种违法犯罪问题也变得极其复杂，涉及方方面面。要解决这一问题，除对那些触犯刑律、罪行严重的犯罪分子依法惩办实施强制性改造措施外，还应动员全社会的力量，对那些初犯和大多数有轻微违法犯罪人员进行教育、感化、挽救，这样才会收到更好的社会效果。

（三）我们的党和政府领导广大人民群众改造社会、治理犯罪的丰富经验，为社会联合帮教工作奠定了实践基础。新中国成立后，面对着被推翻了的反动阶级、社会各种残渣、刑事犯罪分子等的破坏活动，党和政府发动广大群众，进行了一系列伟大的斗争，社会秩序很快稳定下来，并形成了良好的局面，保持了相当长的时间。十年动乱后，针对违法犯罪高峰的出现，我们又制定了许多有效的措施，采取了几次大规模的行动，创造出不少新鲜经验。这些丰富经验为确立帮教工作奠定了实践基础；而帮教工作实践又使这些历史经验在新的历史条件下得到了升华和发展。

五、社会联合帮教工作的方针

社会联合帮教工作方针是指导这项工作的方向和目标，也是帮教工作性质、目的和措施的概括。这个方针就是教育、感化、挽救六个字。

教育、感化、挽救的帮教工作方针，是一个紧密相关、互为依存的有机整体，内容具有完整性、严密性和科学性。其基本精神就是从改造社会、改造人类的高度，对于落后的人们，立足于挽救，化消极因素为积极因素，使其成为能够遵纪守法、自食其力的社会主义劳动者，并让他们回归社会成为自由公民。

所谓教育，是指按照处理人民内部矛盾的性质和方法，对在押服刑属于人民内部矛盾的人员和社会上有轻微违法犯罪青少年，着重做好思想转化工作，本着“既改造人、又造就人”的目标，在转变思想、纠正恶习、掌握技能的帮教过程中实施政治、文化、技术教育，尤其是思想教育，要通过各种形式进行爱国主义、集体主义、社会主义以及法制教育，因人施教，晓之以理，提高他们对认罪服法的认识，深挖犯罪根源，否定过去的自我，树立正确的理想、信念、人生观、价值观，明确前进的道路，增强对未来的信心。

所谓感化，就是在帮教工作中，尊重和关心帮教对象，以真心、诚心、耐心和热心的情感 and 态度，满腔热忱地对他们进行帮助和教育。做到动之以情，善于捕捉他们思想上的闪光点，对其点滴成绩和进步都要及时表扬鼓励；对其思想反复，要耐心说服诱导，不可存在厌烦、鄙视心理，也不能用讥讽侮辱之言，更不能流于形式，要用诚挚和亲切的言行使他们内心受到感动。针对他们在家庭、婚姻、生活及刑满释放后就业等方面存在的实际困难，发挥各方面的积极作用予以帮助解决，消除后顾之忧，以增强他们接受帮教和改造的信心、决心。对他们要做到政治上—视同仁，经济上同工同酬，生活上体贴关怀，并积极维护他们的合法权益。

所谓挽救，是指以治病救人为根本目的和着眼点，立足于挽救，而不是推诿和放任自流，把他们从濒临深渊或者陷入泥潭中解救出来。要像父母对孩子、医生对待病人、教师对待学生那样，帮助他们根除犯罪思想，纠正自身恶习，减少和消除抵触情绪，调动其内在积极进取的心理因素，使之成为遵规守纪，奉公守法的新人。

六、社会联合帮教对象的范围

怎样确定社会联合帮教对象的范围，虽然是一个重要的理论研究问题，但主要还是一个严肃的法律、政策和实践问题。

根据《刑法》和其它法律条款规定，帮教对象的具体范围是：

（一）已经违法犯罪并受到处罚，被关押改造未被剥夺政治权利的服刑人员；采取强制性教育改造的劳动教养人员。其重点范围是：

- 1、拒不认罪服法、不接受教育改造的；
- 2、恶习较深、屡屡违犯监规纪律的；
- 3、心理上有严重缺陷，需要正确引导、教育、矫治的；
- 4、缺少家庭温暖、情绪消极、易走极端的；
- 5、虽被判处刑罚，但执行缓刑、假释、保外就医等监外执行的；

(二) 轻微违法犯罪，但还不够或不予刑事处罚的（尤其是青少年）。其重点范围是：

- 1、有轻微偷窃、抢夺、投机诈骗、走私和赌博行为的；
- 2、有轻微流氓行为，以及多次传播淫秽物品的；
- 3、制造、携带、藏匿凶器或多次打架斗殴、寻衅滋事、扰乱社会治安的；
- 4、有轻微窝赃、销赃或吃赃行为的；
- 5、因违法犯罪行为受行政开除、开除留用（留校）察看处分的；
- 6、被免于起诉、免于刑事处罚的需要给予帮教的；
- 7、有其它违法或轻微犯罪行为的；
- 8、可能重新犯罪的刑满释放、解除劳动教养人员、少年管教以及工读学校教育后仍表现不好的人员。

七、社会联合帮教工作的基本原则

社会联合帮教工作的基本原则，是对违法犯罪人员和轻微危害及可能重新危害社会治安人员进行教育、感化、挽救的工作本质、特征和要求的集中体现，它是指导帮教工作的基本准则。根据有关法律、法规的规定，结合各地在实践中的经验，社会联合帮教工作主要应遵循以下几个原则：

(一) 党委、政府统一领导的原则。社会联合帮教工作是一个庞大的社会工程。只有整个社会生活的领导者、组织者、各级党委和政府加强领导，才能统一意志，统一力量，统一步调，把帮教工作各项措施落到实处。实践证明，增强党委、政府的统一领导，是搞好社会联合帮教工作的根本前提和保证。

(二) 全社会齐抓共管的原则。社会生活中各种违法犯罪现象的产生是极为复杂的，它涉及到社会各个方面和千家万户。对误入歧途的各种违法犯罪人员实施帮教，仅靠哪一个部门的力量和哪一种办法都不能达到预期目的。因此，必须动员全社会的力量形成巨大合力，齐抓共管，共同作用于帮教对象，才能取得最佳成效。

(三) 互助互爱、相互平等的原则。帮教工作人员对帮教对象负有帮助教育的责任，帮教对象应自觉接受帮教工作人员的教育、规劝。但双方在政治、法律和人格上却是处于平等的地位，这是社会主义国家人与人之间互助互爱的平等关系准则。帮教工作人员应积极主动地同帮教对象建立真正平等的关系，奉献出一份爱心，决不能以管人者自居，盛气凌人，这是帮教工作能否收效的关键。只有双方建立在相互信任、尊重和平等的地位时，采取正确的帮教态度和帮教方法，才能消除帮教对象的怀疑和畏惧心理，以及自卑、对立和麻木不仁的情绪、进而心悦诚服地接受帮助教育，帮教工作才能取得应有的成效，帮教对象才能改恶从善而成为新人。

(四) 说服教育与帮助解决实际问题相结合的原则。帮教对象之所以走上犯罪道路，严重危害社会治安，其根本原因就是法制观念淡薄，思想空虚，存在着不良的思想、习惯，以及错误的人生观、价值观、伦理观。因此，我们一方面对他们实施一定的法律条规约束，以矫治各种不良恶习，而另一方面就需要社会各界帮教组织采取说服教育的方法，动之以情，晓之以理，导之以行，坚持正面教育、启发和调动他们内在的积极因素，以促进他们的思想向好的方向转化。切忌采取强制、简单、生硬、甚至粗暴的手段。帮教对象步入歧途，以及在服法认罪、接受帮助教育、改恶从善的整个过程中，都存在着家庭、婚姻、恋爱、就业等诸多实际问题，有的甚至成为其思想的沉重负担，影响其接受帮助教育和改造。因此，发挥社会联合帮教的特殊优势，积极、主动地帮助他们解决这些实际问题，使他们真正感受到社会主义大家庭的温暖，在接受帮助教育和改造中看到希望，增强积极进取的信心。这样，帮教结合，以帮促教，以教带帮，才能获得预

想的效果。

(五) 区别对待, 因人施教的原则。在帮教对象中, 绝大多数人都能在帮教工作人员的耐心教育和热心帮助下, 悔过自新, 痛改前非。但是, 由于他们违法犯罪的性质、程度、手段、原因及年龄、文化、职业等情况各异, 而且在认罪服法, 同罪错决裂的过程中, 其表现也是千差万别的。因此, 在帮教过程中要区别对待, 因人施教。对诚心接受帮教、表现良好、有较大改观的, 要及时给予表扬和各种奖励; 对思想有反复的, 要针对反复的原因, 加大帮教力度, 耐心细致地做好各项帮教工作, 促使其向好的方向转化。对拒不接受帮教、表现不好的, 要给予批评, 必要时可以对其强化帮教纪律和帮教措施; 对少数屡教不改的顽固分子, 要协同有关部门给予法律纪律处分。这样, 赏罚分明, 区别对待, 才能扶正压邪, 不断推动帮教工作的深入开展。

八、社会联合帮教工作的力量

教育、挽救误入歧途的各种违法犯罪人员是一项较为复杂的系统工程和综合性的社会活动, 也是目前全社会面临的一项艰巨而长期的共同任务。这不仅是一个民族、一个国家精神情操高尚的体现, 也是现代社会文明进步的重要标志。因此, 社会联合帮教工作要在各级党委、政府的统一领导下, 动员全社会的力量相互配合, 齐抓共管。从宏观上讲, 主要有五种力量:

(一) 党组织的力量。中国共产党是执政党, 是整个社会生活的领导者、组织者。由于帮教工作是一项教育人、挽救人、改造人的社会系统工程。情况复杂, 涉及面很广, 只有各级党委加强统一领导, 才能组织协调各种力量统一思想、统一行动真正做好帮教工作。

(二) 国家政权的力量。各级人大常委会、政府和执法部门在运用国家政权的力量打击危害社会秩序的违法犯罪活动的同时, 本着治标先治本的原则, 也要运用国家政权的力量, 充分发挥国家机关的各项职能去教育、感化、挽救那些失足的违法犯罪人员。因此, 国家机关、政权各部门要结合各自的职权分工, 各负其责, 协同作战, 统筹落实帮教工作的各项措施。

(三) 群众团体的力量。各级工会、共青团、妇联、工商业协会等群众团体要发挥各自职能优势参与帮教工作, 尤其是针对各自联系不同阶层中的违法犯罪人员, 要从多角度采取多种形式去教育、感化、挽救他们。

(四) 群众自治性组织的力量。农村村民委员会、城市街道居民委员会以及人民调解委员会、治保委员会要发挥群众自治组织的优越性, 运用各种形式, 组织各类群众, 参与帮教工作, 只有把广大人民群众组织起来具体地参与帮教工作, 才能使各项帮教措施得到落实, 也才能使各方面的帮教工作具有广泛的群众基础和深厚的力量源泉。

(五) 违法犯罪人员亲属的力量。由于违法犯罪人员的亲属对他们最了解、接触最多、影响也比较深, 因而对他们的规劝、教育也就最直接、最方便、最有针对性。因此, 充分发挥他们的特殊教育作用, 调动他们参与帮教的积极性, 帮助他们掌握正确的帮教方法, 从大量的实践经验来看, 确实能收到事半功倍的明显效果。

九、社会联合帮教工作的手段

综合运用社会各方面的力量参与对违法犯罪人员的教育、改造、挽救工作, 是社会治安综合治理的一个重要组成部分。它不仅需要正确的方针作指导, 也需要有正确的手段来保证落实。由于违法犯罪的发生、发展和变化都具有社会性、综合性的特点, 只靠一种或几种手段进行帮教是不行的。只有综合运用多种手段, 发挥各自优势, 互相配合, 互相补充, 形成一体而产生巨大的力量, 才能取得明显的成效, 其主要手段是:

(一) 政治的手段。即党和政府要加强对帮教工作的统一领导, 确定这项工作在社会生活中的地位, 为其制定方针、政策和法规, 明确任务目标, 进行总体工作部署等, 这是做好帮教工作的前提和根本保证。

(二) 思想手段。即通过对帮教对象实施党的基本路线教育、爱国主义、集体主义、社会主义思想和法制教育, 使他们在改造中逐步树立正确的理想、信念和人生观、价值观, 增强法律意识, 抵御资本主义和封建主义腐朽思想侵蚀, 对未来充满信心, 弃旧图新, 成为社会主义一代新人。

(三) 文化的手段。即通过新闻、出版、影视、艺术及文化、科学等教育, 开展各项健康有益的活动, 帮助教育帮教对象陶冶情操, 在不断提高帮教对象的文化技术素质和思想道德水平的基础上, 形成有利于帮教工作的生活环境, 肃清他们头脑中存在的各种丑恶、肮脏的思想, 净化灵魂, 达到帮教目的。

(四) 经济的手段。即政府、企事业单位和各类帮教团体运用物质奖励、经济制裁等方法, 促进和保证帮教工作各项措施的落实。采取政府拨款、单位出资、社会集资等形式, 为帮教工作提供活动经费。政府和社会各界对帮教对象的生活疾病、婚姻、家庭、就业等方面给予帮助和特殊照顾。这样, 帮教工作无论从形式到内容都有个良好的经济基础做保证并得以顺利地开展。

(五) 教育的手段。即协调好司法部门、社会、单位和家庭四条战线参与对帮教对象的转化、挽救、启发和引导。监狱等司法部门是实施惩罚和教育改造的专门场所, 是帮教违法犯罪人员的中心环节; 社会是影响他们的重要外部环境, 社会风气、社会文明程度对他们的教育有不可估量的影响; 单位是绝大多数违法犯罪人员判刑改造前的人生管理站, 方法得当应具有引导、启发、约束的作用; 家庭是人生的第一课堂, 亲友的耐心说服劝导是帮教工作重要的环节。这四个方面既要各负其责、充分发挥本身优势, 又要密切配合, 互相渗透, 共同担负起帮助、教育、转化的重任。

(六) 行政的手段。即运用各种行政管理的手段和方法, 促进和保证帮教工作各项措施的落实。行政手段是由政府和各类单位及社会各界按照有关法律、法规和规则实施的, 具有一定的强制性、约束性, 是做好帮教工作的一项必不可少的方面。

(七) 法制的手段。即通过立法、执法等途径, 使帮教工作有法可依、执法必严。把经过实践证明正确有效的帮教工作经验, 用法律、法规和规则等形式固定下来, 养成人们依法办事的习惯, 使帮教工作逐步实现法律化、制度化、规范化。

十、社会联合帮教工作的评估标准

为了掌握和衡量帮教工作的态势和效果, 正确有效地指导帮教工作, 应该从实际出发, 制定以实际效果为标志的帮教工作评估体系, 用目标总揽全局。推动帮教工作不断前进, 这个评估体系应该包括以下指标。

(一) 帮教列管率。以辖区人口中被判处刑罚、劳动教养以及有轻微违法犯罪和可能重新违法犯罪人员人数为基础, 看帮教对象的列管比例, 以衡量对帮教对象的列管或漏管的程度。即采用百分比的计算方法, 其中被列管的比例愈大, 就证明调查掌握帮教对象的工作做得好, 反之, 则做得差。

(二) 帮教控制率。即指在帮教对象中, 经过帮助教育后能够靠近政府, 坦白交待余罪, 揭发他人犯罪而主动提供侦查破案线索的比例。也就是以帮教对象中被判处刑罚、劳动教养的人员为基数, 看能掌握情况而主动提供线索的比例, 以此衡量对帮教对象的控制或失控的程度。采用百分比的计算方法, 如果提供侦破线索的比例愈大, 就证明帮教对象动态的控制工作做得愈好; 反之, 则证明失控现象严重。

(三) 帮教改好率。以帮教对象中能够认罪服法、积极改造的人数、及社会上有轻微违法犯罪行为的人员停止违法犯罪活动一年以上的人为基数, 看占帮教对象总数的比例, 衡量帮教工作的效果。采用百分比的计算方法, 如果这一部分人所占比例愈大, 就证明帮教工作效果愈好; 反之, 则效果愈差。

(四) 重新违法犯罪率。即以帮教对象中刑满释放、解除劳动教养和少年管教的人数为基数, 可能重新违法犯罪人员的人数比例, 考察帮教效果。即采用百分比的计算方法, 其中重新违法犯罪的比例愈小, 就证明帮教工作效果愈好, 反之, 则效果愈差。应该说明, 在这些可能重新违法犯罪人员中, 有的被给予治安拘留、治安罚款等处罚, 虽然也是违法行为, 但因不使掌握, 所以, 不把这些问题统计在重新违法犯罪人员数目之内。

(五) 帮教熟悉率。即以帮教对象总数为基数, 看其中熟悉身份情况、主要犯罪事实、个人及家庭经济状况、社会关系和现实表现, 以及别名、绰号和体貌特征等人的比例, 衡量对帮教对象的熟悉程度。

此外, 从青少年教育的角度, 还可以评估25岁以下帮教对象占全部帮教对象总数的比例, 青少年帮教对象占辖区青少年总数的比例, 等等。

十一、社会联合帮教工作的发展方向

社会联合帮教工作的发展方向是逐步实现法制化、社会化、科学化。这是推动帮教工作深入发展, 落实社会治安综合治理治本措施的需要, 也是适应社会主义物质文明和精神文明建设的需要。

(一) 法制化。即把国家立法机关、行政机关把党和国家有关帮助教育各种违法犯罪人员的

方针、政策以及各帮教组织，广大群众在实践中创造出来的有效办法，通过制定法律、法规的形式固定下来，依法推进工作。各部门、各单位依据法律法规，结合实际情况，制定有关的制度、细则、规定等，也是实现法制化的重要内容。

(二) 社会化。即指社会联合帮教工作要从实际出发，实现由依靠专门机关力量，转向多元型，主要依靠社会群众力量；由封闭型工作方式，转向开放型工作方式；由组建单一的组织形式，转向立体的组织体系，从而把社会联合帮教工作完全变成全社会的共同任务和政治责任。

(三) 科学化。即指把社会联合帮教工作纳入科学管理轨道。要依照帮教对象的特点和帮教工作的规律，运用现代科学管理方法和现代科学技术，把当前帮教工作存在的单纯靠首长拍板、目标模糊、手工操作、传统简单等现象，逐步变成科学决策、目标明确、操作有序、功效优化的社会系统工程。

论对源流型犯罪的全球性预防

——兼谈中国入世后的犯罪特点

夏吉先*

犯罪是进化的。犯罪的进化，既有内涵的进化，也有形态的进化。但为人们所直观的，更是形态上的进化。犯罪形态的进化，与社会形态的进化，基本上是同步的。换句话说，基本上也是随时空的推进而发展，随时空的转换而变化的。犯罪的本质内核从古至今虽无大变，而形态却大有其变。我们研究犯罪运行的规律，在很大程度上乃是研究其形态变化的发展规律。我们也只有把握了这种形态上的动态性的变化规律，才有可能在制定的防控对策上具有针对性和前瞻性。才能减少未然犯罪的产生，从而收到预防犯罪的社会效益。作为一个国家的预防犯罪是如此。作为全球性的犯罪预防也是如此。

一、从源头上预防犯罪与源流型犯罪的预防

我们的党和国家领导人一再强调：“当前，反腐败斗争应该逐步加大治本的工作力度，努力从源头上预防和治理腐败”。^[69]治理腐败需从源头抓起，预防犯罪自然也需要从源头抓起。中国是如此，国际社会自然也需如此。那么什么是源头呢？源头是指易为犯罪人所利用的客观存在条件或相关因素。所谓从源头上预防犯罪，就是指要预防易被犯罪分子所利用的处于发祥点上的客观条件和相关因素。对“源头”的存在状态，大体可分为两大类型。一是，只具有在发祥点上存在的客观条件和相关因素。这种情况是相当普遍的。如门窗不牢，易被盗窃犯入室所利用。在财经管理环节上收支一条线，易被不法财会人员所利用，等不胜枚举。当然，这样的“源头”显然是表层的。从距离看是近视的，是显而易见的。二是，既具有发祥点，而又具有流程距离的客观条件和相关因素。这种犯罪类型，是一种典型的源流型犯罪类型。它既有“源头”、“流程”，甚至还形成“龙头”的。而在“源头”、“流程”、“龙头”之间存在着一种链条性的联系。像一条舞动着的“龙”。这种犯罪类型，在当今社会显然有着长足发展的趋势，它不仅在一国内大有发展，各种跨国犯罪的发展，就是一大证明。例如，从某些源头出发，流程系跨国、跨跨国的国际金融犯罪，跨国企业集团的法人犯罪，流程经历诸国环节的走私毒品和贩卖人口犯罪，以及愈来愈向各国渗透和相互联手的黑社会有组织犯罪等等。形成这些类型犯罪的源头，往往表现得十分复杂，可能头绪多，层次多。从距离来看，显然是远视的、远程的、乃至是全球性的。作为一个国家来说，对这类犯罪的预防，要靠各个省市间的预防和协作。作为全球性预防，要靠各国家的预防和协作。

二、WTO组织的壮大与源流型犯罪的全球性发展

犯罪是随着人类的起源也就随之起源了。因而它又随着人类的进化而随之进化。换句话说，犯罪与人类是在同样的条件下进化的。人类是从动物发展而来的。在这个发展过程中，既有遗传，亦有变异。达尔文认为人类在心身两方面体现了变异性。这种变异的法则他把它归纳为如下几类：其一，改变了的生活条件所产生的直接与确定的影响，这是同一物种之中的一切个体或几乎是所有的个体都有所表现的，并且只要境遇相同，表现也就大致一样；其二，对身体的某些部分的经久的连续使用或搁置不用所产生的影响；其三，同原部分的融合；其四，重复部分的变异性；其五，生长的补偿，等等。^[70]人类身心的变异法则与人类社会行为的变异法则，也是基本

相应的。如随着社会环境条件的改变，其社会行为也随之发生改变。犯罪行为是浩如烟海的社会行为中的一种，它自然也毫无例。

中国加入WTO是WTO成员国的增加，WTO组织的壮大。随着经济全球化的向前推进，WTO还会不断地增加成员国。洞中窥豹，可见一斑。从加入WTO的中国犯罪问题的发展变化，亦可见其随着WTO的发展，全球犯罪发展的某些趋势。中国加入WTO后，中国的变化不仅是中国“历史流”因素自身的变化，而是有WTO“国际流”因素加入的时代性变化。就其犯罪形态变化的总的特点来看，笔者认为主要有两大特点：第一是，犯罪产生的开放度加大。我国加入WTO，也标志着中国向世界开放进入了一个新的里程碑。当然这种开放是双向的，按照WTO的规则，世界对中国的开放同样打开了，也是一个新的里程碑。相应的我国犯罪产生的特点，也更具有开放性特点，或者说具有某些互为“转基因”特点。而且我国的人在他国犯罪，他国的人在我国犯罪的幅度必然增大。第二是，源流型犯罪形态，大大拓展了自己的领域空间。作为源流型犯罪而言，本来只有地源实体空间，随着电脑网络的问世，而又开拓出了虚拟的网络空间。单就地源实体空间来看，在经济全球化发展之前，在WTO等组织之初，自己的空间也还是相对狭小的。中国加入WTO后，中国的源流型犯罪向世界范围的拓展，世界各国的源流型犯罪向中国的拓展，无疑都远胜以前。除了“空间”为其发展提供了有利的条件外，还有“信息”也为其发展提供了有利的条件。

21世纪是信息时代的世纪。人类奔跑在信息的高速公路上，在地球上的各个国家之间的距离大大地缩短了，地球村的概念也逐渐为人们所接受。在犯罪问题上，除了每个“村庄”有自己的不同于别的“村庄”的犯罪问题外，还大量存在着为各个“村庄”都必须关注的共同的犯罪问题。某些犯罪的源头可能在一个或几个“村庄”，但它们会向着别的“村庄”流去；同样，另一些犯罪的源头可能在另外一些“村庄”，但它们也会向其他各个“村庄”流去。所以源流型的犯罪问题，是全球性的犯罪问题。

三、源流型犯罪的全球性预防要求

全球性的犯罪预防，需要有全球性意识。从源头上预防犯罪，和流程上预防和打击犯罪，需要形成全人类的共识。但现实的全球是分割性的全球，拥有一百多个的主权国家。因此在具体的防范上，要求各国要做到“标本兼治、打防并举、综合治理、国际合作”。否则，很难收到预防犯罪的最佳效果。比如，中国加入WTO后，涉外案件显然会增多。要减少涉外案件的产生，从战略上看，就必须强调中外共防战略。要针对不同的案件，提高共同防犯的认识，作好共同防犯的工作。举例来说：针对在国内投资办厂、经商的外国人多数为相对富裕的阶层，容易受到不法分子的盗窃和抢劫的情况，中方和外方都应采取相应的共同防犯措施；同样，中国去国外旅游的人的增加，也会使被害的可能性增多，中方和外方也都应加强共同防犯的举措。犯罪分子利用先进的科技手段在国外遥控作案，而犯罪结果发生在国内；相反，在国内作案，而结果发生在国外的情况。由于这些犯罪现象的增多，无论犯罪行为国，还是犯罪结果国，防犯力度都必须加强。如对长线偷渡、国际诈骗、“黑客”入侵等等的加强防犯。除了中外都需加强共同防犯外，在司法合作上也必须加强。由于出入境人员的增加，程序的简化，使进出国门更为容易，在境内作案后潜逃至境外藏匿的违法犯罪人员也会增多起来。因此加强境内外共同防犯都更需提上日程。

某些犯罪形态的增加，容易引起防范意识的加强，但也不能因某些犯罪形态的相对减少，而产生麻痹思想疏忽其防犯工作。例如，走私犯罪的增减规律，是以国家关税的升降为转移的。目前我国的平均关税为30%至50%，其中汽车关税更高达到80%到100%，加入WTO后平均关税会大幅度下降，其中几种常见的走私物品的关税下降的幅度更大。如汽车整车关税会从目前的100%或80%降至25%^[71]汽油、柴油等的关税也会大幅度下降。走私犯罪是一种暴利性犯罪。关税的大幅削减，将使其犯罪分子难获暴利。当然，走私文物等等的走私犯罪，仍需引起高度防范。走私犯罪形态的减少，也可能转化为其他犯罪形态的增长，因为某些犯罪形态的减少，并不等于犯罪案件就减少。因此防犯工作无论如何不能削弱，只能加强。

未披露信息司法保护的难点与对策

王柏山 陈剑平*

市场因素的空前活跃，迫使企业强化自己的持续创新能力，以争取产品在品种、性能、质量上处于同行业优势。这种持续创新能力往往体现于产品的更新、工艺过程的改进、工艺参数的优化以及生产设备的改造等等。显然，这些信息“作为一个整体或其组成部分的组合和精确排列方式”是“不为接触该信息的公众所知或不容易获得的”信息。并且，“该信息因为秘密具有商业

价值”，所以，信息的拥有者会“采取合理的措施保护其秘密性”。（引文引自关贸总协定《与贸易有关的知识产权协议》第七节第三十九条）

中国《反不正当竞争法》将前述“未披露信息”定义为“商业秘密”，明确定义：“商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济效益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。”同时对侵犯商业秘密的行为，作出了法律概括。判例表明，几年来，以“反不正当竞争法”、“刑法”为依据，对侵犯商业秘密的违法犯罪行为进行了一定的打击与惩治。但是，不难看到，巨大经济利益的趋动，使得侵权者公开地、不择手段地实施侵权行为，案例随处可见。这一类行为对市场经济秩序的危害性，在整个社会尚未得到应有的重视。权利人持续地遭受着侵害，蒙受着巨大损失。

中国非金属矿工业总公司梨树硅灰石矿业公司九十年代的科技成果“针状硅灰石粉加工技术研究”是国家“八五”科技攻关项目之一。这一成果用于生产之后，产品质量在同行业中处于领先地位，在日、台、欧及国内市场份额中占有相当大比例，经济效益明显。九十年代末，随着企业所有制形式的多样化，该企业一些曾经参与该成果研制、试制与改进设备、长期接触并掌握生产过程和设备结构的人员不辞而别，在其他硅灰石矿区另立门户，使用其头脑中掌握的工艺过程、工艺参数、设备结构及检测方法，加工同样的设备，生产同样的产品，利用原企业客户名单，甚至假冒原企业注册商标，压价销售产品。在漫长的诉讼过程中，连锁式地出现了几起另立门户者。在辽宁、湖北等处用他们所掌握的信息生产经营、挤占市场。当权利人不得不降价以保护市场时，侵权人依然无所顾忌地实施着侵权行为。

某国有开关厂生产的低压矿用开关含有自己独特的结构形式和使用性能。原厂长带领几名技术、销售、生产人员、另立门户、生产同一种开关，使用原企业技术，在原企业客户中竞价销售，进行不正当竞争。

企业商业秘密权被侵犯的情况正在加剧并且具有普遍性。在这种趋势下，司法保护应当具有超前意识并应当以及时有效的方式扼止侵权行为的势头。但是，实践中众多难点的存在使得企业商业秘密权不能得到及时、有效、充分的保护与救济。

难点之一：商业秘密的认定及侵权行为的认定

按照《反不正当竞争法》的定义，商业秘密作为技术经营信息，其要素是不为公众知悉，可获取经济利益并采取了必要的保密措施。但是，一项成果往往不是用一个单词所能表述的，如“针状硅灰石粉加工技术研究”，就包括工艺过程、工艺参数、检测方法和设备特殊构造四个方面，是按照一定的排列组合方式组合的整体。只有在特定排列组合下，才会产生理想的效果。那么，如果仅仅局限于“你的秘密究竟是一个配方，还是一台设备”这种简单纠缠，回答是十分困难的。商业秘密的要点是不为公众所知悉，在一个整体中，除新颖性特殊性外，不为公众所知悉应当经受证据的检验。在产品的广告及宣传材料中，对产品的性能、规格、工艺过程及参数的介绍在什么程度上和范围内才可以认定为并未披露信息的核心和实质内容，应当有科学认定。由于信息内容含有大量自然科学专门知识，这些知识恰恰是审判人员欠缺，因而是难以认定的。

侵权行为的认定是一种比较鉴定，是一种专业性相当强的鉴定。就一项未披露信息整体而言，鉴定原则应当是肯定或否定基本结构，基本原理和基本组合的相同性，正是由于专业知识缺乏和程序欠缺使得在这两个认定上常常出现困惑，造成案件久拖不决，侵权行为持续不断。

一个短时期内不可能培养出一批适合于知识产权审判的复合型司法人员。提高审判级别可解决一部分人员素质问题，但又引起案件集中、负荷过大。较好的对策在于，中级人民法院设立知识产权审判组织，在审理知识产权纠纷案件中，应当有专家陪审团参与法庭调查与合议，由程序法加以规定。专家陪审团成员作为合议庭组成人员，对是否为商业秘密及是否侵权的认定发挥着举足轻重的作用。专家陪审团人员组成、工作方式、权利义务、职责应当立法或由最高人民法院做出规定予以试行。

专家陪审团参与法庭审理过程并作为合议庭组成人员参加合议，与鉴定结论有重大区别。鉴定结论作为证据使用，当鉴定人不参与法庭调查，仅仅根据委托人提交的材料进行鉴定时，对案情了解不充分，公正性、公开性、客观性不容易得到充分保证。而专家陪审团参与法庭调查，充分了解案情，对专门性问题做出认定，具有司法认定的法律效力，这种认定更具有科学性与客观性。

这一模式运用于知识产权案件审判，将有效地弥补目前知识产权纠纷案审判的缺欠，减少程序、提高效率、增加透明度与公正性。

难点之二：举证责任的分配

举证难是被害方的一大困惑，一般地，同行业间在经营上是十分敏感的。当侵权行为发生时，受害方可以及时地意识到不正当竞争行为的存在。当同一产品在市场上出现了新的生产者，原有的生产者必然会了解到新的生产者人员的组成、技术信息来源及经营信息来源。目前大量存在的同行业之间人员流动，另立门户办厂生产同一产品的行为，使企业会敏感地意识自己的信息被使用的基本状况及线索。但是，除了产品以及可能侵权的人员之外，对于对方的工艺过程、设备结构、配方成分等却不容易准确掌握。

在商业秘密侵权案件中，作为特殊法规定的侵权案件，举证责任分配的原则应当是：起诉人提出其商业秘密的内容、来源、专有性、侵权行为存在的客观依据以及侵权结果及侵害程度的证据。被起诉人在对抗诉讼中，应当提出自己的信息内容、信息来源，可以提出与起诉人信息之间的区别。也就是说，这里应当运用举证责任倒置原则，由被告方承担证明自己不侵权的举证责任。如果明确这一原则，商业秘密侵权纠纷案件的审理思路便会立即清晰起来。

难点之三：侵权行为的持续性难以禁止

既使是在提起诉讼之后，被告人在运用程序对抗的同时，往往继续实施侵权行为，争分夺秒地获取利润。按照现行审判程序规定，认定侵权行为存在之前，被告人的生产经营不能被禁止。财产保全仅限于查封、扣押其财产或冻结存款，尚无明确的禁令规定。如果一个诉讼在二审或更多审程序上欠拖不决，在瞬息万变的市场条件下，侵权人极有可能以压低价格等手段占领市场份额，被侵权人则有可能在诉讼阶段上被挤出市场，丧失经营能力。即使最终判决认定了侵权行为，其损失也无法弥补。

目前的财产保全措施尚不能中止生产经营行为。民事诉讼法第九十四条第二款的规定是：财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。《反不正当竞争法》第二十五条规定：违反本法第十条规定侵犯商业秘密的，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。《反不正当竞争法》对行政监督部门的授权仍然在认定侵权行为之后。

诚然，最终判决可以使被侵权人得到“赔偿损失”的最后救济，但是，“最后审理会是要等待很久，会导致…其间形势大变，令将来胜诉方获胜后也已是损失无法挽回。例如经常涉及中间禁令的侵犯商业秘密 / 或机密资料，是离职前雇员顺手牵羊拿走的，现在利用来作为商业上竞争对手，就一般会被英国法院视为金钱赔偿并不足够。如果在最后审理是非曲直后，原告胜诉，很可能的救济是一个最后禁令对付前雇员。但想想，如果在这之前被告的前雇员可去放手的侵犯，则几年后的最后审理，会已是形势大变，或是有关产品已充斥市场，不值得竞争了，也或是已过时，也不值得竞争了，更会是被告已赚够了上岸，不再理会了。也可以是原来的秘密 / 机密资料提供了技术上的跳板效果。几年后审理时被告已是更上一层楼，再不在乎原来的秘密了。”

所以，“涉及知识产权的侵犯指控，法院一般有敌意并倾向去作出中间禁令，特别是原告证明它是有声望的公司 / 名牌，被告的侵权知识产权 / 商品是较次或较便宜。”（以上引文引至杨宜良、杨大明著《禁令》中国政法大学出版社2000年2月第一版第三章）

市场经济具有其共性。英国对商业秘密的司法保护考虑上述情况，提出了中间禁令的必要性与前提。我们可以借鉴并吸收这种作法，在原告证明自己的企业或商品信誉良好并提供保证的情况下，作出停止侵权行为的中间禁令，这对于及时制止侵权行为，及时有效地保护权利人合法权益，将是一个有力度的程序措施。

难点之四：权利人的自我保护意识、约束机制不适应市场经济要求

企业雇员跳槽或另立门户，自己使用或允许新雇主使用其掌握的或带去的商业秘密进行不正当竞争，是一种较为普遍的形式，并有蔓延趋势。大多数人不在乎这种违法行为，以为至多不过是民事纠纷，而且找出许多对抗理由，在诉讼对抗中获取利润。作为权利人，目前对权利保护是相当不够的。其一，当一项成果已具有新颖性、创造性、实用性时，专利意识很差，申报专利的比例很少，这就在很大程度上降低了保护力度，失去利用专利法直接保护科技成果的能力。其二，对接触并掌握商业秘密的雇员的约束机制难以建立。一般地，人们主张运用劳动合同约定雇员在职期间和离职以后一定年限内不到竞争对手企业从业或自己参与同原雇主竞争。由于从法律与道德的角度，接触并掌握信息的雇员负有当然的保密义务，也同时可获取保守秘密的报酬。但是实际上，既使劳动合同约定有保密条款与违约责任，这种约束力也是极差的，前雇员侵犯原企业商业秘密首先是利润的趋动，其次是一般来说侵权责任并无严重后果。侵权的民事责任首先不好确认，确认之后也可以采取若干对抗手段。当利润达到特别大的时候，行为人是无所顾忌的。侵权人既使败诉，对其制裁不伤筋骨，实际利益显而易见。

笔者综合多例商业秘密侵权案件，认为，现行刑法第219条侵犯商业秘密罪的规定，已经在立

法上适应了市场经济要求。积极准确地运用这一规定，可以达到一定的制裁目的，对商业秘密侵权的蔓延起到扼止作用。但是，现行刑法实施几年来，以这一罪名定罪量刑的极为少见，有的省只有一例甚至一例没有。这种状况说明，这一新的刑罚规定实施不易。一是犯罪与民事侵权的界限并不鲜明，二是将此罪纳入刑事自诉案件降低了运用刑法打击犯罪的力度，三是传统的思维模式与专业技术知识的缺乏使得认定犯罪十分困难。四是在市场经济条件下，对经济犯罪的危害性认识不足。其结果是制裁力度不够，对构成犯罪的仍按民事程度处理，无疑助长了犯罪行为的气焰。

认识上的滞后其实质是上层建筑不适应或逐渐适应经济基础的体现。人们对于公开的盗窃行为都可以认定为犯罪，而对于比一般盗窃危害大很多的商业秘密侵权犯罪行为却认识不足。人们对于“盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人的商业秘密的”行为容易认定，但是对于“违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的”，并给权利人造成重大损失的，却往往不容易认定为犯罪行为。

认识上的差异以及将本罪纳入自诉案件范畴，客观上使认定本罪十分困难。对于新型的科技含量较高的犯罪，应当列入刑事侦查范畴，对犯罪嫌疑人提起公诉，审判中由专家陪审团参加会议，确认是否构成犯罪。如果能够积极地、准确地运用刑法第219条的规定，严厉打击侵犯商业秘密的犯罪行为，对规范市场经济秩序，将会起到行政处罚和民事审判不可替代的作用。

难点之五：关于头脑中掌握的信息披露与使用是否构成侵权的认定

在实际案例中，企业原雇员虽然接触商业秘密，但是，既没有盗窃也没用其他手段占有权利人的信息资料。雇员离职后使用或允许他人使用自己头脑中掌握的信息，并不构成侵权，更不构成犯罪，这是许多侵权者在诉讼中对抗权利人的堂皇理由。

中国非金属矿工业总公司梨树硅灰石矿业公司所诉的被告之一称：我虽然在你企业十一年，但现在我是靠我头脑中掌握的知识研制、加工设备的。这名被告从学徒工开始到离开原企业，接触并且是该成果设备加工制造维护保养的主要技术工人，他在多年接触这一信息中熟悉整个信息的组合排列，因此，这位被告头脑中的知识是原企业的，他的头脑只是这些信息的载体，因此无权带走使用、披露或者允许他人使用该信息。他擅自使用并披露企业的技术信息，不仅构成民事侵权行为，而且在造成重大损失的情况下，还会构成侵犯商业秘密罪。（“载体”说引至赵秉志主编《侵权知识产权犯罪研究》312页，中国方正出版社1999年8月第一版）

难点之六：侵权数额的确定

《反不正当竞争法》第20条第1款规定了两种赔偿损失的计算方法。其中，一种是实际损失，一种是侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润以及合理的调查费用等。

商业秘密披露使用，首先在于知识产权的损失，上述两种方法均忽视了知识产权作为财产权益的价值。所以，判令侵权人赔偿损失，应当在确认商业秘密自身价值之后，考虑因侵权行为给权利人造成的实际损失。由于实际损失难以计算。所以，法定赔偿金制度就十分必要。法定赔偿金应当包括知识产权评估价值与侵权人自侵权以来全部利润之和。应当掌握这样的原则：在经济上使侵权人失去继续侵权的能力，非如此达不到制裁效果。

市场行为不规范对市场经济秩序有极大的破坏作用。商业秘密侵权行为引发的后果首先直接作用于市场秩序，其次才是权利人的损失。它的破坏作用远比一次盗窃企业有形财产的行为要严重的多。严厉地打击和制裁商业秘密侵权行为，对改善市场环境、发展公平竞争、促进经济发展、加快经济全球化进程，对中国入世后企业的健康发展，无疑将具有十分重要的意义。

虚拟社会的犯罪防控

李双其*

互联网促进了人类社会的信息交流，同时它在人类原有的公共活动范围之外缔造了一个虚拟的公共空间。这个虚拟空间依托于现实的物理空间而存在，由于“涌入”虚拟空间的人数的不断增多，一个虚拟的社会也渐渐形成。尽管活动于虚拟社会中的主体来源于人类原有的活动空间，但由于虚拟社会的特异性，决定了虚拟社会中的犯罪情况与现实社会中的犯罪情况有很大的区别。虚拟空间里的犯罪是一种利用网络知识而对存在于网络空间里的信息进行侵犯的行为，因而，我们将此犯罪称为“网络犯罪”。“网络犯罪是信息时代的产物。无论是国外还是国内，在信息技术突飞猛进，信息产业蓬勃发展的同时，网络空间的计算机犯罪案件每年都以几倍甚至十几倍的速度增长，其所造成的损害远远大于现实空间的犯罪……” [72]

一、虚拟社会的犯罪特征

我们在纵横参照系的对比下，从不同的角度出发对虚拟社会的犯罪特征进行如下概括：

（一）由于国家对个人行为控制的弱化，使人们更热衷于在虚拟社会中犯罪。

在网络时代前，当公民的自由超出国家安全和经济利益的限度，或者是国家出于某种特殊的考虑而认为有必要时，国家就可以利用其行政管理机制对公民的个人行为实施完全意义上的控制。然而，互联网协议的开放性和管理方式的非中心性、离散性决定了其信息的传递和交流是完全自由和在相当程度上不受政府的管理与控制的。在互联网面前，国家既没有控制的权利，也没有控制的实际能力，没有一个明确的中央权力机构能一手接管Internet。

互联网的出现打破了传统传媒的垄断性，使普通人可以以低廉的费用向全世界自由地发布信息 and 传播思想，同时可以自由地选择和传播信息；伴随互联网产生的“虚拟社区”超越了传统社区有形的地域，也超越了行政力量的微观控制，动摇了业已存在的社会控制模式和组织关系，并根据与以往的社会关系不相干的标准开辟了新的人与人之间的交往方式和全球性的社会结构，在时间和空间上使交往的主体脱离了原位，创造了一种全新的公共空间；互联网时代的“网络移民”就职于国外的企业甚至政府，到国外图书馆看书，到大学上课，到商店订购物品，与世界各地的朋友交谈，等等。以上种种是国家对个人行为控制弱化的具体表现。由于对活动于网络空间的人控制的弱化，也使这些人淡化了城市观和国家差异感，还使这些人容易产生超越时空，驰骋于“自由空间”的快感，感觉到现实的力量在其面前的无能为力。在此无拘无束的心态下，人们往往容易萌生犯罪的欲望。因此说，比起现实世界，人们更倾向于在网上犯罪。

（二）互联网带来的复杂的司法管辖权及其他，使工业化社会时期制定的法律在网络犯罪面前显得严重滞后。

在传统意义上，国家对其境内居民的活动具有充分的司法权，但是，网络发展形成了一个虚拟的空间，在这个空间里，已消除了国境线，在全球化的计算机网络上，信息传递的速度是以毫秒计时的，在网络空间里，国内与国外、近与远的概念已变得十分模糊。网络犯罪分子可在世界上的任何一个角落用各种数字化工具（如电脑、手机、家电）对存在于网络空间的信息进行侵犯，他（她）可以侵犯美国，也可以侵犯俄罗斯，还可以同时对多个国家进行攻击。犯罪行为实施地在一个国家，犯罪结果地在另一个国家或多个国家。有时，还可以从多个地区或国家同时对一个目标进行侵犯。由此带来了复杂的司法管辖权问题。此外，“网络证据”的搜集与运用；如何进行网络搜查、监控；电子邮件的检查与扣留，等等。在虚拟空间里，有一系列的问题尚无法律依据。目前对于网络犯罪，各国现有的司法打击体系常常陷于十分尴尬的境地，工业化社会时期制定的法律在网络犯罪面前显得严重滞后。

（三）网络犯罪的特性与互联网庞大的信息量、信息流动的高速度和大跨度，使网络犯罪证据很难搜集。

传统的犯罪大多为直接的行动破坏，其结果是犯罪后出现明显的犯罪现场，而且现场具有可勘性，就是说，形成的现场有勘查价值且可以勘查到。而网络犯罪则不然，由于这种犯罪是生存于现实空间里的人侵入虚拟空间实施犯罪，因而这种犯罪有别于从现实空间到现实空间的犯罪。这种犯罪尽管也会形成有一定勘查价值的现场，但这种现场常常不可以勘查到，就是说，犯罪分子实施了犯罪行为，犯罪结果也产生了，但常常是犯罪地在那里不清楚。这种不清楚导致的结果是：永远找不到现场，或时过境迁，现场因人为或自然的因素而遭到重大的破坏，从而失去勘查的价值。这种境况对取证是极为不利的。

此外，互联网庞大的信息量、信息流动的高速度和大跨度，使搜集网络证据犹如人们在浩瀚的海洋里搜寻一艘迷失航向的小船一样艰难。在很多情况下，如果没有借助现代化的技术手段，要获取网络证据是不可能的。

（四）由于国际政治新角色的不断崛起，使网络犯罪直逼国家安全。

信息技术使协同行动中的主要政府间组织的决策权明显上升；互联网使得非政府组织能够以极低的成本传播其思想，扩大其影响；随着互联网时代国家的进一步模糊化，跨国公司插手多方面的事务；特殊利益集团如恐怖组织、秘密社团、宗教团体等，为达到各自的目的在幕后操纵，甚至不择手段，互联网为它们同时也在许多国家行动和逃避任一政府的控制提供了可能。所有这一切，都促进了政府间组织、非政府组织、跨国公司、特殊利益集团等国际政治新角色的不断崛起。

此外，这些国际政治新角色中的一些角色，为了实现其不可告人的目的，它们会通过散布病毒或黑客入侵等方式，如发布虚假信息、虚假命令，修改作战文件和数据，窃取军事情报，对敌方的通信网络、油气管道、电力网、交通管制系统、国家资金转移系统、卫生保健系统等设施实施破坏，等等，发动信息网络战。这种战斗形式很容易为国家以外的组织所控制，从而形成直接危害国家安全的有组织犯罪。这种犯罪改变了现实中国家的安全边界，主权国家被赋予一道看不见但又客观存在的，同时又是难以捍卫的“信息边疆”，这对保卫国家的主权和安全提出了新挑战。

（五）电子商务的迅速发展，使涉及经济的犯罪成为虚拟社会中的犯罪主流。

互联网带来了电子商务的蓬勃发展。人们将在现实空间里进行的各种商务活动全都搬到虚拟的网络空间里进行。这种商务形式在虚拟空间的出现，使虚拟空间成为进行经济犯罪的绝佳“场所”。许多热衷于经济犯罪的人瞅准机会，不失时机地在虚拟空间里开辟“战场”，急不可耐地利用互联网进行盗窃、欺诈、敲诈勒索；利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传；利用互联网损害他人商业信誉和商品声誉；利用互联网侵犯他人知识产权；利用互联网编造并传播各种虚假信息；在互联网上建立淫秽网站、网页，提供淫秽站点链接服务，或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片达到获取经济利益的目的。

同时，电子商务以前所未有的无形方式，媒介虚拟化的国际市场交易，交易参与者的多国性、流动性，无纸化操作的快捷性等特征，已使基于属地和属人两种原则建立的国家税收管辖权面临挑战，以往对纳税主体、客体的认定以及纳税环节、地点等基本概念的解释都陷入困境，使各个国家都面临税收流失、涉税犯罪增多而又无力遏制的窘境。

（六）网络犯罪是一种针对信息而实施的犯罪。

这种在虚拟社会里实施的犯罪其侵犯的客体比较单一，无论是网络入侵、传播病毒，还是网络诽谤、网络窃取、网络欺诈，或者是传播网络黄毒、传播虚假信息、利用网络侵犯人身，不管是哪一种网络犯罪其侵犯的客体均为信息，而且这种信息是一种存在于虚拟空间里的信息，它可能存储于某种介质上，也可能正在被传递。这种基于对信息进行侵犯的犯罪，它的目标看似单一，但其所侵及的领域却十分广泛，现实社会里犯罪分子所能做到的事，网络犯罪分子只要通过侵犯信息也能够做到。因此，网络犯罪是一种专业化程度极高的犯罪，实施犯罪者除了应具备网络知识、能够操作数字化工具外，当其针对某一领域的信息进行侵犯时，还要求它必须对该领域有一定程度的了解。当然，专业化程度高并不是说非得科技人员才能实施网络犯罪，当今，用于网络犯罪的工具均能在互联网上轻易获得，黑客们在互联网上开设的教习“如何入侵计算机信息系统”的网站更是比比皆是，任何一名“上心”的一般网民均能在短时间内自我“培训”成为一名黑客，因此，网络犯罪也呈“平民化”趋势。

网络犯罪除了具备上述6大特征外，与传统的犯罪相比，它还具备实施犯罪行为的短暂性、犯罪主体的年轻化等特征。

二、虚拟社会犯罪的防控

虚拟社会的犯罪防控与现实社会犯罪的防控是密切联系在一起的，作为控御犯罪的主体在采取防控对策时务必将两个社会作为一个整体进行把握。许多应用于防控现实社会犯罪的措施同样适用于防控虚拟社会的犯罪。当然，当对虚拟社会的犯罪进行防控时也务必根据虚拟社会的特征采取相应的对策。

（一）政府应以积极的态势应对，掌握“制网权”

政府应该进入网络，成为网络中的一员，而不能总是站在浩瀚的网络海洋的边沿，成为旁观者、看客，或者仅仅当一位消极的参与者。实际上，政府上网已成为一个全球性趋势，政府信息化是社会信息化的基础。政府应在网上与公众进行信息交流，听取人们的意见和心声，要出面积极支持对网络安全技术的研究和开发。政府只有溶入了网络，成为一名真正的“冲浪者”，才能摆正自己的位置，进行正确的思考与决断。为此，国家、政府必须加大对网络建设的资金投入力度，要提高全社会对网络安全的认识，要确立专门的机构对中国的网络安全进行负责，要研究开

发网络证据搜集技术，要想方设法逐步掌握网络核心技术，要以政府信息化来扩大政府在信息网络中的影响力。此外，还要针对网络犯罪建立专门的预防网络犯罪网络系统。要设立职能部门的预警网站和预防犯罪网站；建立群众性预防犯罪网站和网内外相结合的预防犯罪系统。要通过参与、投入、影响、直至控制这一过程，实现对“制网权”的控制。只有掌握了“制网权”，才能居高临下、高瞻远瞩地拟定防控体系，制定系统、有效的防控对策。

（二）寻找法律对策

在网络事业比较发达的国家和地区，网络立法问题已不再是新鲜之事，也取得了一定进展。但就总体而言，工业化社会时期制定的法律在网络犯罪面前显得严重滞后。路透社2000年12月9日报道，据McConnell International顾问公司的一份报告指出，大多数国家的法律对防治网络犯罪没有做多大努力，其现有的法律不足以对互联网犯罪构成真正的威胁。此外，现有世界各国的网络立法普遍缺乏国际性，许多国家仍沿袭传统的立法观念创建网络法规，并过多地考虑自身的利益。

我国的网络社会起步晚，网络立法相对落后。法律和行政法规对网络不法行为的规定，并未采用“网络犯罪”的概念。刑法作为国家的基本法律，虽然在1997年系统修订后规定了一系列的新罪名，但是，最为人们称道的内容之一也仅仅是在第六章“妨害社会管理秩序罪”第一节“扰乱公共秩序罪”中规定了计算机犯罪的若干罪名，并未对网络犯罪进行系统的专节规定。我国对付计算机网络犯罪的规定主要在我国《刑法》中，而《刑法》中这些有关于计算机犯罪的规定，重点突出了计算机信息系统的保护，但没有体现出对计算机资产的巨大价值的认识，所以有些计算机犯罪无法给予相应的惩治。从目前我国制定的《中国计算机信息系统安全保护条例》、《中国公用计算机互联网国际联网管理办法》、《计算机信息网络国际联网出入口信道管理办法》、《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》等条例来看，对计算机犯罪的惩治很轻。这样，法律在对付计算机网络犯罪方面的作用就显得很有限。

为了有效打击计算机网络犯罪，维护我国的网络安全，全国人民代表大会常务委员会于2000年12月28日通过了《关于维护互联网安全的决定》。这是我国第一次在法律上对网络犯罪作出较为系统的规定。这个《决定》以侵害客体的不同为标准把计算机网络犯罪分为五类。从国际计算机网络犯罪研究的大环境来看，我国立法机关对于互联网犯罪的定义和分类都是较为科学和全面的。

我国的网络社会发展很快，就网络立法方面我们要做的事还很多。我们的网络立法应当在立足现实的基础上具有前瞻性，而不能等到网络社会发达了才进行立法。在打击网络犯罪方面，我们应当依据网络社会的特征，充分认识到网络犯罪的社会危害性，以超前的眼光进行网络犯罪立法。网络立法总的指导思想应该是：既要维护网络社会秩序，惩治网络犯罪，又要有利于网络社会发展、有利于信息传播。

另外，我们主张：在一个相互连接的世界里，没有任何一个国家可以成为“网络孤岛”，因此打击网络犯罪的行动应该在全球范围内展开，应加快全球统一立法进程。对开放的、全球的计算机网络犯罪的惩治要求我们尽快形成全球的、统一的法律体系。笔者认为在构建全球性法律体系时应具有以下几个特征：（1）开放性。即应当全面体现和把握计算机网络的基本特点和法律问题，对于目前尚无法确定的问题应尽可能在宏观上加以规范；（2）权利和义务的对等性。在计算机网络中表现为每一个网络用户享有权力的同时必须承担社会赋予的责任，如有义务为网络提供有价值的信息或通过网络帮助他人或遵守各种网络的规范，维护网络的道德等；（3）可操作性。制定网络法规都要视立法环境、条件成熟程度来确定轻重缓急，加强科学性论证。从维护网络资源及其被合理使用，维护信息正常流通，维护网络用户正当权益出发，制订出便于当事人的起诉，便于司法机关办案的科学的法律体系。（4）自由性原则。网络时代突出的表现在于资源的共享性和信息的自由性。网民有根据自己的意愿选择自己的生活方式，享有表达自己意见和观点的自由，任何组织和个人都不能擅自干预和非法压制。（5）国家利益和国际合作相结合。即网络立法应充分考虑国家、民族和国际化、全球化利益相结合。一方面，网络立法要从自身的实际出发，结合自身的国情制定出切实可行的法律法规，坚决维护国家主权和民族文化传统，绝不可盲目照搬照抄他国法律；另一方面，网络的开放型和全球性打破了地域和民族界限，全世界由此连成了“地球村”和“网络共同体”。网络犯罪的跨国性要求各国立法注意与国际接轨和联合，若得不到罪犯所在地或犯罪行为地或结果发生地国家的同情和支持，惩治罪犯只能是一句空话。

（6）内外对应。即为了遏制网络犯罪，各主权国家及其他国际法主体，应通过联合国或其他多边形式，订立一个或多个专门防范或禁止各方实施网络犯罪的多边国际公约，而且在国内立法时应充分照应其所参加的国际刑法规范。

此外，笔者还认为，对网络犯罪，宜采以附属刑法与单行刑法为主，普通刑法为辅的立法模式。这是因为，就因特网上犯罪看，信息时代的到来必然牵发社会政治经济体制和各种规范的急剧变迁，作为法律制度也会发生相对快速的变革。为此，想要以一部相对稳定的刑法典将包罗万

象的法律现象特别是日益变迁的网络犯罪现象尽皆规范进去，既不现实也不可能。因而以单行刑法、特别是附属刑事立法的方式，将网络犯罪规制进去比较合适；而对附属刑法宜采用“一步到位”的“双轨”立法模式。即对网络犯罪，宜在附属刑事立法的同时，径直设定法定刑。这是因为，我国现行的单轨刑事立法模式，导致了附属刑法往往只有简单罪状而无相应罚则规定，由于其有罪无刑，司法上就不能操作。按照我国立法例，遇此情况，须待立法机关修改刑法典或出台单行刑事条例，作为附属刑法特设的罚则，尔后附属刑法上规制的犯罪才能成为真正的、令行禁止的规范，如此操作有各种弊端。

（三）组建网警

为对付网络犯罪必须组建一支防控犯罪的专门队伍。这支队伍应由来自公安、安全、保密、商用密码管理、信息产业等部门的各种力量组成，但这支队伍的核心应是来自公安的网络警察，应由网络警察实施防控网络犯罪的中心任务。

在我国，网络警察由公安机关的公共信息网络安全监察部门管理。考察我国网络警察队伍现状，借鉴国内外的经验和教训，对我国网络警察的组建与运作有以下一些看法和建议：

1、网警的设置应兼顾纵向与横向，形成一立体网络。纵向指公安系统部、省、市三级设置，横向指外联内合，内与经侦、缉毒、巡警、片警的联系，外与公司、企业以及国际的合作。网络警察队伍的人员结构，应该是多层次、多样化的。网警队伍是一个团队，在工作中应该发挥整体功能，而不能只靠单兵作战。尤其是在执行打击网络犯罪的职能时，需要各种人才互相配合才能完成任务。其人员的专业类型应该至少包括：科技政策、法律、道德、计算机软件与硬件、计算机系统分析、电子通信、财务、审计、刑事犯罪侦查等类型；各种人才之间还必须保持合适的比例。

2、就个体而言，在招募网络警察时应特别注重招募对象的知识结构与道德品质。应将具备法律、侦查、网络、心理、文化等知识技术及顽强的进取精神、良好的道德品质作为招募的重要条件。首先，要求招募的对象要具备丰厚的电脑网络知识；其次，要求他们要懂法律；第三，还要求他们要有良好的道德品质。三者相辅相成，不可缺少。

3、要进行有针对性的培训。按照上述所提的条件去招募网警，往往很难找到合适的对象。因为，在全世界，面临着一个共同的问题：那就是既具有电脑网络知识，又具有法律知识，且道德品质优良的人并不多。在我国，计算机与法律兼容的人才更是奇缺。因此，在招募时降低条件，而在招进后再进行培训就不失为一种网警队伍建设的好方法。当然培训要特别注意针对性，根据其知识的缺陷情况，安排相应的培训内容。

4、借鉴“以黑制黑”做法。就是吸收“黑客”协助网警对付网络犯罪。世界上许多国家都有类似的做法：如印度，印度政府允许印度IT业的领导机构，国家软件和服务公司协会招募14岁至19岁的“童子军”组成网络警察部队。印度国家软件和服务公司协会的主席梅赫塔说：“……只有黑客才最清楚应该采取何种方式反入侵，他们非常聪明，而且没有破坏政府网站的前科。”美国也有类似的做法，据<http://www.sina.com.cn> 2000年6月12日消息：美国联邦调查局开始了一项计划：利用喜爱电脑的年青人来挖出那些藏于互联网上的黑客。当前，我国网络警察人才奇缺，可借鉴此法，选拔一些道德品质尚可的“黑客”充实网警队伍，或协作网警。

5、组建起来的网络警察队伍应尽快建立与完善公安系统的科技网络。要将有前科者和在逃人员的姓名、性别、体貌特征、身份证号码、照片、指纹档案、声音记录、DNA资料乃至面部毛细血管分析图等输入计算机系统，要尽快完善CCIC系统、可疑物品管理系统，建立起“帧中继”网，而且还要建立起自己的反网络入侵的“网络侦探”。通过“网络侦探”，借助因特网热线、跟踪监视软件及其他设施，追踪、查获黑客及网上冒名者、网上嗅探，防止其袭击特定的系统，并对已经遭到袭击的计算机提供跟踪搜索与技术援助，尽最大努力保全遭到入侵的系统，采取各种侦查措施、手段侦破各种网络犯罪。当然，建立、健全、完善这样的系统需要强大的物质经济及高精科技基础，它是一个长期的系统工程。

（四）加强对网络的规范管理

管理是防控网络犯罪的经常性手段，政府应加大对网络的管理力度，使驰骋于虚拟空间的人切实感受到有一双明亮的眼睛时时刻刻都在注视着他们，有一只无形的手在控制着他们。而所谓规范管理就是根据法律、法规、条例等进行到位的管理。要实现网络的规范管理，首先必须在完善法律的基础上，制定一系列的条例、规定、章程等作为法律的补充。网络犯罪控制主体应密切注视虚拟社会的发展变化动态，根据虚拟社会犯罪的变化规律寻找管理对策。网络管理涉及方方面面，而根据现状，网络管理的重点对象应是：网络服务供应商（包括接入服务、信息服务、应用服务）、涉足网络的机构、网吧及普通网民。

据美国FBI统计,在美国发生的计算机网络犯罪案件中,70%是内部人员作案。我国公安机关的调查也显示,大部分计算机网络犯罪案件是由于疏于管理造成的。加强有关机构的管理,提高从业人员的法律观念,建立健全各项安全管理规章制度和安全组织,进行科学的人事管理,是防止犯罪的有效方法。这方面应特别注意:在进行人事安排时,应分工明确,各司其职。计算机操作人员和管理人员要严格分工,不能身兼二职,要严格职责,互相制约,使计算机工作人员和管理人员仅能在自己授权范围内工作。对从事高技术工作的人员不能盲目迷信、不管不问,而是应该对他们进行必要的审查、考核、教育和培训,使他们建立模范的职业道德规范和安全保密的观念。关键岗位的人选,如系统分析员等,不仅要有严格的政审,还要考虑其现实表现、工作态度、道德修养和业务能力等方面,尽可能保证这部分人安全可靠。对于调离人员,特别是在不情愿情况下被调走的,必须认真办理手续。除人事手续外,必须进行调离谈话,申明其调离后的保密义务,除回收所配钥匙及证件,退还全部技术手册及有关资料外,系统必须更换口令和机要锁。在调离决定通知本人时,必须立即进行上述工作,不得拖延。人事部门亦应定期对计算机系统所有工作人员进行经常性考核。

此外,相当多的对计算机信息系统的非法侵入也是由于机构内部管理不善所致。某黑客说:“黑客依赖于使用者的使用不当及懒惰,通常正是他们为黑客悄悄溜入提供了入口。”因此,应要求网络服务供应商、电信部门及时更换已落后了的电信系统,以防止网上泄密的发生;要加强对“黑客”监控的措施,定期检查客户的专线使用,防止未登记线路的非法使用;要加强对网人的教育引导,进行必要的网上道德教育,以减少一些网友为炫耀技能而出现的破译他人密码导致侵权案件的发生;要提高用户的自我保护尤其是防范意识,比如要求用户应妥善保管好系统信息,定期更换密码,对不明原因的网上用费的上升应及时查明原因,防止造成巨额损失后,再去报警,以减少“黑客”侵入的可乘之机,等等。

另外,一些特殊部门尤其要谨慎。如警察、军队、证券交易所等。无论你是怎样的特殊部门,无论你的计算机隐藏得多隐秘,只要计算机与外部的电话线相联,该计算机就有被外界非法入侵的可能。所以,一些所谓的“绝密电脑”或“绝密内部网”绝不能与外部的电话线相联。一些特殊部门必须制定详细规则以保护其数据库;还应对应员工进行规则学习并加强安全防范措施。同时,内部也应加强其安全防范工作。数据盘应有备份并将该数据文件锁定。还有一个通常被人们忽视而又十分重要的安全措施,即将不使用的敏感文件用碎纸机粉碎。

同时,为保证人事管理及各种安全措施落到实处,一些重要部门应建立内部的计算机网络安全专业队伍。这支队伍应该由安全负责人、内部审计师、系统分析员、程序员构成。其职责主要是:制定防止越权存取数据和使用计算机的方针和措施;就安全系统的分析、设计、测试和评价制定标准和方法;制定计算机设备、程序和数据实体保护措施;制定应急救灾计划。这支队伍实质上发挥着内部安全稽核的功能。

“网吧”是网络犯罪分子实施网络犯罪的重要场所,而网民则是活动于虚拟社会的主要成员。对“网吧”与网民的管理是网络管理的另一重要内容。对“网吧”与网民的管理应把握的要点:一是在法律许可的前提下大胆利用技术。如建立“个人电子身份登记”制度和“回溯查因”的正当程序制度。即利用一种装置,在因特网上设立一道进入网络空间的“大门”,任何人进入这道大门,都必须出示自己的电子身份证。这种检测个人电子身份的技术,能够跟踪每个上网者,将他们在网上的往来路径记录下来,并严加保密,非经法定程序,任何人都无权开启。而且个人的电子身份证还必须是隐含的,除经政府依法授权的网络管理机关外,谁也不能知晓和无法知晓。而当上网者通过网络知识严重危害社会,涉嫌犯罪,达到法定查找行为人电子身份证条件,经司法机关立案侦查时,才启动电子身份查找系统,通过虚拟行为人的电子身份,验明他在现实社会中是什么人。二是借鉴对活动于现实社会的人的管理方法。

(五) 利用技术防控

技术是防控网络犯罪的核心手段,常用的技术手段有设立防火墙、身份认证、加密与数字签名及利用软件等。网络犯罪是一种智能犯罪,凡实施犯罪都必须利用技术,网络犯罪的这一特征决定了对其实行技术防控的可能性和必要性。网络犯罪的手法总是不断更新,犯罪分子总是不断开发利用新的软件、新的技术进行各种网络犯罪活动。因此,也要求防控主体必须不断地提高自身的素质,不停地发展技术,做到魔技一尺,道技一丈。当然,在利用技术进行防控时,必须始终明确在开发应用技术防范的同时,不能干扰网络的信息共享自由;还必须始终明确技术防控的关键点,即设法有效阻止犯罪分子侵入网络系统;设法有效防止犯罪分子盗取、篡改或破坏信息;设法利用技术及时发现并跟踪入侵者。同时,还必须明确:网络犯罪种类繁多、手段千变万化,当利用技术进行防控时,只能抓住当时的多发性案件、针对常用的手段进行,而不可面面俱到。如果没有抓住重点,眉毛胡子一把抓,就会出现防不胜防的局面。比如:当前网络犯罪以网络入侵、网络欺诈、网络黄毒、网络病毒为突出,犯罪分子最常用的方法就是通过解密程序进入网络,因此,加密程序的先进与否直接关系到犯罪分子能否进入系统实施犯罪。为此,研制、开放更为先进的加密技术成为利用技术防范网络犯罪的重要任务。此外,研制、开放软件对网络

进行监控、对网上不良信息进行堵截也是当前及今后相当长时间内利用技术防范网络犯罪的一项任务。例如：中国于2001年2月26日面向全国发行了互联网净化器软件“网络警察110”，利用这种技术可以截堵互联网上的不良信息。开发利用这种软件就是一次利用技术防控网络犯罪的很好尝试。

（六）加强网上道德文化的教育与引导

防范网络犯罪除了依法管理，利用技术手段防控外，还要通过教育广大网民，提高守法意识，增强上网切莫触法网的自觉性，并使网民掌握各种防范网络犯罪的技术，提高其自我保护网络安全的能力，才能从根本上解决好计算机网络犯罪问题。特别是在我国，由于计算机应用普及时间短，人们对于网络犯罪分子往往具有矛盾的心理和反常的态度，因此更应重视网上道德文化的教育与引导。

首先要加强计算机网络工作人员的思想修养教育，提高其思想认识水平。教育的内容主要有：服务态度方面：从事高科技工作的人员是人民赋予的光荣任务，是祖国对其多年培养的结果，从事计算机工作的每一个人都应该珍惜这种荣誉，决不能因为自己“身怀绝技”而将此作为向祖国示威、向人民伸手的资本。要立足本职，刻苦努力，树立良好的为人民服务，为祖国作贡献的思想。钻研业务方面：反对个人利己主义思想，决不利用手中“权利”从事渗透、窃取、篡改或破坏等计算机网络犯罪活动。安全意识方面：与现实社会相比，人们更倾向在虚拟空间犯罪。因此要对各级计算机工作人员进行必要的安全知识教育和职业道德规范的训练，使他们树立为人民服务光荣，而利用网络从事犯罪活动可耻的荣辱观。待遇得失方面：计算机工作者从事的是脑力劳动，在某种意义上讲，他们的劳动价值可能比其他行业部门的同等条件下的劳动价值要高，而且这种脑力劳动也很辛苦。这就要求有关部门在待遇方面给予适当的考虑，重视他们的劳动，使社会承认他们存在的价值。但是作为计算机工作者应该有科学技术人员的传统美德：重成就，爱事业，而不能把着眼点放在待遇享受上，要有一个正确的得失观。公共道德方面：计算机工作者应该遵守我们民族美好的传统道德规范和社会主义社会人与人、人与社会的公共道德规范，应该时时处处遵守国家的有关法律法令。其次应加强对网民集体主义教育。在网络社会中应多倡导集体主义价值观。网络源于西方，西方文化中的个人主义价值观赋予网络开放的自由的特性，个人至上、绝对自由是网络运行机制的集中体现。而恰恰是网络世界的绝对自由导致了计算机网络犯罪愈演愈烈之势，尤其是非法入侵计算机信息系统罪。因此必须在网络世界中形成一种新的文化理念，即中华文化倡导的集体主义理念，为了保障公众和国家的信息利益与安全，有限制地牺牲一些个人信息自由。网民应该把握好以下两点：一是协调好人与网络的关系。人们只要摆正在网络时代的位置，用自己的平常心去对待一切看似纷繁复杂的形形色色的事物，相信生活中的阳光会始终伴随着你。二是塑造良好的道德观念。网上黑客大展身手、网上黄毒泛滥成灾、电子邮件炸弹迭爆……而之所以会发生这样的问题主要在于人们道德观念淡泊。因此，在网络时代，要求在全社会树立良好的道德观念就显得特别重要。2001年11月23日中国颁布《全国青少年网络文明公约》，这一公约的颁布与实施对加强网上道德文化的教育与引导极有好处。

近年来，我国不断增加的上网族中，有的由于未能注意依法进行网上活动，从而有意无意地侵犯了网络安全。为此，对广大网民特别是初上网者进行必要的避免网络利用不当而误闯法网的守法教育，是十分必要的。例如“黑客”中有些还只是念高中的大孩子，他们出于炫耀心理上网作恶，甚至不明白自己这是在干违法的事，网络警察因此增加了“家访”的繁重任务。与此同时，还要对广大网民进行自我防范计算机网络犯罪的普及宣传和必要的技术培训。培训中，要注意加大防范计算机违法犯罪技术的比重，并不断根据犯罪新趋势，在网民中有重点地推广一系列网络安全技术。

（七）展开国际合作

对付网络犯罪的国际合作问题，目前较为流行的办法是坚持埃瑟·戴森的观点，埃瑟·戴森在《2.0版数字化时代的生活设计》一书中指出：有赖于政府更多的介入。建立一个某种意义上的“世界政府”。全世界的国家和这些国家的人民首先就一些基本原则达成一致，然后“世界政府”着手制定一系列法律并敦促公民执行这些法律。通过这样的办法，“世界政府”可以对所有这些问题进行公平而有效的处理。

《中国时报》2000年1月12日报道，美国司法部长雷诺在加州斯坦福大学召开的全国检察官会议上，呼吁全球警方通力合作，建全球“法网”对付网络犯罪，务必将“网络罪犯”绳之以法。雷诺说，网络罪犯必须要为其所作所为付出代价，即使藏身天涯海角，也无法逃避法律的制裁。她建议成立一个打击网路犯罪的全球性网络“法网”（LawNet），延揽专精于电脑犯罪的检察官与调查人员，同时佐以各地区检、警的刑事监识机制，联手防范电子商务兴盛后层出不穷的网络犯罪。

计算机网络空间是一个没有疆界的高科技领域，捉拿计算机网络空间这个不存在国际边界的

匪徒，需要全世界的执法机构携手合作，制订共同战略，建立起伙伴关系。

美国联邦调查局的迪克先生说，“我们与哈萨克当局的合作非常好，在他们的帮助下，两名罪犯在伦敦被英国警方捕获。”开展国际性调查和制止电子计算机网络犯罪，的确会给电子计算机网络警察带来种种麻烦和苦恼，而且费用也十分高昂，据说全球每年用于这方面的开支要高达15亿美元。虽说眼下所有的种种重大犯罪活动，如抢劫银行、劫持飞机等都有可能属于国际性的犯罪，但惟有电子计算机网络犯罪最具国际性质，这多半是因为罪犯在进行犯罪勾当时所利用的一些网站都设在全球各地的离岸中心，或者是利用一些发展中国家网络安全管理较松的弱点来进行的。美国联邦调查局的一位高级网络警察说过，“到现在为止，我们所处理的案子中，只有很少一部分不是从国际角度来解决问题的。”

因为互联网上的犯罪行为有时很难在国界上给予准确的划分，所以在反对电脑化犯罪的斗争中，警察的回应和相互配合的速度是最关键的。例如西班牙国家网络警察这支新部队与欧洲其他类似的力量、特别是美国的联邦调查局保持着密切的联系。国家警察也与法国、德国、英国、日本、加拿大和美国等其他调查信息犯罪的警察组织保持着密切的接触。目前在中国，这种跨国界涉嫌网络犯罪也有抬头之势，如不久前spedia.com美国的互联网广告公司涉嫌欺诈中国用户，中国的网络警察们应尽快走出国门，与全世界的官方反犯罪网络组织建立密切的联系。1999年，英国警察与欧美有关国家的同行合作，开展了一次代号为“星爆”的整治电脑网络“红灯区”的联合行动，一举抓获了9名罪犯。他们还在英国中部城市伯明翰破获了一个专门向Internet推销色情产品的集团。美国联邦贸易委员会认为，与其他国家同行协同行动是打击跨国互联网犯罪的关键所在。联邦贸易委员会同世界各地执法人员合作了多项具体行动。如在澳大利亚和葡萄牙，有人策划了一项大规模的互联网阴谋来“网页劫持”世界上2500万个网站，把不知情的访问者从他们想要去的网站转移开，连接到色情网站。委员会在澳大利亚同行的协作下，依法禁止了他们的欺诈活动并取消了诈骗者的域名注册。

计算机网络犯罪是国际性问题。例如，当犯罪分子利用计算机网络的匿名性跨国实施犯罪行为时，必须经过国际性的相互合作，才可能有效地预防和起诉计算机网络犯罪。加强国际合作所包含的内容十分丰富，国际协作主要包括：通过生成一组定义良好的最小限度的法规来防范非法行为；通过生成一组定义良好的国际性最低限度的法规，来定义在全球范围内应被起诉并应受到惩罚的非法内容；鼓励各国为Internet访问提供商和网络服务商应负的责任制定相适应的法规；鼓励各国为有效起诉网络犯罪制定国内法，特别是关于对计算机系统和国际性网络的搜查和扣押、证人的职责、网络线上窃听以及计算机系统的访问；提交可能的网络匿名滥用情况、安装国际性系统以便在出现匿名滥用时将匿名者查出；鼓励司法机构互相合作，特别是在国际性搜查和扣押设备时为“冻结”数据而采取的紧急措施；处理跨国的及其他国际网络犯罪的司法管辖权问题的适宜措施；对执法人员就网络犯罪及其起诉进行教育和培训等内容。

故意制造事故的犯罪手段值得警惕

汤啸天*

本人在1995年写过《应当重视反邪教、反恐怖斗争》一文。当时，文章曾以机密形式送到有关领导案头，并引起上海市委有关领导的重视，专门作了批示。这对于人微言轻的我来说是幸运的，但不幸的是邪教与恐怖活动这两种犯罪表现均被我言中。今天，我愿意再次大声疾呼：应当高度重视以故意制造事故为手段的恐怖犯罪。加入世界贸易组织以后的中国，犯罪率不可能在短时期内明显下跌，犯罪手段的智能化特征将更为突出，国际恐怖主义和国内带有黑社会性质的犯罪可能纠合在一起以故意制造事故的方式进行破坏。“凡事预则立，不预则废。”但愿我的呼吁能引起应有的注意。

一、在理论上不能排除故意制造事故的存在

也许是一种习惯，目前我们对事故的理解大多停留在意外事件或过失层面。就事理而言是否如此呢？笔者的观点是否定的。〔1〕

据笔者统计，我国现行刑法有关事故的罪名共有：重大飞行事故罪（第131条）、铁路运营安全事故罪（第132条）、交通肇事罪（第133条）、重大责任事故罪（第134条）、重大劳动安全事故罪（第135条）、危险物品肇事罪（第136条）、工程重大安全事故罪（第137条）、教育设施重大安全事故罪（第138条）、消防责任事故罪（第139条）、传染病菌种毒种扩散罪（第331条）、医疗事故罪（第335条）重大环境污染事故罪（第338条）。以上12条罪名，尽管多数并未注明

“肇事”或“过失”字样，但在犯罪构成上均以过失为要件，在量刑上大多数以有期徒刑7年为最高刑（仅有医疗事故罪最高刑为3年、工程重大安全事故罪最高刑为10年）。这就是说，我国刑法关于造成事故的刑事责任认定仅限于过失的范围内。笔者认为，这一规定既不符合事理，在逻辑上具有明显的错误，在实践上也给作案人以逃避打击的可乘之机，造成法律适用上的困难。按照辞书的解释，事故是指“意外的变故与灾祸。”“今用以称工程建设、生产活动与交通运输中发生的意外损失或破坏。有的由于自然灾害或其他原因，为当前人力所不能全部预防；有的由于设计、管理、施工或操作时的过失所引起。后者称为责任事故。这些事故可造成物质上的损失或人身的伤害。”①在辞海对事故的定义中，虽然没有出现“故意造成的事故”、“过失造成的事故”这一类词语，但是，“工程建设、生产活动与交通运输中发生的意外损失或破坏。有的由于自然灾害或其他原因，为当前人力所不能全部预防；有的由于设计、管理、施工或或操作时的过失所引起”的表述已经表达了这样的信息：事故发生的原因，一是自然力或者其他意外；二是人为的破坏；三是责任者的过失。

《刑法》第16条规定：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因引起的，不是犯罪。”显然，这是规定了凡是由于意外引起的事故，一律不应当追究责任。如果我们把我国现行刑法中有关刑事责任和事故的条款综合起来分析，清楚可见刑法对事故发生原因的判断是不全面的。以上12条有关事故的罪名，明确规定只追究过失犯罪者的责任，完全排除了故意犯罪。这种限制性的规定无异于告诉公众：我国刑法只追究过失造成重大事故的犯罪，并不惩罚故意制造事故的犯罪。显而易见，这是立法上的偏颇或疏漏。

现行刑法中所有有关事故的规定表明，由于过失引起的事故，只要构成犯罪就应当追究刑事责任。那么，由于故意制造或者引起的事故是否需要追究责任呢？这在现行刑法中处于空白状态。笔者以为，这种空白是不应当出现的。从逻辑学的角度看，对事故发生的原因和是否应当追究责任可以作出如下判断：

- 1、所有事故发生的根本原因必在意外、过失、故意之中取其一，查究事故责任应当区分不同情况；
- 2、意外引起的事故不应当追究责任；
- 3、过失造成的事故应当追究责任；
- 4、故意制造的事故应当追究责任。

请注意，在判断1中作出的三项列举是已经穷尽了该判断的全部选项，针对此判断所制定的法律条款必须对此三项选项逐一作出规定，不能有任何遗漏。换句话说，只要承认判断1的正确性，判断4就不可或缺，否则，对事故责任的查究就会因为法律的“瘸腿”而无法实施。遗憾的是，我国现行刑法只有惩处过失引发事故的刑事责任的规定，似乎现实中并不存在故意制造的事故，或者说对故意制造事故的行为人应当“网开一面”。据本人陋见，后一种情况是不可能的，问题出在制定刑法时出现了疏漏。事故可以由故意制造而发生，这在理论上是毋庸置疑的，有的刑法教材在分析事故发生的原因时也曾涉及到故意的因素。例如，在解释刑法第138条“明知校舍或者教育教学设施有危险，而不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故”时，有的学者指出：“行为人对不采取措施的行为有时可能是出于故意。”②但是，对于类似出于故意的行为应当如何认定，笔者至今未见到具体的规定或阐释。

笔者认为，凡是事故都是在人与自然、人与机械设备及有毒有害物质结成一定关系时出现的危害后果。这种危害后果的出现，除事出意外者外，行为人的心理状态只能是故意或过失两者的其中之一，而不可能全部由过失所致。事故不应当或不可能由故意制造形成的判断至少是缺乏根据的。以医疗责任事故罪为例，如果护士甲工作严重不负责任，为患者注射时经常不按规章实行“三查七对”，仅依据配药时的药品放置顺序为病人注射。护士乙与甲结怨甚深，为达到泄愤的目的，针对甲工作马虎的弱点，故意将甲已经配好药的药瓶顺序略作变动，甲在未作查对的情况下为病人注射，果然发生了医疗事故。从现象上看，此事故的责任在甲；若从本质上分析（当然要获取证据），此事故是乙利用甲的过失故意制造的；乙应当承担故意制造医疗事故罪责，甲的责任是过失。

二、故意制造事故的案件在客观上确有存在

近年来，恶性事故在我国时有发生，不少事故造成了极为严重的人身与财产损失，直接影响了正常的社会秩序和社会的安定。目前，政府有关部门正在采取措施，从严密防范事故发生，严肃处理事故责任人员等各方面开展工作，力争把事故发生率降到最低限度，以保障人民生命财产的安全。笔者认为，恶性事故发生率偏高的原因是多方面的，法律制度不健全，安全生产的意识薄弱，企业管理混乱，党政干部的官僚主义严重，包括腐败之风蔓延等，都是值得重视的直接原因。此外，我们还不得不警惕事故背后可能隐藏的犯罪因素，防范有

人以故意制造事故的手段进行犯罪。例如，自杀性爆炸是恐怖活动中常见的犯罪手段，犯罪人若将爆炸物品绑扎在身上或放置在汽车里冲向人群然后引爆，认定为犯罪的难度并不大。但是，合法运输危险品的车辆在行驶中与其他车辆争道抢行造成碰撞，其情况就十分复杂了。可能性之一是驾驶员因为过失导致事故，可能性之二是驾驶员出于故意，以貌似过失违章的形态制造恶性事故。

客观地说，事故发生的原因十分复杂。在一定条件下，有的事故一时难以查明发生的确切原因也在所难免。但是，事故原因调查的难度与事故成因的客观实在是两个范畴的问题。在事故发生原因的分类上，笔者认为可以分为意外、过失、故意三大类。按照我国现行刑法的规定，事故的发生原因仅有意外与过失两类。那么，事实上是否存在因为故意而造成的事故呢？据《光明日报》2000年8月8日报道，上海市公安局虹口分局查获了一个由上海本地驾驶员组成的犯罪团伙。其作案手段是故意制造他人负全责的交通事故，主要方法是：选择夜间，驾驶桑塔纳轿车在多车道道路上尾随外地大货车伺机作案。当外地货车开到路口变道时，轿车在正常行驶车道从后方加速插上，造成二车碰擦轿车受损的交通事故。按照交通规则，货车违章变道肇事，应当负全部责任，无论由交警裁决或“私了”，轿车均可获得赔偿。据记者卢劲松报道，这个故意制造交通事故的团伙从1999年7月起，先后制造了上百起交通事故，获利数十万元，其中仅李品华一人就制造了50余起“车祸”。上海人为这伙故意制造交通事故的不法之徒起了一个十分形象的名称：开“碰碰车”。限于我国目前的法律规定，此案于2001年5月22日以诈骗罪移送起诉，2001年7月16日，上海市虹口区人民法院分别以诈骗罪作出判决。记者问开“碰碰车”的主要成员李品华，你为什么要制造交通事故呢？李品华回答：“因为交通事故赚钱快。”应当说，李品华的回答是涉及到案件要害的，犯罪人开的“碰碰车”是从旧车市场买来的廉价“二手车”，事故制造成功后，“公了”的按照正规零部件评估物损价值，而其修车时安装的只是伪劣部件，赚取差价轻而易举。凡是“私了”的赔偿额更高，犯罪人得到的利益更多。

另据《光明日报》2001年8月3日的报道，1999年10月31日埃及航空公司900航班从纽约起飞后坠毁于大西洋，机上217名乘客全部遇难。调查人员在排除了炸弹爆炸、机械故障和气候原因之后，有证据怀疑是副驾驶故意让飞机坠毁。1997年12月19日，一架新加坡航空公司的波音737客机坠毁，调查人员也怀疑是一名曾有纪律不良记录的驾驶员故意制造的事故。

应当说，空难发生原因的调查难度较大，怀疑故意制造坠机事故的例证还不能作为立法的依据。但是，上海虹口公安分局查获系列性两车碰擦案件属于故意制造事故罪的证据是充足的。首先，两车碰擦的一系列事故并非虚构，而是由轿车驾驶员故意利用卡车驾驶员的违章制造出来的；其次，作案人的用心在于，故意毁坏自己的财物达到迫使他人赔偿的目的，但在此案中，毁坏自己的财物是借助违章车辆的碰擦实现的，实质是故意制造交通事故。从以上事实中我们至少可以得到如下启发：仅仅具有一定驾驶熟练程度的司机能够利用他人的违章制造交通事故，在高科技领域（包括实验状态下的高科技研究和高科技手段的实际应用）将故意制造事故的主观恶意隐瞒起来就更不足为奇了。