

“轻轻重重”刑事立法政策

——规制无被害人犯罪的理性选择

肖 怡

内容提要:本文研究的是无被害人犯罪的刑事立法政策,探讨无被害人犯罪的犯罪化与非犯罪化问题,也涉及对无被害人犯罪的行政制裁以及社会政策的评析,通过论证,得出处理无被害人犯罪应该采取“轻轻重重”的理性政策,并在该政策的指导下,对我国无被害人犯罪的刑事立法提出建议。

关键词:无被害人犯罪 非犯罪化 轻轻重重

肖怡,首都师范大学政法学院讲师,法学博士。

一 无被害人犯罪概说

本文研究的“无被害人犯罪”是一个犯罪学上的概念,是未经刑法评价过的具有社会危害性的“行为”,除包括刑法规定的犯罪外,还应当涵盖违法行为和不良的反社会行为。^[1]“被害人”可分为国家、社会和个人三者。“无被害人犯罪”是否就是指既没有个人受害,也没有国家、社会受害呢?并非如此。要正确理解“无被害人犯罪”,必须结合该概念产生的渊源。

美国学者埃德温·舒尔首次提出了“无被害人犯罪”的概念,他认为,“处在犯罪边缘线”上的堕胎、同性恋及药物滥用三种社会偏差行为,由于没有直接的个人被害人,而只是对社会道德伦理造成了侵害,所以,不存在国家被害和社会被害的问题。^[2]此后,“无被害人犯罪”的范围明显超过了上述三种行为,但仍然是按照这样的特征归类的。正是因为这种行为只具有伤害风化,而没有直接个体被害,所以被理论界作为犯罪学和刑事政策学研究的一类特殊犯罪行为类型。因此,如何称呼,只是一个符号,关键是名称指代的具体对象。

我认为,根据“无被害人犯罪”的特征,它或者是行为所涉及的当事人不具有加害或受害意识,或是基于自愿而参与,或者是行为具有“自损”性质;从客观上看,行为并没有在实体上伤害某人或侵犯其财产权,除了行为人“自己”以外,无其他个人法益主体受到直接侵害,但对社会风气和伦理道德造成了侵害。主要包括卖淫、赌博、吸毒、堕胎、乱伦、传播淫秽物品等行为和现象。对于这些行为,各国刑事立法在不同的历史时期都有不同的规定。是否将该类行为纳入“犯罪圈”,学界也有着激烈的争议。

国外对无被害人犯罪的立法沿革呈现非犯罪化的趋势,但刑法典中仍然存在有关无被害人犯罪的规定。从世界范围看,虽然无被害人犯罪对策整体趋势向着宽容的方向迈进,但仍然没有将赌博、卖淫、

[1] 康树华:《犯罪学——历史、现状、未来》,群众出版社1998年版,第44页。

[2] [美]乔治·威尔逊:“国家干预和无被害人的犯罪”,载《法学译丛》1987年第3期。

吸毒和滥交行为全部非犯罪化。我国对无被害人犯罪一直持谨慎的态度,一般没有将这类行为规定为刑法中的犯罪,而是将其划归行政处罚范畴或道德领域。^[3] 尽管如此,我国刑法中还是保留着一些无被害人犯罪罪名。

二 无被害人犯罪刑事立法政策的理性思考

(一) 刑事立法政策的本体认识

如何选择理性的无被害人犯罪刑事立法政策,需要回归到刑事政策制定的共有模式上来。忽视无被害人犯罪的特殊性、复杂性和敏感性,无视政策制定的背景和各种制约因素,将刑事政策选择的关注焦点完全集中于犯罪化或非犯罪化,都不是一种理性的选择。理性的政策选择必然会周全地考虑到影响政策制定的所有因素,这就要求我们在决策之前应该首先客观地分析这些因素是如何影响和制约政策选择的。只有全面地考察所有重要因素所决定的不同政策导向,最终决策才能真正达到平衡状态。同时要看到,一切影响政策制定的因素又分别受制于不同的价值取向。政策制定者在政策制定过程中,不论其是否意识到,其行为都是在一定的价值观指导下进行的。从本质上讲,不同的因素对政策制定的影响,实质上就是各种价值观念在决策过程中的渗透和制约。

(二) 以正义的视角考察无被害人犯罪的刑事立法政策

在正义的视角下考察无被害人犯罪的刑事立法政策包括:第一,犯罪本质与刑法目的在犯罪圈划定中的政策功能决定了犯罪的界定必须以法益侵害为原则。只有对造成法益侵害后果或至少具有法益侵害危险的行为,才有予以犯罪化的必要。而部分犯罪的伦理侵害性与法益侵害的犯罪本质是不相矛盾的。对社会生存条件不可或缺的伦理道德观被上升为法益时,侵犯该伦理道德的行为也就被上升为犯罪。可见,值得刑法保护的伦理道德,只能是统治者认为对于维系社会的正常发展,从而维护统治的稳定所必需的这部分。在此基础上,刑法具备的伦理品性与刑法的非道德化之间的关系可以得以辩证的认识。对于无被害人犯罪所具有的反道德性,是否应使用刑法手段介入干涉,也就不再具有理论障碍。第二,考察国家刑罚权的正当性。从国家刑罚权的来源和根据探讨,维护人类共同生活秩序的基本条件,确保国家权力安全顺利地行使,是国家刑罚权确立的正当化根据。因此,国家刑罚权的行使需要在积极保障秩序与保持必要的惰性之间形成一种张力。对于无被害人犯罪的介入,刑罚权就应该控制在适当的度上。第三,刑法谦抑主义思想所包含的刑法不完整性、宽容性、经济性,必然要求适当缩小犯罪圈。该思想渗透进无被害人犯罪的刑事立法政策中,体现出来的就是非犯罪化趋势。^[4] 第四,自由主义观念要求刑法为公民个人自由提供保障的同时,必须防止这种自由的保护异化为对自由的破坏。因此,刑法在介入无被害人犯罪时,在保护和限制自由之间也应保持张力,在最大限度保护个人自由的同时又要最大限度地保护法益。第五,刑事立法的公众认同与国民欲求要求立法政策的制定不可忽视民意基础。在对无被害人犯罪是否犯罪化问题上,需要考察被侵害的社会法益在一定程度上是否还原为个人法益。如此才是可以信服的国民欲求,也是立法能否顺利实施的关键。

(三) 以科学性的视角考察无被害人犯罪的刑事立法政策

在科学的视角中考察无被害人犯罪的刑事立法政策需要注意以下几个方面的问题,把握犯罪原因对控制无被害人犯罪具有的重要影响。其中“标签理论”强调了国家干预和官僚机构的反应产生的反讽性后果。由此,在对待无被害人犯罪问题上,要求从宽处置。树立科学的犯罪观,需要正视犯罪的积极功能,以及犯罪的不可消灭性、相对性,这就为无被害人犯罪的刑事立法政策提供了犯罪化与非犯罪化的契机,并

[3] 目前理论界基本持无被害人犯罪非犯罪化的观点。参见尹强明:“无被害人犯罪的非犯罪化思考”,载《法制论坛》2007年第14期;彭勃:“无被害人犯罪研究——以刑法谦抑性为视角”,载《法商研究》2006年第1期;张洪成:“无被害人犯罪研究”,载《政法论丛》2006年第4期。

[4] 参见曾粤兴:“警惕‘泛刑论’——从刑罚负价值谈起”,载《云南师范大学学报》2006年第1期。

要求用历史发展的观点进行刑法法益的选择和犯罪的界定。客观认识刑罚功能。对于无被害人犯罪是否犯罪化,要看刑罚能否对这些行为进行有效干预。充分重视实证分析在政策制定中的重要价值。

(四) 以功利性的视角考察无被害人犯罪的刑事立法政策

在功利的视角中考察无被害人犯罪的刑事立法政策要求,刑法必须承担起维护社会秩序的职能,部分无被害人犯罪对社会秩序的侵害是无法用该行为只针对行为人自己有害的理由而忽略掉的。运用经济分析的方法,通过论证刑法规制无被害人犯罪的成本效率,说明刑法介入无被害人犯罪领域必须考虑到刑法资源配置的科学性。这类行为犯罪化后带来的种种执法困境,使立法者在制定政策之前不得不三思。

(五) 以特定性的视角考察无被害人犯罪的刑事立法政策

制定理性的无被害人犯罪刑事立法政策,还需要充分考量各国的具体国情。不同的国家有不同的文化传统和国家制度,不同的时期也有各自的阶段性特征,从而决定了不同国家在不同的时期进行犯罪行为的选择时,会受到不同观念和因素的影响与制约。结合我国的具体国情,从传统文化观念、政治环境与政府政策、经济体制与发展水平、民众观念与社会既有价值偏向、法治现状几个方面分析这些因素对我国制定无被害人犯罪的刑事立法政策所带来的影响。

法文化传统的差异是导致中西“犯罪分层”不同的根源。我国“法不治众”、“重理轻法”的传统社会心理和治世经验要求我们缩小刑事立法的打击面,必然形成定性定量结合的“犯罪分层”模式,这就决定了我国并不适宜将大量的无被害人犯罪行为放入犯罪圈。传统刑法观念导致立法者对待很多反社会行为都采用刑法手段处理。在这样一种公权力明显强大的文化背景下,处理无被害人犯罪问题切不可操之过急。即使是采取“非犯罪化”的措施也应将重心落在公权力所能及的范围内。

在处理具有强烈“反道德性”色彩的无被害人犯罪时,不能轻易跟随某种潮流将其一味合法化。对于应犯罪化的行为,立法绝不能姑息。目前,我国应将无被害人犯罪的刑事立法政策纳入构建和谐社会整体发展的政策体系之中。对社会稳定有序的维护,要求将为社会生存条件的基本保障所不允许的反伦理秩序、反道德的行为纳入犯罪圈;同时,和谐社会蕴涵的以人为本理念对自由价值的关切,公共权力和公民权利间关系的和谐,社会多元化所要求的宽容态度,人性化的刑罚制度设计,犯罪社会对策体系的完善,等等,都能看出无被害人犯罪的刑事立法政策越来越宽容,我们也要看到良好的衡平与解决纠纷的机制才是和谐社会内在生命力的体现。

犯罪圈的伸缩与社会经济发展之间存在着内在的、深层的有机关联。我国市场经济的发展使国家与社会的一体化格局和政府权力一统天下的局面被打破,自然就影响到国家刑罚权干预无被害人犯罪的度;社会生产力的标准成为指导刑事立法和犯罪界定的重要标准,是评定犯罪圈设置是否科学的一项应然指标;我国经济转轨背景不可避免出现失范与失序现象,科学制定预防和控制无被害人犯罪的正确途径必须重视这一客观环境造成的犯罪根源;最后,“刑罚经济”的价值观需要树立与社会市场经济相适应的既要求公正、又讲究经济的注重效益的轻刑化观念。

时代变迁导致国民价值观的变化,人民大众对传统的一些犯罪逐渐走向宽容态度。但在尊重社会价值观念多元化的同时,也不能完全忽略社会既有价值倾向。因此,在我国以后很长一段时期里,刑法对某些行为作否定性评价仍占主流思想。我国正处于国家本位的犯罪控制模式向“国家·社会双本位”的控制模式的转化。在这种趋势下,对待无被害人犯罪的刑事立法政策应该向社会本位的价值取向有所偏靠,积极依靠社会力量,不要过于夸大国家权力的效果。

(六) “轻轻重重”的刑事政策——价值冲突、权衡、调和中的理性选择

面对政策制定在正义、科学、功利、立足于不同国情与背景下现实主义的不同价值取向,我们认为最好的刑事政策是社会不断根据犯罪的实际状况和自身理性的价值选择,调整对犯罪的容忍度的平衡艺术。^[5] 在一定意义上讲,刑法立法过程实质上就是协调、平衡各种互相矛盾的利益和互相冲突的价值的

[5] 白建军:《关系犯罪学》,中国人民大学出版社2005年版,第510-516页。

过程。一个法律制度之所以成功,乃是因为它成功地在冲突价值的一端与另一端之间达到了平衡并维持了这种平衡。如何才能实现刑事政策的平衡机制呢?这里需要建构一种法律价值观,即法律的价值中立。它是与价值非中立或者价值倾斜性相对立的价值定位。^[6]它不要求选出一个优于所有价值的特殊价值,而是要进行中庸兼顾、中道权衡,对特殊意愿的追求永远受制于多重价值间的平衡。

在中立的法律价值观指导下,我们追求着平衡的结果,即各种价值取向之间的互补和制约。这就意味着在无被害人犯罪的刑事立法政策中应贯穿这样的价值选择:在自由、平等、秩序和安全方面创设一种切实可行的综合体与谐和体;建构一种法律制度,需要正义和功利的有机和谐,而不是强调其一而不顾其他;注重保护机能与保障机能的合理兼顾,而不是顾此失彼或者重此轻彼。简言之,不同的价值取向会导致无被害人犯罪刑事立法政策的制定带有不同的犯罪化或非犯罪化的倾向。面对这种复杂的价值取舍,立法者理性的选择是忠诚于价值中立,即在制定刑事政策时,对各种影响刑事政策制定的价值要素持共存的态度,使价值要素间的互补和制约构成一种整体价值结构的平衡状态,如此制定出的刑事立法政策才不会出现一味犯罪化或者非犯罪化的倾向。

当然,这里的均衡并不等同于价值间的绝对均等。在实际情况中,必须是在各种价值兼顾情况下有所侧重,具体侧重哪一方面应视犯罪形势、具体国情等因素而定。我们关注的是政策制定的整体机制上达到均衡状态,这是社会得以健康、和谐、可持续发展的必要条件。因此,确立犯罪化与非犯罪化的双轨并行的立法观念,是立法者制定无被害人犯罪刑事立法政策贯穿始终的理性选择。在这种思维下,“轻轻重重”的两极化刑事政策自然成为明智之选。“轻轻”就是对轻微犯罪的处理比以往更轻,“重重”就是对严重犯罪的处理比以往更重。^[7]在我国实行无被害人犯罪的两极化政策并不是偶然实践,而是有着深刻的社会背景与坚实的理论基础的。我们提倡“轻轻重重”策略,就是要对待政策制定的各种价值要素,采取中立的态度,利用价值之间的相互牵制达到政策制定中的价值均衡。当然,由于这种价值均衡是动态的整体结构的平衡,不是一成不变的。在一定时期,均衡被打破时,我们就应及时调整政策。所以,最重要的不是得出某种政策的具体内容,而是强调政策决定中贯穿的思维方式。

三 刑事立法中贯彻体现“轻轻重重”政策

“轻轻”政策在我国立法与司法中实现的具体途径主要是非犯罪化、非刑罚化、非机构化。非犯罪化分为法律上的非犯罪化与事实上的非犯罪化。法律上的非犯罪化是主要形式,它又包括合法化以及违法非犯罪化,后者即刑法的行政化。主导这一非犯罪化动作的内在政策考虑是刑法控制体系与行政控制体系的分工转化。但在我国行政刑法领域的立法,司法工作仍很落后,现存行政处罚体系在制裁越轨行为、反社会行为上存在很大的弊端,需要进一步完善。非刑罚即用刑罚以外的比较轻的制裁替代刑罚。^[8]在我国可以考虑将保安处分、社会医疗措施等新范畴纳入传统的以“犯罪”、“刑罚”和“罪刑关系”为中心的刑法体系中。^[9]非机构化,或称非监禁化,是刑事执行上的替代措施。在我国目前非监禁化不可能大规模进行的情况下,最好的办法是最大限度发挥缓刑的作用,以及逐步实施“社区矫正”制度。非刑法措施旨在重筑刑法堤坝,建构以道德谴责、民事制裁、行政处罚三位一体,以民事制裁和行政处罚为主的刑法堤坝基础,提高进行刑法反应的门槛。总之,刑事社会政策的落实反对犯罪治理中的刑事专门正义,运用刑事法之外的社会手段预防犯罪,形成一个复杂层次和结构的社会防控体系。而“重重”政策则体现在严密刑事法网,执行上从严处理上。

“轻轻重重”政策在无被害人犯罪的刑事立法政策中具体表现在以下几个问题上:

[6] 谢晖:《价值重建与规范选择》,山东人民出版社1998年版,第34-39页。

[7] 参见储槐植:“美国刑事政策趋向”,载《北京大学学报》(哲社版)1985年第3期。

[8] [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第107页。

[9] 曲新久:《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2002年版,引论第3页。

第一,卖淫嫖娼问题。一方面我们反对把卖淫嫖娼行为纳入我国的犯罪圈;另一方面也不采取卖淫合法化的策略;而是建立对卖淫嫖娼行为的“治理—管理机制”,即以卫生防疫中心为主,公安部门为辅的联合打击卖淫嫖娼的社会综合管理模式;完善对卖淫嫖娼行为的行政处罚机制,改革治安管理处罚制度和收容教育制度,取消对卖淫嫖娼人员的劳教措施,加强对警察权力的控制。针对与卖淫嫖娼相关的其他行为,继续在刑法典中保留组织卖淫罪、协助组织卖淫罪、引诱、容留、介绍卖淫罪、引诱幼女卖淫罪、嫖宿幼女罪的罪名。

第二,赌博问题。一方面反对将单纯赌博行为纳入我国犯罪圈;另一方面也不采取赌博合法化的策略;建议将现行刑法典规定的赌博罪中以赌博为业的行为除罪化;同时将聚众赌博和开设赌场的行为分别立为两个独立的罪名——“聚众赌博罪”和“开设赌场罪”;^[10]并增设“国家工作人员赌博罪”、“以网络方式开设赌局营利罪”、“引诱未成年人赌博罪”、“私自发行、销售彩票罪”,且将这一系列赌博类罪名在我国刑法典“妨害社会管理秩序罪”一章中单独成立一节赌博罪;明确单位可作为赌博罪的主体;提高赌博罪最高刑期,扩大赌博罪量刑幅度,加强罚金刑在赌博罪中的应用;取消对赌博人员的劳动教养制度,改革对其的治安管理处罚规定等。^[11]

第三,吸毒问题。一方面反对将吸毒行为纳入我国“犯罪圈”,另一方面也不应采取“软性毒品吸食合法化”的策略;针对我国戒毒体制的弊端,建议做大做强自愿戒毒体系,取消劳教戒毒制度,改革强制戒毒制度。

第四,在对我国其他无被害人犯罪的处理问题上,建议将聚众淫乱罪修改为“在公共场所聚众淫乱罪”,保留引诱未成年人聚众淫乱罪;^[12]将传播淫秽物品罪修改为“向未成年人传播淫秽物品罪”,保留制作、复制、出版、传播淫秽物品牟利罪、组织播放淫秽音像制品罪、组织淫秽表演罪的罪名。

当然,必须指出,我们必须在运动与静止、保守与创新、僵化与变化无常这些彼此矛盾的力量之间谋求某种和谐。作为使松散的社会结构仅仅凝聚在一起的黏合物,法律必须巧妙地将过去与现在勾连起来,同时又不忽视未来的迫切要求。^[13]因此,具体采用什么样的政策、制定什么样的立法并不是本文强调的核心。我们追求政策制定的平衡机制是一种兼容矛盾与冲突的动态平衡。这种平衡不可能永远维持下去,社会的进步会不断地使法律制度失去平衡;而通过把理性适用于经验之上,这种平衡又会得到恢复。^[14]每一种文明的样态都必须去发现最适合其意图和目的的法律。永恒的法律是不存在的,因为适合于一个时期的法律并不适合于另一个时期。法律必须与日益变化的文明状况相适应,而社会的义务就是不断地制定出与新情势相适应的法律。^[15]可见,我们倡导的是制定立法政策的思维方式,当某种政策所追求的平衡被打破时,就应该及时调整政策,这就需要我们关注影响政策制定的各种因素的消长,不断地调和各种冲突的价值,使政策制定始终保持一种平衡机制,这样制定出的无被害人犯罪才是理性的选择。

[Abstract] This article is a research on the criminal legislative policy on victimless crimes. It discusses the criminalization and decriminalization of, as well as the administrative punishment for, and social policies on victimless crimes. Through analysis and demonstration, the author puts forward a rational policy of “Reducing punishment for minor crimes and increasing punishment for serious crimes”.

(责任编辑:王雪梅)

[10] 《刑法修正案六》已经将开设赌场的行为从赌博罪中独立出来,作为一个单独的罪名“开设赌场罪”,并有自己独立的法定刑。

[11] 在中国目前国情下,对赌博实行一定程度的非犯罪化是治理赌博的一种思路。没有任何国家和地区对赌博完全放开,不问,有“禁”有“放”的刑事政策使得国家无形中掌握了主动权,从而能够将赌博活动控制在一个合理的范围内,最终能够最大限度兴利除害。比如在博彩业方面,有学者就提出应该健全彩票立法,增设非法发行、销售彩票罪,笔者认为该罪名放在破坏社会主义市场经济秩序罪一章中更为合适。

[12] 以公共场所作为限制,更加科学,已经有学者提出成年人自愿参与秘密的聚众淫乱的行为,应当非犯罪化。参见许娜娜:“浅谈无被害人犯罪的刑事政策”,载《法制与社会》2007年第9期。

[13] Harry W. Jones, “The Creative Power and Function of Law in Historical Perspective”, 17 *Vanderbilt Law Review* 135.

[14] “Individualization of Justice”, 7 *Fordham Law Review* 153, at 166(1938).

[15] Gumplowicz, *The Outlines of Sociology*, transl. F. W. Moore (Philadelphia, 1899), pp. 60 - 61.