

分 类 号: DF0-059
研究生学号: 2014222016

单位代码: 10183
密 级: 公 开



吉 林 大 学

硕士学位论文

(学术学位)

无被害人犯罪犯罪化问题的法理学透视
The Jurisprudence Perspective on
The Criminalization of Victimless Crime Problem

作者姓名: 张 蕊

专 业: 法学理论

研究方向: 部门法哲学

指导教师: 杜 宴 林 教授

培养单位: 法 学 院

二〇一七年五月

无被害人犯罪犯罪化问题的法理学透视

The Jurisprudence Perspective on
The Criminalization of Victimless Crime Problem

作者姓名：张蕊

专业名称：法学理论

指导教师：杜宴林 教授

学位类别：法学硕士

答辩日期：2017 年 5 月 23 日

未经本论文作者的书面授权，依法收存和保管本论文书面版本、电子版本的任何单位和个人，均不得对本论文的全部或部分内容进行任何形式的复制、修改、发行、出租、改编等有碍作者著作权的商业性使用（但纯学术性使用不在此限）。否则，应承担侵权的法律责任。

吉林大学博士(或硕士)学位论文原创性声明

本人郑重声明：所呈交学位论文，是本人在指导教师的指导下，独立进行研究工作所取得的成果。除文中已经注明引用的内容外，本论文不包含任何其他个人或集体已经发表或撰写过的作品成果。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本人完全意识到本声明的法律结果由本人承担。

学位论文作者签名：张蕊

日期：2017年5月24日

摘 要

自上个世纪西方国家掀起了一场影响深远的非犯罪化浪潮开始，刑事立法犯罪化与非犯罪化的争论就一直没有停止过。而其中最受瞩目的就是“无被害人犯罪”问题。首次提出“无被害人犯罪”概念的是美国学者埃德温·舒尔，从那以后无被害人犯罪问题就一直备受争议。在西方国家，非犯罪化和轻刑化已经成为其规制无被害人犯罪的主流立法政策，但是对于具有严重社会危害性的无被害人犯罪是否应当非犯罪化，各国的立法态度也各有不同。在我国，对于无被害人犯罪的研究起步较晚，在刑法中的规定也较少。但是在西方国家非犯罪化立法趋势的影响下，我国对于无被害人犯罪（尤其是对于诸如吸毒、卖淫、赌博等具有严重社会危害性的无被害人犯罪）问题也引发了犯罪化与非犯罪化的激烈讨论。

笔者认为，各国的发展状况和法制历程都有差异，不可盲目追随西方国家实施非犯罪化的脚步，而应当结合我国的具体国情，从传统文化观念、社会民众主流思想、政治环境与政府政策、经济体制与发展水平、法治现状等方面对“无被害人犯罪”进行区别对待。本文以法理学和刑法学理论为基础，采用理论分析和实证分析的研究方法，认为我国现阶段对于无被害人犯罪问题不应照搬西方非犯罪化的立法模式，而应具体问题具体分析，采取有限犯罪化的刑事立法政策。

本文首先撰写了无被害人犯罪的一般理论，引入了“无被害人犯罪”的概念，并介绍其典型类型和区分标准，为后文的深入分析做铺垫；然后对无被害人犯罪犯罪化问题进行理论描摹和正当性分析；接着以吸毒行为为例，展开了对此类社会危害性较大的无被害人犯罪的犯罪化的可行性分析；在文章的第四部分，通过介绍国外的立法实践以及我国国情，论证我国应做出的立法模式选择；最后得出结论，即在当代中国，对无被害人犯罪应当采取有限犯罪化的刑事立法政策。

关键词：

无被害人犯罪；法律家长主义；有限犯罪化

Abstract

Since the last century, the western countries have raised a far-reaching decriminalization wave, and then, the argument of criminalization and decriminalization on criminal legislation has not stopped. The most notable problem in the argument is Victimless Crime. The first one who proposed the Victimless Crime was the American scholar Edwin Shure, after that, the problem of Victimless Crime is controversial, too. In western countries, the decriminalization and light punishment of Victimless Crime has become the mainstream of legislation policy. But different countries have different attitudes of legislation policy on the Victimless Crime which has severe social harmfulness. In China, the study of Victimless Crime started late and the provisions of the criminal law are also few. But in the effect of decriminalization legislation in western countries, there also occurs a heated discussion on whether Victimless Crime (especially the Victimless Crime which has severe social harmfulness such as drug abuse, prostitution and gambling) should be criminalized or decriminalized.

The author thinks that, the development status and legal process of various countries are different. We shouldn't blindly follow the steps of western countries to implement the decriminalization policy; we should take account of China's specific national conditions, which includes the concept of traditional culture, the mainstream ideology of the public, the political environment and government policy, the economic system and development level, legal status, etc. to discriminate Victimless Crime. Based on the theory of Jurisprudence and criminal law, adopting the research method of theoretical analysis and empirical analysis, this paper believes that at the present stage, our country shouldn't copy the decriminalization legislation in western countries to solve the problem of Victimless Crime; we should do a concrete analysis of concrete conditions to adopt the criminal legislation policy of limited criminalization.

Firstly, this paper presented the general theory and the concept of victimless crime, and also introduced the typical types and distinguish standard of it, which paved the way for the in-depth analysis later. Secondly, this paper proposed the theory

and legitimacy analysis of victimless crime, in this part, it introduced the theory foundation of the victim of decriminalization and the review of the heated theoretical disputes. Thirdly, this paper took drug abuse as an example, proposed the analysis of the feasibility of criminalization of the victimless crime, which has great harm to the society. In the fourth section of this paper, through the introduction of the legislation practice of many other countries as well as China's national conditions, demonstrated our country should make which kind of choice of legislative model. Finally, came to the conclusion that in contemporary China, we should take limited criminalization policy to solve the problem of victimless crime.

Keywords:

Victimless Crime; Paternalism; Limited Criminalization

目 录

引 言	1
一、 无被害人犯罪一般理论	4
(一) 无被害人犯罪的概念界定	4
(二) 无被害人犯罪的典型分类	5
(三) 无被害人犯罪的区分标准	6
二、 无被害人犯罪犯罪化的正当性分析	7
(一) 无被害人犯罪犯罪化的理论基础	7
(二) 无被害人犯罪犯罪化理论纷争述评	16
三、 无被害人犯罪犯罪化的可行性分析——以吸毒为例	18
(一) 吸毒入罪可行性理由	18
(二) 无被害人犯罪犯罪化可行性因素考量	23
四、 无被害人犯罪犯罪化的立法模式选择	26
(一) 国外的立法实践	26
(二) 我国的立法选择	27
结 论	30
参考文献	31
作者简介及科研成果	34
后 记	35

引言

(一) 问题提出

在司法实践中，多数犯罪，无论是直接的还是间接的，都有一个作为客体的被害人。例如被杀害者是杀人犯罪中的被害人，受到性侵犯者是强奸犯罪中的被害人等。但是，在另外一些案件（如吸毒、赌博、卖淫等行为）中，却不能找到直接的、作为客体的被害人，而只是一种“行为人基于自愿参与的，没有侵害或危害他人法益的，但是实际上造成自损或者侵害社会道德风俗和管理秩序的行为。”¹这种行为通常被认为是行为人的“个人自由”或者“道德伦理”的范畴。这就是国外法学界所称的“无被害人犯罪”。

国外“无被害人犯罪”一直都有非罪化的趋势。受近代刑法谦抑性、非犯罪化思潮等观念的影响，一些西方国家已经将部分无被害人犯罪进行了非犯罪化处理。由于受传统道德价值的影响，我国对无被害人犯罪也一直持谨慎态度。大部分无被害人犯罪要么只被看成是道德伦理范畴，要么只被当做普通违法行为，主要运用行政手段对其进行处罚，而并不将其归为刑法意义上的犯罪。然而笔者认为，鉴于我国当代国情与当今社会的发展水平，这种政策将不可避免的产生很多问题。因此，在当代中国的语境下，将“无被害人犯罪”问题进行分类研究，具体问题具体分析，根据具体情况认定罪与非罪，是具有实践和理论意义的。

通过假期去吉林省人民检察院和长春市中级人民法院的实习，接触了一些毒品案件，使我对于吸毒问题产生了兴趣和一些思考。从新刑法实施后的实践来看，毒品犯罪率并未明显下降，走私、贩卖、运输、制造毒品等活动并没有得到有效控制，产生这种现象的原因固然是多方面的，但是其中一个相当重要的原因，便是对吸毒者惩治不力。在我国，并没有把吸毒行为作为犯罪来惩处，而只是给予一般的行政处罚，这种较低的违法成本是不足以威慑瘾君子或者潜在的吸毒者的。在目前的恶劣形势下，这样的刑事政策是否依然妥当是值得探讨的。一个行为是否需要动用国家强制力来对其调控，从来都不是单一价值取向所能决定的，需要考虑当前的政治、经济、文化、法律等多重因素。本文则

¹ 参见彭勃：《“无被害人犯罪”研究——以刑法谦抑性为视角》，《法商研究》2006年第1期，第51页。

是以吸毒行为为例，深入探讨无被害人犯罪有限犯罪化的动态平衡。

（二）研究现状

自 20 世纪 60 年代起，外国学术界一直都很关注“无被害人犯罪”的问题，其研究成果也比较丰硕。西方国家掀起了一场“无被害人犯罪”非犯罪化运动，其背后有着哲学思想和法学理论等强大的理论支撑，包括：自由主义思想、人权保障理念、法益侵害论、刑法的谦抑性、刑法效益论等。¹然而在我国，研究无被害人犯罪必须谨慎对待我国的传统价值观与伦理道德观念等影响。总体而言，国内的无被害人犯罪研究尚处于初级阶段，往往只是对其背后的思想理念进行论述来证明无被害人犯罪非犯罪化的必要性，不但研究不够深入、研究成果有限，而且无法全面兼顾好国内的法律实际和司法实践情况。

中国固有的刑事司法实践往往把无被害人犯罪当做道德范畴的问题对待，并不当成刑事犯罪处理。其原因大概有两点：一方面，认为这类行为多数是当事人相互合意的行为，所造成的社会危害不是很大，因此出于刑法谦抑性的角度考虑，法律不愿进行过多的干涉；另一方面是考虑到刑法的经济投入与产出，不愿对其投入大量的人力、物力和财力，更愿意集中主要资源于大案、要案，以更加合理地分配司法资源。因此只是对社会危害性很大、可能危害公共安全的行为才列入刑法予以规定和制裁。可以说，目前关于“无被害人犯罪”的立法很不完善，规定较少而且惩罚较轻，不足以达到有效遏制犯罪的效果。以毒品犯罪为例，在全国人大常委会制定的《关于禁毒的决定》²中，仅仅将走私、贩运、制造和非法持有毒品的行为作为犯罪处理并给予刑罚，而对于吸食毒品的行为只以违法行为论处，这样的立法显然是模糊和单薄的。当前吸毒行为已遍及全国，对社会危害之大，已成为一件令人触目惊心的事情。³因此本文从我国国情出发，分析当前刑法中无被害人犯罪的现状与立法缺陷，以吸毒行为为例，拟提出立法改进建言，探寻我国无被害人犯罪有限犯罪化的正当性、可行性以及立法模式选择。

¹ 参见彭勃：《“无被害人犯罪”研究——以刑法谦抑性为视角》，《法商研究》2006 年第 1 期，第 51 页。

² 全国人大常委会《关于禁毒的决定》第八条：吸食、注射毒品的，由公安机关处十五日以下拘留，可以单处或者并处二千元以下罚款，并没收毒品和吸食、注射器具。

吸食、注射毒品成瘾的，除依照前款规定处罚外，予以强制戒除，进行治疗、教育。强制戒除后又吸食、注射毒品的，可以实行劳动教养，并在劳动教养中强制戒除。

³ 参见刘广三、盖玉彪：《论无被害人的犯罪》，《山东公安专科学校学报》1999 年第 6 期，第 30 页。

（三）主要研究方法

1. 文献分析法。

通过收集、鉴别、整理与本题相关的文献，从文献中发现与无被害人犯罪相关问题，并对文献中存在的问题进行类型化区分。在此基础上，分析当前我国国情下，无被害人犯罪的有限犯罪化。

2. 语义分析法。

通过厘清“法律家长主义”、“个人自由”、“国家干预”、“道德”、“法律”等概念，以及对相关概念进行横向对比，阐明它们之间的逻辑关系，从而将“无被害人犯罪”进行科学、准确的定性。

3. 比较分析法。

通过与国外关于无被害人犯罪方面的立法和司法实践进行比照，结合我国法治建设的现状，来分析我国无被害人犯罪应采取的立法模式，并对现有的立法缺陷加以完善。

（四）研究思路

本文首先引入“无被害人犯罪”的概念，并介绍其典型类型和区分标准；然后对无被害人犯罪犯罪化问题进行理论描摹和正当性分析；接着以吸毒行为为例，对无被害人犯罪犯罪化进行可行性分析；最后得出，在当代中国，无被害人犯罪应当有限犯罪化的结论。

一、无被害人犯罪一般理论

（一）无被害人犯罪的概念界定

1956年，美国学者埃德温·舒尔在著作中首次提出了“无被害人犯罪”的概念。¹之后，各国学者也纷纷对“无被害人犯罪”的概念进行界定，尽管这个概念广受争议，但“无被害人犯罪”这个专有名词却保留至今，并作为这类现象的统称。但目前为止，对于“无被害人犯罪”的概念，学者之间并没有形成统一的观点。

笔者在查阅了大量资料后，发现当前国内外学界对“无被害人犯罪”的界定主要分为以下几类²：

1. 无法益侵害说

此观点从犯罪的本质——法益侵害性着手，将法益侵害当做定罪的唯一标准，认为“无被害人犯罪”保护的法益不明确，或者说不对法益产生侵害或者危害。这种观点的主要代表人物是日本学者大谷实。³

2. 纯自愿行为说

此观点由最早提出“无被害人犯罪”概念的埃德温·舒尔提出⁴，从无被害人犯罪的“行为相对人的自愿性”这一特性考虑，将无被害人犯罪与犯罪行为进行区别，并以此为缘由肯定其非犯罪化的合理性。

3. 纯伦理保护说

此观点从立法者的角度出发，认为“无被害人犯罪”是指同个人的生活利益无关的、专为保护宗教或道德的犯罪，从而归纳无被害人犯罪所侵犯的法益。该学说为我国学者所推崇，着眼于“无被害人犯罪”与传统犯罪的区别，著名

¹ 埃德温·舒尔认为：“人们有强烈的需要，主要在成年人之间依自由意志积极交换的行为，如果属于不为社会承认且被法律所禁止买卖的物品或服务，即构成无被害人犯罪”。转引自王思海：《无被害人犯罪与未成年人保护》，《青少年犯罪问题》2004年第2期，第12页。

² 参见彭勃：《“无被害人犯罪”研究——以刑法谦抑性为视角》，《法商研究》2006年第1期，第52页。

³ [日]大谷实：《刑事政策学》，黎宏译，法律出版社2000年版，第89-90页。

⁴ 参见王思海：《无被害人犯罪与未成年人保护》，《青少年犯罪问题》2004年第2期，第12页。

的学者代表有王恩海、彭磊等。¹

4. 被害人不明显说

此种观点从犯罪的形态角度出发，将“无被害人犯罪”视作被害人不明显或者没有直接被害人的犯罪。相反，该类行为中犯罪人由于必须受到法律制裁而成为唯一受害人。此种主张的主要代表学人有王晓辉、李贵方等。²

综上，笔者对“无被害人犯罪”概念的理解是：行为人基于自愿参与的，没有侵害或危害他人法益的，但是实际上造成自损或者侵害社会道德风俗和公共秩序的行为。

在此需要说明的是，“无被害人犯罪”中“犯罪”的概念比刑法学中“犯罪”的概念范围要广，它属于广义的犯罪学概念，既包含了刑法所规定的犯罪，也涵盖了违法行为和违反道德的行为。从“无被害人犯罪”的概念源头以及实际应用来看，其中大多数行为还达不到刑法上的“犯罪”标准，而主要是在犯罪学领域。刑法学上“犯罪”的广度要比犯罪学上的“犯罪”窄的多，其“犯罪”的概念因受到罪刑法定原则的约束，内涵和外延都有着严格的边界。所以，本文所指的“无被害人犯罪”中的“犯罪”属于犯罪学上的概念，而“犯罪化”与“非犯罪化”中的“犯罪”则是刑法学上的概念。³

（二）无被害人犯罪的典型分类

迄今为止，对于“无被害人犯罪”的分类尚且没有统一的标准。通过查阅资料，现归纳典型的分类如下：

1. 按照是否有相对人，可分为：

双方的交易行为：如同性恋、通奸、卖淫、高利贷、赌博、买卖器官等；单方的自损行为：如自杀、堕胎、酗酒、吸毒等。

2. 按照行为内容的不同，可分为：

涉及宗教的行为：如亵渎神灵等；涉及道德的行为：又可具体分为涉及生命权益的行为，如自杀、堕胎、安乐死等；涉及性利益的行为，如卖淫、乱伦、通奸，同性恋等；涉及财产方面的行为，如高利贷、赌博等；涉及药物滥用的

¹ 参见彭磊：《非犯罪化思想研究》，《杭州商学院学报》2003年第1期，第53页。

² 参见王晓辉：《无被害人“犯罪”的视角转换：安乐死之非犯罪化》，<http://WWW.law-lib.com/lw-view.asp?no=1871>，2016年11月13日访问；李贵方：《西方国家关于“无被害人犯罪”问题的争论》，《外国法学研究》1989年第2期，第47页。

³ 参见谭静：《无被害人犯罪研究》，山东大学2008年硕士学位论文，第2页。

行为，如吸毒等。

3. 笔者认为，犯罪最本质的特征是法益侵害性，因此，本文建议对无被害人犯罪按照侵犯的法益不同进行分类，主要包括：

侵害行为人自身利益的行为：如自杀、安乐死、吸毒、酗酒等；

违背社会道德、风俗习惯的行为：如卖淫、通奸、乱伦、聚众淫乱、同性恋、堕胎或避孕等；

违反社会管理秩序的行为：如吸毒、赌博、高利贷、公开酗酒等。

（三）无被害人犯罪的区分标准

根据犯罪学上功能性犯罪确定的概念，针对无被害人犯罪的具体情形，可以把无被害人犯罪分为以下三类：（1）社会危害性严重的、已被法律明文规定为犯罪的行为；（2）社会危害性严重的、在法律上已达到定罪界限，但没有被认定为犯罪的行为；（3）社会危害性不严重的、不应当法定为犯罪，但仍具有刑事违法性的行为。¹除此之外，还有一些社会危害性较轻的无被害人犯罪，只被认为是一般伦理道德范畴，并不介入法律的考量。

由上述区分标准可见，“无被害人犯罪”的区分标准主要是根据其社会危害性的程度。刑法理论上认为，犯罪成立应该具备三方面的要素：社会危害性、刑事违法性和刑罚应罚性。因而，某类行为是否被认定为犯罪行为，首先要看该行为具有的社会危害性严重程度；其次要看立法上对其的评价，也就是说，必须先由立法者把那部分具有严重社会危害性的行为从一般的违法行为中甄别出来，纳入刑法的调控范围，进而对它实施刑罚，使这部分行为因具有犯罪的特征而与其他危害行为区分开来。

¹ 参见刘广三、盖玉彪：《论无被害人的犯罪》，《山东公安专科学校学报》1999年第6期，第30页。

二、无被害人犯罪犯罪化的正当性分析

（一）无被害人犯罪犯罪化的理论基础

在当今的时代背景和社会形势下，中国的刑事立法政策既要与世界潮流相吻合，又要与中国的基本国情相符合。基于这种情况，中国无被害人犯罪的刑事立法政策就必须处理好以下两个问题：第一，维持刑法人权保障机能与社会保护机能的平衡。第二，协调好刑法与道德之间的关系。¹因此，我们就不得不重新考虑个人自由与国家干预的关系以及法律与道德的界限问题。

1. 自由主义与法律家长主义的博弈

西方国家曾一度掀起无被害人犯罪非犯罪化的浪潮，体现了国家保障公民自由的精神，其理论基础主要就是自由主义。可以说，国家对自由主义的态度决定了无被害人犯罪是否存在及其存在的范围。而法律家长主义又为国家干预自由提供了强大的理论支撑。因此，为了论证无被害人犯罪犯罪化的正当性，本文拟考察自由主义和法律家长主义源流及其相互之间的博弈轨迹。

（1）自由主义

自由（liberty, freedom），就西文字意来说，指的是从约束中解放出来，或者说是一种不受约束的状态。自由遍及社会生活的方方面面，不同学科对其的理解千差万别。法学上讨论的自由，主要涉及的是人的行为与法律的关系，²其含义在于：自由是法律上的权利，其边界就是不能从事法律所禁止的行为。³

①自由主义的理论谱系

汇总一些学者的观点，自由主义的理论谱系主要有下面几种思想⁴：

第一，自由理性主义。广义的理性主义是认识和立论都产生于可质疑、可推导、可探究、可论证的基础上的，而不是诉诸无法论证的、感性的或者因人而异的凭感觉的体验。这种理论萌发于古希腊，兴盛于近代西方哲学。

¹ 参见刘雅婷：《论无被害人犯罪的立法选择》，《湖北经济学院学报（人文社会科学版）》2010年第12期，第93页。

² 引自《马克思恩格斯全集》（第一卷），人民出版社1995年版，第176页。

³ 参见张文显主编：《法理学（第四版）》，高等教育出版社2011年版，第264页。

⁴ 参见顾肃：《自由主义哲学的基本理念》，中央编译出版社2005年版，第3—22页；参见李强：《自由主义》，中国社会科学出版社1998年版，第147—172页；参见车浩：《自我决定权与刑法家长主义》，《中国法学》2012年第1期，第90页。

第二，个人主义。个人主义强调以个人为中心，强调自我引导的、相对不受约束的个人，强调个体在国家和集体中的重要性，将公民从共同体中剥离出来。在这种信念体系中，个人才是目的本身，社会仅作为实现个人目的的方式或者方法；在道德层面，人人皆平等，任何人都不能成为其他人谋取利益的手段。由此推动了公民自我意识的觉醒。

第三，社会契约论。它假设人们是在原初的状态下通过彼此订立契约或者协议建立基本政治和组织原则，制定法律规则，形成权力机制。从理论角度看，这是指在特定的环境下个人为增长其利益而选择规则结构时所表现出来的方法。从刑法角度看，它推翻了国家和权力的神圣地位，让个体坚信公权力，诸如刑罚权、源自个体之间的盟约，因而在公民需要对个人事务进行特殊化处理之时——表现为与被害人达成某种契约或者协议，就可以消除刑罚。

第四，功利主义。其终极评判标准是所有立法、政府政策和道德准则在其实施之后可能达到的功利水平。它的理论出发点不是空洞的社会福利或者总意志，而是个人的幸福。公民有权在自己事务的范围内，不必屈服于他人的意志，决定自己支配的对象和幸福的标准。

第五，道德多元主义。¹道德多元主义对于基本的道德争议采取中立的态度，抛弃了以单一的客观道德秩序来界定个人的准则，认为在政治上对于善与恶的最终性质并不存在一个绝对的标准或基础。多元化的道德观要求社会尊重个体的选择而不能强求其归于统一，公民有权以一种他自己喜欢的方式去处理个人事项，即使不被大多数人的价值观所认同。

②对自由主义的反思

19世纪西方资产阶级法学的基本特征主要是自由主义，进化论、实证主义、功利主义等构成了其理论基础。自由主义思想是西方文明的文化传统，在西方国家已经有很长的历史。在经历了几百年的自由资本主义发展之后，在西方资本主义国家的各个领域，以个人为本位的自由观已经成为一种厚重的文化基垫并蕴藏其中。然而，我们现在强调加强个人自由、强化个人权利保障的时候，绝不意味着向西方的“自由放任”回归，因为从西方国家进行社会转型的历史发展路径可以看出，“自由放任”之路终将是失败的。自由应该是有秩序的自由，应该有其尺度和限度。个人自由价值地位的建立并不是要求绝对的自由，

¹ 参见顾肃：《自由主义哲学的基本理念》，中央编译出版社2005年版，第3-22页；李强：《自由主义》，中国社会科学出版社1998年版，第147-172页。

也并不是要求彻底排除国家的干预。也正因如此,伯林¹反对片面强调消极自由,推崇国家有力地介入公民生活。按照他的观点,国家不是潘恩所谓的“必不可少的恶”²,而是一种必要的“善”,国家权力的扩充不但不必然对自由构成侵害,反而会大有裨益。他提倡政府充分发挥自己的功能,尽可能的激发每个人的潜能,扫清个人发展的各种障碍,为共同善的发展营造有利环境。即积极自由。³

总之,理性的自由是每个人的自由与他人的自由相共存,因而自由应当被限制在保障另一人享有同等有效自由的范围内,这也使得国家权力的适当介入成为必要。“国家可以通过对公民权利的保护促进其自由,也可以通过确立一定的规则禁止某些行为,从而使其他的行为成为自由,另外还可以通过消除一些人对于经济、社会或政治权力的滥用,以及由于无知、贫穷和奴役的传统而造成的对自由的障碍而扩大自由。”⁴这也意味着,作为国家干预必要手段的法律家长主义的存在是有其必要性的,因而我们需要认真对待法律家长主义的理念。

(2) 法律家长主义

经历了一个多世纪的发展,西方“法律家长主义”的理论创立与制度建设为我们积累了大量成功的经验,同时也产生了失败的教训,最重要的是为我们提供了“法律家长主义”的基本理论模型,进一步为我们法律制度的构建奠定了理论前提。因此,我们对法律家长主义的认识不能局限于封建家长制的狭隘观念,而应重新对其进行定义。既要与世界法治理论相吻合,还要参考中国的法律文化传统、法律规范与社会实际情况,建设具有自身特色的法治国家,这是符合我们现在法治时代的要求和精神的。⁵

① 法律家长主义的概念

“法律家长主义”,又称“法律父爱主义”,意指法律像父亲对待孩子一样,代替或者帮助他作出行为选择。此种主义和伦理理念相似,将家长与子女

¹ 当代自由主义一代宗师以赛亚·伯林把自由划分为消极自由与积极自由,认为:消极自由意味着不被别人干涉,是“免于……的自由(liberty from…)”,不受干涉的领域越大,人的自由也就越大;而积极自由则意味着个体希望成为自己的主人,是“做……的自由(liberty to…)”,其主要含义是人自身应当拥有自主性。参见梁光晨:《消极自由与积极自由——解读以赛亚·伯林的自由观》,《西南农业大学学报(社会科学版)》2012年第10期,第104页。

² [美]托马斯·潘恩:《潘恩选集》,马清槐译,商务印书馆1997年版,第3页。

³ 参见许世鹏:《公民自由与国家干预的尺度——以赛亚·柏林自由思想评析》,北京大学2005年硕士学位论文,第8页。

⁴ 唐士其:《西方政治思想史》,北京大学出版社2002年版,第409页。

⁵ 参见王一行:《从伦理到法律的抉择——西方家长主义理念嬗变》,《中南林业科技大学学报(社会科学版)》2009年第5期,第50页。

的关系用于法律和公民之间：法律对待公民应当像家长对待子女一样，以管束教育和保护为主，公民则受益于服从国家和法律干涉。¹“法律家长主义”是家长主义在法律领域的运用，即国家为了保障公民的权益而以法律的形式对公民自我损害的行为进行干涉或规制。需要注意的是，家长主义的干涉并不是对个人行为的任意干涉，而是为了避免个人可能因为相对不理性的行为对其自身造成伤害或者为促进其利益的发展而进行的干预。

中国古代儒家的“君父思想”和古希腊关于“国即是家”的思想，其表现出的父权主义也是家长主义的早期形式，西方“法律家长主义”历经近半个世纪，完成了从出现到成熟的过渡。在上世纪70年代乔尔·范伯格所著的《自由、权利和社会正义》一书中，最早出现了“法律家长主义”，但其仅是一种学术术语而并不是主要内容。杰拉德·德沃金、戈特、波普等人进一步的完善和细化了其概念。²

②法律家长主义的分类

按照其对当事人自由的限制程度，法律家长主义有两种类型，分别是“软家长主义”和“硬家长主义”。

“软家长主义”，是指在当事人的认知能力不健全或缺乏认知能力的情形下，法律或政府对其进行干涉，旨在维护他们的利益。“软家长主义”之所以被认为是“软”的，是因为它没有违反当事人的“真实意志”，仅是优先权衡行为的自愿性。³当事人在全面了解到真实信息的情况下，也会认同这种干预。因此，实际上，“软家长主义”并不是对自治的阻碍，而是对自治的保护和提升。

有别于“软家长主义”，“硬家长主义”是指当事人在完全了解某个或某些行为可能产生后果的情况下，仍愿意从事一些会损害自身权益、减少个人功效的行为，法律此时做出禁止性规定，也同“软家长主义”一样，旨在保护当事人的利益。⁴实际上，“硬家长主义”才是真正意义上的家长主义，对行为人的自愿性在所不问，而将利益（生命利益、身体利益和福利性利益等）排在首位并对其自由进行强制性的干预。

¹ 参见杨广：《两种自由思想视野下的法律家长主义》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010年第11期，第7页。

² 参见李琨：《浅析“法律父爱主义”在中国的实践和限制》，《边缘法学论坛》2000年第3期，第92页。

³ 参见郭春镇：《另一个德沃金如是说——〈自治的理论与实践〉札记》，《河北法学》2007年第10期，第4页。

⁴ 参见郭春镇：《论法律父爱主义的正当性》，《浙江社会科学》2013年第6期，第80页。

③法律家长主义的正当性¹

首先,“法律家长主义”有其存在的两个基础:第一是民众心理基础,第二是实证法上的规范基础。民众心理中以“仁政”与“民本”观为代表的政府观念,根据中国目前的状况,与“法律家长主义”很可能顺利衔接。通过与福利国家的对照,中国人权与社会保障制度已经被写入宪法,为法律家长主义的存在提供了基础和规范依据。²

第二,个人选择应该被尊重,但法律中的“人”并不总是强者的形象,也未必在任何情况下都知道自己的最大利益,有时甚至是“弱而愚”的、需要保护的人,就需要外来的干预维持其利益平衡。考虑到个体的脆弱,法律应该保护其自身利益免受外界的伤害。

第三,自由包含了积极自由和消极自由两个方面,并构成一体,那么有时尽管约束了消极自由,也要看其对积极自由有多少促进作用,对整体自由的积极影响程度。在不侵犯个人自决的前提下,如果它保护了当事人的权益、提升了当事人的福利和社会的整体成就,那么这种限制则被认为是应当的。³

最后,社会连带性理论告诉我们,个人与社会的关系无法完全割断,一些人的自由必然是对另一些人的限制,个人自然也不能无视社会的要求。“权力为了防止他对于他人的伤害,尽管背离文明共同体所有成员的意志也要对他进行正当干涉”。⁴如果这个社会要求的力量将其意志以法律的形式加之于他人身上,就是一种“法律家长主义”的体现。

(3) 法律家长主义的核心意蕴

“法律家长主义”的核心在于国家对当事人的强制,国家在对他们的利益关注的同时,也要为家长式的法律设定一个“度”。如果强制行为超过了一定的限度,国家则被认为是暴力和无赖的。自由主义与国家干预需要对此进行平衡,平衡的界限就是人的价值得以肯定和人的尊严得以尊重。

①个人自由与国家干预的关系

国家干预的最典型特征就是使用强制力来引导和规范人们的社会行为,通

¹ 参见李琨:《浅析“法律父爱主义”在中国的实践和限制》,《边缘法学论坛》2000年第3期,第93-95页。

² 参见孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,《中国社会科学》2006年第1期,第55页。

³ 参见孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,《中国社会科学》2006年第1期,第56页。

⁴ [英]密尔:《论自由》,于庆生译,中国法制出版社2009年版,第21页。

过合法的方式实现对公民的责任。¹国家干预对于个人自由具有双重作用：一方面，国家权力是个人自由的威胁；另一方面，国家权力又是维护个人自由的必要条件。

第一，排斥关系：个人自由排斥国家干预

自由主义者认为国家权力会侵害个人自由，是一种“必要的恶”。依自由主义者的观点，自由的实质是独立于他人的专断意志，不受他人的逼迫和约束。因此，它需要一个私人空间，不受外界干涉。但权力有一种无限扩张的本能，国家权力很可能会越过公共领域、侵入私人空间，从而构成对个人自由的侵害。随着社会发展和科学进步，特别是多元化时代到来，个人主义思潮传播非常广泛，尽管是出于良好意愿的权威，人们也会理性对待并且希望在尽可能大的空间内拥有自主决定、自由发展的权利。因此，自由主义者对国家权力有一种深深的恐惧。²

第二，保障关系：个人自由需要国家干预

自由主义与无政府主义不一样，它认可建立国家的必要性，因为需要国家权力来保障人们的自由。虽然在国家起源的问题上，自由主义者有着不同的观点，但是在建立国家的必要性上，他们有着一致的意见。建立国家正是为了保障个人自由（诸如生命、自由、财产等）所体现的一系列权力。“法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。”³国家权力机关颁布了法律，并对其进行保护，以通过其对个人自由的保障实现对个人的保护。国家干预之后，人们的自由看似受到限制，实际上是得到更好的保护。

干预和自由既是对立关系，也是并行而不悖的关系。干预是有条件的干涉，必须限定在以实现自由为目标的框架内，国家干预也必须遵循自由保护的原则。

②国家干预的正当性理由

自由主义强调个人自由和最低限度的国家干预，它将伤害原则⁴作为国家干

¹ 武彬：《个人自由 社会秩序 国家干预——论托马斯格林的新自由主义》，《中共济南市委党校学报》2014年第5期，第72页。

² 参见申林、姚仁权：《自由主义论国家权力对个人自由的双重作用》，《湘潮》2007年第8期，第6页。

³ 参见申林、姚仁权：《自由主义论国家权力对个人自由的双重作用》，《湘潮》2007年第8期，第7页。

⁴ 在《论自由》中，密尔指出：“人类之所以有理由可以个别地或者集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉，唯一的目的只是自我防卫。这就是说，对于文明群体中的任一成员，所以能够施用一种权力以反其意志而不失为正当，唯一的目的只是要防止对他人的伤害。若说是为了那人自己的好处，不论是物质上的或是精神上的好处，那不成成为充足的理由。”这就是密尔提出的著名的伤害原则，它一直以来被自由主义者尊奉为国家干预行为的唯一原则。但是，在现代社会，这一原则却越来越受到了人们的质疑。转引自刘笑言：《自由主义 VS 父爱主义：国家干预的正当性理由分析》，《云南行政学院学报》2010年第5期，第31页。

干预的正当性理由。但是，由于伤害原则自身的局限性使得它并不能成为国家干预理论唯一的正当性理由。家长主义理论在重新解释个人自主的内涵的基础上认识到个人偏好的可塑性，提出了在保护个人自由的同时促进个人福利发展的家长主义国家干预原则，并重新确立了国家干预的正当性依据。

“国家干预还有一个重要功能，可以使行为人恢复对于自治价值的认识，提高他的自治能力。如果行为人否定了身体、精神等自治性条件的价值，国家为了对他的自治表示尊重和保护，就会对他的行为加以干预。”¹法律家长主义表面上看是限制自由，但它实际上是以人为目的，提升人们的消极自由。法律家长主义为了保护人们（诸如生命权、健康权、人格尊严权等）最基本的权利，严格禁止诸如器官买卖和自愿被奴役等此类自戕的“自由”。与其说是限制，还不如说是指导一个自由的人去追求他的正当利益。并且，法律家长主义也能够提升人们的积极自由。法律家长主义提供社会安全网对弱势群体进行保护，让他们的权益不受侵害，有些时候他们不愿意，就会被要求强制执行。通过立法的形式建立的规定，比如养老保险、医疗保险、工伤保险等，在经历了司法考验后，在越来越多的地区贯彻执行。

客观地讲，有些法律规定确实约束和影响了当事人的行为，但它们能够给那些充分理性的、不易犯错的人带来小利，给那些不理性的、容易犯错的人带来很大的好处，甚至不产生成本，从整体上看，这些法律规定就是一种提高社会福利的制度。²因此可以说，适当的国家干预是必要且正当的。

③当代中国法律家长主义的实践

“法律家长主义”在当代中国应该是一个如何适用、如何实践的问题，而已经不是一个适用与否的问题了。例如，在食品药品监管领域，国家自1994年起实施全部食用盐加碘举措；国家对药品管理也进行了分类管理：分为处方药和非处方药，而处方药只能按照医嘱购买。在交通安全管理领域，机动车必须购买第三者责任强制保险；摩托车驾驶员必须佩戴头盔，行驶中的机动车驾驶员及乘客必须佩戴安全带。在民事法律领域，民间借贷的利率不得超出银行同类贷款利率的四倍；直系血亲和三代以内旁系血亲禁止结婚；劳动者每日工作时间不得超过8小时，每周工作时间不得超过40小时，等等，都是法律家长主义在当代中国实践的典型例证。法律家长主义在法律实践中被具体化为行动理由，也为国家对自我损害之行为的干预提供证成和指引，所以，对于吸毒、醉

¹ 郑玉双：《自我损害行为的惩罚——基于法律家长主义的辩护与实践》，《法制与社会发展》2016年第3期，第183页。

² 郭春镇：《论法律父爱主义的正当性》，《浙江社会科学》2013年第6期，第76页。

驾、不系安全带等行为均提供了入罪的正当性理由。¹

“法律家长主义”在当今社会极具争议，在作出决策时，政府要充分兼顾好以下平衡：一、杜绝国家公权力对公民私领域的不当干涉与防止相关领域的法律空白的平衡；二、避免集权与暴政的倾向与充分赢得实现自由所需社会资源的平衡；三、有限度地崇拜法律家长主义与适时地运用法律家长主义解决中国法治建设中出现的问题的平衡。只有平衡好个人自由与国家干预的冲突，才能构建起与中国法治实践相协调的“法律家长主义”。

2. 法律与道德之间的张力

法律与道德的关系是贯穿法哲学之中的一条重要基线，也是一个亘古恒新的问题。长期以来，法律与道德之间的关系一直是各派法律学者的必争之地，被誉为“法哲学的好望角”。

（1）道德法律化与法律道德化²

法律与道德之间的关系是双向存在的，既有“法律道德化”，又有“道德法律化”。道德尚善，法律制恶，法律是最低限度的道德，法律是推进道德和保障基本社会道德秩序的制度屏障，两者的目标在于追求社会的和谐。

道德法律化，指的是立法者借助于立法程序以法律的、国家意志的形式将一定的道德观念和道德要求或道德规则呈现出来并使之规范化、制度化，侧重于立法过程。道德法律化，是将人类的道德理想、原则、规范铸为法律，将社会的道德规范逐步纳入法律条文，善法就是在此过程中产生并发展的。

法律道德化，指的是公民自觉把守法内化为一种道德义务，把法律内化成人们的品质、道德，并让人自觉的去遵守和维护，侧重于守法过程。法律道德化，是将法律内化为更高形式的道德权利与义务的过程，更是法律被人们普遍遵守乃至信仰的过程。

道德法律化构建了法治的基础，法律道德化扩展了法治的内涵。道德法律化是良法产生的根据，构建起法治社会的“硬件”，将道德理念逐步转化成法律；法律道德化则是为了增强人们的法制意识，完备社会法制观念，通过法律文化这一“软件”的构筑，将法律转化为更高层次的道德权利与义务的过程。

¹ 参见李琨：《浅析“法律父爱主义”在中国的实践和限制》，《边缘法学论坛》2000年第3期，第94页。

² 参见范进学：《论道德法律化与法律道德化》，《法学评论》1998年第2期，第34页。

道德法律化提供了法制，法律道德化体现了法治，共同构建了法治社会。¹因此，认为无被害人犯罪是道德领域的事情而不应该犯罪化的理论是站不住脚的。

（2）法律的道德界限——犯罪化的道德标准

在刑法犯罪化与非犯罪化的过程中，必须考虑道德的基础作用。法律存在着自身的合法性问题，道德同样也要经受合理性的追问。道德评价标准是特定历史条件的产物，随时代的发展而变化，因此具有历史性和时代性。真正具有合理性的道德，应该是于社会环境有益的，能提供优秀社会条件去维持和支撑人类社会共同的生存与发展。将这样的道德进行法律化，为法律自身的合法性和正义性提供了保障。如果要实现从“道德义务”到“法律义务”的跨越，立法时就必须给予充分的合法化依据。如果国家认定一种行为为犯罪并加以惩处，就应当通过正当性的检验来获得道德基础。因此，笔者认为刑法在出入人罪时必须把握以下道德标准：

第一，普适性。道德规范能够上升为刑法规范的前提条件是其能为一般社会公众所普遍认可。普遍的道德准则是社会正常秩序得以维持、社会交往活动得以正常进行的条件，也是多数人都能够自觉遵守的道德要求。法律作为国家调控人民的重要手段，国家强制力的保证实施和大众普遍的认同和接受决定了法律的有效性。因此法律必须充分考虑大众的道德观念和道德水平，一项道德准则只有在普遍接受的情况下，才能使公众服从并得以顺利推行。

第二，必要性。道德是刑法的基础，刑法是道德的底线。唯有不道德的行为超越一定的界限时，寻求刑法的庇护才是合理的。社会的要求和具体道德准则的社会紧要水平，决定了道德是否能够上升为刑法规范。对不道德行为的规制有道德、政治、法律等手段，就法律手段而言又有民事、行政、经济等部门法加以调控。犯罪作为最严重的不道德行为，只有在其他诸多的社会控制手段无法对其规制时，刑法才介入其中对其进行规制，以体现刑法补充性和最后性的特征，换言之，道德只有在必要的情况下才得以入刑。道德的刑法强制，填补了道德自律和其他社会手段的他律无法保障基本社会秩序的空白。

第三，可行性。道德的法律化不应该是个人道德、主观道德的法律化，而应该是社会道德、客观道德的法律化；道德的法律化既包含人的精神层面的法律化，也包含社会中人的行为层面的法律化；道德法律化一并受着司法成本和司法资源有限性的限制，这两个关键因素决定了其范围。因此，能够上升为刑

¹ 参见赵志刚：《浅析现代法制发展趋势——从道德的法理化到法理的道德化》，《法制与经济》2013年第9期，第34页。

法规范的道德规范应该是社会的、客观的、涉及人的行为层面的并且当已有的司法资源足以承载解决该社会问题和社会纠纷的负荷时,才能加入到刑法保障和司法救济的范围之内。

(二) 无被害人犯罪犯罪化理论纷争述评

刑事立法的实质就是犯罪化和非犯罪化。无被害人违法行为犯罪化会产生两种截然不同的效果:犯罪化得当的,可以有效规制犯罪行为并维护社会稳定;犯罪化不得当,则违反了刑法谦抑性原则并破坏个人主义和自由主义。罗尔斯认为:“刑罚妥当与否,只能根据刑罚作为维护社会秩序的工具、实施它的可能效果来评判。如果实施刑罚的结果表明它具有促进社会利益的效果,它就是适当的;否则,就是不适宜的。”¹对于无被害人犯罪而言,将其适当的进行犯罪化处理,是有着理论基础和实践意义的。

1. 反对犯罪化的缘由

对于无被害人犯罪犯罪化的政策,一直以来都有很多反对的声音。首先,基于自由主义的理念,个人自由是每个人所固有的、不可剥夺的权利。他们的理由是“无被害人犯罪”是行为人出于自愿而实施的行为,通常体现为对个人权利的处分,属于社会伦理道德范畴,不应该由法律规制。其次,根据刑法谦抑性原则²的要求,如果将无被害人犯罪做犯罪化处理,则会使得刑法过度干预公民的私生活,从而造成刑罚滥用的结果,使人感受不到刑罚的严肃性。另外,法益保护主义³认为,刑法的任务是保护法益,犯罪的实质则是对法益的侵害或威胁,而无被害人犯罪并没有直接侵害他人的法益,故不应该犯罪化。最后,从刑法投入成本—效益经济学角度⁴分析,无被害人犯罪具有自愿性、隐秘性的特点,这就决定了行为人一般不会主动向有关机关控诉,并且执法部门取证困

¹ [美]理查德·霍金斯:《美国监狱制度——刑罚与正义》,中国人民公安大学出版社1991年版,第98页。

² 所谓“刑法谦抑性”,是指立法者应当以最小的支出、甚至不用刑罚(而用其他措施代替刑罚),获取最大的社会效益,从而有效地预防和控制犯罪。参见王恩海:《无被害人犯罪与非犯罪化》,法律出版社2004年版,第19页。

³ “无被害人犯罪之所以成为当今世界非犯罪化运动热点,乃因现代刑事法理已经抛弃了过去那种认为犯罪的本质在于违反伦理的陈腐观念,而确立了以法益侵害为犯罪本质的科学刑法理论。”引自张明楷:《论刑法的谦抑性》,《中南政法学院学报》1995年第4期,第55页。

⁴ 美国学者迈克尔·贝勒斯指出:“如果刑法不能有效地解决问题,便没有充分的理由使行为犯罪化,因为主要问题依然存在。我们不能期望刑法完全消除犯罪行为,但刑法至少应把犯罪控制在一个可容忍的水平上。”基于刑法资源投入的成本—效益的经济学考虑,各国不得不对所谓无被害人的犯罪或者法益侵害轻微的犯罪网开一面,尽可能避开正常刑事司法程序,而另谋其他防制对策。引自梁根林:《刑事法网扩张与收缩》,法律出版社2005年版,第241-242页。

难。如果在此类行为上的司法投入过多，则会占用其他犯罪的司法资源，从而降低司法效率。

2. 支持犯罪化的理据

(1) 非犯罪化弊端

对于个人而言，社会就像一个黑洞一样充满着许多未知因素，人们的生活主要依靠薄弱的技术方式，随着社会生活的科技化、尖端化和多元化，个人行为所具有的隐性危险也不断变多，人们无法预知何时会有何种灾难。目前社会犯罪的危害系数大量增加，刑法的提前干预就显得刻不容缓。忽视或放纵犯罪将是和谐社会中最不和谐的因素。行政犯与日俱增，尽管行政管理在强化，但是其法益侵害性仍然在一步步加剧。司法机关需要反复衡量行政犯与行政违法的划分，对以前部分仅以行政违法处置的行为作为行政犯处理。以此类推，由于社会生活状况的改变，司法机关也要反复衡量一般违法行为与传统犯罪之间划分，对以往的部分一般违法行为进行犯罪化处理，¹从而达到预防犯罪和打击犯罪的双重目的。

(2) 犯罪化的正当性

英国德夫林勋爵提出：“法律的责任是既要保护好个体，还要维护好社会的稳定。个体行为都有特定的社会道德准则，违反这种准则就是对社会整体的侵害，因此个人的道德行为也必须纳入刑法调控范围。”²对于无被害人犯罪犯罪化的正当性，很多支持的学者都持有这样的观点：无被害人犯罪是对社会伦理道德的违反，也是对社会利益的侵害，不但会引起社会秩序和道德秩序的混乱，并且易引发其他类型的犯罪。因此，刑法在充分发挥保护法益和保障人权的功能的同时，必须适应不断变化的社会生活事实。如将吸毒、赌博、卖淫等行为犯罪化处理，通过让公众敬畏刑法的威严和刑罚的震慑力，达到减少甚至杜绝此类行为发生的目的，还能减少由前者行为所引发的诸如盗窃、抢劫、强奸等其他犯罪行为。现在的社会生活非常复杂，犯罪行为也越来越尖端，只要犯罪行为发生，都会产生不可估量的侵害结果；所以，必须对法益进行提前保护，而不能等到造成严重侵害结果后再处罚。³从而降低无被害人犯罪潜在的社会危害性，并维护社会秩序和保障人们的安定生活。

¹ 张明楷：《司法上的犯罪化与非犯罪化》，《法学家》2008年第4期，第65页。

² 转引自苗雪：《无被害人犯罪研究》，黑龙江大学2014年硕士学位论文，第14页。

³ 张明楷：《司法上的犯罪化与非犯罪化》，《法学家》2008年第4期，第66页。

三、无被害人犯罪犯罪化的可行性分析——以吸毒为例

（一）吸毒入罪可行性理由

根据目前我国的立法规定和司法适用，对于赌博罪、毒品犯罪、性犯罪等犯罪问题，往往只处罚后端行为而忽略行为的源头，这在体现我国刑法谦抑性原则的同时，难免暴露出一些问题和不足。本文以吸毒行为为例，深入探讨我国无被害人犯罪有限犯罪化的必要性和可行性，并拟提出立法建言。

1. 吸毒行为的危害

（1）吸毒对人体健康的损害

毒品之所以被人们称为“魔鬼”、“幽灵”、“瘟疫”，主要是因为吸毒容易上瘾却难以戒除。众所周知，毒品对人体最大的危害在于它对人的中枢神经系统可产生高度的毒性和生理破坏。并且随着吸毒的增多，为了达到最初的吸食效果，需要不断加大毒品的使用量才行。当吸食毒品的次数达到一定量时，就会引起质变，使吸毒者终日离不开毒品，对其产生心理上和生理上的双重依赖。只要一停止吸毒，轻者会产生头晕目眩、食欲下降、恶心干呕、狂躁不止与神经麻痹等症状；重者则会引起昏迷、狂妄、肢体抽搐、意识障碍，直接损害吸食者的身心健康甚至生命。

（2）吸毒对家庭的危害

吸毒是一种昂贵的消费行为，绝非一般人所能承担。吸毒者不但花光自己的钱财，更会导致整个家庭的经济危机。此外，吸毒行为妨碍吸毒者与家人进行情感交流。吸毒者大多数都自我封闭，因而对家人们漠不关心。很多吸毒者都给家人们从心灵上和经济上带来了巨大的伤害，导致他们自己有家难归，无家可归。因为吸毒，使他们失去了亲情，更失去了家庭。家庭是社会的细胞，吸毒行为会对家庭的稳定造成强烈冲击，从而也会危机国家和社会的稳定与和谐。

（3）吸毒对社会的危害

①吸毒吞噬国家和社会的财富

吸毒人群数量不断增加，给国家财政带来了巨大的负担。每年政府都得投入几十亿元用作强制戒毒和劳教戒毒的开销。为了帮助吸毒者戒毒，国家购买

大量戒烟设备并培训专业的戒毒人员，还开办了许多戒烟所和戒烟班，即使是这样，仍然供不应求，根本无法满足吸毒人数骤增的现实需要。可以说，政府的这些投入给国家和社会的财富造成了很多不必要损失。

②吸毒是诱发大量违法犯罪活动的根源

吸毒除了给吸毒者造成精神上 and 肉体的双重伤害之外，还易诱发其他违法犯罪活动并破坏社会的和谐安定，从而在很大程度上危害着社会和国家。毒品价格是非常高昂的，一般收入的家庭是绝对无法经常支付的，吸毒者在耗光个人和家庭的钱财后就会走上违法犯罪的道路。许多吸毒者除了自己吸食、注射毒品外，还引诱、教唆、欺骗、强迫、容留他人非法使用毒品；一些吸毒者因为负担不起昂贵的毒品价格，加入到走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪活动中，以获得毒资，这就是“以贩养吸”；很多吸毒者在吸毒后产生幻觉甚至失去控制，有的认为自己思维敏捷、身手矫健，犯罪成功率高；有的认为他人要攻击他，从而实施强奸、抢劫、杀人等犯罪行为。吸毒行为是引发大量违法犯罪活动的祸根，其社会危害性是显而易见的。

③吸毒助长了艾滋病的传播和蔓延

除了毒品本身的危害外，吸毒还是传播艾滋病的主要途径之一。很多吸毒者在注射毒品时，使用的注射器都不消毒，甚至和其他人共用一个注射器，极易引起各种传染病的传播和蔓延，艾滋病尤甚。“最新疫情评估结果显示，截至2013年年底，中国现有艾滋病病毒感染者和病人约65万人（54-76万）……传播方式越来越多，静脉吸毒就占了40.8%。”¹由此可见，如果想要在中国控制艾滋病的传播，首先要采取有效措施遏制吸毒问题才行。

吸毒者虽然伤害的是自己的身体，但是吸毒行为的影响已波及到整个社会，甚至会影响整个中华民族素质的提高，更是威胁全人类生存与发展的大敌。

2. 吸毒行为尚未入罪的原因

虽然吸毒行为有着上述种种危害，但是我国目前尚未将之规定为犯罪，其主要原因如下：

（1）吸毒未侵害法益，属于无被害人犯罪

吸毒并没有对刑法所保护的特定法益产生侵害或威胁，吸毒者直接危害的对象仅仅是其本人而非他人或整个社会，因而只是一种违背道德或宗教的行为。

¹ 参见中华人民共和国卫生部：《中国艾滋病疫情与防治工作进展》，http://old.chinapop.gov.cn/flmsrs/yfazb/20602/t20060227_13843.html，2016年10月18日访问。

对当事者本身而言，他们并不认为吸毒是在旁人眼中看来的对其产生伤害的行为，而只是其自暴自弃的表现而已。对于无被害人犯罪而言，吸毒行为是当事人对自己利益的处置，且该行为并没有侵害给第三人的权益，因此行为人有权自主决定其行为和其行为的方式，社会其他人无权干涉。

（2）符合“刑法谦抑性”原则

从刑法的谦抑性原则的角度来看，由于刑罚以剥夺公民的自由、财产甚至生命为手段，是最严厉的惩罚性措施，故对其适用更应加以谨慎对待。中国现在强调建设法治社会、和谐社会，应该首先使用民事、行政、经济等方式解决违法问题，在这些方式都无效之后才能动用刑罚手段。吸毒行为虽然具有一定的社会危害性，但还没有达到立法者认为需要以刑罚予以规制的程度。

（3）顺应“保障人权”的世界潮流

当今世界“保障人权”已成为各个国家的潮流，一方面人权的观念深入人心，另一方面人权的范围也在不断扩大，除基本人权之外的其他权利已然得到认可与赞同，其中就涵盖了个体“自残的权利”。毒品会使吸食者身心都受到摧残，因此也可以被视为一种“自残”的行为，同时也是行为人自由处分权的体现。“吸毒自残”的行为虽然违背了社会伦理道德，但是出于最大限度保障人权的观念，刑法也不应将吸毒行为定罪处罚。

3. 吸毒行为入罪的必要性

吸毒行为在我国尚未做犯罪化处理固然有着多重原因，但是我们不得不承认，目前我国的吸毒行为屡禁不止、日益猖獗的一个重要原因就是，没有把吸毒行为作为犯罪行为列入刑法，而是仅把其作为一般的违法行为而给予行政处罚，这种宽宥的态度与吸毒行为严重的社会危害性是不相平衡的。因此，笔者认为，吸毒行为入罪是有着重要的理论和实践意义的，主要理由如下：

（1）吸毒行为的社会危害性极大，符合入罪的基本特征

我国《刑法》第13条¹的规定表明了某一行为构成犯罪所必须具备的三个特征：即社会危害性、刑事违法性和应受惩罚性。该规定为我们研究吸毒行为应当入罪提供了标准。

¹ 《中华人民共和国刑法》第十三条：一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产和劳动群众集体所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

根据刑法基本理论,犯罪行为的基本特征是社会危害性。因而在判断某种行为是否构成犯罪时,首先要看它对社会的危害程度大小。在判定时,我们要始终坚持历史的、全面的、本质的观点,既要看到其已经造成的现实危害,又要评估其未来的危害可能。吸毒行为从表面上看危害的是吸毒者自己的身心健康,但实质上它危害的是整个社会的安定和整个国家的发展。通过上文的分析我们可以得知,吸毒吞噬社会财富,引发大量违法犯罪活动,加剧社会治安恶化,助长各种疾病蔓延,严重危害了广大人民群众的身心健康,降低整个中华民族的总体素质,给国家和社会增添了巨大的负担。上述危害集中地体现了我国犯罪的社会危害性的基本内容。因此吸毒行为入罪,是符合犯罪行为的本质特征的。

(2) 是刑罚预防功能的内在要求

刑罚的目的是预防犯罪¹,即我们通常所说的“报应”与“预防”相结合。“预防犯罪比惩罚犯罪更高明,这乃是一切优秀立法者的主要目的。”²因此运用刑罚手段遏制吸毒行为的蔓延,符合刑罚的要旨。

在我国,许多人吸毒的原因都是觉得吸毒是身份的象征,更多的是出于好奇心或追求时髦。尽管他们在吸毒前已经认识到了吸毒行为的危害,但却仍然要铤而走险,最终造成了危害社会的严重后果。根据全国人大常委会《关于禁毒的决定》³,我国目前主要采取两种惩罚措施来处罚吸毒成瘾的人:第一种是由公安机关处以15日以下的拘留,同时也可以单处或者并处2万元以下罚款并予以强制治疗;第二种是将经过强制戒除后又吸毒的人予以劳动教养。《关于禁毒的决定》只将吸毒行为列入一般违法行为进行行政处罚,同时辅以强制戒除,而并没有将之规定为犯罪,这与刑法的预防功能并不相协调。而且实践表明,强制戒毒和行政处罚措施在抑制吸毒方面,通常没有显著的效果。

显然,这些措施既不能疏导他们尝试毒品的好奇心理,又不能威慑吸毒者,阻止其吸毒。但是,刑罚对于犯罪分子和普通民众具有较大的威慑、警戒作用。如果动用刑罚来惩治吸毒行为,首先对吸毒人员来讲是一种严厉的约束和惩罚,其次对社会上许多潜在的瘾君子也可以起到警示和威慑的效果,而且对其他群

¹ 参见张明楷主编:《刑法学》,法律出版社2007年版,第397页。

² [意]切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第102页。

³ 全国人大常委会《关于禁毒的决定》第八条:吸食、注射毒品的,由公安机关处十五日以下拘留,可以单处或者并处二千元以下罚款,并没收毒品和吸食、注射器具。

吸食、注射毒品成瘾的,除依照前款规定处罚外,予以强制戒除,进行治疗、教育。强制戒除后又吸食、注射毒品的,可以实行劳动教养,并在劳动教养中强制戒除。

众也可以起到良好的教育作用,从而达到打击犯罪和预防犯罪的双重效果。

(3) 符合我国全面禁毒的方针,也有利于弥补法律的漏洞

我国实行的是全面禁毒的方针¹,并且将禁止吸毒当做禁毒工作的重中之重。毒品问题屡禁不止的根源在于需求的长期存在,如若只把吸毒行为当做一般违法行为处理,使之在惩罚措施和力度上都远远低于针对毒品供给的犯罪,使得控制源头、控制需求的两大禁毒政策在实践中得不到同等重视和平衡发展。²因此,禁毒的刑事立法应该贯彻全面禁毒的方针,在减少毒品的非法供给的同时,更要降低并遏制毒品的非法需求。

我国当前的刑事立法已经把为吸毒者提供毒品或场所的行为规定为犯罪,把毒品的种植、走私、贩卖、运输、制造、非法持有等行为都规定为犯罪并予以刑罚,较为全面地规定了毒品犯罪的种类。而吸食毒品是以上述违法犯罪行为为事实前提的,作为接受对方所提供的方便条件的吸毒者,却不构成犯罪。这种过分悬殊的法律责任,无疑是一个立法上的缺陷。例如,许多贩毒者往往采取多次少量买卖的方式来逃避打击,即使被发现查获,一旦狡辩为仅供自己使用,公安机关就不能将其做犯罪论处,而只能对其进行行政处罚。因此就使得许多“以贩养吸”等毒品犯罪分子逍遥法外,逃避了应有的刑事责任。这显然有悖于我国全面禁毒的方针,使犯罪分子经常钻法律的漏洞,更不利于全面打击毒品违法犯罪活动以及从根本上遏制其他毒品犯罪。

(4) 符合禁毒国际公约精神和世界刑法发展趋势

1988年,联合国通过的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》³中明确表示应该将吸毒行为规定为犯罪并予以刑事处罚。既然我国是该公约的缔约国之一,遵循联合国制订的禁毒国际公约的精神,遵照公约的做法。

毒品,是一种国际性的社会公害,对吸毒行为的宽容和放纵,其代价必将是巨大而沉痛的。纵观全球,许多国家已从教训中醒悟,纷纷采取各种法律措施制止吸毒行为。众多国家的法律都直接把吸毒的行为规定为一种独立的犯罪。

¹ 我国禁毒工作的方针是“四禁(禁吸、禁贩、禁种、禁制)并举,堵源截流,严格执法,标本兼治”。参见国务院:《中国的禁毒》(白皮书), http://www.sznews.com/zhuanli/content/2006-06/23/content_163967.htm, 2016年5月20日访问。

² 参见褚宸舸:《惩罚吸毒的根据〈禁毒法〉(草案)引发的思考》,《西南政法大学学报》2007年第3期,第102页。

³ 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》:各缔约国在不违背宪法原则和法律制度基本概念的前提下,采取可能必要的措施,在国内法中将故意占有、购买或种植麻醉药品和精神药物以供个人消费的行为,确定为刑事犯罪。

据联合国社会防卫研究所调查表明,在世界各国的刑事立法中,已有法国¹、土耳其、日本²、意大利、泰国、希腊、埃及、瑞士、印度、马来西亚、印度尼西亚等 20 多个国家和地区将吸毒行为规定为犯罪,并处以刑罚。³而且,打击毒品犯罪一直是国际间刑事合作的一项重要内容。如果我们国家不把吸毒行为作为刑事犯罪予以打击,就有可能使我国成为毒品犯罪分子的庇护所,这对打击毒品犯罪的国际间合作是十分不利的。因此,如果我国将吸毒行为也规定为一种独立的犯罪行为,将会大大提高我国在禁毒工作方面的国际声誉。

综上,吸毒行为有百害而无一利,不仅损害个人的身心健康乃至生命,而且会引起各种违法犯罪活动,引发一系列社会问题,造成巨大的社会危害性。借鉴中外相关法律的规定,从维护国家的安定和顺应世界刑事法律发展趋势出发,在目前我国毒品泛滥、吸毒人员与日俱增的情况下,若不及时把吸毒行为列入刑法将其规定为犯罪并给予必要的刑罚,毒品蔓延的势头必然难以控制。基于上述考虑,笔者认为:把吸毒行为认定为犯罪是非常必要的,其目的是使刑法更严密,而不是使刑法更严厉,并且符合我国全面禁毒方针的要求。但是基于刑法谦抑原则的考量,不宜将吸毒行为一概认定为犯罪,而只有对那些情节严重的吸毒行为才有必要予以刑罚处罚。至于何为“情节严重”,考虑到刑法与行政法的衔接,笔者认为,吸食毒品已受到两次行政处罚仍然吸食毒品的情形可认定为“情节严重”,这可称之为对吸毒行为人的“三振出局”。相信随着我国刑事立法的不断完善,将吸毒行为规定为犯罪将成为一种必然趋势。

(二) 无被害人犯罪犯罪化可行性因素考量

1. 传统的价值理念和思想基础

国家本位决定了中国传统的法律价值体系,封建社会时期的权力结构是建立在自然经济基础上的宗法家庭制度与集权专制政体的紧密结合,因此我国并没有形成西方国家那种以权利为本位的法律体系和国家权力结构。在普世价值观下,国家不但要主动地维护政治秩序,而且应主动地干预经济、社会生活。国家应该垄断一切权力于一身,国家可以牺牲个人的私人利益来保护社会的公

¹ 法国《公共卫生法》第 628 条:非法使用违禁毒品,处二个月至一年监禁。单处或并处罚金。是重犯判处四个月至二年监禁。

² 《日本刑法典》第 139 条:吸食鸦片罪,构成该罪可处三年以下惩役。如果判处的吸毒犯同意接受指定的医疗处理,宣判的刑罚不再执行。

³ 参见李倩岚:《吸食、注射毒品犯罪化探析》,《法制与社会》2009 年第 4 期,第 354 页。

共利益。¹这为我国无被害人犯罪犯罪化提供了土壤。

此外，中国是礼仪之邦，自古以来，国家都重“礼”，也是“礼”的维护者，严重违反“礼”的行为被看做为犯罪，从而受到国家的刑罚制裁。是否违反“礼”就成了认识和评价犯罪的标准，并由此构成了中国传统的犯罪观和价值内涵。在这样的治国政策下，国民对于具有强烈“反道德性”特征的无被害人犯罪行为（如吸毒、赌博、卖淫等）的抵触情感也是相当强烈的。这就要求立法者在制定无被害人犯罪的刑事立法政策时，不能轻易地跟随非犯罪化潮流将其合法化，而必须考虑反伦理道德的行为对社会秩序影响的严重程度。²

2. 当前的政治环境和立法现状

当前中国的社会正处于转型期，社会 and 产业结构不断调整，随之而来的矛盾逐渐增多，犯罪现象也变化多端。在这样的社会环境和政治背景下，无被害人犯罪的犯罪率也有不断升高的趋势。一味地强调非犯罪化的政策是无法满足打击犯罪和维护正常社会秩序的需要。对吸毒、赌博、卖淫这类具有严重社会危害性的无被害人犯罪，仍然需要用刑法的手段来调控。

我国 1979 年刑法经过多次修订，既细化了罪状又增加了罪名的数量和类别，但我国刑法总体上依然是“法网不严”：一方面是整体刑事法网犯罪圈不够严密；另一方面是个罪法网罪状不够全面和具体。“选择犯罪化的目的，是通过严密法网来强化人们的规范意识，而不是用严厉的刑罚来处罚轻罪。”³因此我们应该精细刑事法网，拓宽犯罪范围，严苛刑事责任，从而在提高刑罚的不可避免性的同时，增强刑法的威慑效力。加之我国现有的“宽严相济”的刑事政策要求，对于犯罪应当有宽有严。因此，针对那些具有较大社会危害性并且用行政、民事、经济手段来规制效果不明显的无被害人犯罪，应当用刑法来进行规制。

3. 社会的民众观念和价值偏向

“我国社会目前处于秩序重塑和法治空间再造的转型期，呈现出风险社会的诸多特征，因此在很多领域亟需刑法的规制，以减少损害和降低风险。”⁴我

¹ 参见刘树德：《法治刑法与刑罚权阙域》，陈兴良主编：《刑事法评论（第6卷）》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 160-166 页。

² 参见郭娜娜：《无被害人犯罪有限犯罪化研究》，河北经贸大学 2013 年硕士学位论文，第 20 页。

³ 冯军：《犯罪化的思考》，《法学研究》2008 年第 3 期，第 145 页。

⁴ 郑玉双：《为犯罪化寻找道德根基——评范伯格的〈刑法的道德界限〉》，《政法论坛》2016 年第 2 期，第 183 页。

国社会还处在转型期，与之匹配的的新旧价值观也正处于转变的关键时期，在一定时期内，旧的价值观仍是社会的主流，因此刑事立法的范围和细节在特定时期内还需要映射社会原有的价值取向中的合理部分。正如有的学者所言，“刑法规定的内容应当与社会保持一种最大程度的一致性，即表述新法的基本原理必须与已形成的文化和法律原则保持一致并具有延续性。”¹也就是说，既要遵从社会价值观念多元化，也要顾及社会既有的价值偏向。譬如，虽然我国目前社会对吸毒、赌博、卖淫等行为的容忍度增强了，但是我们必须承认，在当今社会中甚至是将来很长一段时期里，社会的主导思想对该行为始终持否定评价。由此可见，在规制无被害人犯罪行为的方式方法上，全面非犯罪化的政策在我国是进行不下去的。我们应将刑法的打击重点集中在那些严重侵害社会秩序、破坏社会风俗的无被害人犯罪行为上，在个人自由和社会秩序之间形成一种综合的平衡，实践有限犯罪化的刑事政策，这是我国对规制“无被害人犯罪”的明智选择。²

¹ 参见路肃林，方仕樵：《对吸毒行为法律责任的思考》，《甘肃政法学院学报》1995年第4期，第63页。

² 参见郭娜娜：《无被害人犯罪有限犯罪化研究》，河北经贸大学2013年硕士学位论文，第22页。

四、无被害人犯罪犯罪化的立法模式选择

（一）国外的立法实践

自 20 世纪 50 年代以来,大多数资本主义的国家都相继进行了各种形式的非犯罪化的实践。从各国的刑法发展趋势来看,将无被害人犯罪行为犯罪化的国家越来越少,而且对那些仍然还保留的罪名,惩治的幅度也是越来越轻。

英国是最早开展对无被害人犯罪实行非犯罪化的国家之一。英国 1957 年沃尔芬登的调查报告,为英国的无被害人犯罪非犯罪化拉开了序幕。该报告强调,维护大众的尊严和公共的秩序,保护公民们免遭伤害性或侵害性行为的影响。然而,超出实现以上目的的必需以外而对公民的私人生活加以干预,又或力图实行任何特殊的生活的方式,并不是法律的功能所及。¹在此之后英国又制定相关法律,不断发展无被害人犯罪的非犯罪化政策。1961 年的《自杀法》中规定自杀不承担责任,1967 年的《堕胎法》中使堕胎行为自由化,1994 年英国法案将 18 岁以上的两人秘密发生的同性性行为认定为合法。²

美国从 19 世纪末到 20 世纪初,将无被害人犯罪视为控制不道德行为。“康斯托克法”将邮寄淫秽物品规定为犯罪,美国有很多州也将堕胎行为认定为犯罪。而此后很多州的司法管辖加强了对吸毒行为、同性恋行为和青少年性行为等行为的否定。美国 1962 年的《模范刑法典》草案主张将通奸罪、卖淫、同性恋非犯罪化。之后,各州也陆续废除了关于无被害人犯罪犯罪化的相关规定。³

美国在非犯罪化方面深深的影响着整个欧洲。丹麦于 1967 年的刑法中,取消了对猥亵文书罪的处罚。德国于 1969 年颁布的第一部《刑法的改革法》中,取消了对成年男子之间的性行为以及通奸行为的刑罚的规定。在这之后,德国还对吸毒和卖淫等行为实施非犯罪化,并在 1994 年彻底取消了对同性恋行为处罚的规定。⁴欧洲委员会于 1980 年发布了著名的《非犯罪化报告》,这对于战后欧洲的非犯罪化运动产生了很大影响。其中最令人瞩目的是,荷兰不但积极地推动吸毒、同性恋、卖淫等行为的非犯罪化甚至合法化,并且还率先正式通过

¹ [英]J·C·史密斯、B·霍根著:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社 2000 年版,第 532 页。

² 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社 1998 年版,第 396-399 页。

³ 参见宋洁:《浅谈无被害人犯罪的中外立法研究》,《法制博览》2013 年第 7 期,第 279 页。

⁴ 参见何秉松主编:《刑事政策学》,群众出版社 2002 年版,第 456 页。

立法对安乐死的行为实施除罪化。¹

尽管无被害人犯罪的刑事政策呈现非犯罪化的发展趋势，但是在各国的刑法典中依然存在着无被害人犯罪的相关规定。例如：在越南的刑法典中，规定有违法使用麻醉品罪、乱伦罪、破坏一夫一妻罪等；在瑞士的刑法典中，规定有未经许可卖淫罪、促进卖淫罪、露阴罪等；在丹麦的现行刑法典中，规定有经营卖淫罪、淫媒罪、乱伦罪等；在法国的刑法典中，规定有拉客卖淫罪、淫媒罪、非法中止妊娠罪等；在俄罗斯的刑法典中，规定有非法传播淫秽物品或者材料罪、开设或者建立卖淫的场所罪等；在日本的刑法典中，规定有散布猥亵物品罪、公然猥亵罪、发售、授受彩票罪等。²由此可知，尽管在总体上处理无被害人犯罪的刑事政策已明显倾向于宽容的趋势，但依然是未将吸毒、赌博、卖淫等行为实行完全地非罪化。³

还有一点我们需要清楚的是，国外相关的刑事立法也并不只是单向地实现非犯罪化，一方面，他们将个别的犯罪转为非犯罪化，而在另一方面，他们又不断的扩大着刑法的调控范围。由此可知，国外非犯罪化的立法政策在我国是不能全面照搬的。⁴

（二）我国的立法选择

1. 我国当前的立法状况及其不足

无被害人犯罪的立法政策在国外一直呈现非犯罪化的趋势，但在刑法典中仍保留了很多无被害人犯罪的罪名。在我国，基于刑法的谦抑性，对于无被害人犯罪一直持以谨慎的态度，更多的是进行行政处罚甚至看做是道德范畴的事情。例如对于吸毒、赌博、卖淫等极易引发二次犯罪的具有严重社会危害性的行为，目前并没有用刑法加以规制。储槐植先生提出的刑罚结构包括严而不厉、厉而不严、不严不厉和又严又厉。其中“严”是指刑事法网严密，刑事责任严格；“厉”是指刑罚苛厉，刑罚过重。目前我国刑法的结构是“厉而不严”，因此今后应该严密刑事法网，扩大犯罪范围，并降低刑罚的严苛程度。⁵即实行

¹ 参见梁根林：《刑事法网：扩张与限缩》，法律出版社2005年版，第22页。

² 参见肖怡：《无被害人犯罪的刑事政策与刑事立法研究》，中国方正出版社2008年版，第61-62页。

³ 参见苏珊：《无被害人犯罪问题的思考》，河南大学2011年硕士学位论文，第25-27页。

⁴ 参见赵秉志：《中国大陆刑法修改之基本理论争议问题研究》，《台大法学论丛》1996年第2期，第4页。

⁵ 参见储槐植：《罪刑矛盾与刑法改革》，《中国法学》1994年第5期，第113页。转引自李怀胜：《刑法二元化立法模式的现状评估及改造方向——兼对当前刑事立法重刑化倾向的检讨》，《法学论坛》2016年第6期，第34页。

“严而不厉”的刑事政策。换句话说，就是要适度犯罪化。

2. 国外的非犯罪化潮流不可盲目效仿

各国的发展状况和法制历程都各有不同，因此不可盲目顺应西方国家的非犯罪化浪潮。中国的法律很少受到宗教的影响，刑法中关于道德方面的犯罪很少，只有极少数的犯罪值得做非犯罪化的考虑。无被害人犯罪侵害的是刑法所保护的一般的社会伦理道德即道德的最低限度，在我国虽然有些无被害人犯罪的社会危害性不是特别严重，可以不在刑法的调控范围之内，但也不应一概而论，针对不同的罪名应该做出具体的分析研究。对于那些社会危害性较大、不利于社会和谐稳定、与我国的文化传统和当今的社会发展水平并不契合的“无被害人犯罪”，在用行政、民事、经济手段来规制的社会效果并不明显的情况下，应该坚持将其在刑法中予以规定。¹比如在我国，对于毒品犯罪、性犯罪、赌博罪等罪名，忽略“源头”只惩罚“后端”的立法设置根本无法有效预防和遏制相关犯罪，只是治标不治本，是极其不合理的。因此，西方国家对无被害人犯罪实行全面非犯罪化的政策在我国是行不通的。

3. 我国的立法模式选择

刑法立法的难点在于犯罪化与非犯罪化的选择，而这种难题的突破在很大程度上取决于哪种犯罪模式更有效。²无被害人犯罪的范围总是随着社会经济、政治的不断发展而不断变化，因而对无被害人犯罪的立法政策应该与时俱进地选择适当的方法进行调整。无被害人犯罪违反的是社会伦理道德，可能会侵害社会利益并且容易诱发其他犯罪类型。所谓“有限犯罪化”，依笔者愚见，就是在决定是否将某种行为作为犯罪处理时，应该按照其社会危害性程度具体情况具体分析：当其危害性超越了社会的容忍度时（比如吸毒、赌博、卖淫等行为），就加以刑罚制裁；而社会危害性较小的（比如酗酒、通奸、同性恋等行为），就用一般的社会矫正措施调整。

笔者认为目前我国应该实行有限犯罪化的政策，是基于以下因素的考量：

首先，从法益保护的视角来考量。法益可分为个人法益、国家法益和社会

¹ 彭勃：《“无被害人犯罪”研究——以刑法谦抑性为视角》，《法商研究》2006年第1期，第51页。

² 黄京平、陈鹏展：《无被害人犯罪非犯罪化研究》，《江海学刊》2006年第4期，第136页。

法益¹。作为具有“公法”气质的刑法，其发挥的司法功能应该更侧重于保护国家和社会的利益。将那些具有严重社会危害性并易引发其他次生犯罪的无被害人犯罪列入刑法调整范围，可以保护社会法益并起到预防和打击犯罪的效果，从而维护社会秩序和道德秩序的稳定。

其次，从刑法的谦抑性的角度来探究。刑法一直被视为法律的最后一道防线，只有当民事、行政、经济制裁等手段来规制都无效的情况下，才能动用刑法。然而，当前我国正处于社会转型阶段，社会结构不断调整，社会矛盾相应增多，犯罪现象变化多端。无被害人犯罪在这样一种社会环境和政治背景下，犯罪率也在不断升高。刑法的犯罪圈应该随着时代的发展、社会的进步、法制的文明而不断调整，这时就需要我们使用灵活且富有弹性的“有限犯罪化”政策。

最后，从我国“中庸”²的传统思想和现行的“宽严相济”³政策来考虑。无被害人犯罪的立法政策应该保持“适中”——即有宽有严，并且在宽严之间具有一定的平衡，按照一定的标准合理的划分犯罪化与非犯罪化的范围：当社会危害性严重程度达到犯罪标准时即运用刑法予以规制并处以刑罚，低于犯罪标准时则用民事、经济、政治等其他手段来制约。这样既有利于维护社会秩序和道德秩序，又有利于保护个人自由和保障人权。

综上所述，在当今的国情下，我国应该实行有限犯罪化的刑事立法政策。

¹ 所谓社会法益，指以在法律上被人格化的社会整体作为主体的法益，包括社会共同生活的安全、公共信用的交易安全、伦理秩序和善良风俗、婚姻家庭制度的安全、公共卫生与健康，等等。引自魏东：《刑事法理论与实证》，中国方正出版社2003年版，第18页。

² “‘中庸’就是不偏不倚，无过无不及，要中、适度、恰如其分、恰到好处。”引自陈科华：《无讼与刑中：孔子的法律思想》，《益阳师专学报》2002年第4期，第78页。

³ 我国宽严相济刑事政策的基本内涵是“该严则严，当宽则宽；宽严互补，宽严有度；审时度势，以宽为主”。引自田兴洪：《宽严相济语境下的轻罪刑事政策研究》，法律出版社2010年版，第8页。

结 论

在高呼人权保障的时代，我们常常忽略了刑法最原始、最基本的功能是维护社会秩序、从而保护人民这个事实。有些无被害人犯罪对不特定的他人和社会治安都构成潜在的危险，其本质上也是一种侵害社会秩序的行为。因而就无法从伦理道德、人权保障、自由保护、刑法谦抑等方面获得将其非犯罪化的支持。我国在面对国外处理无被害人犯罪的非犯罪化主流时必须保持冷静的心态，不能盲目照搬国外的做法。我国是有着五千年文明史的文化大国，具有自己特定的国情，应当根据本国传统的优良道德风尚和风俗习惯以及社会发展的要求对“无被害人犯罪”进行区别对待。因此，在我国应该缓行无被害人犯罪的全面非犯罪化政策。当然，缓行并不代表无所作为，而是采取有限犯罪化的政策，将刑法打击的重点放在严重侵害社会秩序和无被害人犯罪行为上，在社会安全和公民自由之间寻求一种综合平衡，既能发挥刑法打击犯罪、维护社会的首要功能，又能符合刑法的谦抑精神。因此，立足当代中国的现实国情，遵从我国的历史文化背景和时代发展的要求，我国应将严重的违反道德伦理和社会秩序、具有较大社会危害性的无被害人犯罪行为纳入犯罪圈，实行有限犯罪化的刑事立法政策。

参考文献

[图书文献]

- [1] 张文显主编:《法理学(第四版)》,高等教育出版 2011 年版。
- [2] 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2007 年版。
- [3] 王恩海:《无被害人犯罪与非犯罪化》,法律出版社 2004 年版。
- [4] 崔敏:《毒品犯罪发展趋势与遏制对策》,警官教育出版社 1999 年版。
- [5] 田兴洪:《宽严相济语境下的轻罪刑事政策研究》,法律出版社 2010 年版。
- [6] 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社 1998 年版。
- [7] 何秉松主编:《刑事政策学》,群众出版社 2002 年版。
- [8] 梁根林:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社 2005 年版。
- [9] 肖怡:《无被害人犯罪的刑事政策与刑事立法研究》,中国方正出版社 2008 年版。
- [10][英]约翰·密尔:《论自由》,于庆生译,中国法制出版社 2009 年版。
- [11][意]切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社 2008 年版。
- [12][日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社 2000 年版。

[期刊文献]

- [1] 李琨:《浅析“法律父爱主义”在中国的实践和限制》,载于《边缘法学论坛》2000 年第 3 期。
- [2] 郭春镇:《另一个德沃金如是说——〈自治的理论与实践〉札记》,载于《河北法学》2007 年第 10 期。
- [3] 郭春镇:《论法律父爱主义的正当性》,载于《浙江社会科学》2013 年第 6 期。
- [4] 王一行:《从伦理到法律的抉择——西方家长主义理念嬗变》,载于《中南林业科技大学学报(社会科学版)》2009 年第 5 期。
- [5] 车浩:《自我决定权与刑法家长主义》,载于《中国法学》2012 年第 1 期。
- [6] 许世鹏:《公民自由与国家干预的尺度——以赛亚·伯林自由思想评析》,北京大学 2005 年硕士研究生学位论文。
- [7] 武彬:《个人自由 社会秩序 国家干预——论托马斯格林的新自由主义》,载于《中共济南市委党校学报》2014 年第 5 期。
- [8] 申林、姚仁权:《自由主义论国家权力对个人自由的双重作用》,载于《湘潮》2007 年第 8 期。

- [9] 郑玉双:《自我损害行为的惩罚——基于法律家长主义的辩护与实践》,载于《法制与社会发展》2016年第3期。
- [10] 李琨:《浅析“法律父爱主义”在中国的实践和限制》,载于《边缘法学论坛》2000年第3期。
- [11] 范进学:《论道德法律化与法律道德化》,载于《法学评论》1998年第2期。
- [12] 赵志刚:《浅析现代法制发展趋势——从道德的法肆化到法肆的道德化》,载于《法制与经济》2013年第9期。
- [13] 路肃林、方仕樵:《对吸毒行为法律责任的思考》,载于《甘肃政法学院学报》1995年第4期。
- [14] 崔冬:《行政违法与犯罪衔接问题研究》,载于《行政论坛》2011年第1期。
- [15] 陈科华:《无讼与刑中:孔子的法律思想》,载于《益阳师专学报》2002年第4期。
- [16] 李怀胜:《刑法二元化立法模式的现状评估及改造方向》,载于《法学论坛》2016年第6期。
- [17] 陈兴良:《论行政处罚与刑罚处罚的关系》,载于《中国法学》1992年第4期。
- [18] 高铭喧、陈璐:《论社会危害性概念的解释》,载于《刑法论丛》2012年第3期。
- [19] 宋洁:《浅谈无被害人犯罪的中外立法研究》,载于《法制博览》2013年第7期。
- [20] 王思海:《无被害人犯罪与未成年人保护》,载于《青少年犯罪问题》2002年第2期。
- [21] 彭勃:《“无被害人犯罪”研究——以刑法谦抑性为视角》,载于《法商研究》2006年第1期。
- [22] 彭磊:《非犯罪化思想研究》,载于《杭州商学院学报》2003年第1期。
- [23] 李贵方:《西方国家关于“无被害人犯罪”问题的争论》,载于《外国法学研究》1989年第2期。
- [24] 张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,载于《法学家》2008年第4期。
- [25] 郑玉双:《为犯罪化寻找道德根基——评范伯格的〈刑法的道德界限〉》,载于《政法论坛》2016年第2期。
- [25] 丁明:《对吸毒行为法定性的思考》,载于《广西警官高等专科学校学报》2008年第2期。
- [26] 张莹:《吸毒行为的法定性》,载于《中国卫生法制》2013年第4期。
- [27] 褚宸舸:《惩罚吸毒的根据〈禁毒法〉(草案)引发的思考》,载于《西南政法大学学报》2007年第3期。
- [28] 李倩岚:《吸食、注射毒品犯罪化探析》,载于《法制与社会》2009年第4期。
- [29] 黄京平:《无被害人犯罪非犯罪化研究》,载于《江海学刊》2006年第4期。
- [30] 刘红艳:《吸毒罪初探》,载于《中南政法学院学报》2006年第3期。
- [31] 叶萍:《多次违法行为犯罪化的立法研究》,载于《河南大学学报》2016年第3期。

- [32]万志鹏：《浅谈我国对吸毒行为刑事政策的应有调整》，载于《犯罪研究》2011年第2期。
- [33]赵立新：《泛刑事化立法应当慎行》，载于《法制日报》2006年第3版。
- [34]彭迪：《增设非法使用毒品罪刍议》，载于《云南学术探索》2005年第1期。
- [35]刘树德：《法治刑法与刑罚权阈域》，载于陈兴良主编：《刑事法评论（第6卷）》，中国政法大学出版社2000年版。
- [36]王林：《美国刑事司法过度犯罪化——成因、后果及对策分析》，载于《法学丛论》2015年第4期。
- [37]刘远：《刑法的道德性与政治性》，载于《华东政法大学学报》2007年第5期。
- [38]邓学平：《法律父爱主义与支配身体的自由》，载于《法制日报》2014年第4期。
- [39]孙笑侠：《法律父爱主义在中国的适用》，载于《中国社会科学》2006年第1期。
- [40]刘广三、盖玉彪：《论无被害人的犯罪》，载于《山东公安专科学校学报》1999年第6期。
- [41]刘雅婷：《论无被害人犯罪的立法选择》，载于《湖北经济学院学报（人文社会科学版）》2010年第12期。

[网络文献]

- [1] 王晓辉：《无被害人“犯罪”的视角转换：安乐死之非犯罪化》，<http://WWW.law-lib.com/lw-view.asp?no=1871>，2016年11月13日访问。
- [3] 中华人民共和国卫生部：中国艾滋病疫情与防治工作进展，http://old.chinapop.gov.cn/flmsrs/yfazb/20602/t20060227_13843.html，2016年10月18日访问。
- [4] 国务院：《中国的禁毒》（白皮书），http://www.sznews.com/zhuantu/content/2006-06/23/content_163967.html，2016年5月20日访问。

作者简介及科研成果

张蕊，女，1991年4月17日出生，吉林省长春市人。2014年6月毕业于吉林大学法学院，获得学士学位，现为吉林大学法学院2014级法学理论硕士研究生。研究生在读期间曾担任吉林大学朋辈心理辅导员、法学院2014级硕士研究生第一党支部党支书、法学院研究生会副主席等职务。

研究生在读期间曾获得研究生学业奖学金、一等研究生优秀奖学金、二等研究生优秀奖学金、岳成奖学金等，并获得吉林大学最暖朋辈心理辅导员、优秀研究生干部、优秀研究生党支书、优秀毕业研究生等荣誉称号。

攻读硕士期间，曾参与《网络政务平台对政府回应效率影响的成本效益分析——以“银川模式”为例》项目，并获吉林大学“2015年研究生暑期社会实践调研”优秀调研报告；参与《法检机关相互制约的异化与制度共谋的生成——基于司法数据的实证分析》项目，并在“全面推进依法治国对策研究”项目评审中被评为二等奖。

后 记

有时候，三年太长，长到这期间发生的一切，让人终生难忘；有时候，三年太短，短到还没来得及回味，就已悄然流逝。时光荏苒、岁月如梭，不禁感叹时间太瘦、指缝太宽。我的硕士毕业论文已经终结，我的硕士研究生生涯也已接近尾声。搁笔之际，心中涌现出许多感激，我想在此刻向他们表达我最诚挚的谢意。

首先，我要感谢我的恩师杜宴林教授。犹记三年前，我有幸保取本校的研究生，而且是吉大法学院最好的专业——法学理论。当时对于法学理论这个学科充满着迷茫。是杜老师毫不犹豫的同意我加入其师门，并在学业上给予了我指导和鼓励，在生活中给予了我家人般的关怀与帮助。我很荣幸，加入杜门这个优秀的集体；我很幸福，加入杜门这个有爱的大家庭。师恩如山，学生终身难忘。

其次，我要感谢我的好朋友们。在这里，首先最应该提到的便是我的“对方辩友”余利利师姐，感谢她七年来对我的关爱和鼓励，在我心里她一直是像家人一样是温暖的存在。然后，还要感谢我的小伙伴熊婕。本科时我们是同班同学也同时是“英特尔精英人才实验班”的成员，读研后我们虽然分属不同的班级不同的专业，但是感情却日益深厚。非常感谢她们在生活上给我的照顾和学业上对我的帮助，她们不只是我的“益友”，更是我的“良师”。

最后，也是最重要的，我要感谢我的父母和家人们。我很庆幸，出生在这样一个家庭，既不是富二代，也不是官二代，但是爸妈却给了我健康的身体和聪明的大脑，给了我开朗的性格和善良的品格。最重要的是，他们让我懂得，有了梦想，要靠自己去努力拼搏。不管我走的多远，无论我飞得多高，家永远都是最温馨的港湾，家人永远是最难舍的牵挂。

总之，感谢所有爱我和我爱的人们，祝你们身体健康，平安喜乐！