

道德领域刑事立法的法理基础与入罪界限

李志恒

内容提要:学界主流意见基于无被害人犯罪的除罪化或者自由主义法益论的立法批判机能倾向于否定道德领域的刑事立法;反对观点则基于法律道德主义或者社群主义法益论的视角肯定其正当性。双方立场的分歧直接源于对伤害原则的不同态度,深层矛盾则在于政治哲学层面自由观的分野。否定论的立场在自由观与入罪原则的选择上具有局限性。针对道德领域的刑事立法,在总体上应该持一种积极自由观下的肯定论立场。肯定论立场下目前法律道德主义或者社群主义法益论的观点存在过于压制个人权利的风险。为了实现道德领域刑事立法的总体功利目标,仍需结合比例原则对刑事立法进行必要的审查。可以将目的正当性的判断作为当下审查立法时的侧重点,主要考虑以下因素:第一,立法规制的目的是否明确;第二,道德违反行为发生概率的高低;第三,社会变迁对道德违反行为危害性有无或者程度的影响。

关键词:道德领域 刑事立法 积极自由观 集体利益 目的正当性

李志恒,山东大学法学院助理研究员。

一 问题的提出

近年来,为了应对纷繁复杂的社会变化形势以及需要保护的法益日益增加的客观事实,以刑法修正案的方式修改刑法,已经成为我国刑事立法的常态。在此背景之下,如何使刑事立法不过度地介入个人生活,保持应有的正当性,成为刑法理论讨论的重点。在众多的讨论中,道德领域的刑事立法问题始终是一个让人十分纠结的话题。原因在于,这类立法针对的行为类型往往具有以下特征:第一,一般很难在这类行为中找到像人身、财产犯罪那样的刑法意义上的直接受害人;第二,这类行为往往又是行为人自愿或主动实施的,或者经过行为接受者同意实施的。换言之,这类行为并没有在物质上给他人造成明显或者直接的损害,但常常又被认为是侵害了对诚实的、谨慎的和文明的行为之期待

的行为,^[1]例如聚众淫乱行为等。由于与法律领域中规制的典型行为,如杀人、强奸行为等,存在较大差异,按照法理上的一般界定,这类行为经常被归属于与法律领域相对的道德领域的范畴中。^[2]对于道德领域的立法,尤其是刑事立法,作为社会上的一般人,往往对其心存疑虑。因为一旦将通常看来属于道德领域的失范行为纳入刑法的规制范围,人们都会担心自身的行动自由会不会受到过多的限制。所以,人们在内心对道德领域的刑事立法经常抱有一种天然的抵触情绪。

可是,道德领域的刑事立法令人纠结的地方也就在此。一方面,尽管人们在多数情况下对道德领域的刑事立法并不待见,但在面对社会极端事件或者敏感案件的时候,又经常抑制不住内心的立法冲动。例如见危不救罪的增设。在现代文明国家,见危不救基本都会被认定为令人憎恶或者是违反道德的行为。对此,我国刑法学界不断有针对这种行为的刑事立法建议。^[3]另一方面,我国立法实践中也有不少新设的条文被认为与道德领域的立法有关,例如侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的增设。侮辱、诽谤英雄烈士名誉、荣誉的行为一直以来都是为社会道德所不容的行为。《刑法修正案(十一)》也是以“维护社会主义核心价值观”为主要理由将其纳入了刑法的规制范围。^[4]所以,本罪无疑有着道德领域刑事立法的浓厚色彩。^[5]

因此,一边是人们对于道德领域刑事立法的普遍疑虑,一边是抑制不住的立法冲动,对于这类违反了社会生活“正确”道德观念的行为,刑法究竟是否有必要介入以及如何介入?对这一问题的深度研究,有利于我们在未来的与道德领域有关的刑事立法中,确定应该遵循的逻辑与标准,明确入罪的边界,最终实现刑法人权保障机能和社会保护机能之间的平衡发展。

二 道德领域刑事立法的立场分歧与主要缘由

对于道德领域的刑事立法,目前我国学界主流意见倾向于否定其正当性,理由主要来自两个视角:一是基于犯罪学上无被害人犯罪的除罪化;二是基于自由主义法益论视角下的法益立法批判机能。然而,尽管这种立场占据学界主流,但与之相对的肯定论也有一定的市场。肯定论的观点有的以法律道德主义为出发点,有的则是基于社群主义法益论。

[1] 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑法向何处去?——21世纪的问题与发展趋势》,张志钢译,载赵秉志主编《刑法论丛》(第1卷),法律出版社2017年版,第382页。

[2] 参见[美]E.博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第392页。

[3] 参见黎宏:《一定条件下的见危不救入刑研究》,《中外法学》2018年第3期,第589-608页。

[4] 李宁:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(十一)草案〉的说明》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第1期,第133页。

[5] 可能仍然会有观点质疑侵害英雄烈士名誉、荣誉罪是否属于道德领域的问题。其实,在道德领域与法律领域之间,很难说有一条清晰可辨的分界线。参见[美]富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2017年版,第12页。本文想要做的主要是,对于通常被认为属于道德领域范畴内,或者是否属于道德领域有些模糊的行为,如果明确地将其纳入法律领域,进行刑事立法,需要考虑哪些因素、满足何等条件。在这个意义上,本文对于侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的讨论与对于增设见危不救罪的讨论是一样的。

通览双方立场与说理,可以发现他们的分歧表面上源于对伤害原则的不同态度,但深层矛盾主要在于双方在政治哲学层面的对立。

(一)道德领域刑事立法的立场分歧

1. 以无被害人犯罪和自由主义法益论为视角的否定论立场

第一,基于无被害人犯罪视角的否定论。无被害人犯罪往往意指实施行为的双方或多方,虽然通过交换获得了社会或者法所不允许的物品或者服务,但是并不会对参与者以外的人产生直接损害的情况。^[6]例如行为人实施的传播淫秽物品的行为、成年人之间相互同意的性行为等。^[7]既然没有所谓的被害人,这些犯罪原则上也就应被除罪化。我国不少学者也都倾向于接受这种将无被害人犯罪除罪化的基本观念。^[8]据此,道德领域的许多刑事立法就很容易被否定。无被害人犯罪的概念基本上涵盖了我們日常理解中相当一部分道德违反行为。在传统上,对于这些所谓的无被害人犯罪,刑法经常会以维护公共道德和公序良俗为由对其进行制裁。但在无被害人犯罪除罪化的浪潮下,对于大多数属于无被害人犯罪的道德违反行为再进行刑事立法,就变得不具有正当性。

第二,基于自由主义法益论视角下法益立法批判机能的否定论。根据批判立法的法益概念,可以刑法规定不具有适格的保护法益为由,否定刑法具体规定的正当性。那么,什么才是适格的、可以作为批判立法的法益呢?在德国,法益论经过一百多年的发展,尽管对于法益的具体内容仍不免存在争议,但界定法益的基本立场以及方向具有一定共识。这就是基于自由主义思想的法益论立场。^[9]如罗克辛(Claus Roxin)提出的法益理论就是其中的典型代表。罗克辛认为,法益只能产生于宪法中载明的建立在个人自由基础之上的法治国家的任务,^[10]具体而言,法益包括和平共处所必需的个人前提以及保障这种共处所必要的国家公共设施。^[11]因此,在自由主义法益论的框架下,特别重视对个人法益的保护。虽然它并不反对保护集体法益,但是会强调集体法益必须能真正地服务于个体的自由发展。^[12]集体法益只是被作为满足人格自由发展的最低限度的保障,如国家机关的正常活动等。这样一来,根据这种法益立法批判机能,原则上,只要行为人的道德违反行为没有在物质上对个人权利或者集体利益造成直接具体的损害,就很难将行为人的行为纳入刑法规制范围。例如,对于增设见危不救罪的提议,我国有学者从自由主义法益论的角度提出反对意见,认为其刑事可罚性难以在法益论中展开。^[13]

[6] 参见[日]川出敏裕、[日]金光旭著:《刑事政策》,钱叶六等译,中国政法大学出版社2016年版,第95页。

[7] 参见姜涛:《无直接被害人犯罪非罪化研究》,《法商研究》2011年第1期,第73页。

[8] 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54页;王恩海著:《无被害人犯罪研究》,法律出版社2009年版,第106-131页。

[9] 参见高永明:《刑法法益自由主义意义的检视》,《法律科学》2022年第6期,第162页;苏青:《法益理论的发展源流及其启示》,《法律科学》2011年第3期,第79页。

[10] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第15页。

[11] 参见[德]克劳斯·罗克信:《刑法的任务不是法益保护吗?》,樊文译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2007年版,第151页。

[12] 参见杨萌:《德国刑法学中法益概念的内涵及其评价》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第6期,第70页。

[13] 参见贾健:《法益还是规范:见危不助究竟侵害了什么?——以德国刑法典323条c为基点》,《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2012年第2期,第209-210页。

2. 以法律道德主义和社群主义法益论为视角的肯定论立场

一方面,基于法律道德主义视角,根据法哲学家范伯格(Joel Feinberg)的解释,法律道德主义意味着国家以刑事法律禁止某种行为,仅仅因为行为本身或其后果是某种恶。范伯格指出,在自由主义者看来,如果这种恶既非损害,亦非冒犯,那么就不存在被犯罪化的可能。而法律道德主义则可以以反对恶为理由,认为如果刑事制裁有必要且能够有效地消除这种恶,就能够为相关刑事立法提供依据,或者至少提出某种解释。^[14]我国不少学者也持有这种法律道德主义观念,并以此来为道德领域的刑事立法进行某种程度的辩护。^[15]例如,有学者提出,为了维护社会伦理秩序、增进个人自主自由,立法机关将聚众淫乱作为犯罪加以处罚是有道理的。^[16]而对于未来的刑事立法,根据这种立场,原本在自由主义者看来只是一些违背社会良善风俗的行为,被纳入刑法处罚范围的可能性就会增加。例如,有学者主张,在一个重视家庭伦理的社会中是不能容忍乱伦的,应当在我国刑法中增设乱伦罪的规定。^[17]

另一方面,基于社群主义法益论视角,当代社群主义是自由主义的主要批评者。社群主义者普遍反对如下这样一种被认为是自由主义的理念,即私人生活是基本的,甚至唯一重要的生活方式,公共事务所有的目标都是保障私人生活,使之免受他人的干涉。而社群主义者从“人是社会的动物”这一视角出发,批评上述自由主义的理念会使得社会纽带松弛,具有导向人情关系疏离的倾向。他们反对把保障个人权利所指涉的私人生活领域视为神圣不可侵犯,相反,他们更加强调公民对集体利益所应尽的义务,强调个人归属于共同体的必要性。^[18]因此,社群主义者特别强调美德的重要性。每个人都应努力追求美德,在这个过程中实现一种善良的生活。^[19]我国有学者从社群主义的理念出发,指出在自由主义法益论的立场下,传统上对集体法益的界定与保护只专注于物化形式的集体利益,而对非物化形式的美德却持无视或拒斥的态度,对此,应转向一种基于社群主义理念的法益论,将后者也纳入集体法益的涵射范围,例如,对于聚众淫乱罪这种所谓的没有具体被害人或法益不明的犯罪,如果将其除罪化,那整个社会都将是受害者。^[20]

(二) 立场分歧的主要缘由

1. 立场分歧直接源于双方对伤害原则的不同态度

对于目前在道德领域刑事立法上的理论对立,暂且不纠缠于双方对某些问题细节的

[14] 参见[美]乔尔·范伯格著:《刑法的道德界限:无害的不法行为》(第4卷),方泉译,商务印书馆2015年版,第1-2、24页。

[15] 参见孙海波:《法律能强制执行道德吗?——乔治〈使人成为有德之人〉介评》,《政法论坛》2020年第4期,第161-162页;张峰铭:《为法律道德主义辩护——从侮辱尸体罪切入》,《交大法学》2018年第2期,第79-82页。

[16] 参见马寅翔:《刑罚社会功能化视角下刑法立法观的反思与重塑》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期,第108页。

[17] 参见李拥军:《“亲属相奸”何以为罪——对乱伦罪回归中国刑法的深层思考》,《兰州大学学报(社会科学版)》2012年第6期,第74页。

[18] 参见周枫著:《自由主义的道德处境》,我国台湾地区联经出版事业股份有限公司2019年版,第214-215页。

[19] 参见俞可平著:《社群主义》(第三版),东方出版社2015年版,第116页。

[20] 参见贾健:《人类图像与刑法中的超个人法益》,《法制与社会发展》2015年第6期,第134页;贾健:《关系共同体与刑法调控的范围》,《甘肃政法学院学报》2014年第2期,第113页。

不同看法,仅就他们的直接分歧而言,可以明显地感受到,否定论的立场在很大程度上可以追溯到对于伤害原则的坚守,而肯定论则主要出于对该原则的反对。伤害原则是密尔(John Stuart Mill)在《论自由》中提出的限制个人自由的原则。^[21] 在该书的开头他就指出,他所要讨论的是公民自由或社会自由,即“社会所能合法施加于个人的权力的性质和限度”。为了划定这一限度,密尔提出了伤害原则,其主要内容是:“人们若要干涉群体中任何个体的行动自由,无论干涉出自个人还是出自集体,其唯一正当的目的乃是保障自我不受伤害。反过来说,违背其意志而不失正当地施之于文明社会任何成员的权力,唯一的目的也仅仅是防止其伤害他人。”^[22] 换言之,如果其行为没有伤害到他人,或者没有伤害到他人的可能性,那么,社会对其行为的干预就是不合法的。^[23]

否定论所着眼的两个视角,尽管切入的角度有所不同,但无疑都以伤害原则为出发点。例如,之所以能够从无被害人犯罪的视角得出否定道德领域刑事立法的结论,主要就在于其所采纳的被害人是否受损的视角很大程度上出自伤害原则。只要行为人实施的道德违反行为没有具体地伤害到他人,国家就应保持中立,不能强制行为人过一种道德高尚的生活。又如,自由主义法益论将集体法益的涵射范围限定在更为具象的国家公共设施等法益层面,显然也是受到了伤害原则更加注重对他人或者集体利益的直接性、物质性伤害的影响。而肯定论,无论是法律道德主义还是社群主义法益论的视角,暂且不论他们本身的理论基础是否足够坚实,仅就他们最终所表现出来的对伤害原则的不满而言,基本上是一致的。他们将伦理秩序的维护作为一项重要的法益保护任务。对道德违反行为的刑事立法,原则上成为必然的选择,不再受到伤害原则的限制。

2. 双方深层矛盾在于政治哲学层面自由观的分野

关于刑事立法的正当性,范伯格提炼总结了四种限制自由的原则,分别为伤害原则、冒犯原则、法律家长主义以及法律道德主义。^[24] 在这众多原则中,否定论选择伤害原则,背后原因主要就在于其被认为是符合自由主义的。而肯定论不认同伤害原则,更为根本的则是不认同否定论者所持的自由主义。当然,对于这种自由主义,更为具体地说,主要是以消极自由为核心的自由主义理念。

关于消极自由,伯林(Isaiah Berlin)是在和积极自由进行区分的基础上展开论述的。消极自由主要指“免于……”的自由,它意指不受强制;与消极自由不同,积极自由则是“去做……”的自由,“我希望我的生活与决定取决于我自己,而不是取决于随便哪种外在的强制力”。^[25] 之所以说否定论所持的自由主义以消极自由为核心,而非与之相对的积极自由,从伯林对这两种自由的基本内涵的概括中便可看出端倪。因为,否定论在入罪原

[21] 本文在讲到伤害原则时,如果不作特别说明,指的都是密尔意义上的伤害原则。这是当下否定论主要的出发点,也是本文的直接反对目标。刑法中的伤害原则是个延展性和包容性很强的概念,不同的学者可能会在其中填充不同的内容。但那已经不是否定论所依托的严格的伤害原则,也不是本文所批判的伤害原则了。

[22] [英]约翰·密尔著:《论自由》,孟凡礼译,上海三联书店 2019 年版,第 1、9-10 页。

[23] 参见刘琼豪:《密尔功利主义自由原则保护个人自由权利的可能性》,《伦理学研究》2013 年第 5 期,第 82 页。

[24] 参见[美]乔尔·范伯格著:《刑法的道德界限:对他人的损害》(第 1 卷),方泉译,商务印书馆 2013 年版,第 11-12 页。

[25] [英]以赛亚·伯林著:《自由论》(修订版),胡传胜译,译林出版社 2011 年版,第 179-180 页。

则上强调伤害原则,即在道德违反行为没有对他人造成直接具体伤害的情况下,国家不能介入该行为。而消极自由同样秉持着这种精神,不受强制,以确保公民个人能够拥有一个最低限度的和神圣不可侵犯的自由领域。但如果以积极自由为核心,则会偏向于肯定论。因为,对积极自由的追求往往会使得人们认为,处于自然或激情支配下的自我在实质上都是不自主的。积极自由的实现,追求做自己的主人,是对“真实的自我”的追求,而“就‘积极的’自由的自我而言,这种实体可能被膨胀成某种超人的实体——国家、阶级、民族或者历史本身的长征,被视为比经验的自我更‘真实’的属性主体。”^[26]换言之,真实的自由可以外化为某种国家意志、集体意志或某种规律。因此,如果持一种积极自由的观念,可能就需要考察道德违反者的这种自由究竟是不是“真实的自我”的真正欲求,否则即使是没有对他人造成直接具体伤害,也难言实质自由的获得,从而给国家留下介入的空间。

总之,由上述分析可知,考察道德领域的刑事立法是否或者在多大程度上具备正当性,应当在源头上厘清下列问题。其一,在作为基础理念的政治哲学层面,国家应该持一种消极自由还是积极自由的观念来对待道德领域的刑事立法?这决定着国家权威或权力合法行使的适当范围和限度。其二,在作为具体立法指引的入罪原则层面,是否应该接受伤害原则作为刑事立法的入罪原则?当然,由于伤害原则是消极自由在入罪原则上的具体体现,所以,这两个问题也可以看作一体两面的关系。对此,我们的选择决定了道德领域刑事立法的未来走向。

三 道德领域刑事立法的立场选择与法理基础

针对道德领域的刑事立法,如果采取消极自由的立场以及坚持密尔意义上的伤害原则,具有一定的理论局限性。在这一主题上,总体而言应持一种积极自由观下的肯定论立场。肯定的法理基础一方面在于政治哲学层面对积极自由的适当保障,另一方面则在于入罪原则上进一步深化对伤害原则的理解,并在其基础上加强对于集体利益的识别保护。

(一) 否定论立场在自由观与入罪原则选择上的局限

1. 否定论对消极自由的依赖存在的理论不足

关于消极自由的部分缺陷,其实伯林并非完全没有认识。只不过,在伯林看来,虽然消极自由和积极自由在原则上没有高下之分,“无论从历史上还是从道德上看(两种自由)都是终极的价值,都有权被归入人类最深刻的利益之中。”^[27]但相较而言,对积极自由的滥用往往更具有伪装性,危害也更大。^[28]所以,伯林才更加青睐于消极自由。当然,这也是现代多数自由主义者所表现出来的总体倾向,尤其是在刑法领域,通过对作为入罪原则的伤害原则的强调体现出来。然而,如果在本文的语境下,以消极自由作为立法论的政治哲学基础,尤其是用来指导道德领域的刑事立法,在应对真实且日益复杂的现实生活

[26] [英]以赛亚·伯林著:《自由论》(修订版),胡传胜译,译林出版社2011年版,第183页。

[27] [英]以赛亚·伯林著:《自由论》(修订版),胡传胜译,译林出版社2011年版,第215页。

[28] 参见周濂主编:《西方政治哲学史:20世纪政治哲学》(第三卷),中国人民大学出版社2019年版,第10页。

时,实际上可能会存在更多的理论不足。以下试举两例以说明否定论对消极自由的依赖存在的理论疑问。

第一,消极自由主义者往往认为,个人有能力制定、追求以及修改生活的目标、计划和方案。因而,面对理性个体的道德违反行为,他们自然地倾向于得出刑事立法不应随意干预的结论。然而,就现实生活来说,个人真的具有足够的实践与认知理性,可以使其应对社会生活中的各种诱惑与危机吗?对于个人理性的预设,某种程度上与经济学理论中的经济人假设具有相同的逻辑。经济人假设是一种无限理性的假设,即经济人能够精确地估计经济活动的实际后果,理性经济人所有的经济行为,都是对成本与收益进行理性考量后作出的最合理决策。^[29] 在早期,经济人假设构成了经济学的重要基石,但是当下正遭到强有力的挑战。根据有限理性说,由于环境的不确定性和复杂性、信息的不完全性以及人类认识能力的有限性,个人不可能了解到所有备选方案及其实施后果,个人自身的理性能力会受到实际条件的限制。^[30] 同样的,理性人预设也面临经济人假设的上述疑问,在一个分工日益精细化、高度复杂以及充满风险的社会,信息成本依然高昂,人们仍处于相对无知状态。^[31] 因此,如果消极自由理念的信仰者仍依托于个人理性的预设,排斥刑事立法对道德违反行为干涉的可能性,无疑存在过于理想化的问题。

第二,不可否认,在由古代社会向现代社会转型的过程中,为了摆脱古代共同体背景下对个人的极端压制,提倡消极自由,排斥刑法对诸多道德违反行为的介入,对社会的进步以及个人的福祉而言更为有利。然而,随着现代社会的转型以及深入发展,公民的主要诉求已不仅停留在原来的阶段,如果仍紧握住消极自由不放,可能并不利于新型权利方面的保护。从这个角度而言,无论是发展权等第三代人权的实现,还是对经济、社会和文化权利等第二代人权的追求,都已不是仅坚持消极自由就能实现的。毕竟现在消极自由主义下保护的个人权利非常有限(多数属于第一代人权)。如见危不救,虽然不直接对他人的利益造成侵害,但并不能排除其不会损害他人甚至道德违反者自身在第二代人权(如在个人生命面临重大危险时,由于见危即助制度的存在而享有的社会救济权利),甚至是第三代人权(如见危即助制度的存在使社会整体利益得到提高之后社会全体成员可以共享的发展权利)意义上的利益。至少目前在消极自由理念支配下,对道德领域刑事立法的否定,并没有考虑这方面因素。

2. 否定论对伤害原则的理解可能放任集体利益损害

如果说否定论对消极自由的依赖是在宏观理念层面认识不足,那么对伤害原则的运用则是在具体微操层面出现了偏差。否定论依据的伤害原则主张,只要个人不伤害他人,他就应是自由的,就应尊重他的个人理性。但是,这种理性地追求个人自由、自身利益的行为,有可能导致集体的不理性 and 集体利益的受损。亦即以这种伤害原则为基础径直否定道德领域的刑事立法,可能会忽略对个人利益的无节制追求所导致的集体利益受损的

[29] 参见于喜繁著:《经济人理论多棱镜透视》,知识产权出版社 2010 年版,第 15 页。

[30] 参见董景荣主编:《制度经济学》,科学出版社 2015 年版,第 10 页。

[31] 参见张伟强著:《法律制度的信息费用问题》,知识产权出版社 2018 年版,第 196-197 页。

情况。许多看似不直接伤害他人的道德违反行为,都有可能损害长远或间接的集体利益。比如,英国法官德富林(Patrick Devlin)提出,如果一个人选择每天晚上喝醉,那么他不可能为社会所关注,但是,假如社会上有四分之一或一半的人每天晚上都喝醉,那么这个社会还成何体统?^[32] 如果社会真像德富林所说的那样,确实会深刻影响到社会的长远发展,并最终导致所有个人利益的减损。可见,某种道德违反行为有可能造成集体利益损害的观点是正确的,但是最终是否要处罚这类行为,则是另外一个问题。^[33] 因为除了考虑其可能造成的集体利益损害之外,还要考虑如果不加以禁止,是否真的会有这么多人每晚喝醉。然而,根据否定论理解的伤害原则,这些行为直接就被认为不具有社会危害性而放纵了。那么,这必然导致在这类行为有可能造成集体利益损害的情况下,产生对集体利益保护不力的局面。

实际上,从不伤害他人的行为有可能造成长远或间接的集体利益损害这一视角出发,根据伤害原则将某种道德违反行为界定为无被害人犯罪,只是提醒我们对这种行为的处罚要格外注意,对其制裁的理由要非常充分,不能仅仅因为,甚至主要因为被认为是不道德的就受到刑事制裁。^[34] 但是,这并不代表某些道德违反行为不值得处罚。否定论直接以不伤害他人作为理由,就拒绝道德领域的刑事立法,这是本文不能赞同的。

(二) 积极自由观下肯定论立场的提倡

1. 道德领域的刑事立法应向积极自由保障模式适当倾斜

无论是法律道德主义还是社群主义法益论,都可以看作对消极自由的拒斥。消极自由固然重要,但是根据社会主要矛盾的发展走势,一定程度上注重对积极自由的适当保障,更加符合现代社会的特点。尽管如后所述,这两种理论自身也存在一定问题,但他们在反对否定论、支持肯定论这个层面仍是值得称道的。道德领域的刑事立法应从以消极自由为主导的模式走向积极探索如何更好地保障积极自由的模式。这是本文的理论选择。

第一,积极自由的保障意味着否定“最低限度的国家”,而推崇一种至善主义的观点。否定论的背后,其实是一种所谓“最低限度的国家”理论,^[35]但在积极自由理论的支持者看来,“政府也是可能的自由资源。它们可以创造这样一些条件,在这些条件下,它的国民可以享受更大的自由”。^[36] 拉兹(Joseph Raz)推崇一种特殊的自由主义至善论,强调政府对“个人福祉”的关心。^[37] 从以拉兹为代表的学者的主张中,我们可以感受到,不能选择在道德上讨厌的选项并非坏事。尊重(值得拥有的)自由并不意味着我们应该放纵人们去选择恶或讨厌的生活方式。^[38] 保障积极自由以及保护有价值的生活方式,很大程

[32] 参见[英]帕特里克·德富林著:《道德的法律强制》,马腾译,中国法制出版社2016年版,第19页。

[33] 参见[美]艾伦·沃特海默:《自由、压制和国家的限度》,载[美]罗伯特·L.西蒙主编《社会政治哲学》,陈喜贵译,中国人民大学出版社2009年版,第52页。

[34] 参见[美]哈伯特·L.帕克著:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第263-264页。

[35] 参见[美]罗伯特·诺奇克著:《无政府、国家和乌托邦》,姚大志译,中国社会科学出版社2008年版,前言,第1页。

[36] [英]约瑟夫·拉兹著:《自由的道德》,孙晓春等译,吉林人民出版社2011年版,第16页。

[37] 参见[英]约瑟夫·拉兹著:《自由的道德》,孙晓春等译,吉林人民出版社2011年版,第280-281、352-353页。

[38] 参见[美]威廉·纳尔逊:《自由主义理论及其批评者》,载[美]罗伯特·L.西蒙主编《社会政治哲学》,陈喜贵译,中国人民大学出版社2009年版,第226页。

度上会要求采取国家行动,这无疑可以为刑法介入道德领域找到重要的理论支持。

第二,积极自由的保障意味着否定“自由选择的自我”,而回归真实的人类图像,这更加符合我们对有限理性个体的实际判断。社群主义者桑德尔(Michael Sandel)提出,国家让公民可以自由选择各种价值观的权利框架,反映出一种关于“人”的观念,它将“人”看作“自由选择的自我”,不受任何先在的道德约束。^[39]而促使人们遵循某种良善生活观念的理论,即主张规制道德违反行为的理论,由于将某些人的价值观强加给他人,都没有将人们尊重为“自由选择的自我”。确实,在积极自由的理念下,不可能认同这种“自由选择的自我”观念。在一个自由主义的社会中,人类繁荣的主要形式是个人自由。然而,自由的实现不可能使“自我”成为一个纯粹抽象的主体。我们想要实现的目标与需要承担的义务会受到现实生活的影响,它们来自那些对于社会生活而言很重要的价值。因此,“自由选择的自我”这一理念在本质上颠倒了个人与社群之间的关系。个人是社会的产物,在这个意义上,任何在真实社会中生活的个人都不可能任意地实施道德违反行为。所以,在积极自由的理念下反对“自由选择的自我”,当个人的道德违反行为影响到对于共同社会生活而言很重要的价值时,保留刑法介入的可能,就是理性而务实的做法。

第三,积极自由的保障意味着否定绝对优先的自由观念,接受一种利益衡量的思维,这也更加契合制定刑事立法时追求功利目标的最大化思维。这一点,在对积极自由的追求中会受到格外关注。因为,在积极自由理念下,后果性的考虑是一个非常重要的因素。政府既有权力也有义务,在更大程度上介入个人的生活,从而促进个人自由的实质发展。^[40]这背后体现了一种利益衡量的思维。本质上,维护哪些权利,归根到底是一个现实性问题。权利就是为保护个人利益而在公共领域内提出的制度设计和实践方案。^[41]维护某种既定权利会给受益者创造收益,但也会带来成本。权利不是天然具有的,而是当纠纷出现时由法律规则调整的。自然是中性的,没有客观价值也不带有主观价值倾向。权利不来自于自然,而是来自于人类的经验,从有人提出,再到有人实践,到越来越多的人赞成,再到把它写到法律条文里形成共同遵守的行为规范,是人类经过长期的利益冲突和相互博弈慢慢形成的。所以,权利不是从肯定的意义上,而是从否定的意义上确立的。权利只是在这些行为规范划定的空间和界线内,可以自由地从事自己的活动而已。^[42]道德领域的刑事立法也不能摆脱利益衡量思维的统摄,不能将注意力完全集中于个人权利与自由的维护上,而枉顾权利保护中的成本收益问题。即使有的行为人是自愿接受某种道德违反行为的,或者某种道德违反行为并没有指向具体的个人,这些行为不需要考虑对个人利益的损害,但是也不能保证某些道德违反行为不会造成间接的集体利益损害,进而需要刑法的介入。这在保障积极自由的立法模式下是理所当然的逻辑,也是我们更加热衷

[39] 参见[美]迈克尔·桑德尔著:《公正:该如何做是好?》,朱慧玲译,中信出版社2011年版,第247-249页。

[40] 参见[印]阿马蒂亚·森著:《以自由看待发展》,任贻、于真译,刘民权、刘柳校,中国人民大学出版社2012年版,第53-56页。

[41] 参见曹晟旻:《从共同体之善的定位到价值中立原则的悖论——反思权利绝对化及其隐忧》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2018年第5期,第157-158页。

[42] 参见薛兆丰著:《薛兆丰经济学讲义》,中信出版社2018年版,第204-206页。

于追求积极自由的重要动机。

一国的政治文化涵盖了其公民在三个层面上的倾向:政治体系、政治和政策制定过程以及政策的输出和结果。其中,政策层面关系到公众对政府的政策期望。如国家是应当积极干预社会和道德问题,还是应当遵循最小政府的策略?根据相关政治学研究,总的来说,在发展中国家,公众更支持大政府角色——它反映了社会经济条件和过去的政治意识形态。^[43]这与我们对我国政治文化的把握基本相一致。相关研究表明,中国政治文化中特别强调民本观,即民众对于实质利益的追求与政府的善治之间的关联贯穿整个中国历史。^[44]实际上,也的确如此。在我国的政治文化中,当公民的自由与其追求的实质利益发生某种冲突时,公民会更加倾向于适当的妥协,而国家的政策也更多从维护公民的实质利益出发。这一点,从我国刑法对于抽象的集体法益的保护举措中便可看出。^[45]这些都说明我国政治文化相对更看重公民的积极自由。相应地,以刑法来积极地应对道德违反行为,至少在我国的文化土壤下,会得到更多的支持。

总之,虽然对积极自由的追求也有一定的风险,但是,如果我们不能在消极自由与积极自由的选择中做到两全其美,那么,根据社会实际情况,选择一种较优的方案既是不得已之举,也是妥协的艺术。在这个意义上,如果个人的道德违反行为不符合对于积极自由适当保障的理念,政府自然不需要再一味地固守原来的消极自由,而有对这类行为进行刑事立法的可能。

2. 道德领域的刑事立法应加强集体利益的识别保护

原来否定论所依据的伤害原则即使对集体利益的保护有所涉及,也局限在形象具体可感的范围之内。但这种观点对于伤害原则的理解过于狭隘,是固守消极自由的结果。当我们在政治哲学层面从消极自由转向积极自由时,也意味着需要强化对于集体利益的关注。因为积极自由是“真实的自我”想要的自由,是经过理性的利益权衡之后的自由,是被限定的自由。而限定自由的考量因素一边是实施道德违反行为所获得的个人利益,一边是所导致的间接集体利益损害。由于自身是集体的一部分,集体利益的受损最后也会影响到自身利益。所以,是否还要继续实施道德违反行为,“真实的自我”就要认真权衡。权衡的时候便需要将长远的、间接的利益损害都考虑进来,尤其是对于某些物化形式不明显的集体利益。

第一,从静态的角度而言,集体利益并不仅仅局限于物化形式的利益,而有着更加广阔的外延。某些道德违反行为在物化形式方面的利益损害不显著,但不代表不会产生非物化形式的利益损害,这为刑法介入道德违反行为提供了更大的空间。在理论上,对于集体利益类型的研究,代表性的观点根据物质层面、制度层面和精神层面的区分,大体将集体利益分为三类。物质层面的集体利益,主要指人们共同生活之所以可能的物质条件;制度层面的集体利益,主要指人们共同生活之所以可能的制度保障;精神层面的集体利益,

[43] 参见[美]小G. 宾厄姆·鲍威尔等著:《当代比较政治学:世界视野》(第十版),杨红伟等译,上海人民出版社2017年版,第51-56页。

[44] 参见卢春龙、严挺:《比较历史政治视角下的中国政治文化探析》,《政治学研究》2022年第5期,第123页。

[45] 参见戴小强:《实质法益概念的自由保障机能》,《中外法学》2024年第2期,第531-532页。

主要指人们共同生活之所以可能的价值纽带。^[46] 这一区分有着较大的合理性。例如,对于禁止侮辱尸体这种社会规则而言,在传统的伤害原则体系中,经常会怀疑由刑法设立侮辱尸体罪来保护这种社会规则的价值,认为侮辱尸体的行为缺乏明显的法益侵害性。^[47] 但是,这种看法是对集体利益的狭隘理解。对侮辱尸体行为予以禁止是我们人类社会为了安定生者的人心,促进社会更好发展所设立的一个社会规则。

第二,从动态的角度而言,集体利益的内涵不是绝对的,而是开放的,当某些道德违反行为原本危害的集体利益随着社会环境以及公共或个人需要的变化而日益凸显时,刑法也就具有了更多的介入可能。任何流行的集体利益的观念都可以“随着国家结构与人们对国家行为合法性之性质与程度的理解的变化而一同变化,或者前者可能是因为后者的变化而因应发生改变。”^[48] 换言之,集体利益的客观内容是动态变化的,它既与特定社会条件下的生产力水平相关,又与人们的主观需求相关。这一点,与我们经常对于法益概念的可变性的认识也相一致。^[49] 正是由于集体利益的这种特点,当我们将目光再重新回到道德领域的刑事立法时会发现,当一些人类历史上没有出现过的利益对象开始随着历史的发展而不断进入人类社会的生活领域甚至逐渐成为人们利益的主要内容时,针对这部分道德违反行为再一味地否定刑法介入,就不再利于集体利益的保护了。以基因编辑婴儿行为的刑法规制为例,这种原本仅仅属于医疗领域违反规范和道德的行为,随着我们对于其可能造成的集体利益损害的逐渐认识,如对于人类基因库安全以及未来种族安全的危害性,^[50] 其被纳入刑法的处罚范围就具有了合理性。否定论在没有考虑道德违反行为的危害性可能随着社会环境的变化而变化的情况下便直接否定相关立法的做法,难言妥当。

总之,随着我们对伤害原则和道德违反行为危害性的进一步理解以及对于其中涉及的集体利益的识别保护,相关刑事立法的涉及面与原来的否定论立场相比,必然得到较大拓展。我们在总体上应该持一种肯定论的立场,但也不能走向另一个极端,即完全拥抱道德领域的刑事立法。道德领域的刑事立法具有正当性,并不等同于针对任何道德问题的刑事立法都是正当的,这是两个层面的问题。目前理论中肯定论下的具体观点,如法律道德主义或者社群主义法益论,似乎就有走向这种极端的嫌疑。他们经常仅仅出于对公民美德的维护就发动刑事立法,但是,美德在实践中(特别是困难情形下)难以提供精确指导。既然公民美德可以作为刑事立法的依据,那么为什么在具体实践中又只有某些美德可以,而另一些不可以?^[51] 如果对任何所谓的美德都不加甄别地接受,那法律的存在也就失去了意义。所以,当下的法律道德主义或者社群主义法益论的观点其实很容易产生过于压制个人权利的风险。因此,在宏观层面选择肯定论的前提下,道德领域的刑事立法仍需进一步解决的问题是,如何确保刑事立法能够真正地保护集体利益,更好地实现功利

[46] 参见曹刚:《论共同善》,《伦理学研究》2016年第5期,第19页。

[47] 参见贾学胜:《非犯罪化与中国刑法》,载陈兴良主编《刑事法评论》(第21卷),北京大学出版社2007年版,第515页。

[48] [英]迈克·费恩塔克著:《规制中的公共利益》,戴昕译,中国人民大学出版社2014年版,第45页。

[49] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第16页。

[50] 参见马永强:《基因科技犯罪的法益侵害与归责进路》,《法制与社会发展》2021年第4期,第114页。

[51] 参见张伟强著:《法律制度的信息费用问题》,知识产权出版社2018年版,第195页。

目标。对此,对刑事立法进行谨慎的审查,划定合理的入罪界限确有必要。

四 道德领域刑事立法的入罪界限

比例原则是制定法律制度时进行利益衡量的另一种表达,即一项法律制度是由两部分构成的:一是立法所欲实现的目的,这是制度利益之所在;二是实现该目的所欲使用的手段。目的与手段之间应当有妥适的配合,制度利益的获取应当采取适当的手段。^[52] 在审查道德领域的刑事立法时,仍需以比例原则具体地判断相关立法的正当性,即主要从道德领域刑事立法的目的是否合理、手段是否妥当两方面考虑。当结合比例原则划定入罪界限时,本文认为,可以先将审查的重点放在对目的正当性的判断上。原因在于,一方面,当前道德领域的立法实践中,主要难点还是在于判断相关立法的目的是否合理,即所规制的行为是否真的具有社会危害性。无论是过去经常讨论的聚众淫乱行为,还是现在引起关注的见危不救行为,针对这些行为的刑事立法,理论上争议的关键问题往往就是其是否有严重的危害性。^[53] 另一方面,对手段正当性的判断是在目的正当性判断之后的第二道防线,且主要还是通过比较刑事立法所获得的收益与立法投入的成本来进行损益衡量。与对目的正当性的判断相比,针对手段正当性的判断,一是至少在判断原理上还有所指引,且判断顺序靠后;二是许多时候不是单纯的规范判断问题,必须借助经验科学的实证调查方法才能回答。手段正当性理论的发展,离不开犯罪学、社会学、心理学、经济学、管理学等多学科的协同助力。^[54] 换言之,手段正当性的判断更加需要根据规制对象的具体情况具体分析。但是,在具体的损益衡量判断中,一旦考虑各种正负影响之后,手段是否正当的判断可能会变得相当复杂且微妙。在目的正当性的判断被突破之后,再想通过手段正当性的判断来否定刑事立法的正当性就相当依赖经验科学的协助。因此,尽管手段正当性的判断同样重要,但本着集中解决道德立法中首要的难点问题,同时避免对手段正当性判断中涉及的损益衡量的具体性问题有过多纠缠,本文认为,可以先将目的正当性的判断作为当下审查相关立法时的重点。所以,接下来的讨论将主要围绕目的正当性的判断而展开。^[55]

关于目的正当性判断中需要考虑哪些因素,本文认为,可以从刑法的两个基本原则对刑事立法的一般要求出发,并结合道德违反行为的基本特点进行把握。具体而言,在判断道德领域刑事立法的正当性时,可以将以下两点作为判断时的重点考虑因素。

第一,可以根据罪刑法定原则的要求,判断刑事立法规制的目的是否明确地指向了某

[52] 参见梁上上著:《利益衡量论》(第二版),法律出版社2016年版,第202页。

[53] 实际上,在刑法中一直以来以所谓的“法益的立法批判机能”来批判相关刑事立法,审查的也主要是相关刑事立法是否保护了值得保护的法益,即相关刑事立法的正当性问题。参见张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,《法学家》2021年第1期,第81-85页。

[54] 参见陈璇:《法益概念与刑事立法正当性检验》,《比较法研究》2020年第3期,第71页。

[55] 在道德领域刑事立法手段正当性的判断问题上,笔者的初步设想如下:在审查的基本步骤上,可以根据成本收益原则,按照依次递进的顺序,首先考虑是否可以通过国家监管措施对道德违反行为予以调节,其次考虑是否可以通过行政处罚对道德违反行为予以规制,最后在前两项手段都不妥当的情况下,且刑法介入的收益超过了投入的成本时,再考虑对道德违反行为进行刑事立法。在每一具体步骤中,都需要结合经验科学仔细甄别。但由于正文中所提到的原因,对此,本文在这里不再详细展开。

种具体的利益。在立法规制的目的并没有明确地指向某种具体的利益,行为的危害性相当模糊的情况下,刑事立法就难以体现其正当性。

第二,可以根据法益保护原则的要求,判断刑事立法所欲规制的道德违反行为的法益侵害性是否重大。其一,道德违反行为发生概率的高低。因为即使单一行为具有危害性,但如果实际发生率非常低的话,也不足以对集体利益造成重大危害。因为这种行为并不具有可普遍化的可能,以至于达到需要刑法对其进行预防的程度。^[56] 因此,除非我们可以通过实证调查研究,证明某种道德违反行为发生的概率很大,否则,就没有必要以刑法来规制这样的行为。社会集体利益的保护在于减少危害行为的总量,而不在于减少某个具体人的危害行为。^[57] 如果道德违反行为的总量达不到严重损害集体利益的程度,那么处罚个别的道德违反行为也就失去了紧迫性。其二,社会变迁对道德违反行为危害性有无或者程度的影响。当有的道德违反行为随着社会环境的变化已经没有了社会危害性或者社会危害性已经显著降低时,刑事立法就不应将这样的行为作为规制目标;反之,则有立法的目的正当性。不同社会环境下可能会产生不同的道德要求。而刑事立法究竟应在多大程度上规制道德违反行为,这是一个审慎的或经验性的问题,应当依据具体社会的实际条件来回答,而不是通过一律以这类行为的道德违反性本身来回答。^[58] 因此,如果道德违反行为的危害性随着社会变迁而发生了变化,我们就需要对刑事立法做出及时的调整。

五 结 语

对于道德领域的刑事立法,我们不应承认个人自由的绝对价值,站在消极自由的立场,完全反对或者消极对待。反之,我们也不应承认传统道德的绝对价值,一味地如法律道德主义者或者社群主义者那样,企图将习惯的或者传统的道德、信仰或共同价值都作为维系社会稳定的前提,要求个人遵从。道德领域的刑事立法应在适当保障积极自由以及深化对集体利益的识别保护的基础上稳步推进。虽然判断一项刑事立法是否合理,手段正当性的判断非常重要,但目的正当性的判断时常成为立法实践中的主要难点;同时,手段正当性的判断作为审查立法合理与否的第二道防线,是在目的正当性确定之后再根据规制对象的情况具体分析。因此,在当下可以先将目的正当性的判断作为审查道德领域刑事立法的侧重点,在审查立法的第一道防线上作出更多的努力。一切刑事立法都应最大限度地鼓励个人自由,但又不能不顾及集体利益的保护。道德领域的刑事立法亦需在这样的指导思想下审慎展开。

[本文为作者主持的 2024 年度山东省“泰山学者工程专项经费资助”(tsqn202408027)的研究成果。]

[56] 参见王钢:《法益与社会危害性之关系辩证》,《浙江社会科学》2020 年第 4 期,第 43 页。

[57] 参见[美]罗伯特·H. 弗兰克著:《达尔文经济学:自由、竞争和公共利益如何兼得?》,谢朝斌、刘寅龙译,世界图书出版广东有限公司 2013 年版,第 246 页。

[58] 参见[美]理查德·A. 波斯纳著:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社 2001 年版,第 51 页。

The Jurisprudential Basis and Criminalization Boundaries of Criminal Legislation in the Moral Domain

[**Abstract**] The mainstream opinion negates criminal legislation in the moral domain based on the decriminalization of victimless crimes or the legislative critical function of the legal interest theory of liberalism, while its opponents affirm the legitimacy of such legislation based on legal moralism or the legal interest theory of communitarianism. The divergence stems directly from the different attitudes toward the harm principle, with a deeper contradiction rooted in the view of liberty in political philosophy. The negation theory takes negative liberty as the core, whereas the affirmation theory leans toward positive liberty. The negation theory exhibits limitations in its choices of liberty view and incrimination principle: its reliance on negative liberty has theoretical deficiencies, and its interpretation of the harm principle neglects the harm to collective interests. Generally, the affirmation theory under the view of positive liberty should be adopted regarding criminal legislation in the moral domain. On the one hand, the appropriate protection of positive liberty aligns with our expectations for state functions in modern society, our practical judgments about bounded-rational individuals, and the thought of maximizing utilitarian goals in criminal legislation. On the other hand, criminal legislation in the moral domain should enhance the identification and protection of collective interests and oppose the negation theory's neglect of the harm to the collective interests. However, under the current legal moralism or the legal interest theory of communitarianism, the affirmation theory risks excessively suppressing individual rights. To achieve the overall utilitarian goals of criminal legislation in the moral domain, it is necessary to scrutinize criminal legislation with the principle of proportionality, so as to delineate reasonable boundaries of incrimination. Given the challenges faced by moral legislation and the specificity of profit-loss measurement in assessing the justifiability of means, the scrutiny should focus on evaluating the justifiability of purpose. The evaluation should take the requirements of the two fundamental principles of criminal law as its starting point and consider the characteristics of unethical behaviors. First, guided by the principle of legality of crimes and punishments, we can assess whether the purpose of criminal legislation is clear, so as to ensure predictability for ordinary citizens. Second, under the principle of legal interest protection, we can evaluate whether the unethical behaviors targeted by criminal legislation significantly harm legal interests. Considerations may include the probability of occurrence of unethical behaviors and the impact of social change on the existence or degree of harm of unethical behaviors.

(责任编辑:贾元)