

# 不被犯罪化的宪法权利

胡悦

新疆大学，新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市，830049；

**摘要：**约翰·密尔的危害原则使入罪的实质依据问题得到一部分解决，但是随着社会的发展，越来越多的新兴罪名出现，同时伴随着一些“古老”的犯罪行为的过时。在这个过程中，我们必须明白，刑法对于行为人的强制是非常严重的，我们不应该轻易地动用刑法的武器。一旦我们要动用刑罚，那必定是行为造成了规定范围内的危害，且动用刑罚符合比例原则。为了对刑法的规制树立一个边界，更好地确定入罪的实质标准，笔者认为不被犯罪化的宪法权利，作为拥有最高法律效力的权利，可以对犯罪化进行合理的规制。因此，我们将以国内外的视角对不被犯罪化的宪法权利进行描述，以表明不被犯罪化权利的内涵及其重要作用。

**关键词：**危害原则；权利；刑罚权；冒犯原则

**DOI：**10.64216/3104-9672.25.03.043

## 1 导论

犯罪是行为人对于国家所保护的法律关系造成侵害的行为，一旦行为人实施了犯罪行为，国家就会对行为人的行为进行否定性的政治道德评价，从而对行为人的生活造成巨大的影响。国家对个体所施加的影响的巨大和复杂性，让我们不禁思考国家动用刑罚权对于人行为干涉的正当性问题。随着积极刑法观的不断推进，各个国家对于犯罪行为的规定不断增加，越来越多的行为被列入犯罪，据调查显示现在英格兰和威尔士存在8000种刑事犯罪，美国有4000种联邦犯罪，而中国存在近600种刑事犯罪，如何为不断扩张的犯罪化的决策提供合理依据就成为当下我们需要解决的重要问题之一。与此同时国家刑罚权的扩张不可避免地使得公民的基本权利以及公民自由权的限缩。国家以管理国家维护社会秩序为旗号，不断鲸吞蚕食公民的权利是个不争的事实，如何对国家刑罚权进行必要的限制同样重要。基于此，我们认为宪法上存在一种基本权利，即每个人都有不被犯罪化的权利，除非具备充分的理由否定此种权利，否则任何人都享有此项权利，以此种权利为抗辩不合理的刑罚权的扩张，也可以对合理的新兴犯罪行为说理。

## 2 不被犯罪化的宪法权利概述

每个人都享有这个宪法权利，即没有充分的理由不被定罪的权利。不被犯罪化的权利是一项基本人权，目的在于保护个人免受国家无理的刑事干预，该权利重点保护个人免受不公正的定罪与处罚，它既是一项道德权利又是一项基本法定权利。在加拿大的《加拿大人权与

自由宪章》《美国人权法案》以及《欧洲人权公约》都有相应的宪法条文，只是表述上存在部分差异。在我国不被犯罪化道德权利来源于《中华人民共和国宪法》尊重和保障人权原则以及第三十八条中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。第五十一条中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。跟其他国家相比较下，我国对于不被犯罪化的宪法权利并没有直接表述在宪法的条文中，但是其隐含在宪法条文含义之内，是宪法的未列举的权利，也是宪法应当保护的公民的基本权利。

不被犯罪化的宪法权利要求立法者在制定刑事法律规范时，首先对于什么行为可以规定为犯罪要给出充分的理由，否则就不应该将此类行为规定为犯罪，其次对于已经规定为犯罪的行为，我们也应该审查此种行为在当今的环境下是否还适合当作犯罪处理。不被犯罪化的宪法权利作为一种基本权利，它是一种自由意志下的行为自由。我们认为，人们享有做出选择的一般权利，我们可以选择自己喜欢的方式去生活，拥有选择自由，这种权利不应该也不能受到犯罪化的限制，除非具备了公正的理由，否则此种权利不可被剥夺。这种自由，只要我们所作所为并无害于我们的同胞，就不应遭到他们的妨碍，即使他们认为我们的行为是愚蠢、悖谬或错误的。

不被犯罪化的宪法权利理论来源于约翰·密尔的危害原则，在其中他提出：仅有为阻止社会成员对他人造

成危害时，违背文明社会的个体成员意愿对其施加刑罚才具有正当性。密尔危害原则的核心旨意是：如果公民个体实施了危害他人的行为，那么公民的行为在本质上就应受到惩罚，据此，公民的个人自由也才应受到限制和干预。危害原则要求，拟被犯罪化的行为事实上对他人造成了危害。在美国，司法实践已通过 2003 年的劳伦斯诉德克萨斯案，把危害原则予以了宪法化。换言之，美国通过刑事司法实践，赋予了危害原则更高的法律地位。对此，贝克教授认为，有责的施加危害是否定一个人不被犯罪化的权利的核心理由，并且认为对于危害的恰当解释是此种权利本质有效的决定性因素。

### 3 比较法视野下不被犯罪化的宪法权利

确保公平和有准则的犯罪化标准无疑是一件复杂高难度的事情，安德鲁·阿什沃斯指出：“刑法的框架是‘视历史情况而定’的，它并不是有准则的犯罪化探究的产物，也不是对规则始终如一的应用；它很大程度上取决于不断接替的政府的命运、大众传媒的竞争，以及各种施压团队的活动等。”这种无准则和政治化的定罪方式，正是造成不公平犯罪化危机的罪魁祸首。因此对于不被犯罪化的宪法权利的确认和适用就非常有必要。

在美国，早期同性恋被规定为犯罪，在 1986 鲍尔斯诉哈德威克案中，被告哈德威克被指控违反佐治亚州将鸡奸定为犯罪的法规，在他家的卧室里与另一名成年男性实施鸡奸行为，他向联邦地区法院提起诉讼，质疑该法规的合宪性，因为它将双方同意的鸡奸定为犯罪。法院批准了被告因未陈述索赔而驳回的动议。上诉法院推翻原判并发回重审，认为佐治亚州的法规侵犯了被告的基本权利。但是美国最高法院推翻了上诉法院的判决认为，第十四修正案的正当程序条款并没有赋予同性恋者任何参与双方同意的鸡奸行为的基本权利。此案的处理结果表明，同性恋之间的性行为是犯罪行为，国家可以基于基督教的教义和文化传统来将这种行为规定为犯罪，尽管这种行为并没有给其他人带来有责的伤害。但是在 2003 年的劳伦斯诉得克萨斯州案很快就将此结论推翻，同样是同性恋之间的性行为，法院认为公民的私生活有权得到尊重，国家不能贬低他们的存在，也不能通过把他们的私人性行为定为犯罪来控制他们的命运。法院还指出，鲍尔斯的推理和判决在其他国家被驳回，没有证据表明美国政府的利益更合法或更紧迫。从

同性恋性行为的刑法认定的转变中我们看见对于不被犯罪化的宪法权利的存在和实现。国家以刑法的方式来限制公民的基本权利，使其犯罪化一定要建立合理认定危害的框架，以确保行为造成了应负责任的损害，且这种损害与适用刑罚之间符合比例原则，否则公民享有不被犯罪化的权利。

与此类似的是，拉斯维加斯加强了有关无家可归者的法律规定的实施，该法规定：社会公众或者慈善团体在公园为无家可归的人提供食物是犯罪行为，违者将面临最高 1000 英镑的罚款以及六个月的监禁。拉斯韦加斯政府给出的理由是，在公园为无家可归的人提供食物会使更多无家可归的人进入公园，引起公民对于公共场所酗酒、乱丢杂物和犯罪的抱怨，导致人们不敢进入公园。根据危害原则的要求，在对一种行为规定为犯罪时，要确定其所带来的危害，并且应该通过道德分析和实证数据分析的方式去确定。拉斯韦加斯的政府的法令无疑并没有数据和合理的理由支撑，是侵犯了公民的不被犯罪化的宪法权利。

除此之外，在英美国家，对于非边缘行为，即那些明确具有危害性的行为，例如强奸、杀人、抢劫等，其具有合理完善的犯罪化理由，但是对于边缘行为，比如暴露行为等其犯罪化的公正性需要复杂的道德分析。除此之外，消极乞讨、捕杀狐狸、为无家可归者提供食物、持有自用大麻、观看脱衣舞表演等行为在英美等国家在过去也被视为是犯罪行为，但是其正当化的依据并不充足，所以以不被犯罪化的权利角度出发，这些犯罪都应该做无罪化处理，事实上，这些犯罪真的也在逐渐退出历史舞台。

### 4 我国不被犯罪化的宪法权利

在我国，不被犯罪化的权利在宪法的条框中并没有明确表述，但是我们可以从宪法的原则出发，宪法有尊重和保障人权原则，表明在我国我们享有基本的人权，国家尊重和保障这些基本人权的实现。再者，宪法规定，在行使自由和权利时不得损害国家、公共和他人利益，也就是说公民只要在不损害他人利益的情况下拥有选择自由，国家不得进行干涉。当然这些规定对于论证不被犯罪化的权利完整存在确有难度，笔者也不认为在我国有较完整的不被犯罪化的权利，我国的不被犯罪化的权利仍在不断发展的阶段。

2009 年南京秦淮公安分局在一家连锁酒店查获了

一起聚众淫乱案件，共有5人参与，随后牵出17人，其中首要分子为南京某大学副教授马某，案件一出就引发了广泛的关注。马某等人通过QQ群组织淫乱活动多起，最终被法院以聚众淫乱罪判处三年零六个缓刑不等的刑罚。在这个案件中，争议的焦点就在于，聚众淫乱行为是一种没有受害者的边缘行为，这种行为的危害性无法跟传统犯罪一样去量化，对于这种行为规定为犯罪是否侵害了公民的人权。认为聚众淫乱行为应当受到刑罚处罚的人从公共利益的角度出发，他们认为聚众淫乱行为具有社会危害性，这些行为是社会自我衰败循环的一部分，如果不阻止这种衰败，社会会迎来更严重的犯罪。也就是说，如果不将这种聚众淫乱行为规定为犯罪，其所带来的整个社会道德水平的下降，以及性病的传播问题将会更加严重。德富林认为，个人的堕落具有造成物质上和精神上的社会危害的可能性。他宣称个人堕落应当入罪。罗翔教授也曾经说过道德的堕落会导致社会的堕落，因此他们都强调刑法中的道德因素的重要作用。

持相反观点的学者认为，在私人的生活中人们有自己的选择自由，国家在调整人们行为的时候，不应该把手伸进个人的私密领域。犯罪化的客观依据不是依照个体的特殊喜好，仅仅因为社会中大多数人宣称此种行为有害或者冒犯的就标记这种行为为犯罪，是非常不公平的。根据危害原则，人们有权选择自己的生活方式，在不危害他人的情况下，我们有权选择做一个道德低下的人一个堕落的人一个性开放的人，这是在合理范围下的选择自由，刑法不能将此种行为认定为犯罪。笔者认为，我们都有不被犯罪化的权利，除非以合理的理由，否则此项权利不可被剥夺。虽然在中国传统中聚众淫乱行为是违反公序良俗的行为，是一种让周围人受到冒犯的行为，但是冒犯原则因其取决于人的主观情感和人的社会教化，是一个非常空洞的概念，因此我们不能仅凭冒犯原则去认定行为的性质。一种生活方式，在没有妨碍到他人权利或者利益的情况下，即使这种方式是奇怪的、偏执的、低俗的，国家也不应该予以监管，行为人也不能因此受到非难。

## 5 不被犯罪化的宪法权利的实现与适用

不被犯罪化的宪法权利作为一项基本权利，如果要真正地得到尊重和保护，那就需要确定此项权利的范围，为此项权利被侵害提供救济。

首先，不被犯罪化的宪法权利要求确定刑事实体法的宪法边界，国家可以在什么程度上规范公民的生活，引导公民的行为。根据危害原则，只要我们的行为不对他人的利益或者生活造成损害，我们就有自由的权利，也就是说刑法只能规制侵犯他人或社会国家利益，对人们的生活有损害的行为，对于那些仅仅道德上不符合一时的道德标准的行为，刑法没有权利进行规制，更不能以此为理由否认行为人的不被犯罪化的宪法权利。除了危害原则之外，学界还有冒犯原则，认为那些不符合公序良俗的行为，对他人造成了一种冒犯，对于这种冒犯进行刑罚是合理的，这里的冒犯行为是指使人愤怒、羞耻或惊恐的淫荡行为或放肆行为，如人们忌讳的性行为、虐待尸体、亵渎国旗。这种行为公然侮辱公众的道德信念、道德感情和社会风尚，因此必须受到刑事制裁。对于符合冒犯原则的行为，将其认为是可以否认行为人有不被犯罪化的权利的理由，笔者认为是不合适的。因为单独的冒犯行为，其所带来的危害是不能量化，且随着时代发展以及个体的主观情感和社会教化不同，冒犯对于主体的感受是不相同，如果以此为犯罪化的理由，毫无疑问是不符合公平的要求的。父爱主义原则作为确立规制犯罪的标准同样有其弊端。父爱主义目的是相对人的福利、需要和利益，主要分为两种情形，一是阻止他自我伤害，二是增进其利益。这就是我们所谓的国家或政府的“爱”。家长主义的原则必然是不同程度限制公民的个人权利，从而有益于公共利益。对于那些伤害自己的行为，我们以刑罚的方式去制止这种行为，就是一种通过伤害他人的方式来阻止他人伤害自己，明显这种方式是不合理的。以家长主义原则来确定犯罪化的界限，那无疑会造成刑罚权的滥用以及公民权利不断地限缩，因此家长主义在刑法中发挥的作用十分有限，完全不能成为规制刑法边界的原则。以上论证表明，危害原则作为刑事立法的限制原则是合理的。

但是，要真正确立实现不被犯罪化的权利，危害原则只是空洞的存在是没有用的，我们必须搭建一个认定合理危害的框架，因为只有在同时具备否定这一权利的充分理由时，不被犯罪化的权利才可谓行之有效。首先我们认为拟被犯罪化的行为必须事实上对他人造成了危害，这种危害在进行了道德评价以及实证数据分析之后，我们认为如果不对此类行为进行刑罚处罚会对我们的国家和社会带来巨大的危害。这种事实上的危害是客观的，而不是被宣称的危害，它以“不良行为×可责性”

来衡量。除此之外，符合比例性也是危害原则的一个要求，它要求刑期与犯罪的可责性。也就是行为的危害要达到一定的不能容忍的程度。在我们国家来说，想要确立不被犯罪化的权利还有很长一段路要走。一是因为宪法文本中并没有相关的规定，虽然我们可以将部分条文解释出人们拥有的权利，但是没有列举的权利的效力始终不如那些列举出来的权利。其次宪法对刑事立法的限制十分有限，刑事立法不能与宪法的规定相抵触，但是宪法的规定都比较抽象，很难实际上对刑事立法产生实质的限制，并且由于我国宪法不存在违宪审查制度，所以在刑事立法被认为出现侵犯人们不被犯罪化的权利的问题时，我们也可以通过宪法途径获得救济。

国际上关于不被犯罪化的宪法权利通过国际条约以及判例的形式得到了一部分的确认和应用，对于曾经被认为是犯罪的同性恋性行为、消极乞讨等都被做了除罪化处理，存在的问题是全面应用的不足，以及还没有完全上升成为跟隐私权和自由权同一等级的宪法权利。不被犯罪化的权利在我国尚是一个理论上的权利，关于权力的边界以及权利的救济都还停留在理论层面，现实意义上的不被犯罪化的宪法权利还需要发展。

## 6 总结

在当今这个刑法积极主义横行的时代，犯罪的类型不断增多，犯罪圈不断扩大，这使得人们的自由的范围越来越窄，但是人们是为了获得自由才献祭了自己的自由，那不意味着国家可以不断蚕食我们的自由，因此，刑法规制要有其界限，人们要拥有自由的权利，只有国家能够为否定这项权利提供令人信服的理由的时候，该权利才能被剥夺。如果这个犯罪化涉及监禁，那么否定该权利的理由必须是：不法行为人的行为对他人造成了危害。

不被犯罪化的宪法权利，作为自由权的延伸，其代表着公民自由选择生活方式的权利，在不影响他人的利益和自由的情况下，我们可以按照自己的意志去生活。此项权利可以限制国家刑罚权的滥用，解释新兴的犯罪化决策。此项权利在国际社会中很早就被提出，并且经

过不断地实践，在司法中已经被运用，在对于犯罪行为的刑事立法中起到了较大的作用。不被犯罪化的宪法权利是一种刑法观念，一种对抗国家公权力侵蚀的观念，它可以通过对刑事立法边界确定的方式更好地对刑法进行规制，使得刑法在构建和谐美丽社会的同时，又不至于过分侵害人们的生活，同时对于一些不适宜存在的犯罪行为，对其进行除罪化处理也是对不被犯罪化的宪法权利的良好诠释。综上，不被犯罪化的宪法权利对于立法的合理性和正义性有着不可或缺的作用，我们应当建立并完善不被犯罪化的权利宪法权利。

## 参考文献

- [1]丹尼斯·J. 贝克. 不被犯罪化的权利-刑法规制的界限[M]. 王晓晓，译. 社会科学文献出版社，2023.
- [2]乔尔·范伯格. 刑法的道德界限（第一卷）：对他人的损害[M]. 方泉，译. 商务印书馆，2015.
- [3]劳东燕. 危害性原则的当代命运[J]. 中外法学，2008年第3期.
- [4]约翰·密尔. 论自由[M]. 孟凡礼译. 上海三联书店出版社，2019.
- [5]高铭暄. 新中国刑法科学简史[M]. 北京：人民出版社，1993.
- [6]李永生. 刑法学基本范畴研究[M]. 重庆大学出版社，2000.
- [7]韩辰. 论宪法与刑法的联动-以刑法宪法化为视角[J]. 金陵法律评论，2017年春季卷.
- [8]沈李. 论刑法规制“道德难题”的原则-以“聚众淫乱”犯罪化之正当性分析为例[J]. 金陵法律评论，2022年卷
- [9]Alexander, L. , “The Enforcement of Morality,” in Frey, R. G. and Wellman, C. H. (eds), A Companion to Applied Ethics (Oxford: Blackwell Publishing, 2003)
- [10]Ashworth, A. , “Is the criminal Law a Lost Cause?,” (2000) 116 The Law Quarterly Review 225.