

中图分类号: \_\_\_\_\_

密 级: \_\_\_\_\_

UDC: \_\_\_\_\_

本校编号: \_\_\_\_\_ 10652

# 西南政法大学

## 硕士学位论文

论文题目: \_\_\_\_\_ 论“无被害人”犯罪的边界

研究生姓名: \_\_\_\_\_ 王 霞 \_\_\_\_\_ 学 号: \_\_\_\_\_ 20140301040235

校内指导教师姓名: \_\_\_\_\_ 王利荣 \_\_\_\_\_ 职 称: \_\_\_\_\_ 教授

校外指导教师姓名: \_\_\_\_\_ 职务职称: \_\_\_\_\_

申请学位等级: \_\_\_\_\_ 硕 士 \_\_\_\_\_ 学科: \_\_\_\_\_ 法学 \_\_\_\_\_ 专 业: \_\_\_\_\_ 刑法学

论文提交日期: \_\_\_\_\_ 2017 年 3 月 18 日 \_\_\_\_\_ 论文答辩日期: \_\_\_\_\_

# 论文独创性的声明

本人郑重声明：所呈交的学位论文是本人在导师指导下开展研究工作取得的成果；尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得西南政法大学或其他教育机构的学位或证书而使用过的材料；对于与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献，均已在论文中作了明确的说明并表示谢意。

学位论文作者签名：王霞 签字日期：2017年3月10日

## 学位论文版权使用授权书

本学位论文作者完全了解西南政法大学有关保留、使用学位论文的规定。即：学校有权保留所送交的论文，允许论文被查阅和借阅，可以公布论文内容，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存论文，可以向有关部门和机构送交论文的纸质复印件和电子版本。

(保密的学位论文在解密后适用本授权书)

学位论文作者签名：王霞

导师签名：王利军

签字日期：2017年3月10日

签字日期：2017年3月10日

硕 士 学 位 论 文

论 “ 无被害人 ” 犯罪的边界  
On the Boundary of "No Victim" Crime

作 者 姓 名：王霞

指 导 教 师：王利荣

西 南 政 法 大 学  
Southwest University of Political Science and Law

## 内容摘要

近年，明星吸毒案、东莞卖淫案、深圳快播案持续引发社会热议，也引发了本人对类似于赌博、吸毒、传播淫秽物品、聚众淫乱等无直接被害人的行为做何法律评价的思考。长期以来，无被害人犯罪与大众心目中的犯罪存在较大的差异，各国采取的处理方式虽不尽相同，总体上却呈现出一种非罪化取向。在我国大陆地区，尽管犯罪成立标准相比传统大陆法系国家的刑法更严格，对诸上除吸毒外的违法行为类型却都存在犯罪化的取向。基此，细致分析我国无被害人犯罪的类型，具体探讨入罪标准，探索限缩犯罪圈的路径，极具理论与现实意义。

本文共分为六部分，约4万字。

第一部分，阐明“无被害人犯罪”讨论的基础与背景。该部分界定了“无被害人犯罪”的概念及特征，介绍了国内外“无被害人”犯罪圈及其变化规律。无被害人犯罪直接侵害对象不是自然人的法益，行为人实施的行为要么具有自损的性质要么不违背行为对象的意志，但无被害人的犯罪却违背了社会基本伦理和宗教基本情感，破坏了现有公共秩序，因而置社会法益于现实威胁之间，进而间接危及到个人法益。由于客观上不存在直接被害人，一些发达国家将这类行为要么轻罪化要么非罪化，我国现行立法中，传统空间的无被害人犯罪圈保持相当稳定，但随着网络时代的到来，这类犯罪圈在新领域有扩大态势。

第二部分，明确用于整体划定无被害人犯罪边界的规范依据。首先，介绍传统意义上的无被害人轻罪的类型及其特点；其次，归纳和分析我国刑法中的无被害人犯罪重罪的类型及其特点；再次，根据我国刑法以量定质的立法特点，揭示刑法设置无被害人犯罪的定量栅栏的立意。最终得出结论：根据行为破坏社会秩序程度划定无被害人之轻罪的边界。

第三部分，清晰整体划定无被害人犯罪边界的价值依据。在辨析个人法益、社会法益与社会秩序关联的基础上，笔者认为，社会基本秩序被严重破坏表明社会法益被破坏，个人法益因此处于被侵害的现实危险中，这是入罪的实质标准。一些看似侵害对象不明显的行为诸如性交易、赌博、聚众淫乱等，如果直接且严重影响未成年人身心发育，有必要入罪。但大多数悖德行为交给道德及伦理规范去处理。另外，在违法犯罪二元化体系中，这类危害行为一般的应交由治安处罚。

第四部分，重点分析限缩容留他人吸毒之犯罪圈。吸毒行为是违法不是犯罪，容留吸毒行为却被明确规定为犯罪，这本身就表明容留吸毒行为的入罪附有严格的条件。容留他人吸毒行为之入罪应当具体限定在：在其经营场所多次容留他人吸毒，在公共场所多次组织他人聚众吸毒，借种种聚会名义召集和容留他人吸毒。在个人办公场所或私人会所等处吸毒同时容留他人吸毒的，不宜被定罪。

第五部分，重点分析限缩赌博类犯罪圈。赌博是古老的社会现象，赌博犯罪构成要件应当严格掌控。而且刑法应当删掉“以赌博为业”选择性要件，有效限缩处罚圈；同时提高聚众赌博赌资门槛，区别于一般越轨娱乐行为；将为他人赌博提供资金、通讯、费用结算的行为归属开设赌场共犯时，应以其明知提供服务性质为主观要件。

第六部分，重点分析聚众淫乱的犯罪圈。聚众淫乱活动令社会大多数人难以容忍的程度应予入罪，但须对“淫乱”做出相对清晰的解释，淫乱不仅指性伴侣不同一，还指其达到了聚众的规模和程度，而且在判断整个案件性质基础上。此外，刑法还应重点打击组织未成年人聚众淫乱的成年人。此外，还应严格未成年人的入罪标准。至于网络聊天室“裸聊”行为，更宜采取关闭网站或罚款等行政手段予以回应。

关键词：无被害人犯罪；法益；社会秩序；定罪标准

## Abstract

In recent years, the star xiduan, dongguan prostitution case, Shenzhen kuaiboan continues to arouse social debate, and also caused me to think about the legal evaluation of the behavior of gambling, drug use, dissemination of obscene goods, and gather a crowd. For a long time, there is a big difference between the crime of innocent victim and the public mind, although the treatment adopted by the countries is different, but generally shows a kind of sexual orientation. In mainland China, although the standard of crime is more stringent than the criminal law of the traditional civil law countries, the types of illegal behavior except drug use are the orientation of criminalization. Jici, detailed analysis of the type of the victim crime in China, the specific discussion of the criminalization criteria, exploring the path of xiansuo, is very theoretical and practical significance.

This paper is divided into six parts, about 40,000 words.

The first part ,expounds the basis and background of the discussion of" there is no crime ". This part defines the concept and characteristics of" there is no crime ", introduces the" there is no" crime circle and its change law at home and abroad. The direct violation of the victim's crime is not the legal interests of natural persons, the behavior of the perpetrator either does not violate the will of the object, but the crime of no victim violates the basic social ethics and religious basic emotion, destroys the existing public order, and indirectly endangering personal legal interests. Because of the objective absence of direct victims, some developed countries will be either qingzuihua or decriminalization, the there is no of the traditional space in our current legislation is relatively stable, but with the advent of the network era, this kind of crime circle has expanded in the new field.

The second part, clear the normative basis for the overall delineation of the crime boundary. First, it introduces the types and characteristics of the Misdemeanor in the traditional sense; Secondly, the types and characteristics of the felony crime in China's criminal law are summarized and analyzed. Again, according to the legislative characteristics of the criminal law of the criminal law of our country, reveals the conception of the quantitative fence of the crime of no victim. Finally, the conclusion is that the boundary of the soft crime of there is no is defined according to the degree of social order.

The third part, the value basis of clear overall delineation of the crime boundary. On the basis of the analysis of the relationship between personal legal interests, social legal interests and social order, the author believes that the basic order of society is seriously damaged that social legal interests are destroyed, and therefore personal legal interests are in the actual danger of being violated, which is the substantive standard of incrimination. Some seemingly infringing objects such as sexual trading, gambling, gathering gather a crowd, etc., if directly and seriously affect the physical and mental development of minors, it is necessary to incriminate. But most moral behavior is handed to ethics and ethics to deal with. In addition, in the dual system of illegal crime, such harm behavior should be referred to public security punishment.

The fourth part, focus on the analysis of the limit of drug addicts. The behavior of drug use is not a crime, but the host drug behavior is explicitly defined as a crime, which itself shows that the crime of harboring drug behavior is strictly conditional. The criminalization of taking drug behavior of others should be limited to: in its business places many times to host other people drug, in public places many times organize other people to take drug, and to host and host other people to use drugs. In personal office or private clubs, other places such as drug use while hosting others drug, should not be convicted.

The fifth part, focusing on the analysis of xiansuo gambling. Gambling is an ancient social phenomenon, the constitutive elements of gambling crime should be strictly controlled. And the criminal law should be deleted" take gambling as the industry" selective element, the effective xiansuo; At the same time, raise the threshold of gambling gamble fund, different from the general deviant entertainment; The behavior of providing funds, communication and expense settlement for others' gambling belongs to the casino total of, and should be subject to the nature of the nature of the service.

The sixth part focuses on the analysis of the crime circle of assembled promiscuous. The gather a crowd activities make it difficult for the majority of the community to tolerate the crime, but to make a relatively clear interpretation of" promiscuous ", not only sexual partners are not the same, also refers to the size and extent of gathering, and judge the nature of the case. In addition, the criminal code should focus on organizing minors who organize minors to commit promiscuous. In addition, the standard of the incrimination of minors should also be strictly. As for

the" naked chat" behavior of internet chat rooms, it should be more appropriate to take administrative measures such as closing websites or fines to respond.

**Key words: Victimless crime; Legal interests; Social order; Conviction standard**



# 目 录

引 言.....	1
一、“无被害人犯罪”讨论的基础与背景.....	1
（一）“无被害人犯罪”的概念和特征.....	1
1.“被害人”概念的理清.....	1
2.“无被害人犯罪”概念的界定.....	3
3.无被害人犯罪的特征.....	5
（二）国内外“无被害人犯罪”圈及其变化.....	6
1.国外“无被害人犯罪”之非罪化态势.....	6
2.我国大陆区域无被害人犯罪之扩大化态势.....	7
二、整体划定无被害人犯罪边界的规范依据.....	9
（一）传统无被害人轻罪类型及特点.....	9
1.赌博犯罪.....	9
2.容留型犯罪.....	10
3.刑法第六章第九节的犯罪.....	11
4.聚众淫乱罪.....	11
5.卖淫类犯罪.....	12
（二）传统无被害人重罪类型及特点.....	13
1.组织卖淫罪.....	13
2.“积极性安乐死”.....	13
（三）无被害人犯罪的定量栅栏.....	14
三、整体划定无被害人犯罪边界的价值依据.....	17
（一）行为对象及法益侵害程度.....	17
1.犯罪本质观点论述.....	17
2.法益侵害性之主张.....	18
3. 该类行为的对象及法益性质.....	20
（二）这类行为的社会危害性考量.....	24
1.基于法律家长主义的判断.....	25
2.基于社会伦理的判断.....	26
3.基于冒犯直至伤害的判断.....	28
4.基于犯罪预防的判断.....	30
四、限缩容留他人吸毒罪的犯罪圈之重点分析.....	31
（一）容留他人吸毒罪法益侵害性之辨析.....	31
（二）我国容留他人吸毒罪的立法现状.....	32

（三）在未附定量要求的罪行规范中如何限缩.....	34
五、限缩赌博类犯罪圈之重点分析.....	35
（一）废除“以赌博为业”限缩处罚边界.....	35
（二）将为他人赌博提供资金、通讯、费用结算的行为归属开设赌场之共犯..	37
（三）提高赌博罪之数额门槛.....	38
六、限缩聚众淫乱罪犯罪圈之重点分析.....	40
（一）聚众淫乱行为的危害性质分析.....	40
（二）严格未成年聚众淫乱的入罪标准.....	42
（三）限缩解释“聚众”和“淫乱”缩小主体认定范围.....	43
七、结语.....	45
参考文献.....	45
致谢.....	49

# 引 言

作为犯罪学研究分支的被害人学日益受到国内外学者们的关注,理论成果获得充分发展的同时,被害人地位在刑法学和犯罪学理论研究中也得到了高度重视,但是对于那些没有明显被害人的犯罪行为,即理论界所称的无被害人犯罪行为,理论研究界却没有给予足够的重视。国内外关于无被害人犯罪的相关理论研究大多停留在个罪研究和犯罪学的研究之中,到目前为止并没有形成比较全面系统的理论和论著。与此同时,基于无被害人犯罪本身所具有的复杂性,我国大陆区域刑法理论界对如何就该类犯罪进行合理的处罚也一直存有争议,犯罪化与除罪化对峙,折中观点也得到极大的发展。此外,对于无被害人犯罪类型是否真正的存在、该类犯罪的边界究竟是什么、是否侵犯法益以及侵犯何种法益,我国大陆地区刑法理论界至今没有达成一致性意见,理论争议层出不穷。

因此,笔者希望以论“无被害人”犯罪的边界为题,立足于探求无被害人犯罪边界划定的规范依据和价值依据,针对我国大陆地区刑法中的无被害人犯罪圈的扩大化现状,探求科学合理的限缩标准,并且进一步就容留吸毒罪、赌博类犯罪以及聚众淫乱罪的犯罪圈限缩问题进行重点探讨,以此来进一步深化本文定性加定量相结合的无被害人犯罪边界划分的理论。本文研究意义如下:一、探求无被害人犯罪的合理边界,为相关立法以及司法实践提供价值理论依据;二、该论题的研究也进一步丰富了我国关于无被害人犯罪的相关理论,改善我国对于此理论研究的薄弱现状。

## 一、“无被害人犯罪”讨论的基础与背景

### (一)“无被害人犯罪”的概念和特征

#### 1. “被害人”概念的理清

在犯罪学理论与历史发展过程中,“被害人”一词最早源自古代社会宗教礼仪之中祭祀神灵的祭祀品。当时,这一术语单纯指代被杀之后在宗教祈祷仪式上供奉神灵的人或动物。经过长时间的演化以及相关理论的发展,“被害人”一词的内

涵也在逐渐的扩大和演变。目前我们所称的“被害人”，通常是指因为他人的相关行为而受到伤害或者阻碍的自然人、社会组织组织、道德规范或法律秩序。自20世纪五十年代被害人学作为一门独立学科形成后开始，理论界对被害人本身含义的界定也进一步演化，主要存在广义上的无被害人以及狭义上的无被害人之分。广义的被害人，即我们所称的犯罪被害人，具体是指“因他人的犯罪行为（一般也包括尚不构成犯罪的违反刑事法律的行为）而受到直接性伤害、损失或困苦的人或实体<sup>1</sup>”。而狭义的被害人就是我们所说的刑事被害人，具体限定为因为他人的犯罪行为而遭受直接性的人身或者财产等合法权益损害的自然人、单位（公司、企业、事业单位、机关、社会团体等）、国家或者整个社会。

从以上的阐述可以看出，刑事被害人是存在于刑法领域的之中的，而犯罪被害人是存在于犯罪学领域之中的。鉴于本文主要探讨我国大陆地区现行刑法内相关无被害人犯罪的边界问题，因此笔者主要采用狭义上的被害人概念，即存在于刑法领域中的刑事被害人，广义的存在于犯罪领域的其他含义的被害人并不包括在里面。此外，由于无被害人犯罪本身的特殊性，对“被害人”概念的理解还需要注意以下几点：首先，本文所指称的被害人仅仅包括自然人。众所周知，在目前的学术研究之中，单位、国家以及社会成为刑事被害人已经得到学界大多数学者的认同，这就势必会再次引起学界对无被害人犯罪这一特殊犯罪类型是否真正存在的质疑。换言之，如果直接沿用以上刑事被害人的概念，那么相关单位、国家乃至社会等都会成为被害人，那么无被害人犯罪所具有的“没有明显的被害人”这一决定性特征也就在真正意义上被否定，该类犯罪类型也会随之失去存在的意义。其次，笔者所指的被害人仅指代直接性的被害人，间接受害的并不存在于其中。否则，无被害人犯罪的范围就具有了不确定性，此时抽象的道德、法律秩序等也在一定程度上成为了被害人，那么无被害人犯罪将会再次陷入是否真正存在的尴尬境地。

基于以上论述，笔者所指的被害人，是指因个人法益被犯罪行为所直接侵害而直接承受由此所产生的物质损失、身体伤害或精神损害的自然人。此处的被害人可以寻求刑事和民事两方面的救济。

---

<sup>1</sup>王恩海：《无被害人犯罪研究》，北京：法律出版社，2009年版，第4页。

## 2. “无被害人犯罪”概念的界定

“无被害人犯罪”的概念最早由美国学者埃德温·舒尔提出,他认为“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<sup>2</sup>”。由此,埃德温·舒尔开启了学术界对无被害人犯罪研究的大门。舒尔在此书中将药物滥用、堕胎以及同性恋等“处在犯罪边缘线”上的社会偏差性行为从社会学的角度进行探讨,并进一步批判了有关此类行为的相关公共刑事政策。此后,“无被害人犯罪”这一概念在学术界被逐渐接受并被广泛使用,并逐渐成为了西方社会非犯罪化潮流的一个重要的组成部分而不断地演进和发展起来。但是,究竟什么是无被害人犯罪呢?舒尔所使用的“无被害人犯罪”这一概念仅仅具有描述性,并不是实质性的概念,国内外相关法律也没有下过明确的定义。为此,众多学者曾尝试着给“无被害人犯罪”下一个明确性的定义,主要包括如下几种:

第一种观点是无法益侵害说。该观点主要强调犯罪的法益侵害性这一本质特征,认为无被害人犯罪是没有侵害或者威胁刑法法益的犯罪,或者是法益侵害性不明显的犯罪。赞同该观点的学者同时也主张无被害人犯罪完全除罪化,例如日本学者大谷实就主张这一说法。

第二种观点是纯自愿行为说。该种观点主张无被害人犯罪是犯罪行为相对方完全同意并且自愿交换的行为,并且伴随着行为人对结果的积极追求。例如舒尔、贝道(H.A.Bedau)就主张这种说法。

第三种说法是纯伦理保护说。该说是基于刑法与道德、刑法与宗教的关系角度来对无被害人犯罪进行定义的,主要强调刑法的伦理保护功能,主张刑法设置无被害人犯罪主要基于对道德以及宗教规范的保护,同个人法益无关。例如我国学者王恩海、彭磊就主张这种观点。

第四种说法是指被害人不明显说。该说是从被害人的立场出发给无被害人犯罪下的定义,主张“无被害人犯罪是指没有直接被害人或者被害人不明显的犯罪<sup>3</sup>”。

例如我国学者李贵方、王晓辉、李贵方就赞同这种观点。

笔者并不赞同无法益侵害性说。笔者认为任何犯罪之所以被刑法规定为犯罪都是因为其本身所具有的法益侵害性,包括威胁。同样的,处于犯罪学领域的无被害

---

<sup>2</sup>彭勃:“无被害人犯罪研究——以刑法谦抑性为视角”,《商研究》,2006(2),第51页。

<sup>3</sup>李贵方:《评西方国家的无被害人犯罪》,《外国法学研究》,1989年第2期,第88页。

人危害行为如果想上升为刑法学上的犯罪行为,就必然需要具有对法益的侵害性或者威胁。这种主张无被害人犯罪在本质上并没有法益侵害性或者威胁的说法,虽然可以为无被害人犯罪非罪化主张找到支撑性的理由,但是却无法准确回答最初各国将此类犯罪列入刑法调整以及现行仍然有许多国家将某类型无被害人犯罪作为犯罪处理的原因。此外,该说法并没有准确的说明犯罪行为人在具体实施犯罪时的主观心理状态。同样的,纯自愿行为说也是值得商榷的。该学说强调行为本身的自愿性,虽然也是该类犯罪的一个特征,但是却不是其本质特征。该学说虽表面上没有缺陷,但是实质上却扩大了该类犯罪的外延,混淆了“被害人承诺”同“无被害人犯罪”之间的界线。例如“允许伤害”这种基于被害人承诺的行为,同样也符合被害人同意或默许的纯自愿行为说,但是我们能说这是无被害人犯罪吗?此外,纯伦理保护说也存在缺陷。虽然笔者也赞同在一定程度上将道德、宗教等伦理列入刑法的保护范围,但是仅仅强调伦理保护性将导致无被害人犯罪的范围泛化,进而混淆刑法与道德、刑法与宗教的界限。再者,笔者也并不赞同被害人不明显说。基于形式逻辑原则的考量,被定义项词语不能存在于定义项之中,因此,此种观点存在对所定义对象作同义反复之嫌疑,不能进一步就待界定对象的外延和本质特征做出说明。同时,该观点没有明确,在取得对方同意的条件下还是否存在被害人的情形。此外,社会又可否作为直接性被害人呢?

目前,对无被害人犯罪的定义,国内外刑法学界并没有形成通说性的观点。虽然各个学说都在一定程度上反映了无被害人犯罪的某些特征,对无被害人犯罪具有了一定道德认识,并且在此基础上对无被害人犯罪进行了不同角度的研究,但是概念的模糊性一直存在。众所周知,刑法相关概念是进行刑法理论研究的必要前提,只有具备统一且明确的基本概念,我们才能进一步就相关法律问题进行明确且理性的探讨。相反,如果基本概念不统一且存在模糊性,我们就不能将我们对于法律问题的思考准确的转变成法律理论,更不用说形成统一性的共识。为此,基于以上的论述,笔者采用折衷说的定义。有法益必有维护法益的基本秩序,实施了置刑法所保护的法益于现实危险的行为就是破坏了维护法益所必须的基本秩序的行为,在这个层面上理解法益侵害性,可以得出以下定义:

无被害人犯罪是以基础性伦理道德之下的公共秩序为侵害法益,但个体法益侵害性不明显,主观上表现为行为所涉及当事人的自愿或者自损,客观上表现为无直接个人被害人的一种犯罪行为。

### 3.无被害人犯罪的特征

对无被害人犯罪进行界定之后,为了对该类犯罪有一个更深入的了解,笔者将对无被害人犯罪的特征进行进一步阐明,具体如下:

首先,无被害人犯罪具有较高的反社会性。这种反社会性是针对无被害人犯罪行为的反道德伦理性而言的,即从全社会的普遍道德伦理观念上讲,这类犯罪行为与传统性的主流道德伦理观念格格不入。众所周知,此类犯罪并没有对个人法益产生侵害或者威胁,但是却直接性的侵害了道德、宗教等作为超个人法益内容的社会法益,不为传统性社会道德所接受。

其次,无被害人犯罪具有高发性。纵观我国大陆地区刑法罪名不难发现,相关无被害人犯罪的具体罪名并不多,但是该类犯罪在司法实践中却具有高发性,其被捕者的人数,无论是绝对人数还是相对人数都是极为惊人的,并且该类犯罪行为人在社会各个阶层之中成普遍性存在,这也决定了此类犯罪具有较高的诱发性及持续性。“据统计,1991—2003 年全国仅卖淫、嫖娼、赌博案件就占全国公安机关治安案件总量的 15.68%<sup>4</sup>”。

第三,无被害人犯罪具有极高的自愿性。该类犯罪大多基于所谓的“自愿交换”,即行为人主观的合意或者自愿,不存在强制或者胁迫。行为所涉及的双方当事人不具有加害或者被害意识,双方地位具有平等性,并且行为常常伴随行为相对方对包括相关物品、服务等积极追求。因此,行为人以及行为相对方在通常情况下都不会主动的向公安司法机关举报或者寻求司法救济,这就在很大程度上导致相关单位不能第一时间发现并且介入无被害人犯罪,直接性的加剧了无被害人犯罪查出方面的难度。此外,纵使公安机关可以及时发现这种相关违法犯罪活动,也常常会因缺乏关键证据而无法就案件事实做出司法认定,也就无法继续推进司法程序,致使案件无法及时公正的审判,进而极大的浪费司法资源。

第四,无被害人犯罪在客观案件事实方面往往会涉及一些为法律所禁止的物品或者服务。实施犯罪行为的犯罪分子大多是基于行为相对方对某类物品的渴望而实施犯罪,以满足行为相对方的某种发自本能的心理需求,例如赌博罪、非法持有毒品罪等。

---

<sup>4</sup>董玉庭、黄大威:“论聚众淫乱罪的刑事立法——以无被害人犯罪为研究视角”,北方论坛,2012 年,第 3 期,第 148 页。

## （二）国内外“无被害人犯罪”圈及其变化

### 1. 国外“无被害人犯罪”之非罪化态势

为了解决刑法滥用问题以及使社会某些领域摆脱法律的桎梏,在相关理论的进一步推动下,上世纪 50 年代,以沃尔芬登委员会提出的《沃尔芬登报告》(全名为《同性恋和卖淫调查委员会报告》)为导火线的世界性的非犯罪化刑法改革运动在英国拉开帷幕。伴随着这股影响深远的非犯罪化潮流,无被害人犯罪这一概念首次被美国学者舒尔在其个人著作中提出并使用。此后,“无被害人犯罪”这一犯罪概念被学者们广泛接受并在刑法理论中使用,并且基于其与非犯罪化共通的理论基础,该类犯罪类型成为了西方立法除罪化和轻缓化的主要对象。此外,伴随着这种非犯罪化趋势,西方各国也纷纷将本国刑法之中存在的无被害人犯罪进行非罪化改革。

最早进行改革的当属英国。英国通过制定一系列相关国内法,将非犯罪化改革不断的向前推进。例如,1961 年英国通过制定《自杀法》,明确规定在本国范围内的自杀行为不构成犯罪。1967 年通过立法进一步承认了行为人的堕胎自由。同年的又通过颁布有关法案,明确规定不再对年龄在 21 岁以上的成年男性私密状态下的自愿同性恋性行为进行刑事处罚,并且在 1994 年颁布的英国法案中认定年龄在 18 岁以上的行为人自愿且秘密发生的同性性行为彻底合法化。

自 20 世纪 60 年代起,美国的犯罪率居高不下,治安形势持续恶化,促使着美国刑法学界不得不对以往的防治犯罪与促进犯罪人再社会化措施的合理性进行实务性检讨,开始寻求新的解决办法,在美国社会实施一种新的宽松性的形势政策理论。无被害人犯罪也就理所当然的成为了其改革的首选。例如,1962 年,美国制定《模范刑法典》草案,主张基于刑法非道德化理论的考量,将卖淫、通奸罪、同性恋排除罪化。1970 年,美国制定并颁布了《美国联邦总合性药物滥用防止及管制法》,规定设立有关药物中毒者的更生规定。此外,1973 年,美国联邦最高法院通过著名的罗伊诉韦德案以及多伊诉博尔案对堕胎行为进行了除罪化。与此同时,美国各州也积极对联邦相关立法进行呼应,各州陆续将堕胎、卖淫、公然酗酒、滥用药品等犯罪行为除罪化。例如,1967 年,纽约州开始对卖淫进行宽松化。1976 年,加利福尼亚州通过修改该州刑法法案,明确删除了有关禁止成年人同居以及禁止鸡奸、口交等性行为的刑法规定。



与英国和美国相比,欧洲的非罪化改革运动开始的略晚,但是仍然取得了显著的成效。例如,1968年,德国调整了《违反秩序法》,由此敲开了本国无被害人犯罪非犯罪化的大门。调整后的《违反秩序法》规定吸毒以及卖淫行为非罪化。1975年德国颁布《德国刑法典》将决斗、男子间单纯猥亵行为、通奸行为、堕胎行为等排除出了犯罪圈。此外,欧洲委员会为了对欧洲各国刑事立法与司法政策进行指导,于1980年推出了《非犯罪化报告》,此后非犯罪化运动在欧洲各国得到了更进一步的发展,同性恋、药滥用物、堕胎、赌博等无被害人犯罪逐渐退出了犯罪圈。最值得一提的是,荷兰以令人咋舌的前卫精神,首次通过立法将安乐死合法化,进而才成为世界上首个实行安乐死合法化的国家。“荷兰在2003年甚至通过立法承认了安乐死的合法性。”<sup>5</sup>

从当今世界各国刑法的总体发展趋势看,对相关具有反道德性或者越轨性的无被害人犯罪行为进行除罪化已经成为世界性的基本趋势。但值得一提的是,基于目前的文化以及人们认识与接受水平,某些国家仍然还少量性的存在无被害人犯罪,但是其刑罚处罚幅度也是呈现明显轻刑化趋势的。以赌博罪为例,目前大多数国家倾向于将赌博罪进行除罪化,但是仍然有少数国家保留赌博罪,但是犯罪成立条件要更为严格,如奥地利刑法规定,为了消磨时间或者公益目的、以及赌注很小的不构成赌博罪,韩国刑法明确规定一时性娱乐行为不构成赌博罪。

## 2.我国大陆区域无被害人犯罪之扩大化态势

在西方无被害人犯罪除罪化的潮流冲击之下,尽管我国刑法学及犯罪学的众多学者对无被害人犯罪立法的目的、功能以及个罪除罪化与否进行了理性深入的研究和探讨,并且进一步强调了刑法的教育感化功能和轻刑化趋势。但是,综合分析1997年刑法以及先后制定的九个刑法修正案、相关司法解释等的发展历程,笔者发现,虽然我国传统空间的无被害人犯罪圈保持相当稳定,但随着网络时代的到来,这类犯罪圈,特别是在新领域有逐步扩大态势。

首先,从立法上讲,我国大陆区域刑法不断的在将相关无被害人犯罪行为进行犯罪化。例如,我国刑法修正案九将“准备网络违法犯罪活动罪作为”写进刑法第二百八十一条,规定“发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁

---

<sup>5</sup>肖怡:肖怡:“中西无被害人犯罪立法的比较研究”,贵州民族学院学报(哲学社会科学版),2008年版,第69页。

物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的”为犯罪。此外，刑法修正案九还增设了非法生产、运输制毒物品罪，并且对此罪根据情节严重程度重新设置了法定刑。

其次，从司法解释上讲，我国司法解释也在一定程度上不断的扩大无被害人犯罪圈。例如，2008 年最高检与公安部联合印发的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》第四十二条规定，引诱未成年参加聚众淫乱活动的，应立案追诉，从而在一定程度上扩大了此类案件的追诉标准。2005 年两高联合发布的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，明确规定将建立赌博网站的行为或者担任赌博网站代理接受投注的行为规定为开设赌场罪。2014 年两高及公安部联合发布的《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的解释》，明确规定了行为人利用赌博机组织赌博活动的定开设赌场罪。2004 年、2010 年最高先后联合发布了《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》以及解释二，对与无被害人犯罪行为相关的利用互联网进行淫秽电子信息传播活动的行为明确规定为犯罪。此外，我国刑法还通过改变无被害人犯罪构成中的相关定量因素来扩大该类犯罪圈。例如刑法修正案九将 97 刑法之中的组织、强迫卖淫罪中的五种具体情节修改为情节严重，从而扩大了此类犯罪的入罪范围。

虽说，我国大陆区域轻重罪的犯罪分类模式和定性加定量的立法模式，决定了我国刑法之中的无被害人犯罪圈较西方国家要小很多，众多的在西方国家被规定为犯罪的行为在我国却游离于犯罪圈之外。但是，我们并不能因此而忽视我国无被害人犯罪圈扩大化的现状。诚然，在经济及科技高速发展的大背景之下，信息技术等的应用把我们代入了一种高风险的社会，人们在安全感日益缺乏的压力之下迫切的呼吁惩罚最为严厉的刑法来对相关无被害人犯罪行为做出积极应对，犯罪圈的扩大也正反映了刑法及时应对相关情形变化的灵动性，但是这种应激性立法会把我们带入刑法万能论的思想漩涡之中。此外，这种犯罪圈的扩张，在很大程度上表现了国家刑罚权同公民个人自由权的矛盾性博弈，反映出立法者扩大国家权力的同时，进一步限制、缩小公民个人自由权利的价值取向。因此，我们应当理性的重视和强调对这一扩张趋势的合理限制，使得无被害人犯罪圈不能单纯的强调及时性以及顺应民意，还要注重稳定性。笔者认为，刑法只能对基础性的社会关系进行调整，当社会中并没有出现新的基础性社会关系时，刑法是

不能进行调整和干预的。即使社会中出现某一基础性社会关系的新类型,我们也可以通过修改罪状等进行调整,而不是盲目的规定新的罪名。因此,在面对日益庞大的无被害人犯罪圈,我们应该从基础性社会关系入手,明确刑法规定无被害人犯罪的目的是维护基础性伦理关系之下的社会秩序,从而对无被害人犯罪划定合理的犯罪边界,以此对现有无被害人犯罪扩大的犯罪圈进行限缩,从而合理应对相关无被害人犯罪行为的出入罪问题。

## 二、整体划定无被害人犯罪边界的规范依据

鉴于本文笔者所讨论的是我国大陆地区刑法之中的无被害人边界问题,因此为明确本文整体划定无被害人犯罪边界的规范依据,此部分笔者将以法定最低刑三年为标准,对我国现行刑法之中相关的无被害人犯罪类型进行轻罪与重罪的区分性梳理。并且基于我国刑法以量定质的立法特点,进一步就我国刑法设置无被害人犯罪的定量栅栏以及设置定量栅栏的立法用意与实际作用进行系统性论述。

### (一) 传统无被害人轻罪类型及特点

#### 1. 赌博犯罪

该类犯罪主要包括赌博罪以及开设赌场罪。所谓赌博罪,即以营利为主观目的纠集多人从事赌博活动或者将赌博作为职业或者兼业的行为。此罪行为人除具有主观故意外,还必须具有营利的主观目的,否则不成立赌博罪,而赌博营利主要存在两种情况:一是通过赌博取胜来赢得财物;二是通过抽头渔利或者收取相关手续费、赌场入场费等来获得财物。而所谓开设赌场罪,是指“开设以行为人为中心,在其支配下供他人赌博的场所的行为。”<sup>6</sup>该罪最初是从赌博罪之中单列出来的,并且其法定刑分为两个定罪幅度,情节严重时的量刑要比赌博罪要重。此外,开设赌场并没有特别强调行为人必须具备营利的主观目的,主要包括临时性赌场或者长期性赌场两种形式。值得注意的一点是,我国最高院以及最高法联

---

<sup>6</sup>张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2011年版,第949页

合发布的赌博类犯罪的司法解释,将组织未成年人参与赌博以及开设赌场人员吸引未成年人参与赌博的行为列为了赌博犯罪的法定从重情节。

由上可知,我国的赌博类犯罪具有如下特点:首先,行为主体只限于自然人,单位并不包括在内。而且还专门将“以赌博为业”规定为犯罪。其次,单纯的非营利性赌博行为以及罪行不严重但带有少量财物输赢的娱乐性赌博行为,并不在赌博罪犯罪圈之内,部分行为合法化,部分行为归入行政管理处罚之中。第三,“聚众赌博”和“以赌博为业”标准模糊,并没有统一性的执法标准,而且“以赌博为业”认定难度大,执法率几乎为零。此外,聚众赌博行为同开设赌场行为的界限模糊,导致司法实践之中以“聚众赌博”为由定罪的案件率低。

## 2.容留型犯罪

该类犯罪主要包括容留他人卖淫罪以及容留他人吸毒罪。所谓容留他人卖淫罪,即行为人为他人实施卖淫行为提供场所或者明知他人卖淫而仍然允许其在自己拥有管理支配权的场所实施卖淫行为。此行为通常会与引诱卖淫、介绍卖淫等行为相联系,但是引诱以及介绍卖淫并不是容留他人卖淫罪的构成要件,而是与容留卖淫罪并列成罪,单独实施三种行为之一或者同时实施三种行为均构成一罪。此外,本罪的成立也无关乎卖淫行为人主动还是被动,但如果本罪行为人又对卖淫行为人实施强迫,逼迫其卖淫,则应该按照强迫卖淫罪处理。所谓容留吸毒罪,是指行为人为他人实施吸食、注射毒品行为提供场所或者明知他人吸食、注射毒品而允许其在自己享有管理支配权的场所实施吸食、注射毒品的行为。值得注意的一点是,本罪并不以获利为构成要件,无论有偿与否均成立犯罪。同时,也无关乎吸毒人主动还是被动实施吸毒行为。此外,对于容留型犯罪,行为人主观上必须具有直接或者间接故意,而仅仅以知道行为人是卖淫人员或者吸毒人员,并不能就此认定其具有主观故意,即不明知或者事后知晓并不构成容留型犯罪。

我国大陆区域刑法规定的这两种容留型犯罪具有如下特点:首先,我国刑法并不对单纯的吸毒、卖淫行为定罪处罚,而仅仅是对容留行为实施定罪处罚。其次,两罪名量刑幅度差异大。根据我国刑法第三百五十四以及第三百五十九条的规定,虽然同属为容留型犯罪,但是容留他人吸毒罪的法定最高刑为三年有期徒刑,而容留他人卖淫罪的却分为两个量刑幅度,其中最高量刑幅度为五年以上有期徒刑。第三,两罪名内涵和外延过于单薄,并没有对提供便利条件的情况加以

说明。例如，对于既容留他人吸毒又提供毒品的情况，学界还存在以贩卖毒品一罪定罪处罚还是以容留他人吸毒和贩卖毒品罪数罪并罚的争论。

### 3.刑法第六章第九节的犯罪

该类犯罪主要包括制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，传播淫秽物品罪，为他人提供书号出版淫秽书刊罪，组织淫秽表演罪，组织传播淫秽音像制品罪。其中只有制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪需要具有牟利的主观目的，其余均不具有此目的。另外，值得注意的是，为他人提供书号出版淫秽书刊罪属于过失犯罪，如果故意提供则构成出版淫秽物品牟利罪。本类犯罪的行为主体只限于自然人，并不包括单位主体。

该类犯罪具有如下特点：首先行为方式多种多样，包括制作、传播、复制、组织、贩卖等多种方式。其次，量刑幅度较高，处罚较重。例如，组织淫秽表演罪最高量刑可达 10 年；制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的最高可处无期徒刑。第三，该类犯罪的受众群体没有限制。不管传播给成年人，亦或者是未成年人，也不管被传播者自愿与否、主动与否均构成犯罪。第四，对于淫秽物品的界定不明确，没有从内容上进行针对未成年人以及成年人的淫秽物品的区分。此外，值得注意的是，我国刑法以及治安管理处罚法对以自用为目的的私自持有淫秽物品的行为均不进行处罚。

### 4.聚众淫乱罪

所谓的聚众淫乱罪，是指“聚集众人进行集体淫乱活动的行为。”<sup>7</sup> 聚集众人，根据刑法惯例一般是指聚集三人以上。淫乱活动，是指包括性交以及其他非性交在内的为了刺激、满足个人性欲望的异性或者同性淫乱行为，例如鸡奸、手淫等。根据我国刑法的规定，刑法只处罚首要分子以及多次参加者，对于一般参与者和偶然参与者不予处罚，而且最高法定刑为五年有期徒刑。

该犯罪类型具有如下几个特点：首先，参与性强。一般所有参与者，包括负责组织、策划、指挥的行为人以及单纯的参与者，基本上都直接参与到淫乱活动中来。其次，自愿非强迫性。一般来讲，聚众淫乱活动的参与者都是主观自愿的，并常常是积极参与的，倘若存在使用暴力、胁迫等强迫性行为逼迫妇女、儿童参与聚众淫乱活动等，则可能构成强奸罪或者强制猥亵妇女、儿童罪等。第三，地

---

<sup>7</sup>张明楷：《刑法学》，北京：法律出版社，2011 年版，第 947 页。

点及行为的统一性。此处强调淫乱活动的实施时间以及实施地点必须相同，各自先后进行或者不再同一地点进行均不构成聚众淫乱罪。第四，不区分性别及空间性。该罪既包括同性间实施聚众淫乱活动，同时也包括异性间实施聚众淫乱活动。此外，值得特别注意的是，我国大陆区刑法所规定的聚众淫乱罪并没有对行为所在空间的公开性与否做出特别要求，无论公共场所内的聚众淫乱活动，还是私密场所内的聚众淫乱活动都构成犯罪。此外，行为的目的性比较明确。该罪行为人必须出于淫乱的目的，故意实施聚众淫乱活动以满足自身的感官刺激以及某种变态性心理需求。

## 5.卖淫类犯罪

该类犯罪主要包括介绍卖淫罪以及协助组织卖淫罪。所谓介绍卖淫罪，即为了使卖淫者实现卖淫行为而在卖淫者与嫖客之间进行牵线搭桥以及沟通撮合的行为。注意此罪之中的介绍行为仅存在于卖淫者与嫖客之间，存在于卖淫者与卖淫场所管理者之间的介绍行为以及存在于嫖娼者与卖淫场所之间的介绍行为并不是本罪之中的“介绍”。所谓的协助组织卖淫罪，是指出于协助他人实施卖淫组织活动的目的，从而实施招募、运送人员以及充当皮条客、管账人等协助性行为。本罪以行为之前存在已经或者将要进行组织卖淫活动的其他行为人为前提。此外，本罪行为人如果存在强迫他人的行为，则可能构成强迫卖淫罪。

该类犯罪的特点如下：首先卖淫者必须是自愿非强迫的。如果存在强迫性行为，则可能构成强迫卖淫罪。其次，行为人的非参与性。由于介绍卖淫人本质上是中间人，因此其本身并不一定参与到卖淫行为中。而协助组织卖淫活动的行为本质上是一个组织行为的帮助行为，因此也基本上不可能参与到其所协助组织的卖淫活动中来。因此，此两罪的行为人在卖淫活动本身的参与性极低。第三，量刑幅度高。此两类罪名均具有两个量刑幅度，其中协助组织卖淫罪最高可处 10 年有期徒刑，而介绍卖淫情节严重则在五年以上有期徒刑进行定罪处罚。

## （二）传统无被害人重罪类型及特点

### 1.组织卖淫罪

所谓组织卖淫罪，是指“以招募、雇佣、强迫、引诱、容留等手段，控制多人从事卖淫的行为。”<sup>8</sup>该犯罪行为无关乎卖淫场所的固定与否，重点强调组织控制行为，即是否存在对卖淫活动的统一安排以及管理。例如，统一管理卖淫收入，统一规定卖淫价格，形成集宣传、拉客等在内的相对固定的卖淫模式等。该类犯罪行为虽然主要以营利为最终目的，但是本罪并没有将此主观目的作为犯罪成立的要素。此外，该罪的行为方式以招募、引诱、容留等不具有强制性的手段为主，但是也包括具有强制性手段，即即使在该罪组织行为中存在强迫行为也应该定组织卖淫罪，而非强迫卖淫罪。另外，值得强调一点的是，本罪中的“他人”并不限于女性，男性卖淫者也包括在内。

组织卖淫罪的特点如下：首先，法定刑偏重。我国组织卖淫行为的法定最低刑为五年有期徒刑，比直接侵害个人法益的故意杀人罪、强奸罪等的法定最低刑还要高。此外，根据相关的司法解释规定，“组织多人多次从事卖淫活动”属于本罪之中的“情节严重”，也即组织3个人3次卖淫就可以达到情节严重，法定最低刑就是十年。而实践之中存在的组织卖淫行为一旦被认定为犯罪，通常情况下都会达到情节严重。其次，法条规定过于粗糙。我国刑法将组织卖淫行为同强迫卖淫行为规定在同一法条之中，使二者共用同一的法定刑，并没有对组织活动内的强迫行为与强迫卖淫行为做出区分。此外，对组织卖淫罪中的引诱、欺骗、容留等非强制性行为与强制性行为没有做出区分。第三，该罪与相关罪名的交叉重叠性强。例如，组织卖淫行为中的强迫、容留以及引诱等行为同我国刑法规定的引诱、容留卖淫罪以及强迫卖淫罪的客观行为存在全方位性的重合。

### 2.“积极性安乐死”

所谓的积极性安乐死，即因为患有严重疾病或者其他原因而濒临死亡并且不存在救治希望的病人，由于遭受极度的痛苦，在其本人或者其家属的要求下而通过人为的方法提前结束患者生命从而使其无痛苦地死去。积极性安乐死是安乐死的一种，此外还存在一种消极性的安乐死，即对于濒临死亡的患者不采取任何治

---

<sup>8</sup>李晓明：《中国刑法罪刑适用》，北京：法律出版社，2005年版，第465页。

疗措施，放任他死亡。目前，我国刑法只禁止积极性安乐死，并没有对消极性安乐死做出规定，并且将积极性安乐死纳入到了故意杀人罪中。概言之，我国刑法认为，只要存在人为的提前结束濒临死亡人生命的行为，哪怕是得到患者的同意，也是构成故意杀人罪的，应该按照故意杀人罪定罪处罚。此外，值得注意的是，此类行为也不能适用刑法之中的“但书”规定变相的宣告无罪。

该类犯罪具有如下特点：首先，该类犯罪的“被害人”是由于身患重病或者其他原因濒临死亡没有救治希望的人。其次，安乐死通常情况下都会得到患者本人的同意或者要求。第三，此类行为目的性比较明确，即都是为了使患者不至于遭受极度痛苦而有尊严性的死去。

### （三）无被害人犯罪的定量栅栏

通过上文的梳理，我们可以明确我国大陆区域现行刑法之中的相关无被害人犯罪的类型、特点，对我国大陆区域无被害人犯罪的总体边界有一个粗略的认识，但是我们仍旧不能回答刑法划定无被害人犯罪个罪犯罪边界的规范依据究竟是什么。为此，笔者将进一步对我国大陆区域刑法之中的无被害人犯罪成立的定量因素进行探讨。

所谓的定量因素，是同定性因素相对的概念。最早是由储槐植教授提出，主要体现在犯罪的一般概念以及分则的具体罪名概念之中，有定罪定量因素和量刑定量因素之分。犯罪的一般概念中的定量因素也即刑法之中的“但书”，而分则具体罪名概念中的定量因素，即具体犯罪构成在罪状中所表现的定罪定量因素，主要表现为“数额较大”、“情节严重”以及“造成严重后果”等的类似规定。鉴于本文主要探讨无被害人犯罪具体类罪的犯罪边界问题，因此笔者本文所指的定量因素主要是指分则无被害人犯罪具体罪名概念之中的定罪定量因素。此种定罪定量因素的存在是由我国大陆区域刑法定性加定量的犯罪模式决定的。在该立法模式之下，我国大陆刑法对犯罪不仅具有质的要求而且具有量的要求。其中，法益侵害性体现了刑法对于无被害人犯罪性质方面的要求，笔者认为此类犯罪侵犯了基础性伦理关系背后的社会秩序，具体理由笔者将在后文重点论述。而法益侵害性程度则体现了刑法对于此类犯罪在量上的要求，其最主要、最直观的表现形式就是无被害人犯罪在刑法罪状中的定量因素。同时，由于我国违法犯罪二元



化体系的存在,在对无被害人违法犯罪行为界限的划定过程中,这种定性加定量的犯罪模式更多的体现为以量定质的特点,换言之,这种定量因素的存在,主要涉及刑法是否将法益侵害程度轻微的无被害人危害行为入罪的问题。此外,这种定罪定量因素被引入无被害人犯罪的刑法罪状中并被定性化,是对我国传统型重礼轻法的治世经验以及法不责众的传统法文化心理的反映,表明我国立法者把有限的司法资源用于集中应对具有严重法益侵害性的相关无被害人犯罪行为的政策意图,折射出立法者限缩无被害人犯罪圈的立法用意,具有以下正面效用:首先,它适应了我国刑法与行政法分立的社会治安制裁体系的结构要求。众所周知,我国刑法具有补充性和严厉性的特点。所谓补充性,是针对刑法作为最后手段的作用而言的,只有当行政法不能应对某种违法行为时,刑法才能进行干预,刑法规范的干预作用具有最后性。所谓的严厉性,是指刑罚是最为严厉的制裁手段,他不仅可以剥夺人的自由、财产,甚至还可以剥夺一个人的生命。与刑法的这两个特性相对应的是,刑法只能对具有严重法益侵害程度的无被害人犯罪行为进行调整,而最易体现法益侵害程度的定量因素便很自然的发挥了其区别一般无被害人违法行为和无被害人犯罪行为的作用,并且在很大程度上维护了刑法与行政法在制裁无被害人危害行为的必要的衔接性,从而避免两者的混乱。

其次,它可以有效的限缩无被害人犯罪圈,从而降低犯罪率。定量因素引入无被害人犯罪的罪状之中,不仅与我国法不责众的传统法文化心理相符合,体现刑法谦抑精神,而且在很大程度上缩小了刑法的对无被害人危害行为的打击面,进而降低了犯罪率。此种情况下,可以使诸多民众免被贴上犯罪标签,减少心理压力,进而增强民众与国家应对严重无被害人犯罪行为的合力,而且也可以避免国家因无力应对繁杂的无被害人犯罪行为而形象受损,进而稳定社会心理。

再者,它还可以使国家集中刑事司法资源来重点打击危害公共秩序和未成年利益的严重无被害人犯罪行为。刑法不是万能的,因此刑法不能事无巨细。定量因素作为无被害人犯罪个罪界限划定的规范依据可以在很大程度上将不具有严重法益侵害性的无被害人危害行为排除出犯罪圈,从而进一步提高刑法的效能,使司法机关可以集中精力应对严重的无被害人犯罪行为,进而维护公共秩序,化解社会矛盾。

综上,定量因素引入无被害人犯罪法定罪状之中,是由立法用意、整个法体系设置以及法文化思想等共同决定的。为此在划定无被害人犯罪个罪界限时,必

须以罪状中的定量因素为规范依据。此外，值得强调的是，本文笔者对无被害人犯罪边界问题讨论的主要意图在于进一步理清无被害人犯罪同无被害人一般违法行为以及悖德行为的界限问题，而前文笔者所论述的组织卖淫罪和“积极性安乐死”法定最低型都为三年，这本身就表明其法益侵害的严重性而不存在行政处罚余地，因此本文笔者主要探讨的是我国大陆区域刑法中无被害人犯罪轻罪的边界问题。笔者认为，应当根据行为破坏社会秩序的程度谨慎划定无被害人犯罪的轻罪的边界。主要着眼于以下方面：

首先，从定量因素之中的数额方面进行限缩，即“数额较大”才构成犯罪。纵观我国刑法之中的无被害人犯罪类型，不难发现我国刑法之中的该类犯罪多数以牟利为目的，即使不存在以牟利为目的的硬性规定也或多或少的同金钱存在联系，例如贩卖淫秽物品牟利罪、赌博罪等。因此对该类犯罪进行数额方面的限定就成为了对该类犯罪圈进行限缩的有效途径之一。

其次，从定量因素的情节方面进行限缩，即“情节严重”才构成犯罪。该类定量因素主要包括犯罪的时间、地点、手段、方法、参与人员等。例如，在公共场所进行聚众淫乱以及成年人组织未成年人聚众淫乱等都应该构成聚众淫乱罪。

第三，从定量因素中的结果方面进行限缩，即造成严重后果才构成犯罪。该类定量因素主要包括有重大的社会不良影响或者存在致人死亡等情况。例如，容留他人吸食、注射毒品造成致人死亡等严重后果，应与定罪处罚。

第四，从定量因素中的行为方式上进行限制缩，典型例子即为“多次参与”。例如，我国刑法规定聚众淫乱罪的成罪主体包括首要分子和多次参加者。此种情况下，随着行为人进行无被害人犯罪的次数的增加，其本身所表现出来的主观恶性以及行为的社会危害性也在逐渐增加，达到一定程度就存在犯罪化的必要性。

### 三、整体划定无被害人犯罪边界的价值依据

与无被害人犯罪边界划定的规范依据注重量上的限定不同,无被害人犯罪边界划定的价值依据着眼于犯罪在质上的规定性,即由无被害人犯罪的行为对象和法益侵害性所决定,因此为从定性上进一步明晰无被害人犯罪的边界,笔者展开如下论述:

#### (一) 行为对象及法益侵害程度

##### 1. 犯罪本质观点论述

目前,刑法理论界比较通行的几种关于犯罪本质的学说主要是围绕犯罪的侵害对象来论述犯罪的本质的。大陆法系关于犯罪本质的许多学说大致都采用这种观点,中国学者张明楷、陈兴良等教授也大致采用此种观点。为此,笔者根据刑法的历史发展脉络总结出如下几种观点:

第一、权利侵害说。该说最初是由犯罪学家贝卡利亚最先提出,主张犯罪的本质是危害行为对法律所赋予的权利的一种侵害。由于该说为顺应当时限制国家权力、保障市民权利的呼声,因此其自由主义的色彩比较强烈。但是随着刑法理论不断发展,通过学者们不断的实证研究发现,在刑法之中还存在着大量无法用“权利侵害”来涵盖的犯罪,因此该学说逐渐的被法益侵害说所取代。

第二、法益侵害说。该说主张犯罪的本质在于行为对刑法所保护的法益构成侵害或者威胁。此学说最初由比尔巴模于19世纪初提出,并且先后得到宾丁、李斯特等人的支持而逐渐的发展起来。到目前为止,此学说因其自身涵盖的范围广、概念的明确性等原因而得到以大陆法系为代表的众多刑法理论的普遍认可,因此逐渐成为刑法学界关于何为犯罪本质的主流观点。

第三、义务违反说。这种学说将犯罪的本质界定为行为对刑法所规定的义务的违反。支持该学说的学者主要有霍尼希、沙夫施泰因、施温格等。但是基于此学说所产生的历史背景而言,此学说只是伴随纳粹德国政权而在历史上出现的一个小插曲,并且随着法西斯政权的崩溃而迅速的在历史中消亡。同时,义务违

反说并没有基于犯罪本身来界定犯罪本质,而且也存在概念的过于模糊性、宽泛性等弊端,致使其经不起实证与理论的双重检验。

第四、规范违反说。该学说主张刑法在本质上是一种社会伦理道德规范,犯罪的本质就是对这种社会伦理规范的侵害或威胁。该学说最早起源于麦尔的文化规范理论。这种学说不仅重视法益侵害的方面,还重视行为对于社会伦理方面的侵犯,因此该学说在日本得到很大的发展,在德国也存在一些刑法学者支持该观点。

此外,基于中国刑法对苏联刑法学习和借鉴的历史原因,关于犯罪本质的界定国内刑法学界还存在一些具有中国特色的观点,主要包括如下几种:

第一、社会危害性说。该说将犯罪的本质界定为犯罪行为所具有的社会危害性,此外为了进一步将犯罪同一般违法行为进行区分,有些学者将“社会危害性”修改为“严重的社会危害性”,并且进一步强调犯罪的刑事违法性取决于犯罪本身所具有的社会危害性。该学说最早可以追溯到贝卡利亚的《论犯罪与刑法》一书中,并且在诸如保加利亚、斯洛伐克、捷克等国家的刑法之中也有影子。此外,该学说在我国大陆区域传统刑法之中一直占据主流观点的地位。

第二、“刑事违法性说”。这种观点认为犯罪本质上是对于刑法规范的违反,即无论行为是否具有社会危害性,只要是对刑法的一种触犯就应该受刑法干预。此种观点迎合了学者对于形式合理性以及罪刑法定原则的偏好与推崇心理,因此在我国刑法理论界存在一定的影响。但是此种说法有欠妥当之处,行为是因为具有了犯罪本质才列入犯罪圈,并不是具有了刑事违法性被列入犯罪圈之后才成为犯罪。因此笔者并不赞同这种观点。

此外,还有学者主张同时涵括人身危险性与社会危害性这两个犯罪特性的“犯罪本质二元论”。与此同时,也有其他学者主张硬根据犯罪所处的不同阶段对犯罪本质作区分性理解,即立法时犯罪本质为刑事处罚行性,司法中犯罪本质为刑事违法性,从而既能够为刑法划定犯罪圈确立标准又能够进一步在司法中落实罪刑法定原则。由于以上观点的影响力有限,而且笔者并不赞同犯罪本质存在两种的这种观点,因此笔者不进一步对其进行论述。

## 2.法益侵害性之主张

基于以上的论述,我们可知权利侵害性说因为范围的有限性而被法益侵害性说所取代,而义务违反说作为一个历史性的小插曲已经随着纳粹政权的崩溃而消

亡，我国的刑事违法性基于其本身的欠妥当之处也不在笔者的考虑范围，因此关于犯罪本质是什么的理论只剩下法益侵害性说、规范违反说以及社会危害性说三者可以进行考量，但是笔者主张法益侵害说，具体论述如下：

首先，我们先弄清楚到底什么是法益侵害性说之中所指的法益。那么，什么是法益呢？一般来讲，关于法益的具体内涵，学者们通常是从法律所保护的“财产”、“利益”或者“价值”等角度加以讨论的。但是笔者认为，从法益与具体行为对象相区分的角度来看，应该将作为行为作用对象的现象性个别要素的“财产”排除在法益定义之外，财产只能是法益的一种，却不能代指法益的全部。此外，笔者认为用价值来界定法益也不妥当。因为与利益相比，价值更具有抽象性，价值会将法益抽象成完全精神上的东西，因此也就决定了其在很大程度上成为了一种主观性的存在。而法益应该在一定历史发展过程中具有相对确定性，这种相对确定性是由其客观性所决定的。而“利益是一定社会形式中由人的活动实现的，满足主体需要的一定数量的客体对象<sup>9</sup>”，因此笔者更倾向于利益说。为此笔者将刑法法益界定为刑法所保护的利益。

其次，规范违反性说与法益侵害性说实质为一种学说，但是相较于法益侵害性说而言，规范违反性说更为抽象。众所周知，此两种学说的对立，是起源于违反性犯罪或者散播淫秽物品罪等所谓的“无被害人犯罪”行为的刑法规制问题。在之后的禁止同性恋以及脱衣舞表演或者赌博行为之中二者也存在尖锐的对立。学者们认为，如果说犯罪的本质是对规范的违反，那么所有反伦理的行为都应该成为取缔的对象。但是，如果犯罪的本质是对法益的侵害，那么在没有被害人的场合下犯罪就不应该受到惩罚。但是，笔者认为规范违反说所主张的社会伦理规范其实是可以进行刑法法益转化的，社会伦理规范背后所体现的社会伦理秩序其实就是法益的一种，行为即使没有被害人存在，如果侵犯了值得刑法保护的社会伦理秩序也是应该受到刑法惩罚的。因此，两者之间实质上并不存在尖锐的对立点，但是从具体性上讲，规范违反性说却没有法益侵害性说具体，理由如下：首先，规范违反说混淆了刑法同社会伦理道德规范的调整范围。我们都知道社会伦理道德与刑法是存在一定的区别的，二者具有各自不同的机能。例如，思想恶的人，从伦理道德的角度进行评价会说这个人是不道德的，但是在刑法上，因其思想还没有外化为危害行为，刑法是不能对其进行评价的。因此，规范违反说会导

---

<sup>9</sup> [日]大谷实：《刑事政策学》，黎宏译：法律出版社，2000年版，第89—90页。

致刑法的调整界限模糊不清,进而导致泛道德化。因为规范违反说很容易根据主观恶性来给行为人贴上犯罪的标签。此外,与法益侵害性说相比,规范违反说过于抽象。例如,规范违反说会说社会伦理是犯罪的本质,但是却不能进一步点名社会伦理为什么会成为法益,即不能具体性的指出社会伦理背后的秩序,因为社会伦理本身并不是人们所追求的,人们所追求的实质上是社会伦理背后的秩序。因此,笔者主张法益侵害性作为犯罪的本质更为妥当。

再者,主张犯罪的本质是行为所具有的社会危害性的学者混淆了犯罪本质与犯罪本质特征。我国大陆地区传统刑法理论将犯罪的本质定位于行为的社会危害性,同时又认为社会危害性是犯罪的本质特征。此时便出现了同一个事物被同时贴上两个标签的矛盾,那么犯罪本质与犯罪本质特征是一回事吗?很显然两者并不是同一个概念。从哲学的角度来看,本质是事物的内在属性,而事物的特征则是事物的外在表现。因此,属于此类范畴的犯罪本质与犯罪的本质特征应该有这样一个关系:犯罪本质是犯罪的内在规定性,是决定犯罪性质、犯罪特征以及犯罪发展的根本属性,而犯罪的本质特征仅是犯罪本质的外在体现,它同犯罪的本质具有本质与表象、反映与被反映以及决定与被决定的关系。基于以上讨论,行为的社会危害性其实仅是犯罪的本质特征,并非犯罪的本质。因为,社会危害性是通过犯罪的直接客体、犯罪的对象、犯罪的危害结果、犯罪人的主观因素(指罪过和犯罪目的)、犯罪人的主体身份以及犯罪的时间、地点和手段等事实直接决定并体现出来的。因此它是犯罪的表面特征和外部表现,显露于犯罪外部,可以被人们通过感官器官所直接感知。

### 3. 该类行为的对象及法益性质

#### (1) 该类行的对象

通过以上论述可知,任何犯罪在本质上都是对法益的侵犯,因此无法益侵害就无犯罪,无被害人犯罪也是如此。但是无被害人犯罪究竟侵害了什么法益呢?笔者认为在回答这个问题之前,有必要先明确无被害人犯罪的行为对象。众所周知,任何犯罪对法益的侵犯都是通过行为对行为对象的作用或影响来实现的,换言之,无行为对象就无法益侵害。行为对象和行为本身的结合是刑法对法益侵害性进行整体评价的依据。在刑法理论和司法实践中,如果没有行为对象的存在,我们便很难确定行为本身的性质,刑法也就无法对行为的法益侵害性做出准确的

评价。比如,拿枪射杀国家珍贵野生动物,危害行为所侵害的是环境法益,而拿枪杀人则是侵害生命法益。那么行为对象究竟是什么呢?

所谓的行为对象,目前学界存在分歧,观点各异。张明楷教授认为行为对象就是犯罪对象,具体指危害行为所直接作用的法益的主体(仅限于人)或者物质表现。而侯国云教授在赞同行为对象就是犯罪对象的基础上主张,行为对象是犯罪行为所直接作用或者指向的,体现犯罪行为所侵害或者威胁的社会关系的人、物或者信息。此外,还有学者认为,行为对象不能等同于犯罪对象,行为对象包含犯罪对象且大于犯罪对象。该种观点认为,犯罪对象只存在与刑法之中,具体指刑法所保护的具体的人或者具体的物,而行为对象则不带有任何的主观评价,它还包括不受刑法保护的禁止物,只要它可以帮助说明刑法所设定的具体罪名的客观行为,它就是行为对象。笔者认为,行为对象就是犯罪对象。众所周知,犯罪行为是通过对犯罪对象起作用而对法益构成侵害或者威胁的,换言之,没犯罪对象就没有所谓的法益侵害性,犯罪对象与法益本身是统一的。倘若犯罪对象仅限于刑法所保护的人或物,那么就存在因某些犯罪没有对象而导致犯罪对象与法益侵害不统一的情况。例如伪造货币罪,理论界通说认为该罪的行为对象是假币,而假币不受刑法保护,此种情况下该类犯罪行为就不存在犯罪对象,但是却存在法益侵害性。笔者认为,刑法对对象的保护,既包括使其不被犯罪行为损毁、灭失,同时也包括使其位置、归属或者状态不被犯罪行为所改变。而对于违禁物品,刑法主要着眼于保护其本身的被禁止状态。从这一层面上讲,行为对象同犯罪对象是统一的。此外,行为对象的外延难道仅仅就只包括具体的人和具体的物两种情况吗?从张明楷和侯国云两位教授的观点,我们明显可以看出二者是存在分歧的,前者主张只包括人或者物,而后者则主张包括人、物或者信息。但是将“信息”加入难道就可以解释所有的犯罪类型吗?例如赌博罪,它的行为对象又是什么呢?赌资显然不合适,若行为对象为赌资,那刑法为何不将之列入经济犯罪呢?行为人本身也欠缺合理性,一个自愿且积极参赌的人又谈何保护呢?同样,信息也不可能是行为对象。因此,将行为限定在具体的人、物,乃至信息都是不和逻辑的。国外对行为对象的外延界定主要存在三种观点:其一,苏联学者主张仅指被犯罪行为所直接侵犯的社会关系;其二,日本木村教授认为行为对象就是指具体的人或者具体的物;第三,日本夏目、上野教授则认为行为对象既包括具体的人或者物,也包括社会关系。笔者赞同第三种观点,认为社会关系属于行为对象

（犯罪对象）的范畴。理由如下：（1）众所周知，人是社会关系的参加者或主体，而物则是具体社会关系的客观表现。离开社会关系的人或者物是不存在任何实际意义的。但是，人或许物只是社会关系的实体体现，还存在不具有实体体现的社会关系，例如政治、道德、宗教等。（2）刑法中还存在一部分犯罪其行为指向并不是具体的人或者物的情况，如赌博罪、聚众淫乱罪等。因此，笔者认为，犯罪行为对象不仅仅包括具体的人或者物，还包括社会关系。

综上，笔者认为行为对象，即刑法所保护的为犯罪行为所指向或者作用的人、物或者社会关系。同时，笔者认为无被害人犯罪的行为对象就是基础性伦理道德关系。在无被害人犯罪类型中，对诸如贩卖淫秽物品罪等涉违禁品的犯罪，我们可以将行为对象定位为违禁品本身，但是对于聚众淫乱、赌博等无被害人犯罪我们却不能明确其所侵害的以人或者物为存在形式的行为对象。而将无被害人犯罪行为对象定位为基础性伦理道德关系，既能涵盖处于基础性伦理道德关系之中的违禁品本身，也能比较清晰的确定不涉违禁品的无被害人犯罪的行为对象。此外，行为对象所解决的是犯罪行为所作用或者指向什么才会成为刑法规定的行为事实的问题，而将无被害人犯罪的行为对象定位在基础性伦理道德关系也正体现了立法者保护社会秩序的立法意图。在崇尚性道德、勤劳道德等风尚的我国，赌博罪、聚众淫乱罪、容留吸毒罪等代表了一种与我国大众群体相对立的观念，倘若这种行为一旦进入公共视野并且被进一步强化，就会破坏人们对于我国基础性伦理道德的认同，进而造成公众对性道德、勤劳风尚等的认知迷茫，从而造成社会秩序的紊乱。同时，基础性伦理道德关系这一无被害人犯罪行为对象也在很大程度上发挥了行为对象对犯罪行为本身的区别功能，由此便可进一步将无被害人犯罪同危害国家利益、公共安全、财产以及人身等的犯罪类型明确的区分开，进而为理论界研究此类犯罪以及司法实践侦察此类案件提供准确的参考。

## （2）该类行为的法益性质

既然无被害人犯罪以基础性伦理关系为行为对象，那么该类犯罪又是通过这一侵害对象构成对何种法益的侵害的呢？笔者认为，此处的法益就是基础性伦理道德关系之下的社会秩序。所谓的社会秩序，是社会主体进行生产、生活等社会交往活动所获得的某种客观存在的结果，它是社会在事实层面上的一种客观存在，表现为社会运行的一种既稳定又协调的属性和状态。而社会关系是人们在现实的生产、学习、生活等活动中相互作用而形成的，反过来又对个体社会生活形成某



种约束，进而维护社会运行的一致性。换言之，在社会交往中，个体进行社会交往活动所处的位置在根本上决定他们的社会角色以及相互之间形成的社会关系。倘若个体可以扮演好自己的这种社会角色，那么个体之间的关系就会呈现一种稳定的状态，通过个体角色所发挥的功能以及个体间的相互支持和促进，社会关系也会进一步呈现一种协调的状态。此种情况下，也就形成了一种社会秩序。因此，社会关系是社会秩序的依托和逻辑前提，没有社会关系的存在，也就不会有社会秩序。因此，从无被害人犯罪的角度讲，该类犯罪侵害了基础性伦理道德关系，因此也就打破了基础性伦理道德关系的一致性，进而破坏了社会秩序本身的平稳和协调状态，构成了对社会秩序的侵害或者威胁。

那么又为什么说社会秩序是一种刑法法益呢？笔者认为，这是由社会秩序与社会法益、个人法益的关联性所决定的，具体论述如下：其一，从社会法益与社会秩序的关系讲，社会秩序隶属于社会法益。所谓社会法益是指社会健康持续发展所必须具备的基础条件，包括公共安全、环境安全等。而社会秩序作为社会运行的一种既稳定又协调的状态和属性，一旦生成，便具有了客观实在性，成为了社会的一种客观存在，进而成为社会主体进行社会实践和社会互动的一种特定的大环境。因此，理应包含在社会健康持续发展所必须具备的基础条件之中。因此，社会秩序属于社会法益。其二，从社会法益与个人法益的关系讲，社会法益从属于个人法益。所谓的个人法益，即同个体具有直接相关性的各种权力，主要有人身健康权、生命权、财产权、名誉权等。众所周知，刑法实质上是一部人权保障法，因此社会法益必须可以还原为个人法益。换言之，人类社会发展的任何阶段都需要公共安全、社会秩序，同时也离不开必要的环境安全，而从属于个人法益的社会法益理应为个体的人格健康发展提供最基本的生活和物质条件，否则其就不能算是一种法益。其三，从社会秩序与个人法益的关系讲，基础性伦理秩序可以还原为个人法益。基础性伦理社会秩序是一定地域范围内的人们普遍享有的，其本身的平稳运行及和平状态，有助于处于急速发展中的人们保持对社会秩序的一贯性信赖，而不必因为社会伦理秩序的紊乱以及脱轨行为的发生而心生不安、恐惧、躁乱等，进而失去安宁感。因此，基础性伦理秩序的存在满足了人们对于社会生活预知的渴望，在很大程度上提高了公众对于社会秩序的信赖感，进而使公众获得社会生活的安全的大环境，因此基础性伦理秩序本质上也是一种个人利益。

综上,笔者认为,社会基本秩序被严重破坏表明社会法益被破坏,个人法益因此处于被侵害的现实危险中,这是入罪的实质标准。而类似于聚众淫乱、聚众赌博、性交易等无被害人犯罪行为一旦进入公众视野,不仅在视觉以及听觉方面,对于不想看以及不想听的人产生强制作用,侵犯了他们一定程度的自由意志,同时这种公然性的违反基础性伦理秩序的行为,会在很大程度上侵害人们对于伦理秩序的信赖感,对人们关于基础性伦理秩序的心理秩序产生巨大的冲击,造成人们的心理失衡、心理秩序混乱等,进而在实践之中影响外在的社会行为。因此,从该层面讲,公开化的无被害人犯罪行为也就在实质上破坏了社会秩序的平稳和协调状态,构成对社会法益的破坏,存在入罪的必要性。此外,这种看似侵害对象不明显的行为诸如性交易、赌博、聚众淫乱等对公共秩序造成侵害的同时,也在很大程度上对未成年一代产生腐蚀作用,影响了他们的健康成长。有甚者,该类无被害人犯罪主体还出现向未成年人蔓延的趋势,例如组织未成年人参与聚众淫乱活动、容留未成年人吸毒等。因此,无被害人犯罪如果直接且严重影响未成年人心身发育,也有必要入罪。综上,无被害人犯罪圈划定的依据应该是行为对社会秩序以及未成年利益的侵害性。

此外,刑法法益,应该是值得动用作为最后手段的刑法来加以保护的利益。因此,在我国违法犯罪二元化体系中,对于现行刑法规定的无被害人犯罪的类型,虽然其所侵害的某些法益是明显需要用刑法加以保护的,但是基于危害程度的考量,究竟是用刑法还是行政法加以保护才算合理,理论界以及司法实践部门都存在一定歧义。对于此类无被害人犯罪行为,须在针对不同具体罪名的构成要件展开理论研讨,须在司法认定总结,考虑行为所涉及的时间、地点、人数、次数等因素,确定其法益侵害程度是否达到刑法所保护的范畴,从而有效廓清现行刑法与治安处罚法的界限,有效限缩刑法的调整范围,将大多数悖德但不对公共秩序和未成年个人利益构成侵害的行为交给社会道德及伦理规范去处理,将一般性破坏社会秩序的行为交由治安处罚法,刑法只惩罚其中情节严重的危害行为。

## （二）这类行为的社会危害性考量

在理清了无被害人犯罪行为所侵犯的刑法法益之后,我们仅仅只能说对于此类反社会行为具有犯罪化的可能性,但是可能性终究是还存在不确定性,因此我

们还需要进一步对该类行为所具有的社会危害性进行进一步探讨。为此，笔者主要从以下几个方面对该类行为的社会危害性进行探讨：

### 1.基于法律家长主义的判断

法律家长主义，由“家长主义”理论引申而来，其含义是法律赋予一方为了当事人的利益而对其行为进行干预的权利，这种干预在一定程度上限制当事人的自由或者自治。其理论基础是：处于特定法律关系中的主体，即使有正常的事实认知能力和自主意志，但是由于其自身理性的有限性以及客观条件的制约，在不能对其所接收到的信息的准确性以及完整性做出准确判断的情况下，自愿做出意思表示，那么法律便可以基于其自身利益以及社会整体利益的考量对该行为进行限制和干涉。为此，刑法领域的法律家长主义主要从以下两个方面对行为的社会危害性进行考量：

首先，从法律关系主体是否具有正常的事实认知能力和自主意志两方面，考量其意思表示是否存在对其本身利益造成损坏或者身体造成伤害的可能性。这种情况下，刑法通常会基于当事人主体事实认知能力或自主意志能力的缺乏，出于保护当事人主体利益的考量，对其“自愿”行为背后的危害性进行评估，进而对其“自愿”行为进行限制和干预。此外，如若法律关系主体具有正常的事实认知能力以及自主意志能力，那么法律也会进一步考虑其是否是因为受强制、本身冲动或兴奋以及接受虚假信息等因素的影响而做出错误的意思表示。若存在以上情况，刑法会基于法律关系主体自身理性以及对客观条件认知能力的有限性而对其意思表示的危害性进行考量，由此来进一步对其行为进行限制和干预。

其次，从危害行为所指向的对象方面对行为的社会危害性进行考量。如若危害性行为指向法律关系主体本身，那么刑法会基于其本身受损害程度来确定其行为是否具有刑法社会危害性评估的必要性，并且进一步决定是否进行干预。如若危害性行为指向的是行为相对方，那么刑法会基于相对人利益的受损程度对其行为进行社会危害性认定，进而进行刑法干预。

可以说，法律家长主义延伸进刑法领域，在很大程度上为无被害人犯罪行为犯罪化提供了可能，基于法律家长主义考量行为社会危害性的视角，无被害人犯罪具有以下社会危害性：

首先，行为主体具有很强的自损性。这种自损性既包括行为人对自身身体健康、财产利益、以及意识心理的伤害或损害。同时，这种自损性通常都会夹杂者

行为人自身理性的有限性。例如，我国刑法之中规定的赌博罪，赌博之中的行为人往往出于侥幸心理参与赌博，并且赌博之中必定存在赌胜者也存在赌输者，胜利者往往在醉心于赌博的同时，滋生懒惰以及浪费的恶习，而失败者则可能倾家荡产，进而借赌债，情况严重的还会引发自杀等情况。

其次，无被害人犯罪对他人，尤其是未成年人具有很强的“他损”性。这种“他损”往往与“自愿”紧密结合，这也是无被害人犯罪行为犯罪化与否备受争议的焦点之一。例如，组织卖淫罪之中，虽说卖淫者出于自愿，但是在客观上的确对卖淫者（包括未成年人）本身的身体以及人格尊严造成了巨大的伤害。从嫖娼者方面讲，卖淫行为传播性病、艾滋病等，也在很大程度上对于嫖娼者的身体造成巨大伤害，并且嫖娼行为也在一定程度上破坏了其家庭的正常和睦关系。此外，吸毒、赌博、卖淫等行为不仅仅涉及行为人自身的利益，同时还会对家庭、邻里以及社会造成一定的不利影响。

## 2.基于社会伦理的判断

前文我们已经明确的指出，无被害人犯罪侵犯了基础性伦理关系，但是无被害人犯罪对社会伦理究竟造成哪些危害呢？为此笔者展开如下论述：

首先，从无被害人犯罪对社会伦理关系的具体侵害上讲，笔者主要从以下三个方面进行论述：

第一，性犯罪对社会伦理关系的侵犯。我国刑法规定的无被害人犯罪中的性犯罪主要有组织卖淫罪、介绍卖淫、传播淫秽物品牟利罪、容留卖淫罪、聚众淫乱罪等。此类犯罪的共同特点是对社会伦理关系之中的性伦理关系进行了侵犯，违反了性道德。众所周知，性伦理是人伦的基点，这种两性之间的性伦理关系直接关系到整个人伦秩序的和谐与否。正所谓“食者，性也”，除却秩序和谐方面的考量，基于性是人的自然本性的缘由，我们也必须肯定其存在的合理性。但是，这种肯定并不意味着可以允许这种自然本性的任意发展。如果任由性的自然本性发展而没有节制，性的自然本性就会发展为恶的社会属性，性犯罪也就产生了。这种性犯罪，将肉欲绝对化，破坏性伦理秩序，使性欲间的人的尊严丧失的同时，也在很大程度上损害妇女、幼儿以及少年的身体以及精神健康。此外，如果这种性犯罪泛滥，还会进一步导致精神萎靡，进一步损害整个社会伦理关系，使其变的松散不堪，并且进一步扩大对其他国民利益的损害。

第二，赌博类犯罪对伦理关系的侵犯。我国刑法之中的赌博类犯罪主要是指开设赌场罪以及赌博罪。此类犯罪不仅损害财产利益，而且还侵犯了勤劳的社会风气，助长了赌博人的好逸恶劳、不劳而获、投机取巧等的不良心理，在很大程度上扭曲赌博人的价值观和人生观。特别注意一点的是，赌瘾的存在，致使赌博者沉迷于赌博之中，淡忘家庭关系，而且在损害自身钱财的同时往往夹杂着对家庭、集体财产的损害。此外，赌博蔓延，特别是网络赌博的蔓延致使赌博不受时间地点的限制，同时网络赌博的非现金支付性使赌博诱惑力大增，大量资金流往国外，在造成人心不稳的同时，也在很大程度上破坏了国家的经济利益。

第三，毒品类犯罪对伦理关系的侵犯。此类犯罪对伦理关系的侵犯是从安全性、自主性以及公平性三个方面讲的。从安全性方面讲，毒品具有很强的毒害性，长期服用毒品会产生各种副作用，例如体力下降、精神方面错乱以及智力衰退等，一次性吸食量过大或者长期中毒太深的都可能危机生命。从自主性方面讲，毒品犯罪的成瘾性会在很大程度上破坏吸毒成瘾者的认知、判断以及推理和决定能力，并且进一步损害吸毒成瘾者的自我控制能力，使其不能够按照自己的意愿去行为。吸毒成瘾者对毒品的过分依赖使其为获取毒资，不计后果，诱发各种犯罪。从公平性上讲，因为毒品成瘾容易，但是戒断确很困难，而且复吸率也很高，因此吸毒群体对毒品的依赖性特别高。此时卖毒者便可以随口要价，因此毒品交易中很难有公平性可言。

其次，从无被害人犯罪行为的传染效应对社会伦理关系的总体侵犯上讲。所谓传染，原本用于医学领域的病原体扩散，此处引申为个体的语言以及行为会在“一定情况”下引发他人的类似的语言、思想或者行为。此处的“一定情况”是指伦理氛围以及伦理文化。所谓伦理氛围，是指一定范围内的人们对何为伦理上正确的行为方式以及如何应对伦理问题的思想感知。伦理文化，即国家、社会以及相关组织等对具体非伦理行为的控制机制。伦理文化与无被害人犯罪等非伦理行为的发生成负相关关系，这在一定程度上为无被害人犯罪犯罪化提供了可能性。此外，在伦理文化一定的情况下，伦理氛围的好坏对于个体的影响分为两个层次：

一是伦理氛围直接影响个体行为。当周围存在一种无被害人犯罪等非伦理行为时，周围会形成一种非伦理氛围，个体可能因受影响而参与到这种无被害人犯罪之中，进而导致无被害人犯罪行为在个体之间不断的传递和扩散。此外，随着社会化不断的发展以及随着网络媒体、电视新闻等传播方式的增多，这种非伦理

性的文化氛围在极大的增快传递速度的同时，也极大的增大了传递范围。无被害人犯罪行为背后的个人主义也会导致主体只关注个人感受而不计社会后果，进而倾向于实施无被害人犯罪行为。

二是伦理氛围直接影响个体对伦理规则的判断。首先，道德认知水平还处于习俗阶段的人们往往会依赖于伦理氛围的预断来做出其对于伦理准则的判断。无被害人犯罪频发形成的伦理氛围可能会致使个体对伦理准则做出错误的价值判断。其次，即使个体对于伦理准则形成了正确的价值判断，道德辩解也会在很大程度上为其非伦理行为找到“合理的”借口来克服羞耻感和内疚感。个体在初次实施无被害人犯罪时，基于正确的伦理准则的判断，其可能存在很深的自责感、羞耻感以及内疚感。但是，此时非伦理文化氛围的存在，使其扭曲了个人对无被害人犯罪行为的伦理认知，从而为其实施无被害人犯罪提供了“合理”的借口和理由，进而能够毫无愧疚地继续实施无被害人犯罪行为。此外，周围人的无被害人犯罪行为也在很大程度上为其提供支撑。

### 3.基于冒犯直至伤害的判断

所谓的冒犯有广义和狭义之分。广义的冒犯是指任何一种令人不快的精神状态，这种精神状态包括伤心、羞耻、恶心、焦虑等。狭义的冒犯，也就是我们常说的深度冒犯，即由他人的不法行为所引发的令人不快的精神状态。冒犯包含着两个要素，一是客观行为要素，即引发不快精神状态的行为，二是主观心理要素，即被冒犯者内心产生的一种不快的精神状态。此外，为了使冒犯更具有具体性，美国学者乔治·范伯格将引起冒犯的行为分为了六种，主要有对感官直接冒犯的行为，令人恶心以及嫌恶的行为，对个人的道德、宗教以及爱国情感产生刺激的行为，令人产生羞耻、尴尬以及焦虑的行为，令人产生愤怒、厌烦以及沮丧的行为，令人产生恐惧、怨愤、羞耻和恼怒的行为。

由此可见，冒犯行为在人们的生活之中随处可见，例如随地吐痰行为、制造噪音行为、公开性行为、传播恐怖主义言论行为等等。人们在避免遭受某些冒犯行为的滋扰的同时，也不可避免的受到另一些冒犯行为的滋扰。为此，人们在产生愤怒、羞耻、恐惧以及怨愤等情绪的同时，纷纷对冒犯行为进行道德谴责，此种情况下刑法是否可以对冒犯行为进行干预呢？笔者认为，犯罪化的本质在于行为对法益伤害的有无及其程度，因此冒犯行为要想受到刑法的干预必须具有伤害法益的性质。那么冒犯行为是否具有法益的伤害性呢？

通常意义上的伤害,是指损害或者破坏。刑法意义上的伤害就是指导致刑法法益的受损或者受阻。这种伤害包括两种情况,一种是身体、财物等物质性的伤害,另外一种是精神、情感方面的主观性伤害。很明显,冒犯本质上是一种精神状态,因此其并不存在值得刑法进行保护的、身体、财物等的物质性伤害。如果冒犯可以转化为对刑法法益的伤害,也只能是一种精神上的伤害,但是否存在这种冒犯行为进一步恶化为伤害的可能呢?笔者认为冒犯在一定情况下是可以转化为对刑法法益的伤害的。伤害属于质的范畴,而冒犯则属于量的范畴,当量达到一定程度时是可以产生质变的,因此冒犯也可以进行伤害转化,这并没有什么不妥。问题的关键是如何对冒犯进行严重性衡量呢?有人说冒犯的关键在于被冒犯人的情感反应,但是仍然存在其他的一些对冒犯进行判断的要素,主要包括:冒犯的强度、广度以及持久度,合理避让可能性,被冒犯者同意与否,敏感性的异常性以及冒犯的普遍性。此外,对于冒犯严重性进行判断的同时,还存在对冒犯行为的合理性进行权衡折抵的考量。

无被害人犯罪本质上也是一种冒犯行为,那么它又如何由冒犯转化为伤害的呢?首先,从无被害人犯罪行为的合理性上讲,无被害人犯罪行为不仅仅是一种对人们心理造成干扰的可接受性的问题,更是一种道德观念上的冲突问题,即作为冒犯行为的无被害人犯罪行为涉及到了社会基本道德上的价值冲突问题。换言之,无被害人犯罪行为是一种违反人们共享道德观念的不道德行为,之所以人们情感上会产生羞耻、愤怒、恐惧等心理反应,是因为社会的基本道德塑造了他们的情感,例如传播淫秽物品是对人们的性的羞耻心的一种伤害。其次,从合理避让的可能性上讲,许多无被害人犯罪行为具有公然冒犯的性质,即受冒犯者是不确定的公共全体,受冒犯者可以避让的可能性是极低的。因此,虽然公开的冒犯行为并不能在行为人与被冒犯者之间建立起纯粹的个人化关系,但是基于受冒犯群体的潜在性考量,公开性的无被害人犯罪行为的严重性也是不言而喻的。这是一种对社会利益的严重侵害,而社会利益一旦发生损害,那就意味着不特定多数人的利益受到了损害,相对于个人法益的损害,社会法益的损害在一定程度上是更加严重的。此外,从冒犯的普遍性上讲,被侵犯的道德观念的普遍性决定了不同地区、民族、年龄以及性别等的人们具有着对于普遍道德观念的相同的感情,面对无被害人犯罪行为具有同样的羞耻、愤怒、恐惧等心理,他们同样相信刑法会在很大程度上保护他们免受这种公然性的冒犯。

#### 4.基于犯罪预防的判断

作为冒犯行为的无被害人犯罪行为,虽然只是对道德情感的一种侵犯,并不直接涉及纯粹个人法益的侵害,但是无被害人犯罪却具有诱发其他犯罪的极大可能性,是一种具有极大潜在威胁性的犯罪。

首先,从实施无被害人犯罪行为的行为人方面讲,他们具有进一步实施犯罪的极大可能性。此类人群,人性的欲望尤为强烈,但是自我控制欲望的能力却相对偏低,因此极易放纵自己对于欲望的追求。并且,此类人群个人主义观念较强,往往不会考虑其他人的感受,对于刺激、冒险、紧张等感觉的追求也导致他们往往不会进一步去考虑长远利益。因此,行为人往往会不断的反复实施无被害人犯罪行为,同时受金钱等方面的限制往往还会实施盗窃、抢劫等行为。此外,基于无被害人犯罪领域钱财流动的不受保护性,往往存在私力救济行为转化为犯罪行为的情况,例如为要赌债而非法拘禁他人,因抽老千暴露而引发故意伤害,嫖娼不给钱而抢劫等等。再者,无被害人犯罪行为往往具有交叉感染性,由于他们往往缺乏对公共道德的认同和良好的行为习惯,因此可能进一步相互影响,拉帮结派等实施其他犯罪。

其次,从无被害人犯罪行为本身讲,此类行为极易引发其他类型的犯罪。例如,淫秽物品的大量传播,会在很大程度上激发人的性欲,因此往往会进一步引发强奸、猥亵案件的发生;吸毒人员增多,往往会刺激毒品的生产、交易等,由此进一步引发走私、贩卖、运输以及销售毒品案件,容留他人吸毒案件,走私制毒物品案件等的发生;卖淫行为增多,会进一步引发故意伤害案件、贩卖妇女儿童案件等的发生。此外,基于未成年人本身的易塑性高的考量,无被害人犯罪行为增多使得分辨能力以及自我控制能力低的未成年人极易成为此类犯罪行为诱发之下的新一代犯罪群体。再者,从以上列举的被诱发的犯罪类型,我们不难看出,无被害人犯罪行为所引发的犯罪往往是对个人法益侵害比较严重的犯罪类型,这不仅扩大犯罪面,也在很大程度增大了灾害程度。

众所周知,风险刑法是我国刑法理论界备受争议的一个理论,它关乎我国刑法的发展趋势,因此对于该理论,学者们各执一词、莫衷一是。但不可否认的是,我国刑法之中的确存在风险刑法理论的影子,例如危险犯。因此笔者认为风险刑法理论用于刑法立法是一种必然趋势,关键只在于一种程度的把握。因此,在对无被害人犯罪行为进行一定程度的犯罪化的情况下,立法时对该类行为的犯罪诱发性进行考量也是必不可少的,这更有利于刑法对社会秩序、人们权益等的维护。



## 四、限缩容留他人吸毒罪的犯罪圈之重点分析

### （一）容留他人吸毒罪法益侵害性之辨析

众所周知，一行为纳入刑法调整范围归根到底在于该行为存在实质违法性，也即刑法界通说的法益侵害性，那么容留他人吸毒罪究竟侵犯了何种刑法法益呢？为此，学者们纷纷提出了毒品管理制度说、社会管理秩序说、个人身体健康说、社会公众健康说。但是笔者认为以上观点均存在不妥之处。

毒品管理制度说虽得到了许多学者的支持，但是存在值得商榷的地方。一方面，国家的毒品管理制度主要包括国家对毒品进出口活动、购销活动、运输活动以及供应活动等的管制，但是这些活动却并没有将容留行为涵盖进去；另一方面，比容留行为对毒品管理制度侵害更为明显、更为直接的吸毒行为并未入罪，与刑法处罚容留吸毒行为存在逻辑上的矛盾之处。以上观点也在很大程度上反驳了社会管理秩序说，因此社会管理秩序说已经很少得到学者们的支持。此外，个人身体健康说更是存在很大的不合理之处。虽然容留他人吸毒罪在一定程度上侵害了未成年人的身心健康，但是该观点并不能回答容留成年人吸毒行为入罪的合理性，因为成年吸毒人员在明知毒品危害的情况下依然自愿吸食毒品已经表明其自动放弃了这一身体健康法益。因此，行为人并不需要承担这一保护成年吸毒者身体健康的责任。对于社会公众健康说，虽然在一定程度上与笔者所主张的基础性伦理秩序背后所体现的社会法益存在共通之处，但是仍旧存在观点狭隘之嫌。此观点侧重于强调吸毒行为诱发其他犯罪的可能性，这种犯罪行为通常会对社会其他人员造成实质性的侵害，因此主张将容留他人吸毒行为入罪从而起到对法益的前期性保护作用。笔者认为，虽然刑法在一定程度上也注重犯罪预防，但这并不是本质上的原因，因此该观点存在片面性。

综上，笔者认为，作为无被害人犯罪类型之一的容留他人吸毒罪应该具有无被害人犯罪所具有的法益侵害性，即笔者前文所述的基础性伦理秩序背后所体现

的社会法益以及保护未成年身心健康的法益。那么容留行为是如何对于此两类法益进行侵害或者威胁的呢？

首先，容留吸毒行为是一种扰乱基础性伦理秩序的行为，它侵害了公众对于基础性伦理秩序的信赖感与安宁感。众所周知，毒品具有很大的毒害性、成瘾性。长期吸食毒品，可降低吸毒者的认知、判断和控制能力。与此同时，吸毒者对于毒品的过度依赖又催使吸毒者在穷尽自身钱财的同时，铤而走险，实施各种违法犯罪行为以获取毒资。而容留他人吸毒行为则在很大程度上纵容了这种吸毒行为，有甚者还存在引诱行为。而社会大众对基础性伦理秩序所持的一贯性信赖会使他们相信基础性伦理秩序会提供一种平稳运行的和平的社会生活状态。而当容留吸毒行为对这种基础性伦理秩序进行挑战的时候，则打破了这种安宁的氛围，社会大众也就会因社会伦理秩序的紊乱、社会风气的败坏而丧失对于社会生活预知的能力，进而心生不安、恐惧以及狂躁等。例如，宾馆、KTV、地下烟馆等经营者的容留行为，规模较大，能够在较大范围内产生不良影响，从而使其他人会无意间接触毒品，从而导致毒品的泛滥。此外，这种容留行为还具有反复性、常业性等，其法益侵害性可想而知。

其次，容留行为在很大程度上侵害未成年人的身心健康。首先，容留吸毒现象多发以及牟利型容留吸毒场所的固定性与开放性等，会给未成年形成一种不良的社会氛围，从而混淆他们对于毒品的正确认知。其次，一些容留吸毒者会放任未成年接触吸毒者，更有甚者利用未成年对于毒品的好奇心以及未成年心智的不健全等来引诱未成年人吸毒，这将直接性的侵害未成年人的身心健康。

综上，笔者认为容留吸毒行为具有严重的法益侵害性，理应受到刑法的规制。这也无疑成为了国际社会的一种共识。虽然各国在对容留他人吸毒行为进行处罚时存在处罚力度、处罚范围等的差异，但是无疑均对此种行为给予了包括伦理道德、政治以及法律上的否定性评价，并进行了处罚。

## （二）我国容留他人吸毒罪的立法现状

我国刑法第三百五十四条规定：“容留他人吸食、注射毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”从该刑法条款来看，容留他人吸毒罪属于行为犯，即只要行为人明知他人吸毒而为其提供吸毒场所的行为就可以构成本

罪，而容留的人数、次数以及是否容留未成年吸毒等并不是本罪的构成要件，仅作为量刑情节予以考量。因此，在未附任何定量要求的情况下，该类犯罪行为就不存在任何的行政处罚的空间。为此，作为无被害人犯罪类型之一的容留他人吸毒罪，存在打击面过于宽泛之嫌疑，在司法实践之中很难实现法律效果和社会效果的统一。此外，我国禁毒法却存在容留他人吸毒行为不构成犯罪可以由公安机关予以拘留、罚款的规定。也就在一定程度上表明，该罪是存在一定行政处罚空间的，因此对于该罪条款的完善，司法实践中更多的求助于司法解释。

针对以上情况，2016 年最高院出台了关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释，进一步完善并且提高了容留他人吸毒罪的犯罪标准。相比较之前的追诉标准(三)，新解释对于容留他人吸毒罪的定罪标准作了如下的几点调整：第一，将“一次容留 3 人以上”改为“一次容留多人”，但是在司法实践当中，司法机关依照刑法惯例依旧将“多人”限定为 3 人以上；第二，“容留他人吸食、注射毒品 2 次以上”改为了多次容留并且将时间限定在了两年之内；第三，对于曾经因容留他人吸毒而受过行政处罚再次容留他人吸毒的情形同样增加了“两年之内”的时间限定；第四，对于先贩卖又容留或者容留并且贩卖的情形明确规定为容留罪与贩卖毒品罪数罪并罚。第五，对于容留亲属吸毒的情形作了较轻的明确性规定，即情节显著轻微的不作为犯罪处理，可以对其他需要追究刑事责任的酌情从宽处理。此外，新解释依旧保留了对“以牟利为目的”和“容留未成年人”不受次数限定的规定，并且将“造成严重后果”的情形作为第六项，同时保留了“其他应当追究刑事责任的情形”这一兜底性规定。

从以上比较可以看出，新司法解释对容留他人吸毒罪的具体犯罪情形进行明确区分的同时，通过增加时间以及次数的限制进一步提高了容留他人吸毒罪的定罪栅栏，并且通过对于近亲属从轻的规定等进一步缩小了打击面。但是基于对社会伦理秩序这一法益的考量以及对公民自由保护的权衡，容留他人吸毒罪打击面仍然存在过于宽泛之嫌。例如，新解释并没有对容留他人吸毒罪的“场所”进行进一步区分，对于存在收养或赡养关系但并非亲属的情形以及同居性恋人关系等的特殊情形并没有做出明确性的规定。此外，对于主观恶性程度也没有进行进一步的明确区分。众所周知，作为无被害人犯罪类型之一的容留他人吸毒罪，其设立的目的应该是限制毒品传播，维护社会基础性伦理之下的公共秩序，重点打击以牟利为目的的容留型的地下烟馆或者变相的地下烟馆以及某些娱乐场所、宾馆、饭

店等为招揽生意而容留吸毒的行为。因此,笔者主张对容留他人吸毒罪进行犯罪圈的进一步限缩。

### (三) 在未附定量要求的罪行规范中如何限缩

鉴于现有的容留他人吸毒罪存在的立法问题,笔者认为应该在现有的立法和司法解释的基础上,对容留他人吸毒罪的场所进行私域和公域的划分,在个人办公场所或私人会所等私域内的容留或自己吸毒同时容留他人吸毒的行为,不宜被定罪,但借种种聚会名义容留多人吸毒,则要定罪处理。而公域内的容留他人吸毒行为,包括在经营的场所多次容留他人吸毒以及在公共场所多次组织他人聚众吸毒的行为均须定罪处理。

私域,即进行个人日常生活以及其他活动等的私人拥有不对外开放的封闭性的个人场所,例如个人住所。由于私域是一种封闭性强的个人空间,其场所的封闭性以及吸毒行为的私密性,决定了其对于毒品传播以及基础性伦理秩序的破坏作用是极其微弱的,相对于以牟利为目的的容留或者直接开设地下烟馆、旅店等的容留行为社会危害性要小的多。刑法作为一种最后性的强制性手段,非基于个人法益侵害等原因并不能对其进行干涉。此外,行为人同吸毒者通常具有社会意义上的亲密关系,其往往出于亲情、爱情、友情等原因对于吸毒行为无可奈何,法律应该尊重这种基础性的亲密关系,同时基于刑法谦抑原则以及刑法经济性考量,也不应该对此类容留型行为进行干涉。因此,在个人办公场所或私人会所等私域内容留他人吸毒或者自己吸毒不作犯罪处理。但对于行为人以聚会名义容留多人吸毒的行为,行为人主动邀请多人到住所吸毒并且提供毒品,则突破了个人私域内的自由圈,对公域秩序进行了一定程度的侵犯。刑法基于防止毒品传播以及维护基础性伦理秩序下的社会秩序的考量,则可以对此类严重性达到一定程度的行为进行限制。

公域,即公用性的或者面向公共开放以及非封闭性的社会场所,相对于私域而言,通常是一些公共性质的服务场所,例如宾馆、娱乐场所、公园、学校等。如果行为人在公共性非经营场所多次容留他人吸毒,理所当然要纳入刑法规制,但对于在宾馆、娱乐场所等又是处于何种原因需要刑法介入调整呢?笔者认为,

基于宾馆、娱乐场所等本身的经营性，人员流动比较大，因此其本身即为一个小型的公共场所，具备事实上的公开性。因此，经营者、管理者负有阻止他人在其场所内吸毒或者对于其场所内的吸毒现象进行报告的义务。旅店、娱乐场所等的经营者以及管理者不仅要为积极性的容留他人吸毒行为承担责任，还要为纵容型的间接故意下的容留他人吸毒行为承担责任。也就是说，经营者或者管理者如果为了招揽生意而对其发现的在其经营场所内吸毒的行为人不强行令其离开或者采取报警等措施，则会被视为没有履行制止义务而要受到刑法的干预。此外，行为人如果在旅店、娱乐场所、酒店、酒吧、公园等场所故意容留他人吸毒，达到一定的严重程度则也要受到刑法的规制。

## 五、限缩赌博类犯罪圈之重点分析

前文我们已经了解到，对于赌博类犯罪，我国大陆区域现行刑法主要将“以赌博为业”、“聚众赌博”以及“开设赌场”三种行为列入了犯罪圈。对该类犯罪的犯罪圈进行限缩，笔者主要从以下三个方面进行：

### （一）废除“以赌博为业”限缩处罚边界

赌博行为虽然在一定程度上侵害了基础性伦理秩序之下的社会法益，但是笔者认为，行为人参与赌博以及赌博成瘾，这完全是一种个人自愿行为，行为人只要没突破个人防线，刑法就不应该对其进行处罚。此外，将“以赌博为业”入罪也存在刑法执行力不足等问题。因此，应该废除“以赌博为业”，从而对赌博类犯罪圈进行限缩。具体原因如下：

首先，从法益侵害的严重程度上讲，“以赌博为业”对于共通性的基础性伦理秩序的危害性是有限的。此类行为仅仅是行主体单纯的个人行为，并不存在招引、纠集等行为，因此与包括“聚众赌博”、“开设赌场”在内的聚众性行为有着本质的不同。此类犯罪行为虽然也在一定程度上具有反社会倾向，客观上也对于基础性伦理秩序产生破坏，但是这种个人行为并不能形成一种个人兴起、多数人参与模仿的扩散效应。因此，从我国定性加定量的刑法立法模式上讲，这种

以赌博为业的行为在量上并没有达到赌博类犯罪应有的法益侵害程度,因此完全可以将此类行为交由行政处罚解决。

其次,从司法实务上讲,以“赌博为职业或者兼业”的定罪要求缺乏可操作性。司法对于“以赌博为业”行为的认定,需要综合分析赌博行为本身的时间长短以及行为的连续性与否、行为人是否以赌博资金为主要生活来源或者收入以及赌博者是否具有营利目的等因素进行综合考量并最终确定,但是这些因素的确定本身就具有很大的不现实性。大多数情况下,司法实践工作人员对赌博行为本身的长期性以及经常性是难以认定的,对赌博之中的输赢金额更是难以进行量化对比,因此也就无法确定行为人是否以赌博为业,行为人本人更是不会自行承认自己以赌博为职业,因此在一定程度上“以赌博为职业”的选择性规定也就形同虚设。

第三,从行为产生的原因方面讲,赌博不仅是人的一种天性使然,该行为也具有很大的成瘾性。赌博行为自古就有,这本身就是一种包含侥幸、好胜、求富等心理在内的自然本性,这种自然本性在主流道德统治之下因被视为恶习而在很大程度上被遏制,但是包括刑法在内的强制手段并不能根除这种现象。此外,在实际生活当中,这种受遏制的自然本性在放纵之下,会逐渐发展成为一种上瘾心理,并且呈现一种病态表征。笔者认为,以赌博为业者在一定程度上就是这种赌博上瘾者,因此其自控力在很大程度上低于正常人,刑法不仅不可能根本禁止这种行为,刑罚对其处罚也不能够取得最佳效果。

此外,该种赌博行为并不能算是一种对于个人财产权益的威胁或者侵害。因为行为人赌博完全出于自愿,他们甘愿拿自己的钱财去冒险,由此来满足自己好赌的天性,想借此不劳而获,甚至一夜暴富。因此,刑法并不能出于保护财产等的考量来对此类犯罪进行定罪处罚。这原本就是一种对于人们勤劳风尚的侵犯,应该受到道德的谴责。

综上所述,笔者认为将“以赌博为业”的行为排除出赌博罪的犯罪圈是具有充分的理论和现实依据的。

## （二）将为他人赌博提供资金、通讯、费用结算的行为归属开设赌场之共犯

在司法实践中，为他人赌博提供资金、通讯、费用结算的行为主要有两种：一种是与开设赌场行为人事先形成意思联络，承诺事后为赌场内赌博行为提供资金、通讯、费用结算；另一种是赌场开设之后，行为人以营利为主观目的的，为赌博提供资金、通讯、费用结算。前者行为人构成开设赌场罪的帮助犯已经基本不存在异议，但是对于后者如何处理的问题，却引发了理论界以及司法界的讨论。学者们有的主张定赌博罪，有的主张定开设赌场罪，更有甚至认为无罪。主张定赌博罪的观点认为，行为人提供资金、通讯、费用结算服务，主观上是以营利为主观目的，客观上也使得赌博活动规模扩大、时间延长、赌注提高，因此应该归属为赌博罪的帮助行为。两高联合出台的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条更是明确支持了这一观点。该条规定，明知他人实施赌博犯罪活动，而为其提供资金、计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的，以赌博罪的共犯论处。而主张无罪的人则认为，该类行为人与开设赌场者本人并不存在意思联络，也没有参与开设赌场的组织、招引等活动，因此不能定开设赌场罪。此外，该类行为人为赌博行为人提供资金、计算机网络、通讯、费用结算服务，是完全出于赌博行为人自愿，因此应该是一种平等主体间的民事行为，不应该定罪处罚。但是笔者认为，该类行为人在明知自己是为他人赌博提供服务时，应该属于开设赌场罪的共犯行为。

首先，从意思联络方面讲，行为人与赌场开设者通常形成默认的意思联络。开设赌场行为人一般对赌场具有控制性，因此此种提供资金、计算机网络、通讯、费用结算服务的行为也处于赌场场主的监控之中，本着此种可以使赌场内赌博时间延长、赌注增大、赌博规模扩大等原因，赌场控制者对此种行为持默认态度。换言之，控制者完全可以阻止赌场内的此种行为，但是却放任了。从提供该类服务的人角度讲，他们如果没有对赌场控制者的默示行为形成明确的认识，也就不敢贸然在赌场内进行营利活动。因此，在此种程度上，赌场控制者与提供此类服务的行为人是形成一种默示的意思联络。

其次，从行为的客观方面讲，提供资金、计算机网络、通讯、费用结算服务的行为人对赌场具有极强的依附性，同时同开设赌场者具有内在的共营性。所谓

的依附性，即为赌博行为提供资金、计算机网络、通讯、费用结算服务的行为人多依附于赌场，赌场招揽的赌博者成为此类行为人的潜在客户，因此赌场赌客越大，也就意味着其潜在客户也会越多。所谓的共营性，是指此类行为人依附于赌场牟利的同时，又通过为赌博者提供资金、计算机网络、通讯、费用结算服务来最大限度的提高赌场的收益。这种服务对于赌博者究竟是是否作为一种帮助行为具有一种不确定性，但可以确定的是，在此种行为的帮助之下，开设赌场行为人是必定受益的，因此理应归属为一种开设赌场的帮助行为。

第三，从法定刑方面讲，赌博罪单一的法定刑不能适应该类行为所具有的法益侵害性。一个赌场的正常运营通常包括赌博环节、资金结算、信息发布、客户招揽等环节，而为赌博提供资金、计算机网络、通讯、费用结算服务的行为人，在明知他人赌博而仍然为赌客与赌场之间提供资金、计算机网络、通讯、费用结算服务，客观上在赌场运营中起到了一定的分工作用，符合刑法对开设赌场罪帮助犯行为的客观要求。因此，该类行为客观上的法益侵害性应该是与开设赌场罪帮助犯具有一致性，若以赌博罪定罪处罚，则必然会导致刑法对一部分情节严重的行为处刑过低，进而导致罪刑不适应。因此，从赌博罪单一的法定刑方面讲，也有必要将该类行为归入开设赌场罪的帮助犯之中。

综上，笔者认为，为他人赌博提供资金、计算机网络、通讯、费用结算的行为应该归属开设赌场罪共犯之中，此类行为严重败坏社会风气的同时，加剧了开设赌场行为的危害性，因此刑法应该以开设赌场罪定罪处罚。

### （三）提高赌博罪之数额门槛

笔者此处所指的赌博罪主要指聚众赌博。笔者认为刑法应该提高认定聚众赌博行为的金钱数额要求。现有刑法对聚众赌博和开设赌场行为认定的金钱数额限定过低，会导致刑法打击范围过于宽泛，造成一些司法困扰，理由如下：

首先，过低的成罪数额不利于划定赌博罪与娱乐行为的界限。众所周知，赌博罪与娱乐行为的区分问题事关罪与非罪的刑法问题，因此尤为重要。我国相关司法解释规定，不以营利为目的，进行带有少量财物输赢的娱乐活动，不以赌博论处。而我国刑法则规定以营利为主观目的聚众赌博成立赌博罪。因此，我们对于赌博罪与娱乐行为的区分只能从行为人是否以营利为主观目的和赌资两方面



进行考量。由于“以营利为目的”带有极强的主观性，因此很多情况下并不那么容易确定，它不能仅仅根据行为人自身的口供，还必须根据行为人的客观行为进行确定，因此赌资和赌注的大小就成为区分赌博与娱乐的关键因素。此外，对于什么是“少量财物”司法解释并没有给出明确的标准，因此造成了很大的司法困境，常常将聚众赌博行为和娱乐行为混淆，违反刑法面前人人平等的原则的同时，产生很多不良的社会效果。因此，刑法有必要提高聚众赌博的数额门槛，以此来对聚众赌博和娱乐做出明显性区分。因为，如果赌注和赌资比较大，输赢对于每个参与赌博的人的影响也会很大，赢赌者会感到自己大赚一笔，输赌者则会认为自己损失惨重。此种情况下，无论在与赌博活动无关的外人的观念中，还是在参赌者自己的观念中，其聚众赌博行为的营利性都是远远大于娱乐性的。

其次，过低的成罪数额，不能很好的适应当今社会的经济发展现状。改革开放以来，特别是近些年以来，我国经济持续快速发展，成绩斐然。人民生活水平得到巨大提升的同时，社会物价也在飞涨，货币贬值已成不可辩驳的事实。因此，过低的数额成罪标准已经不能够与犯罪行为原有的法益侵害性相符合，由此导致刑法打击面过于宽泛。此外，刑法关于赌博罪金额要求的具体性立法模式本身就存在机械性，不能很好的体现刑法规范的灵活性，因此很容易将达到定罪标准的，但法益侵害性不是很严重，完全可以交由行政处罚来处理的行为纳入刑罚范围。

此外，司法实践当中，聚众赌博类型多样，涉赌金额高低不一，变动幅度大。此种情况下，很容易出现涉赌金额上千万元的聚众赌博罪犯与那些仅几千块钱的聚众赌博罪犯被规制在同一个刑法量刑幅度内，由此造成一种尴尬的司法境地。而我国刑法规定赌博罪法定最高刑为三年，由此便说明立法者认同赌博罪法益侵害性并不高，因此完全可以将一部涉赌金额低的案件交由行政处罚来解决。

综上，笔者认为，在世界轻罪化潮流的大趋势之下，完全可以通过提高赌博罪的数额门槛，从而使赌博罪犯罪圈更集中紧凑，从而进一步彰显刑法作为最后手段的严肃性。

## 六、限缩聚众淫乱罪犯罪圈之重点分析

### （一）聚众淫乱行为的危害性质分析

所谓聚众淫乱行为,是指三人或者三人以上以满足性欲为主观目的聚众进行淫乱活动。主要存在两种表现:其一,公开性聚众淫乱,即聚众性淫乱活动主要发生在公园、马路、商场、学校等开放性环境中。其二,私密性聚众淫乱,即发生在私密空间下的聚众性交、聚众鸡奸、聚众肛交等某一类或者几类混同的非常规性行为。近几年,随着南京某教授换妻案件的发生,聚众淫乱罪再次进入公众视野,并且对于该罪是否存在,学界展开了激烈的争论。以李银河为代表的学者认为刑法应该废除已经过时的聚众淫乱罪,理由主要包括该罪侵犯了公民自身的性权力,秘密空间内进行的性行为属于悖德行为,应该归入道德调整范畴,法律不应做过多干涉;在司法实践之中,聚众淫乱罪基本上是一个很少适用的“死罪名”,不如将之废除。而以贺卫方教授为代表的学者则对于废除聚众淫乱罪的主张提出质疑,他们认为:聚众淫乱行为不但是一个道德评价问题,更是一个法律处罚问题;聚众淫乱罪并没有侵犯公民所谓的权力和自由;犯罪暗数的存在并不能否定刑罚的正当性。例如,贺卫方教授在谈“换妻案”看法时曾说“我坚持认为,性之于人类是极其美好的享受,不应该受到不合理的限制。但是一味地倡导自由开放,甚至认为群交也应当合法化,那实在是突破了底限,把人类混同于动物,将美丽毁损成丑陋。”<sup>10</sup>

综合以上两种说法,笔者认为,我们不能在聚众淫乱罪存与废之间轻易的做出选择。聚众淫乱罪保存与否关键还在于该类行为的危害性质及程度。私密状态下的聚众淫乱行为,影响范围和危害性都具有有限性,应该列入道德调整或者行政法调整的范畴,而公开性的聚众淫乱活动是对基础性伦理道德的公然挑战,其扩散效应是不可估量的,因此应该由刑法调整。

---

<sup>10</sup>贺卫方:《“那事儿”究竟有无底线》, [http://news.nfmedia.com/nfdsb/content/2010-04/11/content\\_10935688.htm](http://news.nfmedia.com/nfdsb/content/2010-04/11/content_10935688.htm)

首先,聚众淫乱行为是一种反道德的行为,它不属于性权力的范畴。性权利行使自由的隐含前提是行为具有正当性和受人尊重性,当这种行为的行使不正当且令人极度反感、厌恶时,就不能称之为权力。因此,聚众淫乱行为不管公开与否,都不属于性权力与自由。聚众淫乱行为是对我国传统性的道德伦理观念的背离,是对人们道德情感的一种伤害,极易引起人们的反感、厌恶,乃至憎恨。它有悖于正常的性交往方式,是一种被异化的个人自由,是一种性欲的扭曲、历史的倒退。另一方面,聚众淫乱行为频发,必然会毒化社会风气,扰乱性道德秩序,形成对基础性伦理道德的挑战和破坏。如果社会允许这种群奸群宿的聚众淫乱行为的存在,会对社会其他成员,尤其是青少年产生不好的示范效应,进而引起更多的越轨性行为,乃至强奸、猥亵等行为的发生,该种行为还会在很大程度上造成婚姻家庭关系和社会秩序的紊乱。因此,聚众淫乱行为理应受到道德的谴责以及法律的规制。

其次,公开性聚众淫乱行为理应受到刑法的规制。从刑法规范的角度,违反基础性伦理秩序的行为具有严重的法益侵害性,立法者将该类行为规定为犯罪的真正意图在于维护稳定的社会秩序,利用该行为的犯罪化来惩罚越轨性聚众淫乱行为的同时,来引导社会公众的道德观,进而维护稳定的社会秩序。从这个方面讲,聚众淫乱行为是否入罪的关键在于行为是否具有公开性。聚众淫乱行为一旦出现在公共场合就会对公众的性道德观念和底线产生巨大的冲击,无疑会对公共秩序产生巨大的破坏。此种情况之下,该行为往往会对公共秩序的维持产生强烈的冲击,道德调整已经疲于应付,这就需要刑法及时做出应对,以此来为性道德秩序设最后一道防线。例如,《德国刑法典》规定,“公然实施性行为,故意引起公众厌恶的,处1年以下自由刑或罚金。”<sup>11</sup>同时,日本、韩国、加拿大等国家也存在类似的规定。而私密状态下的聚众淫乱行为,其场所本身所具有的封闭性决定了其行为的影响范围以及危害的有限性,与公开性聚众淫乱行为相比,对它的评价更多的倾向于道德谴责,因此刑法的本身的补充性和严厉性决定了刑法不能对此行为做过多的干涉,应该交由道德和行政法进行调整。

此外,刑法还应该把重点放在打击组织未成年人聚众淫乱的成年人方面。因为在此种情况下,未成年人成为了一种事实上的侵害对象,其个人法益处在严重

---

<sup>11</sup>徐久生:《德国刑法典》,庄敬华译,北京:中国法制出版社,2000年版,第150页。

的侵害或者危险之中。这种情况下，刑法更多的考虑的是对未成年人格健康发展的保护，因此无论公开与否，刑法都应该对其进行干预。

## （二）严格未成年聚众淫乱的入罪标准

理论界与司法实务界对于聚众淫乱罪的主体并无任何争议，即指年满 16 周岁，具备完全刑事责任能力的首要分子以及多次参见者。因此，年龄在 16-18 周岁之间的未成年人理所当然成为聚众淫乱罪的行为主体。但是，笔者认为，应该严格限定年龄在 16-18 周岁之间的未成年人聚众淫乱行为的入罪标准。众所周知，未成年人在生理和心理方面的发育并不成熟，尤其是性观念正处于形成期，因此还不能正确的辨别其聚众淫乱行为的性质和后果。此外，由于在不良性文化的冲击下，我国性教育的不规范性决定了它不能很好的引导未成年人树立正确的性观念，因此心智发展不成熟的未成年，在面对外界诱惑时也很难基于理性去做出正确的行为选择。因此，在此种意义上讲，他们本身就是此种行为的受害者。再者，未成年人本身的可塑性大以及易改造的特点，也在很大程度上决定了我们应该更多的注重对未成年不良聚众淫乱行为的教育、引导。一些未成年人只是出于好奇、无知或者偶像崇拜等进行聚众淫乱活动，当他们认识到聚众淫乱行为的性质与后果后，也会造成相关的性心理障碍，进而很难面对以后的恋爱、结婚。而强制性的刑罚处罚教育自身所具有的严厉性，也会对未成年人产生很强的心理刺激，因此应该严格限定未成年人聚众淫乱行为的入罪标准。

所谓的严格限定未成年人聚众淫乱行为的入罪标准，并不是完全的除罪化，而是比照成年聚众淫乱行为主体给予未成年人以区别对待。笔者认为，为贯彻教育、挽救的理念，刑法应该将未成年聚众淫乱罪的行为主体限定在“首要分子”和“多次积极参加者”。所谓首要分子，是指负责组织、策划、指挥聚众淫乱活动的未成年人。所谓积极参加者，主要是从参与者对聚众淫乱活动所持有的积极态度方面讲，也即强调行为人对于聚众淫乱活动持一种热心态度。此种积极态度主要是通过他们在聚众淫乱活动中的积极表现来证明，主要是指在聚众淫乱活动中十分活跃、十分卖力者，通常表现为在聚众淫乱活动过程中提意见、起表率作用等。他们和一般的参与者是有明显的不同的。一般的参与者多为不积极、但也

不反对的未成年人。他们或者在旁边观看，或者被动参与，其在聚众淫乱活动中的作用并不大。

### （三）限缩解释“聚众”和“淫乱”缩小主体认定范围

我国刑法规定：“聚众进行淫乱活动的，对首要分子或者多次参加的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”这是我国现行刑法对该罪罪状的简单描述，而对“聚众”以及“淫乱”如何界定并没有做出进一步说明，由此司法实践在认定犯罪事实时存在诸多困惑，甚至将“网络聊天室裸聊”行为也归入了聚众淫乱罪。笔者认为，应该对“聚众”以及“淫乱”的含义进行严格界定，由此来进一步明确本罪的应有界限，缩小该罪主体的认定范围。

首先，究竟什么是“聚众”呢？按字面解释，“聚”就是聚集、纠集的意思，“众”就是众人的意思，通常指三人以上，我国自古就有“三人成众”的说法。因此，“聚众”就是指在相同时间、相同地点聚集三人及以上，或者把三个及以上的人纠集起来。但是此处的三人究竟是否包括起组织、策划或者指挥作用的行为人本人呢？在我国大陆区域司法实践当中，首要分子主要有两种：一种是直接参与淫乱活动；另一种仅限于组织、策划、指挥行为，他们仅在淫乱现场观看，并不参与实施淫乱行为。根据聚众淫乱罪罪状，我们不难发现，该罪的实行行为实质为复行为，“聚众”与“淫乱”是结合在一起的，两者缺一不可都不构成本罪。在此种情况下，如果首要分子和参与者总共只有三人，当首要分子直接参与淫乱活动，那么当然构成聚众淫乱罪，但当首要分子不是直接参与者，那么这种情况还算聚众淫乱吗？笔者认为，此种情况下应该严格限定“众”的范围，根据首要分子参与淫乱行为与否，决定“众”是否包含首要分子本人。当行为人召集另外两人进行淫乱活动，但本人只是在旁边观看而不直接参与，应该认定行为人本人不包含于“众”之中，因此不能认定为聚众淫乱罪。

其次，何为“淫乱”？从字面上解释，“淫”就是“不正当的男女关系”，“乱”就是乱来、乱搞、乱七八糟的意思。因此，现代汉语词典将“淫乱”定义为：“指性行为放纵，违反道德标准”。但是，此解释却不同于刑法之中的“淫乱”的含义，例如婚内出轨也属于性行为放纵，但是却不能算是刑法意义上的淫乱。在刑法学界，众多学者们试图给“淫乱”下定义。例如，学者刘德法认为：

“法律意义上的淫乱是为了刺激或满足行为人的性欲,在不特定或特定的多人间实施的足以引起一般人的羞耻感情的性交行为,主要是指男女多人在一起进行性交行为或变态性交行为。<sup>12</sup>”而学者时延安认为,“淫乱是指违反社会道德准则,足以引起一般人的羞耻感情,为法律所否定的,以刺激或满足性欲为目的的行为。<sup>13</sup>”。此外,有的学者还把“淫乱”界定为以刺激和满足性欲为主观目的的,包括性交和猥亵在内的违反性道德在内的行为。通过对以上观点的仔细研读,笔者认为,“淫乱”更多的体现在行为人共同追求性刺激和性满足的合意,它包括三方面的限制:一是人数的限制,淫乱行为必须存在三人或者更多人之间,单纯的两人性行为不能算是淫乱;二是行为的限制,淫乱行为本身并不限于交行为,还包括一些如口淫、手淫、鸡奸、抠摸等有身体接触的性交行为,而且此处的淫乱行为对象具有不同一性;三是行为方式的限制,基于刑法维护基础性伦理秩序,制裁玷污社会主流性价值取向并破坏公共性秩序的行为,刑法中的“淫乱”应该限于公开性淫乱。因为,只有公开性淫乱行为,才能直接进入公众视野,造成公众性价值观紊乱,进而对基础性伦理秩序调整下的社会秩序造成强烈冲击,引发一系列连锁反应。因此,我国刑法应该将私密状态下的聚众淫乱行为除罪化,只保留公开性聚众淫乱行为。

通过以上对“聚众”、“淫乱”含义的限定,笔者认为在网络空间聊天室“裸聊”的行为并不成立该罪,不能归入聚众淫乱罪之中。基于其自由进入和通过密码进入的两种进入方式而言,网络空间聊天室“裸聊”的行为并不具有直接对外的公开性。此种情况类似于在屋内进行聚众淫乱活动,但是房门没有上锁或者已经上锁须经许可进入的情况。因此,其并没有对基础性伦理秩序构成公然性的侵犯。此外,虽然,这种网络空间聊天室“裸聊”行为,通常都会存在室主的组织、策划、指挥等行为,在人数上也会存在多人同时面对不特定人进行淫秽动作表演,但是裸聊行为只是通过视频通信来互做一些淫秽性动作,并不存在直接性的身体动作。而聚众淫乱行为中的性交、鸡奸、口淫等满足性欲的行为都必须在有直接身体接触的情况下才能实施。因此,两者在行为上也存在本质的不同的。因此笔者认为,应该类比私密性聚众淫乱活动的处理方法,将网络空间聊天室“裸聊”的行为交由行政法进行处理,更宜采取关闭网站或罚款等行政手段予以回应。

<sup>12</sup>刘德法:《聚众犯罪理论与实务研究》,北京:中国法制出版社,2011年版,第226页。

<sup>13</sup>时延安:《妨害风化犯罪疑难问题司法对策》,吉林:吉林人民出版社,2001年版,第374页。

## 七、结语

虽然无被害人犯罪理论是从西方国家传入,但是对于此类相关行为我国很早就已经定罪处罚,但是相比较西方国家而言,国内的无被害人研究还不够深入,往往只是停留在个罪的讨论之上,无法全面的回应和照顾好国内的法律实际。此外,与西方国家相比,在无被害人犯罪圈之外,我国还存在大量的受行政处罚的此类一般违法行为,因此国内的无被害人违法犯罪行为研究不仅仅涉及罪与非罪的问题,还涉及合法性的问题。再者,犯罪圈是一个动态的体系,随着社会的不断发展,人们价值观念的转变以及评价标准的变化,无被害人犯罪圈的界限也会发生相应的变化。因此,要想保障刑法体系自身的完整性以及有效性,立法者应该在严格某些行为入罪标准的同时保持一种非罪化的反作用力,把不合时宜的罪名排除出犯罪圈。因此,要想很好的对无被害人犯罪圈进行调整,我们还有许多的研究工作要做,这不仅仅是观念转变的问题,更是刑法相关理论以及制度层面的问题。

## 参考文献

### 一、著作类

- 1.王恩海：《无被害人犯罪研究》，北京：法律出版社，2009年版。
- 2.肖怡：《无被害人犯罪的刑事政策与刑事立法研究》，北京：中国方正出版社，2008

年版。

- 3.张明楷：《刑法学》，北京：法律出版社，2014年第4版。
- 4.张明楷：《外国刑法纲要》，北京：清华大学出版社，2007年第2版。
- 5.贾健：《刑法目的论——以关系本体论为视角》，北京：法律出版社，2014年版。
- 6.平野龙一：《刑法的基础》，黎宏译，北京：中国政法大学出版社，2016年版。
- 7.李宝忠：《刑法的价值体系及其取向》，北京：人民出版社，2010年版。
- 8.[美]乔尔·范伯格著：《刑法的道德界限》，方泉译，北京：商务印书馆，2015年版。
- 9.韩玉胜主编：《刑法学博士论文精萃2016届》，北京：中国检察出版社，2007年版。
- 10.张明楷：《法益初论》，北京：中国政法大学，2000年版。
- 11.徐久生：《德国刑法典》，庄敬华译，北京：中国法制出版社，2000年版。
- 12.[日]大谷实：《刑事政策学》，黎宏译，法律出版社2000年版。
- 13.李晓明：《中国刑法罪刑适用》，北京：法律出版社，2005年版。
- 14.赵秉志：《扰乱公共秩序罪》，北京：中国人民公安大学出版社，2003年版。
- 15.刘德法：《聚众犯罪理论与实务研究》，北京：中国法制出版社，2011年版。
- 16.时延安：《妨害风化犯罪疑难问题司法对策》，吉林：吉林人民出版社，2001年版。
- 17.黄立：《刑罚的伦理审视》，北京：人民出版社，2006年版。

## 二、论文类

18.肖 怡：“中西无被害人犯罪立法的比较研究”，《贵州民族学院学报(哲学社会科学版)》，2008年，第1期。

19.肖 怡：“‘轻轻重重’刑事立法政策——规制无被害人犯罪的理性选择”，《环球法律评论》，2008年，第4期。

20.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。

21.朱正保：“无被害人犯罪视角下的聚众淫乱罪立法思考”，《法制与社会》，2010年5月(上)。

22.陆光璞：“无被害人犯罪非罪化初论”，《法制与社会》，2008年第8期(下)。

23.李贵方：“西方国家关于无被害人犯罪问题的争论”，《法学家》，1992年，第2期。



- 24.姜涛：“无直接被害人犯罪非罪化研究”，《法商研究》，2011年，第1期。
- 25.王恩海：《对无被害人犯罪的历史考察——以美国堕胎现象为例》，《犯罪研究》2001年，第4期。
- 26.美乔治，威尔逊：《国家干预和无被害人的犯罪——对警察态度的研究》，《法学译丛》，1987年，第3期。
- 27.许承余、刘仕雯：《论西方无被害人犯罪制度及其对我国的借鉴意义》，《新学术法学论坛》，2008年3月。
- 28.王贺培：《论我国刑法中的无被害人犯罪》，《郑州航空工业管理学院学报(社会科学版)》，2008年，第4期。
- 29.董玉庭、黄大威：“论聚众淫乱罪的刑事立法——以无被害人犯罪为研究视角”，北方论坛，2012年，第3期。
- 30.余海燕：“未成年人性犯罪现象分析及预防对策”，中国性科学，2011年，第20卷第1期。
- 31.谭静：“无被害人犯罪研究”，山东大学，2008年硕士学位论文。
- 32.包炜华：“无被害人犯罪的司法限缩研究”，华侨大学，2013年硕士学位论文
- 33.周中科：“‘无被害人犯罪’非罪化研究”，湘潭大学，2012年硕士学位论文。
- 34.张弦：“吸毒行为的入罪研究”，吉首大学，2014年硕士学位论文。
- 35.谢向英：“彻查刑法中的‘聚众’与‘淫乱’这两组词群”，华东政法大学，2013年硕士学位论文。
- 36.武倩：“聚众淫乱罪的刑法思考”，华东政法大学，2011年硕士学位论文。
- 37.董红：“刑法中的定量因素”，华东政法大学，2011年硕士毕业论文。
- 38.孙燕凌：“论我国赌博罪的立法缺陷及完善”，大连海事，2014年，硕士毕业论文
- 39.赵彩霞：“犯罪数额的立法模式研究”，湖南师范大学，2013年硕士毕业论文

### 三、其他类

40. 贺卫方：《“那事儿”究竟有无底线》，  
[http://news.nfmedia.com/nfdsb/content/2010-04/11/content\\_10935688.htm](http://news.nfmedia.com/nfdsb/content/2010-04/11/content_10935688.htm)San



## 致谢

在这乍暖还寒的三月天里,我的毕业论文终于定稿,看着这四万多字的文稿,心里无味杂谈,既有如释重负之感,又有书到用时方恨少的自责,同时还夹杂者毕业季的焦灼。论文从选题到资料的收集,再从初稿到定稿的书写与反复修改,前后花了近一年的时间,在此期间,我不断的进行“假设—思考—推翻假设—再假设”的思维活动,常常感到身心俱累,同时又感到获益匪浅,我想这应该也算是另一种成长吧。无被害人犯罪,看起来是一种简单的犯罪类型,但是真正的深入研究起来却发现其所涉及的理论与实践知识远远超出我的想象,因此在不断的资料收集、研读,再到论文观点的创新与生活中,我对于刑法众多理论知识又有了更深层次的体会。因此,在毕业论文完成之际,我要感谢所有帮助和鼓励我的人。

首先,我要感谢的是我的恩师王利荣教授,她不仅在我三年的研究生生涯中教会我众多的理论知识,还令我明白了什么叫脚踏实地,什么叫耐得住寂寞。她不仅固定时间给我们讲解学术上的重难点,而且还像一位慈母一样在我们感到困惑时给我们鼓励,是我们不断前行。在本次论文写作中,无论是选题,还是论文的写作提纲、难点问题等,老师都给出宝贵性的意见,而且还不辞辛苦的多次为我们进行论文修改,从而才是我顺利写完毕业论文。

其次,要感谢刑法教研室的全体老师,刑法课改革以来,多师同堂的教学方法,是我们在不同观点中深切的感受到了理论的碰撞,也收获了知识的香果。谢谢你们毫无保留的讲解,让我们在三年的时光中蜕变。

再者,我要感谢我的同学,特别是我的舍友,感谢你们对我论文写作所提的建议,以及生活上对我无微不至的照顾。

最后我要特别感谢我的父母,没有他们的鼓励和支持我不可能专心写作,这篇毕业论文是回报他们养育之恩的最好礼物。

文章虽然几经修改,但因本人学识有限以及阅历浅薄等原因,论文还存在论述不到位、资料不完整等不完善的地方,敬请各位老师同学指正,同时也感谢各位老师百忙之中评阅我的论文。