



分类号 D924

UDC _____

密 级 公开

黑龙江大学

硕士研究生学位论文

无被害人犯罪问题研究

申请人：赵 欣

学 号：2110144

培养单位：法学院

学科专业：刑法学

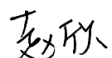
研究方向：中国刑法学

指导教师：于逸生 教授

完成日期：2014年3月25日

独创性声明


本人声明所呈交的学位论文是本人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。据我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得黑龙江大学或其他教育机构的学位或证书而使用过的材料。

学位论文作者签名：

签字日期： 年  月  日




学位论文版权使用授权书




本人完全了解黑龙江大学有关保留、使用学位论文的规定，同意学校保留并向国家有关部门或机构送交论文的复印件和电子版，允许论文被查阅和借阅。本人授权黑龙江大学可以将学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，可以采用影印、缩印或其他复制手段保存、汇编本学位论文。

学位论文作者签名：

导师签名：



签字日期： 年  月  日

签字日期： 年  月  日

学位论文作者毕业后去向：

工作单位：

电话：

通讯地址：

邮编：

中文摘要

自上个世纪西方国家掀起了非犯罪化和非刑罚化浪潮开始，犯罪化和非犯罪化的争论就一直未停止。而非犯罪化领域最受瞩目的就是“无被害人犯罪”问题。对于无被害人犯罪，各国立法态度不同，但大多倾向采取非犯罪化和轻刑化政策。对于无被害人犯罪的研究我国起步较晚，刑法的规定也较少。但在西方国家非犯罪化立法的影响下，我国学者也对聚众淫乱罪、赌博罪等无被害人犯罪行为是否应作非犯罪化处理的问题展开了讨论。本文介绍了无被害人犯罪的概念及特征、国内外无被害人犯罪的立法现状，同时总结无被害人犯罪非犯罪化的理论基础，在此基础上提出了自己的观点即我国存在无被害人犯罪及无被害人犯罪应作有限的非犯罪化处理。以期对我国无被害人犯罪的发展能有益处。

关键词：无被害人犯罪；非犯罪化；法益；道德

Abstract

Since the last century, the western countries started to decriminalization and depenalization wave, and criminalization and decriminalization of the controversy has not stopped. But the most notable problem of decriminalization domain is "victimless crimes".For victimless crimes, legislative attitude from different countries is different, but most of them tend to decriminalization and light punishment policy.For the study of victimless crime started late in china. The provisions of the criminal law is also less.But in the effect of decriminalization legislation in western countries, scholars from our country also discuss on whether he assembled licentious actives crime, gambling crime constitute crime. This paper introduces the concept and the characteristic victimless crimes ,legislative situation from our counties and others , theoretical basis , and puts forward own point of view that China has victimless crimes and victimless crimes should be decriminalization treatment limited.China's development of victimless crimes can benefit.

Keywords:victimless crimes;decriminalization;legal interests;morality

目 录

中文摘要	I
Abstract	II
绪 论	1
一、选题的目的和意义	1
二、相关研究的文献综述	1
三、研究的主要内容	4
第一章 无被害人犯罪概述	6
第一节 无被害人犯罪的概念	6
一、无被害人犯罪概念的各种观点	6
二、无被害人犯罪的概念界定	7
第二节 无被害人犯罪的特征及分类	9
一、无被害人犯罪的特征	9
二、无被害人犯罪的分类	11
第二章 无被害人犯罪的立法现状	13
第一节 部分国家（地区）关于无被害人犯罪的规定	13
一、卖淫	13
二、通奸	14
三、赌博	16
四、堕胎	17
第二节 我国无被害人犯罪的立法现状	20
第三章 无被害人犯罪非犯罪化的理论基础	22
第一节 自由主义	22
一、自由主义的含义	22
二、社群主义—自由主义的对立	23

三、无被害人犯罪非犯罪化与自由主义	24
第二节 非犯罪化理论	25
一、非犯罪化理论概述	25
二、非犯罪化在我国适用的可行性	27
第三节 法益保护思想	29
一、法益侵害思想概述	29
二、规范违反说—法益侵害说的对立学说	30
第四节 刑法的谦抑思想	32
一、刑法谦抑思想的含义	32
二、刑法谦抑思想在我国的影响	34
第四章 我国具体的无被害人犯罪分析	36
第一节 聚众淫乱罪	36
一、聚众淫乱罪的概念	36
二、聚众淫乱行为非犯罪化的原因	37
三、对我国聚众淫乱罪的立法建议	38
第二节 赌博罪	39
一、赌博罪的概念	39
二、“以赌博为业”行为非犯罪化原因	40
第三节 淫秽物品类犯罪	41
一、淫秽物品犯罪的认定	41
二、传播淫秽物品行为非罪化原因	42
三、对我国传播淫秽物品犯罪的立法建议	42
第四节 安乐死	43
一、安乐死概述	43
二、安乐死的非犯罪化	43
三、对安乐死的限制	44
结 语	45

参考文献	46
致 谢	49
独创性声明	50

绪 论

一、选题的目的和意义

1954年8月,英国同性恋及卖淫委员会发布了《委员会关于同性恋罪错和卖淫问题的报告》(简称《沃尔芬登报告》)。以此为起点,西方资本主义国家掀起一股非犯罪化和非刑罚化的浪潮,它主张缩小刑法的“犯罪圈”。在这一浪潮中,1965年美国学者埃德温·舒尔首次提出了“无被害人犯罪”这一概念。这类犯罪的被害人不认为自己是被害者,相反,他们认为自己是行为的受益者,是自愿参与的,甚至他们可能就是行为的实施人,所以从被害人本身角度讲,这类犯罪不存在被害人。但是这类犯罪中的大部分是违反伦理道德和善良风俗的,这就导致了大批学者对于刑法与道德的调整范围产生了激烈的纷争,也因此,“无被害人犯罪”成为非犯罪化理论中最受学者瞩目的问题。但至今为止,关于“无被害人犯罪”的争论依旧没有停止。关于是否存在无被害人犯罪、无被害人犯罪的定义、无被害人犯罪的范围、无被害人犯罪的立法路径选择都还没有定论。

这类犯罪侵害了社会伦理道德及善良风俗,这使得刑法学界必须研究对此类行为的预防措施。目前,国外刑法理论界大多对无被害人犯罪主张非犯罪化,通过社会其他调整方式进行调整。立法中大多采取非犯罪化和轻刑化的政策。与西方国家相比,我国对于无被害人犯罪的规定较少,比如违警、通奸等行为在我国并没有作为犯罪处理。但我国刑法规定的四百多个罪名中还是有部分属于无被害人犯罪的范畴。由此,研究无被害人犯罪的立法政策及路径选择,对如何科学合理的规无被害人犯罪具有重大意义。

二、相关研究的文献综述

“无被害人犯罪”概念自舒尔提出后,引起国外刑法学界的广泛关注。但至今为止,刑法理论界关于无被害人犯罪问题并没有形成一致观点,对无被害人是

[美] 乔治·P.威尔逊.国家干预和无被害人的犯罪——对警察态度的研究[J].法学译丛,1987,(3).

否应作非犯罪化处理还存在争议。无被害人犯罪的研究在国内起步较晚、论著较少，至今理论界也没有形成一致观点。学者们对无被害人犯罪非犯罪化在我国是否适用，以及无被害人犯罪的立法路径选择都有不同观点。目前，刑法理论界对于无被害人犯罪的研究主要体现在以下几个方面：

（一）无被害人犯罪的概念没有统一

最早提出“无被害人犯罪”的舒尔认为：无被害人犯罪是被害人和犯罪人双方都同意的行为，他们认为自己是一个利益交换者，是在利益平等的前提下所做的交易。他认为无被害人犯罪首先体现的是自愿。日本学者大谷实主张的是没有法益受到侵害。他在其著作《刑事政策学》中指出：“无被害人犯罪”是不对法益产生侵害或危险的犯罪。我国学者彭磊在《非犯罪化思想研究》中强调：无被害人犯罪侵犯的是宗教和伦理道德，没有侵犯与社会生活利益相关的刑法所保护的法益，并通过对法益侵害说的论证来证明无被害人犯罪不应被认定为犯罪。我国学者李贵方在《西方国家关于无被害人犯罪问题的争论》中提出：无被害人犯罪中没有明显的被害人，犯罪人是因为实施该行为受到了处罚才成为被害人的。

（二）无被害人犯罪非犯罪化在我国是否适用没有达成一致意见

我国学者黎宏、王龙在《论非犯罪化》中指出：在理论上，应当消除对非犯罪化思想的各种偏见和贬低之词，以科学公正的态度对其进行研究和评价……注意修改现行刑法，开辟多种非犯罪化渠道，扩大非犯罪化的范围。”我国学者马克昌、李希慧在《完善刑法典两个问题的思考》中强调：认为我国法律不存在违警罪而否认非犯罪化适应我国国情的观点是错误的。因为考虑非犯罪化是否适合我国国情，并不是与西方国家的简单类比，而是要立足我国国情，全面考察我国现状才能得出结论的。我国学者沈德咏、汪少华在《刑法修改和非犯罪化问题》中论述：在修改刑法时，要解放思想、实事求是，大胆地吸收借鉴西方刑事立法的成功经验，包括非犯罪化理论的合理内核，把非犯罪化理论中的一些符合中国

[日]森下忠著.刑事政策大纲[M].成文堂译.成文堂，1993年.第27页.

[日]大谷实著.刑事政策学[M].黎宏译.法律出版社，2000年.第90页.

黎宏、王龙.论非犯罪化[J].中南政法学院学报，1991，（1）.

国情的观念运用到我国的刑法修改完善中。我国学者王友才在《试论刑罚轻与重的选择》的观点是：西方国家的犯罪观念与我国不同，且他们认为的非犯罪化通常指违警罪，在我国并不构成犯罪。同时非犯罪化是西方国家刑罚制度的一部分，犯罪化和刑罚化也是他们刑法制度的一部分，我们不能只看到局部就简单照搬照抄。我国现在新出现了一些严重破坏社会秩序的行为，所以我国更应该犯罪化。我国学者赵秉志在《中国大陆刑法修改之基本理论争议问题研究》中论述：西方国家非犯罪化主要是将某些违警罪非犯罪化，而这些行为在大陆原本就未规定为犯罪，因而根本谈不上非犯罪化问题。再者，西方国家刑事立法不仅仅将一些犯罪非犯罪化，同时，他们更多的是将严重危害社会秩序的行为犯罪化，扩大了刑法调控范围。由此可以看出，以‘刑法国际化’为由主张大陆刑事立法的非犯罪化是缺乏事实根据的。我国学者陈兴良在《刑法哲学》中强调：就非犯罪化而言，中国现行刑法规定的犯罪，虽然个别可以废除，但主要的问题还不是非犯罪化，而是犯罪化。尤其是在经济体制改革以后伴生了大量的商品经济所特有的经济犯罪，而这些经济犯罪有些没有规定，我国当务之急是将其犯罪化。我国学者苏惠渔、游伟在《论我国刑事立法发展的几个原则》中阐述：“目前，（我国）还缺乏全面‘非犯罪化’立法的基础和社会需要。（但）不能把刑法的触角伸得太长，刑罚只不过是应付危害性行为的最终手段而已。它的出现，虽体现着国家对其否定评价的严厉程度，但同时却宣告了其他社会调节手段的彻底失败。”我国学者黄京平、陈展鹏在《无被害人犯罪研究》中提出：针对“无被害人犯罪”，根据法定刑的轻重可以分为重罪和轻罪。一般而言，属于轻罪的“无被害人犯罪”非犯罪化有相对较强的可行性，可以成为近期非犯罪化的主要目标；而属于重罪的“无被害人犯罪”被非犯罪化的难度较大，可以成为远期的非犯罪化目标。

沈德咏、汪少华.刑法修改和非犯罪化问题[J].中国律师，1996，（10）.

赵秉志.中国大陆刑法修改之基本理论争议问题研究[J].台大法学论丛，1996，（2）.

陈兴良.刑法哲学[M].中国政法大学出版社，1992年.第8页.

苏惠渔、游伟.论我国刑事立法发展的几个原则[J].法学评论，1991，（5）.

黄京平、陈展鹏.无被害人犯罪研究.魏东.刑事政策专题探讨[C].人民法院出版社，2005年.第229—230页.

（三）关于具体的无被害人犯罪的学说观点

李银河博士在《中国当代性法律批判》中指出：公民对自己的身体拥有所有权，他拥有按自己的意愿使用、处置自己身体的权利。。他认为成年人之间聚众淫乱行为体现的是公民对自己身体的支配权，国家不应予以干涉，应将聚众淫乱行为非犯罪化。我国学者郑伟在《关于安乐死非犯罪化问题的思考》中阐述：通常情况下，安乐死是行为人应病人要求，同时不忍心看到病人忍受病痛的非人折磨，在善良和慈悲的心理状态下实施的，在这种情况下，将行为人予以刑事处罚，行为人一般无法接受，社会大众也不能理解，不仅达不到刑罚的目的，还有可能损害刑法的权威。因为，将一个富有良知的人予以定罪量刑实际上是不人道的，也是没有价值的。

三、研究的主要内容

目前，我国经济飞速发展，思想意识观念逐步开放，对外开放程度加深，法律越来越与国际接轨，法律和道德的界限越来越明晰，无被害人犯罪问题越来越受到关注。本文在这种时代背景下，从无被害人犯罪概念、特征入手，通过研究无被害人犯罪国内外的立法现状及其非犯罪化的理论基础，提出自己的观点，并对我国具体的无被害人犯罪进行分析，提出司法建议。以期能够为我国无被害人犯罪的发展提出可行性建议。

研究的框架具体如下：

绪论：选题的目的和意义、国内外相关研究综述、研究的主要内容。

第一章：主要介绍了理论界关于无被害人犯罪的概念及分类的各种观点，并提出了笔者自己的无被害人犯罪概念。

第二章：简要论述国内外无被害人犯罪的立法现状。提出了无被害人犯罪相较其他犯罪处罚较轻的原因。

第三章：在总结无被害人犯罪非犯罪化理论基础的过程中，提出了笔者关于

李银河.中国当代性法律批判[J].南京师范大学学报, 2004,(1).

郑伟.关于安乐死非犯罪化问题的思考[J].吉林公安高等专科学校学报, 2005,(6).

无被害人在我国存在及应作有限的非犯罪化处理的观点。

第四章：就我国聚众淫乱、赌博、传播淫秽物品、安乐死等具体的无被害人犯罪进行论述，并提出这些犯罪的路径选择及司法建议。

结语：总结本论文的主要观点，指出文章的不足之处。

第一章 无被害人犯罪概述

研究无被害人犯罪首先要明确无被害人犯罪的概念，目前国内外刑法理论界关于无被害人犯罪的概念还没有明确的界定，甚至没有主流观点。所以笔者从无被害人犯罪的概念和特征开始研究无被害人犯罪。

第一节 无被害人犯罪的概念

一、无被害人犯罪概念的各种观点

美国学者埃德温·舒尔首先提出了无被害人犯罪这一概念，但并没有明确其含义。目前刑法学界，对无被害人犯罪的概念众说纷纭，笔者认为主要存在以下五种观点：第一种观点认为，无被害人犯罪是指为保护宗教或道德，而同私人利益无关的犯罪。此种说法指出了无被害人犯罪的主要内容，即破坏了宗教或道德，其缺陷是未指出实施行为时行为人的主观心态；第二种观点认为，无被害人犯罪是指不对法益产生侵害或危险的犯罪，换句话说，就是保护法益不明确的犯罪。此种说法指出了无被害人犯罪的本质，其缺陷是也未指出实施行为时行为人的主观心态；第三种观点认为，无被害人犯罪是指没有直接被害人或被害人不明显的犯罪。此种说法仅仅是从无被害人犯罪文字意义上进行的解释，语义重复且存在逻辑缺陷；第四种观点认为，无被害人犯罪是指基于被害人同意，并且没有对刑法保护的法益造成侵害或危险的行为。此种观点也指出了无被害人犯罪的本质，同时陈述了无被害人犯罪的一种表现形式，即被害人同意，其虽有一定的合理性，但还不够全面；第五种观点认为，无被害人犯罪是指没有对法益产生直接危害或者威胁，但对与犯罪行为相关的刑法所保护的某种或某些社会关系形态（人或实体）的利益产生了隐性的危害或威胁的犯罪。此种观点将被害人划分为显性和隐

[日]大谷实著.刑事政策学[M].黎宏译.法律出版社，2000年.第89—90页.

李贵方.西方国家关于无被害人犯罪问题的争论[J].外国法学研究，1989，（2）.

尹强明.无被害人犯罪的非犯罪化思考[J].科技信息，2007，（14）.

高仕银、韩璐.犯罪化与非犯罪化—对无被害人犯罪的思考[J].黔南民族师范学院学报，2008，（1）.

性，提法十分新颖，但未抓住无被害人犯罪的本质，同时还会误导读者，存在明显缺陷。

二、无被害人犯罪的概念界定

笔者认为，界定无被害人犯罪的概念，要从其提出的背景出发，无被害人犯罪概念是在西方的非犯罪化和非刑罚化浪潮中提出的。从美国学者埃德温·舒尔对无被害人犯罪概念的界定及随后西方国家关于无被害人犯罪的一系列立法来看，无被害人犯罪应限于对宗教或道德领域的侵害。同时要考虑到无被害人犯罪的本质，笔者同意前述大多数观点，即未对刑法所保护的法益造成侵害或威胁。除此之外，无被害人犯罪的表现形式主要是被害人自愿或基于人的本性而实施行为。因此，笔者对无被害人犯罪的界定为：无被害人犯罪是指基于被害人的自愿或出于人的本性而实施的，违反宗教或者道德，未对刑法所要保护的法益产生侵害或危险的行为。

笔者认为无被害人犯罪的概念，应从以下几方面来把握：

首先，无被害人犯罪中的“被害人”仅指的是自然人，而不包括法人及其他组织。虽然在刑法范畴中的被害人包括公民、法人及其他组织，但因为无被害人犯罪一般侵害的是宗教或社会道德，大多为被害人自愿，故不包括法人或其他组织等，尽管很多学者提出相反观点，认为像一般人公认的吸毒、卖淫等无被害人犯罪，侵害了社会的公序良俗，但我们所指的被害人毕竟仅指直接被害人，而不包括间接被害人，所以无被害人犯罪中的“被害人”仅仅包括自然人。

其次，无被害人犯罪中“无被害人”仅仅是从“被害人”的角度出发，而不是指社会大众眼中不存在“被害人”。在刑法范畴中讲的有无被害人一般都是从社会大众或伦理道德角度出发，但无被害人犯罪中的“被害人”一般是行为实施者，或自愿接受犯罪行为的公民，因此无被害人犯罪中的被害者不认为此类犯罪存在“被害人”。

再次，无被害人犯罪主观上都表现为故意。这种犯罪一般是出于人的本性或基于“被害人”的自愿，行为人主观上都是故意为之，这也是无被害人犯罪主观

方面的一个重要特征。

最后，笔者认为要对无被害人犯罪与没有在意的犯罪进行区别。在刑法理论界和实践界，这两个概念都十分容易混淆，很多学者认为不存在无被害人犯罪就是因为没有明确两个概念之间的区别。因此笔者认为有必要在这里介绍一下两个概念之间的差别。“没有在意的犯罪”是指没有明确的加害人和被害人，被害人自身也没有意识到自己是被害人的犯罪。常见的没有在意的犯罪有行贿受贿、证券交易中的内幕交易、不法借贷等。没有在意的犯罪因与无被害人犯罪相关联而在美国被首先提出。因没有在意的犯罪具有被害人没有被加害的意识、加害人主观上没有罪恶感等隐秘性较高的特征而难于被发现，因此在犯罪预防与对策上，一般与传统犯罪有较大区别。同时，由于它既与传统的犯罪一样会带来巨大的财产损失，又会对社会经济制度造成严重影响，如果范围扩大，带来的危害也更加巨大。因此，一旦查清各种法益侵害之后，便不应将其视为无被害人犯罪。在刑法理论研究及司法实践中，区分这两个概念都具有十分重大的意义。笔者认为两者主要存在以下几方面区别：

第一，是否侵害刑法所保护的法益不同。无被害人犯罪侵害的是宗教及道德，破坏的是社会善良风俗，一般不直接侵害或威胁到刑法所要保护的法益。而没有在意的犯罪直接侵害或威胁的都是刑法所保护的法益。

第二，是否存在被害人不同。无被害人犯罪一般出于被害人的自愿，在“被害人”的角度是不存在被害人的。而没有在意的犯罪无论是从被害人角度还是从社会大众角度都是存在被害人的，只是被害人当时并没有察觉受到侵害。

第三，是否出于人的本性不同。无被害人犯罪大部分是出于人的本性想实施道德所禁止行为或得到道德所禁止的东西。而没有在意的犯罪与人的本性没有关系，所实施的是刑法所禁止的行为。

第四，“被害人”是否包括法人或其他组织不同。无被害人犯罪中的“被害人”仅仅包括自然人。而没有在意的犯罪中的“被害人”包括自然人、法人及其他组

[日]大谷实著.刑事政策学[M].黎宏译.法律出版社，2000年.第90页.

织。

第五，“被害人”的主观方面不同。无被害人犯罪中的“被害人”因为自愿，从来不认为自己是被害人。而没有在意的犯罪中的被害人只是在事发时没有意识到自己是被害人，在事发后是认为自己是被害人的。

第二节 无被害人犯罪的特征及分类

为了更好的研究无被害人犯罪，笔者认为应探讨一下无被害人犯罪的特征及分类。

一、无被害人犯罪的特征

通过对无被害人犯罪概念的界定，笔者认为无被害人犯罪主要具有以下几个特征：

第一，从主观方面来看，无被害人犯罪主观上一般为故意，通常“被害人”即行为人本人，“被害人”大多是自愿的，不存在被强迫状况。

第二，从客观方面来看，无被害人犯罪违反的是宗教或者道德，这类犯罪大多涉及到在宗教或道德上被禁止的一些行为，而行为人出于人的本性，希望进行这些行为，例如：赌博、卖淫等。

第三，从危害结果上看，无被害人犯罪一般基于被害人的自愿或出于行为人的本性，无明显的被害人，故社会危害性极小，这也是其与有被害人的犯罪最大的区别。

第四，从犯罪人数上来看，自无被害人犯罪产生以来，各国刑法中这类罪名都很少，但各国因此被捕的人数却相当惊人。例如，1979年，在美国由于在公众场合喝得大醉而被捕的达一百一十多万人，因流浪而被捕的约八十九万人，因处犯宵禁法和闲荡而被捕的约八十四万人，因违反毒品法而被捕的约五百五十八万人。以上数字还只是被捕的人数，而大多数的犯罪者并未被捕，被捕者仅仅是犯罪者中的一小部分。

[美]伊恩·罗伯逊.社会学(上)[M].黄育馥译.商务印书馆,1990年.第261页.

第五，从犯罪控制上来看，无被害人犯罪没有直接的被害人，因此不像有被害人的犯罪那样，有被害人向司法机关进行举报，使得司法机关失去了一个很重要的发现犯罪线索的机会，使这类犯罪具有一定的隐蔽性，不易被司法机关侦破。同时此类犯罪一般是基于被害人自愿或者是行为人的本性，故行为人一般都不认为其实施的是犯罪行为，司法机关对其教育改造时，很难达到犯罪人“改邪归正”的效果，无形中给司法机关的教育改造增加了难度。同时，此类犯罪一般不涉及到行为人及被害人以外的第三人利益，且自有无被害人犯罪以来，其社会危害性较小，国家对其惩处力度较轻，使得大多数人也不认为此类行为构成犯罪，因此除了司法机关外，这类犯罪一般没有积极主动的控诉人，这样就难以发挥社会舆论的监督 and 约束作用，而社会舆论的监督 and 约束恰恰是预防和控制犯罪的有效途径之一。美国著名社会学家伊恩·罗伯逊说：“当社会使盗贼或卖淫者声名狼藉时，这比惩罚他们还厉害。”因此，此类犯罪一般难以防控。

第六，从司法成本上来看，查处无被害人犯罪需要大量的人力、物力、财力。无被害人犯罪因被害人不明显，对社会公众影响较小，具有一定的隐蔽性，司法机关侦破此类案件需要进行大量投入。无被害人犯罪的违法者人数众多，司法机关对其惩处需要投入大量的人力、物力。司法机关对此投入大量的人力、物力等，必然影响其他犯罪的查处，而此类犯罪对社会公众影响较少、社会危害性小，长此以往，必然造成社会秩序更加混乱，最终导致公众的极度不满。

第七，从犯罪的界定上看，无被害人犯罪罪与非罪的标准不易界定。对于杀人、放火、强奸、抢劫等行为，虽然各国在罪与非罪的标准上存在细微差异，但一般都将这些行为规定为犯罪。对于无被害人犯罪行为，各国罪与非罪的标准存在重大差异，甚至有的国家不将无被害人犯罪行为界定为犯罪。例如，各国刑法把握色情的标准存在重大差异，也没有一个公众认可的客观标准，罪与非罪极难界定。美国联邦最高法院法官布伦朗认为：以任何立法上可以接受的方式对‘淫秽’作一个界定都是不可能的，因此，公民无法得到公正的警告，

[美]伊恩·罗伯逊.社会学(上)[M].黄育馥译.商务印书馆,1990年.第242页.

使他们能意识到自己有可能违反了法律。不仅公众无法确定其违法性标准，法官对此的界定也各有不同。例如，美国法院在 20 世纪 70 年代审理了一件“淫秽案件”，即巴里斯成年人剧院对斯拉敦案件时，就曾在上下级法院反复审理几次。先是终审法庭否决了佐治亚洲对两部影片的“淫秽”指控，然后佐治亚洲最高法院又推翻了终审法庭的判决，最后联邦最高法院又推翻了佐治亚洲最高法院的判决。由此可见，法官们对色情的认定标准也不一致，公众又如何判断其行为是否构成犯罪呢？

二、无被害人犯罪的分类

关于无被害人犯罪的分类，理论界始终没有达成一致意见，主要分类有以下几种：

舒尔仅将同性恋、堕胎及药物滥用归入无被害人犯罪。

美国学者莫里斯将药物滥用、游荡、酗酒、娼妓、赌博、游手好闲归入无被害人犯罪。认为堕胎是缺乏被害人之犯罪。

日本学者森下忠将无被害人犯罪分为四类：第一，关于性方面的犯罪，如近亲相奸、反自然性交、同性恋、通奸、卖淫等；第二，药物滥用方面的犯罪；第三，关于社会风俗的犯罪，如公然猥亵、散布淫秽书文、赌博、酗酒等；第四，关于生命身体方面的犯罪，如堕胎、自杀、自杀未遂、自伤行为等。

我国学者的分类：第一，性犯罪，包括同性恋、通奸、卖淫、婚前性行为等；第二，安乐死；第三，堕胎或避孕；第四，赌博；第五，公开酗酒；第六，流浪；第七，自杀；第八，高利贷；第九，吸食毒品等。

笔者认为，无被害人犯罪应分为：第一，性方面的，包括鸡奸、通奸、反自然性交等；第二，社会善良风俗方面的，包括赌博、卖淫、聚众淫乱、传播淫秽

[美]汤姆·L·彼彻姆.哲学的伦理学[M].雷克勤等译.中国社会科学出版社,1990年.第385页.

[美]汤姆·L·彼彻姆.哲学的伦理学[M].雷克勤等译.中国社会科学出版社,1990年.第385页.

梁根林.扩张与收缩[M].法律出版社,2005年.第247页.

张远煌.犯罪学[M].中国人民大学出版社,2007年.第176页.

物品等；第三，生命身体方面的，包括堕胎、自杀、吸毒、安乐死等；第四，其他方面的，包括高利贷等。

第二章 无被害人犯罪的立法现状

第一节 部分国家（地区）关于无被害人犯罪的规定

关于无被害人犯罪，不同国家在不同历史阶段有不同的规定，这类行为是否应纳入刑法的“犯罪圈”，在刑法理论界一直争议较大。目前主张无被害人犯罪“非罪化”的呼声较高。从各国刑事立法上看，各国都趋向将无被害人犯罪作非犯罪化或轻刑化处理。

与西方国家相比较，我国无被害人犯罪理论发展较晚，关于无被害人犯罪的规定也较少，为了更好的研究无被害人犯罪，现参考一下部分国家和地区的规定。这里笔者主要就卖淫、通奸、赌博、堕胎等行为来进行论述

一、卖淫

（一）概述

卖淫虽然自古就有，但却没有明确定义。德国犯罪学家施奈德认为，卖淫是指妓女为了谋生，一般不动感情地与许多男人发生性行为而获取报酬的行为。日本《卖淫防治法》第2条：“卖淫是指收取对方报赏或者有接受报赏的约定，而与不固定的对象发生性交的行为。”综合分析上述定义，笔者认为，卖淫有两大特征：一是妇女与不特定的人发生性行为；二是为此获得报酬。各国刑法对这种行为的调整主要有三种形式：第一，预防主义。将卖淫归入刑法的调整范围予以犯罪化。第二，整顿主义。主张把卖淫活动限制在特定的范围内，妓女只允许在那里执业，为了防止传染病要对妓女进行登记，且她们需定期进行健康检查。第三，取缔主义。虽然认为卖淫是丑恶的并应当取缔，但一时做不到，因而将整个卖淫环境犯罪化，阻止其扩散。日本制定《卖淫防止法》时，曾针对卖淫行为是否构成犯罪展开广泛讨论，最终采用了取缔主义。该法并未将卖淫行为本身作为刑事处罚的

[德]汉斯·约阿希姆·施奈德著.犯罪学[M].吴鑫涛等译.中国人民公安大学出版社，1990年.第65页.

[德]汉斯·约阿希姆·施奈德著.犯罪学[M].吴鑫涛等译.中国人民公安大学出版社，1990年.第69页.

对象，而是将推动和帮助卖淫行为作为处罚对象。

在卖淫行为中，妓女和嫖客都是自愿的，并不存在被害人。如果公开化或扩大化会对社会生活风气造成不良影响，进而影响社会秩序。但其本身并未侵害刑法所保护的法益，并不像有被害人的犯罪那样具有固定的社会危害性。事实上，将卖淫作为犯罪的最大理由是为了维护道德。因此随着文化道德主义的衰退，卖淫自身也被合法化了。但是，以卖淫为目的的拉客、宣传等行为，则被当作危害公共利益的行为加以处罚。笔者认为，卖淫这种无被害人犯罪行为，不应像有被害人的犯罪那样由刑法来处罚。当然，也不是说这种行为应该提倡，相反这一丑恶的社会现象必须改变，只是应该将其归入道德调整范畴，通过道德对整个社会环境进行疏导和整顿。但是对那些推动卖淫扩大化和公开化的行为，要像一般犯罪那样由刑法处罚。

（二）立法规定

日本《刑法典》第 182 条“以营利为目的，劝诱没有卖淫常习的女子，使其与他人奸淫的，构成劝诱淫行罪。”

德国刑法规定了拐骗妇女卖淫罪、介绍娼妓罪、协助卖淫罪等推动或帮助卖淫的犯罪，而卖淫行为本身并未规定为犯罪。

美国刑法规定了卖淫罪，妓女、介绍卖淫的人、妓院老板和嫖客均构成犯罪。

二、通奸

（一）概述

通奸是指在婚姻关系存续期间，与配偶以外的人自愿发生性行为。通奸具有以下特征：第一，通奸的双方中，至少有一方在婚姻关系存续期间。这是与单身男女之间“非法同居”的区别。第二，通奸是不公开的、比较隐蔽的。这是与公开的重婚的区别。第三，通奸只有男女两人。这是与聚众淫乱的区别。第四，通奸是双方自愿的性行为。这是与强奸的区别。

最初惩罚通奸行为的理由是已婚女子同其配偶以外的人发生性行为可能给家

[日]大谷实著.刑事政策学[M].黎宏译.法律出版社，2000 年.第 90 页.

族带来假后代，导致血统参假，甚至破坏财产继承关系，现在这种观点已经没有市场了。现在，有人认为，通奸行为是违反伦理道德的，但也有人认为会破坏家庭团结。现在大多数国家不将通奸认定为犯罪，将其犯罪化的理由主要是：第一，通奸影响家庭和睦，并容易发生奸杀、溺婴等后果，危害很大，应当处刑。第二，有的情节很严重，屡教不改，告来不管，群众接受不了，容易产生严重后果。第三，将通奸规定为亲告罪，不告不理，处罚面不致过宽。笔者认为，第一、二种理由的后果未必会发生，如仅仅因结果可能发生就认定为犯罪，那么生活中的危险无处不在，刑法的打击面会过于宽泛；第三种理由有一定的道理，但发生的可能性极小，规定为犯罪，浪费司法资源，违背刑法的谦抑性。故应对通奸行为作非犯罪化处理，纳入到道德的调整范围。

（二）立法规定

目前，通奸行为一般被认定为不构成犯罪，或者即使立法上认定为犯罪，司法中也很少处罚。前者如德国 1969 年的第 1 部《刑法改革法》和 1973 年的第 4 部《刑法改革法》，第 12 章关于家庭的犯罪和第 13 章关于性犯罪的规定，表明了婚姻、家庭和性风俗领域的基本概念和观念发生了重大变化，尤其值得注意的是废除了对通奸、与有婚约者发生性关系等行为的处罚，但以其不危害未成年人或不是表现暴力、与儿童的性行为或人与动物的性行为（所谓“硬色情”）者为限。后者如美国，美国规定了通奸罪和私奸罪，但由于社会发展和意识形态的变化，在实践中很少审理这类案件。在司法中，有的州的私奸罪主要是惩罚嫖客（嫖妓女的男人）的。我国台湾“刑法”也规定了通奸罪，但被定罪处罚却极其罕有。

储槐植.美国刑法[M].北京大学出版社，2005 年.第 195—196 页.

刘毓雯.通奸除罪化之检讨[J].刑事法杂志，第 37 卷第 6 期.

徐久生.德国刑法典[M].中国法制出版社，2000 年.第 23 页.

储槐植.美国刑法[M].北京大学出版社，2005 年.第 196 页.

三、赌博

（一）概述

有学者认为，赌博罪是指以偶然的情况为输赢，以财物从事博戏或者赌事的行为。事实上，赌博是一种娱乐，只是为了增加一点刺激，才加入了获利的环节。通说认为，设立赌博罪是为了防止依靠勤劳维持生活的经济、劳动生活的习惯堕落，并防止由于赌博而引发盗窃、抢劫等犯罪，但出于财政、经济政策以及其他理由而实施的各种各样的赌博抽奖已为社会所公认，因此，至少将单纯赌博罪非犯罪化的见解是妥当的，但对开设赌场以及职业赌博应予以制止。

赌博是公民自由处分其财物的行为，赌博作为一种娱乐，因为可从中取得财物而使人们感觉更加刺激，其本身并没有过错，更多的是体现人的一种天性。所以尽管赌博自古就有，但从未被那个国家成功杜绝过。笔者认为，单纯赌博行为没有被害人，没有社会危害性，且杜绝赌博行为也不现实，用刑法规制，有损其权威性，不如用道德加以疏导，发挥赌博的娱乐性，降低赌博的危害性。

（二）立法规定

在日本，刑法虽然有关于赌博罪的严格规定，但特别法上却在很广的范围内规定了赌博行为的不可罚，对违法赌博行为的取缔也未必可以说是彻底的。

德国《刑法典》第 284 条规定，未经官方许可而公开开设、经营赌场或准备赌博工具的；经常赌博的社团或非公开的社会聚会；为公开赌博作宣传的，构成非法开设赌场罪。

我国台湾“刑法”第 268 条第 1 项规定，在公共场所或公众得出入之场所赌博财物者，成立普通赌博罪，但以供人暂时娱乐之物为赌者，不在此限。

张明楷.外国刑法纲要[M].清华大学出版社, 1999 年.第 729 页.

[日]大谷实著.刑事政策学[M].黎宏译.法律出版社, 2000 年.第 92 页.

[日]大塚仁著.犯罪论的基本问题[M].冯军译.中国政法大学出版社, 1993 年.第 17 页.

四、堕胎

（一）概述

堕胎罪是指在自然分娩之前，人为地从母体中排出或分离胎儿的行为。堕胎在欧美各国一般是作为犯罪的，特别是在旧教势力强大的国家，其思想基础是胎儿的生命是神赋予的，不允许由人任意处分。但是现在，人口数量迅速增长，医疗条件大幅度提高，人们思想观念越来越开明，堕胎行为已经不像过去那样不为人们所接受。许多国家已不再将其作为犯罪处理，一些国家虽规定有堕胎罪，但增加了许多限制条件。事实上，被以堕胎罪定罪处罚的已寥寥无几。

笔者认为，研究堕胎罪保护法益首先要确定胎儿是否是独立的“人”。只有胎儿是独立的“人”才能是刑法保护的对象。理论界关于胎儿何时成为独立的“人”的学说很多，主要有阵痛说、露出说、独立呼吸说等。大陆法系国家一般采用独立呼吸说，而英美法系国家大多采用露出说。由此可见，无论是大陆法系还是英美法系均认可，胎儿不是独立的“人”，那么胎儿就不应该成为刑法保护的对象。当然，如孕妇不同意堕胎，堕胎行为则侵害了孕妇的生命和身体安全。此时，堕胎行为需受到法律保护，但法律保护的是孕妇的生命健康权以及是否生育的自由选择权。

堕胎是否构成犯罪在美国一直是一个敏感的社会及法律问题。1973年，在美国掀起一个关于堕胎的带有政治色彩的运动，赞成堕胎的学者认为其揭开了美国堕胎史上崭新的一页，反对堕胎的学者认为其可能葬送美国整个民族。在这场运动中，反对堕胎的思想是主流思想。1973年，联邦最高法院通过了两个判例：罗伊诉韦德案和多伊诉博尔托案，这两个判例首次确认了堕胎合法化的理由。随后，非犯罪化运动的愈演愈烈，一些国家相继开始将堕胎行为非犯罪化，社会各界认为堕胎非犯罪化的理由也越来越多，如尊重孕妇的隐私权和生育自主权、在社会中妇女应具有与男子平等的权利，堕胎行为日益向非犯罪化方向倾斜。在法国，

大塚仁.犯罪论的基本问题[M].中国政法大学出版社,1993.第15页.

李昌道.美国堕胎立法的演变[J].外国法学研究,1988,(4).

堕胎的非犯罪化在法律上得以确认首先是试行法(即 1975 年 7 月 11 日的试行法),然后才是正式的法律(1979 年 12 月 31 日法),法律允许在怀孕的头 10 个星期自愿堕胎。加拿大所依据的是加拿大《自由宪章》第 1 条和第 7 条,即关于妇女的自由、隐私和安全(有时也依据妇女的自主权,参见意大利宪法法院 1975 年 2 月 18 日判决,挪威宪法法院 1983 年的判决)。而奥地利宪法法院 1974 年 10 月 11 日的判决虽然支持非犯罪化,但坚持认为《欧洲人权公约》第 2 条意义上的儿童的生命权,只有在婴儿出生以后才受到保护(而欧洲人权委员会、欧洲人权法院均没有就这一特定问题表态)。笔者认为,出于孕妇自愿的堕胎行为没有被害人,不侵犯刑法保护的法益,不应构成犯罪。

(二) 立法规定

德国《刑法典》第 218 条和第 219 条规定了堕胎罪。其中特别规定,违背孕妇的意愿或者轻率堕胎致孕妇有死亡或重伤危险的为堕胎罪的加重情节,并规定了下列三种情况是不处罚的必要堕胎:孕妇要求堕胎而医师出具的法律规定的证明表明孕妇至少在手术前 3 天接受过咨询;堕胎是由医师进行的;怀孕不超过 12 周。而 1995 年 8 月 21 日的《怀孕和家庭帮助修改法》对堕胎做出了不受处罚的规定。由此可见,德国堕胎罪保护的是孕妇的安全。

我国台湾“刑法”第 288 条规定,怀孕之妇女服药或以其他方式堕胎者,或怀胎妇女听从他人堕胎者,成立堕胎罪。

美国法律规定,合法的堕胎有三种情况:因被强奸而怀孕的;如不堕胎则威胁孕妇健康的;胎儿可能有严重缺陷的。此外其他情况下的堕胎就是犯罪。纽约州《刑法典》把堕胎罪分为两种:一种是对孕妇实施堕胎手术的人,属重罪;另一种是孕妇本人,属轻罪。这两种罪又都各自分为两个等级:二级堕胎罪是普通堕胎罪,即胎儿在 6 个月以下的;一级堕胎罪是加重情节的堕胎罪,即胎儿超过 6 个月的。

[法]米海依尔·戴尔马斯—马蒂著.刑事政策的主要体系[M].卢建平译.法律出版社,2000 年.第 257—259 页.

[法]汉斯·海因里希·耶塞克著.为德国刑法典序.德国刑法典[M].徐久生译.中国法制出版社,2000 年.第 3 页.

储槐植.美国刑法[M].北京大学出版社,2005 年.第 170 页.

纵观各国刑法关于无被害人犯罪的规定，将这种行为规定为犯罪的已经越来越少了。即使有部分仍被规定为犯罪，处罚也相较一般有被害人的刑事犯罪轻的多。笔者认为，主要有以下几个原因：

第一，随着经济的发展，人们的价值观念发生了很大变化，人们普遍提倡个体自由和个体发展，认为法律不应对公民的私生活领域干涉过宽，应为公民保留选择的空间。这种自由观念始于文艺复兴时期，随后越来越深入人心。无被害人犯罪更多的涉及公民私生活领域。由于人们越来越尊重个人生活隐私和个体生活选择，体现在法律上，就是刑法在个人私生活领域的逐步淡出，继而无被害人犯罪开始表现为非犯罪化和非刑罚化。

第二，历史表明，对公民私生活干预过多常常是错误的。干涉往往来自两方面：一是政府的干涉；一是公众的干涉。政府的干涉往往采取立法的形式。而公众的干涉有两种形式：一种是公众的直接干涉；另一种是政府借助于公众的干涉。所谓“政府借助于公众的干涉”是指政府在干涉时制定了一些标准，这些标准取决于公众的态度。例如，美国最高法院曾规定了认定淫秽的三条标准，其中一条标准是这样的：它的主体必须是流行的“社会标准”所公开反对的。约翰·密尔认为：用大多数人的意见来作为评判一个的行为对错的标准，得出的结论通常是错误的。因为大多数更关心的是自身的喜好，对别人的问题一般不会向对待自己问题那样关注，甚至是完全站在一个旁观者的角度，用漠不关心的态度去对他人的行为指手画脚，可想而知，这种情况下，人们对别人的行为判断会正确吗？笔者认为，非但不会正确，甚至可能会为别人带来痛苦。由此可见，公众对私人生活的干涉一般是错误的，那么，只要个人的私生活不破坏社会公共秩序，就不应受到法律的干涉。

第三、法律过多的干涉道德领域，新的道德秩序将难以建立，进而会影响社会的进步。随着社会的发展进步，人们的道德观念会越来越开放。纵观历史，每一次人类的进步都是从人们思想观念的进步开始的。比如法国大革命就是从“自

[美]汤姆·L·彼彻姆著.哲学的伦理学[M].雷克勤等译.中国社会科学出版社，1990年.第384页.

由、平等、博爱”思想的传播开始的。法律对思想道德过多的干涉，会使旧道德观念成为人们的桎梏，难以产生新观念，影响时代发展。

第四，将无被害人犯罪作为犯罪进行处罚，会导致刑法效益低下。美国学者迈克尔·D·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。一些国家将无被害人犯罪进行刑事处罚后，犯罪却有增无减。例如，在美国，法律曾对同性恋行为加以惩处。但自 20 世纪 40 年代以后，同性恋人数猛增，4% 的美国男子已加入到同性恋队伍中去。如此情况迫使美国通过立法将同性恋非犯罪化。

第二节 我国无被害人犯罪的立法现状

我国刑法在无被害人犯罪方面一直持谨慎态度。我国刑法未将犯罪学意义上的无被害人犯罪认定为犯罪。例如，新中国成立后的两部《刑法》均未将通奸行为规定为犯罪。我国法学界通说认为，人的生命始于出生终于死亡，堕胎行为没有侵犯法益，不构成犯罪。我国一直未将卖淫、自杀、酗酒、吸毒、乱伦等无被害人犯罪的行为定罪处罚。因此，对于上述犯罪不存在无被害人犯罪问题。同时，我国在修订 1997 年《刑法》时，还将部分无被害人犯罪行为作了非犯罪化处理。例如，我国 1979 年《刑法》中的流氓罪是个口袋罪，其构成要件是开放式的，包括许多危害公共秩序的行为。就其中道德败坏型的行为就至少包括：1、勾引外国人而发生性关系并造成严重影响和奸行为；2、在公共场所故意向妇女显露生殖器的非强制型猥亵行为；3、非聚众性鸡奸行为。流氓罪在 1997 年《刑法》中被分解成数个犯罪，但分解后的犯罪并不包括上述三种行为。

当然，我国《刑法》中还是存在无被害人犯罪的规定的。在刑法确定的四百多个罪名中，笔者认为，属于无被害人犯罪范畴的主要有：第 301 条第 1 款的聚

[美]迈克尔·D·贝勒斯著.法律的原则[M].张文显等译.中国大百科全书出版社，1996 年.第 359 页.

张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究[M].法律出版社，1997 年.第 420 页.

黄京平、陈展鹏.无被害人犯罪研究.魏东主.刑事政策专题探讨[C].人民法院出版社，2005 年.第 220—222 页.

众淫秽罪；第 364 条的传播淫秽物品罪；第 303 条第一款的赌博罪以及安乐死。有学者认为，组织卖淫罪，引诱、容留、介绍卖淫罪，制作、复印、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪、容留他人吸毒罪等均属于无被害人犯罪。笔者认为，这些犯罪不属于无被害人犯罪的范畴，这些犯罪是以营利为目的，组织、引诱他人实施一些违反道德的行为，该行为是有被害人的，即行为人组织或引诱的人。此时，被害人并不是自愿实施那些违反道德的行为的，这种组织、引诱等行为破坏了社会公共秩序，应定罪处罚，不属于无被害人犯罪的范畴。

第三章 无被害人犯罪非犯罪化的理论基础

如前所述，无被害人犯罪是在西方的非犯罪化和非刑罚化的思想浪潮中提出的。自其提出以来就伴随着犯罪化和非犯罪化的激烈争论。主张无被害人犯罪犯罪化学者的理由主要是：第一，保护社会利益的需要，真正的无被害人犯罪是不存在的，所谓的无被害人犯罪实际上也对社会构成了危害；第二，维护社会道德的需要，社会是一个信念共同体，没有共同的道德准则就会导致社会的解体；第三，预防犯罪的需要，无被害人犯罪不但具有一定的社会危害性，而且往往诱发其他犯罪；第四，惩治无被害人犯罪对犯罪者本人也是有一定好处的。但目前，在学术界占主导的观点是无被害人犯罪应予非犯罪化处理。下面笔者介绍一下无被害人犯罪非犯罪化的理论基础。

第一节 自由主义

自由主义是在西方国家有重大影响的哲学流派，在西方国家很多领域都有影响。在法学领域，对无被害人犯罪影响重大。

一、自由主义的含义

自由主义流派起源于中世纪末，以理性、自然、个人、财产为特征。在现代体现为公民有权利决定自己在社会生活各个方面的行为。它是一场与社会、政治、经济紧密相关的运动，对现代社会的面貌影响巨大。

近代自由主义思潮是随着资产阶级反对封建专制主义和等级制度，争取政治权利的斗争而发展壮大的，因此，自由主义起初是作为革命性的、破坏性的批判思潮出现的，它的主要目标是排除人类进步的障碍，把人从受压抑的、专断的统治中解放出来。

自由主义的含义一直众说纷纭。自由主义学者将自由主义的基石概括为六个

黄京平、陈展鹏.无被害人犯罪研究.魏东主.刑事政策专题探讨[C].人民法院出版社，2005年.第220页.

何兆武、陈启能.西方近代社会思潮史[M].山东教育出版社，2001年.第157-245页.

方面：第一，个人主义原则，即个人能够选择，并且只有个人才能选择。第二，政治原则，即个人能够为自己或别人选择，或者为自己和别人选择。第三，无支配原则，即选择的意义在于选取其最想要的选择方案。第四，契约原则，即承诺必须兑现。第五，优先原则，即先来后到。作用在于帮助在拥挤社会环境下行使自由权利。第六，排斥原则，即所有权都是私有的。

虽然自由主义众说纷纭，但有其共性，即自由主义首先体现个人自由和个体选择。这是无被害人犯罪的哲学基础。

二、社群主义—自由主义的对立

（一）社群主义的含义

社群主义起源来自于对自由主义的批判，认为自由主义的过分发展导致个人主义，给社会造成了消极影响。它的主要观点是：社会全体的活动和交流是个人权利产生的基础，社会中个体的人格是依据整个社会的习惯产生的。其认为，公共利益可以抵御集团利益和个人利益。国家可以通过宣传公共利益，使社会集团朝有利于公共利益的方向发展，使社会团体将国家喜好加在社会喜好之上。同时，国家提供的公共利益范围越大，获益的人数及同一人获益的数量越多，越符合善良生活要求，所以政治生活范围应扩大。根据这一观点，刑法是权威刑法，刑法作为政治国家范畴，触角也就会延伸到个人与个人之间的私领域，而不会局限于公领域。刑法为保护社会利益，追求社会整体的安全和稳定，往往可以牺牲尚没有独立性的个人为代价。

（二）自由主义与社群主义的对立

自由主义和社群主义存在许多对立面，如认同、公民资格等。笔者仅就与无被害人犯罪相关的国家观的对立进行论述。

自由主义提倡国家中立，要求国家不将其价值观念强加给个人，必须保证个

[英]安东尼·德·雅赛.重申自由主义:选择、契约、协议[M].陈茅译.中国社会科学出版社,1997年.第75-98页.
刘树德.权威刑法或自由刑法——‘二难’案件司法的政治哲学基础.陈兴良.刑事法评论[C].中国政法大学出版社,1999年第4卷.

人有独立选择的自由，只要个人的行为没有侵犯他人利益，即使大多数人不认可，国家也不能干涉。社群主义不赞成国家尽可能的少干涉个人，认为国家的不干涉不利于民主政治的合法性，强调公共利益，强调国家的核心作用。

自由主义不提倡公民参与国家政治，也不提倡国家争取公民参与国家政治。社群主义则认为，参与国家政治是公民的职责，是个人权利实现的途径，是防止权力集中的有效办法。

上述两种理论都有不足之处。自由主义过分强调个人意志，可能导致国家对社会的控制力降低，甚至导致社会混乱。社群主义过分强调国家在社会生活中的作用，可能导致国家集权，公民没有创造力，使社会停滞不前。

（三）自由主义在我国的适用

自由主义是 20 世纪 80 年代与 90 年代之间传入我国的，目前，我国学者对自由主义的关注度越来越高。理论界对其在我国的发展前景观点不一。笔者认为，自由主义是西方国家市场经济的产物。我国正在建立和完善市场经济，自由主义有其发展的土壤。相较于群体主义，自由主义更适合我国国情。理由如下：

首先，社会主义法治建设需要自由主义。从历史看，我国一直强调国家权力，在国家权力与个人权利相冲突时，往往选择牺牲个人权利。现在我国要建立社会主义法治国家。现代法治提倡个体解放和个人自由。所以我国需要自由主义。

其次，社会主义市场经济需要自由主义。随着我国对外开放程度的加深，我国的社会主义市场经济进一步完善。市场经济提倡竞争，倡导个人自由，只要个人行为没有损害他人利益，国家就不能干涉。这也是自由主义的原则。

三、无被害人犯罪非犯罪化与自由主义

无被害人犯罪非犯罪化即刑法对无被害人犯罪行为不予定罪处罚，体现了国家保障公民自由的精神，因此，笔者认为，自由主义是无被害人犯罪非犯罪化的理论基础。

自由主义与社群主义的主要对立是善良和美德。自由主义坚持在私人道德领域，政府不做评判，给公民选择自由。而社群主义更强调国家在道德领域所起的

作用。从这个角度讲，对自由主义的态度决定了无被害人犯罪是否存在及存在的范围。如前所述，自由主义是我国社会主义建设的必然选择，这就为无被害人犯罪在我国的存在奠定了理论基础。

第二节 非犯罪化理论

如前所述，无被害人犯罪是在西方非犯罪化浪潮中产生的，是非犯罪化理论的重要组成部分。因此，为了更好的研究无被害人犯罪，研究非犯罪化理论十分必要。

一、非犯罪化理论概述

尽管非犯罪化在现在的刑法理论界已经是一个常用概念，但学术界对其概念的定义却不尽相同。法国学者马蒂论述，非犯罪化不仅包含了刑法制度的消失，而且意味着所有替代性反应的不复存在。日本学者大谷实教授认为，非犯罪化是将一直以来被认定为犯罪的行为通过立法不再认定为犯罪，包括将原来的犯罪行为合法化以及将原来的犯罪行为剔除刑法“犯罪圈”，纳入到行政处罚的范围。台湾学者林山田教授阐述，非犯罪化是针对现行刑事实体法所规定的犯罪行为，通过刑事实体法的修正，将其剔除，将其排斥在刑事制裁体系外，而不再是刑事实体法所要加以处罚的犯罪行为；或是仍旧作为犯罪行为保留，但在认定犯罪时，增加了许多附加条件，而使行为人无需受到刑罚的制裁。我国学者马克昌教授指出，非犯罪化就是立法者将本来法律规定为犯罪的行为从法律的规定中删除，使其正当化或者行政违法化。

笔者理解的非犯罪化是将原本规定为犯罪的行为，通过立法，使其合法化或予以行政处罚。尽管刑法理论界对于非犯罪化的理解各异，但不可否认，非犯罪化的本质是尽可能的缩小刑法的打击面，使一些刑法边缘处的行为尽可能的非犯

[法]米海依尔·戴尔马斯—马蒂著.刑事政策的主要体系[M].卢建平译.法律出版社，2000年.第254页.

林山田.刑法的改革[M].台湾学林文化事业有限公司，2001年.第127页.

马克昌、李希慧.完善刑法典两个问题的思考[J].法学，1994，(12).

罪化。

西方国家产生非犯罪化理论是有多种原因的，笔者认为主要有以下几个方面：

首先，非犯罪化的产生与当时西方国家的社会背景有着密切的联系。当时，西方国家的经济飞速发展，社会文明也大幅度提高，享乐主义和自由主义之风迅速蔓延，传统道德观念已经越来越不适合当时社会的需要。到了 19 世纪末，资本主义国家经济危机频发，社会矛盾进一步激化，越来越多的如赌博、吸毒等新型犯罪随之产生，社会关系日益复杂，社会秩序越发混乱，需要刑法保护的法益越来越多。国家花费了大量的人力物力来惩罚一些社会危害较轻的犯罪，但收益甚微，还造成刑事案件数量锐增，案件积压、监狱爆满、司法机关无力应对的局面。同时，民主化、自由化思想和人权运动的兴起，为当时的刑法变革带来了深远影响。立法者为了适应当时的社会环境必须把刑法的调整范围缩小到维护国家安全和社会稳定所需的最低程度。

其次、非犯罪化的产生与社会对犯罪的认识密切相关。犯罪的范围从来不是一成不变的。不同国家的犯罪类型和内容并不相同，同时，一个国家不同时期的犯罪类型和内容也不近相同，这些与不同国家不同时期对犯罪的认识不同而各不相同。有些行为过去被认为构成犯罪，随着人们思想意识的变化现在不构成犯罪；同时有些行为过去不认为是犯罪，但随着人们法律意识的增强，现在构成了犯罪。当时西方国家，享乐主义和自由意识深入人心，许多卖淫、同性恋等行为日益为人们所接受，也导致大量无被害人犯罪行为非犯罪化。

最后、非犯罪化的产生与人们对刑法功能的认识密不可分。刑法是对违法行为为最严厉的处罚方式，因此并不是所有的违法行为都需要刑法来保护，只有那些严重危害社会，适用民法、行政法等其他法律惩罚无效时，才需要刑法保护。如果任何违法行为都用刑法来处罚，会造成刑法滥用，导致刑法毫无严肃性可言。为了维护刑法的严肃性，必须把刑法的调整范围缩小到维护国家和社会稳定所需的最低程度，不能把刑法看成规范人们日常生活的工具，而要将刑法视为维护社会秩序的最后一道防线。

非犯罪化的意义在于纠正了刑法万能的思想，确立了只有必要才适用刑法的

思想，从而适当调整了刑法的调整范围。非犯罪化理论提出后，引起的西方刑法学界的广泛关注，正如德国法学家耶施克所说，这一“世界性刑法改革运动，可以说是自本世纪中叶以来关于怎样处理犯罪以及应该采取什么方法和手段来战胜犯罪问题，在思想上发生变化的具体表现”。尽管它只涉及到一些轻微犯罪，但却对整个刑法体系的确立，对同犯罪作斗争的全局产生了重大影响。

二、非犯罪化在我国适用的可行性

非犯罪化理论不仅得到了西方学者的关注，同样也引起了我国学者的关注。20 世纪 80 年代中期，我国法学界对非犯罪化展开了研究，目前对其能否在我国适用观点不一，主要存在以下几种：第一种肯定说，此种学说认为：在修改刑法时，要解放思想、实事求是，大胆地吸收借鉴西方刑事立法成功经验，包括非犯罪化理论的合理价值观念，把非犯罪化理论中的一些符合中国国情的观点运用到我国的刑法修改完善中。第二种否定说，此种学说认为：资本主义国家犯罪观念与我国不同，且他们的非犯罪化思想主要应用在违警罪上，在我国不认为是犯罪。非犯罪化和非刑罚化只是他们刑罚制度的一部分，对很多行为犯罪化也是他们刑罚制度的一部分，我们不能只看到非犯罪化就简单的照搬照抄，而应该立足我国国情对严重危害社会的行为犯罪化。第三种相对否定说，此种学说认为：就非犯罪化而言，中国现行刑法规定的犯罪，虽然个别可以废除，但主要的问题还不是非犯罪化，而是犯罪化。第四种折中说，此种观点认为：目前，我国还缺乏全面‘非犯罪化’立法的基础和社会需要。不能把刑法的触角伸得太长，刑罚只不过是对付危害性行为的最终手段而已。它的出现，虽体现着国家对其否定评价的严厉程度，但同时却宣告了其他社会调节手段的彻底失败。”

[德]汉斯·海因里希·耶施克.世界性刑法改革运动概要[J].法学译丛，1981，(1)。

黄风.论意大利的非刑事化立法[J].外国法学研究，1987，(4)。

沈德咏、汪少华.刑法修改与非犯罪化问题[J].中国律师，1996，(10)。

王友才.试论刑罚轻与重的选择[J].法律科学，1994，(1)。

陈兴良.刑法哲学[M].中国政法大学出版社，1992 年.第 8 页。

苏惠渔、游伟.论我国刑事立法发展的几个原则[J].法学评论，1991，(5)。

由此可见，我国理论界对于非犯罪化是否能在我国适用存在不同的观点。笔者认为，非犯罪化在西方国家产生的历史背景与现阶段我国的情况有许多相近之处，故目前非犯罪化在我国适用具有可行性。理由如下：

第一，从非犯罪化产生的历史背景来看，其产生于西方国家民主、自由意识出现时期，改变了刑法主导一切的观念，树立了刑事调整范围有限性观点，平衡了社会秩序与个人自由之间的关系。

我国长期处于封建社会统治之下，人们的思想意识长期受到封建礼仪的影响，毫无自由观念可言。即便是在五四运动之后，民主、自由观念被引入我国，但由于社会的动荡，并没有得到太多发展。现在，我国改革开放已三十余年，经济飞速发展，社会文明也大幅度提高，自由、民主观念开始深入人心。与此同时，我国新型犯罪激增，使得我国刑法需要调整其适用范围来适应社会不断发展的需要。人们对性等道德方面的观念也发生了巨大变化。宽严相济的刑法政策成为刑法实践的重要政策。我国封建社会“刑法为主”的观念也应该彻底转变。这些都是非犯罪化在我国能够适用的有利条件。

对于我国很多学者认为，西方非犯罪化主要适用对象是违警罪，而违警罪在我国不被认为是犯罪，故非犯罪化在我国并不适用，我国的当务之急是犯罪化的观点。笔者认为过于片面，其没有认识到非犯罪化蕴含的尊重人权、自由公正等精神意义。且非犯罪化和犯罪化并不矛盾，可以并用。非犯罪化并不一定表现在废除了多少罪名，更重要的是它所体现的刑法谦抑性思想和慎用刑罚等观念。这些对打破封建思想对我国的影响至关重要。

非犯罪思想是西方刑法理论界的一大进步，是刑法逐步走向成熟的一个标志，它在考虑个人自由的前提下，平衡了社会秩序与个人自由之间的关系。我国自古缺乏民主和自由观念，而这正是我国市场经济建设所需要的。因此，现阶段非犯罪化在我国适用为市场经济建设提供法律保障尤为重要。

第二，从我国立法实践上看，虽然我国立法更多的体现为犯罪化，但对某些行为也在缩小“犯罪圈”，这些改变体现了我国对非犯罪化的认可。如1979年《刑法》确定的定罪原则为类推原则，而现行《刑法》确立了罪行法定原则为定罪原

则。《刑法》第三条：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。”这些都体现了非犯罪化思想。

第三，从刑事政策上看，改革开放以来，经济发展的同时，社会治安却每况愈下，我国发起了多次“严打”，收效甚微。此时，西方“轻轻重重”刑事政策引起我国学者的关注，即对危害严重的犯罪加大惩罚力度，对轻微犯罪适用非刑罚化。我国现行的“宽严相济”的刑法政策与西方国家的“轻轻重重”刑事政策极为相像，体现了刑法适用的有限性和刑罚的慎用性，也体现了非犯罪化思想。

总之，非犯罪化思想在我国立法和司法中都得到了认可。如前所述，发源于西方国家的非犯罪化思想在立法上表现为犯罪行为的除罪化，其中大部分都属于无被害人犯罪，表现为无被害人犯罪的非犯罪化，因此，非犯罪化思想在我国的适用为无被害人的非犯罪化提供的理论基础。

第三节 法益保护思想

就犯罪的本质而言，存在权利侵害说、法益侵害说、义务违反说与折中说等观点的争论；就违法性的实质，则有法益侵害说和规范违反说两种观点的对立，笔者认为，如何认定行为违法性的本质，对研究无被害人犯罪十分重要。

一、法益侵害思想概述

法益，即法律保护的利益。刑法学上的法益即国家用刑法保护的社会利益。自 20 世纪 70 年代以后，刑法上对于法益概念之探讨，又迈进新阶段，特别是战后各国均从事刑法改革工作，更使法益概念之探讨具有刑事立法之实际价值，并把法益概念之重点移至刑法政策之领域，而作为研讨订立新条款或修改旧条款之重要依据。法益侵害说认为，犯罪是对国家所要保护的利益造成侵害或带来危险的行为。德国学者李斯特认为，法益是法律所保护的利益，法益就是合法的利益。法律的保护将生活利益上升为法益。因此，法益侵害说的核心为侵害了刑法所保

张明楷.新刑法与法益侵害说[J].法学研究,2000,(1).

[德]弗兰茨·冯·李斯特著.德国刑法教科书[M].徐久生译.法律出版社,2000年.第4页.

护的法益，即构成犯罪，反之，则不构成犯罪。

二、规范违反说—法益侵害说的对立学说

（一）规范违反说概述

刑法的目的是保护法益还是保护法律背后所体现的道德观念？犯罪的本质是侵犯法益还是侵犯社会道德秩序？在定罪与量刑时，是注重犯罪行为所侵犯的法益还是注重犯罪行为是否违反道德？法益侵害说注重前者，在刑法理论上与法益侵害说相悖，注重后者的学说，即规范违反说。

规范违反说认为，违法性是违反法律规范或违反法律秩序。法的根本是与国民生活息息相关的伦理道义。法律是将符合国民生活的伦理道德上升到法的形式。并通过法律来实现国家目的。总之，规范违反说认为，违法的实质就是违反法律规范背后所蕴含的伦理道义。

（二）法益侵害说与规范违反说的区别

这两种观点存在本质的区别，主要体现在以下几方面：

第一，确定违法的标准不同。法益侵害说认定违法性的标准是侵害或者威胁了刑法所保护的权益。规范违反说认定违法性的标准是行为是否违反了法律规范或违反了法律秩序。

第二，价值观念不同。法益侵害说立足于个人主义和自由主义，他强调个人发展与个人价值，认为为了使个人更好的生存发展，应尽可能的缩小国家权利对个人的限制。而刑法作为国家管理的工具，其适用应具有有限性。那些违反伦理但不侵犯或威胁法益的行为应由刑法以外社会机制来调整。规范违反说强调法律规范和伦理道德，体现的是社会整体利益，认为行为违反法律规范和伦理道德时，刑法就应该介入进行调整。其相对忽视个人发展和个体价值。将刑法视为伦理道德的一部分。

第三，处罚范围不同。在刑法中，有些犯罪即侵害法益又违反社会道德如杀人、抢劫等，不管采用哪种学说，都构成犯罪。有些无被害人犯罪如通奸、吸毒

张明楷.法益初论[M].中国政法大学出版社，2000年.第341页.

等，并不侵害法益，但违反社会道德。采用法益侵害说即不构成犯罪，采取规范违反说则构成犯罪。实施上，法益侵害说认为刑法与道德是分离的。而规范违反说则认为刑法和道德是密不可分的。

（三）支持法益侵害说的理由

上述两种观点判断违法性的标准不同，导致对无被害人犯罪的理解不同。支持法益侵害说的学者认为存在无被害人犯罪，因为无被害人犯罪没有侵犯法益。而支持规范违反说的学者认为不存在无被害人犯罪，因为这些行为是违反道德规范的行为，已构成犯罪。目前，法益侵害说是主流观点。笔者亦支持法益侵害说，理由如下：

第一，我国社会主义法治建设要求法益侵害说。对伦理道德的态度是法益侵害说与规范违反说的一个重要区别。我国社会主义法治建设要求依法治国，法律和道德虽有重叠，但是调整社会生活的两种方式。众所周知，漫长悠久的封建社会使得儒家思想自两汉以来一直居于正统地位，法律呈现出儒家化倾向。儒家思想是以人伦纲常为核心。因此，有学者指出，不知道能不能称中国社会是一个泛道德的社会，但是至少在刑法理论中这种倾向是十分明显并且理直气壮的。规范违反说使刑法增加泛道德倾向，不利于社会主义法治建设。目前，我国社会主义法治建设要求法律作为人们的行为准则，要求树立法律的权威性，这就要求选择将法律与道德分开的权益侵害说。

第二，法益侵害说有利于实现法律正义。法律的目标就是体现正义。在一个正义的法律制度所必须予以考虑的人的需要中，自由占有一个显要的位置，整个法律和正义的哲学就是以自由观念为核心而构建起来的。由此可见，正义与自由密切相关。那么体现个人自由的法益侵害说更有利于实现法律正义。

第三，规范违反说不适应我国现阶段的需要。规范违反说认定违法的标准是违反社会道德。而道德具有很大的不确定性，它随着人们思想观念的变化而变化，

瞿同祖.瞿同祖法学论著集[M].中国政法大学出版社，1998年.第361页.

李海东.刑法原理入门犯罪论基础[M].法律出版社，1998年.第13页.

[美]博登海默著.法理学：法律哲学与法律方法[M].邓正来译.中国政法大学出版社，1999年.第278—279页.

尤其是现代社会，道德更呈现多元化。如将违反道德的行为作为违法行为来处理，必然导致刑法的不可预测性和刑法的不确定性，这些都与罪刑法定原则相违背。同时，规范违反说体现的社会本位倾向，也不适合我国社会主义法治建设。

法益侵害更适合我国现阶段的国情，这为无被害人犯罪的存在及非犯罪化提供了理论基础。

第四节 刑法的谦抑思想

刑法谦抑性理论的产生与近代非犯罪化运动密切联系，更与近来各国所倡导的人权运动息息相关，刑法谦抑性问题历来受到各国法学界、哲学界、政治学界等的关注。

一、刑法谦抑思想的含义

虽然讨论谦抑思想的学者很多，但对其含义却未达成一致意见。主要观点有以下几种：第一种观点，刑法的谦抑性是指立法者应当以最小的投入，即尽可能的不用或少用刑罚，来达到最有效的预防犯罪发生的效果，刑法的谦抑性具有限制刑罚调控范围的性质，它包括刑法的紧缩性、刑法的补充性、刑法的经济性。第二种观点，刑法的谦抑性具有三个含义：第一是刑法的补充性，即在社会管理过程中，只有当其他社会调整手段如民法、行政处罚仍无法调控时，才能动用刑罚手段；第二是刑法的不完整性。如果像上面那样认为刑法具有补充的性质，那么，发动刑法的情况自然是不完整的。第三是刑法的宽容性，即使社会秩序受到了破坏，且其他调控手段又不能很好的发挥效果，只要在刑法的容忍范围内，也没有必要将其纳入刑法的“刑罚圈”。第三种观点，刑法的谦抑性应基于谦让抑制之本旨，在必要及合理之最小限度范围内，适用刑罚的思想。

陈兴良.刑法的价值构造[M].中国人民大学出版社，1998年.第353—390页.

张明楷.刑法格言的展开[M].法律出版社，1999年.第103—104页.

甘添贵.犯罪除罪化与刑事政策.罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集[C].台湾五南图书出版公司，1998年.

综合分析上述三种观点，笔者认为，刑法谦抑性应包括刑法的紧缩性、刑法的补充性、刑法的经济性三方面。

第一，刑法的紧缩性

刑法的紧缩性是指应尽量缩小刑法在日常生活中的调整范围。笔者认为应从两方面来认识刑法的紧缩性。一方面，法律是统治阶级维护统治的工具，其职能就是限制公民行为在法律的框架范围内，刑法亦是。刑法是国家对公民违法行为的最严厉的处罚，如果其触角延伸到社会生活的方方面面，会降低其权威性。现阶段，我国要建设社会主义法治国家，就要求国家和社会要各司其职，刑法的主要任务不是维护道德，而是保护法益，故仅应对侵犯或威胁法益的行为适用刑法来处罚，而其他越轨行为应由道德来解决。一般无被害人犯罪并未侵犯法益，就不应属于犯罪行为。一般应划入越轨行为行列，应由社会道德予以调整。如违反其他法律，应由其他法律予以调整。另一方面，我国的法律传统一直是以刑法为主。在封建社会，刑、法统一。到了清末，我国开始诸法分立，部门法概念被引入。从我国法律发展来看，刑法所占的比重呈逐渐下滑趋势。目前，我国的社会主义现代化建设，以经济建设为核心，更应缩小刑法的调整范围，扩大民商法规的适用范围。

第二，刑法的补充性

刑法的补充性包括两方面。一方面，不侵害或威胁法益的越轨行为应由道德等规范调整。另一方面，并不是所有侵害法益的行为都应由刑法调整，刑法仅调整那些严重侵害法益的行为。卢梭认为：“刑法在根本上与其说是一种特别法，还不如说是其他一切法律的制裁力量。”我国的一些法律单列一章——法律责任，说明刑法和其他法律结合起来，形成一个维护法益的整体。

刑法的补充性在刑事立法方面也有重要体现，即在刑事立法过程中要慎用刑法，尽量降低刑法对个人自由的限制，将行为作为保护社会秩序最后的一道防线。日本学者西原春夫认为：关于刑事立法的评价，必须对因其设立的规定所得到的

[法]卢梭.社会契约论著[M].何兆武译.商务印书馆, 1980 年.第 73 页.

利益和由此失去的利益做出比较衡量……这种比较衡量在刑事立法的评价上是绝对必要的。因此，刑事立法应最大限度的保障公民自由，促进社会 and 个人的共同发展。刑法只有在社会秩序受到严重破坏时，才应被适用。

第三，刑法的经济性

刑法的经济性并不是一味地裁减刑法，而是指以最少的法资源投入，获得最大的刑法效益。国家运用刑法会收到一定的刑法效益，但同时国家也必须付出一定的成本，因此就存在如何缩小刑法投入成本，来完成刑法预期效益的问题。我们的宗旨是使预防犯罪的直接和间接成本以及刑事审判制度的运转成本最小化。

我国现行一部刑法，同时还有一系列单行刑法。随着这一系列刑法的颁布，刑法罪名不断增加，刑法处罚力度不断增加，导致刑法成本迅速膨胀。不可否认，刑法成本提高的同时，取得了一定的刑法效益。但刑法的收益与刑法成本是否成正比呢？答案显然是否定的。1983 年我国进行“严打”，根据相关数据显示：犯罪总量在 1984 年有所下降后又呈上升势头，1991 年的数量为 1983 年“严打”前的数倍，为 1984 年的近 5 倍，严重刑事案件自 1985 年以后均以 40.3% 的速度持续上升，增长速度大大超过了同期刑事案件总数的平均增长速度。严重案件在全部刑事案件中所占的比例亦明显上升，由 1984 年的 13% 上升到 1991 年 22%。

因此，我们必须改变上述现状。首先应采取的措施就是缩小刑法的调整范围。总结西方历史经验，缩小刑法调整范围首先应从无被害人犯罪开始。因为此类犯罪社会危害性小，隐蔽性高，调查难度大，需耗费大量司法资源，刑法投入远远高于刑法收益。且我国目前司法资源有限，应投入到严重危害社会秩序的犯罪中。

二、刑法谦抑思想在我国的影响

我国古代的法律源于古代的封建礼教。在整个封建社会中，“诸法合体，以刑

[日]西原春夫著.刑法的根基与哲学[M].顾肖荣译.法律出版社, 2004 年.第 58 页.

陈兴良.刑法的价值构造[M].中国人民大学出版社, 1998 年.第 380 页.

[美]罗伯特·考特等著.法和经济学[M].张军译.上海人民出版社, 1999 年.第 755 页.

郭建安.论刑罚的威慑效应[J].法学研究, 1994, (3).

为主”的法律政策一直占统治地位。新中国成立后，刑法万能观念仍旧深入人心。加之经济发展后，犯罪增加，国家为了稳定社会秩序，更加严厉的打击犯罪。其结果是使我国面临着前所未有的犯罪量和刑罚量螺旋式上升、刑罚投入几近极限，而刑罚效益却急剧下降的罪刑结构性矛盾。刑法谦抑性思想非常适合解决我国的现状。

刑法主要惩罚具有社会危害性的行为。然而行为的社会危害性是具有可变性的，它随着不同国家、不同时期的社会观念和人们的价值观不同而不同。比如通奸、吸毒、卖淫等无被害人犯罪行为，以前被人们看成是严重破坏社会秩序的行为，被认定为犯罪。而现在，人们的思想观念发生变化，不再认为这些行为严重危害社会秩序，甚至不认定为犯罪。我国随着社会发展，人们思想意识逐渐开放，刑法谦抑性思想有其存在的土壤。

综上所述，笔者认为，自由主义理论更适合我国的现状，故在我国是存在无被害人犯罪的。非犯罪理论和刑法谦抑思想在我国有其生存土壤，法益侵害说更适合我国现代化建设的需要，故无被害人犯罪原则上应作非犯罪化处理。当然考虑到我国司法现状、人们的思想观念及部分无被害人犯罪的危害性及对法益的破坏程度，建议对无被害人犯罪作限制的非犯罪化处理。

储槐植.罪刑矛盾与刑法改革[J].中国法学,1994,(5).

第四章 我国具体的无被害人犯罪分析

无被害人犯罪是西方学者提出的概念，从前面的论述可以看到，这一概念在西方的立法和司法领域已经得到比较明显的体现，并且取得了很好的效果。我国正在进行刑法改革，其中一个很重要的问题就是如何确定我国的“犯罪圈”问题。

下面笔者就聚众淫乱、赌博、传播淫秽物品、安乐死等具体无被害人犯罪进行论述。

第一节 聚众淫乱罪

我国《刑法》第 301 条第 1 款：“聚众进行淫乱活动，对首要分子或者多次参加的，处五年以下有期徒刑、拘役或管制。”第 2 款：“引诱未成年人参加聚众淫乱活动的，依照前款的规定从重处罚。”笔者认为，聚众淫乱罪在我国刑法中是典型的无被害人犯罪，它是行为人自愿实施的，行为人并不认为其权益受到侵害，而是认为行为满足了自己的需要，它侵犯的是社会道德。

一、聚众淫乱罪的概念

我国刑法学界一般认为，聚众淫乱罪是 1979 年《刑法》中流氓罪的一种表现形式。1984 年 11 月 2 日，最高人民检察院、最高人民法院颁布的《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》第 2 条规定：“聚众进行淫乱活动（包括聚众奸宿）危害严重的主犯、教唆犯和其他流氓成性、屡教不改者构成犯罪。”

按照一般的理解，所谓“聚众淫乱罪”是指男女多人一起共同进行淫乱活动，败坏社会风气的行为。本罪的客体是良好的社会公共秩序和社会风化，这类行为严重地违背社会公共道德，败坏社会风气，造成了精神污染，是一种蔑视社会道德、伤风败俗的犯罪。客观方面为男女至少三人以上进行淫乱活动。主体是组织、

谭晶.无被害人犯罪研究[D].山东大学,2008年.第26页.

高西江.中华人民共和国刑法的修订与适用[M].中国方正出版社,1997年.第640—641页.

苏惠渔.刑法学[M].中国政法大学出版社,1997年.第719页.

指挥的首要分子和多次参加的。主观方面为故意，故意通过这种伤风败俗的行为满足刺激的心理。

二、聚众淫乱行为非犯罪化的原因

一般认为，立法是否将一个行为确定为犯罪的依据是该行为的社会危害性大小。聚众淫乱罪主要是对道德规范中性观念的侵犯。中国的封建文化，特别是宋明以后的儒家文化对人的性爱要求相当忽视，性被看做丑事、坏事。儒家认为人之所以要结婚，唯一的目的是为了后嗣，为了完成传宗接代的社会任务。这一观念在我国一直很有影响，我国公民忌讳谈性，认为与性有关的都不是好事。我国刑法中的聚众淫乱罪就是这一观念的体现。但这一观念现在已有所转化。笔者认为，聚众淫乱行为这种典型的无被害人犯罪应该非犯罪化，主要有以下两点原因：

第一，聚众淫乱行为没有侵害刑法所保护的法益。

如前所述，聚众淫乱行为侵害的客体为社会道德风尚，具体而言是人们的善良性观念，并没有侵害刑法保护的法益。依据笔者支持的法益侵害说，聚众淫乱行为不应被定罪处罚。

第二，公民有支配自己身体的自由。

聚众淫乱罪的主观方面是故意，即在明知行为后果的情况下，仍然选择通过这种行为来满足其感官刺激。聚众淫乱行为的行为人即是被害人，故行为人并不认为自己是“被害人”，即便知道自己是“被害人”，也是自愿成为“被害人”的。事实上，所谓的“被害人”都是社会公众以他们的道德观念判断的。所以，聚众淫乱行为是典型的无被害人犯罪。不应认定为犯罪。判断聚众淫乱行为是否构成犯罪，还需看行为人是否有实施这种行为的自由。一般认为，公民在未对社会秩序和他人合法权益造成严重影响时，有依照自己的意愿实施行为的自由。笔者认为，行为人有实施这种行为的自由。理由如下：首先，这种行为是人类的本能。随着现在社会人们思想观念的开放，人们越来越多的认为性行为体现的是人类的本能，是应该得到社会的认可和支持的。其次，这种行为本身并未破坏社会秩序，

谈大正.性文化与法[M].上海人民出版社，1998年.第19页.

也未对他人造成伤害。这种行为的行为人都是自愿参与的，不存在所谓的“被害人”。

三、对我国聚众淫乱罪的立法建议

如前所述，笔者认为，单纯的聚众淫乱行为应该非犯罪化。我国《刑法》关于聚众淫乱罪的规定有待修改。修改时，应考虑到人类的性本能，法律应该给公民的性自由留有一定的空间。但同时也要考虑到一些聚众淫乱行为可能会侵犯刑法保护的法益，应该做有罪化处理。笔者认为主要有两种情况：第一种情况，引诱未成年人参加聚众淫乱构成犯罪，我国刑法应予保留。未成年人的心理发育还不够成熟，对是非价值的判断也没有定性，其自身并不能准确判断聚众淫乱行为的性质。如果引诱未成年人参加聚众淫乱活动，会对其身心健康造成不良影响，甚至会扭曲其价值观念，影响社会的发展进步。第二种情况，在公开场所实施的聚众淫乱行为应予以定罪处罚。聚众淫乱的场所可能是隐蔽的场所，也可能是公开的场所。在隐蔽场所实施的聚众淫乱行为，没有被害人，同时也没有破坏社会管理秩序，不应构成犯罪。但在公开场所实施的聚众淫乱行为，已影响了他人的生活，破坏了社会秩序。这种行为已侵犯刑法所保护的社会管理秩序，应该属于犯罪行为。同时，我国《刑法》规定的聚众淫乱罪主体要求必须是三人以上，但笔者认为，如在公开场所，不仅三人以上的聚众淫乱行为应被定罪处罚。两人在公开场所实施的淫乱行为同样影响他人生活，破坏社会管理秩序，也应当定罪处罚。

最后，聚众淫乱罪属于无被害人犯罪已经得到我国大多数学者认可。且成年人自愿的在隐蔽场所发生的聚众淫乱行为非犯罪化，在我国已存在一定的社会基础。比如曾受到社会各界关注的“陕西黄碟案件”，行政机关最终赔礼道歉并给予了赔偿。这是我国社会尊重个人隐私的表现，说明在不损害他人权益的情况下，法律为个人自由预留了空间。当然，我国要马上改变立法，将聚众淫乱行为非犯罪化也不现实，但至少可以轻刑化或尽可能行政处罚化，更多的为聚众淫乱行为非犯罪化创造条件。

第二节 赌博罪

我国《刑法》第 303 条规定：“以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，可以并处罚金。”与 1979 年相比，增加了“开设赌场”这一赌博罪的行为方式。《刑法修正案（六）》增加了《刑法》第 303 条第 2 款：“开设赌场的，处三年以下有期徒刑、拘役、或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”笔者认为，赌博罪中仅有“以赌博为业”的行为属于无被害人犯罪范畴。

一、赌博罪的概念

赌博作为一种社会现象自古就有。一般具有以下几个特征：第一，赌博行为人是自愿的。赌博行为人能够认识到此行为会使其失去或者获得一定的财物，但仍愿意冒险实施这种行为。第二，输赢结果具有偶然性。即赌博结果在行为实施前是不确定的。第三，胜负结果与财物相关。即获胜方取得另一方财物。

依据我国刑法规定，赌博罪是以营利为目的，聚众赌博、开设赌场和以赌博为业的行为。从我国关于赌博罪规定的变化看，我国越来越加重对“开设赌场”这一行为方式的处罚力度。“聚众赌博”是指提供赌场、赌局，组织、招引他人参加赌博，从中渔利的行为。从“两高”颁布的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律问题的解释》可以看出，聚众赌博主要惩罚的是组织者，而参与者并不是处罚的对象。笔者认为，开设赌场和聚众赌博的行为，行为人组织召集他人赌博从中获利，严重扰乱了社会公共秩序，侵犯了刑法保护的法益，应予定罪处罚。

“以赌博为业”是指以赌博为常业的，即以赌博所得为其生活主要来源。法律及相关解释并没有明确“以赌博为业”的含义。相关解释仅指出，以赌博为其主要经济来源的，即包括无职业以赌博为生，也包括有职业但以赌博为主要经济收入的。但在实践中，关于其认定标准争议很大。笔者认为，开设赌场和聚众赌博均是组织赌博的行为。只有以赌博为业才是真正的赌博行为。

二、“以赌博为业”行为非犯罪化原因

笔者认为，“以赌博为业”的赌博行为，行为人即是受害人，不侵犯他人利益，也不破坏社会秩序，应属无被害人犯罪范畴。刑法应将其非犯罪化。理由如下：

第一，主张“以赌博为业”行为犯罪化的理论并不合理。这些理论大多探讨赌博罪侵犯的法益。虽然观点不一，但大致有以下几种：赌博罪所侵犯的是社会的善良风俗；赌博罪所侵犯的是勤奋的国民生活方式；赌博罪有导致“二次犯罪”的危险；赌博罪的本质是导致他人的财产危险。针对上述观点，笔者分析如下：

首先，关于赌博行为侵犯了社会善良风俗。笔者认为，善良风俗应属道德领域的概念。依据刑法谦抑性理论，刑法的触角不应覆盖道德领域。赌博罪未侵犯刑法保护的法益，就不能因为其仅违反道德而定罪处罚。

其次，赌博行为侵犯了勤奋的国民生活方式。这种观点认为，赌博会使人因为不劳而获变懒惰，而影响社会风气。笔者认为，勤劳致富是美德没有错，可是不勤劳但致富了就是错误的吗？参加赌博的人都是自愿的，即明知有风险仍愿意决定冒险，希望从中获得利益，那么赌博行为有侵害任何人的合法权益吗？行为破坏社会秩序了吗？用最严厉的处罚手段即刑罚来加以惩罚合理吗？显然答案都是否定的。

再次，赌博容易造成二次犯罪。笔者认为，判断行为是否构成犯罪的标志应该是行为是否侵犯刑法保护的法益，而不是看该行为是否引发了犯罪。社会生活中各种问题都可能使人陷入困境，都有可能引发犯罪。比如，某人妻子病了，急需医药费，他实施了抢劫行为。其妻子生病引发了犯罪，我们能说生病行为构成犯罪吗？且实践中，很难证明一个犯罪行为是由赌博引发的。

最后，赌博导致他人财产危险。笔者认为，法律应该尊重个人的选择自由。精神正常的成年人对自己的赌博行为是有正确的认识和判断能力的，做出的选择也应该是自认为对自己最有利的选择。即使在赌博中失败了，也应视为其对自己

蔡圣伟.赌博罪保护权益之探讨.罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集[C].台北五南图书出版公司，1998年.

财产的一种处分。这种行为本身并未对他人的财产权益造成危害。

第二，司法实践中，认定“以赌博为业”存在困难。前面提到，我国法律对于“以赌博为业”的含义没有明确规定，导致司法实践中，参加赌博多长时间或多少次可以认定为“以赌博为业”；赌博获益多少可以认定为主要经济来源等问题均无从解决，进而导致法律虚设。同时我国《治安管理处罚法》有处罚赌博的相关规定，也导致“以赌博为业”行为适用法律的不确定性。

总之，“以赌博为业”的行为未侵害刑法法益，属于无被害人犯罪。目前我国将其非犯罪化具有现实基础。笔者认为应将其非犯罪化，归入到治安案件予以行政处罚。

第三节 淫秽物品类犯罪

我国《刑法》第三百六十三条第一款：“以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金”。第三百六十四条第一款：“传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品，情节严重的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制”。第四款：“向不满十八周岁的未成年人传播淫秽物品的，从重处罚”。上述条款是我国《刑法》关于淫秽物品类犯罪的规定，笔者认为，其中只有传播淫秽物品行为属于无被害人犯罪的范畴。

一、淫秽物品犯罪的认定

根据我国《刑法》规定，淫秽物品是指露骨的宣扬色情或描绘性行为的淫秽性的书刊、录像带、影片、录音带、图片以及其他淫秽物品。随着社会的进步，淫秽物品的种类更加繁多，比如互联网上的淫秽视频等。

我国《刑法》关于淫秽物品类犯罪的规定，不只包括上述两个法条，但上述两个法条与无被害人犯罪的联系最为紧密。《刑法》第363条规定的是制作、贩卖、复制、传播淫秽物品牟利罪。立法将其规定为犯罪的原因是这种行为不仅违反道德风尚、腐化公民心理、诱发其他犯罪，而且破坏社会秩序。《刑法》第364条第

上海市法学会.法律适用手册[M].上海科学院出版社，2006年.第394页.

一款、第四款规定的是传播淫秽物品罪。他与前条罪名相比缺少牟利目的。我国立法时，考虑到这种行为侵犯了社会管理秩序和道德风尚而将其认定为犯罪。笔者认为，传播淫秽物品行为，传播对象都是明知是淫秽物品而选择观看的，不存在被害人，属无被害人犯罪范畴，不应定罪处罚。

二、传播淫秽物品行为非罪化原因

传播淫秽物品行为同样涉及到性文化传统，随着人们性文化观念的开放，越来越多的国家将传播淫秽物品行为非犯罪化。笔者也认为，该行为应作非犯罪化处理。理由如下：第一，传播淫秽物品行为主观上没有牟利目的，并没有破坏社会经济秩序。且传播对象系自愿观看，不存在被害人，没有侵害他人合法权益。第二，传播淫秽物品行为主要是违反社会道德观念，随着性文化观念的开放，人们越来越尊重他人的性自由。在这种情况下，传播对象有选择观看淫秽物品的自由，而传播者并不以营利为目的，并没有对社会秩序造成严重破坏，应在公众的容忍范围之内，可将传播淫秽物品行为归入治安案件进行行政处罚，无需动用刑法这种最严厉的处罚手段。第三，我国立法规定，该行为情节严重才予以定罪处罚。说明立法者也认同，该罪的社会危害性较其他淫秽物品类犯罪要轻。该行为有非犯罪化的基础。

三、对我国传播淫秽物品犯罪的立法建议

笔者主张将制作、复制、贩卖、传播淫秽物品牟利罪保留。理由如下：第一，该罪主观方面是以牟利为目的的，侵犯了我国的市场经济秩序。第二，该行为侵犯了其他发行商的利益，也侵犯了国家音像制品等的发行制度。

笔者主张对传播淫秽物品罪进行部分修改。如前所述，传播淫秽物品行为应归到治安处罚中予以行政处罚，不必定罪处罚。但仅仅是向成年人传播淫秽物品，对于向未成年人传播的，笔者认为应基于对未成年人的保护定罪处罚。原因是未成年人的心智还不够成熟，对自己的行为缺乏正确的判断和理解能力，向其传播淫秽物品会使其人生观和价值观歪曲，产生更多的人身危险性。同时未成年人是

我们国家的未来，所谓少年强则中国强，中国未来的发展依靠的是现在的未成年人，但他们现在还处于弱势，更需要法律加以保护，故向未成年人传播淫秽物品不仅应该认定为犯罪，还应该从重处罚。故笔者建议将《刑法》第 364 条罪名改为向未成年人传播淫秽物品罪，比照其他淫秽类犯罪从重处罚。

笔者认为，我国已经具备将传播淫秽物品行为非犯罪化的现实条件，但条件还不够完备。可以先作轻刑化和行政处罚化处理，为其最终非犯罪化创造条件。

第四节 安乐死

安乐死一直受到犯罪学家们的广泛关注，其是否构成犯罪的问题一直是刑法学界热议话题。其作为无被害人犯罪的一种，对无被害人犯罪的研究意义重大

一、安乐死概述

安乐死是指患有不治之症的人，在生命濒危状态下，在病人及家属的要求下，经过医生同意，为避免病人遭受极端痛苦，帮助病人结束生命的行为。安乐死不是刑法中一个独立的罪名。该行为是病人自己选择的，即病人明知该行为会导致其死亡，仍选择要求别人帮助自己结束痛苦。他人的帮助行为实际上体现的是被害人的意志，该罪没有被害人，即使存在被害人，被害人也不认为自己是“被害人”。因此，安乐死属于无被害人犯罪范畴。

二、安乐死的非犯罪化

相较其他国家，我国对安乐死的研究起步较晚，刑法学界在安乐死行为是否阻却其违法性的问题上，存在否定说和肯定说两种鲜明的观点。否定说认为，安乐死不能因为病人的自愿而阻却其违法性，构成杀人罪，但应从轻处罚。肯定说认为，安乐死是基于病人意愿，且在病人极度痛苦的情况下，实施的结束病人生命的正当医疗行为，因而阻却了行为的犯罪性。笔者赞同否定说，认为肯定说为人们引入了安乐死是正当医疗行为的错误观念。正当的医疗行为是治病救人，安乐死相反却是结束病人的生命。1986 年在陕西发生了我国第一起安乐死案件，判

决认为，该行为违法，但由于情节显著轻微，危害不大，而不构成犯罪。

笔者认为，安乐死行为虽系违法行为，但应被非犯罪化，理由有以下几点：

第一，安乐死行为虽不能因被害人自愿而阻却其违法性，但其侵害的法益轻微，并没有达到破坏社会共同生活秩序的程度。

第二，行为人主观上虽是故意，但不存在主观恶意，其是因为不忍病人被病痛折磨，且是应病人要求而实施的行为，其行为也不能被认为违反社会伦理秩序。再者，行为人是让病人无痛苦的死去，一般社会大众能够接受。

第三，安乐死的病人患的是不治之症，现在的医疗条件还无法解决，维持生命可能只是等待医疗条件的完善，更多的是在承受巨大病痛后死亡。相较承受完痛苦的后果，现在结束生命对病人来说会更幸福些。

三、对安乐死的限制

荷兰是世界唯一承认安乐死合法化的国家，其他国家对安乐死的态度并不一致。笔者虽认为安乐死应被非犯罪化，但实践操作时，却有被滥用的危险，故笔者认为必须在安乐死非犯罪化适用上增加严格的限制：

第一，以当前的医学知识和技术来看，病人患的是不治之症，且短时间内医学上找不到解决办法。

第二，患者意识正常，能正确表达意思。

第三，实施安乐死的方法不违反伦理道德，且由专业医师实施。

第四，患者不能再忍受身体上痛苦。为了消除精神上的痛苦实施的安乐死行为会导致安乐死被滥用，必须坚决杜绝。

第五，实施安乐死行为目的是帮助患者解除痛苦。

结 语

无被害人犯罪体现的是一种对伦理道德和善良风俗的侵犯。刑法对无被害人犯罪的规制体现的是通过刑法来维护伦理道德和社会生活秩序。笔者认为这是不恰当的。首先，刑法并不是唯一的一种社会管理手段。社会管理是通过多种手段相互配合完成的。如果刑法可以全部调整，那么其他调整手段即道德、行政处罚等就完全失去了存在的必要。其次，刑法是社会管理手段中最严厉的，无被害人犯罪并不像其他犯罪那样严重侵犯刑法法益，可通过行政处罚处理。用刑法处理有失刑法权威性，且收效并不理想。最后，将刑法的“犯罪圈”扩的过大，会因为保护伦理道德侵害公民自由和隐私，不利于社会主义法治建设。当然对一些情节严重、社会影响强烈的无被害人犯罪也应作有罪化处理。我们进行无被害人犯罪立法时，应充分考虑到和谐社会的构建，合理规范刑法的“犯罪圈”。

本文对无被害人犯罪理论的阐释还只是一种粗浅的研究，在学理和实践层面还有许多值得商榷之处，但希望本文的研究能够在一定程度上为我国无被害人犯罪立法提供意见。

参考文献

一、参考书目

- [1] 梁根林.扩张与收缩[M].北京：法律出版社，2005.
- [2] 张远煌.犯罪学[M].北京：中国人民大学出版社，2007.
- [3] 张明楷.外国刑法纲要[M].北京：清华大学出版社，1999.
- [4] 张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究[M].北京：法律出版社，1997.
- [5] 何兆武、陈启能.西方近代社会思潮史[M].山东：山东教育出版社，2001.
- [6] 林山田.刑法的改革[M].台湾:台湾学林文化事业有限公司,2001.
- [7] 陈兴良.刑法哲学[M].北京：中国政法大学出版社，1992.
- [8] 林山田.刑法特论[M].台湾：台湾三民书局，2007.
- [9] 张明楷.法益初论[M].北京：中国政法大学出版社，2000.
- [10] 李海东.刑法原理入门犯罪论基础[M].北京：法律出版社，1998.
- [11] 陈兴良.刑法的价值构造[M].北京：中国人民大学出版社，1998.
- [12] 张明楷.刑法格言的展开[M].北京：法律出版社，1999.
- [13] 高西江.中华人民共和国刑法的修订与适用[M].北京.中国方正出版社,1997.
- [14] 苏惠渔.刑法学[M].北京：中国政法大学出版社，1997.
- [15] 谈大正.性文化与法[M].上海：上海人民出版社，1998.
- [16] [日]大谷实著.事政策学[M].黎宏译.北京：法律出版社，2000.
- [17] [美]伊恩·罗伯逊著.社会学(上)[M].黄育馥译.北京：商务印书馆，1990.
- [18] [美]汤姆·L 彼彻姆著.哲学的伦理学[M].雷克勤等译.北京：中国社会科学出版社,1990.
- [19] [德]汉斯·约阿希姆·施奈德著.犯罪学[M].吴鑫涛等译.北京：中国人民公安大学出版社，1990 年.
- [20] [日]大塚仁著.犯罪论的基本问题[M].冯军译.北京：中国政法大学出版社,1993，
17.

- [21] [法]米海依尔·戴尔马斯—马蒂著.刑事政策的主要体系[M].卢建平译.北京：法律出版社，2000 年.
- [22] [法]约翰·密尔著.论自由[M].张友谊等译.北京：外文出版社，1998.
- [23] [美]迈克尔·D·贝勒斯著.法律的原则[M].张文显等译.北京：中国大百科全书出版社，1996.
- [24] [英]安东尼·德·雅赛.重申自由主义:选择、契约、协议[M].陈茅译.北京：中国社会科学出版社，1997.
- [25] [德]弗兰茨·冯·李斯特.德国刑法教科书[M].徐久生译.北京：法律出版社，2000.
- [26] [美]E·博登海默.法理学：法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京：中国政法大学出版社，1999.
- [27] [法]卢梭著.社会契约论[M].何兆武译.北京：商务印书馆，1980.
- [28] [日]西原春夫著.刑法的根基与哲学[M].顾肖荣译.北京：法律出版社，2004.
- [29] [美]罗伯特·考特.法和经济学[M].张军译.上海：上海人民出版社，1999.

二、期刊类

- [30] 董玉庭、黄大威.论传播淫秽、色情物品犯罪的刑事立法政策——以被害人犯罪为视角[J].北方论丛，2014，(1).
- [31] 董玉庭、黄大威.聚众淫乱罪的刑事立法——以被害人犯罪为视角[J].北方论丛，2012，(3).
- [32] 郭建安.论刑罚的威慑效应[J].法学研究，1994，(3).
- [33] 尹强明.无被害人犯罪的非犯罪化思考[J].科技信息，2007，(14).
- [34] 高仕银、韩璐.犯罪化与非犯罪化——对无被害人犯罪的思考[J].黔南民族师范学院学报，2008，(1).
- [35] 苏长青、于志刚.中国惩治赌博犯罪的立法沿革[J].中国人民大学学报，1998，(2).
- [36] 李昌道.美国堕胎立法的演变[J].外国法学研究，1988，(4).
- [37] 马克昌、李希慧.完善刑法典两个问题的思考[J].法学，1994，(12).
- [38] 沈德咏、汪少华.刑法修改与非犯罪化问题[J].中国律师，1996，(10).

- [39] 王友才.试论刑罚轻与重的选择[J].法律科学,1994 , (1)..
- [40] 张明楷.新刑法与法益侵害说[J].法学研究 , 2000 ,(1)
- [41] 李银河.中国当代性法律批判[J].南京师范大学学报 , 2004,(1).
- [42] 郑伟.关于安乐死非犯罪化问题的思考[J].吉林公安高等专科学校学报 , 2005,(6).

致 谢

时光荏苒，岁月如梭，愉快而忙碌的研究生生活就要结束了。我就要再一次离开了我的母校—黑龙江大学，回首在这里度过的三年时光，是让我那么的不舍，校园里的一草一木都带给我太多的回忆。这三年是我人生中重要的转折点。在此离别之际，首先，我要感谢我的导师于逸生教授，从论文的选题到完成每个过程都倾注了个老师的心血。导师渊博的理论和一丝不苟的治学态度让我受益良多。同时，我要感谢刑法学教研室的董玉庭教授、刘彦辉教授、丁玉翠副教授、陈建旭副教授等几位老师对我的关心和帮助。

其次，我要感谢我的亲人，是你们的关心和鼓励让我顺利走过研究的三年。

最后，我要感谢研究生期间给过我帮助的小伙伴们，是你们让我这三年的生活充满了欢乐，谢谢你们