



分类号_____

U D C _____

密 级 公 开 _____

黑龙江大学

硕士研究生学位论文

宽严相济刑事政策视野下的无被害人犯罪

申 请 人：邵 娜

学 号：2100212

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：2013年4月30日

中文摘要

无被害人犯罪多是道德犯罪，又被称为风化犯罪。与西方国家相比，我国的无被害人犯罪在刑法中规定的并不多，伴随着法学理论研究的不断成熟和现实考察的不断深入，人们对其本身的行为价值判断发生变化，伦理道德观念也呈现多元性和易变性的特征，由此引发了人们对无被害人犯罪相关行为的犯罪化与非犯罪化的广泛讨论。本文试图通过严谨的理论分析和对比研究的方法，得出处理无被害人犯罪问题应秉承宽严相济的刑事政策，并在该政策的指导下，采取辩证的态度，我们应当认识到，犯罪化与非犯罪化构成刑事立法政策方向性迥异而功能互补的一体两面，完全的除罪化对于我国的无被害人犯罪并不可取，只有循序渐进地革新和充实的理论基础和社会环境的条件下，对我国的无被害人犯罪的个罪进行分类研究和区别对待，确定犯罪化与非犯罪化的双轨并行的立法理念。

本文包含绪论、正文和结论三大部分，正文分为四章，分别如下：

第一章首先介绍无被害人犯罪的根本问题，从对无被害人犯罪的特点和种种学说观点入手，明确本文探讨无被害人犯罪的根基。

第二章概括了目前有关无被害人犯罪非罪化的理论基础。

第三章通过对无被害人犯罪域外相关法律的比较，阐述对我国无被害人犯罪的影响力分析，并且着重对无被害人犯罪按照侵害的法益不同而对其进行分类研究。

第四章是本文的核心点与创新点所在之处。在前三个部分论述的基础上，通过阐明我国无被害人犯罪与宽严相济刑事政策的关系，对于我国刑法规定的无被害人犯罪，要重点突出宽与严结合的规制方式下分类研究、区别对待，而不是盲目地一律非犯罪化。最后本文对我国无被害人犯罪的典型罪名包括聚众淫乱、赌博、代孕行为采取犯罪化或非罪化问题提出了自己的薄建，以期对无被害人犯罪立法研究有所裨益。

关键词：无被害人犯罪；宽严相济刑事政策；犯罪化；非犯罪化

Abstract

Victimless crime is a moral crime, also known as the weathering of crime. Compared with western countries, our country the victimless crime stipulated in the criminal law is not much, accompanied by the legal theory research continues to mature and practical study unceasingly thorough, people's behavior on its own value judgments change, ethical concepts showed the characteristics of diversity and variability, which causes the people to the Crime no crime victims and non-criminalization widely discussed. This paper attempts through the method of theoretical analysis and comparative study of rigorous, obtains the victimless crime problem should uphold the lenient and severe criminal policy, and the policy guidance, take a dialectical attitude, crime and non crime constitutes a different direction of criminal legislation policy and two complementary functions, the China's relevant victimless crime can not fully non - crime, and should be gradual reform, in conditions of full theoretical support and social environment, to the criminal law of our country stipulates no crime victims of crime classification and distinction, determine the legislative idea of dual criminal and non-criminal parallel.

This paper contains three parts: introduction, text and conclusion, the text is divided into four chapters as follows:

The first chapter is mainly about the basic problem of no victim crime theory research, including "victimless crime" concept conflict and the definition of the various theories of the concept of victimless crime.

The second chapter summarizes the academic basis of theory of decriminalization of victimless crime.

The third chapter is about the Chinese and Western victimless crime legislation of our country, and no effect of victims of crime, and focuses on the victimless crime in

Abstract

accordance with the law against the different and the classification research.

This is the core point and the innovation of this paper and . Based on the first three parts, by clarifying the non-victim crime and tempering criminal policy, the criminal law of our country stipulates the victimless crime to classification, distinction, rather than blindly all non - crime. Finally, no typical crime victims of crime including group sex, gambling, surrogacy take crime or non-crime issues of thin build their own to our country, in order to benefit the legislation of no victim.

Keywords: victimless crime; the criminal policy of combining punishment with Leniency; criminal; non - crime

目 录

中文摘要	I
Abstract	II
绪 论	1
一、研究无被害人犯罪的意义	1
二、研究无被害人犯罪的目的	1
第一章 无被害人犯罪概述	3
第一节 无被害人犯罪的相关学说及其本质	3
一、无被害人犯罪的相关学说	3
二、无被害人犯罪的本质	5
第二节 本文对无被害人犯罪特征的阐述及研究范围的界定	6
一、与无被害人犯罪相关的概念明晰	6
二、本文对无被害人犯罪研究范围的界定	8
第二章 无被害人犯罪的理论基础	11
第一节 将无被害人犯罪出罪的思想基础	11
一、自由主义思想	11
二、刑法谦抑思想	12
三、非犯罪化思想	13
第二节 将无被害人犯罪入罪的理论基础	14
一、犯罪化的正当性原则	14
二、犯罪化的本土化原则	15
第三章 中外无被害人犯罪的刑事政策的比较与分类	16
第一节 域外无被害人犯罪立法沿革	16
第二节 我国无被害人犯罪的立法现状	16
一、我国无被害人犯罪的现状	16

目 录

二、我国 97 刑法中有关无被害人犯罪的规定	17
第三节 对无被害人犯罪的分类研究	18
一、无被害人犯罪的各种分类	18
二、本文对无被害人犯罪的分类	19
第四章 宽严相济刑事政策下的个罪剖析之犯罪圈的划定	20
第一节 宽严相济刑事政策对我国无被害人犯罪刑事立法的启示	20
一、宽严相济刑事政策的定位	20
二、宽严相济刑事政策与无被害人犯罪的关系	21
第二节 我国无被害人犯罪个罪剖析之犯罪化与非犯罪化抉择	23
一、秘密的聚众淫乱行为的非犯罪化	23
二、组织代孕行为的犯罪化	25
三、以“赌博为业”行为的非犯罪化	27
结 语	30
参考文献	31
致 谢	33
攻读学位期间发表论文	34
独创性声明	35

绪 论

一、研究无被害人犯罪的意义

本文在宽严相济刑事政策的视野下研究无被害人犯罪的犯罪化与非犯罪化的问题。目前对无被害人犯罪的定义并不明确,本文希望通过对无被害人犯罪各种学说的比较和无被害人犯罪本质的论述,首先期待更清晰的界定无被害人犯罪的概念,为的是明确无被害人犯罪的范围,以充实的理论作为无被害人犯罪刑事政策的抉择为根本。并以无被害人犯罪的犯罪化与非犯罪化理论依据,对我国无被害人犯罪分类研究,依此为依据就我国的无被害人犯罪的前景进行了阐述,目的是说明无被害人犯罪作为客观存在的现象,必须引起研究者和实务界的重视。虽然国际上的非犯罪化潮流几乎代表了处理无被害人犯罪的主要呼声,但是笔者认为,处理无被害人犯罪的科学有效的方法应该是刑事政策理性选择后的结果,立法者应对无被害人犯罪保持清醒、客观的态度,并可以确切的认识犯罪化与非犯罪化的关系。具体来说,就是对我国刑法规定的无被害人犯罪进行分类研究,对具体罪名无论选择犯罪化还是非犯罪化,都应该是立法者适应刑法改革和社会发展的结果,西方国家对于无被害人犯罪进行非犯罪化处理对我国有一定的借鉴意义,但是我们不能盲从,因为有些无被害人犯罪在我国并没有规定为犯罪,还应当就具体罪名考虑其社会危害性,适当的予以犯罪化或者是非犯罪化。

二、研究无被害人犯罪的目的

无被害人犯罪作为一个争论不断的话题,引起了各学科研究者的广泛关注,犯罪学、刑法学,甚至刑事政策学都对它“情有独钟”。对无被害人犯罪问题的探讨为何如此热烈?这不得不提到大家关注的“换妻案”和“助人安乐死案”,在思考这两起案件如此受关注之余,我们更应该探索其背后的深刻含义,审理的结果固然重要,但是对于我们刑法研究者来说,案件对社会生活与学科理论问题的反应才是我们应该进一步思考的问题。而目前很多学者对该案仅从聚众淫乱的存废

与安乐死是否应该合法化的层面进行讨论，笔者认为应当将案件背后的理论与生活实际关联起来，找到隐藏在背后理论的共同点，即无被害人犯罪问题，罪与非罪的探讨应该注重无被害人犯罪的本质，以改进我国关于无被害人犯罪的现有规定。具体来说，加强对“无被害人犯罪”的研究，对我国刑法而言有如下意义：

第一，有助于慎重确定我国的犯罪圈。大部分研究者局限在非犯罪化的倡导上，本人认为我国并不是一定要跟随国际潮流一味的“非犯罪化”，而是随着社会的发展将某些行为纳入“犯罪圈”。

第二，有助于弱化重刑心理，逐渐实现轻刑化。

第三，有助于司法工作者运用宽严相济的刑事政策来指导实践。将宽严相济的刑事政策与无被害人犯罪相结合，使无被害人犯罪的研究具有合理的刑事政策作为指导。

总之，我国刑法对“无被害人犯罪”一直持谨慎态度，在贯彻宽严相济刑事政策的大背景下，有必要对我国刑法中的无被害人犯罪问题作进一步反思，并通过研究“无被害人犯罪”这一细微的问题，对刑法与道德的关系、“犯罪圈”的划定、刑法的谦抑性等刑事政策问题开展深入讨论，可以以小见大，促进对相关问题的进一步研究。

第一章 无被害人犯罪概述

在后现代主义思想浪潮的影响下,“无被害人犯罪”作为非犯罪化的一个重要组成部分引起学者们广泛讨论,面对无被害人犯罪是犯罪化还是非犯罪化这一问题,争论一直继续着。而我们清楚地看到,从当今各国刑法的规定来看,对于无被害人犯罪在刑法中犯罪化的趋势越来越少,即使在现有刑法中保留的关于无被害人犯罪的罪名,其处罚幅度也越来越轻。实际上,我国学者对无被害人犯罪还是存在分歧的,有部分学者认同将无被害人犯罪的非犯罪化,非刑罚化的观点,而少部分学者认为,我国应当走犯罪化、非犯罪化和有限犯罪化相结合的道路,进而保持刑法的正当性和合理性。

第一节 无被害人犯罪的相关学说及其本质

刑法理论界对无被害人犯罪理论一直有所关注,很多学者认为无被害人犯罪只是一个哗众取宠的名词,从刑法学的角度来看,犯罪必然存在被害人。因此首先说明的是本文是以犯罪学为角度,从无被害人犯罪概念的相关学说和本质入手,期望对无被害人犯罪的概念明确界定,从而为后文的研究提供基础。

一、无被害人犯罪的相关学说

我们所讨论的“无被害人犯罪”这一概念迄今为止并没有形成统一的概念,严格的“无被害人犯罪”的概念并不存在。纵观国内外,总结目前无被害人犯罪概念的各种观点,笔者将其概括如下:

(一)无法益侵害说。我国学者王恩海在其对无被害人犯罪定义的概括中支持了此种观点,他认为这些行为是“没有对刑法所保护的法益造成侵害或者威胁的行为。”^①日本学者大谷实的观点是:“无被害人犯罪是不对刑法所保护法益产生侵害或危险的犯罪”^②本定义是从法益侵害角度出发,简单的讲是保护法益不明确

^① 王恩海,无被害人犯罪研究[M],法律出版社,2009年版,第六页。

^② 大谷实著,刑事政策学[M],黎宏译,法律出版社,2000版,第89-90页。

的犯罪。虽然无被害人犯罪的本质在他的观点中阐述出来,但没有具体阐明其中法益的含义和具体的限定法益的范围。笔者认为,任何犯罪都会有法益的侵害,因为法益的侵害不仅仅限定于对个人的侵害,还包括对社会利益和国家利益的侵害。而作为无被害人犯罪定义中的没有法益的侵害应当限定为没有侵害其他个人法益。

(二) 伦理保护说。无被害人犯罪是指没有直接的被害人但被认为破坏了道德的犯罪行为。国内学者王恩海持此观点。他认为,无被害人犯罪是保护宗教和道德,出于人的本性实施的,无关个人利益的犯罪。需要说明的是,虽然刑法去道德化的呼声日益高涨,但是不能不重视刑法是最低的道德标准。这一观点认为认定犯罪侧重的是国家对宗教和道德利益保护的需要,并未直接涉及个人的生活利益。同样持此观点的还有国内学者彭磊。笔者认为,这种观点说明了无被害人犯罪的内含,即是国家对宗教和道德利益保护,可是却没有说明无被害人犯罪的行为人和行为相对者的主观方面问题。

(三) 自愿行为说。自1965年舒尔最早提出无被害人犯罪这一概念,他批判国家对堕胎、同性恋及药物滥用这三种社会偏差行为的公共政策,^①行为人双方均不仅有合意而且是自愿的认可行为,并且认为自己是在利益平等的前提下进行利益交换,甚至是交易的受益者,并不存在谁是被害人的问题。^②笔者认为,这一概念强调了当事人的主观自愿性,即只要经过被害人同意再实施的犯罪行为就属于无被害人犯罪,仅是从双方的主观方面出发,并且没有说明无被害人犯罪的本质即个人法益侵害问题,可能会导致扩大无被害人犯罪研究范围的问题。

(四) 被害人不明显说。不明思议即是指没有直接被害自然人或者被害人没有显现出来的犯罪。而笔者认为,被害人不明显说仅从无被害人犯罪的概念表面现象出发做字面阐述,绝对是逻辑性理解,没有深入其本质,也没有进行透彻的解析,更没有就无被害人犯罪的概念的渊源作分析,其缺陷是显而易见的。即使国内有很多学者赞成被害人不明显说,但笔者需要强调的是无被害人犯罪是个犯

^① 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[J].北方论丛,2012(3).

^② 高金柱.无被害人犯罪之研究与抗制.许春金著.犯罪学[M],台北三民书局,1996年.第474页.

罪学概念，这一主张也将在下文专节论述，虽然无被害人犯罪的字面表述与理论的解释有所出入，但无被害人犯罪只是个符号，而我们要研究的是它所反映的一类现象。就像舒尔第一次提出无被害人犯罪这一概念的初衷一样，而作为后来研究者的我们不能无限扩大无被害人犯罪的研究范围。

二、无被害人犯罪的本质

对于无被害人犯罪的本质所涉及的各种学说中，笔者自然在无被害人犯罪本质这一问题上坚持法益侵害说，摒弃规范违反说，法益侵害说对于研究无被害人犯罪问题提供了一个坚实的刑法理论基础。所谓法益是指，“根据刑法的基本原则，由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁人的生活利益。其中，由法律所保护的人的生活利益，则是刑法上的法益。”^①在我看来，法益不仅仅通过刑法来予以保护，除刑法外，还包括其他部门法，而上升为刑法保护的利益是，从社会生活出发，在一定社会经济条件下对各种利益进行平衡，这种利益着重体现了社会统治地位的价值观为导向的社会共同目标，从而“将侵害这一利益的行为在刑法上规定为犯罪。”^②行为具有社会危害性是我国刑法规定的犯罪的本质，通过上面剖析，我们可以很自然的推理出，犯罪对法律所保护的重要生活利益的侵犯，就是犯罪的社会危害性的具体化展现。因此，从某种程度来讲，犯罪的本质是对法益的侵害，即具有严重的社会危害性的特征。

我们之所以坚持法益侵害说，是因为它对法益有具体的描述，但与此同时不能忽视了法益与伦理之间的关系，正确理解这种关系为解决无被害人犯罪的罪与非罪是大有裨益的。反道德性被我们归结为无被害人犯罪的重要标志，但是不少支持无被害人犯罪应该非犯罪化的学者就将其作为说服依据，倡导反对“道德刑法化”。在我看来，作为无被害人犯罪的标志的反道德性，其意义并不在于是否将道德范畴的问题施用刑法予以规制，将道德作为单独的尺度单纯地得出无被害人犯罪应该一刀切地予以非犯罪化的观点。即对法律与道德之间关系的讨论上对无

^① 张明楷.法益初论[M].中国政法大学出版社.2003 年.第 167 页.

^② 杨春喜.刑法基础理论[M].北京大学出版社.1999 年.第 274 页.

被害人犯罪的范畴有意义,但并不是像一些学者所言,只要是道德问题就应该出罪,这样只能有偷换概念之嫌。无被害人犯罪的罪与非罪的抉择,不能单纯的“一刀切”,对无被害人犯罪一律非犯罪化,目前来看是没有充实的理论后盾的,而理性的选择是基于无被害人犯罪的基本特点,对无被害人犯罪这类行为区别对待,将犯罪化和非犯罪化相结合来划定刑法干涉无被害人犯罪的范围、保持刑法圈划定的两面性。

第二节 本文对无被害人犯罪特征的阐述及研究范围的界定

一、与无被害人犯罪相关的概念明晰

通过无被害人犯罪的上位概念的探讨对准确把握无被害人犯罪的概念具有必要性。美国学者 E·博登海默曾说过“概念乃是解决问题所必要的武器。”^①也正是由于这种必要性,使我们在这里讨论“被害人”与“犯罪人”的概念才是具有合理性的。在我看来,只有通过对概念的精确把握,才能够以此作为基础探讨更深层次的问题。

(一)“被害人”的概念

为了深入探讨无被害人犯罪的相关理论,“被害人”的概念是我们首先应当解决的问题,被害人指宗教礼仪上对神的祭品,也指因外力而遭受损害或承受不利后果者。^②意大利学者杜里奥·帕多瓦尼认为,被害人是“从犯罪原因和犯罪发展角度看,实际承担犯罪所造成的损害后果的人。”^③这是以犯罪学视角出发予以阐述的。从以上两种对“被害人”的定义中我们可以看出,二者均强调被害人是自然人。然而,随着法益内容的日益变化,“被害人”的范围不仅仅指自然人被侵害,还包括对社会的侵害和对国家的侵害。由此将“被害人”的概念分为广义的被害人和狭义的被害人。即以犯罪侵害的自然人作为狭义“被害人”。^④而所谓的广义

^① [美]E·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,2004年.第504页.

^② 王若阳.刑事被害人制度之比较[J].外国法译评,1999(2).

^③ [意]杜里奥·帕多瓦尼著.意大利刑法学原理[M].陈忠林译.法律出版社,1998年.第92页.

^④ 郭建安.犯罪被害人学[M].北京大学出版社,1997年.第五页.

上的被害人不仅含有个人，还包括国家、社会。

而作为本文讨论的无被害人犯罪中的“被害人”是狭义上的，即不包括国家和社会，仅仅是指自然人。这也是无被害人犯罪侵害对象的重要特征，如果将对社会的侵害和对国家的侵害均纳入讨论范围，最后只能得出一个结论，那就是并没有大家所探讨的无被害人犯罪。为了对无被害人犯罪中的“被害人”的深入理解，在我看来，无被害人犯罪概念产生的渊源是正确分析被害人概念的突破口，而不是仅仅从该概念的字面表述来作分析。前文已述，无被害人犯罪的概念的首次推出，是因为无被害人犯罪行为是有违伦理道德的行为，“除了自己以外并没有伤害其他人。”强调的是指自然人没有受到侵害，而不包括其他间接法益受到侵害。貌似这种称谓的表面意思和犯罪学研究存在不契合之处，可是，在我看来，我们讨论的重点应该是无被害人犯罪的范畴，并通过罪与非罪的探讨确定犯罪圈。而研究的意义之所在应该与无被害人犯罪概念的渊源相统一，不仅要限定在侵害道德风化领域的行为，并且这些行为的承受者具有是除行为人自身外，无其他个人被害的特征。本文所称“被害人”即犯罪被害人，或称刑事被害人，具体指的是人身或财产等合法权益遭受犯罪行为侵害的自然人。

（二）“犯罪”的概念

纵观国内外对犯罪概念的表述多种多样，大致可以分为两大类：犯罪的形式概念和犯罪的实质概念。犯罪的形式概念是从犯罪的法律特征上给其下的定义，具体表述有以下几种：第一种，认为犯罪就是违反刑事法律的行为。如德国刑法学家宾丁认为，“犯罪即违反刑事制裁法律的行为。”^①第二种，认为犯罪是依法应受刑事处罚的犯罪。1937年《瑞士刑法典》第一条规定，“凡是用刑罚威胁所确实禁止的行为”，就是犯罪行为。^②第三种，以犯罪成立的条件来概括犯罪。如日本学者福田平和大塚仁指出：“刑法上的犯罪可以给它下一个定义，就是刑罚法规所规定的可罚行为，但在刑法上如果从条件来探讨这一形式概念时，则可以给

^① 高铭暄.刑法学原理[M].中国人民大学出版社,1993年.第374页.

^② 高铭暄、马克昌.刑法学[M].北京大学出版社,2011年.第40页.

它下一个定义，即所谓犯罪就是具备构成要件的、违法的、有责的行为。”^①从以上几种对犯罪形式概念的不同表述可以看出，对于不同的视角，不同的领域，不同的学派，甚至不同的人对犯罪内涵和外延的理解是不一样的。在我国刑法学犯罪的概念应具备三个要件即行为具备社会危害性、刑事违法性、应受处罚性。然而，对于笔者研究无被害人犯罪问题，笔者更倾向于实质犯罪概念，实质犯罪概念不强调犯罪的法律特征，而更侧重说明一种行为之所以规定为犯罪的理由。刑事古典学派创始人贝卡利亚说：“衡量犯罪的真正标尺，即犯罪对社会的危害。”^②上述的犯罪的实质概念揭露了犯罪对社会危害性的本质，而这正与本文所研究的无被害人犯罪的犯罪概念理论基础相契合。

二、本文对无被害人犯罪研究范围的界定

（一）无被害人犯罪是犯罪学的概念

此处将无被害人犯罪首先界定为犯罪学概念是十分必要的，众所周知对于同一个概念犯罪学家与刑法学家会给出不同的解释，原因在于二者看待问题的角度并不相同，以此在“犯罪”的定义上，更是各抒己见。这就决定了犯罪学与刑法学对“犯罪”的定义囊括的不一样。在刑法学中的“犯罪”概念与我们前文所述的狭义的“犯罪”的概念相对应；而与之相反，犯罪学中的“犯罪”的概念与广义的“犯罪”概念相对应。具体来说，犯罪学中“犯罪”的阐述可以说是“为一种重要的社会现象”^③在我看来，刑法学探讨犯罪的概念是在罪行法定的框架内，一行为的罪与非罪都是由刑法规定的；而犯罪学中的研究对象以法律规定的犯罪为基点，向两边延伸，在此意义上，违法与犯罪都是被看做是违反社会秩序，具有社会危害性的行为。

通过以上论述刑法学与犯罪学研究的不同角度的分析，笔者考虑到将无被害人犯罪的概念归属于刑法范畴有一定的局限性，因此，将本文研究的无被害人犯

^① [日]福田平·大塚仁著.日本刑法总论讲义[M].李乔等译.辽宁人民出版社,1986年.第38-39页.

^② [意]贝卡利亚著.论犯罪与刑罚[M].黄风.中国大百科全书出版社,1993年.第25页.

^③ 翟中东著.犯罪控制——动态平衡论的见解[M].中国政法大学出版社,2004年.第44-50页.

罪限定为犯罪学的概念是有充足的理论作为后盾的,即“除了刑法规定的犯罪外,还应当包括违法行为和不良的反社会行为。”^①犯罪学对无被害人犯罪的阐述为我们研究无被害人犯罪提供了广阔的空间,让我们对无被害人犯罪的讨论限定在了一个合理的范畴之内,这样我们不仅可以研究我国刑法规定的,还可以探究属于犯罪学意义上的无被害人犯罪,例如,安乐死问题、代孕问题等,使论述更加具有创新之处,并对罪与非罪进行合理分析。

(二) 本文对无被害人犯罪特征及概念的阐释

在本文界定无被害人犯罪的概念之前,为了将无被害人犯罪这类现象与其他类型的犯罪相区别,笔者通过查阅相关资料发现,无被害人犯罪从源头来看,包括三种行为即堕胎、同性恋、药物滥用。但是随着对无被害人犯罪研究范围的逐渐扩展,学者们都根据无被害人犯罪的特征探索与其相吻合的犯罪,并且予以研究。例如卖淫行为、同性恋行为、堕胎行为这些行为都一度被外国立法规定为犯罪;而对于像高利贷、安乐死甚至重婚行为是这几年学者比较关注的。以上行为都具有无被害人犯罪的共性。归结起来有两大类即外在特征与内在特征:

1.外在特征。此特征具体包括(1)无被害人犯罪的发案量大。在美国,这种类型的犯法者要占全年被捕者人数的1/3以上。^②在我国据统计,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%。^③(2)难以界定和控制,因此浪费司法财力、物力,使惩罚成本变得高昂。首先,对这类犯罪难于界定是由于罪与非罪的界限的模糊不清所致的。司法实践中缺乏统一的客观标准,因此,司法者难以把握。其次,一些被害人认为自己是私事,不认为自己是被害人,并且案件通常较为隐秘,不易被发现,这就给司法机关的侦查能力提出了更高的要求,适用更先进的技术,由此带来的是司法成本的提高。

2.内在特征。(1)从主体上来看,将无被害人犯罪的“被害人”限定在自然人。(2)从主观方面来看,当事人具有自愿性,在双方当事人同意的情形下参与

^① 康树华.犯罪学——历史、现状、未来[M].群众出版社,1998年,第44页.

^② 王恩海.无被害人犯罪研究[M].法律出版社,2009年,第27页.

^③ 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[J].北方论丛,2012(3).

犯罪行为，行为人不具有加害意识，而所谓的“受害者”也没有受害意识。因此，在行为人自己看来自己的行为并不违法，并且行为中的“被害人”通常是行为人本人而没有其他直接受害者。例如在吸毒、赌博、卖淫行为中，吸毒者、赌博者和卖淫者是行为实施者，他们本人便是被害人，但将犯罪人自身看作被害人，这无疑是不合情理的。（3）从客观方面来看，这类犯罪与被禁止的物品或服务有关，首先是基于本性。其次，由于客观上无直接被害人犯罪往往是一些违反宗教或道德标准的反伦理行为，所以无被害人犯罪具有很高的反道德性，即在社会日常生活中，这种行为与社会的主导思想相冲突是社会伦理道德所不能容忍的，（4）从行为后果来看，因为没有对其他个人造成侵害，所以这些犯罪大多数社会危害性很小，这也是无被害人犯罪与其他类型的犯罪的最本质的不同，基于此将无被害人犯罪的非犯罪化呼声此起彼伏。

对于“无被害人犯罪”的概念，目前还没有一个统一的界定。在我看来，概念是一切思维的基础要素，因此只有我们将无被害人犯罪的定义弄清楚，我们才能对继续研究这类行为做基奠。无被害人犯罪的诸多特征前文已经予以探讨，本文对无被害人犯罪归纳为：出于人的本性而自愿实施，或是违反道德或是具有自损性质；通常行为人不具有加害意识、行为的相对者也不具有受害意识；并且没有对除自身以外的其他的个人法益主体造成直接侵害的行为。

第二章 无被害人犯罪的理论基础

第一节 将无被害人犯罪出罪的思想基础

谈及到无被害人犯罪的出罪，我们会想起一个词“非犯罪化”，“非犯罪化”曾在西方国家引起一股风潮，在“非犯罪化”的倡导下，我们不禁思考，其根本意义何在？“非犯罪化”的思想是避免刑罚对生活过多的干预而提出的，而与之相同的思想还有刑法的谦抑思想、自由主义思想，概括的说，自由主义为无被害人犯罪提供了哲学基础；刑法的谦抑性为现有无被害人犯罪的出罪提供了途径；非犯罪化思想为无被害人犯罪的产生创造了环境。下文将主义阐述：

一、自由主义思想

自由主义以十七世纪、十八世纪四大胜利即理性、自然、个人、财产为特征起源于中世纪末。^①最初的自由主义运动主要目的是排除人类进步的障碍，是一场解放自由的运动。但是随着自由主义的发展，越来越多的学者主张，自由主义并不是指可以随心所欲的做任何事，而是指自由是有一定限度的，超出这个限度法律就会对其干预。所有自由主义者都首先认同个人自由和个人选择。^②这就为无被害人犯罪提供了哲学基础，在他们看来，无被害人犯罪中的行为人是对自己利益或是他人同意放弃的利益的处置，行为人完全是根据自己的意志自由决定是否为一一定的行为或以何种方式为一一定的行为的问题，并且其行为没有侵害第三者的利益。

在我国，自由主义思想有很长一段时间表现的“水土不服”，但从目前我国将“国家尊重和保障人权”写入宪法规定来看，国家在一个侧面已经在重视个人自由的观念。而笔者认为，对于无被害人犯罪问题的犯罪化与非罪化研究，很大程度上取决于对自由主义的态度，因此，可以说自由主义对无被害人非罪化提供了

^① [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂. 刑事政策的主要体系[M]. 卢建平译. 法律出版社, 2000 年. 第 27 页.

^② 萨利. 何为自由主义-探讨自由思想的知识根基[J]. 秋风译. 北京三联书店, 2003 年版.

哲学基础。

二、刑法谦抑思想

刑法谦抑思想源于贝卡利亚、边沁和卢梭等思想家的论述。我们所说的刑法谦抑思想是控制刑法的调控范围和调控程度以及体现人道主义的一种基本精神。即是“以最小的支出，获取最大的社会效益。”^①但需要强调的是这种精神贯穿刑法的始终。刑法谦抑性的概念首先由日本刑法学者平也龙一提出，但是没有对“谦抑”给予详细界定，而是将“谦抑”概括为，第一，刑法的补充性。刑法只是在其他法律或习惯和道德不能奏效时的一个补充，即刑法具有保护法益的最后手段性。第二，刑法的不完整性。随着社会生活的变化，犯罪也呈现多样化的趋势，犯罪的内涵及其范围也在变化之中，因此，刑罚不可能考虑到社会生活的方方面面，还需要其他手段予以配合，在此意义上说具有刑法的不完整性。第三，刑法的宽容性。所谓刑法宽容，是一种政治制度的特性，主张确定相对更为宽泛的刑法容忍度。刑法的宽容性，不仅仅是一个刑罚轻重的问题，更是一个刑法在调整社会与个人关系的时候应当把握的准则。^②因此，在确定刑法的犯罪圈时，应该最大限度的为个人留下自由空间，以保障社会主体的积极性和创造性的充分发挥，促进社会和谐。

考虑到无被害人犯罪的除罪化，刑法的补充性、不完整性和宽容性思想也将融入到无被害人犯罪的刑事立法政策中。在刑法理论界，谦抑价值观越来越受到中外法学家的关注和倡导，谦抑思想不仅体现在立法中，对司法、执法等环节也应当有所体现。他们认为，刑法应该是在其他社会规制手段不完整时起到补充性作用，在中国，虽然古代刑法中在立法精神、司法制度等方面对谦抑性思想有所体现，但是在我国，重刑主义思想却一直占据主导地位。显而易见，对于一些无被害人犯罪的除罪化，刑法的谦抑思想成为必备思想基础。

^① 陈兴良著.刑法的价值构造[M].中国人民大学出版社,1998 年.第 353-390 页.

^② 陈兴良著.本体刑法学[M].商务印出馆,2003 年.第 83 页.

三、非犯罪化思想

从各国刑法的发展看,对无被害人犯罪行为犯罪化的趋势越来越少,从20世纪中期开始,几乎所有的资本主义国家都进行了不同程度的非犯罪化实践。由此究其源头可以看出,无被害人犯罪是在非犯罪化的浪潮中产生的,换句话说,无被害人犯罪体现了非犯罪化精神,但是,如何结合我国现有规定,讨论非犯罪化是个重要的问题。因此,我们有必要讨论非犯罪化思想从而更加深入的了解无被害人犯罪。

对于“非犯罪化”含义的界定,各国学者都有其各自的观点,其中比较有代表性的是:日本学者大谷实、台湾学者林山田、法国学者马蒂和我国学者马克昌。日本学者大谷实教授认为,“非犯罪化是将迄今为止作为犯罪加以处罚的行为不再作为犯罪而停止对其处罚,因此应包括变更从来作为犯罪可处刑罚的现状,而代之以罚款等行政措施加以处罚的情况”。^①台湾学者林山田认为,“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,将其删除,使其从刑事制裁体系中除籍,而不是刑事实体法加以处罚的犯罪行为;或者仍旧保留为犯罪行为,但去舍弃其刑罚的执行或者附条件的判决,而使行为人不致受到刑罚的制裁,或者增设追溯条件,或者在刑事程序上规定不予追溯等”。^②法国学者米海依尔·马蒂就认为:非犯罪化的概念“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。”^③这实质是狭义的概念。而我国学者马克昌教授认为,“非犯罪化是指立法者将原本由法律规定为犯罪的行为从法律中剔除,使其正当化或者行政违法化。”^④通过剖析非罪化概念,可以看出对非犯罪化的含义概括的不同,并不影响其核心即尽量缩小犯罪圈的理念。广义上的非犯罪化概念是本文所赞成的,对无被害人犯罪“一刀切”的非犯罪化显然是不合适的。而应当对那些轻微的犯罪或是被害人自己的行为实行两种思路即规定为合法行为和规定

^① [日]大谷实.刑事政策学[M].黎宏译.法律出版社,2000年.第88页.

^② 林山田.刑法的改革[M].台湾学林文化事业有限公司出版,2001年,第127页.

^③ [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂.刑事政策的主要体系[M].卢建平译.法律出版社,2000年.第254页.

^④ 马克昌、李希慧.完善刑法典两个问题的思考[J].法学,1994(12).

为一般违法行为。综上，笔者认为用广义非罪化概念对待无被害人犯罪问题更为适宜。

第二节 将无被害人犯罪入罪的理论基础

从各国对无被害人犯罪的规定来看，虽然主流趋势是将其非犯罪化，但现有法律还有一些将无被害人犯罪的犯罪化的规定，我国学者陈兴良教授认为，“从中国的国情和现行刑事立法的现状出发，主要的问题不是非犯罪化，当务之急是犯罪化”。^①我们应当清楚地认识到对于无被害人犯罪应根据一国实际情况和客观需要出发，不应一味追求西方非犯罪化潮流，在犯罪化过程中立法者应当保持理智而谨慎的态度，遵循犯罪化的正当性原则和本土化原则。因此，要想对一些无被害人犯罪行为从我国国情出发进行犯罪化处理，此处探讨其入罪原则层面的理论基础是相当有必要的。

一、犯罪化的正当性原则

我国现今的刑事立法缺少对犯罪化正当性的基本立法原则的界定。笔者认为，对犯罪的入罪探讨，首先需要依据犯罪化的正当性原则来保证国家正当的通过刑罚手段将某种行为入罪。道德哲学领域对法律的合法性的追问引起了犯罪化原则的正当性的问题，作为国家行使刑罚权的依据，犯罪的正当性原则成为犯罪化的核心因素，它不是虚无缥缈的，而是判断行为是否入罪的依据和标准。例如，对于聚众淫乱罪是否应予以取消这样的问题，刑事立法应当在正当性原则的基础上，制定出形式与实质相统一的规范，这对改善犯罪化规定的被动性和表面性，防止过度犯罪化具有深层次的意义。

对于无被害人犯罪这类犯罪的犯罪化问题，更需要刑法正当性原则和相关理论作为指导，只有这样才能更加明确的界定无被害人犯罪的界限，为无被害人犯罪的立法实践提供原则层面的理论支持。

^① 陈兴良.刑法哲学[M].中国政法大学出版社,1992 年.第 8 页.

二、犯罪化的本土化原则

犯罪化的本土化原则要求我们，对一行为是否在我国予以犯罪化，必须从本国实际出发，考量本国的传统和现实的需要。不同的国家有着不同的传统，正如日本学者大塚仁教授所说：“它存在于人类长期育成的文化，即对其中包摄着道德、宗教、政治、经济、艺术等所有东西的文化为基础，受到来自民族传统和现实国家制约的具体文化。”^①我们不能单纯的移植国外刑法立法模式，因为法律是民族文化与民族精神的体现，犯罪化应以我国国情为基础。

讨论无被害人犯罪是否犯罪化的问题时，必须关注中西对“犯罪分层”的差异。不同的模式，导致对无被害人犯罪的入罪问题有所差异，如果将其完全照搬的移植到我国来，恐怕没有相应的思想理论作支持，缺乏本土化进程。因此，推动无被害人犯罪的犯罪化，借鉴与移植国外立法制度，必须考虑本土的生存环境、社会接受程度和不可忽视的民意基础，否则很难达到效果。

^① [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 11 页.

第三章 中外无被害人犯罪的刑事政策的比较与分类

第一节 域外无被害人犯罪立法沿革

西方国家从 20 世纪中期开始,进行了声势浩大的不同形式和特点的非犯罪化实践,这场影响深远的非犯罪化运动使的不少西方国家纷纷效仿。著名的学者埃德温·舒尔对无被害人犯罪概念的首次提出,他认为,成年人之间只要是合意、互益行为或者是不被法所认可的服务的行为,均是无被害人犯罪。^①在这类犯罪中,行为人的行为后果由自己承受,也没有非间接的其他自然人被侵害。此举曾引起了各国对无被害人犯罪界定的风潮,他们开始反思刑法过度道德化的问题。在 20 世纪中期,英国通过的《沃尔芬登报告》认为维护道德不应成为刑法的正当目的,属于道德类归属的行为不应该动用刑罚。^②随后英国将作为无被害人犯罪范畴内的堕胎行为也合法化了。之后德国、美国、丹麦、瑞士等过也开始了无被害人犯罪的非犯罪化历程。甚至使一些无被害人犯罪的行为完全的合法化。正是这股非犯罪化浪潮成为无被害人非犯罪化的主要根源。^③在世界范围之内,虽然无被害人犯罪的非犯罪化潮流不断兴起,对其非犯罪化的呼声越来越大,由此看各国刑法有关无被害人犯罪的规定越来越少,整体趋势已经向着宽容的方向迈进了。

第二节 我国无被害人犯罪的立法现状

一、我国无被害人犯罪的现状

笔者在搜集材料阶段,发现国内学者对无被害人犯罪问题的研究并不多,相关著作更是凤毛菱角,仅有两个:一个是学者王恩海的《无被害人犯罪研究》;另一个是学者肖怡的《无被害人犯罪的刑事政策与刑事立法研究》,目前对此类问题也没有形成一致的价值取向。而现有涉足无被害人犯罪问题的文章因受西方非犯

^① 王思海.无被害人犯罪一与未成年人保护[J].青少年犯罪问题.2002(2).

^② 张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究[M].法律出版社,1996 年.第 420 页.

^③ 游伟、谢锡美.非犯罪化思想研究[J].陈兴良主编.刑事法评论[M].第 10 卷.中国政法大学出版社,2002 年.第 349 页.

罪化思潮的影响，在我国对于无被害人犯罪，绝大多数学者都是从无被害人犯罪的非犯罪化角度进行阐述，认为世界潮流是非犯罪化，那么对无被害人犯罪也应当照搬西方的非犯罪化处理的观点。而与之相对的，有学者主张对无被害人犯罪直接予以非犯罪化与我国的现阶段所处的主流价值观相悖。我们要意识到西方文化与我国文化的差异的深层次原因，对无被害人犯罪有选择性的区分不同的具体类别。这也是本文所赞同的。

二、我国 97 刑法中有关无被害人犯罪的规定

我国刑法对犯罪学意义上的无被害人犯罪规定的并不多，这表明了我国对无被害人犯罪的谨慎态度。自从建设社会主义法治社会以来，我国在刑法经济性的考虑下并没有将太多精力放在无被害人犯罪这类行为上。纵观我国 1979 年《刑法》到 1997 年《刑法》，相关的通奸罪和流氓罪分别在我国 79 年刑法和 97 年刑法中排除在犯罪圈之外。而对于西方曾经做犯罪化处理的卖淫、堕胎、同性恋、自杀、酗酒、乱伦等行为我国刑法始终将其排除在外，由此可见，我国对无被害人犯罪规定是很少的更没有形成一个章节予以规定。

笔者通过总结，认为我国现行刑法中属于无被害人犯罪范畴的罪名主要有 10 个，分别是：聚众淫乱罪、组织卖淫罪、协助组织卖淫罪、容留、介绍卖淫罪、赌博罪、传播淫秽物品罪、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪、组织播放淫秽音像制品罪、组织淫秽表演罪以及容留他人吸毒罪。

我国的无被害人犯罪都集中规定在第六章“妨害社会管理秩序罪”中，具体来讲，规定如下：作为典型的无被害人犯罪的聚众淫乱罪规定在该章第一节“扰乱公共秩序罪”第 301 条第一款，聚众淫乱罪是指聚众 3 人以上进行淫乱活动或者多次参加 3 人以上的淫乱活动的行为；赌博罪规定在第 303 条，该罪是指以营利为目的，聚众赌博，开设赌场或者以赌博为业的行为；第七节“走私、贩卖、运输、制造毒品罪”中将容留他人吸毒罪规定在 354 条，该罪是将 1991 年 9 月 4 日全国人大常委会《关于严禁卖淫嫖娼的决定》的第 3 条的内容纳入新刑法中的；第六章第九节“制作、出版、贩卖、传播淫秽物品罪”中第 363 条第 1 款规定了

制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪；第 364 条第 1 款规定了传播淫秽物品罪；第 364 条第 2 款规定了组织播放淫秽音像制品罪；第 365 条规定了组织淫秽表演罪。虽然我国现行刑法中规定容留吸毒罪、组织卖淫罪等犯罪行为，但对卖淫、吸毒这种典型的无被害人犯罪行为等已经处在犯罪圈之外，因而就没有所谓的犯罪化问题，但可以讨论其非犯罪化的问题。

第三节 对无被害人犯罪的分类研究

对于无被害人犯罪的分类，因各国对无被害人犯罪研究的深入程度和广度不同而有所差异，笔者将叙述几种分类，然后通过考量诸多分类，对中国刑法视域内的无被害人犯罪依据侵害的刑法法益的不同而简要划分，希望此举能够为后文对我国无被害人犯罪的分类研究提供类别依据。

一、无被害人犯罪的各种分类

我国学者王恩海认为，“以是否有相对人为标准，可以将无被害人犯罪划分为：单方的自损行为和双方的交换行为，前者如吸毒、酗酒等；后者如卖淫、通奸、同性恋等。”^①我国学者黄京平从无被害人犯罪所涉及的内容不同，将其分为：（1）涉及生命利益的行为，如自杀、堕胎、安乐死等；（2）涉及财务方面的行为，如赌博、高利贷等；（3）涉及使用药物的行为，如吸毒。”^②而日本学者森下忠认为：“无被害人犯罪分为四类：（1）关于性行为的犯罪，如近亲相奸、反自然性交、同性恋、通奸、纳妾、卖淫等；（2）关于生命、身体的犯罪，如自杀、自杀未遂、自伤、堕胎等；（3）关于社会风俗的犯罪，如赌博、公然猥亵、散布猥亵文书、酗酒等；（4）药物滥用犯罪，如吸毒。”^③

^① 王恩海.无被害人犯罪研究[M].法律出版社,2009 年.第 8 页.

^② 黄京平、陈鹏展.无被害人犯罪研究[J].赵秉志.刑法评论[M].法律出版社,2006 年.第 89 页.

^③ 梁根林.刑事法网:扩张与收缩[M].法律出版社,2005 年版.第 247 页.

二、本文对无被害人犯罪的分类

从本文对无被害人犯罪概念和特征的界定中我们可以看出，侵害社会风尚是无被害人犯罪的共同标志，需要说明的是，本文不仅欲将我国刑法规定的十种无被害人犯罪进行归类，还将像安乐死、卖淫、吸毒、代孕等行为囊括其中进行分类，原因在于本文限定在广义上的无被害人犯罪的概念。因此，有必要将我国刑法没有规定为犯罪，却有关无被害人犯罪的行为也一并归类。根据侵害的法益不同可分为：

（一）对性道德风尚的管理秩序：聚众淫乱罪、卖淫行为、引诱，容留、介绍卖淫罪、传播淫秽物品罪、制作、复制、出版、贩卖、组织淫秽表演罪、组织卖淫罪、协助组织卖淫罪、传播淫秽物品牟利罪以及组织播放淫秽音像制品罪。

（二）对人的生命、健康权益的侵害：安乐死、代孕行为、吸毒行为、容留他人吸毒罪。

（三）违反社会管理秩序：赌博罪。

第四章 宽严相济刑事政策下的个罪剖析之犯罪圈的划定

第一节 宽严相济刑事政策对我国无被害人犯罪刑事立法的启示

作为界定公民自由权和国家刑罚权的分界线，主导一国刑罚圈的发展方向的宽严相济刑事政策，包括向外扩张发展的入罪和向内紧缩发展的出罪。宽严相济刑事政策与区别对待精神的倡导不谋而合，因此，正确认知这一刑事政策对无被害人犯罪的研究是大有裨益的。

一、宽严相济刑事政策的定位

在 20 世纪 80 年代的严打政策并没有取得良好的社会效果下，人们开始讨论严打政策存在的价值，而正当构建社会主义和谐社会之时提出了宽严相济的刑事政策。所谓宽严相济是指对不同的行为根据其社会危害性的不同，在立法、司法过程中，相互配合、区别对待，该严的要严，该松的要松。该政策旨在提出根本的、抽象的原则，而立法者或是司法者怎样在实践中实现宽严相济的刑事政策并没有在概念中表现出来，该政策就像一个基本的原则，具体到案件中可能会因为个案的不同秉承宽严相济的原则做不同处理。在 2010 年最高法院发布的司法解释中再次强调当今社会我国的刑事政策仍应采取“宽严相济”。据此有学者认为，“宽严相济仅限于指导刑事司法。”^①笔者认为，虽然有关正式文件并没有明确规定将宽严相济指导刑事立法，但这并不意味着该政策只能对刑事司法具有价值，而对立法者的立法没有指导作用。作为一项原则性政策，在我看来，由于司法受制于立法，一些司法政策常常面临着立法不足的窘境，这就要求立法者采取措施，使判案有法可依。因此，司法机关贯彻宽严相济刑事政策要以刑事立法体现该政策为依据。^②保持立法与司法价值精神的一致性，这是我国构建法治社会的要求。综上，不仅仅指导我国司法实践，还应该指导立法者的立法，期望在司法中彻底实

^① 储槐植、赵合理.构建和谐社会与宽严相济刑事政策之实现[J].法学杂志,2007(1).

^② 陈兴良.宽严相济:构建和谐社会的刑事法律回应[J].检察日报,2007(4).

现宽严相济的刑事政策，那么在立法中就有必要体现宽严相济的刑事政策。

宽严相济的刑事政策与我国的一项基本刑事政策“惩办与宽大相结合”所体现的对犯罪区别对待的精神的发展趋势不谋而合。然而，宽严相济的刑事政策是对惩办与宽大相结合的弊端总结后提出的新的刑事政策，作为惩办与宽大相结合的继承和发展，是对我国法治发展和社会秩序稳定的新思考、新理念。^①二者既具有联系又具有区别，不能将二者割裂来看，它的创新之处着重在，“以宽济严”，而不同于两方面的同等用力，均等发展。由于一国的刑事政策的制定受多种因素的影响，所以不同国家的侧重点是不同的，只有有张有弛的将两者集合，轻中有重、重中有轻，轻重兼济，才是最佳的刑事政策。这种最佳的刑事政策即宽严相济的刑事政策运用到我国司法实践与立法时才能体现它的效益。具体来讲，我国犯罪的概念，不仅有“质”的要求还有“量”的限制，对于社会危害性不大的行为，该宽则宽，而对于社会危害性相当大的行为来说，则应当体现“严”的一面，将其纳入到犯罪圈。

综上，宽严相济的刑事政策就是在这种价值权衡的思维方式下探索的结果。对某些行为采用严厉的政策，而对另一些行为则采用宽松的政策，平衡二者所达到的价值要素。这就使我们没有忽视任何因素的价值，而是二者兼顾，使我们的立法更加合理，司法更加谨慎。

二、宽严相济刑事政策与无被害人犯罪的关系

宽严相济刑事政策是“惩办与宽大”相结合刑事政策的继承和发展，^②更是在反思严打刑事政策的弊端之后提出的，这一刑事政策如何适用并指导无被害人犯罪重新划定犯罪圈是笔者将要研究的问题。

在研究无被害人犯罪的刑事立法政策时，即使面对一浪高过一浪的无被害人犯罪非犯罪化的浪潮，也不能轻易认为刑法介入所有无被害人犯罪领域都是错误的、是不符合立法的国际趋势的。审慎的刑事立法者不应该忽略刑法保护社会、

^① 黄京平.宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式[J].法学杂志.2006(2).

^② 马克昌.论宽严相济刑事政策的定位[J].中国法学,2007(4).

维护社会秩序这一最首要、最根本的功能。威尔逊和海因斯坦就认为：“以牺牲秩序、纪律为代价对选择个人意志和生活方式的尊崇,必须对犯罪的大爆发承担责任。”^①所以在处理无被害人犯罪问题上,我们也应该意识到宽严相济刑事政策中所蕴含的价值均衡是动态的整体结构的平衡,它不是恒久不变的。为什么有些“边缘性犯罪行为”在某些地域合法地存在(例如卖淫、安乐死等),而在另一个地域就是非法的,是政策主体权衡各种利弊,调和冲突价值后做出的能使社会处于可持续发展的均衡状态的明智选择。将宽严相济刑事政策适用到无被害人犯罪的立法上时,对于某些无被害人犯罪行为我们可能使用“宽松的刑事政策”而对另一些行为就可能与之相反,双轨共同进行,并不意味着一味趋轻或趋重,而是二者互相配合。无论宽还是严作为主要趋势,都应该是对各种价值的兼顾后理性选择的结果。

盲目地将无被害人犯罪一刀切地非犯罪化处理在我国缺乏实践根据。例如,对于我国犯罪圈之外的卖淫行为是否应当犯罪化?这个问题,只有立法者秉承宽严相济刑事政策,权衡各种价值,合理有效的规制无被害人犯罪,才能以达到维护社会秩序的目的。因此,“无被害人犯罪”的处理应当在我国宽严相济刑事政策的视野下,对于其中应“宽”的行为在立法上,应当非罪化。而对于应“严”的行为,应当犯罪化。虽然从无被害人犯罪的特征来看,其大都是违反道德基于人的本性而自愿实施的行为,因此,多数学者单单主张将其“宽缓”对待即主张对无被害人犯罪非犯罪化。但是,笔者认为,我国现行条件并不成熟。对于无被害人犯罪问题,我们应当采取辩证的态度,对所有的无被害人犯罪不能单纯决定的犯罪化或是非犯罪化,而应结合我国的国情对“无被害人犯罪”的个罪进行分类研究和区别对待,原因在于,伴随着社会人们的容忍度的提升,在从前人们认为是犯罪的行为,可能会因个人价值的变化而认为不应该规定为犯罪,像秘密的聚众淫乱行为这种社会危害性小的应考虑除罪化,而对于一些新情况、新问题,例如今年来的代孕问题,社会危害性明显增大,我们可以考虑是否将之纳入到刑

^① Wilson and Herrnstein, *Crime and Human Nature*, New York: Simon and Schuster, 1985, p. 420- p. 435.

法的调控范围。

第二节 我国无被害人犯罪个罪剖析之犯罪化与非犯罪化抉择

通过上文对我国刑法规定的无被害人犯罪的归类，我国学者对无被害人犯罪的研究主要是集中在现有刑法规定的无被害人犯罪和几个与其有关的热点问题，例如：卖淫、安乐死、吸毒、代孕等问题。在西方非犯罪化思潮的影响下，后现代的冲击又接踵而至，我国有关“无被害人犯罪”的犯罪化和非犯罪化引起学者大讨论。但与西方国家只对犯罪有“质”的要求不同，我国对犯罪的划分还需要有在“量”的条件，这种“量”表现为对社会危害性大小的探讨和具体价值因素的权衡。对一行为是“入罪”还是“出罪”，也即是犯罪化与非犯罪化所代表着两种截然不同的、对立统一的刑法路径的选择。笔者认为，面对西方国家对无被害人犯罪规制呈现“非犯罪化”的趋势，要保持冷静，就我国而言，在规制“无被害人犯罪”时，不仅要考虑国外的立法状况与相关的国际环境，更要结合本国的具体传统与国情，取其精华、去其糟粕。在价值中立的情况下不偏不倚的对无被害人犯罪的出罪与入罪进行权衡。^①即对无被害人犯罪问题应当按照犯罪化或是非犯罪化的标准进行区别对待，分类评述，理性地在个罪的犯罪化与非犯罪化之间抉择。

一、秘密的聚众淫乱行为的非犯罪化

聚众淫乱罪作为典型的无被害人犯罪，是诸多学者谈及无被害人犯罪时必定提到的罪名，它体现的反道德性、自愿性，无直接侵害参与者以外的人等，这些都是无被害人犯罪的显著特征。因此，本文有必要对其加以剖析。我国学者为何如此重视聚众淫乱罪的探讨？聚众淫乱罪是我国 79 年刑法中的流氓罪分解来的，近年来伴随着一些像“换妻游戏”、“裸聊行为”等新型社会现象的出现，无论是从法律层面还是道德层面都引起了广泛的探讨。法学界着重对“道德高度法律化”问题进行一定的研究，并取得了一些成果；而社会学界则对公权力介入个人

^① 肖怡.无被害人犯罪的刑事政策与刑事立法研究[M].中国方正出版社, 2008 年.第 280 页.

隐私的深度予以探索，欲将为立法规制是否合理问题探求民意基础。这就使得我国刑法规定的聚众淫乱罪的规制受到重新审视，更是一时间引起了学者们主张将聚众淫乱罪非犯罪化处理。

我国刑法第三百零一条第一款规定：“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、拘役或者管制。”所谓“聚众淫乱罪”是指男女多人一起进行淫乱活动，败坏社会风化的行为。^①本罪没有规定是否发生在公共场所的问题，关于我国刑法对聚众淫乱罪的不加区分的规定，亟待修正。我国学者认为，聚众淫乱罪归属于无被害人犯罪一类，分为公然和秘密的聚众淫乱行为，应从不同视角予以权衡。^②聚众淫乱罪规定我国 97 刑法的第六章“妨害社会管理秩序罪”中的第一节“扰乱公共秩序罪”。也就是说，其侵犯的法益应为“公共秩序”。那么在征得成年人同意的情况下，作为健全的成年人间的私密的自愿行为，是否应当动用刑法予以规制？在私密的场所进行涉及公民私密的“换妻行为”是否侵害了公共秩序？这一点值得商榷，毕竟这是个私权问题也是个道德问题。笔者认为，对我国的聚众淫乱行为的规制，应当体现宽严相济的刑事政策，不能够一律进行非犯罪化，而要区分场所，即对于秘密的聚众淫乱行为应当施行非犯罪化。具体原因归纳如下：

第一，从犯罪的本质法益侵害说角度分析秘密的聚众淫乱行为，对法益的侵害尚不至于动用刑罚的手段，聚众淫乱罪侵犯的客体是“公众对性的感情。”^③而在我看来，对于秘密的聚众淫乱行为，是在他人不知道的情况下私自的行为，并没有影响公众的认知，因此不存在对公众对性的感情法益的侵害，应当非犯罪化处理。

第二，从行为主体来说，基于双方的自愿私自发生了淫乱行为，并且这种合意是双方的真实意思的体现，且仅仅是违反了伦理道德，属于需要非犯罪化的无被害人犯罪。

^① 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.

^② 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[J].北方论丛,2012(3).

^③ 张明楷,刑法学第三版[M].法律出版社,2007.第 321 页.

第三,不符合刑法谦抑性原则的要求,不符合谦抑思想中所体现的刑法的补充性、刑法的宽容性与刑法的经济性。对于秘密的聚众淫乱行为,由于其具有私密性,所以侦查难度较大,需要大量的人力、物力,不符合刑法谦抑的经济性,同时对于像秘密的聚众淫乱行为刑法应当体现宽容性。

综上,既然我们在宽严相济的刑事政策下讨论聚众淫乱行为,那么对于秘密的聚众淫乱行为的非犯罪化,就体现了宽严相济“宽”的一面;而考虑到公然的聚众淫乱行为实然对公众对性的感情造成了侵害,即有其他个人法益受到侵害,所以公然的聚众淫乱行为仍应保持在犯罪圈之内,体现宽严相济“严”的一面。需要强调的是,聚众淫乱罪的非犯罪化的意义并不是在法条上,而是将其非犯罪化背后的法益原则和谦抑精神。对于聚众淫乱行为的社会风俗的危害,不在于其行为人数的多少,而在于其是否侵犯了他人合法法益。如果缺少这一要件,那么秘密的聚众淫乱行为的成立应该被“阻却”,没有必要将那些无社会危害性且纯属公民自我道德选择和个人私密空间的隐私行为纳入刑法圈。同时域外对聚众淫乱行为非罪化的样本给我们提供了足够的理论和实践支持。因此,在宽严相济刑事政策下剖析聚众淫乱行为,笔者认为,对秘密的聚众淫乱行为应基于非犯罪化。

二、组织代孕行为的犯罪化

代孕现象是从上个世纪末开始出现的新的社会现象。代孕行为符合本文研究的无被害人犯罪问题,虽然法学界将其作为无被害人犯罪来讨论的并不多,研究代孕涉及的刑法问题的论文和专著也是凤毛麟角。但是,通过研究无被害人犯罪的渊源及特征。笔者认为,代孕问题符合无被害人犯罪范围的特征,即自愿性、反道德性并且没有对除自己以外的其他个体产生危害。因此,笔者将这一新兴的现象进行探讨,希望对扩展我国关于无被害人犯罪问题的研究范围有所裨益。

代孕就如同一把“双刃剑”在带给许多家庭欢乐的同时,对社会秩序、法律秩序和道德伦理产生了不小的冲击,引起了社会学界乃至法学界的激烈争论,社会学界主要集中在讨论其反伦理性及由此可能产生的一系列社会问题,而法学界主要讨论是否将代孕行为合法化问题。卫生部在2001年2月20日颁布的《人类

辅助生殖技术管理办法》、2003年8月颁布的《人类辅助生殖技术规范》和《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》，规定禁止医疗机构和医务人员实施任何形式的代孕技术，构成犯罪的，依法追究刑事责任。但是，这只是卫生部的部门规章对于代孕的态度，禁止实施代孕技术的对象仅限于医疗机构和医务人员，效力层级比较低，而我国刑法中并没有任何关于代孕犯罪的与之相对照的刑法规定。从其他国家或地区的立法实践来看，将代孕视为犯罪而给予刑法制裁的国家和地区有很多，如德国、英国、法国以及我国香港地区，关于代孕的立法，有的严格禁止任何形式的代孕，并且追究相关当事人的刑事责任；有的禁止商业性代孕，但允许非商业性的代孕。

笔者认为，在宽严相济刑事政策视野下，对代孕行为的绝对禁止并不可取，与其用“一刀切”的禁止，不如审慎的规制，对代孕进行全面的认识，区分各种的有关代孕行为的类型，有区别的对其犯罪化或是非犯罪化，并且通过各个部门法相互配合，合理的规制代孕问题。对于代孕具体涉及到不同的主体而行为类别的不同，笔者将其概括为：第一类：代孕行为，即表现为代孕“妈妈”与代孕“雇主”自愿，合意的签订代孕合同的行为，分为商业代孕与普通代孕。前者表现为雇主给予代孕“妈妈”丰厚的酬金，而后者通常表现为仅仅给予代孕“妈妈”必要的营养、医疗费。第二类：组织代孕行为，多见于黑中介，以营利为目的的组织代孕行为。第三类：强迫代孕行为，黑中介违背代孕者意志而使其代孕行为。第四类：非法制作、发送、刊登代孕广告罪，达到宣传、营利的目的，通常表现为利用互联网违法散播代孕广告的行为。笔者认为，对单纯的第一类代孕行为，即代孕“妈妈”与“代孕“雇主”相互自愿而不损害他人利益时，代孕“妈妈”是对自身的生育权和妊娠权处分，要着重体现宽严相济的“宽”，刑法不应当予以干预，因此不宜犯罪化，这不仅符合无被害人犯罪非犯罪的思想，而且对那些只是违反伦理道德的行为，没有必要将其上升为刑法的规制范畴，这是对刑法的谦抑性原则与我国宽严相济刑事政策的价值判断相结合后决定的。

“宽”与“严”是刑事政策的一体两面。本文认为为了体现“严”的一面，应当将具有商业性质的组织代孕的机构或中介进行刑法规制，具体理由如下：首

先，通常这些黑中介机构都是没有资质的机构，在现实中容易导致代孕“妈妈”被黑中介诈骗，这就使代孕妈妈的安全得不到保障。其次，代孕是一项公益事业，旨在圆不孕不育夫妻拥有子女的梦，我国对代孕的相关立法比较少，因而，代孕机构和组织不能通过代孕行为来谋取非法利益、侵害他人的合法权益。顾应当明确禁止商业代孕行为，明确规定从事商业代孕行为的代理机构和委托人应当承担的法律责任。具体来说笔者建议，可以在我国刑法中增加“组织代孕罪”，以实现组织代孕的犯罪化，防止出现无法可依、适用法律的空白，同时对代孕产生的其他相关问题，启动其他部门法进行管理，使我国的代孕问题在一个有条件下滋长。这是宽严相济刑事政策的价值所追求的，在代孕的问题上，以此合理的刑事政策作为指导，相信对我国的代孕立法是个理性的选择。

三、以“赌博为业”行为的非犯罪化

赌博罪是指以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业的行为。^①而在 2006 年《刑法修正案六》中将开设赌场罪单独规定。总的概括起来赌博罪存在三种情形，即开设赌场、聚众赌博和以赌博为业行为。赌博罪符合本文所讨论的无被害人犯罪的特征，因此属于“无被害人犯罪”的范畴，笔者认为，秉承宽严相济的刑事政策对赌博行为侵害法益的不同，应当细化到不同的赌博行为所产生的不同法律后果，并对其作出不同的法律评价。对赌博行为完全犯罪化和全面非犯罪化的做法都不合乎实际的。实践中，对“以赌博为业”的规定不明确，缺乏司法操作性，因此对其中的“赌博为业”行为应当予以非犯罪化。

刑法学界的通说认为，“以赌博为业”即将赌博作为职业或者兼业，以赌博行为所获取的收入为主要生活来源或者腐化生活来源。”^② 本文主张将以“赌博为业”行为非犯罪化处理，以体现宽严相济“严”的一面，具体理由如下：

（1）从侵害法益程度来说，“以赌博为业”行为与个人的习性、道德评价有关。以此社会危害性并不大，而对于其他两种赌博类型则可能妨害社会管理秩序。

^① 高铭喧、马克昌.刑法学[M].北京大学出版社,2011 年.第 550 页.

^② 高一飞.刑法宽容的理由[J].人民检察,2006(2).

具体来讲,主张以赌博为业行为保留在刑法规制范围内的学者认为,不劳而获的思想可能会导致行为人偏离正常生活轨道,逐渐堕落,是被人们认为是坏的习性,在我看来,这是道德层面的问题,好赌是人性的一个弱点,赌博正是基于这一不劳而获的思想蔓延而生的。我们不能由于惧怕一个行为可能导致某种间接的后果,而以此为理由将行为犯罪化。堕落的生活也是行为人自身选择的,行为人有这个自由和权利。况且,“以赌博为业”行为从本质上讲也是个人自愿的行为,是行为人通过共同的游戏规则以赌博的收入作为个人生活的主要经济来源也是个人的生活选择,所以并不存在侵害别人利益的问题,笔者认为,这一点最具本质特征。

(2)从域外立法来看,赌博罪在一些地域已经做非犯罪化处理,比如荷兰、法国、瑞士、英国等。赌博行为在我国根深蒂固,如果不结合我国的国情,一味的将赌博犯罪化或是非犯罪化都是不可取的,要区分类型来看。对于单纯赌博行为,非犯罪化处理是大多数国家所采取的,即使对单独赌博行为有规定的,例如我国台湾“刑法”将单纯赌博非犯罪化仅限于隐秘场所。域外国家对赌博罪明确界定,为我们将“以赌博为业”的非犯罪化提供了实践支持。这样一来,对于单纯赌博行为,大多数国家的刑法并未将其纳入犯罪圈。即使存在单纯赌博罪,“对其入罪已经有严格的限制。”^①

(3)从司法实践中看,对“以赌博为业”的司法认定提出了新的挑战,以“赌博为业”的客观表现是什么方式?然而在行为表现上单纯的赌博与“以赌博为业”的行为的表上面上看表现特征相同。怎样认定“以赌博为业”行为?的确是为我们的司法者提出了不小的难题。我国刑法和相关的司法解释中并没有明确“以赌博为业”行为的具体含义,因此导致了司法实践中的困惑,常常无法可依,增加了司法的难度。比如说,多少次参加赌博就可以认定为所谓的“赌徒”?行为人主要的生活来源怎样界定?理论界有学者提出:“以赌博收入作为其生活或挥霍的主要来源为标准认定。”^②但是绝大多数赌客都不是以赌博所得作为主要生活或挥霍的来源,毕竟赌博的输赢是无常的。在我看来,“以赌博为业”的人不在少数,

^① 梁果.赌博行为非犯罪化问题研究[D].中南财经政法大学,2010 第 5 页.

^② 李希慧.妨害社会管理秩序罪新论[M].武汉大学出版,2001 年.第 182 页.

如果都将其加以规定，秉承着“执法必严，违法必究”的原则，势必将增加司法成本。

（4）从我国立法规定来看，对“以赌博为业”认定标准的空白，导致了法条如同虚设，司法者面临着认定难的问题。而对单纯的赌博行为我国刑法未将其纳入规制范围，而是对这类单纯的赌博进行治安管理处罚。因此，可以看出，我国对赌博罪的规定是区分类型的规制。

综上，本文将赌博行为纳入无被害人犯罪的研究范畴予以探讨，并着重提出在宽严相济刑事政策视野下讨论“以赌博为业”行为的非犯罪化是有一定基础的。具体来说，从对“以赌博为业”法益分析角度看，其社会危害性并不大，我们不能仅仅因为赌博者容易造成堕落等一系列间接后果而将之动用刑罚手段规制，“以赌博为业”行为，并没有直接的其他个人受害，这更像是个人修养与道德的问题。从刑法的补充性这一谦抑思想，我们深知刑法具有最后手段性，只有其他方式不能起作用时，刑法才能动用。而“宽”与“严”如何正确把握？如何协调？从而“发挥刑罚最佳预防犯罪的效果是一门艺术。”^①在我看来，对“以赌博为业”行为应当体现宽严相济刑事政策的“宽”的一面，进行非犯罪化；对于开设赌场行为、聚众赌博行为则应当体现“严”的一面，予以犯罪化。

^① 陈兴良.宽严相济刑事政策研究[J].法学杂志,2006(1).

结 语

无被害人犯罪的概念一经提出就备受争议，很多学者认为无被害人犯罪只是一个哗众取宠的名词，从刑法学的角度来看，犯罪必然存在被害人。但是从犯罪学的角度来看，对无被害人犯罪是出罪还是入罪，实际上是如何划定犯罪圈的问题。笔者认为，这一类犯罪与众不同，有研究价值，这也是本文首先将无被害人犯罪限定为犯罪学概念基础上的原因。我们应当重视中国社会长期积淀下来的深厚的伦理思想，在借鉴国外经验的同时，必须从我国的文化根基、现实背景和我国的国情出发，制定出合理规制无被害人犯罪的刑事立法政策。在处理无被害人犯罪这类具有很强反道德色彩的犯罪时，不能轻言跟随西方潮流将其一味的非犯罪化，对于应当犯罪化处理的犯罪决不能姑息。

我国刑法涉及无被害人犯罪问题虽然已作出了修改和调整，但在诸多问题上仍有待深化，这也从一个侧面说明了进一步加强对无被害人犯罪非犯罪化问题研究的必要性。然而，宽严相济的刑事政策在无被害人犯罪的罪与非罪的界定上为我们开启了一个新的视角，笔者的思路也越加明晰起来，在宽严相济刑事政策视域下，确立犯罪化与非犯罪化的双轨并行的立法理念，是制定无被害人犯罪刑事立法政策贯穿始终的立法选择，而贯彻落实该政策的重点是正确把握宽严相济刑事政策中“宽”和“严”的适用。笔者通过剖析我国的无被害人犯罪，对无被害人犯罪进行分类研究和区别对待，根据不同罪状的特征，采取不同层次的非犯罪化处理。笔者希望以无被害人犯罪这一细微问题作为切入点，从深度和广度上拓展对无被害人犯罪的研究，以期对我国刑事立法与司法的发展有所裨益。

参考文献

- [1] 张明楷.法益初论[M].中国政法大学出版社,2003.
- [2] 张明楷.刑法学第三版[M].法律出版社,2007.
- [3] 高铭暄、马克昌.刑法学[M].北京大学出版社,2011.
- [4] 高铭暄.刑法学原理[M].中国人民大学出版社,1993.
- [5] 陈兴良著.刑法的价值构造[M].中国人民大学出版社,1998.
- [6] 陈兴良著.本体刑法学[M].商务印出馆,2003.
- [7] 陈兴良.刑法哲学[M].中国政法大学出版社,1992.
- [8] 郭建安.犯罪被害人学[M].北京大学出版社,1997.
- [9] 王恩海.无被害人犯罪研究[M].法律出版社,2009.
- [10] 杨春喜.刑法基础理论[M].北京大学出版社,1999.
- [11] 肖怡.无被害人犯罪的形势政策与刑事立法研究[M].中国方正出版社,2008.
- [12] 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.
- [13] 康树华.犯罪学---历史、现状、未来[M].群众出版社,1998.
- [14] 侯宏林著.刑事政策的价值分析[M].中国政法大学出版社,2005.
- [15] 高金桂.无被害人犯罪之研究与抗制.许春金著.犯罪学[M],台北三民书局,1996.
- [16] 翟中东著.犯罪控制-动态平衡论的见解[M].中国政法大学出版社,2004.
- [17] 张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究[M].法律出版社,1996.
- [18] 梁根林.刑事法网:扩张与收缩[M].法律出版社,2005.
- [19] 李希慧.妨害社会管理秩序罪新论[M].武汉大学出版,2001.
- [20] 林山田.刑法的改革[M].台湾学林文化事业有限公司出版, 2001.
- [21] 大谷实著.刑事政策学[M].黎宏译.法律出版社,2000.
- [22] [美]E•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,2004.
- [23] [意]杜里奥•帕多瓦尼著.意大利刑法学原理[M].陈忠林译.法律出版社,1998.
- [24] [日]福田平•大塚仁著.日本刑法总论讲义[M].李乔等译.辽宁人民出版社,1986.

- [25] [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.
- [26] [意]贝卡利亚著.论犯罪与刑罚[M].黄风.中国大百科全书出版社,1993.
- [27] [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂。刑事政策的主要体系[M].卢建平译.法律出版社,2000.
- [28] 萨利.何为自由主义-探讨自由思想的知识根基[J].秋风译.北京三联书店,2003.
- [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[J].北方论丛,2012, (3).
- [30] 马克昌.论宽严相济刑事政策的定位[J].中国法学,2007, (4).
- [31] 马克昌、李希慧.完善刑法典两个问题的思考[J].法学,1994, (12).
- [32] 王若阳.刑事被害人制度之比较[J].外国法译评,1999, (2).
- [33] 王思海.无被害人犯罪一与未成年人保护[J].青少年犯罪问题.2002, (2).
- [34] 游伟、谢锡美.非犯罪化思想研究[J].陈兴良主编.刑事法评论[M].第 10 卷.中国政法大学出版社,2002.
- [35] 黄京平、陈鹏展.无被害人犯罪研究[J].赵秉志.刑法评论[M].法律出版社,2006.
- [36] 储槐植、赵合理.构建和谐社会与宽严相济刑事政策之实现[J].法学杂志,2007, (1).
- [37] 陈兴良.宽严相济: 构建和谐社会的刑事法律回应[J].检察日报,2007, (4).
- [38] 黄京平.宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式[J].法学杂志.2006, (2).
- [39] 高一飞.刑法宽容的理由[J].人民检察,2006, (2).
- [40] 梁果.赌博行为非犯罪化问题研究[D].中南财经政法大学,2010.
- [41] 陈兴良.宽严相济刑事政策研究[J].法学杂志,2006, (1).

致 谢

2010年9月入学那天，看着这熟悉又陌生的校园，我告诉自己，我已经准备好了迎接新的挑战。对于我来说，黑大的一切都是新的，我努力从分校考到这，是希望弥补高考的失利还是对就业的逃避？无论什么原因，我来到这了，心中充满了希望，我曾给自己定了很多目标，而一部分目标并没有实现，在即将结束研究生学习生活时，心中不免有些许遗憾，有时总会说：“如果……多好啊？”可是生活中没有如果，时间不会倒流，只有回忆捕捉值得的一幕幕。

感谢的话尽管落入俗套，但发自内心，首先，感谢我的刑法学的授课老师们，是他们让我对我所学的学科有了进一步探究的想法。感谢董玉庭老师，他教会了我分析问题的视角；感谢陈建旭老师，为人朴实的他让我明白做学问要严谨；感谢刘彦辉老师，他让我明白做人要踏踏实实。

最要感谢的是我的导师于逸生教授，第一次见到恩师就被他平易近人的人格魅力所吸引，不仅如此，恩师是个学术严谨、待人宽厚的人。对于指导我的毕业论文更是细心，从毕业论文大纲的拟定到结尾的细节，恩师提出了很多受益的建议，恩师指导我对于论文一定要明确分类，区别对待，哪些该严，哪些该宽一定有所体现，正是恩师的指导让我对毕业论文的开展不迷茫，树立了正确的思路，圆满完成了论文。再次衷心的说声，谢谢您，于老师！

行文至此，我的毕业论文即将定稿，这预示着我的研究生生涯即将结束。谢谢室友对我的照顾，我们一起度过了美好的三年时光，谢谢父母，辛苦的供我上学。未来的路还很长，人生的下一阶段即将开启，希望所有大家都身体健康、工作顺利。“准备好了吗？加油！”，我准备好啦！

攻读学位期间发表论文

- [1] 邵娜.宽严相济刑事政策视野下的无被害人犯罪[J].经济研究导刊,2013(8).黑龙江省研究生创新科研项目项目编号: YJSCX2012-300HLJ.

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：

邵娜

签字日期：2013 年 6 月 2 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：

邵娜

导师签名：

丁逸之

签字日期：2013 年 6 月 2 日

签字日期：2013 年 6 月 2 日

学位论文作者毕业后去向：

工作单位：

电话：

通讯地址：

邮编：