

2017年度黑龙江省社会科学学术著作出版资助项目

无被害人犯罪研究

黄大威 著



哈尔滨工业大学出版社
HARBIN INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

2017 年度黑龙江省社会科学学术著作出版资助项目

无被害人犯罪研究

WUBEIHAIREN FANZUI YANJIU

黄大威 著



哈尔滨工业大学出版社
HARBIN INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

内容简介

本书对无被害人犯罪的基本理论、现实基础、刑事政策等进行了系统研究,提出无被害人犯罪的概念应采取区别论域、分别定义的方法。无被害人犯罪以法律与道德、法益保护思想和刑法谦抑性为理论基础。在这一方面,西方非犯罪化思想为我国提供了一定的借鉴。在我国宽严相济的刑事政策中,当宽则宽的政策为无被害人犯罪的刑事立法政策变革提供了政策基础。

无被害人犯罪的社会负性态度是其刑事政策改革的阻力与障碍,而社会负性态度的原因则包括道德观念因素、权利意识因素、人性认识因素、社会科技与医疗水平因素等。综上,本书提出在宽严相济政策下,以公民权利保障为基本目标,依托本国经济、政治、文化背景,借助于科学发展之力,稳妥进行无被害人犯罪的刑事政策改革的思路。

本书可供法学专业本科生、研究生做参考书,也可作为刑法学与犯罪学领域学术研究的参考资料。

图书在版编目(CIP)数据

无被害人犯罪研究/黄大威著. —哈尔滨:
哈尔滨工业大学出版社,2017.9
ISBN 978-7-5603-7032-3

I. ①无… II. ①黄… III. ①刑事犯罪—研究—中国
IV. ①D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 274997 号

策划编辑 杨秀华
责任编辑 丁桂焱 王晓丹
封面设计 佟玉
出版发行 哈尔滨工业大学出版社
社址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006
传真 0451-86414749
网址 <http://hitpress.hit.edu.cn>
印刷 哈尔滨圣铂印刷有限公司
开本 787mm×960mm 1/16 印张 14.25 字数 229 千字
版次 2017 年 9 月第 1 版 2017 年 9 月第 1 次印刷
书号 ISBN 978-7-5603-7032-3
定价 45.00 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

前 言

无被害人犯罪于 20 世纪中叶的非犯罪化运动中被提出,是欧美国家非犯罪化改革的主要对象。我国正面临着无被害人犯罪现象比较突出的社会形势,存在着发案量大、犯罪界限难认定、犯罪难以控制、惩罚成本高和社会评价不一致等问题。所以,对无被害人犯罪的基本理论、现实基础和刑事政策等进行系统研究,具有重要的理论与现实意义。本书以犯罪学视角研究无被害人犯罪,旨在为无被害人犯罪的刑事政策提供思路。

本书以论域观为方法论,分析目前对无被害人犯罪所下定义存在着的论域混乱的问题。无被害人犯罪概念应区别刑法与犯罪学论域,分别定义。无被害人犯罪以法律与道德、法益保护思想和刑法谦抑性为理论基础,其现实基础是非犯罪化运动和宽严相济的刑事政策。对无被害人犯罪进行的社会态度调查表明,社会负性态度是无被害人犯罪的刑事政策改革的阻力与障碍,而社会负性态度的原因则包括道德观念因素、权利意识因素、人性认识因素以及社会科技与医疗水平因素等。因而,无被害人犯罪的刑事政策需要检视和反思。如在利益权衡之下,对卖淫采取由渐进式向有限犯罪化转型的策略,分两个步骤逐步完成有限犯罪化;对于聚众淫乱、公然的聚众淫乱、二人公然猥亵和一人的性暴露且情节严重的行为,合并为“公然猥亵罪”;将全面禁止色情的政策改为区别对待的政策,实行有限犯罪化;对吸毒行为采取“治疗替代处罚”的政策,注重戒除帮助,以替代单纯的惩罚。

本书是在笔者的博士论文的基础上整理加工而成。在这里要感谢我的导师乐国安先生在论文选题和写作期间对笔者的支持和帮助。此外,还要感谢王牧老师的教导以及师弟高东宝的帮助。

由于本人能力所限,在书的内容、结构和表述上仍有一些有待完善之处,真诚地希望能够得到广大同仁、学者的指正。

黄大威

2017 年 8 月

哈尔滨

目 录

导 论	1
第一章 无被害人犯罪概述	9
第一节 无被害人犯罪的概念	9
第二节 无被害人犯罪的特征与分类	28
第三节 无被害人犯罪的类型	31
第二章 无被害人犯罪的理论与现实基础	52
第一节 法律与道德	52
第二节 法益保护思想	59
第三节 刑法谦抑性	70
第四节 无被害人犯罪的现实基础	81
第三章 无被害人犯罪的民众态度调查	98
第一节 问卷基本情况	98
第二节 对卖淫、嫖娼的民众态度调查	101
第三节 对传播淫秽物品的民众态度调查	110
第四节 对聚众淫乱的民众态度调查	116
第五节 对吸毒、安乐死的民众态度调查	121
第六节 对赌博、高利贷的民众态度调查	125
第七节 社会负性态度与无被害人犯罪非犯罪化的冲突	133

第四章 无被害人犯罪的刑事立法政策思考 139

 第一节 卖淫、嫖娼立法反思与调整 139

 第二节 聚众淫乱罪的反思与调整 159

 第三节 散布淫秽物品、色情作品立法政策的反思与调整 167

 第四节 吸毒刑事政策的思考 184

结 语 193

参考文献 197

附 录 207

导 论

一、选题背景与意义

20 世纪中期,欧洲、美洲、拉丁美洲、非洲及社会主义国家进行了刑法改革,将“刑法作为维护法律秩序不得已情况下才采取的最后手段,成为所有国家修改刑法的目标”。^① 这场世界性的刑法改革运动的一个共同动向就是非犯罪化,主张缩小刑法的调整范围。在非犯罪化运动中,重要内容就是对无被害人犯罪的刑法改革。以英国的《关于同性恋和卖淫问题的报告》(也被称为《沃尔芬登报告》)为起点,同性恋、自杀、堕胎、卖淫、吸毒、通奸、散布淫秽物品等成为各国刑法非犯罪化研究的对象。

自 20 世纪 80 年代起,我国卖淫、吸毒、散布色情物品、赌博、高利贷等犯罪现象日益突出,政府对此时常采取“扫黄”“抓赌”专项治理行动,但以“黄”“赌”“毒”为代表的无被害人犯罪现象屡禁不止。随着社会发展和时代变迁,在价值观与道德观多元化的现代社会,有必要充分认识无被害人犯罪,采取更合理有效的刑事政策。

无被害人犯罪问题具有独特性、复杂性与敏感性。卖淫、嫖娼、吸毒、赌博等无被害人犯罪现象是违背社会伦理道德的行为,但因为没有具体的个人法益受害,所以社会危害性比较小。但由于发案量很大,所以存在大量的犯罪暗数。无被害人犯罪具有与传统的有被害人犯罪不同的特征,这类案件不存在传统意义上的犯罪人^②与被害人的关系,其参与双方均不认为自己是被害人,或者是只

① [德]汉斯·海因里希·耶赛克,世界性刑法改革运动概要[J].何天贵,译,法学译丛,1981(1):18-25.

② 在本书中,根据不同场合,犯罪人有时称加害人、行为人,被害人有时称受害人,这些概念只是表述视角有所差异,所以不做严格区分。

有自己实施的损害自身的行为。前者如卖淫、嫖娼、赌博等,后者如吸毒等。这类行为违背了社会主流道德,其悖德性使得这类问题的研究具有一定的敏感性。

虽然这类行为的社会危害性小,案件的认定似乎相对简单,但却存在广泛的执法和司法困难。例如:由于不存在传统的被害人,缺乏被害人的控告,这类案件往往非常隐秘,侦破困难;此类犯罪现象多发,国家为此付出大量的警力、物力等资源,但收效不佳,屡禁不止,甚至呈现更加多发的局面;关于淫秽、猥亵、色情等规范性构成要素判断标准模糊,基于不同的价值观会得出不同,甚至对立的结论,法院常因面临各种不同意见而举棋不定;形成了在诉讼中,只有国家控告,不存在被害人作为当事人,也不存在刑事和解等不同于一般诉讼的特征。由于上述特征的存在,使无被害人犯罪在整个犯罪类型中具有突出的独特性、复杂性。

无被害人犯罪的政策选择,是在价值观、道德观多元的自由、民主社会中,探求如何保障公民权利,减少犯罪的危害。也就是说,对无被害人犯罪的处理如果不当,不仅会使犯罪危害无法遏制,还会背离建设法治社会的目标。合理有效的刑事政策需要立足于本国社会,不能脱离社会经济、政治实践和传统文化。在现代化建设过程中,新的犯罪现象作为现代化的副产品,“是对正在变化的社会条件的可以理解的反应”^①,在社会变化巨大、社会矛盾复杂的形势下,刑事政策应做出及时的调整。苍白的理论逻辑和僵化的应对机制不利于解决这类犯罪问题,而深入研究无被害人犯罪现象、刑事政策等问题具有必要性与重要性。

本书从无被害人犯罪的概念入手,研究无被害人犯罪的特征与类型,分析其理论渊源与现实基础,进行无被害人犯罪的社会态度的实证研究,然后以此为基础,研究无被害人犯罪的立法政策与立法规制。总的来看,本项研究不仅具有重要的理论意义,同时还充满强烈的现实关怀。

1. 理论价值

无被害人犯罪研究有助于深化刑法的基本理论,主要表现在以下几个

^① [美]路易丝·谢利. 犯罪与现代化——工业化与城市化对犯罪的影响[M]. 何秉松,译. 北京:中信出版社,2002:5.

方面。

一是无被害人犯罪是非犯罪化的重要组成部分。非犯罪化与犯罪化的研究在各国刑法理论界均受到关注,无被害人犯罪研究有助于扩展非犯罪化的研究深度与广度。

二是无被害人犯罪的基本理论问题的研究,为抗制此类犯罪现象提供理论支撑与思想指导,它是犯罪学领域中不可忽视的犯罪类型。

三是以无被害人犯罪为切入点,关注其刑事政策的研究,为扩展刑事政策学的研究提供思路。此外,我国正面临着法治国家的建设任务,无被害人犯罪的刑事政策是法治的组成部分,对这一领域进行研究有助于法治理论的深化与法治目标实现。

四是无被害人犯罪的理论基础源自法律与道德的关系,涉及刑法的谦抑性、犯罪的本质等刑法基础理论问题,对无被害人犯罪进行研究有助于对刑法基础理论的深化。

2. 现实意义

该研究旨在为无被害人犯罪选择合适的刑事政策,顺应了国家应对此类比较突出的犯罪现象的迫切需要,契合了当下国家构建和谐社会和法治社会的客观要求。其现实意义主要表现在以下几个方面。

一是权利保障方面。立足于保护人权的价值取向,既保障参与无被害人犯罪的各方当事人的人权,也要保障未成年人权利和其他社会成员的权利,协调各方之间利益,减少犯罪危害,维护社会和谐稳定。

二是立法方面。为完善相关立法提供参考依据,特别是为犯罪圈的划定与调整提供思路。无被害人犯罪是非犯罪化过程中不可避免的问题。在我国,目前卖淫、嫖娼、吸毒、高利贷等现象时常引发社会热议,而该研究将为此类犯罪的政策与规范调整提供必要支持。

三是执法和司法方面。无被害人犯罪的社会危害性相对较小,实践中对此类问题处理时,要有别于有被害人的犯罪。而对无被害人犯罪研究,可以为解读此类犯罪提供支持,为此类案件的处理提供合理的裁判参考,为促进公正高效的执法与司法环境创造条件。

二、研究现状与问题

卖淫、嫖娼、赌博等不是新的犯罪类型,但作为无被害人犯罪论题进行研究

则是在现代社会提出的。经过学者们多年来的共同努力,这一领域已经取得一定的研究成果。

无被害人犯罪研究在欧美国家发起,在国外,特别是法治化程度较高的国家,对此问题有广泛而深入的研究,并已经付诸到立法。无被害人犯罪成为非犯罪化的刑法改革的主要对象。

20世纪五六十年代,欧美国家在民权运动及自由社会理念下,反思道德与刑法的关系。英国发起了关于同性恋与卖淫的道德、宗教、法律问题的争论,政府组织的“同性恋及卖淫调查委员会”于1957年提出了《关于同性恋和卖淫问题的报告》。该报告明确提出维护道德不应成为刑法的正当目的,卖淫和同性恋实质上都是私人道德,所以没有禁止的必要^①,建议取消对卖淫和同性恋的犯罪规定,但应规定禁止公开卖淫。这一报告在欧美国家引发了关于道德与刑法关系的大讨论,并推动了无被害人犯罪立法政策的调整。

无被害人犯罪的概念是在1965年由美国学者埃德温·舒尔提出的,指“处在犯罪边缘线”的堕胎、同性恋及药物滥用三种社会偏差行为^②,这类罪行是被害人与犯罪人双方都同意并自愿交换的行为,行为中的“被害人”认为自己是一个利益交换者,是平等交易的受益者,而不是被害人。舒尔从社会学角度批判了对这三种偏差行为的公共政策。无被害人犯罪的概念一经提出就得到广泛接受。舒尔对无被害人犯罪的定义是描述性的,并没有对其下实质的定义,于是各国学者纷纷提出自己的定义,但目前严格的无被害人犯罪的定义并未形成。

在欧美国家,对无被害人犯罪的犯罪化与非犯罪化的争论,基本呈现的是无被害人犯罪属于非犯罪化的趋向,并且在各国的立法政策上也已经出现了相应的调整,使无被害人犯罪成为非犯罪化的主要对象。例如:英国将同性恋、自杀罪废除;美国规定堕胎合法化;安乐死、吸毒、卖淫、散布淫秽物品等行为,在某些国家的立法中已经非犯罪化。

国外针对无被害人犯罪的研究,主要从三个角度考察,即犯罪学、刑法学、

^① [英]J. C. 史密斯, B. 霍根. 英国刑法[M]. 马清生, 李贵方, 陈兴良, 等译. 北京: 法律出版社, 2000: 23.

^② 肖怡. 无被害人犯罪的刑事政策与刑事立法研究[M]. 北京: 中国方正出版社, 2008: 5.

刑事政策学。

一是从犯罪学角度,主要针对典型的无被害人犯罪,如卖淫、赌博、吸毒等现象,研究其行为特点、原因与防控对策。

二是从刑法学角度,主要对刑法典中规定的无被害人犯罪进行规范性研究,如赌博罪、传播淫秽物品罪、聚众淫乱罪等。

三是从刑事政策学角度,针对无被害人犯罪的立法政策进行讨论,论证其犯罪化与非犯罪化,对无被害人犯罪争论的焦点集中于法律与道德的关系。对于无被害人非犯罪化的主张占优势,并对此提出了刑法谦抑思想、自由主义思想、国家权力限制、人权保障等多角度的理由。

无被害人犯罪的研究从欧美国家发起,目前国外和中国台湾地区这一领域的研究资料较多。由于我国犯罪圈的划定与西方国家采用不同的标准,我国违法行为区分为刑事犯罪与行政违法,大部分无被害人犯罪类型归属于行政处罚的范围中,刑法典中规定的无被害人犯罪类型并不多。因此,对这类行为非犯罪化的研究并未引起较多重视。目前,对该领域的研究还比较薄弱,但总结来看,我国对该问题的研究也有一定基础。

(1)从成果类型来看。通过对中国政法大学图书馆馆藏资源进行检索,以无被害人犯罪为主题的论著有两部:肖怡的《无被害人犯罪的刑事政策与刑事立法研究》,侧重于研究无被害人犯罪的刑事立法政策;王恩海的《无被害人犯罪研究》,侧重于研究无被害人犯罪的理论基础。在中国期刊网上,截止到2013年3月,以“无被害人犯罪”为题名的文章共41篇,其中有硕士论文10篇。以上研究成果说明,对于无被害人犯罪的研究已经引起一些关注。以无被害人犯罪的具体犯罪类型,如“卖淫”“吸毒”“赌博”等为题名进行搜索,相关的成果非常丰富,学科背景有法学、社会学、心理学、医学等,不同学科对这些问题的共同关注,说明了无被害人犯罪并非新的犯罪现象,且具有相当程度的复杂性。

(2)从研究领域来看。在国别研究上涉及英国、美国、德国、日本等法治建设比较发达的国家;在地域研究上还涉及我国台湾、澳门地区。研究内容以介绍域外立法及比较借鉴为主。问题范围涉及无被害人犯罪的内涵特征、历史发展,各国立法规制,非犯罪化等。大部分研究仅对其中的单一行为,如赌博、吸毒、卖淫、聚众淫乱、传播淫秽物品等,进行犯罪预防与治理或刑法规范性的研究。但这些研究无疑是为无被害人犯罪的系统研究提供了一定的基础。

(3)从研究的具体观点看。对无被害人犯罪的概念内涵、理论基础、刑事立

法政策、具体的立法规制,对其中不同犯罪类型的产生原因、控制对策等均有涉及。除理论基础以外,几乎对每个问题点均有不同的观点和见解。这反映了研究者对无被害人犯罪问题的关注和兴趣,同时也表明该问题的复杂性。

(4)从研究引用的参考资料来看。几乎所有的研究者都大量引用刑法谦抑、法益保护、法律与道德、自由主义等方面的代表性著作,这些理论思想成为无被害人犯罪研究的基础。关于社会学、政治学、伦理学的相关研究成果,也为无被害人犯罪研究提供丰富的资料。

总体来说,对无被害人犯罪的某些具体类型研究的较多,而对无被害人犯罪这一犯罪类型作为一个整体进行系统研究的较少。这些文章和著作分别从刑法学、犯罪学、刑事政策学三个角度进行研究。从刑法学角度,有些文章对赌博罪、聚众淫乱罪、传播淫秽物品罪等进行规范分析,从解释学角度对具体的犯罪构成进行论述,有些文章还提出了富有建设性的立法建议;从犯罪学角度,有些文章对卖淫、吸毒等行为的特点、原因及治理对策进行研究,其中有些文章还从历史的角度分析其存在的渊源,并研究无被害人犯罪的基础理论;从刑事政策学角度,有些研究了无被害人犯罪应当采取的立法政策,并提出相应的立法建议。

尽管如此,面对复杂的无被害人犯罪问题,目前的研究仍存在着研究视角单一、研究思路狭窄、研究内容不全面等不足。在研究视角上,基本上是在法学视角进行研究,只是对某种犯罪类型进行宏观、抽象的论证,没有吸收其他学科的研究成果,没有对具体问题做更多细致的梳理;在研究思路,主要是进行思辨性研究,实证研究较少;在研究内容上,虽然论证了中国未来无被害人犯罪立法政策和立法框架,但缺乏对我国无被害人犯罪立法的社会基础条件和制度条件的分析,也没有充分认识到我国无被害人犯罪立法政策改变的阻力与障碍,使得无被害人犯罪的研究仅仅停留在应然性的论述上,而对实然性的论述还远远不够。

三、研究内容与创新

1. 研究内容

本书主要研究内容包括:无被害人犯罪的概念、特征、类型,无被害人犯罪的理论基础与现实基础,无被害人犯罪的民众态度调查以及几种无被害人犯罪

的刑事立法政策与规范调整。

(1) 导论。对本书的研究背景与意义、研究现状、主要研究内容、创新之处与研究方法进行必要的说明。

(2) 第一章, 无被害人犯罪概述。首先, 对无被害人犯罪的概念进行梳理。无被害人犯罪定义一直存在着论域不清的问题。本书以论域观为方法, 提出不同的论域中应当有不同的无被害人犯罪的定义。如基于刑法与犯罪学学科任务和研究目的不同, 无被害人犯罪在刑法与犯罪学中应有不同的定义。其次, 在无被害人犯罪概念界定的基础上, 对无被害人犯罪的特征进行归纳, 以区别于其他的犯罪类型。最后, 对具体犯罪类型的表现、各国立法模式及对其犯罪化与非犯罪化的争论进行介绍。

(3) 第二章, 无被害人犯罪的理论与现实基础。无被害人犯罪的理论基础是法律与道德的关系、法益保护思想、刑法谦抑性; 现实基础是非犯罪化运动和两极化刑事政策。我国的宽严相济刑事政策是无被害人犯罪的政策基础。

(4) 第三章, 无被害人犯罪的民众态度调查。国民欲求是刑法制定的动力, 立法政策调整需要民意支持。通过问卷调查的方法, 调查民众对无被害人犯罪的常见类型的看法, 如卖淫、嫖娼、传播淫秽物品、赌博、吸毒、高利贷、安乐死等, 旨在调查民众对这些行为是否应当处罚及其原因和处罚措施的态度。通过调查分析, 得出民众对无被害人犯罪的负性态度是刑事政策变革的阻力与障碍, 并着力分析社会负性态度产生的原因。

(5) 第四章, 无被害人犯罪的刑事立法政策思考。以卖淫和嫖娼、聚众淫乱、传播淫秽物品、吸毒等犯罪类型为研究对象, 通过对其犯罪化与非犯罪化两方面的论证, 结合社会现实, 进行利益权衡, 得出稳步进行刑事立法政策调整的思路。

(6) 结语。对本书的主要观点进行总结, 归纳无被害人犯罪的刑事立法政策思路。在宽严相济刑事政策基础上, 以公民权利保障为基本目标, 依托本国经济、政治、文化背景, 借助于科学发展之力, 稳妥进行无被害人犯罪的刑事政策改革的思路。

2. 创新之处

本书试图突破传统法学研究的单一视角方法, 不仅对无被害人犯罪的基本理论问题进行思辨的论证, 更注重吸收其他学科的研究成果, 对犯罪化与非犯

罪化的具体问题做更多细致的梳理,并以实证调查研究为立法政策制定的基础,认识到我国无被害人犯罪立法政策改变的阻力与障碍,立足于我国无被害人犯罪立法的社会基础,提出具有可操作性的政策思路与立法建议。本书的创新之处体现在以下几方面。

(1)在研究视角方面。既坚持以传统法学视角为分析框架,又尝试广泛吸收社会学、医学、心理学的研究成果,对犯罪化与非犯罪化进行多角度的分析,试图以多学科的研究资料为基础,提出合理有效的刑事政策思路和立法建议。

(2)在研究思路方面。既遵循从概念、特征、类型,到理论基础与现实基础,再到提出刑事立法政策的传统研究的基本思路,又进行了适当创新,将无被害人犯罪的民众态度作为立法的基础和动力,以基本概念、理论基础与现实基础、实证研究、政策思路四部分为基本框架,形成了有机统一的研究框架。

(3)在研究方法方面。将传统思辨方法与现代实证方法相结合,除了以往研究中运用的比较分析、价值分析、利益分析、历史分析和系统分析等方法,还特别运用了实证调查方法,较全面、系统地调查民众对无被害人犯罪类型的处罚态度,为确立无被害人犯罪的刑事政策提供民众基础。

(4)在研究内容方面。

第一,提出论域观下的无被害人犯罪概念。无被害人犯罪的定义没有统一认识,一个关键的原因是论域不清楚。定义时应分清刑法和犯罪学论域,在不同论域下应有不同的无被害人犯罪定义。

第二,社会负性态度是无被害人犯罪政策调整的阻力与障碍。社会负性态度的原因在于道德观念、权利意识、人性认识、社会科技、医疗水平等的限制。基于民众对无被害人犯罪所持的处罚态度的不一致性,对无被害人犯罪需要采取多元、稳妥的应对政策。

第三,采取无被害人犯罪的刑事政策调整,分步骤稳步推进的政策思路。如对卖淫、嫖娼提出分两步有限犯罪化的设想;对聚众淫乱提出立法上将公然猥亵入罪、秘密聚众淫乱除罪的观点;对传播淫秽物品提出有限犯罪化的思路;对吸毒采取治疗替代处罚政策。书中对包括以上政策在内的刑事政策调整思路进行了详细论证。

第一章 无被害人犯罪概述

无被害人犯罪并非新型犯罪,它是一类自古以来就客观存在的犯罪现象,现代将其作为一类特殊的犯罪类型提出。1965年美国学者埃德温·舒尔最先使用无被害人犯罪这一概念,该概念一经提出就被广泛认可,概念中包括同性恋、卖淫、赌博、堕胎、自杀、吸毒(滥用药物)、乱伦、高利贷、散布淫秽物品、安乐死、聚众淫乱等行为。这类行为的特点是:参与者双方自愿或单方自损;没有具体的被害人;行为涉及法律禁止的交易或物品;违背了宗教伦理道德;在诉讼过程中,除国家以外没有其他控告人,无法适用刑事和解制度。在现代社会,宗教、道德、法律的关系发生了变化,如何处理这类犯罪、采取合适的刑事政策成为新的研究课题。

第一节 无被害人犯罪的概念

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题;没有概念,我们便无法将我们对法律的思考转变为语言,也无法以一种可理解的方式把这些思考传达给他人。”^①无被害人犯罪的概念是对其进行研究的基础,本书的研究从给无被害人犯罪下定义开始。由于目前关于无被害人犯罪的定义没有一致的认识,因此,这是本研究要解决的首要问题。

^① [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,2004:504.

一、论域观下的无被害人犯罪的概念

(一) 论域观下的犯罪概念

在社会科学中,论域是指“由一定的社会要素构成的,具有特定社会内容、性质和结构的社会关系体系或领域。论域是认识价值对象的基本方法”。^① 犯罪是价值事实,具备不同于科学事实的特殊性,即犯罪是“一种主体性事实,就是通过主体本身的存在和变化而表现出来的事实”。^② 所以,“犯罪没有一般概念,或者说犯罪概念没有一般的定义”^③,不同论域下对犯罪概念的定义不同,但各论域中对犯罪概念定义的共同性表现为均是否定性的评价结论。犯罪在不同的论域中,如在犯罪学、刑法学、宗教、道德等论域下,有不同的定义。这就要求概念运用者在使用价值事实概念时,始终都要保持清晰的价值意识和价值立场。^④

刑法中,我国通说认为,犯罪是指具有社会危害性,具有刑事违法性,应当受到刑罚处罚的行为。^⑤ 犯罪学中,犯罪的概念比较抽象,与刑事违法性无直接关系,完全由社会危害性确定,因此“犯罪边界具有弹性”。^⑥ 犯罪学中,有的学者认为犯罪是指具有严重的社会危害性,应当受到处罚的行为^⑦;有的学者认为犯罪是对社会历史进步具有一定危害的社会现象^⑧;有的学者认为犯罪是指需要由国家和社会采取适应对策和措施进行预防的危害社会的行为。^⑨ 以上犯罪学中的犯罪概念均体现为在刑法之外研究犯罪,本书也在此意义上使用犯罪学的犯罪概念。作为一种价值事实,刑法论域与犯罪学论域中的犯罪都体现了不同主体对这一类行为的否定性评价,因此,犯罪概念在两个论域中都体现出具有社会危害性的本质属性。

① 王牧. 犯罪概念:刑法之内与刑法之外[J]. 法学研究,2007(2):3-20.

② 李德顺. 价值论[M]. 北京:中国人民大学出版社,1987:269.

③ 高铭喧,马克昌. 刑法学[M]. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2011:44-47.

④ 董玉庭. 三种语境下的犯罪概念[J]. 学术交流,2010(7):60-66.

⑤ 储槐植,许章润. 犯罪学[M]. 北京:法律出版社,2003:2.

⑥ 王牧. 新犯罪学[M]. 北京:高等教育出版社,2005:78.

⑦ 张远煌. 犯罪学原理[M]. 北京:法律出版社,2008:35.

基于不同的学科任务和研究目的^①,刑法与犯罪学两个论域的犯罪概念中的社会危害性要素并不相同。刑法作为规范科学,遵循罪刑法定主义,按照法律逻辑思维在法律之内解释和适用规范,以维护公正。作为事实科学,犯罪学将犯罪作为客观存在进行事实性研究,着眼于理性地认识犯罪现象,采取犯罪对策以控制、减少犯罪。刑法中的社会危害性具有非客观属性,法律体现了统治意志,适用时强调主观心态与客观行为相统一,遵循罪刑法定主义之下的刑事违法性,对应着受刑罚处罚的最严厉的后果。而犯罪学中的社会危害性是一种危害社会的事实属性,由理性认识犯罪与科学预防犯罪的研究目的决定。这种社会危害性的认识不能附加统治意志,应单纯地从本来意义上把握社会危害的范围与表现形式,以审查的态度对现行立法进行批判性评价,以期做出有利于控制和减少犯罪的制度设计。同时,也不能看犯罪人的主观罪过,这样才能将不属于刑法中的犯罪,但却危害社会的行为纳入研究范围,以期全面认识犯罪从而提出有针对性的犯罪对策。因为犯罪学中的犯罪不受刑事违法性的制约,所以刑事违法性这一规范属性在犯罪学中是作为被评价、被批判的对象而存在的。此外,刑法犯罪概念中的应受刑罚惩罚性,在犯罪学中则会成为犯罪预防体系中的一个部分。^②

刑法中对于犯罪本质是社会危害性还是法益侵害性一直存在争议。王牧教授指出,犯罪学论域的社会危害性进入刑法论域应当称为“法益危害性”。在社会论域(犯罪学论域)中,犯罪概念的本质是社会危害性,这是一切违法和犯罪的本质。在刑法论域中,犯罪概念的本质是法益侵害性。社会危害性与法益危害性的关系如下:社会论域的社会危害性通过刑法立法确认之后,变成刑法条文的具体内容,进入刑法论域后,某种行为成为法律打击的对象,其原因在于该行为危害了法律所保护的利益,可见,刑事立法的过程使社会危害性进入刑法领域变成“法益危害性”。法益危害性是被法律化的社会危害性。社会危害性是社会学论域的概念,在法学中使用并不恰当。社会危害性是法律中犯罪概念的根据和前提,而不是法律概念的内容。^③

刑法论域中,社会危害性能说明实质违法性以及某种行为在刑法中入罪的

① 王牧. 犯罪学与刑法学的科际界限[J]. 中国法学, 2004(1): 130-141.

② 张远煌. 犯罪理念之确立——犯罪概念的刑法学与犯罪学比较分析[J]. 中国法学, 1999(3): 127-135.

③ 王牧. 犯罪概念: 刑法之内与刑法之外[J]. 法学研究, 2007(2): 3-20.