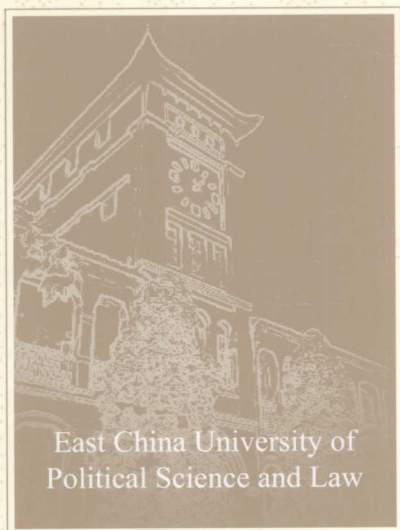


 华东政法大学

复校三十周年庆典文丛



无被害人犯罪研究

王恩海 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



复校三十周年庆典文丛

无被害人犯罪研究

王恩海 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

无被害人犯罪研究/王恩海著. —北京:法律出版社,
2009.9

(华东政法大学复校三十周年庆典文丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9875 - 0

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第153397号

无被害人犯罪研究

王恩海 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 5.625 字数 134 千

版本 2009年9月第1版

印次 2009年9月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9875 - 0

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

纪念,以学术的名义

——华东政法大学复校三十周年庆典文丛总序

忆往昔,桃李不言,自有风雨话沧桑。1952年6月,经华东军政委员会批准,华东政法学院由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因,于1958年和1972年两度停办,1979年经国务院批准复校。2007年3月,经教育部批准,华东政法学院正式更名为华东政法大学。2009年系华东政法大学复校三十周年。

自20世纪50年代从华政的红墙绿瓦中走出新中国第一批政法干部开始,五十多年来,学校在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市建筑保护单位”、“上海市花园单位”、“国家司法考试阅卷基地”。学校设有22个

本科专业,18个硕士点,2个专业学位点,10个博士点,1个博士后流动站;拥有法学一级学科硕士、博士学位授予权;1个国家重点学科、1个国家级教学团队,3门国家级精品课程。学校在教育部的教学评估中两次获评优秀,毕业生司法考试通过率在全国名列前茅,被誉为“法学教育的东方明珠”。

复校三十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。而华政的莘莘学子,也见证着学校各方面的长足发展。硬件方面,从帐篷办学到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美轮美奂;软件方面,从实现上海市法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白,2009年国家社科基金课题法学类立项数名列全国第一。而2007年3月,华政更名大学的成功,更标志着学校从此踏上了多科性特色大学的新的征程。

此番出版复校三十周年庆典文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之机会。故而,入选本文丛的,绝大多数是并不拥有教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政复校三十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学复校三十周年庆典文丛编委会

2009年9月

目 录

导言 001

第一章 无被害人犯罪概述 003

第一节 无被害人犯罪的概念和特征 003

一、无被害人犯罪的概念和分类 004

二、无被害人犯罪的特征 009

第二节 部分国家(地区)规定的无被害人犯罪 012

一、堕胎 012

二、成年人之间相互同意的性行为 017

三、传播淫秽物品、色情文学作品 023

四、服用麻醉品(毒品) 026

五、赌博 028

第二章 无被害人犯罪的哲学基础 033

第一节 自由主义 033

一、自由主义的含义 034

二、社群主义——自由主义的对立 039

三、无被害人犯罪与自由主义 048

第二节 法律与道德的关系 050

一、西方法律与道德的关系模式简介 050

二、能否对道德进行法律上的强制 056

三、无被害人犯罪属于道德范畴 060

第三章 无被害人犯罪的刑法学基础 064

第一节 非犯罪化思想 064

一、非犯罪化概述 064

二、非犯罪化在我国适用的可行性 071

第二节 法益保护思想 078

一、法益侵害说概述 078

二、规范违反说——法益侵害说的对立 083

第三节 刑法的谦抑思想 092

一、刑法谦抑思想概述 092

二、刑法谦抑思想对我国的影响 101

第四章 无被害人犯罪的现实基础 105

第一节 宽严相济刑事政策 106

一、宽严相济刑事政策的提出 106

二、宽严相济刑事政策的含义及定位 113

三、无被害人犯罪与宽严相济刑事政策 119

第二节 法律效果与社会效果相统一 121

一、法律效果与社会效果相统一的提出 122

二、法律效果与社会效果相统一的含义 126

三、法律效果与社会效果相统一实现的途径 131

第五章 我国刑法规定的无被害人犯罪 137

第一节 聚众淫乱罪 138

一、聚众淫乱罪的概念 139

二、聚众淫乱行为非犯罪化的原因 140

三、应限制聚众淫乱罪的范围 147

第二节 赌博罪 150

一、赌博罪的概念 150

二、“以赌博为业”行为非犯罪化的原因 153

余论——无被害人犯罪对我国的借鉴意义 157

参考文献 161

一、著作及译注类 161

二、编著类 163

三、杂志类 165

四、毕业论文 167

后记 169

导 言

根据我国《刑事诉讼法》的规定,刑事诉讼中的当事人包括被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人(附带民事诉讼的原告人一般是被害人)。由此可见,在刑事诉讼中,一般存在被害人,^①从某种意义上说,刑事诉讼除了要惩罚犯罪外,还要考虑如何保障被害人的合法权益,所以,寻求保障被害人合法权益的途径是刑事诉讼的重要内容之一。^②

从历史的角度考量,被害人受到理论界和实务界的重视是在第二次世界大战后。在刑法发展史上占据重要地位的两个学派——刑事古典学派和刑事实证学派,前者发轫于资产阶级启蒙思想,针对封建社会的罪刑擅断、刑罚残酷等特点而提出;后者是在资本主义由自由竞争阶段向垄断阶段过渡时,针对社会中犯罪率和重新犯罪率居高不下,刑事古典学派对这种情况束手无策的情况下提出的。两者在一些问题

^① 从刑事诉讼模式的历史发展看,最早出现的弹劾式刑事诉讼模式,其启动完全依赖于被害人,否则,根本不存在刑事诉讼。

^② 现阶段刑事诉讼中广泛存在的刑事和解制度是这一途径的最新尝试,它依赖于被害人的参与。

上存在着尖锐的对立,但其中最为明显的是两者的研究重点不同:前者的研究着重于行为;后者的研究着重于行为人,这是两者在许多问题上存在不同观点的根源所在。但很明显,这两大学派都忽略了对被害人的研究以及对其权益的保障。第二次世界大战改变了这一现象,第二次世界大战中法西斯主义对人权的任意践踏导致了第二次世界大战结束后人们开始关注被害人,由此形成了被害人学。^①现在,被害人学作为犯罪学的一个分支学科日益受到犯罪学家以及其他研究者的注意和重视,从某种意义上说,被害人学的产生和发展,在一定程度上改变了以往犯罪学的研究成果。

从此,被害人学作为犯罪学的研究分支得到了充分发展,由此,被害人的地位得到了重视,但不可否认,综观世界各国刑事立法,却能够发现一些没有被害人或者被害人并不明显的犯罪行为,为了与常见的有被害人犯罪相区别,理论界将这类犯罪称为“无被害人犯罪”(Victimless crime; Crimes without victims)。

很显然,无被害人犯罪与一般犯罪存在明显不同,两者各有自己的鲜明特色。例如,在诉讼结构上,在无被害人犯罪中是无法适用刑事和解这一制度的,如果无视这一点,继续沿用之前的研究成果,自然无法正确认识这一现象,为此,笔者认为对这一问题有予以特别研究的必要。本书试图就其概念、渊源、存在的基础等基本理论问题以及无被害人犯罪在我国刑法中的体现以及走势予以论述,以期引起刑法学界的重视,以更好地确定我国刑法的调控范围,认识刑法与道德的调整界限,促进“依法治国”目标的实现。

① 这一学科的产生与纳粹的残暴统治密切相关,纳粹的统治暴力给无数犯罪被害人造成了无法计算的灾难,导致了犯罪学理论中许多观点的转变。这一学科的主要观点是:社会的诸多要素促使犯罪的发生,在确定加害者在犯罪行为中的作用时,既不能否定,也不可轻视;在社会团体中,犯罪产生了与犯罪相伴而来的犯罪被害人,他们在犯罪的发生中也扮演了不同的角色,应当通过被害人来预防犯罪和控制犯罪;通过刑事诉讼,被害人常常会再度受到侵害,国家不能从被害人和罪犯的冲突中推卸责任。参见[德]汉斯·约阿希姆·施奈德主编:《国际范围内的被害人》,许章润等译,中国人民公安大学出版社1992年版。

第一章

无被害人犯罪概述

20 世纪中期,以英国通过的《委员会关于同性恋罪错和卖淫问题的报告》(也被称为《沃尔芬登报告》)为起点,西方国家掀起了一股非犯罪化和非刑罚化的浪潮,它主张缩小刑法的调整对象,限制刑罚的适用范围,在这一浪潮中,美国学者埃德温·舒尔于 1965 年首次提出了“无被害人犯罪”这一概念,^①由此成为主张非犯罪化和非刑罚化人士的主要突破口。因此,无被害人犯罪与非犯罪化、非刑罚化存在密切联系,无视这一点将有助于正确认识无被害人犯罪。

第一节 无被害人犯罪的概念和特征

从犯罪学的角度来看,“被害人”(Victim)一词源于古代社会宗教仪式上对神的祭祀品(Sacrifice)。当时,这一术语仅指被杀后供于祈祷仪式上的人或物。

^① [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”,载《法学译丛》1987 年第 3 期。

经过长年的演化,“被害人”一词的含义不断扩大,现在我们所称的“被害人”,是指因各种原因而遭受伤害、损失或困苦的人。具体到“犯罪被害人”这一概念,是指因为他人的犯罪行为(一般也包括尚不构成犯罪的违反刑事法律的行为)而受到伤害、损失或困苦的个人和实体。^①自20世纪三四十年代形成被害人学这一学科后,理论界对“被害人”的含义存在着广义和狭义之争。但大致认为被害人是指因犯罪而导致权利遭受损害的人,其含义为:(1)权益遭受损害的原因限于犯罪,不包括自然灾害、动物侵害、民事行政侵权等情况;(2)受到侵害的“权利”包括人身权和财产权;(3)“人”包括自然人和单位。但在刑事法理论研究过程中,由于犯罪学和刑法学对“犯罪”的认识存在不同理解,因此两者对“被害人”范围的界定并不相同。一般而言,前者的范围广于后者。如无特殊说明,本书所指的“被害人”、“无被害人”均从刑法学角度予以展开。

一、无被害人犯罪的概念和分类

(一)无被害人犯罪的概念

即使是承认无被害人犯罪的学者,对无被害人犯罪的概念这一问题,也存在不同看法,经不完全归纳,主要有下列几种观点:第一种观点认为,无被害人犯罪是指专为保护宗教或道德,而同个人的生活利益无关的犯罪;第二种观点认为,无被害人犯罪是不对法益产生侵害或者危险的犯罪,换句话说,就是保护法益不明确的犯罪;^②第三种观点认为,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;^③第四

① 郭建安主编:《犯罪被害人学》,北京大学出版社1997年版,第5页。

② [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第89~90页。

③ 李贵方:“西方国家关于无被害人犯罪问题的争论”,载《外国法学研究》1989年第2期。

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者危害的行为;^①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涉形态(人或实体)的利益产生了隐性的危害或威胁的犯罪。^②

上述概念从不同的角度对无被害人犯罪进行定义,第一个概念指明了无被害人犯罪的主要内容,即为了保护宗教或道德,但其缺陷是没有指明行为人实施行为时的主观心态;第二个概念指明了无被害人犯罪的本质,即没有侵害或者威胁刑法所保护的法益,但它同样没有指明行为人实施行为时的主观心态;第三个概念仅仅从表面现象出发,以有无被害人为标准对这一概念做出文字意义上的解释,存在语义重复和逻辑缺陷;第四种观点强调了基于被害人的同意这一无被害人犯罪的表现形式,同时强调了无被害人犯罪的本质,具有一定的合理性;第五种观点的缺陷同样很明显,论者在将被害人划分为显性和隐性的基础上提出了无被害人犯罪的概念,这一前提条件虽然新颖,但无助于认识无被害人犯罪的基本特征,相反,对认识这一问题会产生一定的误导作用。

笔者认为,在界定无被害人犯罪的概念时,至少应当考虑两个因素:无被害人犯罪的本质和提出的历史背景。如前述大多数观点所认同的那样,无被害人犯罪的本质在于没有对刑法所保护的法益造成侵害或者威胁;^③而无被害人犯罪这一概念提出的背景是西方的非犯罪

① 尹强明:“‘无被害人犯罪’的非犯罪化思考”,载《科技信息》2007年第14期。

② 高仕银、韩璐:“犯罪化与非犯罪化——对无被害人犯罪的思考”,载《黔南民族师范学院学报》2008年第1期。

③ 从法益的分类来看,笔者不赞同将法益分为个人法益、社会法益和国家法益,赞同将法益分为个人法益和超个人法益(参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第239~242页)。从社会公众的角度看,无被害人犯罪其实侵犯了超个人法益,但并没有对个人法益产生侵害,从这个角度而言,它没有对刑法所保护的法益产生事实的侵害或者威胁。

化和非刑罚化浪潮,从美国学者埃德温·舒尔对无被害人犯罪的界定以及西方各国在其指导思想下采取的立法措施来看,其范围应当限于侵犯宗教或者道德领域。除此之外,无被害人犯罪大都出于行为人的自愿和基于人的本性而实施。基于此,笔者将无被害人犯罪界定为:所谓“无被害人犯罪”是指违反宗教或者道德,出于人的本性或者基于行为人的自愿而实施的,没有对刑法所保护的法益产生侵害或者威胁的行为。^①它主要包括没有被害人和被害人是自己的两种情况。

为更好理解这一概念,可以从下面几个角度去加以把握:

第一,无被害人犯罪中的“被害人”仅仅指自然人,而不包括法人和其他组织。虽然前述明确刑法视角下的被害人包括国家、单位,但因为绝大多数无被害人犯罪都是违反伦理道德的行为,不可能涉及法人或者其他组织。同时,这里的“被害人”仅仅限于行为的直接侵害对象,不包括间接的侵害对象。例如,论者公认的属于无被害人犯罪范畴的吸毒行为,很多人认为它对社会公众的健康也会造成危险。

第二,无被害人犯罪中的“无”是从“被害人”(行为人)而不是从普通人的角度得出的结论。几乎所有的无被害人犯罪,从普通人或者伦理道德的角度看,都存在“被害人”,这些所谓的“被害人”基本上都是其中的一方行为人,而这些行为人的主观方面都是自愿的,所以从“被害人”(行为人)的角度看并不存在被害人。

第三,无被害人犯罪的主观方面都是故意,而且大都基于人的本性或者行为人自愿实施的,这是无被害人犯罪在主观方面的主要特征。

第四,无被害人犯罪与没有在意的犯罪之间存在区别。在理论研

^① 由于西方学者主要从犯罪学的角度来研究这一问题,而刑法学和犯罪学对“犯罪”这一概念有着不同的认识,而本书主要从刑法学的角度来研究,所以,将这类现象称为“无被害人犯罪”可能会产生一些误解。笔者认为,西方学者是从犯罪学、司法的角度来研究这一问题,称之为“无被害人犯罪”是不难理解的,而本书则主要是从刑法学、立法的角度来探讨,因此称之为“无被害人行为”应当更合适,但“无被害人犯罪”毕竟是一个约定俗成的概念,因此书中还是称其为“无被害人犯罪”。

究和司法实践中,这两个概念往往被混淆,因此,有必要对这两个概念加以区别。从某种意义上讲,不承认无被害人犯罪的主要原因是没有意识到这两个概念的区别。所谓“没有在意的犯罪”,是指没有明确加害人和被害人之间的关系,被害人自身也没有意识到被害的犯罪,如行贿受贿、不法借贷、证券交易法上的内幕交易等白领犯罪、黑市交易、粉饰决算等便属于此。没有在意的犯罪的观念,由于和无被害人犯罪有关而在美国被主张。但是,由于其具有难于发现(被害人方面缺乏被害意识)、加害方没有罪恶感等特征,因此,一般认为在犯罪对策上,应与一般犯罪区别对待。但是,由于它一方面具有和传统犯罪难以同日而语的财产上的损害;另一方面又对社会经济制度自身具有危害,并被扩展到全体国民的规模,危害极大。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。^①在理论研究和司法实践中,区别这两个概念具有十分重要的意义。笔者认为,两者主要存在下列区别:

第一,是否侵犯法益不同。无被害人犯罪并不直接侵害或者威胁刑法所保护的具体法益,它所侵犯的主要是社会的伦理道德和善良风俗等超个人法益;而没有在意的犯罪却侵犯或者威胁了刑法所保护的法益。

第二,是否存在被害人不同。从“被害人”(行为人)的角度看,无被害人犯罪并不存在被害人,即使存在所谓的“被害人”,也主要是行为人自己;而没有在意的犯罪却存在被害人,仅仅是被害人当时没有察觉而已。

第三,是否发自人的本性不同。从本质上讲,大部分无被害人犯罪是发自人的本性;而没有在意的犯罪和人的本性几乎没有关系。

第四,法人或者其他组织是否是“被害人”不同。无被害人犯罪中,

① [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第90页。

“被害人”不可能包括法人或者其他组织;而没有在意的犯罪中,被害人却有可能是法人或者其他组织。

第五,从“被害人”的主观方面来看,无被害人犯罪中的“被害人”无论是在当时还是事后根本就不认为自己是被害人;而没有在意的犯罪中的被害人则是当时没有意识到自己是被害人,事后则认为自己是被害人。

从理论和实践中看,比较常见的无被害人犯罪主要有:酗酒、赌博、传播淫秽物品、亵渎神灵;成年人之间相互同意的性行为如重婚、通奸、鸡奸、乱伦、卖淫、同性恋;吸食麻醉品(毒品);堕胎;自杀;安乐死等。下列几种犯罪属于没有在意的犯罪:行贿受贿、不法借贷、内幕交易、非法吸收公众存款等。

(二)无被害人犯罪的分类

第一,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。

第二,以所涉及的内容不同,可以划分为涉及宗教的无被害人犯罪和涉及道德的无被害人犯罪,前者如亵渎神灵等;后者又可以细分为涉及性利益的行为,如卖淫、通奸等;涉及生命权益的行为,如自杀、堕胎、安乐死等;涉及财物方面的行为,如赌博等;涉及使用药物的行为,如吸食毒品等。

第三,以是否存在被害人为标准,可以将无被害人犯罪划分为无被害人的无被害人犯罪和被害人是自己的无被害人犯罪,前者如通奸等;后者如安乐死、吸食毒品等。

二、无被害人犯罪的特征

无被害人犯罪具有如下主要特征：

第一，从主观方面来看，涉及无被害人犯罪行为的所有人都是自愿的，而不是被强迫的，因此，这些行为并不侵害他人。从传统道德角度看，这些行为中的“被害人”通常是行为人本人。

第二，从客观方面来看，绝大多数这类犯罪涉及一些被禁止的物品或者服务，而参与者出于人的本性，希望得到这些东西，如赌博、酗酒、卖淫等行为。

第三，从危害结果来看，这些犯罪的社会危害性非常小，这是无被害人犯罪与有被害人犯罪的最为本质的区别，因为这些行为没有具体的被害人，缺乏体现社会危害性的明确载体，比有被害人犯罪的社会危害性要小。

第四，从诉讼结构来看，这类犯罪除了警察（即国家的代表）外，一般没有积极主动的控诉人，因此，在我国《刑事诉讼法》已经确定被害人是当事人的情况下，在诉讼结构上与有被害人的犯罪有着明显的不同。

第五，犯罪人数多。在整个刑法中，这类犯罪的罪名并不多，比其他类型的犯罪的罪名都要少，但从被捕者人数来说，无论是相对人数还是绝对人数，都是相当多的。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，因犯宵禁法和闲荡而被捕的约八十四万人，因违毒品法而被捕的约五百五十八万人。^①以上数字只是被捕者人数，实际上，任何种类的犯罪，被捕者人数只是全部犯罪人数的一小部分，更多的犯罪者则逍遥法外。

第六，犯罪难以控制。由于这类犯罪无直接受害者，使司法机关失

^① [美]伊恩·罗伯逊：《社会学》（上），黄育藏译，商务印书馆1990年版，第261页。